

YÊU CẦU CỦA VIỆC THÔNG NHẤT NHẬN THỨC VỀ NGUỒN PHÁP LUẬT

*Bùi Xuân Phái**

Tóm tắt: Bài viết đưa ra những quan điểm của các nhà khoa học cũng như của chính tác giả về nguồn pháp luật góp phần hướng tới nhận thức thống nhất lý luận về nguồn pháp luật, về vai trò của các nguồn pháp luật ở Việt Nam, đặc biệt là trong điều kiện hội nhập quốc tế hiện nay.

Abstract: The article presents the viewpoints of scholars and the author on the source of law with a view toward a uniform doctrinal understanding of the source of law, and the role of each source of law in Vietnam, particularly in the context of international integration.

1. Một số quan điểm về nguồn pháp luật trên thế giới

Trên thế giới, vấn đề nguồn pháp luật đã được đề cập từ rất sớm và cũng có khá nhiều quan điểm. Theo Từ điển Black's Law Dictionary: "Nguồn của pháp luật (như Hiến pháp, điều ước, đạo luật hoặc tập quán) quy định quyền lực của luật và các quyết định của Tòa án, là điểm khởi nguồn của pháp luật hoặc sự phân tích pháp lý... Trong các tài liệu luật học, vấn đề nguồn liên quan đến câu hỏi: Thẩm phán tìm được các quy định để giải quyết vụ việc ở đâu? Ở nghĩa này, nguồn của pháp luật gồm có: Các đạo luật, án lệ của Tòa án, quan điểm của các chuyên gia, đạo đức và luật công bằng... Trong các cuộc tranh luận, thông thường các nguồn khác nhau của pháp luật đã được phân tích và một số Nhà nước cố gắng tạo điều kiện thích hợp để mỗi nguồn đó có thể dẫn tới các quyết định cho các tranh luận pháp lý. Điều kỳ lạ là khi cơ quan lập pháp ban hành luật, chúng ta không nói về "các

nguồn" làm nảy sinh ra các quyết định của họ giống như các quy định pháp luật sẽ được ban hành; mặc dù sự phân tích các thuật ngữ này có thể làm sáng tỏ hơn so với khuynh hướng trực tiếp hướng tới chức năng được thực hiện bởi các thẩm phán. Điều quan tâm ở đây là từ "nguồn" nếu hiểu theo nghĩa rộng hơn so với nghĩa thông thường trong các tài liệu luật học... Trong phạm vi nghiên cứu pháp lý, thuật ngữ "các nguồn của pháp luật" nói đến ba khái niệm khác nhau. Một, nguồn của pháp luật có thể nói đến nguồn gốc của các khái niệm và tư tưởng pháp lý... Hai, nguồn của pháp luật có thể nói đến các cơ quan, tổ chức chính phủ đã tạo ra các quy định pháp luật... Ba, nguồn của pháp luật có thể nói đến những quy định của pháp luật đã được công bố rõ ràng. Những cuốn sách, cơ sở dữ liệu máy tính, đĩa máy tính và tất cả những phương tiện thông tin khác có chứa đựng các thông tin về pháp luật đều là nguồn của pháp luật"¹. Theo quan điểm

¹ Xem: *Black's Law Dictionary*. Seventh Edition. Bryan A, Garner. Editor in Chief. ST. PAUL, MINN, 1999, tr. 1041.

* TS., Đại học Luật Hà Nội.

này, nguồn pháp luật có thể được nhận thức từ những nghĩa khác nhau tùy quan hệ được xét tới cả về nghĩa rộng và hẹp. Nguồn pháp luật theo nghĩa rộng được xác định có liên quan đến các căn cứ hình thành khái niệm, các tư tưởng pháp lý, các chủ thể ban hành pháp luật, các căn cứ pháp lý và cả những gì chứa đựng các căn cứ pháp lý, các quyết định của Tòa án, cơ sở hình thành pháp luật (điểm khởi nguồn của pháp luật) hay các lập luận, phân tích pháp lý. Theo nghĩa hẹp, nguồn pháp luật được hiểu là tất cả những gì chứa đựng các quy định mà các thẩm phán dựa vào để ra phán quyết. Cách hiểu theo nghĩa hẹp này giới hạn chủ thể sử dụng nguồn pháp luật chỉ là các thẩm phán và trong hoạt động xét xử.

Bên cạnh đó, cũng có một số học giả cho rằng, trên thực tế, pháp luật có hai loại nguồn là nguồn nội dung và nguồn hình thức, trong đó nguồn nội dung có vai trò quan trọng hơn. Lý giải điều này, các học giả cho rằng nguồn nội dung sẽ xác định lý do tại sao người ta lại đặt ra quy phạm pháp luật đó mà không phải là cái khác, tại sao lại ấn định thời hạn này hay thời hạn khác... Đại diện điển hình cho quan điểm này là Jean Claude Ricci khi ông cho rằng: “Đó là căn nguyên pháp luật: Các động cơ chính trị, kinh tế, xã hội, tôn giáo, văn hóa, đạo đức...”². Trong khi đó, Michel Virally xác định nguồn hình thức là: “Các phương pháp thiết lập các quy phạm pháp luật, tức là cách thức và văn bản thông qua đó các quy phạm pháp luật có thể tồn tại về mặt pháp lý, trở thành bộ phận của pháp luật thực định và phát huy hiệu lực”³. Khi xác định

