ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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

Số 11 (387)
Kỳ 1 - Tháng 6/2019

- NGUYÊN TẮC PHÂN CÔNG, PHỐI HỢP VÀ KIỂM SOÁT GIỮA CƠ QUAN LẬP PHÁP VÀ CƠ QUAN HÀNH PHÁP QUA CÁC BẢN HIẾN PHÁP VIỆT NAM
- THỰC TRẠNG NỘI DUNG VÀ PHƯƠNG THỨC LÃNH ĐẠO CỦA ĐẢNG ĐỐI VỚI QUỐC HỘI TRONG ĐẤU TRANH PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 11/2019

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

3 Nguyên tắc phân công, phối hợp và kiểm soát giữa cơ quan lập pháp và cơ quan hành pháp qua các bản Hiến pháp Việt Nam

GS. TS. Trần Ngọc Đường

13 Thực trạng nội dung và phương thức lãnh đạo của Đảng đối với Quốc hội trong đấu tranh phòng, chống tham nhũng

PGS. TS. Lê Minh Thông

20 Cơ chế pháp lý kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương: thực trạng và giải pháp

TS. Hoàng Minh Hội

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

28 Những "khoảng trống" trong thi hành Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015

ThS. Vũ Thị Ngọc Dung

36 Chuyển nhượng cổ phần theo Luật Doanh nghiệp năm 2014: một số bất cập và kiến nghị

ThS. Lê Nhật Bảo

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

41 Hoàn thiện quy định về sở hữu tài liệu lưu trữ của các tổ chức tư nhân có tư cách pháp nhân

TS. Đoàn Thị Hòa - TS. Vũ Quang

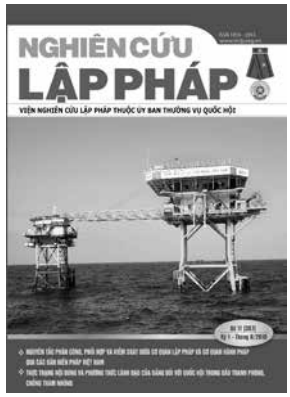
46 Chính thức hóa hộ kinh doanh ở Việt Nam: khía cạnh lý luận, thực tiễn và lập pháp

TS. Hoàng Xuân Nghĩa - TS. Nguyễn Văn Hưởng

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

56 Pháp luật hợp đồng Việt Nam nhìn ở góc độ so sánh với luật Cộng hoà Pháp

TS. Đoàn Thị Phương Diệp



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:
TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU
PGS. TS. NGUYỄN THANH HẢI
PGS. TS. ĐINH VĂN NHÃ
PGS. TS. LÊ BỘ LĨNH
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT
PGS. TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. NGUYỄN VĂN HIỂN
PGS. TS. NGÔ HUY CƯƠNG
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

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

THIẾT KẾ:
BÙI HUYỀN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:
Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO
HÀ NỘI: 0243.2121202

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

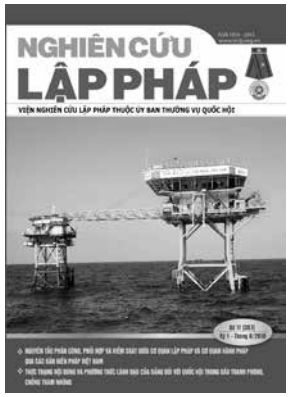
Ảnh bìa: *Nhà giàn DK1 - Cột mốc chủ quyền giữa biển khơi của Việt Nam*

Ảnh: *ST*

LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

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



Legis No 11/2019

STATE AND LAW

3 Principles of Allocation, Coordination and Supervision between Legislative Branch and Executive One through the versions of the Vietnamese Constitution

Pro. Dr. Tran Ngoc Duong

13 The Contents and Methods of Leadership of the Party to the National Assembly in Anti-corruption

Pro. Dr. Le Minh Thong

20 Legal Mechanism for Controlling of State Power to Local Administration: Status and Solutions

Dr. Hoang Minh Hoi

DISCUSSION OF BILLS

28 The "Gaps" in Enforcement of the Law on Promulgation of Legal Documents of 2015

LLM. Vu Thi Ngoc Dung

36 Transactions of Shares under Law on Enterprises of 2014: Shortcomings and Recommendations

LLM. Le Nhat Bao

LEGAL PRACTICE

41 Improvements of Legal Provisions on Ownership of Archived Documents of Private Legal Entities

Dr. Doan Thi Hoa
Dr. Vu Quang

46 Legal Formalization of Business Households in Vietnam: under Aspects of Theory, Practices and Legislation

Dr. Hoang Xuan Nghia
Dr. Nguyen Van Huong

FOREIGN EXPERIENCE

56 The Vietnamese Law of Contracts under Viewpoint of Comparison with the French Republic Law

Dr. Doan Thi Phuong Diep

EDITORIAL BOARD:

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

CHEF EDITOR IN CHARGE:
TS. NGUYEN HOANG THANH

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

DESIGN:
BUI HUYEN

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

DISTRIBUTION
HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:
0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 25.000 VND

NGUYÊN TẮC PHÂN CÔNG, PHỐI HỢP VÀ KIỂM SOÁT GIỮA CƠ QUAN LẬP PHÁP VÀ CƠ QUAN HÀNH PHÁP QUA CÁC BẢN HIẾN PHÁP VIỆT NAM

Trần Ngọc Đường*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: cơ quan lập pháp, cơ quan hành pháp, kiểm soát quyền lực, Hiến pháp Việt Nam

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 28/05/2019
Biên tập : 10/06/2019
Duyệt bài : 19/06/2019

Tóm tắt:

Trong chế độ dân chủ và pháp quyền xã hội chủ nghĩa thì quyền lực nhà nước không phải là quyền lực tự có của Nhà nước mà quyền lực được Nhân dân ủy quyền và giao quyền. Vì thế, tất yếu nảy sinh đòi hỏi tự nhiên và chính đáng là phải kiểm soát quyền lực nhà nước. Quyền lực nhà nước thường được lượng hóa bằng các quy định của Hiến pháp để phân định nhiệm vụ quyền hạn của các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Việc ghi nhận và phát triển nguyên tắc phân công, phối hợp và kiểm soát giữa cơ quan lập pháp và cơ quan hành pháp qua các bản Hiến pháp gắn với đặc điểm bối cảnh lịch sử của đất nước trong từng giai đoạn tương ứng.

Article Infomation:

Keywords: Legislation entity; execution entity; power controlling; the Constitution of Vietnam

Article History:

Received : 28 May 2019
Edited : 10 Jun 2019
Approved : 19 Jun 2019

Abstract

In regime of democracy and the socialist rule of law, state power is not the its self power, but the power is empowered and authorised by the People. Therefore, it is inevitably required to control the state power. The state power is often documented by the provisions in the Constitution to define the mandates and rights of the legislative power, the executive power and the judicial power. The recognition and development of the principle of allocation, coordination and controlling of powers between the legislation branch and the executive one through the Constitutions are associated with the historical contexts of the nation in each particular stage.

1. Nguyên tắc phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện quyền lập pháp, hành pháp tại Hiến pháp năm 1946

Theo quy định của Hiến pháp năm 1946, Nghị viện nhân dân là cơ quan có quyền cao nhất của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa. Chính phủ là cơ quan hành chính cao nhất của toàn quốc. Cơ quan tư pháp gồm tòa án tối cao, các tòa án phúc thẩm, các tòa án đệ nhị cấp và sơ cấp; thẩm phán do Chính phủ bổ nhiệm. Các nhà lập hiến năm 1946 đã nhận thấy rằng, hành pháp là một trong những nhánh quyền lực quan trọng và có

mối quan hệ mật thiết với hai nhánh quyền lực còn lại. Bộ trưởng Bộ Tư pháp đầu tiên của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa, ông Vũ Đình Hòe đã viết: "Toàn bộ quyền lực về nguyên tắc phải tập trung vào tay cơ quan đại diện tối cao Nghị viện nhân dân, nhưng cơ cấu then chốt để thực hiện là Chính phủ với cả bộ máy hành chính và chuyên môn". Nhiệm kỳ của Chủ tịch nước là 5 năm - dài hơn so với nhiệm kỳ 3 năm của Nghị viện. Thủ tướng là người đứng đầu, điều hành Nội các và chịu trách nhiệm trước Nghị viện về đường lối chính trị của Nội các.

Hiến pháp năm 1946 cho thấy hai vấn đề cốt lõi: một là, Hiến pháp đảm bảo tính độc lập của quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp; hai là, khẳng định có tính nguyên tắc rằng Nghị viện, Chính phủ và Tòa án nhân dân đều là những cơ quan cao nhất có quyền lực nhà nước, mỗi cơ quan nắm một bộ phận quyền lực nhà nước. Những quy định này thể hiện sự phân công lao động quyền lực giữa các cơ quan cao nhất của quyền lực nhà nước khá rạch ròi, thể hiện quyền lực nhân dân là tối cao, quyền lực nhà nước phái sinh từ quyền lực nhân dân.

Giữa lập pháp và hành pháp có sự phối hợp để cùng thực hiện các chức năng của Nhà nước. Biểu hiện của nó là cơ quan lập pháp có quyền thành lập và giám sát hoạt động của cơ quan hành pháp; hành pháp có quyền trình dự án luật để lập pháp biểu quyết thông qua; có sự chung nhân viên vì thành viên của Chính phủ phải là thành viên của Nghị viện.

Về kiểm soát giữa lập pháp với hành pháp, lập pháp kiểm soát hành pháp thể hiện ở chỗ: tham gia thành lập cơ quan hành pháp qua việc bầu Chủ tịch nước, phê chuẩn sự lựa chọn Thủ tướng của Chủ tịch nước và sự lựa chọn Bộ trưởng của Thủ tướng; biểu quyết các dự luật, sắc luật và ngân sách do Chính phủ đệ trình; chuẩn y các hiệp ước mà Chính phủ ký với nước ngoài. Nghị viện có quyền kiểm soát, phê bình Chính phủ; chất vấn các thành viên của Chính phủ; quyết định thành lập tòa án đặc biệt để truy tố và xét xử Chủ tịch nước, Phó Chủ tịch nước hay một nhân viên Nội các khi phạm tội phản quốc; lật đổ Chính phủ qua việc biểu quyết vấn đề tín nhiệm Thủ tướng và Nội các. Hành pháp kiểm soát lại lập pháp thể hiện ở chỗ: Chủ tịch nước có quyền ban hành sắc lệnh có giá trị gần như luật; yêu cầu Nghị viện thảo luận lại dự luật mà Nghị viện đã thông qua; đưa vấn đề tín nhiệm Nội các ra Nghị viện thảo luận lại trong thời hạn 24 giờ… Chủ tịch nước không phải chịu một trách nhiệm nào trước Nghị viện trừ tội phản quốc. Chính phủ có quyền bắt giam các Nghị viên khi họ phạm tội quả tang nhưng phải thông báo cho Ban thường vụ chậm nhất là sau 24 giờ.

Một số nhận xét:

Một là, mối quan hệ giữa lập pháp và hành pháp trong Hiến pháp năm 1946 được hình thành trên cơ sở cần phải có một Chính phủ mạnh để đối phó với một Nghị viện đa đảng và để giải quyết có hiệu quả nhiều vấn đề phức tạp của đất nước. Đánh giá về Chính phủ này, Chủ tịch Hồ Chí Minh nói: "Chính phủ này là một Chính phủ chú trọng thực tế và sẽ nỗ lực làm việc, để tranh thủ quyền độc lập và thống nhất lãnh thổ cùng xây dựng một Nhà nước Việt Nam mới".

Hai là, mối quan hệ giữa lập pháp và hành pháp trong Hiến pháp năm 1946 được xây dựng trên cơ sở áp dụng sáng tạo những nguyên lý cơ bản của học thuyết phân quyền vào hoàn cảnh thực tế ở nước ta lúc bấy giờ, để hình thành cơ chế kiểm soát quyền lực giữa lập pháp và hành pháp và tạo ra chế độ hành pháp lưỡng đầu - cả Chủ tịch nước và Thủ tướng cùng nắm hành pháp, chia sẻ quyền hành pháp. Bản chất của phân quyền

không có gì khác hơn chính là sự phân công, phối hợp để tiến tới sự kiểm soát; dùng quyền lực để kiểm soát quyền lực; nhằm mục đích không để quyền lực đi đến chỗ lạm quyền.

Ba là, Hiến pháp năm 1946 không chỉ phân công rõ ràng chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn của các cơ quan mà còn đặt ra vấn đề kiểm soát quyền lực giữa lập pháp và hành pháp. Tuy có sự kiềm chế nhưng không đối trọng quyết liệt mà khá ôn hòa. Cụ thể là: Nội các có thể bị Nghị viện bất tín nhiệm tập thể hoặc cá nhân nhưng không có chiều ngược lại. Nghĩa là, Chính phủ không có quyền giải tán Nghị viện. Nghị viện chỉ bị giải tán khi chính Nghị viện tuyên bố tự giải tán. Quy định này bảo đảm tính thống nhất của quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Trong vấn đề bất tín nhiệm Nội các, Chủ tịch nước có quyền yêu cầu xem xét lại, tuy nhiên, nếu Nghị viện vẫn tiếp tục biểu quyết với tỷ lệ như ban đầu thì Nội các đương nhiên phải bị lật đổ. Chủ tịch nước có quyền phủ quyết nhưng không tuyệt đối vì chỉ cần ½ Nghị viên thông qua thì dự luật phải được công bố. Như vậy, trong mọi trường hợp, dù Chủ tịch nước có quyền kiềm chế các quyết định của Nghị viện nhưng quyết định cuối cùng vẫn thuộc về Nghị viện.

Bốn là, thông qua cơ chế phân quyền, Hiến pháp năm 1946 đã thể hiện đúng bản chất của cơ quan lập pháp và hành pháp. Nghị viện nhân dân là cơ quan có quyền quyết định những vấn đề liên quan đến vận mệnh quốc gia và ban hành các đạo luật có ảnh hưởng đến lợi ích chung của toàn xã hội. Chế định Nghị viện nhân dân thể hiện hình thức dân chủ mới của chính thể cộng hòa lần đầu tiên được thiết lập ở một đất nước phong kiến nửa thuộc địa. Bản chất, tổ chức và phương thức hoạt động của Nghị viện là phù hợp với tình hình thực tế của Việt Nam sau Tổng tuyển cử 1946, với sự tham gia của nhiều lực lượng chính trị trong một cơ chế dân chủ nhân dân.

Chính phủ theo Hiến pháp năm 1946 là một Chính phủ mạnh và dám chịu trách nhiệm, độc lập trước Nghị viện và có khả năng quay trở lại kiềm chế Nghị viện. Chủ tịch nước vừa đứng đầu Nhà nước, vừa trực tiếp chỉ đạo các hoạt động của Chính phủ. Chức năng nguyên thủ quốc gia nhập lại với chức năng hành pháp và Chủ tịch nước thực sự nắm quyền hành pháp. Chính phủ thực sự là cơ quan hành chính cao nhất của toàn quốc. Giống với một số nước khác, trong mỗi sắc lệnh của Chính phủ, bên cạnh chữ ký của Chủ tịch nước phải có chữ ký phó thự của một bộ trưởng và chính người trực tiếp ký ấy mới phải chịu trách nhiệm trước Nghị viện về hậu quả pháp lý của văn bản đó[1]. Chính phủ phải từ chức nếu bị Nghị viện bỏ phiếu bất tín nhiệm. Đây là trách nhiệm chính trị chứ không phải là trách nhiệm pháp lý thông thường. Chính những quy định về chế độ trách nhiệm này là cơ sở tạo nên một Chính phủ mạnh, bản lĩnh và quyết đoán.

2. Nguyên tắc phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện quyền lập pháp, hành pháp tại Hiến pháp năm 1959

Theo quy định của Hiến pháp năm 1959, quyền hạn của Quốc hội đã được thể chế một cách cụ thể hơn và quyền lực của Quốc hội được tăng cường hơn nhiều so với Nghị viện nhân dân trong Hiến pháp năm 1946: quyền lập hiến và lập pháp đều thuộc về Quốc hội, phạm vi quyền lập pháp cũng được mở rộng hơn; Quốc hội có quyền giám sát việc thi hành Hiến pháp, làm luật, quyết định chiến tranh và hòa bình, đại xá… Khi

1 Nguyễn Đăng Dung (1997), Luật Hiến pháp nước ngoài, tr. 68.

xảy ra chiến tranh hoặc các trường hợp bất thường khác, Quốc hội có thể quyết định kéo dài nhiệm kỳ của mình và có những biện pháp cần thiết để đảm bảo hoạt động của Quốc hội và của đại biểu Quốc hội.

Nguyên thủ quốc gia bị tách ra khỏi hành pháp. Chủ tịch nước không có quyền phủ quyết mà chỉ có quyền công bố luật về mặt hình thức. Quyền hạn của Chủ tịch nước bị thu hẹp rất nhiều, chỉ còn đại diện cho Nhà nước, không còn điều hành hoạt động của Chính phủ. Hoạt động của Chủ tịch nước chủ yếu nghiêng về chức năng hành pháp tượng trưng cho sự bền vững, thống nhất của dân tộc. Vai trò quan trọng nhất của nguyên thủ quốc gia lúc bấy giờ là phối hợp ba nhánh quyền lực trong khi với Hiến pháp năm 1946 thì Chủ tịch nước không những nắm một nhánh quyền lực, phối hợp các nhánh quyền lực mà còn có quyền kiểm soát hoạt động của các nhánh quyền lực.

Hội đồng Chính phủ được quy định là cơ quan chấp hành của cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất và là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của Việt Nam dân chủ cộng hòa (Điều 71). Với tư cách là cơ quan chấp hành của Quốc hội, tính hành chính của Hội đồng Chính phủ mờ nhạt hơn so với Hiến pháp năm 1946. Hội đồng Chính phủ có sự thay đổi rất lớn về mặt tổ chức, chức năng và quyền hạn bị thu hẹp lại. Trong mối quan hệ với lập pháp thì Hội đồng Chính phủ trở thành một thiết chế yếu hơn hẳn.

Hiến pháp năm 1959 không đặt vấn đề hành pháp kiểm soát lập pháp. Vị trí, vai trò của Quốc hội được đề cao. Quốc hội thực sự là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Không một cơ quan hay một chức danh nào trong bộ máy nhà nước có quyền kiểm soát hoạt động của Quốc hội. Hiến pháp năm 1959 đặt vấn đề lập pháp kiểm soát hành pháp thông qua quy định: Hội đồng Chính phủ chịu trách nhiệm và báo cáo công tác trước Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH). Các Đại biểu Quốc hội có quyền chất vấn Hội đồng Chính phủ. Hội đồng Chính phủ không bị Quốc hội lật đổ bằng cơ chế bất tín nhiệm, thay vào đó là chế định bãi miễn từng thành viên của Chính phủ vì các nhà lập hiến trong giai đoạn này cho rằng "giải tán Chính phủ sẽ dẫn đến sự khủng hoảng chính trị, sự gián đoạn không thông suốt, bế tắc quyền lực nên không bảo đảm được sự thống nhất quyền lực"[2].

Một số nhận xét:

Một là, mối quan hệ giữa lập pháp và hành pháp trong Hiến pháp năm 1959 được xây dựng trên nguyên tắc tập quyền XHCN. Chỉ Quốc hội - cơ quan đại diện cao nhất của nhân dân mới có đầy đủ quyền lực nhà nước và là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Các cơ quan cấp cao khác của Nhà nước chỉ là cơ quan hành chính và tư pháp của cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, nên đều trực tiếp hoặc gián tiếp do Quốc hội lập ra và bãi miễn, đều nhận được quyền lực từ Quốc hội, phải báo cáo công tác và chịu trách nhiệm trước Quốc hội.

Hai là, do sự phân công quyền lực không rõ ràng nên tính độc lập của Hội đồng Chính phủ bị hạn chế. Quốc hội được đề cao và có rất nhiều quyền lực vì Hiến pháp do chính Quốc hội làm ra. Hội đồng Chính phủ chỉ là cơ quan hành chính cao nhất của Quốc hội, bị động và lệ thuộc vào Quốc hội.

Ba là, do tổ chức bộ máy nhà nước theo mô hình tập quyền, Hiến pháp đã đề cao vai trò của Quốc hội nên sự kiểm soát giữa lập

2 Trần Ngọc Đường (2014), Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về xây dựng và ban hành Hiến pháp, Nxb. Chính trị quốc gia, H., tr. 56.

pháp và hành pháp mờ nhạt hơn nhiều so với Hiến pháp năm 1946. Chủ yếu là sự kiểm soát của Quốc hội với Chính phủ, Chính phủ không được quyền kiểm soát Quốc hội. Các đại biểu Quốc hội chỉ bị bắt giam và truy tố nếu có sự đồng ý của Quốc hội hoặc UBTVQH khi Quốc hội không họp.

Bốn là, Hiến pháp năm 1959 không thể hiện được bản chất cần phải có của cơ quan lập pháp và hành pháp: Quốc hội không thể hiện được là một thiết chế được kiểm soát trong việc ban hành các đạo luật do Quốc hội có toàn quyền trong việc lập hiến, lập pháp; luật của Quốc hội không được Chủ tịch nước yêu cầu xem xét lại. Hội đồng Chính phủ được xác định là cơ quan chấp hành của Quốc hội và tính hành chính bị lu mờ. Hội đồng Chính phủ không còn nhiều nhiệm vụ, quyền hạn như Chính phủ trong Hiến pháp năm 1946. Cơ chế tín nhiệm Chính phủ không còn được áp dụng. Vì thế, Hiến pháp năm 1959 không lột tả được bản tính quyết đoán và dám chịu trách nhiệm của Chính phủ.

3. Nguyên tắc phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện quyền hành pháp tại Hiến pháp năm 1980

Theo quy định của Hiến pháp năm 1980, Quốc hội được quy định là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến, lập pháp. Quốc hội bầu ra Hội đồng Bộ trưởng; quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước và giám sát tối cao toàn bộ hoạt động của Nhà nước. Không những thế, Quốc hội còn có thể tự định ra cho mình những nhiệm vụ, quyền hạn khác khi xét thấy cần thiết. Có thể nói, Hiến pháp năm 1980 là đỉnh cao của nguyên tắc tập quyền XHCN, đỉnh cao của sự tập trung quyền lực nhà nước vào Quốc hội. Chính điều này làm cho mối quan hệ giữa lập pháp và hành pháp trong Hiến pháp năm 1980 có sự nhập nhằng, khó phân định.

Quan hệ giữa Hội đồng Bộ trưởng và Quốc hội là quan hệ một chiều. Hội đồng Bộ trưởng không được quyền kiểm soát Quốc hội mà chỉ có Quốc hội được quyền kiểm soát Hội đồng Bộ trưởng vì nguyên tắc tập quyền đã phủ nhận sự ngang quyền và kiềm chế đối trọng lẫn nhau giữa lập pháp và hành pháp.

Hiến pháp năm 1980 chỉ đặt vấn đề lập pháp kiểm soát hành pháp thông qua các hình thức: Hội đồng Bộ trưởng phải chịu trách nhiệm và báo cáo công tác trước Quốc hội, Hội đồng Nhà nước. Đại biểu Quốc hội chất vấn và yêu cầu thành viên của Hội đồng Bộ trưởng phải trình bày hoặc cung cấp tài liệu về các vấn đề cần thiết. Quốc hội có quyền bãi nhiệm Chủ tịch, Phó Chủ tịch và các thành viên khác của Hội đồng Bộ trưởng... Trong quan hệ với Quốc hội, Hội đồng Bộ trưởng chỉ có quyền ban hành các văn bản dưới luật để hướng dẫn thi hành các văn bản của Quốc hội và Hội đồng Nhà nước; quyền trình dự án luật, dự án pháp lệnh và các dự án khác, lập dự án kế hoạch nhà nước và dự toán ngân sách nhà nước... Hội đồng Bộ trưởng không thể kiểm soát và đối trọng với Quốc hội. Bên cạnh đó, Hiến pháp năm 1980 áp dụng cơ chế bãi nhiệm như Hiến pháp năm 1959. Mọi quyết định của Hội đồng Bộ trưởng đều được bàn bạc tập thể và quyết định theo đa số, vai trò của cá nhân Chủ tịch Hội đồng Bộ trưởng và các Bộ trưởng rất mờ nhạt, phản ánh tư tưởng làm chủ tập thể đã in đậm trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước. Hội đồng Bộ trưởng bị trói buộc vào Quốc hội và tính hành chính của Hội đồng Bộ trưởng khá mờ nhạt.

Một số nhận xét:

Một là, do chịu ảnh hưởng mạnh mẽ

của Hiến pháp XHCN, nên về phương diện tổ chức bộ máy nhà nước, Hiến pháp năm 1980 là đỉnh cao của sự tập trung quyền lực nhà nước trong tay Quốc hội. Trong mối quan hệ với các cơ quan nhà nước ở trung ương, Quốc hội có ưu thế gần như tuyệt đối, chỉ có Quốc hội mới có quyền giám sát và phê bình hoạt động của các cơ quan khác mà không có chiều ngược lại. Tư tưởng phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực giữa lập pháp và hành pháp là mờ nhạt nhất so với hai bản Hiến pháp trước. Sự kém độc lập giữa các chức năng dẫn đến sự vận hành thiếu hiệu quả của bộ máy nhà nước và hiện tượng không quy kết được trách nhiệm cho các cơ quan, hoặc sự khó khăn trong việc phối hợp công việc giữa các cơ quan nhà nước. Có thể nói, với bản Hiến pháp này, tư tưởng phân quyền và hạt nhân hợp lý của nó hầu như bị phủ nhận hoàn toàn.

Hai là, mối quan hệ giữa lập pháp và hành pháp trong Hiến pháp năm 1980 khó phân định; có sự chồng chéo trong việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan. Quốc hội bao biện, ôm đồm, can thiệp vào công việc quản lý của Hội đồng Bộ trưởng. Mối tương quan giữa lập pháp và hành pháp nghiêng hẳn về phía Quốc hội. Hành pháp chỉ được quan niệm là một bộ phận hoạt động dưới sự chỉ đạo của cơ quan lập pháp. Hành pháp hầu như không có khả năng kiểm soát nào với lập pháp. Các phương thức mà Hiến pháp năm 1980 trang bị cho Quốc hội giám sát tối cao Hội đồng Bộ trưởng thì khá chung chung, không rõ ràng và không mang tính khả thi.

Ba là, Hiến pháp năm 1980 cũng không lột tả được bản chất cần phải có của các thiết chế nhà nước khác nhau. Với một mô hình Quốc hội có toàn quyền thì không một chủ thể nào có quyền đề nghị Quốc hội xem xét lại các quyết định của mình. Hội đồng Bộ trưởng không còn toàn quyền ngay cả trong lĩnh vực quản lý nhà nước. Vì thế, nó cũng không thể là một cơ quan hành pháp mạnh mẽ và quyết đoán. Hơn nữa, với tinh thần làm chủ tập thể, vai trò của Chủ tịch Hội đồng Bộ trưởng hoàn toàn mờ nhạt. Hiến pháp năm 1980 không quy định quyền hạn cụ thể của Chủ tịch Hội đồng Bộ trưởng. Vì vậy, chức danh này không được xem là một thiết chế quyền lực có tính độc lập như người đứng đầu Chính phủ trong Hiến pháp năm 1946. Chủ tịch Hội đồng Bộ trưởng được xem như một vị trí đứng đầu của Hội đồng, lãnh đạo điều phối hoạt động của Hội đồng và quyền hạn cũng trong phạm vi của Hội đồng. Hiến pháp năm 1980 cũng không có cơ chế tín nhiệm Chính phủ, do đó không thể phát huy tinh thần trách nhiệm của các thành viên Hội đồng Bộ trưởng, cũng như tạo điều kiện cho Quốc hội chủ động hơn trong việc xử lý các thành viên của Hội đồng Bộ trưởng.

4. Nguyên tắc phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện quyền lập pháp, hành pháp tại Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001)

Về sự phân công giữa lập pháp và hành pháp, Điều 2 Hiến pháp 1992 sửa đổi quy định quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công và phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Với quy định này, lần đầu tiên tên gọi của ba loại quyền lực nhà nước theo tư tưởng phân quyền được hiến định; từ đó thừa nhận sự tồn tại của ba quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp trong Nhà nước.

Hiến pháp năm 1992 có sự phân công, phân nhiệm giữa Quốc hội - lập pháp và Chính phủ - hành pháp rõ ràng hơn nhiều so với Hiến pháp năm 1980. Cụ thể: quyền lập

pháp thuộc về Quốc hội, cơ quan đại diện cao nhất của nhân dân và cũng là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Chính phủ được quy định là cơ quan chấp hành của Quốc hội, cơ quan hành chính cao nhất của đất nước, nên Chính phủ không còn được coi là một bộ phận của Quốc hội. Chính phủ mặc dù vẫn là cơ quan phái sinh của Quốc hội nhưng Quốc hội không ôm đồm, làm thay công việc quản lý của Chính phủ. Việc quy định Chính phủ là cơ quan hành chính cao nhất có ý nghĩa quan trọng nhằm khẳng định tính độc lập tương đối của Chính phủ. Chức năng của Chính phủ là quản lý nhà nước. Công việc này phát sinh hàng ngày hàng giờ nên cần những quyết định nhanh chóng, kịp thời, mang tính thời sự, cần có sự tập trung và thống nhất trong quá trình quản lý. Hiến pháp năm 1992 đã nhận thức rằng, việc trói chân một con ngựa sẽ hoàn toàn khác so với việc đóng yên cương cho nó và đã dần thay thế cơ chế trói chân Hội đồng Bộ trưởng trong Hiến pháp năm 1980 bằng cơ chế đóng yên cương cho Chính phủ.

Về sự phối hợp giữa lập pháp và hành pháp: Chính phủ phải chấp hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH. Chính phủ trực tiếp hoặc chỉ đạo các bộ, cơ quan ngang bộ ban hành các văn bản quy phạm pháp luật để cụ thể hóa và hướng dẫn việc thực hiện Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH…Hoạt động của Chính phủ cũng tác động trở lại với Quốc hội như: Chính phủ có quyền trình dự án luật, pháp lệnh và các dự án khác trước Quốc hội, UBTVQH; Thủ tướng Chính phủ có quyền tham dự các kỳ họp của Quốc hội… Hiến pháp năm 1992 không quy định Quốc hội có quyền tự định cho mình hoặc giao thêm cho các cơ quan khác những nhiệm vụ, quyền hạn ngoài Hiến pháp. Hiến pháp cũng ngăn ngừa sự lạm quyền của UBTVQH bằng quy định UBTVQH chỉ được quyền ban hành các pháp lệnh nằm trong chương trình xây dựng luật và pháp lệnh do Quốc hội quyết định.

Về sự kiểm soát giữa lập pháp và hành pháp: Hiến pháp năm 1992 quy định lập pháp kiểm soát hành pháp thông qua các hình thức: Chính phủ phải báo cáo công tác và chịu trách nhiệm trước Quốc hội; đại biểu Quốc hội có quyền chất vấn Thủ tướng Chính phủ và các thành viên khác của Chính phủ; Quốc hội có quyền bãi nhiệm, miễn nhiệm Thủ tướng Chính phủ; phê chuẩn việc miễn nhiệm, cách chức Phó Thủ tướng, bộ trưởng và các thành viên khác của Chính phủ; đình chỉ thực hiện, bãi bỏ văn bản pháp luật của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ nếu các văn bản đó trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội... Từ năm 2001, Quốc hội được bỏ phiếu tín nhiệm đối với các chức danh do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn, trong đó có người đứng đầu và các thành viên khác của Chính phủ. Người bị Quốc hội bỏ phiếu tín nhiệm mà không vượt quá (không đạt trên 50% số phiếu tín nhiệm) sẽ bị đưa ra miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc cách chức theo quy định. Với quy định này, Quốc hội chủ động hơn trong việc xử lý các thành viên của Chính phủ khi hoạt động của họ không đáp ứng yêu cầu và từ đó tăng cường trách nhiệm của các thành viên Chính phủ.

Hiến pháp năm 1992 không đặt vấn đề hành pháp kiểm soát lập pháp. Chính phủ không có quyền phủ quyết các dự luật của Quốc hội, không có quyền đề nghị xem xét lại các quyết định của Quốc hội. Do vẫn còn chịu ảnh hưởng của nguyên tắc tập quyền nên Hiến pháp năm 1992 quy định về kiểm soát quyền lực nhà nước đặc biệt là kiểm soát các hoạt động của Quốc hội rất hạn chế.

Một số nhận xét:

Một là, cơ chế phân công nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của các cơ quan

trong Hiến pháp năm 1992 đã được thể hiện tương đối rõ nét. Quốc hội thực hiện chức năng của cơ quan lập pháp; hành pháp - ở mức độ nhất định - đã thuộc về Chính phủ. Tuy nhiên, tính đến thời điểm trước khi Hiến pháp năm 2013 ra đời thì quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp không được trao một cách độc lập và bình đẳng cho cả ba cơ quan khác nhau; chỉ có Quốc hội là duy nhất được nắm quyền lập pháp, các quyền hành pháp và tư pháp đều được thực hiện với sự phối hợp giữa các cơ quan nhà nước. Sự phân công thực hiện quyền lực cũng không được thực hiện một cách triệt để. Hiến pháp không thể hiện rõ cơ quan nào là cơ quan thực hiện quyền hành pháp và cơ quan nào thực hiện quyền tư pháp, vậy nên có sự nhập nhằng giữa các cơ quan khi thực hiện quyền lực của mình.

