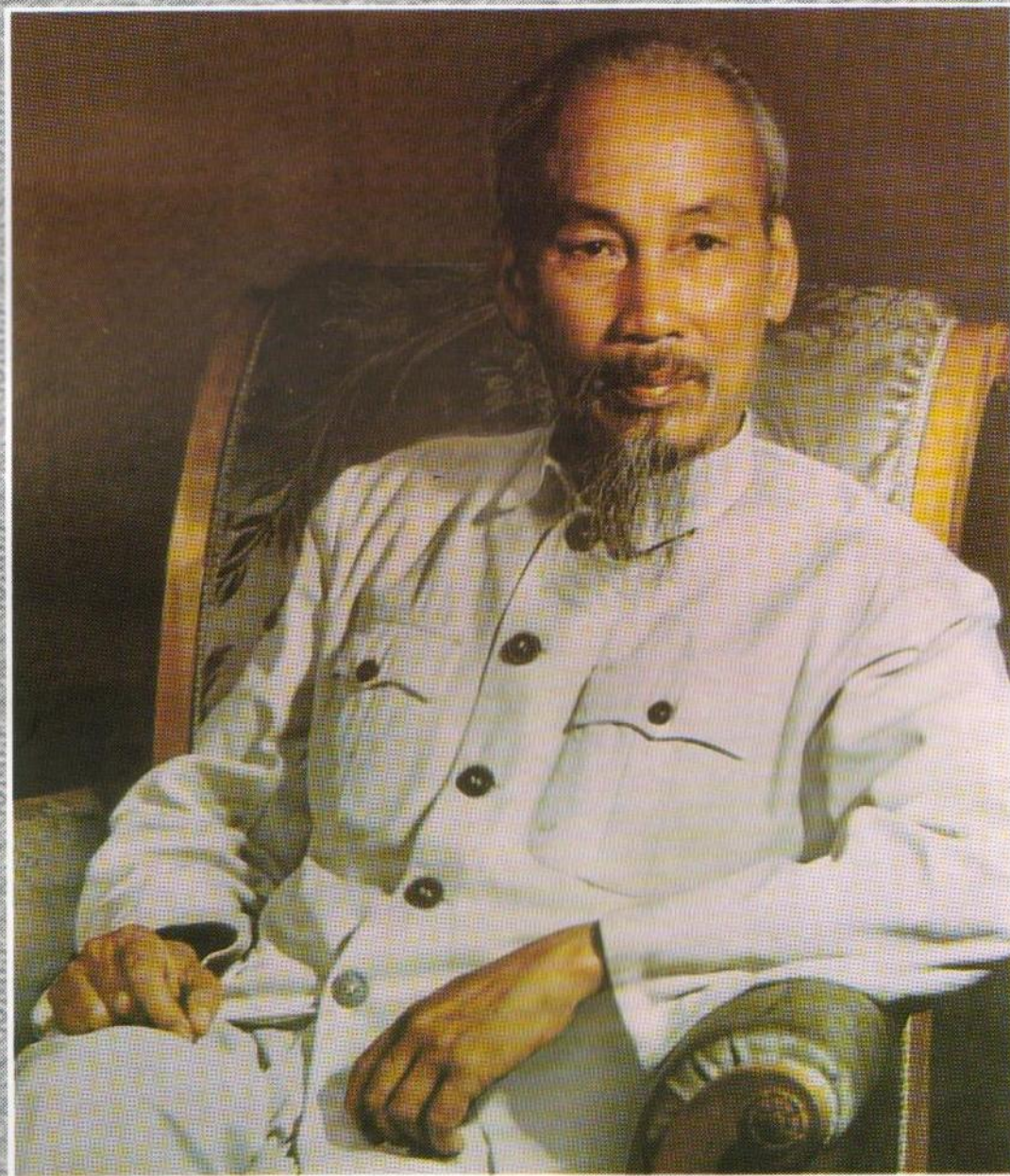


# Nghiên cứu **LẬP PHÁP**

● VĂN PHÒNG QUỐC HỘI



- Kỳ họp thứ 5 Quốc hội khóa XI
- Nhà nước pháp quyền và xã hội pháp quyền
- Luật doanh nghiệp chung - có nên ban hành?
- Bình đẳng giới trong xây dựng và áp dụng pháp luật
- Chính sách thu hút đầu tư ở địa phương

# NCLP

**TRỤ SỞ**  
27A Võng Thị - Tây Hồ  
Hà Nội  
ĐT: 080-48486 / 48487  
Fax: 080-48486  
E-mail: nclp@hn.vnn.vn

**BAN CỐ VẤN**  
Vũ Mão  
TS. Vũ Đức Khiển  
TS. Trần Ngọc Đ-ờng  
Trần Quốc Thuận

**TỔNG BIÊN TẬP**  
Nguyễn Chí Dũng

**PHÁT HÀNH**  
Tại Hà Nội:  
ĐT: 080-43364  
Tại TP. Hồ Chí Minh:  
ĐT: 080-83771

**GIẤY PHÉP XUẤT BẢN**  
Số 117/GP ngày 30/3/2001  
của Bộ Văn hoá - Thông tin

**TÀI KHOẢN**  
0011000467735  
Tập chí  
Nghiên cứu Lập pháp  
Ngân hàng ngoại th-ơng  
Việt Nam

In tại Nhà in Báo Thanh Hoá

## Mục lục

### THỜI SỰ - TRAO ĐỔI

- Thông tin kỳ họp thứ 5, Quốc hội khoá XI *NCLP* 3  
Bỏ phiếu tín nhiệm: Bàn về thủ tục khả thi  
*Vũ Văn Nhiệm* 4  
Luật đất đai năm 2003 và các vấn đề đặt ra trong việc  
thực hiện *Đào Xuân Tiến* 8  
Bàn về mặt bằng bình đẳng đối với người nhiễm HIV/AIDS  
*Minh Đức* 11  
Th- ký toà án phải là một nghề *Xuân Anh - Hồ Thế Hoà* 13

### NGHIÊN CỨU NHÀ N-ỐC

- Nhận diện nhà n-ớc pháp quyền *Hoàng Thị Kim Quế* 16  
Xã hội pháp quyền *Bùi Ngọc Sơn* 24

### NGHIÊN CỨU PHÁP LUẬT

- Luật doanh nghiệp chung: cần hay không cần ban hành?  
*D-ơng Đăng Huệ* 29  
Nhu cầu hoàn thiện pháp luật về đình công và giải quyết  
đình công ở n-ớc ta *Trần Thu Thuỷ* 36  
Góp ý vào Dự án Luật điện lực *Lê Thị Thu Thuỷ* 43  
Nhập khẩu song song d-ọc phẩm: Một số vấn đề pháp lý  
*Lê Thị Bích Thọ - Nguyễn Thanh Tú* 47

### NGHIÊN CỨU CHÍNH SÁCH

- Lồng ghép giới trong xây dựng và áp dụng pháp luật để  
bảo vệ quyền bình đẳng của phụ nữ  
*Chu Thị Trang Vân* 56  
Bảo hộ phần mềm máy tính để phát triển công nghiệp  
phần mềm  
*Trần Việt Dũng - Lê Thị Nam Giang - Mai Hồng Quý* 63

### THAM KHẢO N-ỐC NGOÀI

- Một số kinh nghiệm của Trung Quốc trong quá trình hoàn thiện  
pháp luật đáp ứng các yêu cầu của WTO  
*Nguyễn Khánh Ngọc* 69

### TRANG ĐỊA PH-ƠNG

- Bàn về thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật  
của Chủ tịch Uỷ ban nhân dân  
*Đỗ Hoàng Yến* 76  
Chính sách “trả thẩm đồ” thu hút đầu t- của các địa ph-ơng  
- những nguy cơ tiềm ẩn  
*Võ Hồng Cơ* 81

*Ảnh bìa: Bác Hồ* (Nhà sách VN, NXB Văn hoá Thông tin, HN:1986)

**LegiS 5/2004**

**P3. Information about the 5<sup>th</sup> Session of the 11<sup>th</sup> National Assembly, *LegiS***

**P4. Confidence voting: feasible procedure, *Vu Van Nhiem, HCMC Law College*:** Although this measure is like a sword hanging over the cabinet members, but the National Assembly needs detailed procedure in exercising this measure, such as the right of MPs in gathering signatures to get the 20% quorum.

**P8. The 2003 Land Law and issues of implementation, *Dao Xuan Tien*:** The 2003 Land Law will be in effect from July, 2004. Five Implementing Guidance Decrees of the Government shall be issued on time to provide detailed regulatory framework. A picture of preparation for implementation of this Law was discussed in the Seminar of 8<sup>th</sup> May organized by LegiS and the Faculty of Economic Laws, Hanoi Law College.

**P11. Legal Equality of the HIV/AIDS patients, *Minh Duc*:** An international Seminar in the Center for Human rights of the Ho Chi Minh Political academy (May 2004) agreed with the necessity of searching for both legal and social measures to enable the right to life of the HIV/Aids patients.

**P13. Court clerk should be professional, *Xuan Anh, Ho The Hoe*:** In Vietnam court clerk do not want this job a life-time one, but considered it as a probation step towards judge position. The author tackles with this conflict and proposed that court clerk should be a long-term profession.

**P16. Identification of State under the Rule of Laws, *Hoang Thi Kim Que, Ph.D., Law Faculty, Hanoi National University*:** The author discussed mile stones of building the State under the Rule of Laws in Viet Nam. State - Citizen relationship bound by laws with active public participation needs reconsideration for social harmony.

**P24. Toward a Society under the Rule of Laws, *Bui Ngoc Son, Law Faculty, Hanoi National University*:** From the analysis the German version and Anglo-American version of The Rule of Laws, the author discussed the content of the State under the Rule of Laws in Viet Nam and toward building a civil society with its more active role in using laws to protect their members rights.

**P29. Do we need an unified Company Law?, *Duong Dang Hue, Ph.D, Ministry of Justice*:** The government proposed a draft of unified company law as an attempt for legal equality of companies. The author analyzed the current effects of the various company legislation on Viet Nam and proposed a Law on Business Registration in stead of the unified company law.

**P36. Need for completion of law on strike and settlement of strike dispute, *Tran Thu Thuy, LLM, College on Social and Labour Issues*:** The author discussed about necessary amendments to the current regulations on settlement of the collective labour disputes in case of strike.

**P43. Opinion to the Law on Electric Power, *Le thi Thu Thuy .PHD, Law Faculty, Hanoi National University*:** The draft of this law was put for initial discussion by the 5<sup>th</sup> session of the National Assembly. The author discussed shortcomings of this draft in various aspects: competition regulation, electricity in rural and remote areas.

**P47. Parallel Import of pharmaceutical products: some legal issues, *Le thi Bich Tho (PhD.), Nguyen Thanh Tu (LLM)*:** The authors discussed legal nature of Parallel Import in international trade and the neighboring legal issues between competition law and intellectual Property law and suggested solution in completing legal regulation on Viet Nam on parallel Import of pharmaceutical products.

**P56.. Gender analysis in process of making and implementing laws in Viet Nam, *Chu Thi Trang Van, LLM*,** Starting with common understanding of gender equality in social and political life, the author addressed need of gender analysis in law-making process in Viet Nam and also in implementing laws.

**P63. Software Intellectual Property Protection, *by Tran Viet Dung, Le Thi Nam Giang, Mai Hong Quy, HCMC Law College*:** This article is Policy Research towards establishment of legal environment for software industry in Viet Nam.

**P69. Chinese Experiences in the process of legal completion to meet the requirements of WTO, *Nguyen Khanh Ngoc*:** The author described the efforts of China in amending its legal system to meet requirement of WTO.

**P76. Competence of issuance of legal document by Chairman of the People's Committee, *Do Hoang Yen, LLM*.** The author discussed the reasons of For and Against Opinion surrounding this competence in the course of drafting the Law on issuance of legal documents of Peoples Councils and People's Committees.

**P81. "Preparing Read carpets" to marketing locations – a potential danger, *Vo Hong Co*,** Tax reduction, reduction of land use fees and additional economic benefit offered by different locations in a fierce competition situation may imply danger. The author put question: shall we continue with this situation?

## THÔNG TIN KỶ HỌP THỨ 5, QUỐC HỘI KHOÁ XI (11/5/2004 - 16/6/2004)

### 1. Về công tác xây dựng pháp luật

Tại kỳ họp này Quốc hội tiếp tục tập trung cho hoạt động xây dựng pháp luật. Quốc hội thảo luận để thông qua 9 dự án Luật, Bộ luật và Nghị quyết: Bộ luật tố tụng dân sự; Luật phá sản; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật các tổ chức tín dụng; Luật thanh tra; Luật giao thông đường thủy nội địa; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật khiếu nại, tố cáo; Nghị quyết của Quốc hội ban hành Quy chế hoạt động của Ủy ban thường vụ Quốc hội (sửa đổi); Nghị quyết của Quốc hội ban hành Quy chế hoạt động của Hội đồng dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội.

Nghị quyết về việc điều chỉnh chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2004 và cả nhiệm kỳ khóa XI sẽ được Quốc hội thông qua tại kỳ họp này.

Thực hiện quy trình làm luật 2 bước, tại kỳ họp lần này Quốc hội sẽ cho ý kiến đối với các dự án Luật cạnh tranh; Luật an ninh quốc gia; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật xuất bản; Luật điện lực; Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật bảo vệ và phát triển rừng.

### 2. Về nhiệm vụ kinh tế - xã hội, ngân sách nhà nước

Quốc hội xem xét báo cáo bổ sung về kết quả thực hiện nhiệm vụ kinh tế - xã hội và ngân sách nhà nước năm 2003; tình hình triển khai thực hiện nhiệm vụ kinh tế - xã hội và ngân sách nhà nước những tháng đầu năm 2004; phê chuẩn tổng quyết toán ngân sách nhà nước năm 2002; thông qua Nghị quyết về quy hoạch sử dụng đất đến năm 2010 và kế hoạch sử dụng đất đến năm 2005.

### 3. Thực hiện Chương trình hoạt động giám sát của Quốc hội năm 2004

Quốc hội sẽ xem xét báo cáo về tình hình giải quyết khiếu nại, tố cáo của công dân; xem xét báo cáo của Chính phủ, báo cáo của các cơ quan của Quốc hội và nếu xét thấy cần thiết, Quốc hội sẽ ra Nghị quyết chuyên đề về vấn đề này.

Quốc hội sẽ xem xét các báo cáo công tác của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Hội đồng dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao; Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao; Báo cáo của Ủy ban trung ương Mặt trận tổ quốc Việt Nam về tổng hợp ý kiến, kiến nghị của cử tri; Báo cáo tình hình giải quyết ý kiến, kiến nghị của cử tri và trả lời chất vấn của Đại biểu Quốc hội; tiến hành chất vấn và trả lời chất vấn của Đại biểu Quốc hội.

**4. Một số việc khác.** Quốc hội phê chuẩn đề nghị nhân sự của Chính phủ và xem xét, thảo luận, thông qua Nghị quyết về phê chuẩn Hiệp định phân định Vịnh Bắc bộ giữa Việt Nam và Trung Quốc.

**5. Nét mới.** Đó là việc Quốc hội thực hiện rút bớt thời gian đọc tài liệu và nghe báo cáo, tập trung vào thảo luận. Thời gian kỳ họp sẽ rút ngắn đáng kể so với các kỳ họp trước. Kỳ họp này sẽ có dịp bàn về trách nhiệm cá nhân của người lãnh đạo và trách nhiệm đại biểu trong kỳ họp. Để tập trung làm việc, sóng điện thoại di động sẽ bị chặn đối với khu vực Hội trường Ba Đình.

# BỎ PHIẾU TÍN NHIỆM: Bàn về thủ tục khả thi

VŨ VĂN NHIỆM\*

*Theo quy định của Hiến pháp 1992 (đã đ-ợc sửa đổi, bổ sung năm 2001), của Luật tổ chức Quốc hội năm 2001, của Luật hoạt động giám sát của Quốc hội và một số văn bản có liên quan, Quốc hội có quyền bỏ phiếu tín nhiệm đối với những ng-ời giữ các chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn, Ủy ban th-ờng vụ Quốc hội (tự mình hoặc khi có kiến nghị của ít nhất hai m-ơi phần trăm tổng số đại biểu Quốc hội hoặc kiến nghị của Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội) trình Quốc hội bỏ phiếu tín nhiệm đối với những ng-ời này. Trong tr-ờng hợp ng-ời đ-ợc đ-a ra bỏ phiếu tín nhiệm không đ-ợc quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội tín nhiệm thì cơ quan hoặc ng-ời đã giới thiệu để bầu hoặc đề nghị phê chuẩn ng-ời đó có trách nhiệm trình Quốc hội xem xét, quyết định việc miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc phê chuẩn việc miễn nhiệm, cách chức ng-ời đó<sup>1</sup>. Bài viết nêu ra một số kiến nghị nhằm bảo đảm hiệu lực và hiệu quả thực thi của cơ chế này.*

**N**hằm nâng cao trách nhiệm của các chức danh do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn cũng nh- vị trí, vai trò của cơ quan đại biểu quyền lực cao nhất của nhân dân trong bộ máy nhà n-ớc, cơ chế bỏ phiếu tín nhiệm của Quốc hội đã đ-ợc quy định cụ thể trong Hiến pháp, luật và các văn đ-ới luật của Việt Nam. Tuy nhiên, theo chúng tôi, còn tồn tại một số vấn đề cần đ-ợc xem xét nh- sau:

**Thứ nhất**, cần phải bàn thêm về thủ tục đối với tr-ờng hợp Ủy ban th-ờng vụ Quốc hội đề nghị Quốc hội xem xét việc bỏ phiếu tín nhiệm khi có kiến nghị của ít nhất hai m-ơi phần trăm tổng số đại biểu Quốc hội hoặc kiến nghị của Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội gửi đến Ủy ban th-ờng vụ Quốc hội. Bởi vì chúng ta khó trông chờ trong một kỳ họp lại có trên một trăm ý kiến ( $\geq 20\%$  trong số 498 đại biểu Quốc hội) ngẫu nhiên cùng kiến nghị về việc bỏ phiếu tín nhiệm đối với cùng một đối t-ợng mà không có một “đầu mối” đứng ra “phát động” theo một thủ tục hợp pháp. Khi Quốc hội không họp thì lại càng khó hơn, bởi lẽ các đại biểu Quốc hội chủ yếu là hoạt động kiêm nhiệm, th-ờng làm việc ở các cơ quan

<sup>1</sup> Xem Điểm 7 Điều 84 của Hiến pháp năm 1992; Điều 12, đoạn 3 Điều 21, Điều 50 và Điều 88 của Luật Tổ chức Quốc hội năm 2001; Điều 13 của Luật hoạt động giám sát của Quốc hội năm 2003.

và các địa phương khác nhau và quan trọng nhất là ch-a rõ quy định về những “đầu máy phát động”. Do đó, nếu không có những quy định cụ thể hóa về trình tự, thủ tục, thì chắc chắn các quy định bỏ phiếu tín nhiệm chỉ tồn tại trên văn bản. Không những trong việc bỏ phiếu tín nhiệm mà trong các loại việc khác có quy định tương tự, chẳng hạn Điều 86 Hiến pháp 1992 có quy định khi có ít nhất một phần ba tổng số đại biểu Quốc hội yêu cầu thì Ủy ban thường vụ Quốc hội triệu tập Quốc hội họp bất thường cũng cần có những quy định cụ thể về thủ tục. Theo chúng tôi, tốt nhất là trong Quy chế hoạt động của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quy chế hoạt động của đại biểu Quốc hội và đoàn đại biểu Quốc hội, Quy chế hoạt động của Hội đồng dân tộc và của các Ủy ban của Quốc hội) nên quy định về vấn đề này. Chẳng hạn, đại biểu Quốc hội có quyền thu thập chữ ký của các đại biểu khác về việc kiến nghị bỏ phiếu tín nhiệm đối với những ng-ời giữ các chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn, nếu đủ số lượng (ít nhất là 20% tổng số đại biểu Quốc hội) thì đại biểu có quyền kiến nghị đến Ủy ban thường vụ Quốc hội về

vấn đề bỏ phiếu tín nhiệm, Cũng có thể thông qua cơ chế Tr-ởng đoàn các đoàn đại biểu Quốc hội đi thu thập đủ số phiếu kiến nghị về việc bỏ phiếu tín nhiệm.

Ngoài ra, cũng nên quy định sự phối hợp giữa các đoàn đại biểu Quốc hội với các cơ quan của Quốc hội về vấn đề này. Ví dụ, khi có kiến nghị bỏ phiếu tín nhiệm từ một đoàn đại biểu Quốc hội tới Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội thì các cơ quan này phải xem xét để quyết định có kiến nghị đến Ủy ban thường vụ Quốc hội về vấn đề này hay không.

Mặt khác, không nên quy định trong mọi trường hợp đều phải nêu rõ lý do bỏ phiếu tín nhiệm<sup>2</sup>, bởi lẽ mỗi đại biểu có thể có những căn cứ, những cảm nhận khác nhau về vấn đề này. Cũng có thể các đối tượng bị bỏ phiếu tín nhiệm không có vi phạm gì, nh-ng năng lực quản lý và lãnh đạo còn hạn chế... nên sự tín nhiệm của các đại biểu Quốc hội đối với họ bị giảm sút. Vì vậy, không nên quy định “cứng nhắc” về lý do bỏ phiếu tín nhiệm.

**Thứ hai**, xét về hệ quả, vấn đề đặt ra là khi Quốc hội xem xét, quyết định việc miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc phê chuẩn việc

Có thể phân tích Điểm 2 Điều 88 Luật Tổ chức Quốc hội thành hai quy định sau: “Trong trường hợp không đ-ợc quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội tín nhiệm thì cơ quan hoặc ng-ời đã giới thiệu để Quốc hội bầu ng-ời đó có trách nhiệm trình Quốc hội xem xét, quyết định việc miễn nhiệm, bãi nhiệm” (đối với các chức danh Chủ tịch n-ớc, Phó Chủ tịch n-ớc, Thủ tướng Chính phủ, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Chủ tịch Quốc hội, các Phó Chủ tịch Quốc hội, các Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội). Và “Trong trường hợp không đ-ợc quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội tín nhiệm thì ng-ời đã giới thiệu để Quốc hội phê chuẩn có trách nhiệm trình Quốc hội phê chuẩn việc miễn nhiệm, cách chức ng-ời đó” (đối với các Phó Thủ tướng, Bộ trưởng và các thành viên khác của Chính phủ, thành viên Hội đồng quốc phòng và an ninh)

miễn nhiệm, cách chức ng-ời không đ-ợc Quốc hội tín nhiệm nh-ng kết quả có thể xảy ra là ng-ời đó không bị miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc không bị phê chuẩn việc miễn nhiệm, cách chức (vì không đ-ợc quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội biểu

<sup>2</sup> Điều 11 của Quy chế hoạt động của đại biểu Quốc hội và đoàn đại biểu Quốc hội (ban hành kèm theo Nghị quyết số 08/2002/QH 11 của Quốc hội khóa XI, kỳ họp thứ hai có quy định: “...Kiến nghị của đại biểu Quốc hội đ-ợc gửi đến Ủy ban thường vụ Quốc hội bằng văn bản và nêu rõ lý do bỏ phiếu tín nhiệm”.

quyết tán thành). Nh- vậy, tác dụng của bỏ phiếu tín nhiệm chỉ mang tính răn đe hoặc nửa vờ. Những ng-ời bị Quốc hội bỏ phiếu tín nhiệm mặc dù không đ-ợc quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội tín nhiệm (nghĩa là không đ-ợc Quốc hội tín nhiệm) rồi sau đó lại “không hề gì”. Điều này không hợp lý tr-ớc công luận.

Về vấn đề này, chúng tôi cho rằng, ng-ời không đ-ợc Quốc hội tín nhiệm không nhất thiết phải bị miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc cách chức. Đối t-ợng bị bỏ phiếu tín nhiệm đều là các chức danh cao cấp trong bộ máy nhà n-ớc. Do đó, việc miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc cách chức đối với họ có thể nói là biện pháp “cuối cùng”, nhất là ở n-ớc ta - một đất n-ớc mang những đặc điểm truyền thống của ph-ơng Đông, lại ch-a có nhiều kinh nghiệm thực hiện về vấn đề này. Do vậy, chúng ta nên quy định có nhiều hình thức, nhiều mức không đ-ợc Quốc hội tín nhiệm. Đó có thể là các hình thức nh- khiển trách, cảnh cáo, miễn nhiệm, bãi nhiệm (đối với

các chức danh do Quốc hội bầu nh- đã nói ở trên) hoặc khiển trách, cảnh cáo, phê chuẩn việc miễn nhiệm, cách chức (đối với các chức danh do Quốc hội phê chuẩn việc bổ nhiệm nh- đã nói ở trên). Trong tr-ờng hợp mức độ không tín nhiệm ch-a đến mức phải miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc cách chức thì sẽ chuyển sang xem xét để áp dụng các biện pháp “nhẹ” hơn. Khi Quốc hội xem xét về việc áp dụng hình thức cảnh cáo mà biểu quyết không đ-ợc quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội tán thành thì sẽ áp dụng hình thức khiển trách đối với họ, có nghĩa là khi đã bị Quốc hội không tín nhiệm thì họ sẽ bị áp dụng hình thức chế tài nhẹ nhất là khiển trách.

**Thứ ba**, chúng tôi cho rằng nên thay thuật ngữ “bỏ phiếu tín nhiệm” bằng thuật ngữ “bỏ phiếu bất tín nhiệm” (hoặc là “bỏ phiếu không tín nhiệm”). Bởi vì: Một là, khi các chức sắc do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn đảm nhiệm công việc của họ một cách “trơn tru, suôn sẻ”, thì có nghĩa là họ vẫn đang đ-ợc tín

hiệm. Chỉ khi có “sự kiện” xảy ra chẳng hạn nh- tham nhũng, nhận hối lộ, thiếu trách nhiệm,... hoặc có hành vi bất hợp pháp khác thì có thể kéo theo hệ quả là niềm tin của nhân dân và của Quốc hội đối với họ không còn đ-ợc nh- tr-ớc nữa. Nh- vậy, với lôgic thông th-ờng thì khi đó phải bỏ phiếu bất tín nhiệm. Hai là, theo chúng tôi, quy định tại Điểm 2 Điều 88<sup>3</sup> liệu có phù hợp với quy định tại Điều 91<sup>4</sup> không hay đây là tr-ờng hợp đặc biệt? Nếu là đặc biệt thì tại sao không đ-a vào Điều 91 (trong khi tại điều này đã quy định những tr-ờng hợp đặc biệt khác<sup>5</sup>). Ba là, theo hiểu biết của chúng tôi, các n-ớc trên thế giới có quy định vấn đề t-ơng tự hoặc có tính chất t-ơng tự nh- vấn đề này ở n-ớc ta, thì hầu hết đều sử dụng thuật ngữ “bỏ phiếu bất tín nhiệm”.

---

\* ThS, Giảng viên Khoa Luật Hành chính - Tr-ờng ĐH Luật TP. HCM

<sup>3</sup> Điểm 2 Điều 88 của Luật Tổ chức Quốc hội năm 2001 quy định: “Trong tr-ờng hợp không đ-ợc quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội tín nhiệm thì cơ quan hoặc ng-ời đã giới thiệu để bầu hoặc đề nghị phê chuẩn ng-ời đó có trách nhiệm trình Quốc hội xem xét, quyết định việc miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc phê chuẩn việc miễn nhiệm, cách chức ng-ời không đ-ợc Quốc hội tín nhiệm”.

<sup>4</sup> Điều 91 của Luật Tổ chức Quốc hội năm 2001 quy định: “Luật, nghị quyết của Quốc hội phải đ-ợc quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành...”.

<sup>5</sup> Điều 91 của Luật Tổ chức Quốc hội năm 2001 quy định: “Đối với các Nghị quyết về việc bãi nhiệm đại biểu Quốc hội, rút ngắn hoặc kéo dài nhiệm kỳ của Quốc hội, sửa đổi Hiến pháp thì phải đ-ợc ít nhất hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành...”.

## **MIỄN NHIỆM, CÁCH CHỨC HAY LÀ BỎ PHIẾU TÍN NHIỆM?**

Tại kỳ họp thứ năm, Quốc hội khoá XI sẽ nghe Chính phủ trình và tiến hành bỏ phiếu tín nhiệm về nhân sự của Bộ Nông nghiệp và phát triển nông thôn, cụ thể là tr-ởng hợp Bộ tr-ởng Lê Huy Ngọ. Thông tin này đã đ-ợc đăng tải trên hầu hết các báo lớn của n-ớc nhà (Sài gòn giải phóng 9/5/2004 và Báo Lao Động cùng ngày) và coi đây là tiền lệ đầu tiên của “bỏ phiếu tín nhiệm”. Vậy đây là “miễn nhiệm, cách chức ” hay là bỏ phiếu tín nhiệm? hiểu theo thẩm quyền của Quốc hội tại điều 84, khoản 7, Hiến pháp 1992 sửa đổi d-ới đây:

*“7- Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch n-ớc, Phó Chủ tịch n-ớc, Chủ tịch Quốc hội, các Phó Chủ tịch Quốc hội và các ủy viên Ủy ban th-ờng vụ Quốc hội, Thủ t-ớng Chính phủ, Chánh án Toà án nhân dân tối cao, Viện tr-ởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao; phê chuẩn đề nghị của Thủ t-ớng Chính phủ về việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Phó Thủ t-ớng, Bộ tr-ởng và các thành viên khác của Chính phủ; phê chuẩn đề nghị của Chủ tịch n-ớc về danh sách thành viên Hội đồng quốc phòng và an ninh; bỏ phiếu tín nhiệm đối với những ng-ời giữ các chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn;”*

Những đoạn trích viết nghiêng trên đây cho thấy nếu coi việc phê chuẩn đề nghị của Thủ t-ớng về *miễn nhiệm hoặc cách chức* một thành viên Chính phủ là “*bỏ phiếu tín nhiệm*”, thì hành vi phê chuẩn nhân sự nào của Quốc hội đối với Chính phủ cũng là “bỏ phiếu tín nhiệm”. Ch-a hẳn tán đồng với cách gọi “bỏ phiếu bất tín nhiệm” trong vụ này, Ông Tráng A Pao trong phỏng vấn của báo VnExpress ngày 13 tháng 5 cho rằng việc Bộ tr-ởng Lê Huy Ngọ từ chức là “sự dũng cảm tự rút lui” khi có khuyết điểm, khi không hoàn thành nhiệm vụ. Ông Pao cũng xác nhận rằng cho đến nay ch-a có một đề nghị nào của Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội hoặc các đại biểu Quốc hội về đề xuất bỏ phiếu tín nhiệm đối với các bộ tr-ởng, không phải là không dám mà ch-a tới mức độ cần thiết phải bỏ phiếu tín nhiệm (hiểu theo điểm 7 điều 84, Hiến pháp 1992 sửa đổi). Việc trình thay đổi nhân sự lần này là bắt nguồn từ sáng kiến của Chính phủ.

(Minh Đức)



**HỘI THẢO KHOA HỌC**

# **LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2003 VÀ CÁC VẤN ĐỀ ĐẶT RA TRONG VIỆC THỰC HIỆN**

**Đo XUÂN TIẾN**

*Luật Đất đai đã được Quốc hội khoá XI, kỳ họp thứ 4 thông qua ngày 26 tháng 11 năm 2003 sẽ có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 7 năm 2004. Luật này có những nội dung sửa đổi cơ bản những hạn chế trong thực tiễn quản lý và sử dụng đất từ năm 1993.*

*Nhằm góp phần chuẩn bị việc thực thi và giám sát thi hành Luật đất đai mới, ngày 08 tháng 5 năm 2004, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp phối hợp với Khoa pháp luật kinh tế của trường Đại học Luật Hà Nội tổ chức hội thảo khoa học “Luật đất đai năm 2003 và các vấn đề đặt ra trong việc thực hiện”. Tham dự hội thảo có các Đại biểu Quốc hội chuyên trách của Ủy ban Pháp luật, Ủy ban Kinh tế và Ngân sách, Ủy ban Văn hoá, Giáo dục thanh niên, thiếu niên và nhi đồng, Ủy ban về các vấn đề xã hội của Quốc hội, các chuyên gia và các nhà nghiên cứu của các vụ chuyên môn Bộ Tài nguyên và Môi trường, Ban nghiên cứu của Thủ tướng, trường Đại học Luật Hà Nội, Khoa Luật Đại học Quốc gia, các chuyên gia của các vụ phục vụ Hội đồng dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội và các Ban của Ủy ban thường vụ Quốc hội.*

*Tạp chí Nghiên cứu lập pháp xin giới thiệu tổng quát một số nội dung chủ yếu qua các tham luận được trình bày tại hội thảo.*

## **Về sở hữu đất đai**

Các ý kiến phát biểu tại hội thảo đều tâm đắc rằng khái niệm sở hữu toàn dân đối với đất đai không còn chung chung, trừu tượng như trước đây mà đã chỉ ra một cách cụ thể hơn thông qua quy định tại Điều 5, khoản 1 “Đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu” và các quy định cụ thể về quyền định đoạt, quyền thống nhất quản lý của Nhà nước đối với đất đai tại các khoản khác của Điều này.

## **Quản lý Nhà nước về đất đai - Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất**

Quản lý nhà nước về đất đai là một hành vi quản lý có

yêu cầu cao về công nghệ quản lý hành chính đồng thời là một công cụ quản lý kế hoạch vĩ mô về kinh tế. Trong điều kiện xây dựng Nhà n-ớc pháp quyền và cải cách hành chính thì quản lý nhà n-ớc về đất đai càng phải đổi mới theo h-ớng quản lý tốt với ít nhất là bốn yếu tố song hành: *một là*, quản lý bằng pháp luật, *hai là* trách nhiệm cao của cơ quan có thẩm quyền quản lý nhà n-ớc tr-ớc nhân dân, *ba là* tính minh bạch, công khai trong thực thi pháp luật, *bốn là* sự tham gia và giám sát kiểm tra rộng rãi của công chúng.

Nhiều tham luận đã đề cập đến việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (GCNQSDĐ) phải đ-ợc gấp rút triển khai rộng khắp và phải đơn giản hơn về thủ tục để có thể hoàn tất việc cấp GCNQSDĐ vào năm 2005. Đây không những là hình thức pháp lý xác lập quyền sử dụng hợp pháp của ng-ời sử dụng đất mà còn là nghĩa vụ của Nhà n-ớc. GCNQSDĐ đ-ợc quy định theo một mẫu thống nhất và do Bộ Tài nguyên và Môi trường phát hành (Điều

48). Luật năm 2003 thể hiện việc phân quyền một cách rành mạch giữa cấp tỉnh và cấp huyện trong thẩm quyền cấp GCNQSDĐ<sup>1</sup>.

Nhiều đại biểu nhất trí rằng cấp GCNQSDĐ là phục vụ mục đích quản lý, do đó các thủ tục hành chính phải đ-ợc quy định đơn giản và tiện lợi cho ng-ời dân, không nên quan niệm theo cách Nhà n-ớc “*ban ơn*” cho ng-ời sử dụng đất. Vì vậy, cần cấp GCNQSDĐ cho tất cả các trường hợp sử dụng đất tr-ớc ngày 15/10/1993 mang tính ổn định, lâu dài và không có tranh chấp mà không kèm theo bất cứ một điều kiện nào, phát hiện kịp thời và xử lý nghiêm minh các hành vi sách nhiễu, tham nhũng, hối lộ trong việc cấp GCNQSDĐ của cán bộ địa chính các cấp.

### **Đất đai là nguồn lực phát triển**

Một số đại biểu tham dự hội thảo đã đề cập đến những hạn chế trong chính sách giao đất, cho thuê đất hiện nay, đồng thời nêu ra h-ớng đổi mới cơ bản để

phát huy nguồn lực cực kỳ to lớn từ đất đai, đó là cần phân biệt rành mạch giữa quản lý hành chính và quản lý kinh doanh đối với đất đai. Luật đất đai năm 2003 cho thành lập *tổ chức phát triển quỹ đất* (Điều 41) là loại hình tổ chức mới, lần đầu tiên xuất hiện ở n-ớc ta, vì thế trong các văn bản cụ thể hoá Luật đất đai năm 2003 cần làm rõ quy chế, tổ chức và hoạt động của tổ chức này. Nếu đ-ợc tổ chức tốt, tổ chức này có thể hỗ trợ rất hiệu quả trong việc đền bù, giải phóng mặt bằng.

Thực hiện chủ trương của Hội nghị TW 9 về “*áp dụng những biện pháp mạnh mẽ, đồng bộ để xoá bao cấp về đất*”, cần quan tâm giải quyết hai vấn đề còn ch-a nhất quán hiện nay, *thứ nhất*, đó là việc giao đất không thu tiền để xây dựng nhà ở phục vụ tái định c- đối với tổ chức sử dụng đất để xây dựng nhà ở phục vụ tái định c- theo các dự án của Nhà n-ớc (Điều 33, khoản 4) trong khi tổ chức kinh tế đ-ợc giao đất sử dụng vào mục đích xây dựng nhà ở để bán, hoặc cho thuê thì vẫn phải

<sup>1</sup> Điều 52 quy định về thẩm quyền cấp GCNQSDĐ nh- sau: 1. UBND tỉnh, Thành phố trực thuộc Trung -ong cấp GCNQSDĐ cho tổ chức, cơ sở tôn giáo, ng-ời Việt Nam định c- ở n-ớc ngoài, tổ chức, cá nhân n-ớc ngoài, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 điều này. 2. UBND huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh cấp GCNQSDĐ cho hộ gia đình, cá nhân, cộng đồng dân c-, ng-ời Việt Nam định c- ở n-ớc ngoài mua nhà gắn liền với quyền sử dụng đất ở. 3. Cơ quan có thẩm quyền cấp GCNQSDĐ quy định tại khoản 1 Điều này đ-ợc uỷ quyền cho cơ quan quản lý đất đai cùng cấp. Chính phủ quy định điều kiện đ-ợc uỷ quyền cấp GCNQSDĐ.

nộp tiền sử dụng đất (Điều 34, khoản 2). *Vấn đề thứ hai*, đó là chính sách đất đai đối với các doanh nghiệp nhà n-ớc (DNNN) vẫn ch-a đ-ợc xử lý một cách rõ ràng dứt khoát dẫn đến việc nhiều DNNN đ-ợc h-ớng lợi từ việc “*xí chõ*” quyền sử dụng đất hơn là từ kinh doanh.

Thực hiện chính sách điều tiết để bảo đảm lợi ích của Nhà n-ớc với t- cách là ng-ời đại diện chủ sở hữu và là nhà đầu t- lớn nhất phát triển hạ tầng, làm tăng giá trị của đất, cần tập trung 3 việc: Quản lý chặt khâu chuyển đổi mục đích sử dụng đất; thu hồi cả diện tích hai bên lề đ-ờng; mở rộng diện đấu giá quyền sử dụng đất.

Đại biểu Vụ đất đai của Bộ Tài nguyên và Môi trường nêu ra vấn đề những rắc rối phát sinh trong đền bù thu hồi đất, giải phóng mặt bằng chính là do giá đền bù quá thấp so với giá thị trường. Vì thế, vừa qua Bộ Tài chính đã trình Chính phủ dự thảo Nghị định về ph-ơng pháp xác định giá đất và khung giá đất mới “*sát giá thị trường*” và Nghị định về bồi th-ờng, hỗ trợ và tái định c- khi Nhà n-ớc thu hồi đất với nguyên tắc “*đền bù sát với giá thị trường*”.