như vậy, quan niệm này có vẻ dường như đã bó hẹp phạm vi nguồn được sử dụng trên thực tế khi chỉ thừa nhận nguồn từ pháp luật thực định. Có nghĩa là, chỉ có các văn bản quy phạm pháp luật do những chủ thể có thẩm quyền ban hành theo trình tự, thủ tục do Nhà nước quy định trước mới được coi là nguồn có giá trị thực tế và được viện dẫn khi giải quyết các vụ việc pháp lý. Điều này có thể không còn phù hợp trong điều kiện hiện nay khi các sự kiện đòi hỏi sự linh hoạt trong quá trình giải quyết các vụ việc pháp lý xảy ra rất nhanh, rất mới mà các nguồn là văn bản quy phạm pháp luật không thể kịp ra đời để đáp ứng. Điều này cũng sẽ làm khó cho các chủ thể có thẩm quyền khi giải quyết các vụ việc pháp lý. Chính các tác giả này cũng nhận thấy sự hạn chế của cách xác định như vậy: “*Những nguồn luật loại này (nguồn hình thức) vì được “thiết lập nên” nên có tính chất tương đối bất biến. Tính bất biến này gây ra một số khó khăn: Sẽ có thiếu hụt những trường hợp không lường trước, những lỗ hổng ít nhiều nghiêm trọng. Tính bất biến của những quy phạm được thiết lập nên khó có thể phù hợp được với những sự thay đổi và phát triển không ngừng của thực tế; một số quy phạm sẽ nhanh chóng trở nên lỗi thời hoặc mất hiệu lực vì đến một thời điểm nào đó, chúng sẽ không thể áp dụng được nữa về mặt kỹ thuật cũng như về mặt nội dung. Ngoài ra, còn có tình trạng quy phạm tự thân tối nghĩa khi đem đối chiếu với các quy phạm khác vì ý định của người lập nên những quy phạm đó có thể không được thể hiện rõ... Để khắc phục những bất cập trên, người ta đã thừa nhận các nguồn pháp luật tự nhiên. Sự tồn tại các nguồn tự nhiên này nhằm giải quyết các vấn đề xảy ra trong thực tiễn. Song, vấn*

² Jean Claude Ricci, *Nhập môn Luật học*, Nxb. Văn hóa - Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 43.

³ Jean Claude Ricci, *ltdđ*, tr. 43-44.

đề này sinh ở đây là các nguồn không chính thức này ở đâu mà ra bởi vì chúng không được tạo ra để trở thành nguồn? Hiệu lực của các nguồn này căn cứ trên cơ sở nào... Nói chung, các quy phạm và nguồn tự nhiên đó xuất phát từ cái mà người ta cho là mối tương quan hợp lý, là sự phân chia công bằng về lợi ích giữa các chủ thể pháp luật theo trật tự tự nhiên. Người ta gọi đó là tập quán và các nguyên tắc chung về pháp luật đúc kết từ những công trình nghiên cứu lý luận và được thừa nhận"⁴. Với quan niệm như vậy, theo tác giả này các nguồn pháp luật bao gồm Hiến pháp, luật, văn bản dưới luật, tập quán và án lệ là nguồn pháp luật của quốc gia; còn điều ước quốc tế, tập quán và các nguồn khác tức là các nguồn phái sinh từ các nguồn trên như các nguyên tắc chung của pháp luật, án lệ hay các học thuyết và công lý là nguồn của luật quốc tế hiện đại.

Tác giả Kelsen đánh giá về quan điểm cho rằng nguồn pháp luật chủ yếu được tiếp cận dưới góc độ là nguồn hình thức khi nói đến hai phương pháp tạo nguồn như sau: Thứ nhất, sáng tạo pháp luật bằng hình thức ban hành các văn bản quy phạm pháp luật (có mục đích điều chỉnh từ trước và theo trình tự, thủ tục đã được quy định) cùng việc thừa nhận các tập quán đã trở nên phổ biến; thứ hai, hình thức trực tiếp xác định các quyền và nghĩa vụ pháp lý cụ thể ở các án lệ khi giải quyết vụ việc mới phát sinh. Ở nghĩa rộng nhất, nguồn pháp luật biểu thị mọi quy phạm pháp luật riêng biệt, tức là các quy phạm pháp luật đặt ra quyền và nghĩa vụ pháp lý. Như vậy, quyết định của Tòa án là nghĩa vụ đặc biệt của một bên

và tương ứng với quyền của một bên khác. Điều đó dẫn đến sự mơ hồ, tối nghĩa của cụm từ "nguồn của pháp luật". Nó dường như không biểu lộ được tất cả và sẽ tốt hơn nếu giải quyết được vấn đề quy phạm chung nào được coi là nguồn của các quy phạm riêng biệt⁵. Tuy nhiên, việc xác định được quan điểm của Kelsen là điều cực kỳ khó thực hiện nếu không muốn nói là không thể. Điều này cũng có nghĩa xây dựng được một chuẩn mực chung cho việc tiếp cận nguồn pháp luật cần phải được nghiên cứu nghiêm túc để đi tới một khái niệm thống nhất.

2. Một số quan điểm truyền thống về nguồn pháp luật ở Việt Nam

Nguồn pháp luật là một khái niệm cơ bản của khoa học pháp lý và cũng là một vấn đề lý luận được quan tâm nghiên cứu nhiều trong thời gian gần đây và thực tiễn hiện nay ở Việt Nam. Tuy nhiên, việc nhận thức về nguồn cũng như việc áp dụng chúng ở Việt Nam chưa có sự thống nhất cần thiết. Sự chưa thống nhất này diễn ra không chỉ mang tính chất giữa cá nhân các nhà khoa học, mà còn xảy ra giữa các cơ sở nghiên cứu và đào tạo luật, các chủ thể áp dụng pháp luật và trong một thời gian dài. Ngay trong hệ thống giáo trình của nhiều cơ sở nghiên cứu - đào tạo luật và kết quả nghiên cứu của nhiều nhà khoa học cho thấy, nguồn pháp luật có những cách hiểu hoặc diễn đạt khác nhau. Chẳng hạn: "*Hình thức nội tại của pháp luật là kết cấu của những yếu tố tạo nên nội dung của pháp luật. Hình*

⁴ Jean Claude Ricci, *tlđđ*, tr. 48-49.