Hai là, với việc vận dụng những hạt nhân hợp lý của học thuyết phân quyền để xác lập mối quan hệ giữa lập pháp và hành pháp theo cơ chế phân công và phối hợp quyền lực, Hiến pháp năm 1992 đã có những quy định nhằm thể hiện tính độc lập, dám chịu trách nhiệm của Chính phủ. Bên cạnh việc khẳng định Chính phủ là cơ quan hành chính cao nhất của cả nước (chứ không phải của Quốc hội), Hiến pháp đã có sự phân định thẩm quyền giữa Chính phủ và người đứng đầu Chính phủ là cá nhân Thủ tướng. Việc quy định rõ ràng quyền hạn của Thủ tướng Chính phủ trong Hiến pháp đã tạo cho Thủ tướng một vị trí pháp lý độc lập và có thực quyền trong cấu trúc quyền lực nhà nước. Hiến pháp năm 1992 đề cao trách nhiệm cá nhân của Thủ tướng, Phó Thủ tướng, Bộ trưởng và các thành viên khác theo hướng chú trọng về trách nhiệm cá nhân của từng chức danh chứ không quy định một cách chung chung về trách nhiệm tập thể như trước đây.

5. Nguyên tắc phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện quyền lập pháp, hành pháp tại Hiến pháp năm 2013

Về cơ bản, khuôn khổ quy định của Hiến pháp năm 1992 về cơ chế thi hành quyền lực của Chính phủ tiếp tục được Hiến pháp năm 2013 kế thừa và có bước hoàn thiện phù hợp với yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền. Tư tưởng xuyên suốt nội dung sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện cơ chế thực hiện quyền hành pháp và hành chính của Chính phủ trong Hiến pháp năm 2013 là làm rõ hơn và đề cao tính dân chủ pháp quyền trong tổ chức và hoạt động của Chính phủ theo hướng minh bạch, theo pháp luật, được kiểm soát và bảo đảm tính thống nhất, thông suốt trong thực hiện quyền lực. Bên cạnh sự điều chỉnh, làm rõ hơn nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của từng thiết chế Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ và Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Hiến pháp mới đã có một số đổi mới về cơ chế thực thi quyền lực, phù hợp với tính chất, vai trò của từng thiết chế này, nâng cao tính minh bạch, linh hoạt, nhanh nhạy, đề cao trách nhiệm cá nhân, nhất là trách nhiệm giải trình, đồng thời bảo đảm gắn kết chặt chẽ giữa các thiết chế này trong thực hiện quyền hành pháp và hành chính được giao.

Về sự phân công giữa lập pháp và hành pháp: về cơ bản, Hiến pháp năm 2013 vẫn quy định Quốc hội có hai tính chất là cơ quan đại biểu cao nhất của Nhân dân và là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Tuy nhiên, so với Điều 83 Hiến pháp năm 1992 thì Điều 69 Hiến pháp năm 2013 có hai điểm mới cơ bản là có sự phân biệt giữa quyền lập hiến và quyền lập pháp và không quy định Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến và lập pháp. Việc phân biệt giữa quyền lập hiến, quyền lập pháp là một trong những yêu cầu cốt lõi của dân chủ và pháp quyền.

Trong nhà nước pháp quyền thì quyền lập hiến phải thuộc về nhân dân. Nhân dân sử dụng quyền lập hiến để thiết lập quyền lực nhà nước, trong đó có quyền lập pháp[3]. Do đó, quyền lập hiến phải đặt cao hơn quyền lập pháp và Hiến pháp phải là văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất, là công cụ trong tay của nhân dân để phân công và kiểm soát quyền lực nhà nước.

Hiến pháp quy định Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, thực hiện quyền hành pháp và là cơ quan chấp hành của Quốc hội. So với Điều 109 Hiến pháp năm 1992 thì Điều 94 Hiến pháp năm 2013 đã đặt tính hành chính cao nhất của Chính phủ lên trước tính chấp hành, điều này cho thấy Chính phủ phải được nhận thức là cơ quan được lập ra trước hết là để thực hiện chức năng điều hành, quản lý trên cơ sở chấp hành đường lối, chủ trương trong Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội chứ không phải là cơ quan được lập ra chỉ để phục tùng và báo cáo công tác trước Quốc hội. Hơn nữa, lần đầu tiên trong lịch sử lập hiến Việt Nam, Hiến pháp năm 2013 chính thức quy định Chính phủ thực hiện quyền hành pháp. Theo nghĩa hiện đại, thực hiện quyền hành pháp bao gồm các hoạt động chủ yếu sau: hoạch định và điều hành chính sách quốc gia; dự thảo và trình Quốc hội các dự án luật; ban hành kế hoạch, chính sách cụ thể, những văn bản dưới luật để thực thi các chủ trương, chính sách, luật đã được Quốc hội thông qua; chỉ đạo, hướng dẫn, điều hành giám sát việc thực hiện các kế hoạch, chủ trương, chính sách; thiết lập trật tự hành chính trên cơ sở của luật; phát hiện, xác minh, xử lý các vi phạm theo thẩm quyền hoặc chuyển cho Tòa án nhân dân xét xử theo trình tự, thủ tục tư pháp. Quy định mới này thể hiện tư duy phân công rạch ròi giữa các nhánh quyền lực, Chính phủ nắm một loại quyền lực thực sự chứ không còn là phái sinh từ Quốc hội. Chính phủ được độc lập, chủ động và trách nhiệm hơn trong việc điều hành, quản lý đất nước. Việc bổ sung này không những thể hiện bước tiến trong việc phân biệt các khái niệm hành pháp, hành chính mà còn khẳng định hành pháp là một trong ba nhánh quyền lực tương đối độc lập, phù hợp với quan điểm và nguyên tắc của tổ chức quyền lực nhà nước có sự phân công, phối hợp và kiểm soát lẫn nhau giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp.

Về sự phối hợp giữa lập pháp và hành pháp: Khác với Hiến pháp năm 1980 và Hiến pháp năm 1992, nơi quy định nhiệm vụ của Chính phủ về "bảo đảm việc thi hành Hiến pháp và pháp luật", Hiến pháp năm 2013 đã quy định "tổ chức thi hành pháp luật" thành một thẩm quyền có tính độc lập và đặc trưng của hệ thống hành pháp bao gồm Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, các Bộ trưởng và chính quyền địa phương các cấp. Vai trò của tổ chức thi hành pháp luật là bảo đảm cho "đầu ra" của sản phẩm lập pháp; tạo sự gắn kết giữa chức năng làm luật của Quốc hội với việc đưa pháp luật vào cuộc sống của quyền hành pháp. Điều này thể hiện mối quan hệ phân công, phối hợp giữa hoạt động lập pháp với hoạt động tổ chức thi hành pháp luật của hai thiết chế mang quyền lập pháp và quyền hành pháp.

Một số nhận xét:

Một là, bắt đầu từ Hiến pháp năm 2013, các khái niệm quyền lập pháp, quyền hành pháp và quyền tư pháp đi liền với nó là sử dụng các thuật ngữ cơ quan lập pháp, cơ

3 Trần Ngọc Đường (2014), Chế định Quốc hội trong Hiến pháp năm 2013, Bình luận khoa học Hiến pháp Việt Nam năm 2013, Nxb. Lao động xã hội, H., tr. 309.

quan hành pháp, cơ quan tư pháp để chỉ các cơ quan trong bộ máy nhà nước được chính thức sử dụng rộng rãi. Đây là điểm mới đáng ghi nhận của Hiến pháp năm 2013 so với Hiến pháp năm 1992 sửa đổi, vì Hiến pháp năm 1992 không khẳng định cơ quan nào là cơ quan hành pháp, cơ quan nào là cơ quan tư pháp. Không chỉ phân định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn giữa các cơ quan với nhau mà Hiến pháp mới cũng có những quy định nhằm phân biệt trách nhiệm giữa các cơ quan này với những con người hoạt động trong cơ quan đó (phân biệt trách nhiệm tập thể và trách nhiệm cá nhân), đặc biệt là trong hoạt động của cơ quan hành pháp. Hiến pháp xác định rõ trách nhiệm của tập thể Chính phủ, cá nhân Thủ tướng Chính phủ và các thành viên của Chính phủ trong hoạt động quản lý.

Hai là, Hiến pháp năm 2013 bổ sung thêm một nội dung mới về tổ chức quyền lực nhà nước ở nước ta. Đó là quyền lực nhà nước là thống nhất, không chỉ được phân công, phối hợp mà còn có sự kiểm soát trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp. Đây là nguyên tắc chi phối đến mối quan hệ giữa các cơ quan trong khi thực hiện các chức năng lập pháp, hành pháp và tư pháp cũng như tương quan quyền lực giữa chúng với nhau. Đây là một bước tiến lớn trong tư duy của các nhà lập hiến, bởi Hiến pháp năm 1992 sửa đổi không đặt ra vấn đề kiểm soát lẫn nhau giữa các nhánh quyền lực.

Ba là, Hiến pháp năm 2013 có nhiều quy định mới, tiến bộ nhằm phát huy bản tính thận trọng của Quốc hội, tôn trọng pháp quyền và phát huy sự độc lập, chủ động, kiến tạo mạnh mẽ và dám chịu trách nhiệm của Chính phủ - cơ quan thực hiện quyền hành pháp. Quốc hội đã không còn là cơ quan có toàn quyền như trong cơ chế tập quyền mà chỉ là cơ quan nắm giữ một loại quyền lực trong cơ cấu quyền lực. Hiến pháp năm 2013 đã đặt tính hành chính cao nhất của Chính phủ lên trước tính chấp hành và chính thức quy định Chính phủ thực hiện quyền hành pháp. Hiến pháp năm 2013 quy định cho Chính phủ vị trí như thế là vì Chính phủ trực tiếp nhận quyền hành pháp từ nhân dân, chính nhân dân phân công Chính phủ thực hiện quyền hành pháp chứ không phải là Quốc hội như nhận thức trong cơ chế tập quyền XHCN trước đây.

Chế độ làm việc tập thể giúp Chính phủ dân chủ hơn trong việc đưa ra các quyết định. Tuy vậy, vai trò của Thủ tướng - người đứng đầu Chính phủ vẫn được thể hiện thông qua những nhiệm vụ, quyền hạn riêng. Cơ chế chịu trách nhiệm của các thành viên Chính phủ cũng có sự thay đổi: Thủ tướng phải chịu trách nhiệm trước Quốc hội về hoạt động của Chính phủ về những nhiệm vụ được giao; báo cáo công tác của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ trước Quốc hội. Quy định này kế thừa Điều 54 Hiến pháp năm 1946 (Thủ tướng chịu trách nhiệm về con đường chính trị của Nội các). Ngoài ra, Hiến pháp năm 2013 còn quy định Thủ tướng sau khi được Quốc hội bầu phải tuyên thệ trung thành với Tổ quốc, với Nhân dân và Hiến pháp. Phó Thủ tướng còn phải chịu trách nhiệm trước Thủ tướng về những nhiệm vụ được giao. Các Bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ phải chịu trách nhiệm cá nhân trước Thủ tướng, Chính phủ và Quốc hội về ngành và lĩnh vực mà mình phụ trách. Cũng như Thủ tướng, Bộ trưởng còn phải báo cáo công tác trước Nhân dân về những vấn đề quan trọng thuộc trách nhiệm quản lý. Những điểm mới này nhằm phát huy năng lực cá nhân, quyết đoán và chịu trách nhiệm của các thành viên Chính phủ, như vậy mới đảm bảo cho các thành viên Chính phủ dám nghĩ, dám làm và dám chịu trách nhiệm■

THỰC TRẠNG NỘI DUNG VÀ PHƯƠNG THỨC LÃNH ĐẠO CỦA ĐẢNG ĐỐI VỚI QUỐC HỘI TRONG ĐẤU TRANH PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG[1]

Lê Minh Thông*

* PGS. TS. Trợ lý Chủ tịch Quốc hội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: phương thức lãnh đạo của Đảng; Quốc hội; phòng, chống tham nhũng

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 05/06/2019
Biên tập : 18/06/2019
Duyệt bài : 17/06/2019

Tóm tắt:

Trong lĩnh vực đấu tranh phòng, chống tham nhũng, sự lãnh đạo, phương thức lãnh đạo của Đảng đối với Quốc hội đã đảm bảo các chủ trương, giải pháp chống tham nhũng được xác định trong các văn kiện của Đảng được thể chế hóa kịp thời, đầy đủ thành các quy định của pháp luật. Đặc biệt Luật Phòng, chống tham nhũng 2018 vừa được Quốc hội khóa XIV thông qua cùng với các đạo luật khác trong hệ thống pháp luật đã tạo dựng được các cơ sở pháp lý khá đồng bộ và phù hợp để triển khai mạnh mẽ cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng trong mọi lĩnh vực.

Article Infomation:

Keywords: leadership method of the Communist Party; National Assembly; anti- corruption

Article History:

Received : 05 Jun 2019
Edited : 18 Jun 2019
Approved : 17 Jun 2019

Abstract

In aspect of anti-corruption, the leadership and the leadership method of the Communist Party to the National Assembly is to ensure that the anti-corruption guidelines, solutions identified Party's documents shall be timely and fully in institutionalized into the legal provisions. Especially, the Anti-Corruption Law of 2018 has been approved by the XIV National Assembly with other laws in the legal system, which has provided a synchronous and appropriate legal ground to strongly proceed the anti- corruption campaign in all areas.

Sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam đối với cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng (PCTN) là một tất yếu trong điều kiện là một Đảng duy nhất cầm quyền, lãnh đạo Nhà nước và xã hội. Một khi tham nhũng đã trở thành một "quốc nạn" đang đe dọa sự tồn vong của Đảng, của chế độ, xói mòn lòng tin của nhân dân đối với Đảng, Nhà nước, thì trách nhiệm lãnh đạo cuộc đấu tranh ngăn chặn, đẩy lùi vấn nạn tham nhũng càng trở nên nặng nề hơn bao giờ hết. Dưới sự lãnh đạo của Đảng, cả hệ

1 Sản phẩm của Đề tài độc lập cấp quốc gia "Đổi mới nội dung và phương thức lãnh đạo của Đảng đối với công tác kiểm tra, giám sát trong đấu tranh PCTN ở Việt Nam" do TS. Trần Cẩm Tú, Bí thư Trung ương Đảng, Chủ nhiệm Ủy ban Kiểm tra Trung ương làm Chủ nhiệm đề tài.

thống chính trị đã và đang tích cực vào cuộc đấu tranh với các hành vi tham nhũng và đang đem lại nhiều kết quả, được dư luận và nhân dân đánh giá cao. Đảng lãnh đạo hệ thống chính trị trong cuộc đấu tranh PCTN một cách linh hoạt, không rập khuôn máy móc. Căn cứ vào vị trí, vai trò, tính chất, tổ chức và hoạt động của mỗi một thiết chế trong hệ thống chính trị, Đảng có nội dung, phương thức lãnh đạo phù hợp để vừa đảm bảo sự lãnh đạo của mình, vừa tôn trọng, phát huy tính chủ động, sáng tạo của mỗi tổ chức trong hệ thống chính trị trong việc thực hiện hiệu quả trách nhiệm trong cuộc đấu tranh phức tạp và cam go này. Do vậy, vấn đề đặt ra là cần xác định rõ, đúng nội dung lãnh đạo, phương thức lãnh đạo của Đảng đối với từng cơ quan, tổ chức thuộc hệ thống chính trị để phát huy cao nhất hiệu quả đấu tranh PCTN của từng cơ quan, tổ chức.

Theo quy định của Điều 69 Hiến pháp năm 2013: "Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của Nhân dân, cơ quan quyền lực cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam". Quy định này xác định bản chất của Quốc hội được được thể hiện trên hai phương diện sau:

- Là cơ quan đại biểu cao nhất của Nhân dân, do Nhân dân cả nước bầu ra theo quy định của Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội (ĐBQH); đại diện cho ý chí, nguyện vọng và lợi ích của Nhân dân cả nước, chịu trách nhiệm trước Nhân dân cả nước về việc thực hiện quyền lực do Nhân dân ủy quyền.

- Là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, Quốc hội là một thiết chế quyền lực trung tâm của bộ máy nhà nước, được Nhân dân giao phó những thẩm quyền trọng yếu: lập hiến và lập pháp; quyết định các vấn đề trọng đại của đất nước và quyền giám sát tối cao.

Quốc hội trong vị thế là cơ quan lập hiến và lập pháp được tổ chức và hoạt động theo quy định của Hiến pháp và Luật Tổ chức Quốc hội đòi hỏi sự lãnh đạo của Đảng đối với Quốc hội có nhiều đặc thù hơn so với sự lãnh đạo của Đảng đối với cơ quan hành pháp và cơ quan tư pháp trong mối quan hệ cấu trúc bộ máy nhà nước.

Một mặt, sự lãnh đạo của Đảng đối với Quốc hội tuân theo quy luật chung của sự lãnh đạo đối với Nhà nước nói chung với 3 thẩm quyền cơ bản:

Một là: xây dựng và quyết định đường lối chính trị cho sự phát triển của đất nước; quyết định những vấn đề liên quan đến vận mệnh quốc gia.

Hai là: Đảng giới thiệu các đảng viên ưu tú đủ tiêu chuẩn để Nhân dân lựa chọn bầu vào các cơ quan đại diện và quyền lực nhà nước; giới thiệu để các cơ quan nhà nước bầu hoặc bổ nhiệm vào các vị trí lãnh đạo.

Ba là: thực hiện việc kiểm tra, giám sát cán bộ, đảng viên và các cơ quan nhà nước, các đoàn thể quần chúng trong việc thực hiện đường lối chính sách của Đảng.

Mặt khác, sự lãnh đạo của Đảng đối với Quốc hội được thực hiện phù hợp với ba lĩnh vực hoạt động chủ yếu của Quốc hội là hoạt động lập hiến, lập pháp; hoạt động quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước và hoạt động giám sát.

Trong hoạt động lập hiến, lập pháp, sự lãnh đạo của Đảng tập trung vào nhiệm vụ lãnh đạo Quốc hội thể chế hóa kịp thời và đúng đắn các đường lối, chủ trương, chính sách và quan điểm, định hướng phát triển đất nước trong các lĩnh vực của đời sống đất nước thành các quy định của luật, pháp lệnh, nghị quyết. Trong lĩnh vực này, đời sống, chính sách, quan điểm của Đảng là những định hướng chính trị để Quốc hội quyết định chính sách, pháp luật, xác định nội dung cụ thể của các đạo luật, pháp lệnh và nghị quyết.

Để đảm bảo sự lãnh đạo của Đảng đối với hoạt động lập hiến, lập pháp của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội phải thường xuyên, chủ động xin ý kiến chỉ đạo của các

cơ quan lãnh đạo của Đảng như Ban Chấp hành Trung ương, Bộ Chính trị, Ban Bí thư về các chủ trương lập pháp, chương trình, kế hoạch xây dựng pháp luật toàn khóa và từng năm trong nhiệm kỳ Quốc hội; về các vấn đề còn có ý kiến khác nhau xung quanh các nội dung của dự thảo luật, những vấn đề nảy sinh trong thực tiễn đất nước cần được pháp luật điều chỉnh… Các cơ quan lãnh đạo của Đảng căn cứ vào tính chất, phạm vi và nội dung của từng vấn đề mà có những ý kiến, kết luận cụ thể làm căn cứ để Quốc hội thảo luận và quyết định nội dung các dự án luật và thông qua các đạo luật theo thẩm quyền và thủ tục luật định.

- Trong hoạt động quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước, sự lãnh đạo của Đảng đối với Quốc hội được thực hiện theo phương thức Đảng ra chủ trương - Quốc hội thảo luận và quyết định theo thẩm quyền. Để đảm bảo sự lãnh đạo của Đảng và thẩm quyền quyết định của Quốc hội đối với các vấn đề quan trọng của đất nước, thực tiễn luôn đòi hỏi phải khắc phục nguy cơ của hai khuynh hướng:

- Khuynh hướng Quốc hội chỉ thảo luận lại, quyết định lại các vấn đề Đảng đã quyết. Với khuynh hướng này, việc quyết định của Quốc hội chỉ mang tính hình thức như một cách thức hợp pháp hóa quyết định của Đảng.

- Khuynh hướng thứ hai là nguy cơ Quốc hội quyết định các vấn đề có thể không phù hợp với chủ trương, chính sách của Đảng.

Để tránh nguy cơ của cả hai khuynh hướng trên, một mặt, Đảng không quyết định thay công việc của Quốc hội, không quyết định các vấn đề cụ thể mà chỉ quyết định các định hướng lớn có tính chính trị cho mỗi một chủ trương, tạo khuôn khổ chính trị để Quốc hội thảo luận và quyết định cụ thể từng vấn đề. Mặt khác, các tổ chức đảng trong Quốc hội, Đảng đoàn Quốc hội, các tổ đảng trong các Đoàn ĐBQH, các ĐBQH là các Ủy viên Bộ Chính trị, Ủy viên Trung ương Đảng, các Bí thư, Phó Bí thư Tỉnh ủy, Thành ủy phải chủ động thuyết phục, giải thích, tranh luận tại các kỳ họp của Quốc hội, thuyết phục các ĐBQH nhằm tạo sự đồng thuận trong Quốc hội khi thảo luận, quyết định các vấn đề quan trọng mà Đảng đã có chủ trương. Điều cần được quán triệt là các cấp lãnh đạo của Đảng phải thật sự lắng nghe ý kiến các ĐBQH, chủ động đối thoại với Quốc hội và tôn trọng ý kiến, quan điểm của ĐBQH và kịp thời điều chỉnh chủ trương cho phù hợp với ý chí, nguyện vọng và lợi ích của các cử tri mà các ĐBQH là người đại diện.

Trong hoạt động giám sát của Quốc hội, sự lãnh đạo của Đảng được thể hiện qua các chủ trương tăng cường, nâng cao hiệu quả giám sát của Quốc hội. Các quan điểm và chủ trương của Đảng được xác định trong các Nghị quyết của các đại hội từ Đại hội VI đến Đại hội XII và các Nghị quyết tương ứng của mỗi khóa, các Nghị quyết của Bộ Chính trị, Chỉ thị của Ban Bí thư luôn là các căn cứ chính trị quan trọng đối với xây dựng và thực hiện Chương trình, kế hoạch giám sát của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội toàn khóa và từng năm. Các hoạt động giám sát đều được thực hiện bám sát các nhiệm vụ chính trị đã được Đảng xác định trong các văn kiện của Đảng. Kết quả giám sát đều được báo cáo các cơ quan có thẩm quyền của Đảng. Việc xử lý các vấn đề nảy sinh trong thực tiễn hoạt động giám sát của Quốc hội cũng là các cơ sở quan trọng để Đảng hoàn thiện, điều chỉnh các chủ trương, chính sách phù hợp với các yêu cầu phát triển của thực tế đổi mới đất nước.

Những nội dung cơ bản về sự lãnh đạo của Đảng đối với Quốc hội được thể hiện qua từng lĩnh vực hoạt động cụ thể của Quốc hội.

Trong phạm vi thực hiện các nhiệm vụ, trách nhiệm đấu tranh PCTN của Quốc hội, sự lãnh đạo của Đảng được thể hiện trên các phương diện sau:

1. Lãnh đạo việc thể chế các quan điểm, chủ trương của Đảng về phòng, chống tham nhũng thông qua các hoạt động xây dựng pháp luật của Quốc hội, các cơ quan Quốc hội

Nhận thức rõ nguy cơ và hậu quả nghiêm trọng của quốc nạn tham nhũng, Đảng ta đã ban hành nhiều chủ trương, nghị quyết, chỉ thị để lãnh đạo cuộc đấu tranh PCTN. Các quan điểm, chủ trương của Đảng về PCTN luôn được khẳng định nhất quán trong các văn kiện đại hội Đảng, đặc biệt từ Đại hội VII đến nay và được cụ thể hóa trong nhiều nghị quyết, chỉ thị của Đảng[2]. Những quan điểm, chủ trương, giải pháp về PCTN được xác định trong các văn kiện của Đảng đã được Quốc hội các khóa thể chế hóa kịp thời trong các đạo luật cụ thể. Nghiên cứu thực tiễn lập pháp của Quốc hội trong nhiều khóa, đặc biệt các khóa Quốc hội gần đây có thể thấy rằng: phòng và chống tham nhũng đã trở thành một nguyên tắc lập pháp nhất quán, xuyên suốt trong tất cả các đạo luật thuộc hệ thống pháp luật Việt Nam. Những yêu cầu, đòi hỏi và một khuôn khổ pháp lý về PCTN không chỉ được quy định khá cụ thể trong các đạo luật trực tiếp điều chỉnh việc PCTN mà còn được quy định - dù dưới các hình thức, mức độ và hình thức thể hiện khác nhau - trong hầu hết các đạo luật của hệ thống pháp luật Việt Nam thời kỳ đổi mới.

Luật PCTN năm 2005, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật PCTN năm 2012; Luật PCTN năm 2018 là những văn bản trực tiếp thể chế hóa các quan điểm, chủ trương lớn của Đảng về PCTN, tạo lập khuôn khổ pháp lý chung cho cuộc đấu tranh PCTN ở Việt Nam.

Các quan điểm, chủ trương và giải pháp PCTN được xác định trong các văn kiện của Đảng, không chỉ được thể hiện nhất quán trong Luật PCTN mà còn được thể hiện trong hàng loạt các đạo luật quan trọng khác thuộc các lĩnh vực điều chỉnh khác nhau. Các đạo luật về tổ chức bộ máy như Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Tổ chức Chính phủ; Luật Tổ chức Tòa án nhân dân, Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân, Luật Tổ chức Chính quyền địa phương đều xác định rõ trách nhiệm, nhiệm vụ PCTN trong tổ chức và hoạt động của từng tổ chức, đặc biệt là các quy định về công khai hóa, minh bạch hóa các hoạt động. Các đạo luật về kiểm toán nhà nước, Luật Công an nhân dân, Luật Thanh tra, Luật Khiếu nại, tố cáo; Luật Tiếp công dân, Luật Tiếp cận thông tin, Luật Bầu cử ĐBQH, đại biểu Hội đồng nhân dân, Luật Cán bộ, công chức, Luật Viên chức đã bám sát các quan điểm của Đảng về PCTN, thể chế hóa thành nhiều quy định cụ thể. Đặc biệt, Bộ luật Hình sự sửa đổi, bổ sung năm 2017, Bộ luật Tố tụng hình sự, Luật Tố tụng hành chính được ban hành với nhiều nội dung mới liên quan trực tiếp đến PCTN. Các quy định của Bộ luật Hình sự về các tội tham nhũng, chức vụ đã thể hiện rõ các quan điểm, thái độ của Đảng, Nhà nước ta đối với các hành vi tham nhũng, đảm bảo sự tương thích với các quy định của Công ước Liên hiệp quốc về chống tham nhũng, góp phần đẩy mạnh cuộc đấu tranh PCTN ở nước ta.

Các đạo luật chuyên ngành cũng luôn quán triệt, thể chế hóa các quan điểm, định hướng của Đảng về PCTN với nhiều nội dung cụ thể: Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư, Luật Đầu tư công; Luật Ngân sách nhà nước, các đạo luật về thuế; Luật về các Tổ chức tín dụng; Luật Quản lý và sử dụng vốn nhà nước trong các doanh nghiệp; Luật Đất đai; Luật Đấu thầu… đã cơ bản tạo lập

2 Nghị quyết số 14-NQ/TW ngày 15/5/1996 của Bộ Chính trị khóa VII; Nghị quyết TW 3 khóa X về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác PCTN, lãng phí. Kết luận hội nghị lần thứ năm Ban Chấp hành Trung ương khóa XI về tiếp tục thực hiện Nghị quyết TW 3 khóa X; Chỉ thị số 33 CT/TW ngày 03/01/2004 của Bộ Chính trị về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với kê khai, kiểm soát việc kê khai tài sản; Chỉ thị số 50-CT/TW ngày 07/12/2015 v.v..

được các cơ sở pháp lý khá toàn diện để tăng cường hiệu quả cuộc đấu tranh PCTN trong hầu hết các lĩnh vực điều chỉnh pháp luật.

Trong quá trình thể chế hóa các quan điểm, chủ trương, giải pháp lớn của Đảng về PCTN thành các chế định pháp luật của các đạo luật, sự lãnh đạo của Bộ Chính trị, Ban Bí thư, của Đảng đoàn Quốc hội luôn bám sát diễn biến thực tiễn, lắng nghe, tiếp thu các ý kiến thảo luận của các ĐBQH đối với từng dự thảo luật cụ thể, cho ý kiến kịp thời về các vấn đề còn có ý kiến khác nhau để vừa đảm bảo định hướng chính trị theo quan điểm của Đảng vừa phát huy tính chủ động, sáng tạo của các ĐBQH, tạo đồng thuận trong các vấn đề được thảo luận để hoàn thiện và nâng cao chất lượng các đạo luật nội dung và các đạo luật liên quan trực tiếp đến PCTN nói riêng được Quốc hội thông qua trong các nhiệm kỳ trước đây và hiện nay.

2. Lãnh đạo công tác giám sát của Quốc hội đối với việc thực hiện chính sách, pháp luật trong phòng, chống tham nhũng

Giám sát việc thực hiện chính sách, pháp luật trong hoạt động của Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC), Viện Kiểm sát nhân dân tối cao (VKSNDTC) là một nội dung quan trọng trong công tác giám sát của Quốc hội. Hai năm tại kỳ họp cuối năm các nhiệm kỳ Quốc hội, Chính phủ luôn có báo cáo về kết quả PCTN, về công tác phòng, chống tội phạm, TANDTC, VKSNDTC có các báo cáo về hoạt động của mình gửi đến Quốc hội. Đảng đoàn Quốc hội, Tổ đảng các cơ quan Quốc hội, các đoàn ĐBQH luôn có các hình thức linh hoạt lãnh đạo, chỉ đạo việc thẩm tra các báo cáo của Chính phủ, TANDTC, VKSNDTC các nội dung liên quan đến kết quả cuộc đấu tranh PCTN. Báo cáo thẩm tra của các cơ quan Quốc hội luôn bám sát các quan điểm, chủ trương của Đảng về PCTN, đánh giá khách quan về các kết quả tích cực trong việc thực hiện chính sách, pháp luật về PCTN; đồng thời nghiêm khắc chỉ rõ những hạn chế, yếu kém trong công tác này. Việc thảo luận của các ĐBQH tại các phiên họp tổ, phiên họp toàn thể tại hội trường (những phiên họp tại các kỳ họp gần đây, khi thảo luận các báo cáo của Chính phủ về kết quả PCTN, tình hình phòng, chống tội phạm, việc điều tra, xét xử các vụ án tham nhũng trong các báo cáo của TANDTC, VKSNDTC được truyền hình trực tiếp) đã và đang phát huy được các hiệu ứng tích cực trong thực tiễn PCTN, góp phần tạo niềm tin của Nhân dân và quyết tâm ngăn chặn, đẩy lùi quốc nạn tham nhũng.

Các hoạt động giám sát chuyên đề của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH), Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội về việc thực hiện chính sách, pháp luật trong các mặt của đời sống kinh tế - xã hội đất nước cũng luôn chú trọng đến nội dung về thực hiện pháp luật PCTN. Kết quả báo cáo của các đoàn giám sát chuyên đề của Quốc hội, UBTVQH, các cơ quan Quốc hội liên quan đến các vi phạm pháp luật được phát hiện trong các lĩnh vực được giám sát là những cảnh báo quan trọng về nguy cơ tham nhũng và tạo tiền đề để các cơ quan có trách nhiệm trực tiếp đấu tranh PCTN vào cuộc tiến hành các hoạt động thanh tra, kiểm toán, điều tra, truy tố, xét xử các hành vi tham nhũng khi được phát hiện. Qua các giám sát chuyên đề về việc thực hiện chính sách, pháp luật trong từng lĩnh vực cụ thể, các đoàn giám sát của Quốc hội, UBTVQH, các cơ quan của Quốc hội không chỉ đánh giá việc thực hiện chính sách, pháp luật, kiểm nghiệm sự đúng đắn và hiệu quả của chính sách, pháp luật mà còn phát hiện các bất cập của các chính sách, pháp luật nói chung, các chính sách, pháp luật trong PCTN nói riêng để có giải pháp sửa đổi, bổ sung.

Đảng lãnh đạo Quốc hội là một vấn đề có tính nguyên tắc trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước ta. Trong các hoạt động lập hiến, lập pháp, quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước và giám sát

tối cao nói chung và trong PCTN nói riêng thuộc phạm vi, thẩm quyền và trách nhiệm của Quốc hội; sự lãnh đạo của Đảng được thể hiện bằng đường lối, chính sách, tạo định hướng chính trị cho hoạt động của Quốc hội. Sự lãnh đạo của Đảng đối với Quốc hội trong việc thể chế hóa các quan điểm, đường lối, chính sách thành các quy định trong các đạo luật, Nghị quyết của Quốc hội dựa trên nguyên tắc tôn trọng đề cao vai trò và thẩm quyền, tính chủ động của Quốc hội, tạo dư địa để Quốc hội quyết định chính sách pháp luật theo quy định của Hiến pháp. Do vậy đối với Quốc hội, việc thể chế hóa các quan điểm, chủ trương của Đảng thành pháp luật không có nghĩa là giải pháp kỹ thuật pháp lý để chuyển hình thức từ Nghị quyết, quyết định, chỉ thị hay kết luận của Đảng sang hình thức văn bản pháp luật dưới dạng đạo luật, bộ luật, từ ngôn ngữ chính trị sang ngôn ngữ pháp lý mà thật sự là một quá trình sáng tạo, dân chủ để một lần nữa các định hướng chính trị được thảo luận để chuyển hóa thành chính sách pháp luật. Quá trình thảo luận các dự án luật là một quá trình khảo nghiệm về sự tương phùng giữa ý Đảng lòng dân, về sự tương thích giữa định hướng chính trị và nhu cầu thực tiễn. Qua thảo luận dân chủ tại diễn đàn Quốc hội, các đại biểu vừa quán triệt các quan điểm; chủ trương của Đảng vừa thể hiện ý chí, nguyện vọng và tiếng nói của cử tri, của cuộc sống trước các vấn đề được đưa ra thảo luận và quyết định. Thông qua thảo luận, tranh luận dân chủ, các quan điểm, chủ trương, giải pháp mà Đảng đã đề ra được hóa thân thành các quy định pháp luật. Cũng qua thảo luận dân chủ, những gì chưa thật phù hợp với thực tiễn, những ý Đảng "chưa thật hợp lòng dân" được Đảng lắng nghe, tiếp thu để có những quyết định điều chỉnh, sửa đổi, bổ sung phù hợp. Vì vậy, có thể thấy rằng, hoạt động lập pháp của Quốc hội vừa là một quá trình thể chế hóa các quan điểm của Đảng thành pháp luật, vừa là kênh phản hồi có trách nhiệm đối với Đảng về những vấn đề chưa thật phù hợp với thực tiễn, với lòng dân trong các chủ trương, giải pháp của mình, qua đó Đảng không ngừng hoàn thiện đường lối, chính sách của mình, tạo dựng cơ sở chính trị vững chắc cho việc đổi mới hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam qua mỗi nhiệm kỳ Quốc hội.