### **Về công tác chuẩn bị điều kiện thực thi Luật đất đai năm 2003**

Vấn đề đ-ợc quan tâm trong hội thảo là cho đến nay, việc chuẩn bị các điều kiện để đến ngày 01/7/2003 Luật đất đai năm 2003 sẽ đ-ợc thi hành một cách hiệu quả. Theo ý kiến của đại biểu Vụ đất đai của Bộ Tài nguyên và Môi trường thì Chính phủ sẽ có 5 Nghị định h-ớng dẫn thi hành Luật đất đai năm 2003, đó là Nghị định h-ớng dẫn thi hành Luật đất đai; Nghị định xử phạt vi phạm hành chính trong quản lý và sử dụng đất đai; Nghị định về ph-ơng pháp xác định giá đất và khung giá các loại đất; Nghị định về thu tiền sử dụng đất; Nghị định về bồi th-ờng thiệt hại, hỗ trợ và tái định c- khi Nhà n-ớc thu hồi đất. Ngoài ra, Bộ Tài nguyên và Môi trường sẽ ban hành một số văn bản h-ớng dẫn về quy hoạch sử dụng đất, về đăng ký đất đai, lập hồ sơ địa chính,... đồng thời tiếp tục triển khai công tác phổ biến giáo dục pháp luật về đất đai, tập trung kiện toàn tổ chức bộ máy và đẩy mạnh cải cách hành chính trong quản lý đất đai. Việc tổ chức thi hành Luật đất đai phải đ-ợc triển khai toàn diện, nhiệm vụ tr-ớc mắt

trong 2 năm (2004-2005) là phải tạo ra chuyển biến trên 5 lĩnh vực: Công tác quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; công tác giao đất, cho thuê đất, thu hồi đất; hoàn thành việc cấp GCNQSDĐ vào năm 2005; đổi mới công tác quản lý giá đất; khắc phục yếu kém trong công tác bồi th-ờng, giải phóng mặt bằng, tái định c-. Bên cạnh đó, cần chú trọng công tác kiểm tra, thanh tra việc chấp hành pháp luật về đất đai và giải quyết khiếu nại, tố cáo về quản lý và sử dụng đất. Năm Nghị định này sẽ không “*chép lại*” Luật đất đai, nh-ng chắc chắn số Điều của 5 Nghị định sẽ lớn hơn số Điều của Luật đất đai năm 2003. Các đại biểu kỳ vọng rằng hệ thống văn bản quy phạm pháp luật d-ới Luật đất đai 2003 (kể cả quy định thuộc thẩm quyền địa ph-ơng) sẽ không quá phức tạp nh- hiện nay./.

## Hội thảo

# BÀN VỀ MẶT BẰNG BÌNH ĐẲNG ĐỐI VỚI NG-ỒI NHIỄM HIV/AIDS

Minh Đức

*Ngày 28 tháng 4 năm 2004, Trung tâm Nhân quyền, Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh và Care International tổ chức tọa đàm về pháp luật quốc tế, pháp luật Việt Nam, nhân quyền đối với ng-ời nhiễm HIV/AIDS<sup>1</sup>*

**M-a không khắp:** Nhà n-ớc pháp quyền có một nội dung quan trọng là tính tối th-ợng của pháp luật; trong đó một nguyên tắc quan trọng là sự bình đẳng của pháp luật và tr-ớc pháp luật. Tại sao pháp luật ghi nhận sự bình đẳng nh-ng vẫn có sự bất bình đẳng trong thực tiễn thi hành? Làm gì để khắc phục? Cuộc tọa đàm tìm câu trả lời.

Pháp luật là một mặt bằng chung, tiêu chuẩn chung cho mọi ng-ời; nh-ng xã hội lại đa dạng, có nhiều loại ng-ời khác nhau, mỗi ng-ời có những

khiếm khuyết riêng, những hạn chế riêng do nhiều lý do. Do đó mặt bằng pháp luật (bình đẳng cào đều) áp vào cuộc sống đầy rẫy sự gồ ghề, lại trở thành bất bình đẳng trong thi hành, nếu “sự gồ ghề” trên đây không đ-ợc nhận biết trong khi xây dựng luật và đặc biệt trong thi hành luật. Bởi điều thứ hai mới đặc biệt quan trọng.

**Sự gồ ghề:** Lấy ví dụ về quyền lao động. Hiến pháp và pháp luật đều khẳng định không phân biệt đối xử do vị thế, giới... đó là mặt bằng bình đẳng, nh-ng áp vào những đối t-ợng

cụ thể trong xã hội lại có những đối t-ợng không thể tiếp cận sự bình đẳng pháp lý đó đ-ợc do sự khác biệt riêng của nhóm này, ví dụ khác biệt về giới, về dân tộc, trình độ, vùng, khuyết tật hoặc bệnh tật... Mặt bằng bình đẳng không thực hiện đ-ợc vì những lý do không phải do pháp luật mà là những lý do khác nh- định kiến xã hội, định kiến giới, lợi nhuận. Vì thế phải xem xét khả năng thực thi của pháp luật trên cơ sở thực tiễn đối với những đối t-ợng đặc biệt, th-ờng gọi là các đối t-ợng thua thiệt, dễ bị tổn th-ơng. Phân tích giới trong lập pháp và

<sup>1</sup> Tài liệu và trao đổi xin liên hệ qua Trung tâm nhân quyền hoặc Tạp chí Nghiên cứu lập pháp.

hoạch định chính sách làm ví dụ. Một ví dụ khác là phân tích bình đẳng trong thực thi pháp luật đối với những nhóm xã hội yếu thế thuộc đối tượng chính sách xã hội, ví dụ cộng đồng người nhiễm HIV/AIDS. Sự phân tích này nhằm hai mục đích: thực hiện phòng ngừa tích cực và hiệu quả sự lây nhiễm tràn lan (bảo vệ xã hội). Pháp lệnh Phòng chống nhiễm vi rút gây ra hội chứng suy giảm miễn dịch mắc phải ở người (1995) là nhằm mục đích thứ nhất và mục đích thứ hai là vì lý do nhân đạo và công bằng, tạo điều kiện để những người nhiễm HIV/AIDS thực hiện các quyền công dân, quyền con người một cách bình thường... không bị kỳ thị. Mục đích thứ hai có lẽ tựu trung cũng hỗ trợ mục đích thứ nhất vì có thể xã hội chủ động kiểm soát qua sự minh bạch, công khai.

Toạ đàm của Trung tâm Nhân quyền Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh ngày 28 tháng 4 năm 2004 bàn về phân tích chính sách bình đẳng pháp luật đối với nhóm người nhiễm HIV/AIDS là theo hướng phân tích kết hợp hai mục đích này. Hội nghị đã biết tuy hiện nay chưa có một công ước quốc tế cụ thể về người sống chung với HIV/AIDS nhưng đã có nhiều hướng dẫn của Liên Hợp Quốc về cách tiếp cận “con người” đối với nạn nhân của HIV/AIDS, coi họ là những bệnh nhân có

những căn bệnh không chữa được, giống như cách tiếp cận coi những người nghiện ma túy như những người bệnh (mà ở Việt Nam không phải xã hội đã chấp nhận cách tiếp cận này). Cơ hội mắc HIV có thể xảy ra đối với bất kỳ ai, không phải chỉ đối với những người lây nhiễm qua “những cơn đường bần thủ” như một số học giả quan sát. Họ có thể là công chức, những người thừa hành công vụ, bác sĩ nhân viên y tế bị lây nhiễm hoặc qua con đường tình dục chính đáng không an toàn mà cả hai bên đều không biết (khác với tội phạm chủ ý lây nhiễm HIV cho người khác)... Con cái họ thường chịu sự ghê lạnh, phân biệt đối xử, vì không phải vị phụ huynh nào cũng chấp nhận cho con mình ở cơ sở đào tạo có học sinh biết chắc nhiễm HIV/AIDS. Sự bình đẳng pháp luật về lao động, đào tạo, quyền sống, tự do, nhân phẩm..., trong danh sách hàng loạt các quyền mà Hiến pháp và pháp luật đã đề cao và có cơ chế thi hành đã vắng phải sự gồ ghề ở đối tượng này. Cũng có người đề nghị hãy ban hành thêm luật để cấm kì thị người nhiễm HIV/AIDS, hoặc bổ sung vào Luật giáo dục cấm “tử chối” học sinh bị nhiễm HIV/AIDS. Cũng có ý kiến khác bản khoản phải chăng lệnh cấm luôn đem lại hiệu quả như ý? Lý do không phải ở pháp luật mà ở thi hành

(hành chính) và giáo dục cộng đồng, xã hội. Thế mới biết trong phân tích chính sách, không phải mọi “vấn đề phát hiện được” cũng đều có thể giải quyết bằng biện pháp “đưa thần pháp luật”.

Toạ đàm đã kết thúc bằng những kết quả nhận biết vấn đề, những khó khăn của bệnh nhân HIV/AIDS và một số giải pháp đề xuất cần nghiên cứu như: chương trình giảm hại, quyền lao động của người nhiễm HIV/AIDS. Phát biểu cảm nhận tại toạ đàm của một số thanh niên trẻ mắc HIV/AIDS về những kì thị ở bệnh viện, trường học, nơi làm việc đã để lại những suy tư day dứt của những đại biểu tham dự.

Rồi trong bối cảnh toàn cầu, sẽ có nhiều đại dịch tương tự. Nhưng con người vẫn phải sống văn minh, vị tha và có trách nhiệm với cộng đồng và của cộng đồng đối với cá nhân. Con đường nào, giải pháp nào đang là những bài toán cần đặt ra để phân tích đối với những đối tượng tương tự. Đó là thi hành luật. Luật là barem khô, nhưng khi đi vào thi hành nó đòi hỏi sự uyển chuyển của nhà hành pháp và giám sát. Những vấn đề tương tự như cuộc toạ đàm này nêu ra là cách đi đáng tham khảo./.

# TH- KÝ TOÀ ÁN PHẢI LÀ MỘT NGHỀ

XUÂN ANH - HỒ THẾ HOÈ\*

*Ở Việt Nam hiện nay, rất ít người coi th- ký toà án là một nghề nghiệp lâu dài, mà hầu hết chỉ coi nh- một b-ớc đệm để trở thành thẩm phán. Điều này không khỏi tác động tới chất l-ợng của đội ngũ th- ký trong các toà án hiện nay. Thực tế này đặt ra đòi hỏi phải có sự điều chỉnh trong chính sách và pháp luật về th- ký toà án, nhằm xây dựng không những nguồn thẩm phán mà còn là một nghề ổn định lâu dài, góp phần nâng cao chất l-ợng xét xử của toà án*

## Quy định của pháp luật về chức danh th- ký toà án và thực trạng

Luật tổ chức Toà án nhân dân năm 2002 quy định về thành phần của toà án các cấp đều có th- ký toà án theo ngạch l-ợng và phụ cấp riêng. Nh- vậy, th- ký toà án là một trong các chức danh t- pháp đ-ợc pháp luật ghi nhận. So với các chức danh chánh án, phó chánh án, thẩm phán, hội thẩm đ-ợc quy định rõ ràng trong Luật tổ chức TAND, thì chức danh th- ký toà án lại ch-a đ-ợc quy định cụ thể về tiêu chuẩn, thời hạn đảm nhận chức danh, mối quan hệ với các chức danh khác; chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của th- ký... Pháp luật tổ tụng cũng chỉ quy định nhiệm

vụ, quyền hạn của Th- ký trong phiên toà mà ch-a quy định tr-ớc và sau phiên toà hoặc trong các hoạt động tố tụng khác nằm lẫn trong nhiệm vụ, quyền hạn chung của Toà án một cách không rõ ràng<sup>1</sup>.

Chính vì vậy, trong các hoạt động tố tụng, đặc biệt là trong tố tụng dân sự, thì công việc của th- ký toà án nhiều khi lấn sang thẩm quyền của thẩm phán. Ví dụ, theo Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự hiện hành, Điều 38, khoản 1 quy định toà án thực hiện các công việc điều tra tr-ớc khi hoà giải và xét xử nh- sau: a) Lấy lời khai của các đ-ơng sự, ng-ời làm chứng về những vấn đề cần thiết; b) Yêu cầu cơ quan Nhà n-ớc, tổ chức xã hội hữu quan hoặc công

dân cung cấp bằng chứng có ý nghĩa cho việc giải quyết vụ án; c) Xem xét tại chỗ; d) Tr-ng cầu giám định; đ) Yêu cầu cơ quan chuyên môn định giá hoặc lập Hội đồng định giá tài sản có tranh chấp. Do quy định chung nh- vậy nên dẫn đến thực tế hiện nay là có toà án chỉ có mình thẩm phán lấy lời khai của các đ-ơng sự, có Toà án giao cho th- ký toà án, nh-ng cũng có toà án cho phép cả thẩm phán và th- ký toà án cùng lấy lời khai của các đ-ơng sự... Hoặc nh- quy định thẩm phán và th- ký toà án cùng tiến hành việc xem xét tại chỗ, xác minh hay nhiều khi chỉ có một mình thẩm phán hoặc một mình th- ký toà án thực hiện công việc này.

<sup>1</sup> Ví dụ nh- tại điều 41 Bộ luật tố tụng hình sự (năm 2003) quy định nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của th- ký toà án nh- sau: a) Phổ biến nội quy phiên toà; b) Báo cáo với HĐXX danh sách những ng-ời đ-ợc triệu tập đến phiên toà; c) Ghi biên bản phiên toà; Tiến hành các hoạt động tố tụng khác thuộc thẩm quyền của toà án theo sự phân công của Chánh án.

Không có quy định cụ thể về tiêu chuẩn th- ký toà án nên dẫn đến trình độ chuyên môn của các th- ký toà án rất khác nhau. Có ng-ời có trình độ đại học luật, nh-ng cũng có ng-ời chỉ có trình độ sơ cấp, trung cấp luật, thậm chí ở một số toà án còn có tình trạng đ-a con em trong ngành từ vị trí nhân viên bảo vệ, phục vụ, lái xe, đánh máy, kế toán vào làm th- ký toà án sau khi cho đi học đại học tại chức luật nh-ng thực chất năng lực vẫn rất hạn chế. Từ đó dẫn đến tình trạng hầu hết các thẩm phán đều đ-ợc phát triển từ th- ký toà án nên không tránh khỏi hạn chế về trình độ và năng lực của đội ngũ này. Thực tế đó đã ảnh h-ởng đến chất l-ợng xét xử của toà án. Hiện nay, ngành toà án đang có những cố gắng tiêu chuẩn hoá trình độ thẩm phán, tuy nhiên nếu không đồng thời chú ý xây dựng sớm các quy định cụ thể về tiêu chuẩn chức danh th- ký toà án thì việc nâng cao chất l-ợng thẩm phán, chất l-ợng xét xử của toà án cũng khó có hiệu quả.

### **Làm th- ký toà án để trở thành thẩm phán**

Luật tổ chức Toà án nhân dân, Pháp lệnh Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân năm 2002 không nói rõ việc trở thành thẩm phán phải trải qua thời gian làm th- ký toà án, nh-ng trên thực tế điều này hầu nh- đã trở thành một luật lệ bất thành văn.

Thực tế, hầu nh- tất cả các th- ký toà án, nhất là th- ký toà án cấp huyện đều cho rằng công việc này chỉ là “*b-ớc đệm*” để chờ đủ thời gian theo quy định (ít nhất là 4 năm) đ-ợc làm thẩm phán. Nguyên vọng đó là chính đáng và ý chí phấn đấu v-ơn lên của các th- ký toà án cần đ-ợc khuyến khích. Tuy nhiên, không phải tất cả các th- ký toà án sau thời gian quy định đều có thể đ-ợc bổ nhiệm tất cả làm thẩm phán. Hơn nữa, nếu th- ký toà án sau một thời gian làm việc mới bắt đầu thành thạo công việc và có kinh nghiệm về nghiệp vụ th- ký lại đ-ợc lựa chọn và bổ nhiệm làm thẩm phán dẫn đến tình trạng là toà án luôn thiếu th- ký toà án giỏi. Cũng chính vì thế nên có rất ít th- ký toà án nào yên tâm gắn bó với nghề suốt đời. Vậy, vấn đề đặt ra là: việc đào tạo chức danh th- ký toà án nhằm góp phần nâng cao chất l-ợng xét xử của toà án hay là chỉ nhằm phát triển nguồn thẩm phán? Việc quan tâm bảo đảm quyền lợi cho chức danh th- ký toà án đã đ-ợc thoả đáng ch-a?

Mặc dù pháp luật xác định th- ký toà án là một trong những chức danh t- pháp, là một trong những ng-ời tiến hành tố tụng tại phiên toà, nh-ng khác với các chức danh khác (nh-: điều tra viên, kiểm sát viên, thẩm phán...) đ-ợc bổ nhiệm và đ-ợc quy định nhiệm vụ cụ thể, rõ

ràng, ổn định, lâu dài, thì th- ký toà án hiện nay không phải là chức danh đ-ợc bổ nhiệm và chỉ đ-ợc hiểu là công việc có thời hạn, là “*thời gian thử thách*” để lựa chọn, bổ nhiệm làm thẩm phán. Chính vì vậy mà không có nhiều ng-ời thực sự say mê, gắn bó lâu dài. Thậm chí, đã có những quan điểm đánh giá rằng: nếu một ng-ời làm th- ký toà án với thời gian quá lâu mà không đ-ợc bổ nhiệm thẩm phán thì đó là ng-ời kém tiến bộ, không có trình độ, năng lực.

Đã đến lúc chúng ta cần quan tâm hơn đến công việc của những ng-ời làm th- ký toà án hiện nay, nâng cao vị trí, cũng nh- bảo đảm thích đáng quyền lợi đối với chức danh này để họ không những yên tâm với công việc lâu dài mà còn tự hào, coi đó là một nghề mang tính chuyên nghiệp. Có nh- vậy, mới đáp ứng đ-ợc yêu cầu trong công cuộc cải cách t- pháp hiện nay.

### **Th- ký toà án là một nghề**

Khi nói đến hoạt động xét xử của toà án, chúng ta th-ờng chỉ chú ý đến vai trò của thẩm phán mà ch-a thực sự quan tâm nhiều đến công việc của th- ký toà án. Thực tế, trong tất cả các giai đoạn xét xử một vụ án, nhất là một vụ án dân sự, đều có liên quan đến công việc và sự tham gia của th- ký toà án. Đặc biệt, chất l-ợng xét xử một vụ án phụ thuộc không nhỏ vào th- ký toà

án. Có rất nhiều th- ký toà án giỏi đã giúp cho thẩm phán hoàn thành tốt nhiệm vụ và cũng đã có những th- ký toà án không đáp ứng đ-ợc yêu cầu của công việc, gây cho thẩm phán nhiều khó khăn trong quá trình giải quyết vụ án, thậm chí nhiều khi mắc sai lầm.

Luật tổ chức TAND và Pháp lệnh Thẩm phán và Hội thẩm toà án nhân dân năm 2002 không có điều nào quy định thẩm phán nhất thiết phải trải qua thời gian làm th- ký toà án, nh-ng cũng không phủ nhận việc th- ký toà án là một nguồn tin cậy để lựa chọn, bổ nhiệm làm thẩm phán. Theo tiêu chuẩn mới đối với thẩm phán trong Pháp lệnh Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân, chỉ có thẩm phán toà án cấp quận, huyện, thị xã thuộc tỉnh và thẩm phán toà án quân sự khu vực là chủ yếu dựa vào nguồn th- ký toà án<sup>2</sup>, còn Thẩm phán toà án cấp tỉnh và thẩm phán Toà án tối cao hiện nay đ-ợc lựa chọn, bổ nhiệm từ hai nguồn: thẩm phán của toà án cấp d-ới một cấp và ng-ời có thời gian làm công tác pháp luật ít nhất 10 năm (đối với thẩm phán toà án cấp tỉnh, cấp quân khu) và 15 năm (đối với thẩm phán Toà án tối cao, Toà

án quân sự Trung -ơng). Ngay cả đối với nguồn thứ hai, Pháp lệnh cũng không quy định rõ nhất thiết tiêu chuẩn phải trải qua thời gian làm th- ký toà án. Điều này phù hợp với thực tế tổ chức của các Toà án cấp tỉnh và các toà chuyên trách TANDTC: những ng-ời làm công tác chuyên môn đ-ợc gọi là thẩm tra viên mới chính là lực l-ợng chủ yếu để phát triển làm thẩm phán. Nh- vậy, sẽ có một số th- ký toà án vẫn làm việc lâu dài, đó là điều kiện thuận lợi cho việc xây dựng, củng cố và phát triển nghề nghiệp th- ký toà án.

Để thực hiện đ-ợc h-ớng phát triển Th- ký toà án, theo chúng tôi, cần chú ý một số việc sau:

- *Pháp luật cần quy định cụ thể tiêu chuẩn, quy trình tuyển chọn và bổ nhiệm ng-ời làm th- ký toà án* nhằm khắc phục những tùy tiện hiện nay ở các toà án, nhất là toà án cấp huyện là bất kỳ ng-ời nào đã vào làm việc tại toà án thì đều có thể bổ nhiệm làm th- ký toà án.

- *Chú trọng việc đào tạo nghề th- ký toà án.* Hiện nay, Học viện T- pháp đã đ-ợc hình thành, việc đào tạo thẩm phán phải đi đôi với việc đào tạo th- ký toà án để ngay từ đầu có thể

giúp cho ng-ời vào Học viện xác định đ-ợc nghề nghiệp theo đúng nguyện vọng, sở tr-ờng của họ. Cần tiến tới việc những ng-ời đã có trình độ đại học luật vẫn cần phải qua đào tạo một khoá học chung về nghề th- ký toà án, sau đó mới đ-ợc tuyển chọn vào làm việc trong ngành toà án và bổ nhiệm làm th- ký toà án.

- *Luật tổ chức Toà án nhân dân cần quy định cụ thể về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn chung của chức danh th- ký toà án để làm cơ sở cho pháp luật tố tụng cụ thể hoá thêm trong từng lĩnh vực tố tụng. Quy định về chế độ, quyền lợi khác, trong đó có mức l-ợng th- ký toà án cần đ-ợc sửa đổi theo h-ớng nâng lên gần với mức l-ợng của thẩm phán và có các bậc l-ợng lâu dài tạo điều kiện cho th- ký toà án có thể làm việc đến khi nghỉ h-u.*

Có nh- vậy thì ng-ời đ-ợc bổ nhiệm chức danh th- ký toà án sẽ cảm thấy vinh dự và yên tâm làm việc lâu dài, coi đó là một nghề chuyên nghiệp để gắn bó, phát huy hết khả năng cho nghề./.

\* *Học viện an ninh nhân dân*

<sup>2</sup>Điều 20 Pháp lệnh Thẩm phán và Hội thẩm Toà án nhân dân năm 2002 quy định: Ng-ời có đủ tiêu chuẩn quy định tại khoản 1 Điều 5 của Pháp lệnh này, có thời gian làm công tác pháp luật từ 4 năm trở lên, có năng lực xét xử những vụ án và giải quyết những việc khác thuộc thẩm quyền của Toà án nhân dân cấp huyện, Toà án quân sự khu vực, thì có thể đ-ợc tuyển chọn và bổ nhiệm làm thẩm phán TAND cấp huyện, nếu ng-ời đó là sỹ quan quân đội tại ngũ thì có thể đ-ợc tuyển chọn và bổ nhiệm làm thẩm phán Toà án quân sự khu vực.



# NHẬN DIỆN NHÀ N-ỚC PHÁP QUYỀN

HOANG Thị Kim Quế\*

***Xây dựng nhà n-ớc pháp quyền là con đ-ờng phát triển tất yếu của đất n-ớc ta, phù hợp với xu thế chung của thời đại, không chỉ là nguyện vọng mà đã và đang trở thành nhu cầu hiện thực và khả năng hiện thực (Xem, Nguyễn Duy Quý, bài viết trên báo Nhân dân số 29/11/2001). Thế nh-ng, muốn xây dựng nhà n-ớc pháp quyền, tr-ớc hết cần nhận biết những tiêu chí mà nó h-ớng tới. Bài viết b-ớc đầu để cập một số tiêu chí nh- thế để nhận diện nhà n-ớc pháp quyền***

## Đặt vấn đề

Cũng nh- nhận diện các sự vật, hiện t-ợng khác, tr-ớc hết cần trở lại nội hàm khái niệm nhà n-ớc pháp quyền (NNPQ). Trong lý luận, còn nhiều cách tiếp cận khác nhau về NNPQ: tính tối cao của luật, nghĩa vụ tuân thủ pháp luật của chính nhà n-ớc<sup>1</sup>; nguyên tắc phân công rành mạch giữa các nhánh quyền lực lập pháp, hành pháp và t- pháp<sup>2</sup>. Có ý kiến coi điều cốt lõi nhất của nhà n-ớc pháp quyền là ph-ơng diện kinh tế, quyền tự do và tự chủ kinh doanh trong lĩnh vực sản xuất và tiêu dùng<sup>3</sup>. Theo các nhà luật học Liên bang

Nga thì có ba dấu hiệu cơ bản nhất của NNPQ: tổ chức quyền lực nhà n-ớc khoa học, phân định giữa các quyền lập pháp, hành pháp, t- pháp trong cơ chế kiểm soát lẫn nhau, tự do dân chủ của công dân, bảo vệ quyền con ng-ời; tính tối cao của luật, sự thống trị của pháp luật, nhà n-ớc phải tự đặt mình d-ới pháp luật<sup>4</sup>. Mặc dù đ-ợc tiếp cận từ nhiều bình diện khác nhau, nh-ng tựu chung lại, khái niệm về NNPQ có thể đ-ợc thể hiện trên những điểm cơ bản sau. NNPQ từ bản thân sự ra đời và sự hiện diện trên thực tế đã cho thấy đây là những mô thức tổ chức nhà n-ớc<sup>5</sup>, là ph-ơng thức tổ chức

---

<sup>1</sup> Viện nghiên cứu khoa học pháp lý, Bộ T- pháp, *Xây dựng nhà n-ớc pháp quyền Việt Nam, Kỷ yếu Hội thảo đề tài KX. 05. 07, tại Hà Nội, tháng 6 năm 1992, tr 72.*

<sup>2</sup> Viện nghiên cứu khoa học pháp lý, Bộ T- pháp, *Xây dựng nhà n-ớc pháp quyền Việt Nam, Kỷ yếu Hội thảo đề tài KX. 05. 07 tại Thành phố Hồ Chí Minh, tháng 4 năm 1993, tr 9 - 20, 34.*

<sup>3</sup> Viện nghiên cứu khoa học pháp lý, Bộ T- pháp, *Xây dựng nhà n-ớc pháp quyền Việt Nam, Hà Nội, sđd, tr. 102*

<sup>4</sup> Xem, Manóp G. N. *Những cơ sở và nguyên tắc hiến định của nhà n-ớc pháp quyền, Matxcova, 1995, Bản tiếng Nga, tr 245, Ladáep V. V Lý luận nhà n-ớc pháp quyền, Nxb Luật học, Matxcova, 1994, bản tiếng Nga, tr 293*

<sup>5</sup> Đào Trí Úc, bài đăng trên *Tạp chí Cộng sản* số 23, tháng 12/2001, tr 40 -42.

quyền lực nhà n-ớc khoa học, hợp lý, kiểm soát lẫn nhau giữa các loại cơ quan lập pháp, hành pháp và t- pháp, hoạt động trên cơ sở pháp luật, vai trò t-ơng xứng với năng lực, có hiệu quả. Pháp luật là ph-ơng tiện điều chỉnh quan trọng hàng đầu, pháp luật mang tính pháp lý cao: tính khách quan, nhân đạo, công bằng, tất cả vì lợi ích của con ng-ời. NN PQ, do vậy, khác với nhà n-ớc pháp trị, nhà n-ớc độc tài, nhà n-ớc đức trị, NN PQ là hiện t-ợng chính trị - pháp lý phức tạp, đ-ợc biểu hiện trên nhiều cấp độ, do vậy khó có thể có một định nghĩa bao quát hết nội hàm khái niệm NN PQ.

Để nhận diện NN PQ phải dựa vào những tiêu chí nhất định. Các tiêu chí này xuất phát từ những yêu cầu cơ bản nhất của NN PQ, đ-ợc đánh giá trên những cấp độ, bình diện nhất định, phụ thuộc vào những điều kiện cụ thể của mỗi quốc gia. Cũng không nên so sánh giản đơn về cùng một tiêu chí NN PQ của quốc gia này với các quốc gia khác có những điều kiện khách quan rất khác nhau. Không có một khuôn mẫu chung, không có một nhà n-ớc pháp quyền siêu hình, chung chung, nhập khẩu từ bên ngoài vào<sup>6</sup>. Yếu tố hiện đại, nhân loại và dân tộc luôn luôn là cơ sở, là định h-ớng của xây dựng NN PQ. Bởi lẽ, tách rời những điều kiện khách quan của đất n-ớc, tách rời các yếu tố nội sinh của dân tộc cũng nh- yếu tố thời đại, xu thế hội nhập quốc tế thì không thể có một nhà n-ớc pháp quyền nào có thể tồn tại đ-ợc. Ngay nh- Nhật Bản, một điển hình về việc tiếp nhận luật pháp ph-ơng Tây đã từ một thế kỷ có thừa song sau khi tiếp nhận và suốt cả quá trình từ đó đến nay cũng phải đ-a những yếu

tố dân tộc vào hệ thống luật pháp và các thiết chế nhà n-ớc của mình.

### Nhận diện từ góc độ tổng thể

NN PQ là **kiểu tổ chức xã hội ở trình độ cao và tính pháp quyền** trong mọi lĩnh vực quan hệ xã hội. “*Tính pháp quyền*” này không chỉ thuần túy là pháp luật, bởi vì nhà n-ớc nào cũng có pháp luật song điều đó không có nghĩa là nhà n-ớc đó đã là NN PQ, có pháp luật không phải là tiêu chí duy nhất để xác định NN PQ.

Tính chất pháp quyền này cũng không chỉ đơn thuần là “*pháp chế*” - sự tuân thủ nghiêm minh pháp luật. Tính pháp quyền ở đây có nội dung cơ bản là sự ngự trị của một nền pháp luật đáp ứng các yêu cầu công bằng, nhân đạo, dân chủ, minh bạch, phù hợp đạo đức và tất cả vì con ng-ời.

Để có thể thực hiện một cách tốt nhất mục tiêu cao cả đó, cần phải có một nhà n-ớc có năng lực, hiệu quả và một xã hội công dân lành mạnh, phát triển. NN PQ cần đ-ợc nhìn nhận từ góc độ cơ cấu, tổ chức nhà n-ớc, góc độ pháp luật, góc độ xã hội, con ng-ời.

### Nhận diện từ góc độ tổ chức nhà n-ớc

D-ới góc độ cơ cấu tổ chức, NN PQ đòi hỏi sự phân định, phân công rõ ràng giữa các cơ quan nhà n-ớc cả theo chiều dọc, chiều ngang. Tính chất pháp quyền phải đ-ợc thể hiện trong hoạt động của các thiết chế nhà n-ớc và trong xã hội công dân. Nguyên tắc quản lý xã hội bằng pháp luật là một trong những tiêu chí nhận diện nhà n-ớc pháp quyền nh-ng ch-a đủ. Khởi thủy của t-ởng nhà n-ớc pháp quyền là sự phân định

<sup>6</sup> Hoàng Thế Liên, *Xây dựng nhà n-ớc pháp quyền từ lý luận đến thực tiễn*, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 1/2004, tr. 4

rạch ròi, sự sắp xếp và phối hợp giữa các thiết chế quyền lập pháp, hành pháp và t- pháp. Nh-ng cơ chế phân định, phân công trong tổ chức quyền lực nhà n-ớc không có mục đích tự thân mà nhằm hạn chế đến mức thấp nhất sự độc đoán, chuyên quyền và vi phạm quyền con ng-ời. Cơ chế này sẽ tạo điều kiện cho sự đảm bảo tự do chính trị trong hoạt động nhà n-ớc và xã hội. Theo Môngtétxkiơ, muốn có tự do chính trị thì phải có cơ chế tổ chức thực hiện quyền lực nhà n-ớc bảo đảm không có sự lạm quyền.

Công cuộc cải cách bộ máy nhà n-ớc ở n-ớc ta đã đạt đ-ợc những thành tựu to lớn trong việc xác lập cơ chế phân công, phối hợp giữa các cơ quan nhà n-ớc trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và t- pháp trên nguyên tắc thống nhất của quyền lực nhà n-ớc. Tuy nhiên, cơ chế phân định trong tổ chức quyền lực nhà n-ớc cũng xác định tính độc lập t-ơng đối và sự t-ơng tác tất yếu giữa các quyền lập pháp, hành pháp và t- pháp trong sự thống nhất của quyền lực nhà n-ớc<sup>7</sup>.

**Nhận diện NNPQ từ ph-ơng diện lập pháp** đ-ợc thể hiện tập trung ở chất l-ợng, tính khoa học, nhân văn của các sản phẩm lập pháp - các đạo luật pháp quyền và ở hiệu lực, hiệu quả của hoạt động giám sát tối cao của Quốc hội.

**Cần nhận diện NNPQ từ ph-ơng diện của nền hành chính quốc gia.** Đây là lĩnh vực hoạt động liên quan trực tiếp, th-ờng xuyên nhất đến mọi cá nhân, tổ chức và xã

hội, diễn ra liên tục trong mọi không gian và thời gian, sôi động hơn rất nhiều so với hoạt động lập pháp và t- pháp. Năng lực, tinh nhuệ, tiết kiệm, hợp pháp; hợp lý và hiệu quả, giải quyết, phản ứng một cách kịp thời, nhanh chóng các vấn đề nảy sinh trong xã hội - đó là những tiêu chí, tố chất cơ bản nhất của nền hành chính trong NNPQ. Mặc dù có những dấu hiệu khả quan nh-ng nhìn chung, tiến trình cải cách hành chính của chúng ta ch-a có những b-ớc phát triển đột phá<sup>8</sup>. Bộ máy hành chính nhà n-ớc còn công kênh, thủ tục hành chính vẫn ch-a hết r-ờm rà, nhiều quy định về hoạt động công vụ ch-a rõ ràng, đầy đủ. NNPQ tồn tại trong một xã hội công dân năng động và phát triển. Sự phức tạp, r-ờm rà về cơ cấu tổ chức sẽ là một trong những yếu tố quan trọng tạo nên sức ỳ, kém hiệu quả hoạt động của nền hành chính, nền hành chính không thông suốt, chậm chạp và khó khăn, cản trở lại có điều kiện đổ lên đầu ng-ời dân, các nhà doanh nghiệp.

Trong NNPQ, **t- pháp** có vị trí, vai trò đặc biệt quan trọng bởi nơi đó là sự thể hiện rõ nét nhất nền công lý và sự bình đẳng tr-ớc pháp luật. Nền t- pháp XHCN của chúng ta phải thực sự vì dân, xứng đáng với sự tin cậy của ng-ời dân gửi gắm việc giải quyết những vấn đề thiết thực của mình về tài sản, danh dự, nhân phẩm cho các cơ quan đại diện cho công lý<sup>9</sup>. Bảo đảm xét xử đúng ng-ời, đúng tội, đúng pháp luật, bảo đảm để không có oan, sai trong các khâu điều tra, truy tố và xét xử đã trở thành một trong những yêu cầu quan trọng của việc cải cách hệ thống t-

<sup>7</sup> Xem, Lê Minh Tâm, *bàn về tính thống nhất của quyền lực nhà n-ớc và sự phân công, phối hợp trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và t- pháp*, Tạp chí Luật học, số 5/2003, tr. 40 - 45

<sup>8</sup> Xem, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VIII, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội 1996, tr. 131

<sup>9</sup> Đào Trí Úc, bài đăng trên Tạp chí Cộng sản số 23, tháng 12/2001, tr 40 - 43

pháp n-ớc ta. Cải cách t- pháp có nhiệm vụ trọng tâm là xây dựng, vận hành một nền t- pháp giữ gìn công lý, công bằng xã hội, tính khách quan, độc lập chỉ tuân theo pháp luật<sup>10</sup>, thực hiện lời dạy quý giá của Chủ tịch Hồ Chí Minh: “*ngĩ cho cùng, vấn đề t- pháp cũng nh- mọi vấn đề khác, là vấn đề ở đời và làm ng-ời*” và “*các phán quyết của toà án phải thấu tình đạt lý*”. Tuy đã có nhiều đổi mới, song nền t- pháp của ta còn nhiều bất cập, ch-a đủ sức để bênh vực quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng cho ng-ời dân, các nhà doanh nghiệp<sup>11</sup>.

### Nhận diện từ ph-ơng diện pháp luật

Trong NNPQ, pháp luật có vị trí, vai trò hàng đầu trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội cơ bản. Vai trò hàng đầu của pháp luật đ-ợc đảm bảo bằng nhiều cách trong đó có việc xác lập và thực hiện sự kiểm soát tính tối cao của các đạo luật. Trong hệ thống pháp luật, các đạo luật phải chiếm -u thế. **Sự thống trị (ngự trị) của pháp luật** đòi hỏi nhà n-ớc phải xuất phát từ những yêu cầu khách quan của xã hội mà định ra pháp luật và chính bản thân cũng phải phục tùng pháp luật. Sự thống trị của pháp luật khác với sự thống trị độc tài của cá nhân, tùy tiện duy ý chí, đối lập với sự cai trị thoát ly hiện thực khách quan xã hội. Sự thống trị của những đạo luật pháp quyền làm cho xã hội ổn định, hạn chế sự lạm quyền, làm cho quyền lực mang tính pháp quyền phù hợp với pháp luật và đạo đức xã hội.

Trong NNPQ cần **phân biệt luật và pháp luật**. Luật chỉ là hình thức tồn tại của pháp

luật và nó sẽ mất đi **tính pháp quyền** nếu nó không phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, những nguyên tắc đó phải thể hiện đ-ợc các giá trị cao cả: tự do, bình đẳng, công bằng, nhân đạo. NNPQ không thể thông qua bất kỳ đạo luật nào mà chỉ có thể thông qua những đạo luật phù hợp với tiến bộ xã hội và các giá trị nhân văn chung, chỉ khi đó, đạo luật mới mang tính pháp quyền. Trong hệ thống các văn bản pháp luật, để nhận diện NNPQ, quốc gia cần phải “*trình làng*” - cộng đồng quốc tế hai loại văn bản quan trọng bậc nhất đó là Hiến pháp và Bộ luật Dân sự (ở đây luật dân sự đ-ợc hiểu theo nghĩa rộng). Trong NNPQ không tồn tại một thứ quyền lực vô giới hạn mà không có sự ràng buộc của hiến pháp và pháp luật. Pháp luật trong NNPQ phải xác định cho các cá nhân, tổ chức một phạm vi tự do của hoạt động, phạm vi xác định không chỉ những hành vi cần thiết mà còn là những hành vi có thể. Pháp luật trong NNPQ cần quy định cơ chế đảm bảo thực hiện nguyên tắc: *đ-ợc làm tất cả trừ những gì luật cấm* - đối với khu vực t- và: *chỉ đ-ợc làm những gì mà pháp luật cho phép* - đối với công quyền. Một hệ thống pháp luật đúng, tốt sẽ là hệ thống pháp luật nêu đ-ợc những ph-ơng án cho sự lựa chọn các hành xử phù hợp quy luật, lợi ích cá nhân và trật tự xã hội.

