

# Nghiên cứu **LẬP PHÁP**

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

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



- Kỳ họp thứ 8 Quốc hội khoá XI
- Vai trò các nhà khoa học trong lập pháp
- Về một số dự thảo luật được Quốc hội cho ý kiến:  
*Luật Sở hữu trí tuệ, Bộ luật Thi hành án, Luật Đầu tư, Luật Luật sư*
- Quốc hội giám sát về ngân sách nhà nước.
- Bình đẳng trong hoạt động đầu tư



## **SỐ 10 (61) - tháng 10 - 2005**

<b>TT</b>	<b>TÊN CHUYÊN MỤC VÀ BÀI</b>	<b>TÁC GIẢ</b>
	<b>THÔNG TIN KỶ HỌP THỨ 8 QUỐC HỘI KHOÁ XI</b>	
	<b>NGHIÊN CỨU NHÀ NƯỚC</b>	
1.	Giám sát về ngân sách nhà nước, một chức năng quan trọng của Quốc hội	<b>Phùng Văn Hùng</b>
2.	Cơ sở của chế độ giám sát tư pháp hiến pháp	<b>Tào Thị Quyên</b>
3.	Thủ tục hành chính và hoạt động của cơ quan hành chính với việc bảo đảm quyền cơ bản của công dân.	<b>Trần Thanh Hương</b>
4.	Có nên chuyển đổi Viện kiểm sát thành Viện công tố?	<b>Trần Đại Thắng</b>
	<b>NGHIÊN CỨU PHÁP LUẬT</b>	
5.	Phát huy vai trò các nhà khoa học trong xây dựng pháp luật	<b>Nguyễn Minh Đoan</b>
6.	<i>Pháp luật đầu tư xây dựng ở nước ta:</i> Thực trạng và giải pháp	<b>Bùi Sĩ Hiễn</b>
7.	<i>Dự thảo luật sở hữu trí tuệ:</i> Sự giao thoa giữa các đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ	<b>Nguyễn Bá Bình</b>
8.	Vẫn còn nhiều luận cứ chưa thuyết phục trong Dự thảo Bộ luật thi hành án	<b>Trần Văn Thuận</b>
9.	Luật sư nhà nước làm trợ giúp pháp lý	<b>Minh Ngọc</b>
	<b>CHÍNH SÁCH</b>	
10.	Đảm bảo bình đẳng trong hoạt động đầu tư	<b>Đặng Văn Thanh</b>
11.	<b>TẠP CHÍ TRONG TẠP CHÍ</b>	<b>Đỗ Văn Đại</b> <b>Đỗ Văn Hữu</b>

## KỠ HỌP THỨ 8, QUỐC HỘI KHÓA XI

Kỳ họp thứ 8, Quốc hội khóa XI (khai mạc vào ngày 18.10. 2005 và dự kiến kết thúc vào ngày 30 tháng 11 năm 2005) sẽ thảo luận và quyết định những nội dung chủ yếu sau:

### 1. Lập pháp

Quốc hội sẽ thông qua 14 luật và 1 Nghị quyết, bao gồm:

1. Luật Bảo vệ môi trường (sửa đổi)
2. Luật Hồi phiếu
3. Luật Sở hữu trí tuệ
4. Luật Giao dịch điện tử
5. Luật Nhà ở
6. Luật Thanh niên
7. Luật Công an nhân dân
8. Luật Phòng, chống tham nhũng
9. Luật Thực hành tiết kiệm, chống lãng phí
10. Luật Doanh nghiệp
11. Luật Đầu tư
12. Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế giá trị gia tăng và Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt
13. Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Khiếu nại, tố cáo
14. Luật Đấu thầu
15. Nghị quyết về chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2006

Quốc hội cũng sẽ cho ý kiến về 9 dự án luật:

1. Luật Bảo hiểm xã hội
2. Luật Kinh doanh bất động sản
3. Luật Hàng không dân dụng Việt Nam (sửa đổi)
4. Luật Công nghệ thông tin
5. Bộ luật Thi hành án
6. Luật Điện ảnh
7. Luật Đăng ký bất động sản
8. Luật Luật sư
9. Luật Phòng, chống nhiễm vi rút gây ra hội chứng suy giảm miễn dịch mắc phải ở người (HIV/AIDS)

### 2. Giám sát và quyết định những vấn đề hệ trọng của đất nước

Quốc hội sẽ xem xét và cho ý kiến về các báo cáo kết quả thực hiện nhiệm vụ và ngân sách Nhà nước năm 2005; phương hướng, nhiệm vụ và dự toán ngân sách Nhà nước năm 2006; nghe các báo cáo thẩm tra của Ủy ban kinh tế và ngân sách và các ủy ban liên quan của Quốc hội về các báo cáo trên.

Quốc hội sẽ xem xét các báo cáo chuyên đề về việc triển khai thực hiện các Nghị quyết của Quốc hội, như:

- Các báo cáo về các công trình quan trọng quốc gia;
- Tổ chức quản lý, dạy nghề và giải quyết việc làm cho người sau cai nghiện ma túy ở thành phố Hồ Chí Minh và một số tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương
- Công tác đầu tư xây dựng cơ bản sử dụng vốn của Nhà nước;
- Báo cáo chuyên đề của Hội đồng Dân tộc về kết quả giám sát việc thực hiện chương trình 135
- Nghe báo cáo và thảo luận về tình hình ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ

Quốc hội cũng sẽ xem xét và cho ý kiến về các báo cáo của các cơ quan tư pháp; báo cáo về công tác đối ngoại của Nhà nước; báo cáo tổng hợp kiến nghị của cử tri, các báo cáo của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Hội đồng dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội; báo cáo tình hình giải quyết kiến nghị của cử tri trả lời chất vấn của các Đại biểu Quốc hội, chất vấn và trả lời chất vấn của Đại biểu Quốc hội

3. - Tại kỳ họp này, Quốc hội dành 9 ngày để thảo luận 14 dự án luật tại hai địa điểm: Hội trường Ba Đình và hội trường D1 - 37 Hùng Vương, Hà Nội.

- Dự kiến truyền hình trực tiếp các phiên họp của Quốc hội: khai mạc, bế mạc, nghe báo về kết quả giải quyết kiến nghị của cử tri và trả lời chất vấn của Đại biểu Quốc hội, thảo luận về dự án Luật Nhà ở, Luật Phòng chống tham nhũng, Luật Thực hành tiết kiệm, chống lãng phí; về tình hình ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao và về tình hình thực hiện các chính sách hỗ trợ phát triển kinh tế nông nghiệp, nông thôn từ năm 2001 đến nay.

- Quốc hội nghe và thảo luận dự thảo các văn kiện trình Đại hội Đảng lần thứ X.

**Khánh Vân**

(Tóm lược từ tài liệu họp báo của VPQH ngày 14/10/2005)

# GIÁM SÁT VỀ NGÂN SÁCH NHÀ NƯỚC: CHỨC NĂNG QUAN TRỌNG CỦA QUỐC HỘI

Phùng Văn Hùng\*

## 1. Giám sát về ngân sách nhà nước: cần một nhận thức đầy đủ

Pháp luật hiện hành của nhà nước ta quy định: Quốc hội quyết định ngân sách nhà nước (NSNN) và Quốc hội cũng là cơ quan giám sát việc thực hiện NSNN. Quy định này đòi hỏi một cách hiểu toàn diện về giám sát NSNN. Tuy nhiên, trên thực tế vẫn còn cách hiểu phổ biến là, Quốc hội chỉ thực hiện việc giám sát đối với giai đoạn thực hiện ngân sách thay vì giám sát toàn bộ quy trình ngân sách; hoạt động giám sát về NSNN chỉ giới hạn trong quá trình thực hiện ngân sách nhà nước. Hiểu theo cách này, vô hình trung, chúng ta đã phân đoạn quy trình ngân sách và giám sát về NSNN chỉ được thực thi ở công đoạn giữa, bỏ qua giai đoạn lập dự toán ngân sách và giai đoạn quyết toán ngân sách. Cách hiểu như vậy là chưa thật đầy đủ, vì để đạt được mục tiêu của giám sát về NSNN là các khoản thu phải hợp lý, các khoản chi phải đúng mục đích, có hiệu quả, tuân thủ

các quy định của Hiến pháp và pháp luật cũng như các nghị quyết của Quốc hội, thì giám sát của Quốc hội trong lĩnh vực NSNN phải được thực hiện ở tất cả các công đoạn của quy trình ngân sách, đó là lập dự toán và phân bổ ngân sách, thực hiện ngân sách và quyết toán ngân sách.

Hoạt động giám sát về NSNN của Quốc hội đã và đang được thực hiện theo cách hiểu toàn diện này. Quốc hội đã và đang thực hiện quyền giám sát đối với tất cả các công đoạn của quy trình ngân sách, từ giai đoạn quyết định dự toán, phân bổ ngân sách đến quyết toán ngân sách. Chính phủ trình bản dự toán, phương án phân bổ và bản quyết toán ngân sách lên Quốc hội để Quốc hội quyết định hoặc phê chuẩn. Còn việc Quốc hội có quyết định hoặc phê chuẩn những nội dung do Chính phủ trình hay không là quyền của Quốc hội. Để có thể quyết định hoặc phê chuẩn một cách thực chất các văn bản, báo cáo, các nội dung về NSNN do Chính phủ

trình lên, thì Quốc hội cần đôn đốc, kiểm tra, theo dõi ngay từ khi bắt đầu quy trình ngân sách, đề nghị điều chỉnh kịp thời (nếu cần thiết), chứ không thể đợi đến khi được trình lên rồi mới xem xét, góp ý. Sau khi Chính phủ trình lên Quốc hội, Quốc hội tiếp tục xem xét, thẩm tra và thảo luận. Trong quá trình xem xét, thẩm tra và thảo luận, nếu cần làm sáng tỏ hoặc cần có sự điều chỉnh, Quốc hội có quyền yêu cầu Chính phủ giải trình hoặc chỉnh sửa. Đó chính là các công việc cần làm của giám sát. Khi Quốc hội thực hiện đầy đủ, đúng nghĩa các chức năng lập pháp, chức năng quyết định các vấn đề về ngân sách như quy định của pháp luật, thì cũng chính là Quốc hội đã thực hiện quyền giám sát ngân sách ở tất cả các công đoạn của quy trình ngân sách rồi. Như vậy, giám sát của Quốc hội về NSNN là một quá trình từ lúc bắt đầu lập dự toán NSNN cho đến khi Quốc hội phê chuẩn quyết toán NSNN.

## **2. Giám sát về NSNN: những công cụ hữu hiệu cần phải có**

Thông tin là một yếu tố quan trọng để thực hiện chức năng giám sát của Quốc hội có hiệu quả. Thông tin đầy đủ giúp các Đại biểu Quốc hội (ĐBQH) phân tích, tổng hợp, đánh giá

vấn đề một cách toàn diện trước khi biểu quyết một chính sách, một vấn đề liên quan đến ngân sách. Người ĐBQH ngoài việc tự thu thập thông tin thì họ phải có quyền được cung cấp thông tin một cách đầy đủ và thông tin phải khách quan. Để hoạt động giám sát của Quốc hội không mang tính hình thức, ngoài nhu cầu về thông tin, Quốc hội cần phát huy hiệu quả những công cụ giám sát như thông qua thảo luận tại phiên họp toàn thể cũng như tại các phiên họp cấp ủy ban, sử dụng cơ quan kiểm toán nhà nước, tham gia các đoàn giám sát, tham gia chất vấn tại kỳ họp, bỏ phiếu tín nhiệm,...

### ***2.1 Thảo luận tập thể và biểu quyết theo đa số***

Thảo luận tập thể và biểu quyết theo đa số là hình thức hoạt động đặc trưng của Quốc hội và đó cũng là công cụ giám sát quan trọng của Quốc hội. Thông qua thảo luận, Quốc hội mổ xẻ từng vấn đề mà người dân và xã hội quan tâm, xem xét các báo cáo, dự toán ngân sách, phương án phân bổ ngân sách và bản quyết toán ngân sách do Chính phủ trình lên. Do một năm Quốc hội chỉ họp có hai kỳ, thời gian dành cho thảo luận các vấn đề về NSNN không nhiều, trong khi

đa số đại biểu hoạt động kiêm nhiệm, nên để thảo luận và biểu quyết các vấn đề về NSNN tại kỳ họp toàn thể một cách thực chất, hiệu quả thì công tác thẩm tra, thảo luận và giám sát của Ủy ban Kinh tế - Ngân sách (KT-NS) của Quốc hội trước khi trình ra kỳ họp toàn thể đóng vai trò hết sức quan trọng. Các văn bản như báo cáo dự toán ngân sách, phương án phân bổ ngân sách, quyết toán ngân sách do Chính phủ trình; các kết quả thảo luận, thẩm tra giám sát của Ủy ban KT-NS cần gửi sớm tới các ĐBQH để các đại biểu có đủ thời gian đọc và nghiên cứu, tham gia có hiệu quả vào thảo luận và biểu quyết tại kỳ họp. Trong những kỳ họp gần đây, công tác chuẩn bị các nội dung về NSNN cho kỳ họp ở cấp ủy ban đã được cải tiến. Đặc biệt là, lần đầu tiên Hội nghị ĐBQH chuyên trách đã được tiến hành để thảo luận chuyên về NSNN<sup>1</sup>, đã góp phần làm cho hoạt động của Quốc hội trong lĩnh vực NSNN ngày càng thực chất hơn.

## ***2.2 Kiểm toán nhà nước: công cụ giám sát của Quốc hội đối với NSNN***

---

<sup>1</sup> Hội nghị ĐBQH chuyên trách lần thứ 7, ngày 27 tháng 9 năm 2005.

Cơ quan kiểm toán độc lập là một công cụ quan trọng (nếu không muốn nói là quan trọng nhất) giúp Quốc hội giám sát về tài chính và ngân sách có hiệu quả. Các đại biểu dân cử là những người có chuyên môn thuộc nhiều lĩnh vực khác nhau, nên thiếu sự hỗ trợ của cơ quan chuyên môn, giám sát về NSNN của Quốc hội sẽ bị hạn chế. Ở các nước phát triển, ngoài các công cụ giám sát theo quy định của pháp luật, phe đối lập cũng là lực lượng tích cực giám sát các hoạt động của chính phủ trong đó có các vấn đề về tài chính và ngân sách. Ở nước ta không có phe đối lập, đa số các ĐBQH hoạt động kiêm nhiệm, nên vai trò của cơ quan kiểm toán trong việc giúp Quốc hội thực hiện quyền giám sát về NSNN lại càng quan trọng. Quyết định mới đây về việc chuyển cơ quan Kiểm toán nhà nước (KTNN) về Quốc hội là một quyết định hợp lý, nhưng nhiệm vụ xây dựng cơ quan này đủ mạnh, để giúp Quốc hội và HĐND giám sát về NSNN một cách thực sự đang là vấn đề không đơn giản.

Công tác kiểm toán giúp Quốc hội giám sát việc giải trình của Chính phủ nhằm bảo đảm các khoản thu, chi ngân sách đều được thể hiện đầy đủ

trong các sổ sách; kiểm tra tính hợp pháp của các khoản chi, nhằm đảm bảo các khoản chi không vượt quá giới hạn thẩm quyền cho phép; kiểm tra tính hiệu quả và tính kinh tế nhằm bảo đảm rằng tiền bạc của dân không bị chi tiêu lãng phí. Ngoài nhiệm vụ phát hiện các sai phạm thì KTNN còn một chức năng không kém phần quan trọng nữa là chức năng ngăn ngừa các sai phạm bằng việc công khai tài chính. Các khuyến cáo của KTNN cũng có tác động lớn đến các cơ quan thụ hưởng ngân sách nhà nước. Trong báo cáo kết quả kiểm toán, KTNN cũng đưa ra các kiến nghị giải quyết những tồn tại, những vi phạm lớn trong công tác quản lý ngân sách và tài chính để Quốc hội xem xét, theo dõi, giám sát việc thực hiện các khuyến nghị, khắc phục những tồn tại. Đồng thời, đó cũng là cơ sở để Quốc hội tiếp tục giám sát nhằm ngăn ngừa những sai phạm tương tự có thể lặp lại trong những năm tiếp theo.

Tóm lại, vai trò của KTNN là đánh giá và đưa ra các khuyến cáo chứ không đưa ra các quyết định. Báo cáo kiểm toán của KTNN là một căn cứ quan trọng để Quốc hội sử dụng trong quá trình xem xét, quyết định dự toán NSNN, phương án phân bổ

NSNN và phê chuẩn quyết toán NSNN.

Tuy nhiên, hiện nay công tác kiểm toán chỉ mới được thực hiện ở công đoạn cuối cùng, khi mà mọi việc đã xảy ra rồi (hậu kiểm). Như vậy, công tác kiểm toán không giúp được Quốc hội giám sát ngay từ công đoạn đầu tiên - công đoạn lập dự toán ngân sách để bảo đảm rằng dự toán ngân sách đã thể hiện được đầy đủ các nguồn thu của địa phương; các nhiệm vụ chi đã được xây dựng bám sát các nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội được phân cấp, theo đúng định mức đã được cấp có thẩm quyền ban hành, giúp ngăn ngừa những hậu quả đáng tiếc có thể xảy ra sau này.

### ***2.3 Chất vấn và trả lời chất vấn***

Chất vấn là quyền của các ĐBQH để xác định chế độ trách nhiệm, để kiểm tra và quy trách nhiệm người đứng đầu các cơ quan, ban, ngành trước những vấn đề nổi cộm. Chất vấn không phải để hỏi thông tin xem người đứng đầu cơ quan đó đã và sẽ giải quyết vụ việc như thế nào. Do vậy, muốn sử dụng công cụ chất vấn có hiệu quả, thì bản thân người chất vấn phải hiểu sâu về vấn đề, phải dự liệu được các biện pháp khắc phục. Câu hỏi chất vấn

phải ngắn gọn, rõ ràng và có tính gợi mở để các đại biểu khác cùng tham gia. Qua nhiều phiên chất vấn của ĐBQH tại hội trường, một số đại biểu chưa chuẩn bị kỹ lưỡng trước khi chất vấn; nhiều khi câu hỏi chỉ mang tính chất hỏi để có thông tin; hỏi những vấn đề chưa phải là bức xúc. Có ý kiến của cho rằng, hiện nay cũng đã có trường hợp lãnh đạo các cơ quan bị chất vấn "*tranh thủ*" diễn đàn chất vấn (được truyền hình trực tiếp) để tuyên truyền, quảng bá cho cá nhân, đơn vị và cơ quan mình. Như vậy, chất vấn có hiệu quả hay không phụ thuộc rất nhiều vào mục đích và năng lực của mỗi đại biểu.

Chất vấn tại phiên họp toàn thể của Quốc hội luôn được người dân hoan nghênh. Đặc biệt là trong những năm gần đây, các phiên chất vấn ở Quốc hội đã được truyền hình trực tiếp. Nó không chỉ có tác dụng quy kết, xác định chế độ trách nhiệm của thủ trưởng các cơ quan bị chất vấn, mà chất vấn còn giúp người dân trực tiếp giám sát xem các vị đại biểu của mình hoạt động ra sao, họ đại diện cho mình như thế nào. Như vậy, chất vấn có tác dụng thúc ép cả hai phía, người bị chất vấn cũng như người chất vấn phải nâng cao tinh thần trách

nhiệm trước nhân dân, phải hoàn thiện mình hơn nữa.

#### **2.4. Tổ chức các đoàn giám sát**

Các ĐBQH còn thực hiện chức năng giám sát bằng việc tổ chức các đoàn đi cơ sở giám sát định kỳ hoặc theo chuyên đề nhằm nghe trực tiếp, hỏi trực tiếp và có thể kiến nghị trực tiếp. Trong thời gian qua, có một số ý kiến cho rằng, hình thức giám sát này còn mang tính hình thức, chưa đem lại hiệu quả và nhiều khi gây phiền hà cho cơ sở. Đôi khi, trong một khoảng thời gian ngắn có tới hai hoặc ba đoàn của các Ủy ban khác nhau về giám sát cùng một nơi; nội dung giám sát thì dàn trải, không có trọng tâm, trọng điểm. Để khắc phục vấn đề này, các đoàn giám sát nên tổ chức theo chuyên đề; thành phần của đoàn nên kết hợp giữa các Ủy ban khác nhau, có mời các chuyên gia tham gia đoàn để giúp đoàn có những đánh giá chính xác về mặt chuyên môn kỹ thuật, tạo điều kiện cho đoàn có những kết luận chính xác về những vấn đề cụ thể. Ngoài ra, để hình thức giám sát này có hiệu quả, các thành viên của đoàn cần nghiên cứu kỹ trước các nội dung liên quan, các vấn đề cần tìm hiểu hoặc cần làm sáng tỏ.



## **2.5. Bỏ phiếu tín nhiệm**

Bỏ phiếu tín nhiệm đối với người giữ chức vụ do Quốc hội bầu là một công cụ giám sát mới của Quốc hội nước ta. Theo chúng tôi, đây là một công cụ rất mạnh trong hoạt động giám sát của Quốc hội. Đây không phải là hệ quả của giám sát, mà nó có thể là tiền đề để đi đến việc áp dụng các biện pháp chế tài của giám sát, ví dụ như miễn nhiệm, bãi nhiệm chẳng hạn. Mục đích của bỏ phiếu tín nhiệm không phải để nhằm phế truất một cá nhân (mặc dù có thể dẫn đến kết cục như vậy) mà áp dụng công cụ này sẽ có ý nghĩa lớn trong việc nhắc nhở, răn đe và chỉ ra cho cá nhân bị giám sát biết rằng, mình đang có "vấn đề", cần phải khắc phục, sửa chữa. Quốc hội cần phát huy hơn nữa hiệu quả của công cụ này.

## **3. Hậu quả pháp lý của giám sát về NSNN**

Căn cứ vào kết quả giám sát, hậu quả pháp lý có thể là một nghị quyết của Quốc hội hay một văn bản về tình hình quản lý và sử dụng ngân sách của đối tượng bị giám sát, thể hiện sự đánh giá của Quốc hội về trách nhiệm và năng lực của người đứng

đầu cơ quan quản lý và sử dụng NSNN.

Hậu quả pháp lý còn có thể là một nghị quyết của Quốc hội hay một văn bản đề nghị bãi bỏ, sửa đổi, bổ sung một phần hay toàn bộ văn bản quy phạm pháp luật nhằm khắc phục những lỗ hổng của cơ chế, chính sách, hoặc yêu cầu ban hành văn bản hướng dẫn giải quyết một vụ việc cụ thể nào đó liên quan đến NSNN để thi hành Hiến pháp, luật, Nghị quyết của Quốc hội.

## **4. Kết luận**

Tóm lại, giám sát về NSNN là một nội dung quan trọng trong chức năng giám sát của Quốc hội. Giám sát về NSNN thật sự là vấn đề quan trọng, vì nó liên quan đến việc sử dụng tiền bạc của nhân dân. Giám sát về NSNN là hoạt động đảm bảo cho NSNN được sử dụng đúng mục đích, đem lại lợi ích cho chính người dân. Muốn giám sát về NSNN một cách có hiệu quả thì ngoài nhu cầu về thông tin, Quốc hội còn phải phát huy và sử dụng có hiệu quả các công cụ giám sát mà pháp luật đã quy định, các ĐBQH phải nâng cao trình độ, kiến thức và hiểu biết của mình để thảo luận hết các khía cạnh của từng vấn đề. Đồng thời, phải xây dựng một

khuôn khổ pháp lý về giám sát hoàn chỉnh. Chỉ như vậy, Quốc hội mới có thực quyền và giám sát về NSNN của Quốc hội mới thực sự đem lại hiệu quả. Cho đến thời điểm này, có thể nói rằng, pháp luật về giám sát đã tương đối hoàn chỉnh để Quốc hội thực hiện chức năng giám sát về NSNN. Quốc hội cần sử dụng tốt hơn nữa thẩm quyền mà pháp luật đã quy định.

-----

*\*ThS, Phó Giám đốc Trung tâm  
Thông tin, Thư viện và Nghiên cứu  
khoa học, VPQH*

# CƠ SỞ CỦA CHẾ ĐỘ GIÁM SÁT TƯ PHÁP HIẾN PHÁP

*Tào Thị Quyên\**

*Hiện nay, chế độ giám sát tư pháp hiến pháp đã trở thành yếu tố cốt lõi trong quá trình xây dựng nhà nước pháp quyền ở nhiều quốc gia. Bài viết đề cập đến cơ sở của chế độ giám sát tư pháp hiến pháp nhằm góp phần cân nhắc việc lựa chọn và xây dựng mô hình bảo hiến phù hợp với cơ sở chính trị, pháp lý của Việt Nam.*

Ở các nước có hiến pháp thành văn đều xác lập chế độ bảo vệ Hiến pháp. Có hai dạng bảo vệ Hiến pháp chủ yếu: bảo vệ Hiến pháp mang tính chính trị và bảo vệ Hiến pháp bằng con đường tư pháp (hay còn gọi là giám sát tư pháp hiến pháp). Trong đó, giám sát tư pháp hiến pháp tồn tại phổ biến hơn. Đó là hoạt động kiểm tra, xem xét tính phù hợp với Hiến pháp của văn bản do các cơ quan nhà nước ban hành bằng con đường tư pháp.

Chế độ giám sát tư pháp hiến pháp ra đời dựa trên các cơ sở chủ yếu sau đây:

- Tính quy phạm và hiệu lực tối cao của Hiến pháp;
- Mối quan hệ giữa Hiến pháp và văn bản quy phạm pháp luật khác;
- Quyền lực bị giới hạn của các cơ quan nhà nước.

## **1. Tính quy phạm và hiệu lực tối cao của Hiến pháp**

Một trong những đặc trưng cơ bản của nhà nước pháp quyền đó là vị trí tối thượng của pháp luật trong đời sống xã hội. Trong hệ thống pháp luật đó, Hiến pháp là văn bản có hiệu lực pháp lý tối cao. Tính tối cao của Hiến pháp so với các văn bản khác của nhà nước thể hiện trước hết ở chỗ, Hiến pháp ghi nhận chủ quyền tối cao của nhân dân. Vì vậy, Hiến pháp là văn bản chính trị - pháp lý chứa đựng những giá trị cơ bản, cao quý nhất của xã hội. Hơn nữa, về mặt nội dung, Hiến pháp là đạo luật quy định những nguyên tắc cơ bản nhất trong tổ chức, hoạt động của bộ máy nhà nước và các quyền cơ bản của công dân.

Xu hướng lập hiến chủ yếu hiện nay ở nhiều nước trên thế giới thường coi Hiến pháp như là một văn bản mang tính quy phạm thực chất chứ không chỉ là những "lời hứa chính trị thụ động" dễ dàng thay đổi của các đảng chính trị khi cân cân quyền lực giữa chúng biến động. Các bản Hiến pháp đã trở thành những quy phạm pháp lý điều chỉnh toàn bộ quá trình chính trị, đời sống kinh tế và xã hội của một quốc gia, đồng thời là văn bản quy định hiệu lực của các văn bản khác trong hệ thống pháp luật. Khi Hiến pháp được coi là quy phạm thực chất và có hiệu lực pháp lý đòi hỏi nó phải chứa đựng những quy định có khả năng được áp dụng trực tiếp đối với các cơ quan nhà nước và công dân.

Trong mối quan hệ với nhà nước, những đặc điểm cơ bản của các bản Hiến pháp ngày nay vẫn tương tự như bản Hiến pháp lúc mới ra đời đầu tiên ở Mỹ. Khi đó, Hiến pháp là luật

cơ bản nhằm giới hạn quyền lực của cơ quan nhà nước và tuyên bố các quyền cơ bản của công dân, là sự đồng lòng về chính trị được nhân dân trao cho và do đó, được áp dụng trực tiếp bởi các toà án. Quan điểm này đã được Toà án tối cao Hợp chủng quốc Hoa Kỳ khẳng định như sau:

*"Những quy định của Hiến pháp không phải là những câu châm ngôn lỗi thời hay những khẩu hiệu trống rỗng. Chúng là những nguyên tắc cơ bản, sống động, hiện hữu, quy định và giới hạn quyền lực nhà nước. Chúng là những quy định điều khiển nhà nước. Khi tính hợp hiến của một đạo luật do Nghị viện ban hành bị nghi ngờ, Toà án phải áp dụng những quy định của Hiến pháp. Nếu chúng ta không làm như vậy thì quy định trong Hiến pháp sẽ trở thành những lời lẽ mang tính khuyên nhủ mà thôi"*<sup>1</sup>.

Sau cách mạng tư sản Pháp, quan niệm này đã được chấp nhận ở châu Âu lục địa nhưng sau đó bị thay đổi bởi các nguyên tắc quân chủ, chuyển Hiến pháp trở thành đạo luật mang tính trừu tượng, do nhà vua đặt ra và các toà án không được áp dụng. Trong bối cảnh này, Hiến pháp không có những quy phạm có thể áp dụng trực tiếp đối với công dân - những đối tượng bị điều chỉnh bởi các đạo luật thường. Đồng thời, Hiến pháp tuy bao gồm cả phần quy định về tổ chức bộ máy, nhưng do thiếu đặc điểm mang tính quy phạm nên không có các công cụ giám sát tư pháp hiến pháp.

Tuy nhiên, hiện nay ở các hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, quan niệm về Hiến pháp đã thay đổi và có xu hướng trở lại với ý nghĩa ban đầu là một đạo luật có hiệu lực pháp lý cao hơn, trong đó chứa đựng những quy phạm có khả năng áp dụng đối với các cơ quan nhà nước và công dân.

Ngày nay, ở rất nhiều hệ thống pháp luật trên thế giới, các nội dung của Hiến pháp đều mang tính quy phạm nhằm điều chỉnh hoạt động của nhà nước và công dân. Điều này thậm chí cũng đúng ở Pháp, nơi mà theo luật hiến pháp truyền thống, các quy định hiến pháp không phải là những quy định có thể áp dụng trực tiếp đối với công dân do việc loại trừ tuyên bố nhân quyền khỏi bản văn Hiến pháp. Nhưng sau Hiến pháp 1958, phạm vi những quy định được áp dụng bởi Hội đồng bảo hiến (được thành lập năm 1958) đã được mở rộng, bao gồm cả Tuyên ngôn Nhân quyền 1789, Lời nói đầu của Hiến pháp 1946 và Hiến pháp 1958 và những nguyên tắc cơ bản được khẳng định bởi các đạo luật của nước Cộng hoà.