Thực tiễn hoạt động Quốc hội cho thấy, để bảo đảm sự lãnh đạo của Đảng đối với Quốc hội, thông thường, trước mỗi kỳ họp Quốc hội, Đảng đoàn Quốc hội sẽ báo cáo với Bộ Chính trị về chương trình, nội dung của các kỳ họp; báo cáo về chương trình xây dựng pháp luật, pháp lệnh hàng năm và toàn khóa. Tùy thuộc vào các trường hợp cụ thể, trong quá trình thảo luận các dự luật, các vấn đề quan trọng của đất nước tại các kỳ họp, Đảng đoàn Quốc hội có thể báo cáo Bộ Chính trị, Ban Bí thư về những vấn đề nảy sinh hoặc có nhiều ý kiến, phương án đề xuất khác nhau để xin ý kiến chỉ đạo. Sự chỉ đạo của Bộ Chính trị, Ban Bí thư đối với nội dung, các vấn đề Đảng đoàn Quốc hội báo cáo xin ý kiến là cơ sở để Đảng đoàn Quốc hội lãnh đạo quá trình thảo luận, tiếp thu, giải trình các ý kiến ĐBQH, chỉnh lý, hoàn thiện dự thảo văn bản để Quốc hội biểu quyết thông qua.

Đảng lãnh đạo Quốc hội trong việc thể chế hóa các quan điểm, chính sách, chủ trương của Đảng thành pháp luật, trong việc thực hiện chức năng giám sát thông qua các tổ chức Đảng: Bộ Chính trị, Ban Bí thư, Đảng đoàn Quốc hội; các tổ đảng tại Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban và các Đoàn ĐBQH và qua các đảng viên là ĐBQH.

Sự lãnh đạo của Bộ Chính trị, Ban Bí thư đối với Quốc hội trong đấu tranh phòng chống tham nhũng được thực hiện thông qua Đảng đoàn Quốc hội trong việc quán triệt các quan điểm, giải pháp lớn về phòng chống tham nhũng trong việc xem xét thông qua các đạo luật liên quan đến các nội dung phòng chống tham nhũng. Bộ Chính trị, Ban Bí thư xem xét, thảo luận cho ý kiến về chương trình xây dựng luật, pháp lệnh

của Quốc hội, UBTVQH hàng năm trong đó quán triệt các nhiệm vụ thể chế hóa chủ trương, mục tiêu, giải pháp PCTN cần được thể hiện trong các dự thảo luật thuộc các lĩnh vực điều chỉnh khác nhau. Trong mỗi kỳ họp của Quốc hội, Bộ Chính trị, Ban Bí thư xem xét, cho ý kiến về các nội dung quan trọng trong các dự thảo luật còn có nhiều ý kiến khác nhau giữa cơ quan soạn thảo, cơ quan thẩm tra và các ĐBQH, hoặc những nội dung mới phát sinh, chưa được thể hiện trong các quan điểm, chủ trương của Đảng cần được xử lý theo tờ trình xin ý kiến của Đảng đoàn Quốc hội. Ý kiến kết luận của Bộ Chính trị, Ban Bí thư về các vấn đề Đảng đoàn Quốc hội xin ý kiến là cơ sở để Quốc hội hoàn thiện dự thảo luật trước khi được biểu quyết thông qua.

Đảng đoàn Quốc hội chịu trách nhiệm trước Bộ Chính trị lãnh đạo trực tiếp mọi hoạt động của Quốc hội nói chung, trong việc thực hiện các nhiệm vụ, trách nhiệm của Quốc hội trong PCTN nói riêng. Sự lãnh đạo, chỉ đạo trực tiếp của Đảng đoàn là điều kiện quan trọng để các cơ quan của Quốc hội, các ĐBQH quán triệt sâu sắc các quan điểm đường lối của Đảng về PCTN trong hoạt động lập pháp, quyết định các vấn đề quan trọng và giám sát tối cao. Các ủy viên của Đảng đoàn, đồng thời là các Ủy viên UBTVQH đã tạo được sự lãnh đạo, chỉ đạo thống nhất, hiệu quả của Đảng đoàn, UBTVQH đối với các hoạt động của Quốc hội, đảm bảo sự phối hợp với quy chế hoạt động của Đảng đoàn và quyền hạn, trách nhiệm của UBTVQH theo quy định của Luật Tổ chức Quốc hội. Sự thảo luận tại các hội nghị của Đảng đoàn, các phiên họp của UBTVQH về các dự thảo luật đảm bảo cho các dự thảo luôn bám sát các quan điểm, chủ trương, giải pháp Đảng xác định trong các nghị quyết, kết luận của Đảng, kết luận về các vấn đề xin ý kiến của các cơ quan thẩm tra các dự án luật, nghị quyết là căn cứ để hoàn thiện dự thảo trình Quốc hội.

Các tổ đảng trực thuộc Đảng đoàn Quốc hội được thành lập tại Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội từ khóa XIII nhằm thực hiện sự lãnh đạo của Đảng tại Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban, tập trung chủ yếu vào nhiệm vụ quán triệt các quan điểm, chủ trương của Đảng trong hoạt động của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban trong các hoạt động thẩm tra các dự án luật, giám sát việc thực hiện chính sách pháp luật trong lĩnh vực phụ trách và công tác cán bộ. Hoạt động của các Tổ đảng tại các cơ quan của Quốc hội trong lĩnh vực PCTN luôn gắn liền với các hoạt động thẩm tra, khảo sát, giám sát và kiến nghị về các nội dung thuộc phạm vi, thẩm quyền luật định, góp phần đảm bảo cho các quan điểm, chủ trương PCTN luôn được quan tâm quán triệt trong các dự thảo luật được giao phụ trách.

Trong cơ cấu ĐBQH Việt Nam, đại đa số ĐBQH là đảng viên Đảng Cộng sản Việt Nam (90 - 92%). Trong số các ĐBQH là đảng viên, có nhiều đại biểu là lãnh đạo Đảng, Nhà nước, lãnh đạo cấp ủy và chính quyền địa phương. Do vậy, sự lãnh đạo của Đảng đối với Quốc hội là vô cùng thuận lợi. Thông qua các ĐBQH là đảng viên, đường lối chính sách của Đảng được quán triệt trực tiếp ngay trong mọi hoạt động của Quốc hội. Các phát biểu, thảo luận của các ĐBQH đang giữ các cương vị lãnh đạo Đảng, lãnh đạo Quốc hội, lãnh đạo Chính phủ, các bộ ngành, lãnh đạo các địa phương đã góp phần làm rõ thêm các quan điểm đường lối của Đảng cần được thể chế hóa, thuyết phục các đại biểu, định hướng thảo luận nhằm tạo đồng thuận cao khi quyết định các vấn đề thuộc phạm vi, thẩm quyền của Quốc hội. Sự gương mẫu, nghiêm túc của các ĐBQH là đảng viên trong việc chấp hành đường lối của Đảng đã và đang làm cho sự lãnh đạo của Đảng, thấm sâu vào từng hoạt động của Quốc hội, góp phần quan trọng nâng cao chất lượng, hiệu quả hoạt động của Quốc hội■

CƠ CHẾ PHÁP LÝ KIỂM SOÁT VIỆC THỰC HIỆN QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC ĐỐI VỚI CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG: THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP

Hoàng Minh Hội*

* TS. Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: cơ chế pháp lý; kiểm soát quyền lực nhà nước; chính quyền địa phương; kiểm soát chính quyền địa phương.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 08/04/2019
Biên tập : 13/05/2019
Duyệt bài : 20/05/2019

Tóm tắt:

Cơ chế pháp lý kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương là tổng thể các yếu tố gồm thể chế pháp lý, các thiết chế thực hiện hoạt động kiểm soát và các điều kiện bảo đảm thực hiện, có mối liên hệ chặt chẽ với nhau; bảo đảm quyền lực được nhà nước được sử dụng đúng mục đích, hiệu quả cao. Do vậy, phân tích những vấn đề lý luận, đánh giá thực trạng và đề xuất giải pháp tiếp tục hoàn thiện cơ chế này ở Việt Nam hiện nay là việc làm cần thiết.

Article Infomation:

Keywords: legal mechanism; controlling of state's power; local administrations; controlling of local administration

Article History:

Received : 08 Apr. 2019
Edited : 13 May 2019
Approved : 20 May 2019

Abstract

The legal mechanism for controlling the exercise of the state power by the local administrations is an overall set of different elements including the legal institutions, institutions carrying out the controlling manadates and the conditions to ensure their performance, with they are in closed relationship to ensure the state's power to be used on right purposes with high efficiency. Therefore, analysis of the theoretical issues, reviews of the existing status and proper solutions for further improvements of the mechanism are required in Vietnam.

1. Khái niệm, vai trò và cấu trúc của cơ chế pháp lý kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương

Chính quyền địa phương là một bộ phận hợp thành của chính quyền nhà nước thống nhất, trong đó mỗi cấp chính quyền địa phương gồm có Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND) được tổ chức phù hợp với đặc điểm địa bàn ở nông thôn, đô thị, hải đảo và đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt do luật định nhằm thực hiện những nhiệm vụ do chính quyền Trung ương phân cấp theo quy định của Hiến pháp, pháp luật; đồng thời thực hiện những nhiệm vụ ở địa phương đáp ứng yêu cầu về phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội. Để ngăn ngừa những hành vi vi phạm pháp luật và bảo đảm hiệu quả hoạt động, pháp luật quy định những biện pháp về kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương. Tuy nhiên, không chỉ

dừng lại ở việc ban hành các quy định pháp luật mà cần phải tổ chức thực hiện chúng thông qua một quy trình, có các yếu tố, với nhiều giai đoạn khác nhau. Quy trình này gọi là cơ chế pháp lý về kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở địa phương.

Khi bàn về cơ chế pháp lý kiểm soát quyền lực nhà nước, có tác giả cho rằng, cơ chế pháp lý kiểm soát quyền lực nhà nước… là một chỉnh thể các thể chế pháp lý và các thiết chế có liên quan đến việc kiểm soát quyền lực nhà nước của các cơ quan nhà nước, gắn kết chặt chẽ với nhau, cùng vận hành, nhằm ngăn ngừa, loại bỏ những nguy cơ, những việc làm sai trái của các cơ quan, nhân viên nhà nước, bảo đảm cho quyền lực nhà nước được tổ chức và thực hiện theo đúng Hiến pháp, pháp luật, đúng mục đích mong muốn và hiệu quả[1]. Ý kiến khác cho rằng, "cơ chế pháp lý kiểm soát quyền lực nhà nước là tổng thể các yếu tố thể chế, thiết chế và các điều kiện bảo đảm, có mối quan hệ hữu cơ tương tác lẫn nhau do Hiến pháp và pháp luật quy định nhằm xác lập và bảo đảm để các chủ thể thực hiện kiểm soát quyền lực nhà nước có hiệu quả"[2].

Theo cách tiếp cận trên, cơ chế pháp lý kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương là một chỉnh thể, có cấu trúc chặt chẽ gồm các yếu tố như thể chế pháp lý, thiết chế thực hiện hoạt động kiểm soát; đồng thời giữa các yếu tố đó có mối quan hệ tác động qua lại, chặt chẽ với nhau theo một trật tự nhất định tạo nên sự vận động ăn khớp nhịp nhàng trên cơ sở những điều kiện về chính trị - tư tưởng, pháp lý và kinh tế - xã hội - văn hóa nhất định. Như vậy, có thể hiểu: *cơ chế pháp lý kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương là tổng thể các yếu tố gồm thể chế pháp lý, các thiết chế thực hiện hoạt động kiểm soát và các điều kiện bảo đảm thực hiện, có mối liên hệ chặt chẽ với nhau; được vận hành theo nội dung và các phương thức do pháp luật quy định nhằm ngăn ngừa hành vi lạm dụng quyền lực, bảo đảm kiểm soát quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương đạt hiệu quả cao.*

Tiếp cận dưới góc độ pháp lý, cơ chế pháp lý kiểm soát quyền lực nhà nước được chia thành ba tiểu cơ chế[3]. Theo đó, cơ chế pháp lý kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương có hai bộ phận: cơ chế kiểm soát quyền lực từ các thiết chế bên trong bộ máy nhà nước đối với chính quyền địa phương như Quốc hội, Chính phủ, chính quyền địa phương cấp trên đối với chính quyền địa phương cấp dưới, Tòa án… và cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương từ bên ngoài (gồm kiểm soát quyền lực của Đảng cầm quyền, Mặt trận Tổ quốc (MTTQ) và các tổ chức chính trị - xã hội, các tổ chức xã hội, phương tiện truyền thông đại chúng, cá nhân, công dân).

Cơ chế pháp lý kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương đóng vai trò quan trọng. Cơ chế này thể chế hóa quan điểm của Đảng về kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương; góp phần hạn chế, loại bỏ, ngăn ngừa những hành vi vi phạm pháp luật của một số cán bộ, công chức, góp phần đấu tranh phòng chống quan liêu, lãng phí và tham nhũng và các hành vi tiêu cực khác đối với chính quyền địa phương; phát huy quyền làm chủ của nhân dân trong việc tham gia quản lý nhà nước và xã hội, qua đó bảo vệ quyền,

1 Nguyễn Minh Đoan (chủ biên), (2016), Cơ chế pháp lý kiểm soát quyền lực nhà nước của các cơ quan nhà nước ở Việt Nam hiện nay. Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 43.

2 Trần Ngọc Đường (chủ nhiệm), (2014) Báo cáo khoa học Đề tài khoa học cấp Bộ: Cơ sở lý luận và thực tiễn xây dựng và hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp ở nước ta, (Viện Nghiên cứu lập pháp chủ trì). Hà Nội, tr. 6.

3 Xem: Trần Ngọc Đường, (2014) tlđd. tr. 131.

lợi ích chính đáng của nhân dân, lợi ích của Nhà nước, xã hội; nâng cao hiệu lực hiệu quả hoạt động của chính quyền địa phương.

Về cấu trúc, cơ chế pháp lý kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương gồm: (i), thể chế pháp lý; (ii), các thiết chế thực hiện nhiệm vụ kiểm soát quyền lực nhà nước; (iii), các điều kiện bảo đảm thực hiện cơ chế; (iv), mối quan hệ giữa thể chế và thiết chế. Từ điển Luật học định nghĩa thể chế là "những quy định, luật lệ của một chế độ xã hội buộc mọi người phải tuân theo"[4]. Thể chế cũng có thể được hiểu là tổng thể các quy định, các nguyên tắc xác lập các quyền và nghĩa vụ pháp lý của các chủ thể tham gia quan hệ pháp luật, tạo lập nên "luật chơi" trong các lĩnh vực của đời sống xã hội. Một số công trình khoa học nghiên cứu về cơ chế pháp lý đã thừa nhận thể chế pháp lý được coi là một bộ phận quan trọng, không thể thiếu của cơ chế pháp lý nói chung[5]. Thể chế pháp lý kiểm soát quyền lực "là tổng thể những quy định trong Hiến pháp và pháp luật do Nhà nước ban hành, bao gồm những quy định về nguyên tắc, chủ thể đối tượng, nội dung, hình thức quy trình, thủ tục các biện pháp hậu quả pháp lý"[6]. Như vậy, thể chế pháp lý của cơ chế kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương là tổng thể các quy định pháp luật, các nguyên tắc xác định địa vị pháp lý của chủ thể kiểm soát và trách nhiệm của đối tượng chịu sự kiểm soát; xác định phạm vi, hình thức và phương pháp, hậu quả pháp lý của hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương. Thiết chế được hiểu là "hệ thống tổ chức bộ máy" được thiết lập trên cơ sở thể chế quy định của Hiến pháp, pháp luật để thực hiện một hoạt động nào đó của xã hội[7]. Các thiết chế kiểm soát quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương như Quốc hội, Chính phủ, chính quyền địa phương cấp trên kiểm soát đối với chính quyền cấp dưới, Tòa án. Các thiết chế bên ngoài bộ máy nhà nước kiểm soát hoạt động của chính quyền địa phương như Đảng cầm quyền, MTTQ và các tổ chức chính trị - xã hội, các tổ chức xã hội, phương tiện truyền thông đại chúng, cử tri, cá nhân, công dân.

Các bộ phận của cơ chế pháp lý kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương có vị trí, vai trò khác nhau và chúng có mối quan hệ tác động qua lại. Để cơ chế pháp lý kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương vận hành tốt, hiệu quả cần phải có những điều kiện đảm bảo nhất định. Đó chính là những điều kiện bảo đảm về chính trị, pháp lý, kinh tế - xã hội.

2. Thực trạng cơ chế pháp lý kiểm soát việc tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước của chính quyền địa phương ở Việt Nam hiện nay

2.1 Về thể chế pháp lý

Cụ thể hóa quy định của Hiến pháp năm 2013, nhiều đạo luật được ban hành điều chỉnh quan hệ kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước của chính quyền địa phương theo hướng tăng cường kiểm tra, giám sát của trung ương, gắn quyền hạn với trách nhiệm được giao cho chính quyền địa phương mỗi cấp. Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Tổ chức Chính phủ và Luật Tổ chức Chính quyền địa phương, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND và các văn bản pháp luật khác đã xác lập thể chế pháp lý về kiểm soát quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương tương đối đầy đủ, đồng bộ. Theo đó, Quốc hội, Chính phủ có

4 Từ điển Luật học (2006), Nxb. Bách khoa – Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 703.

5 Nguyễn Minh Đoan (chủ biên), (2016), Cơ chế pháp lý kiểm soát quyền lực nhà nước của các cơ quan nhà nước ở Việt Nam hiện nay. Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 43; Trần Ngọc Đường (chủ nhiệm), (2014), tlđd, tr. 6.

6 Nguyễn Long Hải (2016), Thể chế pháp lý về kiểm soát quyền lực nhà nước ở Việt Nam; Luận án tiến sĩ, Học viện Hàn lâm KHXH Việt Nam, Hà Nội, 2016, tr. 41.

7 Trần Ngọc Đường (2014), tlđd, tr. 13.

thẩm quyền kiểm soát đối với chính quyền cấp tỉnh, các cơ quan thuộc chính quyền địa phương cấp trên kiểm soát đối với chính quyền địa phương cấp dưới; HĐND đối với UBND cùng cấp. Nội dung kiểm soát việc tổ chức và thực thi quyền lực nhà nước của Chính quyền địa phương gồm: kiểm soát việc tổ chức (bầu, miễn nhiệm, bãi miễn đại biểu HĐND các cấp; bầu, miễn nhiệm, bãi miễn các chức danh cho HĐND bầu, gồm người đứng đầu các ban của HĐND và Chủ tịch UBND, người đứng đầu các cơ quan chuyên môn của UBND; kiểm soát hoạt động của HĐND, đại biểu HĐND; kiểm soát hoạt động của UBND và Chủ tịch UBND; kiểm soát quyết định hành chính và hành vi hành chính của chính quyền địa phương và người có thẩm quyền; kiểm soát việc phân cấp, phân quyền giữa trung ương và địa phương theo quy định của pháp luật; kiểm soát việc thực hiện các biện pháp phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội của chính quyền địa phương.

Pháp luật xác định địa vị pháp lý của Đảng cầm quyền trong thực hiện nhiệm vụ kiểm soát quyền lực nhà nước đối với việc thực hiện quyền lực nhà nước của chính quyền với các hình thức phù hợp thể hiện thông qua việc các quy định về phát huy vai trò lãnh đạo của các cấp ủy đảng, thực hiện tốt chức năng của ủy ban kiểm tra các cấp ủy đảng ở các địa phương. MTTQ và các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội, phương tiện truyền thông đại chúng có nhiều hình thức và phương pháp giám sát việc thực hiện quyền lực của chính quyền địa phương, góp phần vào công tác đấu tranh, phòng chống tham nhũng, kiểm soát quyền lực nhà nước, chống chạy chức, chạy quyền. Bên cạnh đó, pháp luật quy định cử tri có quyền giám sát các đại biểu HDND, cá nhân - công dân giám sát chính quyền địa phương thông qua các quyền khiếu nại, tố cáo, quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội, qua thực hiện quy chế dân chủ ở cơ sở, qua hoạt đông trưng cầu dân ý, thực hiện quyền tiếp cận thông tin.

Tuy nhiên, bên cạnh những điểm tích cực nêu trên, thể chế pháp lý về kiểm soát quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương vẫn còn nhiều bất cập:

- *Trước hết,* mô hình tổ chức chính quyền địa phương chưa thật sự khoa học và hợp lý để chính quyền Trung ương có thể hoàn toàn kiểm soát được chính quyền địa phương; mặt khác, chính quyền địa phương có thể chủ động, tích cực thực hiện nhiều biện pháp để phát triển kinh tế, xã hội, văn hóa nâng cao đời sống cho nhân dân ở địa phương. Nguyên tắc phân cấp, phân quyền giữa Trung ương với địa phương chưa thực sự rõ ràng để có thể phát huy vai trò và năng lực của chính quyền địa phương các cấp trên các lĩnh vực về kinh tế, văn hóa, xã hội; phát huy và khai thác tối đa nguồn nhân lực ở địa phương, "cơ chế kiểm soát quyền lực hiệu quả chưa cao; việc công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình còn hạn chế"[8].

- Các quy định pháp luật về kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương thông qua các thiết chế bên ngoài bộ máy nhà nước chưa đồng bộ và có tính khả thi. Hiến pháp năm 2013 hiến định vai trò lãnh đạo của Đảng đối với tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước. Tuy nhiên, thể chế pháp lý chưa phân định được phương thức lãnh đạo của các cấp ủy Đảng đối với hoạt động của HĐND và UBND. Sự chỉ đạo của ủy ban kiểm tra đảng cấp trên đối với cấp dưới có lúc chưa kịp thời; văn bản hướng dẫn chậm. Hoạt động kiểm tra, giám sát và xử lý tổ chức đảng và đảng viên vi phạm ở một số tổ chức đảng ở một số cấp chính quyền địa phương chưa nghiêm minh, chưa ngăn chặn và đẩy lùi được tình trạng tham nhũng, tiêu cực. Quy định về sự phối hợp trong công tác kiểm tra và giám sát của Đảng với công tác thanh tra, điều tra, truy tố,

8 Ban Chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam (2017), Nghị quyết 18-NQ/TW ngày 25/10/2017của Ban Chấp hành Trung ương Đảng Khóa XII về một số vấn đề tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả, tr. 1. Nguồn: phapluat.vn

xét xử ở chính quyền địa phương chưa chặt chẽ, chưa hiệu quả.

- Nhiều quy định về giám sát của nhân dân thông qua MTTQ và các tổ chức chính trị - xã hội đối với việc thực hiện quyền lực nhà nước của chính quyền địa phương mang tính nguyên tắc, chưa rõ ràng, thiếu đồng bộ. Nhiều quy định tập trung xác định địa vị của MTTQ và các tổ chức chính trị - xã hội ở cấp Trung ương trong khi đó các quy định cho các tổ chức này ở các cấp địa phương khá mờ nhạt. Một số kiến nghị, phản ánh về kết quả hoạt động giám sát của MTTQ đối với chính quyền địa phương được gửi đến cơ quan, tổ chức, người có thẩm quyền chưa kịp thời được xử lý, hoặc chưa được giải quyết thấu đáo. Điều này dẫn đến tình trạng đùn đẩy, né tránh việc trả lời kiến nghị giám sát của nhân dân, hoặc chưa quan tâm giải quyết, trả lời theo quy định pháp luật đối với đơn, thư của công dân và kiến nghị của MTTQ. Việc theo dõi giải quyết kiến nghị sau giám sát của MTTQ ở một địa phương còn buông lỏng, thiếu sự kiểm tra, đôn đốc trong khi chưa có cơ chế áp dụng biện pháp chế tài thích hợp đối với các cơ quan, người có thẩm quyền trong việc không hoặc chậm tiếp nhận và xử lý kết quả giám sát do MTTQ và các tổ chức chính trị - xã hội kiến nghị.

2.2 Về thiết chế thực hiện hoạt động kiểm soát

Pháp luật quy định kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương bằng các thiết chế nhà nước trong bộ máy nhà nước như Ủy ban thường vụ Quốc hội giám sát HĐND cấp tỉnh; Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ kiểm soát lãnh đạo công tác của UBND các cấp; hướng dẫn, kiểm tra HĐND trong việc thực hiện văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên; tạo điều kiện để HĐND thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn do luật định. Các cơ quan thuộc chính quyền địa phương cấp trên kiểm soát đối với chính quyền địa phương cấp dưới. HĐND giám sát việc tuân theo Hiến pháp và pháp luật ở địa phương và việc thực hiện nghị quyết của HĐND; UBND chịu trách nhiệm trước HĐND và cơ quan hành chính nhà nước cấp trên.

Hệ thống các thiết chế kiểm soát bên ngoài đối với chính quyền địa phương đa dạng, không ngừng phát huy quyền làm chủ của nhân dân. Đảng Cộng sản Việt Nam là đảng cầm quyền và lãnh đạo đối với Nhà nước và xã hội có quyền kiểm soát việc thực hiện quyền lực đối với chính quyền địa phương bằng các biện pháp và hình thức khác nhau. MTTQ cùng các tổ chức thành viên khác của Mặt trận phối hợp và thống nhất hành động trong MTTQ thực hiện chức năng giám sát và phản biện xã hội đối với chính quyền địa phương. Các tổ chức xã hội, nghề nghiệp là các Hội, Liên hiệp hội, Hội liên hiệp, Liên đoàn, Hiệp hội; các tổ chức xã hội - nghề nghiệp… thực hiện hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước đối với chính quyền địa phương thông qua quyền gửi phản biện, yêu cầu đối với chính quyền địa phương các cấp, người có thẩm quyền về việc thực thi Hiến pháp, pháp luật.

Bên cạnh những kết quả đạt được trên đây, thực trạng hoạt động của các thiết chế kiểm soát nhà nước đối với chính quyền địa phương còn có những hạn chế sau:

- Kiểm soát quyền lực giữa cơ quan chính quyền Trung ương với địa phương, giữa chính quyền cấp trên với chính quyền cấp dưới được thực hiện không thống nhất. Với 63 đơn vị hành chính cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (không đều về diện tích, dân cư, tính chất, trình độ và tiềm năng phát triển) như hiện nay, hoạt động của chính quyền địa phương các cấp "có quá nhiều đầu mối trong quan hệ với chính quyền trung ương, ảnh hưởng không nhỏ đến khả năng điều hành và kiểm soát của chính quyền trung ương đối với các địa phương. Mặt khác, quy mô tỉnh nhỏ không tạo ra được các điều kiện để tự phát triển nếu không có các giải pháp phối hợp, liên kết về kinh tế, văn hóa, địa lý đối với các

tỉnh, thành phố bên cạnh"[9]. Trước hết là sự giám sát của chính quyền trung ương đối với các nhiệm vụ đã phân cấp cho chính quyền địa phương trong phân công, phân cấp và kiểm soát quyền lực nhà nước giữa cơ quan chính quyền Trung ương với địa phương và chính quyền cấp trên với chính quyền cấp dưới quan tâm chưa đúng mức. Có thể nói, "sự phân cấp chưa đi kèm cơ chế kiểm tra, giám sát chặt chẽ để đảm bảo sự tuân thủ các chiến lược và quy hoạch chung khiến một số ngành, một số lĩnh vực có sự phát triển lệch hướng (cảng biển, sân bay, khu công nghiệp nở rộ), hoặc mất cân đối giữa các ngành công nghiệp với năng lượng, mất cân đối giữa sự phát triển với các công tác bảo vệ môi trường"[10]. Trong một chừng mực nào đó, "sự kiểm soát không loại trừ được tình trạng cục bộ địa phương; quan hệ quản lý ngành và quản lý địa bàn lãnh thổ giữa bộ, ngành Trung ương và chính quyền địa phương còn chồng chéo về thẩm quyền, trách nhiệm đồng nghĩa với sự kiểm soát không rõ ràng, mạch lạc"[11].

- Phương thức kiểm soát quyền lực của HĐND đối với UBND chưa có nhiều thay đổi, còn hình thức và hiệu quả chưa cao. Ở một số cấp chính quyền, "khó có thể thực hiện vị trí, vai trò của mình với tư cách là quyền lực nhà nước ở địa phương, cơ quan đại biểu cho nhân dân địa phương. Điều này dẫn đến giám sát là một chức năng yếu nhất, hình thức nhất của HĐND các cấp"[12]. Chính quyền địa phương cấp trên là chủ thể kiểm soát hoạt động của chính quyền địa phương cấp dưới, tuy nhiên, "hoạt động kiểm soát của chính quyền địa phương cũng có những khó khăn, hạn chế nhất định như tính hình thức còn cao, hiệu lực, hiệu quả thấp, tâm lý nể nang, né tránh, ngại va chạm vẫn còn là trở ngại trong quá trình kiểm soát; nguồn nhân lực thực hiện kiểm soát chưa đáp ứng yêu cầu công việc. Kết quả kiểm soát còn chưa rõ nét, còn thiên về khảo sát nắm tình hình là chính và thường không đủ thông tin để kiểm soát"[13].

- Hệ thống Tòa án có vai trò không lớn trong kiểm soát việc thực hiện quyền lực của chính quyền địa phương. Tòa án chỉ kiểm soát hoạt động của chính quyền địa phương thông qua xét xử các vụ án hành chính. Tòa án được tổ chức theo đơn vị hành chính lãnh thổ (Tòa án cấp tỉnh, cấp huyện) nên chịu sự lãnh đạo của cấp ủy Đảng địa phương, chịu sự giám sát của HĐND, phụ thuộc chính quyền địa phương về ngân sách hoạt động. Tòa án chưa được trao thẩm quyền phán quyết về tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản pháp quy của chính quyền địa phương mà chỉ được trao quyền phát hiện, kiến nghị xử lý các văn bản quy phạm pháp luật trái Hiến pháp, pháp luật, cũng chưa có quyền giải thích Hiến pháp, luật. Tòa án nhân dân tối cao chỉ thực hiện chức năng tổng kết thực tiễn xét xử, bảo đảm áp dụng thống nhất trong xét xử.

- Hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước của Đảng thông qua việc kiểm tra, giám sát việc thực hiện chủ trương, chính sách của Đảng đối với chính quyền địa phương các cấp. Tuy nhiên, Ủy ban kiểm tra của các tổ chức Đảng ở địa phương thường hoạt động khi có khiếu nại, tố cáo, nên thiếu chủ động và chưa mang tính thường xuyên của kiểm soát quyền lực nhà nước. Công tác kiểm tra, giám sát và kỷ luật Đảng chưa đủ

9 Trần Công Dũng (2016), Hoàn thiện tổ chức và hoạt động của các cơ quan chính quyền địa phương ở Việt Nam hiện nay, Luận án TS, Đại học Luật Hà Nội, 2016. tr. 92.

10 Trần Công Dũng (2016), tlđd, tr. 93.

11 Vũ Thư (2018), Kiểm soát của chính quyền Trung ương đối với chính quyền địa phương ở nước ta hiện nay, nguồn: http://tcnn.vn/news/detail/41218/Kiem_soat_cua_chinh_quyen_Trung_uong_doi_voi_chinh_quyen_dia_phuong_o_nuoc_ta_hien_nayall.html. Truy cập 14/4/2019.

12 Đặng Minh Tuấn, Hoàng Thị Ái Quỳnh (2018), Hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước ở địa phương tại Việt Nam: Tiếp cận dưới góc độ phân quyền, Tạp chí Khoa học ĐHQG Hà Nội: Luật học, Tập 34, Số 2 (2018) tr. 114

13 Nguyễn Minh Đoan (2016), tlđd, tr. 187.

sức răn đe, ngăn chặn, đẩy lùi suy thoái. Một bộ phận đảng viên, cán bộ lãnh đạo quản lý ở một số địa phương có dấu hiệu vi phạm điều lệ đảng, vi phạm pháp luật nhưng chưa được xử lý kịp thời và công khai.

- Các thiết chế MTTQ và các tổ chức chính trị - xã hội vẫn lệ thuộc chính quyền địa phương (nhất là UBND) là đối tượng bị giám sát về biên chế, cơ sở vật chất, kinh phí hoạt động. Do vậy, ở một số nơi, MTTQ mới chỉ đóng vai trò là cơ quan phối hợp, là cơ quan tham gia thực hiện giám sát, góp ý kiến, kiến nghị vào dự thảo các văn bản của chính quyền địa phương chứ chưa thể hiện được hết vai trò giám sát một cách chủ động với tư cách là thiết chế kiểm soát quyền lực nhà nước. Bên cạnh đó, ở một số địa phương hoạt động của các tổ chức chính trị - xã hội có xu hướng bị "hành chính hóa"; chưa xây dựng được cơ chế phối hợp hiệu quả giữa cơ chế giám sát của Quốc hội, HĐND với giám sát và phản biện của MTTQ và các tổ chức chính trị - xã hội đối với hoạt động của UBND cùng cấp và chính quyền địa phương cấp dưới.