Thời gian qua, hệ thống pháp luật của nhà n-ớc ta đã từng b-ớc đ-ợc hoàn thiện, đáp ứng những yêu cầu, những “*tiêu chí, tố chất*” của nhà n-ớc pháp quyền. Pháp luật quy định rộng rãi hơn những thiết chế dân chủ và

<sup>10</sup> Lê Minh Tâm, *Hệ thống cơ quan t- pháp Việt nam từ sau cách mạng tháng Tám đến nay*, Tạp chí Luật học, số 1/2003, tr. 50 - 55

<sup>11</sup> Thông tin khoa học pháp lý, chuyên đề về các giải pháp chống hình sự hoá các giao dịch dân sự, kinh tế, Viện nghiên cứu khoa học pháp lý - Bộ T- pháp, số 9/2001, tr 17

những hình thức dân chủ của đời sống xã hội, mở rộng các quyền tự do dân chủ của công dân, dân chủ hoá hoạt động t- pháp. Với sự hiện diện của toà hành chính, ng-ời dân có thêm một ph-ơng thức mới để bảo vệ quyền của mình tr-ớc những hành vi, quyết định hành chính không hợp pháp của các cơ quan nhà n-ớc. Các văn bản về quy chế dân chủ cơ sở với ph-ơng châm “*dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra*”, góp phần làm trong sạch bộ máy nhà n-ớc, đảm bảo các quyền và lợi ích hợp pháp của công dân. Pháp luật ghi nhận bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của con ng-ời vừa với t- cách là thực thể xã hội và thực thể tự nhiên. Bên cạnh những thành tựu trên, vẫn còn nhiều yếu kém, bất cập trong hệ thống pháp luật. Tần suất sửa đổi pháp luật quá cao và việc thiếu các quy định cụ thể phải chờ h-ớng dẫn thi hành, công tác giải thích pháp luật còn nhiều yếu kém đã dẫn đến giảm hiệu lực pháp luật và tâm lý chấp hành pháp luật không nghiêm, -a “*tùy nghi vận dụng pháp luật*”. Tình trạng mâu thuẫn, chông chéo, không rõ ràng, thiếu cụ thể của các quy định vẫn còn khá phổ biến.

NNPQ cần đ-ợc nhận diện từ **ph-ơng diện tự do và trách nhiệm** - trách nhiệm pháp lý và trách nhiệm đạo đức. Trong điều kiện NNPQ, tự do đ-ợc mở rộng đối với mỗi cá nhân, tự do đ-ợc làm tất cả những gì pháp luật không cấm. Trong xã hội hiện đại, tự do càng rộng thì trách nhiệm càng cao và chặt chẽ. Sự can thiệp sâu, cụ thể của nhà n-ớc vào hoạt động của xã hội và đời sống cá nhân đ-ợc hạn chế lại, song vai trò và trách nhiệm xã hội của nhà n-ớc lại càng ngày gia tăng với t- cách là tổ chức công quyền. Trong lĩnh vực kinh tế, tự do kinh doanh đã đem lại

những hiệu quả to lớn về đời sống xã hội và mỗi cá nhân. Nh-ng tự do kinh doanh lại cần đến những khuôn khổ pháp luật để đảm bảo tự do, an toàn cho mỗi chủ thể kinh doanh và sự phát triển bền vững của đất n-ớc. Mọi hành vi của cá nhân và cơ quan nhà n-ớc đều đ-ợc đặt d-ới sự kiểm soát th-ờng xuyên của d- luật xã hội.

**Nhân đạo** là một trong những nguyên tắc, tiêu chí nhận diện của NNPQ, là xu thế chung của nhân loại tiến bộ. Trong lĩnh vực kinh tế, nhân đạo là sự cởi trói cho các cá nhân đ-ợc làm giàu hợp pháp, là sự tôn trọng và bảo vệ lợi ích của ng-ời sản xuất, ng-ời tiêu dùng, sự thay thế các biện pháp pháp lý cứng nhắc bằng các biện pháp nhân đạo hơn và mang tính giáo dục. Trong pháp luật hình sự, có những hành vi ít nguy hiểm cho xã hội trong điều kiện mới đã không bị coi là tội phạm và chuyển sang xử lý hành chính. Trong Bộ luật Hình sự năm 1999 đã thể hiện xu h-ớng giảm các biện pháp xử lý hình sự vừa đảm bảo sự nghiêm minh vừa có tính giáo dục mở đ-ờng cho ng-ời phạm tội hoàn l-ơng. Xu h-ớng nhân đạo hoá sẽ giúp cho pháp luật đi sâu vào đời sống, pháp luật đ-ợc ng-ời dân thực hiện tự giác.

Nhận diện NNPQ từ ph-ơng diện mối quan hệ biện chứng của **pháp luật và đạo đức** nh- một quy luật tất yếu của sự sinh tồn quốc gia, dân tộc, nh- một phần thiết yếu của cuộc sống cá nhân. Pháp luật chỉ có thể thực hiện đ-ợc vai trò là ph-ơng tiện điều chỉnh hàng đầu nếu có sự hỗ trợ của các quy phạm xã hội khác, đặc biệt là đạo đức truyền thống và đạo đức tiến bộ. NNPQ đề cao pháp luật nh-ng không loại trừ đạo đức. Nếu chỉ sống theo pháp luật không thôi thì ch-a

và không bao giờ có thể xây dựng đ-ợc một xã hội có kỷ c-ơng, trật tự, ổn định và phát triển bền vững. Hình nh-, đã trở thành một hiện t-ợng phổ biến, ngày nay, tr-ớc mỗi một việc làm, ng-ời ta th-ờng bao giờ cũng đánh giá, bình xét cả về ph-ơng diện pháp lý và đạo đức: “*Phù hợp hay là trái*”. Phải chăng đó cũng là những tín hiệu đáng mừng xét về mặt ý thức pháp luật và ý thức đạo đức, văn hoá pháp lý và văn hoá đạo đức? Pháp luật có mối quan hệ mật thiết với các loại quy tắc xã hội khác nh- phong tục, tập quán, truyền thống, khi áp dụng pháp luật, muốn đ-ợc công bằng và đầy đủ, cần phải đ-ợc bổ sung bằng tục lệ, tập quán<sup>12</sup>. Những năm gần đây, những quan điểm, chuẩn mực đạo đức truyền thống và đạo đức tiến bộ của nhân loại đã đ-ợc chuyển hoá vào nội dung và hoạt động áp dụng pháp luật. Vấn đề tội phạm hoá và phi tội phạm hoá cũng phải đứng trên cơ sở đạo đức thông qua cơ chế d- luận xã hội mà xem xét. Việc sửa đổi, bổ sung Bộ luật Hình sự năm 1999 và Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 là một những dẫn chứng sinh động. Đồng thời các yêu cầu của pháp luật cũng đ-ợc chuyển tải vào các quan niệm, chuẩn mực đạo đức, ý thức và hành vi đạo đức của con ng-ời.

**Minh bạch, công khai** là thuộc tính để bổ sung cho sự nhận diện NN PQ, pháp luật cần dễ hiểu, thống nhất, dễ vận dụng, dễ dàng truy cập, có độ tin cậy cao<sup>13</sup>. Nhà n-ớc phải đáp ứng nhu cầu thông tin về pháp luật, về các hoạt động thực tiễn pháp lý cho cá nhân và tổ chức. Thông tin pháp luật không chỉ dừng lại ở bản thân các văn bản pháp luật mà

còn bao gồm cả việc đ-a thông tin về thực tiễn áp dụng pháp luật, về các hành vi pháp luật và các hành vi vi phạm pháp luật. Luật pháp muốn có hiệu lực, hiệu quả thì ngoài sức mạnh của công quyền, còn phải huy động cả sức mạnh của t- t-ợng, tinh thần, nếu không pháp luật sẽ có nguy cơ trở thành vô hiệu. Để tác động có hiệu quả đến đời sống xã hội, pháp luật phải đ-ợc con ng-ời nhận thức, ý thức về sự cần thiết, sự đúng đắn, hợp lý, phù hợp lợi ích của họ và xã hội.

Tính thứ bậc về hiệu lực pháp lý cần đ-ợc coi trọng trong NN PQ. Trên thực tế, còn nhiều các quy định của văn bản d-ới luật lại đ-ợc “*vô t-*” áp dụng mặc dù trái với quy định của văn bản luật. Tuy nhiên, “*trách ng-ời và trách cả ta*”, nhiều tr-ờng hợp do văn bản luật quy định quá chung, không áp dụng đ-ợc hoặc “*hiểu theo cách nào cũng đều đúng cả*”. Nếu cộng thêm sự sa sút về đạo đức nghề nghiệp hay sự bất cẩn, non yếu về năng lực chuyên môn thì sự quy định không rõ ràng, minh bạch của các quy định pháp luật sẽ là điều kiện thuận lợi cho việc “*lạng lách*” luật, sự áp dụng thiếu cẩn trọng mà **vấn hợp pháp, vẫn trong hành lang pháp luật!**

Nhận diện nhà n-ớc pháp quyền từ mối **quan hệ giữa nhà n-ớc và pháp luật**. Tr-ớc đây, do nhiều lý do, nhà n-ớc d-ờng nh- đ-ợc xác định là “*đứng trên, cao hơn, -u thế hơn, trội hơn*” so với pháp luật; nhà n-ớc coi pháp luật chỉ nh- công cụ cai trị của riêng mình. Tuân thủ pháp luật, bình đẳng tr-ớc pháp luật trong mối quan hệ giữa nhà n-ớc và cá nhân trong NN PQ đã không còn chỗ đứng cho t- duy chính trị - pháp lý nói

<sup>12</sup> Đào Trí Úc, *Những vấn đề lý luận cơ bản về pháp luật*, NXB Khoa học xã hội, Hà Nội, 1993, tr. 64

<sup>13</sup> Phạm Duy Nghĩa, *Tính minh bạch của pháp luật- một thuộc tính của NN PQ*, Tạp chí Dân chủ và pháp luật số 1/2002, tr. 6

trên. NN PQ khác nhà n-ớc cực quyền ở việc nhà n-ớc thừa nhận giá trị xã hội, tính phổ biến bắt buộc chung của pháp luật, sự ngự trị của pháp luật trong các quan hệ xã hội: chỉ khi nào nhà n-ớc đ-ợc thiết lập nh- một tổ chức pháp lý hoạt động trên cơ sở pháp luật thì khi đó t- t-ởng NN PQ mới thực sự trở thành hiện thực<sup>14</sup>.

### **NN PQ nhìn từ góc độ con ng-ời**

Mục đích cao cả, nhiệm vụ th-ờng trực của nhà n-ớc pháp quyền không gì khác hơn là vì CON NG-ỒI. Nhân tố con ng-ời, hệ thống các quyền và tự do của con ng-ời phải đ-ợc quy định trong pháp luật, có cơ chế hữu hiệu đảm bảo thực hiện trên nguyên tắc thống nhất quyền và nghĩa vụ, tự do và trách nhiệm, phát huy tính tích cực, sáng tạo của con ng-ời. Khi ban hành văn bản hay một hành vi pháp lý nào đều phải đặt câu hỏi: có phục vụ quyền lợi và có thuận lợi nhất cho ng-ời dân không. Cần kết hợp hài hoà những phẩm chất tự nhiên của cá nhân với t- cách là một thực thể tự nhiên và xã hội trong xây dựng và áp dụng pháp luật. **Tất cả vì con ng-ời, theo h-ớng có lợi cho con ng-ời** cần đ-ợc trở thành hiện thực - đây cũng là một trong những tiêu chí để nhận diện NN PQ. Nguyên tắc này d-ờng nh- mới chỉ quan tâm trong lĩnh vực t- pháp hình sự. Còn biết bao nhiêu lĩnh vực khác, nhất là quản lý hành chính, nơi hàng ngày hàng giờ liên quan, đụng chạm đến đời sống của con ng-ời, nguyên tắc trên còn ch-a đ-ợc quan tâm thực hiện và còn thiếu những quy định cụ thể làm cơ sở pháp lý cho sự vận dụng. Đây là lĩnh vực bắt gặp nhiều nhất đến tính hợp pháp

và hợp lý, đến nguyên tắc và ngoại lệ trong việc xây dựng, ban hành và áp dụng quy định pháp luật. Mới đây, Chính phủ đã có quy định cho ngành y tế và các ngành có liên quan những giải pháp cấp bách nhằm lập lại trật tự trong thị tr-ờng thuốc chữa bệnh theo h-ớng có lợi cho ng-ời tiêu dùng đ-ợc d- luật xã hội hoan nghênh. Một trong những ph-ơng tiện bảo đảm thực hiện các quyền và lợi ích chính đáng của con ng-ời là chế độ trách nhiệm pháp lý về bồi th-ờng thiệt hại do hành vi của cơ quan nhà n-ớc gây ra. Tuy nhiên, hiện tại còn nhiều quy định về bồi th-ờng mới chỉ dừng lại ở những nguyên tắc chung, thiếu tính khả thi.

NN PQ đ-ợc hiểu là sự đối lập với nhà n-ớc cực quyền, chuyên chế, độc tài, do vậy xây dựng NN PQ không thể thiếu đ-ợc **quá trình dân chủ hoá**. Dân chủ là một trong những đặc điểm của pháp luật trong nhà n-ớc pháp quyền, một trong những yếu tố cơ bản để “*nhận diện*” nhà n-ớc pháp quyền và trình độ phát triển của xã hội. Trong mối t-ơng quan giữa pháp luật và dân chủ, pháp luật xác lập những khuôn khổ cho việc thực hiện dân chủ, bản thân pháp luật cũng phải phản ánh trong mình các giá trị dân chủ. Một văn bản luật tốt là thu hút đ-ợc sự tham gia của nhân dân, đảm bảo cho ng-ời dân tự giác tuân thủ pháp luật, vì dân chúng tuân theo luật phải là ng-ời làm ra luật.

NN PQ nhìn từ góc độ **ý thức công dân**, ý thức pháp luật và nền văn hoá pháp lý. Kiểu tổ chức xã hội ở trình độ cao nh- đã đề cập đ-ợc đặc tr-ng ở năng lực, trình độ, kỹ năng, bản lĩnh và nghệ thuật sử dụng pháp luật của

<sup>14</sup> Đào Trí Úc, *Xã hội và pháp luật - nhìn từ góc độ nhà n-ớc pháp quyền* bài viết trong sách *Xã hội và pháp luật, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1994, tr. 19*

các công dân. Thay vì sự lạnh lùng, dị ứng, mặc cảm, e ngại với pháp luật như trước kia, công dân trong NNQP được tiếp xúc với các quy định pháp luật một cách thuận tiện, ý thức về quyền và nghĩa vụ pháp lý cũng được nâng cao. Pháp luật là hiện tượng văn hoá, là công cụ giữ gìn văn hoá. Đời sống kinh tế thị trường, hội nhập quốc tế tác động đến ý thức pháp luật của mỗi cá nhân, mỗi bộ phận công dân trong xã hội, ý thức pháp luật trong NNQP tất yếu sẽ mang “bản sắc” của NNQP, bản sắc của một xã hội đã được tổ chức ở trình độ cao. Để có được NNQP và xã hội công dân, người dân trong xã hội ấy không thể không có hiểu biết về pháp luật và ý thức tuân thủ pháp luật. Mặt khác, trong một xã hội hiện đại, không thể nói tới một NNQP và xã hội công dân nếu thiếu vắng các dịch vụ pháp lý cho công chúng được cung cấp bởi luật sư và các công ty tư vấn pháp luật. Không có cá nhân được phát triển tự do sẽ không có một xã hội tự do. Không có trình độ cao của dân chúng về văn hoá pháp luật thì khó có hiện thực của NNQP.

Cần nhận diện NNQP từ tính chất pháp quyền của **mối liên hệ giữa cá nhân, nhà nước và xã hội**. Sự bình đẳng pháp lý, đạo đức, đồng trách nhiệm giữa nhà nước, cá nhân vừa là yêu cầu, vừa là tiêu chí nhận diện NNQP. Trong xã hội pháp quyền, vai trò của nhà nước và dịch vụ công cùng các nhu cầu về bảo đảm an toàn, an ninh không ngừng tăng lên<sup>15</sup>. Nhu cầu về công lý, về hoạt động xét xử cũng tăng lên rất mạnh. Nhu cầu này, người dân chờ đợi không ngoài

ai khác là từ chính nhà nước. Xu hướng chung hiện nay trên thế giới là nhà nước dần dần thu hẹp phạm vi hoạt động của mình để tập trung nhiều hơn vào chức năng hoạch định chính sách kinh tế vĩ mô, xây dựng môi trường pháp lý cho các thành phần kinh tế – xã hội hoạt động.

NNQP cần được nhận diện từ góc độ **công bằng xã hội**. Ghi nhận, bảo vệ và bảo đảm thực hiện công bằng là một trong những giá trị xã hội của pháp luật NNQP. Việc áp dụng các biện pháp xử lý phải phù hợp với tính chất mức độ của hành vi vi phạm pháp luật<sup>16</sup>, quy định mức độ hưởng thụ phải tương xứng với sự đóng góp, cống hiến. Công bằng không chỉ trong bản thân các quy định pháp luật mà còn cả trong áp dụng pháp luật, nhất là khi không có quy định pháp luật tương ứng thì người vận dụng pháp luật phải dựa trên công bằng, lẽ phải mà giải quyết chứ không dựa vào ý chí chủ quan, tùy tiện. Áp dụng pháp luật sai sẽ dẫn đến những quyết định thiếu công bằng trong xử lý. Mọi thứ trên đời, xem ra đều có thể chịu đựng được: thiếu ăn, thiếu ngủ, nhà cửa nghèo nàn... nhưng riêng sự không công bằng thì luôn luôn là điều gây phản ứng, khó chịu nhất đối với con người./.

---

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

<sup>15</sup> Tiến đến xây dựng một nhà nước với vai trò là nhà hoạch định chiến lược, người bảo đảm cho lợi ích chung, Báo cáo của Ủy ban nhà nước, nền hành chính nhà nước và hoạt động dịch vụ công trước nhiệm vụ của năm 2000, NXB CTQG, 2000

<sup>16</sup> Lê Cẩm (chủ biên) Giáo trình luật hình sự Việt Nam (phần chung), NXB Đại học quốc gia Hà Nội, 2001, tr. 68



# XÃ HỘI PHÁP QUYỀN

Bùi Ngọc Sơn\*

*Điểm qua khái niệm pháp quyền và Nhà n-ớc pháp quyền ở Đức và Anh - Mỹ, tác giả so sánh và đề cập tới nội hàm rộng hơn của Nhà n-ớc pháp quyền ở Việt Nam, phân tích yêu cầu xây dựng một xã hội pháp quyền ở Việt Nam trong đó có kiến nghị ch-ơng trình lập pháp và tuyên truyền pháp luật nên nghiêng nhiều hơn vào mảng luật t-.*

## Chế độ “pháp quyền” hay “nhà n-ớc pháp quyền” ở ph-ơng Tây

Ở Châu Âu, thuật ngữ “*Rechtstaat*” - nhà n-ớc pháp quyền khởi nguồn từ những nhà hiến pháp học và những nhà triết học pháp quyền của Đức vào thế kỷ XIX. Thuật ngữ này có yếu tố nhà n-ớc, đề cập đến một thuộc tính cụ thể của nhà n-ớc- tính pháp quyền. Nhà n-ớc pháp quyền bên cạnh ý t-ởng về một chính quyền đ-ợc đặt d-ới quyền lực của pháp luật còn là một mô hình giới hạn công quyền bởi pháp luật để bảo vệ các quyền và tự do của công dân. Kiểm soát công quyền bằng pháp luật là nội dung cốt lõi của nhà n-ớc pháp quyền. Theo quan

điểm này, Barry Hager thuộc Trung tâm Mansfield về các vấn đề Thái Bình D-ơng đ-ã ra một số tiêu chí xác định nhà n-ớc pháp quyền nh- sau:

1. Khi cơ quan lập pháp ban hành một đạo luật, công dân có quyền đặt câu hỏi về tính hợp hiến của đạo luật đó.
2. Khi cơ quan hành pháp thực hiện một hành động, công dân phải có quyền đặt câu hỏi về tính hợp hiến, hợp pháp của hành động đó; và
3. Khi cơ quan t- pháp thực hiện xét xử thì công dân phải đ-ợc quyền kháng cáo; nếu quyền kháng cáo đến cấp cao nhất đã hết, phải có một cơ chế nào đó để có thể có một

luật mới có hiệu lực cao hơn luật hiện có theo cách giải thích và áp dụng của toà án<sup>1</sup>.

Với những tiêu chí tối thiểu này, có thể nhận thấy rằng trong một nhà n-ớc pháp quyền, quyền lực nhà n-ớc đ-ợc giới hạn bởi các chuẩn mực pháp lý, và do đó hành vi của công quyền có thể dự đoán tr-ớc đ-ợc. Sự giới hạn công quyền trong khuôn khổ pháp luật, đặt quyền lực của pháp luật lên công quyền là nội dung của một nhà n-ớc pháp quyền. Từ nội dung cốt yếu này lý thuyết về nhà n-ớc pháp quyền ở Châu Âu đặt ra những yêu cầu cho một nhà n-ớc đ-ợc gọi là nhà n-ớc pháp quyền: chính quyền hợp hiến, chủ quyền nhân dân, phân công quyền lực, t- pháp độc lập, tôn trọng và bảo vệ các quyền của con ng-ời...

Tại sao ng-ời Châu Âu khi xây dựng học thuyết nhà n-ớc pháp quyền chỉ nhấn mạnh vấn đề nhà n-ớc theo pháp luật mà không phải là tất cả các chủ thể trong xã hội? Tôn trọng pháp luật là một truyền thống của ng-ời ph-ơng Tây. Ở ph-ơng Tây, pháp luật đ-ợc quan niệm không chỉ là công cụ cai trị của nhà n-ớc mà còn là đại l-ợng của công lí mà ng-ời dân có thể sử dụng để bảo vệ mình. Các nhà n-ớc t- sản Châu Âu đều có một hệ thống t-ơng đối đầy đủ các quy phạm pháp luật đ-ợc kế thừa và phát triển th-ờng xuyên, đ-ợc xã hội mặc nhiên công nhận. Quyền lợi của công dân đ-ợc thể hiện trong pháp luật. Muốn thoả mãn nhu cầu

của mình, ng-ời dân phải sống theo pháp luật, cũng tất yếu nh- sống phải thở. Đã là tất yếu nh- vậy, ng-ời ta không cần đặt ra yêu cầu đối với mọi ng-ời là sống phải ăn và thở. Hơn nữa, lý do của điều này cũng nằm ở chỗ, thuật ngữ “*nhà n-ớc pháp quyền*” sinh ra ở Đức trong tình cảnh của một nhà n-ớc cực quyền. Do đó để chống lại trạng thái cực quyền này, các nhà lý luận về nhà n-ớc pháp quyền đặt ra yêu cầu kiểm soát của pháp luật đối với công quyền.

Trong khi đó, ng-ời Anh, Mỹ lại phát triển một chế độ mà họ gọi là “*Rule of law*” - chế độ pháp quyền. Thuật ngữ này về ngữ nghĩa không có yếu tố nhà n-ớc. Lý giải về điều này, D.Neil Cormick<sup>2</sup> cho rằng từ “*nhà n-ớc*” không đ-ợc Hiến pháp Anh dùng nh- một thuật ngữ. Khi các nhà hiến pháp học ng-ời Đức nói về “*nhà n-ớc*”, thì ng-ời Anh nói về “*Ngôi vua*” hoặc “*Chính phủ*”, đôi khi về “*Quốc hội*”, hay “*Toà án*”. D.Neil Cormick quan niệm “*Rechtstaat*” của Đức và “*Rule of law*” của Anh- Mỹ chỉ khác nhau về thuật ngữ còn nội dung thì giống nhau. Nhà n-ớc pháp quyền hay chế độ pháp quyền đều chứa đựng những nguyên tắc để kiểm soát công quyền bằng pháp luật. Tôi cho rằng hai thuật ngữ trên có nét khác nhau. Điểm chung của hai khái niệm là sự kiểm soát của pháp luật đối với công quyền nh-ng thuật ngữ “*chế độ pháp quyền*” (Rule of law) có nội dung rộng hơn. Trong khi “*nhà n-ớc pháp quyền*” đề

<sup>1</sup> Dẫn theo: GS. Umbach, Đại học tổng hợp Posdam- Cộng hoà liên bang Đức. Nghiên cứu so sánh về quá trình phát triển của Nhà n-ớc pháp quyền ở Đông Nam Á. Bài viết trong Hội thảo quốc tế về Nhà n-ớc pháp quyền ở các n-ớc Đông Nam Á, tổ chức tại Thành phố Hồ Chí Minh, 11-13/9/2003.

<sup>2</sup> D.Neil Cormick. Nhà n-ớc pháp quyền và “*chế độ pháp trị*”. In trong Nhà n-ớc pháp quyền, NXB Chính trị quốc gia, 2002, tr. 148.

cập rõ đến tinh thần pháp quyền của quyền lực nhà n-ớc thì “*chế độ pháp quyền*” lại nói đến một tinh thần pháp quyền nói chung - một tinh thần pháp quyền c-ơng toả toàn xã hội trong đó trọng yếu là công quyền.

### Sự tiếp biến của Việt Nam

Việt Nam đã chấp nhận thuật ngữ “*nhà n-ớc pháp quyền*”. Tuy nhiên những gì chúng ta đang nghĩ và đang làm để xây dựng một nhà n-ớc pháp quyền rộng hơn rất nhiều so với với ý t-ởng cốt lõi của nhà n-ớc pháp quyền theo nghĩa ph-ơng Tây nói trên. Về mặt khoa học, các nhà luật học của chúng ta đề cập đến tiêu chí của nhà n-ớc pháp quyền ở Việt Nam không đơn thuần chỉ là sự kiểm soát công quyền bằng pháp luật.

Theo GS Hoàng Văn Hảo, một trong những đặc tr-ơng của mô hình tổng thể nhà n-ớc pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam là “*quản lý xã hội bằng pháp luật, tăng c-ơng pháp chế xã hội chủ nghĩa*”. Giáo s-điển giải: “*Đề cao tính hợp hiến, hợp pháp của hoạt động nhà n-ớc và tính nhân văn của pháp luật là một trong những đặc điểm cơ bản của nhà n-ớc pháp quyền xã hội chủ nghĩa. Pháp luật phải thống trị trong mọi lĩnh vực của đời sống xã hội, điều chỉnh những quan hệ xã hội cơ bản giữa công dân với nhà n-ớc, giữa công dân với nhau, giữa nhà n-ớc với tổ chức kinh tế, chính trị xã hội. Các chủ thể có nghĩa vụ tuân thủ pháp luật và đ-ợc bình đẳng tr-ớc pháp luật. Và ngay cả nhà n-ớc cũng đ-ợc tổ chức và hoạt động trong*

*khuôn khổ Hiến pháp và pháp luật*”<sup>3</sup>. Rõ ràng là nhà n-ớc pháp quyền đ-ợc hiểu rộng hơn.

Về mặt thực tiễn, chúng ta đang làm rất nhiều việc thuộc nội dung của việc xây dựng nhà n-ớc pháp quyền nh- tuyên tuyền phổ biến giáo dục pháp luật để tạo một lối sống tuân theo pháp luật trong mọi tầng lớp nhân dân; những biện pháp khác tăng c-ơng sự tuân thủ pháp luật của mọi chủ thể trong xã hội...

Vấn đề đặt ra là tạo sao lại có sự tiếp biến nh- vậy đối với học thuyết nhà n-ớc pháp quyền ở Việt Nam? Khi ch-a thừa nhận học thuyết nhà n-ớc pháp quyền thì nguyên tắc pháp chế xã hội chủ nghĩa là một nguyên tắc quan trọng của chúng ta để quản trị đất n-ớc. Pháp chế là yêu cầu mọi chủ thể phải thực hiện pháp luật một cách nghiêm minh, công bằng. Về phía công dân, pháp chế xã hội chủ nghĩa yêu cầu mọi công dân phải tuân thủ pháp luật. Nói cách khác, pháp chế xã hội chủ nghĩa yêu cầu một trạng thái xã hội mà mọi ng-ời đều tuân thủ nghiêm chỉnh pháp luật. Khi học thuyết nhà n-ớc pháp quyền đ-ợc thừa nhận ở n-ớc ta thì về mặt lý thuyết cũng nh- thực tiễn chúng ta đã đan xen lý thuyết pháp chế vào lý thuyết pháp quyền, yêu cầu của pháp chế đã đ-ợc chuyển thành yêu cầu của pháp quyền. Với sự chi phối của lý thuyết pháp chế, nhà n-ớc pháp quyền ở Việt Nam đã đ-ợc bổ sung nguyên tắc “*quản lý xã hội bằng pháp luật, tăng c-ơng pháp chế xã hội chủ nghĩa*”.

<sup>3</sup> Giáo s- Hoàng Văn Hảo. Vấn đề dân chủ và các đặc tr-ơng của mô hình tổng thể nhà n-ớc pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam. Tạp chí Nhà n-ớc và pháp luật, số 2/2003, tr.17-18.

Đ-a lý thuyết pháp chế vào nội dung của nhà n-ớc pháp quyền ở yêu cầu “ *quản lý xã hội bằng pháp luật, tăng c-ờng pháp chế xã hội chủ nghĩa*” thì có lẽ không hợp lý lắm. Học thuyết nhà n-ớc pháp quyền không phải là một “*cây đũa thần*” có thể giải quyết mọi vấn đề nhà n-ớc và pháp luật. Vậy, chi bằng, chúng ta cứ thực thi học thuyết pháp quyền với thực chất nội dung của nó, và đồng thời vẫn thực hiện pháp chế mà không cần phải lồng lý thuyết pháp chế vào lý thuyết pháp quyền.

### **Xã hội pháp quyền**

Tinh thần pháp quyền có thể đ-ợc ứng dụng đối với cả công quyền lẫn trong xã hội công dân. Pháp quyền trong xã hội công dân có thể hiểu là quyền lực của pháp luật trong xã hội công dân. Đối với pháp quyền của công quyền thì công quyền là đối t-ợng chịu sự kiểm soát của pháp luật, còn đối với pháp quyền của xã hội công dân thì công dân là chủ thể sử dụng quyền lực của pháp luật để bảo vệ các quyền và tự do của mình. Một xã hội mà trong đó công quyền phải chịu sự kiểm soát của quyền lực pháp luật và công dân có thể sử dụng quyền lực của pháp luật để bảo vệ các quyền và tự do của mình là một xã hội pháp quyền. Lý thuyết pháp quyền của ph-ơng Tây chủ yếu đặt ra tinh thần pháp quyền đối với công quyền, còn tinh thần pháp quyền của xã hội công dân đ-ợc thừa nhận mặc nhiên nh- đã phân tích. Nh-ng trong bối cảnh của xã hội Việt Nam,

tinh thần pháp quyền đối với xã hội công dân cần phải đặt thành một yêu cầu vì điều này ch-a đ-ợc sự thừa nhận tự nhiên của xã hội.

Với những truyền thống lịch sử đặc thù, ng-ời Việt không có thói quen sử dụng pháp luật để bảo vệ mình mà nhìn pháp luật nh-chống đối lại với mình. Tâm thức này còn đọng lại trong con ng-ời Việt Nam hiện đại. Vì vậy, ng-ời dân ta hiện nay vẫn ch-a có thói quen sử dụng pháp luật để bảo vệ mình<sup>4</sup>. Do đó, yêu cầu mọi công dân chủ động sử dụng pháp luật để bảo vệ mình là cần thiết đối với n-ớc ta.

Để tạo dựng một xã hội pháp quyền ở Việt Nam, chúng ta phải làm gì ?

Nhà n-ớc là một bộ phận của xã hội. Một xã hội pháp quyền cần phải có một cơ chế kiểm soát quyền lực công. Ng-ời ta đã bàn nhiều về vấn đề giám sát quyền lực ở Việt Nam. Tôi chỉ xin có một ý kiến nhỏ liên quan đến vấn đề này. Để chính quyền hành xử theo pháp luật không đơn thuần chỉ có các công cụ pháp lý. Công quyền vi phạm pháp luật nhiều khi lỗi không phải tại pháp luật. Nạn tham nhũng là một điển hình. Chúng ta có rất nhiều các công cụ pháp lý để chống tham nhũng nh-ng kết quả không đ-ợc nh-mong muốn. Tham nhũng liên quan đến đạo đức trong khu vực công quyền. Do đó, tôi cho rằng ngoài các công cụ pháp lý ra cần phải dùng đạo đức để kiểm soát công quyền.

Bất cứ ở đâu có quyền lực là xuất hiện xu h-ớng lạm quyền. Do vậy, nhân loại ở mọi

<sup>4</sup> Xem thêm bài “*Một số yếu tố văn hoá Việt Nam với việc xây dựng nhà n-ớc pháp quyền*”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 6, năm 2003.

nơi, vào mọi thời đại đều quan tâm tìm kiếm những ph-ơng thức để kiểm soát quyền lực. Phân quyền, và kim chế đối trọng là những cách thức mà ng-ời ph-ơng Tây nghĩ ra để kiểm soát công quyền. Nh-ơng cách thức này không đ-ợc chấp nhận hoàn toàn ở Việt Nam. Ng-ời ph-ơng Đông trong truyền thống cũng có những cách thức để kiểm soát công quyền, mà một trong những cách thức hữu hiệu là đạo đức. Các chuẩn mực đạo đức của nhà Nho đã rất có ý nghĩa trong việc kiểm soát công quyền ở Trung Hoa và Việt Nam trong truyền thống. Nến chúng ta không chấp nhận tam quyền phân lập và kim chế đối trọng thì đạo đức có thể rất cần để kiểm soát công quyền. Những chuẩn mực của đạo đức ph-ơng Đông nh-: nhân, thứ, trung, tín, nghĩa, lễ, khiêm, mẫn, huệ... nếu đ-ợc sử dụng hợp thời trong khu vực công quyền thì sẽ rất có ý nghĩa kiểm soát quyền lực ở n-ớc ta.

Trong một xã hội pháp quyền, pháp luật phải phục vụ ng-ời dân. Muốn nh- vậy, pháp luật đó phải là pháp luật tự nhiên. Đó là pháp luật thừa nhận và tạo lập những cơ chế bảo đảm các quyền tự nhiên của con ng-ời, do đó đ-ợc ng-ời dân chủ động sử dụng để bảo vệ mình.

Tr-ớc yêu cầu của một xã hội pháp quyền, vấn đề đặt ra đối với nhà n-ớc là phải ban hành những đạo luật phục vụ nhân dân, phát triển xã hội dân sự. Trong khi đó luật t- ở Việt Nam phát triển chậm hơn so với luật công. T- duy lập kế hoạch lập pháp của chúng ta d-ờng nh- -u tiên pháp luật tổ chức và hoạt động của nhà n-ớc hơn. Hiện nay, nhu cầu về pháp luật t- của ng-ời dân và sự đáp ứng

của nhà n-ớc vẫn còn cách xa nhau. Hàng loạt những văn bản pháp luật rất cần thiết với ng-ời dân ch-a đ-ợc ban hành nh- Luật cạnh tranh và chống độc quyền, Luật tr-ơng cầu dân ý, Luật về luật s-... Một số văn bản pháp luật phục vụ ng-ời dân đã có và tỏ ra nhiều bất cập nh-ơng chậm đ-ợc sửa đổi nh- Bộ luật Dân sự, Luật th-ơng mại, Luật phá sản...Tôi cho rằng t- duy lập kế hoạch lập pháp nên -u tiên luật phục vụ ng-ời dân.

Nhà n-ớc cũng phải có những cơ chế để tạo điều kiện cho ng-ời dân hiểu biết và chủ động sử dụng pháp luật để bảo vệ mình. Nhà n-ớc cần đầu t- nhiều cho việc tổ chức đ-a pháp luật vào cuộc sống. Việc làm này nhiều khi còn quan trọng hơn là làm luật. Nhà n-ớc ta cũng đã quan tâm đến việc tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật trong nhân dân. Tuy nhiên đ-a pháp luật đến ng-ời dân cần một t- duy phục vụ hơn là t- duy cai trị. Nhìn vào hoạt động tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật của nhà n-ớc ta có thể nhận thấy chúng ta -u tiên tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật phục vụ cho việc quản lý nhà n-ớc nh- Bộ luật Hình sự, Luật giao thông, Luật phòng chống ma túy... Nhà n-ớc cần h-ớng hoạt động đ-a pháp luật vào cuộc sống đối với những lĩnh vực pháp luật phục vụ ng-ời dân. Một t- duy tuyên truyền để ng-ời ta sử dụng cần hơn t- duy tuyên truyền để ng-ời ta tuân theo./.

---

\* *Khoa Luật- Đại học quốc gia Hà Nội*

# LUẬT DOANH NGHIỆP CHUNG: cần hay không cần ban hành?

Đ-ƠNG Đ-ANG HUỆ\*

Những năm gần đây, nhiều nhà hoạch định chính sách thường hay nói về việc soạn thảo và ban hành sớm một đạo luật có tên gọi là “*Luật Doanh nghiệp chung*”. Trong đó “*thâu tóm*” toàn bộ các loại hình doanh nghiệp đang đ-ợc quy định rải rác trong các luật hiện nay là Luật Doanh nghiệp năm 1999, Luật Doanh nghiệp nhà n-ớc năm 2003, Luật Hợp tác xã năm 2003 và Luật đầu t- n-ớc ngoài tại Việt Nam năm 2000.

Hiện nay, ý t-ởng về việc ban hành sớm Luật Doanh nghiệp chung đang trở nên bức xúc hơn. Ngày 12/01/2004, Bộ tr-ởng Bộ Kế hoạch và Đầu t- đã ban hành Quyết định số 30/QĐ - BKH, theo đó, một Ban soạn thảo với nhiệm vụ giúp Bộ tr-ởng trong việc nghiên cứu, xác định các t- t-ởng chỉ đạo và những nội dung cơ bản của Luật này đã chính thức đ-ợc thành lập. Các cơ quan nhà n-ớc có thẩm quyền khác cũng đang thực hiện nhiều biện pháp thúc đẩy nhanh việc soạn thảo và ban hành sớm Luật này.

Tuy nhiên, việc ban hành hay không ban hành, ban hành sớm hay muộn đạo luật này đang đ-ợc thảo luận sôi nổi trong giới học giả, đặc biệt là trong giới luật gia và hầu nh- ch-a có đ-ợc sự thống nhất. Nhiều luật gia thể hiện sự băn khoăn đối với việc ban hành đạo Luật này. Với t- cách là một luật gia, tôi cũng xin góp một vài ý kiến sau đây:

## Cần hay không cần ban hành?

Theo tôi, tr-ớc khi trả lời cho các câu hỏi “*Cần hay không cần ban hành Luật Doanh nghiệp chung?*” “*Thời điểm thích hợp ban hành Luật này?*”, chúng ta phải xem xét một cách nghiêm túc một loạt vấn đề nh-: chức năng của Luật Doanh nghiệp chung; tính hiệu quả của việc ban hành Luật này và đặc biệt là thực trạng pháp luật về các loại hình doanh nghiệp hiện nay cũng nh- trong một vài năm tới. Chỉ trên cơ sở nghiên cứu kỹ các vấn đề nêu trên chúng ta mới có đủ căn cứ khoa học và thực tiễn để đ-a ra quan điểm đúng đắn về vấn đề phức tạp này.

## **Chức năng của Luật Doanh nghiệp chung**

Các chủ thể kinh doanh, trong đó chủ yếu là các doanh nghiệp muốn hoạt động một cách hiệu quả cần có một môi trường pháp lý đầy đủ và hợp lý. Môi trường pháp lý này bao gồm một hệ thống văn bản quy phạm pháp luật thống nhất nh-ng xét về chức năng thì có thể đ-ợc chia thành 3 bộ phận có mối quan hệ chặt chẽ với nhau.

*Bộ phận thứ nhất* có vai trò tạo lập (làm cho hình thành đ-ợc) các chủ thể kinh doanh và vì vậy còn đ-ợc gọi là “*pháp luật đầu vào*”. Đó là tổng thể các văn bản quy phạm pháp luật có tác dụng tạo lập cho nhà đầu t- một t- cách pháp lý để họ có thể hoạt động sản xuất, kinh doanh hợp pháp trên th-ơng tr-ờng.