⁵ Xem: Hans Kelsen, *Introduction to the problems of legal theory*, Clarendon, Oxford 1992, tr. 67, mục 31, Chương V "Cấu trúc thứ bậc của hệ thống pháp luật".

thức bên ngoài của pháp luật, cấu trúc biểu hiện ra bên ngoài của các nguồn pháp luật trong đó chứa đựng những nội dung của pháp luật và đăng tải nội dung đó đến địa chỉ áp dụng của nó”⁶. Có hiện tượng chưa tách bạch được nguồn pháp luật và hình thức pháp luật nên nhiều khi có sự lẫn lộn cách tiếp cận, thậm chí chỉ quan tâm đến hình thức pháp luật và thay thế hoàn toàn cho nguồn pháp luật. Cùng cách hiểu đó, có ý kiến cho rằng: “Hình thức bên ngoài là sự biểu hiện ra bên ngoài của pháp luật, là cái chứa đựng nội dung các quy tắc pháp luật - quy tắc hành vi theo ý chí Nhà nước. Hình thức bên ngoài của pháp luật còn được gọi là nguồn pháp luật”⁷. Tuy nhiên, cũng theo cách tiếp cận của các quan điểm này thì: “...khoa học pháp lý của chúng ta phân hình thức pháp luật thành hình thức bên trong – cấu trúc của pháp luật và hình thức bên ngoài của pháp luật. Và một cách tương đối, hình thức bên ngoài trong luật học cũng được cũng được coi là nguồn pháp luật. Tuy vậy, hai khái niệm hình thức pháp luật và nguồn pháp luật không hoàn toàn đồng nhất, sự thực là có cả những điểm khác nhau cả về lý luận và thực tiễn”⁸. Ngay cả khi thừa nhận có sự khác nhau như vậy, nhưng các quan điểm này đã không chỉ ra sự khác biệt giữa hình thức pháp luật với nguồn pháp luật vì đã cho rằng: “Nguồn pháp luật thực ra có nhiều nghĩa, được tiếp cận bởi nhiều phương diện khác nhau, mỗi

cách quan niệm đều có tính hợp lý của nó. Pháp luật có hình thức thể hiện ở phương thức tồn tại xác định của mình - nguồn pháp luật. Nguồn pháp luật là cách thức thể hiện các quy phạm pháp luật mang tính pháp lý bắt buộc chung. Như vậy, hình thức thông qua đó chuyển tải ý chí Nhà nước (nâng ý chí Nhà nước) lên thành các quy phạm pháp luật được gọi bằng một thuật ngữ là nguồn của pháp luật”⁹.

Bên cạnh đó, có quan điểm tương tự cho rằng: “...hệ thống pháp luật là một khái niệm chung bao gồm hai mặt trong một chỉnh thể thống nhất là hệ thống cấu trúc (bên trong) và hệ thống văn bản quy phạm pháp luật (hệ thống nguồn của pháp luật)”¹⁰. Việc xác định nguồn theo quan điểm này chỉ là văn bản quy phạm pháp luật - một hình thức cụ thể của pháp luật do Nhà nước ban hành, trong khi tại các quan điểm khác, văn bản quy phạm pháp luật chỉ được xác định là một trong các loại nguồn pháp luật mà thôi.

Như vậy, theo những quan điểm này, nguồn pháp luật chỉ là phương thức thể hiện ý chí của Nhà nước mà không quan tâm đến các căn cứ đến từ những nguồn khác từ xã hội.

Một quan điểm khác cho rằng: “Nguồn của pháp luật là khái niệm dùng để chỉ tất cả những gì mà các chủ thể có thẩm quyền dựa vào đó để xây dựng, ban hành, giải thích pháp luật cũng như để áp dụng vào việc giải quyết các vụ việc pháp lý xảy ra trong thực tế. Hoặ nói cách khác, nguồn

⁶ Đào Trí Úc, *Những vấn đề lý luận cơ bản về pháp luật*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 1993, tr. 39, 54.

⁷ Đại học Quốc gia - Khoa Luật (Hoàng Thị Kim Quế chủ biên), *Giáo trình Lý luận chung về Nhà nước và pháp luật*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2005, tr. 303.

⁸ Đào Trí Úc, *lđđ*, tr. 304.

⁹ Đào Trí Úc, *lđđ*, tr. 305.

¹⁰ Trường Đại học Luật Hà Nội, (chủ biên: Lê Minh Tâm), *Giáo trình Lý luận Nhà nước và pháp luật*, Nxb. Công an nhân dân, 2010, tr. 401.

pháp luật là tất cả các căn cứ được chủ thể có thẩm quyền sử dụng để xây dựng, ban hành, giải thích pháp luật cũng như để áp dụng vào việc giải quyết các vụ việc pháp lý xảy ra trên thực tế. Như vậy, nguồn của pháp luật gồm có nguồn nội dung và nguồn hình thức...¹¹. Ngoài việc xác định có nguồn nội dung, tác giả của quan điểm này còn xác định cụ thể hơn: “Nguồn hình thức của pháp luật được hiểu là phương thức tồn tại của các quy phạm pháp luật trong thực tế hay là nơi chứa đựng, nơi có thể cung cấp các quy phạm pháp luật, tức là những căn cứ mà các chủ thể có thẩm quyền dựa vào đó để giải quyết các vụ việc pháp lý xảy ra trên thực tế”¹². Sự diễn đạt này có thể dẫn tới việc hiểu nguồn của pháp luật vừa là phương thức chứa đựng căn cứ pháp lý, vừa có thể được hiểu là chính các căn cứ pháp lý (quy phạm pháp luật) cho các hoạt động giải thích và áp dụng pháp luật.

Bằng cách liệt kê, một quan điểm khác cụ thể và mở rộng hơn về nguồn pháp luật: “Hình thức bên ngoài hay nguồn của pháp luật gồm có các văn bản pháp luật (kể cả các văn bản quy phạm pháp luật), các hiệp ước quốc tế, tập quán và tục lệ quốc tế, các hợp đồng (khế ước), luật tục, án lệ, những quy định của luật tôn giáo (chẳng hạn luật Hồi giáo), các học thuyết khoa học pháp lý”¹³. Tuy nhiên, nguồn pháp luật trong quan điểm này vẫn được đồng nhất với hình thức bên ngoài của pháp luật. Nếu coi hình thức bên ngoài của pháp luật là

phương thức thể hiện ý chí nhà nước hoặc dạng tồn tại của pháp luật hay “phương thức tồn tại hay cách thức biểu hiện ra bên ngoài của pháp luật, chứa đựng các quy phạm pháp luật”¹⁴, nguồn của pháp luật với tư cách là hình thức bên ngoài của pháp luật lại trở nên ôm đồm khi đưa cả các học thuyết khoa học pháp lý hay quan điểm học lý vào trong đó và làm cho chúng trở nên mâu thuẫn.