- Các thiết chế kiểm soát bên ngoài đối với chính quyền địa phương còn có các tổ chức xã hội, các hội nghề nghiệp, phương tiện truyền thông - báo chí, cộng đồng dân cư và hoạt động giám sát của công dân qua việc thực hiện quyền dân chủ trực tiếp. Tuy nhiên, "cơ chế bầu cử hiện nay tạo ra khả năng kiểm soát của các cơ quan trung ương trong các cuộc bầu cử, đồng thời làm hạn chế vai trò của người dân trong việc quyết định lựa chọn các đại biểu HĐND"[14]. Nhân dân là chủ thể của quyền lực nhà nước, Nhân dân có quyền bãi nhiệm đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND nhưng hiện nay chưa có quy định cụ thể về quy trình, trình tự để thực hiện quy định này. Pháp luật còn thiếu những quy định bảo đảm quyền giám sát trực tiếp của Nhân dân đối với hoạt động của chính quyền địa phương như thiếu các quy định cụ thể về trưng cầu, lấy ý kiến cộng đồng hay tập hợp, lấy ý kiến của các cá nhân tiêu biểu.

2.3 Về mối quan hệ giữa thể chế pháp lý và thiết chế

Sau khi Hiến pháp năm 2013 được ban hành, thể chế pháp lý đã có bước phát triển. Nhiều đạo luật cụ thể hóa nội dung và tinh thần của Hiến pháp về kiểm soát quyền lực nhà nước trong đó kiểm soát việc thực hiện quyền lực của chính quyền địa phương. Thể chế pháp lý xác định rõ ràng, cụ thể hơn địa vị pháp lý cũng như chức năng, nhiệm vụ của các thiết chế kiểm soát bên trong bộ máy nhà nước như Quốc hội, Chính phủ, chính quyền cấp trên đối với chính quyền cấp dưới cũng như các thiết chế bên ngoài đối với chính quyền địa phương. Trên cơ sở đó, các thiết chế kiểm soát quyền lực nhanh chóng được kiện toàn về tổ chức, bộ máy, cụ thể hóa các chức năng, nhiệm vụ và thực hiện nhiệm vụ kiểm soát đối với chính quyền địa phương.

Bên cạnh những kết quả đạt được nêu trên, mối quan hệ giữa các yếu tố cấu thành cơ chế này cũng bộc lộ những bất cập. Thể chế pháp lý chưa tạo ra được bước đột phá trong việc hoàn thiện và đồng bộ hóa hệ thống các thiết chế kiểm soát quyền lực nhà nước cũng như chưa có sự phối hợp chặt chẽ giữa các thiết chế kiểm soát bên trong bộ máy nhà nước và bên ngoài như hoạt động kiểm soát quyền lực của Đảng cầm quyền, giám sát và phản biện xã hội của MTTQ, các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội và nhân dân. Hoạt động kiểm soát việc thực hiện quyền lực còn nặng về xử lý, ngăn chặn những hành vi vi phạm pháp luật, lạm quyền của đối tượng chịu sự kiểm soát mà chưa tạo ra môi trường minh bạch, phát huy tính tích cực, chủ động của chính quyền địa phương mỗi cấp.

2.4 Về các điều kiện bảo đảm thực hiện cơ chế

Từ những chủ trương, chính sách của Đảng, Nhà nước thể chế hóa bằng pháp luật, tổ chức thực hiện các quy định về kiểm soát quyền lực đối với chính quyền địa phương, bước đầu đạt được những kết quả tích cực,

14 Đặng Minh Tuấn, Hoàng Thị Ái Quỳnh (2018), tlđd, tr. 113.

được nhân dân đồng tình ủng hộ. Bên cạnh đó, những kết quả về phát triển kinh tế, xã hội - văn hóa đạt được sau hơn 30 năm đổi mới đang tạo ra những tiền đề, điều kiện quan trọng để tiếp tục thực hiện cơ chế pháp lý kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước của chính quyền địa phương. Tuy nhiên, nhiều quy định của Đảng về kiểm soát quyền lực nhà nước chưa kịp thời thể chế hóa bằng pháp luật. Hệ thống pháp luật về kiểm soát quyền lực chưa đồng bộ. Tác động mặt trái của nền kinh tế thị trường đã dẫn đến "tình trạng suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống của một bộ phận không nhỏ cán bộ, đảng viên và tệ quan liêu, tham nhũng, lãng phí chưa bị đẩy lùi. Tội phạm và tệ nạn xã hội còn diễn biến phức tạp; đạo đức xã hội có mặt xuống cấp nghiêm trọng"[15] là những khó khăn của việc thực hiện cơ chế trên đây.

3. Một số giải pháp góp phần hoàn thiện cơ chế pháp lý kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước của chính quyền địa phương hiện nay

- Giải pháp hoàn thiện thể chế pháp lý

+ Thể chế về kiểm soát quyền lực của các cơ quan trong bộ máy nhà nước đối với chính quyền địa phương: Tiếp tục hoàn thiện pháp luật nâng cao hiệu quả giám sát của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, các Đoàn đại biểu Quốc hội đối với chính quyền địa phương cấp tỉnh; phân định rõ thẩm quyền của Chính quyền cấp trên với cấp dưới, quy chế hóa hoạt động giám sát của HĐND với UBND cùng cấp.

+ Đối với thể chế về kiểm soát quyền lực của các thiết chế bên ngoài bộ máy. Các văn bản chỉ đạo, hướng dẫn của Đảng liên quan đến công tác kiểm tra, giám sát và thi hành kỷ luật đảng đối với đảng viên và tổ chức đảng phải ngắn gọn và dễ hiểu, dễ thực hiện, dễ quy trách nhiệm; hoàn thiện quy định và quy chế hóa mối quan hệ giữa giữa các cơ quan kiểm tra, giám sát của Đảng với cơ quan thanh tra, điều tra, truy tố và xét của Nhà nước ở địa phương; tiếp tục rà soát, sửa đổi những quy định pháp luật mâu thuẫn trong các văn bản pháp luật về MTTQ Việt Nam và các tổ chức thành viên của Mặt trận liên quan đến kiểm soát quyền lực của nhân dân đối với chính quyền địa phương; hoàn thiện quy định pháp luật phát huy các hình thức giám sát của cử tri, cá nhân, công dân trong các quy định pháp luật về bầu cử, ứng cử, quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội, quyền khiếu nại, tố cáo.

- Giải pháp hoàn thiện các thiết chế thực hiện hoạt động kiểm soát:

+ Đối với các thiết chế bên trong bộ máy nhà nước: Nâng cao năng lực và trách nhiệm giám sát của Quốc hội đối với HĐND cấp tỉnh; phát huy vai trò kiểm soát của Chính phủ đối với UBND các cấp, bảo đảm sự phối hợp giữa các bộ, ngành trong việc kiểm soát quyền lực của chính quyền địa phương; cần có cơ chế về cung cấp thông tin liên quan đến việc thực hiện nghị quyết của HĐND để đại biểu HĐND có điều kiện nắm bắt các thông tin về hoạt động của UBND; cần phải tăng cường giám sát của HĐND và UBND cấp trên đối với UBND cấp dưới. Đồng thời, tăng cường thanh tra của Chính phủ đối với HĐND và UBND cấp tỉnh.

+ Đối với Tòa án: Hệ thống Tòa án cần được trao thẩm quyền rộng hơn để kiểm soát quyền lực đối với chính quyền địa phương thông qua chức năng kiểm soát tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản pháp quy do chính quyền địa phương ban hành; qua thẩm quyền giải thích áp dụng pháp luật thống nhất từ Trung ương đến địa phương.

+ Đối với Đảng cầm quyền: Phát huy vai trò và năng lực kiểm tra, giám sát của Ủy ban kiểm tra các cấp đối với đảng viên, nhất là các đảng viên là cán bộ lãnh đạo quản lý trong việc thực hiện nhiệm vụ được giao; kịp thời phát hiện, chấn chỉnh những biểu hiện lệch lạc trong

(Xem tiếp trang 45)

15 Đảng Cộng sản Việt Nam (2016), Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 15.

NHỮNG "KHOẢNG TRỐNG" TRONG THI HÀNH LUẬT BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT NĂM 2015

Vũ Thị Ngọc Dung*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: đánh giá tác động chính sách, ban hành văn bản quy phạm pháp luật, xây dựng luật, pháp lệnh, xây dựng nghị định, Nghị định số 34/2016/NĐ-CP

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/06/2018
Biên tập : 21/09/2018
Duyệt bài : 01/10/2018

Tóm tắt:

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 có hiệu lực vào ngày 01/7/2016. Để triển khai thi hành Luật, ngày 14/5/2016 Chính phủ đã ban hành Nghị định số 34/2016/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015. Tuy nhiên, quá trình áp dụng cho thấy, Luật và Nghị định này còn nhiều điểm không phù hợp với thực tiễn, gây khó khăn cho việc thi hành và áp dụng pháp luật liên quan đến lĩnh vực này.

Article Infomation:

Keywords: assessment of policy impacts; Promulgation of legal documents; development of laws, ordinances, development of decrees, Decree No. 34/2016/ND-CP

Article History:

Received : 06 Jun 2018
Edited : 21 Sep. 2018
Approved : 01 Oct. 2018

Abstract

The Law on Promulgation of Legal Documents of 2015 was approved by the National Assembly with effectiveness date of 1 July 2016. For the enforcement of this Law, the Government issued a Decree No. 34/2016/ND-CP dated 14 May 2016 providing detailed guidelines of a number of articles of, and enforcement measures to the Law on Promulgation of legal documents. However, the practical enforcement of the Law and the Decree has reavealed a number of drawbacks, facing with difficulties for the applications of those regulations.

1. Yêu cầu đánh giá tác động chính sách trong lập đề nghị xây dựng văn bản quy phạm pháp luật

1.1 Đánh giá tác động chính sách đối với đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) năm 2015 (Luật 2015) quy định việc đánh giá tác động chính sách đối với dự thảo luật phải được tiến hành trong quá trình đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh và trong hồ sơ đề nghị xây dựng luật phải có báo cáo đánh giá tác động chính sách[1]. Yêu

1 Điều 35, 36, 37 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

cầu của báo cáo đánh giá tác động chính sách có khá nhiều nội dung, bao gồm đánh giá tác động về: kinh tế, xã hội, giới (nếu có), thủ tục hành chính, và đánh giá tác động đối với hệ thống pháp luật (Điều 6, Nghị định số 34/2016/NĐ-CP ngày 14/5/2016 của Chính phủ - Nghị định 34). Những yêu cầu trên được coi là toàn diện và phù hợp trước khi chúng ta đưa ra các giải pháp chính sách, để từ đó "quy phạm hoá" thành các quy định trong luật, pháp lệnh. Tuy nhiên, việc đánh giá tác động đối với từng chính sách trong VBQPPL, đặc biệt ở tầm luật là một công việc khó khăn, phức tạp, đòi hỏi người đánh giá phải có trình độ chuyên môn và kỹ năng. Đồng thời, sự đánh giá phải khách quan thì việc đánh giá tác động chính sách mới thể hiện được đúng ý nghĩa và tầm quan trọng của nó trong quá trình xây dựng VBQPPL.

Việc đánh giá tác động chính sách hiện nay được thực hiện đối với đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh trước khi trình sang Chính phủ; nhưng khi Chính phủ và Quốc hội xem xét thì nhiều nội dung được đánh giá trước đây đến thời điểm này lại không còn phù hợp do điều kiện kinh tế - xã hội có sự thay đổi. Thực tiễn trên khiến cho việc đánh giá tác động chính sách như hiện nay chưa mang lại nhiều ý nghĩa. Trong khi đó, để xây dựng một báo cáo đánh giá tác động chính sách hoàn chỉnh và đầy đủ nội dung theo quy định tại Điều 5, 6, 7, 8 của Nghị định 34 thì khó có thể đủ kinh phí để có được một báo cáo chất lượng. Theo đánh giá hiện nay của các bộ, ngành, kinh phí cho việc lập một báo cáo đánh giá tác động chính sách hoàn chỉnh phải bằng một phần kinh phí xây dựng đề tài nghiên cứu khoa học cấp Nhà nước hoặc cấp bộ[2]. Tuy nhiên, trên thực thế, phân bổ kinh phí cho việc xây dựng báo cáo đánh giá tác động chính sách (mặc dù đã tăng so với trước đây) cũng chỉ dừng lại ở mức chi 8.000.000 đồng/báo cáo đối với báo cáo đánh giá tác động chính sách trong đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh, nghị quyết của Quốc hội, nghị quyết, nghị quyết liên tịch của Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH)[3]. Mức kinh phí thấp gây khó khăn cho các bộ, ngành trong hoạt động đánh giá tác động chính sách. Ngoài các bộ, ngành có sự giúp đỡ từ những dự án hỗ trợ lập pháp của nước ngoài thì các bộ, ngành khác phần lớn phải trích từ nguồn phân bổ ngân sách cho hoạt động của đơn vị dẫn đến thực tế là báo cáo đánh giá tác động chính sách nhiều khi chỉ được xây dựng một cách hình thức cho đủ thủ tục ban hành VBQPPL. Như vậy, mặc dù quy định về đánh giá tác động chính sách là phù hợp với sự phát triển của hệ thống pháp luật; tuy nhiên, xét trên phương diện thực tế lại khó khả thi.

1.2 Đánh giá tác động chính sách đối với đề nghị xây dựng nghị định

Hiện nay, việc đánh giá tác động chính sách đối với đề nghị xây dựng nghị định được thực hiện đối với: 1) nghị định quy định các biện pháp cụ thể để tổ chức thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước; các biện pháp để thực hiện chính sách kinh tế - xã hội, quốc phòng, an ninh, tài chính, tiền tệ, ngân sách, thuế, dân tộc, tôn giáo, văn hóa, giáo dục, y tế, khoa học, công nghệ, môi trường, đối ngoại, chế độ công vụ, cán bộ, công chức, viên chức, quyền, nghĩa vụ của công dân và các vấn đề khác thuộc thẩm quyền quản lý, điều hành của Chính phủ; những vấn đề liên quan đến nhiệm vụ, quyền hạn của từ hai bộ,

2 Thông thường đề tài cấp Bộ khoảng 100 triệu đồng/1 đề tài.

3 Điểm c, khoản 3, Điều 4 Thông tư số 338/2016/TT-BTC ngày 28/12/2016 của Bộ Tài chính quy định về lập dự toán, quản lý, sử dụng và quyết toán kinh phí ngân sách nhà nước bảo đảm cho công tác xây dựng VBQPPL và hoàn thiện hệ thống pháp luật.

cơ quan ngang bộ trở lên; nhiệm vụ, quyền hạn, tổ chức bộ máy của các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ và các cơ quan khác thuộc thẩm quyền của Chính phủ (khoản 2 Điều 19 Luật 2015); và 2) nghị định quy định vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, UBTVQH nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước, quản lý kinh, tế, quản lý xã hội. Trước khi ban hành nghị định này phải được sự đồng ý của UBTVQH (khoản 3 Điều 19 Luật 2015).

Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, Luật chỉ nên quy định việc đánh giá tác động chính sách đối với nghị định được đề cập tại khoản 3 Điều 19 vì nó chứa đựng các chính sách mới mà luật hay pháp lệnh chưa quy định. Việc đánh giá tác động chính sách sẽ làm rõ "sự cần thiết" phải ban hành loại "nghị định không đầu" và cũng là căn cứ để UBTVQH xem xét, cân nhắc có cho Chính phủ ban hành loại nghị định này hay không. Đối với loại nghị định được quy định tại khoản 2 Điều 19 Luật 2015, chúng ta không cần thiết phải tiến hành đánh giá tác động chính sách trong đề nghị xây dựng nghị định bởi khi xây dựng luật, báo cáo đánh giá tác động chính sách đã tiến hành đánh giá từng chính sách trong dự thảo luật. Hơn nữa, nghị định quy định các biện pháp tổ chức thi hành lại không thêm chính sách mới nào so với luật. Do đó, nếu nghị định chỉ quy định các biện pháp thi hành cụ thể của luật mà không có thêm chính sách mới thì không cần thiết đánh giá lại[4]. Và việc quy định đánh giá tác động chính sách đối với loại nghị định được ghi nhận tại khoản 2 Điều 19 Luật 2015 gây mất thời gian, tốn chi phí xây dựng; trong khi phân bổ kinh phí xây dựng báo cáo đánh giá tác động của chính sách chỉ được phê duyệt với mức chi 6.000.000 đồng/báo cáo[5] gây không ít khó khăn cho các bộ, ngành trong quá trình xây dựng báo cáo. Theo số lượng thống kê của Văn phòng Chính phủ, đến nay, các bộ còn nợ đọng 08 văn bản hướng dẫn thi hành luật, pháp lệnh, cụ thể: Bộ Nội vụ nợ 01 văn bản, Bộ Tài chính nợ 02, Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch nợ 01, Bộ Công an nợ 01, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội nợ 01, Bộ Kế hoạch và Đầu tư nợ 01, Bộ Công thương nợ 01[6]. Tình trạng nợ đọng văn bản có nhiều nguyên nhân khác nhau. Một trong các nguyên nhân là do quy trình vẫn còn nhiều điểm bất cập, trong đó có vấn đề liên quan đến báo cáo đánh giá tác động chính sách.

1.3 Tiêu chí và phương pháp để đánh giá tác động chính sách

Hiện nay, các nội dung về báo cáo đánh giá tác động của chính sách trong Nghị định 34 chỉ mang tính nguyên tắc, quy định chung chung nên rất khó thực hiện như: phương pháp đánh giá tác động chính sách trong dự thảo VBQPPL; tác động tích cực, tiêu cực của chính sách; so sánh các chi phí về lợi ích... Điều 6 Nghị định 34 đưa ra năm yêu cầu đánh giá tác động chính sách, bao gồm tác động về: *kinh tế, xã hội, giới (nếu có), tác động của thủ tục hành chính (nếu có) và tác động đối với hệ thống pháp luật.* Tuy nhiên, việc đánh giá tác động của các chính sách này dựa trên những tiêu chí cụ thể nào, những nội dung nào mang tính chất bắt buộc, những nội dung nào có thể không

4 Lê Hằng, Một số khó khăn, vướng mắc trong quá trình thi hành Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 và đề xuất, kiến nghị, http://www.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=2264.

5 Điểm c, khoản 3, Điều 4 Thông tư số 338/2016/TT-BTC ngày 28/12/2016 của Bộ Tài chính quy định về lập dự toán, quản lý, sử dụng và quyết toán kinh phí ngân sách nhà nước bảo đảm cho công tác xây dựng VBQPPL và hoàn thiện hệ thống pháp luật.

6 http://baochinhphu.vn/Thoi-su/Bo-truong-Chu-nhiem-VPCP-Chinh-phu-luon-tap-trung-xay-dung-va-hoan-thien-the-che/332047.vgp, bài đăng ngày 19/3/2018.

cần thiết quy định chưa thực sự rõ ràng. Bên cạnh đó, Điều 7 Nghị định 34 cũng chỉ xác định, "tác động của chính sách được đánh giá theo phương pháp định lượng, phương pháp định tính. Trong trường hợp không thể áp dụng phương pháp định lượng thì trong báo cáo đánh giá tác động của chính sách phải nêu rõ lý do". Quy định này không cho biết rõ, trường hợp nào phải tiến hành đánh giá bằng phương pháp định lượng, trường hợp nào đánh giá bằng phương pháp định tính?... Vấn đề này đến nay vẫn chưa được hướng dẫn cụ thể.

Bên cạnh đó, Nghị định 34 có nhiều nội dung mới, khó, mang tính kỹ thuật cao như: quy trình xây dựng chính sách, đánh giá tác động chính sách, thẩm định đề nghị xây dựng VBQPPL, lập, theo dõi văn bản quy định chi tiết, v.v.. Do đó, việc Bộ Tư pháp biên soạn các tài liệu tập huấn chuyên sâu (sổ tay soạn thảo VBQPPL, tài liệu tập huấn chuyên sâu về đánh giá tác động chính sách, xây dựng tiêu chí đánh giá tác động chính sách,…) cũng gặp một số khó khăn, nhất là yêu cầu vừa phải bảo đảm hướng dẫn cụ thể, chi tiết và đầy đủ những nội dung cần thiết của Luật và Nghị định, vừa phải bảo đảm phù hợp với số lượng, thời gian tổ chức các lớp tập huấn theo kế hoạch triển khai thi hành Luật[7].

Như vậy, để việc đánh giá tác động chính sách thực sự đạt hiệu quả như mong muốn, các tiêu chí đánh giá tác động chính sách, phương pháp đánh giá tác động,… và những nội dung liên quan tới việc xây dựng Báo cáo đánh giá tác động chính sách cần được làm rõ và cân nhắc cho phù hợp (như chế độ phân bổ kinh phí, đào tạo, tập huấn…) thì quy định mới thực sự đi vào thực tiễn, tạo thuận lợi cho các bộ, ngành trong quá trình xây dựng pháp luật.

2. Hiệu lực và căn cứ pháp lý ban hành văn bản quy phạm pháp luật

2.1 Trường hợp hết hiệu lực của VBQPPL quy định tại khoản 4 Điều 154 Luật 2015

Khoản 4 Điều 154 Luật 2015 quy định: "VBQPPL hết hiệu lực thì VBQPPL quy định chi tiết thi hành văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực". Quy định này nhằm giải quyết vướng mắc là khi luật cũ hết hiệu lực, luật mới thay thế luật cũ nhưng chưa có nghị định, thông tư mới quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành luật mới thì có áp dụng nghị định, thông tư quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành luật cũ hay không. Trước đây, trong giai đoạn "giao thời" này, cách xử lý cho phép nghị định, thông tư cũ vẫn áp dụng nhưng phải phù hợp, phải dựa trên "tinh thần" của luật mới đã gây ra nhiều bất cập trong quá trình áp dụng. Do đó, khoản 4 Điều 154 Luật 2015 được bổ sung để giải quyết vấn đề này. Câu hỏi đặt ra ở đây là văn bản nào được xác định là văn bản quy định chi tiết? Ví dụ, Điều 19 Luật 2015 quy định ba loại nghị định, trong số đó, chỉ có nghị định quy định chi tiết điều, khoản, điểm được giao trong luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước mới được xác định là văn bản quy định chi tiết (khoản 1 Điều 19); còn nghị định được nêu tại khoản 2, khoản 3 Điều 19 không phải là nghị định quy định chi tiết.

Khoản 2 Điều 38 Nghị định 34 hướng dẫn thi hành Luật 2015 quy định ba trường hợp:

a) VBQPPL hết hiệu lực thì VBQPPL quy định chi tiết thi hành các điều, khoản, điểm được giao quy định chi tiết thi hành văn bản đó đồng thời hết hiệu lực;

b) Trường hợp VBQPPL được quy

7 Bộ Tư pháp, Báo cáo chuyên đề của Bộ Tư pháp ngày 11/7/2016 về tình hình triển khai thi hành Luật BHVBQPPL năm 2016 và văn bản hướng dẫn thi hành, tr. 5.

định chi tiết hết hiệu lực một phần thì các nội dung quy định chi tiết phần hết hiệu lực của văn bản được quy định chi tiết sẽ hết hiệu lực đồng thời với phần hết hiệu lực của văn bản được quy định chi tiết. Trường hợp không thể xác định được nội dung hết hiệu lực của văn bản quy định chi tiết thi hành thì văn bản đó hết hiệu lực toàn bộ;

c) Trường hợp một văn bản quy định chi tiết nhiều VBQPPL, trong đó chỉ có một hoặc một số văn bản được quy định chi tiết hết hiệu lực thì nội dung của văn bản quy định chi tiết thi hành sẽ hết hiệu lực đồng thời với một hoặc một số văn bản được quy định chi tiết hết hiệu lực. Trường hợp không thể xác định được các nội dung hết hiệu lực của văn bản quy định chi tiết thi hành thì văn bản đó hết hiệu lực toàn bộ. Mặc dù Nghị định 34/2016/NĐ-CP đã nêu rõ các trường hợp nêu trên, tuy nhiên, trên thực tế vẫn nảy sinh những bất cập như sau:

Trường hợp luật mới có hiệu lực nhưng chưa có nghị định quy định chi tiết luật mới. Mặc dù, khoản 1 Điều 11 Luật 2015 quy định: "VBQPPL phải được quy định cụ thể để khi có hiệu lực thì thi hành được ngay…". Tuy nhiên trên thực tế, tình trạng nợ đọng văn bản vẫn diễn ra khiến cho quá trình triển khai thi hành luật mới gặp nhiều trở ngại. Ví dụ: Luật Phí và lệ phí năm 2015 có hiệu lực thi hành vào ngày 01/01/2017 nên một số loại phí chuyển sang giá dịch vụ. Tuy nhiên, hiện nay, Bộ Tài chính và các bộ, ngành liên quan chưa có thông tư hướng dẫn cụ thể nên cơ sở để UBND tỉnh quyết định mức giá cụ thể đối với sản phẩm, dịch vụ vẫn chưa được đảm bảo[8].

Theo quy định của Điều 4 Luật 2015, trong hệ thống các VBQPPL của nước ta không còn hình thức thông tư liên tịch giữa các bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ với nhau. Những vấn đề liên quan đến hai bộ trở lên sẽ do Chính phủ quy định trong nghị định. Như vậy, các bộ không thể ban hành thông tư liên tịch trong khi việc đề xuất để Chính phủ ban hành nghị định để xử lý vấn đề này không hề đơn giản bởi có nhiều khó khăn trong công tác xây dựng nghị định mà một phần trong số đó chính là hoàn thành đề nghị xây dựng nghị định để được duyệt như đã phân tích ở phần trên.

2.2 Căn cứ pháp lý ban hành VBQPPL

Theo quy định của Điều 5 Luật 2015, một trong những nguyên tắc ban hành VBQPPL là phải "Bảo đảm tính hợp hiến, tính hợp pháp và tính thống nhất của VBQPPL trong hệ thống pháp luật"; nói cách khác, việc ban hành văn bản phải có căn cứ pháp lý. Khoản 1 Điều 61 Nghị định 34 quy định: "Căn cứ ban hành văn bản là VBQPPL có hiệu lực pháp lý cao hơn đang có hiệu lực hoặc đã được công bố hoặc ký ban hành chưa có hiệu lực nhưng phải có hiệu lực trước hoặc cùng thời điểm với văn bản được ban hành. Căn cứ ban hành văn bản bao gồm VBQPPL quy định thẩm quyền, chức năng của cơ quan ban hành văn bản đó và VBQPPL có hiệu lực pháp lý cao hơn quy định nội dung, cơ sở để ban hành văn bản"; khoản 2 Điều 103 Nghị định 34 quy định về văn bản được xử lý gồm: "a) Văn bản trái pháp luật gồm văn bản ban hành không đúng thẩm quyền; văn bản có nội dung trái với Hiến pháp, trái với VBQPPL có hiệu lực pháp lý cao hơn; văn bản vi phạm nghiêm trọng về trình tự, thủ tục xây dựng, ban hành; b) Văn bản có sai sót về căn cứ ban hành, thể thức, kỹ thuật trình bày…"; Điều 104 Nghị định 34 quy định nội dung kiểm tra văn bản: "1) Kiểm tra về thẩm quyền ban hành văn bản gồm kiểm tra thẩm quyền về hình thức và kiểm tra thẩm quyền về nội dung; 2) Kiểm tra về

8 Nguyễn Thị Cẩm Giang, Một vài khó khăn, vướng mắc trong việc triển khai thi hành Luật BHVBQPPL năm 2015 trên địa bàn tỉnh Quảng Ngãi, http://tcdcpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/thi-hanh-phap-luat.aspx? ItemID=347

nội dung của văn bản; 3) Kiểm tra về căn cứ ban hành; thể thức, kỹ thuật trình bày; trình tự, thủ tục xây dựng, ban hành văn bản".

Như vậy, pháp luật đã quy định cụ thể căn cứ pháp lý để ban hành VBQPPL bắt buộc phải là VBQPPL *đang có hiệu lực hoặc đã được công bố hoặc ký ban hành chưa có hiệu lực nhưng phải có hiệu lực trước hoặc cùng thời điểm với văn bản được ban hành* mà không được căn cứ vào văn bản cá biệt của cơ quan Nhà nước có thẩm quyền cấp trên. Trường hợp nếu không tuân thủ đúng quy định thì các văn bản được ban hành đó là các văn bản có dấu hiệu trái pháp luật và phải được kiểm tra, xử lý. Tuy nhiên, trên thực tế, để phù hợp với Hiến pháp năm 2013, chúng ta cần nghiên cứu bổ sung quy định về điều ước quốc tế trong phần căn cứ ban hành VBQPPL.

3. Việc hạn chế quy định thủ tục hành chính trong văn bản quy phạm pháp luật

Điều 14 Luật 2015 bổ sung cấm việc "quy định thủ tục hành chính trong các VBQPPL của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao; Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ; Tổng Kiểm toán Nhà nước; HĐND, UBND các cấp, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt, trừ trường hợp được giao trong luật". Quy định này nhằm hạn chế việc làm phát sinh thêm các thủ tục hành chính không cần thiết, góp phần tạo lập môi trường kinh doanh thông thoáng, thuận lợi, bảo vệ tốt hơn quyền, lợi ích hợp pháp của người dân, doanh nghiệp. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy nó đang gây nhiều khó khăn trong cách hiểu và áp dụng.

Ngày 28/112016, Bộ Tư pháp đã có Công văn số 4218/BTP-VĐCXDPL trả lời về một số quy định của Luật 2015 và Nghị định 34. Theo đó, các Bộ: Tài nguyên và Môi trường, Giáo dục và Đào tạo, Khoa học và Công nghệ, Văn hóa, Thể thao và Du lịch, Giao thông vận tải, Y tế; Sở Tư pháp các tỉnh, thành phố: Bến Tre, Bình Dương, Kiên Giang, Khánh Hòa, Đà Nẵng, Phú Thọ, Lào Cai, Điện Biên đều gặp vướng mắc trong việc xác định thủ tục hành chính trong các trường hợp sau: (1) Trường hợp được quy định thủ tục hành chính trong thông tư của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ và VBQPPL của địa phương; (2) Việc sửa đổi, bổ sung quy định về thủ tục hành chính trong các thông tư của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, VBQPPL của địa phương; (3) Việc quy định thủ tục hành chính trong nghị quyết của HĐND cấp tỉnh thuộc trường hợp quy định tại khoản 4 Điều 27 của Luật 2015, tuy nhiên, hướng dẫn của Bộ Tư pháp còn chưa thực sự cụ thể, gây khó khăn cho quá trình áp dụng, cụ thể:

Về trường hợp được quy định thủ tục hành chính trong thông tư của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ và VBQPPL của địa phương, Bộ Tư pháp hướng dẫn như sau: các văn bản được quy định tại khoản 4 Điều 14 Luật 2015 chỉ được quy định thủ tục hành chính khi được giao trong luật, không phải được giao trong các văn bản dưới luật và phải được giao một cách trực tiếp trong luật, không phải suy luận từ chức năng quản lý nhà nước của các cơ quan. Trường hợp, một số luật được ban hành trước ngày Luật 2015 có hiệu lực (ngày 01/7/2016) giao Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ quy định chi tiết thi hành một hoặc một số nội dung cụ thể, mà không trực tiếp giao quy định thủ tục hành chính nhưng để thực hiện nhiệm vụ được giao, bộ, ngành cần phải quy định thủ tục hành chính thì để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước của bộ, ngành, địa phương, các bộ, ngành, địa phương có thể quy định thủ tục hành chính trong trường hợp luật giao quy định chi tiết nội dung cụ thể của luật mà phát sinh thủ tục hành chính. Còn đối với các Luật ban hành sau ngày 01/7/2016 thì trường hợp cần giao quy định thủ tục hành chính thì cơ quan chủ trì soạn thảo dự án luật phải thiết kế rõ nội dung giao quy định về thủ tục hành chính ngay tại điều, khoản cụ thể của dự thảo luật.

Tuy nhiên, trường hợp thủ tục hành chính được quy định trong văn bản đã hết hiệu lực, nhưng luật mới được ban hành không giao cho các bộ quy định về thủ tục hành chính trong khi thực tiễn vẫn cần phát sinh thủ tục hành chính này thì giải quyết như thế nào? Đây là vấn đề mà các bộ, ngành đang gặp vướng mắc.

Về vấn đề sửa đổi, bổ sung quy định về thủ tục hành chính trong thông tư của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, VBQPPL của địa phương thì Bộ Tư pháp có hướng dẫn như sau: Khoản 4 Điều 172 của Luật 2015 có quy định chuyển tiếp: "Những quy định về thủ tục hành chính trong VBQPPL do cơ quan, người có thẩm quyền quy định tại khoản 4 Điều 14 của Luật này ban hành trước ngày Luật này có hiệu lực thì tiếp tục được áp dụng cho đến khi bị bãi bỏ bằng văn bản khác hoặc bị thay thế bằng thủ tục hành chính mới". Thực tế quản lý nhà nước của bộ, ngành, địa phương có thể phát sinh nhu cầu sửa đổi, bổ sung một số nội dung của thủ tục hành chính đã ban hành. Tuy nhiên, theo quy định hiện nay, việc sửa đổi, bổ sung này chỉ được thực hiện nếu không làm phát sinh thủ tục hành chính mới ngoài phạm vi thủ tục hành chính được luật giao và không làm phức tạp thêm thủ tục hành chính đang áp dụng.

Về vấn đề quy định thủ tục hành chính trong nghị quyết của HĐND cấp tỉnh quy định. Theo quy định của khoản 4 Điều 27 của Luật 2015, HĐND cấp tỉnh có thẩm quyền ban hành nghị quyết để quy định biện pháp có tính chất đặc thù phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế - xã hội của địa phương. Trường hợp để thực hiện được biện pháp đặc thù đó mà cần phải quy định về trình tự, cách thức thực hiện, hồ sơ, yêu cầu, điều kiện... thì việc quy định những nội dung này trong nghị quyết của HĐND cấp tỉnh là phù hợp với quy định "được giao trong luật". Tuy nhiên, việc quy định các biện pháp có tính chất đặc thù ở địa phương phải bảo đảm phù hợp với đường lối, chủ trương của Đảng, chính sách của Nhà nước; đảm bảo tính hợp hiến, tính hợp pháp, tính thống nhất của hệ thống pháp luật. Thế nhưng, việc chứng minh được rằng trường hợp nào thì địa phương được xác định là cần áp dụng biện pháp có tính chất đặc thù phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế - xã hội của địa phương nên cần phát sinh thêm thủ tục hành chính không phải là điều đơn giản và có thể mang tính chất tuỳ nghi; dẫn đến vi phạm khoản 4 Điều 14 Luật 2015. Chính vì vậy, Luật 2015 cần điều chỉnh vấn đề này phù hợp với nguyên tắc phân cấp, phân quyền cho địa phương theo quy định của Luật Tổ chức Chính quyền địa phương năm 2015[9],[10].