Ở n-ớc ta, “*r-ờng cột*” của bộ phận thứ nhất này chính là các đạo luật về các loại hình doanh nghiệp nh- Luật Doanh nghiệp năm 1999, Luật Doanh nghiệp Nhà n-ớc năm 2003, Luật Hợp tác xã năm 2003, Luật Đầu t- n-ớc ngoài tại Việt Nam năm 2000. Các đạo luật này quy định về các mô hình pháp lý của các chủ thể kinh doanh nh- doanh nghiệp t- nhân, công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) 2 thành viên trở lên, công ty TNHH một thành viên, công ty hợp danh, doanh nghiệp nhà n-ớc, hợp tác xã, doanh nghiệp liên doanh và doanh nghiệp 100% vốn n-ớc ngoài. Trong các luật về doanh nghiệp vừa nêu trên, nhà lập pháp quy định khái niệm về các doanh nghiệp, đặc điểm pháp lý, cách thức thành lập, bộ máy

quản lý, điều hành doanh nghiệp, cơ chế quản lý nội bộ, quyền hạn, nghĩa vụ và trách nhiệm của từng bộ phận trong bộ máy quản lý điều hành doanh nghiệp. Bộ phận pháp luật thứ nhất này không quy định về các quan hệ thị tr-ờng mà doanh nghiệp sẽ tham gia mà chỉ quy định về các vấn đề liên quan đến việc hình thành ra chúng với t- cách là những chủ thể pháp lý. Chính vì vậy, có một số ý kiến cho rằng, Luật về doanh nghiệp là Luật về tổ chức chứ không phải là Luật về hoạt động của các doanh nghiệp.

*Bộ phận thứ hai* của hệ thống pháp luật về doanh nghiệp là pháp luật quy định về cách thức xử sự, quyền và nghĩa vụ của các chủ thể kinh doanh khi tham gia vào quan hệ thị tr-ờng. Cụ thể, quyền và nghĩa vụ của các doanh nghiệp trong lĩnh vực đất đai sẽ do Luật Đất đai quy định; việc các doanh nghiệp ký kết và thực hiện hợp đồng nh- thế nào, chúng có những quyền và nghĩa vụ gì và phải chịu trách nhiệm tài sản ra sao khi có hành vi vi phạm hợp đồng đã ký kết... sẽ đ-ợc pháp luật về hợp đồng quy định. Các doanh nghiệp kinh doanh phải đóng thuế cho Nhà n-ớc và nghĩa vụ này đến đâu, cách thức thực hiện nghĩa vụ này nh- thế nào sẽ đ-ợc quy định trong các văn bản pháp luật về thuế. Khi tham gia các quan hệ thị tr-ờng, các doanh nghiệp đ-ợc Nhà n-ớc -u tiên, -u đãi, hỗ trợ những gì và nh- thế nào, tất cả đã và sẽ đ-ợc quy định trong Luật Khuyến khích đầu t- trong n-ớc và Luật Đầu t- n-ớc ngoài tại Việt Nam. Trong quá trình kinh doanh, khi tranh chấp xảy ra, nếu muốn giải quyết bằng con đ-ờng toà án thì các doanh nghiệp cần

phải khởi kiện ra Tòa kinh tế hoặc Tòa Dân sự, tùy theo tính chất của vụ tranh chấp. Việc giải quyết các tranh chấp này bằng con đường Tòa án đã được quy định rất cụ thể trong các văn bản pháp luật tố tụng tương ứng là Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 và Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế năm 1993. Ngoài ra, nếu họ muốn giải quyết tranh chấp của mình bằng con đường trọng tài thì thủ tục, trình tự và những quyền, nghĩa vụ mà các doanh nghiệp có được trong việc giải quyết tranh chấp đã được ghi nhận trong Pháp lệnh Trọng tài Thương mại năm 2003. Nói một cách khái quát, đây là bộ phận pháp luật điều chỉnh các quan hệ thị trường mà doanh nghiệp tham gia vào với tư cách là chủ thể kinh doanh. Chính bộ phận pháp luật này quy định quyền, nghĩa vụ của các doanh nghiệp trong từng lĩnh vực hoạt động mà chúng tham gia và vì vậy, đây là tấm gương phản ánh tốt nhất, đầy đủ nhất về việc các doanh nghiệp có được Nhà nước đối xử bình đẳng hay không.

Bộ phận thứ ba là bộ phận pháp luật về giải thể và phá sản doanh nghiệp. Đây là bộ phận không thể thiếu của pháp luật kinh tế vì doanh nghiệp với tư cách là một chủ thể pháp lý, có sự ra đời, tồn tại và tiêu vong. Đã có sự tiêu vong như một tất yếu thì Nhà nước phải ban hành pháp luật để điều chỉnh quá trình này. Chính vì vậy, người ta vẫn thường gọi bộ phận pháp luật này là “*pháp luật đầu ra*”, vì nó có chức năng chủ yếu là tạo cơ sở pháp lý cho việc đưa một doanh nghiệp ra khỏi thị trường dưới hình thức giải thể hoặc

tuyên bố phá sản.

Tóm lại, xét về chức năng thì pháp luật về các loại hình doanh nghiệp dù tồn tại riêng rẽ hay nhập vào một văn bản thì bản chất, chức năng của nó vẫn không thay đổi: đó là pháp luật liên quan đến các vấn đề tổ chức chứ không phải là pháp luật liên quan đến hoạt động của doanh nghiệp. Chính trên quan điểm này mà tác giả thực sự băn khoăn về ý kiến của một số người cho rằng, cần phải ban hành sớm Luật Doanh nghiệp chung để xóa bỏ tình trạng không bình đẳng hiện nay giữa các loại hình doanh nghiệp đang hoạt động trong nền kinh tế nước ta. Theo tác giả, hy vọng này là không đúng vì sự ra đời của Luật Doanh nghiệp chung không thể có khả năng mang lại điều kỳ diệu đó. Tại sao lại không thể? Lý do thật đơn giản. Như đã phân tích ở trên, xét về bản chất, các Luật về doanh nghiệp nói chung và Luật Doanh nghiệp chung nói riêng là Luật quy định về việc thành lập, đăng ký kinh doanh, về bộ máy quản lý nội bộ, về mối quan hệ qua lại giữa các bộ phận cấu thành của bộ máy đó, tóm lại là quy định về “*diện mạo*” của một chủ thể kinh doanh mà không quy định gì nhiều về các quyền và nghĩa vụ của các doanh nghiệp trong các hoạt động cụ thể trên thị trường. Công việc có tính chất “*đối ngoại*” này thuộc về nhiệm vụ, chức năng của các đạo luật khác (xem dẫn chứng ở phần trên). Vì vậy, muốn tạo lập một môi trường kinh doanh bình đẳng thì vấn đề không phải là xây dựng một Luật Doanh nghiệp chung mà là phải sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện các luật có liên quan.



### ***Tính hiệu quả của việc ban hành Luật Doanh nghiệp chung***

Để trả lời cho câu hỏi “*nên hay không nên ban hành Luật Doanh nghiệp chung?*”, việc thứ hai cần làm là phải xem xét liệu chúng ta sẽ “*đ-ợc gì*” và “*mất gì*” khi ban hành Luật này.

Nh- mọi ng-ời đã biết, hoạt động lập pháp là một hoạt động rất quan trọng của Nhà n-ớc, do đó, rất cần phải coi trọng tính hiệu quả của nó. Một đạo luật phải đầu t- nhiều thời gian, công sức và tiền bạc để ban hành mà sau đó lại không đem lại điều gì thiết thực thì chắc chắn không đ-ợc ai ủng hộ. Theo tác giả, Luật Doanh nghiệp chung, nếu đ-ợc ban hành thì “*cái đ-ợc*” sẽ không có là bao.

*Cái đ-ợc thứ nhất* là việc chúng ta sẽ không còn 4 đạo luật nh- hiện hành về doanh nghiệp mà sẽ chỉ có một đạo luật duy nhất, trong đó, qui định toàn bộ các loại hình doanh nghiệp đang hoạt động trong nền kinh tế n-ớc ta. Từ việc hợp nhất này, các nhà đầu t- sẽ có thuận lợi là khi muốn lựa chọn một hình thức pháp lý của doanh nghiệp mà mình muốn thành lập hoặc tham gia thì không phải tìm trong nhiều văn bản.

*Cái đ-ợc thứ hai* là, với việc ban hành một Luật Doanh nghiệp chung thì chúng ta sẽ có điều kiện để luật hoá các quy định hiện hành về đăng ký kinh doanh vốn đang nằm rải rác, không thống nhất trong các đạo luật về doanh nghiệp. Hiện nay, trong pháp luật về doanh nghiệp, vấn đề đăng ký kinh doanh là vấn đề yếu nhất, thể hiện ở hai điểm: một là, hình thức văn bản có giá trị pháp lý thấp

(Nghị định của Chính phủ) và thứ hai là không thống nhất cho tất cả các loại hình doanh nghiệp. Sự không thống nhất này thể hiện ở chỗ, việc đăng ký kinh doanh cho 5 loại hình doanh nghiệp thuộc đối t-ợng áp dụng của Luật Doanh nghiệp năm 1999 thì đ-ợc cụ thể hoá trong Nghị định số 02/2000/NĐ-CP ngày 03/02/2000; việc đăng ký kinh doanh đối với doanh nghiệp Nhà n-ớc lại đ-ợc quy định trong Luật Doanh nghiệp Nhà n-ớc năm 2003 và sẽ đ-ợc cụ thể hoá trong các văn bản của Chính phủ h-ớng dẫn thi hành Luật này; việc đăng ký kinh doanh đối với hợp tác xã cũng nằm trong một tình trạng t-ợng tự nh- vậy, nghĩa là một phần đ-ợc quy định trong Luật Hợp tác xã năm 2003 và một phần khác sẽ đ-ợc quy định cụ thể trong các văn bản của Chính phủ h-ớng dẫn thi hành Luật này. Hậu quả là, vấn đề đăng ký kinh doanh đáng lẽ cần phải đ-ợc quy định một cách thống nhất đối với mọi loại hình doanh nghiệp trong một văn bản pháp luật chung thì hiện nay lại đ-ợc điều chỉnh một cách riêng rẽ, phân tán, thiếu tính đồng bộ, thiếu tính thống nhất. Nhiều vấn đề về đăng ký kinh doanh đối với doanh nghiệp nhà n-ớc, hợp tác xã cũng ch-a đ-ợc quy định cụ thể và điều đó đã gây không ít khó khăn cho các doanh nghiệp trong quá trình thực thi quyền tự do kinh doanh của mình. Vì vậy, nếu ban hành Luật Doanh nghiệp chung thì “*cái đ-ợc*” thứ hai là chúng ta sẽ có cơ hội để đ-a các quy định về đăng ký kinh doanh vào một đầu mối, khắc phục đ-ợc các nh-ợc điểm nêu trên. Tuy nhiên, nh- phần sau sẽ nói, để giải quyết vấn đề

này, chúng ta còn có cách làm khác chứ không nhất thiết chỉ bằng con đường ban hành Luật Doanh nghiệp chung.

Trên đây là một vài “cái đ-ợc” mà việc ban hành Luật Doanh nghiệp chung có thể đ-a lại cho chúng ta. Tuy nhiên, việc ban hành Luật này cũng đem đến không ít điều bất lợi.

*Thứ nhất*, việc ban hành Luật chung này không phù hợp với trào l-u chung trên thế giới hiện nay về hoạt động lập pháp nói chung và hoạt động lập pháp về doanh nghiệp nói riêng. Việc ban hành Luật Doanh nghiệp chung mà thực chất là việc ban hành một Bộ luật về các loại hình doanh nghiệp bao gồm cả doanh nghiệp nhà n-ớc và hợp tác xã là điều ch-a n-ớc nào trên thế giới làm. Thực ra cách đây gần 200 năm, vào năm 1807, Pháp là n-ớc đầu tiên ban hành Bộ luật Th-ơng mại, trong đó quy định về tất cả các loại hình th-ơng nhân (doanh nghiệp) thời bấy giờ. Ở Việt Nam, năm 1943 và ở Miền Nam thời Mỹ - Ngụy (năm 1972) cũng đã ban hành Bộ luật Th-ơng mại có nội dung t-ơng tự nh- Bộ luật Th-ơng mại Pháp năm 1807. Nh- vậy, trong thực tiễn lập pháp của loài ng-ời, một thời đã từng có việc quy tập các loại hình chủ thể kinh doanh vào một đạo luật. Tuy nhiên, cần phải nhấn mạnh rằng, Bộ luật Th-ơng mại chỉ quy định về các doanh nghiệp dân doanh mà không quy tập vào đó các loại hình chủ thể kinh doanh khác nh- doanh nghiệp nhà n-ớc và hợp tác xã. Cách làm nh- tr-ớc đây là có thể chấp nhận đ-ợc vì trình độ phát triển kinh tế lúc các Bộ luật đó ra đời nói chung là còn thấp; các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình thành lập,

đăng ký kinh doanh của các doanh nghiệp nhìn chung còn đơn giản. Ngày nay, các quan hệ xã hội liên quan đến việc tổ chức của các doanh nghiệp, nhất là các loại hình công ty đã trở nên phức tạp hơn nhiều và điều này cho thấy, việc tách các loại hình công ty để điều chỉnh một cách đầy đủ, “đến nơi đến chốn” là điều rất cần thiết. Vì vậy, xu h-ớng chung hiện nay của các n-ớc trên thế giới là phi tập trung hoá, phi Bộ luật hoá pháp luật về doanh nghiệp, không ban hành một Bộ luật về các loại hình doanh nghiệp, mà ban hành từng đạo luật riêng nh-: Luật Công ty Cổ phần, Luật Công ty TNHH, Luật Hợp tác xã, Luật Doanh nghiệp Nhà n-ớc. Việt Nam ta cũng đang đi theo xu thế này của thế giới và vì vậy, việc ban hành một luật chung về doanh nghiệp, trong đó không chỉ bao gồm các doanh nghiệp dân doanh mà còn có doanh nghiệp nhà n-ớc và hợp tác xã xem ra không mấy phù hợp với truyền thống cũng nh- thực tiễn lập pháp trên phạm vi toàn thế giới.

*Thứ hai*, việc ban hành Luật Doanh nghiệp chung không cho phép chúng ta thực hiện đ-ợc chủ tr-ơng của Đảng và Nhà n-ớc ta hiện nay là: các văn bản pháp luật do Quốc hội ban hành cần phải quy định cụ thể, chi tiết, đầy đủ các vấn đề xã hội có liên quan, tránh tình trạng các đạo luật chỉ quy định một cách chung chung, còn các vấn đề cụ thể thì lại do các văn bản d-ới luật quy định. Tình trạng chung chung của luật, theo tác giả, là một nguyên nhân làm suy giảm vai trò của Quốc hội với t- cách là cơ quan quyền lực nhà n-ớc cao nhất trong việc giải

quyết các vấn đề của đất nước. Muốn các đạo luật thoả mãn được yêu cầu trên thì việc ban hành Luật Doanh nghiệp chung (mà thực chất là Bộ luật về doanh nghiệp) không phải là cách làm hợp lý đối với chúng ta hiện nay.

### **Thực trạng pháp luật về doanh nghiệp**

Việc ban hành sớm Luật Doanh nghiệp chung nh- một số người đề xuất xem ra là không có cơ sở thực tế, ít tính khả thi. Có nhiều lý do để có thể khẳng định nh- vậy. Trước hết, đó là thực trạng đang hoạt động tốt của pháp luật về doanh nghiệp hiện nay. Nh- chúng ta đã biết, cái mà các nhà đầu tư thực sự cần đến không phải là việc ban hành một đạo luật chứa đựng các quy định về mọi loại hình doanh nghiệp mà là một đạo luật với nhiều quy định mới, tiến bộ hơn so với các quy định hiện hành. Tuy nhiên, các quy định mới này chắc chắn là chưa thể có được trong một vài năm tới vì Luật Doanh nghiệp năm 1999 vẫn đang “chạy tốt”, thực tiễn thi hành nó trong 4 năm qua chưa thấy vấn đề gì “nổi cộm” cần giải quyết ngay; Luật Doanh nghiệp Nhà nước và Luật Hợp tác xã thì mới được ban hành, đã thể chế hoá được rất nhiều quan điểm đổi mới của Đảng và Nhà nước ta đối với kinh tế quốc doanh và kinh tế tập thể. Đặc biệt, hiện nay, hai Luật này vẫn chưa có hiệu lực thi hành nên càng khó có thể bàn đến việc sửa đổi, bổ sung, nâng chúng lên một tầm cao mới. Để có những quan điểm mới đòi hỏi chúng ta phải nghiên cứu lý luận, tổng kết thực tiễn thi hành các Luật về Doanh nghiệp hiện hành nh-ng điều đó chắc chắn không thể có được trong ngày một ngày hai. Nếu Luật Doanh nghiệp chung được ban

hành chỉ để “gom” các Luật hiện hành vào một đạo luật mà không có thay đổi gì lớn trong các quy định về doanh nghiệp thì chắc chắn rằng, một người bình thường cũng khó có thể chấp nhận chứ chưa nói đến Quốc hội.

### **Giải pháp**

Vậy, việc hoàn thiện pháp luật về doanh nghiệp nên đi theo hướng nào trong tương lai? Theo tác giả, có hai cách làm và chúng ta nên sớm lựa chọn một trong hai cách đó.

**Thứ nhất**, việc ban hành Luật Doanh nghiệp chung, xét về mặt kỹ thuật là hoàn toàn có thể làm được. Tuy nhiên, để có một đạo luật thực sự có chất lượng, đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn thì phải có thời gian, nhất là thời gian để thi hành và tổng kết thực tiễn thi hành Luật Doanh nghiệp nhà nước và Luật Hợp tác xã vừa mới được Quốc hội thông qua năm 2003 và có hiệu lực từ ngày 1/7/2004. Vì vậy, việc nghiên cứu để soạn thảo Luật Doanh nghiệp chung có thể làm ngay từ bây giờ, nh-ng không thể ban hành nó trong năm nay hoặc sang năm nh- một số người đề nghị. Cần phải có thời gian đáng kể để chuẩn bị cho sự ra đời của Luật này vì khác với các đạo luật khác, Luật Doanh nghiệp chung là Luật về tổ chức chứ không phải là Luật về chính sách, do đó, nó có tính ổn định tương đối cao. Hàng trăm năm nay, tuy có phát triển, hoàn thiện nh-ng các mô hình Công ty cổ phần, Công ty TNHH, Công ty hợp danh, doanh nghiệp tư nhân, Hợp tác xã về bản chất, vẫn giữ nguyên nh- lúc ban đầu. Hiện nay, Luật Doanh nghiệp năm 1999

về cơ bản vẫn đang hoạt động tốt; Luật Doanh nghiệp Nhà nước và Luật Hợp tác xã tuy ch-a có hiệu lực nh-ng chúng ta cũng hoàn toàn có cơ sở để tin rằng chúng có đủ “sức sống” để có thể tồn tại trong một khoảng thời gian nhất định, ít nhất là năm năm. Tóm lại, trong ba đến năm năm tới, các quy định của pháp luật về doanh nghiệp vẫn ch-a có gì “nổi cộm” buộc chúng ta phải thay thế chúng bằng một đạo luật mới. Trên quan điểm nh- vậy, tác giả không mấy “mặn mà” với cách làm này mặc dù, nh- phần trên đã nói, đây là việc, xét về mặt kỹ thuật là có thể làm đ-ợc.

**Thứ hai**, thay vì soạn thảo và ban hành sớm Luật Doanh nghiệp chung, chúng ta nên khẩn tr-ơng soạn thảo và ban hành **Luật về đăng ký kinh doanh**.

Chúng ta ai cũng biết, cái đang đ-ợc quan tâm nhất hiện nay và cũng là điểm yếu trong pháp luật về doanh nghiệp hiện nay là thiếu một văn bản pháp luật có giá trị pháp lý cao quy định một cách thống nhất, đồng bộ và đầy đủ về chế độ đăng ký kinh doanh đối với tất cả các loại hình doanh nghiệp. Việc đăng ký kinh doanh hiện nay đ-ợc quy định rải rác trong các đạo luật về doanh nghiệp.

Pháp luật về đăng ký kinh doanh hiện hành là thấp về mặt giá trị pháp lý, phân tán về mặt thẩm quyền, không thống nhất về mặt thủ tục và không đầy đủ về mặt nội dung. Nh-ợc điểm này đã gây ảnh hưởng xấu đến việc thực hiện quyền tự do đăng ký kinh doanh của các nhà đầu t- đồng thời cũng gây ra không ít khó khăn cho các cơ quan

đăng ký kinh doanh trong việc thực thi nhiệm vụ của họ. Vì vậy, theo tác giả, sẽ là tốt hơn nếu thay vì việc ban hành Luật Doanh nghiệp chung, chúng ta sẽ soạn thảo và ban hành sớm Luật về đăng ký kinh doanh. Với việc ban hành Luật này, mọi vấn đề liên quan đến đăng ký kinh doanh nh- điều kiện, trình tự, thủ tục, hồ sơ, nội dung đăng ký kinh doanh, cơ quan đăng ký kinh doanh, chế độ tránh nhiệm do vi phạm pháp luật trong lĩnh vực này đối với tất cả các loại hình doanh nghiệp sẽ đ-ợc quy định một cách thống nhất, góp phần khắc phục điểm yếu lớn nhất của pháp luật hiện hành về doanh nghiệp là vấn đề đăng ký kinh doanh. Sau một thời gian thực hiện Luật về doanh nghiệp năm 1999, Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003, Luật Hợp tác xã năm 2003 và Luật về đăng ký kinh doanh, chúng ta sẽ tổng kết thực tiễn để có thêm cơ sở lý luận và thực tiễn để từ đó quyết định về việc có soạn thảo hay không Luật Doanh nghiệp chung. Tác giả ủng hộ cách làm thứ hai này vì nó vừa phù hợp với thực tiễn lập pháp nước ta lại vừa phù hợp với xu thế chung của thế giới; vừa thiết thực lại vừa hiệu quả vì không gây xáo trộn một cách không cần thiết đối với hệ thống pháp luật về doanh nghiệp hiện hành./.

---

\* PGS, TS, Phó Vụ trưởng Vụ pháp luật dân sự, kinh tế - Bộ T- pháp

# NHU CẦU HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ ĐÌNH CÔNG VÀ GIẢI QUYẾT ĐÌNH CÔNG Ở N-ỐC TA

TRẦN THU THỦY\*

***Giải quyết tranh chấp lao động tập thể nói chung và giải quyết đình công nói riêng là vấn đề t-ong đối mới mẻ ở Việt Nam. Một số quy định pháp luật về giải quyết tranh chấp lao động tập thể, đặc biệt là quy định pháp luật về đình công và giải quyết đình công ch-a thực sự thích ứng với yêu cầu thực tế của đất n-ớc hiện nay. Để bảo đảm cho quá trình hội nhập quốc tế của Việt Nam, chúng ta cần luận giải một số vấn đề nhằm tiếp tục hoàn thiện pháp luật về đình công và giải quyết đình công.***

## **Nhận xét chung**

Hiện nay, tranh chấp lao động ở n-ớc ta đang diễn biến theo chiều h-ớng tăng về số l-ợng và phức tạp về tính chất. Việc giải quyết các tranh chấp lao động, đặc biệt là tranh chấp lao động tập thể và đình công gặp không ít khó khăn.

Khó khăn thứ nhất bắt nguồn từ các quy định pháp luật. Một số quy định pháp luật về đình công ch-a phù hợp với thực tế, ch-a đồng bộ và thiếu cụ thể. Nhiều quy định trong Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các tranh chấp lao động không còn phù hợp với các văn bản pháp luật hiện hành nh- Bộ luật lao động (đã đ-ợc sửa đổi, bổ sung năm 2002), Luật tổ chức Tòa án nhân dân, Luật tổ chức Viện kiểm sát nhân dân năm 2002.

Ngoài ra còn có những khó khăn từ phía các cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động và các bên tranh chấp: các bên trong quan hệ lao động ch-a thực hiện nghiêm các quy định pháp luật về đình công; các cơ quan giải quyết tranh

chấp lao động hoạt động ch-a hiệu quả; công đoàn ch-a thực sự phát huy vai trò đại diện và bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp cho ng-ời lao động.

Việc giải quyết tranh chấp lao động và đình công còn nhiều hạn chế. Hầu hết các vụ tranh chấp lao động đ-ợc Toà án thụ lý và giải quyết là ở các tỉnh, thành phố phát triển về kinh tế – xã hội và có nhiều doanh nghiệp có vốn đầu t- n-ớc ngoài nh-: Thành phố Hồ Chí Minh, Hà Nội, Đà Nẵng, Hải Phòng, Đồng Nai. Trong hai năm 1999 và năm 2000, Toà án nhân dân mới chỉ thụ lý và giải quyết đ-ợc hai vụ tranh chấp lao động tập thể, hầu nh- ch-a có vụ đình công nào đ-ợc giải quyết tại Toà án. Các cuộc đình công xảy ra trong thực tế th-ờng đ-ợc giải quyết bằng thủ tục hành chính, do cơ quan lao động kết hợp với tổ chức công đoàn, có sự tham gia hỗ trợ của cơ quan công an. Kết quả là, tranh chấp lao động ch-a đ-ợc giải quyết tận gốc, nhiều vụ đã phát triển đến đỉnh cao là đình công. Từ năm 1995 đến năm 2002, số vụ đình công xảy ra trong các loại hình doanh nghiệp trong cả n-ớc là khoảng 500 vụ. Trong số đó, có nhiều vụ số l-ợng ng-ời tham gia đông (hơn 5000 ng-ời- xảy ra tại Công ty Huế Phong- thành phố Hồ chí Minh), thời gian kéo dài, lặp đi lặp lại nhiều lần. Một số vụ đã v-ợt ra ngoài phạm vi doanh nghiệp. Điều đáng chú ý là, hầu hết các vụ việc đều diễn ra không theo đúng quy định pháp luật về đình công

(vi phạm về trình tự, thủ tục và không do công đoàn tổ chức và lãnh đạo). Những cuộc đình công này đều bị coi là bất hợp pháp, không đ-ợc giải quyết tại Toà án, việc xử lý quyền lợi của những ng-ời tham gia đình công cũng không theo quy định pháp luật<sup>1</sup>.

Cho đến nay, hầu hết các chế định quan trọng của Bộ luật lao động đã đ-ợc cụ thể hoá trong hàng loạt văn bản quy phạm pháp luật và đã đ-ợc thực hiện một cách hiệu quả. Tuy nhiên, những quy định về đình công vẫn “đ-ợc” giữ nguyên, chậm đ-ợc đổi mới để bảo đảm sự đồng bộ với pháp luật lao động, ch-a thực sự đáp ứng đ-ợc đòi hỏi của thực tiễn phát triển kinh tế – xã hội của đất n-ớc.

### Về quyền quyết định đình công

Khoản 2, Điều 173 của Bộ luật lao động quy định: “Việc đình công do Ban chấp hành công đoàn cơ sở quyết định sau khi đ-ợc quá nửa tập thể lao động tán thành...”. Theo quy định này thì công đoàn các cấp đóng vai trò quan trọng trong việc đảm bảo quyền lợi của ng-ời lao động trong quan hệ lao động: là ng-ời đại diện cho tập thể lao động, cùng với cơ quan, tổ chức hữu quan kiểm tra, giám sát việc thi hành pháp luật lao động, tổ chức lấy ý kiến tập thể lao động để khởi x-ớng, quyết định và lãnh đạo cuộc đình công. Nếu tổ chức công đoàn thực hiện đ-ợc chức năng đại diện và bảo vệ ng-ời lao động thì quy định trên sẽ góp phần quan trọng vào việc

<sup>1</sup> Xem Tài liệu Hội thảo về vấn đề giải quyết các tranh chấp lao động, đình công, Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội, Thành phố Hồ Chí Minh, 2003, trang 3.

ngăn ngừa đình công xảy ra, đồng thời, h-ớng cuộc đình công diễn ra theo đúng pháp luật, hạn chế thiệt hại cho các bên và xã hội, bảo đảm quyền đình công của tập thể lao động.

Tuy nhiên, đa số các cuộc đình công xảy ra trong thời gian qua là tự phát, không do công đoàn tổ chức và lãnh đạo. Thực tế này xuất phát từ các lý do sau:

*Thứ nhất*, công đoàn ch-a đ-ợc thành lập trong nhiều doanh nghiệp. Theo số liệu thống kê, cho đến tháng 11 năm 2003, cả n-ớc mới chỉ có khoảng 40% số doanh nghiệp (đặc biệt là các doanh nghiệp có vốn đầu t- n-ớc ngoài và các doanh nghiệp t- nhân) có tổ chức công đoàn<sup>2</sup>. Hội đồng Hoà giải lao động cơ sở cũng ch-a đ-ợc thành lập. Thực trạng này dẫn đến quyền và lợi ích của ng-ời lao động bị vi phạm nghiêm trọng mà không đ-ợc cơ quan nào bảo vệ. Do vậy, những mâu thuẫn, bất đồng nảy sinh giữa ng-ời lao động và ng-ời sử dụng lao động sẽ không đ-ợc giải quyết theo thủ tục hoà giải hay trọng tài. Vì lẽ đó, tập thể lao động phải tự đấu tranh để bảo vệ quyền lợi của mình bằng cách đình công.

*Thứ hai*, đối với những doanh nghiệp đã thành lập tổ chức công đoàn thì tổ chức này cũng không phát huy đ-ợc vai trò bảo vệ quyền lợi của ng-ời lao động. Cán bộ công đoàn ch-a thực sự độc lập với ng-ời sử dụng

lao động về mặt kinh tế và pháp lý. Vì vậy, họ thiếu nhiệt tình, ch-a mạnh dạn đấu tranh với ng-ời sử dụng lao động để bảo vệ cho ng-ời lao động. Mặt khác, cán bộ công đoàn ch-a nắm vững pháp luật lao động, ch-a có đủ uy tín đối với cả ng-ời lao động và ng-ời sử dụng lao động. Những vi phạm pháp luật cũng nh- tranh chấp lao động xảy ra không đ-ợc tổ chức công đoàn can thiệp và tham gia giải quyết kịp thời.

Nh- vậy, tổ chức công đoàn ch-a thực hiện đ-ợc vai trò của mình trong việc tổ chức và lãnh đạo đình công. Để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của ng-ời lao động, ngoài việc tăng c-ờng sức mạnh của tổ chức công đoàn, pháp luật lao động nên bổ sung quyền quyết định đình công của tập thể lao động bên cạnh quyền quyết định của tổ chức công đoàn.

### **Về thời điểm có quyền đình công**

Theo quy định của pháp luật hiện hành, thời điểm đình công hợp pháp là thời điểm sau khi các cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động tập thể đã giải quyết nh-ng ng-ời lao động không đồng ý với cách giải quyết đó.

Điều 172 của Bộ luật lao động năm 1994 (đ-ợc sửa đổi, bổ sung năm 2002) và Điều 79 của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các tranh chấp lao động năm 1996 quy định: Tập thể lao động chỉ đ-ợc sử dụng quyền đình công

<sup>2</sup>Xem Tài liệu *Hội thảo về vấn đề giải quyết các tranh chấp lao động, đình công*. Bộ Lao động – Th-ơng binh và Xã hội, Thành phố Hồ Chí Minh, 2003.

sau khi tranh chấp lao động tập thể đã được Hội đồng hoà giải lao động cơ sở (hoặc hoà giải viên lao động cấp huyện) hoà giải nh-ng không thành, và đã được Hội đồng trọng tài lao động cấp tỉnh giải quyết nh-ng họ không đồng ý với quyết định của Hội đồng trọng tài lao động cấp tỉnh và cũng không yêu cầu Toà án nhân dân giải quyết.

Pháp luật nghiêm cấm các bên hành động đơn ph-ơng chống lại bên kia trong khi Hội đồng hoà giải lao động cơ sở, Hội đồng trọng tài lao động cấp tỉnh đang tiến hành việc giải quyết tranh chấp lao động. Hoà giải và trọng tài là hai thủ tục có tính bắt buộc trong quá trình giải quyết tranh chấp lao động tập thể. Mọi cuộc đình công được thực hiện tr-ớc hoặc trong khi các thủ tục đó đang được tiến hành đều bị coi là bất hợp pháp.

Quy định trên có tác dụng giúp các bên tranh chấp có thời gian để tự th-ơng l-ợng và cố gắng dàn xếp các bất đồng để đạt đến một giải pháp hiệu quả, không làm gián đoạn quan hệ hợp tác giữa ng-ời lao động và ng-ời sử dụng lao động cũng nh- nhằm hạn chế hậu quả về kinh tế-xã hội do cuộc đình công gây ra.

Tuy nhiên, đáng tiếc là trên thực tế do hiệu quả hoạt động của tổ chức công đoàn và Hội đồng hoà giải lao động cơ sở bị hạn chế dẫn đến việc các tranh chấp lao động không được giải quyết kịp thời, đúng pháp luật và điều này lại làm tăng tính đối kháng, bức xúc của tranh chấp. Do đó, hầu hết các

cuộc đình công được tiến hành ngay, bỏ qua các giai đoạn bắt buộc.

Mâu thuẫn giữa yêu cầu cấp bách của ng-ời lao động với quy định pháp luật ch-a phù hợp nêu trên đã đặt ra một đòi hỏi khách quan: cần rút ngắn thời hạn giải quyết tranh chấp lao động theo thủ tục hoà giải và trọng tài để kịp thời giải toả bất đồng giữa các bên, đồng thời tránh việc kìm hãm quá lâu quyền đình công của ng-ời lao động.

### **Về thủ tục chuẩn bị đình công**

Pháp luật lao động quy định rằng Ban chấp hành công đoàn cơ sở quyết định đình công khi có quá nửa tập thể lao động tán thành việc đình công bằng cách bỏ phiếu hoặc lấy chữ ký. Quy định này có tác dụng bảo đảm bản chất của quyền đình công là quyền của tập thể lao động, giúp cho việc tổ chức đình công có kỷ luật hơn, thể hiện rõ ý chí của tập thể lao động. Chính vì vậy, vi phạm quy định này là một trong những căn cứ để kết luận cuộc đình công là bất hợp pháp.

Tuy nhiên, thực tế đang phát sinh vấn đề sau: những doanh nghiệp có quy mô lớn, số l-ợng lao động nhiều sẽ gặp khó khăn trong việc lấy đủ số chữ ký hoặc biểu quyết của tập thể lao động tán thành đình công. Trong thực tế, những doanh nghiệp có quy mô từ hơn 1000 lao động trở lên thì để lấy đủ 30% hoặc 50% chữ ký của tập thể lao động là một vấn đề hết sức khó khăn đối với cán bộ công đoàn của doanh nghiệp (đặc biệt là những



cán bộ công đoàn không chuyên trách). Tổ chức công đoàn hoạt động trong điều kiện cơ sở vật chất thiếu thốn; cơ chế hoạt động không độc lập; uy tín của cán bộ công đoàn đối với ng-ời lao động ch-a cao... là các nguyên nhân chủ yếu dẫn đến cán bộ công đoàn bị vô hiệu hoá, kém hiệu quả trong mọi hoạt động, trong đó có cả việc tổ chức lấy ý kiến của tập thể lao động về việc đình công.

Đình công là một hiện t-ợng phản ứng tập thể của ng-ời lao động khi những quyền lợi thiết yếu của họ bị vi phạm. Vì vậy, nhiều khi nó xảy ra “*bất chấp*” cả những quy định cấm đoán hoặc bắt buộc của pháp luật. Những quy định pháp luật quá chặt chẽ th-ờng không thích hợp với bản chất của đình công.

Ph-ơng pháp tốt nhất để tránh đình công, hay hạn chế hậu quả do nó gây ra không phải là gia tăng các quy định pháp luật cấm đoán hoặc bắt buộc đối với ng-ời lao động, mà cần phải tìm ra giải pháp cho các tranh chấp lao động tập thể qua các thủ tục hoà giải, trọng tài. Tr-ớc tiên, phải đề ra các giải pháp ngay trong quá trình th-ơng l-ợng để thiết lập thoả -ớc lao động tập thể. Đồng thời, pháp luật phải có ngay những quy định đơn giản hơn về thủ tục chuẩn bị đình công. Ví dụ nh-: quy định về việc lấy chữ ký, biểu quyết, số l-ợng ng-ời lao động tán thành đình công... Bên cạnh đó, cần cải thiện cơ chế tổ chức và hoạt động nhằm tạo ra tính độc lập cho tổ chức công đoàn. Từ đó bảo đảm cho

các cuộc đình công tiến hành theo đúng thủ tục pháp luật quy định.

### **VỀ THỦ TỤC TRAO BẢN YÊU CẦU, BẢN THÔNG BÁO**

Theo quy định của pháp luật thì việc trao bản yêu cầu, gửi bản thông báo phải đ-ợc tiến hành chậm nhất là ba ngày tr-ớc ngày bắt đầu đình công đ-ợc ấn định trong bản yêu cầu, bản thông báo. Sau khi quyết định đình công, Ban chấp hành công đoàn cơ sở cử đại diện để trao bản yêu cầu cho ng-ời sử dụng lao động, đồng thời gửi một bản thông báo cho cơ quan lao động cấp tỉnh, một bản thông báo cho liên đoàn lao động cấp tỉnh. Thông báo đó nêu rõ vấn đề bất đồng, nội dung yêu cầu giải quyết, kết quả bỏ phiếu hoặc lấy chữ ký tán thành đình công và thời điểm bắt đầu đình công<sup>3</sup>. Nếu vi phạm quy định này thì cuộc đình công sẽ là bất hợp pháp.

Quy định thủ tục báo tr-ớc việc đình công bằng bản yêu cầu, bản thông báo nhằm mục đích tránh những xáo trộn bất ngờ về kinh tế – xã hội do cuộc đình công gây ra. Đồng thời, giúp cho ng-ời sử dụng lao động tiến hành các biện pháp bảo d-ỡng máy móc khỏi h- hỏng trong thời gian tập thể lao động đình công. Nh-ng, mục đích chủ yếu của quy định này vẫn là giúp cho các bên có thời gian cân nhắc “*thiệt hơn*” và đi đến thoả thuận.

Trong thực tế, ở những doanh nghiệp không có tổ chức công đoàn hoặc tổ chức

<sup>3</sup>Xem Điều 82 – *Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các tranh chấp lao động*.

công đoàn hoạt động kém hiệu quả thì các cuộc đình công thường xảy ra tự phát, không theo đúng trình tự pháp luật quy định. Bên cạnh đó, sự thiếu hiểu biết của người lao động về pháp luật lao động và t- t-ởng sợ bị người sử dụng lao động trừng phạt của những người lao động đã dẫn đến việc trao bản yêu cầu, bản thông báo thường bị bỏ qua.

Do vậy, để quy định pháp luật về đình công được hoàn thiện thì thời gian báo trước về đình công cần được quy định phù hợp để bảo đảm giải quyết tốt tranh chấp lao động, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người lao động, giúp người lao động không rơi vào tình trạng hợp đình công bất hợp pháp do vi phạm về thời hạn.

### **Về kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong quá trình đình công**

Nhằm bảo đảm cho các bên thực hiện nghiêm chỉnh pháp luật trong quá trình đình công, Điều 85 - Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các tranh chấp lao động năm 1996 quy định: “Viện Kiểm sát nhân dân kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong quá trình đình công theo quy định của Luật tổ chức Viện Kiểm sát nhân dân, của Bộ luật lao động và Pháp lệnh này”.

Nh-ng, theo quy định của Hiến pháp năm 1992 (đã sửa đổi, bổ sung) và Luật Tổ chức Viện Kiểm sát nhân dân năm 2002 thì Viện Kiểm sát nhân dân các cấp không còn chức

năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật của các cơ quan, tổ chức, cá nhân mà chỉ có chức năng thực hành quyền công tố và kiểm sát các hoạt động t- pháp theo quy định của Hiến pháp và pháp luật<sup>4</sup>. Do đó, quy định này không còn phù hợp nữa, cần được sửa đổi cho phù hợp.