Trong khi đó, có quan điểm xác định: “Pháp luật là hệ thống quy tắc xử sự mang tính bắt buộc chung do Nhà nước ban hành hoặc thừa nhận nhằm điều chỉnh các mối quan hệ xã hội theo mục tiêu, định hướng cụ thể. Với cách tiếp cận này, pháp luật chính là chuẩn mực xã hội, là thước đo của hành vi được hình thành bằng con đường nhà nước và mang tính quyền lực nhà nước”¹⁵ và “...bộ phận cốt lõi, không thể thiếu của hệ thống pháp luật cũng là pháp luật (toàn bộ các quy định pháp luật chứa trong các nguồn luật, được sắp xếp thành những cấu trúc khác nhau theo trật tự nhất định)...”¹⁶. Theo các tác giả của quan điểm này, nguồn của pháp luật chỉ là những gì chứa đựng quy phạm pháp luật được hình thành bằng con đường nhà nước mà thôi. Cũng vì thế, quan niệm về nguồn pháp luật có liên quan rất nhiều đến việc quan niệm về pháp luật như thế nào. Đây là một vấn đề rất cần được nhận thức lại trong điều kiện hiện nay, đặc biệt khi Nhà nước được nhìn nhận là một lực lượng có vai trò điều tiết,

¹¹ Nguyễn Thị Hồi, *Về khái niệm nguồn của pháp luật*, Tạp chí Luật học số 2/2008, tr. 29.

¹² Nguyễn Thị Hồi, *tlđđ*, tr. 30.

¹³ Đào Trí Úc, *tlđđ*, tr. 54.

¹⁴ Trường Đại học Luật Hà Nội, Chủ biên: Lê Minh Tâm, Nguyễn Minh Đoàn, *Giáo trình Lý luận về Nhà nước và pháp luật*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2013, tr. 114.

¹⁵ Trường Đại học Luật Hà Nội, *tlđđ*, tr. 96.

¹⁶ Trường Đại học Luật Hà Nội, *tlđđ*, tr. 471.

định hướng hơn là vai trò quản lý, kiểm soát để tạo điều kiện cho xã hội chủ động, linh hoạt giải quyết các vấn đề của mình khi chưa cần đến sự tác động của Nhà nước.

Qua những phân tích trên đây, có thể nhận thấy rằng, trong truyền thống ở Việt Nam, các quan điểm về nguồn pháp luật chưa có sự thống nhất về mặt nhận thức. Điều này gây khó khăn cho việc giảng dạy, truyền bá các tư tưởng, các tri thức pháp lý cũng như áp dụng pháp luật. Trong đó, các chủ thể tiến hành hầu như không dám vượt ra khỏi khuôn khổ giới hạn về nguồn trong các văn bản quy phạm pháp luật. Biểu hiện điển hình nhất cho tình trạng phụ thuộc này chính là hoạt động của Tòa án thông qua kết quả của các hoạt động xét xử được thể hiện trong các bản án, trong đó có sự khẳng định “nhân danh Nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam” với việc chỉ căn cứ vào các điều, khoản cụ thể được quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật để “nhận thấy” và “xét thấy”. Chắc chắn điều này sẽ dẫn đến sự hạn chế tính linh hoạt, chủ động trong các hoạt động thực tiễn thực hiện pháp luật trong điều kiện hiện nay, khi mà các quan hệ dân sự, thương mại ngày càng trở nên phong phú, đa dạng và các chủ thể trong các quan hệ loại này về nguyên tắc có quyền tự định đoạt trên cơ sở của các thỏa thuận hay các cam kết do họ tự thiết lập.

3. Một số vấn đề cần nhận thức thống nhất khi nghiên cứu về nguồn pháp luật nói chung

Nguồn pháp luật ngày nay ngày càng được quan tâm. Trong các cơ sở đào tạo, nghiên cứu về luật, nguồn pháp luật đã được chú trọng hơn rất nhiều. Trong hầu hết giáo

trình giảng dạy các môn học về pháp luật, kể cả các môn cơ sở như Lý luận chung về Nhà nước và pháp luật đến các môn thuộc khoa học pháp lý chuyên ngành như Hiến pháp, hành chính, dân sự, thương mại, quốc tế, vấn đề nguồn của pháp luật luôn luôn chiếm một vị trí rất quan trọng và gần như không thể thiếu. Trong các hoạt động thực tiễn pháp lý, vấn đề nguồn của pháp luật cũng thường xuyên gặp phải và cũng có nhiều cách nhìn nhận khác nhau về cả khái niệm, vai trò, mức độ sử dụng các loại nguồn. Việc thống nhất một cách tương đối khi nghiên cứu về nguồn pháp luật cần chú ý về các vấn đề sau:

Thứ nhất, cần xác định rõ phạm vi nghiên cứu về nguồn

Hiện nay, đang tồn tại cách tiếp cận về nguồn khá rộng, trong đó có quan điểm chủ yếu tập trung xác định có cả nguồn nội dung và nguồn hình thức. *Nguồn nội dung cơ bản được hiểu là những căn cứ mà dựa vào đó, các chủ thể có thẩm quyền xây dựng pháp luật tạo ra các cơ sở pháp lý chung cho các hoạt động xã hội.* Nếu nói tới hoạt động xây dựng pháp luật, từ trước tới nay đã có khá nhiều luận điểm, cơ sở khoa học liên quan đến việc đánh giá, xác định căn cứ xây dựng pháp luật với mục tiêu làm thế nào để có một hệ thống pháp luật thực định có chất lượng. Việc nghiên cứu về nguồn nội dung nên được thực hiện một cách đầy đủ để đảm bảo hoạt động xây dựng pháp luật trở nên có hiệu quả, đặc biệt là nguồn có được từ các hoạt động nghiên cứu khoa học mà cụ thể là các quan điểm học lý. Tất cả những nguồn này được hình thành từ yêu cầu của đời sống xã hội, gắn liền với nhận thức cũng như đòi hỏi của con người. Chúng đặc biệt

