

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

GIÁO TRÌNH

LUẬT SO SÁNH

NHÀ XUẤT BẢN CÔNG AN NHÂN DÂN

96-2009/CXB/98-11/CAND

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

Giáo trình
LUẬT SO SÁNH

(Tái bản lần thứ 1 có sửa đổi, bổ sung)

NHÀ XUẤT BẢN CÔNG AN NHÂN DÂN
HÀ NỘI - 2009

Chủ biên

TS. NGUYỄN QUỐC HOÀN

Tập thể tác giả

TS. NGUYỄN QUỐC HOÀN	Chương I, Chương VII (Mục I, II, III, V)
TS. PHẠM TRÍ HÙNG	Chương V
PGS.TS. THÁI VĨNH THĂNG	Chương II, Chương IV
ThS. LÊ MINH TIẾN - TS. NGUYỄN QUỐC HOÀN	Chương VII (Mục IV)
TS. NGUYỄN THỊ ÁNH VÂN	Chương III, Chương VI

LỜI NÓI ĐẦU

Luật so sánh là môn học còn khá mới trong chương trình đào tạo luật ở Việt Nam. Môn học này đang nhận được sự quan tâm sâu sắc của các luật gia, các nhà nghiên cứu pháp luật ở Việt Nam. Đặc biệt trong giai đoạn hiện nay, Việt Nam tiến hành đổi mới và hội nhập ngày càng toàn diện với thế giới về nhiều lĩnh vực, việc tìm hiểu, so sánh hệ thống pháp luật của các nước trong khu vực và trên thế giới có ý nghĩa quan trọng trong khoa học cũng như trong thực tiễn xây dựng và thực thi pháp luật.

Đáp ứng nhu cầu nghiên cứu, giảng dạy và học tập của sinh viên luật trong các cơ sở đào tạo pháp luật, nhu cầu tìm hiểu và ứng dụng luật so sánh trong khoa học và thực tiễn pháp lý ở Việt Nam, Trung tâm luật so sánh thuộc Trường Đại học Luật Hà Nội đã tổ chức biên soạn giáo trình luật so sánh nhằm góp phần bổ sung nguồn tài liệu nghiên cứu, giảng dạy và học tập môn luật so sánh. Nội dung của giáo trình này được biên soạn trên cơ sở chương trình khung đào tạo đại học ngành luật đã được Bộ giáo dục và đào tạo ban hành. Bên cạnh đó, trên cơ sở nghiên cứu, tham khảo những tài liệu của môn học luật so sánh đang được sử dụng ở nhiều cơ sở đào tạo luật trên thế giới và trong khu vực, tập thể tác giả cố gắng biên soạn cuốn giáo trình này phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh ở Việt Nam hiện nay.

Giáo trình luật so sánh bao gồm ba phần: Phần một: Những vấn đề chung về luật so sánh; Phần hai: Các dòng họ pháp luật cơ bản trên thế giới; Phần ba: Hệ thống pháp luật của một số quốc gia ở châu Á.

Mặc dù vậy, cũng cần phải nói rằng các vấn đề lý luận thuộc lĩnh vực luật so sánh từ tên gọi, bản chất, đối tượng đến phương pháp... vẫn là các vấn đề đang được tranh luận sôi nổi của các học giả ở rất nhiều nước trên thế giới. Thậm chí, những tranh luận đó vẫn chưa dừng lại ở cả những quốc gia có nền luật học phát triển. Hơn nữa, tìm kiếm được những thông tin chính xác về pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới để trình bày một cách có hệ thống từ góc độ luật so sánh trong giáo trình không phải là vấn đề đơn giản, nhất là thông tin về các hệ thống pháp luật mà ngôn ngữ sử dụng trong hệ thống pháp luật đó không thông dụng. Vì vậy, ở lần xuất bản đầu tiên giáo trình này khó tránh khỏi những khiếm khuyết. Chúng tôi mong nhận được những ý kiến đóng góp để trong những lần xuất bản tiếp theo giáo trình luật so sánh sẽ hoàn thiện hơn.

Xin trân trọng giới thiệu cùng bạn đọc.

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

PHẦN MỘT

NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG VỀ LUẬT SO SÁNH

CHƯƠNG I

NHẬP MÔN LUẬT SO SÁNH

I. KHÁI NIỆM LUẬT SO SÁNH

“Luật so sánh” là thuật ngữ gây nhiều tranh luận trong khoa học pháp lý trên thế giới. Nhiều học giả trong các công trình của mình đã luận bàn về việc sử dụng thuật ngữ “luật so sánh” trước khi trình bày những vấn đề khác liên quan đến nội dung của nó.

Trong các ngôn ngữ khác nhau, thuật ngữ được sử dụng để chỉ lĩnh vực học thuật này cũng không hoàn toàn thống nhất về mặt ngữ nghĩa. Thuật ngữ “comparative law” trong tiếng Anh và “droit comparé” trong tiếng Pháp đều có nghĩa là luật so sánh. Tuy nhiên, thuật ngữ “Rechtsvergleichung” trong tiếng Đức lại có nghĩa là so sánh luật. Trong tiếng Việt, việc sử dụng thuật ngữ “luật so sánh” và “so sánh luật” để nói đến lĩnh vực học thuật này cũng được đề cập trong một số công trình nghiên cứu.⁽¹⁾

Trong khoa học pháp lý, bên cạnh thuật ngữ “luật so sánh” có

(1). Xem: Đỗ Văn Đại, “Suy nghĩ về nghiên cứu so sánh pháp luật”, *Tạp chí luật học*, số 11/2007, tr. 16.

thiền, thuật ngữ khác nhau được các học giả sử dụng và trở nên phổ biến học thuật này như “lập pháp so sánh”, “lập pháp so sánh”, “luật so sánh”, “luật pháp so sánh”. Trong đó thuật ngữ “lập pháp so sánh” và thuật ngữ “luật pháp so sánh” không được dùng nhiều. Có ý kiến cho rằng không nên dùng nhất hai từ này gọi “lập pháp so sánh” và “luật pháp so sánh” vì thuật ngữ “lập pháp so sánh” có nội dung tổng hợp hơn, rộng lớn hơn rất nhiều so với thuật ngữ “luật pháp so sánh”.⁽¹⁾ Thậm chí, có học giả đã cố gắng chỉ ra những nội dung cụ thể của “luật pháp so sánh” và “luật học so sánh” để phân biệt hai thuật ngữ này.⁽²⁾ Cũng có học giả cho rằng việc sử dụng thuật ngữ “luật pháp so sánh” có thể đem đến nghi ngờ về sự tồn tại của ngành luật mới⁽³⁾ - ngành luật so sánh, giống như sự tồn tại của các ngành luật khác như luật hình sự, luật dân sự, luật hôn nhân và gia đình... Hơn nữa, những luật gia này cho rằng việc sử dụng thuật ngữ “luật pháp so sánh” không phản ánh được bản chất và nội dung của luật pháp so sánh. Tuy vậy, đa số các học giả lại chấp nhận việc sử dụng hai thuật ngữ này có thể thay thế cho nhau.

Trong khoa học cũng như trong thực tiễn, việc sử dụng thuật ngữ để chỉ phạm trù hay sự vật, hiện tượng nào đó chỉ là sự quy ước mang tính chất tương đối mặc dù trong rất nhiều trường hợp, tên gọi của các sự vật, hiện tượng thường được gắn với hình thức hoặc nội dung hay bản chất của chúng.

(1) Xem H. C. Gutteridge, *Comparative Law: An introduction to the comparative method of legal study and research*, Cambridge University Press, 1971, tr. 2; Dennis Patterson, *A companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishers, tr. 184.

(2) Xem PGS TS Võ Khánh Vinh, *Giáo trình luật học so sánh*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2002, tr. 6.

(3) Xem, William Ewald, *Comparative jurisprudence or what was it like to try a cat?*, University of Pennsylvania Law Review, June 1995, tr. 1894.

(4) Xem PGS TS Võ Khánh Vinh, Sđd, tr. 6.

Thuật ngữ “luật so sánh” đã được sử dụng từ rất lâu và đến nay vẫn là thuật ngữ được sử dụng phổ biến nhất, dù rằng các học giả còn đang tranh luận về bản chất và các vấn đề có liên quan đến nội dung của lĩnh vực học thuật này. Thậm chí, ngay cả khi thừa nhận thuật ngữ “luật so sánh” có thể dẫn đến sự hoài nghi về lĩnh vực pháp luật thực định, thuật ngữ này vẫn được sử dụng một cách chính thức trong các tài liệu viết bằng nhiều ngôn ngữ khác nhau được sử dụng để đặt tên cho môn học ở các cơ sở đào tạo khác nhau trên thế giới và là tên của nhiều tổ chức có hoạt động gần với lĩnh vực học thuật này. Tra cứu các dữ liệu sử dụng tiếng Anh trên mạng Internet trong thời gian gần đây cho thấy thuật ngữ “Comparative Law” (luật so sánh) càng ngày càng có tần suất sử dụng như : hơn thuật ngữ “Comparative Jurisprudence” (luật học so sánh).⁽¹⁾ Điều này cho thấy tính phổ biến và thông dụng của thuật ngữ “luật so sánh”.

Có nhiều định nghĩa khác nhau về luật so sánh. Tuy nhiên, các định nghĩa về luật so sánh được các học giả sử dụng thường không tập trung giải quyết vấn đề bản chất mà chỉ tập trung vào đối tượng hoặc là chức năng của nó.⁽²⁾ Hai học giả người Đức là Zweigert và Kötz trong công trình “Giới thiệu về luật so sánh” mô tả “*Luật so sánh là hoạt động trí tuệ mà pháp luật là đối tượng và so sánh là quá trình của hoạt động*”. Cùng với việc xác định đối tượng so

(1) Tra cứu trên mạng Internet bằng công cụ tìm kiếm Google tháng 11/2007, thuật ngữ “Comparative law” xuất hiện khoảng 1.540.000 lần trong các tài liệu, trong khi đó thuật ngữ “Comparative Jurisprudence” được sử dụng khoảng 36.300 lần trong các tài liệu. Đến tháng 3/2009, cũng với công cụ tìm kiếm của Google, thuật ngữ “Comparative law” xuất hiện khoảng 2.100.000 lần trong các tài liệu, thuật ngữ “Comparative Jurisprudence” chỉ còn xuất hiện 18.000 lần.

(2) Xem: H. C. Gutteridge, *Comparative Law - An introduction to the comparative method of legal study and research*, Cambridge University Press, 1971, tr. 3.

sánh là các hệ thống pháp luật khác nhau. các tác giả đã khẳng định: *“luật so sánh là so sánh các hệ thống pháp luật khác nhau trên thế giới”*.⁽¹⁾ Peter de Cruz - tác giả của cuốn sách *“Luật so sánh trong thế giới thay đổi”* định nghĩa luật so sánh là *“nghiên cứu có hệ thống các truyền thống pháp luật và các quy phạm pháp luật nào đó trên cơ sở so sánh”*.⁽²⁾ dựa trên lập luận rằng luật so sánh thường tập trung vào các truyền thống pháp luật lớn trên thế giới và để được coi là công trình luật so sánh, công trình đó đòi hỏi phải là sự so sánh hai hoặc nhiều hệ thống pháp luật hoặc truyền thống pháp luật hoặc so sánh các chế định, các ngành luật của hai hay nhiều hệ thống pháp luật.⁽³⁾ Khác với các định nghĩa nêu trên, Michael Bogdan xác định *“luật so sánh bao gồm:*

So sánh các hệ thống pháp luật khác nhau nhằm tìm ra sự tương đồng và khác biệt;

Sử dụng những điểm tương đồng và khác biệt đã được xác định, giải thích nguồn gốc của chúng, đánh giá những giải pháp được sử dụng trong các hệ thống pháp luật khác nhau, phân nhóm các hệ thống pháp luật thành các dòng họ pháp luật hoặc nghiên cứu những vấn đề cốt lõi của các hệ thống pháp luật; và

Xử lý các vấn đề mang tính phương pháp luận này sinh có liên quan đến các nhiệm vụ trên, bao gồm những vấn đề mang tính phương pháp luận liên quan đến việc nghiên cứu pháp luật nước ngoài”.⁽⁴⁾

(1).Xem: Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press - Oxford, 1998, tr. 2.

(2).Xem: Peter de Cruz, *Comparative in a changing world*, Cavendish Publishing Limited, 1999, tr. 3.

(3).Xem: Peter de Cruz, *Sđd*, tr. 3.

(4).Xem: Michael Bogdan, *Comparative Law*, Kluwer Norstedts Juridisk Tano, 1994, tr. 18.

Mặc dù những định nghĩa trên không hoàn toàn đồng nhất nhưng chúng có thể giúp cho chúng ta đi đến một số nhận định cơ bản sau:

Trước hết, có thể khẳng định rằng luật so sánh không phải là ngành luật hay lĩnh vực pháp luật thực định. Nói cách khác, luật so sánh không phải là “*hệ thống các quy phạm pháp luật có đặc tính chung để điều chỉnh các quan hệ xã hội cùng loại trong một lĩnh vực nhất định của đời sống xã hội*”⁽¹⁾ theo quan niệm truyền thống về “ngành luật” của khoa học lí luận về pháp luật. Ở mức độ khái quát hơn, cũng có thể nói rằng luật so sánh không phải là lĩnh vực pháp luật thực định như các lĩnh vực luật hiến pháp, luật hành chính, luật hình sự, luật dân sự... mặc dù thuật ngữ “luật so sánh” có thể dẫn đến việc hình dung về sự tồn tại của một hệ thống quy phạm pháp luật tạo nên ngành luật hoặc lĩnh vực pháp luật theo cách tư duy truyền thống.

Thứ hai, so sánh các hệ thống pháp luật khác nhau để tìm ra những điểm tương đồng và khác biệt giữa chúng là một trong những đặc điểm quan trọng nhất của luật so sánh. Khác với việc so sánh các quy phạm pháp luật trong cùng hệ thống pháp luật - công việc mà các luật gia vẫn thường xuyên phải thực hiện khi nghiên cứu, giải thích và áp dụng các quy định trong hệ thống pháp luật của họ, đối tượng được so sánh trong luật so sánh vượt ra ngoài khuôn khổ của hệ thống pháp luật. Nói cách khác, các quy phạm được so sánh trong luật so sánh không thuộc cùng hệ thống pháp luật. Do đó, việc so sánh các quy định về tội phạm với

(1). Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình lí luận nhà nước và pháp luật*, Nxb. Tư pháp, 2006, tr. 403.

các quy định về vi phạm hành chính trong hệ thống pháp luật hiện hành của Việt Nam hoặc so sánh các quy định về các tội phạm cụ thể trong Bộ luật hình sự Việt Nam hiện hành với các quy định của Bộ luật hình sự Việt Nam trước đây không thuộc nội dung của khái niệm luật so sánh.

O đây cần phải nhấn mạnh rằng trong quá trình nghiên cứu, giảng dạy pháp luật của quốc gia, một số học gia, luật gia vẫn thường viện dẫn các quy định của pháp luật nước ngoài và so sánh quy định của pháp luật nước mình; hoặc khi nghiên cứu, giảng dạy về pháp luật nước ngoài, họ thường so sánh các quy định của pháp luật nước ngoài với pháp luật nước mình. Tuy nhiên, nếu chỉ là những so sánh mang tính chất bột phát, ngẫu nhiên, thiếu tính hệ thống thì khó có thể xem các so sánh đó là nội dung của luật so sánh.⁽¹⁾

Thứ ba, luật so sánh không đồng nhất với nghiên cứu pháp luật nước ngoài. Trong quá trình nghiên cứu luật so sánh, các nhà nghiên cứu, các luật gia thường so sánh các hệ thống pháp luật của nước ngoài với hệ thống pháp luật của nước mình hoặc so sánh pháp luật của các nước ngoài với nhau. Để làm được điều đó, các luật gia, các nhà nghiên cứu phải tìm hiểu, nghiên cứu về các hệ thống pháp luật nước ngoài một cách toàn diện. Vì vậy, những hiểu biết chính xác về pháp luật của nước ngoài là đòi hỏi không thể thiếu được để có thể tiến hành việc so sánh luật. Tuy nhiên, nếu chỉ trình bày những hiểu biết về hệ thống pháp luật của nước ngoài mà không đặt nó trong sự so sánh với các hệ thống pháp luật khác, không xác định những điểm tương đồng và khác biệt

(1) Xem: Michael Borgdan, Sđd, tr. 21.

của nó với các hệ thống pháp luật khác thì đó không phải là công trình so sánh luật. Trong thực tiễn, các nhà tư tưởng pháp tìm hiểu pháp luật nước ngoài để bảo vệ quyền lợi cá nhân cho khách hàng của mình; các học giả cũng tìm kiếm những điểm về pháp luật nước ngoài để nâng cao hiểu biết pháp luật của mình trong việc nghiên cứu thuần túy hệ thống pháp luật nước ngoài. Điều đó có nghĩa đó là so sánh luật.

Thứ tư, một trong những nhiệm vụ quan trọng và cơ bản nhất của luật so sánh là cố gắng giải thích những điểm tương đồng và khác biệt.⁽¹⁾ Điều đó có nghĩa là khi đã xác định được những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật hoặc các chế định hay quy phạm pháp luật của các hệ thống pháp luật, người nghiên cứu thường đặt câu hỏi tại sao các hệ thống pháp luật khác nhau lại có những điểm tương đồng và khác biệt đó. Kết quả của việc giải thích những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật sẽ giúp cho luật so sánh phát huy được những giá trị của nó đối với lý luận và thực tiễn pháp luật.

Bản chất của luật so sánh là một trong những vấn đề được tranh luận gay gắt trong giới khoa học pháp lý trên thế giới. Nói cách khác, với câu hỏi “bản chất của luật so sánh là gì?” thì ngay cả thời điểm hiện tại vẫn có những câu trả lời khác nhau. Trong những năm 50, 60 và 70 của thế kỷ trước, nhiều học giả cho rằng luật so sánh là phương pháp nghiên cứu được áp dụng đối với lĩnh vực pháp luật.⁽²⁾ Thậm chí, nhiều nhà khoa học đặt câu hỏi rằng nếu luật so sánh được thừa nhận là ngành khoa học thì đối

(1) Xem: Michael Bogdan, *Sđđ*, tr. 68.

(2) Xem: D.J.J.L. Kieckheaf, *Lessons from Journal of Comparative Law*, 73 Sept. 2003 at 2003 (http://www.jcl.law.73.9173-2.html).

tượng của nó là gì khi nó chỉ là sự vận dụng phương pháp so sánh để xác định những điểm chung và những điểm đặc thù của các hệ thống pháp luật trên thế giới.⁽¹⁾ Thêm vào đó, một số nhà luật học đã coi luật so sánh chỉ là phương tiện có vai trò quan trọng trong việc giải thích các quy phạm pháp luật của các hệ thống pháp luật khác nhau đồng thời xem xét khả năng có thể làm cho hệ thống pháp luật ở xã hội này thích nghi với xã hội khác. Vì thế, những người theo quan điểm này đã nhấn mạnh khả năng ứng dụng của luật so sánh với tư cách là phương tiện để hiểu biết hơn về pháp luật chứ không phải là môn khoa học pháp lý.⁽²⁾

Từ những năm 80 của thế kỉ XX trở lại đây, mặc dù vẫn có quan điểm xem luật so sánh là phương pháp nhưng nhiều học giả cho rằng cần phải nhìn nhận luật so sánh là hệ thống tri thức.⁽³⁾ Các kết quả nghiên cứu của luật so sánh nên được xem không phải chỉ là một phần của phương pháp so sánh mà còn được xem như là việc hình thành hệ thống tri thức độc lập⁽⁴⁾ và vì thế cần phải công nhận nó như là môn khoa học độc lập. Thêm vào đó, để lập luận rằng luật so sánh nên được xem như là môn khoa học độc lập, các nhà luật học đã viện dẫn sự tồn tại của các khoa học xã hội và nhân văn khác khi sử dụng phương pháp so sánh một cách rộng rãi và kết quả là đã dẫn đến sự ra đời của các khoa học so sánh mới⁽⁵⁾ như chính trị so sánh, xã hội học so sánh... Hơn nữa, một số nhà luật học còn khẳng định rằng “phương pháp so sánh luật” và “luật so sánh” là những khái niệm độc lập. Theo

(1). Xem: Dialil I. Kiebaev, Sđd.

(2). Xem: Dialil I. Kiebaev, Sđd.

(3). Xem: Peter de Cruz, Sđd, tr. 226.

(4). Xem: Peter de Cruz, Sđd, tr. 5.

(5). Xem: Dialil I. Kiebaev, Sđd.

cách lập luận này, nếu “phương pháp so sánh luật” nói đến phương tiện để nghiên cứu các hiện tượng pháp lý xã hội thì “luật so sánh” là lĩnh vực khoa học có đối tượng nghiên cứu là các hệ thống pháp luật đương đại.⁽¹⁾ Một lí do khác để các nhà luật học ủng hộ quan điểm nhìn nhận luật so sánh là môn khoa học độc lập xuất phát từ vai trò của luật so sánh trong việc phân tích và giải quyết những vấn đề mới của luật học nói chung. Theo đó, phương pháp so sánh là phương pháp cơ bản đặc thù của việc nghiên cứu các hiện tượng pháp luật. Luật so sánh không chỉ dừng lại ở việc so sánh các hệ thống pháp luật mà còn nghiên cứu mối quan hệ giữa các hệ thống pháp luật này, giải thích nguồn gốc của những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật đó nhằm mục đích cải tổ hệ thống pháp luật quốc gia cũng như làm hài hoà và đi đến nhất thể hoá pháp luật của các quốc gia.

Cũng có ý kiến dung hoà hai quan điểm trên và cho rằng luật so sánh vừa là phương pháp khoa học, vừa là môn khoa học. Theo quan điểm này, luật so sánh là phương pháp bởi vì nó được sử dụng như là phương tiện để tập hợp thông tin về các hệ thống pháp luật hoặc các hiện tượng pháp luật được so sánh. Tuy nhiên, cũng hoàn toàn hợp lí khi xem luật so sánh là môn khoa học bởi vì nó tồn tại song song với lí luận chung về pháp luật nhưng với hệ thống tri thức riêng.⁽²⁾

Trong lí luận về khoa học hiện nay, chưa có sự thống nhất về tiêu chí để xác định môn khoa học độc lập.⁽³⁾ Có quan niệm xác định rằng khoa học độc lập phải có đối tượng và phương pháp

(1). Xem: Dialil I. Kiekbayev. Sđđ.

(2). Xem: Dialil I. Kiekbayev. Sđđ.

(3). Xem: Michael Bogdan. Sđđ, tr. 24-25.

nghiên cứu cũng như các cơ quan nghiên cứu pháp lý của khoa học độc lập phải tạo ra hệ thống nhận thức mới khác với các khoa học đã tồn tại. Dù theo quan niệm nào đi nữa, cơ quan nghiên cứu không chỉ có đối tượng và phương pháp nghiên cứu xác định mà những nghiên cứu so sánh luật đã hình thành nên những phương pháp nhất định với lý thuyết và thực tiễn của khoa học xã hội và truyền thống. Hơn nữa sự phát triển của khoa học trong lĩnh vực luật pháp cũng có những đặc điểm riêng biệt. Các khoa học nghiên cứu về pháp luật và pháp luật xã hội được xem là khoa học pháp lý. Không trong cái gọi là "khoa học pháp lý" đơn thuần ta lại có thể nhận thấy nó thành các khoa học pháp lý "thành nhân" như nghiên cứu về pháp luật, luật hiến pháp, luật hành chính, luật hợp tác, tố tụng hình sự... Thêm vào, trong sự phát triển của khoa học nói chung và khoa học pháp lý nói riêng, ở thời điểm nào đó, môn khoa học với đối tượng và phương pháp nghiên cứu nhất định có thể được chia tách thành nhiều khoa học độc lập có mối quan hệ với nhau. Vì thế, việc xác định được đối tượng và phương pháp nghiên cứu cũng như những tri thức khác biệt mà luật so sánh tạo ra có thể cho phép chúng ta chấp nhận luật so sánh là khoa học độc lập như các khoa học đang tồn tại trong hệ thống khoa học pháp lý.