### **Về việc hoãn hoặc ngừng đình công**

Theo Điều 175 của Bộ luật lao động năm 1994 (được sửa đổi, bổ sung năm 2002) thì quyền quyết định hoãn hoặc ngừng cuộc đình công thuộc về Thủ t-ớng Chính phủ. Về vấn đề này, Điều 86 của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các tranh chấp lao động quy định: “Trong trường hợp xét thấy đình công có nguy cơ nghiêm trọng cho nền kinh tế quốc dân, an ninh quốc gia hoặc an toàn công cộng, Thủ t-ớng Chính phủ quyết định hoãn hoặc ngừng cuộc đình công và giao cho cơ quan nhà n-ớc có thẩm quyền phối hợp với công đoàn cùng cấp giải quyết. Nếu tập thể lao động không nhất trí với việc giải quyết tranh chấp của cơ quan nhà n-ớc có thẩm quyền thì có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết. Thủ tục hoãn hoặc ngừng đình công do Chính phủ quy định”. Tuy nhiên, cả hai văn bản quy phạm pháp luật nói trên đều không quy định cụ thể về thủ tục hoãn hoặc ngừng đình công, ví dụ nh-: những trường hợp nào thì Thủ t-ớng Chính phủ có quyền hoãn hoặc ngừng đình công, cơ quan nhà n-ớc nào có thẩm quyền giải quyết, thời hạn và thủ tục

<sup>4</sup> Điều 1 – Luật Tổ chức Viện Kiểm sát nhân dân.

hoãn hoặc ngừng đình công, hậu quả của các cuộc đình công bị hoãn hoặc ngừng theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền... Như vậy pháp luật hiện đang bỏ ngỏ về vấn đề này. Để bảo đảm tính khả thi của quy định này trong thực tế, cần phải bổ sung quy định về thủ tục hoãn hoặc ngừng đình công.

### **Về thủ tục khởi kiện trước Tòa án yêu cầu công nhận cuộc đình công hợp pháp hoặc bất hợp pháp**

Quyền khởi kiện trước Tòa án yêu cầu kết luận tính hợp pháp hay bất hợp pháp của cuộc đình công có ý nghĩa vô cùng to lớn đối với hậu quả của cuộc đình công, nhất là trong việc giải quyết quyền lợi và trách nhiệm của các bên trong quan hệ lao động.

Pháp luật quy định những chủ thể có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết các cuộc đình công bao gồm: Ban chấp hành công đoàn cơ sở (yêu cầu kết luận cuộc đình công hợp pháp), người sử dụng lao động (yêu cầu kết luận tính bất hợp pháp của cuộc đình công), cơ quan lao động cấp tỉnh, liên đoàn lao động cấp tỉnh (yêu cầu kết luận cuộc đình công hợp pháp hoặc bất hợp pháp), Viện kiểm sát nhân dân (khởi tố để yêu cầu Tòa án kết luận cuộc đình công bất hợp pháp).

Theo quy định của pháp luật thì tập thể lao động khởi kiện qua đại diện Ban chấp hành công đoàn cơ sở. Như vậy, hầu như công đoàn

cơ sở không thực hiện được quyền này, đặc biệt là ở những nơi cuộc đình công không được tiến hành theo đúng trình tự và chủ thể pháp luật quy định. Thường thì khi có vụ đình công xảy ra, công đoàn cấp trên của công đoàn cơ sở đến giải quyết bằng cách phối hợp với cơ quan lao động dàn xếp, hoà giải, thương lượng rồi giải tán cuộc đình công. Thực chất, đây chỉ là những biện pháp tình thế, chứa đựng nguy cơ tiềm ẩn cho những cuộc đình công khác. Ngay cả Viện kiểm sát nhân dân nhiều năm qua cũng chưa hề khởi tố một vụ án lao động nào<sup>5</sup>.

Như vậy, trong thực tế, cả Ban chấp hành công đoàn cơ sở lẫn công đoàn cấp trên đều không thực hiện được quyền khởi kiện trước Tòa án yêu cầu kết luận cuộc đình công hợp pháp, chưa làm tròn chức năng của mình trong việc đại diện tập thể lao động bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của tập thể lao động tham gia đình công. Thiết nghĩ, bên cạnh việc bổ sung quyền quyết định đình công của tập thể lao động cũng cần phải quy định thêm quyền khởi kiện của tập thể lao động trước Tòa án nhân dân yêu cầu kết luận tính hợp pháp của cuộc đình công./.

*\* ThS, Trưởng Cao đẳng lao động - xã hội*

<sup>5</sup> Xem Tài liệu Hội thảo về vấn đề giải quyết các tranh chấp lao động, đình công. Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội, Thành phố Hồ Chí Minh, 2003.

# GÓP Ý VÀO DỰ ÁN LUẬT ĐIỆN LỰC

Lê Thị Thu Thủy\*

*Dự án Luật Điện lực đ-ợc đ-a ra thảo luận và cho ý kiến tại kỳ họp thứ 5, Quốc hội khoá XI. Bên cạnh việc khẳng định những -u điểm là cơ bản của Dự án Luật, tác giả nêu lên một số bản khoản về những quy định xung quanh thị trường điện lực cạnh tranh; về điện phục vụ nông thôn, miền núi và hải đảo; những nội dung trùng lặp trong Dự án Luật này*

## Những -u điểm

**Thứ nhất**, lần đầu tiên, Nhà n-ớc đã soạn thảo và dự kiến ban hành một đạo luật khuyến khích và tạo điều kiện thu hút mọi thành phần kinh tế tham gia hoạt động điện lực trong môi trường cạnh tranh lành mạnh có sự quản lý của Nhà n-ớc (trừ hoạt động truyền tải và điều độ hệ thống điện Quốc gia thuộc lĩnh vực độc quyền của Nhà n-ớc). Ban soạn thảo có ý định đ-a ra các quy định “*làm rung chuyển các cột đình*”, nhằm phá vỡ thế độc quyền ngự trị bấy lâu nay trong lĩnh vực này.

**Thứ hai**, ngoài các nội dung quy định trong Pháp lệnh Chất l-ợng hàng hoá, Pháp lệnh Giá, Dự án Luật Điện lực đã có các quy

định cụ thể hơn về: “*Chất l-ợng điện năng*”, “*Chính sách giá điện*”, “*Căn cứ và biểu giá bán lẻ điện*”...là cơ sở để giám sát hoạt động về giá của các doanh nghiệp điện lực, tạo thuận lợi cho chính sách điện lực cạnh tranh phát huy có hiệu quả.

**Thứ ba**, lần đầu tiên vấn đề quy hoạch phát triển ngành điện đ-ợc đ-a vào điều chỉnh (Ch-ơng II của Dự thảo). Nội dung này là kết quả cụ thể hoá chính sách của Nghị quyết Đại hội IX về phát triển của từng ngành công nghiệp Việt Nam trong giai đoạn mới, là thành quả của việc đúc rút công tác quy hoạch trong vòng 5 năm qua của ngành Công nghiệp đối với tất cả các ngành quan trọng, trong đó có ngành điện<sup>1</sup>, là việc pháp

<sup>1</sup> “*Phải giải quyết dứt điểm tình trạng quy hoạch thiếu đồng bộ...*”, Bài trả lời phỏng vấn của Thứ tr-ởng Bộ Công nghiệp Đỗ Hữu Hào, Tạp chí “*Công nghiệp*” số 5/2004, Tr. 36-37.

điển hoá Quyết định của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt quy hoạch phát triển điện lực Việt Nam giai đoạn 2001 - 2010 có xét triển vọng đến năm 2020<sup>2</sup>. Những quy định này sẽ bảo đảm việc quy hoạch phát triển ngành điện đồng bộ, khai thác tối đa các nguồn năng lượng có hiệu quả kinh tế (thủy điện, nhiệt điện, các dạng năng lượng mới...), kết hợp từng bước trao đổi điện hợp lý với các nước trong khu vực; đồng thời gắn hoạt động điện lực với phát triển môi trường bền vững và tránh được việc đầu tư thừa thãi là một căn bệnh "hội chứng", kém hiệu quả như: "đầu tư xây dựng lò đứng", "nhà máy đóng"... trong thời gian qua.

### Những hạn chế

#### **Ch-a thể hiện được bản chất cũng như nội dung của thị trường điện lực cạnh tranh**

Thứ nhất, thị trường điện lực cạnh tranh cũng như bất kỳ một thị trường cạnh tranh nào khác đều dựa trên bản chất "thuận mua, vừa bán". Để bảo đảm được bản chất này thì thị trường cần có "trăm người bán, vạn người mua". Trong khi đó, điện lực lại là một loại hàng hoá đặc biệt, hoạt động điện lực rất dễ trở thành độc quyền doanh nghiệp nhà nước. Bởi thế, vấn đề điều tiết hoạt động này trở nên vô cùng cần thiết. Phù hợp với xu thế chung của các nước trong khu vực và trên thế giới, chúng ta cũng đưa vào Dự án quy định thành lập một cơ quan điều tiết điện lực có

chức năng tác động vào các hoạt động điện lực và thị trường điện lực cạnh tranh nhằm nâng cao hiệu quả trong hoạt động điện lực và sử dụng điện, đảm bảo cho thị trường điện lực cạnh tranh một cách lành mạnh. Thế nhưng, cơ quan điều tiết điện lực (Điều 67) chưa được quy định là một cơ quan độc lập và nhiều khả năng chức năng, nhiệm vụ này lại được giao cho Bộ Công nghiệp - Bộ quản lý chính sách ngành điện, đồng quản lý Tổng Công ty Điện lực Việt Nam.

Thứ hai, các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành đã quy định những nguyên tắc chung, cơ bản nhất liên quan đến việc bảo đảm cạnh tranh. Chẳng hạn như nguyên tắc "đa dạng của chế độ sở hữu"<sup>3</sup>, nguyên tắc "tự do kinh doanh và bình đẳng trước pháp luật của các chủ thể kinh doanh"<sup>4</sup>, nguyên tắc "bảo đảm cạnh tranh"<sup>5</sup>,... Hơn thế nữa, Luật Cạnh tranh sắp ra đời là một luật chuyên về điều chỉnh các hành vi hạn chế cạnh tranh trên tất cả các thị trường (trong đó có thị trường điện lực) thì việc đưa ra các quy định mang tính "trang sức" về thị trường điện lực cạnh tranh như trong Dự án thực sự là không cần thiết.

Thứ ba, để xây dựng giá điện trên thị trường điện lực cạnh tranh, lẽ ra chỉ cần dựa vào quan hệ cung cầu về điện, nhưng trong Dự án Luật lại nêu thêm những căn cứ khác là "nhu cầu vốn đầu tư..." và "yêu cầu thu hồi vốn đầu tư..." (khoản 3, 4 Điều 45). Điều này

<sup>2</sup> Quyết định của Thủ tướng Chính phủ số 95/2001/QĐ-TTg ngày 22/6/2001.

<sup>3</sup> Xem Điều 15 Hiến pháp năm 1992; Điều 9, 10 Luật Doanh nghiệp năm 1999; Điều 17 Luật Hợp tác xã năm 2003; Điều 4, 5 Luật khuyến khích đầu tư trong nước năm 1998; Chương IV Bộ luật dân sự;...

<sup>4</sup> Xem Điều 21 và 57 Hiến pháp năm 1992; Điều 9 Luật Đất đai năm 2003; Điều 3 Pháp lệnh hợp đồng kinh tế; Điều 7 Luật Thương mại năm 1997;...

<sup>5</sup> Xem Điều 8 Luật thương mại năm 1997; Điều 3 Pháp lệnh bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng;...

đồng nghĩa với việc khi nào cần tiền trả nợ đầu t- thì ngành điện sẽ tiếp tục nâng giá<sup>6</sup>.

“Chìa khoá vàng” ở đây là cần loại bỏ vấn đề độc quyền nhà n-ớc và độc quyền doanh nghiệp, tạo thế cạnh tranh, kiên quyết xoá sự độc quyền tồn tại do cơ chế đối với Tổng công ty điện lực Việt Nam thông qua việc học tập kinh nghiệm của Trung Quốc kiên quyết chống độc quyền về giá<sup>7</sup> và thực hiện tốt việc sắp xếp, đổi mới doanh nghiệp nhà n-ớc theo tinh thần Nghị quyết Trung -ơng 3, Nghị quyết Trung -ơng 9 (Khoá IX). Một lợi thế ở đây cần phải nhấn mạnh rằng: Chính phủ và đặc biệt là Thủ t-ớng Chính phủ rất quan tâm đến việc sắp xếp, đổi mới doanh nghiệp nhà n-ớc. Ngoài việc ký các văn bản chỉ đạo sâu sát về vấn đề này<sup>8</sup>, Thủ t-ớng đã “bật đèn xanh” và khẳng định: “*Công cuộc đổi mới đã đi vào đ-ờng ray, không thể nào đảo ng-ợc đ-ợc. Tiến trình cải cách doanh nghiệp nhà n-ớc cứ dựa vào Nghị quyết Trung -ơng 3 và Nghị quyết Trung -ơng 9 mà thực hiện. Làm theo Nghị quyết của Đảng thì không sợ gì cả. Chỉ có điều đáng ngại là đi nhanh hay chậm*”<sup>9</sup>. Quả thật trong lĩnh vực này chúng ta còn “đi chậm”. Bằng việc cổ phần hoá nhà máy điện và tham gia niêm yết trên thị tr-ờng chứng khoán, cổ phần hoá các dự án đang xây dựng hoặc hình thành nhiều công ty cổ

phần để xây dựng nhà máy điện vừa và nhỏ, không những sẽ giải quyết đ-ợc bài toán vốn<sup>10</sup>, mà còn tạo ra nhiều hàng hoá hấp dẫn cho thị tr-ờng chứng khoán<sup>11</sup>.

**Bất cập của quy định về điện phục vụ nông thôn, miền núi và hải đảo**

Theo quan điểm của chúng tôi, việc xây dựng một ch-ơng riêng quy định về điện phục vụ nông thôn, miền núi và hải đảo là không cần thiết. Nguyên do: nội dung tại Ch-ơng này có nhiều quy định trùng lặp, nếu đ-ợc bổ sung vào các điều, khoản khác của Dự án thì sẽ hợp lý hơn. Ví dụ: Điều 11 về *Chính sách phát triển nông thôn, miền núi và hải đảo* là thuộc nội dung của Điều 4- *Chính sách phát triển điện lực*. Kết quả sẽ t-ơng tự khi so sánh: Điều 12-*Đầu t- phát triển điện ở nông thôn, miền núi và hải đảo* với Điều 9-*Đầu t- phát triển điện lực*; Điều 13-*Giá điện sinh hoạt ở nông thôn, miền núi và hải đảo* với Điều 44-*Chính sách giá điện*. Còn vị trí Điều 14-*An toàn ở nông thôn, miền núi và hải đảo* nếu đ-ợc đặt tại Ch-ơng X-*An toàn điện* sẽ khoa học hơn. Nói cách khác, xét về mặt thực chất thì nội dung khoản 1 Điều 11, khoản 2 Điều 13 và các quy định khác trong Dự án Luật (Điều 4, Điều 9, khoản 7 Điều 44) đã thể hiện đ-ợc chính sách điện phục vụ nông thôn, miền núi và hải đảo.

<sup>6</sup> Báo Lao động ngày 02/3/2004, Tr.1

<sup>7</sup> Tr-ớc năm 2002 ngành điện ở Trung Quốc có tính độc quyền, năm 2002, sau khi cải cách ngành này, Trung Quốc đã hình thành quan hệ cạnh tranh của 5 tập đoàn điện lớn cùng tồn tại. Tạp chí Công nghiệp số 12/2003. “Trung Quốc chống độc quyền giá trong lĩnh vực điện và than”. Tr. 39.

<sup>8</sup> Chỉ thị của Thủ t-ớng Chính phủ số 11/2004/CT-TTg ngày 30 tháng 3 năm 2004 về việc đẩy mạnh sắp xếp, đổi mới doanh nghiệp nhà n-ớc theo tinh thần Nghị quyết Trung -ơng 3, Nghị quyết Trung -ơng 9 Khoá IX và triển khai thực hiện Luật Doanh nghiệp nhà n-ớc.

<sup>9</sup> Báo “Tuổi trẻ” ngày 16 tháng 3 năm 2004, tr.1,3.

<sup>10</sup> “Không thể dựa vào cổ phần hoá thông th-ờng”. Bài trả lời phỏng vấn Báo Đầu t- của Bộ tr-ởng Bộ Công nghiệp, Báo Đầu t- Điện tử số ra ngày 24/3/2004.

<sup>11</sup> “Vai trò của Bộ Công nghiệp trong việc tạo hàng cho thị tr-ờng chứng khoán”. Tạp chí “Đầu t- chứng khoán” số 228, ngày 19/4/2004. Tr. 18.

Mặt khác, ở đây cần tính đến một số nguy cơ tiềm ẩn sau: hệ số so sánh giữa mức tăng đầu t- và mức tăng tr-ởng kinh tế (ICOR) của toàn xã hội của chúng ta ngày càng tăng (những năm 1991 - 1995 là 3,5/1; 2001- 2003 xấp xỉ 5/1)<sup>12</sup>, tức là hiệu quả đầu t- của chúng ta ngày càng giảm đi đáng kể, trong khi đó đầu t- vào dự án điện phục vụ nông thôn, miền núi và hải đảo sẽ còn mang tính phiêu l-u và rủi ro hơn nhiều. Với cơ chế độc quyền doanh nghiệp nhà n-ớc trên thị tr-ờng điện lực hiện nay, khả năng tiếp diễn tình trạng: vốn nhà n-ớc nên không ai chịu trách nhiệm khi bị thất thoát, nếu hành vi làm thất thoát không bị xác định là tham ô nh- trong các tr-ờng hợp đầu t- vào nhà máy mía đ-ờng, xi măng lò đứng... sẽ còn tiếp diễn.

### **Kỹ thuật lập pháp**

Về vấn đề này, chúng tôi cho rằng không cần phải quy định về quyền, nghĩa vụ của đơn vị và khách hàng sử dụng điện, mua bán và sử dụng điện, vì chúng đã đ-ợc các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành điều chỉnh: Hiến pháp năm 1992 (đã đ-ợc sửa đổi, bổ sung), Bộ luật Dân sự, Pháp lệnh bảo vệ quyền lợi ng-ời tiêu dùng năm 1999, Luật Doanh nghiệp năm 1999, Luật Doanh nghiệp Nhà n-ớc năm 2003, Pháp lệnh về Hợp đồng kinh tế... Còn nếu nói rằng, điện lực mang tính chất “riêng, đặc thù, chuyên ngành”, thì tốt hơn nên để cho cơ quan quản lý nhà n-ớc chuyên ngành về lĩnh vực này phê duyệt Hợp đồng mẫu, nh- chúng ta đã làm và đã đ-ợc

kiểm chứng qua thực tế trong lĩnh vực bảo hiểm, điện thoại... mà không cần thiết phải quy định trong đạo luật.

Một nội dung khác cũng cần bàn đến là các ch-ơng về “An toàn điện” và “Bảo vệ thiết bị và công trình điện”. Theo quan điểm của chúng tôi, quy định nh- trong hai ch-ơng này ch-a đạt yêu cầu, do ch-a khái quát và pháp điển hoá đ-ợc nội dung Nghị định số 169/2003/NĐ-CP của Chính phủ ngày 24/12/2003 về An toàn điện. Hoặc nếu chúng ta quy định trong Luật một cách cụ thể nh- Nghị định thì sau này, khi Luật có hiệu lực, Nghị định sẽ phải bị huỷ bỏ.

Ngoài ra, chúng tôi cho rằng nội dung quản lý nhà n-ớc không nhất thiết phải đ-a vào dự án luật, pháp lệnh. Cụ thể với Dự án Luật Điện lực, nội dung này đã đ-ợc quy định tại các điều khoản khác trong Dự án và tại các văn bản pháp luật khác đang có hiệu lực<sup>13</sup>. Ng-ợc lại, nội dung về xử lý vi phạm - tiền đề để sau này cùng với Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính xây dựng chế tài xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực điện lực lại không đ-ợc đề cập tới.

---

\* TS, Khoa Luật - Đại học Quốc Gia Hà Nội

<sup>12</sup> Xem: Văn kiện Hội nghị lần thứ 9 Ban chấp hành Trung - ơng Đảng Khoá IX. Nxb. Chính trị Quốc gia năm 2004. Tr. 26.

<sup>13</sup> Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001; Nghị định số 55/2003/NĐ-CP ngày 28/5/2003 của Chính phủ Quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Công nghiệp.

# NHẬP KHẨU SONG SONG D-ỢC PHẨM: Một số vấn đề pháp lý

Lê Thị Bích Thọ\* - Nguyễn Thanh Tú\*\*

*Trong hàng loạt các biện pháp của Chính phủ đ-a ra để ổn định giá d-ợc phẩm có giá pháp cho phép nhập khẩu song song. Bài viết sau đây giúp tìm hiểu bản chất pháp lý của cơ chế nhập khẩu song song qua thực tiễn pháp luật th-ơng mại quốc tế và Việt Nam, mối quan hệ giữa pháp luật cạnh tranh và pháp luật về sở hữu trí tuệ trong vấn đề này, và đề xuất một số kiến nghị pháp lý cho việc nhập khẩu song song d-ợc phẩm ở Việt Nam*

## Nhập khẩu song song là gì?

1. Nhập khẩu song song<sup>1</sup> là việc hàng hoá đ-ợc sản xuất hợp pháp ở n-ớc ngoài đ-ợc nhập khẩu vào trong n-ớc nh-ng không có sự cho phép của ng-ời nắm giữ quyền sở hữu trí tuệ (chủ sở hữu sáng chế, nhãn hiệu hàng hóa, tác giả, chủ sở hữu tác phẩm...).<sup>2</sup> Hiểu theo thực tế thông dụng thì nhập khẩu song song (NKSS) dùng để chỉ các loại hàng hoá bán ra thị tr-ờng ngoài hệ thống phân phối chính thức. Một số nhà trung gian đã mua hàng hóa ở n-ớc có giá thấp và nhập khẩu vào trong n-ớc để bán “song song” với hệ thống phân phối chính thức. Hàng hoá NKSS không phải là hàng giả, hàng nhái, hàng ăn cắp bản quyền, vì đ-ợc phép sản xuất, đăng ký và bán một cách hợp pháp tại n-ớc xuất khẩu.

2. Khái niệm “nhập khẩu song song” lần đầu tiên đ-ợc đề cập trong hệ thống văn bản quy phạm pháp luật Việt

<sup>1</sup> T-ơng đ-ơng với khái niệm “parallel import” trong tiếng Anh và “grey goods” ở Mỹ. (TG).

<sup>2</sup> Xem Mattias Gabslandt & Keith E. Maskus, *Parallel Import and the Pricing of Pharmaceutical Products: Evidence from the European Union*, tr. 1. Quyền sở hữu trí tuệ bao gồm quyền sở hữu công nghiệp và quyền tác giả.



Nam vào năm 2000 trong một văn bản về sở hữu công nghiệp<sup>3</sup>. Theo đó “NKSS” đ-ợc hiểu là “việc nhập khẩu hàng hóa, sản phẩm chứa yếu tố đ-ợc bảo hộ sở hữu công nghiệp từ nguồn không phải do chính chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp cung cấp mà do ng-ời đ-ợc cấp li-xăng, ng-ời đã đ-ợc phân phối hoặc do hãng con, chi nhánh... cung cấp”. Cách hiểu nh- vậy mới chỉ thích hợp đối với hàng hóa, sản phẩm chứa yếu tố đ-ợc bảo hộ sở hữu công nghiệp mà ch-a bao hàm yếu tố đ-ợc bảo hộ sở hữu trí tuệ (gồm cả quyền tác giả). Mặt khác, đối với NKSS, yếu tố “không có phép của ng-ời nắm giữ quyền sở hữu trí tuệ” là quan trọng chứ không phải yếu tố hàng hoá đó do ai cung cấp.

3. D-ới góc độ kinh tế, NKSS đ-ợc đặt ra bởi hai lý do cơ bản. Thứ nhất, vì lý do lợi nhuận mà nhà NKSS sẽ h-ởng; Thứ hai, vì lý do có lợi cho ng-ời tiêu dùng do cạnh tranh về giá với hàng hóa của các nhà phân phối đ-ợc phép<sup>4</sup>.

4. Tính hợp pháp của NKSS liên quan đến chế độ pháp lý về “hết quyền” (exhaustion) trong luật sở hữu trí tuệ<sup>5</sup>, theo đó, bảo đảm lợi ích tài chính “một lần” của ng-ời nắm giữ các quyền sở hữu trí tuệ. Sau lần bán đầu tiên (first sale), ng-ời nắm giữ quyền sở hữu trí tuệ (hoặc ng-ời khác đ-ợc ng-ời này cho phép) không còn đ-ợc quyền kiểm soát việc phân phối hàng hóa đã đ-ợc đ-a ra thị tr-ờng nữa<sup>6</sup>. Khi lần bán đầu tiên đ-ợc thực hiện, mục tiêu bù đắp chi phí nghiên cứu của quyền sở hữu trí tuệ đ-ợc xem nh- đã hoàn tất<sup>7</sup> và đ-ợc quyền của chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ do đó không thể mở rộng đến các hành vi nh- sử dụng, chuyển nh-ợng, hay cho thuê... đối với các sản phẩm từ quyền sở hữu trí tuệ trừ một số ngoại lệ<sup>8</sup>.

5. Cho phép hay không cho phép NKSS liên quan tới vấn đề cạnh tranh giữa những ng-ời bán cùng một loại sản phẩm. D-ới góc độ khoa học pháp lý, tùy thuộc vào cách xác định không gian hết quyền của lần bán đầu tiên mà có ba chế độ “hết quyền” sau đây:

<sup>3</sup> Điểm d Mục 8.1 Thông t- số 825/2000/TT-BKHCNMT về h-ớng dẫn thi hành Nghị định số 12/1999/NĐ-CP về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp.

<sup>4</sup> Xem Hazbo Skoko, *Theory and Practice of Parallel Imports*, tr. 2 và tr.4.

<sup>5</sup> Theo bản dịch Hiệp định về các khía cạnh liên quan đến th-ơng mại của quyền sở hữu trí tuệ (Hiệp định TRIPS) của Bộ Th-ơng mại (xem [www.mot.gov.vn](http://www.mot.gov.vn)), thuật ngữ “exhaustion” đ-ợc dịch là “trạng thái đã khai thác hết”.

<sup>6</sup> Trong mối quan hệ với luật cạnh tranh, vấn đề tồn tại và vấn đề thực hiện quyền sở hữu trí tuệ là hai lĩnh vực riêng biệt. Quyền độc quyền (monopoly rights) theo luật sở hữu trí tuệ không vi phạm luật cạnh tranh nh-ng việc thực hiện các quyền đó có thể dẫn đến hạn chế cạnh tranh, ảnh h-ớng đến quyền lợi khách hàng, nên có thể vi phạm luật cạnh tranh. Xem thêm Maurits Dolmans & Anu Piilola, “The Proposed New Technology Transfer Block Exemption”, *World Competition* 26(4), 2003, tr. 543; Hans Henrik Lidgard, *IPR, Biotech & Technology Transfer*, Lund University, 2003, tr. 175-176

<sup>7</sup> Mục tiêu của quyền sở hữu trí tuệ là nhằm tạo động lực nghiên cứu và phát triển bằng việc bù đắp xứng đáng cho các nhà phát minh, sáng tạo.

<sup>8</sup> Một số tr-ờng hợp ngoại lệ, ví dụ đối với các quyền liên quan trong quyền tác giả, tác giả có quyền cho phép hay ngăn cấm việc cho thuê vì mục đích th-ơng mại đối với bản gốc hay bản sao tác phẩm. Xem Điều 4 (Quyền tác giả và quyền liên quan) Ch-ơng II Hiệp định th-ơng mại Việt-Mỹ, Điều 11 (Quyền cho thuê) Hiệp định TRIPS

**Thứ nhất, hết quyền trong phạm vi quốc gia (hết quyền hẹp):** Nếu hàng hóa đã đ-ợc bán ra lần đầu trên thị tr-ờng trong n-ớc bởi ng-ời nắm giữ quyền sở hữu trí tuệ hay bởi ng-ời khác với sự đồng ý của họ (chi nhánh, công ty con, ng-ời đ-ợc nh-ợng quyền - gọi là bên thứ ba), thì xảy ra tình trạng “*hết quyền*” trong lãnh thổ<sup>9</sup>. Ng-ời nắm giữ quyền sở hữu trí tuệ đ-ợc quyền nhập khẩu đối với hàng hóa chứa quyền sở hữu trí tuệ đó. Việc ng-ời khác cung cấp một nguồn hàng hóa rẻ hơn qua kênh NKSS là bất hợp pháp.

**Thứ hai, hết quyền quốc tế (hết quyền rộng):** Theo cách tiếp cận này, nếu hàng hóa đ-ợc ng-ời nắm giữ quyền sở hữu trí tuệ hoặc bên thứ ba đ-ưa ra bán lần đầu tiên ở bất kỳ một nơi nào trên thị tr-ờng thế giới thì sau lần đó, họ không có quyền ngăn cản việc nhập khẩu hàng hóa đó vào thị tr-ờng trong n-ớc. NKSS là hợp pháp với ngoại lệ: nếu trong việc bán lần đầu tiên, hàng hóa đó chịu sự điều chỉnh của li-xăng không tự

nguyên (nh-ợng quyền bắt buộc - compulsory licensing), hay ng-ời nắm giữ quyền sở hữu trí tuệ không có mối liên hệ<sup>10</sup> đối với hàng hoá đó.

**Thứ ba, hết quyền khu vực:** Theo nguyên tắc này, sau lần đầu bán hàng ở một nơi trong khu vực, thì ng-ời nắm giữ quyền sở hữu trí tuệ không còn quyền cản trở NKSS trong khu vực<sup>11</sup>, nh-ng vẫn có quyền ngăn cản việc NKSS từ một n-ớc nằm ngoài khu vực<sup>12</sup>. Kết quả là NKSS vào khu vực là bất hợp pháp nh-ng giữa các n-ớc trong khu vực là hợp pháp. Nguyên tắc này th-ờng đ-ợc lựa chọn bởi các thành viên của một liên kết kinh tế khu vực nhằm thúc đẩy tự do di chuyển hàng hóa trong khu vực đó.

6. Vấn đề hết quyền đối với quyền sở hữu trí tuệ là vấn đề phức tạp, còn nhiều tranh cãi, liên quan đến pháp luật cạnh tranh và sở hữu trí tuệ của mỗi quốc gia. Chính vì vậy, Hiệp định về các khía cạnh liên quan đến th-ơng mại của quyền sở

<sup>9</sup> Ng-ời nắm giữ quyền sở hữu trí tuệ có thể ngăn cản việc nhập khẩu đối với loại hàng hóa đó mà họ đã bán ở n-ớc ngoài (TG).

<sup>10</sup> Ví dụ nh- A và B đều đồng thời phát minh ra một sáng chế ở 2 n-ớc khác nhau là X và Y. Do đó A và B lần l-ợt đ-ợc cấp bằng sáng chế ở X và Y và đã sử dụng sáng chế đó để sản xuất ra hàng hóa. Trong tr-ờng hợp này, bên thứ ba không thể NKSS hàng hoá do A sản xuất và bán ra trên thị tr-ờng thế giới (nh-ng không bán ở n-ớc Y) để bán trên thị tr-ờng n-ớc Y vì sẽ vi phạm quyền của B. (TG)

<sup>11</sup> Xem các phán quyết của Tòa án t- pháp Châu Âu (ECJ) trong các án lệ ECJ, Case 78/70, *Deutsche Grammophon v. Metro*, 8/6/1971, [1971] ECR 487 (đối với bản quyền); ECJ, Case 15/74, *Centrafarm v. Sterling Drug*, 31/10/1974, [1974] ECR 1147 (đối với sáng chế); ECJ, Case 16/74, *Centrafarm v. Wintrop*, 31/10/1974, [1974] ECR 1183 (đối với nhãn hiệu).

<sup>12</sup> Điều này đã đ-ợc Tòa án t- pháp Châu Âu (ECJ) khẳng định trong án lệ ECJ, Case C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG vs. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, 16/7/1998, [1998] ECR I-4799. *Silhouette* là công ty sản xuất và bán tròng kính và gọng kính cao cấp với nhãn hiệu “*Silhouette*” đ-ợc đăng ký ở áo và nhiều n-ớc trên thế giới. Tháng 10/1995, *Silhouette* đã bán 21.000 gọng kính lỗi một cho 1 công ty ở Bulgaria. Nh-ng vào tháng 12/1995, *Hartlauer*, một công ty kinh doanh kính với giá thấp đã mua lại lô hàng này, nhập khẩu trở lại áo và bán ra thị tr-ờng áo. *Silhouette* đã khởi kiện *Hartlauer* về hành vi này vì cho rằng *Silhouette* ch-a hết quyền đối với lô hàng gọng kính đó vì lô hàng đó đ-ợc bán ra ngoài khu vực kinh tế Châu Âu. ECJ đã đ-ưa ra phán quyết có lợi cho *Silhouette*.

hữu trí tuệ (TRIPS) của Tổ chức thương mại thế giới (WTO) trao quyền quy định chế độ hết quyền cho từng quốc gia thành viên<sup>13</sup>. Điều này được khẳng định lại trong Tuyên bố Doha năm 2001 về Hiệp định TRIPS và sức khỏe cộng đồng<sup>14</sup>.

Hiện nay, Cộng đồng Châu Âu đang áp dụng chế độ hết quyền khu vực<sup>15</sup>. Mỹ áp dụng không nhất quán một chế độ nhất định mà tùy vào từng loại hình sở hữu trí tuệ (bản quyền, nhãn hiệu, hay bằng sáng chế); và trong từng loại cũng có thể áp dụng chế độ khác nhau<sup>16</sup>. Nhật Bản áp dụng chế độ hết quyền quốc tế và cho phép NKSS trừ phi trên sản phẩm có ghi rõ cấm NKSS<sup>17</sup>.

7. NKSS thúc đẩy cạnh tranh và tính hiệu quả, đem lại lợi ích cho người tiêu dùng ở nước nhập khẩu. Tuy nhiên NKSS cũng có những hạn chế nhất định. Người tiêu dùng có thể không được cung cấp các dịch vụ sau bán hàng chu đáo, chất lượng sản phẩm có thể không đạt yêu cầu. Mặt khác, do hàng hóa NKSS có thể hưởng lợi (free riding) từ các hoạt động quảng cáo, tiếp thị, khuyến mại, các dịch vụ sau bán hàng của nhà phân phối chính thức nên lợi nhuận thu được có thể lớn hơn nhà phân phối chính

thức. Do đó, NKSS có thể làm hạn chế nỗ lực đầu tư, bán hàng của các nhà phân phối chính thức<sup>18</sup>.

### **Thực tiễn nhập khẩu d-ợc phẩm song song trên thế giới**

1. NKSS d-ợc phẩm là một vấn đề gây nhiều tranh cãi bởi vì có sự mâu thuẫn giữa hai mục tiêu cơ bản. Một bên là mục tiêu sáng chế và phát triển các loại thuốc mới, và một bên là mục tiêu tr-ớc mắt đối với bảo vệ sức khỏe. Do đó, đây là mối quan tâm của cả các nước đang phát triển và phát triển và được xem xét dưới các góc độ luật pháp, kinh tế và chính trị.

2. Ở Mỹ, do quan ngại về tình trạng giá cả d-ợc phẩm tăng đối cao mà các nhà hoạch định chính sách đã đưa ra nhiều giải pháp, bao gồm việc kiểm soát trực tiếp giá cả và cho phép NKSS d-ợc phẩm. Trong nỗ lực làm giảm giá d-ợc phẩm, cả Hạ viện và Thượng viện vào tháng 7/2000 đã thông qua dự luật cho phép các công ty d-ợc và các nhà bán buôn được nhập khẩu d-ợc phẩm giá thấp từ các nước khác. Dự luật này đã bị phủ quyết vì cho rằng không bảo đảm chất lượng của d-ợc phẩm. Do giá d-ợc phẩm cao tiếp tục thu hút sự quan

<sup>13</sup> Xem Điều 6 Hiệp định TRIPS. Vấn đề hết quyền và NKSS là một trong ba bộ phận liên quan đến vấn đề cạnh tranh trong Hiệp định TRIPS.

<sup>14</sup> Xem điểm d Mục 5 Tuyên bố về Hiệp định TRIPS và sức khỏe cộng đồng (Tuyên bố Doha năm 2001), ngày 14/11/2001, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 November 2001 (01-5860)

<sup>15</sup> Xem các án lệ ở chú thích số 10 và 11. Xem Điều 13 Nghị định số 40/94 ngày 20/12/1993 về nhãn hiệu của EU, OJ L 11, 14/01/1994, p. 01; Điều 10 Dự thảo Nghị định về bằng sáng chế của EU năm 2001; Xem thêm Hans Henrik Lidgard, chú thích số 5, tr. 102-107.

<sup>16</sup> Xem Margreth Barrett, "The United States' Doctrine of Exhaustion: Parallel Imports of Patented Goods", Northern Kentucky University Law Review, 2000, tr. 916-919.

<sup>17</sup> Xem Christopher Heath, Parallel Imports and International Trade,

<sup>18</sup> Xem Hazbo Skoko, chú thích số 4.

tâm của công chúng nên một đạo luật mới đã đ-ợc thông qua vào năm 2003 cho phép NKSS d-ợc phẩm từ Canada<sup>19</sup>.

3. Tại Cộng đồng Châu Âu, vấn đề NKSS d-ợc phẩm thu hút sự quan tâm của các quốc gia thành viên, của ủy ban Châu Âu và Tòa án T- pháp Châu Âu (ECJ). Theo luật Châu Âu, vấn đề y tế là vấn đề thuộc thẩm quyền từng quốc gia thành viên<sup>20</sup>, bao gồm cả vấn đề quy định về giá thuốc, với điều kiện không cản trở việc bán thuốc nhập khẩu so với thuốc trong n-ớc<sup>21</sup>. Trong khi đó, nguyên tắc tự do di chuyển hàng hóa của Cộng đồng Châu Âu<sup>22</sup> cho phép mọi doanh nghiệp, cá nhân mua bán hàng hoá qua biên giới mà không cần sự đồng ý của nhà sản xuất. Vì vậy, NKSS phải đ-ợc phép<sup>23</sup>. Toà án T- pháp Châu Âu đã cho phép NKSS d-ợc phẩm và còn cho phép đóng gói lại và ghi tên lại các loại d-ợc phẩm NKSS với điều kiện việc đóng gói lại và ghi tên lại không làm ảnh hưởng đến chất lượng d-ợc phẩm, không gây nhầm lẫn cho bệnh nhân cùng với một số điều kiện khác<sup>24</sup>.

Ở Thụy Điển, tr-ớc năm 1995 NKSS d-ợc phẩm bị cấm. Từ ngày gia nhập Liên minh Châu Âu 01/01/1995, Thụy Điển đã cho phép NKSS từ các n-ớc trong khu vực. Nhờ đó, giá d-ợc phẩm ở Thụy Điển đã giảm từ 12-19%<sup>25</sup>.

4. D-ới góc độ khác, nhiều nhà phân tích cho rằng phải hạn chế NKSS mới có thể hỗ trợ giá thuốc thấp ở các n-ớc nghèo<sup>26</sup>. Họ lập luận rằng nếu phân chia thị trường chặt chẽ giữa n-ớc giàu và n-ớc nghèo thì các công ty d-ợc phẩm có thể sẵn sàng bán cho n-ớc nghèo một lượng lớn d-ợc phẩm với giá xấp xỉ giá thành. Trong tuyên bố Doha năm 2001, các n-ớc thành viên của WTO đã ghi nhận năng lực thấp trong sản xuất d-ợc phẩm nên n-ớc nghèo không thể sử dụng có hiệu quả li-xăng không tự nguyện mà Hiệp định TRIPS đã cho phép<sup>27</sup>. Chính vì vậy cuối năm 2003, các n-ớc thành viên WTO đã miễn trừ việc áp dụng Hiệp định TRIPS thông qua việc cho phép các n-ớc nghèo đ-ợc quyền NKSS d-ợc phẩm từ các n-ớc đã sản xuất d-ợc phẩm đó theo li-xăng không tự nguyện, với điều kiện n-ớc

<sup>19</sup> *Mattias Gabslandt & Keith E. Maskus, chú thích số 2.*

<sup>20</sup> Xem Điều 152 Hiệp -ớc thành lập Cộng đồng Châu Âu (TEC).

<sup>21</sup> Xem án lệ ECJ, Case 181/82, *Roussels*, 29/11/1983, [1983] ECR 3849.

