

PHÂN BIỆT HỢP ĐỒNG THEO DÂN LUẬT VỚI KHẾ ƯỚC HÀNH CHÍNH TRONG CẢI CÁCH THỦ TỤC HÀNH CHÍNH VÀ PHÁP QUI

Luật gia NGÔ NGỌC BỬU & ĐÀO ĐĂNG KIẾN

Hiện nay, khảo sát hệ thống pháp qui về kết ước giữa các chủ thể thì thấy về hình thức chỉ có hai loại: đó là hợp đồng kinh tế và hợp đồng dân sự. Thể thức hợp đồng này tuy là hai mô hình khác nhau nhưng xét về nội dung và tài phán, thì cả hai đều qui về một đầu mối là do tư pháp (*droit privé*) điều chỉnh và hoàn toàn không hội nhập vào hành lang của công pháp (*droit public*) với luật hành chính và thể thức kết ước do pháp qui hành chính điều chỉnh.

Thật vậy, hai thể chế hợp đồng hiện nay là: chế định hợp đồng kinh tế, mà các bên kết ước gồm có pháp nhân với pháp nhân; pháp nhân với tư nhân có đăng ký kinh doanh theo qui định của pháp luật, được giao kết theo nguyên tắc tự nguyện, cùng có lợi, bình đẳng về quyền và nghĩa vụ. Cũng tương tự như vậy, Pháp lệnh hợp đồng dân sự định rằng hợp đồng dân sự là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ của các bên trong mua, bán, thuê, vay, mượn, tặng, cho tài sản, theo nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng, không trái với pháp luật và đạo đức xã hội.

Nhìn chung cả hai thể thức hợp đồng này đều hướng vào điều chỉnh các mối quan hệ giữa các chủ thể hoặc tư nhân kết ước với nhau trong hành lang của tư luật. Còn thể lệ kết ước có tính cách hành chính, mang sắc thái công quyền lực để thực hiện công vụ và nhằm phục vụ công ích thì gần như cơ quan lập pháp và hành pháp chưa đề cập đến trong thể chế hiện hành nên đã gây ra nhiều bất lợi, thua thiệt cho phía nhà chức trách hành chính.

Nhìn lại lịch sử pháp qui, theo Luật hành chính của nước Pháp, là quốc gia có hệ thống tài phán hành chính lâu đời nhất, và theo định chế

hành chính công quyền (*public administration*) của Hoa Kỳ, thì một số hoạt động của cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì hành ngân sách, trong mục tiêu điều hành công vụ mà nhằm mục đích phục vụ công ích, các pháp nhân công pháp này có thể ký kết với tư nhân hay tổ chức kinh tế, một loại kết ước gọi là *khế ước hành chính* (*contrats administratifs*). Nội dung của giao ước này cũng có tính song phương đồng thuận như trong tư luật, nhưng chủ thể hành chính luôn luôn dành riêng cho mình một số điều khoản ngoại lệ, quyền và nghĩa vụ không bình đẳng với nhau, ghi rõ trong văn bản kết ước, mà sự bất bình đẳng này không thể có trong giao kết dân sự.

Vậy chúng ta bắt đầu bài nghiên cứu bằng sự xác định hai thuật ngữ hợp đồng theo tư pháp và khế ước theo công pháp.

I. XÁC ĐỊNH THUẬT NGỮ

Để cho bài khảo sát này được dễ hiểu và chuẩn, chúng tôi đề nghị dùng hai thuật ngữ *hợp đồng* và *khế ước* riêng biệt, có nội dung khác nhau trong kết ước. Một bên thuộc định chế tư pháp, một bên thuộc định chế công pháp.

Thuật ngữ *hợp đồng* thường dùng để chỉ hợp đồng dân sự, hợp đồng kinh tế; hai chữ *hợp đồng* tự nó đã nói lên tính đồng thuận, còn thuật ngữ *khế ước* thì dùng chỉ những kết ước trong lĩnh vực công pháp do pháp qui hành chính điều chỉnh.

Hợp đồng theo dân luật, thương luật và luật kinh tế là thể thức kết ước có nội dung đồng thuận, song phương, quyền và nghĩa vụ bình đẳng với nhau; không bên nào được lấn quyền hay được quyền ưu tiên hơn bên kia. Khi có tranh chấp hợp đồng thì cơ quan tài phán là tòa án tư pháp.