Bởi chấp những tranh luận gay gắt về bản chất của luật so sánh và cho dù chưa có quan điểm chung thống nhất nhưng bản thân luật so sánh cũng như những khái niệm cơ bản, mục đích, chức năng và phương pháp của nó đã thu hút được sự quan tâm của các nhà luật học trên thế giới và vì thế luật so sánh vẫn được phát triển ngày càng mạnh mẽ. Ngày nay, luật so sánh đã trở thành môn học được giảng dạy trong các chương trình đào tạo của các cơ sở đào tạo luật trên thế giới ở các học đào tạo Luật so

sánh không chỉ dừng lại ở việc trình bày về các dòng họ pháp luật lớn trên thế giới mà đã có sự hình thành nhiều môn học so sánh trong các lĩnh vực pháp luật chuyên ngành như luật hiến pháp so sánh, luật hành chính so sánh, luật hợp đồng so sánh...

II. ĐỐI TƯỢNG CỦA LUẬT SO SÁNH

Khác với các lĩnh vực khoa học pháp lý khác như luật dân sự, luật hình sự, luật hành chính hay luật hiến pháp tập trung nghiên cứu lĩnh vực pháp luật nhất định của hệ thống pháp luật, luật so sánh không nghiên cứu so sánh các ngành luật, các chế định pháp luật hay các quy phạm pháp luật khác nhau trong cùng hệ thống pháp luật. Cho dù còn tranh luận về bản chất của luật so sánh nhưng các luật gia đều thừa nhận *“việc so sánh các hệ thống pháp luật khác nhau nhằm tìm ra những điểm tương đồng và khác biệt của chúng”*⁽¹⁾ là nội dung cơ bản của các công trình nghiên cứu luật so sánh. Từ đó có thể nhận định rằng các hệ thống pháp luật là đối tượng của luật so sánh. Tuy nhiên, vấn đề đối tượng của luật so sánh trở nên phức tạp xuất phát từ nội hàm của khái niệm hệ thống pháp luật.

“Hệ thống pháp luật” (legal system) là khái niệm có nhiều nội hàm khác nhau tùy thuộc vào ngữ cảnh sử dụng thuật ngữ đó. Có hai ngữ cảnh thường được các học giả sử dụng khi nói đến hệ thống pháp luật. Thứ nhất, thuật ngữ hệ thống pháp luật được sử dụng khi nói đến pháp luật của quốc gia hoặc vùng lãnh thổ nào đó. Chẳng hạn, thuật ngữ hệ thống pháp luật được sử dụng để nói đến hệ thống pháp luật của Mỹ với hàm ý là quốc gia nhưng cũng có thể ám chỉ hệ thống pháp luật của từng bang trong nhà nước

(1). Xem: Michael Bogdan, Sđd, tr. 18.

liên bang Mỹ. Hoặc khi nói đến pháp luật của Trung Quốc hiện nay, thuật ngữ hệ thống pháp luật có thể được sử dụng để nói đến toàn bộ pháp luật của Trung Quốc nhưng cũng có thể được sử dụng để nói đến hệ thống pháp luật của Hồng Kông với tư cách là một bộ phận của hệ thống pháp luật Trung Quốc. Với ngữ cảnh này, thuật ngữ hệ thống pháp luật thường được hiểu là tổng thể các quy phạm pháp luật của quốc gia hay vùng lãnh thổ.⁽¹⁾ Cũng có học giả mở rộng nội hàm của khái niệm hệ thống pháp luật khi đặt nó trong mối quan hệ với quốc gia hoặc vùng lãnh thổ nhất định. Theo đó, hệ thống pháp luật không chỉ là tổng thể các quy phạm pháp luật mà còn bao hàm cả các thiết chế pháp luật của một quốc gia hoặc một vùng lãnh thổ.⁽²⁾ Vì thế, khi trình bày về hệ thống pháp luật nào đó, các học giả, các nhà nghiên cứu không phải chỉ nói đến hệ thống quy phạm pháp luật mà còn nói đến cả các thiết chế pháp luật như toà án, các cơ quan tài phán... Thậm chí, khái niệm hệ thống pháp luật còn được mở rộng hơn nữa bao hàm các yếu tố khác như phạm vi điều chỉnh của pháp luật (legal extention), mức độ điều chỉnh của pháp luật (legal penetration), văn hoá pháp luật, các thiết chế pháp lý (toà án, cơ quan lập pháp, cơ quan hành chính, cơ sở đào tạo luật, hội luật gia), luật gia và các quy trình có các hoạt động gắn liền với pháp luật.⁽³⁾

(1).Xem: Joseph Raz. *The concept of a legal system - An introduction to the Theory of legal system*. Claredon Press - Oxford, 1980, tr. 121; Dr. Frank Maher and Louis Waller. *An Introduction to Law*. The Law book Company Limited. Australia -1991, tr. 3; Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật*. Nxb. Tư pháp. Hà Nội, 2007, tr. 401.

(2).Xem: Winterton. *Comparative Law Teaching*. American Journal of Comparative Law. Vol 23 (1975). tr. 69,70.

(3).Xem: John Henry Merryman, David S. Clark, John O.haley, *The civil law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*, The Michie Company. 1994, tr. 52.

Bên cạnh việc sử dụng thuật ngữ “hệ thống pháp luật” để nói đến pháp luật của quốc gia hoặc vùng lãnh thổ, thuật ngữ này còn được sử dụng để nói đến pháp luật của một nhóm quốc gia hoặc vùng lãnh thổ mà hệ thống pháp luật của chúng có những điểm chung nhất định. René David, trong công trình giới thiệu về các hệ thống pháp luật lớn trên thế giới đã sử dụng thuật ngữ “hệ thống pháp luật” khi nói đến nhóm hệ thống pháp luật của các nước thuộc lục địa châu Âu - hệ thống pháp luật La Mã - Giécmanh (The Romano - Germanic system of law). Tương tự như vậy, nhiều học giả luật so sánh khác cũng sử dụng thuật ngữ hệ thống pháp luật để nói đến pháp luật của nhóm quốc gia hoặc vùng lãnh thổ. Peter de Cruz trong cuốn “Comparative Law in a changing world” (luật so sánh trong thế giới thay đổi) cũng sử dụng thuật ngữ “hệ thống pháp luật” khi nói đến nhóm pháp luật của phần lớn các nước Tây Âu, các nước Mỹ Latinh, các nước vùng Đông Á và phần lớn các nước châu Phi (civil law system).⁽¹⁾ Nhiều học giả khác cũng sử dụng thuật ngữ hệ thống pháp luật để nói đến hệ thống pháp luật Anh-Mỹ (Anglo-American system); hệ thống pháp luật XHCN (Socialist legal system). Điều dễ nhận thấy là khi sử dụng thuật ngữ “hệ thống pháp luật” để nói đến pháp luật của nhóm quốc gia hoặc vùng lãnh thổ nào đó, các học giả không có hàm ý rằng nội dung của thuật ngữ này là hệ thống quy phạm, các chế định pháp luật và các thiết chế pháp lý hoặc bao hàm cả mức độ, phạm vi điều chỉnh pháp luật giống như “hệ thống pháp luật” của quốc gia hoặc vùng lãnh thổ. Khi sử dụng khái niệm “hệ thống pháp luật” để nói đến pháp luật của nhóm quốc gia hoặc

(1). Peter de Cruz, Sđd, tr. 43.

vùng lãnh thổ. nội hàm của nó đã được mở rộng hơn rất nhiều. Theo đó, hệ thống pháp luật là “triết học pháp luật và kỹ thuật pháp lý”⁽¹⁾ chung của nhóm quốc gia, vùng lãnh thổ nào đó.

Một số học giả. thay vì sử dụng thuật ngữ “hệ thống pháp luật” đã sử dụng thuật ngữ “dòng họ pháp luật” (legal family) để chỉ nhóm hệ thống pháp luật có những điểm chung nhất định. Vì vậy, trong các công trình luật so sánh. chúng ta cũng gặp các thuật ngữ như “Dòng họ pháp luật La Mã - Giécmanh (Romano-Germanic family) hay dòng họ pháp luật Anh-Mỹ (Anglo-American legal family hoặc common law). dòng họ pháp luật XHCN (Socialist legal family). René David trong cuốn “Các hệ thống pháp luật trên thế giới đương đại” (Major legal systems in the world today) cũng sử dụng thuật ngữ dòng họ pháp luật thay cho thuật ngữ “hệ thống pháp luật” khi ông nói về dòng họ pháp luật La Mã - Giécmanh.⁽²⁾ Nhiều học giả luật so sánh trong các công trình nghiên cứu của mình cũng chấp nhận thuật ngữ “dòng họ pháp luật” để nói đến nhóm hệ thống pháp luật của các quốc gia hoặc vùng lãnh thổ. Chẳng hạn như Konrad Zweigert and Hein Kotz trong cuốn “Giới thiệu về luật so sánh” cũng sử dụng thuật ngữ dòng họ pháp luật để nói đến nhóm hệ thống pháp luật. Tuy nhiên, trong công trình của mình, đôi khi ông cũng sử dụng thuật ngữ hệ thống pháp luật để thay thế thuật ngữ dòng họ pháp luật.

“Mặc dù không có định nghĩa rõ ràng về dòng họ pháp luật nhưng nó có thể được xem là phương tiện mang tính khái niệm và phương pháp luận của các luật gia so sánh, chứ không phải là

(1). Xem: George Winterton, Sđd, tr. 69, 70.

(2). Xem: René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*, London: Stevens, 1935, tr. 34, 35.

các nhà xã hội học pháp luật hoặc lý luận về pháp luật".⁽¹⁾ Dòng họ pháp luật, xét ở khía cạnh ngôn ngữ, phản ánh mối quan hệ mang tính chất lịch sử của các hệ thống pháp luật khi chúng được xác định thuộc cùng dòng họ. Mỗi quan hệ này đôi khi được ví như mối quan hệ giữa các thể hệ trong dòng tộc nào đó của con người. Ví thể, trong dòng họ pháp luật, có thể nói hệ thống pháp luật nào đó như là hệ thống pháp luật gốc hoặc hệ thống pháp luật bố/mẹ (parent legal system).⁽²⁾ Chẳng hạn, hệ thống pháp luật Anh được xem như là hệ thống pháp luật "bố/mẹ" của dòng họ common law.⁽³⁾ Điều đó cũng có nghĩa là có những hệ thống pháp luật nào đó được xác định thuộc dòng họ nhất định nhưng nó không phải là hệ thống pháp luật gốc của dòng họ này. Ví thể, các hệ thống khác nhau của một dòng họ có thể được xem là những "thể hệ" khác nhau của dòng họ đó. Với ý nghĩa đó, thuật ngữ "dòng họ pháp luật" có lẽ là thích hợp hơn so với việc sử dụng thuật ngữ "hệ thống pháp luật" khi được dùng để nói đến nhóm hệ thống pháp luật các quốc gia có những điểm tương đồng về lịch sử hình thành, phát triển, triết lý pháp luật và kỹ thuật pháp lý...

Trong các công trình về luật so sánh của các học giả trên thế giới hiện nay, thuật ngữ "truyền thống pháp luật" cũng được sử dụng khá phổ biến để nói đến đối tượng của luật so sánh. "Truyền thống pháp luật" được hiểu là *"các quan điểm có nguồn gốc lịch sử sâu xa quy định bản chất của pháp luật, vai trò của pháp luật*

(1). Xem: Jaakko Husa, Legal families, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edited by Jan M. Smits, Edward Elgar Publishing Limited, 2006, tr. 382.

(2). Xem: Husa, Jaakko (2001), *Legal Families and Research in Comparative Law*, Global Jurist Advances: Vol. 1 : Iss. 3, Article 4, tr. 2 (<http://www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss3/art4>).

(3). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kötz, Sdd, tr. 65.

trong xã hội và chính thể, quy định cấu trúc và hiệu lực của hệ thống pháp luật và cách thức pháp luật được hoặc có thể được làm ra, được áp dụng, được nghiên cứu, được hoàn thiện và được giảng dạy.⁽¹⁾ Về mặt nội dung, thuật ngữ này tương tự với thuật ngữ “hệ thống pháp luật” (theo nghĩa rộng) và vì thế ở chừng mực nào đó nó cũng không hoàn toàn khác biệt với “dòng họ pháp luật” nếu chúng ta đặt nó trong mối quan hệ với hệ thống pháp luật của nhóm quốc gia/vùng lãnh thổ. Do đó, nhiều học giả sử dụng thuật ngữ “truyền thống pháp luật” thay cho thuật ngữ “dòng họ pháp luật”. Trong nhiều công trình luật so sánh, chúng ta có thể thấy thuật ngữ “truyền thống civil law” được sử dụng thay cho thuật ngữ “hệ thống civil law” hoặc “dòng họ civil law”.

Tuy nhiên, trong mỗi truyền thống pháp luật lớn này lại có những truyền thống pháp luật bộ phận. Chẳng hạn, trong truyền thống civil law có truyền thống pháp luật Pháp, truyền thống pháp luật Đức...⁽²⁾ Các nhà nghiên cứu cũng có thể nói đến truyền thống pháp luật của quốc gia hoặc vùng lãnh thổ nào đó, chẳng hạn, truyền thống pháp luật Hoa Kỳ, truyền thống pháp luật Ý hay truyền thống pháp luật Việt Nam... Vì vậy, thuật ngữ truyền thống pháp luật cũng có thể được sử dụng gắn liền với phạm vi lãnh thổ nhất định mà ở đó chỉ có một hệ thống pháp luật. Hệ thống pháp luật của quốc gia hoặc vùng lãnh thổ là sự thể hiện rõ nét nhất truyền thống pháp luật của quốc gia hoặc vùng lãnh thổ đó bởi vì “*hệ thống pháp luật tạo thành bộ phận không thể thiếu của truyền thống pháp luật và ngược lại*”.⁽³⁾ Nếu truyền thống

(1). Xem: John Henry Merryman, David S. Clark, John O'haley, Sđd, tr. 3-4.

(2). Xem: Peter de Cruz, Sđd, tr. 26.

(3). Xem: Peter de Cruz, Sđd, tr. 101.

pháp luật của quốc gia hoặc vùng lãnh thổ là sự hỗn hợp. đan xen của nhiều truyền thống pháp luật khác nhau thì hệ thống pháp luật của quốc gia/vùng lãnh thổ đó cũng phản ánh tính chất hỗn hợp của truyền thống pháp luật đó. Vì thế, mặc dù khái niệm “truyền thống pháp luật” của quốc gia hoặc vùng lãnh thổ không đồng nhất với khái niệm hệ thống pháp luật của quốc gia hoặc vùng lãnh thổ nhưng việc so sánh truyền thống pháp luật của một quốc gia này với truyền thống pháp luật của một quốc gia khác cũng không nằm ngoài phạm vi của luật so sánh.

“Văn hoá pháp luật” cũng là thuật ngữ được các luật gia sử dụng để nói đến đối tượng của luật so sánh. Mặc dù quan niệm văn hoá pháp luật là những tư tưởng, những giá trị, những mong muốn và những quan điểm về pháp luật và các thiết chế pháp luật của bộ phận hoặc của một phần công chúng không phải là quan niệm được chấp nhận một cách tuyệt đối⁽¹⁾ nhưng ở mức độ nhất định, quan niệm đó cho thấy rằng “văn hoá pháp luật” tương đồng với “hệ thống pháp luật” (theo nghĩa rộng) và “truyền thống pháp luật” mặc dù chúng không hoàn toàn đồng nhất. Có thể vì lý do này, có học giả kết luận rằng “*văn hoá pháp luật là truyền thống pháp luật*”.⁽²⁾ Một học giả khác giải quyết mối quan hệ giữa hệ thống pháp luật, truyền thống pháp luật và văn hoá pháp luật bằng nhận định: “*Truyền thống pháp luật gắn kết hệ thống pháp luật với nền văn hoá mà hệ thống pháp luật là một phần biểu hiện của nền văn hoá đó. Truyền thống pháp luật đặt hệ thống pháp luật*

(1). Xem: Friedman, *The concept of legal culture, a reply*, in Nelken (ed) *Comparing legal cultures* (1997) dẫn theo Peter de Cruz, Sđd, tr. 5.

(2). Xem: Alan Watson, *Legal culture v Legal tradition. Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Edited by Mark Van Hoecke, Oxford and Portland Oregon, 2004, tr. 1.

trong bối cảnh văn hoá”.⁽¹⁾ Điều này cho thấy sẽ khó có thể tách biệt được một cách rõ ràng các khái niệm “hệ thống pháp luật”, “truyền thống pháp luật” và “văn hoá pháp luật” và vì vậy, khó có thể phủ nhận các công trình so sánh các truyền thống pháp luật hoặc so sánh các nền văn hoá pháp luật khác nhau nằm ngoài phạm vi luật so sánh.

Như vậy, đối tượng của luật so sánh không hoàn toàn bị giới hạn ở nội dung của các “hệ thống pháp luật” theo nghĩa hẹp của từ này. Để xác định được những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật, người nghiên cứu cần phải hiểu được các quy định của các hệ thống pháp luật đó. Để hiểu được các quy phạm pháp luật cần phải hiểu chúng được làm ra và được áp dụng như thế nào; và vì thế cần phải hiểu cách thức giải thích các quy phạm pháp luật đó.⁽²⁾ Để hiểu được cách thức giải thích các quy phạm pháp luật, cần phải hiểu được quan điểm về vai trò của pháp luật trong đời sống xã hội của quốc gia hoặc vùng lãnh thổ mà nó tồn tại, tư duy pháp lý của các luật gia nước đó, các nguồn pháp luật và thậm chí phải hiểu được cả cách thức đào tạo các luật gia ở quốc gia đó...

Do phạm vi và đối tượng của luật so sánh rộng như thế nên các nghiên cứu so sánh pháp luật có thể tiến hành so sánh một cách tổng thể, khái quát hệ thống pháp luật này với hệ thống pháp luật khác hoặc so sánh thành tố của hệ thống pháp luật này với thành tố tương ứng trong hệ thống pháp luật khác. Từ quan điểm đó, các học giả thường phân biệt hai cấp độ so sánh pháp luật là

(1) Xem: John Henry Merryman, David S. Clark, John O'haley, Sdd. tr. 4.

(2) Xem: William Ewald, *Comparative jurisprudence (i) what was it like to try a rat?*, University of Pennsylvania Law Review, June 1995, tr. 2106.

so sánh vĩ mô và so sánh vi mô. Theo đó, so sánh vĩ mô là so sánh những vấn đề cốt lõi của các hệ thống pháp luật như các hình thức pháp luật, các phương pháp tư duy và các thủ tục được sử dụng trong các hệ thống pháp luật đó. Nói một cách cụ thể hơn, các nghiên cứu so sánh ở cấp độ vĩ mô tập trung vào các phương pháp xử lý các tài liệu pháp luật, trình tự, thủ tục để giải quyết các tranh chấp cũng như vai trò của các tài liệu và các thủ tục này trong hệ thống pháp luật. Các nghiên cứu so sánh về các vấn đề như kỹ thuật lập pháp, phương pháp giải thích pháp luật, các loại nguồn và giá trị pháp lý của chúng trong hệ thống nguồn của các hệ thống pháp luật... cũng là những so sánh ở cấp độ vĩ mô.⁽¹⁾

So sánh ở cấp độ vi mô tập trung vào các vấn đề cụ thể trong các hệ thống pháp luật. Xét về phạm vi, so sánh vi mô không bao quát toàn bộ hệ thống pháp luật mà nó tập trung vào việc so sánh các quy phạm pháp luật và các chế định pháp luật của các hệ thống pháp luật; Chẳng hạn, việc so sánh chế định hợp đồng giữa các hệ thống pháp luật, so sánh các quy phạm điều chỉnh vấn đề hiệu lực của di chúc giữa các hệ thống pháp luật khác nhau là những so sánh ở cấp độ vi mô. Nói cách khác, so sánh ở cấp độ vi mô là so sánh các quy phạm pháp luật được sử dụng để giải quyết một vấn đề thực tế cụ thể nào đó ở các hệ thống pháp luật khác nhau.

Tuy nhiên, cần phải lưu ý rằng sự phân biệt so sánh vĩ mô và so sánh vi mô chỉ mang tính tương đối. Ranh giới phân chia giữa so sánh vĩ mô và so sánh vi mô không phải khi nào cũng rõ ràng, sự phân biệt giữa hai loại so sánh này rất linh hoạt. Thông thường, việc nghiên cứu so sánh ở cấp độ vĩ mô và so sánh vi mô được

(1). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kötz, Sđd, tr. 4.

thực hiện ngay trong cùng thời điểm, trong cùng công trình nghiên cứu. Điều này có nghĩa là khi tiến hành so sánh ở cấp độ vĩ mô, người nghiên cứu vẫn phải thực hiện các so sánh ở cấp độ vi mô và ngược lại, khi thực hiện so sánh ở cấp độ vi mô thì cũng không thể bỏ qua những so sánh ở cấp độ vĩ mô. Nói cách khác, khi muốn tìm hiểu sự tương đồng và khác biệt của hai hệ thống pháp luật thuần túy, người nghiên cứu không thể không dựa vào những tương đồng và khác biệt giữa các chế định, các quy phạm pháp luật của các hệ thống pháp luật đó và ngược lại, để tìm hiểu sự khác biệt trong nội dung của chế định nào đó ở các hệ thống pháp luật khác nhau, người nghiên cứu cũng không thể không xác định sự khác biệt về cách thức giải thích các quy định của pháp luật ở các hệ thống pháp luật hoặc tầm quan trọng cũng như vị trí của chế định pháp luật đó ở các hệ thống pháp luật này.

III. PHƯƠNG PHÁP CỦA LUẬT SO SÁNH

Những nguyên lý của phương pháp so sánh trong luật so sánh hoàn toàn không vượt ra ngoài nguyên lý chung của phương pháp so sánh được sử dụng trong các lĩnh vực khoa học nói chung. Mặc dù các sự vật và hiện tượng đều có thể so sánh được với nhau nhưng việc so sánh chỉ thực sự có ý nghĩa khi các đối tượng so sánh (yếu tố so sánh và yếu tố được so sánh) có những điểm chung nhất định. Điểm chung này được các nhà nghiên cứu so sánh gọi là yếu tố thứ ba của việc so sánh bên cạnh yếu tố so sánh và yếu tố được so sánh. Yếu tố thứ ba này được xem là mẫu số so sánh chung.⁽¹⁾

Việc tìm kiếm mẫu số so sánh chung này vẫn luôn là vấn đề được bàn luận khi sử dụng phương pháp so sánh trong các lĩnh

(1). Xem: Michael Bogdan, Sđd, tr. 58.

vực khoa học khác nhau bao gồm cả lĩnh vực luật so sánh. Các nhà nghiên cứu luật so sánh cho rằng khả năng so sánh của các quy phạm pháp luật hay các chế định pháp luật tương đương với nhân tố thứ ba của việc so sánh bởi vì khả năng so sánh của các quy phạm hay các chế định pháp luật ở các hệ thống pháp luật khác nhau phụ thuộc vào sự tồn tại của mẫu số so sánh chung - nhân tố làm cho việc so sánh các hiện tượng pháp lý có ý nghĩa.⁽¹⁾

Vậy, nhân tố nào là mẫu số so sánh của các đối tượng so sánh trong luật so sánh? Nói cách khác, những hệ thống pháp luật nào; những chế định hay quy phạm pháp luật nào trong các hệ thống pháp luật khác nhau có thể được so sánh với nhau?