Tính quy phạm của Hiến pháp và sự áp dụng các quy định của Hiến pháp bởi toà án xuất phát từ sự thay đổi các *"quy định cương lĩnh"* - những quy định đã từng được coi là chỉ áp dụng trực tiếp đối với nhà lập pháp. Trước đây, các quy định mang tính cương lĩnh tồn tại phổ biến trong nhiều bản Hiến pháp, thậm chí ngay cả những quy định các quyền kinh tế và xã hội cũng chứa đựng quy tắc thiết lập định hướng chính trị cho các nhà lập pháp. Do đó, những quy định hiến pháp không được áp dụng trực tiếp đối với công dân, cho đến khi cơ quan lập pháp ban hành các đạo luật chính thức phù hợp với cương lĩnh được quy định trong



Hiến pháp. Tuy nhiên, trong trào lưu lập hiến mấy chục năm gần đây, tính quy phạm của Hiến pháp có xu hướng vượt qua tính cương lĩnh. Đồng thời, các bản Hiến pháp cũng "tìm kiếm" khả năng áp dụng trực tiếp Hiến pháp bởi toà án đối với công dân. Bên cạnh đó, những quy tắc cương lĩnh hoặc mục tiêu của nhà nước được đề ra trong Hiến pháp phải được đem ra thi hành bởi toà án với ý nghĩa là những nguyên tắc chỉ đạo hoạt động của nhà nước. Nhiều bản hiến pháp còn quy định rõ: Hiến pháp có hiệu lực pháp luật tối cao và trực tiếp<sup>2</sup>. Hiến pháp có hiệu lực pháp lý tối cao bởi lẽ, Hiến pháp do nhân dân - chủ thể tối cao của quyền lực, lập ra. Hơn nữa, nội dung của Hiến pháp chủ yếu là quy định tổ chức và hoạt động của nhà nước, cụ thể hơn là quy định chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền của các cơ quan nhà nước, trong đó có quyền ban hành văn bản.

Như vậy, như giáo sư khoa học luật hiến pháp Brewer Carías đã khẳng định, giám sát tư pháp hiến pháp không chỉ là kết quả tất yếu của việc xây dựng nhà nước pháp quyền mà còn là một bộ phận nội tại của quan niệm Hiến pháp là đạo luật tối cao đồng thời là đạo luật thực định cơ bản. Hiến pháp đó không phải là những định hướng chính trị, đạo đức hoặc mang tính triết lý mà là một đạo luật xác thực và bản thân nó có hiệu lực pháp lý cho dù nó có tính chất bền vững và cố định hơn so với luật thường<sup>3</sup>. Và trong luật hiến pháp hiện đại, giám sát tư pháp hiến pháp là cần thiết khi một bản Hiến pháp tồn tại với ý nghĩa là quy tắc thực định có thể được đem ra thi hành bởi toà án, hơn nữa, đó là văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất trong hệ thống pháp luật.

## **2. Mối quan hệ giữa Hiến pháp và các văn bản quy phạm pháp luật khác**

Theo quy định của Hiến pháp, các văn bản pháp luật của nhà nước có vị trí khác nhau trong mối quan hệ với Hiến pháp, do đó ở tất cả các hệ thống pháp luật có Hiến pháp thành văn đều tồn tại thứ bậc của các văn bản.

Căn cứ vào mối quan hệ đối với Hiến pháp, các văn bản pháp luật của nhà nước được chia thành hai loại chủ yếu sau: văn bản được quy định trực tiếp bởi Hiến pháp và văn bản không được quy định trực tiếp bởi Hiến pháp. Loại văn bản thứ nhất là những đạo luật chính thức, các văn bản khác do Nghị viện ban hành. Loại văn bản thứ hai, thường là những văn bản hành chính và tư pháp, được quy định bởi văn bản thuộc loại thứ nhất.

Với hệ thống thứ bậc như trên, việc giám sát đối với văn bản tồn tại ở ba dạng sau: 1/ giám sát tư pháp hiến pháp nhằm bảo đảm những văn bản của nhà nước được ban hành xuất phát từ quy định trực tiếp của Hiến pháp phải phù hợp với Hiến pháp; 2/ giám sát tư pháp nhằm bảo đảm hoạt động hành chính phù hợp với Hiến pháp và các đạo luật; 3/ giám

---

<sup>1</sup> *United States Supreme Court: Trop v. Dulles (1958), 356 U. S. 86.*

<sup>2</sup> *Điều 15, Hiến pháp Nga; Điều 12, Hiến pháp Kyrgkistan.*

<sup>3</sup> *Allan R. Brewer – Carías: "Judicial Review in comparative law" – Cambridge University Press Evist Published 1989, trang 95.*

sát tư pháp của toà án nhằm đảm bảo hoạt động của các toà án phù hợp với Hiến pháp và các đạo luật.

Trong phạm vi văn bản chịu giám sát bởi hình thức thứ nhất, có các loại khác nhau. Phổ biến nhất là những đạo luật chính thức hoặc các văn bản của Nghị viện. Tuy nhiên, Nghị viện cũng ban hành các văn bản không phải là đạo luật chính thức nhưng việc ban hành chúng cũng được quy định bởi Hiến pháp. Những văn bản này bao gồm những quy tắc nội bộ về quy chế hoạt động của Nghị viện, thậm chí cả những quy tắc về mối quan hệ giữa Thượng viện hoặc Hạ viện với các cơ quan nhà nước hiến định khác.

Đối tượng chịu sự giám sát tư pháp hiến pháp còn là những nghị định của cơ quan hành pháp. Ngoài ra, Chính phủ nhiều nước cũng ban hành một số loại văn bản nhất định mà không chịu sự can thiệp của cơ quan lập pháp khi quyết định về giới hạn của các bảo đảm hiến pháp, quyết định về các quan hệ quốc tế hoặc khi phủ quyết một đạo luật của Nghị viện. Những văn bản này được hình thành theo lý thuyết luật hành chính châu Âu lục địa. Theo tiêu chí truyền thống của luật hành chính, những văn bản này đang được phát triển nhằm đưa chúng tránh khỏi sự giám sát hành chính vì những ý đồ hoặc động cơ chính trị cũng như vì chúng được ban hành bởi Chính phủ. Tuy nhiên, văn bản của Chính phủ phải phù hợp với Hiến pháp, do đó cũng chịu sự giám sát tính hợp hiến bằng con đường tư pháp.

Cuối cùng, các điều ước và hiệp định quốc tế cũng là đối tượng chịu sự giám sát tính hợp hiến một cách trực tiếp hoặc thông qua giám sát đối với các văn bản của Nghị viện và của Chính phủ nhằm nội luật hoá chúng.

### **3. Quyền lực bị giới hạn của các cơ quan nhà nước**

Một trong những nội dung cơ bản của Hiến pháp là quy định việc thiết lập các cơ quan nhà nước cũng như thẩm quyền của các cơ quan đó. Hiến pháp là văn bản thể hiện ý chí của nhân dân - chủ thể cao nhất của quyền lực nhà nước. Thông qua Hiến pháp, nhân dân trao quyền cho các cơ quan nhà nước. Chính vì vậy, thẩm quyền của các cơ quan nhà nước phải bị giới hạn bởi Hiến pháp.

Đặc biệt, trong nhà nước pháp quyền, các cơ quan nhà nước không phải là tối cao mà phụ thuộc vào những giới hạn được xác định trong Hiến pháp. Điều này đã được Giáo sư Paul Duez khẳng định như sau:

*"Chính quyền nhà nước không có quyền lực tối cao, kể cả quyền lực của Nghị viện cũng bị giới hạn. Hoạt động lập pháp của Nghị viện phải tuân theo các quy tắc pháp lý và không thể vi phạm các quy tắc đó...<sup>4</sup>*

---

<sup>4</sup> P. Duez: "Le Contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France" *Melanges Hauriou, Paris, 1929, trang 214, trích bởi Allan R. Brewer - Carías: "Judicial Review in comparative law" – Cambridge University Press Evist Published 1989, trang 89.*

Để thiết lập nguyên tắc về sự giới hạn quyền lực của các cơ quan nhà nước bởi Hiến pháp, ông nhấn mạnh:

*"Sẽ là không đầy đủ nếu chỉ tuyên bố nguyên tắc giới hạn quyền lực. Nguyên tắc này phải được thiết lập, và những biện pháp thực tế, hiệu quả phải được ban hành để đảm bảo thực hiện nguyên tắc đó"<sup>5</sup>.*

Về mặt lý thuyết, quyền lực của các cơ quan nhà nước bị giới hạn như vậy, nhưng trong thực tế, tình trạng lạm quyền vẫn có thể xảy ra. Làm thế nào để giải quyết tình trạng lạm quyền đó? Giám sát hiến pháp chính là giải pháp cần thiết cho vấn đề này. Để đảm bảo rằng, tất cả các cơ quan nhà nước tuân thủ những giới hạn quy định trong Hiến pháp và không một cơ quan nào được coi là có quyền lực vô hạn, cơ chế giám sát hiến pháp phải được thiết lập. Giám sát tư pháp hiến pháp với ý nghĩa là quyền của cơ quan tư pháp giám sát tính hợp hiến của hoạt động lập pháp thường được xem là "*chiến thắng tội bậc*" của cuộc đấu tranh chống lại quyền lực tuyệt đối của nhà nước, cụ thể hơn là chống lại quyền lực tối cao của Nghị viện. Nghị viện, cũng như các cơ quan nhà nước khác, phải tuân thủ Hiến pháp, do đó, các đạo luật của Nghị viện nếu vi hiến phải bị coi là vô hiệu và bị bãi bỏ.

Mục đích của cơ chế giám sát tính hợp hiến là bảo đảm tất cả các văn bản của các cơ quan nhà nước phù hợp với Hiến pháp, và các văn bản đó tôn trọng các quyền và tự do cơ bản của công dân. Điều này càng chứng minh cho nhận định của giáo sư Brewer Carías rằng: "*Nhà nước pháp quyền và dân chủ đích thực chỉ tồn tại ở những quốc gia có cơ chế giám sát tính hợp hiến của văn bản*"<sup>6</sup>.

\* ThS. Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh

---

<sup>5</sup> Sđd.

<sup>6</sup> Allan R. Brewer – Carías: "Judicial Review in comparative law" – Cambridge University Press Evist Published 1989, trang 89.

# THỦ TỤC HÀNH CHÍNH VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA CƠ QUAN HÀNH CHÍNH VỚI VIỆC BẢO ĐẢM QUYỀN CỦA CÔNG DÂN

Trần Thanh Hương\*

*Các quyền cơ bản của công dân đã được ghi nhận trong Hiến pháp. Tuy nhiên, các quyền này có dễ dàng được thực hiện đầy đủ trên thực tế hay không lại phụ thuộc nhiều vào các thủ tục hành chính và hoạt động của các cơ quan hành chính nhà nước. Các thành tựu cũng như những hạn chế của công cuộc cải cách hành chính nhằm thực hiện có hiệu quả các quyền cơ bản của công dân thời gian qua sẽ được phân tích và kiến nghị qua các nội dung sau*

## **Vai trò của thủ tục hành chính và cơ quan hành chính trong việc thực hiện quyền cơ bản của công dân**

Quyền cơ bản của công dân là một quyền tự nhiên mà thông qua quyền đó, công dân thực hiện những hành vi (pháp luật không cấm) một cách tự nguyện, theo nhận thức, ý chí của mình, nhằm đáp ứng các nhu cầu đa dạng của chính công dân. Tuy nhiên, các quyền của công dân được Hiến pháp và luật quy định chỉ được cụ thể hoá thông qua những quy định của pháp luật về trình tự, phương tiện, cách thức xử sự của công dân cũng như nghĩa vụ tương ứng của nhà nước, của các cá nhân và tổ chức khác trong thực tế.

Trong hệ thống các yếu tố pháp lý bảo đảm quyền công dân, thủ tục hành chính (TTHC) và hoạt động áp dụng pháp luật của cơ quan hành chính nhà nước (CQHCNN) đóng một vai trò quan trọng.

TTHC tác động đến việc thực hiện quyền tự do cơ bản của công dân ở các cấp độ khác nhau. Đối với những quyền cơ bản mặc nhiên như: quyền bí mật về thư tín, điện thoại, điện tín; quyền bất khả xâm phạm về thân thể, danh dự, nhân phẩm, chỗ ở..., công dân chỉ thực hiện theo ý chí của mình, không cần xin phép, đăng ký với nhà nước hay xin xác nhận từ nhà nước, mà chỉ cần nhà nước thể hiện chức năng tích cực để bảo vệ những quyền này của công dân khi chúng bị xâm hại. Còn với các quyền mà việc thực hiện nó phải đăng ký hoặc xin phép, thì công dân có thực hiện được quyền của mình hay không phụ thuộc nhiều vào TTHC do Nhà nước đặt ra, chẳng hạn như: quyền tự do đi lại, cư trú, quyền lập hội, quyền tự do ngôn luận, biểu tình, quyền khiếu nại, tố cáo... Nếu các nhà chức trách đặt ra các yêu cầu phức tạp, các thủ tục rườm rà, thì các quyền này sẽ khó thực hiện được.

Sở dĩ có những thể thức luật định để thực hiện quyền là vì, nhu cầu quản lý bình thường của Nhà nước đòi hỏi các quyền phải được thực hiện trong trật tự. Đồng thời, công dân thực hiện quyền trong sự giám sát, tránh nguy cơ xâm hại tới các lợi ích chính đáng khác trong xã hội.



Song, trên thực tế, nhà nước nào có hệ thống quản lý yếu kém sẽ thường ban hành những quy định theo hướng có lợi cho công tác quản lý của mình hơn là để cho quyền cơ bản của công dân được thực hiện một cách dễ dàng và hiệu quả.

CQHCNN là chủ thể liên quan trực tiếp đến việc thực hiện các quyền cơ bản của công dân. Trước hết, CQHCNN ban hành những quy định về mặt thủ tục thực hiện các quyền cơ bản của công dân đã được Hiến pháp ghi nhận. Hơn nữa, các CQHCNN xem xét và giải quyết một cách kịp thời, khách quan các yêu cầu và kiến nghị của công dân, bảo đảm hiện thực hoá các quyền của công dân đã được ghi nhận.

### **Những thành tựu và hạn chế**

#### ***Những thành tựu***

Thời gian qua, nhận thức được rằng, việc tạo ra nền hành chính nhà nước phục vụ là vấn đề mấu chốt để quyền công dân được thực hiện và thực hiện được dễ dàng, Đảng và Nhà nước đã ban hành một số nghị quyết để cải cách thủ tục hành chính như: Nghị quyết Trung ương tám (khóa VII) về *“Tiếp tục xây dựng và hoàn thiện Nhà nước CHXHCN Việt Nam, trung tâm là cải cách hành chính”*, Nghị quyết Trung ương ba (khóa VIII), Nghị quyết 38/CP ngày 04/5/1994 của Chính phủ *“Về việc cải cách thủ tục hành chính trong việc giải quyết công việc của công dân và tổ chức”*... Trên cơ sở đó, hệ thống pháp luật về thủ tục thực hiện quyền cơ bản của công dân cũng đã được cải tiến không ngừng, giúp cho hệ thống thủ tục hành chính ngày càng đơn giản và rõ ràng.

Cải cách hành chính, đặc biệt trên một số lĩnh vực trọng điểm như thành lập doanh nghiệp và đăng ký kinh doanh, xuất nhập khẩu; xuất nhập cảnh; cấp phép xây dựng và giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà, quyền sử dụng đất ở đô thị; giải quyết khiếu nại, tố cáo... đã đạt những kết quả nhất định. Chính phủ đã rà soát, hủy bỏ, sửa đổi nhiều văn bản chứa đựng những thủ tục không còn phù hợp, mang tính sách nhiễu, gây phiền hà cho công dân. Chính quyền địa phương các cấp đã gắn cải cách thủ tục hành chính với cơ chế “một cửa”. Một số địa phương, điển hình là TP. Hồ Chí Minh còn tiến hành thí điểm mô hình “một cửa, một dấu”, khoán chi hành chính với kết quả tích cực, tạo ra một phương thức phục vụ mới của các cơ quan hành chính. Do đó, đa số các yêu cầu của công dân được giải quyết đúng hạn, phần lớn thủ tục được công khai và giảm bớt được các công đoạn không cần thiết. Đồng thời, trách nhiệm của các bộ phận, cá nhân được phân định rõ ràng, thái độ của cán bộ công chức lịch sự và nhã nhặn hơn, bước đầu tạo được không khí “người phục vụ và người được phục vụ”; nhân dân có điều kiện tham gia giám sát các hoạt động giải quyết các thủ tục hành chính của chính quyền theo hướng “dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra”.

Cùng với việc triển khai cơ chế “một cửa”, các địa phương còn quan tâm đến nhiều hoạt động cải cách khác như: xây dựng quy chế hoạt động của các sở, ban, ngành để làm rõ nhiệm vụ quyền hạn của các cơ quan này, tránh chồng chéo, gây khó khăn cho người dân. Hà Nội,

TP.Hồ Chí Minh và một số địa phương đã xây dựng biểu mẫu thủ tục hành chính trong các lĩnh vực trọng điểm, tin học hóa các hoạt động quản lý..., nhờ đó mà đã đơn giản hoá thủ tục, rút ngắn thời gian giải quyết các công việc của công dân, tạo thuận lợi cho công dân thực hiện các quyền tự do của mình<sup>1</sup>.

Về cải cách tổ chức bộ máy hành chính nhà nước, ở trung ương đã sắp xếp lại bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ để làm rõ chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan này, giải quyết những chồng chéo, trùng lặp trước đây; thành lập các bộ quản lý đa ngành, chuyển các cơ quan thuộc Chính phủ vào các bộ phù hợp hoặc tách ra thành một số bộ mới, chỉ để lại một số cơ quan thuộc Chính phủ. Ở địa phương đã sắp xếp, kiện toàn tổ chức và hoạt động của UBND và các cơ quan chuyên môn thuộc UBND các cấp theo chỉ đạo của Chính phủ. Việc kiện toàn tổ chức cơ quan hành chính nhà nước đã thúc đẩy việc thực hiện nhiều nhiệm vụ cải cách hành chính khác, nhằm hoàn thiện mối quan hệ giữa cơ quan hành chính nhà nước và công dân, thiết lập một nền hành chính hiện đại, gọn nhẹ, phát huy hiệu quả phục vụ nhân dân.

### *Những hạn chế*

Mặc dù công cuộc CCHC thời gian qua đã đạt được những thành công nhất định, tuy nhiên, những thay đổi trong CCHC mới chỉ là phần nổi, mang nhiều tính hình thức và chưa đủ cải biến một cách cơ bản mối quan hệ giữa cơ quan hành chính công quyền và người dân. Biểu hiện cụ thể như sau:

1. Quá trình cải cách thủ tục hành chính vẫn tồn tại những hạn chế, bất cập, nhất là ở cấp cơ sở. Việc thực hiện thủ tục hành chính vẫn còn nhiều vướng mắc, thủ tục hành chính vẫn còn phức tạp, chồng chéo, nhiều bộ phận trong cùng một lĩnh vực hành chính tương tự nhau nhưng lại có quy trình khác nhau, gây khó khăn cho người dân. Việc thực hiện thủ tục hành chính vẫn còn nhiều bất cập, nhất là ở cấp cơ sở. Việc thực hiện thủ tục hành chính vẫn còn nhiều vướng mắc, thủ tục hành chính vẫn còn phức tạp, chồng chéo, nhiều bộ phận trong cùng một lĩnh vực hành chính tương tự nhau nhưng lại có quy trình khác nhau, gây khó khăn cho người dân. Việc thực hiện thủ tục hành chính vẫn còn nhiều bất cập, nhất là ở cấp cơ sở. Việc thực hiện thủ tục hành chính vẫn còn nhiều vướng mắc, thủ tục hành chính vẫn còn phức tạp, chồng chéo, nhiều bộ phận trong cùng một lĩnh vực hành chính tương tự nhau nhưng lại có quy trình khác nhau, gây khó khăn cho người dân.

Bên cạnh đó, một số cơ quan nhà nước, cán bộ công chức còn chưa nhận thức đúng được mối liên hệ giữa nhà nước-công dân nên đã gây khó khăn cho công dân thực hiện quyền của mình dưới nhiều hình thức như: không phân biệt rạch ròi các mối quan hệ, gán việc vi phạm

<sup>1</sup> Bộ Tư pháp, Báo cáo số 1962/BC – BTP. Tổng kết công tác tư pháp năm 2004 và phương hướng công tác 2005. Hội nghị tư pháp toàn quốc tháng 12/2004.

nghĩa vụ của người này với việc thực hiện các quyền lợi hợp pháp của người khác, chẳng hạn như, ở Nam Định, có trường hợp cha nợ thuế, con không được đăng ký kết hôn, không được xác nhận lý lịch làm hồ sơ nhập học<sup>2</sup>...

Hơn nữa,, trong quá trình thực thi nhiệm vụ, các cơ quan nhà nước nếu không quản lý được thì thường ban hành quy định cấm công dân thực hiện quyền của mình. Ví dụ như, UBND huyện Hóc Môn chưa chấp nhận giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh đối với loại hình hớt tóc nam nhưng có sử dụng thợ nữ vì cho rằng “nữ hớt tóc cho nam là mại dâm trá hình”<sup>3</sup>. Chưa nói đến sai phạm ở đây, chỉ xét về tư duy “không quản lý được là cấm” trong các lĩnh vực “nhạy cảm” đã thấy một cách suy nghĩ chưa đúng đang rất phổ biến trong hoạt động của các cơ quan quản lý nhà nước hiện nay, khiến cho quyền tự do kinh doanh không được đảm bảo và các quyền khác của công dân bị ảnh hưởng nghiêm trọng.

Về phương diện lịch sử, việc đề cao trật tự quản lý của nhà nước là tàn tích của một thời coi xây dựng chủ nghĩa xã hội có mục đích tự thân chứ không vì yếu tố con người, con người và hoạt động sáng tạo của nó không phải là mục đích và động lực phát triển xã hội, mà chỉ là phương tiện xây dựng xã hội. Đôi khi, thể chế thay đổi là để phù hợp với cơ chế và bộ máy, chứ chưa xuất phát từ nhu cầu thiết thực của cuộc sống, của người dân.

2. Nền hành chính nước ta vẫn còn đan xen giữa nền hành chính gân dân, phục vụ, chuyên nghiệp và hiện đại với nền hành chính quan liêu, ô m đôm, nặng về thủ tục của cơ chế bao cấp cũ; mệnh lệnh hành chính còn can thiệp vào nhiều loại quan hệ xã hội không cần hành chính hoá. Trong khi, quy trình quản lý chưa có sự hỗ trợ kịp thời của các phương tiện công nghệ cao, dẫn đến hiệu quả quản lý hành chính còn thấp, bộ máy hành chính công kênh mà vẫn quá tải, gây phiền hà cho công dân trong việc thực hiện quyền lợi hợp pháp của mình.

3. Hiệu lực của công tác chỉ đạo thực hiện của bộ máy hành chính nhà nước chưa cao, một số cơ quan hành chính nhà nước chưa tuân theo pháp luật, kỷ cương hành chính và thiếu tính năng động, ảnh hưởng không nhỏ đến chất lượng thụ hưởng dịch vụ công và đáp ứng nhu cầu thực hiện quyền của công dân. Chẳng hạn như, trong một thời gian dài, vì cơ chế độc quyền mà cước phí viễn thông quá cao, không chỉ làm cho các ngành khác tăng chi phí, giảm sức cạnh tranh và cản trở quyền tự do kinh doanh trong lĩnh vực dịch vụ này, mà còn làm cho người dân không được lựa chọn, phải trả một chi phí không phù hợp so với dịch vụ mà lẽ ra họ phải được hưởng. Hay bảo hiểm y tế (BHYT) Việt Nam năm 2003 kết dư 2000 tỷ đồng, trong lúc nhiều bệnh nhân BHYT không khỏi bệnh nếu không tự bỏ tiền để mua thuốc đúng căn bệnh, vì các bệnh viện chỉ được thanh toán theo mức trần đã được quy định nhiều năm trước đó. Cho dù việc quản lý, khai thác kém hiệu quả quỹ BHYT xuất phát từ nhiều nguyên nhân, song điều đáng

---

<sup>2</sup> Xem Báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh, số ra ngày 25/9/2003.

<sup>3</sup> Xem Báo Thanh niên, số ra ngày 14/3/2005.

nói là, ngành BHYT đã không đưa ra sáng kiến để điều chỉnh kịp thời, phục vụ nhu cầu của người lao động tham gia bảo hiểm.

Những hiện tượng trên xuất phát từ nhiều lý do, trong đó có những yếu kém nội tại của hệ thống quản lý hành chính nhà nước mà cao nhất là Chính phủ (chưa kịp thời làm cho bộ máy hành chính thấu suốt chức năng quản lý nhà nước trong cơ chế thị trường, phù hợp với sự đổi mới kinh tế-xã hội của đất nước và cải cách hành chính, chưa ban hành những quy định gắn với trách nhiệm của các ngành, các cấp hành chính trong việc thực hiện các chính sách lớn của nhà nước, chưa chủ động tạo dựng chính sách quản lý vĩ mô...). Còn các bộ, ngành trung ương thì quá đề cao quản lý, thiếu nhạy cảm, còn bất cẩn và tùy tiện trong việc dùng quyền lực xử lý các vấn đề thuộc lợi ích cộng đồng và của người dân.

### **Một số kiến nghị**

Để góp phần khắc phục những hạn chế trên, chúng tôi xin đưa ra một số kiến nghị như sau:

*1. Thủ tục hành chính phải được công khai, cụ thể, đơn giản và thuận lợi hơn nữa để công dân thực hiện và bảo vệ quyền lợi của mình, song cũng phải phải chặt chẽ để ràng buộc hành vi của cơ quan công quyền*

Trong những năm gần đây, nhà nước đã quan tâm đến vấn đề tạo điều kiện cho công dân thực hiện quyền một cách dễ dàng, hướng tới xây dựng xã hội công dân và nhà nước pháp quyền. Để đạt được điều này, nhà nước cần chuyển từ chức năng “cai trị” sang chức năng “phục vụ” là chủ yếu, một mặt nhằm duy trì trật tự xã hội, một mặt làm cho xã hội phát triển lành mạnh, bình thường, bảo đảm quyền con người, quyền công dân. Hiện tại, chúng ta đã có một nền tảng pháp lý ban đầu tương đối tốt về cải cách thủ tục hành chính thì cần tiếp tục công khai hóa trình tự, thủ tục, các loại hồ sơ, giấy tờ cần có, thời hạn giải quyết vụ việc... Tiếp tục rà soát, sửa đổi, đơn giản hóa thủ tục hành chính trên mọi lĩnh vực, trước tiên là trong các công tác hộ tịch, hộ khẩu, công chứng, thị thực, cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở, thủ tục cung ứng điện, nước..., vì đây là những lĩnh vực liên quan trực tiếp và thường xuyên nhất đến quyền tự do của mọi cá nhân trong xã hội.

Nên thống nhất, đẩy mạnh việc rà soát các văn bản không còn phù hợp của các ngành, các cấp chính quyền địa phương, loại bỏ các thủ tục bất hợp lý, tạo điều kiện để công dân thực hiện các quyền hiến định của mình.

*2. Xã hội hóa hoạt động sự nghiệp và dịch vụ hành chính công, loại bỏ cơ chế xin - cho và đẩy mạnh hoạt động phân công, phân cấp quản lý*

Để xã hội hoá hoạt động sự nghiệp và dịch vụ hành chính công, cần chuyển giao cho các tổ chức xã hội, tổ chức phi chính phủ hoặc doanh nghiệp làm các dịch vụ không cần thiết phải do các cơ quan hành chính nhà nước thực hiện, bởi vai trò và tiềm năng của nhân dân, cộng đồng dân cư, các tổ chức và hiệp hội ngày càng được khẳng định..., hơn nữa, cần hạn chế sự can thiệp



quá sâu của nhà nước vào quan hệ dân sự. Nhà nước chỉ cần hoàn thiện cơ chế, chính sách để hỗ trợ cho các tổ chức, còn các tổ chức phải hoàn thiện mình, sẵn sàng đón nhận và thực hiện chức năng khi nhà nước chuyển giao. Việc chuyển giao về trước mắt sẽ tạo ra môi trường pháp lý văn minh, an toàn để phát triển các quan hệ kinh tế, thúc đẩy các giao dịch dân sự trong nền kinh tế thị trường, đảm bảo quyền tự do cá nhân của công dân trong xã hội hiện đại. Về lâu dài, giúp nhà nước chuyển đổi một cách phù hợp sự phát triển kinh tế, giảm thiểu sự bao trùm của nhà nước lên xã hội, hạn chế sự lạm dụng quyền lực nhà nước đối với công dân.

Cần xoá bỏ quan niệm xin - cho đã làm sai lệch bản chất của mối quan hệ giữa nhà nước - công dân và làm phát sinh hàng loạt các tiêu cực trong thời gian vừa qua. Phải quan niệm rằng, những yêu cầu của công dân đối với nhà nước trong việc thực hiện quyền theo quy định của pháp luật là những đòi hỏi chính đáng, thuộc trách nhiệm của cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức nhà nước chứ không thuộc phạm trù xin - cho. Cần phân cấp quản lý rõ ràng, tránh chồng chéo và trùng lặp giữa trung ương và địa phương, giữa các cấp chính quyền địa phương để bảo đảm dân chủ và quyền của công dân. Phân cấp quản lý tốt sẽ tạo điều kiện để bộ máy hành chính nhà nước hoạt động thông suốt và hiệu quả, giải quyết nhanh chóng các yêu cầu của công dân, sẵn sàng phục vụ công dân, phản ánh kịp thời những vấn đề liên quan đến quyền và lợi ích hợp pháp của công dân. Tuy nhiên, trong tình hình hiện nay, phân cấp phải được tiến hành trong sự nhất quán giữa cơ quan nhà nước trung ương và cơ quan nhà nước địa phương, tránh tình trạng sự chủ động sáng tạo của các cấp địa phương thì chưa đạt được, mà tính thống nhất trong quản lý nhà nước lại bị phá vỡ.