Khế ước hành chính cũng có tính song phương, đồng thuận, nhưng

trong thủ tục lập ước, ngay từ đầu, đã có sự bất bình đẳng về quyền và nghĩa vụ; chủ thể hành chính kết ước đưa ra những điều kiện trước và dành riêng cho mình một số điều khoản ưu tiên có tính chuyên đoán trong suốt thời gian kết ước.

Trong khế ước hành chính, quyền và nghĩa vụ của hai bên không hề ngang nhau, như việc nhà thầu phải tuân theo những quyết định đơn phương của pháp nhân hành chính kết ước với họ.

II. ĐẶC QUYỀN CỦA NHÀ CHỨC TRÁCH HÀNH CHÍNH

Nhà chức trách hành chính nói chung, cụ thể là cơ quan hành chính các cấp, cần có những phương tiện riêng và những đặc quyền mà các tổ chức khác, đoàn thể, tư nhân hay chủ thể kinh doanh không thể có được, đó là những phương tiện hành động hành chính, nhằm mục đích điều hòa hoạt động của cơ quan hành chính, thực hiện quyền và nghĩa vụ hành chính đối với các chủ thể khác.

Phương tiện hành động hành chính là tất cả các hành vi hành chính, bao gồm những đặc quyền hành chính mà khi sử dụng những đặc quyền này có thể xâm phạm đến quyền lợi của cá nhân và của chủ thể khác, như quyền tự do, quyền tư hữu...

Có hai phương tiện sau đây mà pháp nhân hành chính thường sử dụng để thực hiện việc điều hành công vụ trong giới hạn thẩm quyền là:

Một là, quyền ban hành một mệnh lệnh hành chính được gọi là quyết định đơn phương (*décisions unilatérales*) để buộc người dân và tập thể trong quần thể của mình phải thi hành. Mệnh lệnh có thể có tính tổng quát được áp dụng cho mọi công dân hay chỉ liên quan đến một tập thể, một cá nhân, trong phạm vi quyền hạn và trách nhiệm do luật

định.

Hai là, quyền ký kết với tổ chức hoặc tư nhân một loại kết ước có nội dung và hình thức khác với thể lệ hợp đồng theo dân luật, đó là thể thức kết ước bằng *khế ước hành chính*.

Vậy, loại kết ước này có những điều kiện hay tiêu chuẩn nào? Khế ước hành chính có những nội dung như thế nào?

III. ĐIỀU KIỆN HAY TIÊU CHUẨN LẬP THÀNH KHẾ ƯỚC HÀNH CHÍNH

Theo án lệ của nước Pháp, muốn được coi là một khế ước hành chính, thì bản lập ước phải có hai tiêu chuẩn là:

- Khế ước phải có mục tiêu tổ chức hay điều hành một công vụ.

- Khế ước phải có một hay nhiều điều khoản ngoại lệ, nghĩa là nội dung các điều khoản này trái với thể lệ thông thường theo dân luật.

Cho đến nay, vẫn chưa có một văn kiện cụ thể nào ấn định những nguyên tắc chung cho khế ước hành chính, bởi vì thể thức kết ước này là riêng biệt, có tính đặc thù. Kinh nghiệm và thực hành tại nước Pháp cùng với những xuất phát từ án lệ, và có thể áp dụng một số những nguyên tắc của dân luật và đặc quyền đơn phương của nhà chức trách hành chính, tổng hợp tất cả những vấn đề nêu trên, chúng ta có được những nguyên tắc đặc thù của khế ước hành chính.

Để phân tích nội dung của hai tiêu chuẩn cấu thành một khế ước hành chính, phân biệt với nội dung của hợp đồng theo dân luật, một câu hỏi đặt ra là trong hai tiêu chuẩn trên, tiêu chuẩn nào là quan trọng hơn hết để có thể xác định là một khế ước hành chính? Hay cần phải hội đủ cả hai tiêu chuẩn trong nội dung hợp đồng?