Ở cấp độ so sánh vĩ mô, các học giả đã đề xuất nhiều yếu tố khác nhau để xác định khả năng so sánh của các hệ thống pháp luật. Các nhân tố đó có thể là kinh tế, chính trị, văn hoá, địa lí, ngôn ngữ, tôn giáo, hệ thống các giá trị...⁽²⁾ Một số học giả cho rằng việc so sánh nên được tiến hành giữa các hệ thống pháp luật có cùng những bước phát triển nhất định, có thể là về kinh tế, xã hội hoặc pháp luật.⁽³⁾ Tuy nhiên, cần phải lưu ý rằng ở cấp độ vĩ mô, bản thân pháp luật là hiện tượng xã hội được xác lập trong các xã hội khác nhau và có thể so sánh được với nhau vì đều nhằm mục đích điều chỉnh hành vi của con người, duy trì trật tự xã hội. Vì thế, mẫu số so sánh giữa các hệ thống pháp luật sẽ tuỳ thuộc vào mục đích và sự quan tâm của người nghiên cứu. Trên thực tế, các học giả thường sử dụng những nhân tố chủ yếu như địa lí, lịch sử, kinh tế, chính trị, văn hoá, tôn giáo... để lựa chọn các hệ thống

(1). Xem: Jaakko Husa, Sdd, tr. 442.

(2). Xem: Jaakko Husa, Sdd, tr. 443; Peter de Cruz, Sdd, tr. 220.

(3). Xem: Jaakko Husa, Sdd, tr. 443; Peter de Cruz, Sdd, tr. 221.

pháp luật khi tiến hành các nghiên cứu so sánh ở cấp độ vĩ mô.

Ở cấp độ vi mô, mặc dù có sự tranh luận rất sôi nổi trong giới luật học trên thế giới nhưng cho đến nay chức năng của các chế định, các quy phạm pháp luật vẫn được đa số các học giả so sánh thừa nhận là nhân tố thứ ba của việc so sánh trong luật so sánh.⁽¹⁾ Nói cách khác, trong luật so sánh, những quy phạm, chế định pháp luật của các hệ thống pháp luật khác nhau có thể so sánh được với nhau nếu chúng có chức năng tương đương. Đây có lẽ là lý do mà nhiều học giả gọi nó là phương pháp chức năng của luật so sánh.⁽²⁾

Vấn đề được đặt ra là chức năng tương đương của các chế định hoặc các quy phạm pháp luật ở các hệ thống pháp luật khác nhau là gì? Các học giả luật so sánh xuất phát từ hai cách tiếp cận khác nhau để xác định các quy phạm pháp luật hoặc các chế định pháp luật ở các hệ thống pháp luật khác nhau có chức năng tương đương với nhau. Cách tiếp cận thứ nhất bắt đầu từ câu hỏi: “Chế định nào trong hệ thống pháp luật X thực hiện chức năng tương đương với chế định m trong hệ thống pháp luật Y?” từ câu trả lời của câu hỏi này, các nhà luật học so sánh sẽ tìm kiếm chế định có chức năng tương đương ở hai hệ thống pháp luật “X” và “Y” để tiến hành so sánh. Cách tiếp cận thứ hai bắt đầu từ câu hỏi: “Một vấn đề xã hội hoặc pháp lý được hệ thống pháp luật X và hệ thống pháp luật Y giải quyết như thế nào? Chế định pháp luật nào được sử dụng trong hai hệ thống pháp luật đó để giải quyết vấn đề đó?” Câu trả lời của câu hỏi này liên quan đến chức năng của các quy

(1). Xem: Ralf Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, trong sách: “*The Oxford Handbook of Comparative Law*”, Reimann, Mathias and Zimmermann, Reinhard, (eds), Oxford University Press, 2006, tr. 342.

(2). Xem: Ralf Michaels, Sđd, tr. 340

phạm hoặc chế định pháp luật. Với cách tiếp cận như thế, các học giả đã đi đến nhận định rằng các chế định trong các hệ thống pháp luật khác nhau có chức năng tương đương với nhau khi chúng có cùng vai trò trong các xã hội đó, cùng được sử dụng để giải quyết vấn đề tương tự ở các xã hội đó hoặc cùng điều chỉnh loại quan hệ ở các xã hội đó... Những chế định này có thể so sánh được với nhau vì chúng có “mẫu số so sánh chung” - đó chính là chức năng của chúng. Với cách đặt vấn đề như vậy, quan niệm chung của các cách tiếp cận này là các vấn đề giống nhau trong các xã hội khác nhau được giải quyết như nhau mặc dù con đường dẫn đến kết quả đó có thể khác nhau.⁽¹⁾

So sánh các chế định, các quy phạm pháp luật có cùng chức năng cho thấy việc so sánh luật không tập trung vào cấu trúc, ngôn ngữ hay khái niệm của các quy phạm pháp luật hoặc trong các chế định pháp luật của các hệ thống pháp luật khác nhau mà tập trung vào các tình huống thực tế, so sánh cách thức mà các hệ thống pháp luật giải quyết tình huống đó. Nói một cách cụ thể hơn, việc so sánh pháp luật ở đây là so sánh giải pháp được sử dụng trong các xã hội khác nhau để giải quyết cùng vấn đề xã hội hoặc pháp lý tồn tại ở các xã hội đó.

Việc xem chức năng là nhân tố chung cho việc tiến hành so sánh pháp luật được coi là nguyên tắc cơ bản nhất của phương pháp luận của luật so sánh - nguyên tắc so sánh chức năng. Nguyên tắc này trở thành nguyên tắc cơ sở của toàn bộ quá trình so sánh pháp luật.⁽²⁾

(1). Xem: Jaakko Husa. Sđd, tr. 443.

(2). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kötz. Sđd, tr. 34.

Do đối tượng của luật so sánh rất rộng và có các cấp độ so sánh khác nhau như đã nêu ở trên nên khó có thể đưa ra khuôn mẫu chung nào cho việc thực hiện các nghiên cứu so sánh. Các học giả đã xây dựng các bước rất khác nhau để tiến hành các nghiên cứu so sánh pháp luật. Một số học giả phân chia quá trình so sánh luật thành ba giai đoạn:⁽¹⁾ Giai đoạn mô tả, giai đoạn xác định và giai đoạn giải thích. Trong giai đoạn mô tả, người nghiên cứu thực hiện việc mô tả hệ thống pháp luật, các ngành luật hoặc chế định pháp luật của các hệ thống được lựa chọn để so sánh. Trong giai đoạn này, người nghiên cứu có thể làm sáng tỏ cả những vấn đề kinh tế xã hội, những vấn đề pháp lý và các giải pháp pháp luật mà các hệ thống pháp luật này sử dụng để giải quyết một vấn đề cụ thể. Giai đoạn thứ hai, đòi hỏi người nghiên cứu xác định những điểm tương đồng và khác biệt giữa các đối tượng lựa chọn so sánh đã được mô tả ở giai đoạn thứ nhất. Trong giai đoạn thứ ba, người nghiên cứu giải thích nguồn gốc của những điểm tương đồng và khác biệt giữa các đối tượng đã được lựa chọn để nghiên cứu. Một số học giả xác định sáu bước để tiến hành việc so sánh pháp luật. Cụ thể là: (1) Xây dựng giả thuyết để nghiên cứu so sánh; (2) Lựa chọn các quy phạm pháp luật để nghiên cứu so sánh; (3) Xác định phạm vi so sánh; (4) Lập báo cáo về đối tượng so sánh; (5) Xây dựng các tiêu chí cho việc phân tích so sánh và cuối cùng là (6) Tiến hành các phân tích so sánh, đánh giá các giải pháp và đề xuất giải pháp.⁽²⁾ Một bản kế hoạch khá chi tiết cho việc tiến hành các nghiên cứu so sánh luật của học giả khác lại phân chia quá trình tiến hành các nghiên cứu so

(1). Xem: Peter de Cruz. Sđd, tr. 234.

(2). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kotz. Sđd, tr. 34-47.

sánh luật thành tám bước khác nhau: Bước một là xác định vấn đề nghiên cứu; Bước hai là lựa chọn hệ thống pháp luật để so sánh; Bước ba là xác định các nguồn chứa đựng thông tin cần thiết về các hệ thống pháp luật cần so sánh; Bước bốn là thu thập các tài liệu có liên quan đến các hệ thống pháp luật được lựa chọn nghiên cứu; Bước năm là sắp xếp các tài liệu phù hợp với các tiêu đề gắn liền với triết lý pháp luật và hệ tư tưởng pháp lý của các hệ thống pháp luật; Bước thứ sáu là đưa ra các phương án trả lời cho vấn đề; Bước thứ bảy là phân tích các nguyên tắc pháp lý ở bản chất bên trong của chúng; và bước cuối cùng là trình bày kết luận dưới hình thức so sánh.⁽¹⁾ Có học giả xác định quá trình so sánh với các bước cụ thể là: (1) Xác định và làm rõ nội dung các khái niệm của vấn đề cần so sánh. “Những khái niệm này được xem là các đơn vị của việc so sánh”.⁽²⁾ Hệ thống khái niệm này được xem giống như hệ thống các tiêu chí so sánh ở trên; (2) Bước tiếp theo là mô tả. Bước này trình bày và mô tả nội dung các quy phạm, các khái niệm và chế định pháp luật của các hệ thống pháp luật đã được lựa chọn để nghiên cứu. Bước này có thể bao gồm cả việc trình bày về những vấn đề kinh tế-xã hội, văn hoá cùng với các giải pháp pháp luật gắn với những điều kiện đó; (3) Xác định những điểm tương đồng và khác biệt giữa các đối tượng so sánh là nội dung cơ bản của bước này; (4) Tiếp theo là giai đoạn giải thích nguồn gốc của những điểm tương đồng và khác biệt giữa các đối tượng so sánh và (5) cuối cùng là bước khẳng định những kết quả so sánh và đi đến kết luận cuối cùng thông qua việc kiểm tra kiểm tra kết quả và đánh giá các vấn đề và giải pháp thực tế

(1).Xem: Peter de Cruz, Sđd. tr. 235 - 239.

(2).Xem: Jaakko Husa, Sđd. tr. 447.

trong nhiều hệ thống pháp luật.⁽¹⁾

Tất cả những sự phân chia các bước của quá trình so sánh nêu trên chỉ mang tính chất tương đối. Ở đây, chúng tôi phân chia thành năm bước cơ bản để thực hiện một công trình so sánh pháp luật.

Bước một: Xác định vấn đề pháp luật cần so sánh và xây dựng giả thuyết đề nghiên cứu so sánh.

Để thực hiện các nghiên cứu so sánh, trước hết, người nghiên cứu phải xác định vấn đề dự kiến nghiên cứu so sánh. Vấn đề dự kiến nghiên cứu so sánh có thể xuất phát từ đòi hỏi của công việc và nhiệm vụ của nhà nghiên cứu. Chẳng hạn, người tham gia vào quá trình xây dựng pháp luật có thể được giao nhiệm vụ so sánh pháp luật của các nước về vấn đề nào đó để đề xuất phương án thích hợp cho việc soạn thảo văn bản pháp luật có liên quan; hoặc các nhà khoa học thực hiện các nghiên cứu pháp luật phục vụ cho việc phát triển hệ thống khoa học pháp lý của quốc gia hoặc đơn giản hơn là hoàn thành bài báo, luận văn hoặc luận án; các luật sư tìm kiếm giải pháp tốt nhất để bảo vệ quyền lợi của khách hàng của mình... Vấn đề dự định nghiên cứu cũng có thể xuất phát từ niềm say mê so sánh pháp luật của các nước khác nhau của các luật gia. Tuy nhiên, các vấn đề nghiên cứu dù để đáp ứng yêu cầu của công việc của luật gia hoặc niềm say mê nghiên cứu so sánh pháp luật của các luật gia đều thường xuất phát từ việc họ không thoả mãn với các quy định của pháp luật nước mình và tìm hiểu cách giải quyết vấn đề tương tự trong pháp luật nước ngoài hoặc đơn giản hơn là do sự tò mò về cách giải quyết vấn đề trong pháp luật nước ngoài. Vấn đề dự định nghiên cứu cũng có thể hình thành từ

(1). Xem: Jaakko Husa, Sdd, tr. 447 - 449.

việc có được thông tin về vấn đề nào đó của pháp luật nước ngoài làm cho luật gia tìm hiểu so sánh với pháp luật của nước mình.⁽¹⁾

Sau khi đã xác định được vấn đề để tiến hành nghiên cứu so sánh, công việc tiếp theo trong bước này là xây dựng giả thuyết để nghiên cứu so sánh. Giả thuyết nghiên cứu so sánh luật có ý nghĩa rất lớn đối với việc đảm bảo tính chính xác cũng như giá trị của kết quả nghiên cứu. Một giả thuyết nghiên cứu so sánh luật không chính xác có thể dẫn đến việc đưa ra những kết luận sai lầm khi xác định những điểm tương đồng và khác biệt cũng như khi đánh giá pháp lý trong các hệ thống pháp luật khác nhau.

Giả thuyết để nghiên cứu so sánh phải bảo đảm tính chức năng. Như đã phân tích ở trên, các nghiên cứu so sánh luật là nhằm tìm ra những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật khác nhau khi giải quyết cùng một vấn đề nào đó chứ không phải là so sánh về cấu trúc và cách thể hiện ngôn ngữ của các quy phạm pháp luật. Để đảm bảo tính chức năng của giả thuyết nghiên cứu, cần chú ý một số điểm:

Một là giả thuyết phải thể hiện được nội dung của vấn đề xã hội hoặc vấn đề pháp lý mà các quy phạm pháp luật được sử dụng để giải quyết. Như đã đề cập ở trên, việc so sánh luật ở đây là so sánh giải pháp pháp luật được sử dụng để giải quyết vấn đề cụ thể nào đó của đời sống xã hội; vì thế, giả thuyết nghiên cứu phải gắn với quan hệ xã hội mà quy phạm pháp luật đó điều chỉnh. Nói cách khác, giả thuyết phải tập trung vào chức năng của quy phạm pháp luật hoặc chức năng của chế định pháp luật chứ không phải là hình thức hay vị trí của quy phạm pháp luật trong hệ thống

(1). Xem: Konrad Zweigert und Hein Kötz, Sđd, tr. 34.

pháp luật. Chẳng hạn, thay vì đặt giả thuyết “So sánh chế định pháp luật giám hộ của các hệ thống pháp luật” thì nên đặt vấn đề là “So sánh giải pháp pháp lý để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự trong các hệ thống pháp luật khác nhau”.

Hai là không nên đưa vào trong giả thuyết nghiên cứu đó bất kì khái niệm pháp lý của hệ thống pháp luật của nước nào. Bởi vì, ở hệ thống pháp luật khác nhau, các khái niệm pháp lý không đồng nhất với nhau. Thậm chí, khái niệm pháp lý nào đó được sử dụng trong hệ thống pháp luật này nhưng lại không được sử dụng trong hệ thống pháp luật khác. Chẳng hạn, không nên đặt vấn đề là toà án hiến pháp các nước tiến hành xem xét tính hợp hiến của đạo luật như thế nào mà câu hỏi phải là tính hợp hiến của đạo luật trong pháp luật nước ngoài được bảo đảm như thế nào. Sở dĩ như vậy vì không phải hệ thống pháp luật nào cũng có toà án hiến pháp. Nếu giả thuyết nghiên cứu chứa đựng khái niệm pháp lý đặc thù của hệ thống pháp luật “A” thì rất có thể người nghiên cứu sẽ không tìm được khái niệm đó trong hệ thống pháp luật “B”. Và nếu vì lí do đó mà kết luận rằng hệ thống pháp luật B không điều chỉnh về vấn đề đang tìm hiểu thì rất có khả năng đó là kết luận thiếu chính xác.

Bước hai: lựa chọn hệ thống pháp luật để so sánh.

Lựa chọn hệ thống pháp luật là vấn đề khá phức tạp trong nghiên cứu so sánh. Về nguyên tắc, càng so sánh được nhiều hệ thống pháp luật thì kết quả của việc so sánh càng có ý nghĩa. Tuy nhiên, tùy thuộc vào những điều kiện và hoàn cảnh khác nhau để lựa chọn hệ thống pháp luật cho việc so sánh mang lại kết quả hữu ích nhất. Có ba yếu tố cần chú ý khi lựa chọn hệ thống pháp

luật để so sánh là mục đích nghiên cứu, khả năng có được nguồn thông tin pháp luật nước ngoài và cấp độ so sánh.

Trước hết, mục đích nghiên cứu sẽ có ý nghĩa quan trọng đối với việc lựa chọn hệ thống pháp luật để nghiên cứu so sánh. Mục đích cải cách pháp luật thường dẫn đến việc các luật gia so sánh lựa chọn các hệ thống pháp luật có sự tương đồng về văn hoá xã hội và văn hoá pháp luật hoặc có sự tương đồng về cơ sở kinh tế, chính trị, xã hội, lịch sử để so sánh nhằm giúp nhà làm luật có thể học hỏi kinh nghiệm từ các hệ thống pháp luật đó. Tuy nhiên, nếu mục đích của các nghiên cứu so sánh pháp luật nhằm làm hài hoà hoá và nhất thể hoá pháp luật thì yếu tố chính trị lại đóng vai trò quan trọng trong việc lựa chọn các hệ thống pháp luật để so sánh. Nói cách khác, trong việc nhất thể hoá mà trước hết là với việc hài hoà hoá pháp luật hoặc chỉ nhằm mục đích hài hoà hoá pháp luật, sự lựa chọn các hệ thống pháp luật để so sánh sẽ được quyết định trước bởi những lựa chọn mang tính chính trị.⁽¹⁾ Trong trường hợp nghiên cứu so sánh chỉ để thoả mãn nhu cầu thông tin và nâng cao hiểu biết về các hệ thống pháp luật khác nhau thì việc lựa chọn hệ thống pháp luật để nghiên cứu không phải là vấn đề phức tạp đối với người nghiên cứu bởi vì họ có thể chọn bất kì hệ thống pháp luật nào để tiến hành các nghiên cứu so sánh. Kết quả của các nghiên cứu này sẽ giúp cho các nhà nghiên cứu mở rộng được sự hiểu biết của mình đối với các hệ thống pháp luật khác trên thế giới. Tương tự như vậy, nghiên cứu so sánh nhằm hỗ trợ cho thực hiện và áp dụng pháp luật hoặc tư vấn pháp luật sẽ đòi hỏi nhà nghiên cứu cân nhắc để lựa chọn hệ thống pháp

(1). Xem: Jaakko Husa. Sđd, tr. 450.

luật để so sánh. Tuy nhiên, cần phải lưu ý rằng việc nghiên cứu để thỏa mãn nhu cầu thông tin và hiểu biết pháp luật của các nhà nghiên cứu không có nghĩa là các nghiên cứu so sánh đó không có giá trị thực tiễn. Trong nhiều trường hợp, kết quả của nghiên cứu so sánh chỉ có giá trị thông tin đối với người này nhưng lại có ý nghĩa thực tiễn đối với người khác. Chẳng hạn, các nghiên cứu so sánh thường có giá trị thông tin và nâng cao hiểu biết đối với các luật gia nhưng nó lại có giá trị thực tiễn đối với các luật sư khi phải giải quyết những vấn đề cụ thể của khách hàng liên quan đến pháp luật nước ngoài.

Khả năng tiếp cận được nguồn thông tin của các hệ thống pháp luật cũng là yếu tố đòi hỏi nhà nghiên cứu cần phải cân nhắc khi lựa chọn hệ thống pháp luật để tiến hành so sánh. Thông thường, tham vọng của người nghiên cứu so sánh rất lớn và muốn so sánh nhiều hệ thống pháp luật. Mặc dù trong điều kiện hiện nay, mạng thông tin toàn cầu và sự giao lưu giữa các chuyên gia pháp luật của các quốc gia khác nhau trên thế giới khá phổ biến nên việc tiếp cận thông tin về pháp luật nước ngoài không còn là vấn đề quá khó khăn nhưng yếu tố ngôn ngữ lại là rào cản khá lớn đối với các luật gia khi nghiên cứu pháp luật nước ngoài bởi vì việc nghiên cứu hệ thống pháp luật nước ngoài đồng nghĩa với việc phải làm quen với ngôn ngữ pháp luật của nước đó.

Cấp độ so sánh là một trong những yếu tố quan trọng có liên quan đến việc lựa chọn hệ thống pháp luật nào để nghiên cứu. Nếu là so sánh ở cấp độ vĩ mô, các nhà nghiên cứu thường lựa chọn hệ thống pháp luật vẫn duy trì được tính chất của hệ thống pháp luật “gốc” của dòng họ pháp luật hay truyền thống pháp luật

nào đó. Điều này xuất phát từ quan niệm rằng các hệ thống pháp luật này đã phát triển ổn định và các hệ thống pháp luật khác thường chấp nhận hoặc bắt chước các hệ thống pháp luật này.⁽¹⁾ Ví thế, để nghiên cứu ở cấp độ vĩ mô giữa các hệ thống pháp luật của các dòng họ pháp luật hay các truyền thống pháp luật khác nhau, ít khi các học giả bỏ qua hệ thống pháp luật của Pháp và hệ thống pháp luật của Đức hay Italia của dòng họ civil law. Tương tự như vậy, sẽ không thể hiểu được đầy đủ dòng họ common law nếu bỏ qua hệ thống pháp luật Anh và hệ thống pháp luật Hoa Kỳ. Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa là những hệ thống pháp luật khác sẽ không thể so sánh ở cấp độ vĩ mô.

Nếu so sánh ở cấp độ vi mô, việc lựa chọn hệ thống pháp luật để so sánh phụ thuộc rất lớn vào vấn đề dự kiến nghiên cứu. Thông thường, các nhà nghiên cứu lựa chọn các hệ thống pháp luật mà lĩnh vực pháp luật hoặc vấn đề được xác định để nghiên cứu của hệ thống pháp luật này được các luật gia nhìn nhận là điển hình. K. Zweigert và H. Kötz viết: *"Một số vấn đề thuộc lĩnh vực luật tư, đặc biệt là pháp luật về hợp đồng, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng và tài sản là những vấn đề có tính chất "cổ điển". Đối với những vấn đề đó, thường sẽ rất có ý nghĩa để nghiên cứu pháp luật Anh, pháp luật Mỹ thuộc dòng họ Anglo-Saxon, pháp luật Pháp và Italia của dòng họ La Mã, và ở dòng họ Germanic là pháp luật Đức và pháp luật Thụy Sĩ"*.⁽²⁾ Cũng theo hai học giả này, nếu tìm hiểu so sánh về các vấn đề khác thì các nhà nghiên cứu sẽ có thể chọn các hệ thống pháp luật khác.

(1). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kötz, Sđd, tr. 41.

(2). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kötz, Sđd, tr. 41.

“Tuy nhiên, việc bỏ qua các hệ thống pháp luật “gốc” sẽ hiếm khi được xem là an toàn”.⁽¹⁾ Vì thế, ngay cả khi so sánh các lĩnh vực luật không điển hình, người nghiên cứu cũng không nên bỏ qua các hệ thống pháp luật “gốc”.

Ba yếu tố quan trọng nêu trên cần phải được kết hợp với nhau cùng với kinh nghiệm của nhà nghiên cứu sẽ giúp cho họ có được sự lựa chọn hợp lý nhất đối với các hệ thống pháp luật để so sánh.

Bước ba: Mô tả các hệ thống pháp luật được lựa chọn hoặc giải pháp pháp luật của các hệ thống này về vấn đề đã được lựa chọn để nghiên cứu so sánh.

Việc mô tả các hệ thống pháp luật được lựa chọn để so sánh có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật. Việc mô tả các hệ thống pháp luật hoặc vấn đề được lựa chọn được nghiên cứu ở các hệ thống pháp luật phải được thực hiện lần lượt từng hệ thống để đảm bảo có được thông tin toàn diện về từng hệ thống pháp luật hoặc về các quy định có liên quan đến vấn đề đã chọn của các hệ thống pháp luật được so sánh. Đồng thời, phải đảm bảo tính toàn diện và khách quan khi trình bày về các hệ thống pháp luật.