có giá trị đối với hoạt động xây dựng pháp luật của bất kỳ Nhà nước nào. Nói cách khác, nguồn nội dung chính là toàn bộ những cơ sở thực tế để xây dựng hay ban hành pháp luật. Điều đó cũng nghĩa là nguồn nội dung của pháp luật chính là nội dung ý chí hay những gì phù hợp với ý chí của lực lượng cầm quyền và được lựa chọn để xây dựng pháp luật. Hiện nay, việc nghiên cứu về nguồn nội dung của pháp luật ít được quan tâm, trong khi ảnh hưởng của nguồn này đến chất lượng của pháp luật nói chung là rất lớn. Nói cách khác, hiện đang có tình trạng khá “bất công” cho nguồn pháp luật nội dung. Trong khi đó, hiện nay ở Việt Nam có xu hướng tập trung nghiên cứu về nguồn hình thức với tư cách là những yếu tố chứa đựng căn cứ pháp lý cho việc áp dụng, giải thích cũng như thực hiện pháp luật trên thực tế và mức độ sử dụng từng loại nguồn hình thức như thế nào cho phù hợp.

Thứ hai, việc nghiên cứu về nguồn pháp luật cần phải xuất phát từ quan niệm về pháp luật

Hiện có nhiều trường phái quan niệm về pháp luật khác nhau như quan điểm pháp luật tự nhiên, quan điểm pháp luật thực định, quan điểm pháp luật thực chứng... Chính những điều này làm ảnh hưởng không ít tới quan điểm về nguồn pháp luật. Trong các hệ thống pháp luật, mỗi loại nguồn pháp luật sẽ có một vị trí, một vai trò riêng biệt. Mỗi loại nguồn pháp luật có những ưu điểm và hạn chế nhất định nên không một hệ thống pháp luật nào chỉ sử dụng một loại nguồn duy nhất. Tùy theo truyền thống pháp lý và thái độ của từng Nhà nước, mỗi loại nguồn đó được sử dụng

hay không ở những mức độ khác nhau, tùy thuộc vào mức độ ưu điểm hay hạn chế của chúng, hay có thể do quan điểm tiếp cận của các nhà cầm quyền. Trong lịch sử, pháp luật có các nguồn chủ yếu là tập quán pháp, tiền lệ pháp và văn bản quy phạm pháp luật, trong đó phần lớn tiền lệ pháp được gọi là án lệ do chủ yếu tồn tại dưới dạng là các phán quyết của các chủ thể có thẩm quyền tài phán. Ngoài ra, còn một số nguồn pháp luật khác, tuy không gọi là nguồn cơ bản, nhưng cũng có những đóng góp nhất định trong đời sống pháp luật như chính sách của lực lượng cầm quyền, lẽ công bằng, quan điểm học lý (quan điểm của các nhà nghiên cứu luật học)... và ngày nay là các điều ước quốc tế, các hợp đồng dân sự, thương mại, lao động và cả hợp đồng hành chính được ký kết trên cơ sở tự do ý chí... Các loại nguồn này có quan hệ với nhau, vừa bổ sung, vừa kết hợp với nhau để phát huy được những giá trị, ưu thế của nhau, nhưng cũng có thể giới hạn nhau ở những mức độ nhất định. Khi xã hội phát triển nhanh và ngày càng trở nên phức tạp, các nguồn pháp luật truyền thống nhiều khi không đáp ứng được yêu cầu. Việc ghi nhận trong pháp luật các nguyên tắc chung để hình thành các loại nguồn có vai trò rất quan trọng. Ví dụ, Bộ luật Dân sự năm 2015 có quy định: “*Trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định thì có thể áp dụng tập quán nhưng tập quán áp dụng không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này*”¹⁷. Với quy định này, thỏa thuận của các chủ thể trong các quan hệ dân sự, đồng thời cũng là cơ sở cho các cơ quan

¹⁷ Khoản 2 Điều 5 Bộ luật Dân sự năm 2015.

tài phán giải quyết tranh chấp (nếu có). Điều này cũng tạo ra nhiều hơn sự tự do cho các chủ thể trong các giao dịch dân sự mà không cần đến hoặc có rất ít sự can thiệp của Nhà nước. Đó là những “luật tự nhiên” hình thành từ cuộc sống mà các nhà làm luật nhiều khi không dự tính nổi. Điều này có liên quan đến một quy định là:

“Tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng.

Vụ việc dân sự chưa có điều luật để áp dụng là vụ việc dân sự thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật dân sự nhưng tại thời điểm vụ việc dân sự đó phát sinh và cơ quan, tổ chức, cá nhân yêu cầu Tòa án giải quyết chưa có điều luật để áp dụng.

Việc giải quyết vụ việc dân sự quy định tại khoản này được thực hiện theo các nguyên tắc do Bộ luật Dân sự và Bộ luật này quy định”¹⁸.

Thực tế, không một Nhà nước nào có thể trừ liệu được tất cả các tình huống cần điều chỉnh do sự phức tạp của các quan hệ xã hội cũng như sự thay đổi nhanh chóng của xã hội. Trong khi đó, theo quan niệm truyền thống ở Việt Nam, pháp luật luôn phải là sự thể hiện ý chí của Nhà nước như những khẳng định dưới dạng: *“Hình thức bên ngoài là sự biểu hiện ra bên ngoài của pháp luật, là cái chứa đựng nội dung các quy tắc pháp luật - quy tắc hành vi theo ý chí nhà nước. Hình thức bên ngoài của pháp luật còn được gọi là nguồn pháp luật”¹⁹* hay *“pháp luật là hệ thống các quy*

tắc xử sự do Nhà nước ban hành và bảo đảm thực hiện, thể hiện ý chí của giai cấp thống trị trong xã hội, là nhân tố điều chỉnh các quan hệ xã hội”²⁰... Quan niệm này có thể đã “bóp nghẹt” tư duy giải phóng con người, hạn chế tự do của con người, ảnh hưởng nghiêm trọng đến nguyên tắc công dân, các chủ thể dân sự được làm tất cả những gì pháp luật không cấm. Việc xác định nguồn pháp luật, ngược lại cũng có ảnh hưởng đến việc nhận thức lại về pháp luật truyền thống ở Việt Nam hiện nay mà nhiều cơ sở đào tạo luật vẫn chưa thực hiện được.