### *3. Đổi mới các biện pháp quản lý nhà nước theo kịp sự phát triển kinh tế - xã hội.*

Để bảo đảm các quyền cơ bản của công dân, đối với một số vấn đề xã hội, thay vì dùng các biện pháp hành chính cứng nhắc, áp đặt để giải quyết, nên dùng các biện pháp khác mềm mại hơn theo hướng “phi hành chính hóa” như các biện pháp nhân dân tự quản trong làng xã, khối phố, các biện pháp và chính sách kinh tế (ví dụ trong quản lý hộ khẩu, quản lý lao động...). Khai thác theo định hướng này vừa giúp chính quyền tránh được sự lúng túng khi phải đối phó với những vấn đề mới phát sinh trong thực tế, vừa kích thích phát triển xã hội bằng quy luật kinh tế thị trường.

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

# **Có nên chuyển đổi Viện kiểm sát thành Viện công tố?**

**Trần Đại Thắng**

*Viện kiểm sát nhân dân là một cơ quan có vai trò rất quan trọng trong hệ thống cơ quan tư pháp, do đó, mọi thay đổi hay cải cách hệ thống cơ quan tư pháp nước ta đều ảnh hưởng trực tiếp tới cơ quan này. Thời gian gần đây, có nhiều ý kiến xoay quanh vấn đề chuyển đổi Viện kiểm sát nhân dân thành mô hình Viện công tố như ở một số nước, nhất là sau khi có Nghị quyết số 48/NQ-TW ngày 24/03/2005 về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 và Nghị quyết số 49/NQ-TW ngày 02/6/2005 về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 của Bộ Chính trị. Các ý kiến tập trung vào hai nội dung cơ bản: (1) Viện kiểm sát nếu chuyển đổi thành Viện công tố sẽ tiếp tục trực thuộc Quốc hội hay trực thuộc Chính phủ và có vị trí, vai trò như một Bộ hoặc trực thuộc Bộ Tư pháp (2) Viện công tố sẽ chỉ thực hiện chức năng thực hành quyền công tố hay thực hiện cả chức năng kiểm sát các hoạt động tư pháp như hiện nay. Xin tập trung phân tích hai nội dung nêu trên trên phương diện nghiên cứu lý luận trong bối cảnh cải cách tư pháp ở nước ta hiện nay.*

## **1. Sự hình thành và phát triển của hệ thống Viện kiểm sát nhân dân**

Hệ thống Viện kiểm sát nhân dân ở nước ta được thành lập trên cơ sở Hiến pháp 1959 và Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân năm 1960, thay cho mô hình Viện công tố trước đó. Theo quy định tại Điều 1 của Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân 1960, Viện kiểm sát nhân dân thực hiện chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật của các cơ quan thuộc Hội đồng Chính phủ, cơ quan nhà nước địa phương, các nhân viên cơ quan nhà nước và công dân. Việc điều tra những vụ phạm pháp về hình sự và truy tố trước Tòa án nhân dân những người phạm pháp về hình sự được coi là hoạt động để thực hiện chức năng trên của Viện kiểm sát. Trải qua hơn 40 năm hình thành và phát triển, cuộc tranh luận về việc Viện kiểm sát nhân dân có một chức năng hay hai chức năng (chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật hay còn gọi là chức năng kiểm sát chung và chức năng thực hành quyền công tố) và chức năng nào quan trọng hơn đã diễn ra cả trong giới lý luận và thực tiễn. Hiến pháp 1992 (sửa đổi năm 2001) và Luật Tổ chức viện kiểm sát nhân dân 2002 đã có một bước thay đổi quan trọng, đó là: Viện kiểm sát nhân dân không thực hiện chức năng kiểm sát chung như trước nữa, mà thực hiện chức năng cơ bản là thực hành quyền công tố; chức năng kiểm sát chung được thu hẹp lại, Viện kiểm sát nhân dân chỉ kiểm sát các hoạt động tư pháp, bảo đảm cho pháp luật được chấp hành nghiêm chỉnh và thống nhất), mà thực hiện chức năng cơ bản là thực hành quyền công tố.

Về tổ chức, trải qua tất cả các bản Hiến pháp 1959, 1980, 1992, 1992 (sửa đổi) và các Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân các năm 1960, 1981, 1988, 1992 và 2002, vị trí của Viện kiểm sát nhân dân vẫn không có gì thay đổi, Viện kiểm sát nhân dân vẫn là một hệ thống cơ quan trực thuộc Quốc hội, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao do Quốc

hội bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm, có trách nhiệm báo cáo định kỳ và bất thường trước Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội về các hoạt động của ngành.

## 2. Vị trí của Viện kiểm sát trong tổ chức bộ máy nhà nước

Vị trí của một cơ quan trong tổ chức bộ máy nhà nước phụ thuộc vào lý luận về cách thức tổ chức và phân chia quyền lực nhà nước, quan niệm về chức năng của nhà nước và truyền thống lịch sử của bộ máy nhà nước đó. Trước khi phân tích những vấn đề nêu trên, trước hết, cần tìm hiểu về vị trí của Viện công tố trong tổ chức bộ máy nhà nước của một số quốc gia trên thế giới.

Hiện nay trên thế giới có hai hệ thống tổ tụng hình sự cơ bản được công nhận phổ biến là tổ tụng tranh tụng và tổ tụng thẩm cứu. ở các nước theo truyền thống tổ tụng tranh tụng như Anh, Mỹ và úc, Viện công tố được tổ chức trong nhánh quyền hành pháp và trực thuộc Bộ Tư pháp. Tại Anh, theo Luật Truy tố tội phạm năm 1985, cơ quan công tố Hoàng gia đã được thiết lập. Theo đạo luật này, người đứng đầu cơ quan công tố là Viện trưởng Viện công tố, người chịu trách nhiệm trước Bộ trưởng Bộ Tư pháp về mọi hoạt động của tổ chức này, và Bộ trưởng Bộ Tư pháp là người chịu trách nhiệm trước Nghị viện về hoạt động của hệ thống cơ quan công tố nói riêng và hoạt động của các cơ quan thực thi luật pháp khác nói chung. Tuy nhiên, Bộ trưởng Bộ Tư pháp chỉ kiểm soát toàn bộ đường lối hoạt động của hệ thống này mà không can thiệp vào các hoạt động cụ thể. Quan hệ giữa Bộ trưởng Bộ Tư pháp và Viện trưởng Viện công tố là quan hệ mang tính chất chỉ đạo nhưng không điều hành mà tôn trọng lẫn nhau. Trước khi đưa ra đường lối chỉ đạo cho toàn bộ hệ thống, Bộ trưởng Bộ Tư pháp thường phải tham vấn ý kiến từ Viện trưởng Viện công tố. ở úc, đạo luật về Viện trưởng Viện công tố được ban hành năm 1983 cũng thiết lập ra Văn phòng Viện trưởng cơ quan công tố Liên bang, đứng đầu là Viện trưởng Viện công tố. Tính chịu trách nhiệm và quan hệ giữa Viện trưởng Viện công tố với Bộ trưởng Bộ Tư pháp cũng giống như ở Anh. Đặc biệt, theo đạo luật này, những hướng dẫn, chỉ đạo của Bộ trưởng Bộ Tư pháp đối với hệ thống cơ quan công tố phải được tham vấn trước đó với Viện trưởng Viện công tố và được đăng trên Công báo chính thức, được chuyển tới Nghị viện. Riêng ở Mỹ, không có một cơ quan công tố liên bang chuyên biệt, nhưng có một cơ quan trực thuộc Bộ Tư pháp liên bang không chỉ có thẩm quyền truy tố tội phạm, mà còn đại diện cho chính phủ Mỹ trong các vụ tranh chấp mà Chính phủ liên bang là một bên liên quan<sup>1</sup>.

Tại các nước theo truyền thống tổ tụng thẩm cứu như Đức và Pháp, cơ quan công tố cũng được đặt trong nhánh quyền hành pháp như các nước trên, mặc dù có sự khác nhau trong mối quan hệ giữa Bộ trưởng Bộ Tư pháp và Viện trưởng Viện công tố. Tuy nhiên, do tính chất hoạt động, Viện công tố là một cơ quan có quy chế hoạt động độc lập, không đơn thuần thuộc chức năng của hành pháp nhưng cũng không phải tư pháp. Khi nói về cơ quan này, một số nhà lý luận sử dụng thuật ngữ chuyên môn là *bán tư pháp* (Quasi-judicial) và tính chất hoạt động của nó gần với cơ quan toà án hơn là một bộ thuộc Chính phủ<sup>2</sup>. ở Pháp

---

<sup>1</sup> Nguồn: WWW.DOJ.GOV.

<sup>2</sup> Xem Kalman Gyorgy, *The public prosecutor's office in the transitional period in trong cuốn: "The transformation of the Prokuratura into a body compatible with the democratic principles of law", Council Of Europe Publishing 1996, pp.13-24.*

và Italia, Viện công tố trực thuộc Bộ Tư pháp nhưng Công tố viên có quy chế ngạch bậc; chế độ thuyên chuyển, bổ nhiệm và sự độc lập tương tự như các thẩm phán.

Các nước châu á như Nhật Bản, Hàn Quốc cũng có mô hình tổ chức cơ quan công tố thuộc quyền hành pháp, trực thuộc Bộ Tư pháp, riêng Thái Lan có hệ thống cơ quan công tố trực thuộc Thủ tướng Chính phủ và có vị trí pháp lý như một bộ thuộc Chính phủ<sup>3</sup>.

Ngoài cách thức tổ chức cơ quan công tố như trên, ở một số các quốc gia khác, cơ quan công tố hay kiểm sát còn được tổ chức độc lập khỏi chính quyền hành pháp và trực thuộc trực tiếp Quốc hội hay Nghị viện như nước ta, đó là các nước Nga, Trung Quốc, Hung-ga-ri. Như vậy, cách thức tổ chức cơ quan công tố ở các quốc gia rất khác nhau, có thể thuộc nhánh quyền lực hành pháp hoặc lập pháp, có thể trực thuộc Bộ Tư pháp hoặc trực tiếp Thủ tướng Chính phủ. Nhưng có thể thấy rằng, ở hầu hết các nước, cơ quan công tố thuộc nhánh quyền hành pháp, xuất phát từ cách thức tổ chức quyền lực nhà nước theo học thuyết tam quyền phân lập: Lập pháp, hành pháp, tư pháp. Nhánh quyền lập pháp có chức năng chính là xây dựng pháp luật, ban hành luật; nhánh quyền hành pháp thực thi pháp luật và nhánh quyền tư pháp có chức năng xét xử. Ba chức năng này độc lập, kiểm soát và đối trọng lẫn nhau, đảm bảo không nhánh quyền lực nào được vượt trên hay hạn chế các nhánh quyền lực khác<sup>4</sup>. Nghị viện được ban hành luật nhưng không thể tùy nghi đưa ra những đạo luật trái với các nguyên tắc cơ bản của Hiến pháp, bởi còn hai cơ chế khác có thể kiểm chế là hành pháp mà đại diện thường là Tổng thống có quyền phủ quyết các đạo luật dẫn đến phải biểu quyết lại, hay toà án có quyền xem xét tính vi hiến của một đạo luật. Hành pháp có quyền lớn trong việc thực thi pháp luật nhưng lại phải tuân theo các đạo luật do lập pháp ban hành và có thể bị xét xử bởi toà án khi vi phạm Hiến pháp và luật. Toà án có thẩm quyền xét xử nhưng phải dựa trên pháp luật do Nghị viện ban hành.

Học thuyết phân chia quyền lực cũng được vận dụng ngay trong tổ tụng hình sự. Cơ quan điều tra và Viện công tố (thuộc nhánh quyền hành pháp) thực hiện quyền điều tra và truy tố tội phạm ra toà, Toà án (thuộc nhánh quyền tư pháp) xét xử dựa trên pháp luật do Nghị viện (thuộc nhánh quyền lập pháp) ban hành.

Việc Viện công tố trực thuộc Bộ Tư pháp là một điều dễ hiểu, bởi Bộ trưởng Bộ Tư pháp chịu trách nhiệm trước Tổng thống (ở các nước theo chế độ Cộng hoà Tổng thống như Mỹ) hoặc trước Quốc hội hay Nghị viện (ở các nước theo chế độ Cộng hoà Nghị viện hay quân chủ Nghị viện như Pháp, Anh) về mọi hoạt động thực thi pháp luật, trong đó có cả hoạt động công tố và hoạt động điều tra. Bộ trưởng Bộ Tư pháp ở các nước đó là chính khách, chỉ đưa ra đường lối hoạt động cho toàn bộ các cơ quan trực thuộc, chứ hầu như không chỉ đạo trực tiếp hoạt động nghiệp vụ cụ thể. Cơ quan công tố được độc lập trong hoạt động, chỉ tuân theo pháp luật, trong đó tập trung vào sự độc lập của các công tố viên khi đưa ra quyết định truy tố hay không truy tố.

---

<sup>3</sup> Xem *Chỉ dẫn về công tác công tố, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Dự án VIE/95/018 - Tăng cường năng lực cho ngành kiểm sát tại Việt Nam, Hà nội 2000.*

<sup>4</sup> Xem Cheryl Sanders, *The separation of power, in the Australian Federal Judicial system*, Brian Opeskin and Fiona Wheeler ed., Melbourne University Press (2000), pp.21-29.

Quan niệm cơ quan tư pháp nước ta hoàn toàn khác các nước. ở các nước, chỉ có toà án được coi là cơ quan tư pháp, trong khi, cơ quan tư pháp ở nước ta không chỉ bao gồm toà án mà còn có các cơ quan khác như: Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, cơ quan thi hành án, thậm chí có cả các cơ quan hỗ trợ tư pháp. Vì vậy, việc chuyển đổi Viện kiểm sát thành Viện công tố đặt ra rất nhiều vấn đề như: nếu chuyển Viện kiểm sát thành Viện công tố trực thuộc Chính phủ (dù là trực tiếp trực thuộc Thủ tướng và có vị trí như một Bộ hay trực thuộc Bộ Tư pháp) thì rõ ràng không có cơ sở nào để Viện công tố kiểm sát hoạt động tư pháp, đặc biệt là kiểm sát hoạt động xét xử của toà án. Vì như vậy, hành pháp lại kiểm sát hoạt động tư pháp, một điều không thể chấp nhận được ở bất cứ nhà nước nào. Ngay cả khi, nếu Viện công tố (mới) trực thuộc Bộ Tư pháp thì mối quan hệ giữa Bộ trưởng Bộ Tư pháp và Viện trưởng Viện công tố mới sẽ như thế nào, có giống như ở các nước không hay chỉ là cơ quan trực thuộc như một Vụ, Cục trực thuộc Bộ và sẽ hoạt động ra sao? Qua tham khảo từ các nước, có lẽ, mô hình khả dĩ nhất có thể vận dụng nếu Viện kiểm sát chuyển đổi thành Viện công tố là để cơ quan này trực thuộc Thủ tướng Chính phủ và có quyền hạn như một Bộ thuộc Chính phủ. Khi đó, cơ quan này sẽ không thực hiện chức năng kiểm sát các hoạt động tư pháp nữa (đặc biệt là không thực hiện việc kiểm sát hoạt động xét xử của toà án). Như vậy, sẽ không tạo ra nhiều xáo trộn trong tổ chức bộ máy nhà nước và cũng phù hợp với thực tiễn của nhiều quốc gia.

### **3. Chức năng, nhiệm vụ của Viện kiểm sát**

Như đã nói, theo Hiến pháp 1959 và Luật Tổ chức viện kiểm sát nhân dân 1960, Viện kiểm sát chỉ có một chức năng kiểm sát chung, còn hoạt động thực hành quyền công tố được coi là một quyền năng để thực hiện chức năng bao trùm trên. Từ khi Hiến pháp 1980 và Luật Tổ chức viện kiểm sát nhân dân 1981 ra đời, hoạt động thực hành quyền công tố mới được ghi nhận là một chức năng mới. Đặc biệt là, sau khi có Luật Tổ chức viện kiểm sát nhân dân 2002, chức năng của Viện kiểm sát nhân dân đã được quy định rõ ràng, đó là: thực hành quyền công tố và kiểm sát các hoạt động tư pháp. Đối với chức năng thực hành quyền công tố thì cũng không phải đã thống nhất cả về lý luận và thực tiễn như: phạm vi quyền công tố đến đâu, hoạt động công tố chỉ có trong tố tụng hình sự hay cả trong các lĩnh vực khác... Còn đối với chức năng kiểm sát các hoạt động tư pháp, một điều dễ nhận thấy là hoạt động kiểm sát xét xử của Viện kiểm sát nhân dân chắc chắn sẽ có những thay đổi khi Nghị quyết 49/NQ-TW xác định, trọng tâm cải cách tư pháp hướng vào hệ thống toà án nhằm tăng cường tính độc lập của cơ quan này v. Đối với hoạt động kiểm sát công tác thi hành án thì Viện kiểm sát có được kiểm sát hoạt động thi hành án hay không, nhất là trong bối cảnh Viện kiểm sát chuyển thành Viện công tố.

Như vậy, chỉ còn vấn đề kiểm sát hoạt động điều tra của cơ quan điều tra và các cơ quan khác được giao thực hiện một số hoạt động điều tra. Đây là trọng tâm nếu Viện kiểm sát chuyển thành Viện công tố trong tương lai, và chắc chắn là vấn đề gây tranh cãi nhất về chức năng của Viện công tố. Việc Viện kiểm sát thực hiện hoạt động kiểm sát điều tra có phải là thực hành quyền công tố không hay đó là kiểm sát các hoạt động tư pháp? Nếu Viện công tố không thực hiện chức năng kiểm sát các hoạt động tư pháp nữa thì cũng có nghĩa Viện kiểm sát sẽ không thực hiện hoạt động kiểm sát điều tra nữa. Điều đó dẫn đến hàng loạt các thay đổi về hoạt động tố tụng điều tra, truy tố, xét xử. Để tìm hiểu vấn đề này, lại

cần phải xem xét các truyền thống tố tụng điển hình trên thế giới về mối quan hệ giữa cơ quan công tố và điều tra .

### ***Trong tố tụng tranh tụng***

Đối với các nước theo truyền thống tố tụng tranh tụng, việc điều tra, truy tố thuộc quyền hành pháp. Giữa cơ quan cảnh sát và cơ quan công tố (thuộc nhánh quyền hành pháp) có sự phân công rõ rệt. Việc điều tra chủ yếu do lực lượng cảnh sát thông thường thực hiện. Cơ quan công tố chỉ có trách nhiệm truy tố dựa trên hồ sơ, chứng cứ do cảnh sát chuyển tới. Hai cơ quan này phối hợp hoạt động rất chặt chẽ với nhau, một cơ quan phụ trách về vấn đề kỹ thuật, truy tìm tội phạm; một cơ quan phụ trách về pháp luật, về tính pháp lý của hoạt động điều tra, đảm bảo mọi kết quả của hoạt động điều tra được sử dụng một cách có hiệu quả trước toà.

Trong quan hệ hoạt động, cảnh sát không bị kiểm soát bởi Viện công tố. Mọi hoạt động điều tra của cảnh sát bị hạn chế bởi các quy định của pháp luật, đặc biệt là các quy tắc về chứng cứ và giá trị pháp lý của các chứng cứ có được chấp thuận hay không. Các biện pháp cưỡng chế và ngăn chặn áp dụng đối với bị can, bị cáo là do toà án quyết định. Do đó, thẩm quyền của Viện công tố trong tố tụng chủ yếu là quyết định việc truy tố và bảo vệ cáo trạng buộc tội trước toà. Hai cơ quan này gần như hoàn toàn độc lập trong hoạt động, không cơ quan nào kiểm soát cơ quan nào, mọi liên hệ chỉ mang tính phối hợp để đảm bảo việc buộc tội trước toà có kết quả.

### ***Trong tố tụng điều tra thẩm cứu***

Tố tụng hình sự điều tra thẩm cứu (tố tụng điều tra thẩm cứu) được áp dụng phổ biến ở các nước theo truyền thống pháp luật châu Âu lục địa. Tuy có sự khác nhau ở từng nước, nhất là trong vài thập kỷ gần đây, nhiều nước có áp dụng một số nhân tố của tố tụng tranh tụng thì hệ tố tụng này nhìn chung vẫn phụ thuộc vào vai trò trung tâm của thẩm phán để tìm ra sự thật. Trong tố tụng điều tra thẩm cứu, các cơ quan tố tụng đều làm nhiệm vụ buộc tội và gỡ tội. Việc xét xử tại toà cũng là một giai đoạn tiếp tục điều tra để tìm ra sự thật của vụ án. Toà án có thể tự tiến hành chỉ đạo điều tra, thu thập chứng cứ, nhất là sự tồn tại của thẩm phán điều tra trong tố tụng hình sự của Pháp đối với những vụ đại hình. Viện công tố là trung tâm của chức năng buộc tội, còn cơ quan cảnh sát thực hiện nhiệm vụ điều tra theo yêu cầu và sự giám sát của cơ quan công tố. Nói cách khác, cơ quan công tố chỉ đạo hoạt động điều tra của cảnh sát. Công tố viên can thiệp vào các hoạt động điều tra của cảnh sát từ rất sớm, ngay từ khi khởi tố vụ án. Sau đó, công tố viên có thể ra chỉ đạo, hướng dẫn cho cảnh sát trong các hoạt động điều tra cụ thể, thậm chí có thể trực tiếp tiến hành các hoạt động điều tra, thông thường là đối với các vụ án phức tạp.

Nếu như trong tố tụng tranh tụng, Viện công tố có vai trò quyết định trong việc truy tố và thực hiện việc buộc tội trước toà (giai đoạn xét xử), thì trong tố tụng thẩm cứu, Viện công tố có vai trò quan trọng trong quá trình điều tra và truy tố, tức ở giai đoạn tiền xét xử. Mặc dù trong hệ điều tra thẩm cứu có sự xuất hiện của thẩm phán điều tra, nhưng chức năng bị ràng buộc bởi thẩm quyền của Viện công tố. Thực chất thẩm phán điều tra chỉ có vai trò bổ sung cho hoạt động điều tra, thu thập chứng cứ và làm sáng tỏ hơn tình tiết của các vụ án phức tạp, kết nối các chứng cứ của quá trình điều tra cho phù hợp với quá trình

xét xử tại toà. Tuy nhiên, mô hình thẩm phán điều tra không phải là phổ biến ở các nước trong hệ thống pháp luật này (bởi chỉ có Pháp và trong mức độ nào đó, Italia áp dụng). Qua đó có thể thấy rằng, hoạt động của Viện công tố trong tố tụng hình sự, đặc biệt là mối quan hệ của Viện công tố với cơ quan điều tra là do bản chất và đặc điểm theo truyền thống tố tụng của từng nước quy định. Về bản chất, hệ thống tố tụng hình sự của nước ta theo truyền thống tố tụng điều tra thẩm cứu, tức theo mô hình cơ quan công tố chỉ đạo cơ quan điều tra. Trước khi cải cách tư pháp lần thứ nhất diễn ra đầu những năm 1950, đặc biệt là trước những năm 1960, chúng ta có hệ thống cơ quan công tố ở các cấp bên cạnh các toà đệ nhất cấp, đệ nhị cấp, toà thượng thẩm và có cả thẩm phán dự thẩm. Sau Hiến pháp 1959, hệ thống tư pháp đã được thay đổi. Chúng ta không còn mô hình thẩm phán dự thẩm nữa, quan hệ giữa Viện kiểm sát và cơ quan điều tra cũng như toà án là quan hệ giám sát (do chức năng kiểm sát chung của Viện kiểm sát) và phối hợp hoạt động trong tiến trình điều tra - truy tố - xét xử.

Tại các nước theo hệ thống điều tra thẩm cứu, Viện công tố không thực hiện chức năng kiểm sát các hoạt động tư pháp, nhưng Viện công tố vẫn giám sát, chỉ đạo hoạt động điều tra và hoạt động một cách có hiệu quả. Trong khi ở nước ta, với chức năng kiểm sát các hoạt động tư pháp như hiện nay, khó có thể nói rằng, Viện kiểm sát đã chỉ đạo, giám sát được hoạt động điều tra một cách có hiệu quả. Trên thực tế, hoạt động điều tra vẫn mang tính độc lập, khép kín cho đến khi mọi tình tiết của vụ án đã được sáng tỏ để quyết định việc truy tố, xét xử. Nguyên nhân chủ yếu là do sự quy định không rõ ràng giữa quan hệ hành chính và tố tụng; giữa thủ trưởng cơ quan điều tra và điều tra viên, giữa điều tra viên và Viện kiểm sát...

Việc Viện kiểm sát có kiểm sát hoạt động điều tra hay không, kiểm sát đến mức độ nào, theo mô hình tố tụng tranh tụng hay điều tra thẩm cứu là một vấn đề lớn không thể giải quyết trong một đạo luật hay trong một thời gian nhất định. Theo đặc điểm và truyền thống tố tụng, có thể khẳng định rằng, rất khó áp dụng mô hình của hệ tranh tụng, trong đó, cơ quan điều tra và Viện công tố hoàn toàn độc lập, tách rời nhau như đã nêu trên vào nước ta. Tuy nhiên, nếu áp dụng mô hình của hệ điều tra thẩm cứu thì cần phải có những cơ chế để đảm bảo sự chỉ đạo, giám sát của Viện công tố đối với cơ quan điều tra thực sự có hiệu quả.

Như vậy, vấn đề không nằm ở chỗ, chức năng của Viện kiểm sát sẽ thế nào nếu chuyển đổi thành viện Viện công tố, mà ở cách nhìn nhận về hoạt động điều tra, truy tố, xét xử; về bản chất của hệ thống tư pháp hình sự, quan niệm về các cơ quan tư pháp.

***ThS, Viện Khoa học kiểm sát, Viện kiểm sát nhân dân tối cao***

# PHÁT HUY VAI TRÒ CỦA NHÀ KHOA HỌC TRONG XÂY DỰNG PHÁP LUẬT

Nguyễn Minh Doan\*

## Thực trạng

Để phát huy vai trò của đội ngũ trí thức vào hoạt động xây dựng pháp luật, Đại hội Đảng Cộng sản Việt Nam lần thứ IX đã nhấn mạnh: "*Phát huy năng lực của trí thức trong việc thực hiện các chương trình, đề tài nghiên cứu của Nhà nước và xây dựng đường lối, chủ trương, chính sách, pháp luật*"<sup>1</sup>.

Chủ trương của Đảng như vậy, song trên thực tế, vai trò của các nhà khoa học Việt Nam trong hoạt động xây dựng pháp luật vẫn còn nhiều hạn chế. Các cơ quan nhà nước có thẩm quyền chưa quan tâm đúng mức đến việc sử dụng tài năng, trí tuệ của đội ngũ các nhà khoa học của đất nước vào quá trình xây dựng pháp luật. Có rất ít nhà khoa học Việt Nam thuộc các cơ sở đào tạo và nghiên cứu khoa học được trực tiếp tham gia vào các ban soạn thảo các dự án văn bản quy phạm pháp luật. Chưa có một quy định chính thức nào của pháp luật về sự tham gia của các nhà khoa học vào hoạt động xây dựng pháp luật và cũng chưa có một cơ chế bảo đảm cho các nhà khoa học tham gia có chất lượng và hiệu quả vào hoạt động xây dựng pháp luật. Sự tham gia của các nhà khoa học vào xây dựng pháp luật chủ yếu với tư cách là một công dân, họ chưa được

trân trọng với vai trò của nhà khoa học. Bản thân các nhà khoa học cũng cảm thấy ý kiến của họ không được coi trọng, do vậy, họ cũng chỉ tham gia như tất cả những người dân khác mà không nhận thấy hết vị trí, vai trò và trách nhiệm của mình đối với hoạt động xây dựng pháp luật của đất nước.

Những năm qua, hình thức tham gia chủ yếu của các nhà khoa học vào quá trình xây dựng pháp luật là tham gia các cuộc hội thảo khoa học hoặc viết bài cho các tạp chí khoa học. Song tác dụng của các cuộc hội thảo, các bài viết này là không nhiều. Điều này do nhiều nguyên nhân: *thứ nhất*, thành phần những người tham dự hội thảo hầu hết là những người làm công tác nghiên cứu hoặc giảng dạy, rất ít những người trực tiếp tham gia soạn thảo hoặc có quyền ban hành văn bản tham dự; *thứ hai*, thù lao trả cho những ý kiến đóng góp của các nhà khoa học tham dự hội thảo hoặc các bài viết liên quan đến hoạt động xây dựng pháp luật không cao, nên không khuyến khích được sự tham gia tích cực của các nhà khoa học; *thứ ba*, nhiều trường hợp các ý kiến đóng góp tâm huyết của các nhà khoa học không đến được với những người trực tiếp tham gia soạn thảo hoặc có quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật đó. Có thể nói, sự giao lưu, hợp tác giữa những người trực tiếp tham gia soạn thảo hoặc ban hành văn bản quy phạm pháp luật với những nhà khoa học, những chuyên gia thuộc các lĩnh vực khoa học khác nhau

---

<sup>1</sup>Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IX, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2001, tr.126.



là không nhiều. Vì vậy, một số tình huống của cuộc sống được pháp luật quy định chủ yếu được nhìn nhận xem xét dưới góc độ chính trị hoặc quản lý nhiều hơn là góc độ khoa học. Vì vậy, chất lượng và hiệu quả của một số quy định pháp luật chưa cao, thiếu tính khoa học, khó đi vào cuộc sống, thiếu tính ổn định và phải sửa đi, sửa lại nhiều lần.

### **Giải pháp**

Để khắc phục thực trạng trên, một trong những giải pháp quan trọng hiện nay là phải nâng cao hơn nữa vị trí, vai trò và trách nhiệm của các nhà khoa học trong công tác xây dựng pháp luật. Nhất là, khi mà khoa học, công nghệ đã thực sự trở thành động lực và đang từng bước giữ vai trò quyết định đến sự phát triển của đất nước, thì sự hợp tác giữa các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật với các nhà khoa học lại càng cần thiết trên cơ sở tôn trọng lẫn nhau và cùng vì mục đích chung.