Để đảm bảo tính toàn diện của việc mô tả đối với hệ thống pháp luật nước ngoài, người nghiên cứu cần phải tìm kiếm tất cả các quy định của các hệ thống pháp luật được sử dụng để giải quyết vấn đề được xác định trong giả thuyết nghiên cứu. Đây là công việc rất khó khăn và phức tạp. Bởi vì:

- Để giải quyết cùng vấn đề cụ thể, hệ thống pháp luật “A” sử

(1).Xem: Konrad Zweigert and Hein Kötz. Sđd, tr. 41.

dụng một chế định pháp luật nhưng hệ thống pháp luật “B” lại sử dụng nhiều chế định pháp luật khác nhau. Điều này xuất phát từ cơ sở thực tế là ở hệ thống pháp luật nào đó, các luật gia chỉ coi đó là một vấn đề vì thế chỉ cần sử dụng một chế định pháp luật để giải quyết nhưng ở hệ thống pháp luật khác, các luật gia khác lại cho rằng đó là hàng loạt các vấn đề cụ thể khác nhau và vì thế để giải quyết vấn đề đó cần nhiều chế định khác nhau của cùng một lĩnh vực pháp luật hoặc thuộc nhiều lĩnh vực pháp luật khác nhau.

- Các chế định pháp luật của các hệ thống pháp luật khác nhau có thể rất khác nhau về khái niệm và nguồn gốc lịch sử nhưng chúng lại có thể cùng được sử dụng để giải quyết vấn đề nào đó.⁽¹⁾

- Vấn đề nào đó có thể được giải quyết bằng pháp luật ở quốc gia hoặc vùng lãnh thổ này nhưng ở quốc gia hoặc vùng lãnh thổ khác, vấn đề tương tự như vậy lại được giải quyết bằng những quy phạm xã hội.

- Hệ thống nguồn luật, các loại văn bản và hình thức của chúng ở các hệ thống pháp luật có thể không giống nhau, vì thế không nên cho rằng ở hệ thống pháp luật này có văn bản quy định về vấn đề này thì ở hệ thống pháp luật khác cũng có văn bản pháp luật tương ứng quy định về vấn đề đó.

Để đảm bảo tính khách quan của việc mô tả các hệ thống pháp luật, yêu cầu cơ bản đối với người nghiên cứu là khi trình bày về các hệ thống pháp luật trong bước này, không được đưa ra bất kì sự bình luận hay nhận xét nào của cá nhân mình về các hệ thống pháp luật đó. Việc mô tả về các hệ thống pháp luật này phải phản ánh trung thực đúng như nó đang tồn tại. Hơn nữa, cần phải

(1).Xem: Konrad Zweigert and Hein Kotz. Sdd. tr. 41.

chú ý rằng các thuật ngữ được sử dụng trong bản mô tả về hệ thống pháp luật nào cần phải sử dụng các thuật ngữ pháp lý của chính hệ thống pháp luật đó với các nguồn luật và các kiểu khái niệm đặc trưng của chính hệ thống pháp luật đó và trong bối cảnh kinh tế-xã hội, chính trị... của chính hệ thống pháp luật đó. Nếu nội dung mô tả về các hệ thống pháp luật chứa đựng lời bình luận, đánh giá hay nhận xét của cá nhân thì những bình luận và đánh giá đó có thể sẽ ảnh hưởng đến những phân tích so sánh trong các giai đoạn khác của quá trình so sánh và vì thế có thể sẽ đi đến những kết luận thiếu chính xác.

Hơn nữa, việc mô tả đối tượng so sánh cũng không nên theo một khuôn mẫu cứng nhắc nào. Cách thức mô tả về các hệ thống pháp luật được lựa chọn để so sánh sẽ tùy thuộc vào đặc điểm riêng của từng hệ thống pháp luật. Khi mô tả về hệ thống pháp luật nào đó, các nhà nghiên cứu có thể trình bày các quy phạm, các khái niệm và các chế định pháp luật của các hệ thống pháp luật đó. Thậm chí, những vấn đề kinh tế-xã hội gắn liền với các khái niệm, các quy phạm cũng như các giải pháp của các hệ thống pháp luật cũng có thể được trình bày trong bản mô tả về đối tượng so sánh. Trong trường hợp việc mô tả về vấn đề cụ thể của hệ thống pháp luật nào đó lại liên quan đến những vấn đề khác trong hệ thống pháp luật đó thì các nội dung của các vấn đề đó cần phải được trình bày theo cách thức riêng. Do đó, việc mô tả các đối tượng so sánh phải đảm bảo rằng bất kỳ người nào đọc các bản mô tả cũng hình dung được một cách chính xác về hệ thống pháp luật hoặc chế định pháp luật được nghiên cứu.

Bước bốn: Xác định những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật.

Trên cơ sở các bản mô tả về các hệ thống pháp luật lựa chọn để so sánh đã được hoàn thành trong giai đoạn trước, nhiệm vụ của người nghiên cứu trong giai đoạn này là dựa vào các bản mô tả đó để tìm ra những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật hoặc các giải pháp của các hệ thống pháp luật đó. Tuy nhiên, để đảm bảo cho việc so sánh và phân tích những điểm tương đồng được tiến hành một cách có hệ thống, việc xác định những điểm tương đồng và khác biệt đó cần phải được thực hiện dựa trên những tiêu chí nhất định. Vì vậy, nhiệm vụ đầu tiên trong bước này là xác định được hệ thống các tiêu chí cho việc so sánh.

Xây dựng hệ thống tiêu chí so sánh cũng không phải là vấn đề đơn giản bởi vì, như đã phân tích ở trên, các hệ thống pháp luật khác nhau có thể có cách giải quyết vấn đề khác nhau, hệ thống khái niệm khác nhau... Do đó, *"Hệ thống này phải linh hoạt và có các khái niệm đủ rộng để bao quát được tất cả các chế định pháp luật khác nhau mà về mặt chức năng, chúng có thể so sánh được"*.⁽¹⁾ Điều đó có nghĩa là không được sử dụng các khái niệm không đồng nhất giữa các hệ thống pháp luật cũng như các khái niệm riêng biệt, đặc thù một hệ thống pháp luật nào đó làm tiêu chí cho việc so sánh. Mặt khác, do một số hệ thống pháp luật có thể không sử dụng giải pháp bằng pháp luật để giải quyết vấn đề đã được xác định, vì vậy, hệ thống các tiêu chí phải bao gồm cả những tiêu chí gắn với giải pháp có tính chất pháp lý và những tiêu chí gắn với giải pháp mang tính xã hội.

Sau khi có được hệ thống tiêu chí so sánh, nhiệm vụ của người nghiên cứu so sánh bây giờ là xác định những điểm tương

(1). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kötz. Sđd, tr. 44.

đồng và khác biệt giữa các đối tượng so sánh theo hệ thống các tiêu chí đã xác định. Nhiệm vụ này được xem là một trong những nhiệm vụ quan trọng trong quá trình so sánh. Nó đòi hỏi người nghiên cứu phải nhận biết hoặc nhận thức rõ những khác biệt và tương đồng giữa các đối tượng so sánh. Nhiệm vụ đó đòi hỏi người nghiên cứu phải khám phá và mô tả sự tương đồng và khác biệt trên cơ sở các dữ liệu đã được tập hợp và trình bày trong các bản mô tả về các hệ thống pháp luật.

Bước năm: Giải thích nguồn gốc của những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật đồng thời phân tích đánh giá ưu điểm và hạn chế của các giải pháp của các hệ thống pháp luật đã so sánh.

Trong bước này, người nghiên cứu phải tiến hành giải thích nguồn gốc của những tương đồng và khác biệt đã được tìm ra. Việc giải thích những nội dung nào trong kết quả nghiên cứu so sánh phụ thuộc vào mục đích cũng như giả thiết nghiên cứu. Thông thường, các nhà nghiên cứu cố gắng giải thích nguyên nhân của tất cả những điểm tương đồng và khác biệt đã được tìm ra. Tuy nhiên, đôi khi việc giải thích chỉ cần tập trung vào những điểm tương đồng hoặc những điểm khác biệt giữa các hệ thống pháp luật. Điều này hoàn toàn phụ thuộc vào giả thiết được đặt ra khi lựa chọn hệ thống pháp luật để so sánh. Nếu nhà nghiên cứu giả định về các hệ thống pháp luật được lựa chọn để so sánh là tương đồng thì khi tiến hành giải thích có thể chỉ cần tập trung vào những điểm khác biệt. Ngược lại, nếu giả định ban đầu các hệ thống pháp luật là khác nhau thì việc giải thích chỉ cần tập trung vào những điểm tương đồng.

Cơ sở để lí giải nguồn gốc của những tương đồng và khác biệt là những yếu tố có ảnh hưởng đối với pháp luật. Trong đó có những yếu tố mang tính tất nhiên mà đáng chú ý là những yếu tố kinh tế, chính trị, văn hoá, tôn giáo, lịch sử và địa lí, nhân chủng cũng như các phương tiện điều chỉnh khác đối với hành vi của con người... và có những yếu tố mang tính ngẫu nhiên tùy thuộc vào điều kiện và hoàn cảnh của mỗi hệ thống pháp luật.⁽¹⁾ Cần lưu ý rằng tất cả những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật đều có nguyên nhân của nó nhưng có những nguyên nhân chưa thể tìm ra, *"các học giả luật so sánh không nên kì vọng rằng mình có thể giải thích được mọi điều"*.⁽²⁾ Vì thế, nên tập trung việc giải thích nguồn gốc của những điểm tương đồng và khác biệt quan trọng nhất giữa các hệ thống pháp luật.

Sau khi đã lí giải được nguồn gốc của những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật, người nghiên cứu cần phân tích, đánh giá những ưu điểm và hạn chế của các hệ thống pháp luật hoặc các giải pháp của các hệ thống pháp luật đã được so sánh. Trong nhiều trường hợp, người nghiên cứu nhận thấy rằng giải pháp hoặc hệ thống pháp luật nào đó tốt hơn hoặc tồi hơn. Tuy nhiên, thông thường các giải pháp hoặc các hệ thống pháp luật có giá trị như nhau.⁽³⁾ Cuối cùng, nếu mục đích của việc so sánh luật là nhằm cải tổ pháp luật, người nghiên cứu, trên cơ sở đánh giá những ưu điểm và hạn chế của các giải pháp pháp lí đã chọn để so sánh, có thể xây dựng giải pháp pháp lí mà theo họ là tối ưu nhất hoặc cũng có thể lựa chọn giải pháp của hệ thống pháp luật nào

(1). Xem: Michael Bogdan, Sdd, tr. 77.

(2). Xem: Michael Bogdan, Sdd, tr. 77.

(3). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kotz, Sdd, tr. 47.

đó để “cấy ghép” vào hệ thống pháp luật của nước mình.

IV. PHÂN LOẠI LUẬT SO SÁNH

Có nhiều cách phân loại luật so sánh. Mỗi cách phân loại sẽ dựa vào các tiêu chí khác nhau; vì thế kết quả phân loại cũng không giống nhau. Ngoài việc phân chia luật so sánh thành so sánh vĩ mô và so sánh vi mô như đã trình bày ở trên, dưới đây là một số cách phân loại khác khá phổ biến trong các công trình nghiên cứu luật so sánh trên thế giới hiện nay.

Dựa vào số lượng các hệ thống pháp luật được lựa chọn để so sánh trong một công trình so sánh hoặc trong một thời điểm nào đó, các nhà nghiên cứu đã phân biệt hai loại so sánh luật là so sánh song diện và so sánh đa diện. Trong đó, so sánh song diện là việc so sánh hai hệ thống pháp luật với nhau. Nói cách khác, trong công trình so sánh, người nghiên cứu so sánh chỉ lựa chọn hai hệ thống pháp luật để so sánh. Ví dụ, trong một công trình so sánh, nếu người nghiên cứu chỉ tiến hành so sánh hệ thống pháp luật của Anh với hệ thống pháp luật của Mỹ thì đó là so sánh song diện. Khác với so sánh song diện, so sánh đa diện là việc so sánh nhiều hệ thống pháp luật trong công trình so sánh. Chẳng hạn, người nghiên cứu có thể chọn hệ thống pháp luật Pháp, hệ thống pháp luật Đức và hệ thống pháp luật Mỹ để so sánh. Dựa vào mục đích của các nghiên cứu so sánh, có thể phân chia luật so sánh thành so sánh học thuật và so sánh lập pháp. Theo đó, so sánh học thuật được thực hiện để hỗ trợ các nhà sử học, xã hội học, các luật gia phân tích tìm hiểu nguồn gốc và sự phát triển của các khái niệm pháp lý chung của tất cả các hệ thống pháp luật. Giá trị to lớn của so sánh học thuật là nâng cao hiểu biết về pháp

luật của các luật gia và các nhà nghiên cứu pháp luật.⁽¹⁾ Trong khi đó, so sánh lập pháp lại nhấn mạnh vào mục đích thực tiễn của luật so sánh là tập hợp và cung cấp các thông tin liên quan đến pháp luật nước ngoài và sử dụng những kinh nghiệm của pháp luật nước ngoài cho việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật của quốc gia.⁽²⁾ Nói cách khác, so sánh lập pháp được hiểu là việc so sánh pháp luật để tìm hiểu kinh nghiệm, mô hình pháp luật nước ngoài phục vụ cho quá trình lập pháp: có nghĩa là sử dụng pháp luật nước ngoài trong quá trình soạn thảo các đạo luật mới của pháp luật quốc gia.⁽³⁾

Dựa vào mục đích của việc so sánh để phân biệt luật so sánh mô tả (Descriptive Comparative Law) và luật so sánh ứng dụng (Applied Comparative Law). Trong đó, so sánh mô tả là việc trình bày một cách có hệ thống những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật được lựa chọn để so sánh. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng nếu chỉ tập hợp và biên soạn thuần túy các yếu tố của hệ thống pháp luật nào đó, thậm chí là việc trình bày song song hoặc thành bảng biểu các thành tố liên quan đến hai hay nhiều hệ thống pháp luật khác nhau thì đó cũng không phải là luật so sánh mô tả: *"Việc so sánh này không nhằm mục đích nào khác là cung cấp thông tin và nó không quan tâm đến việc người thực hiện nghiên cứu này định sử dụng kết quả nghiên cứu này như thế nào"*.⁽⁴⁾ Khác với so sánh mô tả, so sánh ứng dụng không phải chỉ đơn thuần nhằm mục đích có được thông tin về hệ thống pháp

(1).Xem: Konrad Zweigert and Hein Kotz. Sdd. tr. 51.

(2).Xem: H. C. Gutteridge. Sdd. tr. 2.

(3). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kotz. Sdd. tr. 51.

(4).Xem: H. C. Gutteridge. Sdd. tr. 8.

luật nước ngoài mà nó cần phải xác định mục đích rõ ràng sau khi đã có thông tin về pháp luật nước ngoài. Tuy nhiên, mục đích này cũng không phải chỉ là mục đích thực tiễn như cải cách pháp luật hay là nhất thể hoá pháp luật mặc dù đây là mục tiêu quan trọng nhất của loại so sánh này. Các mục đích của loại luật so sánh này có thể bao gồm cả việc các nhà triết học pháp luật hoặc lý luận pháp luật sử dụng việc so sánh để xây dựng các lý thuyết về pháp luật hoặc hỗ trợ các nhà lịch sử pháp luật tìm hiểu nguồn gốc và sự phát triển của các khái niệm hoặc các chế định pháp luật.⁽¹⁾

Ngoài ra, các nhà nghiên cứu so sánh còn có những cách phân loại khác như phân chia luật so sánh thành: Luật so sánh mô tả - đó là việc mô tả các hệ thống pháp luật khác nhau; so sánh phân tích - là việc đánh giá đặc tính của các quy phạm pháp luật của các hệ thống pháp luật trên cơ sở sự so sánh; so sánh lịch sử - đó là việc nghiên cứu sự phát triển của các hệ thống pháp luật trong mối quan hệ với các hệ thống pháp luật khác.

V. SỰ HÌNH THÀNH VÀ PHÁT TRIỂN CỦA LUẬT SO SÁNH

1. Sự hình thành và phát triển của luật so sánh trên thế giới

Có thể phân chia sự hình thành và phát triển của luật so sánh trên thế giới thành hai giai đoạn cơ bản là trước thế kỷ XIX và từ thế kỷ XIX đến nay.

- Trước thế kỷ thứ XIX

Ngay từ thời kỳ cổ đại, nhiều nhà nước cổ đại đã viện dẫn pháp luật nước ngoài để xây dựng hệ thống pháp luật của mình. Điển hình nhất là nhà nước Hy Lạp và nhà nước La Mã. Trong

(1). Xem: H. C. Gutteridge, Sđd, tr. 9.

nhà nước Hy Lạp cổ đại, một số thành phố khi xây dựng luật lệ của mình đã chấp nhận toàn bộ hoặc một phần luật lệ của các thành bang khác. Việc chấp nhận pháp luật của các vùng khác hoặc các thành bang khác ở thời kì cổ đại này có lẽ xuất phát từ lí do là luật lệ của các vùng đó được coi là tốt hơn, tiến bộ hơn. Do đó, đây là cách thích hợp để có luật lệ tốt ở giai đoạn này.

Bên cạnh việc các thành bang của Hy Lạp bắt chước luật của các thành bang khác, những nghiên cứu so sánh trong các công trình của các nhà khoa học thời kì cổ đại cũng đã được tìm thấy. Trong cuốn sách có tên là “Các luật lệ” (Laws), Plato đã so sánh luật lệ của các thành bang của Hy Lạp; Aristotle cũng đã so sánh luật lệ của 153 thành bang của Hy Lạp để viết cuốn “Chính trị”, Theophrastus trong cuốn “Về các luật lệ” (On Laws) cũng đã so sánh các hệ thống pháp luật khác nhau của Hy Lạp...

Khi nhà nước La Mã mới được hình thành, các luật lệ của La Mã, đặc biệt là Luật 12 bảng cũng đã được xây dựng trên cơ sở việc tìm hiểu luật lệ của Hy Lạp. Cicero và Gaius cho rằng “ủy ban lập pháp đã được gửi đi Aten để nghiên cứu pháp luật của Hy Lạp”.⁽¹⁾ Điều này xuất phát từ cơ sở lịch sử là nền văn minh của Hy Lạp cổ đại đã phát triển rất rực rỡ và có ảnh hưởng rất lớn đối với nền văn minh của La Mã.

Trong thời kì thịnh vượng của đế chế La Mã, luật so sánh hầu như không có cơ hội để phát triển. Các luật gia La Mã không nghiên cứu pháp luật nước ngoài với lí do rất đơn giản là theo quan niệm của họ luật La Mã là luật phát triển nhất xuất phát từ sự thịnh vượng và hùng mạnh của đế chế La Mã. Mặt khác, các

(1).Xem: Peter de Cruz, Sđd, tr. 11.

luật gia La Mã cho rằng pháp luật nước ngoài là “lộn xộn và ngớ ngẩn”⁽¹⁾ vì vậy không có gì đáng quan tâm để học hỏi.

Đến thời Trung cổ, sau khi đế chế Tây La Mã bị sụp đổ, ở các khu vực của Tây Âu tồn tại hai loại luật song song cùng được áp dụng là luật La Mã và luật Giécmanh. Tuy nhiên, sự tồn tại hai loại luật lệ cùng được áp dụng cũng không làm xuất hiện bất kì công trình nghiên cứu so sánh nào giữa hai loại luật lệ này.⁽²⁾ Đến trước thời kì Phục Hưng, đã xuất hiện những nghiên cứu khoa học dựa trên cơ sở so sánh. Theo đó, pháp luật của các nhà nước phong kiến, luật giáo hội và những phần khác nhau của luật La Mã trước khi chế độ Tây La Mã sụp đổ đã được nghiên cứu so sánh. Nhờ những nghiên cứu này, các học giả thời trung cổ đã mở rộng được sự hiểu biết của mình đối với nhiều hệ thống pháp luật khác nhau trong thời kì đó.⁽³⁾

Đến cuối thời Trung cổ, ở châu Âu lục địa hầu như không có bất kì một sự nghiên cứu so sánh nào ngay cả khi các trường đại học nghiên cứu giảng dạy luật La Mã (mặc dù đây không còn là luật La Mã thuần túy của thời cổ đại). Theo quan điểm của các trường phái này, “Luật La Mã và luật giáo hội là những luật có hiệu lực tuyệt đối và không có gì nghi ngờ”⁽⁴⁾ vì vậy cũng không đòi hỏi phải có những nghiên cứu so sánh. Trong khi đó, trong giai đoạn này ở Anh đã có những công trình nghiên cứu so sánh pháp luật của Anh và pháp luật của Pháp. Tuy nhiên, sự so sánh trong các công trình này “thiếu khách quan” chỉ để nhằm khẳng

(1). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kötz, Sđd, tr. 49.

(2). Xem: Peter de Cruz, Sđd, tr. 12.

(3). Xem: Peter de Cruz, Sđd, tr. 12.

(4). Xem: Peter de Cruz, Sđd, tr. 12.

định “sự tối ưu của pháp luật Anh”.⁽¹⁾

Từ thế kỉ thứ XVI, ở các quốc gia châu Âu lục địa tồn tại nhiều loại luật lệ khác nhau được áp dụng cho các vùng lãnh thổ khác nhau, vì vậy đã xuất hiện một số công trình so sánh các luật lệ được áp dụng trong cùng quốc gia. Đặc biệt, những so sánh giữa luật La Mã và luật lệ của người Giécmanh đã được thực hiện ở một số quốc gia như Tây Ban Nha, Đức.

Sự phát triển mạnh mẽ của các hệ thống pháp luật của quốc gia trong thế kỉ XVII và thế kỉ XVIII đã làm cho các luật gia ở các nước châu Âu lục địa tập trung nghiên cứu hệ thống pháp luật của chính nước mình, vì vậy, luật so sánh hầu như không được phát triển. Tuy nhiên, một số học giả cũng đã đề xuất rằng các học giả cần phải thoát khỏi khuôn khổ của hệ thống pháp luật quốc gia để đánh giá được giá trị đúng của hệ thống pháp luật đó. Đáng chú ý nhất là Montesquieu. Ông đã sử dụng phương pháp so sánh để phát triển các bài giảng của mình về những quan điểm của trường phái pháp luật tự nhiên. Vì thế, nhiều học giả sau này đã đánh giá Montesquieu như là người đi tiên phong trong lĩnh vực luật so sánh.

- Từ thế kỉ XIX đến nay

Từ thế kỉ thứ XIX đến nay, luật so sánh phát triển mạnh mẽ với hai hình thức là luật so sánh lập pháp và luật so sánh học thuật. Luật so sánh lập pháp là quá trình theo đó pháp luật của nước ngoài được viện dẫn để soạn thảo các văn bản pháp luật của quốc gia; còn luật so sánh học thuật là việc so sánh các hệ thống pháp luật khác nhau đơn giản là nhằm nâng cao hiểu biết về pháp luật.

(1). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kötz. Sđd. tr. 49.