IV. TIÊU CHUẨN CÔNG VỤ VÀ ĐIỀU KHOẢN NGOẠI LỆ

1. Tiêu chuẩn công vụ, tức là nội dung khế ước phải liên quan tới một hoạt động công vụ. Chúng ta có thể đặt câu hỏi là:

Thế nào là một hoạt động có tính cách công vụ? Tiêu chuẩn công vụ có phải là một điều kiện tiên quyết hay không? Có khi nào chỉ 1 tiêu chuẩn công vụ là hội đủ tính cách của một khế ước hành chính hay không?

a. Khái niệm công vụ (*service public*) là một khái niệm rất khó khăn trong việc định nghĩa; án lệ nước Pháp đã giải thích một cách rộng rãi khái niệm công vụ như sau:

"Công vụ được xem như là những hoạt động của pháp nhân hành chính (*personne administrative*) tự dành riêng cho mình, để sau khi thấy hoạt động đó cần thiết cho quyền lợi chung, mà không thể phó mặc cho sáng kiến tư nhân được vì một lý do rất giản dị là tư nhân không có đủ khả năng, không đủ phương tiện để đảm trách hoạt động công vụ một cách hữu hiệu".

Định nghĩa này được coi là một định nghĩa chính thống của hành chính nước Pháp, mặc dù nó chỉ được xuất phát từ án lệ và đã được công nhận trong những kết luận trạng của Ủy viên chính phủ tại Tham chính viện (*Conseil d'Etat*) và từ những phán quyết của pháp đình hành chính tối cao của Pháp.

Một số luật gia lại cho rằng khái niệm công vụ như trên là quá rộng, một khế ước có đủ tính cách của một khế ước hành chính, chỉ cần một điều kiện là khế ước đó do cơ quan hành chính ký kết với mục đích thỏa mãn nhu cầu công cộng. Như vậy tiêu chuẩn công vụ có phải là điều kiện chính yếu hay không? Mối liên quan giữa khế ước hành chính và công vụ

được biểu lộ dưới những hình thức nào?

b. Sự liên quan giữa khế ước hành chính với công vụ, với công tác phục vụ công ích, được thể hiện dưới ba hình thức là:

- Thứ nhất, khi tư nhân hay tập thể kinh tế được tham dự vào việc quản lý, điều hành một công trình công cộng, cam kết với pháp nhân hành chính và sẽ đứng ra xây dựng, điều hành công trình phục vụ lợi ích chung trong một thời hạn nhất định, đó là thể thức khế ước đặc nhượng công dịch (*contrat de concession de service public*) đã được áp dụng thành công tại Pháp từ thế kỷ trước, như đặc nhượng khai thác hầm mỏ, đường hỏa xa...

Tại nước ta, một qui chế mới ban hành, có nội dung tương tự với đặc nhượng công dịch, đó là qui chế hợp đồng BOT (Build - Operate - Transfer) được gọi là một hình thức hợp đồng xây dựng cho phép chủ thể nước ngoài tự bỏ vốn ra thực hiện công trình, rồi sau đó họ được phép khai thác để thu lại vốn và có lời trong một thời hạn nhất định; khi hết hạn hợp đồng thì chuyển giao công trình công ích này lại cho phía VN. Vấn đề đặt ra là khi qui chế B.O.T giao cho đối tác nước ngoài tự bỏ vốn ra xây dựng một công trình có tính công ích, như làm hệ thống cấp nước cho TP.HCM chẳng hạn, thì việc giao ước này không thể theo hợp đồng kinh tế mà phải được kết ước bằng thể thức khế ước hành chính, vì tính đặc thù, chuyên biệt của thẩm quyền quốc gia, đây là một thể thức kết ước đã được quốc tế hóa trong hành chính công quyền, mà mọi quốc gia có nền pháp chế cơ bản đều đã thông nhất với nhau như vậy. Nếu không dùng khế ước hành chính thì sau này tư nhân nhiều lợi thế hơn chính quyền và có tình trạng nghịch lý tổ tụng khi tranh chấp. Nhưng rất tiếc là chính phủ ta hiện nay chưa có khái niệm rõ ràng về khế ước hành chính trong định chế công pháp, trái lại đang đồng hóa với chế định giao ước tương thuận quyền và nghĩa vụ ngang nhau, theo hợp đồng kinh tế; nên vấn đề này cần phải được nghiên cứu bổ sung trong mục tiêu cải cách hành chính và pháp chế, để tránh những khoảng trống pháp qui, để bị kẻ xấu khai thác và lợi dụng.