Các nhà khoa học - những chuyên gia thuộc các ngành nghề và lĩnh vực hoạt động khác nhau thường được đào tạo từ rất nhiều nguồn khác nhau ở trong nước, ngoài nước. Do vậy, họ là những người có trình độ cao về ngoại ngữ, pháp luật, kinh tế và các lĩnh vực khác của đời sống xã hội, đồng thời họ cũng là những người có sự hiểu biết tương đối tốt về những kinh nghiệm của nước ngoài trên các lĩnh vực. Do có chuyên môn sâu về lĩnh vực hoặc ngành nghề của mình, nên họ cũng trực tiếp biết được những tác động của pháp luật hiện hành lên các quan hệ xã hội thuộc lĩnh vực họ đang công tác và những đòi hỏi cần phải có đối với pháp luật

về lĩnh vực hay hoạt động đó. Vì thế, những ý kiến đóng góp của các nhà khoa học vào quá trình xây dựng pháp luật là vô cùng quan trọng. Nhà khoa học có thể tự mình hoặc thông qua các tổ chức, hiệp hội mà họ là thành viên để tham gia vào quá trình ban hành văn bản pháp luật dưới những hình thức như:

- Tham gia xác định nhu cầu điều chỉnh pháp luật bằng việc phân tích chính sách; phát hiện những bất cập của hệ thống pháp luật hiện hành hoặc quá trình điều chỉnh pháp luật trên thực tế; đề xuất những ý tưởng, những ý kiến về sự phát triển của pháp luật trong tương lai; giới thiệu những kinh nghiệm điều chỉnh pháp luật ở các nước khác hoặc giới thiệu những thành tựu mới nhất trong lĩnh vực điều chỉnh pháp luật của khoa học pháp lý trên thế giới;

- Đóng góp ý kiến vào chương trình xây dựng pháp luật, tham gia thảo luận, đóng góp vào các dự thảo văn bản quy phạm pháp luật; tham gia trực tiếp vào quá trình soạn thảo với tư cách là một thành viên của ban soạn thảo;

- Viết báo, bài cho các tạp chí khoa học, gửi thư, phát biểu trên các phương tiện thông tin đại chúng hoặc các hội thảo khoa học bàn về nội dung, hình thức hoặc các vấn đề có liên quan đến văn bản quy phạm pháp luật;

- Tư vấn với tư cách là chuyên gia cho các đại biểu Quốc hội hoặc các Ban soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật khi được mời;

- Tham gia phản biện các dự thảo văn bản quy phạm pháp luật hoặc tham gia thẩm định, đánh giá tính hợp hiến, hợp pháp, tính

khoa học, sự rõ ràng, mạch lạc của văn bản pháp luật...

Như vậy, nhà khoa học có thể tham gia vào bất kỳ một giai đoạn nào của quá trình xây dựng pháp luật, từ việc tham gia phân tích chính sách, đến việc trực tiếp soạn thảo, tham gia đánh giá, thẩm định... Sự tham gia của các nhà khoa học là sự hỗ trợ những luận cứ khoa học cho các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc ban hành pháp luật. Với sự giúp đỡ của các nhà khoa học (các tổ chức hay hiệp hội của họ) thì chắc chắn các cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ soạn thảo và ban hành được những văn bản quy phạm pháp luật khoa học và có hiệu quả hơn, đặc biệt là khi ban hành những văn bản có liên quan đến các vấn đề chuyên môn sâu thuộc các lĩnh vực khoa học khác nhau. Do vậy, chúng tôi cho rằng nhà nước ta nên quy định trong *Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật* sự tham gia có tính bắt buộc của các nhà khoa học với tư cách là nhà khoa học vào hoạt động xây dựng pháp luật, bắt buộc các cơ quan nhà nước có thẩm quyền phải tham khảo ý kiến của các nhà khoa học và bắt buộc các nhà khoa học, các hiệp hội khoa học kỹ thuật phải có ý kiến chính thức bằng văn bản về nội dung khoa học của các văn bản quy phạm pháp luật trước khi được các cơ quan có thẩm quyền lựa chọn phương án cuối cùng để ban hành.

Quan trọng hơn cả là, tham gia phân tích chính sách để quyết định có nên đưa ra sáng kiến lập pháp hay không. Việc phân tích chính sách có tác dụng cung cấp những thông tin, sự hiểu biết xác thực tình hình, thực trạng và xu hướng phát triển của tình hình kinh tế, chính trị, xã hội của đất nước

cũng như của thế giới trong hiện tại và tương lai, từ đó xác định những chính sách, những đòi hỏi đối với sự phát triển của hệ thống pháp luật đất nước. Việc phân tích chính sách thường được tiến hành ở nhiều cấp độ và mức độ khác nhau. Chẳng hạn, các nhà khoa học, các chuyên gia trong phạm vi cấp bộ, ngành có thể tham gia phân tích những vấn đề liên quan đến bộ, ngành hoặc lĩnh vực mà mình phụ trách để đưa ra sáng kiến lập pháp ở phạm vi cấp bộ, ngành mình. Các nhà khoa học, các chuyên gia cũng có thể tham gia vào phân tích chính sách ở các cấp cao hơn, như cấp Chính phủ, Ủy ban thường vụ Quốc hội hoặc Quốc hội khi sáng kiến lập pháp đã được đệ trình lên các cơ quan này. Tùy theo yêu cầu mà mức độ phân tích của các nhà khoa học dừng lại ở việc tìm hiểu, xem xét vấn đề, đánh giá thực trạng, lý giải những ưu điểm, hạn chế hay lựa chọn tiêu chuẩn để đánh giá hoặc phân tích các giải pháp...

Nội dung mỗi văn bản quy phạm pháp luật thường liên quan đến rất nhiều các yếu tố, như: kinh tế, chính trị, đạo đức, môi trường, liên quan đến công tác quản lý, đến lợi ích của nhà nước, lợi ích của mỗi người dân, đến các tầng lớp xã hội... Nếu các chính khách, các nhà quản lý thường phân tích, đánh giá vấn đề dưới góc độ chính trị và quản lý nhiều hơn thì các nhà khoa học phải tập trung phân tích, xem xét vấn đề dưới góc độ khoa học nhiều hơn. Chẳng hạn, phân tích của các nhà khoa học về tính kinh tế hay ảnh hưởng về môi trường... của giải pháp lựa chọn. Như vậy, việc ban hành bất kỳ một quy định hay một văn bản quy phạm pháp luật nào cần phải được cân nhắc về mọi phương diện, sao cho phương án đưa

ra là phù hợp nhất. Điều này chỉ có thể thực hiện tốt khi biết phát huy vai trò của các nhà khoa học vào quá trình soạn thảo các văn bản quy phạm pháp luật.

Chúng ta đều biết, pháp luật là một hệ thống nên mỗi văn bản hay quy định pháp luật luôn có sự liên hệ gắn bó chặt chẽ với các văn bản hay quy định pháp luật khác, đồng thời, mỗi văn bản hay quy định pháp luật luôn tồn tại trong những môi trường nhất định, chúng chịu sự chi phối của môi trường, nhưng cũng có ảnh hưởng rất lớn đến môi trường. Do vậy, nhiệm vụ của nhà làm luật là làm sao phải xây dựng được những quy phạm hay văn bản quy phạm pháp luật phù hợp nhất, có hiệu quả cao nhất trong sự liên hệ và ràng buộc chặt chẽ với các quy định khác trong hệ thống pháp luật. Chẳng hạn, ảnh hưởng của quy phạm hay văn bản đối với các quy định pháp luật khác trong hệ thống pháp luật của đất nước hoặc các quy định của pháp luật quốc tế; đến tình hình tài chính, đến các chính sách về kinh tế, xã hội, môi trường của đất nước; ảnh hưởng đến các mối quan hệ giữa các ngành, các cấp, giữa nhà nước với tư nhân, với xã hội... Vì vậy, việc phân tích chính sách cần phải có sự tham gia của nhiều chủ thể, nhiều chuyên gia thuộc các lĩnh vực, các ngành, các cấp khác nhau.

Như vậy, quan trọng hơn cả là phân tích chính sách để đưa ra được những nguyên tắc, những tư tưởng, quan điểm chỉ đạo về nội dung, hình thức của văn bản quy phạm pháp luật. Đây phải là công việc chủ yếu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành văn bản. Các cơ quan này phải tổng hợp được ý kiến của các chính khách, các

nhà lãnh đạo, quản lý, các nhà chuyên môn, các nhà khoa học, đại diện của các đối tượng chịu sự tác động của văn bản, của các cấp, các ngành có liên quan để đưa ra được đề cương chi tiết của văn bản. Vì thế, việc tham gia của các nhà khoa học vào giai đoạn này là rất quan trọng và chủ yếu nhất. Các nhà khoa học phải là một trong những thành phần không thể thiếu khi bàn tới những vấn đề chuyên môn có liên quan đến văn bản thuộc các lĩnh vực khác nhau của đời sống xã hội. Sau khi đã thống nhất được các nguyên tắc, các tư tưởng, quan điểm chỉ đạo về nội dung của văn bản thì việc chuyển hoá chúng thành các quy tắc xử sự chung chỉ còn là những hoạt động mang tính chất kỹ thuật của các luật gia là những người chuyên soạn thảo văn bản. Với cách làm này, Nhà nước nên thành lập Ban soạn thảo gồm đội ngũ những chuyên gia vừa có kỹ năng và kỹ thuật cao chuyên làm công việc soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật để nâng suất và kỹ thuật lập pháp tốt hơn, có tính chuyên nghiệp hơn. Cách làm này cũng tránh được hiện tượng cục bộ về lợi ích khi soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật theo kiểu văn bản của ngành nào thì giao cho ngành đó soạn thảo mà lâu nay chúng ta vẫn làm.

Với cách tiếp cận như trên, chúng tôi cho rằng, cần phải thay đổi quy trình lập pháp theo hướng nâng cao vai trò, trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền ban hành văn bản trong việc đưa ra những nguyên tắc, tư tưởng, quan điểm chỉ đạo về nội dung của văn bản. Bởi với cách làm như hiện nay, chúng ta đã giao cho ban soạn thảo quá nhiều trách nhiệm và công việc, còn các cơ quan có thẩm quyền ban hành thì bị chi phối

quá nhiều bởi các quan điểm của Ban soạn thảo đã được thể hiện trong bản dự thảo nên dẫn đến tình trạng là "*Các đại biểu Quốc hội rất háng hái tranh luận những dự thảo luật, dành hàng giờ vào những chi tiết nhỏ như nên đặt dấu chấm hay dấu phẩy ở chỗ nào trong một đoạn*" còn "*khi phát sinh những vấn đề lớn, Quốc hội thường chuyển cho Chính phủ giải quyết*"<sup>2</sup>. Các vấn đề có tính chất kỹ thuật, theo chúng tôi, là thuộc trách nhiệm của ban soạn thảo, khi đã đưa dự thảo luật ra trình để thông qua thì không được phép còn những lỗi về kỹ thuật. Các cơ quan có thẩm quyền ban hành, với sự giúp đỡ của các nhà khoa học, sự tham gia của các cơ quan, tổ chức có liên quan, của nhân dân hoặc các đối tượng bị tác động phải có trách nhiệm đưa ra được "*phôi*" (các nguyên tắc, tư tưởng, quan điểm chỉ đạo về nội dung cơ bản của văn bản) của văn bản cần ban hành. Sau khi "*phôi*" đã được thông qua thì Ban soạn thảo chỉ dựa vào đó tạo ra sản phẩm là "*dự thảo văn bản*" để cơ quan có thẩm quyền lựa chọn và quyết định cuối cùng. Ở giai đoạn cuối, khi cơ quan có thẩm quyền tiến hành thảo luận, xem xét tổng thể cũng như nội dung từng điều, khoản để thông qua nếu thấy cần thiết thì có thể yêu cầu (mời) các nhà khoa học tham gia với tư cách là chuyên gia để họ trình bày các thông tin cần thiết mà các nhà làm luật yêu cầu hoặc để các nhà khoa học có ý kiến nhận xét (bày tỏ quan điểm của mình) về các vấn đề

---

<sup>2</sup>Xem: *Phát biểu của ông DONALD CHIASSON giám đốc thường trú dự án PIAP tại Hội thảo do PIAP và Ủy ban pháp luật của Quốc hội Việt Nam tổ chức về "Nâng cao hiệu quả thực hiện Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật"*, ngày 8/ 4/2003 tại Đà Nẵng.

đang được xem xét. Các vấn đề hoặc các câu hỏi mà nhà làm luật quan tâm nên gửi trước bằng văn bản cho cá nhân nhà khoa học hoặc cho các hiệp hội mà nhà khoa học đang cộng tác để có sự chuẩn bị trước hoặc cũng có thể là hỏi và trả lời trực tiếp ngay tại cuộc họp.

Để các nhà khoa học có thể "*nói thẳng, nói thật*", thì Nhà nước cần phải tạo ra cơ chế lấy ý kiến để các nhà khoa học, các tổ chức khoa học có thể tự do thể hiện quan điểm của mình và phải chịu trách nhiệm khoa học về những ý kiến đó. Việc tập hợp, tổng hợp các ý kiến của các nhà khoa học có vai trò rất quan trọng đối với việc tiếp thu của các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền. Đối với việc này cần phải:

*Thứ nhất*, tập hợp tất cả các ý kiến một cách chính xác, khách quan, kể cả ý kiến đồng tình lẫn ý kiến phản đối (không nên chỉ căn cứ vào số lượng ý kiến) mà quan trọng là tính khoa học của ý kiến nên phải tập hợp một cách đầy đủ dù chỉ là một ý kiến có quan điểm khác;

*Thứ hai*, kết quả tập hợp, tổng hợp phải được chuyển toàn bộ đến Ban soạn thảo, đến các cơ quan có thẩm quyền như Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội, cơ quan thẩm tra, thẩm định và các cơ quan hữu quan khác để nghiên cứu tiếp thu.

Như vậy, bộ phận tập hợp ý kiến phải độc lập, thực sự vô tư và không bị chi phối bởi lợi ích, quan điểm chỉ đạo của một cá nhân, cơ quan hay tổ chức nào. Điều 41 Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật quy định: "*Ý kiến tham gia về dự án, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật phải được nghiên cứu để tiếp thu chỉnh lý dự án, dự thảo văn bản*",

song việc quy định chi tiết để thực hiện vấn đề này thì chưa đầy đủ. Pháp luật cũng không quy định về việc các cơ quan, bộ phận tổ chức lấy ý kiến phải phản hồi những ý kiến đóng góp của các tổ chức và cá nhân như thế nào. Theo chúng tôi, việc phản hồi ý kiến đóng góp là thể hiện sự tôn trọng của cơ quan lấy ý kiến đối với những tổ chức cá nhân được lấy ý kiến.

Việc lấy ý kiến tư vấn của các chuyên gia nên bằng hình thức gửi văn bản và yêu cầu trả lời trong một thời hạn nhất định. Khi đã có ý kiến của các chuyên gia thì các cơ quan lấy ý kiến bắt buộc phải có phản hồi (trao đổi lại với người được lấy ý kiến). Thậm chí có những ý kiến cơ quan lấy ý kiến cần phải phản hồi rõ ràng là có tiếp thu hay không tiếp thu và lý do tại sao. Chỉ thông qua sự phản hồi thì phương án tối ưu mới được thể hiện một cách rõ ràng, đồng thời cũng thể hiện được tính dân chủ, công khai, minh bạch của pháp luật cũng như sự trân trọng đối với người được lấy ý kiến. Đối với những ý kiến khác biệt nhau về cơ bản thì có thể tổ chức tranh luận công khai trên các diễn đàn (tham luận ở các cuộc hội thảo, bài viết trên các báo, tạp chí hoặc tranh luận trực tiếp trên đài phát thanh, truyền hình, trên mạng thông tin điện tử...).

Việc công khai, minh bạch các thông tin liên quan đến quá trình soạn thảo và ban hành văn bản quy phạm pháp luật sẽ càng làm cho pháp luật của Nhà nước ta thực sự thể hiện ý chí của nhân dân. Việc công khai này vừa thể hiện tính dân chủ vừa có mục đích tham khảo, tranh thủ ý kiến của các nhà khoa học, của nhân dân, đồng thời cũng kiểm tra được dư luận xã hội đối với dự thảo

văn bản, không gây ra những bất ngờ đối với các đối tượng chịu sự tác động của văn bản hoặc có liên quan đến văn bản. Việc công khai các ý kiến đóng góp và sự tiếp thu của cơ quan có thẩm quyền còn có tác dụng để toàn thể nhân dân biết được lý do tại sao các ý kiến được xử lý như vậy, đồng thời nhân dân cũng thấy được khả năng (năng lực) của các cơ quan đại diện cho nhân dân trong việc tiếp thu, xử lý các ý kiến đóng góp của các tổ chức, cá nhân đối với việc ban hành các văn bản quy phạm pháp luật.

Với việc công khai, minh bạch quá trình xây dựng pháp luật như trên thì công việc của các bộ phận phục vụ cho hoạt động ban hành pháp luật sẽ tăng lên rất nhiều. Trong trường hợp cần phải huy động nhiều nhân lực cho việc chuẩn bị các dự án luật quan trọng, thì nguồn bổ sung chủ yếu sẽ là cán bộ, giáo viên của các cơ sở đào tạo luật học. Việc huy động này vừa có tác dụng tận dụng được trí tuệ, công sức của đội ngũ cán bộ, giáo viên đó, vừa giúp cho họ có điều kiện hiểu sâu, nắm bắt được nhiều thông tin hơn về nội dung, tinh thần các quy định pháp luật, phục vụ công tác nghiên cứu và giảng dạy được tốt hơn.

Để phát huy được vai trò, sự đóng góp của các nhà khoa học, các hiệp hội khoa học vào sự nghiệp xây dựng và bảo vệ đất nước nói chung, vào quá trình ban hành pháp luật nói riêng thì thời gian tới, Nhà nước cần nâng cao hơn nữa hiệu quả hoạt động của các viện nghiên cứu quốc gia, các trường đại học, các hiệp hội khoa học và kỹ thuật. Phát huy tính sáng tạo, tính dân chủ trong các hoạt động khoa học và công nghệ. *"Đối với trí thức, tạo điều kiện thuận lợi để thu nhận*

*thông tin, tiếp cận các thành tựu mới của khoa học, công nghệ và văn hoá thế giới, nâng cao trình độ chính trị, kiến thức chuyên môn. Khuyến khích tự do sáng tạo, phát minh, cống hiến. Phát hiện, bồi dưỡng, sử dụng đúng và đãi ngộ xứng đáng các tài năng*<sup>3</sup>. Về phần mình, các nhà khoa học, các tổ chức và các hiệp hội khoa học Việt Nam cũng cần phải đi sâu nghiên cứu những vấn đề lớn của đất nước, khu vực và toàn cầu, giải quyết những vấn đề lý luận và thực tiễn xây dựng và bảo vệ Tổ quốc, cung cấp những luận cứ cho việc hoạch định đường lối, chiến lược, chính sách phát triển kinh tế-xã hội, phát huy nhân tố con người và văn hoá Việt Nam. Các nhà khoa học, các tổ chức và các hiệp hội khoa học Việt Nam cần chủ động tham gia tích cực, có trách nhiệm và có hiệu quả vào công tác xây dựng pháp luật của đất nước.

### **Kiến nghị**

- Bổ sung các quy định pháp luật về sự tham gia bắt buộc của các nhà khoa học vào quy trình xây dựng pháp luật, tạo điều kiện để các nhà khoa học tham gia nhiều hơn, tích cực và có hiệu quả vào việc xây dựng pháp luật;

- Nâng cao trách nhiệm của Quốc hội và các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc phân tích, đưa ra các nguyên tắc, các tư tưởng, quan điểm chỉ đạo về nội dung, phạm vi, đối tượng điều chỉnh của văn bản sẽ ban hành;

- Thành lập các ban soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật chuyên nghiệp với đội ngũ những chuyên gia tài năng có đủ năng lực và kỹ thuật chuyển hoá những tư tưởng, quan điểm chỉ đạo của các cấp có thẩm quyền thành những dự thảo văn bản quy phạm pháp luật hoàn chỉnh nhất với kỹ thuật pháp lý cao nhất;

- Cung cấp cho các nhà khoa học những thông tin cần thiết và có cơ chế dân chủ thực sự bảo đảm để nhà khoa học có thể góp được những ý kiến có giá trị, thiết thực vào việc xây dựng, hoàn chỉnh hệ thống pháp luật của đất nước.

- Công khai hoá, dân chủ hoá quá trình xây dựng pháp luật. Bảo đảm cơ chế tranh luận công khai, phản hồi bắt buộc của những người lấy ý kiến đối với những người góp ý kiến vào việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

- Đổi mới chính sách đào tạo, sử dụng và đãi ngộ đội ngũ trí thức, trọng dụng và tôn vinh nhân tài trong xây dựng pháp luật.

- Sử dụng hợp lý nguồn kinh phí cho quá trình xây dựng pháp luật. Nhà nước có thể sẽ tốn thời gian, tiền của, công sức nhiều hơn, nhưng với sự tham gia nhiệt tình, có trách nhiệm của các nhà khoa học thì chắc chắn sẽ ban hành được các văn bản quy phạm pháp luật có chất lượng cao.

*\*TS, Đại học Luật Hà Nội*

---

<sup>3</sup> ) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IX, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2001, tr.125-126.

# **Pháp luật đầu tư xây dựng ở nước ta: Thực trạng và giải pháp**

*Bùi Sĩ Hiền\**

*Có một thực tế hiện nay là số lượng văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh hoạt động đầu tư xây dựng ở nước ta nhiều nhưng rất chông chéo, thiếu tính đồng bộ, hệ thống. Quản lý nhà nước về hoạt động đầu tư nói chung, đầu tư xây dựng nói riêng, vẫn đang bộc lộ nhiều yếu kém. Phân tích về thực trạng và nguyên nhân của những hạn chế này, tác giả cho rằng, đã đến lúc chúng ta cần ban hành Luật Đầu tư xây dựng và quan trọng hơn là thực thi chúng một cách nghiêm chỉnh, minh bạch, tạo lực đẩy mới cho mọi thành phần kinh tế hoạt động trong lĩnh vực đầu tư xây dựng ở nước ta*

Hoạt động đầu tư xây dựng ở nước ta hiện nay đang được điều chỉnh bằng nhiều văn bản ở các cấp độ pháp lý khác nhau. Trong khi nội dung các văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng hiện hành chưa bao quát một cách có hệ thống, đồng bộ và đầy đủ các hoạt động đầu tư xây dựng trong nước, khi chúng ta chưa có Luật Đầu tư để áp dụng chung cho các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế trong nước và các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, thì Luật Khuyến khích đầu tư trong nước, Nghị quyết số 36/2004/QH11 về công tác đầu tư xây dựng cơ bản sử dụng vốn nhà nước và Nghị định số 16/2005/NĐ-CP ngày 07/02/2005 về quản lý dự án đầu tư xây dựng công trình được xem là những văn bản có tính pháp lý cao nhất, cùng với các văn bản khác do các bộ, ngành và địa phương ban hành, đã tạo thành một hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật về đầu tư xây dựng làm cơ sở pháp lý để các cơ quan quản lý nhà nước và các tổ chức, cá nhân trong nước cũng như nước ngoài thực hiện việc đầu tư và quản lý nhà nước về đầu tư xây dựng trên phạm vi cả nước. (Xem hộp 1)

## **Hộp 1**

*Hoạt động đầu tư trực tiếp nước ngoài được điều chỉnh bởi Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam và hệ thống các văn bản hướng dẫn thi hành như Nghị định số 24/2000/NĐ-CP ngày 31/7/2000, Nghị định số 27/2003/NĐ-CP ngày 19/3/2003, Nghị định số 62/1998/NĐ-CP ngày 15/8/1998.*

*Hoạt động đầu tư sử dụng các nguồn vốn trong nước được điều chỉnh bởi Luật Khuyến khích đầu tư trong nước và Nghị định số 16/2005/NĐ-CP ngày 07/02/2005 về quản lý dự án đầu tư xây dựng công trình, thay thế các quy định về hoạt động xây dựng tại Quy chế quản lý đầu tư và xây dựng ban hành kèm theo các Nghị định của Chính phủ: số 52/1999/NĐ-CP ngày 08/07/1999, số 12/2000/NĐ-CP ngày 05/05/2000, số 07/2003/NĐ-CP ngày 30/01/2003; thay thế các nội dung về đấu thầu xây dựng quy định tại Quy chế đấu thầu ban hành kèm theo các Nghị định của Chính phủ: số 88/1999/NĐ-CP ngày 01/9/1999, số 14/2000/NĐ-CP ngày 05/5/2000 và số 66/2003/NĐ-CP ngày 12/6/2003.*

*Hoạt động đầu tư ra nước ngoài của doanh nghiệp Việt Nam được điều chỉnh bởi Nghị định số 22/1999/NĐ-CP ngày 14/4/1999.*

*Chính phủ ban hành các Nghị định số 17/2001/NĐ-CP ngày 04/5/2001 v/v ban hành Quy chế quản lý và sử dụng nguồn hỗ trợ phát triển chính thức (ODA); Nghị định số 77/1997/NĐ-CP ngày 18/6/1997 v/v quản lý đầu tư theo hình thức BOT trong nước; Nghị*

*định số 36/1997/NĐ-CP ngày 24/4/1997 v/v ban hành Quy chế Khu công nghiệp, Khu chế xuất và Khu công nghệ cao; Nghị định 106/2004/NĐ-CP ngày 01/4/2004 thay thế Nghị định số 43/1999/NĐ-CP ngày 29/6/1999 về tín dụng đầu tư phát triển của Nhà nước; Nghị quyết số 01/2005/NQ-CP (Phần II) ngày 14/01/2005 v/v nâng cao hiệu quả đầu tư, chống thất thoát và lãng phí trong đầu tư.*

*Tại kỳ họp thứ sáu, Quốc hội khoá XI thông qua Nghị quyết số 36/2004/QH11 về công tác đầu tư xây dựng cơ bản sử dụng vốn nhà nước, v.v*

### **1. Những mục tiêu đạt được.**

Một số mục tiêu chủ yếu đã đạt được trong tổ chức quản lý nhà nước về đầu tư xây dựng là:

*Một là, tạo điều kiện đưa hoạt động đầu tư xây dựng trong cả nước đi vào trật tự và thích ứng với nền kinh tế thị trường mở cửa, hợp tác và hội nhập. Khuyến khích nhiều thành phần kinh tế huy động các nguồn lực đầu tư phù hợp với chiến lược và quy hoạch phát triển kinh tế - xã hội trong từng thời kỳ phát triển, đẩy nhanh tốc độ tăng trưởng kinh tế, nâng cao đời sống vật chất, tinh thần của dân theo mục tiêu của Đảng và Nhà nước đã đề ra. Tạo điều kiện cho các cơ quan nhà nước thực hiện quản lý việc sử dụng các nguồn vốn đầu tư nhà nước đúng mục tiêu, phù hợp với quy hoạch, kế hoạch, phát huy được hiệu quả, góp phần xoá đói giảm nghèo và chuyển dịch cơ cấu nền kinh tế thị trường định hướng XHCN theo hướng đẩy mạnh công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước.*

*Hai là, từng bước hoàn thiện, nâng cao chất lượng công tác quy hoạch ngành và quy hoạch vùng lãnh thổ; góp phần cải tiến công tác kế hoạch hoá theo hướng gắn với các yếu tố thị trường, tăng thêm quyền tự chủ cho các cơ sở và doanh nghiệp trong hoạt động đầu tư phát triển, huy động và sử dụng có hiệu quả các nguồn lực của đất nước vào quá trình đầu tư.*

*Ba là, góp phần cải cách một bước các thủ tục hành chính trong quản lý đầu tư, thực hiện phân cấp, giao quyền, tạo chủ động mạnh hơn cho các bộ, ngành và địa phương về thẩm quyền và trách nhiệm trong việc quyết định chủ trương và phê duyệt dự án đầu tư cũng như bố trí vốn đầu tư thực hiện các công trình dự án không phân biệt dự án nhóm A, B, C.*

Trong hoạt động đầu tư xây dựng công trình, các cơ quan quản lý nhà nước không còn trực tiếp quyết định đầu tư các dự án mang tính sản xuất - kinh doanh. Nhà nước chỉ thực hiện cơ chế giám sát, kiểm tra, đánh giá, quản lý đầu tư theo quy hoạch. Quản lý nhà nước đối với hoạt động đầu tư xây dựng không phải là làm một dự án đầu tư cụ thể, mà phải quản lý cả xã hội trong hoạt động đầu tư, phải nghĩ ra những cách thức phù hợp nhằm cải thiện tình hình xã hội trong hoạt động đầu tư. Quản lý nhà nước về đầu tư xây dựng là làm ra pháp luật về đầu tư xây dựng, tạo ra khung pháp lý, đưa ra các tiêu chuẩn, quy phạm, tiêu chí về đầu tư, chất lượng, tiến độ, tiền vốn, tổ chức bộ máy... giúp đỡ, hướng dẫn, kiểm tra, đôn đốc, giám sát và chấn chỉnh toàn bộ quá trình đầu tư từ khâu quy hoạch, kế hoạch đến khâu thực hiện các dự án đầu tư cụ thể và đồng thời, phải hướng dẫn, kiểm tra việc thực hiện pháp luật về đầu tư xây dựng trong toàn xã hội<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Xem thêm Nghị định số 16/2005/NĐ-CP ngày 07/02/2005



## 2. Những mặt hạn chế

Bên cạnh những kết quả đạt được, thực tiễn quá trình thực hiện đầu tư xây dựng những năm qua cũng đã nảy sinh nhiều vấn đề cần phải được xem xét, sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện nhằm đáp ứng được yêu cầu về quản lý đầu tư xây dựng giai đoạn hiện nay. Điều đó thể hiện ở một số điểm chủ yếu sau đây:

*Một là*, các văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng thời gian qua, chủ yếu là văn bản dưới luật, trong đó không ít nội dung quy định chưa nhất quán, chưa đủ cụ thể, thiếu các chế tài đủ mạnh, thậm chí còn nhiều nội dung mâu thuẫn, chồng chéo, chấp vá, thiếu thống nhất, đồng bộ và không ổn định. Chỉ trong một thời gian ngắn (hơn 20 năm), trong một lĩnh vực quản lý nhà nước về đầu tư và xây dựng, đã có tới 08 văn bản quy phạm pháp luật ở cấp Chính phủ được lần lượt ban hành, bổ sung thay thế cho nhau, chưa kể đến sự thay đổi, thay thế của các quyết định, thông tư và chỉ thị của các bộ, ngành và địa phương ban hành liên quan đến đầu tư xây dựng. Việc thay đổi, thay thế này, mặt tốt, làm cho pháp luật kịp thời phù hợp với tình hình mới, song cũng gây nên tình trạng bất ổn định trong quá trình quản lý nhà nước bằng pháp luật và theo pháp luật.