Những tài liệu về hoạt động xây dựng pháp luật của các nước cho thấy rằng Đức là một trong số những quốc gia đầu tiên tiến hành các so sánh lập pháp để xây dựng hệ thống pháp luật của mình. Mặc dù, trong thời kì pháp điển hoá ở các nước châu Âu lục địa, nhiều bộ luật đã được ban hành như Bộ luật dân sự của Áo năm 1811, Luật đất đai của vùng Prusia và cả Bộ luật dân sự Napolcon năm 1804 nhưng những văn bản được pháp điển hoá này được xây dựng dựa vào triết lí pháp luật của trường phái luật tự nhiên chứ không phải là dựa vào luật so sánh. Đến giữa thế kỉ XIX, phong trào pháp điển hoá pháp luật và nhất thể hoá pháp luật của Đức đã được thực hiện dựa vào những so sánh pháp luật. Để pháp điển hoá pháp luật của mình, các luật gia Đức đã thực hiện việc so sánh các văn bản pháp luật không phải chỉ của các vùng lãnh thổ khác nhau của nước Đức mà đã so sánh các văn bản pháp luật của các quốc gia khác trong thời kì này. Chẳng hạn, khi xây dựng Luật về các phương tiện đàm phán của Đức năm 1848 và Bộ luật thương mại chung năm 1861, các luật gia Đức đã so sánh luật của các vùng khác nhau của Đức cùng với Bộ luật thương mại của Pháp, Hà Lan và các nước châu Âu. Đặc biệt, để hoàn thành Bộ luật hình sự, các nhà làm luật của Đức đã tạo ra sản phẩm so sánh pháp luật hình sự đồ sộ với 15 tập khác nhau. Đáng chú ý hơn nữa là Bộ luật dân sự của Đức năm 1896 cũng được hoàn thành dựa vào kết quả của việc so sánh luật tư của các nước và các vùng lãnh thổ như luật Giécmanh, luật Prusia, Bộ luật dân sự của Pháp, luật của Áo, Thụy Sĩ. Các quốc gia khác sau này khi cải tổ hệ thống pháp luật của mình đều dựa vào các nghiên cứu so sánh pháp luật của các nước khác nhau.

Luật so sánh học thuật được phát triển đầu tiên và trước hết là ở các nước châu Âu. Tuy nhiên, so với so sánh lập pháp, luật so sánh học thuật phát triển muộn hơn. Đến giữa thế kỉ thứ XIX, “luật so sánh dường như mới được thừa nhận như ngành nghiên cứu pháp luật hoặc ít nhất là phương pháp được chấp nhận để nghiên cứu các hệ thống pháp luật khác nhau”,⁽¹⁾ vì thế trong thời gian khá dài, luật so sánh không được thừa nhận một cách chính thức và vì vậy, không có vị trí trong khoa học pháp lí. Sự ra đời của giải phẫu so sánh, triết học so sánh, tôn giáo so sánh trong các ngành khoa học tương ứng đã tạo điều kiện cho việc thừa nhận và phát triển của luật so sánh trong lĩnh vực khoa học pháp lí.

Trong nửa đầu thế kỉ XIX, luật gia của các nước chỉ tập trung vào nghiên cứu hệ thống pháp luật của nước mình vì thế luật so sánh không có điều kiện để phát triển. Bắt đầu từ cuối những năm 20 của thế kỉ này, đã có những tín hiệu cho sự hình thành và phát triển của luật so sánh học thuật. Đầu tiên phải nói đến là sự ra đời của cuốn “Tạp chí phân tích” (*Kritische Zeitschrift*) liên quan đến luật so sánh đầu tiên trên thế giới ở Đức vào năm 1829 và cuốn tạp chí này xuất bản được 28 số khác nhau.⁽²⁾ Ở Pháp, Tạp chí lập pháp nước ngoài (*Revue étrangère de législation*) được xuất bản năm 1834 đã giúp cho các luật gia Pháp có thêm những hiểu biết về pháp luật nước ngoài. Ở Anh, công trình “Bình luận về pháp luật thuộc địa và pháp luật nước ngoài” (*Commentaries on Colonial and Foreign Laws*) được xuất bản năm 1938 với nội dung chứa đựng các bình luận về pháp luật của các nước châu Âu

(1). Xem: Peter de Cruz, Sđd, tr. 14.

(2). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kotz, Sđd, tr. 54.

lục địa, pháp luật của các vùng lãnh thổ là thuộc địa của Anh và pháp luật Anh là cuốn sách rất hữu ích đối với các luật gia của Anh và đặc biệt là Hội đồng cơ mật Anh (Privy Council) - cơ quan xét xử cao nhất ở các vùng thuộc địa của Anh. Một công trình đáng chú ý khác cũng ra đời xuất phát từ nhu cầu thực tiễn nhằm cung cấp thông tin về pháp luật nước ngoài cho các thương gia của Anh là “Luật thương mại trên thế giới” (năm 1854). Cuốn sách đã so sánh luật thương mại của Anh với luật thương mại của nhiều nước khác trên thế giới. Ở Mỹ, Chiến tranh giành độc lập và sau đó là cuộc chiến tranh năm 1812 đã làm cho người Mỹ chát ghét mọi thứ có nguồn gốc từ nước Anh. Các luật gia Mỹ cho rằng cần phải phát triển những quy tắc mới phù hợp với những điều kiện kinh tế, chính trị và xã hội ở Mỹ. Vì thế, các luật gia của Mỹ đã tiến hành các nghiên cứu luật La Mã và pháp luật đương đại của các nước châu Âu lục địa đặc biệt là pháp luật của Pháp. Điều này đã tạo điều kiện cho sự phát triển luật so sánh ở Mỹ.

Bên cạnh sự xuất hiện các ấn phẩm chuyên về pháp luật nước ngoài và luật so sánh, ở các nước châu Âu lục địa, luật so sánh đã từng bước được đưa vào giảng dạy tại các trường luật. Ở Pháp, bộ môn lịch sử so sánh pháp luật đã được thành lập tại trường đại học Paris năm 1831. Sau đó, từ năm 1838 trở đi, Khoa Luật của Đại học Paris đã tiến hành giảng dạy các khoá học về luật hình sự so sánh và đến năm 1846, chức vụ trưởng chuyên ngành luật hình sự so sánh được thiết lập. Ở Mỹ trong giai đoạn này, việc giảng dạy pháp luật nước ngoài cũng đã được chú trọng. Tại Khoa Luật, Đại học Harvard, pháp luật của các nước châu Âu lục địa cũng đã được đưa vào giảng dạy như là một phần chương trình đào tạo.

Cũng từ chương trình này, Đại học Harvard đã có chức vụ trưởng chuyên ngành pháp luật châu Âu lục địa (Chair of civil law).⁽¹⁾

Giai đoạn cuối thế kỉ XIX, sự phát triển của luật so sánh được đánh dấu bằng sự phát triển mạnh mẽ của các thiết chế của nó như các hiệp hội, các tạp chí và trường các chuyên ngành so sánh (professional chairs). Hội so sánh lập pháp (Société de législation comparée) được lập ra ở Pháp năm 1869 được xem là tổ chức đầu tiên trên thế giới về luật so sánh. Gắn liền với sự ra đời của Hiệp hội này là sự ra đời cuốn Tạp chí quốc tế về luật so sánh (Revue internationale de droit comparé). Sau sự ra đời của Hội so sánh lập pháp và Tạp chí quốc tế về luật so sánh, năm 1876, ở Đại học Paris các môn học luật so sánh chuyên ngành khác cũng đã được đưa vào giảng dạy như luật thương mại và luật hàng hải so sánh (1892), luật hiến pháp so sánh (1895) và luật tư so sánh (Comparative private law). Ở Đức, sự ra đời cuốn Tạp chí luật so sánh (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft) năm 1878 với nội dung chủ yếu tập trung vào lịch sử pháp luật so sánh và Hiệp hội quốc tế về luật học và kinh tế học so sánh được thành lập năm 1894 đã đánh dấu bước phát triển mới của luật so sánh của Đức. Ở Anh, Đại học Oxford trong năm 1869 cũng đã xây dựng chức danh giáo sư luật học so sánh và lịch sử pháp luật và năm 1894 tại Đại học London đã có trường chuyên ngành lịch sử pháp luật và luật so sánh. Cũng trong năm này, Hội lập pháp so sánh đã được thành lập ở Anh và Hội này cho đến nay vẫn còn tồn tại cùng với cuốn tạp chí hàng quý của nó là Tạp chí luật quốc tế và luật so sánh

(1). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kötz, Sđd, tr. 57

(International and comparative Law Quarterly).⁽¹⁾

Đại hội quốc tế về luật so sánh (International Congress for Comparative Law) tại Pari năm 1900 đã đánh dấu bước phát triển mới của luật so sánh. Đại hội đã làm rõ được mục tiêu cơ bản của luật so sánh là nhằm tìm kiếm những giải pháp chung từ đó làm cho các hệ thống pháp luật khác nhau ngày càng gần nhau hơn. Thậm chí, các luật gia tham dự Đại hội này còn có ý tưởng rất lạc quan là theo đuổi sự thống nhất pháp luật của thế giới.

Trong nửa đầu thế kỉ XX, nhiều thiết chế chuyên về luật so sánh đã được thành lập và các thiết chế này đã đóng vai trò quan trọng trong sự phát triển của luật so sánh. Một học giả đã nhận xét rằng: *"luật so sánh từ giai đoạn đó đến nay sẽ không thể phát triển được nếu thiếu các thiết chế đó"*.⁽²⁾ Năm 1916, Viện luật so sánh (Institute for Comparative Law) đã được thành lập tại Đại học Munich. Nhiều trường đại học khác ở Đức trong giai đoạn này cũng đã thành lập các viện, cơ quan nghiên cứu luật so sánh. Đại học Lyons của Pháp, năm 1920 cũng thành lập Viện luật so sánh nhờ sáng kiến của một trong những học giả nghiên cứu luật so sánh rất nổi tiếng trên thế giới của Pháp là Lambert. Tại Berlin, năm 1926, Viện pháp luật nước ngoài và tư pháp quốc tế mang tên Hoàng đế William cũng được thành lập. Cũng trong thời gian này, Viện so sánh luật công, pháp luật nước ngoài và luật quốc tế được thành lập và Viện này đã nhanh chóng trở thành trung tâm

(1). Cuốn tạp chí đầu tiên của Hội lập pháp so sánh của Anh là Journal of the Society of comparative legislation. Năm 1918. Tạp chí này được đổi tên thành "Journal of Comparative Legislation and International Law" đến năm 1952 thành "International and comparative Law Quarterly".

(2).Xem: Konrad Zweigert and Hein Kotz, Sdd, tr. 60.

nghiên cứu pháp luật so sánh ở Đức. Năm 1931, Viện so sánh luật của Đại học Paris cũng được thành lập. Ở cấp độ quốc tế, trong giai đoạn này cũng đã thành lập nhiều thiết chế có vai trò quan trọng đối với sự phát triển của luật so sánh. Năm 1924, Học viện quốc tế về luật so sánh đã được thành lập tại La Haye. Học viện này chính là cơ quan tổ chức Đại hội Quốc tế luật so sánh thường kì 4 năm một lần. Đại hội lần thứ XVII được tổ chức tại Utrecht, Hà Lan năm 2006. Học viện này đã có những đóng góp đáng kể đối với sự phát triển của luật so sánh trên thế giới. Thêm vào đó, năm 1926, trên cơ sở ý tưởng của Chính phủ Italia, Hội quốc liên (League of Nations) cũng đã thành lập Viện quốc tế về nhất thể hoá luật tư (The International Institute for the Unification of Private Law). Viện này được xem như là cơ quan trực thuộc Hội quốc liên nhưng nó lại được sự hỗ trợ của Chính phủ Italia.⁽¹⁾ Mặc dù Viện này không có mục đích thuần túy là luật so sánh nhưng nó đã đóng vai trò không nhỏ đối với sự phát triển của luật so sánh xuất phát từ mục đích nhất thể hoá luật tư của cơ quan này.

Bên cạnh sự phát triển của các thiết chế chuyên về luật so sánh, luật so sánh trong giai đoạn này cũng đã được phát triển thành các môn học ở các cấp độ khác nhau trong các khoa luật của trường đại học ở các nước khác nhau. Các trường đại học ở Pháp như Lyon, Paris, Strasbourg và Toulouse đã đưa luật so sánh thành môn học chính của chương trình sau đại học. Ở Anh, cùng với việc đưa môn luật so sánh vào giảng dạy trong chương trình của mình, Đại học Cambridge đã thiết lập chức danh trưởng bộ môn luật so sánh vào năm 1945.⁽²⁾ Ở Đại học Oxford, ngoài

(1).Xem: H. C. Gutteridge, Sđd, tr. 19.

(2).Xem: H. C. Gutteridge, Sđd, tr. 21.

chức danh trưởng chuyên ngành luật học so sánh và lịch sử pháp luật được thiết lập từ 1869, chức danh trưởng chuyên ngành luật so sánh cũng đã thiết lập năm 1948.⁽¹⁾

Cùng với sự phát triển của các thiết chế chuyên về luật so sánh và việc đưa môn học luật so sánh vào giảng dạy tại các cơ sở luật, trong nửa đầu thế kỉ XX, nhiều công trình về luật so sánh được xuất bản đã góp phần quan trọng vào sự phát triển của luật so sánh trên thế giới. Ở đây có thể chia thành hai nhóm là nhóm lí thuyết về luật so sánh và nhóm công trình so sánh pháp luật của các nước trên thế giới. Ở nhóm thứ nhất, có thể kể đến các công trình khá nổi tiếng về lí thuyết so sánh bao gồm: chuyên luận của Edouard Lambert là “Chức năng của luật so sánh” (*Fonction du Droit Comparé*) được xuất bản năm 1903, chuyên luận Chức năng và phương pháp của luật so sánh (*Fonction et méthode du droit comparé*) của Sauser - Hall được xuất bản năm 1913. Đặc biệt là rất nhiều công trình về lí thuyết so sánh được đăng trong các tạp chí khác nhau mà đáng chú ý là tạp chí luật của Trường đại học Tulane của Mỹ (*Tulane Law Review*).⁽²⁾ Các công trình so sánh pháp luật thuộc nhóm thứ hai cũng rất phát triển trong giai đoạn này. Có thể kể đến một số công trình khá nổi tiếng được cơ quan thương mại của Mỹ (*The US Department of Commerce*) xuất bản năm 1937 là Loạt sách về luật so sánh (*Comparative law Series*); Hiệp hội các trường luật của Mỹ (*Association of American Law Schools*) đã xuất bản: “Bộ sách về khoa học hình sự hiện đại” (*The Modern Criminal Science Series*), Bộ sách về lịch sử pháp

(1). Xem: George Winterton, Sđd, tr. 92.

(2). Xem: H. C. Gutteridge, Sđd, tr. 20.

luật của lục địa châu Âu” (Continental legal history Series). “Bộ sách về triết học pháp luật hiện đại” (The Modern Legal Philosophy Series). “Bộ sách về lịch sử tố tụng dân sự châu Âu lục địa” (The History of Continental Civil Procedure). Đặc biệt, Thư viện của Quốc hội Mỹ đã xuất bản một loạt sách giới thiệu hệ thống pháp luật của các nước.⁽¹⁾

Sau Đại chiến thế giới lần thứ II, với sự ra đời của hệ thống các nước XHCN bao gồm các nước ở Đông Âu và một số nước khác ở châu Á và châu Mỹ Latinh, luật so sánh đã có những thay đổi nhất định và ít nhiều bị ảnh hưởng bởi sự phân hoá thế giới và quan điểm chính trị.

Ở Mỹ và Tây Âu, luật so sánh tiếp tục phát triển mạnh mẽ. Nhiều trung tâm, viện nghiên cứu cũng như các hiệp hội luật so sánh đã được thành lập. Hội luật so sánh của Mỹ (American Society of Comparative Law) được thành lập năm 1951. Hiệp hội luật so sánh của Italia được thành lập năm 1958. Hiệp hội luật so sánh Hà Lan (The Netherlands Comparative Law Association) đã được thành lập năm 1968. Viện luật so sánh Thụy Sĩ được thành lập năm 1982. Viện nghiên cứu luật châu Âu và luật so sánh của Khoa Luật, Đại học Oxford được thành lập năm 1995. Các viện nghiên cứu và các trung tâm này đã có những đóng góp rất lớn đối với sự phát triển của luật so sánh trong giai đoạn này. Đặc biệt là các trung tâm nghiên cứu hoặc các viện nghiên cứu luật so sánh đã xây dựng các chương trình đào tạo luật so sánh ở các trình độ khác nhau. Ở Mỹ, bắt đầu vào những năm 1950, các trường luật ở Mỹ đã tiến hành các khoá học luật so sánh mà nội

(1) Xem: H. C. Gutteridge, Sđd, tr. 21

dung của các khoá học này tập trung chủ yếu vào luật La Mã, luật của các nước Tây Âu, Pháp luật Xô viết hoặc pháp luật của các nước châu Mỹ Latinh.⁽¹⁾ Vào giữa những năm 60 của thế kỉ XX, có hơn 50 cơ sở đào tạo luật ở Mỹ đã đưa vào chương trình giảng dạy của mình môn học luật so sánh.⁽²⁾ Đến nay, môn học luật so sánh được xem là một trong những môn học cơ bản trong chương trình đào tạo của các trường luật ở Mỹ cũng như các nước khác trên thế giới. Bên cạnh đó, nhiều cuốn tạp chí chuyên về luật so sánh cũng đã được xuất bản.

Ở châu Á, Nhật Bản có lẽ là nước đi tiên phong trong việc phát triển luật so sánh học thuật với việc thành lập Viện luật so sánh thuộc Đại học Chuo năm 1948. Sau đó, nhiều trường đại học ở Nhật Bản cũng đã thành lập các trung tâm và các viện chuyên về luật so sánh như Viện luật so sánh tại Đại học Waseda được thành lập năm 1958, Trung tâm quốc tế về luật và chính trị học so sánh (The International Center for Comparative Law and Politics) thuộc Đại học Tokyo. Từ những năm 80 của thế kỉ trước trở lại đây, nhiều trường đại học ở các nước châu Á khác cũng đã thành lập các viện, các trung tâm nghiên cứu luật so sánh. Đáng chú ý là việc thành lập Viện luật châu Á (Asian Law Institute - ALI) năm 2003 do sáng kiến của một số trường luật ở các nước châu Á. Cùng với việc thành lập các viện và các trung tâm nghiên cứu luật so sánh, các cơ sở đào tạo luật ở châu Á cũng đã xây dựng các chương trình đào tạo luật so sánh trong các cơ sở của mình. Chẳng hạn, Khoa Luật của Đại học quốc gia Singapore đã xây

(1).Xem: George Winterton, Sđd, tr. 94.

(2).Xem: George Winterton, Sđd, tr. 94.

dụng và thực hiện chương trình đào tạo thạc sĩ về luật so sánh.

Từ sau những năm 50, với sự xuất hiện của các trung tâm và các viện nghiên cứu về luật so sánh, nhiều tạp chí chuyên về lĩnh vực này cũng được phát hành ở Mỹ cũng như ở châu Âu. Chẳng hạn, Tạp chí luật châu Âu và luật so sánh của Đại học Maastricht ở Hà Lan (*The Maastricht Journal of European and Comparative Law*) phát hành số đầu tiên năm 1994; Tạp chí luật so sánh của Mỹ (*American Journal of Comparative Law*) của Hội luật so sánh của Mỹ (*American Society of Comparative Law*) đã được xuất bản vào năm 1952 chỉ sau một năm kể từ khi Hội này được thành lập; Tạp chí luật quốc tế và luật so sánh (*Hastings International and Comparative Law Review*) cũng đã được xuất bản tại Đại học Hastings của Mỹ năm 1976. Đến những năm 90 của thế kỉ trước, hàng loạt các tạp chí chuyên về luật so sánh đã được các trường luật ở Mỹ xuất bản như Tạp chí luật so sánh và luật quốc tế của Đại học Duke (*Duke Journal of Comparative and International Law*) xuất bản số đầu tiên năm 1990; Tạp chí luật quốc tế và luật so sánh của Đại học Indiana (*The Indiana International & Comparative Law Review*) xuất bản số đầu tiên năm 1991; Tạp chí luật quốc tế và luật so sánh của Đại học New England (Bang Massachusetts) được xuất bản năm 1994 (*The New England Journal of International and Comparative Law*). Ở châu Á, Khoa Luật Đại học quốc gia Singapore cũng đã xuất bản tạp chí thường kì về luật so sánh và luật quốc tế (*Singapore Journal of International and comparative law*), Viện pháp luật châu Á sau khi được thành lập cũng đã xuất bản tạp chí luật so sánh (*Asian Journal of Comparative Law*).

Sự xuất hiện của các tạp chí chuyên về luật so sánh và việc thành lập các viện nghiên cứu, các trung tâm nghiên cứu luật so sánh và sự quan tâm của giới luật học đối với luật so sánh đã làm xuất hiện số lượng khổng lồ các công trình nghiên cứu so sánh ở các cấp độ và phạm vi khác nhau. Điều đó đã tạo ra sự khác biệt rất lớn về sự phát triển của Luật so sánh trong nửa cuối của thế kỉ XX so với các giai đoạn trước là “ở thời điểm của năm 1950, một người có thể nắm được nội dung các tài liệu về luật so sánh bằng tiếng Anh trong vài tuần thì bây giờ, điều này có thể phải mất nhiều năm”.⁽¹⁾ Trong đó, bên cạnh các tài liệu chuyên khảo, các luận văn và hàng nghìn bài báo đăng trên các tạp chí khác nhau, có rất nhiều chuyên luận rất nổi tiếng và hữu ích mà không một học giả luật so sánh nào bỏ qua, chẳng hạn. “Các hệ thống pháp luật trên thế giới đương đại” của hai học giả người Pháp là René David và John E. C. Brierley.⁽²⁾ “Luật so sánh trong thế giới đang biến đổi” của Peter de Cruz⁽³⁾ “Giới thiệu về luật so sánh” của K. Zweigert và H. Kötz,⁽⁴⁾ “Các truyền thống pháp luật so sánh” của John H. Merryman, Michael W. Gordon và Christopher Osakwe,⁽⁵⁾ “Các truyền thống pháp luật so sánh” của Mary Ann Glendon, Michael Wallace Gordon và Paolo G. Carozza.⁽⁶⁾

(1). Xem: Mathias Reimann, *The progress and failure of comparative law in the second half of the 20th century*, American Journal of Comparative Law, Vol. 50, Fall 2002, tr. 674.

(2). Bản dịch tiếng Anh, Nxb. Steven and Son, xuất bản lần thứ 3 năm 1985; Bản dịch tiếng Việt của Nguyễn Sỹ Dũng và Nguyễn Đức Lâm, Nxb. Thành phố Hồ Chí Minh, 2003.

(3). Cavendish Publishing Limited xuất bản lần thứ 2 năm 1995.

(4). Bản dịch tiếng Anh của Tony Weir, Nxb. Clarendon Press – Oxford, xuất bản lần thứ ba, 1998.

(5). Xuất bản lần thứ 2 năm 1994.

(6). West Group xuất bản năm 1999.

2. Sự hình thành và phát triển của luật so sánh ở Việt Nam

Thời kì trước năm 1986, luật so sánh ở Việt Nam chủ yếu là so sánh lập pháp. Nói khác, các nhà làm luật của Việt Nam ở các thời kì khác nhau trong lịch sử đều viện dẫn và sử dụng pháp luật nước ngoài để xây dựng hệ thống pháp luật của mình.

Trong thời kì phong kiến, các nhà làm luật của các triều đại phong kiến của Việt Nam đã tham khảo kinh nghiệm của nước ngoài để xây dựng hệ thống pháp luật của mình. Mặc dù không có nền tảng lí thuyết về so sánh pháp luật như bây giờ nhưng các nhà làm luật của Việt Nam ở các thời kì khác nhau đã chắt lọc những điểm hợp lí trong pháp luật của nước ngoài mà chủ yếu là pháp luật Trung Quốc để xây dựng hệ thống pháp luật của mình phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh kinh tế xã hội của Việt Nam. Sự tiếp thu những kinh nghiệm của pháp luật nước ngoài trong việc xây dựng pháp luật của các triều đại phong kiến Việt Nam không phải chỉ là sự tiếp thu về tư tưởng mà còn tiếp thu về hình thức cũng như nội dung của các văn bản pháp luật nước ngoài.