- Hình thức thứ hai là khi tư nhân cam kết sẽ cung cấp cho cơ quan hành chính, như cung cấp vật liệu (*fourniture de matériaux*) phục vụ chuyên chở hay những dịch vụ khác... Thể thức kết ước là khế ước hành chính để chính quyền có nhiều ưu thế hơn trong các dịch vụ này.

- Hình thức thứ ba, khi pháp nhân hành chính cam kết với tư nhân để cung cấp cho họ một yêu cầu dịch

Đính chính

Trong tạp chí PTKT, số 57(tháng 7/1995), trang 11 cột 3, dòng 2 từ dưới lên, xin đọc lại là *tham khảo sắc lệnh số 35.TC năm 1955 thiết lập VN thương tín Sài Gòn*

Xin chân thành cáo lỗi độc giả và Luật gia Ngô Ngọc Bưởi

PTKT

THÔNG BÁO

Ban biên tập Tạp chí Phát triển Kinh tế mời bạn đọc tham gia viết bài và mua tạp chí quý 4/95 với các chủ đề như sau:

- Tháng 10.95: Kiểm chế lạm phát
- Tháng 11.95: Chính sách khoa học và công nghệ
- Tháng 12.95: Phát triển kinh tế và bảo vệ môi trường

PTKT

vụ xuất phát từ công quyền, là hình thức kết ước với người hưởng dụng công vụ, thì do luật hành chính điều chỉnh.

Xét đến mối liên hệ giữa khế ước với công vụ là một vấn đề bao la có quá trình lâu đời trong học lý và án lệ tại các nước trên thế giới. Dĩ nhiên một khế ước do nhà chức trách hành chính ký kết với mục đích thực hiện một công vụ, thường là một khế ước hành chính, nhưng cũng có khi một khế ước do hai bên là chủ thể hành chính ký kết, nhưng do tư pháp điều chỉnh, như kết ước liên quan đến tài chính. Hoặc khi pháp nhân hành chính lập ước cho thuê một bất động sản cùng với tư nhân, thì đó là một hợp đồng dân sự vì không có mục tiêu điều hành công vụ.

2. Điều khoản ngoại lệ (*Clause exorbitante de droit commun*):

Khái niệm điều khoản ngoại lệ hay điều khoản ngoại ước, trái với lẽ thường, được coi như là một khái niệm căn bản của học thuyết về khế ước hành chính. Sự hiện hữu của các điều khoản ngoại lệ, như một điều kiện tiên quyết trong bản khế ước, khiến cho khế ước đó trở nên một khế ước hành chính.

Điều khoản ngoại lệ thường được hiểu như một khái niệm ưu quyền ngoại lệ, lẽ dĩ nhiên điều khoản ngoại lệ này không có tính bất hợp pháp so với nội dung kết ước giữa tư nhân với nhau: nó có tính bất thường hay cao hơn mức thường lệ của dân luật. Hoặc điều khoản ngoại lệ là một điều khoản đã nêu ra những nguyên tắc hay kỹ thuật pháp lý thường là áp dụng trong khế ước hành chính, cho nên sự kết ước đã mang ý nghĩa công pháp ngay từ bước đầu. Từ định nghĩa trên cùng với khái niệm ưu quyền ngoại lệ hay khái niệm ưu quyền thống trị của cơ quan hành chính, thì điều khoản ngoại lệ là những khoản trừu tượng dành cho pháp nhân hành chính kết ước những đặc quyền, như đặc quyền thi hành những biện pháp ngoại lệ đối với tư nhân kết ước với mình, và do đó nguyên tắc bình đẳng giữa các bên kết ước, là một nguyên tắc tối quan trọng trong giao ước dân sự đã không được tôn trọng.