*Hai là*, việc thực hiện phân cấp, giao quyền là nhằm tạo chủ động nhiều hơn cho các bộ, ngành, địa phương trong quyết định chủ trương và phê duyệt dự án đầu tư; yêu cầu đầu tư phải quyết liệt, tập trung, đúng thời cơ, đúng tiến độ, tiết kiệm, hiệu quả cao, ngăn chặn lãng phí, thất thoát và phù hợp với tiến trình cải cách hành chính của đất nước. Những nội dung nêu trên, cần được hoàn thiện hơn cho phù hợp với yêu cầu quản lý nhà nước về đầu tư xây dựng, một mặt, tạo ra sự thông thoáng về cơ chế, đơn giản hóa về thủ tục, mặt khác, bảo đảm sự đối xử công bằng giữa các thành phần kinh tế, bảo đảm công khai, minh bạch, rõ ràng, chặt chẽ và có hiệu quả đối với từng nhiệm vụ quản lý cụ thể. Quy chế quản lý đầu tư và xây dựng thời gian qua chưa đáp ứng của yêu cầu này, cụ thể là :

- Chưa phân biệt rõ nội dung quản lý nhà nước và quản trị doanh nghiệp (quản lý vĩ mô và quản lý tác nghiệp) về đầu tư xây dựng; chưa làm rõ yêu cầu về quản lý đầu tư đối với doanh nghiệp nhà nước. Cơ chế phân công, phân cấp, phối hợp trong quản lý nhà nước về đầu tư xây dựng hiện nay chưa rõ ràng, cụ thể, chưa đề cao trách nhiệm các bộ, ngành và địa phương, nhất là về trách nhiệm cá nhân.

- Chưa quy định đầy đủ và chưa phân định rõ ràng quyền và trách nhiệm của các chủ thể tham gia quá trình đầu tư xây dựng: giữa chủ đầu tư, người có thẩm quyền quyết định đầu tư, tổ chức tư vấn, nhà thầu, ban QLDA, các cơ quan chức năng trong những khâu cụ thể của quá trình quản lý đầu tư như: quy hoạch, kế hoạch, chuẩn bị đầu tư, thực hiện đầu tư (thiết kế, quản lý dự án, đấu thầu, thanh quyết toán vốn đầu tư, v.v). Những quy định này trong các văn bản hiện hành vừa thừa, vừa thiếu, lại vừa yếu.

- Chưa làm rõ tiêu chí, tiêu chuẩn, chuẩn mực để phân bổ nguồn lực; chưa quy định rõ phương pháp đánh giá hiệu quả hoạt động đầu tư của từng ngành, từng lĩnh vực, từng địa phương phù hợp với cơ chế thị trường; chưa công khai hoá hoạt động đầu tư trong các khâu của quá trình đầu tư, đặc biệt là công khai tài chính đối với việc phân bổ, quản lý sử dụng vốn đầu tư xây dựng cơ bản thuộc nguồn vốn ngân sách nhà nước.

- Chưa chú ý tới tính chuyên nghiệp hoá của tổ chức tư vấn trong quản lý đầu tư xây dựng phù hợp với hai hình thức quản lý dự án hiện hành; chưa chú ý đúng mức tới việc tiêu

chuẩn hoá đội ngũ cán bộ tư vấn đầu tư và quản lý hoạt động tư vấn xây dựng; thiếu các quy định cụ thể về việc sử dụng tư vấn chuyên nghiệp trong các khâu chuẩn bị đầu tư, thẩm định, quản lý dự án, giám sát, đánh giá đầu tư; thiếu các quy định bảo đảm tính độc lập, khách quan, cạnh tranh lành mạnh giữa các tổ chức tư vấn, nhà thầu trong việc tham gia vào quá trình đầu tư.

- Các quy định trong quy chế về quản lý đầu tư và xây dựng chưa đáp ứng được yêu cầu cải cách hành chính về phân cấp, giao quyền, về bộ máy quản lý ở các cấp, về quy trình, thủ tục, kỷ cương hành chính trong quản lý đầu tư xây dựng. Hiện tại, việc phân cấp thẩm quyền quyết định đầu tư triệt để, song phân cấp quản lý về phê duyệt quy hoạch, kế hoạch, thiết kế, dự toán, môi trường... còn nhiều bất cập, chưa tạo điều kiện chủ động cho các cấp, các nhà đầu tư.

*Ba là*, việc chấp hành kỷ cương, kỷ luật và pháp luật trong đầu tư xây dựng chưa nghiêm túc, thể hiện sự buông lỏng trong quản lý. Nhiều cán bộ quản lý - điều hành thiếu trách nhiệm, kém phẩm chất, lợi dụng chức trách, nhiệm vụ bót xén, tham nhũng, gây thất thoát tiền của nhân dân, làm giảm chất lượng công trình. Tình trạng đầu tư dàn trải tích tụ nhiều năm chưa được khắc phục gây lãng phí lớn và dẫn đến hiệu quả sử dụng các nguồn vốn đầu tư chưa cao, đặc biệt là vốn đầu tư từ ngân sách nhà nước. Việc sử dụng vốn tín dụng đầu tư phát triển, vốn đầu tư của doanh nghiệp nhà nước kém hiệu quả, lãng phí thất thoát nhiều đã và đang diễn ra mang tính phổ biến trong thời gian qua, năm sau tăng nhiều hơn năm trước, nhưng chưa được phát hiện, báo cáo kịp thời và chưa có đủ chế tài đủ mạnh để xử lý nghiêm minh những hành vi vi phạm.

*Bốn là*, tình trạng khép kín trong quá trình đầu tư ở các bộ, ngành và địa phương còn khá phổ biến. Một số nội dung đã được đề cập trong pháp luật hiện hành về dân chủ, công khai trong quản lý về quy hoạch, kế hoạch, cân đối và phân bổ các nguồn lực (tài nguyên, đất đai, tiền vốn, lao động, trí tuệ...), quản lý khai thác các dự án, nhưng chưa có các tiêu chí cụ thể.

*Năm là*, pháp luật về đầu tư nước ngoài của chúng ta thay đổi quá nhiều, thiếu ổn định. Chỉ từ năm 1987 đến năm 2000, đã có 4 lần sửa đổi, bổ sung mà vẫn chưa thực sự hoàn thiện. Đầu tư quốc tế vào lĩnh vực xây dựng thời gian qua chiếm tỷ trọng cao trong tổng mức đầu tư nước ngoài vào nước ta, chủ yếu là vào các công trình theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam. Các nhà thầu nước ngoài vào nhận thầu xây dựng và/hoặc tư vấn xây dựng công trình tại Việt Nam ngày càng nhiều, phù hợp với xu thế tiến tới hội nhập, song, các văn bản pháp luật về lĩnh vực này còn thiếu và chất lượng chưa cao, tạo tư tưởng không yên tâm của nhà đầu tư nước ngoài, gây tâm lý nhà đầu tư hiện nay là phải thăm dò, chờ đợi ...

### **3. Nguyên nhân chủ yếu**

Một số nguyên nhân chủ yếu dẫn đến tình trạng kém hiệu quả trong quản lý đầu tư xây dựng là:

- Chất lượng các văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng còn nhiều bất cập;
- Việc thực hiện các văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng chưa nghiêm;

- Công tác quản lý đầu tư xây dựng ở các ngành, các cấp, ở nhiều cán bộ còn nhiều yếu kém;

- Công tác thanh tra, kiểm tra, giám sát, đánh giá về đầu tư xây dựng chưa được triển khai tốt ở các cơ quan nhà nước, các ngành, các cấp và địa phương.

#### **4. Một số giải pháp**

##### ***Ban hành Luật Đầu tư xây dựng chung***

Trên cơ sở xác định và phân định rõ chức năng, quyền hạn và trách nhiệm của từng bộ, giữa các bộ, ngành, địa phương trong việc quản lý đầu tư xây dựng; tách bạch rõ ràng và rành mạch hơn nữa nội dung giữa quản lý hành chính nhà nước và quản trị kinh doanh ở doanh nghiệp đối với hoạt động đầu tư xây dựng; quy định rõ hơn nữa việc phân cấp, giao quyền, trách nhiệm của từng chủ thể tham gia quá trình đầu tư, cần phải triển khai ngay việc tổng rà soát, đánh giá lại và hệ thống hoá các văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng hiện hành để kịp thời sửa đổi, bổ sung, ban hành mới, hình thành một hệ thống văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng đầy đủ hơn, thống nhất hơn, đồng bộ hơn, có tính pháp lý cao hơn, sát hợp với yêu cầu đòi hỏi của thực tiễn đời sống kinh tế - xã hội, phù hợp với luật pháp về đầu tư xây dựng quốc tế hiện nay. Trước hết, cần có một văn bản riêng biệt ở cấp độ luật về đầu tư xây dựng để tạo “sân chơi chung” cho các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế trong nước và các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hoạt động. Trong đạo luật này và các văn bản hướng dẫn thi hành cần quy định rõ một số vấn đề quan trọng sau đây :

##### ***- Đối với giai đoạn chuẩn bị đầu tư***

Cần quy định công tác kế hoạch hoá đầu tư xây dựng cơ bản như một chế định đặc biệt trong các văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng ở giai đoạn trước khi chuẩn bị đầu tư. Kế hoạch hoá đầu tư xây dựng được coi là một công cụ quản lý đầu tư quan trọng nhằm bảo đảm sử dụng có hiệu quả các nguồn lực. Kế hoạch phải được công khai hóa để nhân dân biết, theo dõi, giám sát trong quá trình thực hiện đầu tư. Cũng cần quy định rõ nội dung và trình tự của công tác kế hoạch đầu tư, trong đó quy định rõ những vấn đề liên quan đến việc cấp phát vốn đầu tư từ ngân sách nhà nước nhằm bảo đảm đầu tư tập trung, đúng mục đích, đúng quy hoạch, kế hoạch được cấp có thẩm quyền phê duyệt, bảo đảm đầu tư có hiệu quả. Cần có những quy định cụ thể ngăn cấm việc cho phép đầu tư hoặc quyết định đầu tư khi chưa xác định rõ nguồn vốn, khi chưa có kết quả thẩm định dự án. Coi chỉ tiêu về số lượng công trình hoàn thành và tiến độ thực hiện các công trình là chỉ tiêu pháp lệnh trong các kế hoạch đầu tư. Coi chỉ tiêu về chất lượng công trình, về quy hoạch và tổng mức đầu tư là yêu cầu bắt buộc mà chủ đầu tư cũng phải chịu trách nhiệm. Cần quy định cụ thể về các nội dung liên quan đến việc chuẩn bị đầu tư đối với một dự án đầu tư cụ thể (từ khâu lập dự án, thẩm định, quyết định đầu tư...) nhằm bảo đảm tính khả thi và hiệu quả của dự án; cần có tiêu chí, tiêu chuẩn đánh giá hiệu quả dự án đầu tư làm cơ sở cho việc xem xét quyết định đầu tư. Công khai, minh bạch các quy định pháp luật về đầu tư xây dựng; công khai, minh bạch quá trình quản lý đầu tư xây dựng kể từ khâu chủ trương đầu tư, quyết định đầu tư, thẩm định, duyệt dự toán, khảo sát, thiết kế, đấu thầu đến nghiệm thu, thanh quyết toán; công khai các kết quả thanh tra, kiểm tra và kết quả xử lý qua thanh tra, kiểm tra. Cần có quy định cụ thể về trách nhiệm của các bộ, ngành trong việc tham gia ý kiến về dự án đầu

tư xây dựng. Các dự án được quyết định đầu tư cần được công khai hoá trên các phương tiện thông tin đại chúng.

*- Đối với giai đoạn thực hiện đầu tư*

Cần tách bạch rõ ràng và rành mạch hơn nữa nội dung giữa quản lý hành chính nhà nước và quản trị kinh doanh ở doanh nghiệp đối với hoạt động đầu tư xây dựng trong tất cả các khâu quản lý đầu tư xây dựng; xác định rõ ràng, cụ thể hơn nữa nội dung quản lý nhà nước và thẩm quyền quyết định đầu tư đối với từng loại dự án đầu tư mà Nghị định 16/2005/NĐ-CP đã quy định; làm rõ quyền hạn và trách nhiệm của từng Bộ, giữa các bộ, ngành, địa phương trong việc quản lý đầu tư xây dựng sử dụng vốn nhà nước (bao gồm vốn ngân sách, vốn tín dụng nhà nước, vốn đầu tư của các doanh nghiệp nhà nước) và vốn không phải nhà nước; quy định rõ hơn nữa việc phân cấp, giao quyền, trách nhiệm (pháp lý và vật chất) của từng chủ thể tham gia quá trình đầu tư : chủ đầu tư, nhà thầu, tư vấn thiết kế, người thẩm định, người giám sát thi công đối với chất lượng, tiến độ, giải phóng mặt bằng, lập và duyệt thiết kế - tổng dự toán, trách nhiệm về kế hoạch vốn, đấu thầu, thi công, mua sắm, lắp đặt và hạn mức chi phí được duyệt.

Quy định về trách nhiệm và thẩm quyền quyết định đối với việc thay đổi, điều chỉnh tổng mức đầu tư trên cơ sở bảo đảm hiệu quả dự án đầu tư, điều kiện và giới hạn của việc điều chỉnh tổng mức đầu tư, vì đây là những yếu tố đặc biệt quan trọng của quá trình đầu tư xây dựng. Quy định khi phê duyệt điều chỉnh dự án đầu tư phải tiến hành giám sát, đánh giá đầu tư, xác định rõ nguyên nhân khách quan, chủ quan của việc điều chỉnh dự án và biện pháp xử lý của các bên liên quan trước khi báo cáo cấp có thẩm quyền phê duyệt, điều chỉnh dự án đầu tư. Người có thẩm quyền quyết định đầu tư phải chịu trách nhiệm đối với việc điều chỉnh lại dự án do quyết định không đúng. Quy định lộ trình loại bỏ dần tình trạng khép kín trong đầu tư xây dựng cơ bản.

Trong các văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng cũng cần quy định rõ việc chấm dứt vĩnh viễn tình trạng các bộ quản lý ngành giới thiệu nhà thầu. Quy định cụ thể hơn nữa việc đấu thầu chọn chủ đầu tư, tư vấn quản lý dự án. Người có thẩm quyền quyết định đầu tư phải chịu trách nhiệm về các sai phạm trong quá trình thực hiện dự án đầu tư của nhà thầu do mình chỉ định thầu.

*- Đối với chủ đầu tư và ban quản lý dự án (đại diện chủ đầu tư)*

Trong các văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng, cần quy định rõ Chủ đầu tư đối với các dự án công. Các cơ quan quản lý hành chính nhà nước không được làm chủ đầu tư đối với các dự án công để tránh tình trạng cơ quan quản lý nhà nước vừa là chủ thể thực hiện vừa là đối tượng bị quản lý.

Tiêu chuẩn hoá cán bộ quản lý dự án (QLDA); điều kiện, tiêu chuẩn là ban QLDA, là chủ đầu tư; quy định năng lực và tính chuyên nghiệp của chủ đầu tư và ban QLDA, quyền hạn, trách nhiệm và năng lực cá nhân của từng cán bộ quản lý dự án. Các dự án có thể thuê ban QLDA; quy định rõ hơn trách nhiệm của chủ đầu tư và ban QLDA trong từng hình thức quản lý dự án cụ thể.

*- Đối với hoạt động tư vấn đầu tư xây dựng*

Cần luật hoá vấn đề trách nhiệm và chế tài trách nhiệm của các tổ chức tư vấn đối với từng dịch vụ cụ thể của quá trình đầu tư: thẩm định, giám sát, đánh giá đầu tư, quản lý dự án, đặc biệt ở khâu quản lý dự án theo hướng chuyên nghiệp hoá công tác quản lý nhằm nâng cao hiệu quả quản lý đầu tư xây dựng; luật hoá các tiêu chuẩn về năng lực, trách nhiệm nhằm bảo đảm chất lượng đội ngũ cán bộ tư vấn đầu tư xây dựng.

Cần có những quy định cụ thể chống khép kín trong đầu tư đối với hoạt động tư vấn trên nguyên tắc bảo đảm tính độc lập, khách quan trong hoạt động tư vấn, cụ thể là: các dự án của bộ, ngành này phải sử dụng tư vấn của các bộ, ngành khác trong các khâu thẩm định, giám sát đầu tư, thực hiện đầu tư xây dựng; các tổ chức tư vấn thiết kế, nhà thầu xây dựng, tư vấn giám sát của một dự án, công trình nhất thiết không được thuộc cùng một cơ quan chủ quản (bộ, ngành, tỉnh, thành phố), từng bước hình thành tổ chức tư vấn độc lập.

*- Đối với hoạt động thanh tra, kiểm tra, giám sát, đánh giá đầu tư*

Cần có quy định cụ thể về nội dung, trình tự, thủ tục thanh tra, kiểm tra, giám sát, đánh giá đầu tư. Việc giám sát đầu tư phải được thực hiện trong tất cả các khâu của quá trình đầu tư xây dựng với những nội dung cơ bản sau đây :

- Giám sát việc đầu tư theo đúng quy hoạch, kế hoạch; giám sát việc khai thác, vận hành dự án nhằm bảo đảm đầu tư tập trung, đúng định hướng, đúng mục tiêu, đạt hiệu quả.

- Giám sát khâu chuẩn bị đầu tư và quyết định đầu tư (lập dự án đầu tư, thẩm tra, thẩm định, quyết định đầu tư) nhằm bảo đảm thủ tục pháp lý và tính khả thi của các quyết định đầu tư.

- Giám sát việc thực hiện dự án đầu tư nhằm bảo đảm tuân thủ các quy định của pháp luật (thủ tục xây dựng, chất lượng, tiến độ, giải phóng mặt bằng, thực hiện phương án tái định canh, định cư, ổn định đời sống nhân dân; tổ chức đấu thầu, hoạt động xây lắp, mua sắm, giới hạn chi phí dự án...).

*- Đối với các chế tài xử lý vi phạm*

Cùng với việc đẩy mạnh phân cấp, phân quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm cho các đơn vị, bộ, ngành và địa phương trong cơ chế quản lý đầu tư xây dựng, cần quy định bổ sung đầy đủ các chế tài đủ mạnh đối với tất cả các khâu của quá trình đầu tư nhằm nâng cao trách nhiệm và xử lý kịp thời các sai phạm trong quản lý đầu tư, đồng thời khuyến khích, động viên các tổ chức, cá nhân thực hiện tốt pháp luật về đầu tư xây dựng, bảo đảm hoạt động đầu tư đúng pháp luật, có hiệu quả, ngăn chặn thất thoát, lãng phí. Quy định về trách nhiệm cá nhân của người quyết định đầu tư theo hướng :

- Chỉ quyết định đầu tư các dự án khi đã xác định rõ nguồn vốn, khi đã có kết quả thẩm định dự án, đúng quy hoạch đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt, bảo đảm hiệu quả và không trái với các quy định hiện hành về quản lý đầu tư và xây dựng.

- Người quyết định đầu tư không được kiêm nhiệm làm chủ đầu tư dự án. Người quyết định đầu tư sẽ phải xử phạt hành chính, cách chức, miễn nhiệm và chịu trách nhiệm (pháp lý, vật chất) khi quyết định những dự án đầu tư sai, gây lãng phí tiền bạc của Nhà nước.

- Người có thẩm quyền quyết định đầu tư phải chịu trách nhiệm đối với việc điều chỉnh lại dự án do quyết định không đúng, không để tình trạng người quyết định đầu tư sai nhưng vẫn đứng ngoài cuộc như hiện nay.

## ***Đổi mới quy trình soạn thảo, cơ chế thẩm tra, thẩm định và thực thi pháp luật về đầu tư xây dựng***

Cần đổi mới quy trình soạn thảo, thẩm định trước khi trình ký ban hành văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng. Chất lượng của văn bản quy phạm pháp luật phụ thuộc vào nhiều yếu tố khách quan và chủ quan khác nhau, trong đó yếu tố tuân thủ quy trình từ việc hoạch định chương trình, kế hoạch xây dựng văn bản cho đến việc soạn thảo, thẩm tra, thẩm định, xem xét thông qua và ban hành, công bố văn bản... có vai trò rất quan trọng.

Nhằm nâng cao chất lượng văn bản pháp luật nói chung, trong đó có văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng nói riêng, cần nhanh chóng đổi mới quy trình soạn thảo, thẩm tra, thẩm định trước khi trình ký ban hành, khắc phục tính cục bộ, thiếu khách quan trong việc chuẩn bị văn bản, đề cao trách nhiệm của từng cơ quan, đặc biệt là cơ quan có thẩm quyền thẩm định pháp lý trong quá trình xây dựng và trình ký ban hành, phát huy tính dân chủ, huy động trí tuệ của nhân dân để nâng cao chất lượng văn bản ngay trong quá trình soạn thảo. Cần có những văn bản quy phạm xác định nguyên tắc và cơ chế pháp lý bảo đảm sự tham gia có hiệu quả của nhân dân, của đội ngũ cán bộ công chức, các nhà khoa học, các chuyên gia và mọi lực lượng xã hội vào quá trình xây dựng và trình ban hành văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng, theo đó, các cơ quan nhà nước được giao chủ trì soạn thảo dự án, dự thảo văn bản cần tăng cường việc tổ chức lấy ý kiến đóng góp của các tầng lớp nhân dân trước khi nó được trình ban hành, đặc biệt những người là đối tượng điều chỉnh của văn bản pháp luật. Công khai hoá quá trình tiếp thu ý kiến nhân dân của các cơ quan được giao chủ trì soạn thảo văn bản.

*Về thẩm tra, thẩm định*, phải hình thành cơ chế nhằm tăng cường việc kiểm tra, thẩm định tính hợp hiến, hợp pháp, tính thống nhất đồng bộ cũng như tính khả thi và ổn định lâu dài của văn bản trước khi trình ký ban hành. Ngay trong quá trình soạn thảo, xem xét thông qua văn bản pháp luật phải khẳng định và thể chế hoá nguyên tắc: một khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền thẩm định có ý kiến chưa đồng tình thông qua dự thảo văn bản, thì phải làm rõ nguyên nhân tại sao “chưa đồng tình” trước khi ký ban hành hoặc trước khi trình cơ quan nhà nước có thẩm quyền ký ban hành. Cơ quan có thẩm quyền thẩm định cấp trên (cấp Bộ Tư pháp và cấp Chính phủ) chỉ tiến hành thẩm định các dự án, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật về đầu tư xây dựng sau khi đã có ý kiến thẩm định bằng văn bản của cơ quan có thẩm quyền thẩm định cùng cấp trình văn bản. Phải gắn kết trách nhiệm cụ thể của cơ quan có thẩm quyền thẩm định pháp lý văn bản với chất lượng và tính khả thi của văn bản khi được ban hành. Bảo đảm tôn trọng và thực hiện nghiêm minh pháp luật ban hành.

Xây dựng một hệ thống văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng đầy đủ, thống nhất, đồng bộ, hợp hiến hợp pháp, ổn định lâu dài là việc đã khó, nhưng việc bảo đảm các văn bản pháp luật đó được thực thi nghiêm chỉnh trong đời sống còn là việc khó khăn và phức tạp hơn rất nhiều. Việc tổ chức triển khai thực hiện pháp luật, đưa pháp luật vào cuộc sống là nhằm làm cho doanh nghiệp, các tổ chức, cá nhân trong nước và nước ngoài khi tham gia các hoạt động đầu tư xây dựng biết luật để tự mình tổ chức công việc đầu tư xây dựng hàng ngày theo pháp luật, đồng thời để kiểm tra lại việc làm luật, thi hành và áp dụng luật của các cơ quan và cán bộ công chức nhà nước trong tổ chức quản lý nhà nước các hoạt động đầu tư xây dựng. Bằng công tác thanh tra, kiểm tra, giám sát và thường xuyên rà soát, hệ

thống hoá, nhà nước sẽ điều chỉnh nội dung các văn bản pháp luật về đầu tư xây dựng cho sát hợp với yêu cầu đòi hỏi của quản lý, phù hợp với luật pháp quốc tế về đầu tư xây dựng, làm cơ sở pháp lý cho hoạt động của các tổ chức, cá nhân tham gia đầu tư xây dựng, góp phần nâng cao hiệu quả của quản lý nhà nước trong giai đoạn hiện nay khi đất nước ta đang tiến tới hội nhập nền kinh tế quốc tế ./.

*\*TS, Phó Vụ trưởng Vụ KHTK - Bộ Xây dựng*

## Dự thảo luật sở hữu trí tuệ

### **sự giao thoa giữa các đối tượng của Quyền Sở hữu trí tuệ**

*Nguyễn Bá Bình\**

*Dự thảo Luật Sở hữu trí tuệ (SHTT) của nước ta được xây dựng theo hướng phân chia mảng điều chỉnh cho từng loại đối tượng của quyền SHTT. Sự phân tách này tạo ra những “chỗ trống” trong dự thảo. “Chỗ trống” cần phải giải quyết là: khi một đối tượng thỏa mãn được các đặc tính của nhiều loại tài sản trí tuệ (tài sản trí tuệ “đa tính chất”) thì xử lý thế nào? Trả lời câu hỏi đó, trên cơ sở phân tích mối quan hệ giữa kiểu dáng công nghiệp (KDCN) với các đối tượng khác của quyền SHTT, tác giả kiến nghị giải pháp xử lý sự giao thoa giữa các đối tượng quyền SHTT nói chung*

#### **KDCN với sáng chế, giải pháp hữu ích**

KDCN cũng giống như sáng chế (SC) hay giải pháp hữu ích (GPHI) (Xem hộp 1) là những sản phẩm của hoạt động sáng tạo do con người thực hiện. Tuy nhiên, trong khi SC và GPHI là những ý tưởng kỹ thuật được tạo ra bằng cách sử dụng quy luật của tự nhiên và được bảo hộ theo quan điểm kỹ thuật thì KDCN được bảo hộ theo quan điểm về thẩm mỹ<sup>1</sup>.

Hộp 1: Theo Điều 782, 783, 784 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 1995 thì:

Sáng chế là giải pháp kỹ thuật mới so với trình độ kỹ thuật trên thế giới, có trình độ sáng tạo, có khả năng áp dụng trong các lĩnh vực kinh tế - xã hội.

Giải pháp hữu ích là giải pháp kỹ thuật mới so với trình độ kỹ thuật trên thế giới, có khả năng áp dụng trong các lĩnh vực kinh tế - xã hội.

Kiểu dáng công nghiệp là hình dáng bên ngoài của sản phẩm, được thể hiện bằng đường nét, hình khối, màu sắc hoặc sự kết hợp những yếu tố đó, có tính mới đối với thế giới và dùng làm mẫu để chế tạo sản phẩm công nghiệp hoặc thủ công nghiệp.

Như vậy, KDCN và SC, GPHI là những sáng tạo thuộc hai lĩnh vực khác nhau, một bên là nghệ thuật trang trí, còn một bên là kỹ thuật, do đó không thể đồng thời được hưởng hai sự bảo hộ - một sự bảo hộ của pháp luật về SC, GPHI và một sự bảo hộ của pháp luật về KDCN. Luật pháp về KDCN sẽ không được áp dụng khi hình dáng của một vật không còn có tính cách trang trí và không có tác dụng đem đến một kết quả công nghiệp, thủ công nghiệp. Tiêu chuẩn để phân biệt pháp luật áp dụng cho các đối tượng của quyền SHTT này là: nếu có thể đạt được cùng một kết quả với một hình dáng khác, thì kết quả không tùy thuộc vào hình dáng đó, lúc này hình dáng có thể bảo hộ bởi pháp luật về KDCN. Ngược lại, chỉ có hình dáng đó mới tạo được kết quả mong muốn, hình dáng không thể tách rời khỏi hiệu quả kỹ thuật, lúc này hình dáng sẽ không thể được bảo hộ bởi pháp luật về KDCN, mà phải là pháp luật về SC, GPHI<sup>2</sup>. Đây chỉ là phân tích về mặt lý thuyết, trên thực tế, việc áp dụng pháp luật rất khó khăn (ví dụ, một loại tã vệ sinh của trẻ em có thể được chủ sở hữu đăng ký dưới dạng SC, GPHI hoặc KDCN). Vì thế, pháp luật của một số nước

---

<sup>1</sup>Japan Patent Office - Asia-Pacific Industrial Property Center - JIII (2000), Sách giáo khoa về quyền SHCN, tr. 109.

<sup>2</sup>Nguyễn Mạnh Bách, Tìm hiểu Luật Dân sự - Quyền Sở hữu trí tuệ, Nxb Tổng hợp Đồng Nai, Đồng Nai 2001.



(Nhật Bản) đã quy định khả năng chuyển đổi đơn SC, GPHI thành đơn KDCN và ngược lại (Điều 13 Luật KDCN năm 1959 của Nhật Bản). Như vậy, pháp luật thực định của một số nước đã thừa nhận khả năng “mập mờ” trong việc phân định đối tượng cụ thể phải là SC, GPHI hay KDCN.

### **KDCN với nhãn hiệu hàng hoá**

Nhãn hiệu hàng hoá (NHHH) bản thân nó không có tính sáng tạo. Vì vậy, khác với pháp luật về NHHH với mục đích trực tiếp là đảm bảo duy trì uy tín kinh doanh của người sử dụng NHHH thì pháp luật về bảo hộ KDCN nhằm mục đích bảo hộ sự sáng tạo là kết quả của hoạt động sáng tạo do con người thực hiện<sup>3</sup>.

Tuy nhiên, KDCN cũng có tác dụng để phân biệt một sản phẩm này với sản phẩm khác cùng loại. Do đó, một hình hoạ hay mẫu mã có thể được sử dụng như một NHHH và được hưởng sự bảo hộ đồng thời bởi các điều khoản pháp luật về KDCN và NHHH. Ví dụ, bao bì của Mi ăn liền VIFON có thể đăng ký với tư cách là NHHH, nhưng cũng có thể đăng ký bảo hộ với danh nghĩa KDCN.