Ngoài ra, liên quan đến điều ước quốc tế cũng phát sinh những bất cập về thủ tục hành chính. Ví dụ, trong một số điều ước quốc tế liên quan đến lĩnh vực giao thông vận tải mà Việt Nam ký với các nước có quy định giao Bộ Giao thông vận tải cấp một số giấy phép để thực hiện nhiệm vụ quản lý nhà nước. Do vậy, Bộ Giao thông vận tải đã đề nghị Bộ Tư pháp hướng dẫn Bộ Giao thông vận tải có thể quy định những thủ tục hành chính này vào Thông tư của Bộ trưởng Bộ Giao thông vận tải. Về vấn đề này, Bộ Tư pháp hướng dẫn như sau: với yêu cầu, điều kiện, trình tự, thủ tục, hồ sơ (thủ tục hành chính) để cấp các giấy phép đó, có thể có hai trường hợp:

- Nếu điều ước quốc tế giao Bộ trưởng Bộ Giao thông vận tải quy định yêu cầu, điều kiện, trình tự, thủ tục, hồ sơ cấp giấy phép thì Bộ trưởng ban hành thông tư để quy định;

9 Đây cũng là ý kiến đề xuất tại Công văn số: 2080/STC-VP của Sở Tài chính tỉnh Lạng Sơn ngày 10/11/2017 về việc phối hợp báo cáo về những khó khăn, vướng mắc của Luật BHVBQPPL, http://www.langson.gov.vn/tc/node/4253.

10 Lê Kim Chinh - Bình Định, Những vấn đề vướng mắc trong việc thi hành luật Ban hành VBQPPL năm 2015 và Nghị định hướng dẫn thi hành, http://www.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=2117, truy cập lúc 16h00' ngày 08/4/2018.

- Nếu điều ước quốc tế không giao Bộ trưởng Bộ Giao thông vận tải quy định yêu cầu, điều kiện, trình tự, thủ tục, hồ sơ cấp giấy phép, thì Bộ trưởng Bộ Giao thông vận tải báo cáo Thủ tướng Chính phủ ban hành quyết định hoặc báo cáo Chính phủ ban hành nghị định để quy định theo đúng tinh thần tại khoản 4 Điều 14 Luật 2015[11].

Như vậy, với hướng dẫn trên của Bộ Tư pháp thì không chỉ trong trường hợp được luật giao mà trong trường hợp được điều ước quốc tế giao thì Bộ trưởng có thể ban hành thông tư để quy định về thủ tục hành chính cần thiết. Câu hỏi được đặt ra ở đây là hướng dẫn của Bộ Tư pháp có hợp pháp hay không? Để khắc phục bất cập đã nêu, cần sửa đổi khoản 4 Điều 14 Luật 2015 để bổ sung thêm trường hợp này.

4. Quy định viết hoa trong văn bản quy phạm pháp luật

Hiện nay, thể thức, kỹ thuật trình bày VBQPPL đang được thực hiện theo quy định tại ba văn bản, bao gồm: Luật 2015, Nghị định 34 và Nghị quyết 351/2017/NQ-UBTVQH14 của UBTVQH khoá 14 quy định thể thức và kỹ thuật trình bày VBQPPL của Quốc hội, UBTVQH, Chủ tịch nước (Nghị quyết 351). Tuy nhiên, trong ba văn bản này thì chỉ có Nghị quyết 351 là có quy định về viết hoa trong văn bản[12] còn Luật 2015 và Nghị định 34 không quy định. Theo đó, hiện nay chúng ta chỉ có quy định về viết hoa trong văn bản áp dụng đối với VBQPPL của Quốc hội, UBTVQH, Chủ tịch nước, VBQPPL liên tịch trong đó UBTVQH là một chủ thể ban hành[13]. Còn đối với Hiến pháp, văn bản sửa đổi Hiến pháp và các VBQPPL còn lại thuộc đối tượng điều chỉnh tại Nghị định 34 thì không quy định cụ thể về quy tắc viết hoa.

Đối với nhóm VBQPPL được điều chỉnh bởi Nghị quyết 351 chúng ta có các quy định liên quan đến việc viết hoa vì phép đặt câu; viết hoa danh từ riêng chỉ tên người, tên địa lý; viết hoa tên cơ quan, tổ chức; viết hoa các trường hợp khác (danh từ thuộc trường hợp đặc biệt; tên các huân chương, huy chương, các danh hiệu vinh dự; tên chức vụ, học vị, danh hiệu; tên các ngày lễ, ngày kỷ niệm; tên các loại văn bản; các trường hợp viện dẫn các điều, khoản, điểm của một văn bản cụ thể; tên các năm âm lịch, ngày tết, ngày và tháng trong năm). Tuy nhiên, đối với nhóm VBQPPL còn lại thuộc sự điều chỉnh của Nghị định 34 lại không hướng dẫn rõ quy tắc, cách thức viết hoa như thế nào. Do đó, cần bổ sung nội dung hướng dẫn rõ quy tắc, hình thức trình bày này; bởi đây là một trong những nội dung thuộc về kỹ năng xây dựng và soạn thảo VBQPPL và trên thực tế cũng là một trong những khó khăn trong công tác soạn thảo VBQPPL mà nhiều bộ ngành, địa phương đang gặp phải[14].

5. Kết luận

Thực tế xây dựng VBQPPL ở nước ta nhiều năm qua cho thấy, chúng ta vẫn đánh giá "tuổi thọ" của các VBQPPL là 7 đến 10 năm hoặc cao hơn thế. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, nhiều văn bản mới có hiệu lực, thậm chí chưa có hiệu lực đã nảy sinh nhiều bất cập (như Bộ luật Hình sự năm 2015) khiến yêu cầu sửa đổi, bổ sung văn bản được đặt ra. Luật 2015 là "luật để làm ra các VBQPPL", nhưng một vài quy định của luật hiện nay lại đang là rào cản cho hoạt động xây dựng pháp luật, nên chúng ta cần nhanh chóng sửa đổi Luật 2015 để đảm bảo hiệu quả của công tác xây dựng pháp luật■

11 T.Công, Năm 2020 mới tính đến sửa đổi, bổ sung Luật Ban hành VBQPPL, http://baophapluat.vn/thoi-su/nam-2020-moi-tinh-den-sua-doi-bo-sung-luat-ban-hanh-van-ban-quy-pham-phap-luat-343739.html.

12 Phụ lục II. Viết hoa trong văn bản của Nghị quyết số 351.

13 Điều 1 Nghị quyết số 351.

14 Công văn số 2080/STC-VP của Sở Tài chính tỉnh Lạng Sơn ngày 10/11/2017 về việc phối hợp báo cáo về những khó khăn, vướng mắc của Luật Ban hành VBQPPL, http://www.langson.gov.vn/tc/node/4253.

CHUYỂN NHƯỢNG CỔ PHẦN THEO LUẬT DOANH NGHIỆP NĂM 2014: MỘT SỐ BẤT CẬP VÀ KIẾN NGHỊ

Lê Nhật Bảo*

* ThS. Giảng viên Khoa Luật Thương mại - Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Doanh nghiệp, cổ phần, chuyển nhượng cổ phần.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/04/2019
Biên tập : 26/04/2019
Duyệt bài : 04/05/2019

Tóm tắt:

Vấn đề chuyển nhượng cổ phần theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 đang tồn tại một số bất cập. Tuy nhiên các bất cập này chưa được giải quyết thấu đáo trong Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp. Do đó, cần nghiên cứu sửa đổi, bổ sung một số quy định có liên quan nhằm hoàn thiện pháp luật ở lĩnh vực này.

Article Infomation:

Keywords: The Law on Enterprise, shares, share transactions.

Article History:

Received : 10 Apr. 2019
Edited : 26 Apr. 2019
Approved : 04 May 2019

Abstract

The mechanism for share transactions under the Law on Enterprises of 2014 has revealed a numnber of shortcomings. However, these shortcomings have not been thoroughly addressed in the Bill of Law with amendments of a number of articles of the Law on Investment and the Law on Enterprises. Therefore, it is necessary to review for further improvements of the relevant regulations on this area.

1. Chuyển nhượng cổ phần

Theo nghĩa phổ thông, "chuyển nhượng" là *chuyển quyền sở hữu*[1]. Từ đây có thể suy ra *chuyển nhượng tài sản* là *chuyển quyền sở hữu tài sản*. Nói cách khác, chuyển nhượng tài sản là hành vi làm thay đổi quyền sở hữu tài sản từ chủ thể này sang chủ thể khác. Theo cách hiểu như vậy, "chuyển nhượng" có thể được thực hiện thông qua các loại giao dịch khác nhau như mua bán, tặng cho, trả nợ, để lại thừa kế hoặc góp vốn vào doanh nghiệp…

Tuy nhiên, trong pháp luật nước ta, khái niệm "chuyển nhượng" đang được hiểu không thống nhất. Chẳng hạn trong pháp luật về chứng khoán, giao dịch mua bán và chuyển nhượng cổ phần đều được quy về loại giao dịch mua bán chứng khoán, các giao dịch này được gọi là mua bán cổ phiếu nói riêng và mua bán chứng khoán nói chung. Pháp luật chứng khoán xem chuyển nhượng cổ phần là quan hệ mua bán cổ phần. Trong khi đó, Luật Doanh nghiệp năm 2014 (LDN 2014) có cách tiếp cận khác với pháp luật

1 Viện Ngôn ngữ học (2003), Từ điển Tiếng Việt phổ thông, Nxb. Đà Nẵng, tr. 188.

chứng khoán. Theo đó, chuyển quyền sở hữu cổ phần trong LDN 2014, có thể phân loại thành hai nhóm chế định khác nhau. Cụ thể:

- Cổ đông chuyển quyền sở hữu cổ phần của mình cho người khác, nhóm các giao dịch này được quy định tại Điều 126 LDN 2014 với tên gọi là "chuyển nhượng cổ phần". Quan hệ pháp luật này được thực hiện giữa bên chuyển nhượng là cổ đông công ty và người nhận chuyển nhượng, bản thân công ty cổ phần không phải là một bên trong giao dịch chuyển nhượng cổ phần. Hệ quả của việc chuyển nhượng cổ phần là làm thay đổi chủ sở hữu đối với cổ phần được chuyển nhượng, nhưng không làm thay đổi vốn điều lệ và tài sản của công ty cổ phần.

- Giao dịch chuyển quyền sở hữu cổ phần giữa công ty với nhà đầu tư. Đó là giao dịch giữa công ty với tổ chức, cá nhân mua cổ phần khi công ty chào bán cổ phần được quyền chào bán thông qua các quy định về chào bán cổ phần (Điều 122 LDN 2014), hoặc giao dịch giữa công ty với cổ đông khi cổ đông đề nghị công ty mua lại cổ phần của mình (Điều 129 LDN 2014), công ty mua lại cổ phần của cổ đông theo quyết định của mình (Điều 130 LDN 2014). Hệ quả là làm thay đổi vốn điều lệ và tài sản của công ty cổ phần (tùy từng trường hợp mà tăng lên hoặc giảm xuống). Điểm chung của các giao dịch này là, công ty cổ phần hiện diện với tư cách là một bên trong quan hệ pháp luật, LDN 2014 gọi những giao dịch như vậy bằng từ "mua" hoặc "bán" cổ phần.

Cách tiếp cận như trên cũng diễn ra tương tự trong mô hình công ty TNHH hai thành viên trở lên thông qua các quy định về chuyển nhượng phần vốn góp (Điều 53 LDN 2014), mua lại phần vốn góp (Điều 52 LDN 2014)… Giải thích cho lý do LDN 2014 thiết kế 2 điều 52, 53, có quan điểm cho rằng, "khi cổ phần của công ty đã được bán cho cổ đông, thì việc cổ đông chuyển quyền sở hữu cổ phần đó cho người khác sẽ không còn được gọi là "bán" mà được gọi là "chuyển nhượng" cổ phần"[2]. Theo quan điểm này, *quan hệ mua bán cổ phần* là quan hệ mà một trong các bên chính là công ty có cổ phần mua bán, còn *chuyển nhượng cổ phần* là giao dịch giữa cổ đông với các cá nhân, tổ chức khác không phải là công ty. Tuy nhiên, mặc dù hoạt động chuyển nhượng cổ phần giữa cổ đông công ty với người khác thông qua việc mua bán cổ phần không được LDN 2014 minh thị rõ ràng bằng cụm từ "mua bán cổ phần", nhưng xét về bản chất, đây cũng là một loại quan hệ mua bán. Nghĩa là hoạt động "chuyển nhượng cổ phần" bao hàm trong nó nhiều loại giao dịch khác nhau, và mua bán cổ phần là một trong số đó. Cho nên, hiện nay, khi nói đến "mua bán cổ phần" cần phải đặt trong ngữ cảnh cụ thể để xác định chủ thể của quan hệ này có công ty cổ phần tham gia hay không.

Xét các quy định về chuyển nhượng cổ phần tại Điều 126 LDN 2014, có thể phân thành hai nhóm:

- Nhóm quy phạm chung của hoạt động chuyển nhượng, đó là toàn bộ nội dung tại khoản 1 (về điều kiện chuyển nhượng cổ phần), một phần nội dung của khoản 2 (về hình thức chuyển nhượng cổ phần), khoản 6 (xử lý trường hợp cổ phiếu cũ bị huỷ bỏ) và khoản 7 (thời điểm xác lập tư cách cổ đông).

- Nhóm các quy phạm còn lại trong Điều 126 LDN 2014 quy định về các hình thức chuyển nhượng cụ thể, các hình thức chuyển nhượng này chịu sự chi phối bởi các quy định ở nhóm một. Tuy nhiên, vì các nhóm quy định này lại được tách thành các điều khoản khác nhau nên tạo nên sự mâu thuẫn trong chuyển nhượng cổ phần. Chẳng hạn, khoản 3 Điều 126 LDN 2014 quy định, "trường hợp cổ đông là cá nhân chết thì người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật của cổ đông đó là cổ đông của công ty". Quy định này có thể hiểu, từ thời điểm cổ đông chết thì quyền sở hữu cổ phần đương nhiên thuộc về người thừa kế mà không có ngoại lệ. Đặt trường hợp cổ đông sáng lập

2 Trương Thanh Đức, Luận giải về Luật Doanh nghiệp 2014: 36 kế sách pháp lý của doanh nghiệp, Nxb. Sự thật, 2017, tr. 237.

chết và công ty cổ phần vẫn đang trong thời hạn 3 năm kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, nếu người thừa kế không phải là cổ đông sáng lập của công ty đó thì họ có đương nhiên trở thành cổ đông hay cần phải được thông qua Đại hội đồng cổ đông như quy định tại khoản 1 Điều 126 LDN 2014 (dẫn chiếu đến khoản 3 Điều 119 LDN 2014)?

Chúng tôi cho rằng, Điều 126 LDN 2014 cần được thiết kế lại theo sự phân chia rõ ràng như trên. Chẳng hạn, khoản 1 Điều luật này nên sửa lại với tên gọi là "quy định chung về chuyển nhượng cổ phần", khoản 2 Điều luật này sửa lại thành "các hình thức chuyển nhượng cổ phần", trong đó khoản 2 Điều 126 LDN 2014 cần minh thị cụ thể "quyền mua bán cổ phần" để khẳng định bản chất pháp lý của hoạt động chuyển nhượng này, cũng nhằm đảm tính thống nhất trong cách hiểu và áp dụng của pháp luật doanh nghiệp.

2. Các trường hợp hạn chế chuyển nhượng cổ phần

2.1 Đối với cổ phần ưu đãi

Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi cổ tức và cổ phần ưu đãi hoàn lại được LDN 2014 khẳng định có các quyền như cổ đông phổ thông, trừ các trường hợp hạn chế[3]. Theo khoản 1 Điều 114 LDN 2014 về quyền của cổ đông phổ thông, cổ đông có quyền "tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho người khác, trừ trường hợp quy định tại khoản 3 Điều 119 và khoản 1 Điều 126 của Luật này". Theo quy định của khoản 1 Điều 126 LDN 2014, nếu "trường hợp Điều lệ công ty có quy định hạn chế về chuyển nhượng cổ phần thì các quy định này chỉ có hiệu lực khi được nêu rõ trong cổ phiếu của cổ phần tương ứng". Các quy định trên cho thấy, cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi cổ tức và cổ phần ưu đãi hoàn lại có thể tự do chuyển nhượng cổ phần này cho người khác, còn nếu công ty cổ phần có hạn chế chuyển nhượng loại cổ phần này thì phải đáp ứng đủ hai điều kiện: (i) sự hạn chế chuyển nhượng phải được quy định trong Điều lệ công ty, và (ii) những hạn chế đó phải được "nêu rõ" trên cổ phiếu của cổ phần tương ứng. Do đó, nếu công ty đã có hạn chế chuyển nhượng nhưng không được "nêu rõ" trên cổ phiếu thì không có giá trị hạn chế chuyển nhượng (chẳng hạn như cổ phiếu tồn tại dưới hình thức dữ liệu điện tử, bút toán ghi sổ…).

Theo quy định của khoản 4 Điều 113 LDN 2014, "người được quyền mua cổ phần ưu đãi cổ tức, cổ phần ưu đãi hoàn lại và cổ phần ưu đãi khác do Điều lệ công ty quy định hoặc do Đại hội đồng cổ đông quyết định". Có thể hiểu rằng, nếu công ty đặt ra tiêu chuẩn về "người được quyền mua cổ phần ưu đãi" thì đây là một trường hợp hạn chế chuyển nhượng cổ phần ưu đãi. Những tiêu chuẩn như vậy chỉ có hiệu lực nếu thoả mãn các điều kiện tại khoản 1 Điều 126 LDN 2014 - phải "nêu rõ" trên cổ phiếu. Tuy nhiên, bên cạnh Điều lệ công ty, khoản 4 Điều 113 LDN 2014 quy định: *Đại hội đồng cổ đông cũng có thể đặt ra những hạn chế về người mua cổ phần ưu đãi*. Quy định này đặt ra câu hỏi sau đây: (i) Nếu những hạn chế về người mua cổ phần ưu đãi theo quyết định của Đại hội đồng cổ đông không có trong Điều lệ công ty và không được "nêu rõ" trên cổ phiếu ưu đãi thì quyết định này có hiệu lực hay không? (ii) Đại hội đồng cổ đông có quyền đặt ra các tiêu chuẩn về người mua cổ phần ưu đãi khi mà các bên hoàn tất việc mua bán hay không? Sự không rõ ràng này có thể bị lợi dụng làm ảnh hưởng tiêu cực đến quyền được tự do chuyển nhượng cổ phần ưu đãi.

Khi nhà đầu tư quyết định mua cổ phần ưu đãi, họ có quyền được biết tất cả những thông tin liên quan đến loại hàng hoá mà họ dự định đầu tư, những triển vọng cũng như khả năng rút lui thông qua cách chuyển nhượng. Chính những thông tin này góp phần giúp họ cân nhắc việc có nên mua cổ phần ưu đãi hay không, đặc biệt là đối với những trường hợp thu hẹp khả năng chuyển nhượng. Bởi

3 Điểm c, khoản 2 Điều 117, khoản 2 Điều 118 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

vậy, nhà đầu tư có quyền được biết trước, khả năng tiên liệu trước những điều kiện về người mua cổ phần ưu đãi. Để đáp ứng quyền này, công ty cổ phần phải minh bạch, công khai nội dung quyết định hạn chế chuyển nhượng cổ phần ưu đãi cho nhà đầu tư, điều này cũng góp phần thể hiện nguyên tắc thiện chí trong các giao dịch dân sự nói chung. Từ góc độ công ty cổ phần, nếu công ty xét thấy cần hạn chế người mua cổ phần ưu đãi, có thể thông qua quyền sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty (điểm d khoản 2 Điều 135 LDN 2014) của Đại hội đồng cổ đông để đưa các nội dung này vào, nhằm đảm bảo tương thích với quy định tại khoản 1 Điều 126 LDN 2014. Do đó, chúng tôi đề xuất bỏ cụm từ "hoặc do Đại hội đồng cổ đông quyết định" tại khoản 4 Điều 113 LDN 2014.

2.2 Hạn chế chuyển nhượng cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập

Các cổ đông sáng lập phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% tổng số cổ phần phổ thông được quyền chào bán tại thời điểm đăng ký doanh nghiệp, và lượng cổ phần này bị hạn chế chuyển nhượng trong ba năm đầu theo quy định tại khoản 3 Điều 119 LDN 2014: "trong thời hạn 03 năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, cổ đông sáng lập có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho cổ đông sáng lập khác và chỉ được chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho người không phải là cổ đông sáng lập nếu được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông. Trường hợp này, cổ đông dự định chuyển nhượng cổ phần không có quyền biểu quyết về việc chuyển nhượng các cổ phần đó". Quy định về tỷ lệ cổ phần phổ thông tối thiểu mà cổ đông sáng lập phải nắm giữ và quy định hạn chế khả năng chuyển nhượng các cổ phần này trong ba năm đầu là nhằm đảm bảo sự gắn kết các cổ đông sáng lập về mặt tài sản và trách nhiệm với công ty trong thời gian "khởi sự" của công ty[4].

Tuy nhiên, LDN 2014 có quy định về các trường hợp ngoại lệ tại khoản 4 Điều 119, đó là đối với: (i) cổ phần mà cổ đông sáng lập có thêm sau khi đăng ký thành lập doanh nghiệp, và (ii) cổ phần mà cổ đông sáng lập chuyển nhượng cho người khác không phải là cổ đông sáng lập của công ty. Trong đó, "cổ phần mà cổ đông sáng lập có thêm sau khi đăng ký thành lập doanh nghiệp" có thể đến từ nhiều nguồn. Chẳng hạn, cổ đông sáng lập nhận chuyển nhượng cổ phần từ cổ đông khác, hoặc cổ đông sáng lập mua thêm cổ phần khi công ty chào bán cổ phần được quyền chào bán trong quá trình hoạt động. Vấn đề đặt ra là, các cổ đông sáng lập có thể sử dụng ngoại lệ này để vô hiệu hoá quy định về hạn chế chuyển nhượng tại khoản 3 Điều 119 LDN 2014.

Ví dụ, Công ty cổ phần A có 4 cổ đông phổ thông là A1, A2, A3 và A4 (trong đó, A1, A2, A3 là các cổ đông sáng lập). Với quy định tại khoản 3 Điều 119 LDN 2014 thì trong ba năm đầu khởi sự, A1 có thể tự do chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho các cổ đông sáng lập còn lại, nhưng nếu A1 muốn chuyển nhượng cổ phần cho A4 hoặc người khác thì phải được Đại hội đồng cổ đông đồng ý. Để "lách" quy định này, A1 có thể chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình sang A2, lượng cổ phần mà A2 nhận chuyển nhượng từ A1 là số cổ phần mà A2 "có thêm sau khi đăng ký thành lập doanh nghiệp". Do đó, theo khoản 4 Điều 119 LDN 2014 thì A2 có thể tự do chuyển nhượng cho A4 hoặc người khác theo thoả thuận ngầm với A1. Lúc đó, tổng lượng cổ phần mà các cổ đông sáng lập nắm giữ có thể thấp hơn so với lúc đăng ký công ty.

Bên cạnh trường hợp trên, việc cho phép cổ đông sáng lập có thể chuyển nhượng cổ phần phổ thông cho người không phải là cổ đông sáng lập khi được Đại hội đồng cổ đông chấp thuận có thể dẫn đến hệ quả là lượng cổ phần phổ thông mà các cổ đông

4 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, Giáo trình Pháp luật về chủ thể kinh doanh, Bùi Xuân Hải (Chủ biên), Nxb. Hồng Đức, 2016, tr. 250.

sáng lập nắm giữ thấp hơn 20% so với lúc đăng ký thành lập doanh nghiệp. Khi đó, ý nghĩa của quy định tại khoản 2 Điều 119 LDN 2014 trong việc gắn kết các cổ đông sáng lập với công ty không còn. Do đó, để khắc phục bất cập này, chúng tôi đề nghị bổ sung quy định về yêu cầu các cổ đông sáng lập phải cùng nhau nắm giữ ít nhất 20% tổng số cổ phần phổ thông trong 03 năm kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

2.3 Hạn chế chuyển nhượng cổ phần của doanh nghiệp xã hội

Hiện nay, doanh nghiệp xã hội (DNXH) là một trong các đối tượng chịu sự điều chỉnh của LDN 2014, có thể tồn tại dưới cả 04 hình thức pháp lý doanh nghiệp là doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần[5]. Theo quy định tại khoản 1 Điều 9 Nghị định số 96/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Doanh nghiệp (Nghị định số 96/2015/NĐ-CP) thì "chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên và cổ đông doanh nghiệp xã hội chỉ được chuyển nhượng phần vốn góp, cổ phần của mình cho tổ chức, cá nhân khác nếu họ có cam kết tiếp tục thực hiện các mục tiêu xã hội, môi trường". Yêu cầu phải có "cam kết tiếp tục thực hiện các mục tiêu xã hội, môi trường" có thể hiểu là điều kiện để được chuyển nhượng cổ phần/phần vốn góp. Quy định này nhằm đảm bảo rằng nhà đầu tư trước khi mua cổ phần có thể biết và hiểu rõ về những đặc thù của DNXH, bởi những đặc thù này có thể thu hẹp quyền lợi của cổ đông. Xoay quanh quy định này của Nghị định số 96/2015/NĐ-CP, chúng tôi thấy có một số vấn đề sau:

Khoản 4 Điều 10 LDN 2014 trao quyền cho Chính phủ trong việc quy định chi tiết Điều 10, tức là các nội dung về tiêu chí nhận diện DNXH, quyền và nghĩa vụ của DNXH, ưu đãi, hỗ trợ cho DNXH. Còn vấn đề chuyển nhượng cổ phần thì LDN 2014 không có quy định đặc thù dành riêng cho DNXH, cho nên việc mua bán cổ phần của DNXH vẫn phải theo quy chế pháp lý của mô hình công ty cổ phần. Việc Nghị định số 96/2015/NĐ-CP đặt ra điều kiện phải có "cam kết tiếp tục thực hiện các mục tiêu xã hội, môi trường" là vượt quá sự phân quyền mà LDN 2014 cho phép. Hơn nữa, nếu cổ phiếu của DNXH không có nội dung về việc người mua phải có "cam kết tiếp tục thực hiện các mục tiêu xã hội, môi trường" thì liệu rằng nhà đầu tư có bắt buộc phải làm cam kết này hay không, khi mà khoản 1 Điều 126 LDN 2014 quy định những hạn chế chuyển nhượng cổ phần phải được "nêu rõ" trên cổ phiếu.

Hiện nay, nếu làm "cam kết tiếp tục thực hiện các mục tiêu xã hội, môi trường" thì chúng ta cũng đang thiếu một khoảng trống pháp lý về vấn đề này. Chẳng hạn, cam kết này làm theo hình thức nào vì không có quy định cụ thể, nên các bên có thể tự do lựa chọn hình thức cam kết, kể cả là nói miệng với nhau, và như vậy giá trị chứng minh của cam kết là rất thấp; Hay nội dung của cam kết gồm những gì? Hiện tại, Nghị định số 96/2015/NĐ-CP và Thông tư số 04/2016/TT-BKHĐT có đề cập về nội dung và biểu mẫu của "Cam kết thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường", còn "cam kết tiếp tục thực hiện các mục tiêu xã hội, môi trường" thì chưa được làm rõ.

Khi trở thành cổ đông của công ty, nhà đầu tư có nghĩa vụ tuân thủ theo Điều lệ công ty (Điều 115 LDN 2014), khi những mục tiêu xã hội, môi trường của DNXH được ghi nhận trong Điều lệ công ty thì các cổ đông DNXH có trách nhiệm thực hiện theo mục tiêu mà DNXH đó theo đuổi. Do đó, chúng tôi kiến nghị bỏ quy định yêu cầu tổ chức, cá nhân mua cổ phần của DNXH phải làm "cam kết tiếp tục thực hiện các mục tiêu xã hội, môi trường" như Nghị định số 96/2015/

(Xem tiếp trang 64)

5 Lê Nhật Bảo, Bản chất của doanh nghiệp xã hội và cách phân loại pháp nhân theo Bộ luật Dân sự 2015, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 8 (120), 2018, tr. 63.

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ SỞ HỮU TÀI LIỆU LƯU TRỮ CỦA CÁC TỔ CHỨC TƯ NHÂN CÓ TƯ CÁCH PHÁP NHÂN

Đoàn Thị Hòa*
Vũ Quang**
* TS. Trường Đại học Nội vụ Hà Nội
** TS. Trường Đại học Bách khoa Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tài liệu lưu trữ, sở hữu tài liệu lưu trữ, tổ chức tư nhân

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 18/05/2019
Biên tập : 14/06/2019
Duyệt bài : 21/06/2019

Tóm tắt:

Hiện nay, vấn đề sở hữu tài liệu lưu trữ của các tổ chức ngoài khu vực công, bao gồm chủ yếu là các tổ chức kinh tế, các hiệp hội do tư nhân sáng lập và tổ chức hoạt động, hầu như chưa có các quy định cụ thể điều chỉnh. Đây được coi là một sự hạn chế, là khoảng trống trong các quy định pháp luật về tài liệu lưu trữ ở Việt Nam. Bài viết nghiên cứu thực trạng này và đưa ra những kiến nghị hoàn thiện hệ thống pháp luật về sở hữu tài liệu lưu trữ của tổ chức tư nhân, đặc biệt là các tổ chức tư nhân có tư cách pháp nhân ở Việt Nam.

Article Infomation:

Keywords: archived documents; ownership of archived documents; private organizations.

Article History:

Received : 18 May 2019
Edited : 14 Jun 2019
Approved : 21 Jun 2019

Abstract

There is currently lack of the legal regulations on the ownership of the archives of non-public organizations, including mainly economic organizations, private established associations. This is considered as a shortcoming as well as a gap in the legal regulations on archives in Vietnam. This article provide reviews of this situation and recommendations to further improve the legal system of ownership of archives of private organizations, especially private legal entities in Vietnam.

Hiện nay, ngoài Luật Lưu trữ năm 2011, có khoảng 30 văn bản dưới luật để hướng dẫn công tác lưu trữ tài liệu ở các ngành, các lĩnh vực khác nhau. Vấn đề sở hữu tài liệu lưu trữ cũng đã được điều chỉnh bước đầu tại hệ thống văn bản này. Điều 4 của Luật Lưu trữ năm 2011 về chính sách của Nhà nước đối với hoạt động lưu trữ đã "thừa nhận quyền sở hữu đối với tài liệu lưu trữ" của các chủ thể trong xã hội, trong đó có tổ chức tư nhân có tư cách pháp nhân. Việc Luật Lưu trữ năm 2011 "thừa nhận" quyền sở hữu đối với tài liệu lưu trữ có nghĩa là, Nhà nước có trách nhiệm bảo hộ quyền sở hữu của các chủ thể đối với tài liệu lưu trữ và bảo đảm cho chủ sở hữu được thực thi các quyền sở hữu như: quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền định đoạt đối với tài liệu lưu trữ.

1. Những kết quả đạt được và những hạn chế, bất cập trong quy định của pháp luật về sở hữu tài liệu lưu trữ của tổ chức tư nhân có tư cách pháp nhân

1.1 Những kết quả đạt được

Luật Lưu trữ năm 2011 được xây dựng trên cơ sở kế thừa và phát triển Pháp lệnh Lưu trữ Quốc gia năm 2001. Lần đầu tiên, lĩnh vực quan trọng trong hoạt động quản lý nhà nước là công tác lưu trữ được luật hoá. Sự ra đời của Luật Lưu trữ năm 2011 đã tạo khung pháp lý cao nhất về hoạt động lưu trữ, tạo điều kiện cho công tác lưu trữ phát triển, đáp ứng yêu cầu cải cách hành chính, xây dựng nhà nước pháp quyền.

Luật Lưu trữ cũng là văn bản quy phạm pháp luật đầu tiên luật hóa vấn đề sở hữu tài liệu lưu trữ, cụ thể hóa quyền hiến định của công dân. Luật "thừa nhận quyền sở hữu đối với tài liệu lưu trữ"[1] là ghi nhận hết sức quan trọng, làm tiền đề, tạo cơ sở pháp lý cho chủ sở hữu trong quá trình tạo lập, quản lý, lưu trữ hoặc tiêu hủy các tài liệu thuộc sở hữu hợp pháp của mình. Đồng thời, Luật quy định "khuyến khích tổ chức, cá nhân hiến tặng, ký gửi, bán tài liệu lưu trữ của mình cho Nhà nước"[2]. Quy định này nhằm giúp Nhà nước thu thập, sưu tầm các tài liệu có giá trị đối với xã hội, với đất nước từ sự đóng góp "hiến tặng" của các chủ sở hữu tư nhân.

1.2 Những hạn chế, bất cập

Bên cạnh những kết quả đạt được nêu trên, Luật Lưu trữ năm 2011 có những hạn chế, bất cập sau:

Thứ nhất, quy định hiện hành chủ yếu tập trung điều chỉnh quản lý công tác lưu trữ tài liệu thuộc các cơ quan nhà nước (Trung tâm Lưu trữ quốc gia, các Bộ và chính quyền địa phương), các doanh nghiệp nhà nước (các tập đoàn, doanh nghiệp nhà nước), mà chưa có quy định cụ thể về quản lý lưu trữ tài liệu của các doanh nghiệp ngoài quốc doanh. Một minh chứng cho vấn đề này là các báo cáo tổng kết thực hiện Luật Lưu trữ chỉ đề cập đến hoạt động thực hiện Luật Lưu trữ ở Trung tâm Lưu trữ quốc gia, các Bộ và chính quyền địa phương mà không có nội dung nào liên quan đến công tác lưu trữ tài liệu của các chủ thể khác.