<sup>22</sup> Xem Điều 28-30 Hiệp -ớc thành lập Cộng đồng Châu Âu (TEC).

<sup>23</sup> Xem *European Commission, Commission Communication on the Single Market in Pharmaceuticals, COM(98) 588 final, Brussels, 25/11/1998, tr. 4-5*

<sup>24</sup> Đối với việc đóng gói lại, xem các án lệ nh- ECJ, Case 102/77, *Hoffmann La Roche & Co. AG v. Centrafarm*, 23/5/1978, [1978] ECR 113 và các án lệ t-ơng tự đ-ợc ECJ phán quyết vào ngày 11/7/1996, [1996] ECR I-3457. Đối với việc đặt tên lại, xem án lệ ECJ, Case C-379/97, *Pharmacia & UpJohn SA, v. Paranova A/S*, 12/10/1999.

<sup>25</sup> Xem *Mattias Gabslandt & Keith E. Maskus, chú thích số 2.*

<sup>26</sup> Xem *World Health Organization, Macroeconomics and Health: Investing in Health for Economic Development – Report from the Commission on Macroeconomics and Health, Geneva, 2001*

<sup>27</sup> Vấn đề li-xăng không tự nguyện đ-ợc quy định tại Lời nói đầu, Điều 7, 8 và 31 Hiệp định TRIPS.

NKSS phải có biện pháp thích hợp ngăn chặn việc tái xuất<sup>28</sup>.

### Vấn đề nhập khẩu song song d-ợc phẩm ở Việt Nam

1. Pháp luật Việt Nam hiện nay ch-a quy định cụ thể về vấn đề hết quyền và NKSS. Khoản 2 Điều 803 của Bộ luật Dân sự cũng nh- điểm b khoản 3 Điều 53 của Nghị định số 63/CP ngày 24/10/1996 của Chính phủ quy định chi tiết về sở hữu công nghiệp quy định rằng mọi cá nhân, pháp nhân và các chủ thể khác đều có thể sử dụng các đối t-ợng sở hữu công nghiệp mà không phải xin phép, không phải trả thù lao cho chủ sở hữu, nếu *“l-u thông và sử dụng các sản phẩm đó do chủ sở hữu, ng-ời có quyền sử dụng tr-ớc, ng-ời đ-ợc chuyển giao quyền sử dụng đ-a ra thị tr-ờng”*. Quy định này đã khẳng định nguyên tắc hết quyền sau lần bán đầu tiên nh-ng ch-a xác định không gian hết quyền theo chế độ nào trong ba chế độ đã trình bày ở Phần I.

Tuy nhiên Điều 805 của Bộ luật Dân sự<sup>29</sup>, cụ thể là điểm e, khoản 1, của Điều 9 Nghị định số 12/1999/NĐ-CP ngày 06/3/1999 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp khẳng định: các hành vi *“nhập khẩu, xuất khẩu các sản phẩm, bộ phận*

*sản phẩm đang đ-ợc bảo hộ là sáng chế, giải pháp hữu ích hoặc sản phẩm đ-ợc sản xuất theo quy trình đang đ-ợc bảo hộ là sáng chế, giải pháp hữu ích”* của các tổ chức, cá nhân không phải là chủ sở hữu công nghiệp, ng-ời có quyền sử dụng tr-ớc mà không đ-ợc chủ sở hữu công nghiệp cho phép hoặc Bộ tr-ởng Bộ Khoa học, Công nghệ và Môi tr-ờng cấp giấy phép sử dụng (li-xăng không tự nguyện) là hành vi vi phạm quy định về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp. Hiểu theo quy định này thì Việt Nam theo chế độ hết quyền quốc gia, không cho phép NKSS.

Nh-ng điểm d Mục 8.1 của Thông t- số 825/2000/TT-BKHCNMT ngày 03/5/2000 của Bộ Khoa học, Công nghệ và Môi tr-ờng về h-ớng dẫn thi hành Nghị định số 12/1999/NĐ-CP lại cho rằng tr-ờng hợp *“sử dụng hoặc tiến hành các hoạt động có tính chất th-ơng mại (nhập khẩu, bán, tàng trữ để bán, rao bán, quảng cáo để bán) sản phẩm, hàng hóa đã đ-ợc chủ sở hữu công nghiệp đ-a ra thị tr-ờng (kể cả thị tr-ờng n-ớc ngoài)”* là tr-ờng hợp ngoại lệ, không bị coi là xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp. Theo quy định này thì NKSS là hợp pháp và Việt Nam theo chế độ hết quyền quốc tế<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Xem 2003 Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration, WT/L/540, 30/8/2003.

<sup>29</sup> Điểm b khoản 1, điểm b khoản 2 và điểm b khoản 3 Điều 805 của Bộ luật Dân sự.

<sup>30</sup> Pháp luật Việt Nam vẫn ch-a có quy định nào về chế độ hết quyền đối với quyền tác giả. Nh-ng điều này không ảnh h-ớng đến NKSS d-ợc phẩm vì d-ợc phẩm chỉ liên quan chủ yếu đến sáng chế và nhãn hiệu hàng hóa (sở hữu công nghiệp).

2. Từ năm 2002 đến đầu năm 2004, giá thuốc trên thị trường Việt Nam không ngừng tăng cao và cao hơn rất nhiều so với các nước trong khu vực và nhiều nước trên thế giới<sup>31</sup>. Chính vì vậy, nhiều biện pháp hạ giá thuốc đã được đề ra, trong đó có vấn đề NKSS. Giữa năm 2002, Bộ Y tế đã cho phép thí điểm NKSS và đã phải nhận đơn kiện của một số công ty dược phẩm đa quốc gia với lý do là NKSS dược phẩm vi phạm Thông t- số 06/2001/TT-BYT hướng dẫn việc xuất, nhập khẩu thuốc và mỹ phẩm ảnh hưởng trực tiếp đến sức khỏe con người trong thời kỳ 2001-2005, và chương trình NKSS dược phẩm đã bị dừng lại<sup>32</sup>. Vào năm 2003, Bộ Y tế lại cho phép Công ty Dược phẩm Trung ương 2 NKSS một số loại thuốc để cung cấp cho khu vực bệnh viện. Đầu năm 2004, Bộ Y tế đã cho phép 3 công ty dược phẩm nhà nước NKSS một số loại thuốc<sup>33</sup>.

3. Như vậy, cơ sở pháp lý đối với hoạt động NKSS nói chung và NKSS trong lĩnh vực dược phẩm nói riêng chưa rõ ràng, còn mâu thuẫn. Nhiều vấn đề phát sinh liên quan đến NKSS dược phẩm chưa tính đến như:

**Thứ nhất, vấn đề quản lý chất lượng:** Thuốc NKSS tuy đã được cho phép lưu

hành trên thị trường nước xuất khẩu, nhưng trong quá trình mua, vận chuyển có thể xảy ra những vấn đề liên quan đến chất lượng, thuốc giả, thuốc nhái.

**Thứ hai, vấn đề phân biệt thuốc NKSS và thuốc nhập khẩu chính thức:** Theo thông lệ, số đăng ký (VISA) của Việt Nam áp dụng cho thuốc nhập khẩu chính thức, số đăng ký ở nước ngoài áp dụng cho NKSS. Tuy vậy, cách phân biệt này ngay cả những người có trình độ cũng khó xác định<sup>34</sup>, nên có thể dẫn đến hiện tượng gian lận ảnh hưởng đến quyền lợi người tiêu dùng.

**Thứ ba, vấn đề giá thuốc NKSS:** Mục đích cao nhất của NKSS là tạo điều kiện cạnh tranh lành mạnh giữa nhà phân phối thuốc chính thức và nhà NKSS, để hạ giá thuốc, đem lại lợi ích cho người tiêu dùng. Nếu không có biện pháp kiểm soát thì NKSS có thể chỉ đem lại nguồn lợi nhuận lớn cho các nhà NKSS.

**Thứ tư, vấn đề đóng gói lại, ghi lại tên thuốc:** Vì những quy định về y tế của nước sở tại hay vì mục đích phân chia thị trường, cản trở NKSS mà các nhà sản xuất dược phẩm có thể đăng ký và sản xuất một loại thuốc có cùng công dụng nhưng đóng gói và tên gọi có thể khác nhau ở các nước

<sup>31</sup> Xem Lê Văn Truyền, “Nhập khẩu thuốc song song: Phải có quy chế giám sát”, Báo Lao động, số 73, ngày 13/3/2004; L. Anh, “Hà Nội: gần 100 bệnh nhân ký đơn phản đối giá thuốc cao”, Báo Tuổi trẻ, số 60, ngày 17/3/2004, tr. 14 và Lan Anh, “Nhiều quy định cộng thêm trên giá thuốc”, Báo Tuổi trẻ, số 64, ngày 22/3/2004, tr.3.

<sup>32</sup> Xem Nhóm PV Tuổi trẻ, “Giá thuốc: ai bảo vệ độc quyền”, Báo Tuổi trẻ, ngày 08/5/2004, tr. 4

<sup>33</sup> Xem chú thích số 30.

<sup>34</sup> Xem chú thích số 30.

khác nhau. Do đó, công ty d-ợc phẩm của Việt Nam nếu NKSS, thì có quyền đ-ợc đóng gói, ghi tên thuốc lại nh- loại thuốc đang l-u hành trong n-ớc hay không?

### Một số kiến nghị

Tạo lập khung pháp lý đồng bộ cho hoạt động NKSS d-ợc phẩm là hết sức cấp thiết. Để làm việc này chúng tôi xin có một số kiến nghị nh- sau d-ới cả góc độ dài hạn và ngắn hạn.

#### 1. D-ới góc độ dài hạn

Một là, cần phải xây dựng cơ sở pháp lý cho việc NKSS d-ợc phẩm quy định rõ trong văn bản luật chứ không thể là văn bản d-ới luật. Luật D-ợc năm 1985 của Singapore cho phép NKSS d-ợc phẩm vào Singapore tại Điều 10(3). Vì vậy, Dự thảo Luật D-ợc<sup>35</sup> của Việt Nam phải có điều khoản cho phép NKSS d-ợc phẩm vào Việt Nam. Điều luật này chỉ nên dừng lại ở mức quy định chung, giao Chính phủ h-ớng dẫn thi hành tùy thuộc từng giai đoạn và chiến l-ợc phát triển ngành d-ợc quốc gia.

Hai là, nhanh chóng ban hành Luật cạnh tranh và áp dụng Luật cạnh tranh vào thực tiễn để hạn chế các hành vi, các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, các hành vi lạm dụng vị thế độc quyền trong sản xuất,

phân phối d-ợc phẩm. Qua đó, sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho các doanh nghiệp NKSS có thể cạnh tranh bình đẳng với các nhà phân phối chính thức trong khi vẫn bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của nhà phân phối chính thức, và nhằm mục đích cuối cùng là đảm bảo lợi ích tốt nhất cho ng-ời bệnh.

#### 2. D-ới góc độ ngắn hạn

2.1. Bộ Y tế cần nhanh chóng ban hành Quy chế tạm thời về NKSS trong lĩnh vực d-ợc phẩm. Quy chế này cần quy định cụ thể các vấn đề sau:

- Về chủ thể đ-ợc phép NKSS: Qui định cụ thể các tiêu chuẩn, điều kiện cần và đủ để một doanh nghiệp đ-ợc phép NKSS, tránh cơ chế “xin-cho”, tránh tạo độc quyền trong NKSS qua cơ chế xét duyệt hành chính.

- Về danh mục các loại d-ợc phẩm đ-ợc phép NKSS: Để khắc phục tác động hạn chế của NKSS, nguy cơ gây rối loạn thị trường d-ợc phẩm, tạo điều kiện phát triển ngành d-ợc trong n-ớc, và trong bối cảnh ngành d-ợc của Việt Nam còn non trẻ, tâm lý chuộng thuốc ngoại còn cao<sup>36</sup>, phải quy định cụ thể danh mục d-ợc phẩm đ-ợc phép NKSS, cũng nh- các tiêu chí để xác định và giải thích lý do NKSS đối với những loại thuốc trong danh mục.

<sup>35</sup> Theo Nghị quyết số 21/2003/QH11 ngày 26/11/2003 của Quốc hội về ch-ơng trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2004, Dự thảo Luật D-ợc sẽ đ-ợc trình Quốc hội cho ý kiến vào kỳ họp thứ 6, dự kiến vào tháng 11/2004.

<sup>36</sup> Theo điều tra mới đây của Bộ Y tế, hiện thuốc nội có thể đảm bảo 43% thị trường nh-ng trong bệnh viện chỉ có 20% là thuốc nội. Xem [www.vnn.vn/suckhoe/2004/03/54600](http://www.vnn.vn/suckhoe/2004/03/54600).

- Về cơ chế kiểm soát giá bán: Mục đích của NKSS là hạ giá thuốc và bình ổn giá thuốc, vì vậy phải quy định cơ chế kiểm soát giá thuốc NKSS để tránh tập trung lợi ích vào doanh nghiệp nhập khẩu<sup>37</sup>.

- Về cơ chế kiểm tra chất lượng và cấp phép lưu hành: Dù thuốc NKSS đã được kiểm tra chất lượng và cho phép lưu hành ở nước xuất khẩu, nh-ng khi vào Việt Nam thì cũng phải qua kiểm tra lại của Bộ Y tế. Mặt khác, cũng phải quy định cụ thể trách nhiệm của doanh nghiệp nhập khẩu đối với chất lượng thuốc NKSS. Các quy định này cần phải chặt chẽ, chi tiết hơn so với quy định tại Thông t- số 06/2001/TT-BYT<sup>38</sup>.

- Về vấn đề phân biệt thuốc NKSS và thuốc phân phối chính thức: Quy chế cần phải quy định rõ những thông tin bắt buộc trên nhãn thuốc NKSS về doanh nghiệp NKSS, doanh nghiệp xuất khẩu, nước xuất khẩu, ngày nhập khẩu vào Việt Nam cũng nh- các thông tin liên quan khác.

Quy chế cũng nên quy định có cho phép đóng gói lại, ghi tên thuốc lại hay không và kèm theo các tiêu chuẩn, điều kiện cụ thể khi thực hiện các công việc này.

2.2. Cần phải sửa đổi quy định tại Điều 805 của Bộ luật Dân sự, khoản 1 Điều 9 của Nghị định số 12/1999/NĐ-CP để có thể cho phép NKSS trong một số lĩnh vực, và để

Thông t- số 825/2000/TT-BKHCNMT không mâu thuẫn với chính Nghị định số 12/1999/NĐ-CP mà nó hướng dẫn thi hành.

2.3. Cần phải sửa đổi khái niệm “NKSS” tại điểm d Mục 8.1 Thông t- số 825/2000/TT-BKHCNMT và khái niệm NKSS trong các văn bản pháp lý khác của Việt Nam tương thích với thông lệ phổ biến hiện nay trên thế giới. Có thể định nghĩa: “NKSS là việc nhập khẩu hàng hóa, sản phẩm chứa yếu tố được bảo hộ sở hữu trí tuệ từ nước ngoài vào trong nước nh-ng không có sự cho phép của người nắm giữ quyền sở hữu trí tuệ được bảo hộ đó”.

Tóm lại, NKSS d-ợc phẩm là một vấn đề bức thiết hiện nay nh-ng cần phải được quản lý chặt chẽ dưới góc độ luật pháp. NKSS d-ợc phẩm không phải là “liều thuốc thần” để hạ nhiệt thị trường thuốc ngắn hạn mà cần phối kết hợp với nhiều biện pháp khác mang tính lâu dài, đặc biệt cần xác định rõ mối quan hệ và điểm cân bằng giữa pháp luật về cạnh tranh và pháp luật về sở hữu trí tuệ mà bài viết ch-a đề cập hết .

---

\* TS, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

\*\* ThS, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

<sup>37</sup> Xem ý kiến của PGS.TS Lê Thanh Truyền, chủ tịch Hiệp hội sản xuất, kinh doanh d-ợc Việt Nam, [www.vnn.vn/suckhoe/2004/03/54600](http://www.vnn.vn/suckhoe/2004/03/54600)

<sup>38</sup> Xem Ng. Nga, “Để hạ nhiệt thị trường tân d-ợc, Bộ Y tế cố gắng siết chặt khâu quản lý”, Báo Sài Gòn Doanh nhân, số 36, ngày 31/3-6/4/2004, tr.18. Xem thêm chủ thích số 31.



# LỒNG GHÉP GIỚI TRONG XÂY DỰNG VÀ ÁP DỤNG PHÁP LUẬT ĐỂ BẢO VỆ QUYỀN BÌNH ĐẲNG CỦA PHỤ NỮ

Chu Thị Trang Vân\*

## Các thuật ngữ

- Về khái niệm *Giới* (gender): Giới đề cập đến các phẩm chất xã hội và cơ hội dành cho cả nam và nữ, các mối quan hệ giữa phụ nữ và nam giới cũng nh- giữa trẻ em gái và trẻ em trai. Giới tính (giống) th-ờng để chỉ sự khác biệt giữa nam và nữ về ph-ơng diện sinh học, mang tính bẩm sinh, đồng nhất và không thể biến đổi. Trong khi đó, giới là một khái niệm có nguồn gốc từ môn nhân học, nói đến vai trò, trách nhiệm và quyền lợi mà xã hội quy định cho nam và nữ, đ-ợc tiếp thu qua quá trình hoà nhập xã hội. Chúng phụ thuộc vào hoàn cảnh và có thể thay đổi. Trong một bối cảnh cụ thể, giới xác định điều gì ng-ời phụ nữ hoặc ng-ời đàn ông cần phải làm, đ-ợc phép làm và đ-ợc đánh giá cao.

- *Bình đẳng giới* là khái niệm có liên quan đến quyền bình đẳng, trách nhiệm và cơ hội của phụ nữ, nam giới, trẻ em gái và trẻ em trai. Bình đẳng ở đây không có nghĩa là trong mọi tr-ờng hợp phụ nữ và nam giới đều nh- nhau mà theo đó các quyền, nghĩa vụ, cơ hội giữa họ không phụ thuộc vào giới tính. Bình đẳng giới có nghĩa là những mối quan tâm, nhu cầu và -u tiên của cả hai giới đều phải đ-ợc xem xét và thừa nhận là có sự khác biệt. Nghe thì có vẻ là mâu thuẫn song thực tế là trên cơ sở những khác biệt giữa hai giới đó, việc quy định và thực hiện pháp luật làm sao đảm bảo đ-ợc kết quả cuối cùng là mỗi giới phát huy đ-ợc tối đa các phẩm chất, khả năng của mình nhất. Đó mới là bình đẳng. Do vậy, bình đẳng giới không phải chỉ là “*vấn đề của phụ nữ*” nh- lâu nay trong xã hội vẫn quan niệm mà nó thể hiện mối quan tâm và thu hút sự tham gia đầy đủ của cả nam và nữ.

- *Lồng ghép giới* là một chiến l-ợc quan trọng để đạt đ-ợc bình đẳng giới và là một chiến l-ợc quan trọng đối với sự phát triển xã hội bền vững. Chiến l-ợc lồng ghép giới đ-ợc định nghĩa trong kết luận của Ủy ban Kinh tế – Xã hội của Liên hiệp quốc (tháng 2/1997)<sup>1</sup>: “...là quá trình đánh giá những tác động đối với phụ nữ và nam giới của bất kỳ quá trình hoạch định chính sách nào, bao gồm cả luật pháp, chính sách hay ch-ơng trình trong tất cả các lĩnh vực và tất cả các cấp độ. Đó là một chiến l-ợc để đ-a những mối quan tâm và kinh nghiệm của cả phụ nữ và nam giới thành một bộ phận không thể tách rời của công tác thiết kế, thực hiện, kiểm tra và đánh giá các chính sách và ch-ơng trình ở mọi lĩnh vực chính trị, kinh tế, xã hội với mục đích là phụ nữ cũng nh- nam giới đ-ợc thụ h-ởng một cách bình đẳng”.

- Lồng ghép giới trong xây dựng và thực hiện pháp luật là một quá trình đ-a giới vào luật pháp h-ớng tới mục tiêu bình đẳng giới. Đây là quá trình diễn ra liên tục, là ph-ơng pháp để quản lý xã hội bằng pháp luật nhằm làm cho các mối quan tâm, kinh nghiệm của phụ nữ và nam giới trở thành một bộ phận không thể thiếu trong quá trình thiết kế, thực hiện, kiểm tra, đánh giá việc thể chế hoá các chính sách, ch-ơng trình bằng pháp luật và quá trình đ-a pháp luật vào cuộc sống.

## Đặt vấn đề

Cho đến nay, giới và bình đẳng giới không còn là những khái niệm xa lạ đối với nhà khoa học, các nhà quản lý cũng như hoạch định chính sách.

Ngày 21/1/2002, Thủ tướng Chính phủ đã ký Quyết định số 19/2002/QĐ-TTg phê duyệt *Chiến lược Quốc gia Vì sự tiến bộ của Phụ nữ*. Việc triển khai thực hiện chiến lược này đòi hỏi các Bộ, ngành và chính quyền các cấp phải xem xét việc đưa vấn đề giới vào các chính sách, kế hoạch, chương trình và dự án phát triển như là một biện pháp quan trọng của quá trình xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam.

Đưa quan điểm giới vào tất cả các loại hình hoạt động - thường được gọi là lồng ghép giới - là một chiến lược đã được toàn cầu chấp nhận nhằm phát huy bình đẳng giới. Dưới góc độ khoa học pháp lý, bài viết này nhằm đề cập đến việc lồng ghép giới trong quá trình Nhà nước dùng luật pháp để điều chỉnh xã hội, cụ thể từ việc xây dựng pháp luật cho đến khi đưa pháp luật vào cuộc sống bằng các hình thức khác nhau. Phải khẳng định là luật pháp của chúng ta quy định rất tốt về quyền bình đẳng nam - nữ, thế nhưng vẫn tồn tại dai dẳng tình trạng bất bình đẳng nam - nữ trong quá trình xây dựng và

thực thi pháp luật, chúng ta cần có cơ chế để lồng ghép giới, xem xét tác động về giới của các chính sách pháp luật để đạt được mục tiêu bình đẳng giới.

## Tại sao lồng ghép giới

Lồng ghép giới là một khía cạnh quan trọng trong quản lý xã hội bằng pháp luật có hiệu quả. Nó đảm bảo rằng các thể chế, chính sách, chương trình đều đáp ứng các nhu cầu, mối quan tâm của phụ nữ cũng như của nam giới, phân bổ lợi ích công bằng giữa phụ nữ và nam giới. Lồng ghép giới sẽ góp phần vào tiến bộ xã hội, kinh tế, văn hoá, mang lại sự công bằng cho phụ nữ và nam giới, qua đó nâng cao trách nhiệm của chính quyền nhằm mang lại mọi thành tựu cho mọi công dân<sup>2</sup>.

*“Lồng ghép giới được xem là phương pháp hiệu quả nhất để đạt được sự bình đẳng giới”<sup>3</sup>* và đạt được bình đẳng giới rất quan trọng để ngăn được những tác hại khôn lường của bất bình đẳng<sup>4</sup> đối với sự phát triển.

Khó nhận dạng và đo lường cụ thể những tổn hại do bất bình đẳng giới gây ra ở Châu Á (đặc biệt là Trung Quốc), tỷ lệ tử vong của bé gái cao hơn so với bé trai rất nhiều. Đó là kết quả của những định kiến xã hội *“trọng nam, khinh nữ”*. Nếu ngời mẹ mù chữ, đốt

<sup>1</sup>Xem <http://www.ubqgphunu.gov.vn/vietnam/Trang2/tapchi/2003/lggioi.htm>

<sup>2</sup>Tham khảo: *Chương trình bình đẳng giới khu vực Đông Nam Á (SEAGEP) thuộc Tổ chức phát triển quốc tế CANADA (CIDA) – Kỹ yếu Hội thảo chuyên ngành về lồng ghép giới dành cho các Bộ máy quốc gia về phụ nữ, được tổ chức tại Sa-nu, In-đô-nê-xi-a từ ngày 20-25/02/2000.*

<sup>3</sup>Jordan Ryan - *Điều phối viên thường trú Liên Hợp Quốc (UNDP) tại Việt Nam – Lồng ghép giới: Từ chiến lược đến hành động, Tạp chí khoa học phụ nữ, Số 3 (58)/2003, trang 3.*

<sup>4</sup>*Báo cáo nghiên cứu chính sách của Ngân hàng thế giới - Đưa vấn đề giới vào phát triển (Thông qua sự Bình đẳng Giới về Quyền, Nguồn lực và Tiếng nói), Nhà xuất bản văn hoá - thông tin, Hà Nội, 2001,*

nát sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến chất lượng chăm sóc con cái. Điều này sẽ được cải thiện rất nhiều nếu người mẹ có học vấn cao. Thu nhập của hộ gia đình cao lên gắn liền với tỷ lệ sống và mức độ dinh dưỡng cao hơn của trẻ em. Nếu thu nhập này do người mẹ quản lý thì kết quả còn khả quan hơn nhiều.

Bất bình đẳng giới gây thiệt hại cho năng suất, tính hiệu quả và sự tăng trưởng kinh tế. Chẳng hạn việc phân bổ các nguồn lực sản xuất giữa nam- nữ không có hiệu quả gây ra những tổn thất về sản lượng, hay mức đầu tư thấp vào giáo dục cho phụ nữ làm giảm sản lượng chung của đất nước.

Trong lĩnh vực quản lý nhà nước, các nghiên cứu đã đưa ra nhận xét là phụ nữ có nhiều quyền hạn hơn và tham gia bình đẳng hơn vào đời sống cộng đồng so với nam giới sẽ giúp các doanh nghiệp và Chính phủ trong sạch hơn, đồng thời công tác quản lý Nhà nước cũng thuận lợi hơn.

Điều này giải thích vì sao mà gần đây, nhiều nước (trong đó có Việt Nam) bắt đầu quan tâm đến việc lồng ghép giới trong hoạch định và thực thi các chính sách.

### **Lồng ghép giới trong xây dựng pháp luật**

Thực hiện được chiến lược lồng ghép giới, tức là trong mỗi quy phạm pháp luật được ban hành, các cơ quan làm luật đã ít nhiều đánh giá được mức độ tác động của quy phạm đó tới đối tượng nào, giới nào trong xã hội. Sử liệu đầu tiên có liên quan đến quyền bình đẳng nam - nữ, được ghi nhận từ triều đại nhà Lê và trong Bộ luật Hồng Đức năm 1483 cho thấy phụ nữ được quyền bình đẳng trong thừa

kế tài sản, có quyền ly hôn và được bảo vệ không bị đánh đập, xâm hại. Ngay sau khi nước Việt Nam dân chủ cộng hòa được thành lập, tại bản Hiến pháp đầu tiên năm 1946, Điều 9 có nói: “*Sức mạnh cả nước nằm trong tay người Việt Nam, không phân biệt dân tộc, nam nữ, giàu nghèo, giai cấp, tôn giáo... và phụ nữ có quyền bình đẳng với nam giới trong mọi lĩnh vực*”. Các bản Hiến pháp của Việt Nam sau này vào các năm 1959, 1980 và 1992 đã khẳng định rõ hơn về quyền bình đẳng nam – nữ và nêu cao quyền của người phụ nữ. Có thể thấy rằng Việt Nam, giống như đa số các quốc gia khác trên thế giới, đang nỗ lực phấn đấu để xóa đói, giảm nghèo và thực hiện quyền bình đẳng cho nam, nữ. Trong các ngành luật khác (dân sự, hôn nhân-gia đình, đất đai, hành chính, hình sự...), nguyên tắc này đều được ghi nhận hoặc được thể hiện.

Tuy nhiên, việc ghi nhận nguyên tắc bình đẳng nam nữ vào pháp luật cũng chưa hẳn phản ánh đầy đủ quan điểm lồng ghép giới bởi có những lĩnh vực của đời sống rất đặc thù, sự khác biệt giữa nam và nữ phải được thể hiện rõ trong từng quy phạm pháp luật mà nếu nhận thức không có tiếp cận giới ở đây sẽ có thể nhầm lẫn là không bình đẳng. Điều này giải thích vì sao mà trong khi luôn nói về bình đẳng nam – nữ nhưng chúng ta vẫn tìm thấy những quy phạm chỉ điều chỉnh riêng cho phụ nữ như quy phạm của luật dân sự (quyền được làm mẹ...), của luật hôn nhân gia đình (độ tuổi kết hôn, quyền của người phụ nữ có thai được xin ly hôn...), của luật lao động (độ tuổi nghỉ hưu, chế độ lao

động của lao động nữ)... Vì vậy, chúng ta cũng thường nói tới quyền của phụ nữ mà không bao giờ đề cập đến quyền của nam giới. Trong những tr-ờng hợp nh- vậy, từ sự khác biệt giữa hai giới để mà chuẩn hoá các quy tắc xử sự trong pháp luật cho nam và nữ đã thể hiện sự lồng ghép giới trong quá trình xây dựng pháp luật, một ph-ơng tiện để đảm bảo quyền bình đẳng nam – nữ.

Đặc biệt, Việt Nam chúng ta là một đất n-ớc nông nghiệp, đa số phụ nữ Việt Nam sống ở vùng nông thôn và là lực l-ợng lao động chủ yếu, bản thân họ là ng-ời phải đ-ương đầu với nhiều khó khăn nhất trong cuộc sống gia đình và ngoài xã hội. Quá trình lồng ghép giới là ph-ơng tiện để đạt mục tiêu bình đẳng giới nh-ng còn là ph-ơng tiện nâng cao vị thế của ng-ời phụ nữ. Sự quan tâm đúng mức của Nhà n-ớc đến nhóm ng-ời này giúp cho cuộc sống của bản thân họ (ng-ời phụ nữ) và gia đình họ đ-ợc cải thiện và xa hơn là đời sống cộng đồng đ-ợc nâng cao.

Quá trình lồng ghép giới nếu chỉ dừng lại ở những chủ tr-ơng, chính sách, chiến l-ợc chung chung là ch-a đủ mà cần thiết phải thể chế hoá vào pháp luật. Vấn đề này ch-a đ-ợc quan tâm một cách đúng mức trong thực tế. Ngay trong kế hoạch hành động vì sự tiến bộ của phụ nữ Việt Nam đến năm 2005 do Ủy ban quốc gia vì sự tiến bộ của phụ nữ Việt Nam soạn thảo, trong các biện pháp của

kế hoạch còn ít những kiến nghị liên quan đến xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật về bình đẳng giới, mà chủ yếu chỉ tập trung vào một số nội dung còn chung nh- rà soát văn bản pháp luật, công tác tuyển dụng và đề bạt cán bộ trong bộ máy nhà n-ớc<sup>5</sup>, vấn đề lao động nữ. Trong khi đó, có rất nhiều những vấn đề khác liên quan đến các mục tiêu hết sức cơ bản trong Kế hoạch này nh-ng không đ-ợc đề cập đến *d-ới ph-ơng diện pháp luật*.

Theo quan điểm của chúng tôi, nếu không bắt nguồn từ việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật thì không thể thực hiện đ-ợc mục tiêu bình đẳng giới. Bởi vì khi luật hoá một chính sách cũng có nghĩa là thiết lập cơ sở pháp lý quan trọng để thực hiện một mục tiêu. Chẳng hạn, để đạt đ-ợc mục tiêu thực hiện quyền bình đẳng của phụ nữ trong lĩnh vực lao động, việc làm, một biện pháp cụ thể là: *“tăng c-ờng đào tạo nghề và khả năng tiếp cận các nguồn lực kinh tế”*<sup>6</sup>. Với biện pháp này, về ph-ơng diện xây dựng pháp luật, Nhà n-ớc đã tiến hành sửa đổi Luật đất đai và quy định trong Luật đất đai mới năm 2003 một qui định làm thay đổi vị thế của ng-ời phụ nữ, đó là quy định liên quan đến Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất từ nay trở đi phải ghi tên cả vợ và chồng. Với một quy định pháp luật nh- vậy, chắc chắn vị thế của ng-ời phụ nữ trong gia đình và ngoài xã hội sẽ thay đổi, họ có khả năng để tiếp cận các nguồn lực kinh tế trong xã hội hơn.

<sup>5</sup> Mà trong thực tế, số cán bộ, công chức từ Trung -ơng đến địa ph-ơng khoảng 4 triệu ng-ời.

<sup>6</sup> Ủy ban quốc gia vì sự tiến bộ của phụ nữ Việt Nam - Kế hoạch hành động vì sự tiến bộ của phụ nữ Việt Nam đến năm 2005 – Nhà xuất bản phụ nữ 2002, mục 1.3 (trang 8).

Vì vậy, nhằm thực hiện các mục tiêu bình đẳng giới, các ngành, các cấp phải có cách tiếp cận lồng ghép giới trong quá trình đ-a ra các chủ tr-ơng, chính sách và phải có kế hoạch cụ thể trong việc xây dựng (sửa đổi, bổ sung) các quy phạm pháp luật bảo đảm rằng mỗi giới thực sự phát huy đ-ợc thế mạnh của mình. Chúng tôi cho rằng với cách thức lồng ghép giới bằng cách đ-a vào trong Luật đất đai năm 2003 một quy định pháp luật nh-trên có thể xem là một “*hình mẫu*” của việc xây dựng pháp luật có tính đến yếu tố giới. Bởi vì, quá trình lồng ghép không chỉ là những đề nghị mà đã chuyển thành những quy phạm bắt buộc nhằm thay đổi thực tế.

Hội liên hiệp phụ nữ Việt Nam đã trình lên Ủy ban th-ơng vụ Quốc hội việc xây dựng và ban hành Luật bình đẳng giới, trong đó nội dung cơ bản đề cập đến các nguyên tắc bình đẳng giới trong luật pháp, chính sách, trách nhiệm của Nhà n-ớc, tổ chức, xã hội, công dân và thực thi luật pháp chính sách; những cơ chế kiểm tra, giám sát, đánh giá việc lồng ghép giới và hiệu quả thực thi luật pháp, chính sách về bình đẳng giới<sup>7</sup>... Hội liên hiệp phụ nữ Việt Nam cho rằng, rất cần phải xây dựng luật này bởi chúng ta đang thiếu một cơ chế thực hiện luật pháp, chính sách về bình đẳng giới, một công cụ để giám sát và đánh giá hiệu quả của việc thực hiện pháp luật về bình đẳng giới. Chúng tôi cho rằng, vấn đề này cần đ-ợc nghiên cứu từ ph-ơng diện khoa học pháp lý: có cần hay không một luật riêng dành cho

bình đẳng giới trong hệ thống văn bản pháp luật thực định của Việt Nam? Hay một cán bộ khoa học nghiên cứu về phụ nữ cũng đã từng có đề xuất “*cần có các điều luật chính thức quy định trách nhiệm của nam giới trong việc chia sẻ công việc gia đình với vợ, con họ để tạo điều kiện giải phóng phụ nữ thực sự*”<sup>8</sup>. Câu trả lời dành cho các nhà khoa học pháp lý. Nh-ng phải thấy rằng, kinh nghiệm nhiều năm qua cho thấy chỉ có chính sách và đ-ờng lối tốt thôi thì ch-a đủ mà cần phải hoàn thiện một cơ chế hoạt động để đ-a đ-ờng lối, chính sách đó vào cuộc sống.

### **Lồng ghép giới trong áp dụng pháp luật**

Nếu tiếp cận từ góc độ thực hiện pháp luật – tức là việc đ-a pháp luật vào đời sống xã hội, quá trình lồng ghép giới gặp phải nhiều khó khăn hơn xuất phát từ đặc thù của xã hội và con ng-ời Việt Nam. *Về lý thuyết cũng nh- thực tiễn, thực hiện pháp luật là một quá trình tiếp theo và diễn ra ngay sau quá trình xây dựng pháp luật.* Về cơ bản, khoa học pháp lý khẳng định có các hình thức thực hiện pháp luật nh-: tuân thủ pháp luật (đối với những quy phạm pháp luật cấm), thi hành pháp luật (đối với những quy phạm pháp luật quy định về nghĩa vụ), sử dụng pháp luật (đối với những quy phạm pháp luật quy định về quyền) và cuối cùng là áp dụng pháp luật (ADPL). Hình thức ADPL có thể hiện thực hoá mọi quy phạm pháp luật, chỉ do Nhà n-ớc đứng ra tổ chức thực hiện khi

<sup>7</sup> Tham khảo <http://www.vnn.vn/xahoi/phapluat/2003/12/39596>.

<sup>8</sup> TS. Lê Thị Quý, *Bạo lực gia đình - Bất bình đẳng trong quan hệ giới*, Tạp chí Khoa học về phụ nữ số 04 (09/2000), trang 24.

mà những chủ thể của pháp luật không thể tự mình thực hiện các quy phạm pháp luật. *Việc khẳng định những vấn đề mang tính lý luận trên sẽ có ý nghĩa khi chúng ta tiến hành lồng ghép giới trong quá trình thực hiện pháp luật.* Ở đây chúng tôi chỉ đề cập đến việc áp dụng pháp luật (ADPL) bởi vì trong thực tế đa số các tr-ờng hợp pháp luật đi vào cuộc sống thông qua hình thức này.

Về lý luận, ADPL là một hình thức thực hiện pháp luật đặc biệt, là một quá trình cá biệt hoá những quy phạm pháp luật vào các tr-ờng hợp cụ thể đối với các chủ thể pháp luật cụ thể, do Nhà n-ớc thông qua những thiết chế của nó thực hiện. ADPL xuất hiện trong những tr-ờng hợp khi quyền và nghĩa vụ pháp lý của các chủ thể pháp luật không mặc nhiên phát sinh hoặc không mặc nhiên đ-ợc thừa nhận nếu không có sự can thiệp của Nhà n-ớc với t- cách là một tổ chức quyền lực công. Do vậy, việc lồng ghép giới trong quá trình ADPL tr-ớc tiên thuộc về trách nhiệm của chủ thể ADPL, cụ thể là công chức, viên chức, tổ chức đại diện cho Nhà n-ớc hoặc do Nhà n-ớc trao quyền và sau đó mới đến đối t-ợng của hoạt động ADPL. Lồng ghép trong tr-ờng hợp này đòi hỏi tr-ớc tiên các chủ thể ADPL khi áp dụng một quy phạm pháp luật nào đó phải thấy đ-ợc tác động của quy phạm đó tới giới nào, nam hay nữ. Thậm chí, vì ADPL là một hoạt động mang tính sáng tạo nên chủ thể ADPL có thể “*linh hoạt*” lựa chọn một ph-ơng án mà mang lại cơ hội, khả năng tiếp cận cho giới nữ hơn, trong khi không ảnh h-ởng đến quyền lợi của nam giới. Vì vậy, các chủ thể

ADPL phải là ng-ời chủ động tr-ớc tiên v-ợt qua những thách thức sau đây:

- *Quan niệm rập khuôn và định kiến giới* nặng nề: Mặc dù Chính phủ Việt Nam có những cam kết mạnh mẽ đối với việc thực hiện bình đẳng giới, thể hiện bằng việc đ-a ra các quy định pháp lý, tham gia các Công -ớc quốc tế, thành lập mạng l-ới các Ban Vì sự tiến bộ phụ nữ ở tất cả các bộ, ngành, trong các tỉnh, thành trong cả n-ớc, song quan niệm và cách ứng xử của xã hội vẫn còn ảnh h-ởng khá rõ của chế độ phụ hệ. Truyền thống gia tr-ởng vẫn giữ vai trò chủ đạo trong các quan hệ gia đình, đặc biệt là ở nông thôn Việt Nam. Trong gia đình và ngoài xã hội, phụ nữ Việt Nam vẫn giữ một vai trò thứ yếu so với nam giới. Trong các ca dao, tục ngữ và trong dạy dỗ truyền thống đều rập khuôn những điều phụ nữ và nam giới nên làm và không nên làm. Trong đó, cùng một vấn đề nh-nhau nh-ng chỉ ủng hộ cho nam giới. Định kiến giới trong gia đình và xã hội sẽ cản trở sự phát hiện và phát triển tiềm năng của phụ nữ.