Trong các trường hợp có sự đan xen giữa KDCN với NHHH thì trường hợp NHHH ba chiều là rất phức tạp. NHHH ba chiều được thừa nhận ở rất nhiều nước trên thế giới. Pháp luật Việt Nam không đề cập rõ đến loại NHHH này nhưng nếu nhìn về mặt câu chữ thì có sự thừa nhận<sup>4</sup>. Các dấu hiệu và hình ảnh ba chiều thường tạo ra ấn tượng rất mạnh, dễ tác động và in sâu vào tâm trí người tiêu dùng nên chúng có khả năng phân biệt rất cao (Ví dụ: ngôi sao ba cánh nổi nằm trong vòng tròn của xe Mercedes, hình con sư tử đứng hai chân nổi của xe Peugeot, hình con ngựa bay đúc nguyên khối của xe Rolls-Royce). Tuy vậy, dạng điển hình nhất của các dấu hiệu hình ba chiều là hình dáng hàng hoá hoặc bao bì. Trong những trường hợp đó, nếu chúng đáp ứng được cả các điều kiện của KDCN và NHHH thì nó đều có khả năng được bảo hộ bởi luật pháp về các lĩnh vực này. Vấn đề là, trong số các điều kiện để được bảo hộ, tính khác biệt mà pháp luật về KDCN của nước ta đòi hỏi là cho mọi nhóm hàng hoá, còn đối với NHHH thì chỉ áp dụng trong cùng nhóm hàng. Hơn nữa, hiện nay pháp luật nước ta chỉ không chấp nhận bảo hộ cho NHHH tương tự với KDCN đã được bảo hộ hoặc đã nộp đơn trước (điểm g Khoản 1 Điều 6 Nghị định 63/CP ngày 24/10/1996 của Chính phủ quy định chi tiết về sở hữu công nghiệp), chứ không đòi hỏi điều tương tự với KDCN. Như vậy, để “lách luật”, với cùng đối tượng, nếu chủ sở hữu nộp đơn đăng ký NHHH trước, sau đó tiếp tục nộp đơn đăng ký bảo hộ KDCN thì cùng một lúc, nó có thể được hưởng cả hai sự bảo hộ (theo pháp luật về NHHH và theo pháp luật về KDCN).

---

<sup>3</sup>Japan Patent Office, *Sdd*, tr. 113.

<sup>4</sup>Đối với Việt Nam, quy định về NHHH ở Điều 785 BLDS không bao gồm một cách rõ ràng thuật ngữ “các dấu hiệu ba chiều” hay “hình ảnh ba chiều” vào phạm trù của NHHH. Nhưng nếu giải thích rộng ra thì thuật ngữ “hình ảnh” mà Điều 785 đề cập đến bao gồm cả hình ảnh hai chiều và hình ảnh ba chiều. Vì vậy, có thể nói, pháp luật hiện hành của nước ta cũng giống như pháp luật các nước khác đều công nhận và bảo hộ NHHH ba chiều. Tuy nhiên, các văn bản dưới luật cụ thể hoá BLDS về vấn đề này lại chưa quy định cụ thể về các điều kiện cần thiết để một NHHH ba chiều có thể được đăng ký.

## **KDCN với đối tượng của quyền tác giả**

KDCN có mối liên hệ khá mật thiết với đối tượng của quyền tác giả, đặc biệt là với tác phẩm tạo hình và tác phẩm mỹ thuật ứng dụng. Nhiều khi, một đối tượng vừa đáp ứng được tiêu chuẩn bảo hộ của một KDCN, vừa đáp ứng được tiêu chuẩn bảo hộ về quyền tác giả. Tuy nhiên, cần phải thận trọng để không bị nhầm lẫn rằng, một đối tượng cụ thể có thể thỏa mãn cả hai cơ chế bảo hộ: pháp luật về KDCN và pháp luật về bản quyền. Ví dụ, ông X sáng tạo ra một tác phẩm tạo hình, tác phẩm sẽ được bảo hộ quyền tác giả. Vậy, liệu tác phẩm này có được bảo hộ dưới danh nghĩa KDCN không?

Câu trả lời tùy vào từng trường hợp cụ thể. Trong trường hợp bình thường thì nó sẽ không thể được bảo hộ với tư cách là KDCN, ngay cả khi bức tượng được tạo ra hàng loạt. Bởi giá trị mà sản phẩm có được chỉ đơn thuần là giá trị thẩm mỹ do kiểu dáng bức tượng mang lại, việc làm ra hàng loạt bức tượng chỉ được coi là sự nhân bản tác phẩm. Tuy nhiên, nếu dùng kiểu dáng bức tượng vào việc tạo ra sản phẩm một loại đèn trang trí (gồm kiểu dáng bức tượng kết hợp với việc gắn các loại bóng đèn lên đó) thì kiểu dáng bức tượng sẽ được bảo hộ với tính chất là KDCN. Khi đó, sản phẩm không chỉ có giá trị thẩm mỹ, mà còn có giá trị sử dụng (như một chiếc đèn). Thực tế ở Việt Nam đã xảy ra một tranh chấp liên quan đến việc bảo hộ theo KDCN hay đối tượng quyền tác giả (Xem hộp 2):

Hộp 2: Bengay là một sản phẩm kem xoa bóp của nước ngoài được Bộ Y tế cấp phép lưu hành ở Việt Nam từ tháng 1/1995. Đến tháng 10/1999, sản phẩm này tiếp tục được Cục Quản lý dược Việt Nam cấp phép lưu hành. Trong khi đó, khoảng năm 2000, kem xoa bóp Gấu Misa của Công ty dược Quang Minh và Sungaz của Công ty dầu Trường Sơn mới có mặt ở thị trường Việt Nam. Bao bì sản phẩm Gấu Misa được Cục Bản quyền tác giả cấp giấy chứng nhận đăng ký bảo hộ tác phẩm nghệ thuật vào ngày 19/7/2002; Sungaz thì được Cục SHTT cấp Bằng độc quyền KDCN cho cả hộp bao bì và tuýp đựng dầu vào ngày 31/10/2003. Đến tháng 8/2004, Công ty dầu Trường Sơn cho là kem xoa bóp Gấu Misa của Công ty dược Quang Minh nhái KDCN sản phẩm Sungaz của mình nên khiếu nại lên Cục SHTT. Công ty dược Quang Minh lại tố cáo ngược lại là sản phẩm Sungaz nhái KDCN của Bengay, “không có tính mới” đối với trong nước, chứ chưa nói đến thế giới<sup>5</sup>.

Có thể thấy là vụ việc trên rất phức tạp, trong đó yếu tố làm cho vụ việc trở nên khó giải quyết hơn là tranh chấp liên quan đến cả pháp luật về bản quyền và pháp luật về KDCN. Mỗi bên đều được bảo hộ bởi một cơ chế khác nhau, vậy ai là người vi phạm? Câu trả lời thực sự khó khăn khi mà pháp luật hiện hành chưa đề cập đến giải pháp xử lý những trường hợp có sự giao thoa.

Trong những trường hợp tương tự, cần phải thấy rõ một số vấn đề cơ bản như sau:

KDCN là sáng tạo có tính chất trang trí nhưng được đem áp dụng trong sản xuất công nghiệp, thủ công nghiệp; đó là nghệ thuật ứng dụng trong công nghiệp, thủ công nghiệp.

Trên khía cạnh nghệ thuật, các hình hoạ, mẫu mã là các tác phẩm nghệ thuật được bảo hộ bởi quyền tác giả như được quy định tại Điều 745 và các điều tiếp theo đến hết Điều 772 của BLDS. Do đó, nếu một hình hoạ, mẫu mã hội đủ các tiêu chuẩn để được hưởng sự bảo hộ của pháp luật về quyền SHCN thì đồng thời cũng được hưởng sự bảo hộ của pháp luật về quyền tác giả. Ngược lại, nếu hình hoạ, mẫu mã không đủ các điều kiện của Điều 784 và

---

<sup>5</sup> Theo báo *Pháp luật TP HCM*, ngày 7/1/2005, tr.11.

các điều tiếp theo đến hết Điều 825 của BLDS 1995 thì chỉ có thể áp dụng các Điều 745 và các điều tiếp theo đến hết Điều 772 của BLDS. Chế độ bảo hộ khác nhau tùy theo người ta dựa trên cơ sở nào<sup>6</sup>.

Các đối tượng thoả mãn các điều kiện bảo hộ theo pháp luật về KDCN cũng hoàn toàn có thể được bảo hộ theo pháp luật về bản quyền. Do vậy, các KDCN có mối quan hệ với pháp luật về bản quyền. Giả định, một kiểu dáng cụ thể có các yếu tố hay các đặc điểm được bảo hộ bởi cả hai hệ thống pháp luật - pháp luật về bản quyền và pháp luật về KDCN, người sáng tạo có thể yêu cầu sự bảo hộ đồng thời của cả hai luật hay không? Nếu có, tác giả có thể viện dẫn đến sự bảo hộ của một trong hai hệ thống pháp luật hay cả hai hệ thống pháp luật cùng một lúc. Điều này cũng có nghĩa, nếu tác giả không nhận được sự bảo hộ của pháp luật về KDCN do thất bại trong việc đăng ký kiểu dáng thì vẫn có thể được sự bảo hộ của pháp luật về bản quyền, là sự bảo hộ có được mà không phải theo bất cứ thủ tục nào. Hơn nữa, sau khi đã hết thời hạn bảo hộ của kiểu dáng đã được đăng ký, kiểu dáng đó vẫn được bảo hộ theo pháp luật về bản quyền.

Do đó, cần phải phân biệt khái niệm “*đồng thời*” (cumulation) với khái niệm “*cùng tồn tại*” (co-existence). Sự cùng tồn tại của việc bảo hộ có nghĩa, người sáng tạo ra kiểu dáng (tác giả) có thể lựa chọn sự bảo hộ hoặc của pháp luật về KDCN hoặc của pháp luật về bản quyền. Nếu tác giả đã chọn một hệ thống pháp luật này thì không thể viện đến sự bảo hộ của hệ thống pháp luật kia. Nếu tác giả đã đăng ký KDCN thì khi hết thời hạn bảo hộ không thể viện đến sự bảo hộ của pháp luật về bản quyền.

Trên thế giới, thực tế, hệ thống bảo hộ đồng thời bởi cả hai hệ thống pháp luật: pháp luật về KDCN và pháp luật về bản quyền có tại Pháp và Đức; còn hệ thống cùng tồn tại có tại phần lớn các nước khác<sup>7</sup>.

### **Kiến nghị**

Như vậy, qua sự phân tích về mối quan hệ giữa KDCN với các đối tượng của quyền SHTT, theo chúng tôi, dự thảo Luật SHTT cần quy định rõ cách thức xử lý các trường hợp có sự giao thoa giữa các đối tượng quyền SHTT để việc giải quyết tranh chấp sẽ dễ dàng hơn. Cách quy định nên giống đa số các nước, đó là việc chọn pháp luật áp dụng theo cơ chế “*cùng tồn tại*” như đã đề cập ở trên. Theo đó, một đối tượng của quyền SHTT khi đã được bảo hộ theo pháp luật về đối tượng quyền SHTT này thì không thể được bảo hộ theo pháp luật về đối tượng quyền SHTT khác./.

\* *Th.s, Giảng viên ĐH Luật- Hà Nội.*

---

<sup>6</sup>Nguyễn Mạnh Bách, *S đđ.*

<sup>7</sup>Japan Patent Office - Asia-Pacific Industrial Property Center - JIII (2000), *Bảo hộ KDCN cảm nang dành cho doanh nhân*, tr. 8.

# VẪN CÒN NHIỀU LUẬN CỨ CHƯA THUYẾT PHỤC TRONG DỰ THẢO BỘ LUẬT THI HÀNH ÁN

Trần Văn Thuân\*

*Bộ luật Thi hành án là một Bộ luật lớn, điều chỉnh tất cả các lĩnh vực về thi hành án (THA). Đến nay, sau quá trình xây dựng Dự thảo, vẫn còn có những quan niệm, cách đặt vấn đề khác nhau về nhiều quy định mới của Dự án. Nhằm góp thêm ý kiến cho việc hoàn thiện Dự án Bộ luật này, tác giả trao đổi một số nội dung về mô hình quản lý nhà nước đối với THA; cơ quan quản lý; cơ quan THA và cảnh sát tư pháp*

## **1. Quản lý nhà nước về THA; mô hình cơ quan quản lý THA và cơ quan THA**

### **a) Quản lý nhà nước về thi hành án**

Theo Điều 21 dự thảo Bộ luật Thi hành án ( gọi chung là Dự thảo hay Dự án), Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước về THA dân sự, THA hình sự; Bộ Tư pháp chịu trách nhiệm trước Chính phủ thực hiện quản lý nhà nước về THA dân sự, hình sự trong phạm vi cả nước; Ủy ban nhân dân (UBND) các cấp thực hiện quản lý nhà nước về THA ở địa phương. Bên cạnh đó, Điều 22 Dự thảo quy định nhiệm vụ, quyền hạn của Bộ Tư pháp trong quản lý nhà nước về THA, trong đó có thẩm quyền quản lý hệ thống tổ chức và hoạt động, quyết định thành lập, giải thể các cơ quan THA. Trong Tờ trình về dự án Bộ luật THA ngày 19/9/2005 của Chính phủ trình Ủy ban Thường vụ Quốc hội (Tờ trình) cũng nêu việc chuyển giao “trộn gói” về tổ chức, bộ máy quản lý các trại giam, các trại

giam sang Bộ Tư pháp quản lý và trực tiếp thực hiện công tác THA phạt tù.

Việc giao Bộ Tư pháp giúp Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước về công tác THA dân sự và THA hình sự là cần thiết, nhằm tạo sự thống nhất trong công tác quản lý nhà nước về THA, đồng thời, nhằm thể chế hoá các nghị quyết của Đảng về vấn đề này.

Tuy nhiên, nội dung của việc thống nhất quản lý nhà nước và cách thức thể hiện vấn đề này như thế nào thì trong Dự thảo cũng vẫn còn có những cách hiểu chưa thống nhất. Có ý kiến cho rằng, chức năng quản lý nhà nước về THA không đồng nhất với hoạt động tổ chức thực hiện cụ thể và trực tiếp trong lĩnh vực này. Vì vậy, việc thống nhất quản lý nhà nước về công tác THA không hoàn toàn đồng nghĩa với việc trực tiếp thực hiện toàn bộ công tác đó. Xin đưa ví dụ về việc quản lý nhà nước theo hướng này trong

nhều lĩnh vực khác và xuất phát từ yêu cầu của thực tiễn (Xem Hộp 1).

Hộp 1: Trong lĩnh vực quản lý nhà nước về an ninh quốc gia, theo Luật An ninh quốc gia năm 2004, tại Điều 30- *Thống nhất quản lý nhà nước về an ninh quốc gia*, thì bên cạnh việc quy định Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước về an ninh quốc gia, Bộ Công an chịu trách nhiệm trước Chính phủ trong việc chủ trì thực hiện quản lý nhà nước về an ninh quốc gia, Luật còn quy định trách nhiệm của Bộ Quốc phòng, Bộ Ngoại giao, các bộ, cơ quan ngang bộ trong việc quản lý nhà nước về an ninh quốc gia. Đồng thời, về tổ chức bộ máy, Luật quy định các cơ quan chuyên trách bảo vệ an ninh quốc gia thuộc lực lượng Công an nhân dân và Quân đội nhân dân (Điều 22). Tương tự, trong lĩnh vực quản lý nhà nước về phòng, chống ma túy, theo quy định của Luật Phòng, chống ma túy năm 2000, thì mặc dù Bộ Công an được giao giúp Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước về phòng, chống ma túy (Khoản 2 Điều 37), nhưng trách nhiệm trực tiếp thực hiện công tác này lại được giao cho các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ như Bộ Lao động-Thương binh và xã hội, Bộ Y tế, Bộ Công nghiệp, Bộ Giáo dục và đào tạo, Bộ Nông nghiệp và phát triển nông thôn, các cơ quan Hải quan, Bộ đội biên phòng, Cảnh sát biển (các điều 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44); hoặc nhiệm vụ thống nhất quản lý nhà nước về hoạt động giám định tư pháp được giao cho Bộ Tư pháp nhưng theo quy định của Pháp lệnh giám định tư pháp năm 2004, thì việc trực tiếp thực hiện các hoạt động giám định tư pháp lại được giao cho các tổ chức giám định tư pháp thuộc Bộ Y tế, Bộ Quốc phòng, Bộ Công an thực hiện v.v...

Như vậy, thực tiễn hoạt động lập pháp trong những năm gần đây cho thấy, trong nhiều văn bản luật, pháp lệnh, nội dung quản lý nhà nước có sự khác biệt khá cơ bản

nếu so sánh với nội dung quản lý nhà nước quy định trong dự thảo Bộ luật THA. Do vậy, thực tiễn này cần được nghiên cứu, đánh giá một cách toàn diện và cần được coi là một tiêu chí, thước đo quan trọng trong xây dựng Dự án, nhằm bảo đảm thể chế hoá đầy đủ, đúng đắn các nghị quyết của Đảng.

Mặt khác, Đảng lãnh đạo Nhà nước và xã hội là một nguyên tắc hiến định có ý nghĩa đặc biệt quan trọng, nhất là trong hoạt động xây dựng pháp luật. Pháp luật, do vậy là phương tiện chủ yếu để thể chế hoá đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng. Nghị quyết Hội nghị lần thứ 3 BCHTW Đảng khoá VIII ngày 18/6/1997 về phát huy quyền làm chủ nhân dân, tiếp tục xây dựng nhà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong sạch, vững mạnh, Nghị quyết số 49 ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị đã nhấn mạnh tới yêu cầu chuẩn bị các điều kiện về cơ sở vật chất, đội ngũ cán bộ để giao cho Bộ Tư pháp giúp Chính phủ thống nhất quản lý công tác THA. Vì vậy, tình hình và kết quả cụ thể của công tác chuẩn bị này sẽ là cơ sở cho việc đưa ra các quy định mới trong Dự án về quản lý nhà nước về THA.

Hơn nữa, Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 đã chỉ rõ: "*Các dự án luật, pháp lệnh chỉ được xem xét, thông qua khi có giải trình rõ ràng về cơ chế, biện pháp, các nguồn lực bảo đảm tổ chức thực hiện.*" Có thể nói, đây là định hướng quan trọng cần quán triệt mà việc thực thi theo hướng này là nhằm tạo tiền đề để các dự án luật, pháp

lệnh khi được thông qua có thể nhanh chóng đi vào cuộc sống.

Trong khi đó, việc thay đổi mô hình tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan quản lý THA, cơ quan THA có liên quan và tác động trực tiếp đến chất lượng, hiệu quả của hoạt động THA. Điều đó đặt ra yêu cầu phải nghiên cứu, có giải trình rõ ràng để quy định về cơ cấu tổ chức, thẩm quyền cụ thể của các cơ quan, người có thẩm quyền trong hoạt động quản lý THA, hoạt động THA để đảm bảo tính thống nhất, đồng bộ trong tổ chức và hoạt động của hệ thống các cơ quan quản lý THA, cơ quan THA và đáp ứng yêu cầu thực tế của hoạt động THA.

#### ***b) Hệ thống cơ quan quản lý thi hành án***

Tờ trình và Dự thảo (Điều 24) đưa ra phương án xây dựng hệ thống cơ quan quản lý THA như sau: (Xem Hộp 2).

Hộp 2: “1. Cơ quan quản lý thi hành án thuộc Bộ Tư pháp có chức năng giúp Bộ trưởng thực hiện quản lý nhà nước về thi hành án.

2. Cơ quan thi hành án cấp tỉnh có chức năng giúp Chủ tịch Ủy ban nhân dân cùng cấp, cơ quan quản lý thi hành án thuộc Bộ tư pháp thực hiện quản lý nhà nước về thi hành án và trực tiếp tổ chức thi hành án theo thẩm quyền.

3. Cơ quan thi hành án cấp huyện có chức năng giúp Chủ tịch Ủy ban nhân dân cùng cấp, cơ quan thi hành án cấp tỉnh thực hiện quản lý nhà nước về thi hành án và trực tiếp tổ chức thi hành án theo thẩm quyền.

Chính phủ quy định cụ thể tổ chức, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của hệ thống các cơ quan quản lý thi hành án.”

Chúng tôi cho rằng, cần cân nhắc kỹ việc quy định hệ thống cơ quan quản lý THA như Dự thảo. Bởi vì, trong công tác quản lý

nhà nước về THA, các cơ quan này chỉ là cơ quan tham mưu, có chức năng giúp Bộ trưởng Bộ Tư pháp và Chủ tịch UBND cấp tỉnh, cấp huyện trong việc thực hiện hoạt động quản lý nhà nước về THA. Tham khảo Pháp lệnh THA dân sự năm 2004 cho thấy, mặc dù có quy định trách nhiệm của Chính phủ, Bộ Tư pháp, UBND cấp tỉnh, cấp huyện trong công tác quản lý nhà nước về THA, nhưng Pháp lệnh cũng không quy định hệ thống cơ quan quản lý THA riêng, mà chỉ quy định cơ quan tư pháp địa phương giúp UBND cùng cấp và cơ quan tư pháp cấp trên trong việc quản lý nhà nước về THA dân sự (Khoản 3 Điều 58 Pháp lệnh).

Bên cạnh đó, về cơ cấu tổ chức, mối quan hệ giữa cơ quan quản lý THA, cơ quan THA ở cấp tỉnh, huyện cũng cần được cân nhắc. Theo Dự thảo, ở cấp tỉnh vừa có cơ quan THA cấp tỉnh thuộc hệ thống cơ quan quản lý THA (Điều 24), vừa có cơ quan THA dân sự tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương thuộc hệ thống cơ quan THA (Điều 152), đồng thời, có cả cơ quan THA hình sự không phải phạt tù cấp tỉnh (trang 11 Tờ trình). Ở cấp huyện, vừa có cơ quan THA cấp huyện thuộc hệ thống cơ quan quản lý THA (Điều 24), vừa có cả cơ quan THA dân sự huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh thuộc hệ thống cơ quan THA (Điều 152), đồng thời, có cả cơ quan THA hình sự không phải phạt tù cấp huyện (trang 11 Tờ trình). Như vậy, theo Tờ trình và Dự thảo, thì trong công tác THA, có ba loại cơ quan thuộc hai hệ thống cơ quan khác nhau (cơ quan quản lý và cơ quan thi hành) trong cùng một cấp hành chính (cấp tỉnh, cấp huyện). Quy định này của Dự thảo chưa thống nhất với nội dung được nêu tại trang

10 của Tờ trình là “*Cơ quan thi hành án cấp tỉnh, cấp huyện vừa có chức năng tham mưu, quản lý, vừa trực tiếp tổ chức thi hành án theo thẩm quyền của mỗi cấp.*”

Ngoài ra, theo Điều 171 Dự thảo, còn có cả “*cơ quan quản lý thi hành án hình sự có thẩm quyền*”. Trong khi đó, các vấn đề về cơ cấu tổ chức, mối quan hệ công tác, phân định chức năng, nhiệm vụ... giữa các cơ quan này chưa được quy định trong Dự thảo. Do đó, để tránh sự trùng lặp, chồng chéo về tổ chức, bộ máy, chức năng, nhiệm vụ, các quy định này cần nghiên cứu để điều chỉnh lại cho phù hợp trên tinh thần cải cách hành chính.

### **c) Hệ thống cơ quan thi hành án**

Theo Tờ trình, hệ thống cơ quan THA được quy định như sau: (Hộp 3).

*Cơ quan thi hành án dân sự gồm có:* a) Cơ quan thi hành án dân sự tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; b) Cơ quan thi hành án dân sự huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh.

*Cơ quan thi hành án hình sự gồm có:* a) Hội đồng thi hành án tử hình; b) Trại giam đối với hình phạt tù; c) Cơ quan, tổ chức, Ủy ban nhân dân nơi người bị kết án làm việc hoặc cư trú đối với các hình phạt khác không phải phạt tù; d) Cơ quan thi hành hình phạt trực xuất thuộc Bộ Tư pháp; đ) Cơ quan thi hành án hình sự không phải phạt tù cấp tỉnh; Cơ quan thi hành án hình sự không phải phạt tù cấp huyện.

Dự thảo không quy định về tổ chức cơ quan THA dân sự, tổ chức THA hình sự trong quân đội.

Theo chúng tôi, mô hình tổ chức cơ quan THA có ý nghĩa quan trọng, tác động trực tiếp đến chất lượng, hiệu quả của công tác THA. Vì vậy, cần làm rõ kết quả tổng kết

thực tiễn công tác THA hình sự, THA dân sự do Bộ Công an, Bộ Quốc phòng thực hiện trong thời gian qua, trong đó, phải đánh giá cụ thể những ưu điểm, nhược điểm của mô hình tổ chức cơ quan THA để từ đó làm căn cứ cho việc xây dựng Dự án. Kết quả trong hoạt động thực tiễn sẽ là một trong những cơ sở quan trọng để chứng minh tính hiệu quả, hợp lý của mô hình tổ chức thực hiện. Hơn nữa, việc đổi mới về mô hình tổ chức, quản lý trong công tác THA còn nhằm phục vụ cho mục đích giải quyết những khó khăn, vướng mắc và bất cập trong công tác này, tiếp tục kế thừa những quy định mà thực tiễn đã kiểm nghiệm là còn phù hợp, có hiệu quả để pháp điển hoá trong Dự án, nhằm nâng cao hiệu quả công tác THA.

*Thành lập cơ quan thi hành hình phạt trực xuất:* Dự thảo quy định việc thành lập Cơ quan thi hành hình phạt trực xuất trong hệ thống cơ quan THA và theo Tờ trình, thì cơ quan này thuộc Bộ Tư pháp. Hiện nay, pháp luật quy định Cơ quan quản lý xuất nhập cảnh thuộc Bộ Công an là cơ quan được giao nhiệm vụ thi hành hình phạt trực xuất. Ngoài ra, Cơ quan này còn thi hành cả việc trực xuất hành chính theo quy định của Pháp lệnh xử lý vi phạm hành chính. Thực tế cho thấy, trong thời gian qua, việc thực hiện trực xuất chủ yếu là trực xuất hành chính, còn việc thi hành hình phạt trực xuất với tư cách là hình phạt chính, hoặc hình phạt bổ sung theo quy định của Bộ luật Hình sự năm 1999 hầu như chưa được thực hiện (trong thực tiễn xét xử hình sự trong thời gian qua cho thấy, toà án ít khi áp dụng hình phạt này). Do đó, trong điều kiện hiện nay, việc quy định như Dự thảo về việc thành lập riêng cơ quan thi hành hình phạt trực xuất

thuộc Bộ Tư pháp trong khi có rất ít vụ việc trực xuất hình sự phải thi hành nên chẳng cần được cân nhắc, bảo đảm tính thực sự cần thiết. Bởi vì, nếu theo phương án này, đồng thời, sẽ có hai cơ quan cùng làm nhiệm vụ trực xuất: Cơ quan quản lý xuất nhập cảnh thuộc Bộ Công an làm nhiệm vụ trực xuất hành chính, Cơ quan thi hành hình phạt trực xuất thuộc Bộ Tư pháp làm nhiệm vụ trực xuất hình sự. Điều này chưa thực sự phù hợp với chủ trương cải cách hành chính.

*Quy định trại giam là cơ quan THA phạt tù (Điều 295 Dự thảo):* theo quy định của pháp luật, hiện nay, ngoài việc chấp hành hình phạt trong các trại giam, người bị kết án phạt tù (với những điều kiện cụ thể được pháp luật quy định) còn chấp hành hình phạt tù cả trong các phân trại quản lý phạm nhân trong trại tạm giam thuộc Công an cấp tỉnh, chấp hành hình phạt tù trong buồng quản lý phạm nhân tại nhà tạm giữ của Công an cấp huyện. Đây là quy định cần thiết, nhằm đáp ứng những yêu cầu thực tiễn trong công tác quản lý tạm giam, tạm giữ lâu nay. Trường hợp chuyển các trại giam, bộ máy quản lý trại giam sang Bộ Tư pháp, thì vấn đề này nên được đặt ra và nghiên cứu để tránh gây vướng mắc, ảnh hưởng đến công tác tạm giam, tạm giữ do Bộ Công an thực hiện.

Dự án không đề cập đến tổ chức cơ quan THA trong quân đội. Nhiều ý kiến cho rằng, việc chuyển hoạt động THA trong quân đội giao cho Bộ Tư pháp thực hiện sẽ đặt ra một loạt vấn đề phải giải quyết song lại chưa được nêu ra để xử lý trong Dự thảo như: cơ chế tổ chức thi hành các bản án, quyết định của toà án quân sự các cấp, bởi vì các toà án quân sự hiện nay về cơ bản không được tổ chức theo cấp hành chính, trong khi các cơ

quan THA lại được tổ chức theo cấp hành chính (tỉnh và huyện); chức năng của viện kiểm sát quân sự các cấp trong kiểm sát hoạt động THA, kiểm sát giam, giữ; vai trò quản lý, chỉ đạo của chỉ huy các cấp đối với công tác THA... Bên cạnh đó, công tác THA trong quân đội có những điểm hết sức đặc thù liên quan đến tổ chức, hoạt động và bố trí lực lượng trong quân đội mà trong trường hợp không tổ chức cơ quan THA trong quân đội sẽ gặp rất nhiều khó khăn. Do đó, cần có phương án giải quyết những vấn đề này.

*Cơ quan THA hình sự không phải phạt tù cấp tỉnh, cơ quan THA hình sự không phải phạt tù cấp huyện:* Trong Tờ trình, các cơ quan này thuộc hệ thống cơ quan THA hình sự (điểm đ trang 11). Tuy nhiên, trong Dự thảo (chương XVI-Nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan, tổ chức THA hình sự) lại không có điều khoản nào quy định cụ thể về nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan này. Nhiều ý kiến cho rằng, việc thành lập thêm tổ chức bộ máy các cơ quan này như quy định của Dự thảo trong khi nhiệm vụ, quyền hạn của nó chưa được xác định rõ là chưa hợp lý. Mặt khác, điều đáng lưu ý liên quan đến nội dung này là, Nghị quyết 49 ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị đã đề cập đến nội dung “*xác định rõ trách nhiệm của Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn và của cơ quan chuyên môn của Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trong việc thi hành các hình phạt không phải là hình phạt tù để thực hiện nghiêm túc các bản án của Tòa án.*” Do đó, đây là vấn đề cần được tiếp tục nghiên cứu làm rõ và trao đổi thêm.

*Kinh nghiệm quốc tế,* tại trang 11 Tờ trình, Cơ quan soạn thảo có nêu “*phần lớn*



*các nước như Trung Quốc, Thái Lan, Singapore, Nhật Bản, Pháp, Mỹ, CHLB Đức, Thụy Điển, Đan Mạch, Nga, v.v... đều giao cho Bộ Tư pháp thống nhất quản lý thi hành án, kể cả quản lý THA hình sự và các trại giam*". Tuy nhiên, theo tài liệu tham khảo về *"Pháp luật THA ở một số nước trên thế giới và trong khu vực"* kèm theo Dự án, thì lại nêu rõ *"ở Singapore, việc tổ chức THA dân sự do Tòa án đảm nhiệm... Bộ phận THA thuộc Tòa án tối cao và Tòa án cấp dưới"*. Còn ở Nhật Bản, *"cơ quan THA là một cơ quan tư pháp độc lập thuộc Tòa sơ thẩm. Cơ quan THA gồm có tòa THA (là một phân tòa chuyên trách của tòa dân sự thuộc Tòa án sơ thẩm) và chấp hành viên"*. Ở CHLB Đức, *"Tòa án khu vực là cơ quan chịu trách nhiệm thi hành các bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án"* v.v... Rõ ràng, kinh nghiệm nước ngoài về vấn đề này rất đa dạng, có nhiều khác biệt và do vậy, nên được nhìn nhận, tham khảo một cách toàn diện, tổng thể, thực chất.