Thứ hai, ngoài quy định tại Điều 4 Luật Lưu trữ năm 2011 về "thừa nhận quyền sở hữu", tất cả các điều khác của Luật và trong các văn bản hướng dẫn thi hành đều không đề cập đến khái niệm "sở hữu" một lần nào nữa. Bên cạnh đó, việc thiếu vắng quy định về các vấn đề pháp lý liên quan đến sở hữu tài liệu lưu trữ của các chủ thể phi nhà nước như: về các hình thức sở hữu, quyền và trách nhiệm của chủ sở hữu… đã gây khó khăn trong việc quản lý tài liệu lưu trữ không thuộc sở hữu nhà nước, đặc biệt là với những tài liệu đặc biệt quý hiếm đang có nguy cơ hư hỏng, mất mát. Như vậy, việc "thừa nhận quyền sở hữu đối với tài liệu lưu trữ" chỉ mang tính hình thức vì không có cơ sở pháp lý đầy đủ bảo đảm thực hiện vấn đề sở hữu tài liệu lưu trữ ở Việt Nam hiện nay.

Thứ ba, việc thực hiện các quyền của chủ sở hữu đối với tài liệu lưu trữ, các phương thức bảo vệ quyền sở hữu tài liệu lưu trữ của chủ sở hữu và giải quyết tranh chấp trong vấn đề sở hữu tài liệu lưu trữ, đặc biệt là đối với tài liệu của các tổ chức tư nhân không được bảo đảm vì đang thiếu vắng quy định.

Thứ tư, mối quan hệ giữa chủ sở hữu tài liệu lưu trữ với Nhà nước không rõ ràng vì không được Luật điều chỉnh. Về nguyên tắc, chủ sở hữu có toàn quyền đối với tài liệu lưu trữ của mình hình thành trên cơ sở tạo lập hoặc có được một cách hợp pháp. Tuy nhiên, tài liệu lưu trữ là một loại tài sản đặc biệt, chúng có thể chứa đựng các thông tin đặc biệt quan trọng, có tầm ảnh hưởng sâu rộng. Trong trường hợp tài liệu có giá trị đối với xã hội hoặc quốc gia, thì quan hệ giữa chủ sở hữu và Nhà nước sẽ như thế nào? Nhà nước can thiệp ra sao trong việc định đoạt tài liệu lưu trữ của chủ sở hữu, cơ chế can thiệp như thế nào? Đây là những vấn đề còn bị bỏ ngỏ.

1 Điều 4, Luật Lưu trữ năm 2011.

2 Khoản 3, Điều 4, Luật Lưu trữ năm 2011.

Thứ năm, Luật Lưu trữ mới chỉ dừng lại ở việc quy định các trường hợp cá nhân có quyền "Quyết định việc hiến tặng, ký gửi tài liệu cho Lưu trữ lịch sử"[3] và "Chỉ được hiến tặng hoặc bán cho Lưu trữ lịch sử các tài liệu liên quan đến an ninh quốc gia"[4]. Tuy nhiên, quy trình, thủ tục và các vấn đề khác liên quan đến hiến tặng, ký gửi, bán tài liệu lưu trữ lại chưa được quy định cụ thể nên các quy định này thiếu tính khả thi.

Thứ sáu, chưa quy định đầy đủ về xử lý vi phạm trong lĩnh vực lưu trữ. Mặc dù Luật Lưu trữ quy định các hành vi vi phạm trong hoạt động lưu trữ như: "1. Chiếm đoạt, làm hỏng, làm mất tài liệu lưu trữ; 2. Làm giả, sửa chữa, làm sai lệch nội dung tài liệu lưu trữ; 3. Mua bán, chuyển giao, hủy trái phép tài liệu lưu trữ; 4. Sử dụng tài liệu lưu trữ vào mục đích xâm phạm lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân; 5. Mang tài liệu lưu trữ ra nước ngoài trái phép"[5]. Tuy nhiên, những chế tài cụ thể dẫn chiếu để xử lý vi phạm đối với hành vi vi phạm pháp luật về lưu trữ chưa được Luật đề cập đến. Luật Lưu trữ năm 2011 đến nay đã có hiệu lực gần 7 năm, nhưng chưa có nghị định hướng dẫn quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động lưu trữ.

2. Một số khuyến nghị hoàn thiện quy định về sở hữu tài liệu lưu trữ của các tổ chức tư nhân có tư cách pháp nhân ở Việt Nam hiện nay

2.1 Hoàn thiện quy định bảo vệ quyền sở hữu tài liệu lưu trữ của các tổ chức tư nhân có tư cách pháp nhân

Thứ nhất, bổ sung quy định phân loại "tài liệu lưu trữ". Dựa trên nguồn gốc hình thành tài liệu lưu trữ để phân loại thành: tài liệu lưu trữ công hay tài liệu lưu trữ tư.

Tài liệu lưu trữ công: Là những tài liệu được sinh ra trong quá trình hoạt động của Nhà nước, của các cơ quan chính quyền địa phương, cơ quan Đảng, của các cơ quan, tổ chức được Nhà nước thành lập hoặc thực hiện một số nhiệm vụ của cơ quan nhà nước.

Tài liệu lưu trữ tư: Là những tài liệu lưu trữ của các dòng họ, công ty, doanh nghiệp, tổ chức xã hội do tư nhân thành lập và quản lý.

Việc phân tài liệu lưu trữ thành hai loại như trên tạo thuận lợi cho việc thiết lập các quy định pháp luật về cơ chế quản lý riêng của cơ quan quản lý lưu trữ nhà nước đối với từng loại tài liệu lưu trữ.

Thứ hai, bổ sung các căn cứ xác lập và chấm dứt quyền sở hữu đối với tài liệu lưu trữ của các tổ chức tư nhân

Về nguyên tắc, quyền sở hữu đối với tài liệu lưu trữ của tổ chức tư nhân có thể được xác lập trên các căn cứ thông qua: do lao động, do hoạt động sản xuất, kinh doanh hợp pháp; được chuyển quyền sở hữu theo thỏa thuận hoặc theo bản án, quyết định của Tòa án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác; chiếm hữu trong các điều kiện do pháp luật quy định đối với tài liệu vô chủ, tài liệu không xác định được chủ sở hữu…. Vì vậy, pháp luật về lưu trữ phải trù liệu được các trường hợp làm căn cứ xác lập quyền sở hữu của các tổ chức tư nhân.

Các căn cứ chấm dứt quyền sở hữu đối với tài liệu lưu trữ trong trường hợp sau đây: chủ sở hữu chuyển quyền sở hữu của mình cho người khác thông qua hợp đồng mua bán, trao đổi, tặng cho, hợp đồng chuyển quyền sở hữu khác theo quy định của pháp luật; chủ sở hữu từ bỏ quyền sở hữu của mình bằng cách tuyên bố công khai hoặc thực hiện hành vi chứng tỏ việc mình từ bỏ quyền chiếm hữu, sử dụng và định đoạt tài liệu đó; tài liệu lưu trữ đã bị tiêu hủy; tài liệu lưu trữ bị trưng mua hoặc bị tịch thu; tài liệu đã được xác lập quyền sở hữu cho người khác theo quy định pháp luật.

Thứ ba, xây dựng cơ chế, biện pháp bảo vệ quyền sở hữu tài liệu lưu trữ của tổ chức tư nhân

3 Điểm b, khoản 3, Điều 5 Luật Lưu trữ 2011.
4 Điểm a, khoản 4, Điều 5, Luật Lưu trữ 2011.
5 Điều 8, Luật Lưu trữ 2011.

Về nguyên tắc, không ai có thể bị hạn chế, bị tước đoạt trái pháp luật quyền sở hữu đối với tài liệu lưu trữ, trừ trường hợp, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường cho các tổ chức tư nhân theo giá thị trường vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp.

Luật Lưu trữ, với tính chất của luật chuyên ngành, cần phải quy định về biện pháp bảo vệ quyền sở hữu tài liệu lưu trữ của tổ chức tư nhân theo hướng:

Một là, biện pháp tự bảo vệ: Chủ sở hữu của tài liệu lưu trữ có quyền tự bảo vệ, ngăn chặn bất kỳ người nào có hành vi xâm phạm quyền của mình bằng những biện pháp không trái với quy định của pháp luật.

Hai là, biện pháp yêu cầu cơ quan nhà nước: Chủ sở hữu của tài liệu lưu trữ có quyền yêu cầu Tòa án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác buộc người có hành vi xâm phạm quyền phải trả lại tài liệu lưu trữ, chấm dứt hành vi cản trở trái pháp luật việc thực hiện quyền sở hữu tài liệu lưu trữ và yêu cầu bồi thường thiệt hại.

Thứ tư, bổ sung các chế tài xử lý đối với hành vi xâm hại đến quyền sở hữu tài liệu lưu trữ của các tổ chức tư nhân

Về bản chất, hành vi xâm hại đến quyền sở hữu tài liệu lưu trữ của các tổ chức tư nhân là hành vi xâm hại đến quyền sở hữu tài sản thuộc sở hữu hợp pháp của các tổ chức tư nhân. Vì vậy, các quy định của Bộ luật Dân sự, Bộ luật Hình sự sẽ được áp dụng các chế tài cho hành vi xâm hại đến quyền sở hữu tài sản. Tuy nhiên, Luật Lưu trữ phải xác định cụ thể các hành vi vi phạm quyền sở hữu tài liệu lưu trữ, đồng thời dẫn chiếu đến các quy định về các chế tài của Bộ luật Dân sự, Bộ luật Hình sự để áp dụng.

Ngoài ra, cần phải xây dựng nghị định về xử phạt hành chính trong lĩnh vực lưu trữ tài liệu. Việc xây dựng và ban hành nghị định xử phạt hành chính trong lĩnh vực lưu trữ là nhu cầu cấp bách và là đòi hỏi của quá trình thực thi pháp luật trong thực tiễn. Nghị định này sẽ giúp các chủ thể tham gia hoạt động lưu trữ thực thi một cách có nghiêm túc và hiệu quả các quy định pháp luật, đồng thời xác định các hành vi vi phạm hành chính, chế tài áp dụng cho những hành vi đó.

2.2 Hoàn thiện quy định về quyền lợi và trách nhiệm của chủ thể sở hữu là các tổ chức tư nhân có tư cách pháp nhân

Thứ nhất, bổ sung quy định về quản lý riêng đối với tài liệu lưu trữ thuộc các tổ chức tư nhân. Những quy định này liên quan đến nội dung của quyền sở hữu tài liệu lưu trữ của tổ chức tư nhân; vai trò của Nhà nước trong việc quản lý tránh thất lạc, mất mát tài liệu có giá trị, là di sản văn hóa của dân tộc…

Thứ hai, bổ sung quy định trách nhiệm của chủ sở hữu là tổ chức tư nhân đối với tài liệu lưu trữ có giá trị

Để thực hiện quản lý tài liệu, tránh tình trạng thất lạc, mất mát các tài liệu có giá trị bằng việc đảm bảo quyền kiểm tra, giám sát của cơ quan lưu trữ nhà nước đối với tài liệu có giá trị bằng việc thực hiện các quyền thống kê, phân loại, xác định giá trị của tài liệu lưu trữ thuộc sở hữu của tổ chức tư nhân có giá trị.

Quan hệ giữa cơ quan lưu trữ nhà nước với chủ sở hữu tài liệu lưu trữ có giá trị được xác lập trên cơ sở thỏa thuận thống nhất giữa hai bên. Việc cơ quan lưu trữ nhà nước thực hiện thống kê, xếp loại tài liệu lưu trữ không đồng nghĩa với việc chuyển quyền sở hữu tài liệu lưu trữ từ tổ chức tư nhân sang cơ quan lưu trữ nhà nước.

Thứ ba, bổ sung quy định về chính sách khuyến khích các tổ chức tư nhân chuyển giao tài liệu lưu trữ có giá trị cho các cơ quan lưu trữ của Nhà nước, dưới các hình thức sau:

- *Hiến tặng*: Là hình thức tổ chức tư nhân tự nguyện chuyển nhượng quyền sở hữu tài liệu lưu trữ cho cơ quan lưu trữ của Nhà nước mà không lấy tiền bản quyền. Việc hiến tặng phải thông qua hình thức thỏa thuận trên cơ sở hợp đồng giữa bên hiến tặng và cơ quan lưu trữ nhà nước. Nhà nước phải có các chính sách để khuyến khích các chủ sở hữu hiến tặng tài liệu lưu trữ có giá trị.

- *Ký gửi:* Là hình thức chủ sở hữu tài liệu lưu trữ mang tài liệu của mình đến gửi tại các cơ quan lưu trữ nhà nước trong một khoảng thời gian nhất định và phải trả chi

phí cho việc quản lý và bảo quản tài liệu lưu trữ đó. Cơ quan lưu trữ nhà nước phải có trách nhiệm bảo đảm an toàn và bí mật cho tài liệu.

Ngoài ra, cần phải có cơ chế khen thưởng đối với các tổ chức tư nhân có thành tích trong việc bảo vệ tài liệu lưu trữ quốc gia, hiến tặng cho cơ quan lưu trữ của Nhà nước những tài liệu có giá trị thì được khen thưởng theo quy định.

Thứ tư, bổ sung quy định về việc chuyển nhượng (mua, bán) các tài liệu lưu trữ có giá trị lịch sử, di sản văn hóa dân tộc

Chủ sở hữu có ý định bán tài liệu lưu trữ có giá trị lịch sử, di sản văn hóa dân tộc phải báo cáo cho cơ quan lưu trữ của Nhà nước có thẩm quyền để xin phép. Trong trường hợp này, cơ quan lưu trữ nhà nước phải có quyền ưu tiên được mua từ chủ sở hữu. Đây là biện pháp để Nhà nước bảo đảm các tài liệu lưu trữ có giá trị quan trọng không được các chủ sở hữu tự do mua bán, hay chuyển ra khỏi đất nước■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Báo cáo đánh giá kết quả thực hiện Luật Lưu trữ từ năm 2012 đến năm 2017 https://dms.luutru.gov.vn/files/ecm/source_files/2018/08/02/cong-van-796-2018-signed-161942-020818-11.pdf
2. Luật Liên bang về công tác lưu trữ ở Liên bang Nga ngày 01/10/2004
3. Luật số 2008-696 về lưu trữ của Cộng hòa Pháp ngày 15/7/2008
4. Quốc hội (2001), Pháp lệnh Lưu trữ quốc gia.
5. Quốc hội (2011), Luật Lưu trữ.
6. Quốc hội (2014), Luật Doanh nghiệp.

CƠ CHẾ PHÁP LÝ KIỂM SOÁT...

(Tiếp theo trang 27)

thực hiện quy định Điều lệ Đảng, các quy chế, quy định của Đảng.

+ MTTQ và các tổ chức chính trị - xã hội: thực hiện các biện pháp nhằm nâng cao chất lượng hoạt động giám sát và phản biện xã hội đối với chính quyền địa phương; quy định rõ quy trình, thủ tục và trách nhiệm tiếp nhận kết quả kiểm soát quyền lực của các chủ thể kiểm soát bên ngoài nhà nước và phải có những biện pháp theo dõi quá trình thực hiện những kiến nghị kiểm soát, có những "chế tài" đối với những chủ thể không thực hiện, hoặc thực hiện không đúng các kiến nghị về kết quả kiểm soát quyền lực từ bên ngoài nhà nước đối với chính quyền địa phương; đổi mới nâng cao các hình thức nhân dân trực tiếp kiểm soát quyền lực việc thực hiện quyền lực nhà nước của chính quyền địa phương.

- Giải pháp hoàn thiện mối quan hệ giữa thể chế pháp lý và thiết chế thực hiện hoạt động kiểm soát: Trên cơ sở những quy định của pháp luật được ban hành mới, sửa đổi, bổ sung liên quan đến kiểm soát quyền lực đối với chính quyền địa phương, cần phải nhanh chóng rà soát, phát hiện những hạn chế bất cập trong hệ thống các thiết chế để có những bước điều chỉnh kịp thời nhằm thiết lập và tạo nên sự thống nhất, đồng bộ giữa thể chế và thiết chế kiểm soát quyền lực nhà nước.

- Giải pháp hoàn thiện về các điều kiện bảo đảm thực hiện cơ chế: Cần sớm tổng kết, khảo sát, đánh giá tình hình việc thực hiện các chủ trương, chính sách của Đảng về kiểm soát việc thực hiện quyền lực của chính quyền địa phương; nhanh chóng thể chế hóa bằng pháp luật, hoàn thiện hệ thống pháp luật về kiểm soát quyền lực nhà nước; thực hiện thắng lợi các mục tiêu về phát triển kinh tế, xã hội - văn hóa, tạo môi trường ổn định, thuận lợi để thực hiện có hiệu quả cơ chế này ở Việt Nam hiện nay■

CHÍNH THỨC HÓA HỘ KINH DOANH Ở VIỆT NAM: KHÍA CẠNH LÝ LUẬN, THỰC TIỄN VÀ LẬP PHÁP

Hoàng Xuân Nghĩa*
Nguyễn Văn Hưởng**
* TS. Trường Đại học Sư phạm Kỹ thuật Hưng Yên
** TS. Trường Đại học Sư phạm Kỹ thuật Hưng Yên

Thông tin bài viết:

Từ khóa: chính thức hóa hộ kinh doanh, hoàn thiện môi trường kinh doanh.

Lịch sử bài viết:
Nhận bài : 18/05/2019
Biên tập : 15/06/2019
Duyệt bài : 21/06/2019

Tóm tắt:

Hộ kinh doanh là khái niệm riêng của Việt Nam, một khái niệm có tính lịch sử và quá độ. Khái niệm hộ kinh doanh hiện nay đang bộc lộ các bất cập và mâu thuẫn với yêu cầu xây dựng thể chế kinh tế thị trường hiện đại và môi trường kinh doanh bình đẳng, minh bạch. Vì thế, chính thức hóa hộ kinh doanh có tính cấp bách và cần những giải pháp đồng bộ cả trên phương diện tư duy lý luận, lập pháp và hoạt động thực tiễn.

Article Infomation:

Keywords: legal formalization of business household; improvement of business environment

Article History:
Received : 18 May 2019
Edited : 15 Jun 2019
Approved : 21 Jun 2019

Abstract

Business household is a concept of Vietnam - the concept associated with an historical and transitioning stage. The term of business household currently reveals its limitations and inconsistence with the requirement of development of a modern market economy and a fair and transparent business environment. Therefore, legal formalization of business household is urgently required and it is needed synchronous solutions in terms of theories, legislatition and practical performance.

1. Khái niệm hộ kinh doanh

Trước công cuộc đổi mới (1986), hộ kinh doanh được gọi bằng các tên khác nhau như: tổ chức tiểu sản xuất hàng hóa; hộ kinh doanh cá thể, tiểu chủ; hộ tiểu thủ công nghiệp… Các tên gọi này cũng thay đổi theo từng thời kỳ. Nghị định số 27-HĐBT ngày 09/3/1988 của Hội đồng Bộ trưởng (nay là Chính phủ) chính thức công nhận hộ kinh doanh dưới hình thức hộ kinh tế cá thể, kinh tế tư doanh sản xuất công nghiệp, dịch vụ công nghiệp, xây dựng, vận tải. Nghị định số 66/HĐBT ngày 02/3/1992 quy định hộ kinh doanh tồn tại dưới hình thức cá nhân kinh doanh (gồm các cá nhân, nhóm kinh doanh có vốn thấp hơn vốn pháp định).

Các Nghị định số 02/2000/NĐ-CP ngày 03/2/2000 của Chính phủ về đăng ký

kinh doanh và Nghị định số 109/2004/ NĐ-CP ngày 02/04/2004 đã lần lượt quy định hộ kinh doanh tồn tại như hình thức kinh tế sản xuất hàng hóa nhỏ gia đình (gồm các thợ thủ công, người làm dịch vụ nhỏ) được phép kinh doanh sau khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy môn bài; tuy nhiên không được phép thuê lao động thường xuyên, nhưng sau đó đã bãi bỏ quy định này. Với các nghị định hướng dẫn Luật Doanh nghiệp 2005 (có hiệu lực từ 01/7/2006) và Luật Doanh nghiệp 2014, hộ kinh tế cá thể được đổi tên thành hộ kinh doanh, bổ sung thêm đối tượng một nhóm người chủ hộ kinh doanh và quy định yêu cầu hộ kinh doanh sử dụng từ 10 lao động phải chuyển sang doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp.

Như vậy, thuật ngữ "hộ kinh doanh" chính thức được sử dụng tại các văn bản quy phạm pháp luật Việt Nam từ năm 2006. Hộ kinh doanh là khái niệm riêng của Việt Nam, gắn với quá trình chuyển đổi kinh tế và là giải pháp cần thiết thay thế cho tên gọi kinh tế tư bản tư nhân, cá thể, tiểu chủ vốn bị cấm kỵ trong cơ chế cũ.

Điều 66 Nghị định 78/2015/NĐ-CP ngày 14/09/2015 về hướng dẫn thủ tục đăng ký kinh doanh theo Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: "1. Hộ kinh doanh do một cá nhân hoặc một nhóm người gồm các cá nhân là công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, hoặc một hộ gia đình làm chủ, chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng dưới 10 lao động và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh (…) 3. Hộ kinh doanh có sử dụng từ 10 lao động trở lên phải đăng ký thành lập doanh nghiệp theo quy định".

Quy định trên cho thấy, hộ kinh doanh có các đặc điểm sau: *thứ nhất,* hộ kinh doanh là đơn vị kinh tế hàng hóa gia đình phi nông nghiệp; *thứ hai*, hộ kinh doanh không có tư cách pháp nhân và chịu trách nhiệm vô hạn đối với tài sản của chủ hộ; *thứ ba*, chủ hộ kinh doanh không được đồng thời là chủ doanh nghiệp tư nhân; *thứ tư*, hộ kinh doanh có sử dụng từ 10 lao động trở lên phải đăng ký doanh nghiệp theo quy định Luật Doanh nghiệp.

So với các loại hình doanh nghiệp, hộ kinh doanh có các điểm giống và khác biệt về chủ thể, phương thức thành lập, quy mô hoạt động, trách nhiệm pháp lý… Những điểm giống và khác nhau tạo ra các lợi thế và bất lợi cho hộ kinh doanh.

a) Yếu thế của hộ kinh doanh so với doanh nghiệp

- *Hộ kinh doanh bị hạn chế quyền kinh doanh:* Theo quy định hiện hành, mỗi hộ kinh doanh chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm; phạm vi kinh doanh của hộ kinh doanh chủ yếu trong địa giới hành chính quận huyện; hộ kinh doanh bị hạn chế quy mô lao động (chỉ được sử dụng thường xuyên dưới 10 lao động); hộ kinh doanh không có tư cách pháp nhân, không có vốn điều lệ, nên không thể tham gia vào các lĩnh vực, ngành nghề yêu cầu tổ chức kinh doanh phải có tư cách pháp nhân và vốn điều lệ không được thấp hơn mức vốn pháp định (như tín dụng, ngân hàng, bảo hiểm, bất động sản,…).

- *Hộ kinh doanh còn chịu những bất lợi và rủi ro khác:* nhược điểm của chế độ trách nhiệm "vô hạn" là không có giới hạn về trách nhiệm tài sản và sự không tách bạch giữa cơ sở (hộ) với người đại diện (chủ hộ),thể hiện sau đây: (i) hoạt động hộ kinh doanh không bền vững và dễ bị chấm dứt nếu chủ hộ chết, tai nạn, bệnh tật... Đây là điểm hạn chế làm cho các đối tác quan ngại trong thiết lập quan hệ giao dịch với hộ kinh doanh; (ii) hộ kinh doanh bất lợi thế trong việc huy động vốn so với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần; (iii) rủi ro trong đầu tư của hộ kinh doanh rất cao, nhưng độ an toàn về sở hữu tài sản thấp.

- *Hộ kinh doanh khó tiếp cận các cơ chế, chính sách hỗ trợ của Nhà nước:* Chính phủ đã ban hành Nghị định số 56/2009/NĐ-CP ngày 30/6/2009 về trợ giúp phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa (DNNVV), trong đó quy định 8 nhóm chính sách quan trọng trợ giúp cho DNNVV. Tuy nhiên, do các chính sách hỗ trợ còn chung chung, chưa quy định cụ thể về đối tượng, điều kiện hỗ trợ, nguyên tắc ưu tiên và hồ sơ, trình tự, thủ tục xem xét hỗ trợ; cùng với nguồn tài chính hỗ trợ hạn hẹp… nên kết quả hỗ trợ đối với các hộ kinh doanh rất hạn chế.

b) Lợi thế của hộ kinh doanh so với doanh nghiệp

- *Hộ kinh doanh có lợi thế về thủ tục góp vốn, nội dung, hồ sơ và đăng ký thành lập doanh nghiệp,* do đó có thể tiết kiệm chi phí về thời gian và tiền bạc để hoàn tất việc thành lập cơ sở. Về nội dung đăng ký thành lập, so với doanh nghiệp thì hộ kinh doanh chỉ phải kê khai 4 nội dung chủ yếu sau: (i) tên hộ, địa chỉ kinh doanh; (ii) ngành nghề kinh doanh; (iii) vốn kinh doanh; (iv) số lao động[1].

- *Hộ kinh doanh đơn giản hơn về chế độ sổ sách kế toán:* theo quy định của Quyết định số 169/2000/QĐ-BTC ngày 25/10/2000 và Quyết định số 131/2002/QĐ-BTC ngày 18/10/2002 của Bộ Tài chính, hộ kinh doanh chỉ phải mở 02 sổ kế toán: (i) sổ nhật ký bán hàng Mẫu số S01-HKD; (ii) sổ nhật ký mua hàng Mẫu số 02- HKD. Trong khi các DNNVV phải mở tới 37 loại sổ kế toán.

- *Hộ kinh doanh thuận lợi hơn về chế độ nộp thuế:* theo quy định, hộ kinh doanh phải nộp thuế môn bài, thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập cá nhân. Từ năm 2015, hộ kinh doanh trong mọi lĩnh vực, ngành nghề đều nộp thuế theo phương thức thuế khoán. Theo đó, giảm được thời gian và chi phí thực hiện các thủ tục nộp thuế.

2. Phát triển hộ kinh doanh và những vấn đề đặt ra

a) Những kết quả đạt được trong phát triển hộ kinh doanh

Theo số liệu thống kê, năm 1999 cả nước có hơn 1,5 triệu hộ kinh doanh, sử dụng hơn 3 triệu lao động và tạo ra 9% tổng sản phẩm xã hội[2]. Tổng điều tra kinh tế năm 2017 (công bố năm 2018) cho thấy, cả nước có 5,1 triệu hộ kinh doanh, gồm 4,6 triệu cơ sở có địa điểm ổn định và 0,6 triệu cơ sở không ổn định; tỷ trọng các cơ sở có đăng ký kinh doanh (ĐKKD) chiếm 25,9% (1,326 triệu hộ) và còn lại các cơ sở chưa có ĐKKD (khoảng 3,774 triệu hộ); hộ kinh doanh phát triển nhanh ở khu vực dịch vụ (chiếm tới 76,7% tổng số cơ sở hộ) và có mức tăng cao nhất (16,6% so với năm 2012); hộ kinh doanh thu hút 8,7 triệu lao động (số liệu mới nhất khoảng 10 triệu lao động); quy mô của hộ kinh doanh còn nhỏ lẻ, lao động bình quân một cơ sở năm 2017 là 1,69 lao động, thấp hơn mức 1,72 của năm 2012[3].

Nhìn chung hộ kinh doanh được khẳng định trên các khía cạnh sau[4]:

Một, hộ kinh doanh thể hiện sức sống mãnh liệt, sự năng động và vai trò đóng góp cho tăng trưởng. Đặt trong mối tương quan

---

1 Điều 71 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14/09/2015 của Chính phủ về đăng ký doanh nghiệp.

2 CIEM (2017), Chính thức hóa hộ kinh doanh, thực trạng và khuyến nghị chính chính sách, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội.

3 *Tổng cục Thống kê (2018), Kết quả tổng điều tra kinh tế năm 2017, Nxb. Thống kê, Hà Nội.*

4 CIEM (2017), Chính thức hóa hộ kinh doanh, thực trạng và khuyến nghị chính chính sách, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội.
Tổng cục Thống kê (2015), Kết quả điều tra cơ sở sản xuất kinh doanh cá thể phi nông nghiệp 2014, Nxb. Thống kê, Hà Nội.
Nguyên Anh: http://kinhtedothi.vn/chinh-thuc-hoa-nen-kinh-te-phi-chinh-thuc-cai-thien-so-thu-han-che-tieu-cuc-336315.html/16-02-2019.

với khối doanh nghiệp đầu tư nước ngoài đóng góp 27-28% GDP, khối doanh nghiệp nhà nước - 20% GDP, doanh nghiệp tư nhân - 10% GDP, thì hộ kinh doanh dù chưa được chú ý, ưu đãi nhưng đang là đối trọng lớn khi đóng góp 30-32% GDP.

Hai, hộ kinh doanh tạo ra nhiều việc làm nhất so với khu vực các doanh nghiệp. Số liệu thống kê cho thấy, lao động làm việc tại khu vực hộ kinh doanh chiếm 40-45% tổng số lao động của khu vực sản xuất vật chất, cao hơn so với doanh nghiệp tư nhân (chiếm 34-36%), doanh nghiệp nhà nước (chiếm 8%) và doanh nghiệp FDI (chiếm 14-15%).

Ba, hộ kinh doanh có vai trò quan trọng cung cấp hàng hóa, dịch vụ cho xã hội, cải thiện đời sống cho dân cư. Theo số liệu thống kê, hộ kinh doanh chỉ nắm giữ 3% tổng nguồn vốn kinh doanh nhưng tạo ra hơn 13% doanh thu của các tổ chức kinh doanh có đăng ký (gồm hộ kinh doanh và các doanh nghiệp chính thức). Hộ kinh doanh gián tiếp cải thiện cuộc sống cho những người thu nhập thấp, người nghèo ở cả thành thị và nông thôn thông qua cung cấp các hàng hoá, dịch vụ sớm hơn, nhanh hơn và với giá thấp hơn (giá bình dân).

Bốn, hộ kinh doanh huy động, sử dụng có hiệu quả nguồn vốn trong dân ở một số ngành, lĩnh vực và là một kênh đóng góp cho tăng trưởng. Trên thực tế, hộ kinh doanh là mô hình khởi nghiệp phổ biến nhất ở Việt Nam nhờ vào sự đơn giản về thủ tục gia nhập thị trường, ít ràng buộc về tổ chức quản lý, linh hoạt trong vận hành, phù hợp với nhiều thành phần, địa bàn, chi phí vốn thấp. Theo thống kê năm 2013, vốn kinh doanh tính trên 1 lao động của hộ kinh doanh là 7,4 triệu đồng, trong khi doanh nghiệp chính thức bình quân 1,5 tỷ đồng.

Năm, hộ kinh doanh càng có ý nghĩa nếu xét về hiệu quả sử dụng vốn để tạo ra doanh thu và thu nhập trực tiếp: năm 2013, trong khi khu vực doanh nghiệp chính thức cần tới 1,42 đồng vốn để tạo ra 1 đồng doanh thu thì hộ kinh doanh chỉ cần 0,30 đồng. Nói cách khác, hộ kinh doanh sử dụng 1 đồng vốn để tạo ra doanh thu cao hơn so với doanh nghiệp chính thức (0,7 đồng), DNNN (0,6 đồng), doanh nghiệp tư nhân (0,7 đồng), doanh nghiệp FDI (0,9 đồng).

b) Những hạn chế, bất cập trong phát triển hộ kinh doanh

Do đặc trưng kinh doanh quy mô nhỏ, nguồn lực hạn chế, thiếu kiến thức quản trị, lại phải cạnh tranh gay gắt với các doanh nghiệp chính thức, nên trong phát triển, hộ kinh doanh đang gặp các khó khăn, thách thức sau đây:

Thứ nhất, hộ kinh doanh chỉ thích hợp với quy mô nhỏ hẹp, bị hạn chế về lĩnh vực kinh doanh, mức năng suất và đóng góp, sức cạnh tranh thấp. Do bị giới hạn quy mô kinh tế hộ, lại không có điều kiện tham gia chính danh rộng rãi vào các hoạt động sản xuất cung ứng hàng hóa dịch vụ, nên hộ kinh doanh khó tham gia vào các lĩnh vực kinh doanh có điều kiện, lĩnh vực kinh doanh mới hiện đại. Vì thế, hộ kinh doanh chủ yếu tồn tại trong các hoạt động dịch vụ truyền thống như thương mại, dịch vụ, phục vụ cá nhân và cộng đồng. Xét trong cơ cấu bản thân khu vực hộ kinh doanh, các nguồn lực chủ yếu nằm trong lĩnh vực sản xuất dịch vụ, tỷ trọng nguồn vốn cho sản xuất vật chất hạn chế và có xu hướng ngày càng giảm. Trong lĩnh vực công nghiệp, những hạn chế về quy mô vốn, năng lực tài chính, công nghệ, quản lý và điều hành khiến hộ kinh doanh khó có thể tham gia vào lĩnh vực công nghiệp chế biến, chế tạo và sản xuất hàng hóa cung cấp cho thị trường rộng lớn.