- *Nhận thức các vấn đề về giới* trong các ngành, cấp và trong đội ngũ cán bộ, công chức Nhà n-ớc còn hạn chế. Từ đó sẽ thiếu năng lực để lồng ghép giới khi quyết định ADPL vào một tr-ờng hợp cụ thể. Các chủ thể ADPL cần đ-ợc trang bị kỹ năng thống kê có tách biệt theo giới tính, kỹ năng tiến hành phân tích giới; các hệ thống kiểm tra, đánh giá có hiệu quả... Một số liệu thống kê của ngành nông nghiệp và phát triển nông thôn cho thấy: Trong cuộc điều tra nhận thức và kiến thức về giới của 270 cán bộ trong ngành, mặc dù 47% các cán bộ đ-ợc điều tra cho rằng họ

hiểu rõ về giới và bình đẳng giới, và 46% nói rằng họ hiểu các khái niệm đó ở mức độ nào đó, song chỉ có 1,6% các cán bộ này có thể giải thích đúng đ-ợc khái niệm “Giới”. Hơn một nửa trong số họ hiểu hoàn toàn sai về thuật ngữ này. T-ơng tự nh- vậy, chỉ có 1,2% trong tổng số các cán bộ đ-ợc hỏi thể hiện là có hiểu biết đầy đủ về khái niệm “*bình đẳng giới*”<sup>9</sup>. Do vậy, công tác tuyên truyền, huấn luyện về giới là rất cần thiết.

- *Bất bình đẳng trong tiếp cận và kiểm soát các nguồn lực.* Mặc dù đã có những tiến bộ rõ rệt trong việc cải thiện địa vị của đại đa số nhân dân (đặc biệt là ở nông thôn) nh-ng vẫn còn những chênh lệch giữa phụ nữ và nam giới trong việc tiếp cận và kiểm soát các nguồn lực chủ yếu, thậm chí là quyết định sinh kế của nhà nông nh- đất đai, n-ớc, tín dụng... Trên thực tế phụ nữ đang đối diện với nhiều bất bình đẳng, điều này thể hiện trên các khía cạnh nh-: *Gánh nặng công việc gia đình, sự hạn chế về kinh tế và chính trị, các định kiến giới nặng nề, và bạo lực (thể chất và tinh thần)*... Điều này hạn chế khả năng, cơ hội của phụ nữ tiếp cận đến các nguồn lực.

Cuối cùng, phải khẳng định rằng không có một khuôn mẫu nhất định hay “*con đ-ờng chung*” để lồng ghép giới. Để thực hiện thành công chiến l-ợc lồng ghép giới trong đời sống luật pháp, thay đổi nhận thức, nâng cao năng lực đội ngũ cán bộ là cần thiết. Trong quá trình làm luật và thực thi luật, việc kiểm tra, đánh giá và phân tích đ-ợc tác động tới các

đối t-ợng có tiêu chí giới hết sức quan trọng để đảm bảo rằng nam giới và phụ nữ là những đối tác thực sự.

\*

\* \*

Bình đẳng giới là vấn đề trung tâm của phát triển – bản thân nó đã là một mục tiêu phát triển, đồng thời cũng là một yếu tố nâng cao khả năng tăng tr-ởng của quốc gia, xoá đói giảm nghèo và quản lý nhà n-ớc có hiệu quả. Vì thế, nâng cao sự bình đẳng giới là một phần quan trọng trong chiến l-ợc phát triển nhằm cho phép tất cả mọi ng-ời, cả phụ nữ và nam giới, thoát khỏi cảnh đói nghèo và nâng cao mức sống.

Tạo quyền cho phụ nữ không có nghĩa là hạn chế quyền của nam giới. Bình đẳng giới không có nghĩa là san sẻ quyền lực của nam giới cho phụ nữ. Vấn đề là nâng cao năng lực cho phụ nữ nhằm đạt tới sự hài hoà về lợi ích của cả hai giới. Nhà n-ớc quản lý xã hội bằng pháp luật. Bởi thế để quản lý có hiệu quả, trong quá trình xây dựng và áp dụng pháp luật, thực hiện lồng ghép giới vừa là cơ chế vừa là ph-ơng tiện để đạt đ-ợc mục tiêu bình đẳng giới và nâng cao vị thế của ng-ời phụ nữ Việt Nam./.

---

\* *ThS, Bộ môn T- pháp hình sự - Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội*

<sup>9</sup> *Chiến l-ợc giới trong nông nghiệp và phát triển nông thôn (Dự thảo lần 1) của Bộ Nông nghiệp và phát triển nông thôn – Bản thảo ngày 30/03/2003, trang 10.*

# BẢO HỘ PHẦN MỀM MÁY TÍNH ĐỂ PHÁT TRIỂN CÔNG NGHIỆP PHẦN MỀM

TRẦN VIỆT DŨNG\* - LÊ THỊ NAM GIANG\*\* - MAI HỒNG QUỲ\*\*\*

*Tiếp theo bài “Đánh giá hiệu quả các chính sách và quy định pháp luật về doanh nghiệp phần mềm” (NCLP số 3/2004), bài viết sau đây tiếp tục giới thiệu kết quả của Đề tài nghiên cứu khoa học cấp bộ của nhóm tác giả thuộc Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh. Trong bảy điểm hạn chế của pháp luật Việt Nam về bảo hộ phần mềm máy tính, theo các tác giả, hạn chế lớn nhất là việc thực thi quyền tác giả còn kém hiệu quả, mà một phần lớn cũng do tính kém khả thi của sáu điểm kia gây ra. Ứng với bảy hạn chế là bảy nội dung kiến nghị lớn để pháp luật về bảo hộ phần mềm máy tính đ-ợc khả thi, góp phần phát triển công nghiệp phần mềm*

**X**uất phát từ tính chất đặc thù của sản phẩm phần mềm là tài sản vô hình với hàm lượng chất xám đậm đặc và tuổi thọ có thể rất ngắn nên sản phẩm phần mềm rất dễ bị vi phạm bản quyền. Do đó, bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) đối với phần mềm máy tính (PMMT) là vấn đề đặc biệt quan trọng, là điều kiện tiên quyết để các doanh nghiệp phần mềm và công nghiệp phần mềm nói chung có thể tồn tại và phát triển.

## **Bảy điểm hạn chế của pháp luật về bảo hộ PMMT**

Các văn bản pháp luật hiện hành b-ớc

đầu đã tạo cơ sở pháp lý cho việc bảo hộ PMMT tại Việt Nam, góp phần hoàn thiện pháp luật về quyền tác giả theo hướng hội nhập quốc tế. Cụ thể, các quy định hiện hành về bảo hộ PMMT có một số -u điểm sau:

*Thứ nhất*, PMMT đã đ-ợc pháp luật bảo hộ theo các quy định của pháp luật quyền tác giả nh- một tác phẩm văn học, với thời hạn bảo hộ là 50 năm. Điều này đã đáp ứng đ-ợc các yêu cầu của các Điều -ớc quốc tế song ph-ơng mà chúng ta đã ký kết (nh-: Hiệp định th-ơng mại Việt Nam - Hoa Kỳ) và các Điều -ớc quốc tế đa ph-ơng mà chúng ta sẽ tham gia (nh-: Hiệp định TRIPS) và phù hợp



với xu thế chung của pháp luật các nước về bảo hộ PMMT.

*Thứ hai*, về thực thi quyền tác giả đối với PMMT, tuy không có quy định riêng cho PMMT và còn nhiều điểm bất cập như về cơ bản, pháp luật đã quy định các thủ tục và chế tài dân sự, hình sự, hành chính và biện pháp kiểm soát tại biên giới đối với các hành vi xâm phạm quyền tác giả.

Bên cạnh những ưu điểm đó, việc bảo hộ PMMT đã bộc lộ những hạn chế sau:

*Thứ nhất*, theo pháp luật hiện hành, PMMT chỉ có thể được bảo hộ như một tác phẩm văn học theo các quy định về quyền tác giả. Khả năng bảo hộ sáng chế cho PMMT hiện còn bị phủ định theo Điều 4, khoản 4 của Nghị định số 63/CP ngày 24/10/1996. Việc phủ định một cách chung chung khả năng bảo hộ như vậy không thực sự hợp lý, đặc biệt nếu xét từ góc độ nguyên tắc bảo hộ sở hữu công nghiệp. Theo pháp luật Việt Nam, một giải pháp kỹ thuật sẽ được cấp văn bằng bảo hộ sáng chế nếu nó đáp ứng tiêu chuẩn bảo hộ là có tính mới so với trình độ kỹ thuật thế giới, có trình độ sáng tạo và khả năng áp dụng. Nếu PMMT đáp ứng toàn bộ các yêu cầu đó, thì không có lý do nào ngăn cản việc bảo hộ PMMT theo hình thức cấp văn bằng sáng chế.

*Thứ hai*, phạm vi bảo hộ PMMT được quy định trong BLDS và các văn bản hướng dẫn quá rộng và không rõ ràng. Cụ thể, Điều 747 của Bộ luật Dân sự (BLDS) chỉ quy định chung chung là bảo hộ PMMT. Nghị định số

76/CP có quy định cụ thể hơn, theo đó, PMMT được bảo hộ bao gồm: chương trình máy tính, tài liệu mô tả chương trình, tài liệu hỗ trợ, cơ sở dữ liệu như lại không giải thích các thuật ngữ trên. Trong Quyết định số 128/TTg, PMMT được hiểu là chương trình, tài liệu mô tả chương trình, tài liệu hỗ trợ, nội dung thông tin số hóa và Quyết định số 128/TTg đã giải thích các thuật ngữ trên. Nội dung thông tin số hóa được giải thích bao gồm cơ sở dữ liệu và sản phẩm số hóa. Như vậy, Quyết định số 128/TTg đã mở rộng khái niệm PMMT hơn so với quy định của Nghị định số 76/CP. Tuy nhiên, Quyết định số 128/TTg không phải là văn bản hướng dẫn thi hành BLDS hay Nghị định số 76/CP, do đó khó có thể được áp dụng để giải thích luật.

Bên cạnh đó, khi so sánh các quy định trên với quy định của Hiệp định TRIPS và Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, chúng tôi nhận thấy rằng: cả TRIPS và Hiệp định thương mại chỉ yêu cầu các bên ký kết phải bảo hộ các chương trình máy tính, các sản phẩm dữ liệu hoặc sản phẩm tài liệu với điều kiện là việc lựa chọn và sắp xếp nội dung phải là thành quả của hoạt động sáng tạo trí tuệ<sup>1</sup>. Luật bản quyền PMMT của Hoa Kỳ 1980 cũng quy định tương tự<sup>2</sup>. Trong khi đó, pháp luật Việt Nam quy định chung chung về việc bảo hộ cơ sở dữ liệu là quá rộng vì các điều ước quốc tế và pháp luật các nước không bảo hộ bản thân cơ sở dữ liệu mà bảo hộ các sản phẩm dữ liệu nếu việc lựa chọn hay sắp xếp nội dung thể hiện sự sáng tạo của tác giả.

<sup>1</sup> Điều 10(2) Hiệp định TRIPS, điều 4(1) chương 2 Hiệp định thương mại Việt Nam-Hoa Kỳ

<sup>2</sup> TS. Michael P. Ryan – Những điều các nhà quản lý cần biết về luật chính sách SHTT và chiến lược kinh doanh. Tài liệu hội thảo “pháp luật, chính sách và quản lý SHTT”. Tp. Hồ Chí Minh 17-18/10/2002, tr.18,20.

**Thứ ba**, hiện tại, khái niệm “*công bố*” và “*phổ biến*” tác phẩm đ-ợc pháp luật Việt Nam quy định là quyền nhân thân và gộp chung lại trong một điều luật (Điều 751 của BLDS, Điều 5 của Nghị định số 76/CP/1997, mục I.12 của Thông t- số 27/2001/TT-BVHTT). Theo đó, quyền “*công bố*” và “*phổ biến*” tác phẩm hoặc cho ng-ời khác công bố, phổ biến tác phẩm đ-ợc thực hiện d-ới các hình thức sau: xuất bản, tái bản, sao chép tác phẩm; biểu diễn hoặc tr-ng bày tác phẩm tr-ớc công chúng; truyền đạt tác phẩm tới công chúng bằng bất kỳ ph-ơng tiện hoặc cách thức nào; phân phối tác phẩm hoặc bản sao tác phẩm bằng cách bán, cho thuê hoặc bằng cách khác; nhập khẩu các bản sao tác phẩm của mình vào Việt Nam.

Trong khi đó, PMMT, xét từ góc độ quyền tác giả, có thể đ-ợc phổ biến và sử dụng d-ới rất nhiều hình thức khác nhau, kể cả hình thức ghi âm, ghi hình (với công nghệ chuyển tải tín hiệu âm thanh thành tín hiệu số và ng-ợc lại) hoặc phát sóng (ví dụ Internet qua màn hình ti vi hoặc với công nghệ truyền hình kỹ thuật số). Do đó, cần phân biệt khái niệm công bố và phổ biến. Đặc biệt, quyền phổ biến th-ờng đ-ợc các điều -ớc quốc tế và pháp luật các n-ớc quy định là một quyền kinh tế trong khái niệm độc quyền sử dụng tác phẩm. Do đó, nên tách quyền phổ biến thành quyền độc lập và đ-a về quyền tài sản.

**Thứ t-**, quy định quyền cho phép hoặc không cho phép ng-ời khác sử dụng tác phẩm là một quyền nhân thân.

Đây là một điểm đặc biệt của pháp luật quyền tác giả Việt Nam, vì pháp luật quốc tế và pháp luật về quyền tác giả các n-ớc đều

quy định đây là một quyền kinh tế của tác giả. Trên thực tế, đây là quyền tài sản vì việc sử dụng và cho phép ng-ời khác sử dụng tác phẩm gắn chặt với các lợi ích kinh tế của ng-ời nắm giữ quyền tác giả. Và nh- chúng tôi đã phân tích ở trên, quyền phổ biến tác phẩm thực chất cũng nằm trong quyền tài sản của tác giả. Hơn nữa, quyền sử dụng tác phẩm đ-ợc quy định rất chung chung; trong khi đó, một trong những vấn đề đặc biệt quan trọng cho việc thực thi pháp luật quyền tác giả là việc quy định cụ thể các độc quyền sử dụng tác phẩm. Hiện nay, pháp luật quyền tác giả thiếu hẳn những quy định cụ thể về một số độc quyền sử dụng liên quan đến phần mềm nh- quyền nhân bản (sao chép), quyền phổ biến, quyền tr-ng bày, và quyền trình bày. Đối với phần mềm, việc quy định chung chung nh- vậy sẽ làm hạn chế các hình thức sử dụng nh- multimedia, Internet, và cũng hạn chế cả khả năng thực thi của pháp luật.

**Thứ năm**, vấn đề hạn chế quyền tác giả.

Quy định về hạn chế quyền tác giả trong Điều 760 của BLDS nói chung là t-ơng thích với quy định của Công -ớc Berne. Tuy nhiên, các quy định của Điều 760 quá chung chung. Điều 761 có quy định cụ thể hơn các hình thức sử dụng tác phẩm mà không phải xin phép, trả thù lao, nh-ng các quy định này không đ-ợc áp dụng đối với PMMT. Tr-ớc những đặc thù của phần mềm cũng nh- công nghệ thông tin, các quy định về hạn chế quyền cần phải đ-ợc quy định cụ thể, đặc biệt các quy định liên quan đến việc dịch ng-ợc mã máy về mã nguồn (decompilation) nhằm mục đích nghiên cứu và sửa chữa phục

vụ khả năng hoạt động (operability) cũng như khả năng tương tác (interoperability) của chương trình.

**Thứ sáu**, theo hướng dẫn tại Thông tư liên tịch số 01/2001 thì mức bồi thường thiệt hại đối với hành vi vi phạm quyền tác giả được xác định theo các quy định chung của BLDS về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Tuy nhiên, lĩnh vực quyền tác giả nói chung và lĩnh vực PMMT nói riêng là lĩnh vực đặc thù, do đó việc xác định mức thiệt hại thực tế là hết sức khó khăn, không chỉ riêng đối với Việt Nam mà đối với hầu hết các nước. Hơn nữa, các tranh chấp về PMMT là lĩnh vực hết sức mới mẻ đối với các thẩm phán Việt Nam. Do đó, cần thiết phải có quy định riêng về vấn đề này. Cụ thể chúng ta cần đẩy nhanh quá trình xây dựng Nghị định về bồi thường thiệt hại trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ SHTT<sup>3</sup>. Trong Nghị định này nên có hướng dẫn cụ thể về việc xác định mức bồi thường thiệt hại đối với các hành vi xâm phạm PMMT.

**Thứ bảy**, một trong những hạn chế lớn nhất của pháp luật quyền tác giả Việt Nam là việc thực thi quyền tác giả còn kém hiệu quả. Sự kém hiệu quả thể hiện trong tất cả các lĩnh vực thực thi quyền SHTT nói chung, PMMT nói riêng. Việc quy định quá nhiều cơ quan có thẩm quyền xử lý xâm phạm hành chính trong lĩnh vực quyền tác giả đã dẫn tới tình trạng chồng chéo về thẩm quyền và sự ỷ lại. Trong khi ở các nước, biện pháp chế tài dân sự là biện pháp được áp dụng chủ yếu đối với các hành vi xâm phạm PMMT thì ở Việt Nam biện pháp này được áp dụng không nhiều. Một trong những nguyên nhân là Pháp lệnh Thủ

tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 đã không còn phù hợp với thực tế, thiếu hẳn các quy định cho việc giải quyết các tranh chấp hết sức đặc thù: tranh chấp về SHTT. Theo quy định hiện tại, chủ thể bị xâm phạm không có quyền yêu cầu chủ thể xâm phạm cung cấp chứng cứ. Về các biện pháp khẩn cấp tạm thời trong lĩnh vực SHTT cũng không được quy định mà áp dụng các quy định chung cho các vụ án dân sự. Bản thân các quy định về biện pháp khẩn cấp tạm thời cũng rất sơ sài, thiếu cụ thể, gây khó khăn không nhỏ cho các tòa án và các bên đương sự trong các trường hợp cụ thể.

### Một số kiến nghị

Để tăng cường bảo hộ quyền SHTT đối với PMMT, theo chúng tôi cần phải xem xét giải quyết một số vấn đề sau:

**Thứ nhất**, ban hành thông tư hướng dẫn thi hành các quy định của Nghị định số 76/CP về bảo hộ PMMT, trong đó xác định rõ phạm vi bảo hộ đối với phần mềm máy tính, quy định về giới hạn quyền tác giả đối với PMMT, các độc quyền của chủ sở hữu...

**Thứ hai**, sửa đổi Điều 4 của Nghị định số 63/CP theo hướng bỏ quy định về PMMT không được cấp bằng độc quyền sáng chế. Mặc dù Hiệp định TRIPS cũng như Hiệp định thương mại Việt Nam-Hoa Kỳ chỉ yêu cầu các bên ký kết bảo hộ PMMT như một tác phẩm viết theo quy định tại Điều 2 Công ước Berne, nhưng hiện nay có rất nhiều nước đã bảo hộ PMMT theo cả luật sáng chế và theo luật bản quyền, như Mỹ, Nhật Bản, Úc và một số nước Châu Âu. Với việc mở rộng khả

<sup>3</sup> Nghị định này được dự định ban hành trong năm 2002 nhưng đến nay vẫn chưa được ban hành.

năng cấp sáng chế cho PMMT, lợi ích của chủ sở hữu sẽ được bảo hộ ở mức độ cao hơn so với bảo hộ quyền tác giả. Hơn nữa, điều này sẽ tạo điều kiện thuận lợi trong quan hệ về SHTT nói riêng, quan hệ thương mại nói chung với các nước cho phép cấp cho PMMT trên cơ sở áp dụng nguyên tắc có đi có lại.

Tuy nhiên, nếu mở rộng khả năng cấp patent sáng chế cho PMMT thì chúng ta cũng phải đối mặt với những khó khăn nhất định. *Thứ nhất*, pháp luật cần giới hạn khả năng cấp sáng chế cho một số loại phần mềm chuyên biệt nhằm bảo đảm sự cân bằng về lợi ích giữa chủ sở hữu, người tiêu dùng và cả xã hội. Vì khác với lĩnh vực bản quyền chỉ bảo hộ hình thức thể hiện ý tưởng, lĩnh vực sở hữu công nghiệp lại đi vào bảo hộ nội dung. Do đó, nếu một phần mềm đã được cấp, nếu không được sự cho phép của chủ sở hữu, không một người thứ ba nào có thể phát triển một phần mềm tương tự dù là với hình thức thể hiện khác. *Thứ hai*, chúng ta phải đào tạo được các cán bộ sở hữu công nghiệp có kiến thức chuyên sâu vào lĩnh vực PMMT. *Thứ ba*, chúng ta phải sớm ban hành Luật chống độc quyền nhằm ngăn chặn tình trạng chủ sở hữu lạm dụng độc quyền đẩy giá thành sản phẩm phần mềm lên quá cao, ảnh hưởng tới lợi ích người tiêu dùng và xã hội.

Bên cạnh đó, theo pháp luật hiện hành, khả năng bảo hộ bí mật kinh doanh đối với PMMT còn bỏ ngỏ. Theo chúng tôi, nếu phần mềm đáp ứng được các yêu cầu về bảo hộ đối với bí mật kinh doanh được quy định trong

Nghị định số 54/CP ngày 3/10/2000 thì phải được pháp luật bảo hộ như một bí mật kinh doanh. Đơn cử một ví dụ, trong một phần mềm, mã nguồn có thể được coi là một bí mật kinh doanh nếu nó không được công khai. Do đó, chúng tôi cho rằng, khả năng bảo hộ PMMT theo quy định của pháp luật về bí mật kinh doanh là hoàn toàn có cơ sở lý luận và thực tiễn.

Mặc dù mỗi hình thức bảo hộ đều có ưu và nhược điểm riêng nhưng theo chúng tôi, pháp luật Việt Nam nên mở rộng khả năng lựa chọn hình thức bảo hộ cho chủ sở hữu PMMT đối với các sản phẩm sáng tạo của họ.

**Thứ ba**, đẩy nhanh tiến độ xây dựng Bộ luật Tố tụng dân sự

Như chúng tôi đã phân tích, hiện nay, các tranh chấp về quyền tác giả nói chung được giải quyết theo Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989. Pháp lệnh này không còn phù hợp với thực tế. Điều đó đòi hỏi cần phải ban hành Bộ luật Tố tụng dân sự mới nhằm tạo cơ sở pháp lý cho tòa án thực hiện chức năng của mình. Trong BLTTDS cần có các quy định cụ thể cho việc giải quyết các tranh chấp về quyền SHTT như thẩm quyền của tòa án (theo vụ việc, theo cấp...), các biện pháp khẩn cấp tạm thời, vấn đề cung cấp chứng cứ, khả năng bên thua kiện phải trả phí luật sư cho bên thắng kiện theo yêu cầu của Hiệp định thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ. Đây là vấn đề mà Dự thảo BLTTDS hiện nay chưa giải quyết thỏa đáng<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Chúng tôi hy vọng sẽ phân tích cụ thể vấn đề này trong bài viết khác

**Thứ t-**, sửa đổi Bộ luật Dân sự và Nghị định số 76/CP về quyền tác giả, trong đó khẳng định quyền phổ biến và quyền sử dụng, cho phép sử dụng tác phẩm là một quyền tài sản. Trong t-ơng lai, cần tách phần thứ VI quy định về SHTT ra khỏi BLDS và ban hành các đạo luật chuyên ngành về SHTT nh- luật quyền tác giả, luật sáng chế, luật kiểu dáng công nghiệp...

**Thứ năm**, ban hành chính sách đẩy mạnh phát triển và ứng dụng phần mềm nguồn mở nh- một trong các biện pháp giảm tỷ lệ vi phạm bản quyền trong điều kiện Việt Nam đã ký kết Hiệp định th-ơng mại Việt Nam - Hoa Kỳ và chuẩn bị gia nhập WTO, đồng thời làm chủ công nghệ, giảm chi phí đầu t-.

**Thứ sáu**, ban hành quy định buộc các bộ ngành trung -ơng và các địa ph-ơng phải tuân thủ quyền tác giả đối với phần mềm (nh-: chỉ đ-ợc sử dụng các phần mềm có bản quyền và sử dụng phần mềm trong n-ớc sản xuất đ-ợc để thay thế nhập khẩu trong các dự án công nghệ thông tin sử dụng ngân sách nhà n-ớc). Đồng thời, đẩy mạnh công tác tuyên truyền, giáo dục nhằm nâng cao ý thức bảo hộ quyền tác giả đối với PMMT tr-ớc hết là trong các doanh nghiệp sản xuất phần mềm, sau đó là toàn xã hội.

**Thứ bảy**, nâng cao hiệu quả hoạt động của các cơ quan thực thi quyền tác giả nhằm bảo hộ một cách có hiệu quả PMMT nói riêng, quyền tác giả nói chung. Nh- chúng tôi đã trình bày, một trong những hạn chế lớn nhất của pháp luật quyền tác giả Việt Nam là việc thực thi quyền tác giả còn kém hiệu quả. Trong thủ tục xử lý xâm phạm hành chính điều đó thể hiện ở sự thụ động của các cơ

quan chức năng và cơ chế thi hành quyết định hành chính không rõ ràng. Trên thực tế, các cơ quan nh- Hải quan và Quản lý thị trường luôn cần phải có những văn bản hướng dẫn cụ thể mới có thể thực hiện đ-ợc chức năng xử phạt hành chính của mình. Bên cạnh đó, các cán bộ thực thi còn thiếu kiến thức pháp luật về quyền tác giả. Hơn nữa, với chức năng quản lý của các cơ quan có thẩm quyền, thủ tục hành chính có thể đạt đ-ợc hiệu quả chống xâm phạm phần mềm t-ơng đối cao nh-ng nó lại không thể đáp ứng đ-ợc các yêu cầu về bồi th-ơng thiệt hại của chủ thể bị xâm phạm quyền vì mức bồi th-ơng chỉ giới hạn ở 1.000.000. VNĐ. Do đó, cần có sự phân định rõ ràng thẩm quyền của các cơ quan xử lý vi phạm hành chính về PMMT nói riêng, quyền tác giả nói chung, đồng thời xây dựng cơ chế phối hợp hoạt động giữa các cơ quan này. Đối với việc giải quyết tại toà án, bên cạnh những bất cập của pháp luật nh- chúng tôi đã phân tích, các thẩm phán có kiến thức chuyên sâu về lĩnh vực SHTT hiện nay còn rất ít cũng ảnh h-ởng tới hiệu quả bảo hộ PMMT. Chúng tôi không chủ tr-ơng phải thành lập các toà chuyên trách về SHTT nh- Thái Lan và một số n-ớc đã làm, nh-ng cần thiết phải đào tạo những thẩm phán có kiến thức chuyên sâu về lĩnh vực này./.

---

*\*, \*\*, \*\*\*, ThS, ThS, TS, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh*

# MỘT SỐ KINH NGHIỆM CỦA TRUNG QUỐC TRONG QUÁ TRÌNH HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT ĐÁP ỨNG CÁC YÊU CẦU CỦA WTO

**Nguyễn Khánh Ngọc\***

*Việc gia nhập Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) của Trung Quốc đ-ợc các học giả và nhà nghiên cứu quốc tế tranh luận sôi nổi vì nhiều lý do và yếu tố khác nhau: lịch sử của mối quan hệ giữa Trung Quốc với GATT và WTO; quá trình đàm phán gia nhập dài nhất trong lịch sử; những thành tựu phát triển ngay cả trước khi gia nhập WTO của Trung Quốc với những cải cách sâu rộng; là một trong các đối tác thương mại lớn nhất trên thế giới; việc song hành Trung Quốc, Đài Loan, Hồng Kông và Macao trong WTO... Tác giả trình bày một cách tổng quan về một số kinh nghiệm của Trung Quốc trong quá trình hoàn thiện pháp luật để thực hiện các cam kết của mình trong WTO*

## **Giới thiệu**

Trong hơn hai thập kỷ qua, Trung Quốc đã có những bước cải cách vững chắc trong nhiều lĩnh vực để vận hành nhiều nguyên tắc của kinh tế thị trường, thu hút đầu tư nước ngoài<sup>1</sup>, hiện đại hoá đất nước, nâng cao khả năng cạnh tranh của hàng hoá và dịch vụ. Những thành tựu này đã làm cho thế giới phải “tính đến” Trung Quốc trong các quyết định của mình, kể cả việc kết nạp Trung Quốc vào WTO tháng 12 năm 2001, sau 15 năm đàm phán. Thậm chí, có người còn nêu vấn đề là: với khả năng cạnh tranh cao và tiềm năng phát triển mạnh hiện nay thì Trung Quốc cần

<sup>1</sup> Năm 2002, Trung Quốc đã trở thành nước dẫn đầu thế giới về thu hút FDI, vượt cả Hoa Kỳ. Xem David Gantz, *Discussion of Current International Trade Issues*, 12/2002.

Báo cáo của Cơ quan đại diện thương mại Hoa Kỳ gửi Quốc hội về thi hành cam kết WTO của Trung Quốc (sau đây gọi là Báo cáo của USTR)

gia nhập WTO với t- cách là n-ớc phát triển<sup>2</sup> mà không đ-ợc coi là n-ớc đang phát triển. Ngoài ra, các yếu tố “*phi th-ơng mại*” khác trong mối quan hệ của Trung Quốc với thế giới cũng tạo thêm sự đa dạng của việc Trung Quốc gia nhập WTO. Những yếu tố đó đều đ-ợc các n-ớc thành viên WTO “*xem xét*” để gây sức ép buộc Trung Quốc có những cam kết cao, thậm chí v-ợt ra ngoài khuôn khổ thông th-ờng của WTO.

Một loạt các câu hỏi đ-ợc đặt ra là: Tại sao Trung Quốc phát triển nhanh và đúng h-ớng mà vẫn kiên trì theo đuổi việc đàm phán để gia nhập WTO và thậm chí còn đ-a ra những cam kết đi xa hơn WTO (WTO plus)? Không có quy chế thành viên WTO thì Trung Quốc có khó khăn gì trong hoạt động th-ơng mại quốc tế? Gia nhập WTO có giúp Trung Quốc giải quyết đ-ợc các khó khăn trong quá trình phát triển? Thậm chí, có ng-ời còn đặt câu hỏi: liệu Trung Quốc có ý thức và hiểu đ-ợc hết các ý nghĩa của những cam kết gia nhập này không? Nếu không tuân thủ thì điều gì sẽ xảy ra?...

Tuy có câu trả lời khác nhau về những câu hỏi trên, nh-ng nhìn chung các nhà nghiên cứu và bình luận quốc tế đều thống nhất quan điểm: quy chế thành viên WTO sẽ đem lại nhiều cơ hội hơn là thách thức

cho Trung Quốc; Trung Quốc đã có những cân nhắc kỹ l-ỡng về “*đ-ợc*” và “*mất*” của việc gia nhập tổ chức này. Tuy nhiên, Trung Quốc mới thực hiện quy chế thành viên đ-ợc hơn 2 năm nên ch-a thể thấy hết tác động đầy đủ của việc gia nhập WTO.

Theo đánh giá của các chuyên gia quốc tế thì dù đã có những cải cách sâu rộng tr-ớc khi gia nhập WTO nh-ng các cam kết WTO của Trung Quốc sẽ đem lại những thách thức ch-a từng có cho hệ thống pháp luật và t- pháp Trung Quốc<sup>3</sup>. Bản thân số liệu về các văn bản pháp luật Trung Quốc cần sửa đổi, huỷ bỏ hay ban hành mới để thực hiện các cam kết của mình cũng không nhất quán<sup>4</sup> (theo một thông tin gần đây thì con số đó là khoảng trên 2000 văn bản). Những cam kết liên quan tới xây dựng thiết chế, kể cả các toà án độc lập và minh bạch hoá cũng đem lại không ít thách thức cho Trung Quốc.

Đã có những ý kiến rất khác nhau về việc thi hành các cam kết của Trung Quốc tại WTO. Chỉ xin nêu một kết quả nghiên cứu của Phòng th-ơng mại Hoa Kỳ tại Trung Quốc khi khảo sát các doanh nghiệp Trung Quốc<sup>5</sup>:

*Về thái độ thi hành các cải cách:*

- 44% cho là Trung Quốc có thiện chí thi hành nh-ng ch-a sẵn sàng;

<sup>2</sup> Nhiều nghiên cứu, phân tích gần đây đã cho thấy trong vòng khoảng 15 năm tới thì Trung Quốc sẽ trở thành nền kinh tế lớn nhất thế giới, v-ợt cả Hoa Kỳ.

<sup>3</sup> Xem nghiên cứu của Carnegie International và các Báo cáo của USTR các năm 2002 và 2003

<sup>4</sup> Theo thông tin của US-China Business Council tháng 6/2001 thì có hơn 1300 văn bản pháp luật của Trung Quốc không phù hợp với WTO vào thời điểm tháng 10/2000.

<sup>5</sup> Nguồn The Asian Wall Street Journal, ngày 6 tháng 10 năm 2003

- 20% cho là có thiện chí và sẵn sàng;
- 17% cho là có thiện chí nh-ng chỉ theo nghĩa vụ;
- 11% cho là có ý tránh hay trì hoãn không thi hành.

Về mức độ thực tế thi hành các cam kết:

- 48% cho là đúng lộ trình;
- 38% cho là chậm so với lộ trình;
- 12% cho là không có cơ sở để đánh giá
- 2% cho là tr-ớc lộ trình .

### **Các cam kết chính của Trung Quốc tại WTO**

Tr-ớc khi xem xét kinh nghiệm thực thi các cam kết của Trung Quốc tại WTO, nên nhìn lại khuôn khổ pháp luật của WTO về việc gia nhập tổ chức này.

Hiệp định Marrakesh thành lập WTO (Hiệp định WTO) quy định tại Điều XII về Gia nhập nh- sau:

*1. Bất kỳ một Quốc gia hay một vùng lãnh thổ hải quan riêng biệt có toàn quyền tự quyết độc lập trong việc tiến hành các quan hệ ngoại-th-ơng của mình và các vấn đề khác đ-ợc quy định tại Hiệp định này và các Hiệp định th-ơng mại đa ph-ơng, thì có thể gia nhập Hiệp định này theo các điều kiện sẽ đ-ợc thoả thuận giữa Quốc gia hay lãnh thổ này và WTO. Việc gia nhập nh- vậy sẽ đ-ợc áp dụng đối với Hiệp định này và các Hiệp định th-ơng mại đa ph-ơng đi kèm theo.*

*2. Các quyết định về gia nhập sẽ phải đ-ợc thông qua bởi Hội nghị Bộ tr-ởng. Hội nghị Bộ tr-ởng phải thông qua thoả thuận về các điều kiện gia nhập theo biểu quyết đa số với 2/3 ý kiến ủng hộ của các thành viên WTO.*

*3. Việc gia nhập một Hiệp định th-ơng mại nhiều bên đ-ợc điều chỉnh bởi các quy định của Hiệp định đó.*

Điều XII của Hiệp định WTO tuy ngắn gọn so với các quy định thông th-ờng trong WTO, nh-ng chứa đựng rất nhiều nội dung, nh-:

- Chủ thể gia nhập WTO có thể là quốc gia hay vùng lãnh thổ hải quan riêng biệt có toàn quyền tự quyết về ngoại th-ơng. Do đó, chúng ta có thể hiểu đ-ợc tại sao trong WTO lại có 4 “*Trung Quốc*” là Trung Quốc lục địa, Macao, Hồng Kông và Đài Loan;

- Điều kiện gia nhập WTO sẽ đ-ợc đàm phán và thoả thuận giữa WTO và bên gia nhập mà không có một công thức chung;

- Việc gia nhập đem lại các cam kết trọn gói gồm Hiệp định WTO, các Hiệp định th-ơng mại đa ph-ơng và các điều kiện đ-ợc thoả thuận giữa WTO và n-ớc gia nhập;

- Việc gia nhập WTO không có nghĩa là gia nhập các Hiệp định th-ơng mại nhiều bên (hiệp định tùy nghi), mà việc gia nhập các Hiệp định này đ-ợc điều chỉnh riêng.

Thực tế các điều kiện gia nhập WTO của các n-ớc có sự khác nhau. Sự khác



nhau này do các bên gia nhập và WTO thoả thuận về các điều kiện gia nhập đ-ợc thể hiện trong Nghị định th- gia nhập.

Nghị định th- gia nhập của Trung Quốc gồm Nghị định th- gia nhập và 9 phụ lục. Phần Lời nói đầu của Nghị định th- có 2 ý hết sức thú vị là “*Trung Quốc là bên ký kết đầu tiên của Hiệp định chung về thuế quan và th-ơng mại 1947*” và “*Trung Quốc là n-ớc ký kết Văn bản cuối cùng chứa đựng các kết quả của Vòng đàm phán Uruguay về đàm phán th-ơng mại đa ph-ơng*” (mặc dù ch-a là thành viên). Qua đây, có thể thấy tr-ờng hợp gia nhập WTO của Trung Quốc không giống bất kỳ n-ớc nào: tham gia Hiệp định GATT từ 1947 và tham gia ký các kết quả đàm phán Vòng Uruguay thành lập ra thể chế WTO. Các yếu tố này cũng cho thấy các quy định của GATT và WTO không xa lạ và Trung Quốc đã có thời gian dài tìm hiểu, làm quen. *Nh- vậy, khó có thể nói Trung Quốc đ-a ra các cam kết gia nhập mà không hiểu hết ý nghĩa của chúng*<sup>6</sup>.

*Xin không trình bày Nghị định th- và các Phụ lục đi kèm theo (đây là các tài liệu xứng đáng đ-ợc nghiên cứu phân tích kỹ l-ỡng trong khuôn khổ khác), chỉ l-u ý: Nghị định th- này có các quy định v-ợt ra ngoài khuôn khổ pháp luật WTO (WTO plus) và cùng với các quy định khác của các Hiệp định WTO, tạo nên các cam kết của Trung Quốc khi gia nhập WTO.*

## Một số kinh nghiệm của Trung Quốc

Sau 2 năm thực hiện các cam kết WTO, hệ thống pháp luật và t- pháp Trung Quốc đã đ-ợc cải thiện đáng kể, đem lại môi tr-ờng đầu t-, kinh doanh hấp dẫn không chỉ cho các nhà đầu t- trong n-ớc mà cho cả các nhà đầu t- n-ớc ngoài. Điều này đã đ-ợc khẳng định qua ý kiến đánh giá khả quan về hiệu quả công việc trong năm 2003 (tức sau khi Trung Quốc gia nhập WTO) của một hiệp hội doanh nghiệp Hoa Kỳ đang kinh doanh tại Trung Quốc.

Theo các Báo cáo của USTR, Trung Quốc đã có những b-ớc đi tích cực, đúng h-ớng trong việc thực thi cam kết với WTO, nh-: rà soát pháp luật, sửa đổi, huỷ bỏ và ban hành mới các văn bản pháp luật, xây dựng và cơ cấu lại các thiết chế, kể cả việc thành lập Bộ Th-ơng mại và cải cách các toà án, sở hữu trí tuệ, minh bạch hoá... Tuy nhiên, Báo cáo cũng chỉ ra một số lĩnh vực Trung Quốc còn dành lợi thế cho sản xuất trong n-ớc hơn là thực hiện đúng các yêu cầu của cam kết, nh-: lĩnh vực nông nghiệp, dịch vụ, thực thi quyền sở hữu trí tuệ, minh bạch hoá, một số chính sách công nghiệp và thuế... Sau đây, chúng ta cùng tìm hiểu kinh nghiệm của Trung Quốc trong thi hành các cam kết đối với một số lĩnh vực cụ thể.

<sup>6</sup> David Gantz và một số giáo s- tại Khoá học về Gia nhập WTO tại Đại học tổng hợp McGill (Canada) cho rằng có khả năng là những cam kết v-ợt quá quy định của WTO của Trung Quốc đ-ợc đ-a ra mà không hiểu hết các hệ quả pháp lý của cam kết.