Bên cạnh đó, qua nghiên cứu bước đầu, có thể thấy phương án thay đổi mô hình tổ chức cơ quan quản lý THA, cơ quan THA... thực chất có liên quan chặt chẽ đến vấn đề tổ chức, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan trong bộ máy nhà nước (như Bộ Công an, Bộ Quốc phòng, Bộ Tư pháp...). Do đó, việc thay đổi về mô hình tổ chức, quản lý công tác THA cũng đồng thời đặt ra yêu cầu cần xem xét một cách tổng thể về chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền... của các cơ quan này trên cơ sở quy định của pháp luật hiện hành. Chẳng hạn, hiện nay, theo Khoản 2, Điều 111, Bộ luật Tố tụng hình sự, các điều 23, 25 Pháp lệnh Tổ chức điều tra hình sự có quy định cho

phép ngoài các cơ quan điều tra chuyên trách, trong công an nhân dân, quân đội nhân dân còn có các cơ quan khác, trong đó có Cục cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp, trại giam (thuộc Bộ Công an), trại giam (trong quân đội nhân dân) được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra. Tuy nhiên, theo quy định của Dự thảo, các cơ quan này không thuộc công an nhân dân, cũng không thuộc quân đội nhân dân, thì thẩm quyền về mặt tổ tụng của các cơ quan này sẽ được xử lý như thế nào? Vì vậy, liên quan đến phương án thay đổi về mô hình tổ chức cơ quan quản lý THA, cơ quan THA, thì việc tiến hành rà soát một cách tổng thể, toàn diện các quy định cụ thể của pháp luật về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn... của các cơ quan này để có phương án xử lý thỏa đáng cũng nên được đặt ra.

## **2. Cảnh sát tư pháp**

Vị trí, tính chất và nhiệm vụ, quyền hạn của cảnh sát tư pháp trong THA được quy định tại các điều 25, 315, 316 và 317 Dự thảo. Tờ trình nêu ra hai loại ý kiến khác nhau về mô hình tổ chức và quản lý lực lượng cảnh sát tư pháp. Dự thảo được xây dựng theo loại ý kiến thứ hai, theo đó, lực lượng cảnh sát tư pháp được thành lập và đặt dưới sự quản lý, điều động của Bộ Tư pháp, sự phân công nhiệm vụ, điều hành của các cơ quan THA và được tổ chức từ trung ương đến địa phương. Tờ trình lý giải việc thực hiện theo phương án này sẽ bảo đảm sự chủ động cho công tác THA.

Về vấn đề này, có nhiều ý kiến tán thành như quy định của Dự án với những lý do đã được nêu trong Tờ trình. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, quy định như Dự án về cảnh

sát tư pháp cần được cân nhắc thêm, vì một số lý do sau:

*Thứ nhất*, hiện nay, lực lượng cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp là lực lượng vũ trang, do Bộ Công an quản lý. Lực lượng này có nhiệm vụ bảo vệ các phiên tòa, dẫn giải người làm chứng, bắt giữ, áp giải bị can, bị cáo, người đã có quyết định THA theo yêu cầu của cơ quan tiến hành tố tụng có thẩm quyền; bảo vệ nhà tạm giữ, trại tạm giam thuộc công an nhân dân; hỗ trợ thi hành bản án, quyết định hình sự, dân sự và bản án, quyết định khác do pháp luật quy định theo yêu cầu của cơ quan THA có thẩm quyền; trực tiếp thi hành án tử hình; quản lý kho vật chứng thuộc công an nhân dân. Theo quy định của pháp luật, ngoài nhiệm vụ hỗ trợ THA, lực lượng cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp còn có một loạt các nhiệm vụ khác phục vụ cho công tác điều tra, truy tố, xét xử. Do đó, để có cơ sở thực tiễn, thì việc tổng kết về tổ chức và hoạt động của lực lượng cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp thuộc công an nhân dân trong thời gian qua, trong đó nêu cụ thể những ưu điểm, những vướng mắc, bất cập nảy sinh do vấn đề phối hợp, điều động lực lượng cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp trong mối quan hệ phối hợp với các cơ quan toà án, viện kiểm sát, và cơ quan THA (Bộ Tư pháp) là hết sức cần thiết.

Tờ trình có đưa ra lập luận là, nếu theo phương án lực lượng cảnh sát tư pháp được tổ chức trên cơ sở sắp xếp lại Cục cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp thuộc Bộ Công an, thì *“các cơ quan THA dân sự không chủ động và vẫn lệ thuộc vào sự phối hợp, điều động lực lượng của cơ quan công an trong triển khai công tác THA”* (trang 13). Tuy nhiên, nếu theo hướng này, trong trường

hợp việc quản lý, chỉ huy, điều động lực lượng cảnh sát tư pháp được giao cho Bộ Tư pháp, thì việc triển khai công tác của các cơ quan toà án, viện kiểm sát cũng khó có thể được thực hiện một cách chủ động trong trường hợp cần có sự phối hợp của cảnh sát tư pháp (theo quy định của Dự thảo thì cảnh sát tư pháp do các cơ quan THA từ trung ương đến địa phương quản lý, điều động) trong việc bảo vệ phiên tòa, hỗ trợ hoạt động xét xử v.v... Mặt khác, thực tiễn cho thấy, trong quá trình điều tra, xét xử, nhất là đối với những vụ án hình sự lớn, ngoài lực lượng cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp, còn phải huy động và có sự phối hợp giữa nhiều lực lượng của công an nhân dân tham gia trong việc bảo vệ phiên tòa, dẫn giải bị can, bị cáo. Do đó, yếu tố phối hợp trong tổ chức và hoạt động của lực lượng cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp với các lực lượng khác có vai trò quan trọng, bảo đảm để lực lượng này đảm đương hiệu quả nhiệm vụ của mình.

*Thứ hai*, việc chuyển lực lượng cảnh sát tư pháp từ Bộ Công an sang Bộ Tư pháp là việc chuyển một lực lượng vũ trang sang cho một cơ quan quản lý nhà nước có tính chất dân sự quản lý. Do đó, các yêu cầu về biên chế, kinh phí, trụ sở, cũng như các điều kiện bảo đảm về mặt vật chất khác cũng sẽ được đặt ra và yêu cầu được giải quyết thoả đáng. Xin đơn cử yêu cầu về biên chế cho công tác quản lý trại giam. Theo báo cáo của Chính phủ về công tác THA năm 2004, chỉ tính riêng trong năm 2004, Bộ Công an đã phải bổ sung thêm số lượng lớn chiến sỹ nghĩa vụ cho các trại giam; năm 2005, số lượng này lại tiếp tục tăng. Nếu giao lực lượng cảnh sát tư pháp cho Bộ Tư pháp quản

lý, vấn đề biên chế sẽ được xử lý như thế nào, có được tiếp tục bổ sung các chiến sỹ nghĩa vụ không? Điều này cần được làm rõ và có phương án xử lý theo quan điểm cải cách hành chính như đã được nêu trong Tờ trình, đồng thời, cũng phải bảo đảm phù hợp với điều kiện và khả năng thực tế hiện nay.

*Thứ ba, Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 2/1/2002 của Bộ Chính trị về một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới quy định "Thành lập Cảnh sát tư pháp trên cơ sở tổ chức và lực lượng hiện có ở ngành Công an để chuyên làm nhiệm vụ bảo vệ phiên toà, dẫn giải bị can, bị cáo, bảo vệ trại giam, trại tạm giam, nhà tạm giữ, hỗ trợ trong công tác thi hành án hình sự, dân sự...Trước mắt, Bộ Công an quản lý lực lượng Cảnh sát tư pháp."* Như vậy, theo tinh thần của Nghị quyết này, thì việc Bộ Công an tiếp tục quản lý lực lượng cảnh sát tư pháp trong giai đoạn hiện nay là hợp lý.

Từ những lý do trên, để tiếp tục thể chế hoá Nghị quyết số 08 của Bộ Chính trị, chúng tôi tán thành ý kiến: trong giai đoạn hiện nay, lực lượng cảnh sát tư pháp vẫn nên do Bộ Công an quản lý. Điều đó cũng phù hợp với chủ trương cải cách hành chính, không làm tăng biên chế, đồng thời, không gây xáo trộn về tổ chức, bộ máy, nhất là trong khi chưa có đủ cơ sở lý luận và thực tiễn có tính thuyết phục cao làm cơ sở cho việc thay đổi về mô hình tổ chức và quản lý lực lượng này./.

\* *ThS. Vụ Pháp luật- Văn phòng Quốc hội*

# Luật sư Nhà nước làm trợ giúp pháp lý

*Trong quá trình xây dựng Dự án Luật về luật sư và Pháp lệnh trợ giúp pháp lý đã có ý kiến đặt vấn đề nên có chế định luật sư công để thực hiện trợ giúp pháp lý. Đồng thời, cũng đã có nhiều ý kiến trao đổi xung quanh đề nghị này. Ủy ban Pháp luật của Quốc hội cũng đã có ý kiến ban đầu và đề nghị cung cấp thêm thông tin. Tạp chí NCLP xin giới thiệu bài viết của một nhà nghiên cứu theo quan điểm nên tổ chức luật sư công để thực hiện trợ giúp pháp lý.*

Minh Ngọc\*

## Luật sư công thực hiện trợ giúp pháp lý: một số lý do từ nhà nước và xã hội

Thực tế pháp luật về luật sư và pháp luật về trợ giúp pháp lý của một số nước trên thế giới cho thấy, song song với việc phát triển đội ngũ luật sư hành nghề tự do, nhiều nước cũng quan tâm đến việc xây dựng đội ngũ luật sư công để thực hiện trợ giúp pháp lý như: Philippin, Hàn Quốc, Nam úc, Hà Lan, Pháp, Mỹ, Israrel, Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ailen...

Tra cứu chế định về luật sư công ở những nước này, có thể tìm thấy trong luật về trợ giúp pháp lý. Pháp luật về luật sư chỉ điều chỉnh đối với luật sư hành nghề tự do, đồng thời có quy định những nguyên tắc để họ thực hiện trợ giúp pháp lý. Có nhiều lý do dẫn đến sự cần thiết quy định luật sư công làm trợ giúp pháp lý ở những nước này, trong đó có lý do truyền thống và lý do bảo đảm quyền được bào chữa của những người không đủ tiền thuê luật sư. Luật sư tư chủ yếu làm cho người có đủ tiền để trả lệ phí. Người nghèo không có tiền thuê thì nhà nước, hoặc dùng ngân sách để thuê luật sư cho họ, hoặc tổ chức đội ngũ luật sư nhà nước để đảm nhiệm công việc này thường xuyên, không phụ thuộc vào đội ngũ luật sư tư, hoặc không chủ động kinh phí bảo đảm việc thuê luật sư. Bản chất của quy định trong luật các nước về vai trò của luật sư tự do tham gia trợ giúp pháp lý là khuyến khích tinh thần tự nguyện và “trách nhiệm xã hội” của họ.

Không thể nói tới nghĩa vụ bắt buộc luật sư hành nghề tự do phải thực hiện trợ giúp pháp lý, và do đó, nhà nước không thể can thiệp bằng cách phân công công việc trợ giúp pháp lý cụ thể cho họ. Trợ giúp pháp lý về bản chất khác với hoạt động bào chữa của luật sư tư ở chỗ, nó không tạo thu nhập xứng với đầu tư trí tuệ và dịch vụ của luật sư mà là hoạt động có giá trị xã hội, bảo đảm công bằng xã hội, thuộc lĩnh vực dịch vụ công mà nhà nước phải bảo đảm cung ứng cho đối tượng đặc biệt.

Do vậy, nhiều nước có chế định luật sư công trong pháp luật trợ giúp pháp lý, vì nó phù hợp với tính chất đặc thù, nhạy cảm của hoạt động này, phù hợp với điều kiện kinh tế và chủ động trong thực hiện nhiệm vụ của nhà nước giúp cho người nghèo, những người yếu thế trong xã hội (cũng giống như có bệnh viện cho người nghèo, trường học dành cho con em các hộ nghèo, vùng nghèo).

## Lập luận ngược về luật sư công trợ giúp pháp lý

Có ý kiến cho rằng, nếu tổ chức luật sư công sẽ trái với Pháp lệnh cán bộ, công chức. Hơn nữa, trong hành nghề, luật sư cần phải độc lập nhưng do là viên chức, nên họ phải tuân theo lệnh của cấp trên. Ngoài ra, nếu vi phạm pháp luật sẽ khó áp dụng pháp luật để xử lý vi phạm (theo pháp luật về công vụ hay quy định về nghề nghiệp).

Chúng tôi cho rằng, nhìn nhận trên đây chưa đầy đủ. Cần phân biệt trách nhiệm nghề nghiệp trong quan hệ nghề luật, quan hệ tổ tụng với trách nhiệm và quan hệ hành chính. ở đây, cũng giống như các nghề khác: thẩm phán, điều tra viên, giám định viên, công chứng,

bác sỹ... luật sư công vừa là công chức nhưng đồng thời phải chịu trách nhiệm cá nhân về hoạt động nghề nghiệp, độc lập trước pháp luật về vụ việc nhưng họ chịu sự phân công công việc của thủ trưởng. Quan hệ phân công cũng giống như luật sư tư, độc lập về vụ việc nhưng chịu sự phân công, điều tiết công việc của Trưởng văn phòng.

Pháp lệnh cán bộ, công chức cấm cán bộ, công chức kiêm nhiệm một số nghề nghiệp tư mà nghề đó có thể làm ảnh hưởng tới hoạt động công vụ, trong đó cấm kiêm nhiệm làm nghề tư vấn pháp luật, làm luật sư hành nghề tự do. Lý do là vì cán bộ, công chức là người đang đảm nhận công vụ, nếu cho phép họ kiêm nhiệm luật sư hành nghề tự do, được nhận khách hàng, thoả thuận giá vì mục đích kiếm lời sẽ làm ảnh hưởng đến chất lượng công vụ mà cán bộ, công chức đó đang đảm nhận, không làm tròn trách nhiệm công vụ. Mặt khác, ở cương vị thực hiện công vụ, người đó có nguy cơ lợi dụng vị trí công tác để trục lợi, làm ảnh hưởng đến hoạt động bình thường của nhà nước. Đó là lý lẽ thuyết phục của quy định cấm này. Còn pháp luật trợ giúp pháp lý của các nước có luật sư công làm trợ giúp pháp lý xuất phát từ quan điểm xác định, trợ giúp pháp lý là hoạt động sự nghiệp công, là trách nhiệm của nhà nước làm cho người nghèo. Như vậy, có luật sư nhà nước chuyên trách về trợ giúp pháp lý nhưng các luật sư này cũng không được kiêm nhiệm làm luật sư tư.

Thực tiễn ở nước ta, cán bộ, công chức không được kiêm làm Giám đốc doanh nghiệp tư nhân nhưng lại được làm Giám đốc doanh nghiệp nhà nước chuyên trách trong một số lĩnh vực. Ngay cả trong hệ thống y tế, chúng ta cũng có bác sỹ làm việc tại các bệnh viện công lập và các bác sỹ tư; vấn đề này cũng diễn ra tương tự tại hệ thống giáo dục quốc dân, có cả trường công và trường tư, người làm việc trong cơ sở công là viên chức nhà nước, còn người làm trong cơ sở tư thì không là người hành nghề tự do cũng không là viên chức.

Vậy cho phép luật sư công thực hiện trợ giúp pháp lý có mâu thuẫn với nguyên tắc độc lập của luật sư không? Chúng tôi cho rằng, không có sự mâu thuẫn, vì trước hết, khi hành nghề họ phải tuân theo các quy định của pháp luật và chịu trách nhiệm cá nhân về các công việc mà họ đảm nhận theo chức trách của mình. Vị thế của luật sư công trong trợ giúp pháp lý cũng tương tự như hoạt động xét xử của thẩm phán, đều chịu sự điều chỉnh của pháp luật về cán bộ, công chức theo chế độ công vụ, đồng thời khi tiến hành hoạt động nghề nghiệp, họ phải được độc lập và chỉ tuân theo pháp luật; nếu vi phạm quy tắc nghiệp vụ thì bị kỷ luật nghề nghiệp, nếu vi phạm quy chế công vụ bị xử lý theo quy chế công chức, nếu phạm tội phải chịu trách nhiệm theo pháp luật hình sự.

Hiện nay, trợ giúp pháp lý là một loại hình dịch vụ công (*Theo Quyết định số 181/2005/QĐ-TTg ngày 19/7/2005 của Thủ tướng Chính phủ về phân loại, xếp hạng các tổ chức sự nghiệp dịch vụ công*), thuộc trách nhiệm của nhà nước, do nhà nước chịu trách nhiệm cung ứng thì những người làm việc trong các tổ chức trợ giúp pháp lý của nhà nước nên là đội ngũ viên chức nhà nước.

### **Sự phù hợp với chủ trương xã hội hoá:**

Chủ trương xã hội hoá mà nước ta đang thực hiện không phải là tư nhân hoá và cũng không phải là, nhà nước “khoán trắng” dịch vụ công cho xã hội. Xã hội hoá ở bất kỳ quốc gia nào trong bối cảnh hiện đại cũng bao gồm sự đa dạng hoá các chủ thể theo nhiều cách kết hợp đa dạng và phù hợp với giai đoạn lịch sử. Nhà nước có thể đảm nhận một số dịch vụ công và giao một số dịch vụ cho các chủ thể ngoài nhà nước thực hiện. Cũng có thể, nhà nước và xã hội cùng phối hợp thực hiện một số dịch vụ công như xã hội hoá trong lĩnh vực y tế, giáo dục, văn hoá, văn nghệ v.v.. để đáp ứng nhu cầu đa dạng của xã hội. Trong quá trình xã hội hoá này, các tổ chức sự nghiệp của nhà nước vẫn là nòng cốt để bảo đảm được năng lực điều tiết của nhà nước với các thị trường dịch vụ đặc biệt liên quan tới công bằng xã hội này. Mặt khác, luật sư tư ở Việt Nam cũng chưa đủ lớn mạnh tới mức có thể thực hiện trợ

giúp pháp lý hiệu quả. Trong bối cảnh đó, nhà nước nên có lực lượng luật sư công cùng đảm nhiệm nhiệm vụ trợ giúp pháp lý song song với việc khuyến khích trách nhiệm xã hội tự nguyện của giới luật sư tư.

Có quan điểm khác cho rằng, thành lập luật sư công là trái với chủ trương tinh giản biên chế. Nghị quyết 08/NQ -TW của Bộ Chính trị đã nêu rõ “Xác định lại biên chế cho phù hợp với yêu cầu, nhiệm vụ, tùy từng nơi, từng đơn vị, nếu do nhiệm vụ đòi hỏi thì cần tăng biên chế hợp lý để đủ sức hoàn thành nhiệm vụ”. Như vậy, phải hiểu tinh giản biên chế theo hướng cải cách hành chính là nơi nào cần giảm thì giảm, nơi nào cần tăng phải tăng cho phù hợp với nhu cầu công việc. Việc thực hiện cải cách tư pháp đã tăng đáng kể cán bộ tư pháp. Nếu tổ chức thêm luật sư công cũng không phải là tăng đồng loạt biên chế luật sư cho các tổ chức trợ giúp pháp lý, mà bồi dưỡng và đào tạo, sử dụng chính đội ngũ chuyên viên trợ giúp pháp lý trở thành luật sư công hoặc tuyển dụng luật sư tự do vào làm cho nhà nước. Thực tế đây chỉ là hoán đổi chức danh và giao đủ thẩm quyền để họ hoàn thành nhiệm vụ.

Xét về khả năng đáp ứng cung – cầu trong dịch vụ trợ giúp pháp lý cho người nghèo, có thể nhận thấy rằng, hiện nay chỉ có luật sư hành nghề tự do tham gia tố tụng, còn chế độ bào chữa viên và người đại diện hợp pháp vẫn chưa được hướng dẫn, nên người dân chỉ có một kênh dịch vụ để lựa chọn. Từ đó, không đáp ứng nhu cầu bào chữa và hỗ trợ pháp lý do thiếu luật sư và luật sư lại phân bố không đều ở các vùng miền<sup>1</sup>. Thế nhưng lại có ý kiến cho rằng, nếu có thêm đội ngũ luật sư công làm trợ giúp pháp lý thì không có nhiều việc, gây cạnh tranh trong thị trường dịch vụ pháp lý với luật sư tư, luật sư tư bị mất khách hàng; vì đến năm 2010 sẽ đào tạo được 12.500 luật sư hành nghề tự do và có thể huy động đội ngũ này vào công tác trợ giúp pháp lý. Chúng tôi thấy tính toán này khá xa thực tế. Sau bốn năm thi hành Pháp lệnh luật sư (2001), chúng ta mới có được gần 1000 luật sư trong đó có 500 luật sư chính thức và gần 500 luật sư tập sự, số lượng luật sư lại chủ yếu tập trung ở các thành phố lớn và trung tâm tỉnh lỵ. Nơi có nhiều đối tượng thuộc diện cần được trợ giúp pháp lý nhất lại là nơi thiếu luật sư nhất, đó là cấp huyện và đặc biệt là các Tòa án ở các huyện vùng nông thôn, miền núi. Hàng năm, hệ thống các cơ sở đào tạo luật của nước ta đào tạo được khoảng 3000 cử nhân luật, trong số đó không phải ai cũng muốn trở thành luật sư và hành nghề luật sư. Như vậy, trong năm năm nữa khó mà đạt tới con số 12.500 luật sư, trong khi đó phải đáp ứng nhu cầu tăng lên của trợ giúp pháp lý ở các địa phương. Riêng tính số đối tượng thuộc diện được trợ giúp pháp lý ngày càng tăng do chuẩn nghèo được nâng lên, đã có thể nhìn thấy thách thức về nguồn lực cán bộ và về thẩm quyền của các Trung tâm trợ giúp pháp lý.

Ngoài ra, nhà nước cũng cần nghiên cứu để thể chế hoá quy định bào chữa viên nhân dân, tạo điều kiện cho các tổ chức chính trị – xã hội có thể tham gia bào chữa, đại diện cho hội viên, thành viên của mình trong tố tụng.

Nếu tổ chức tốt luật sư công để thực hiện trợ giúp pháp lý sẽ có thêm một kênh dịch vụ pháp lý của nhà nước nhằm đáp ứng tốt hơn nhu cầu và tăng thêm sự lựa chọn của xã hội, bù đắp những thiếu hụt do phân bố luật sư không đều. Mặt khác, nhà nước sẽ chủ động trong việc tạo ra và cung cấp dịch vụ công tới đối tượng chính sách mà nhà nước đã khuyến khích và quy định sự trợ giúp miễn phí. Cách tiếp cận này chính là đa dạng hoá các nguồn cung cấp dịch vụ, tính xã hội hoá cao, có nhiều thành phần, chủ thể trong xã hội cùng tham gia cung ứng dịch vụ pháp luật.

Với việc mở rộng thẩm quyền xét xử vụ án hình sự cho Tòa án cấp huyện đến 15 năm tù và Bộ luật Tố tụng dân sự quy định việc chuyển nghĩa vụ chứng minh vụ việc cho các đương sự, thì nhu cầu cần có luật sư trợ giúp pháp lý là rất lớn. Nếu không có sự trợ giúp

---

<sup>1</sup> *Cả nước hiện nay mới có khoảng 3500 luật sư/82 triệu dân, tập trung chủ yếu ở các thành phố lớn và trung tâm tỉnh lỵ các tỉnh tương đối phát triển. TG*

pháp lý, những người nghèo có trình độ kém sẽ bị thiệt thòi vì không tự bảo vệ được mình trong các vụ kiện dân sự hoặc dân sự trong hình sự. Hiện nay, mới chỉ có khoảng 1/10 số vụ án có luật sư bảo vệ cho bị cáo và đương sự. Khảo sát của tổ chức SCS (*Cứu trợ nhi đồng Thụy Điển*) tại thành phố Hồ Chí Minh năm 2002<sup>2</sup> cho thấy, có luật sư chỉ trong một tháng nhận đại diện, bào chữa cho 25 vụ, như vậy, các vụ này liệu có bảo đảm chất lượng và luật sư có còn thời gian để tham gia trợ giúp pháp lý?

Cần có luật sư bên cạnh tòa án (trên 700 toà) và đặc biệt là việc tham gia tư vấn tiền tố tụng để giúp các đương sự hiểu rõ về quy trình tố tụng, bảo đảm quyền bào chữa và quyền có đại diện, khắc phục tình trạng oan sai, kháng cáo phải xử phúc thẩm nhiều, phình biên chế tòa án. Luật sư trợ giúp pháp lý là viên chức sẽ khắc phục được tình trạng thiếu luật sư, tình trạng luật sư làm không có trách nhiệm, tình trạng thiếu kinh phí trả cho luật sư, tạo ra sự chủ động cho tổ chức trợ giúp pháp lý, đáp ứng nhu cầu luật sư từ hai kênh: đội ngũ luật sư xã hội và luật sư nhà nước.

Hiện nay, đội ngũ luật sư tự do hoạt động chủ yếu với tính chất dịch vụ có thu phí và chỉ có thể thực hiện 01 - 02 vụ việc trợ giúp pháp lý/năm với mục đích từ thiện. Đội ngũ này khó có thể trợ giúp pháp lý với số lượng nhiều và có trách nhiệm được, bởi mức thù lao của nhà nước trả cao nhất chỉ là 210.000 đồng/vụ, trong khi vụ thấp nhất của luật sư tư cũng khoảng vài triệu đồng (nhà nước trả bằng khoảng 1/10 so với nhận phí từ khách hàng bên ngoài).

### **Điều kiện đảm bảo:**

Có ý kiến lo ngại rằng, luật sư công với mức lương thấp, thu nhập kém thì khó bảo đảm được chất lượng vụ việc, khó làm việc lâu dài cho nhà nước. Thực ra, luật sư dù hành nghề tự do hay làm cho nhà nước đều có mặt bằng trình độ như nhau, đều phải qua tập sự nghề và qua thi tuyển. Một vị bộ trưởng hay vụ trưởng cũng như luật sư viên chức, lương có thể thấp hơn nhiều so với bên ngoài nhưng không thể lấy thang bậc lương để đánh giá chất lượng công việc và cho rằng, lĩnh vực công lập khó thu hút được người tài. Thực tế hiện nay cho thấy, có nhiều người giỏi chấp nhận lương thấp để được làm việc trong cơ quan nhà nước, đóng góp cho xã hội, ổn định công việc và có cơ hội rèn luyện kỹ năng của mình.

Trợ giúp pháp lý cho người nghèo và đối tượng chính sách là một chủ trương đúng đắn của Đảng và nhà nước, thể hiện bản chất của dân, do dân, vì dân của chế độ ta và tính nhân bản, văn minh của yêu cầu phát triển xã hội. Vì vậy, việc thể chế hoá pháp luật để bảo đảm cho hoạt động này thực thi có hiệu quả là cần thiết, góp phần thực hiện công bằng xã hội và thúc đẩy điều kiện phát triển cơ chế tranh tụng của hoạt động tố tụng.

Mong rằng, những trao đổi trên đây phần nào lý giải sự cần thiết phải xây dựng chế định luật sư công trong hệ thống pháp luật, đồng thời giải toả một số vướng mắc, bức xúc trong quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật về nghề luật sư ở Việt Nam.

*\* Bộ Tư pháp*

---

<sup>2</sup> Báo cáo khảo sát Tom Scot -2002 của SCS. TG

## DỰ THẢO LUẬT ĐẦU TƯ

# **ĐẢM BẢO BÌNH ĐẲNG TRONG HOẠT ĐỘNG ĐẦU TƯ**

**PGS.TS. Đặng Văn Thanh**

Những năm qua, Quốc hội đã ban hành nhiều văn bản pháp luật về lĩnh vực đầu tư, tạo ra khung pháp lý quan trọng điều chỉnh các hoạt động đầu tư phù hợp với sự phát triển kinh tế-xã hội, đáp ứng từng bước yêu cầu hội nhập của nền kinh tế, tạo môi trường thuận lợi, hấp dẫn đối với các nhà đầu tư cả trong và ngoài nước. Vì vậy, việc huy động các nguồn lực đầu tư cho tăng trưởng kinh tế ngày càng hiệu quả.

Tổng vốn đầu tư huy động trong 5 năm (2001-2005) đã đạt hơn 980 nghìn tỷ đồng, chiếm hơn 37,5% tổng sản phẩm trong nước, riêng năm 2005 đạt 38,2%, góp phần quan trọng vào thành tựu tăng trưởng kinh tế (GDP) bình quân 7,5%/năm. Có thể nói, việc huy động nguồn lực đầu tư cho tăng trưởng kinh tế ngày càng gia tăng là minh chứng cho sự đúng đắn, sự thành công của đường lối đổi mới; đồng thời thể hiện tính hiệu quả của hệ thống chính sách, pháp luật về đầu tư. Luật đầu tư nước ngoài tại Việt Nam (ban hành năm 1987, sửa đổi bổ sung qua các năm 1991, 1992, 1996, 2000), Luật khuyến khích đầu tư trong nước (1997), Luật Doanh nghiệp (1999), Luật Doanh nghiệp nhà nước (2003), Luật Hợp tác xã (2003) và nhiều luật chuyên ngành khác đã tạo môi trường pháp lý ngày càng hấp dẫn và thông thoáng hơn đối với các nhà đầu tư.