Thứ ba, cần có sự phân biệt giữa nguồn hình thức của pháp luật với hình thức pháp luật

Bên cạnh việc nhận thức chung về nguồn pháp luật, cần có sự phân biệt (ít nhất là trên phương diện vai trò) giữa nguồn hình thức của pháp luật với hình thức pháp luật do nhiều khi chúng bị đồng nhất với nhau. Theo tác giả, hình thức pháp luật là phương thức thể hiện ý chí của Nhà nước, dạng tồn tại của pháp luật; qua đó để phân biệt pháp luật do Nhà nước ban hành với các quy tắc xã hội khác. Còn nguồn hình thức của pháp luật là những gì chứa đựng căn cứ pháp lý cho các hoạt động thực hiện pháp luật. Nói cách khác, nguồn pháp luật là những căn cứ pháp lý mà khi thực hiện các hành vi pháp lý, các chủ thể phải tìm căn cứ pháp lý ở trong đó.

4. Nhận thức về nguồn pháp luật và vai trò của các nguồn luật ở Việt Nam hiện nay

Yêu cầu của sự hội nhập đã ít nhiều tác động đến pháp luật Việt Nam. Từ năm

¹⁸ Khoản 2 Điều 4 Bộ Luật Tố tụng dân sự năm 2015.

¹⁹ Đại học Quốc gia Hà Nội - Khoa Luật, *tlđđ*, tr. 303.

²⁰ Trường Đại học Luật Hà Nội, *tlđđ*, tr. 66.

2005, việc nhận thức lại về tư duy pháp lý đã dẫn đến sự ra đời của 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*. Đây là một định hướng chính trị - pháp lý đặc biệt quan trọng, có ảnh hưởng lớn đến hệ thống pháp luật của Việt Nam, trong đó có vấn đề nguồn của pháp luật mà cụ thể là: “*Nghiên cứu về khả năng khai thác, sử dụng án lệ, tập quán (kể cả tập quán, thông lệ thương mại quốc tế) và quy tắc của các hiệp hội nghề nghiệp, góp phần bổ sung và hoàn thiện pháp luật*”²¹.

Việc chấp nhận sự đa dạng các nguồn pháp luật chứa đựng căn cứ viện dẫn trong xử lý các tình huống pháp lý đã làm cho đời sống pháp luật của mỗi quốc gia ngày càng phong phú hơn. Ở Việt Nam, tình trạng khi áp dụng pháp luật chỉ căn cứ vào các quy định trực tiếp của pháp luật trong các văn bản hiện nay đang diễn ra rất phổ biến. Cơ quan lẽ ra có điều kiện áp dụng đa dạng nhất các loại nguồn pháp luật là Tòa án, nhưng thường chỉ ra phán quyết trên cơ sở căn cứ vào điều luật đã được ghi trong văn bản. Chính điều này làm cho vị thế các nguồn luật khác bị “lép vế”, thậm chí bị bỏ sót một cách nghiêm trọng. Do đó, cần nhận thức thống nhất về nguồn pháp luật và xem lại mức độ sử dụng các nguồn pháp luật khác. Cụ thể:

Về khái niệm nguồn pháp luật

²¹ Xem 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.

Các quan điểm trên về cơ bản đã đề cập đến sự quan trọng của nguồn pháp luật. Nhưng do phạm vi, quan điểm, cách thức tiếp cận không thống nhất nên việc nhận thức vẫn còn rời rạc. Tác giả bài viết quan niệm rằng, nguồn của pháp luật phải được tiếp cận về phạm vi trên cả phương diện nguồn nội dung và hình thức. Khi đó, kết quả nghiên cứu sẽ mang lại ý nghĩa cho cả hoạt động xây dựng pháp luật và áp dụng pháp luật. Về khái niệm, tác giả bài viết cho rằng, *nguồn pháp luật nói chung được xác định là tất cả những gì chứa đựng căn cứ hay cơ sở cho hoạt động xây dựng và áp dụng pháp luật giúp cho việc xác định các quyền và nghĩa vụ pháp lý cho các chủ thể trong xã hội*. Cách hiểu về nguồn này chứa đựng cả phạm vi nguồn nội dung và nguồn hình thức, đồng thời cũng không còn phải băn khoăn trong việc nguồn hình thức bị đồng nhất với hình thức pháp luật. Hơn nữa, điều này sẽ không làm bỏ sót bất cứ một nguồn pháp luật thực tế nào trong đời sống pháp lý hiện đại.

Về vai trò của các loại nguồn pháp luật

Thứ nhất, đối với nguồn nội dung của pháp luật

Căn cứ vào việc xác định phạm vi và định nghĩa về nguồn pháp luật nêu trên, những gì được xác định là căn cứ, cơ sở để xây dựng pháp luật nhằm xác định quyền và nghĩa vụ pháp lý chung cho các chủ thể trong xã hội sẽ được coi là nguồn nội dung. Nguồn nội dung là căn cứ xây dựng pháp luật để xác định quyền và nghĩa vụ pháp lý nói chung trên phạm vi rộng. Việc xác định này chủ yếu dành cho các nhà làm luật. Theo đó, những đòi hỏi của đời sống kinh tế, xã hội, tính chất các quan hệ

quốc tế, của việc thiết lập trật tự xã hội, trật tự quốc tế... là những nguồn đầu tiên của luật nội dung. Nguồn nội dung tiếp theo là đường lối, chủ trương của các lực lượng cầm quyền được thể hiện tập trung ở cương lĩnh, đường lối của đảng cầm quyền ở những giai đoạn cụ thể. Bên cạnh đó, các tập quán, tín điều tôn giáo, quan niệm đạo đức của mỗi dân tộc, các quy ước chung có tính phổ biến của một số cộng đồng, phán quyết của các cơ quan tài phán... là nguồn nội dung với ý nghĩa là chất liệu để xây dựng pháp luật.