Điều khoản ngoại lệ có thể là một điều khoản mang sẵn nhãn hiệu hành chính, một điều khoản đặc biệt của công pháp. Hoặc có thể là một vài định lệ đã được đôi bên đương sự ghi vào nội dung của khế ước, do đó những định lệ này phải được coi là có sắc thái luật hành chính vì tính cách ngoại lệ. Ta có thể lấy ví dụ như vụ án *Les Affréteurs Réunis* đã được Tham chính viện Pháp xử năm 1924, liên quan tới khế ước bảo hiểm hàng hải, mà nội dung khế ước này buộc một bên kết phương phải thi hành

một nghĩa vụ đặc biệt là trường hợp đắm tàu, một phần tiền bảo hiểm mà nhà vận tải chủ chiếc tàu bị đắm được bồi thường, sẽ bị chính phủ bảo lưu lại, và chỉ được giao trả cho đương sự khi chứng minh được rằng y đã dùng số tiền bồi thường để mua một tàu khác hay đóng một chiếc tàu mới để dùng thay thế cho chiếc tàu bị đắm. Ta nhận thấy rằng điều khoản đặc biệt này trong nội dung của khế ước bảo hiểm hàng hải đã nói lên tính cách của một điều khoản ngoại lệ mà trong giao kết dân sự không thể có được và có mục tiêu phụng sự quyền lợi chung, theo đuổi một mục đích rõ rệt là giữ sao cho tổng số trọng lượng các tàu vận tải của nước Pháp được nguyên vẹn.

Lời bình sau đây của ông Rivet, Ủy viên chính phủ tại Tòa án hành chính tối cao của Pháp làm sáng tỏ thêm:



"Điều khoản tái dụng trong vụ án này, là một trường hợp điển hình của điều khoản hành chính thuần túy, bởi vì chỉ có thể giải thích được điều khoản đó bằng các lý do khẩn thiết về quyền lợi chung mà thôi, những lý do mà mối liên hệ giữa cá nhân với cá nhân không hề biết tới..."

V. VẤN ĐỀ HÒM NAY

Cải cách nền hành chính quốc gia ở nước ta hiện nay, không chỉ gồm có mục tiêu giảm bớt thủ tục giấy tờ gây phiền hà nhân dân, định lại qui chế làm việc công sở, trách nhiệm công vụ, phong cách người công chức và pháp qui hóa các mối quan hệ giữa nhà nước với dân...Mà còn phải đặt trọng tâm vào việc cải tổ bộ máy hành chính theo hướng khoa học hóa, pháp lý hóa và hiệu suất công vụ; chuẩn bị để hội nhập vào những định chế đã được quốc tế hóa về hành

chính công quyền, về tài chính công và tài chính tư, về tín dụng ngân hàng, thanh toán quốc tế, về đầu thầu quốc tế và đầu thầu trong nước có chủ thể quốc tế tham gia, về thuế trực thu, thuế gián thu và nhất là các quan hệ về thể chế kết ước của pháp nhân hành chính với mọi đối tác, trong mỗi công tác của chính phủ, bằng từng loại kết ước có mục tiêu riêng, để đảm bảo được quyền uy hành chính, thuận lợi trọn vẹn, muốn được như vậy thể thức khế ước hành chính phải được triển khai, vì đó là một phương tiện có tính pháp qui, một vũ khí cần thiết chỉ dành riêng cho pháp nhân hành chính công quyền.

Trước mắt, chúng ta đang bắt đầu gia nhập khối ASEAN, đó là một "sân chơi" quốc tế về thị trường thương mại, cạnh tranh cao độ, để có đủ sức mạnh, thì hạ tầng cơ sở và kiến trúc thượng tầng phải được hoàn

thiện và tu chỉnh; phương tiện pháp quy hành chính phải trang bị đầy đủ cho các cấp chính quyền, thì mới có thể hội nhập vào các định chế kinh tế chính trị quốc tế một cách mạnh dạn tự tin; nếu không, chúng ta sẽ bị đánh bại trên "sân chơi" một cách thảm đơ lổ của chính chúng ta: không kịp trang bị vũ khí thuế quan và bãi bỏ thuế quan trong việc bảo vệ hàng nội địa, định chế kết ước lỏng lẻo không đồng bộ, pháp quy không có tầm quốc tế, nền hành chính còn quan liêu trì trệ, thì đến khi thua trận chẳng khác nào một đội bóng không còn thủ môn giữ khung thành?

Cho nên, cải cách nền hành chính quốc gia, còn rất nhiều việc phải làm trong đó có việc nghiên cứu, hoàn thiện pháp quy kết ước và đừng bỏ quên công cụ sắc bén nhất của nhà cầm quyền là khế ước hành chính■