Đầu tư trực tiếp từ nước ngoài đã và đang góp phần thúc đẩy công cuộc hội nhập quốc tế, mà đỉnh cao là việc Việt Nam đang tiến tới gia nhập tổ chức thương mại thế giới (WTO). Đầu tư nước ngoài chính là chất keo gắn kết Việt Nam với các nước và vùng lãnh thổ trên thế giới. Chỉ tính từ năm 1998 đến nay, cả nước đã cấp giấy phép đầu tư cho hơn 6.400 dự án, với tổng số vốn đăng ký (kể cả vốn bổ sung trong quá trình hoạt động) trên 60,5 tỷ USD. Trừ những dự án đã hết hạn hoặc giải thể, bị rút giấy phép, hiện còn 5.600 dự án, với tổng số vốn đầu tư đăng ký gần 49 tỷ USD, trong đó đã thực hiện gần 26 tỷ USD. Chỉ trong 9 tháng đầu năm 2005, vốn đầu tư trực tiếp từ nước ngoài (kể cả cấp mới và tăng thêm) đã đạt kết quả khá với 4.092,4 triệu USD, tăng 37,5% so với cùng kỳ năm ngoái, trong đó có 570 dự án được cấp giấy phép đầu tư mới với tổng số vốn đăng ký 2.643 triệu USD, tăng 10% số dự án và tăng 65% về vốn đăng ký (bình quân 4,63 triệu USD/dự án). Đó là nguồn "vốn quý" của nền kinh tế Việt Nam.

Với chính sách ưu đãi, khuyến khích, bảo đảm và hỗ trợ đầu tư của nhà nước, đã có gần 200.000 doanh nghiệp dân doanh mới được thành lập, góp phần nâng cao tỷ trọng vốn đầu tư khu vực tư nhân trong nước lên mức gần 30% tổng số vốn đầu tư phát triển, tạo hàng triệu việc làm mới cho người lao động.



Tuy nhiên, yêu cầu mới của sự nghiệp đổi mới và phát triển kinh tế- xã hội, của công cuộc đẩy mạnh công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước, chủ động hội nhập kinh tế quốc tế đã và đang đòi hỏi phải tiếp tục hoàn thiện khung khổ pháp lý và chính sách đầu tư nhằm tăng cường huy động mọi nguồn lực cả trong và ngoài nước. Với mục tiêu tăng trưởng kinh tế nhanh và bền vững, sớm đưa đất nước ra khỏi tình trạng kém phát triển, đòi hỏi tổng nguồn vốn đầu tư toàn xã hội cho kế hoạch 5 năm 2006-2010 tối thiểu phải đạt 2.200 nghìn tỷ đồng (tương đương 139,4 tỷ USD), bằng khoảng 40% GDP. Đó là một nhiệm vụ khó khăn và nặng nề. Vì vậy, chúng ta phải tiếp tục hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường, hoàn thiện hệ thống pháp luật, tạo ra môi trường đầu tư thuận lợi, đảm bảo sự bình đẳng, tự do trong đầu tư và kinh doanh, gỡ bỏ các rào cản trong nước với mở cửa hội nhập, nâng cao khả năng cạnh tranh và tạo sự hấp dẫn cho các nhà đầu tư thuộc mọi thành phần kinh tế. Cho đến nay, hệ thống pháp luật về đầu tư và môi trường kinh doanh tại Việt Nam đã được thiết lập và không ngừng hoàn thiện. Những sự khác biệt về điều kiện đầu tư, kinh doanh như điều kiện gia nhập thị trường, các yếu tố đầu vào, đầu ra và hoạt động quản lý doanh nghiệp giữa các loại hình đầu tư thuộc các thành phần kinh tế đã được thu hẹp đáng kể, thậm chí nhiều chính sách đã đạt tới sự hoà đồng. Mặc dù vậy, vẫn còn thiếu sự nhất quán về chính sách đầu tư; vẫn còn tình trạng phân biệt đối xử bất hợp lý trên văn bản hoặc trên thực tế giữa các nhà đầu tư. Thêm vào đó, sự phát triển đa dạng, năng động của các hoạt động đầu tư, của các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế đã làm bộc lộ những hạn chế và bất cập của hệ thống pháp luật. Sự hạn chế và bất cập này đã và sẽ ảnh hưởng tới việc phát huy các nguồn lực cho đầu tư phát triển. Do vậy, phải tiếp tục cải thiện môi trường đầu tư kinh doanh, môi trường pháp lý để củng cố niềm tin và khích lệ các nhà đầu tư, tạo thuận lợi để thu hút và sử dụng có hiệu quả mọi nguồn lực. Đó cũng là những đòi hỏi tất yếu khách quan của việc xây dựng và ban hành Luật Đầu tư (chung) nhằm tiếp tục hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường theo yêu cầu thực tiễn của hoạt động đầu tư và yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế. Luật Đầu tư (chung) tiếp tục thể hiện rõ hơn các chính sách ưu đãi, khuyến khích có tính cạnh tranh cao hơn, khẳng định sự đảm bảo, hỗ trợ của nhà nước đối với hoạt động đầu tư, vừa phù hợp với điều kiện kinh tế Việt Nam vừa phù hợp với lộ trình các cam kết quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc gia nhập.

Tư tưởng chỉ đạo lớn nhất trong việc xây dựng Luật Đầu tư (chung) là xoá bỏ các phân biệt đối xử bất hợp lý giữa các nhà đầu tư thuộc các thành phần kinh tế, tôn trọng quyền tự do kinh doanh, quyền tự quyết định trong quản lý của các nhà đầu tư, các nhà doanh nghiệp. Luật Đầu tư (chung) cũng đổi mới một cách căn bản phương thức quản lý của nhà nước đối với hoạt động đầu tư, hoạt động kinh doanh theo hướng hạn chế sự can thiệp hành chính, tăng cường khuyến khích, hỗ trợ, hướng dẫn và đảm bảo các điều kiện cho các nhà đầu tư, các thương nhân.

*Trước hết, Luật Đầu tư (chung) khẳng định quyền của các nhà đầu tư* được tự do kinh doanh trong các lĩnh vực, các ngành nghề mà pháp luật không cấm, được tự chủ quyết định đầu tư theo quy định của pháp luật; được đối xử bình đẳng trước pháp luật; áp

dụng nguyên tắc đối xử quốc gia, đối xử tối huệ quốc theo cam kết tại các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

**Thứ hai, về bảo đảm đầu tư:** Luật Đầu tư (chung) quy định bảo đảm đầu tư đối với vốn và tài sản; bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ; bảo đảm mở cửa thị trường và đầu tư liên quan đến thương mại; bảo đảm giá phí do nhà nước kiểm soát được áp dụng một cách thống nhất; bảo đảm lợi ích của các nhà đầu tư trong trường hợp nhà nước thay đổi chính sách, pháp luật và giải quyết tranh chấp. Luật Đầu tư (chung) khẳng định, tài sản hợp pháp của nhà đầu tư không bị quốc hữu hoá, không bị tịch thu bằng biện pháp hành chính. Trường hợp vì lý do an ninh quốc phòng, nhà nước trưng thu, trưng mua tài sản của nhà đầu tư, phải tuân thủ trình tự, thể thức và thủ tục của pháp luật, nhà đầu tư được thanh toán và bồi thường thoả đáng trên cơ sở không phân biệt đối xử giữa các nhà đầu tư.

**Thứ ba, về nguyên tắc không phân biệt đối xử:** Luật Đầu tư (chung) tạo ra một môi trường đầu tư, môi trường kinh doanh bình đẳng giữa các nhà đầu tư. Hầu hết các chế tài trong dự án Luật Đầu tư (chung) đều được thiết kế chung cho các chủ thể, không phân biệt nhà đầu tư, doanh nhân trong nước hay ngoài nước. Tất nhiên, cần phải hiểu sự bình đẳng giữa các nhà đầu tư, các doanh nhân là bình đẳng về cơ hội đầu tư, cơ hội tiếp xúc với các ưu đãi của nhà nước, bình đẳng trong các điều kiện gia nhập thị trường, quyết định đầu tư và quản lý hoạt động đầu tư... Các chế tài của Luật không hàm chứa những sự phân biệt đối xử bất hợp lý và xoá bỏ hết những quy định không bình đẳng, bất hợp lý giữa các nhà đầu tư, các nhà doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế, giữa các nhà đầu tư trong nước và ngoài nước.

Tuy nhiên, như mọi quốc gia khác, nhà nước vẫn phải có quy định về những lĩnh vực, ngành nghề kinh doanh và địa bàn đầu tư chỉ có các nhà đầu tư trong nước được đầu tư hoặc những lĩnh vực, ngành nghề mà mọi nhà đầu tư đều được đầu tư kinh doanh, nhưng đối với nhà đầu tư nước ngoài thì chỉ được đầu tư với một số điều kiện cụ thể. Đây là những phân biệt cần thiết, hợp lý của mọi quốc gia có chủ quyền và được áp dụng phổ biến ở nhiều quốc gia. nhằm bảo vệ lợi ích đặc biệt của đất nước, bảo đảm an ninh và chủ quyền, bảo hộ hợp pháp nền sản xuất trong nước. Những phân biệt đối xử này được giới hạn và sẽ giảm dần theo lộ trình tại các cam kết song phương và đa phương mà Việt Nam tham gia hoặc là thành viên. Ngoài ra, về thủ tục gia nhập thị trường, Luật Đầu tư (chung) quy định, nhà đầu tư nước ngoài lần đầu đầu tư vào Việt Nam phải có dự án đầu tư mới được thành lập tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam. Đồng thời, mọi dự án có vốn đầu tư nước ngoài có quy mô đến 300 tỷ đồng Việt Nam (trừ dự án đầu tư có điều kiện) đều phải đăng ký và được cấp giấy chứng nhận đầu tư - kinh doanh; các dự án có quy mô vốn từ 300 tỷ đồng trở lên và dự án có điều kiện phải thẩm tra để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư - kinh doanh. Trong khi đó, những dự án đầu tư trong nước có quy mô vốn từ 15 tỷ đồng Việt Nam đến dưới 300 tỷ đồng Việt Nam (trừ dự án đầu tư thuộc danh mục các lĩnh vực, ngành nghề đầu tư có điều kiện) mới phải đăng ký cấp giấy chứng nhận đầu tư. Những dự án đầu tư có điều kiện và những dự án có quy mô vốn từ 300 tỷ đồng Việt Nam trở lên mới phải tiến hành thẩm tra và cấp giấy chứng nhận

đầu tư - kinh doanh. Còn tất cả các dự án đầu tư trong nước (trừ dự án đầu tư có điều kiện) có quy mô vốn đầu tư dưới 15 tỷ đồng chỉ cần đăng ký đầu tư. Ở đây có sự phân biệt cần thiết về thủ tục đăng ký đầu tư, đăng ký chứng nhận đầu tư, thẩm tra chứng nhận đầu tư tùy theo tính chất, quy mô của dự án và tùy theo dự án của nhà đầu tư trong nước, nhà đầu tư nước ngoài. Đó là sự phân biệt cần thiết và hợp lý.

*Cuối cùng, là sự bình đẳng về quyền và nghĩa vụ của các nhà đầu tư:* Luật quy định nhà đầu tư có quyền tự chủ đầu tư - kinh doanh, tự quyết định lựa chọn lĩnh vực đầu tư, hình thức đầu tư, phương thức huy động vốn, lựa chọn và quyết định đối tác đầu tư; được kinh doanh đa ngành, xuất khẩu, nhập khẩu, quảng cáo, gia công và gia công lại; mua ngoại tệ; chuyển nhượng vốn hoặc chuyển nhượng dự án đầu tư; quyền thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất, quyền chuyển vốn và tài sản ra nước ngoài; quyền tiếp cận và sử dụng các nguồn lực về vốn, tín dụng, đất đai, tài nguyên và các quyền khác của nhà đầu tư như quyền tiếp cận thông tin kinh tế, thông tin về luật pháp, chính sách, tiếp cận các dịch vụ theo nguyên tắc không phân biệt đối xử. Luật Đầu tư cũng quy định về nghĩa vụ cơ bản của các nhà đầu tư, trước hết là sự tuân thủ luật pháp Việt Nam, thực hiện đầy đủ các thủ tục đầu tư, hoạt động đầu tư theo đúng đăng ký đầu tư, giấy chứng nhận đăng ký đầu tư. Đồng thời, phải tuân thủ nghiêm ngặt các quy định về pháp luật lao động, về bảo vệ môi trường; thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ về thuế, tài chính và các quy định của pháp luật kế toán, thống kê, kiểm toán... Đó là các nghĩa vụ mà mọi nhà đầu tư phải tuân thủ và là những quyền mà mọi nhà đầu tư được hưởng trên nguyên tắc bình đẳng, không phân biệt đối xử. Dĩ nhiên, các hoạt động đầu tư kinh doanh từ nguồn vốn nhà nước, dự án Luật đầu tư (chung) có một số quy định liên quan đến yêu cầu quản lý vốn nhà nước, trong đó nhà nước là chủ sở hữu vốn đầu tư.

Dự án Luật Đầu tư (chung) là một Dự án luật có ý nghĩa quan trọng trong việc cải thiện mạnh mẽ môi trường pháp lý kinh doanh ở Việt Nam. Dự án luật trình ra Quốc hội tại kỳ họp thứ 8 này đã phản ánh tư tưởng phát triển kinh tế của Đảng và nhà nước trong giai đoạn tới, đồng thời cũng tuân thủ khá đầy đủ quan điểm, tư tưởng chỉ đạo và yêu cầu thực tiễn đặt ra đối với việc xây dựng pháp luật. Hy vọng Luật Đầu tư (chung) được ban hành sẽ là bước đột phá mạnh cho việc thu hút và tăng nhanh nguồn lực đầu tư cho phát triển kinh tế-xã hội ở Việt Nam trong kế hoạch 5 năm 2006-2010.

# TẠP CHÍ TRONG TẠP CHÍ

**ĐỖ VĂN ĐẠI\***

**ĐỖ VĂN HỮU\*\***

## **Nhà nước và pháp luật**

**Lê Minh Tâm, *Bảo hiến, cơ chế bảo hiến và cơ chế bảo hiến ở Việt Nam, Tạp chí Luật học, số 4/2005, tr.32-37:*** Bảo hiến là một nhu cầu khách quan nhưng nó chỉ có tính hiện thực từ khi có Hiến pháp thành văn (1787). Về mô hình, cơ chế bảo hiến có thể không có cơ quan chuyên trách, trong đó thẩm quyền thực hiện các hoạt động bảo hiến thuộc nhiều cơ quan khác nhau, như Quốc hội, các Ban của Quốc hội, Tòa án... Và, có thể là một cơ quan chuyên trách như Tòa án hiến pháp, Hội đồng hiến pháp... Mặc dù bảo hiến được thừa nhận là quan trọng và có tính khách quan, nhưng mỗi nước lại có cách tiếp cận khác nhau bởi nhiều nguyên nhân. Ở nước ta, bảo hiến đã được đặt ra và tổ chức thực hiện từ khi có Hiến pháp năm 1959. Tuy nhiên, cơ chế bảo hiến của ta còn nhiều khiếm khuyết và hiệu quả chưa cao. Hiện nay, chúng ta phải tiếp tục hoàn thiện cơ chế bảo hiến. Cần tiến hành tổ chức nghiên cứu một cách cơ bản, toàn diện các vấn đề lý luận và thực tiễn để xây dựng cơ chế bảo hiến theo hướng truyền thống, hiện đại, hiệu quả; tổng kết thực tiễn tổ chức và hoạt động giám sát hiến pháp; thành lập cơ quan bảo hiến chuyên trách...

**Tạ Quang Ngọc, *Bảo vệ quyền con người tại Việt Nam: chính sách và pháp luật trong điều kiện đổi mới và hội nhập quốc tế hiện nay, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 8(208)/2005, tr.50-54:*** Theo quan điểm của Đảng và Nhà nước ta, quyền con người có tính giai cấp, đồng thời là giá trị chung của nhân loại, gắn liền với quyền dân tộc và chủ quyền quốc gia. Thời gian qua, chúng ta đã ban hành một số văn bản pháp luật nhằm đảm bảo thực thi về quyền con người. Nhưng trong quá trình xây dựng và hoàn thiện, còn có nhiều điểm chưa phù hợp với quy định của luật pháp quốc tế, trong đó có Công ước quốc tế về quyền con người. Để khắc phục những điểm chưa phù hợp trên, cần phải thường xuyên rà soát văn bản ban hành, kịp thời sửa đổi, bổ sung những điểm chưa hợp lý. Có kế hoạch tổng thể trong chiến lược xây dựng pháp luật quốc gia hàng năm và dài hạn; tham gia tích cực vào các điều ước quốc tế về quyền con người; đẩy mạnh cải cách hành chính.

**Nguyễn Thị Phương, *Vai trò của chính quyền địa phương (CQĐP) trong việc bảo đảm thực hiện quyền công dân, Tạp chí Quản lý nhà nước, số 114 tháng 7/2005, tr.18-21:*** Thẩm quyền của CQĐP trong việc đảm bảo thực hiện quyền công dân đã được quy định trong Hiến pháp và các văn bản pháp luật khác. Thẩm quyền này được thể hiện qua việc ban hành các văn bản quy phạm pháp luật, thông qua hoạt động phối hợp giữa cơ quan nhà nước ở địa phương với cơ quan bảo vệ pháp luật; qua thanh tra, kiểm tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo. Tuy nhiên, vai trò của CQĐP hiện rất hạn chế và khó có thể thực hiện một cách đầy đủ vì nhiều văn bản pháp quy khi áp dụng vào thực tế chưa đạt yêu cầu, một số cơ quan nhà nước, vì mục đích trục lợi, thường kéo dài quá mức việc giải quyết quyền lợi của công dân. Để nâng cao vai trò của CQĐP trong lĩnh vực này, cần phải phân cấp cho các cơ quan chính quyền trong việc giải quyết công việc, áp dụng chế độ trách nhiệm với cơ quan, viên chức nhà nước, tiếp tục sắp xếp, cơ cấu tổ chức các CQĐP...

**Lê Văn In và Vũ Văn Nhiên, Bàn về quan hệ công tác giữa Văn phòng UBND với các sở, ngành trong việc thực hiện chức năng tham mưu giúp việc UBND từ thực tiễn thành phố Hồ Chí Minh, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3(28)/2005, tr.15-21:** Một vấn đề đặt ra trong công cuộc cải cách hành chính ở TP HCM là phải xác định rõ mối quan hệ công tác giữa Văn phòng UBND với các sở, ngành khi cùng thực hiện chức năng tham mưu giúp việc UBND. Để làm rõ mối quan hệ này, cần xác định chức năng cơ bản, vị trí, vai trò của chúng trong lãnh đạo và quản lý. Bộ máy làm việc của Văn phòng phải được cơ cấu cho phù hợp với chức trách đã được xác định. Cần cải cách thủ tục hành chính trong việc xét duyệt tờ trình do sở, ngành, quận, huyện trình UBND. Cải tiến và nâng cao hiệu quả trong hoạt động xử lý thông tin văn bản đến và đi tại phòng hành chính thuộc Văn phòng UBND.

**Hoàng Minh Hà, Một số nội dung cơ bản của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật của HĐND, UBND, Tạp chí Luật học số 2/2005, tr.7-11:** Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật đã quy định cụ thể thẩm quyền, phạm vi ban hành VBQPPL của các cấp chính quyền địa phương, theo hướng phân công, phân định cho từng cấp; quy định trình tự, thủ tục từ giai đoạn soạn thảo đến khi ban hành văn bản; hiệu lực của văn bản. Tuy nhiên, để hoạt động ban hành VBQPPL luôn phù hợp với Hiến pháp và pháp luật, cần nâng cao chất lượng xây dựng VBQPPL; đổi mới công tác đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ cán bộ chính quyền địa phương, củng cố và phát huy vai trò của Phòng tư pháp ở quận, huyện.

**Nguyễn Minh Giao, Một số kinh nghiệm giải quyết khiếu nại, tố cáo phức tạp, đông người ở Bình Dương, Tạp chí Thanh tra, tháng 6/2005, tr.27-28:** Bình Dương là tỉnh có tốc độ phát triển kinh tế cao, số lượng công tác giải toả đền bù lớn, động chạm đến quyền lợi của hàng chục ngàn hộ dân, nên các vụ khiếu nại, tố cáo đông người, phức tạp diễn ra thường xuyên. Tuy nhiên, việc này đã được tỉnh Bình Dương tập trung giải quyết kịp thời, ổn định được tình hình chính trị-xã hội, không phát sinh điểm "nóng". Một số kinh nghiệm khi giải quyết khiếu nại, tố cáo của Bình Dương : Nội bộ phải đoàn kết, thống nhất cao vì lợi ích chung ; phát huy vai trò của hệ thống chính trị từ tỉnh tới cơ sở; thực hiện tốt quy chế dân chủ cơ sở; quan tâm tìm hiểu thấu đáo các nguyên nhân, tính chất của vụ việc; tập trung thực hiện nghiêm túc công tác đối thoại, hoà giải.

**Võ Hải Long, Vai trò của pháp luật đối với phát triển bền vững (PTBV) ở nước ta hiện nay, Tạp chí Quản lý nhà nước, số 114 tháng 7/2005, tr. 14:** PTBV là nhu cầu cấp thiết và là xu thế tất yếu trong tiến trình phát triển của xã hội loài người. Trong xã hội hiện đại, để đảm bảo PTBV, cần có sự đảm bảo của pháp luật. Trong thời gian qua, chúng ta đã ban hành nhiều quy định đảm bảo sự PTBV, nhưng các quy định vẫn còn thiếu sự phối hợp, dẫn đến chồng chéo, không đồng bộ, thiếu tính khả thi. Để khắc phục tình trạng trên, cần xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật thống nhất. Việc làm này là một quá trình lâu dài, cần có chiến lược và bước đi thích hợp và có sự đầu tư thoả đáng về nhiều mặt..

**Phạm Hồng Hải, Phòng ngừa tội phạm và tệ nạn xã hội, bảo đảm phát triển con người bền vững, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số tháng 5/2005, tr.77- 80:** Ảnh hưởng của tội phạm và tệ nạn xã hội đối với quá trình phát triển con người bền vững là ảnh hưởng có tính chất dây chuyền, vì nó không chỉ tác động đến người vi phạm mà còn ảnh hưởng xấu đến người thân của họ và tới toàn xã hội trên ba bình diện (vật chất, thể chất, tinh thần). Chính vì vậy, để tránh và giảm ảnh hưởng của nó đối với quá trình phát triển con người bền vững, trước hết cần phòng ngừa, không nên để tội phạm xảy ra mới đấu tranh chống lại.

## **Pháp luật kinh tế**

**Nguyễn Như Phát, *Góp ý Dự thảo Luật Doanh nghiệp (thống nhất)*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 7(2007)/2005, tr.24- 29:** Tính thống nhất của pháp luật về doanh nghiệp bao gồm cả nội dung và hình thức văn bản thể hiện. Các quy phạm pháp luật phải được sắp xếp một cách logic, khoa học; theo một trật tự hiệu lực, không mâu thuẫn, chồng chéo... Việc thống nhất pháp luật doanh nghiệp không nhất thiết phải đồng nghĩa với việc pháp điển hoá pháp luật doanh nghiệp. Cách làm như hiện nay chưa tạo ra một "môi trường pháp lý bình đẳng trong kinh doanh" của các loại hình doanh nghiệp. Để có chuyển biến đồng bộ trong đời sống kinh tế, cần điều chỉnh một số điều luật của Dự thảo liên quan đến tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp, đó là: thừa nhận một dạng công ty đã tồn tại trên thực tế, hoạt động như một công ty mà không hoặc chưa tiến hành đăng ký kinh doanh; xem xét lại vấn đề áp dụng pháp luật có liên quan (Điều 2 của Dự thảo); cần điều chỉnh việc quy định Công ty hợp danh có tư cách pháp nhân và một số loại ngành nghề kinh doanh phải được tổ chức theo mô hình hợp danh..

**Hải Yến, *Những nghịch lý trong chính sách tiền lương ở doanh nghiệp*, Tạp chí Thương mại, số 21 tháng 6/2005, tr.10:** Sau 20 năm đổi mới, chính sách tiền lương của chúng ta còn chứa đựng nhiều điều bất hợp lý như: lương thấp nhưng thu nhập cao; lương cao nhưng thu nhập thấp; lương cao doanh nghiệp "chết" và lương thấp doanh nghiệp cũng "chết"; tiền lương nộp bảo hiểm xã hội thật, ảo khôn lường; hệ số tiền lương và các quy định về tiền lương đang là cái "vòng tròn không lối thoát". Lý do của tình trạng này là bởi các cơ quan quản lý nhà nước về lao động và tiền lương đã can thiệp quá sâu vào công việc của doanh nghiệp. Để khắc phục những bất hợp lý trên, cần phải đảo ngược lại quy trình quản lý. Có nghĩa là cơ quan quản lý nhà nước không nên và không thể can thiệp vào công việc cụ thể của doanh nghiệp, mà chỉ cần quản lý, kiểm tra ba vấn đề sau: chấp hành quy định về ký kết hợp đồng lao động; mức tiền lương thực trả không thấp hơn mức lương tối thiểu; ban hành một định mức tổng quỹ lương bằng tỷ lệ phần trăm trên doanh thu.

**Hoàng Thị Giang, *Cấu trúc vốn của công ty cổ phần (CTCP) - Các giải pháp nhằm hoàn thiện Luật Doanh nghiệp 1999 dưới góc độ cấu trúc vốn*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 7(2007)/2005, tr.30:** Vốn là nhân tố cơ bản, là điều kiện vật chất không thể thiếu đối với chủ thể kinh doanh. Cấu trúc vốn giữ vai trò quan trọng, quyết định sự tồn tại, phát triển, ảnh hưởng tới quyền lực và phân chia lợi ích của CTCP. Dưới góc độ pháp lý, cấu trúc vốn của CTCP bao gồm vốn điều lệ và vốn vay. Trong đó, vốn điều lệ là số vốn do các thành viên góp và ghi vào điều lệ của công ty; vốn vay là nguồn vốn CTCP huy động, khai thác trên cơ sở các chính sách, chế độ của Nhà nước hoặc hợp đồng giữa CTCP với các tổ chức, cá nhân khác. Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện, Luật Doanh nghiệp năm 1999 đã bộc lộ một số bất cập đòi hỏi cần phải sửa đổi, bổ sung. Nên thống nhất việc điều chỉnh hoạt động phát hành cổ phần của CTCP vào một luật chuyên ngành; cho phép công ty được pháp hành các loại cổ phần khác ngoài các cổ phần quy định trong Luật Doanh nghiệp; quy định cụ thể hơn về việc tăng giảm vốn điều lệ; hoàn thiện các quy định việc bỏ phiếu hình thành các cấu trúc quyền lực cũng như những quyết định quan trọng của công ty...

**Nguyễn Văn Hùng, *Một số khía cạnh pháp lý về chủ thể thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) một thành viên*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3(28)/2005, tr.51-55:** Có ý kiến cho rằng, việc một cá nhân có quyền thành lập công ty TNHH một thành viên là điều bất hợp lý vì một cá nhân có quyền sở hữu riêng một công ty nhưng chỉ chịu TNHH

về hoạt động của mình, trong khi đó, một số cá nhân khác phải chịu trách nhiệm vô hạn cho các hoạt động của cùng một hình thức sở hữu. Ý kiến khác lại cho rằng, việc làm trên là cần thiết vì, sẽ tạo điều kiện cho các doanh nghiệp tư nhân có thể chuyển thành công ty TNHH... Để phát triển công ty TNHH một thành viên thì cần thực hiện một số giải pháp sau: cho phép một cá nhân có quyền thành lập công ty TNHH một thành viên; bảo đảm quyền tự do lựa chọn hình thức kinh doanh trong trường hợp chủ sở hữu công ty chuyển toàn bộ vốn điều lệ cho một cá nhân.

**Dương Anh Sơn, Sự thể hiện quyền tự do kinh doanh trong các quy định về Công ty trách nhiệm hữu hạn, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3(28) 2005, tr.46:** Luật Doanh nghiệp năm 1999 quy định, cá nhân không được quyền thành lập Công ty TNHH một thành viên đã hạn chế quyền tự do kinh doanh của cá nhân, làm cho môi trường kinh doanh không lành mạnh. Trong khi đó lại cho phép Công ty TNHH một thành viên có thể thành lập một hệ thống không hạn chế số lượng các Công ty TNHH một thành viên theo mô hình kim tự tháp. Đây là một quy định không bình thường và càng bất bình thường hơn khi không quy định mức tối thiểu của vốn điều lệ và thời hạn góp vốn. Để cho môi trường đầu tư được lành mạnh, Luật Doanh nghiệp nên quy định: Công ty TNHH một thành viên không có quyền thành lập công ty TNHH một thành viên khác. Đồng thời quy định mức tối thiểu của vốn điều lệ, thời hạn góp vốn. Cần sửa đổi quy định: trường hợp thành viên của công ty TNHH chết thì người thừa kế có thể là thành viên của công ty nếu được hội đồng thành viên của công ty chấp nhận.

#### **Pháp luật hình sự**

**Nguyễn Thiện Phú, Những vấn đề cần lưu ý khi ra một số lệnh, quyết định tố tụng trong giai đoạn điều tra các vụ án về ma túy, Tạp chí Kiểm sát số 12 tháng 6/2005, tr. 20:** Trong những năm gần đây, tình hình tội phạm ma túy diễn biến rất phức tạp với nhiều thủ đoạn tinh vi và xảo quyệt. Để điều tra loại tội phạm này, các cơ quan tiến hành tố tụng phải ban hành nhiều lệnh, quyết định bằng văn bản, như: lệnh bắt, lệnh khám xét... Khi ra các lệnh và quyết định trên, cần tuân thủ các quy định của pháp luật: đảm bảo các căn cứ, điều kiện pháp lý khi ra quyết định; phối hợp chặt chẽ giữa những người và cơ quan tiến hành tố tụng trong việc đánh giá phân tích tài liệu chứng cứ; cần rút kinh nghiệm tìm ra nguyên nhân sai sót (nếu có) trong các lệnh, quyết định sau khi vụ án kết thúc.

**Lê Cẩm, Chế định án tích và mô hình lý luận của nó trong luật hình sự Việt Nam, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 2/2005, tr.57-62:** Hiện nay ở Việt Nam chưa có quy phạm đầy đủ về án tích. Chế định này mới chỉ được quy định tại năm điều của một chương trong Bộ luật Hình sự. Xuất phát từ năm đặc điểm cơ bản của chế định án tích, nên quy định rõ khái niệm án tích, thời điểm bắt đầu và thời điểm chấm dứt án tích; không có án tích; hết án tích; xóa án tích; và các thời hạn được tính khi hết án tích, xóa án tích.

\* PGS, TS. Giảng viên trường Paris XIII, CH Pháp

\*\* Vụ xét xử dân sự, VKSNDTC