Một ví dụ điển hình cho việc tiếp thu pháp luật Trung Quốc trong quá trình xây dựng hệ thống pháp luật Việt Nam là Quốc triều hình luật – Bộ luật có giá trị đặc biệt trong cổ luật của Việt Nam. Theo thống kê của các nhà nghiên cứu, khi xây dựng Quốc triều hình luật, các nhà làm luật Việt Nam đã tiếp nhận nhiều yếu tố trong pháp luật của Trung Quốc. Về hình thức cấu trúc, Quốc triều hình luật có đến 9 chương giống với Bộ luật nhà Đường.⁽¹⁾

(1). Xem: Vũ Thị Nga, “Quá trình hình thành Quốc triều hình luật”, trong sách: *Quốc triều hình luật - Lịch sử hình thành, nội dung và giá trị*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2004, tr. 61.

Về nội dung, Quốc triều hình luật có đến 261 điều khoản tiếp nhận toàn bộ hoặc một phần từ luật của nhà Đường, 53 điều tiếp nhận từ Bộ luật của nhà Minh và một số điều khoản có nội dung tiếp nhận các quy định của nhà Tống.⁽¹⁾ Mặc dù, “Quốc triều hình luật có nhiều điều khoản tương tự với những điều khoản tương ứng ở Bộ luật nhà Đường nhưng nó có châm chước, sửa đổi khi cần thiết những quy định của pháp luật nước ngoài mà nó tham khảo cho phù hợp với tình hình của xã hội Việt Nam, với truyền thống sinh hoạt của dân tộc”.⁽²⁾

Một văn bản pháp luật khác cũng rất nổi tiếng trong các triều đại phong kiến Việt Nam là Hoàng Việt luật lệ (còn gọi là Bộ luật Gia Long). Các nhà soạn thảo Hoàng Việt luật lệ đã nghiên cứu pháp luật của nước ngoài mà cụ thể là luật lệ của nhà Thanh (Trung Quốc) nên đã đưa vào trong bộ Hoàng Việt luật lệ này nhiều quy định của pháp luật nhà Thanh. “Về hình thức, bộ Hoàng Việt luật lệ so với Bộ luật nhà Thanh, chép gần đúng toàn thể nguyên văn, chỉ loại bỏ mất vài điều lệ. Các bố cục giống như hết không có sự thay đổi gì”.⁽³⁾ “Nhà làm luật vì quá câu nệ trong sự bắt chước bộ luật nhà Mãn Thanh, nên đã chép lại rất nhiều điều luật nhà Mãn Thanh kể cả những lời bình chú”.⁽⁴⁾ Việc nghiên cứu luật của nhà Thanh và so sánh với pháp luật của các triều đại trước đó của Việt Nam để xây dựng bộ Hoàng Việt luật

(1).Xem: Insun Yu, *Luật và xã hội Việt Nam thế kỉ XVII-XVIII* (Phan Huy Lê giới thiệu: Nguyễn Quang Ngọc tổ chức dịch và hiệu đính), Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 1994, tr. 73.

(2).Xem: Đinh Gia Trinh, *Sơ thảo lịch sử nhà nước và pháp luật Việt Nam*, tập I, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 1968, tr. 174 - 175.

(3).Xem: Vũ Văn Mẫu, *Cổ luật Việt Nam lược khảo*, Sài Gòn, 1970, tr. 149.

(4).Xem: Vũ Quốc Thông, *Pháp chế sự Việt Nam*, Sài Gòn 1972, tr. 432.

lệ. được chính vua Gia Long lệnh cho các triều thần thực hiện. Trong lời tựa của Hoàng Việt luật lệ, vua Gia Long viết: “*Các triều đình phương Bắc, các vua dựng lên những nhà Hán, Đường, Tống, Minh... mỗi triều đại, sách về luật đều có sửa đổi mà đầy đủ nhất là triều đại nhà Thanh. Thế nên, ta ra lệnh cho triều thần lấy luật lệ của các triều đại nước ta làm căn bản, tham chiếu luật Hồng Đức và luật Thanh triều; rút lấy, thêm bớt, cân nhắc, biên tập thành bộ luật tiện dụng*”.⁽¹⁾

Những ví dụ này cho thấy các nhà làm luật của Việt Nam thời kì phong kiến cũng đã nghiên cứu tham khảo pháp luật nước ngoài, trong quá trình xây dựng hệ thống pháp luật của mình. Thậm chí, các nhà làm luật đã đưa vào trong các văn bản pháp luật của Việt Nam nhiều quy định pháp luật của nước ngoài như là một sự “cấy ghép” pháp luật.

Sau Cách mạng tháng Tám, với sự ra đời của Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hoà, hệ thống pháp luật Việt Nam đã từng bước được xây dựng. Có thể nói hầu hết các đạo luật lớn đặc biệt là hiến pháp và các luật về tổ chức nhà nước của Việt Nam đã được xây dựng trên cơ sở tham khảo pháp luật của nước ngoài, nhất là pháp luật của các nước XHCN. Khi tiến hành việc soạn thảo bản Hiến pháp năm 1959, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã chỉ đạo “*phải tham khảo hiến pháp của các nước bạn và của một số nước tư bản có tính chất điển hình*”.⁽²⁾ Vì thế, Hiến pháp 1959 được xem như là một trong những sản phẩm của so sánh pháp

(1).Xem: Nguyễn Văn Thành, Vũ Trinh, Trần Hựu, *Hoàng Việt luật lệ (Luật Gia Long)*. (Nguyễn Q. Thắng, Nguyễn Văn Tài dịch và giới thiệu). Nxb. Văn hoá thông tin, 1994, tr. 2.

(2).Xem: *Hồ Chí Minh toàn tập*, tập 8, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 322.

luật được thực hiện bởi các nhà làm luật Việt Nam.

Trong giai đoạn này, ở miền Bắc, luật so sánh học thuật dường như ít được chú trọng. Điều này, một phần xuất phát từ bản thân sự phát triển của khoa học pháp lý ở Việt Nam nói chung và khoa học luật so sánh nó riêng, một phần do những điều kiện và hoàn cảnh lịch sử, những thông tin về pháp luật nước ngoài cũng ít được các học giả quan tâm nghiên cứu. Nếu có các công trình nghiên cứu pháp luật trong giai đoạn này, có lẽ các công trình đó cũng chỉ tập trung vào hệ thống pháp luật của các nước XHCN.

Ở miền Nam, trong khoảng thời gian từ năm 1954 đến năm 1975, các nhà làm luật của miền Nam Việt Nam cũng đã tham khảo pháp luật của nước ngoài trong quá trình xây dựng pháp luật. Trong lĩnh vực luật tư, khi soạn thảo các văn bản pháp luật liên quan đến các lĩnh vực dân sự, thương mại, hôn nhân và gia đình đều tham khảo pháp luật của Pháp. Chẳng hạn, trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình, "*Sắc luật 1964 có nhiều điều khoản chép y nguyên theo Bộ dân luật Pháp*".⁽¹⁾ Ngược lại, trong một số lĩnh vực luật công như luật hiến pháp, luật hình sự, các nhà làm luật còn tham khảo pháp luật của Mỹ và một số nước khác. Chẳng hạn, sự tồn tại của "Pháp viện tối cao" theo quy định của Hiến pháp Việt Nam cộng hoà năm 1967 là biểu hiện của việc các nhà làm luật đã tham khảo Hiến pháp của Hợp chúng quốc Hoa Kỳ.

Ở phương diện luật so sánh học thuật, trong giai đoạn này, có một số công trình nghiên cứu luật so sánh mà đáng chú ý

(1). Xem: Trần Văn Liêm. *Dân luật* (Quyển 2 - Luật gia đình). Tủ sách Đại học Sài Gòn, tr. 14.

nhất là cuốn sách “Những ứng dụng của luật so sánh” của TS. Ngô Bá Thành xuất bản năm 1965 tại Sài Gòn. Trong đó, ngoài việc làm rõ một số nội dung cơ bản liên quan đến lý thuyết luật so sánh, tác giả đã tập trung đề cập những ứng dụng của luật so sánh trong nghiên cứu và thực tiễn. Bên cạnh đó, trong một số công trình của các học giả miền Nam trong thời kỳ này cũng đã giới thiệu những nét cơ bản về các hệ thống pháp luật cơ bản trên thế giới. Chẳng hạn, Vũ Văn Mẫu,⁽¹⁾ Trần Văn Liêm⁽²⁾ trong một số công trình⁽³⁾ đã giới thiệu một cách khái quát về các hệ thống pháp luật trên thế giới:

Sau khi thống nhất đất nước năm 1975, hoạt động lập pháp của Việt Nam đã có sự phát triển đáng kể. Hiến pháp năm 1980 và các văn bản pháp luật về tổ chức bộ máy nhà nước đã được xây dựng trên cơ sở nghiên cứu kinh nghiệm lập pháp của Liên Xô và các nước XHCN khác. Điều này đã làm cho hệ thống pháp luật của Việt Nam trong giai đoạn này có nhiều điểm tương đồng với pháp luật của Liên Xô.

Từ năm 1986 đến nay, những yêu cầu của quá trình hội nhập và giao lưu quốc tế đòi hỏi chúng ta phải hoàn thiện hệ thống pháp luật để có thể chủ động hội nhập với nền kinh tế thế giới. Nhờ đó, luật so sánh đã được phát triển mạnh hơn so với các giai đoạn trước trên cả hai phương diện là so sánh lập pháp và so sánh học thuật.

Ở phương diện so sánh lập pháp, các nhà làm luật trong quá

(1). Nguyên trưởng khoa luật, Đại học Sài Gòn (trước 1975).

(2). Giáo sư của khoa Luật Đại học Sài Gòn (trước năm 1975).

(3) Xem, Vũ Văn Mẫu, *Dân luật khái luận*, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1960, (tr. 93 - 150); Trần Văn Liêm, *Dân luật nhập môn* (quyển 1), tr. 100 - 115.

trình soạn thảo các văn bản pháp luật đã tìm hiểu và tham khảo kinh nghiệm, pháp luật của các nước khác nhau, đặc biệt là những nước đã phát triển nền kinh tế thị trường. Việc ban hành các văn bản pháp luật, nhất là các văn bản pháp luật điều chỉnh các quan hệ gắn liền với nền kinh tế thị trường được chú trọng hơn. Trong quá trình soạn thảo các văn bản này, các nhà làm luật đã tìm hiểu, phân tích, đánh giá khả năng tiếp nhận các quy định pháp luật nước ngoài để đề xuất các phương án có thể được sử dụng phù hợp với điều kiện hoàn cảnh của Việt Nam. Tuy nhiên, *“hướng nghiên cứu so sánh lập pháp của giới pháp lý Việt Nam chưa thực sự rõ rệt, sâu sắc và có bài bản”*.⁽¹⁾

Ở phương diện luật so sánh học thuật, các nhà luật học Việt Nam trong giai đoạn này đã bắt đầu quan tâm đến các nghiên cứu so sánh học thuật. Tuy nhiên, các công trình nghiên cứu của các nhà luật học Việt Nam chủ yếu là giới thiệu các dòng họ pháp luật trên thế giới hoặc giới thiệu những vấn đề cụ thể của các hệ thống pháp luật nước ngoài. Các công trình nghiên cứu so sánh luật trên cơ sở những nguyên tắc và lý thuyết của luật so sánh chưa nhiều. Đặc biệt, các nghiên cứu lý thuyết về luật so sánh còn rất khiêm tốn. Có thể nói đến một số công trình lý thuyết về luật so sánh như *“Tìm hiểu luật so sánh”*,⁽²⁾ *“Luật so sánh”*,⁽³⁾ và một số bài viết trong các tạp chí chuyên ngành như *Tạp chí luật học*,⁽⁴⁾ *Tạp chí nhà nước và pháp luật*⁽⁵⁾... Mặc dù vậy, sự phát triển

(1). Xem: Nguyễn Như Phát, *“Hệ thống pháp luật Việt Nam từ góc nhìn luật so sánh: mấy vấn đề phương pháp luận”*, *Tạp chí nhà nước và pháp luật*, số 2/2000, tr. 56.

(2). Nxb. Khoa học xã hội xuất bản năm 1993.

(3). Thông tin khoa học pháp lý của Viện khoa học pháp lý Bộ tư pháp, số 7/1998.

(4). Tạp chí của Trường Đại học Luật Hà Nội.

(5). Tạp chí của Viện nhà nước và pháp luật thuộc Viện khoa học xã hội Việt Nam.

ngày càng mạnh mẽ các công trình so sánh và giới thiệu pháp luật nước ngoài đã phần nào phản ánh được sự phát triển của luật so sánh ở Việt Nam trong giai đoạn này.

Bên cạnh đó, các tổ chức chuyên về luật so sánh đã được thành lập ở các trường đại học, các viện nghiên cứu ở Việt Nam. Trong đó, ra đời sớm nhất vào đầu những năm 90 của thế kỉ trước là Phòng nghiên cứu luật so sánh thuộc Viện nhà nước và pháp luật thuộc Viện khoa học xã hội Việt Nam. Bước sang thế kỉ XXI, nhu cầu nghiên cứu, ứng dụng và phát triển luật so sánh ở Việt Nam ngày càng cấp thiết, nhiều tổ chức chuyên về luật so sánh đã được thành lập. Viện khoa học pháp lí thuộc Bộ tư pháp đã thành lập Trung tâm luật so sánh và luật quốc tế năm 2001. Các cơ sở đào tạo chuyên về luật cũng đã phát triển lĩnh vực luật so sánh thông qua việc thành lập các trung tâm luật so sánh như Trung tâm luật so sánh của Khoa luật, Đại học quốc gia Hà Nội (thành lập năm 2003), Trung tâm luật so sánh thuộc Trường Đại học Luật Hà Nội (thành lập năm 2004); Trung tâm luật so sánh thuộc Khoa luật Đại học Cần thơ (thành lập năm 2005). Các trung tâm luật so sánh của các cơ sở đào tạo luật ngoài nhiệm vụ nghiên cứu luật so sánh còn đảm nhiệm chức năng giảng dạy luật so sánh cho các sinh viên ở các bậc học khác nhau.

Cùng với các công trình nghiên cứu và việc thành lập các tổ chức chuyên về luật so sánh, ở các cơ sở đào tạo luật, môn học luật so sánh đã được đưa vào chương trình đào tạo vào những năm đầu của thế kỉ XXI. Lúc đầu, môn học này là môn học tự chọn của một số chuyên ngành.⁽¹⁾ Đến năm 2004, luật so sánh

(1). Trong chương trình đào tạo đại học hệ chính quy của Trường Đại học Luật Hà Nội, môn luật so sánh được đưa vào giảng dạy từ năm 2003 cho sinh viên chuyên ngành luật

trở thành môn học bắt buộc đối với sinh viên theo học chương trình cử nhân luật.⁽¹⁾ Tuy vậy, với thời lượng môn học còn khiêm tốn, nội dung cơ bản của môn học này chủ yếu tập trung vào một số vấn đề lý luận chung về luật so sánh và giới thiệu một số dòng họ pháp luật và một số hệ thống pháp luật của các quốc gia trên thế giới.

VI. Ý NGHĨA CỦA LUẬT SO SÁNH

Như đã trình bày ở trên, bản chất của luật so sánh vẫn còn đang là vấn đề được tranh luận rất sôi nổi trong giới luật học trên thế giới nhưng ý nghĩa khoa học và thực tiễn của nó đã được giới luật học thừa nhận. Các học gia luật so sánh tiếp cận ý nghĩa của luật so sánh không hoàn toàn giống nhau. Một số học giả tiếp cận ý nghĩa của luật so sánh như là chức năng và mục đích của luật so sánh. Konrad Zweigert and Hein Kotz đã sử dụng thuật ngữ “chức năng” và “mục tiêu”⁽²⁾ để nói đến các giá trị của luật so sánh. Một số học giả lại tiếp cận ý nghĩa của luật so sánh chính là các giá trị của luật so sánh. H. C. Gutteridge trong chuyên luận của mình đã sử dụng thuật ngữ “Giá trị của luật so sánh”⁽³⁾ để trình bày ý nghĩa của nó đối với nhận thức và với một số khoa học pháp lý khác. Peter de Cruz đã sử dụng tiêu đề “Ý nghĩa hiện đại của luật so sánh” nhằm trình bày chức năng và mục đích của

quốc tế và pháp luật kinh tế.

(1). Chương trình khung giáo dục đại học ngành luật theo Quyết định số 29/2005/QĐ-BGD&ĐT của Bộ giáo dục và đào tạo ban hành Bộ chương trình khung giáo dục đại học cho ngành khoa học xã hội trình độ đại học. Trong đó, môn luật so sánh là môn học bắt buộc thuộc nhóm môn học giáo dục đại cương.

(2). Xem: Konrad Zweigert and Hein Kotz. Sđd.

(3). Xem: H. C. Gutteridge, Sđd, Chương 3 từ tr. 23.

luật so sánh.⁽¹⁾ Một số học giả khác sử dụng thuật ngữ “ứng dụng” của luật so sánh để nói đến ý nghĩa của nó.⁽²⁾ Nói tóm lại, mặc dù cách sử dụng các thuật ngữ không thống nhất nhưng các học giả đều thống nhất một số ý nghĩa quan trọng của luật so sánh. Dưới đây là một số ý nghĩa cơ bản của luật so sánh.

1. Luật so sánh giúp cho việc nâng cao hiểu biết của các luật gia, các nhà nghiên cứu

Tri thức là mục tiêu chung của bất kì khoa học nào. Luật so sánh cũng như các khoa học nói chung và khoa học pháp lí nói riêng, trước hết nhằm cung cấp tri thức khoa học. Tất cả các học giả đã tiến hành các nghiên cứu so sánh nói chung và so sánh luật nói riêng đều nhận thấy rằng tri thức về các lĩnh vực khoa học sẽ được phát triển thông qua quá trình so sánh. Luật so sánh với tư cách là lĩnh vực khoa học so sánh cũng không phải là ngoại lệ. Nghiên cứu luật so sánh không chỉ nhằm mục đích cung cấp kiến thức pháp luật mà còn cung cấp kiến thức của nhiều lĩnh vực khác.

Giống như tất cả các khoa học pháp lí khác, mục tiêu đầu tiên của luật so sánh là cung cấp tri thức pháp luật cho người nghiên cứu. Luật so sánh trước hết cho chúng ta cái nhìn toàn diện về hệ thống pháp luật của các quốc gia trên thế giới thông qua việc giới thiệu các dòng họ pháp luật khác nhau. Với những lí thuyết về phân nhóm các hệ thống pháp luật của các quốc gia thành các dòng họ khác nhau và đặc biệt là việc nghiên cứu các dòng họ pháp luật cơ bản trên thế giới mà chủ yếu là tập trung vào hai dòng họ pháp luật lớn nhất trên thế giới là dòng họ common law

(1). Xem: Peter de Cruz. Sđd, tr. 18.

(2). Xem: Michael Bogdan. Sđd, tr. 27.

và dòng họ civil law, luật so sánh sẽ giúp cho người nghiên cứu một bức tranh toàn cảnh về các hệ thống pháp luật trên thế giới cũng như có được những nhận định chung nhất về hệ thống pháp luật của quốc gia nào đó khi xác định được hệ thống pháp luật của quốc gia đó thuộc vào dòng họ pháp luật nào. Hơn nữa, với việc giới thiệu các hệ thống pháp luật trên thế giới và phương pháp so sánh pháp luật, người nghiên cứu cũng có thể xác định được những điểm tương đồng và những điểm khác biệt giữa các dòng họ pháp luật khác nhau.

Bên cạnh đó, không chỉ cung cấp những tri thức về các dòng họ pháp luật trên thế giới, luật so sánh còn cung cấp những tri thức về hệ thống pháp luật nước ngoài. Mặc dù, nghiên cứu thuần túy pháp luật nước ngoài không phải là nghiên cứu so sánh luật nhưng để thực hiện được các nghiên cứu so sánh luật thì *“những hiểu biết về pháp luật nước ngoài là điều kiện tiên quyết và không thể thiếu được để so sánh cụ thể”*.⁽¹⁾ Hơn nữa, cung cấp thông tin về các hệ thống luật khác nhau là sự đóng góp đáng kể nhất của luật so sánh đối với thực tiễn pháp luật và trên thực tế, việc tạo ra các thông tin đó là điều mà đa số các nhà so sánh thực hiện trong phần lớn thời gian.⁽²⁾ Chẳng hạn, để có được những phân tích so sánh về những điểm tương đồng và khác biệt giữa chế định pháp luật của hệ thống pháp luật này với chế định pháp luật của hệ thống pháp luật khác, người nghiên cứu phải tìm hiểu chế định pháp luật của cả hai hệ thống pháp luật này thì mới có thể đưa ra được những nhận định so sánh chính xác. Vì vậy, để tiến hành

(1). Xem: Mathias Reimann, *The progress and failure of comparative law in the second half of the twentieth century*, American Law Journal, Fall 2002, tr. 675.

(2). Xem: Mathias Reimann, Sdd, tr. 675.

các nghiên cứu so sánh, người nghiên cứu trước tiên phải tìm hiểu về hệ thống pháp luật được lựa chọn để so sánh. Nói cách khác, chúng ta chỉ có thể so sánh những gì mà chúng ta hiểu biết.⁽¹⁾ Vì thế, thông qua quá trình so sánh, người nghiên cứu có thêm được những tri thức về các hệ thống pháp luật được lựa chọn để so sánh. Đó chính là tri thức pháp luật về các hệ thống pháp luật khác trên thế giới.

Luật so sánh không phải chỉ cung cấp cho các luật gia và các nhà nghiên cứu những tri thức về các dòng họ pháp luật trên thế giới và tri thức về hệ thống pháp luật nước ngoài mà còn giúp cho các luật gia và các nhà nghiên cứu có thêm được những tri thức về hệ thống pháp luật của nước mình. Nói cách khác, luật so sánh giúp cho người nghiên cứu hiểu hơn về hệ thống pháp luật của quốc gia mình. Nghiên cứu hệ thống pháp luật khác không chỉ bổ sung những tri thức của người nghiên cứu mà nó còn nâng cao sự hiểu biết những tri thức có sẵn với một mức độ khác nhau. Nghiên cứu pháp luật nước ngoài nhằm mục đích so sánh giúp cho các nhà nghiên cứu luật so sánh tiếp cận hệ thống pháp luật của nước mình theo một cách thức hoàn toàn khác với những gì đã quá quen thuộc đối với họ. Khi tiến hành so sánh luật, đặc biệt là trường hợp hệ thống pháp luật của quốc gia mình được lựa chọn để so sánh với hệ thống pháp luật nước ngoài, người nghiên cứu sẽ có được những hiểu biết mới về pháp luật của nước mình. Hơn nữa, kết quả của việc so sánh giúp cho “*các luật gia nhìn nhận hệ thống pháp luật của nước mình với một quan điểm hoàn*

(1). Xem: Rodolfo Sacco. *Legal Formants: A dynamic approach to comparative law*. The American Journal of Comparative law, Vol 39, tr. 5.

toàn mới và với một khoảng cách cần thiết".⁽¹⁾ Trên cơ sở so sánh, các luật gia và các nhà nghiên cứu có thể đánh giá, nhìn nhận hệ thống pháp luật của nước mình một cách khách quan hơn, thậm chí, nhiều câu hỏi về hệ thống pháp luật của nước mình chưa được giải đáp trong các khoa học pháp lý khác lại được giải đáp một cách khá đơn giản thậm chí với câu trả lời hoàn toàn mới trong luật so sánh. Vì vậy, chúng ta sẽ không thể hiểu đầy đủ về hệ thống pháp luật của nước mình nếu chúng ta không nghiên cứu hệ thống pháp luật khác.