Trong xã hội hiện đại, các điều ước quốc tế được các quốc gia tham gia ký kết, phê chuẩn cũng được coi là một loại nguồn nội dung của pháp luật hiện đại. Sau khi ký kết hoặc phê chuẩn các điều ước quốc tế, các quốc gia phải nội luật hóa chúng thành pháp luật trong nước cho tương thích với các điều, khoản mà mình đã cam kết. Trong quan hệ quốc tế, điều ước quốc tế có thể hiểu như “một bản hợp đồng” giữa các quốc gia. Về nguyên tắc, các bên tham gia điều ước quốc tế là bình đẳng, tự do ý chí, không bên nào bị ép buộc; qua đó tạo ra các quyền và nghĩa vụ cho các quốc gia. Việc tham gia trở thành các thành viên của một điều ước quốc tế chính là sự tự nguyện của các quốc gia khi tự ràng buộc trách nhiệm của mình trước cộng đồng quốc tế. Một trong những nghĩa vụ của các quốc gia là nội luật hóa các điều ước quốc tế thành pháp luật của mình làm cơ sở cho các đối tượng điều chỉnh của luật quốc nội tham gia để bảo đảm cho các cam kết quốc tế được thực hiện trên thực tế. Như vậy, điều ước quốc tế ngày càng trở thành một nguồn nội dung quan trọng của pháp luật. Ví dụ, khi xây dựng Luật Biển năm 2012, Việt Nam chắc

chắn phải dựa vào Công ước của Liên hợp quốc về Luật Biển năm 1982 làm cơ sở để xác định các quyền và nghĩa vụ pháp lý cho các chủ thể trong lĩnh vực này.

Thứ hai, đối với nguồn hình thức

Tập quán pháp vẫn tiếp tục là nguồn pháp luật quan trọng. Việc sử dụng loại nguồn này chắc chắn có rất nhiều ý nghĩa, không chỉ như một sự bổ khuyết hoặc chi tiết hóa pháp luật thành văn theo như nhiều quan điểm trước đây. Tập quán còn được lựa chọn là “những luật tự nhiên” được hình thành trực tiếp trong các hoạt động xã hội của con người. Nó đã được thử thách, được kiểm nghiệm theo thời gian, được nhiều đời chấp nhận và cũng có nghĩa là nó có sự hợp lý để tồn tại và coi trọng. Không phải ngẫu nhiên mà pháp luật, đặc biệt trong lĩnh vực dân sự, ngay cả khi ban hành các bộ luật đồ sộ với hàng trăm, thậm chí hàng ngàn điều luật được sửa đổi, bổ sung thường xuyên mà người ta vẫn phải viện đến tập quán (cả phương thức, yêu cầu lựa chọn chung lẫn việc chỉ dẫn nội dung điều chỉnh liên quan đến tập quán). Đây chính là sự thống nhất ý chí Nhà nước với cộng đồng dân cư nhất định. Điều này vừa nâng cao uy tín của Nhà nước do tránh được sự can thiệp quá mức của mình; vừa phát huy quyền tự chủ, tự quản của các cộng đồng dân cư theo khuynh hướng “Nhà nước gầy” để “xã hội béo” đang diễn ra hiện nay. Có quan điểm cho rằng, nên hạn chế sử dụng tập quán pháp vì “*tập quán pháp không xác định, tản mạn, thiếu thống nhất...*”²². Tác

²² Trường Đại học Luật Hà Nội, Đồng chủ biên: Nguyễn Minh Đoan, Nguyễn Văn Năm, *Giáo trình Lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Tư pháp, năm 2019, tr. 287.

giả không đồng tình với quan điểm này, đặc biệt trong điều kiện hiện nay, vì các tập quán được lựa chọn là những tập quán tốt, phù hợp với xã hội hiện đại, phù hợp với các nguyên tắc chung của pháp luật và chắc chắn nó không ảnh hưởng đến sự phát triển nên mới được Nhà nước chấp nhận. Hơn nữa, những tập quán đã tồn tại lâu đời được thừa nhận như vậy chắc chắn phải là một sự lựa chọn mang tính lịch sử, khẳng định tính đúng đắn, hợp lý của nó. Tập quán pháp được coi là luật dân gian, rất gần với “pháp luật tự nhiên” như chuyện thuận mua, vừa bán, có vay thì có trả, làm hồng, làm mất thì phải đền...

Đối với *tiền lệ pháp* mà chủ yếu là án lệ, việc nghiên cứu và sử dụng cũng cần được quan tâm hơn. Không thể căn cứ vào cái được gọi là hạn chế của nó như: “Thủ tục áp dụng phức tạp, đòi hỏi người áp dụng phải có hiểu biết pháp luật một cách thực sự sâu, rộng”²³ để không sử dụng hoặc hạn chế sử dụng. Nếu đòi hỏi người áp dụng phải có hiểu biết pháp luật sâu, rộng thì đây là một điểm tích cực, cần phát huy để nâng cao chất lượng hoạt động áp dụng pháp luật, tạo ra niềm tin đối với pháp luật trong xã hội. Không những vậy, án lệ được hình thành từ yêu cầu trực tiếp từ thực tiễn, trên cơ sở khách quan, công bằng, tôn trọng lẽ phải... nên nó dễ dàng được xã hội chấp nhận. Biểu hiện điển hình là khi án lệ được áp dụng thì thường có rất ít kháng cáo vì các đương sự tin vào sự mẫu mực của các phán quyết đã được tạo ra từ trước đó với những lập luận có căn cứ hợp lý. Khi sử dụng pháp luật, các nhà cầm quyền cũng nên đặt vấn đề một

cách nghiêm túc rằng, nếu án lệ có những hạn chế như quan niệm truyền thống thì tại sao những quốc gia thuộc hệ thống Common Law lại là những quốc gia phát triển?; ngoài ra, các chuyên gia pháp lý được đào tạo ở các quốc gia này được đánh giá rất cao, kỹ năng hành nghề của họ rất tốt nên thường được người sử dụng rất coi trọng, đặc biệt về kỹ năng lập luận của họ giúp cho việc áp dụng pháp luật trở nên rất hiệu quả.