Xét theo chỉ số doanh thu/lao động, năng suất của các hộ kinh doanh ngày càng được cải thiện. Tuy nhiên, so với khu vực doanh nghiệp chính thức, năng suất này vẫn thấp hơn nhiều và khoảng cách có xu hướng mở rộng. Năm 2009, doanh thu bình quân tính theo lao động của hộ kinh doanh là 0,13

tỷ đồng, năm 2010 là 0,15 tỷ đồng, năm 2012 tăng lên 0,2 tỷ đồng và năm 2013 là 0,24 tỷ đồng; trong khi đó, số liệu tương ứng của các doanh nghiệp chính thức là: 0,67 tỷ đồng (năm 2009), 0,7 tỷ đồng (năm 2010), 1 tỷ đồng (năm 2012), 1,06 tỷ đồng năm 2013[5]. Đóng góp của khu vực hộ kinh doanh cho ngân sách nhà nước rất khiêm tốn, số thuế thu từ khu vực hộ kinh doanh trong năm 2014 là 12.362 tỷ đồng, chiếm 2% tổng thu nguồn thu nội địa; hoặc chỉ đóng góp 1,56% ngân sách, trong khi chiếm tỷ trọng 30-32% GDP[6].

Thứ hai, hoạt động hộ kinh doanh có liên hệ với khu vực kinh tế chưa được quan sát và kinh tế phi chính thức, ảnh hưởng tiêu cực tới môi trường kinh doanh, gây khó khăn cho công tác quản lý kinh tế. Sự phổ biến của hộ kinh doanh và kinh tế phi chính thức có liên quan với tham nhũng, phát triển kinh tế ngầm, phi pháp. Bên cạnh việc khuyến khích, tạo kẽ hở cho hoạt động buôn lậu, phi pháp, thì ngay kinh doanh hợp pháp nhưng không công khai của hộ kinh doanh cũng có thể coi là kinh tế ngầm. Chẳng hạn, những hiện tượng như hộ kinh doanh "đi đêm" thỏa thuận với cán bộ thuế về mức thuế khoán, điều này không chỉ làm thất thu thuế mà còn làm mất lòng tin của người dân và doanh nghiệp; các dịch vụ dạy thêm, học thêm không đăng ký công khai, khám chữa bệnh tại nhà mà không mở phòng mạch tư, cho thuê nhà đối với người thân người quen không khai báo để tránh nộp thuế thu nhập cá nhân hay thuế môn bài; các hộ kinh doanh hoạt động không có hóa đơn chứng từ và không thể kiểm soát được doanh thu thực tế; tình trạng hàng nhái, hàng giả một phần từ các hộ gia đình nhỏ lẻ đã gây tác hại lớn, trong khi sản xuất nội địa không thể cạnh tranh được với hàng ngoại nhập...

Quy định pháp luật hiện hành giữa hộ kinh doanh và doanh nghiệp (siêu nhỏ) rất khác nhau mặc dù cùng chung bản chất kinh doanh vì lợi nhuận. Chẳng hạn, hộ kinh doanh không giới hạn số thành viên còn doanh nghiệp siêu nhỏ chỉ tối đa 50 thành viên, hộ kinh doanh chỉ được đăng ký kinh doanh tại 1 địa điểm trong khi doanh nghiệp siêu nhỏ không giới hạn địa điểm. Về lệ phí môn bài, hộ kinh doanh có doanh thu dưới 100 triệu đồng/năm được miễn lệ phí, chỉ nộp 300.000 – 1.000.000 đồng tùy doanh thu, trong khi doanh nghiệp nộp 1 - 3 triệu đồng tùy theo vốn điều lệ hoặc vốn đầu tư, nhưng trong thực tế, có những hộ kinh doanh lớn hơn nhiều lần doanh nghiệp nhỏ và siêu nhỏ. Thuế giá trị gia tăng của hộ kinh doanh chỉ từ 1-2-5% doanh thu, trong khi doanh nghiệp siêu nhỏ chịu thuế suất 0-5-10% (được khấu trừ thuế). Doanh nghiệp siêu nhỏ cũng phải chịu thuế thu nhập doanh nghiệp suất phổ thông 20%, trong khi hộ kinh doanh chỉ chịu thuế thu nhập cá nhân từ 0,5-2-5% doanh thu. Hộ kinh doanh không cần làm báo cáo tài chính, hóa đơn giá trị gia tăng như doanh nghiệp siêu nhỏ. Một doanh nghiệp có doanh thu chỉ vài chục triệu hay vài trăm triệu đồng/năm cũng phải thực hiện chế độ sổ sách hoá đơn chứng từ kế toán doanh nghiệp; nhưng một hộ kinh doanh bán buôn, doanh thu có thể tới hàng chục hàng trăm tỷ đồng, lợi nhuận nhiều tỷ đồng thì chỉ khoán thuế và áp dụng chế độ kế toán chứng từ hoá đơn. Ngoài ra, nếu hộ kinh doanh là 2 vợ chồng hoặc gia đình làm chủ thì phải chịu trách nhiệm vô hạn về toàn bộ tài sản của mình, rủi ro trong kinh doanh là quá cao[7].

5 Tổng cục Thống kê (2015), Kết quả điều tra cơ sở sản xuất kinh doanh cá thể phi nông nghiệp 2014, Nxb. Thống kê, Hà Nội.

6 Nguyễn Quỳnh: https://vov.vn/kinh-te/doanh-nghiep/ho-kinh-doanh-len-doanh-nghiep-loi-ich-phai-nhieu-hon-chi-phi-614302.vov/Thứ 2, 17/04/2017

7 Nguyễn Việt: enternews.vn/ho-kinh-doanh-can-duoc-cat-canh-147875.html/ 04/04/2019

Duy trì các quy định về hộ kinh doanh và doanh nghiệp khác biệt như trên đang gây bất bình đẳng, làm méo mó môi trường kinh doanh và khó khăn cho công tác quản lý nhà nước. Hộ kinh doanh đang có được những lợi thế "nhân tạo" so với doanh nghiệp. Từ đó, có trường hợp các hộ kinh doanh cố tình không thành lập doanh nghiệp để né tránh thực hiện các quy định, nghĩa vụ và trách nhiệm xã hội.

Thứ ba, hộ kinh doanh có nhiều điểm bất lợi trước yêu cầu sản xuất kinh doanh hiện đại, xây dựng thể chế kinh tế thị trường mới và hội nhập kinh tế quốc tế. Với hộ kinh doanh, lợi nhuận để lại (nếu có) và tín dụng phi ngân hàng từ bạn bè, người thân là nguồn chính để tái đầu tư mở rộng sản xuất. Kinh doanh của hộ thường bỏ qua các quy định, luật lệ chính thức, nhất là các quy định về quy trình sản xuất, chất lượng sản phẩm dịch vụ, tiêu chuẩn vệ sinh thực phẩm, điều kiện an toàn lao động và bảo vệ môi trường. Hộ không tuân thủ các nguyên tắc kế toán, kiểm toán và nộp thuế (nếu có theo hình thức khoán). Hộ bị giới hạn bởi không gian, phạm vi thị trường và nhóm khách hàng địa phương, càng không có dư địa tiếp cận thị trường rộng lớn, thị trường quốc tế. Hộ kinh doanh cũng không có cơ hội để tham gia chính thức và chính danh vào các lĩnh vực sản xuất dịch vụ hiện đại có điều kiện.

Hộ kinh doanh Việt Nam càng làm đậm tính chất tổ chức sản xuất khép kín kiểu "gia trưởng", không thích ứng với các phương thức quản trị chuyên nghiệp, huy động rộng rãi sự đầu tư góp vốn và nhất là sự tham gia quản lý của các chuyên gia bên ngoài, tổ chức sản xuất liên kết theo các chuỗi. Sản phẩm dịch vụ của hộ kinh doanh khó đáp ứng các tiêu chuẩn quy định chung, các chuẩn mực quốc tế. Trên một ý nghĩa, hộ kinh doanh mất quyền bình đẳng và tự do kinh doanh, kể cả mất quyền tham gia vào thị trường thế giới. Các điểm yếu, bất lợi thế nói trên làm cho hộ kinh doanh không thể tiếp tục phát triển, tận dụng được các cơ hội về hội nhập, mở cửa thị trường, cũng không tạo điều kiện phát triển thể chế kinh tế thị trường hiện đại, phát triển các thị trường trong nước thành một thể liên kết thống nhất.

Một ví dụ về hạn chế tham gia xuất khẩu của hộ kinh doanh làng nghề chế biến gỗ: kết quả khảo sát do Hiệp hội Gỗ và Lâm sản Việt Nam (Viforest) và Tổ chức Forest Trends thực hiện tại 5 làng nghề gỗ lớn vùng sông Hồng cho thấy: 74,5% số hộ không có đăng ký kinh doanh, 64% số hộ không có mặt bằng sản xuất, 100% lao động làm việc theo hợp đồng miệng, khoảng 90% các giao dịch thiếu bằng chứng về tính hợp pháp của gỗ. Rõ ràng, có các rủi ro, cả sự thiếu hiểu biết và thiếu quan tâm của các hộ làng nghề về tính pháp lý của nguồn gỗ nguyên liệu và sản phẩm gỗ sau chế biến, việc sử dụng lao động và tuân thủ các quy định môi trường, phòng chống cháy nổ… vốn là đặc trưng của hoạt động phi chính thức. Những điều này làm cho sản xuất kinh doanh của hộ làng nghề trở nên bất hợp pháp và các sản phẩm sản xuất ra cũng có yếu tố bất hợp pháp. Trong khi loại bỏ gỗ bất hợp pháp ra khỏi chuỗi cung ứng là một trong những mục tiêu chính của Hiệp định đối tác Tự nguyện (VPA) mà Chính phủ Việt Nam và EU ký kết vào / 5/2017. Xu thế chung của thế giới là truy xuất được nguồn gốc sản phẩm hàng hóa. Do đó, chính thức hóa là cơ sở giúp các hộ kinh doanh đáp ứng được các yêu cầu của VPA, đồng thời có cơ hội cải thiện điều kiện làm việc và tạo nguồn thu cho ngân sách[8].

8 https://www.thiennhien.net/2018/02/09/chinh-thuc-hoa-ho-lang-nghe-go-de-theo-kip-yeu-cau-cua-vpa/Đăng ngày 09/02/2018

3. Chính thức hóa hộ kinh doanh ở Việt Nam

a) Sự cần thiết tất yếu chính thức hóa hộ kinh doanh

Những phân tích trên đã cho thấy, việc duy trì các quy định khác nhau cho hai loại hình tổ chức kinh doanh - hộ kinh doanh và doanh nghiệp, mà bản chất đều là hoạt động kinh doanh vì lợi nhuận, đang gây khó khăn và kẽ hở đối với quản lý, vừa tạo ra sự bất bình đẳng giữa hộ kinh doanh và doanh nghiệp. Việc tổ chức sản xuất dưới hình thức hộ kinh doanh có quy mô nhỏ, hoạt động phân tán và phi chính thức đang là một lực cản đối với yêu cầu hội nhập, xây dựng thể chế kinh tế thị trường hiện đại, đẩy mạnh tăng trưởng ở Việt Nam.

Về khía cạnh lập pháp, Luật Doanh nghiệp năm 2014 (Luật năm 2014) đang bộc lộ những nhược điểm, mà chủ yếu là đã không xác định hộ kinh doanh là đối tượng điều chỉnh của Luật năm 2014. Điều 1 của Luật quy định thiếu đối tượng là hộ gia đình có đăng ký kinh doanh: "Quy định về việc thành lập, tổ chức quản lý, tổ chức lại, giải thể và hoạt động có liên quan của doanh nghiệp, bao gồm công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh, và doanh nghiệp tư nhân; quy định về nhóm công ty". Tuy nhiên, khoản 2 Điều 212 Luật lại nêu: "Hộ kinh doanh có quy mô nhỏ thực hiện đăng ký kinh doanh và hoạt động theo quy định của Chính phủ" và buộc hộ kinh doanh sử dụng thường xuyên trên 10 lao động phải chuyển thành mô hình doanh nghiệp.

Như vậy, Luật năm 2014 không chuẩn xác về kỹ thuật lập pháp, bởi nội dung của Luật vừa bỏ sót đối tượng lại vừa quy định về tổ chức, hoạt động của chính đối tượng nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của Luật. Hơn nữa, quan niệm "doanh nghiệp" không bao gồm hộ gia đình, cá nhân có đăng ký doanh cũng sai về nội hàm của khái niệm doanh nghiệp. Ở đây cần phải hiểu bất kỳ ai, tổ chức nào lấy kinh doanh làm nội dung hoạt động cũng là doanh nghiệp[9]. Nhưng xét từ góc độ chính sách hiện nay, chưa có bất kỳ văn bản pháp luật nào quy định về địa vị pháp lý, quyền và nghĩa vụ của hộ gia đình có đăng ký kinh doanh. Trong thực tế, hộ kinh doanh do một cá nhân làm chủ gần với hình thức doanh nghiệp tư nhân, giữa chúng không có khác biệt lớn; giữa hộ kinh doanh do một nhóm người làm chủ và công ty hợp danh về bản chất cũng không có nhiều khác biệt. Tuy nhiên, khi đăng ký hoạt động dưới hình thức hộ kinh doanh hoặc doanh nghiệp thì các quy định áp dụng cho từng trường hợp lại rất khác nhau.

Kinh nghiệm ở các nước phát triển cho thấy, quy định và chính sách áp dụng đối với các tổ chức kinh tế nếu chỉ dựa trên sự phân biệt thông qua hình thức tổ chức kinh doanh, ví dụ giữa hộ và các doanh nghiệp, là không phù hợp và có thể dẫn đến những bất hợp lý, những méo mó môi trường kinh doanh. Các nước chỉ phân biệt các tổ chức kinh tế dựa trên các đặc trưng về sở hữu, quyền, trách nhiệm của nhà đầu tư và theo đó, các hình thức kinh doanh được tổ chức dưới 3 dạng cơ bản gồm: (i) cá nhân kinh doanh; (ii) hợp danh; (iii) công ty cổ phần. Trên cơ sở 3 dạng cơ bản này, việc tổ chức đơn vị kinh doanh (doanh nghiệp) có thể chia thành các loại hình cụ thể hơn như: (i) cá nhân kinh doanh; (ii) hợp danh; hợp danh hữu hạn; (iii) trách nhiệm hữu hạn một thành viên, trách nhiệm hữu hạn hai thành viên; (iv) công ty cổ phần[10].

---

9 Huyền Trang: enternews.vn/ luat-su-truong-thanh-duc-khong-con-li-do-de-cho-ton-tai-ho-kinh-doanh-147831.html/04/04/2019.

10 Vũ Đoàn Minh Thúy: http://tapchitaichinh.vn/tai-chinh-kinh-doanh/khung-phap-luat-va-chinh-sach-lien-quan-den-chinh-thuc-hoa-kinh-doanh-theo-luat-doanh-nghiep-302045.h/ 07/02/2019;

Nguyễn Quỳnh: https://vov.vn/kinh-te/doanh-nghiep/ho-kinh-doanh-len-doanh-nghiep-loi-ich-phai-nhieu-hon-chi-phi-614302.vov/Thứ 2, 17/04/2017

Do đó, tất yếu phải chuyển hộ kinh doanh sang các loại hình doanh nghiệp, tức chính thức hóa hộ kinh doanh để vận hành dưới khung thể chế chung (Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư và các luật khác). Bên cạnh đó, cần có những sửa đổi căn bản Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp, nhằm mục tiêu hướng đến thu hút đầu tư trong nước và nước ngoài với chất lượng mới cao hơn.

b) Quá trình chính thức hóa hộ kinh doanh

Chính thức hóa hộ kinh doanh trước hết là một quá trình được bắt đầu bằng những thay đổi căn bản trong quan niệm, nhận thức lý luận và tư duy lập pháp.

Hiện nay, cả nước có khoảng 1,326 triệu hộ kinh doanh đã đăng ký kinh doanh, pháp luật cần thừa nhận nhóm 1,326 triệu hộ này là một loại hình doanh nghiệp. Mặt khác, điều chỉnh nâng quy định về hộ đăng ký kinh doanh theo lộ trình tăng dần trong khoảng thời gian (8-10 năm) để tiến tới không còn khoảng cách giữa hộ kinh doanh và doanh nghiệp, ít nhất là doanh nghiệp siêu nhỏ. Trong một vài năm tới cũng chưa đòi hỏi thay đổi đối với hộ kinh doanh có doanh thu dưới 100 triệu/năm đang được miễn thuế và công tác kế toán có thể gần như cũ, đương nhiên là đơn giản hơn chế độ kế toán đối với doanh nghiệp siêu nhỏ mà Bộ Tài chính mới ban hành. Đối với 3,7 triệu hộ kinh doanh chưa đăng ký, cũng chưa cần đặt ra vấn đề phải nâng lên thành doanh nghiệp.

Mấu chốt ở đây là không nên bắt hộ kinh doanh chuyển thành doanh nghiệp phải sống và khó sống như các doanh nghiệp vừa và nhỏ, siêu nhỏ như hiện nay, mà phải làm cho các doanh nghiệp siêu nhỏ cũng hoạt động dễ dàng như hộ kinh doanh. Logic là nếu không nâng được chuẩn hộ kinh doanh lên, thì buộc phải hạ chuẩn doanh nghiệp (siêu nhỏ) xuống[11]. Việc công nhận các hộ đã đăng ký kinh doanh là doanh nghiệp không có ý cưỡng ép họ trở thành doanh nghiệp để lấy thành tích, mà chỉ gọi đúng tên là một loại hình doanh nghiệp về bản chất. Đây không phải sự đánh tráo khái niệm, mà chủ yếu phải thay đổi hành vi và thể chế để đối xử công bằng với họ. Xác định họ là loại hình doanh nghiệp nhưng không vì thế mà phát sinh thêm chi phí chuyển đổi hay tuân thủ luật pháp. Chẳng hạn, cần xây dựng hệ thống kế toán, thuế dành cho khu vực này theo hướng cho phép áp dụng kế toán hóa đơn, thuế khoán trên doanh số, việc thanh tra, kiểm tra cũng đơn giản và giảm nhẹ... Để chính thức hóa hộ kinh doanh, thay vì chỉ tập trung thực hiên chính sách hỗ trợ thành lập doanh nghiệp và động viên khởi nghiệp, chính sách hỗ trợ cho doanh nghiệp phải toàn diện và nhất quán.

c) Giải pháp chính sách hỗ trợ chính thức hóa hộ kinh doanh ở Việt Nam

Thứ nhất, nghiên cứu xây dựng và ban hành Chương trình Quốc gia về chính thức hóa hộ kinh doanh. Để đảm bảo cho hộ kinh doanh sau khi chuyển sang hoạt động theo Luật Doanh nghiệp hiệu quả và phát triển bền vững, cần tiếp tục hoàn thiện các quy định liên quan đến các hình thức kinh doanh cho phù hợp với điều kiện hiện nay; hoàn thiện các quy định liên quan đến hoạt động kinh doanh như thuế, lao động, bảo hiểm xã hội, chế độ kế toán… theo hướng các quy định đối với các tổ chức kinh doanh cơ bản chỉ phân biệt dựa theo tính chất của hoạt động kinh doanh, không dựa trên hình thức tổ chức kinh doanh[12].

---

11 Huyền Trang: enternews.vn/ luat-su-truong-thanh-duc-khong-con-li-do-de-cho-ton-tai-ho-kinh-doanh-147831.html/04/04/2019

12 CIEM (2017), Chính thức hóa hộ kinh doanh, thực trạng và khuyến nghị chính chính sách, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội. Vũ Đoàn Minh Thúy: http://tapchitaichinh.vn/tai-chinh-kinh-doanh/khung-phap-luat-va-chinh-sach-lien-quan-den-chinh-thuc-hoa-kinh-doanh-theo-luat-doanh-nghiep-302045.h/ 07/02/2019

Thứ hai, thể chế hóa các cơ chế, chính sách khuyến khích hộ kinh doanh hoạt động theo mô hình doanh nghiệp. Các cơ chế, chính sách khuyến khích bao gồm: hỗ trợ gia nhập, rút lui khỏi thị trường, miễn thuế môn bài, ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp, cho phép áp dụng chế độ kế toán đơn giản, được cung cấp phần mềm kế toán miễn phí,... Hướng dẫn, trợ giúp hộ kinh doanh chuyển đổi sang hoạt động theo Luật Doanh nghiệp như: (i) cấp mã số thuế cho tất cả các hộ kinh doanh tạo sự bình đẳng trong việc thực hiện nghĩa vụ thuế; (ii) hỗ trợ hộ kinh doanh mở sổ kế toán, ghi chép hoạt động, nộp thuế theo số liệu kế toán, báo cáo tài chính, quyết toán thuế (tạo thói quen quản trị doanh nghiệp); (iii) phát triển hệ thống đại lý thuế nhằm hỗ trợ cho hộ kinh doanh sau chuyển đổi tuân thủ pháp luật, giảm các chi phí[13].

Thứ ba, hoàn thiện chế độ quản lý và kế toán doanh nghiệp cho các đối tượng là DNNVV, doanh nghiệp siêu nhỏ, hộ kinh doanh hoạt động theo mô hình doanh nghiệp. Quy định bắt buộc các cơ sở kinh doanh đều phải xuất hóa đơn mua bán hàng và chịu các loại thuế như doanh nghiệp; bắt buộc cơ sở kinh doanh phải thực hiện hạch toán thu - chi và ghi sổ như đối với DNNVV; các cơ sở kinh doanh đều phải chấp hành các quy định pháp luật về quản lý lao động, tiền lương, tiền thưởng, bảo hộ lao động, phúc lợi xã hội như đối với doanh nghiệp. Phấn đấu giảm bớt gánh nặng kế toán cho các DNNVV theo hướng tách riêng ba chế độ kế toán để phù hợp với từng nhóm đối tượng: (i) chế độ kế toán cho nhóm doanh nghiệp vừa; (ii) chế độ kế toán cho nhóm nhỏ; (iii) chế độ kế toán cho doanh nghiệp siêu nhỏ và hộ kinh doanh chuyển sang hoạt động theo mô hình doanh nghiệp. Trong đó, chế độ kế toán cho doanh nghiệp siêu nhỏ cần đơn giản hóa, gắn việc lập báo cáo thuế với báo cáo kế toán; giảm bớt số lượng sổ sách kế toán đối với doanh nghiệp nhỏ.

Thứ tư, đảm bảo công khai, minh bạch, đặc biệt trong công tác quản lý thuế đối với doanh nghiệp. Xây dựng cơ sở dữ liệu về doanh thu khoán, mức khoán theo các tiêu chí ngành nghề, địa bàn, số lượng lao động... để xây dựng bộ tiêu chí quản lý thuế đối với hộ kinh doanh nhằm nâng cao chất lượng, hiệu quả thu thuế, loại bỏ cơ chế "thỏa thuận thuế"; xây dựng lộ trình bỏ hình thức thuế khoán, chuyển sang thu thuế thu nhập doanh nghiệp, thuế thu nhập cá nhân đối với hộ kinh doanh có quy mô lớn.

Thứ năm, hỗ trợ thông tin và tư vấn cho doanh nghiệp hiệu quả. Cổng thông tin Quốc gia hỗ trợ DNNVV, trang thông tin điện tử của các Bộ, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Hiệp hội có trách nhiệm tập hợp và tổ chức cung cấp, hỗ trợ thông tin cho doanh nghiệp chuyển đổi, gồm: thông tin về chủ trương, chính sách về hỗ trợ và phát triển doanh nghiệp; văn bản quy phạm pháp luật và các văn bản liên quan đến thành lập, tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp; thông tin về chiến lược, quy hoạch, kế hoạch phát triển ngành, lĩnh vực, vùng kinh tế; thông tin chỉ dẫn kinh doanh; thông tin về tín dụng, thị trường trong nước và xuất khẩu, sản phẩm, công nghệ, ươm tạo doanh nghiệp và thông tin khác hỗ trợ doanh nghiệp. Nhà nước cần ban hành chính sách khuyến khích các tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước thực hiện hoạt động tư vấn hỗ trợ doanh nghiệp chuyển đổi và doanh nghiệp khởi nghiệp[14].

13 Vũ Đoàn Minh Thúy: http://tapchitaichinh.vn/tai-chinh-kinh-doanh/khung-phap-luat-va-chinh-sach-lien-quan-den-chinh-thuc-hoa-kinh-doanh-theo-luat-doanh-nghiep-302045.h/ 07/02/2019

14 CIEM (2017), Chính thức hóa hộ kinh doanh, thực trạng và khuyến nghị chính chính sách, Nxb Hồng Đức, Hà Nội.

Thứ sáu, hoàn thiện và cụ thể hóa các hình thức hỗ trợ cho hộ kinh doanh chuyển đổi không thấp hơn hỗ trợ cho DNNVV về các mặt: (i) hỗ trợ thông tin và tư vấn; (ii) hỗ trợ phát triển nguồn nhân lực; (iii) hỗ trợ tiếp cận tín dụng; (iv) hỗ trợ lãi suất sau đầu tư; miễn, giảm, giãn thuế và các khoản phải nộp khác cho doanh nghiệp nhỏ và vừa; (v) hỗ trợ nâng cao năng lực công nghệ; (vi) hỗ trợ tiếp cận mặt bằng sản xuất kinh doanh; (vii) hỗ trợ xúc tiến, mở rộng thị trường; (viii) hỗ trợ ươm tạo, cung cấp dịch vụ kỹ thuật hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ;…

Thứ bảy, tiếp tục tăng cường công tác phổ biến, tuyên truyền chủ trương chính sách, về những lợi thế, cơ hội phát triển sản xuất kinh doanh, khả năng đóng góp cho cộng đồng và xã hội khi hộ kinh doanh chuyển đổi sang hoạt động theo doanh nghiệp■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Luật Doanh nghiệp năm 2014
2. Luật Đầu tư năm 2014
3. Luật Hỗ trợ Doanh nghiệp nhỏ và vừa năm 2017
4. Nghị định số 96/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Doanh nghiệp.
5. Nghị định số 39/2018/NĐ-CP ngày 11/3/2018 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Hỗ trợ Doanh nghiệp nhỏ và vừa.
6. Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14/09/2015 của Chính phủ về đăng ký doanh nghiệp.
7. Nghị định số 108/2018/NĐ-CP của Chính phủ ngày 23/08/2018 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14/09/2015 của Chính phủ về đăng ký doanh nghiệp.
8. Nghị quyết số 35/NQ-CP ngày 16/ 5/ 2016 của Chính phủ về hỗ trợ và phát triển doanh nghiệp đến năm 2020.
9. Thông tư số 133/2016/TT-BTC của Bộ Tài chính hướng dẫn chế độ kế toán doanh nghiệp nhỏ và vừa.
10. CIEM (2017), *Chính thức hóa hộ kinh doanh, thực trạng và khuyến nghị chính chính sách,* Nxb. Hồng Đức, Hà Nội.
11. Tổng cục Thống kê (2015), *Kết quả điều tra cơ sở sản xuất kinh doanh cá thể phi nông nghiệp 2014,* Nxb. Thống kê, Hà Nội.
12. Tổng cục Thống kê (2018), *Kết quả tổng điều tra kinh tế năm 2017,* Nxb. Thống kê, Hà Nội.
13. Vũ Đoàn Minh Thúy: http://tapchitaichinh.vn/tai-chinh-kinh-doanh/khung-phap-luat-va-chinh-sach-lien-quan-den-chinh-thuc-hoa-kinh-doanh-theo-luat-doanh-nghiep-302045.h/ 07/02/2019
14. Tú Anh: https: //petrotimes.vn/du-thao-luat-sua-doi-luat-doanh-nghiep-can-chinh-thuc-hoa-hang - trieu-ho-kinh-doanh-528353.html/21/02/2019
15. Nguyễn Việt: enternews.vn/ho-kinh-doanh-can-duoc-cat-canh-147875.html/ 04/04/2019
16. Vũ Tiến Lộc: enternews.vn/cu-hich-cho-su-phat-trien-5-trieu-ho-kinh-doanh-147900.html /07/04/2019;
17. Nguyễn Quỳnh: https://vov.vn/kinh-te/doanh-nghiep/ho-kinh-doanh-len-doanh-nghiep-loi-ich-phai-nhieu-hon-chi-phi-614302.vov/Thứ 2, 17/04/2017
18. Huyền Trang: enternews.vn/ luat-su-truong-thanh-duc-khong-con-li-do-de-cho-ton-tai-ho-kinh-doanh-147831.html/04/04/2019
19. https://www.thiennhien.net/2018/02/09/chinh-thuc-hoa-ho-lang-nghe-go-de-theo-kip-yeu-cau-cua-vpa/ Đăng ngày 09/02/2018
20. Nguyên Anh: http://kinhtedothi.vn/chinh-thuc-hoa-nen-kinh-te-phi-chinh-thuc-cai-thien-so-thu-han-che-tieu-cuc-336315.html/16-02-2019.

PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG VIỆT NAM NHÌN Ở GÓC ĐỘ SO SÁNH VỚI LUẬT CỘNG HOÀ PHÁP

Đoàn Thị Phương Diệp*
** TS. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: luật hợp đồng, hợp đồng vô hiệu

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 21/05/2019
Biên tập : 28/06/2019
Duyệt bài : 05/07/2019

Tóm tắt:

Thời gian áp dụng Bộ luật Dân sự năm 2015 trong thực tiễn là chưa đủ để có thể nhìn nhận và phân tích những ưu điểm cũng như những hạn chế trong các quy định. Do vậy, việc phân tích, so sánh pháp luật Việt Nam với pháp luật Pháp - một hệ thống pháp luật khá tiên tiến và nhiều tương đồng, để có cách hiểu cũng như cách giải thích phù hợp với thực tiễn, là một việc cần thiết, để từ đó chúng ta có cơ sở cho những đề xuất nhằm làm hoàn thiện hơn nữa các quy định của pháp luật hiện hành.

Article Infomation:

Keywords: contract law, invalid contract

Article History:

Received : 21 May 2019
Edited : 28 Jun./2019
Approved : 05 Jul./2019

Abstract

The enforcement duration of the Civil Code of 2015 in practice is long not enough for comprehensive perceptions and analysis of the advantages and shortcoming of its provisions. Therefore, it is necessary to seek analysis and comparison of Vietnamese law with the French one - an advanced law system that is considered as a similar one to Vietnamese law in order to see an understanding as well as an practical appropriateness, from which it may establish a solid ground for recommendations of further improvements to the provisions of the current law.

1. Những thay đổi của pháp luật hợp đồng ở Việt Nam trong bối cảnh áp dụng Bộ luật Dân sự năm 2015

Sự thống nhất trong các quy định về hợp đồng ở Việt Nam hiện nay. Chế định "hợp đồng dân sự" quy định trong Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 1995 được BLDS năm 2005 thay bằng "Hợp đồng" và được BLDS năm 2015 quy định chung trong phần thứ ba về "Nghĩa vụ và hợp đồng". Sự thay đổi tên gọi trong này hàm ý rằng, BLDS năm 2015 sẽ là văn bản xác lập nguyên tắc chung về hợp đồng, các quy định của Luật Thương mại năm 2005 hay Luật Kinh doanh bất động sản, Luật Kinh doanh bảo hiểm…. sẽ điều chỉnh các hợp đồng chuyên biệt cho từng lĩnh vực. Điều này bảo đảm tính thống nhất trong các quy định của hợp đồng trong các lĩnh vực khác nhau.

Vấn đề về giao kết hợp đồng. BLDS năm 2015 bổ sung hai điểm mới có vai trò như điểm nhấn làm nên sự sinh động trong các quy định của BLDS 2015, đó là quy định về đề nghị giao kết hợp đồng "Đề nghị

giao kết hợp đồng là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định hoặc tới công chúng (sau đây gọi chung là bên được đề nghị)"[1] và quy định về thông tin trong giao kết hợp đồng theo quy định tại Điều 387 BLDS.

Điểm mới thứ nhất liên quan đến đề nghị giao kết hợp đồng. Khoản 1 Điều 386 BLDS 2015 quy định: "Đề nghị giao kết hợp đồng là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định hoặc tới công chúng (sau đây gọi chung là bên được đề nghị)". Với quy định này, BLDS 2015 đã xác định cụ thể chủ thể được đề nghị giao kết hợp đồng. Các chủ thể này gồm "bên đã được xác định" hoặc "công chúng". Quy định này cho thấy, pháp luật chấp nhận đề nghị cho hai chủ thể, một chủ thể cụ thể được xác định trong đề nghị và chủ thể thứ hai là bất kỳ người nào chấp nhận đề nghị với một đề nghị được đưa ra cho đại chúng. Quy định này của pháp luật Việt Nam hoàn toàn tương đồng với Điều 1114 Lệnh số 2016-131 của Cộng hoà Pháp về sửa đổi pháp luật hợp đồng về chủ thể được đề nghị giao kết hợp đồng: "Đề xuất giao kết hợp đồng được đưa ra cho một chủ thể cụ thể hoặc không xác định bao gồm các yếu tố cơ bản của hợp đồng được dự kiến, thể hiện ý chí của tác giả và bị ràng buộc trong trường hợp đề nghị được chấp nhận. Nếu thiếu vắng các yếu tố cơ bản này thì xem như chỉ có lời mời tham gia đàm phán"[2]. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, nội dung của đề nghị giao kết hợp đồng chưa phù hợp với yêu cầu của thực tiễn, bởi vì, BLDS vẫn cho phép, trong một số trường hợp, tình trạng im lặng được xem là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng[3] và "hợp đồng được giao kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được chấp nhận giao kết" (khoản 1 Điều 400 BLDS 2015) sẽ làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên. Quy định chưa phân biệt giữa đề nghị giao kết hợp đồng và đề nghị đàm phán hợp đồng.

Điểm mới thứ hai liên quan đến thông tin trong giao kết hợp đồng. Theo quy định của khoản 1 Điều 387 BLDS 2015, "trường hợp một bên có thông tin ảnh hưởng đến việc chấp nhận giao kết hợp đồng của bên kia thì phải thông báo cho bên kia biết" và các bên chịu tránh nhiệm giữ bí mật thông tin cho nhau. Quy định này tạo ra một nghĩa vụ "tiền hợp đồng" giữa các bên, nghĩa vụ này đi liền ngay sau đó là chế tài về bồi thường thiệt hại với tư cách là một loại trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Theo chúng tôi, quy định này không có ý nghĩa nhiều trong thực tiễn áp dụng luật. Bởi lẽ, ngay cả khi không có quy định này, giả định rằng một bên biết về những thông tin có ảnh hưởng quan trọng đến việc giao kết hợp đồng nhưng không báo cho bên kia, sau khi hợp đồng được giao kết mới phát hiện ra những thông tin này thì tuỳ thuộc vào trường hợp xảy ra trong thực tiễn hành động không cung cấp thông tin có thể được được xem là lừa dối hoặc gây ra một sự nhầm lẫn cho việc giao kết hợp đồng. Khi đó, bên bị lừa hoặc nhầm có thể yêu cầu toà án tuyên bố vô hiệu hợp đồng cùng với việc yêu cầu bồi thường thiệt hại, nếu có. Như vậy, không cần đến quy định tại Điều 387 BLDS 2015 thì nghĩa vụ này cũng đã đặt ra giữa các bên trong đề nghị giao kết hợp đồng với tư cách là một nghĩa vụ phải ngay thẳng và trung thực trong vấn đề đề nghị và giao kết hợp đồng.