Ngoài những tri thức và những hiểu biết về pháp luật mà các luật gia có được từ việc nghiên cứu luật so sánh, luật so sánh còn cung cấp những tri thức của nhiều lĩnh vực khoa học khác. Trong quá trình tiến hành các so sánh pháp luật, để hiểu được một cách đúng đắn các quy định của pháp luật nước ngoài, các nhà nghiên cứu phải tìm hiểu những nhân tố có ảnh hưởng đối với pháp luật như lịch sử, địa lí, ngôn ngữ, những điều kiện về kinh tế, chính trị và xã hội của nước mà hệ thống pháp luật đã được lựa chọn để so sánh. Hơn nữa, quá trình so sánh đòi hỏi người nghiên cứu đưa ra kết luận về những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật mà nguyên nhân cơ bản nhất dẫn đến những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật chính là sự tương đồng hoặc khác biệt về kinh tế, chính trị, xã hội, tôn giáo, lịch sử, địa lí... Do đó, những kiến thức về các lĩnh vực khác vừa là nền tảng để phân tích và làm sáng tỏ nội dung pháp luật của các nước đồng thời, chúng từng bước được bổ sung và hoàn thiện thêm khi tiến hành các nghiên cứu so sánh.

(1).Xem: Michael Borgdan, Sdd, tr. 28.

2. Luật so sánh hỗ trợ việc cải cách pháp luật quốc gia

Một trong những ứng dụng rất hữu ích của luật so sánh là hỗ trợ việc cải cách pháp luật của quốc gia. Những tri thức có được từ kết quả của việc nghiên cứu so sánh sẽ hỗ trợ rất lớn cho các nhà làm luật trong việc xây dựng hoặc cải tổ hệ thống pháp luật của quốc gia. Trong rất nhiều lĩnh vực, các kết quả của sự sáng tạo có thể được xác định, đánh giá thông qua những thử nghiệm thì trong lĩnh vực xây dựng pháp luật, những thử nghiệm này thường rất hạn chế. Vì thế, vai trò rất quan trọng của các nhà làm luật là phải dự báo được khả năng tác động của các đạo luật đối với đời sống xã hội. Những giả thiết không chính xác hoặc các dự báo sai lầm của nhà làm luật có thể sẽ dẫn đến việc xã hội phải gánh chịu những hậu quả và những rủi ro rất lớn mà không thể lường trước được. Nhà làm luật có thể dễ dàng dự báo một cách chính xác khả năng tác động của các đạo luật hoặc các giải pháp pháp lý cụ thể ở nước mình nếu tiến hành các nghiên cứu so sánh các giải pháp pháp lý đã được sử dụng ở nhiều quốc gia khác nhau. Vì vậy, vay mượn miễn phí các giải pháp pháp luật của các hệ thống pháp luật khác nhau sẽ hữu ích hơn rất nhiều so với việc phải trải qua những thử nghiệm tốn kém và nguy hiểm. Nói cách khác, các nhà làm luật không phải đặt các quyết định của họ vào những dự đoán không chắc chắn mà *"thay vì phải dự đoán và có nguy cơ phải chịu những giải pháp kém thích hợp, họ có thể khai thác, tham khảo các kinh nghiệm quý báu, phong phú từ các hệ thống pháp luật nước ngoài"*.⁽¹⁾ Thậm chí, việc nghiên cứu luật so sánh không phải chỉ giúp cho nhà làm luật lựa chọn được giải

(1). Xem: Michael Borgdan. Sđd. tr. 22.

pháp nào hoặc mô hình pháp luật nào để tiếp nhận mà còn giúp họ “*tránh được cả những thử nghiệm không thành công ở hệ thống pháp luật khác*”.⁽¹⁾

Các nghiên cứu so sánh cũng như việc nghiên cứu các hệ thống pháp luật nước ngoài sẽ cung cấp cho các nhà làm luật hệ thống khái niệm cũng như các giải pháp mà pháp luật nước ngoài sử dụng để giải quyết vấn đề nào đó. Nhà làm luật của quốc gia sẽ sử dụng các giải pháp này cũng như các khái niệm của hệ thống pháp luật nước ngoài như là những hình mẫu để xây dựng các quy phạm pháp luật hoặc các văn bản luật của quốc gia phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh của mình. Việc sử dụng các khái niệm và các giải pháp pháp lý của nước ngoài trong quá trình xây dựng pháp luật có thể được thực hiện theo hai phương thức. Một là, dựa vào kinh nghiệm của pháp luật nước ngoài mà cụ thể là hệ thống khái niệm và giải pháp của pháp luật nước ngoài để xây dựng các giải pháp cụ thể cho pháp luật của nước mình; hai là, tiếp nhận các khái niệm và giải pháp pháp luật của nước ngoài bằng cách “cấy ghép” pháp luật.

Ở phương thức thứ nhất, nghiên cứu luật so sánh, đặc biệt là nghiên cứu các giải pháp về vấn đề nào đó của pháp luật nước ngoài có khả năng tạo ra nguồn cung cấp các giải pháp pháp luật để các nhà làm luật phân tích, đánh giá nhằm xây dựng các giải pháp cho hệ thống pháp luật của nước mình. Ở phương thức này, trên cơ sở phân tích đánh giá các giải pháp, các khái niệm của pháp luật nước ngoài, các nhà làm luật sẽ xây dựng giải pháp

(1). Xem: Kai Schadbach, *The benefits of Comparative Law: A continental European view*, Boston University International Law Journal, Fall 1998, tr. 390.

riêng của pháp luật để giải quyết vấn đề phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh của quốc gia về kinh tế, chính trị, truyền thống, văn hoá... Điều này xuất phát từ cơ sở cho rằng, mỗi quốc gia có những điều kiện kinh tế-xã hội hoàn toàn khác nhau, vì vậy các nhà làm luật phải xây dựng các văn bản pháp luật phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh của nước mình. Do đó, trên cơ sở nghiên cứu kinh nghiệm của pháp luật nước ngoài, nhà làm luật xây dựng các quy định phù hợp với hệ thống pháp luật của nước mình. Nói cách khác, trên cơ sở các giải pháp pháp luật của các quốc gia, nhà làm luật *"có thể tạo ra giải pháp mới, tốt ưu hơn tất cả các giải pháp khác, khác với các giải pháp của các quốc gia khác"*⁽¹⁾ và phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh của quốc gia. Như vậy, các giải pháp, các khái niệm hoặc các quy phạm pháp luật của nước ngoài sẽ được thể vận dụng để xây dựng các giải pháp trong hệ thống pháp luật của nước mình.

Ở phương thức khác, để xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật của quốc gia, các nhà làm luật có thể tiến hành việc "cấy ghép" tức là đưa các quy phạm pháp luật, các văn bản từ hệ thống pháp luật này vào hệ thống pháp luật khác trong quá trình xây dựng pháp luật hoặc cải cách pháp luật.⁽²⁾ Nói cách khác, trong quá trình xây dựng pháp luật hoặc cải cách hệ thống pháp luật, nhà làm luật có thể "nhập khẩu" quy phạm pháp luật hoặc văn bản pháp luật cụ thể của một hệ thống pháp luật nào đó vào hệ thống pháp luật của nước mình. Để đảm bảo cho các quy phạm pháp luật hoặc các đạo luật của nước ngoài khi đưa vào hệ

(1). Xem: K. Zweigert & H. Kötz, Sđd, tr. 47.

(2). Xem: Steven J. Heim, *Predicting legal transplants: the case of servitudes in the Russian Federation*, Transnational Law and Contemporary Problems, Spring, 1996, tr. 189.

thống pháp luật của quốc gia có thể vận hành một cách có hiệu quả. các nghiên cứu so sánh sẽ giúp cho các nhà làm luật đánh giá cũng như dự báo được khả năng tương thích của các quy phạm pháp luật nước ngoài khi đưa vào áp dụng trong hệ thống pháp luật của quốc gia.

Như vậy, luật so sánh mở rộng nguồn các giải pháp pháp luật về một vấn đề cụ thể nào đó mà pháp luật của các nước đã và đang phải đối mặt. Nhờ đó, thay vì việc tự mình tìm kiếm, xây dựng và thử nghiệm các giải pháp cho pháp luật của nước mình với những rủi ro khó lường trước, dựa vào luật so sánh, nhà làm luật có thể xây dựng và cải tổ hệ thống pháp luật của nước mình trên cơ sở học hỏi kinh nghiệm hoặc cấy ghép pháp luật của nước ngoài trong quá trình xây dựng pháp luật. Vì vậy, so sánh các hệ thống pháp luật làm tăng khả năng thành công của việc cải cách hệ thống pháp luật của quốc gia.

3. Luật so sánh hỗ trợ cho việc làm hài hoà pháp luật và nhất thể hoá pháp luật

Hài hoà hoá pháp luật và nhất thể hoá pháp luật là hai khái niệm khác nhau được sử dụng khá phổ biến trong khoa học pháp lý. Hài hoà hoá pháp luật và nhất thể hoá pháp luật là những hình thức khác nhau để loại bỏ sự khác biệt trong các lĩnh vực pháp luật cụ thể của các hệ thống pháp luật khác nhau. Trong đó, hài hoà hoá pháp luật là quá trình nhằm làm giảm đi những khác biệt trong các lĩnh vực pháp luật cụ thể giữa các hệ thống pháp luật bằng cách xây dựng các luật mẫu và thực hiện các biện pháp để khuyến khích các quốc gia tiếp nhận và áp dụng. Nhất thể hoá pháp luật là thuật ngữ được sử dụng để nói đến quá trình

theo đó các quy phạm pháp luật mâu thuẫn của các hệ thống pháp luật khác nhau được thay thế bởi các quy phạm pháp luật chung nhất.⁽¹⁾ Nói cách khác, nếu hài hoà hoá pháp luật là cố gắng làm giảm đi những khác biệt trong cùng những lĩnh vực pháp luật thì nhất thể hoá pháp luật lại đi xa hơn là tạo ra các quy phạm pháp luật để áp dụng chung trong những lĩnh vực nhất định của các nước chấp nhận việc nhất thể hoá.⁽²⁾ Hài hoà hoá pháp luật và nhất thể hoá pháp luật có thể được thực hiện theo nhiều hình thức khác nhau. Các quốc gia có thể lựa chọn các quy tắc được xem là tối ưu từ các hệ thống pháp luật khác nhau để áp dụng chung hoặc xây dựng những quy tắc mới để thay thế cho tất cả các quy tắc đang được áp dụng ở các nước.

Hài hoà hoá pháp luật và nhất thể hoá pháp luật là quá trình khó khăn và phức tạp. Quá trình này dù được diễn ra ở cấp độ và phạm vi nào cũng phải đối mặt với những khó khăn mà việc vượt qua những khó khăn đó không dễ dàng. Một trong những khó khăn quan trọng mà quá trình hài hoà hoá pháp luật và nhất thể hoá pháp luật cần phải vượt qua là vấn đề kỹ thuật pháp lý. Đó là sự khác biệt về quan niệm và thuật ngữ giữa các hệ thống pháp luật khác nhau.⁽³⁾ Sự khác biệt về quan niệm và thuật ngữ làm cho *"nhất thể hoá pháp luật không thể đạt được một cách đơn giản bằng cách làm xuất hiện pháp luật lý tưởng về bất kì vấn đề gì và hi vọng nó được chấp nhận"*.⁽⁴⁾ Một vấn đề khác cũng ảnh hưởng rất lớn đối với quá trình hài hoà hoá và nhất thể hoá pháp luật là

(1). Xem: H. C. Gutteridge, Sdd, tr. 154.

(2). Xem: Kai Schadbach, Sdd, tr. 394.

(3). Xem: K. Zweigert and H. Kötz, Sdd, tr. 27.

(4). Xem: K. Zweigert and H. Kötz, Sdd, tr. 24.

vấn đề tâm lý liên quan đến lòng tự hào dân tộc. Việc chấp nhận các quy tắc được hài hoà hoá và nhất thể hoá có nghĩa là các quốc gia sẽ phải từ bỏ các quy phạm pháp luật của mình. *"Lòng tự hào dân tộc làm cho chính bản thân nó cố kết lại trong lĩnh vực pháp luật cũng như trong các lĩnh vực khác. Việc loại bỏ các quy tắc pháp luật của quốc gia dường như ngụ ý rằng có điều gì đó không ổn với các quy phạm sẽ bị thay thế và tính tự ái dân tộc theo đó bị tổn thương"*.⁽¹⁾

Để vượt qua những rào cản này, luật so sánh có vai trò quan trọng.

Trước hết, luật so sánh hỗ trợ cho quá trình hài hoà hoá pháp luật và nhất thể hoá pháp luật để vượt qua những khó khăn về kỹ thuật pháp lý. Một trong những công việc quan trọng cần phải thực hiện trong quá trình hài hoà hoá pháp luật và nhất thể hoá pháp luật là phải xác định được những điểm chung của các hệ thống pháp luật làm cơ sở cho việc tạo ra hệ thống quy tắc mẫu hoặc hệ thống quy tắc được áp dụng chung. Để làm được điều đó, không thể không tiến hành các nghiên cứu so sánh. Hơn nữa, các nghiên cứu so sánh để hỗ trợ cho quá trình hài hoà hoá pháp luật và nhất thể hoá pháp luật không đơn giản chỉ là sự tập hợp những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật mà phải đề xuất được giải pháp pháp lý tốt hơn và dễ dàng áp dụng hơn so với các giải pháp pháp lý đang được sử dụng ở tất cả các quốc gia tham gia vào quá trình hài hoà hoá pháp luật và nhất thể hoá pháp luật.

Mặt khác, luật so sánh cung cấp cho các luật gia những tri

(1). Xem: H.C. Gutteridge, Sđd, tr. 158.

thức và kỹ năng quan trọng⁽¹⁾ để tham gia vào quá trình đàm phán nhằm đi đến nhất thể hoá pháp luật hoặc hài hoà hoá pháp luật. Việc xây dựng các luật mẫu hoặc luật được áp dụng chung đòi hỏi quá trình đàm phán giữa đại diện các quốc gia để đạt được sự đồng thuận về các quy tắc pháp luật chung. Những tri thức về các hệ thống pháp luật và hơn thế là các kỹ năng phân tích và đánh giá các hệ thống pháp luật khác nhau có vai trò quan trọng trong quá trình đàm phán. Chúng là những phương tiện không thể thiếu được để đại diện các quốc gia có thể nhanh chóng đạt được sự đồng thuận trong quá trình đàm phán. Thiếu tri thức về các hệ thống pháp luật khác nhau, việc đàm phán sẽ trở nên khó khăn và có thể thất bại. Vì thế, *"luật so sánh được xem như là nguồn cung cấp năng lực của những người đại diện để trao đổi với nhau"*.⁽²⁾

Không chỉ hỗ trợ để vượt qua những khó khăn về kỹ thuật pháp lý trong quá trình hài hoà hoá và nhất thể hoá pháp luật, luật so sánh còn hỗ trợ đối với cả các quốc gia vượt qua những rào cản tâm lý khi tiếp nhận các quy định áp dụng chung và từ bỏ các quy định pháp luật của quốc gia. Để tránh được quan niệm cho rằng các quốc gia sẽ phải từ bỏ các quy tắc của mình, đòi hỏi luật so sánh phải thực hiện các nghiên cứu so sánh vượt lên trên những so sánh về các quy phạm pháp luật thực định nhằm cung cấp cơ sở lý luận để phát triển các quy tắc có thể được áp dụng chung ở nhiều quốc gia khác nhau và chỉ ra rằng quy phạm nào có thể được chấp nhận chung. Nói cách khác, luật so sánh không phải đơn giản là chỉ xây dựng giải pháp pháp lý hoặc các quy

(1) Xem: Andrew Harding and Esin Orucu, *Comparative Law in the 21st century*, Kluwer Academic Publisher, London/ The Hague/New York 2002, tr. 181.

(2) Xem: Kai Schadbach, Sđd, tr. 397.

phạm pháp luật có thể được áp dụng chung mà phải xây dựng được hệ thống lý thuyết về các lĩnh vực pháp luật có thể xây dựng các quy phạm được áp dụng chung. Lý thuyết này không tập trung vào hệ thống pháp luật cụ thể nào cũng như không đề cập bất kỳ một quốc gia cụ thể nào. Lý thuyết này được xây dựng trên cơ sở nghiên cứu so sánh các quy tắc của các hệ thống pháp luật khác nhau nhưng được phát triển gắn với tính đa dạng về kinh tế, chính trị, xã hội... của các quốc gia. Tuy nhiên, *"các công trình này cần phải giới hạn bản thân chúng về bản chất của pháp luật, các công trình này cũng phải mô tả cách thức mà pháp luật được tạo ra và áp dụng và nghiên cứu quy trình lập pháp của các nước khác nhau, phương pháp áp dụng pháp luật, khiếu nại quyết và đào tạo và các hoạt động nghề nghiệp của những người hành nghề luật ở các nước đó"*.⁽¹⁾ Những nghiên cứu này không dừng lại ở mục đích thuần túy là tìm hiểu các quy phạm pháp luật với quan điểm hoàn thiện pháp luật của quốc gia mà nó nhằm mục đích làm cho mọi người nhận thức được nền tảng của các quy phạm pháp luật được áp dụng chung phù hợp với các quốc gia có các điều kiện kinh tế, chính trị và xã hội khác nhau. Sự phát triển của lý thuyết này sẽ làm cho các quốc gia cũng như các luật sư của các nước đó dễ dàng chấp nhận các quy tắc được áp dụng chung trong những lĩnh vực pháp luật được hài hoà hoá và nhất thể hoá.

4. Luật so sánh hỗ trợ việc thực hiện và áp dụng pháp luật

Luật so sánh có thể được ứng dụng trong thực tiễn thực hiện và áp dụng pháp luật. Thực tiễn áp dụng pháp luật rất phong phú

(1). Xem: K. Zweigert and H. Kötz, Sđd, tr. 30.

đa dạng, nhất là trong bối cảnh toàn cầu hoá và hội nhập kinh tế quốc tế của các quốc gia. Vì thế, việc sử dụng luật so sánh như là một phương tiện hỗ trợ cho quá trình thực hiện và áp dụng pháp luật có thể sẽ mang lại kết quả bất ngờ. Trong điều kiện hiện nay, sử dụng luật so sánh trong hoạt động thực tiễn không phải chỉ hữu ích đối với các thẩm phán của các toà án hay các cơ quan tài phán mà nó còn hữu ích cả đối với các luật sư. những người thường xuyên phải đưa ra lời tư vấn cho các giao dịch của khách hàng hoặc lời bào chữa cho các khách hàng của mình trong quá trình tố tụng.

Luật so sánh có vai trò đặc biệt quan trọng trong việc giải quyết các vụ việc có liên quan đến yếu tố nước ngoài và pháp luật nước ngoài. Các thẩm phán, khi phải giải quyết vụ việc cụ thể nào đó liên quan đến việc phải áp dụng pháp luật nước ngoài, các luật sư khi tranh tụng tại toà án đối với các vụ việc liên quan đến pháp luật nước ngoài đương nhiên cần phải hiểu được các quy định của pháp luật nước ngoài. Mặc dù, *"bản thân việc tìm kiếm và áp dụng luật nước ngoài không liên quan đến so sánh luật nhưng việc áp dụng pháp luật nước ngoài đòi hỏi một cách gián tiếp những so sánh nhất định giữa luật nước ngoài và luật của nước mà toà án có thẩm quyền xét xử vụ việc (lex fori)"*.⁽¹⁾ Hơn nữa, khi các toà án phải áp dụng pháp luật nước ngoài, các toà án đều phải bảo đảm rằng các quy định đó không trái với các nguyên tắc pháp luật trong nước và không xâm phạm trật tự công cộng của nước áp dụng. Để bảo đảm được yêu cầu này, rõ ràng việc so sánh pháp luật nước ngoài và pháp luật trong nước là việc làm

(1) Xem: Micheak Bogdan, Sdd, tr. 35.

không thể thiếu trong hoạt động của thẩm phán cũng như của người có thẩm quyền áp dụng pháp luật.

Trong trường hợp phải áp dụng các quy định là kết quả của quá trình hài hoà hoá và nhất thể hoá pháp luật, việc đảm bảo tính thống nhất của các quy tắc đã được nhất thể hoá hoặc hài hoà hoá thì việc sử dụng luật so sánh để xác định nội dung và cách thức áp dụng các quy định này được xem như là yêu cầu quan trọng đối với các cơ quan có thẩm quyền áp dụng pháp luật của quốc gia. Trong những trường hợp như vậy, các thẩm phán cũng như những người có thẩm quyền áp dụng pháp luật có thể sử dụng cách thức giải thích các quy định đó của toà án các nước, đặc biệt là toà án của nước đã sản sinh ra quy định đã được thừa nhận được áp dụng chung để giải quyết các vụ việc thuộc thẩm quyền của mình.

Ngay cả trong trường hợp phải áp dụng pháp luật của quốc gia để giải quyết những vụ việc không có yếu tố nước ngoài, luật so sánh vẫn có thể được sử dụng như là phương tiện để giải thích và áp dụng các quy định đó. Cụ thể là luật so sánh có thể được sử dụng để hỗ trợ đối với các thẩm phán trong quá trình áp dụng pháp luật để giải quyết các vụ việc cụ thể khi pháp luật quốc gia có những khoảng trống chưa được giải quyết hoặc những quy định của pháp luật quốc gia chưa rõ ràng. Bởi vì *"sẽ rất hợp lý nếu các toà án lấp đầy khoảng trống của pháp luật trong nước bằng cách tìm kiếm sự trợ giúp của luật so sánh"*.⁽¹⁾ Kết quả nghiên cứu so sánh sẽ giúp cho các thẩm phán có những lập luận hợp lý đối với việc giải quyết các vụ việc được áp dụng pháp luật

(1). Xem: Micheak Bogdan, Sđd, tr. 32.

trong nước. Tất nhiên, trong những trường hợp như vậy, những lập luận xuất phát từ các nghiên cứu so sánh để giải thích và áp dụng các quy định của pháp luật quốc gia đối với các vụ việc thuộc thẩm quyền giải quyết của pháp luật quốc gia thường không được nêu rõ trong bản án hoặc phán quyết của toà án.

Trong bối cảnh toàn cầu hoá và hội nhập kinh tế quốc tế, vai trò của các luật sư đối với hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp có ý nghĩa quan trọng: *"Chức năng của các luật sư liên quan đến hoạt động kinh doanh quốc tế không phải chỉ (i) làm giảm đến mức tối thiểu các rủi ro (ii) làm nhẹ đi những gánh nặng của việc tuân thủ các quy định của pháp luật cho khách hàng của mình, mà còn (iii) tăng giá trị cho các giao dịch của họ".*⁽¹⁾ Để hoàn thành tốt nhiệm vụ của mình, các luật sư có thể giúp cho thân chủ của họ tránh được những gánh nặng từ môi trường pháp lí thông qua việc tư vấn cho các thân chủ của mình lựa chọn luật áp dụng trong các giao dịch của họ. Để làm được việc đó, việc so sánh pháp luật quốc gia của khách hàng của luật sư với pháp luật của các đối tác của họ có ý nghĩa quan trọng. Việc so sánh luật sẽ giúp cho luật sư có thể tư vấn cho khách hàng của mình lựa chọn luật của nước nào có thể mang lại lợi nhuận tối đa và giảm sự rủi ro đến mức tối thiểu trong các giao dịch của họ. Trong rất nhiều trường hợp, khách hàng của các luật sư có thể đạt được mục tiêu tốt nhất bằng việc áp dụng luật quốc gia của các đối tác của họ hoặc pháp luật của nước thứ ba chứ không phải là pháp luật của nước mình. Tuy nhiên, điểm cần lưu ý trong việc lựa chọn pháp luật nước ngoài để tư vấn cho khách

(1). Xem: Kai Schadbach, Sdd, tr. 405.

hàng của mình. các luật sư không chỉ tập trung vào các quy định trên văn bản bởi vì *“thực tiễn pháp lý thường khác xa với các quy định viết trong các hệ thống pháp luật đang phát triển”*.⁽¹⁾ Do đó, khi lựa chọn pháp luật nước ngoài để tư vấn cho thân chủ của mình, các luật sư cần phải nghiên cứu các những quy tắc không thành văn được thực tế các nước chấp nhận.