### ***Khuôn khổ pháp luật nói chung***

Để giải quyết các lo ngại của các nước thành viên WTO, tại Nghị định gia nhập WTO và các Phụ lục kèm theo, Trung Quốc đã cam kết cải cách mạnh mẽ pháp luật liên quan tới minh bạch hoá; rà soát sửa đổi hệ thống pháp luật; áp dụng pháp luật thống nhất, khách quan, vô tư và bảo đảm quyền khiếu kiện tại toà án để xem xét lại các quyết định và hành vi hành chính.

#### *Minh bạch hoá và rà soát sửa đổi hệ thống pháp luật*

Trung Quốc có một loạt các cam kết liên quan tới minh bạch hoá thể chế pháp luật của mình, đặc biệt là các cam kết quan trọng về việc công khai, minh bạch quy trình xây dựng văn bản pháp luật liên quan tới các lĩnh vực được WTO điều chỉnh. Đây là điểm được các nước WTO quan tâm ngay từ đầu do các công ty của họ gặp phải các khó khăn xuất phát từ vấn đề minh bạch hoá của pháp luật Trung Quốc. Các nước thành viên WTO cũng yêu cầu Trung Quốc phải sửa đổi, huỷ bỏ và ban hành mới nhiều văn bản pháp luật để thực hiện quy chế thành viên.

Trong năm đầu với tư cách thành viên WTO (năm 2002), Trung Quốc đã tập trung vào việc sửa đổi và hoàn thiện pháp luật liên quan tới thương mại hàng hoá và thương mại dịch vụ. Theo số liệu của Bộ

Ngoại thương và Hợp tác kinh tế<sup>7</sup> thì các cơ quan Trung Quốc đã rà soát hơn 2500 luật và văn bản dưới luật để đối chiếu, so sánh với các quy định của WTO. Đến giữa năm 2002, Bộ đã huỷ bỏ được 830 văn bản và sửa đổi được 325 văn bản khác trong số các văn bản được rà soát. Cũng theo Bộ Ngoại thương và Hợp tác kinh tế, cho tới giữa 2002 đã có 118 văn bản luật và dưới luật được ban hành mới. Đối với văn bản pháp luật của địa phương, trong năm 2002, Trung Quốc cũng đã tiến hành các công việc rà soát, đối chiếu, nhúng các kết quả rà soát tại địa phương không được khả quan như việc rà soát tại trung ương<sup>8</sup>.

Trong 9 tháng đầu năm 2003, các cơ quan trung ương đã sửa đổi, ban hành mới được hơn 100 văn bản luật và dưới luật nhằm thực hiện các cam kết trong WTO. Các văn bản này đề cập tới nhiều lĩnh vực khác nhau của WTO. Cũng trong năm 2003, 31 tỉnh và vùng tự trị, cùng với 49 thành phố của Trung Quốc đã rà soát, huỷ bỏ 490 quy định, biện pháp liên quan và sửa đổi được 185 quy định và biện pháp khác<sup>9</sup>.

Có thể thấy công việc rà soát, đối chiếu các quy định pháp luật Trung Quốc với các cam kết tại WTO là rất phức tạp, tốn kém, kéo dài. Trung Quốc đã cam kết có cơ chế rà soát chuyển đổi hàng năm tại WTO trong khi đó đối với các nước khác thì hoạt động

<sup>7</sup> Năm 2002, Bộ này được đổi tên thành Bộ thương mại.

<sup>8</sup> Các Báo cáo của USTR các năm 2002 và 2003

<sup>9</sup> Như trên

rà soát chính sách th-ơng mại của WTO là công việc định kỳ ít nhất là 2 năm một lần. Hơn nữa, ngay cả khi đã chỉ ra đ-ợc văn bản không phù hợp WTO thì ch-a hẳn vấn đề đã đ-ợc giải quyết toàn bộ. Đó mới là b-ớc đầu và các b-ớc tiếp theo mới quan trọng và khó khăn cho bất kỳ quốc gia nào: làm sao soạn thảo đ-ợc văn bản pháp luật theo đúng các cam kết; thông qua và có hiệu lực đúng với lộ trình cam kết; và ngay cả sau khi đ-ợc ban hành thì ch-a chắc đã bảo đảm đ-ợc việc thi hành đúng trên thực tế. Đồng thời, qua thực tiễn thi hành cũng cần thiết phải rà soát tiếp các văn bản mới đ-ợc ban hành để xử lý các vấn đề phát sinh.

*Về lấy ý kiến công chúng:* Năm 2002, Chính phủ Trung Quốc đã ban hành quy định về quy trình, thủ tục xây dựng và ban hành các văn bản, quy định hành chính trong đó yêu cầu phải có ý kiến đóng góp của công chúng, nh-ng nhiều Bộ ngành và cơ quan vẫn làm theo lối cũ và “*quên mất*” thủ tục này. Mặc dù một loạt các văn bản pháp luật quan trọng đ-ợc dự kiến ban hành cuối năm 2003, nh-: sửa đổi Luật ngoại th-ơng<sup>10</sup>, Luật ngân hàng th-ơng mại, Luật dịch vụ b-u điện, Quy tắc xuất xứ hàng hoá xuất nhập khẩu (XNK), Quy định về bảo hiểm, thuế XNK, Quy định về thiết kế kỹ thuật xây dựng... nh-ng cho tới đầu tháng 12 năm 2003, chỉ có Dự thảo Quy định về bảo hiểm đ-ợc đ-a xin ý kiến rộng rãi. Tình trạng phổ biến là Bộ, ngành soạn

thảo văn bản pháp luật gửi dự thảo tới các bộ, ngành khác, các chuyên gia và các doanh nghiệp bị điều chỉnh. Cũng có nhiều khi, cơ quan soạn thảo trao đổi ý kiến với một số công ty n-ớc ngoài nhất định, mặc dù không phải lúc nào cũng chuyển dự thảo văn bản cho các công ty này. Chính vì vậy, theo đánh giá USTR<sup>11</sup> thì chỉ một tỷ lệ nhỏ các văn bản pháp luật mới đ-ợc ban hành gần đây là tuân thủ yêu cầu dành một thời gian cho công chúng góp ý kiến, và ngay cả khi tuân thủ yêu cầu này thì khoảng thời gian này cũng rất ngắn.

*Đăng tải văn bản quy phạm pháp luật:* Trung Quốc đã đạt đ-ợc những thành tích rất khả quan trong việc minh bạch hoá các văn bản pháp luật mới ban hành. Quy định của Chính phủ (ban hành tháng 12 năm 2001) yêu cầu đăng tất cả các quy định pháp luật mới ban hành 30 ngày tr-ớc khi thi hành và ngay lập tức quy định trên có hiệu lực: tất cả các văn bản pháp luật đều đ-ợc đăng tr-ớc ngày có hiệu lực thi hành. Đây đ-ợc coi là một b-ớc tiến lớn trong việc minh bạch hoá pháp luật tại Trung Quốc so với tr-ớc khi gia nhập WTO. Hơn nữa, các văn bản pháp luật mới này th-ờng không chỉ đ-ợc đăng trên các tạp chí chính thức mà còn đ-ợc đăng cả trên Internet. Tuy nhiên, do cam kết với WTO là phải có bản dịch các văn bản pháp luật ra ngôn ngữ chính thức của WTO - một công việc đòi hỏi không ít đầu t- và thời gian - nên Trung Quốc ch-a hoàn thành nghĩa vụ này.

<sup>10</sup> Đã đ-ợc thông qua tháng 4/2004

<sup>11</sup> Báo cáo của USTR năm 2003

Một nghĩa vụ WTO nữa của Trung Quốc liên quan tới minh bạch hoá là thiết lập các địa chỉ liên hệ, giải đáp các yêu cầu, thắc mắc và cung cấp thông tin. Trung Quốc đã thi hành nghĩa vụ này của mình thông qua việc thiết lập một Trung tâm hỏi đáp và thông tin tại Bộ Thương mại (tháng 1 năm 2002). Các bộ, ngành khác cũng thiết lập các địa chỉ liên hệ để cung cấp thông tin liên quan tới các lĩnh vực mình phụ trách. Theo đánh giá chung thì các địa chỉ liên hệ này hoạt động có hiệu quả. Bên cạnh đó, nhiều bộ, ngành đã bắt đầu có địa chỉ Internet để cung cấp các thông tin.

Cùng với chính quyền trung ương thì chính quyền địa phương một số tỉnh và thành phố như Thương Hải, Quảng Đông... cũng đã có quy định về minh bạch và công khai các văn bản của mình.

#### *Việc áp dụng pháp luật thống nhất*

Áp dụng thống nhất pháp luật trên toàn lãnh thổ Trung Quốc cũng như việc thiết lập cơ chế trong nước để xử lý các tình huống áp dụng không thống nhất là một trong những cam kết đem lại nhiều thách thức nhất đối với Trung Quốc. Để thực hiện cam kết này, trong năm 2002, Trung Quốc đã tiến hành một chiến dịch thông tin, tuyên truyền cho các cán bộ nhà nước ở Trung ương và địa phương, các giám đốc doanh nghiệp nhà nước về những quy định của WTO. Một số địa phương còn thành lập các trung tâm WTO để hỗ trợ các nỗ

lực thi hành những cam kết của Trung ương và tranh thủ những lợi thế của quy chế thành viên WTO cho địa phương mình. Ngoài ra, năm 2002, Trung Quốc đã thành lập một cơ chế rà soát nội bộ do Bộ Thương mại chủ trì để xử lý các trường hợp áp dụng pháp luật không thống nhất.

#### *Quyền khiếu kiện ra toà án*

Để thực hiện các cam kết trong lĩnh vực khiếu nại và khiếu kiện hành chính, Trung Quốc đã có các bước chuẩn bị từ trước khi gia nhập WTO, thông qua việc đào tạo và nâng cao chất lượng đội ngũ thẩm phán. Từ năm 1999, Tòa án nhân dân tối cao Trung Quốc đã bắt đầu quá trình tuyển chọn thẩm phán theo các tiêu chí: năng lực, trình độ học vấn và kinh nghiệm công tác. Tòa án nhân tối cao cũng ban hành Quy định về một số vấn đề liên quan tới xét xử các vụ việc hành chính trong thương mại quốc tế<sup>12</sup> bên cạnh các quy định chung về xét xử khiếu kiện hành chính tại toà án. Quy định này điều chỉnh việc xét xử các vụ khiếu kiện hành chính liên quan tới các quyết định của cơ quan nhà nước trong lĩnh vực thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ và sở hữu trí tuệ./.

**(Xem tiếp số sau)**

\* *ThS, Vụ hợp tác quốc tế- Bộ T- pháp*

<sup>12</sup> Quy định này có hiệu lực từ ngày 1 tháng 10 năm 2002. Xem Báo cáo của USTR năm 2003

# BÀN VỀ THẨM QUYỀN BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT CỦA CHỦ TỊCH ỦY BAN NHÂN DÂN

**Đỗ HoNG YẾN\***

*Dự án Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân đã trình Quốc hội cho ý kiến trong kỳ họp thứ 5 và sẽ đ-ợc Quốc hội thông qua tại kỳ họp thứ 6 (dự kiến vào tháng 11/2004). Vấn đề đang còn nhiều ý kiến khác nhau là nên hay không nên quy định Chủ tịch Ủy ban nhân dân có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Bài viết sau đây sẽ bàn về vấn đề trên*

## **Nhận xét chung**

Văn bản quy phạm pháp luật là văn bản có tính khuôn mẫu, chuẩn mực của Nhà n-ớc, đ-ợc cơ quan có thẩm quyền ban hành làm quy tắc xử sự chung cho mọi tổ chức và cá nhân trong xã hội. Vì vậy, việc xác định cơ quan, cá nhân nào đ-ợc ban hành văn bản quy phạm pháp luật và trình tự, thủ tục ban hành, áp dụng văn bản quy phạm pháp luật nh- thế nào là rất cần thiết. Hơn nữa, thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật của các cơ quan nhà n-ớc liên quan đến việc xác định chức năng, nhiệm vụ của từng cơ quan và vị trí, vai trò của các cơ quan này trong bộ máy nhà n-ớc.

Tr-ớc đây, mặc dù Hiến pháp qua các thời kỳ đều có quy định về hình thức văn bản của các cơ quan nhà n-ớc các cấp, song quy định

này của Hiến pháp mới chỉ dừng lại ở việc xác định hình thức văn bản, còn nội dung, tính chất văn bản (văn bản quy phạm pháp luật hay văn bản áp dụng pháp luật), trình tự ban hành văn bản... thì ch-a đ-ợc xác định rõ. Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 1996 (sửa đổi, bổ sung năm 2002) đã xác định rõ thẩm quyền, nội dung, hình thức văn bản và trình tự ban hành văn bản quy phạm pháp luật của các cơ quan nhà n-ớc. Tuy nhiên, Luật này chủ yếu mới chỉ quy định về các vấn đề liên quan đến văn bản quy phạm pháp luật của các cơ quan nhà n-ớc trung -ơng nh-: Quốc hội, Ủy ban Th-ơng vụ Quốc hội, Chủ tịch n-ớc, Chính phủ, Thủ t-ớng Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao các Bộ, cơ quan ngang Bộ... còn việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật của các cấp

chính quyền địa phương thì hầu như chưa đề cập tới, ngoài một số quy định mang tính nguyên tắc về hình thức văn bản của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân các cấp<sup>1</sup>. Điều này đã gây nên những khó khăn nhất định trong việc xác định trình tự soạn thảo, hình thức và hiệu lực của các văn bản quy phạm pháp luật do Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân ban hành. Đặc biệt, thực tiễn cho thấy có sự không nhất quán trong việc sử dụng hình thức văn bản quy phạm pháp luật của Ủy ban nhân dân. Có địa phương chỉ sử dụng hình thức Chỉ thị, Quyết định của Ủy ban nhân dân, có nơi sử dụng song song cả hình thức Chỉ thị, Quyết định của Ủy ban nhân dân và Quyết định, Chỉ thị của Chủ tịch Ủy ban nhân dân<sup>2</sup>. Sự không thống nhất này đã dẫn đến những tranh luận và cách hiểu khác nhau liên quan đến hiệu lực của các văn bản quy phạm pháp luật mà Chủ tịch Ủy ban nhân dân đã ban hành và đang được áp dụng. Nếu không thừa nhận Chủ tịch Ủy ban nhân dân có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật thì cần phải xem xét lại hiệu lực pháp lý của các văn bản đó. Tuy nhiên, cho đến nay, các văn bản loại này vẫn mặc nhiên tồn tại, được áp dụng và được thừa nhận.

### **Về thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Chủ tịch Ủy ban nhân dân**

Trong điều kiện xây dựng pháp luật và quản lý nhà nước ở nước ta hiện nay, việc ban hành các văn bản quy phạm pháp luật không chỉ tập trung ở các cơ quan nhà nước

trung ương mà còn được phân cấp tới các cấp chính quyền địa phương (Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân). Đây là các cơ quan nhà nước gần dân, do vậy, những văn bản do các cơ quan này ban hành tác động rất lớn đến đời sống hàng ngày của mọi tầng lớp nhân dân trong xã hội. Chính vì vậy, Quốc hội đã quyết định đưa Dự án Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân vào Chương trình soạn thảo năm 2004. Trong quá trình xây dựng Dự án Luật, một trong những vấn đề được quan tâm đặc biệt là nội dung và hình thức văn bản của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân, trong đó nổi lên vấn đề về thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Chủ tịch Ủy ban nhân dân.

Điều 124 của Hiến pháp năm 1992 quy định: “*Ủy ban nhân dân trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn do pháp luật quy định, ra quyết định, chỉ thị và kiểm tra thực hiện những văn bản đó*”.

Điều 1 của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật quy định: “*Văn bản do Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân ban hành để thi hành văn bản quy phạm pháp luật của Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội và văn bản của cơ quan Nhà nước cấp trên; văn bản do Ủy ban nhân dân ban hành còn để thi hành Nghị quyết của Hội đồng nhân dân cùng cấp*”; “*Hội đồng nhân dân ban hành Nghị quyết, Ủy ban nhân dân ban hành Quyết định, Chỉ thị*”.

<sup>1</sup> Xem Khoản 3, Điều 1 của Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 1996.

<sup>2</sup> Ở đây không đề cập đến các Quyết định, Chỉ thị của Chủ tịch Ủy ban nhân dân dưới dạng văn bản cá biệt (văn bản áp dụng pháp luật).

Nh- vậy, theo các quy định trên đây thì văn bản quy phạm pháp luật của Ủy ban nhân dân là văn bản của tập thể Ủy ban nhân dân, chứ không phải văn bản của cá nhân Chủ tịch Ủy ban nhân dân. Tuy nhiên, trong thực tiễn, do nhu cầu cấp bách của hoạt động quản lý nhà n-ớc (chẳng hạn nh- để giải quyết ngay lập tức tình trạng ùn tắc giao thông hoặc bảo đảm trật tự an ninh đô thị, phòng chống lụt bão...), cá nhân Chủ tịch Ủy ban nhân dân đã ban hành văn bản quy phạm pháp luật, nh-ng văn bản này lại đ-ợc ký d-ới dạng văn bản của tập thể Ủy ban nhân dân. Đây cũng là một trong những bất cập trong công tác ban hành văn bản quy phạm pháp luật cần đ-ợc các nhà làm luật cân nhắc.

Hiện nay, vẫn đang có hai luồng ý kiến khác nhau về việc có nên giao thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật cho Chủ tịch Ủy ban nhân dân hay không.

### ***Quan điểm phản đối***

Căn cứ vào các quy định hiện hành của Hiến pháp và Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật, luồng ý kiến có tính t-ơng đối "*chính thống*" cho rằng ở các cấp chính quyền địa ph-ơng, chỉ Hội đồng nhân dân và tập thể Ủy ban nhân dân mới có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Chủ tịch Ủy ban nhân dân các cấp không có thẩm quyền này mà chỉ có thẩm quyền ban hành văn bản áp dụng pháp luật (văn bản cá biệt), ví dụ nh- ban hành các Quyết định xử phạt hành chính, các Quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm, khen th-ởng, lên l-ơng, kỷ luật... Do vậy, việc quy định Chủ tịch Ủy ban nhân dân có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm

pháp luật là không phù hợp với Hiến pháp và không đồng bộ với Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật hiện hành.

Cùng quan điểm trên, còn có ý kiến cho rằng, theo nguyên tắc tổ chức bộ máy nhà n-ớc ở Việt Nam hiện nay thì các thiết chế chính quyền địa ph-ơng hoạt động theo nguyên tắc tập thể lãnh đạo, do vậy, các quyết định có tính quy phạm pháp luật áp dụng chung cho mọi tổ chức, cá nhân đều phải đ-ợc ban hành d-ới hình thức văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân hoặc của tập thể Ủy ban nhân dân.

Có ý kiến cho rằng để thực hiện thẩm quyền quản lý nhà n-ớc của mình, Chủ tịch Ủy ban nhân dân có thể sử dụng những ph-ơng pháp và công cụ quản lý nh- lãnh đạo, tổ chức, kiểm tra, ban hành văn bản áp dụng pháp luật... mà không nhất thiết phải ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Nhìn rộng hơn, một chủ thể thực hiện quản lý nhà n-ớc, dù là trên một lĩnh vực và phạm vi rộng lớn cũng không nhất thiết phải có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Chẳng hạn nh- hiện nay theo quy định của Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi) thì các cơ quan thuộc Chính phủ cũng đang đ-ợc giao thực hiện quản lý nhà n-ớc trên một số lĩnh vực nhất định, nh-ng các cơ quan này cũng không có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Trên thực tế hiện nay, khi có nhu cầu về ban hành văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh hoạt động quản lý của lĩnh vực mình, các cơ quan thuộc Chính phủ nói trên phải soạn thảo và trình các Bộ chuyên ngành liên quan theo sự phân công của Thủ t-ớng Chính phủ để ký ban hành, nên trong một số tr-ờng hợp

đã gây ra sự chậm trễ, không đáp ứng được yêu cầu cấp bách của hoạt động quản lý. Vấn đề này cần được xem xét khi nghiên cứu có nên giao thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật cho Chủ tịch Ủy ban nhân dân hay không.

Cũng có ý kiến cho rằng nên tập trung quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật vào các cơ quan nhà nước trung ương, hạn chế việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật của chính quyền địa phương. Tuy nhiên trong điều kiện một nền kinh tế đang chuyển đổi và thực tiễn xây dựng pháp luật của Nhà nước ta hiện nay, khi các văn bản Luật, Pháp lệnh và kể cả đến các Nghị định của Chính phủ còn rất chung, ch-a cụ thể thì điều này là không phù hợp với thực tiễn và không mang tính khả thi.

### **Quan điểm ủng hộ**

Xuất phát từ thực tiễn quản lý tại địa phương hiện nay và từ các quy định có liên quan của Hiến pháp 1992 và Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân năm 2003, có những ý kiến cho rằng cần quy định Chủ tịch Ủy ban nhân dân các cấp có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

Theo quy định của Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân thì Ủy ban nhân dân quyết định theo đa số những vấn đề quan trọng của địa phương quy định tại Điều 124 của Luật này. Những vấn đề quản lý còn lại của địa phương được giao cho Chủ tịch Ủy ban nhân dân. Theo đó, dù Ủy ban nhân dân hoạt động chủ yếu theo nguyên tắc tập thể,

nh-ng cũng có những vấn đề đã được luật quy định thuộc riêng trách nhiệm của Chủ tịch Ủy ban nhân dân với t- cách một chủ thể quản lý<sup>3</sup>. Mặt khác, theo Điều 126 của Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân thì “*Chủ tịch Ủy ban nhân dân là ng-ời lãnh đạo và điều hành công việc của Ủy ban nhân dân, chịu trách nhiệm cá nhân về việc thực hiện những nhiệm vụ, quyền hạn của mình quy định tại Điều 127 của Luật*”. Nh-vậy, Chủ tịch Ủy ban nhân dân có vai trò rất quan trọng trong việc điều hành, quản lý nhà nước ở địa phương.

Chúng ta có thể thấy rằng hoạt động quản lý hành chính nhà nước là hoạt động chấp hành và điều hành mà một trong những hình thức quan trọng của nó là ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Nhìn từ góc độ khoa học quản lý có thể thấy rằng, nếu Chủ tịch Ủy ban nhân dân được giao những thẩm quyền quản lý nhà nước ở phạm vi nhất định mà không được giao thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật nh- một công cụ pháp luật để thực hiện những thẩm quyền này thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân sẽ thực hiện có hiệu quả những nhiệm vụ, quyền hạn đó của mình bằng những hình thức nào thay thế cho công cụ văn bản quy phạm pháp luật?

Nói rằng việc quy định Chủ tịch Ủy ban nhân dân có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật là không phù hợp với Hiến pháp và không đồng bộ với Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật hiện hành cũng ch-a thật hợp lý bởi vì, xét về thẩm quyền, Quốc hội hoàn toàn có thể quy định vào Luật này một vấn đề khác hoặc một vấn

<sup>3</sup> Xem Điều 127- Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân.



để ch-a đ-ợc quy định trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật hiện hành. Nghiên cứu các quy định của Hiến pháp chúng ta có thể thấy rằng Hiến pháp không trực tiếp đề cập đến thẩm quyền ban hành cũng nh- hình thức văn bản quy phạm pháp luật của Chủ tịch Ủy ban nhân dân. Tuy nhiên, Hiến pháp lại quy định Chủ tịch Ủy ban nhân dân có thẩm quyền đình chỉ, bãi bỏ những văn bản sai trái của Ủy ban nhân dân cấp d-ới; đình chỉ việc thi hành những nghị quyết sai trái của Hội đồng nhân dân cấp d-ới. Vậy thì hình thức thể hiện các quyết định của Chủ tịch Ủy ban nhân dân có phải là văn bản quy phạm pháp luật hay không? Vấn đề này liên quan đến khái niệm văn bản quy phạm pháp luật. Nhiều ý kiến cho rằng đây là những văn bản cá biệt, nh-ng cũng có ý kiến cho rằng các quyết định này cũng chứa đựng các quy phạm pháp luật, vì nó làm đình chỉ, chấm dứt hiệu lực của một văn bản quy phạm pháp luật hoặc một số điều khoản của văn bản quy phạm pháp luật khác, cũng t-ơng tự nh- Lệnh công bố luật, pháp lệnh của Chủ tịch n-ớc đã làm phát sinh hiệu lực của các văn bản này. Mặc dù Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật cũng đã đ-a ra một số tiêu chí để xác định thế nào là văn bản quy phạm pháp luật, nh-ng hiện nay, cách cắt nghĩa văn bản quy phạm pháp luật trong một số tr-ờng hợp cụ thể còn rất khác nhau.

Thêm vào đó, mặc dù Hiến pháp không đề cập đến thẩm quyền ban hành và hình thức văn bản của Chủ tịch Ủy ban nhân dân, nh-ng Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân năm 2003 đã quy định “*Chủ tịch Ủy ban nhân dân có quyền ra các Quyết định, Chỉ thị để thực hiện nhiệm vụ, quyền*

*hạn của mình*” (Khoản 7, Điều 127). Vậy các quyết định, chỉ thị này có chứa đựng quy phạm pháp luật hay không? Vấn đề này hiện nay ch-a đ-ợc nói rõ trong Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân. Nh-vậy, xét trên nhiều bình diện khác nhau thì vẫn có thể quy định về thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Chủ tịch Ủy ban nhân dân vào Dự án Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân. Điều này là cần thiết và phù hợp với yêu cầu thực tiễn.

\*  
\*      \*

Nhìn chung lại, có thể thấy rằng Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân đã quy định Chủ tịch Ủy ban nhân dân là một chủ thể quản lý nhà n-ớc ở địa ph-ơng, thực hiện một số chức năng, thẩm quyền quản lý nhà n-ớc nhất định, có thẩm quyền ban hành Quyết định và Chỉ thị để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình. Do vậy, việc trao cho Chủ tịch Ủy ban nhân dân quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật để thực hiện các thẩm quyền, nhiệm vụ Luật định cũng là vấn đề cần đ-ợc xem xét cho phù hợp với yêu cầu đổi mới hoạt động xây dựng và ban hành pháp luật, đáp ứng những đòi hỏi và thực tiễn sinh động của hoạt động quản lý nhà n-ớc ở địa ph-ơng hiện nay./.

---

\* *ThS, Vụ pháp luật hành chính, hình sự - Bộ T- pháp*

# CHÍNH SÁCH “TRẢI THẨM ĐỒ” THU HÚT ĐẦU TƯ CỦA CÁC ĐỊA PHƯƠNG - NHỮNG NGUY CƠ TIỀM ẨN

Võ Hồng Cơ\*

*Vừa qua, trên các phương tiện thông tin đại chúng, rất nhiều địa phương đã công bố chính sách -u đãi nhằm thu hút đầu tư. Để “trải thẩm đồ” mời gọi đầu tư, nhiều địa phương đã thực hiện các cơ chế thông thoáng, mời chào các -u đãi. Không thể phủ nhận những lợi ích mà các chính sách trên đem lại, tuy nhiên, có không ít những nguy cơ tiềm ẩn trong các chính sách đó. Bài viết này phân tích những nguy cơ đó và bàn về những giải pháp khắc phục*

## Làn sóng cạnh tranh và môi trường đầu tư ở các địa phương

Theo chủ trương -u đãi của các địa phương, doanh nghiệp đầu tư vào địa phương không chỉ được miễn, giảm thuế theo Luật khuyến khích đầu tư trong nước, Luật thuế thu nhập doanh nghiệp... mà còn được hưởng các -u đãi khác nh-: được miễn, giảm tiền thuê đất; được miễn, giảm thuế thu nhập doanh nghiệp; được hỗ trợ tiền thuê đất; được hỗ trợ thuế thu nhập doanh nghiệp. Điều này tạo nên một làn sóng cạnh tranh giữa các địa phương trong việc kêu gọi đầu tư.

Trong chính sách -u đãi để thu hút đầu tư, các tỉnh thành thực hiện những phương thức chủ yếu sau đây: cho miễn, giảm tiền thuê đất và thuế thu nhập doanh nghiệp theo các mức cao hơn mức quy định của Nhà nước; hỗ trợ cho nhà đầu tư tiền thuê đất, thuế thu nhập doanh nghiệp trong một thời gian nhất định. Các giải pháp này là tích cực nh-ng tiềm ẩn những nguy cơ đối với lợi ích Nhà nước, địa phương và nhà đầu tư.

Một số chuyên gia hàng đầu lại đánh giá rằng, đây là một vấn đề “lợi” nhiều hơn “hại”. Theo chúng tôi, quan niệm nh- vậy dựa trên

cảm tính, không đảm bảo cơ sở khoa học, cơ sở lý luận và thiếu tính thực tiễn.

### **Miễn, giảm tiền thuê đất và thuế thu nhập doanh nghiệp cao hơn mức quy định của Nhà n-ớc**

Theo chúng tôi, đây là một việc làm trái pháp luật và cần phải bị xử lý. Nhà n-ớc đã đặt ra hành lang pháp lý nh-ng các địa ph-ơng lại đặt ra chính sách riêng. Tình trạng địa ph-ơng không tuân thủ, tự đặt ra những quy định trái với quy định của Trung -ơng ngày càng lan rộng. Việc làm này còn đ-ợc sự ủng hộ của một số “vị” mà lời nói của họ là “*khuôn vàng th-ớc ngọc*”. Nếu cứ ủng hộ các địa ph-ơng thực hiện việc làm trên thì chẳng khác nào khuyến khích họ làm trái với quy định của pháp luật, gây nên tình trạng “*cát cứ*” (sẽ đến lúc cấp huyện, thậm chí cả cấp xã cũng có chính sách thu hút đầu t- riêng, thực tế đã có tình trạng này xảy ra), tiềm ẩn nguy cơ gây mất ổn định.

Chính sách “*trải thắm đở*” của các địa ph-ơng đã dẫn đến chi phí sử dụng mặt bằng của các doanh nghiệp gần nh- bằng không. Do đó, một số “*đại gia*” (các doanh nghiệp có tiềm năng lớn) đã lập dự án thuê đất với diện tích rất lớn, ở những vị trí thuận lợi cho kinh doanh nhằm mục đích “*để dành*”. Vì thế, dự án thì lớn nh-ng đ-ợc chia thành nhiều giai đoạn, đầu t- nhỏ giọt... Chúng tôi gọi đây là hình thức “*xí chõ*” giống nh- thời “*bao cấp*”, ai cần thì nh-ợng lại để lấy một khoản hoa hồng

cho công sức đã bỏ ra. Cũng xuất phát từ việc không phải trả tiền thuê đất nên một số nhà đầu t- không sử dụng tiết kiệm đất, cố tình xây dựng diện tích đất lớn hơn rất nhiều so với nhu cầu thực tế<sup>1</sup>. Luật Đất đai (sửa đổi năm 2003) có nhiều điều, khoản điều chỉnh vấn đề này. Thế nh-ng, giao đất thì dễ, thu hồi đất bằng mệnh lệnh hành chính thì khó lắm, và kèm theo đó là những tổn phí bồi th-ờng, hỗ trợ...

Vậy, chính sách “*trải thắm đở*” thông qua miễn, giảm tiền thuê đất sẽ khuyến khích đầu t- hay hạn chế đầu t-? Theo chúng tôi, về lâu dài thì chính sách này sẽ hạn chế đầu t-. Bởi vì:

- Mức độ và đối t-ợng miễn, giảm thuế đã đ-ợc quy định trong các văn bản pháp luật, bảo đảm lợi ích của Nhà n-ớc và của nhà đầu t-. Quy định “*phá rào*” vì lợi ích địa ph-ơng sẽ làm mất khả năng cạnh tranh của các doanh nghiệp. Chẳng hạn, một doanh nghiệp kinh doanh ngành nghề A nào đó đầu t- vào địa ph-ơng X, đ-ợc miễn, giảm thuế cao hơn mức quy định của pháp luật thì sẽ có lợi thế hơn một doanh nghiệp khác cũng kinh doanh ngành nghề A đó ở địa ph-ơng Y bên cạnh nh-ng không đ-ợc -u đãi thuế, có thể phá sản-vì sản phẩm không thể cạnh tranh đ-ợc.

- Mặt khác, địa ph-ơng Y có doanh nghiệp làm ăn bị thua lỗ, phá sản sẽ phải có giải pháp hỗ trợ doanh nghiệp ở địa ph-ơng mình. Không còn cách nào khác là phải miễn, giảm

<sup>1</sup> Ví dụ nh-: với quy mô hoạt động chỉ cần 1000m<sup>2</sup>, nh-ng do không phải trả tiền thuê đất nên có nhà đầu t- đã lập dự án với diện tích là 10.000m<sup>2</sup>

thuế cho doanh nghiệp ở địa phương mình. Đến l-ợt địa phương X lại phải sửa đổi chính sách để mức độ -u đãi nhiều hơn địa phương Y. Cứ nh- thế, giới hạn cuối cùng của sự -u đãi là tiền thuê đất bằng không, thuế thu nhập doanh nghiệp phải chịu bằng không. Đến lúc này, địa phương nào có các điều kiện tốt hơn ở các yếu tố khác của môi trường kinh doanh nh-: kết cấu hạ tầng tốt hơn, điều kiện địa lý tốt hơn... sẽ thu hút đ-ợc nhà đầu t-. Kết quả là địa phương nào phát triển thì càng phát triển hơn, địa phương nào kém phát triển thì ngày càng tụt hậu xa hơn. Mục tiêu rút ngắn khoảng cách giàu, nghèo giữa các địa phương, giữa nông thôn và thành thị thông qua các chính sách điều tiết vĩ mô của Nhà n-ớc bị “*phá sản*”. Vậy, các địa phương đã thực hiện chính sách “*trải thẩm đồ*” là có “*công*” hay có “*tội*” với quốc gia?

Theo chúng tôi, việc các địa phương tự ý cho miễn, giảm thuế không đúng pháp luật sẽ bị chấm dứt, dù sớm hay muộn. Lúc đó, các doanh nghiệp sẽ không đ-ợc h-ởng -u đãi của các địa phương nữa. Vậy, các doanh nghiệp sẽ nghĩ gì về các địa phương đã “*trải thẩm đồ*” mời gọi mình đầu t- ? Các nhà đầu t- khác sẽ nghĩ gì, liệu họ có giám đầu t- vào đó nữa hay không?

### **Vấn đề trợ cấp tiền nộp thuế cho các nhà đầu t-**

Các địa phương ngoài việc miễn, giảm thuế theo quy định chung của pháp luật còn -u đãi cho các nhà đầu t- bằng cách hỗ trợ các nhà đầu t-, từ ngân sách của mình, số

tiền bằng số thuế thực nộp trong một thời gian nhất định.

Hình thức này không vi phạm các quy định pháp luật thuế. Tuy nhiên, khi thực hiện, địa phương không thể tính toán hết đ-ợc khả năng của mình liệu có đáp ứng đ-ợc “*lời hứa*” với các nhà đầu t- hay không. Bởi vì, khả năng hỗ trợ phụ thuộc vào tỷ lệ điều tiết của Trung -ơng đối với những khoản thuế mà địa phương cam kết hỗ trợ cho các nhà đầu t-, phụ thuộc vào khả năng nộp thuế của doanh nghiệp, khả năng khai thác nguồn thu để đáp ứng nhu cầu chi của địa phương. Đến một lúc nào đó, ngân sách địa phương sẽ không thể đáp ứng nhu cầu chi hỗ trợ doanh nghiệp.

Hiện nay, hầu hết các doanh nghiệp đang trong giai đoạn h-ởng -u đãi đầu t- theo quy định chung của Nhà n-ớc. Gánh nặng hỗ trợ ch-a đặt lên “*vai*” ngân sách địa phương, do đó, chúng ta ch-a thấy hết tác hại của chính sách này. Khi các doanh nghiệp hết thời hạn h-ởng -u đãi đầu t- theo quy định chung của Nhà n-ớc, nếu địa phương muốn có đủ nguồn lực thực hiện cam kết của mình với các nhà đầu t- thì không còn cách nào khác là phải “*giấu trên để đ-ợc lòng d-ới*”. Khi các địa phương xây dựng dự toán chi ngân sách, không có khoản mục chi hỗ trợ về thuế cho doanh nghiệp mà địa phương đã cam kết. Số tiền hỗ trợ ấy sẽ “*núp*” d-ới một “*cái tên*” khác. Nếu nhiều địa phương cùng làm nh- vậy thì ngân sách hàng năm mà Quốc hội thông qua có bảo đảm chính xác hay không? Nh- vậy, đến khi nào chúng ta mới có một nền tài chính lành mạnh, hiệu quả?

Khi thực hiện chính sách này, các địa ph-ơng có thể có những lợi ích cục bộ ban đầu, tuy nhiên, lợi ích quốc gia không những không tăng thêm mà còn bị thiệt hại. Đến lúc đó, các “vị” đã ban hành các chính sách này biết mấy ai còn đ-ơng chức? Gánh nặng này sẽ đặt lên “vai” các vị kế nhiệm và “con, cháu” sau này.

Đối với các nhà đầu t-, mục tiêu hàng đầu là lợi nhuận. Khi xác định ph-ơng án đầu t-, nhà đầu t- quan tâm đến nhiều vấn đề, trong đó có chính sách pháp luật của Nhà n-ớc. Căn cứ vào nghĩa vụ phải đóng góp, nhà đầu t- sẽ xây dựng ph-ơng án đầu t-. Nếu chính sách “trải thảm đỏ” của các địa ph-ơng bị phá sản thì tất yếu yếu sẽ dẫn đến sự phá sản của nhà đầu t- do không tính toán đủ các yếu tố đầu vào và không dự l-ờng đ-ợc các rủi ro của chính sách -u đãi. Thực trạng này đang tiềm ẩn những nguy cơ gây mất ổn định cho các nhà đầu t-.

### Kiến nghị

Muốn huy động đ-ợc nguồn vốn để phát triển kinh tế thì các địa ph-ơng phải cải thiện môi tr-ờng đầu t-. Môi tr-ờng đầu t- bao gồm rất nhiều yếu tố nh-: môi tr-ờng chính trị, môi tr-ờng ngoại giao, môi tr-ờng pháp lý, môi tr-ờng kinh tế - xã hội, kết cấu hạ tầng...

Nh- vậy, để thu hút đầu t-, các địa ph-ơng không nên đ-a ra những chính sách trái với quy định của pháp luật, chung chung, mơ hồ mà phải thực hiện những giải pháp cụ thể, bền vững, bảo đảm ổn định môi tr-ờng đầu t-, cụ thể nh- sau:

- Loại bỏ hiện tượng tranh giành quyền lực, bè phái, cục bộ địa ph-ơng, hách dịch, quan liêu, tham nhũng.

- Có biện pháp cụ thể bảo đảm cho pháp luật đ-ợc thực thi nghiêm chỉnh.

- Phát triển một cách đồng bộ hệ thống giáo dục, y tế, cơ sở hạ tầng, ngăn chặn tệ nạn xã hội.

- Tạo điều kiện để các doanh nghiệp yên tâm hoạt động, không cho phép các chi phái phát sinh nh- vận động doanh nghiệp ủng hộ xây đ-ờng, tr-ờng, trạm; giảm thiểu các cuộc “viếng thăm” chông chéo của các cơ quan chức năng; không để xảy ra hiện tượng cắt điện không báo tr-ớc cho doanh nghiệp. Biết trân trọng và tôn vinh doanh nhân.

Đối với công tác quản lý nhà n-ớc: Chính phủ đã có những “động thái” trong việc chỉ đạo các Bộ, ngành rà soát lại việc thực hiện các chính sách “trải thảm đỏ” của các địa ph-ơng. Tuy nhiên, theo chúng tôi, để giải quyết vấn đề trên phải có những giải pháp cụ thể, thận trọng, kiên quyết và triệt để, phù hợp với thực tiễn của từng địa ph-ơng. Nếu xử lý không phù hợp sẽ ảnh hưởng tiêu cực đến môi tr-ờng đầu t- hiện tại./.

---

\* *Cục thuế Bình Định*