Vấn đề thực hiện và chấm dứt hợp đồng. BLDS 2015 bổ sung hai quy định có ý nghĩa dưới tác động của pháp luật quốc tế.

Thứ nhất, quy định về thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản (Điều 420 BLDS 2015). Theo quy định này, trong trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản, bên có lợi ích bị ảnh hưởng có quyền yêu cầu bên kia đàm phán lại hợp đồng trong một thời hạn hợp lý, trường hợp các bên không thể thỏa thuận được về việc sửa đổi hợp đồng

1 Khoản 1 Điều 386 BLDS năm 2015

2 Ordonnance 2016-31 ngày 10/2/2016 sửa đổi bổ sung pháp luật hợp đồng Cộng hoà Pháp

3 Khoản 2 Điều 399 BLDS 2015 "Sự im lặng của bên được đề nghị không được coi là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng, trừ trường hợp có thỏa thuận hoặc theo thói quen đã được xác lập giữa các bên".

trong một thời hạn hợp lý, một trong các bên có thể yêu cầu Tòa án cho phép chấm dứt hợp đồng tại một thời điểm xác định hoặc sửa đổi hợp đồng để cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên do hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Quy định này giúp "bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích của bên yếu thế trong quan hệ hợp đồng, cân bằng quyền và lợi ích khi có sự chênh lệch quá mức, loại bỏ bất công, bảo đảm lẽ công bằng trong xã hội"[4]. BLDS cũng xác định rõ hoàn cảnh thay đổi cơ bản khi có đủ các điều kiện sau đây:

a) Sự thay đổi hoàn cảnh do nguyên nhân khách quan xảy ra sau khi giao kết hợp đồng;

b) Tại thời điểm giao kết hợp đồng, các bên không thể lường trước được về sự thay đổi hoàn cảnh;

c) Hoàn cảnh thay đổi lớn đến mức nếu như các bên biết trước thì hợp đồng đã không được giao kết hoặc được giao kết nhưng với nội dung hoàn toàn khác;

d) Việc tiếp tục thực hiện hợp đồng mà không có sự thay đổi nội dung hợp đồng sẽ gây thiệt hại nghiêm trọng cho một bên;

đ) Bên có lợi ích bị ảnh hưởng đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết trong khả năng cho phép, phù hợp với tính chất của hợp đồng mà không thể ngăn chặn, giảm thiểu mức độ ảnh hưởng đến lợi ích".

Điều 1195 BLDS Cộng hoà Pháp có quy định khá tương đồng "Trong trường hợp có sự thay đổi không lường trước được tại thời điểm ký kết hợp đồng khiến cho việc thực hiện quá tốn kém cho một bên mà bên này không đồng ý chấp nhận rủi ro đó, thì bên đó có thể yêu cầu đàm phán lại hợp đồng. Hợp đồng tiếp tục được thực hiện trong quá trình đàm phán lại.

Trong trường hợp từ chối đàm phán lại hoặc đàm phán không thành công, các bên có thể thoả thuận về chấm dứt hợp đồng, vào ngày và theo các điều kiện mà họ xác định, hoặc yêu cầu thẩm phán đồng ý với sự điều chỉnh này của họ. Trong trường hợp không có thỏa thuận trong một thời gian hợp lý, thẩm phán có thể, theo yêu cầu của một bên, sửa đổi hợp đồng hoặc chấm dứt hợp đồng vào thời điểm và với các điều kiện đã sửa đổi".

Trên cơ sở so sánh với Điều 420 BLDS Việt Nam 2015 nêu trên, có thể thấy quy định của luật Việt Nam khá cụ thể và chặt chẽ trong việc giải thích rõ các điều kiện cho phép không tiếp tục thực hiện (chấm dứt) hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Chúng tôi cho rằng, tinh thần của điều luật hoàn toàn phù hợp với thực tiễn tại Việt Nam trong bối cảnh áp dụng nguyên tắc về tôn trọng quyền tự định đoạt của các bên vì suy cho cùng, hợp đồng là kết quả của sự thoả thuận tự nguyện và rằng các bên phải chịu trách nhiệm với các quyết định của mình khi tham gia vào hợp đồng. Với nhìn nhận như vậy, có thể thấy pháp luật hợp đồng Việt Nam một mặt thừa nhận thông lệ quốc tế trong lĩnh vực này[5], mặt khác giữ lại những nét riêng cần có phù hợp với bối cảnh pháp lý của Việt Nam hiện nay.

Thứ hai, về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng (Điều 419 BLDS 2015). BLDS 2015 tiếp tục kế thừa quy định của BLDS 2005 về trách nhiệm bồi thường thiệt hại cả về vật chất và tinh thần trong trường hợp có hành vi vi phạm hợp đồng. Điều này có nghĩa là, việc bồi thường thiệt hại tính mạng, sức khoẻ tiếp tục không đặt ra trong khuôn khổ trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng. Bên cạnh đó, BLDS 2015 khẳng định rằng, "trường hợp có thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ gây ra thì bên có nghĩa vụ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác" (Điều 360 BLDS 2015) và "bên có quyền phải áp dụng các biện pháp cần thiết, hợp lý để thiệt hại không xảy ra hoặc hạn chế thiệt hại cho mình" (Điều 362 BLDS 2015).

4 Nguyễn Văn Huy, Mối liên hệ giữa thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản với giao dịch bảo đảm, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số tháng 3/2016

5 Ngô Thu Trang - Nguyễn Thế Đức Tâm, Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 1(345) năm 2017, tr. 60-67

Về chấm dứt hợp đồng, không có sự thay đổi đáng kể trong quy định của BLDS 2015 so với BLDS 2005. Sự thay đổi duy nhất ở trường hợp về chấm dứt hợp đồng trong trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Theo chúng tôi, quy định này là chưa đầy đủ cho tất cả các trường hợp chấm dứt hợp đồng, cần bổ sung vào Điều 422 BLDS 2015 trường hợp chấm dứt hợp đồng do nguyên nhân bị tuyên bố vô hiệu. Trong khoa học pháp lý có nhiều quan điểm khác nhau liên quan đến vô hiệu, vô hiệu là trường hợp chấm dứt hợp đồng thông thường và vô hiệu là trường hợp triệt tiêu hợp đồng[6].

2. Tuyên bố vô hiệu hợp đồng

Vô hiệu hợp đồng là thuật ngữ pháp lý được sử dụng khá phổ biến trong pháp luật các quốc gia trên thế giới[7]. Do vậy, việc nghiên cứu mang tính so sánh chế định này trong luật Việt Nam và pháp luật các quốc gia khác là sự cần thiết trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế với sự cần thiết phải xây dựng một số các chuẩn mực pháp lý tiệm cận.

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, vô hiệu hợp đồng được xác định trên cơ sở kết hợp hai chế định, chế định về giao dịch dân sự và chế định hợp đồng. Theo quy định của khoản 1 Điều 407 BLDS 2015, "quy định về giao dịch dân sự vô hiệu từ Điều 123 đến Điều 133 của Bộ luật này cũng được áp dụng đối với hợp đồng vô hiệu". Bên cạnh đó chế định hợp đồng còn xác định một số các trường hợp đặc thù của vô hiệu hợp đồng.

2.1 Vô hiệu hợp đồng trên cơ sở vô hiệu giao dịch dân sự

Theo quy định tại Điều 122 BLDS năm 2015 "Giao dịch dân sự không có một trong các điều kiện được quy định tại Điều 117 của Bộ luật này thì vô hiệu, trừ trường hợp Bộ luật này có quy định khác". Về các điều kiện có hiệu lực của một giao dịch dân sự, Điều 117 BLDS 2015 quy định:

"1. Giao dịch dân sự có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau đây:

a) Chủ thể có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập;

b) Chủ thể tham gia giao dịch dân sự hoàn toàn tự nguyện;

c) Mục đích và nội dung của giao dịch dân sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội.

2. Hình thức của giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự trong trường hợp luật có quy định".

Quy định này về tổng thể có thể nói là khá tương đồng với cách hiểu và giải thích về vô hiệu trong luật Cộng hoà Pháp. Trong pháp luật Cộng hoà Pháp, vô hiệu hợp đồng được xem là một chế tài áp dụng cho trường hợp có các vi phạm về giao kết hợp đồng[8], chế tài này được xác lập một cách khác biệt so với chế tài áp dụng trong trường hợp vi phạm hợp đồng. Theo quy định của Điều 1128 BLDS Cộng hoà Pháp, có ba điều kiện cần phải đáp ứng để hợp đồng có hiệu lực:

- Sự ưng thuận của các bên giao kết hợp đồng
- Năng lực của các bên giao kết hợp đồng
- Nội dung của hợp đồng hợp pháp và cụ thể[9]

Như vậy, có thể thấy rằng, ở góc độ tổng thể, pháp luật Cộng hoà Pháp không xem hình thức của hợp đồng là một điều kiện có hiệu lực của hợp đồng. Tuy nhiên, thực tiễn cũng ghi nhận hai trường hợp ngoài lệ mà theo đó nếu không tuân thủ hình thức nhất định thì hiệu lực pháp lý của hợp

6 Nhà pháp luật Việt-Pháp, Các thuật ngữ hợp đồng thông dụng, Nxb. Từ điển Bách khoa, 2011, tr. 572 "Vô hiệu và huỷ hợp đồng cho phép bao quanh hai đặc tính lớn của lý do triệt tiêu hợp đồng".

7 Nhà pháp luật Việt-Pháp, tlđd, tr. 571

8 Patrick Canin- Maitre de Conférences à L'Université Grenoble 2, Droit civil- Les obligations, 6e édition, Hachette supérieur, Trang 58

9 Nguyên văn của quy định tại Điều 1128 BLDS Pháp "Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain".

đồng sẽ "có vấn đề". Trường hợp thứ nhất là, các hợp đồng sẽ bị tuyên bố vô hiệu nếu không được xác lập bằng văn bản có công chứng (hợp đồng hôn nhân hay hợp đồng thế chấp…)[10]. Trường hợp thứ hai là, các hợp đồng được xếp vào nhóm hợp đồng thực tế (hay hợp đồng thực tại - theo một số tác giả)[11], loại hợp đồng này yêu cầu phải có sự chuyển giao đối tượng thì mới phát sinh hiệu lực, đây cũng là một yêu cầu về hình thức cần tuân thủ[12]. Trong khi đó, luật hợp đồng Úc chia các trường hợp vô hiệu thành hai nhóm: vô hiệu theo quy định của pháp luật (bị cấm bởi pháp luật) và vô hiệu do vi phạm các quy định cấm của thông lệ. Cả hai trường hợp này đều không cho phép tuyên bố vô hiệu hợp đồng do vi phạm điều kiện về hình thức[13].

Về điều kiện về hình thức, khoản 2 Điều 117 BLDS quy định: "Hình thức của giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự trong trường hợp luật có quy định". Có hai cách giải thích đối với quy định này: *thứ nhất*, chỉ khi nào pháp luật có quy định, ví dụ như "hợp đồng có hiệu lực khi được công chứng, chứng thực", trong trường hợp này nếu không công chứng, chứng thực thì xem như vi phạm điều kiện về hình thức; *thứ hai*, chỉ cần có quy định "hợp đồng phải được xác lập bằng văn bản" hoặc "hình thức của hợp đồng là văn bản có công chứng, chứng thực" nếu các bên không xác lập bằng văn bản hay không công chứng, chứng thực thì xem như đã vi phạm điều kiện có hiệu lực về hình thức của hợp đồng. Quy định này của BLDS 2015 đã thu hẹp phạm vi các trường hợp tuyên bố vô hiệu do vi phạm điều kiện về hình thức. Có thể chứng minh cho xu hướng này qua hai minh chứng: *thứ nhất*, các yêu cầu về hình thức mang tính bắt buộc đã không còn nhiều trong BLDS 2015, trong số các hợp đồng thông dụng được quy định chỉ còn hợp đồng tặng cho tài sản, hợp đồng hợp tác, hợp đồng mua bán tài sản là bất động sản... là bắt buộc phải xác lập bằng văn bản hoặc bằng văn bản có công chứng, chứng thực; *thứ hai*, theo quy định tại Điều 129 BLDS 2015 "Giao dịch dân sự vi phạm quy định điều kiện có hiệu lực về hình thức thì vô hiệu, trừ trường hợp sau đây:

1. Giao dịch dân sự đã được xác lập theo quy định phải bằng văn bản nhưng văn bản không đúng quy định của luật mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó;

2. Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Trong trường hợp này, các bên không phải thực hiện việc công chứng, chứng thực".

Như vậy, quy định này một lần nữa hạn chế việc tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu do vi phạm điều kiện về hình thức. Từ các minh chứng trên, chúng tôi cho rằng, quy định hình thức của giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch được áp dụng trong trường hợp pháp luật có quy định, nghĩa là chỉ khi nào pháp luật có quy định rõ ràng rằng "giao dịch dân sự có hiệu lực khi được công chứng, chứng thực" hay tương tự "giao dịch dân sự có hiệu lực từ thời điểm bên có nghĩa vụ chuyển giao

10 Điều 1394 BLDS Cộng hoà Pháp quy định "Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires" , nghĩa là các thoả thuận về quan hệ tài sản giữa vợ chồng phải xác lập bằng văn bản trước công chứng viên.

11 Contrat réel

12 Điều 1919 BLDS Cộng hoà Pháp về hợp đồng gửi giữ (contrat de dépôt), theo quy định này thì hợp đồng gửi giữ có hiệu lực khi có sự chuyển giao thực tế đối tượng của hợp đồng (trừ trường hợp việc chuyển giao là "giả định" nếu đối tượng của hợp đồng đã được cầm cố)

13 Daniel Khoury, Yvonne Yamouni, Understanding Contract law, 8th edition, LexisNexis Butterworths- Australia, 2010, trang 364 và về sau.

đối tượng hợp đồng cho bên có quyền"… mà các bên không thực hiện yêu cầu công chứng, chứng thực, chuyển giao… thì mới có thể bị yêu cầu tuyên bố vô hiệu. Chúng tôi cho rằng, cách giải thích này là phù hợp trong bối cảnh thu hẹp các trường hợp áp dụng để đi đến không tuyên bố vô hiệu khi hợp đồng được xác lập vi phạm điều kiện về hình thức. Vì suy cho cùng, sự tự nguyện và thoả thuận của các bên trong hợp đồng mới là điều quan trọng chứ không phải là hình thức chuyển tải nó.

Các điều kiện về nội dung của giao dịch dân sự[14]. Chúng tôi dùng từ *điều kiện về nội dung* để đối lập với điều kiện về hình thức. Thuật ngữ "nội dung" này được hiểu theo nghĩa rộng của vấn đề, bao gồm điều kiện về năng lực chủ thể, về sự tự nguyện và điều kiện về mục đích cũng như nội dung của giao dịch dân sự.

Điều kiện về năng lực chủ thể. Theo quy định tại khoản 1 điểm a Điều 117 BLDS 2015 "Chủ thể có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập". Quy định này được áp dụng kết hợp với Điều 21, 22, 23, 24 BLDS 2015 cho phép xác định trường hợp nào giao dịch dân sự phải do người có đầy đủ năng lực chủ thể xác lập, trường hợp nào giao dịch dân sự có thể do người chưa thành niên hay người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự xác lập. Cũng giống như BLDS Việt Nam, luật dân sự Cộng hoà Pháp cũng đặt ra yêu cầu về năng lực chủ thể (bao gồm năng lực pháp luật - capacité de jouissance và năng lực hành vi - capacité d'exercice)[15] khi giao kết hợp đồng. Về vấn đề năng lực chủ thể trong giao kết hợp đồng, BLDS Việt Nam hoàn toàn không đề cập đến chủ thể là pháp nhân, đây là một sự thiếu sót cần thiết phải hoàn thiện[16]. Về vấn đề này có thể học hỏi kinh nghiệm tại Điều 1145 BLDS Cộng hoà Pháp "Năng lực chủ thể của pháp nhân bị giới hạn trong khuôn khổ các hành vi cần thiết phải thực hiện để hoàn tất mục đích hoạt động của pháp nhân theo quy định của pháp luật và các hành vi bổ sung cho cho các mục đích này, phù hợp với các quy tắc áp dụng cho từng pháp nhân". Theo cách quy định này, pháp nhân chỉ được giao kết hợp đồng trong khuôn khổ phục vụ cho các hoạt động của pháp nhân (đã xác định bởi điều lệ, quyết định thành lập hoặc theo quy định của pháp luật). Nếu xác lập các hợp đồng ngoài giới hạn này được xem như vi phạm điều kiện về năng lực chủ thể. Theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện nay, pháp nhân được phép giao kết tất cả các hợp đồng mà chủ thể này muốn. Sự sửa đổi này là thực sự là cần thiết trong nhu cầu xác định có hay không có việc xác lập hợp đồng trong tình trạng vi phạm điều kiện về năng lực chủ thể đối với pháp nhân.

Điều kiện về sự tự nguyện. Trong pháp luật về hợp đồng ở các quốc gia trên thế giới, vấn đề vô hiệu hợp đồng có thể chia thành hai trường phái. Trường phái thứ nhất xem vô hiệu hợp đồng là sự triệt tiêu hợp đồng do sự cần thiết phải bảo vệ lợi ích công, luật của Úc là một điển hình, các trường hợp vô hiệu đều do nguyên nhân là gây thiệt hại cho các lợi ích công cộng[17]. Thứ hai là trường phái chấp nhận việc tuyên bố vô hiệu hợp đồng là điều cần thiết nhằm bảo vệ lợi ích công cũng như lợi ích của các bên có liên quan (đây là quan điểm được chấp nhận trong luật Việt Nam, Pháp và các nước Châu Âu). Về sự phân chia này có thể hình dung được nếu việc giao kết hợp đồng thiếu văng sự tự nguyện thì hợp đồng có thể bị tuyên bố vô hiệu theo quy định của Điều 1131 BLDS Cộng hoà Pháp "Các tì vết của sự ưng thuận là các nguyên nhân làm vô hiệu hợp đồng một cách tương đối". Điều 1130 BLDS Pháp cũng xác định "nhầm lẫn, lừa dối và cưỡng ép là các tì vết của sự tự nguyện nếu như

14 Thuật ngữ này cũng được sử dụng trong Giáo trình Luật Dân sự 1, Đại học Cần Thơ - TS. Nguyễn Ngọc Điện, 2007.

15 Patrick Canin, tlđd, tr. 49

16 Điều 86 BLDS 2015 có quy định về năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân, tuy nhiên chỉ đơn giản là một định nghĩa chứ không phải là quy định về năng lực giao kết hợp đồng.

17 Daniel Khoury, Yvonne Yamouni, tlđd, tr. 363

trong điều kiện không có các yếu tố này một bên sẽ không giao kết hợp đồng hoặc giao kết hợp đồng với những điều kiện hoàn toàn khác biệt". Như vậy, với hai quy định này, luật dân sự Pháp khẳng định một cách rõ ràng rằng có 3 trường hợp được xem là vi phạm sự tự nguyện đó là nhầm lẫn, lừa dối và cưỡng ép. Trong khi đó, khoản 1 Điều 117 BLDS Việt Nam 2015 quy định: "Chủ thể tham gia giao dịch dân sự hoàn toàn tự nguyện". Tiếp theo sau quy định này có các quy định từ Điều 123 BLDS đến 129 BLDS liệt kê các trường hợp tuyên bố vô hiệu. Tuy nhiên, BLDS và các văn bản hướng dẫn thi hành không xác định như thế nào là vi phạm sự tự nguyện và có những trường hợp vi phạm sự tự nguyện nào. Tình trạng này dẫn đến trên thực tế, có các cách giải hiểu khác nhau về các trường hợp vi phạm sự tự nguyện (vices du consentement trong luật Cộng hoà Pháp). Có ý kiến cho rằng, vi phạm điều kiện về sự tự nguyện bao gồm các trường hợp xác lập giao dịch bởi người bị mất năng lực hành vi dân sự, xác lập hợp đồng có yếu tố nhầm lẫn, lừa dối, đe dọa[18]. Trong khi đó, ý kiến khác lại khẳng định, những trường hợp vi phạm sự tự nguyện khi giao kết hợp đồng bao gồm ký kết hợp đồng một cách giả tạo, hợp đồng được xác lập có sự nhầm lẫn, lừa dối, đe doạ, việc xác lập hợp đồng trong lúc không nhận thức, điều khiển được hành vi[19]. Sự khác biệt về quan điểm này xuất phát từ thực tế BLDS không xác định rõ ràng sự tự nguyện trong giao kết hợp đồng được hiểu như thế nào hay chí ít là những trường hợp nào được xác định là vi phạm sự tự nguyện. Thực tế này dẫn đến tình trạng chưa có sự tương đồng thật sự giữa Điều 117 khoản 1 BLDS 2015 với các trường hợp vô hiệu cụ thể ghi nhận từ Điều 123 đến Điều 129 BLDS 2015. Do vậy, theo chúng tôi, để khoa học pháp lý rõ ràng hơn và không có những tranh cãi không cần thiết trong trường hợp này, cần có quy định cụ thể xác định đâu là những trường hợp xác lập hợp đồng vi phạm sự tự nguyện.

Mục đích và nội dung hợp đồng không vi không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội (Điều 117 khoản 1 điểm c BLDS Việt Nam 2015). Đây là điều kiện đặt ra để bảo vệ lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác[20]. Quy định này của pháp luật Việt Nam khá tương đồng với Điều 1162 BLDS Cộng hoà Pháp "các thoả thuận và mục đích của hợp đồng không được xâm phạm đến trật tự công cộng dù các bên biết hoặc không biết về sự vi phạm này". Điều cấm của pháp luật được định nghĩa "là những quy định của luật không cho phép chủ thể thực hiện những hành vi nhất định". Có hai cách giải thích khác nhau về vấn đề này: *thứ nhất,* chỉ vi phạm điều cấm của pháp luật khi cụ thể có quy định "cấm"; *thứ hai*, được xem là vi phạm điều cấm tất cả các trường hợp pháp luật yêu cầu chủ thể thực hiện một công việc trong khuôn khổ một quy phạm mệnh lệnh mà chủ thể lại không thực hiện. Cũng có quan điểm cho rằng, chỉ xem là vi phạm điều cấm của luật, trái đạo đức xã hội khi hành vi vi phạm tác động đến các lợi ích công, lợi ích của nhà nước. Các quan điểm khá đa dạng này dẫn đến thực tiễn xét xử trong nhiều trường hợp là không thống nhất với nhau[21].

Về vấn đề này, pháp luật Cộng hoà Pháp cho phép có sự can thiệp của án lệ trong việc giải thích quy định tại Điều 1162

18 Nguyễn Ngọc Điện, Giáo trình Luật Dân sự 1- Trường Đại học Cần Thơ, 2007, tr. 7, 8

19 Đỗ Văn Đại (chủ biên), Giáo trình pháp luật về hợp đồng và bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, Nxb. Hồng Đức, 2013, tr. 156-158.

20 Đỗ Văn Đại (chủ biên), tlđd, tr. 152

21 Ví dụ cụ thể là trường hợp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất có tranh chấp, theo quy định tại Điều 188 khoản 2 Luật Đất đai 2014 quy định một trong các điều kiện để chuyển nhượng quyền sử dụng đất là "đất không có tranh chấp". Tuy nhiên Luật đất đai không nói rằng nếu vi phạm điều kiện này thì hợp đồng sẽ bị tuyên bố vô hiệu. Do đó trên thực tế khi quyền sử dụng đất là đối tượng của hợp đồng chuyển nhượng bị tranh chấp, các Toà án áp dụng luật dân sự để tuyên bố vô hiệu, và có Toà án cho rằng hợp đồng này bị vô hiệu vì đã vi phạm điều cấm của pháp luật nhưng có Toà án thì lại cho rằng vô hiệu do đối tượng của hợp đồng không thể thực hiện được.

nêu trên bằng cách công nhận có hai trường hợp được xem là vi phạm: *thứ nhất*, có sự thoả thuận rõ ràng của các bên về việc xâm phạm trật tự công; *thứ hai,* mặc dù các bên không có thoả thuận nhưng mục đích đạt đến của hợp đồng lại gây hại đến lợi ích này[22].

Chúng tôi cho rằng, quy định của pháp luật Việt Nam về vấn đề nêu trên là hoàn toàn phù hợp. Tuy nhiên, cần có sự giải thích rõ ràng thông qua án lệ để việc áp dụng quy định vào thực tiễn được thống nhất.

2.2 Vô hiệu hợp đồng do có đối tượng không thể thực hiện được

Theo quy định tại khoản 1 Điều 408 BLDS 2015 "Trường hợp ngay từ khi giao kết, hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được thì hợp đồng này bị vô hiệu". Quy định này được đặt ra trong chế định về hợp đồng chứ không nằm trong các quy định về điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự nói chung (Điều 117). Điều này có nghĩa là, nó chỉ được áp dụng đối với việc tuyên bố hợp đồng vô hiệu chứ không được áp dụng đối với các loại giao dịch dân sự khác (hành vi pháp lý đơn phương, giao dịch dân sự có điều kiện). Đây không phải là quy định mới của BLDS 2015, tuy nhiên từ thời điểm được đưa vào và áp dụng từ BLDS 2005 đến nay quy định này chưa được giải thích kể cả bằng án lệ. Thực tiễn có xu hướng chấp nhận rằng đối tượng không thể thực hiện được của hợp đồng là những hành động không thể thực hiện được do các nguyên nhân khác quan (bao gồm cả sự kiện bất khả kháng), chẳng hạn như hợp đồng mua bán một căn nhà mà chẳng may căn nhà ấy bị cháy trước khi chuyển quyền sở hữu, hay hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà đột ngột phát sinh quy hoạch dẫn đến quyền sử dụng đất là không thể chuyển nhượng được.

Điều 1163 BLDS Cộng hoà Pháp quy định: "Nghĩa vụ phải vì một đối tượng hiện tại hoặc tương lai. Đối tượng này phải có thể thực hiện được, xác định được hoặc có thể xác định được". Quy định này cho phép xác định nếu hợp đồng được giao kết vi phạm quy định này sẽ bị tuyên bố vô hiệu theo quy định tại Điều 1178 "Hợp đồng nếu không thoả mãn các điều kiện về hiệu lực thì sẽ vô hiệu". Pháp thừa nhận ba yêu cầu liên quan đến đối tượng của hợp đồng: *thứ nhất*, đối tượng của hợp đồng phải xác định được (về giá cả, số lượng, chất lượng...); *thứ hai*, đối tượng của hợp đồng có thể thực hiện được, yêu cầu này đặt ra trong bối cảnh pháp luật chấp nhận đối tượng của hợp đồng có thể là tài sản hình thành trong tương lai (Điều 1163); *thứ ba*, đối tượng của hợp đồng phải hợp pháp[23]. Tất cả các điều kiện liên quan đến đối tượng của hợp đồng đặt ra trong khuôn khổ điều kiện liên quan đến nội dung của hợp đồng.

Chúng tôi cho rằng, về vấn đề nêu trên, quy định của pháp luật Việt Nam là đầy đủ và phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội của Việt Nam. Vấn đề vô hiệu hợp đồng liên quan đến đối tượng của hợp đồng phải tuỳ từng trường hợp mà áp dụng Điều 408 hoặc Điều 117 BLDS 2015. Ví dụ, nếu đối tượng của hợp đồng là hoàn toàn hợp pháp nhưng vì lý do khách quan nào đó không thể thực hiện được thì áp dụng Điều 408 để tuyên bố vô hiệu. Nhưng nếu đối tượng của hợp đồng liên quan đến các hành vi bị cấm (hàng cấm hoặc hành vi bị cấm thực hiện...) thì hợp đồng sẽ bị tuyên bố vô hiệu trên cơ sở kết hợp Điều 117 và Điều 123 BLDS 2015. Sự áp dụng kết hợp các điều luật cho phép một sự đánh giá khá toàn vẹn vấn đề liên quan đến lĩnh vực này.

2.3 Về hậu quả pháp lý của việc tuyên bố hợp đồng vô hiệu

Điểm giống nhau của hầu hết các hệ thống pháp luật các quốc gia Châu Âu và Việt Nam là vấn đề liên quan đến giá trị pháp lý của hợp đồng bị tuyên bố vô hiệu. Khi hợp đồng bị tuyên bố vô hiệu thì xem như hợp đồng đó không phát sinh giá trị pháp lý ngay từ khi xác lập (Điều 1178 BLDS Cộng

22 Cass. Civ. 1ère, 3 février 1999, JCP 1999, II, 10083, note M. Billiau et G. Loiseau. Cass. civ. 1ère, 29 octobre 2014, n° 13-19729.

23 Patrick Canin, tlđd, tr. 51-54

hoà Pháp và khoản 1 Điều 131 BLDS 2015).

Chính vì xem như giao dịch dân sự chưa hề được xác lập (không phát sinh giá trị pháp lý) nên hậu quả kéo theo tuyên bố vô hiệu là phải khôi phục lại tình trạng ban đầu như trước khi xác lập giao dịch bằng cách các bên phải hoàn trả cho nhau những gì đã nhận (khoản 2 Điều 131 BLDS 2015 và Điều 1178 BLDS Cộng hoà Pháp).

Sự khác nhau cơ bản giữa các quy định của BLDS Việt Nam và Cộng hoà Pháp nằm ở quy định về vô hiệu tuyệt đối hoặc vô hiệu tương đối. Nếu vô hiệu tuyệt đối hoặc tương đối chỉ tồn tại ở khía cạnh khoa học pháp lý ở Việt Nam thì nó được ghi nhận rõ ràng trong BLDS Cộng hoà Pháp cùng với những hậu quả pháp lý khá cụ thể cho từng trường hợp vô hiệu này[24]. Thực tiễn ở Việt Nam cũng tồn tại cách phân loại này, tuy nhiên theo chúng tôi, điều này hoàn toàn không có ý nghĩa gì khi thiếu vắng cơ sở pháp lý cho việc vận dụng■

CHUYỂN NHƯỢNG CỔ PHẦN THEO ...

(Tiếp theo trang 40)

NĐ-CP đã quy định, thay vào đó, LDN 2014 cần yêu cầu DNXH phải nêu rõ mục tiêu hoạt động của mình trong Điều lệ công ty.

3. Thời điểm xác lập tư cách cổ đông trong trường hợp cổ đông là cá nhân chết

Về thời điểm xác lập tư cách cổ đông trong các trường hợp chuyển nhượng cổ phần, theo khoản 7 Điều 126 LDN 2014: "Người nhận cổ phần trong các trường hợp quy định tại Điều này chỉ trở thành cổ đông công ty từ thời điểm các thông tin của họ quy định tại khoản 2 Điều 121 của Luật này được ghi đầy đủ vào sổ đăng ký cổ đông". Thời điểm thông tin của người nhận chuyển nhượng được ghi đầy đủ vào sổ đăng ký cổ đông là thời điểm làm phát sinh tư cách cổ đông cho người nhận chuyển nhượng.

Trong khi đó, theo quy định của khoản 3 Điều 126 LDN 2014, "trường hợp cổ đông là cá nhân chết thì người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật của cổ đông đó là cổ đông của công ty", người thừa kế đương nhiên trở thành cổ đông của công ty từ khi cổ đông là cá nhân chết. Tuy nhiên, quy định này lại mâu thuẫn với khoản 7 Điều 126 LDN 2014, bởi theo quy định của khoản 7 Điều 126 LDN 2014, thời điểm thông tin của người thừa kế được ghi nhận đầy đủ vào sổ đăng ký cổ đông thì họ mới có tư cách cổ đông. Nếu phải đợi đến khi thông tin của người thừa kế được ghi đầy đủ vào sổ đăng ký cổ đông thì tồn tại một khoảng thời gian nhất định mà người thừa kế chưa trở thành cổ đông công ty, khi này, quyền và nghĩa vụ của họ đối với lượng cổ phần thừa kế của mình được xử lý như thế nào thì chưa được pháp luật làm rõ. Như vậy, quy định của LDN 2014 có sự chồng chéo trong việc xác định thời điểm xác lập tư cách cổ đông công ty cổ phần của người thừa kế cổ phần.

Theo quy định của khoản 1 Điều 611 Bộ luật Dân sự năm 2015, thời điểm mở thừa kế là thời điểm người có tài sản chết, và theo Điều 614 của Bộ luật thì kể từ thời điểm mở thừa kế, những người thừa kế có các quyền, nghĩa vụ tài sản do người chết để lại. Do đó, kể từ khi người có tài sản chết thì di sản thừa kế được dịch chuyển sang cho người thừa kế, và người thừa kế tiếp tục kế thừa các quyền và nghĩa vụ đối với tài sản nhận được. Dựa theo tinh thần này, chúng tôi kiến nghị ghi nhận khoản 3 Điều 126 LDN 2014 như là một trường hợp ngoại lệ của Khoản 7 Điều 126 LDN 2014, qua đó nhằm nhanh chóng xác lập tư cách cổ đông cho người thừa kế và cũng là cách để có người kế thừa quyền, nghĩa vụ cho số cổ phần thừa kế.■

24 Vô hiệu tuyệt đối - la nullité absolue và vô hiệu tương đối - la nullité relative được quy định tại Điều 1179 BLDS Cộng hoà Pháp.