Hợp đồng trong các giao dịch dân sự, trong các quan hệ lao động, thực hiện các dịch vụ công... ngày càng trở nên phổ biến trong xã hội hiện đại. Quan niệm về vai trò của Nhà nước cũng cần có những thay đổi trong việc can thiệp vào các hoạt động có tính chất dân sự. Đó là khuynh hướng “Nhà nước gầy, xã hội béo” trong xã hội hiện đại. Những gì Nhà nước thấy không thực sự cần thiết can thiệp và xã hội tự giải quyết tốt thì Nhà nước không cần phải đặt ra các quy định pháp luật. Trong quan hệ với pháp luật thành văn, hợp đồng giữa các bên cũng phải tuân thủ những quy định mang tính nguyên tắc trong văn bản quy phạm pháp luật, bảo đảm trật tự, đạo đức xã hội, lợi ích của Nhà nước, lợi ích của các bên tham gia cũng như những người có liên quan. Hợp đồng được thiết lập giữa các bên chứa đựng các điều khoản cụ thể, chi tiết cho mỗi bên biết và có cơ sở để thực hiện các quyền và nghĩa vụ pháp lý cũng như xác định các căn cứ để khi xảy tranh chấp thì các cơ quan tài phán đưa ra các phán quyết phù hợp. Vì vậy, hợp đồng được coi là *pháp luật của các bên tham gia*.

Các văn bản quy phạm pháp luật ngày nay càng khẳng định vai trò của nó trong

²³ Trường Đại học Luật Hà Nội, *tlđd*, tr. 289.

đời sống pháp luật. Về số lượng, các văn bản quy phạm pháp luật ngày càng có xu hướng áp đảo so với các loại nguồn khác. Văn bản quy phạm pháp luật có thể là nguồn trực tiếp để áp dụng pháp luật, đồng thời cũng quy định căn cứ để xác định các nguồn pháp luật khác, chẳng hạn khi nào thì áp dụng thỏa thuận (hợp đồng) của các bên, tập quán nào có thể trở thành tập quán pháp, thứ tự ưu tiên lựa chọn nguồn... như đã trích dẫn về áp dụng Bộ luật Dân sự năm 2015 ở trên.

Các quan điểm học lý ngày nay đã được quan tâm hơn rất nhiều. Đó thường là những đúc rút từ thực tiễn áp dụng pháp luật, nghiên cứu khoa học và sự xâm nhập giữa các truyền thống pháp luật trong xã hội hiện đại. Đây là nguồn rất quan trọng khi pháp luật thành văn chưa đầy đủ, nhà làm luật đã không bao quát được hết các trường hợp có thể nảy sinh trong đời sống đang và sẽ xảy ra trong tương lai. Các quan điểm học lý có ý nghĩa gợi mở cho các hoạt động thực tiễn, định hướng cho việc hình thành cách giải quyết các yêu cầu của xã hội.

Các điều ước quốc tế với tư cách là nguồn hình thức cũng tham gia ngày càng nhiều vào đời sống pháp luật của mỗi quốc gia. Điều này được thể hiện trong chính sự thừa nhận trong các văn bản quy phạm pháp luật quốc nội khi thường có một quy định “trong trường hợp điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác thì áp dụng các quy định của điều ước quốc tế đó”. Ngay cả trong lĩnh vực tư pháp quốc tế, các điều ước quốc tế ngày càng chứa nhiều quy phạm thực chất để giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài. Do vậy, việc nghiên cứu các điều ước quốc tế cũng cần được quan tâm hơn trong thực tế quan

hệ quốc tế cũng như hoạt động xây dựng pháp luật và áp dụng pháp luật cho mỗi quốc gia.

Bên cạnh việc nghiên cứu từng nguồn luật cụ thể, cần chú ý hơn trong việc nghiên cứu mối quan hệ giữa các nguồn luật khác nhau²⁴. Việc nghiên cứu này sẽ làm rõ sự kết hợp giữa các nguồn luật sẽ tạo ra cơ sở pháp lý đa dạng cho các hoạt động xã hội; có sự thúc đẩy, hỗ trợ để hình thành các nguồn khác nhau, bổ khuyết cho nhau; thấy được ảnh hưởng làm hạn chế hiệu lực hoặc hỗ trợ làm sâu sắc hơn ý nghĩa của nhau... Đặc biệt, sự kết hợp giữa các nguồn pháp luật có thể mang lại sự đa dạng trong cách tiếp cận mới về pháp luật. Điều đó có ý nghĩa trong cả hai lĩnh vực xây dựng pháp luật và thực hiện pháp luật cũng như đối với hoạt động nghiên cứu và giảng dạy.

Kết luận

Nguồn pháp luật không chỉ là vấn đề riêng của khoa học pháp lý, mà còn là của cả đời sống pháp luật nói chung, có liên quan đến cả hoạt động nghiên cứu, giảng dạy, xây dựng và áp dụng pháp luật cũng như ảnh hưởng đến sự vận động và phát triển của xã hội. Đây là vấn đề rất phức tạp, có nhiều cách tiếp cận và cần tiếp tục được nghiên cứu để có những hiểu biết đầy đủ và thống nhất hơn nữa nhằm góp phần bổ sung cho khoa học pháp lý cũng như thực tiễn pháp luật của đất nước, đặc biệt trong sự hội nhập quốc tế toàn diện hiện nay.

²⁴ Xem thêm: Bùi Xuân Phái, *Mối quan hệ giữa án lệ với các nguồn khác của pháp luật*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học Trường Đại học Luật Hà Nội “Án lệ - Lý luận, thực tiễn ở Việt Nam và một số quốc gia”, Hà Nội, 2017, từ tr. 21-32.