VII. SỰ PHÂN NHÓM CÁC HỆ THỐNG PHÁP LUẬT TRÊN THẾ GIỚI

Phân chia các hệ thống pháp luật trên thế giới thành các nhóm khác nhau chủ yếu là nhằm mục đích sự phạm. Việc phân chia này tạo điều kiện thuận lợi cho việc giới thiệu tổng quát về các hệ thống pháp luật trên thế giới, giúp cho các nhà luật học có được một bức tranh toàn cảnh về các hệ thống pháp luật trên thế giới. Điều đó xuất phát từ thực tế là trên thế giới có có hơn hai trăm hệ thống pháp luật khác nhau. mỗi hệ thống đó có những điểm riêng biệt, vì vậy, chúng ta không thể và không có đủ thời gian để có thể nghiên cứu được hết tất cả các hệ thống pháp luật đó. Thay vì việc nghiên cứu từng hệ thống pháp luật, việc phân nhóm sẽ giúp cho chúng ta sắp xếp một cách có trật tự các hệ thống pháp luật trên thế giới, từ đó, tiến hành những nghiên cứu các vấn đề cốt lõi của các dòng họ pháp luật thông qua việc nghiên cứu những hệ thống pháp luật điển hình của dòng họ pháp luật. Hơn nữa, việc phân nhóm này cũng sẽ tạo điều kiện thuận lợi hơn cho việc nghiên cứu từng hệ thống pháp luật cụ thể mà chúng ta quan tâm. Với việc xác định những đặc điểm của các nhóm pháp luật, khi cần phải nghiên cứu hệ thống

(1). Xem: Kai Schadbach, Sdd. tr. 406.

pháp luật cụ thể nào đó. chúng ta sẽ dễ dàng đi vào nội dung cụ thể của hệ thống pháp luật này khi chúng ta đã có được những tri thức cơ bản về hệ thống pháp luật đó nếu biết được hệ thống pháp luật này thuộc vào dòng họ pháp luật nào.

Phân chia các hệ thống pháp luật trên thế giới thành các dòng họ pháp luật khác nhau là nội dung không thể thiếu được trong các công trình giới thiệu chung về luật so sánh. Lí do để giải thích cho công việc này là việc phân nhóm các hệ thống pháp luật trên thế giới được xem là nội dung cơ bản của luật so sánh. Xét ở cấp độ so sánh, việc phân nhóm các hệ thống pháp luật thành các nhóm, các dòng họ pháp luật khác nhau là so sánh ở cấp độ vĩ mô. Bởi vì, khi được phân chia vào các dòng họ pháp luật, các hệ thống pháp luật khác nhau được nhóm vào các dòng họ pháp luật theo các thành tố và đặc điểm chung của chúng và những hệ thống pháp luật không được nhóm vào cùng dòng họ pháp luật, có nghĩa là chúng sẽ có những điểm khác biệt. Vì vậy, *“kiểu phương pháp phân loại và việc phân loại này, xét về bản chất chung của nó, là so sánh vĩ mô; nó giải quyết việc so sánh các hệ thống pháp luật thuần túy”*.⁽¹⁾

Việc phân nhóm các hệ thống pháp luật trên thế giới là một vấn đề rất khó khăn và phức tạp bởi vì mỗi quốc gia và mỗi vùng lãnh thổ có hệ thống pháp luật riêng. Sự đa dạng này bắt nguồn từ sự đa dạng về kinh tế, chính trị, xã hội, truyền thống, lịch sử, tôn giáo, ngôn ngữ, chủng tộc... của các quốc gia và cư dân của các quốc gia đó. Những yếu tố này có ảnh hưởng trực tiếp đối với sự hình thành, phát triển và nội dung của các hệ thống pháp luật của

(1). Xem: Jaakko Husa, Sđd, tr. 1.

mỗi quốc gia. Việc phân nhóm các hệ thống pháp luật càng gặp nhiều khó khăn và phức tạp hơn bởi vì bản thân mỗi hệ thống pháp luật lại luôn luôn thay đổi do các quy phạm pháp luật của nó luôn được bổ sung, sửa đổi bởi các nhà làm luật hoặc bởi các phán quyết của các thẩm phán.

Mặc dù vậy, việc sắp xếp các hệ thống pháp luật vẫn có thể thực hiện được nhờ tính ổn định của các hệ thống pháp luật. Những thay đổi của mỗi hệ thống pháp luật chỉ là những thay đổi hời hợt ở bên ngoài, ẩn chứa đằng sau những thay đổi đó là sự ổn định của chính hệ thống pháp luật đó mà nó thay đổi rất chậm chạp ngay cả khi có sự thay đổi lớn về kinh tế, chính trị, xã hội. Nhân tố ổn định của mỗi hệ thống pháp luật chính là các nguyên tắc quy định việc xây dựng pháp luật, giải thích pháp luật và áp dụng pháp luật cũng như phương pháp chung trong việc đào tạo các luật gia. Nói cách khác, sự ổn định và bền vững của mỗi hệ thống pháp luật là bởi vì *"nó có thuật ngữ được sử dụng để thể hiện các khái niệm, các quy phạm của nó được sắp xếp vào các nhóm, nó có những kĩ thuật để thể hiện các quy phạm và để giải thích chúng, nó được gắn với quan điểm về trật tự xã hội của chính nó mà quan điểm này quy định cách thức pháp luật được áp dụng và quyết định chức năng thực sự của pháp luật trong xã hội đó"*.⁽¹⁾ Sự bền vững này giúp cho các luật gia cho, dù được đào tạo ở bất kì thời điểm nào trong quá trình phát triển của hệ thống pháp luật, họ vẫn có thể giải thích và áp dụng một cách đúng đắn các quy phạm pháp luật ngay cả khi các quy phạm pháp luật này đã được sửa đổi hoặc thay thế bằng các quy phạm

(1). Xem: René David và John E. C. Brierley, Sdd, tr. 19.

pháp luật khác. Sự bền vững của hệ thống pháp luật quốc gia tạo ra khả năng cho việc sắp xếp các hệ thống pháp luật trên thế giới thành các nhóm khác nhau mà mỗi nhóm đó được xem là một dòng họ pháp luật.

Trong lý thuyết về sự phân nhóm các dòng họ pháp luật, nhiều câu hỏi được đặt ra cho đến nay vẫn chưa có được câu trả lời thống nhất là: Có bao nhiêu dòng họ pháp luật trên thế giới? hoặc, các hệ thống pháp luật trên thế giới được chia thành mấy nhóm? Và làm thế nào để xếp một hệ thống pháp luật cụ thể nào đó thuộc dòng họ pháp luật nào...

Tiêu chí phân nhóm là yếu tố quyết định đối với việc xác định số lượng các dòng họ pháp luật cũng như việc đưa một hệ thống pháp luật cụ thể vào một dòng họ nào đó. Các học giả khác nhau đã và đang cố gắng tìm kiếm các tiêu chí để phân chia các hệ thống pháp luật trên thế giới thành các nhóm khác nhau. Sự khác nhau không chỉ số lượng các tiêu chí được sử dụng để phân nhóm mà còn khác nhau ở chính bản thân các tiêu chí được sử dụng để phân nhóm.

Một số học giả đã cố gắng tìm kiếm một tiêu chí duy nhất để phân nhóm các hệ thống pháp luật. Theo đó, tiêu chí đã được các học giả đề xuất để phân chia các dòng họ pháp luật như các nguồn của pháp luật; nội dung bản chất của pháp luật, nguồn gốc lịch sử của pháp luật, nền văn hoá và các hình thái pháp luật...⁽¹⁾

Một số học giả khác kết hợp nhiều tiêu chí khác nhau để phân nhóm các hệ thống pháp luật. Học giả người Pháp, René David

(1). Xem: K. Zweiger and H. Kötz, Sđd, tr. 64-65.

kết hợp hai tiêu chí để phân nhóm hệ thống pháp luật là kỹ thuật pháp lý và hệ tư tưởng. Theo đó, với tiêu chí kỹ thuật pháp lý, ông cho rằng nếu luật gia được đào tạo trong hệ thống pháp luật này khi hành nghề trong hệ thống pháp luật khác mà gặp rất nhiều khó khăn do “*sự khác biệt về thuật ngữ của hai hệ thống pháp luật (các thuật ngữ không thể hiện cùng khái niệm) hoặc bởi vì hệ thống thứ bậc các nguồn luật và các phương pháp của mỗi hệ thống pháp luật khác nhau ở mức độ đáng kể*”⁽¹⁾ thì hai hệ thống này không được xếp vào cùng một nhóm. Với tiêu chí hệ tư tưởng, ông cho rằng “*hai hệ thống pháp luật không thể được xem là thuộc vào cùng một dòng họ, ngay cả khi chúng sử dụng cùng các khái niệm và kỹ thuật, nếu chúng được xây dựng dựa vào những nguyên tắc triết học, chính trị và kinh tế đối lập nhau và nếu chúng cố gắng tạo ra hai kiểu xã hội hoàn toàn khác nhau*”.⁽²⁾ Dựa vào hai tiêu chí này, René David phân chia các hệ thống pháp luật trên thế giới thành dòng họ pháp luật La Mã-Giécmanh, dòng họ common law, dòng họ pháp luật XHCN và một số hệ thống pháp luật nhỏ khác là luật Hồi giáo, luật Hindu, luật của một số nước vùng Đông Á và một nhóm pháp luật mới là pháp luật của các nước châu Phi.⁽³⁾

Hai học giả khác người Đức là Zweigert và H. Kotz, mặc dù chỉ đưa ra tiêu chí phân nhóm là “kiểu pháp luật”⁽⁴⁾ (legal style) để

(1) Xem: René David và John E. C. Brierley, Sđd, tr. 21.

(2) Xem: René David và John E. C. Brierley, Sđd, tr. 21.

(3) Xem: René David và John E. C. Brierley, Sđd, 22-31.

(4) Cần lưu ý rằng khái niệm kiểu pháp luật của Zweigert và Kotz không đồng nhất với khái niệm kiểu pháp luật được sử dụng trong các giáo trình lý luận về nhà nước và pháp luật. Trong các giáo trình đó, “kiểu pháp luật” được định nghĩa là “tổng thể những dấu hiệu (đặc điểm) cơ bản, đặc thù của pháp luật, thể hiện bản chất giai cấp và những điều kiện tồn tại và phát triển của pháp luật trong một hình thái kinh tế xã hội nhất định”. Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội.

phân nhóm pháp luật nhưng nội dung của tiêu chí này lại chứa đựng nhiều tiêu chí thành phần khác nhau, bao gồm: (1) Cơ sở và sự phát triển lịch sử của hệ thống pháp luật; (2) Phương thức tư duy pháp lý nổi trội và đặc trưng về các vấn đề pháp lý; (3) Các chế định pháp lý đặc thù; (4) Các nguồn luật mà hệ thống pháp luật này chấp nhận và cách thức nó sử dụng các nguồn luật đó; và (5) Hệ tư tưởng của hệ thống pháp luật. Việc đưa các tiêu chí bộ phận này vào trong một tiêu chí chung là hình thái pháp luật có thể hiểu đó là sự kết hợp nhiều tiêu chí khác nhau để phân nhóm các hệ thống pháp luật chứ không phải sử dụng một tiêu chí đơn lẻ. Với việc sử dụng hệ tiêu chí này, Zweigert và Kotz đã phân chia các hệ thống pháp luật trên thế giới thành dòng họ pháp luật La Mã, dòng họ pháp luật Giécmanh, dòng họ pháp luật Bắc Âu, dòng họ common law và hai học gia này cũng xác định các nhóm pháp luật khác là luật Hồi giáo, luật Hindu, pháp luật của một số nước vùng Đông Á.⁽¹⁾

Như vậy, dường như việc sử dụng nhiều tiêu chí khác nhau để sắp xếp các hệ thống pháp luật trên thế giới thành các dòng họ khác nhau đã trở nên phổ biến trong lý thuyết về phân nhóm các hệ thống pháp luật. Tuy vậy, việc sử dụng những tiêu chí nào và phân chia thành bao nhiêu dòng họ pháp luật là tùy thuộc vào quan điểm, mục đích của các học giả so sánh. Do đó, khó có thể khẳng định sự phân chia nào và việc dựa vào những tiêu chí nào để phân nhóm các hệ thống pháp luật là chính xác. Vì thế, cũng không thể khẳng định được rằng sử dụng bao nhiêu tiêu chí và phân chia các hệ thống pháp luật trên thế giới thành bao nhiêu dòng họ pháp luật là

Giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2006, tr. 79.

(1) Xem: Zweigert and Kotz, Sđd, tr. 136.

chính xác. Các tiêu chí đã được các học giả sử dụng để phân chia các hệ thống pháp luật trên thế giới có những giá trị nhất định đối với việc phân nhóm các hệ thống pháp luật.

Các tiêu chí khác nhau có tầm quan trọng khác nhau trong việc phân nhóm các hệ thống pháp luật. Điều này có nghĩa là một tiêu chí có thể là căn cứ để phân biệt các hệ thống pháp luật thuộc một một hoặc một số nhóm này nhưng lại không thể phân biệt được các hệ thống pháp luật thuộc một hoặc một số nhóm khác. Tiêu chí kỹ thuật pháp lý của René David có thể cho phép chúng ta phân biệt các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law và các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law nhưng lại không đủ để xác định được sự khác biệt giữa hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law và hệ thống pháp luật thuộc dòng họ XHCN. Theo đó, xét ở khía cạnh khái quát, sự khác biệt chủ yếu về kỹ thuật pháp lý giữa các luật gia thuộc dòng họ common law và dòng họ civil law là kỹ thuật phân tích và áp dụng pháp luật. Nếu, các luật gia thuộc dòng họ civil law và tương tự với họ là các luật gia thuộc dòng họ pháp luật XHCN chủ yếu là áp dụng và giải thích các quy định của luật thành văn để giải quyết các vụ việc thì các luật gia thuộc dòng họ common law giải quyết các tranh chấp dựa vào việc lập luận theo các án lệ là chủ yếu. Nói cách khác, về cơ bản, để xác định nội dung pháp luật, luật sư và thẩm phán thuộc dòng họ common law sẽ tham khảo và viện dẫn phán quyết về các vụ việc, các cuốn sách chứa đựng các phán quyết về các vụ việc đó trước khi tìm kiếm các quy định trong các văn bản luật thành văn.⁽¹⁾

(1). Xem: Peter de Cruz, Sdd, tr. 73.

Tương tự như vậy, tiêu chí hệ tư tưởng sẽ giúp cho việc xác định dòng họ pháp luật bị ảnh hưởng bởi tôn giáo như luật Hồi giáo và luật Hindu và dòng họ pháp luật XHCN với các dòng họ khác. Tuy nhiên, tiêu chí này lại không có giá trị để phân biệt common law và dòng họ civil law hay dòng họ La Mã - Giécmanh theo cách phân chia của René David hoặc để phân biệt dòng họ pháp luật La Mã với dòng họ pháp luật Giécmanh, dòng họ pháp luật Bắc Âu và dòng họ common law theo cách phân chia của Zweigert và Kotz. Cụ thể là, nếu dòng họ pháp luật Hồi giáo và dòng họ pháp luật Hindu gắn liền với tư tưởng tôn giáo Đạo Hồi và Đạo Hindu thì dòng họ pháp luật XHCN lại được xây dựng trên nền tảng tư tưởng của chủ nghĩa Mác-Lênin. Do đó, có thể phân biệt được các dòng họ này một cách dễ dàng. Tuy nhiên, sẽ không thể dựa vào tiêu chí này để xác định hệ thống pháp luật nào thuộc vào dòng họ common law và hệ thống pháp luật nào thuộc dòng họ civil law.

Xét ở tiêu chí nguồn luật, chúng ta cũng thấy được tầm quan trọng của tiêu chí này không giống với các tiêu chí khác. Hiện nay, hầu hết các nước đều sử dụng các loại nguồn tương tự như nhau do xu hướng hội tụ pháp luật. Điều này có nghĩa là các nước thuộc dòng họ common law và các nước thuộc dòng họ civil law đều có các nguồn luật tương tự như nhau là luật thành văn, án lệ, tập quán, các học thuyết pháp lí, các nguyên tắc chung của pháp luật... Tuy nhiên, tiêu chí này lại có thể được sử dụng để phân biệt nguồn của dòng họ pháp luật Hồi giáo và dòng họ pháp luật Hindu với các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law, dòng họ civil law và dòng họ pháp luật XHCN.

Mức độ chi tiết của việc phân tích các tiêu chí phân nhóm

pháp luật trên thế giới sẽ quyết định số lượng các dòng họ pháp luật và cũng là cơ sở để xác định một hệ thống pháp luật thuộc dòng họ pháp luật nào. Phân tích tiêu chí sự phát triển lịch sử của các hệ thống pháp luật cho chúng ta thấy rõ được điều này. Nghiên cứu sự hình thành và phát triển của pháp luật của các nước thuộc lục địa châu Âu như Pháp, Đức và một số nước sẽ cho chúng ta thấy rõ được việc khó có thể xếp pháp luật của Anh vào nhóm pháp luật này. Sự hình thành và phát triển của pháp luật ở các nước châu Âu lục địa đặc biệt là các nước Tây Âu gắn với sự phát triển của luật La Mã trong thời kì cổ đại, với việc phục hồi luật La Mã ở thời kì Phục Hưng bằng việc nghiên cứu luật này tại các trường Đại học ở các nước này và nhờ đó nó được tiếp nhận ở những mức độ khác nhau ở các nước châu Âu và cùng với kết quả là phong trào Pháp điển hoá mạnh mẽ ở các nước này vào thế kỉ XIX nhờ sự đóng góp của trường phái pháp luật tự nhiên. Trong khi đó, người Anh mặc dù cũng nằm trong sự kiểm soát của đế chế La Mã trong một thời gian khá dài khi đế chế La Mã hùng mạnh nhưng pháp luật Anh lại dường như không bị ảnh hưởng pháp luật La Mã. Pháp luật Anh phát triển gắn liền với sự hình thành và phát triển của hệ thống toà án chứ không phải từ việc giảng dạy luật La Mã từ các trường đại học tổng hợp như ở châu Âu lục địa.

Nếu phân tích sâu hơn về mặt lịch sử phát triển của các hệ thống pháp luật, pháp luật của các nước thuộc lục địa châu Âu còn có thể được phân chia thành thành ba dòng họ là dòng họ pháp luật La Mã, dòng họ pháp luật Giécmanh và dòng họ pháp luật các nước Bắc Âu theo cách phân chia của Zweigert và Kotz. Dòng họ pháp luật La Mã và dòng họ pháp luật Giécmanh mặc

dù cũng bị ảnh hưởng bởi luật La Mã nhưng sự ảnh hưởng của luật La Mã đối với pháp luật Đức khác hẳn sự ảnh hưởng của luật La Mã đối với Pháp và Ý. Trong thời trung cổ, việc không có luật tư của Đức được áp dụng chung, không có hệ thống toà án chung và không có hội luật gia chung của Đức đã cản trở và trì hoãn việc giới thiệu luật La Mã ở Đức.⁽¹⁾ Điều đó đã làm cho pháp luật của Đức tiếp xúc với luật La Mã muộn hơn so với các nước như Pháp và Ý.

Sự phát triển lịch sử cũng là căn cứ để có thể có thể xác định pháp luật các nước Bắc Âu được xếp vào nhóm riêng biệt khác với dòng họ pháp luật Giécmanh và dòng họ pháp luật La Mã. “Nguyên nhân chính khiến cho luật La Mã thời Trung cổ không tác động đến pháp luật các nước Bắc Âu vì những nước này phát triển công tác pháp điển hoá rất sớm dựa trên truyền thống luật của nước mình”.⁽²⁾ Vì thế, pháp luật của các nước Bắc Âu không được pháp điển hoá như Bộ luật dân sự Napoleon cũng như Bộ luật dân sự của Pháp.⁽³⁾ Thêm vào đó, sự hình thành và phát triển của hệ thống XHCN ở nửa cuối của thế kỉ XX bắt đầu từ Liên Xô và các nước Đông Âu đã tạo điều kiện cho các học giả xác định dòng họ pháp luật XHCN là dòng họ pháp luật bên cạnh các dòng họ pháp luật khác. Đồng thời những biến động lịch sử ở những năm 90 của thế kỉ XX lại là căn cứ để một số học giả vẽ lại bản đồ pháp luật thế giới.⁽⁴⁾

(1). Xem: Zweigert and Kötz, Sđd, tr. 133.

(2). Xem: Michael Bogdan, Sđd, tr. 89.

(3). Xem: Michael Bogdan, Sđd, tr. 89.

(4). Zweigert and Kötz, trong công trình Giới thiệu luật so sánh được xuất bản năm 1977 phân chia hệ thống pháp luật trên thế giới thành tám dòng họ pháp luật khác nhau là: La Mã, Giécmanh, Bắc Âu, dòng họ pháp luật Anglo-Saxon, XHCN, Đông Á, La Mã và Hindu. Trong công trình của hai ông được công bố năm 1998, hai ông đã không loại bỏ dòng họ pháp luật XHCN.

Như đã trình bày ở trên, tiêu chí nguồn luật nếu xét ở khía cạnh khái quát chung thì khó có thể xác định được hệ thống pháp luật nào thuộc dòng họ common law và hệ thống pháp luật nào thuộc dòng họ civil law. Tuy vậy, phân tích cụ thể hơn về cách thức sử dụng các nguồn luật đó cũng như tầm quan trọng của các nguồn luật này trong từng hệ thống pháp luật, chúng ta sẽ thấy được sự khác biệt giữa các nước thuộc các dòng họ này không phải là nhỏ. Các nước thuộc dòng họ common law mặc dù đã thừa nhận vai trò quan trọng của luật thành văn trong hệ thống nguồn luật của mình, nhưng điều đó không làm mất đi truyền thống sử dụng án lệ trong các hệ thống pháp luật này. Ở các nước như Anh, Mỹ, Australia, án lệ luôn được xem là nguồn cơ bản thậm chí về mặt thực tế còn chiếm ưu thế hơn so với luật thành văn. Ngược lại, các nước thuộc dòng họ civil law, mặc dù, các phán quyết của toà án ở các nước này đã được thừa nhận nhưng trong ý thức của các thẩm phán, họ thường không thừa nhận vai trò tạo ra pháp luật của họ giống như các thẩm phán thuộc dòng họ common law. Vì thế, luật thành văn trong các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law vẫn chiếm ưu thế. Tuy nhiên, cần phải lưu ý rằng sẽ có những ngoại lệ khi sử dụng tiêu chí nguồn luật để phân nhóm các hệ thống pháp luật. Bởi vì có những hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law nhưng luật thành văn lại có vai trò quan trọng bảo đảm giá trị của các án lệ. Hiến pháp của Mỹ là điển hình của luật thành văn trong hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law như vậy. Có thể vì lý do đó, có học giả đã nhận định rằng: *"đối với luật so sánh nói chung và cụ thể là đối với lý thuyết về các dòng họ pháp luật, vấn đề về nguồn luật chỉ có vai trò thứ yếu"*.⁽¹⁾

(1). Xem: Zweigert and Kötz, Sđd, tr. 71.

Ngoài các tiêu chí được xem là yếu tố có vai trò quan trọng trong việc phân nhóm các hệ thống pháp luật, một số yếu tố khác cũng có ảnh hưởng trực tiếp đến việc xếp hệ thống pháp luật cụ thể nào đó vào dòng họ pháp luật cụ thể. Đáng chú ý nhất là mức độ chi tiết của mục tiêu và thời điểm tiến hành phân nhóm các hệ thống pháp luật.

Xét ở mức độ chi tiết của mục tiêu phân nhóm, sự phân nhóm các dòng họ có thể có kết quả hoàn toàn khác nếu việc phân nhóm nhằm vào những mục tiêu chi tiết hơn. Điều này có nghĩa là hệ thống pháp luật có thể được đưa vào các nhóm khác nhau nếu việc phân nhóm đó nhằm vào các lĩnh vực pháp luật cụ thể hoặc các chế định pháp luật cụ thể. Chẳng hạn, hệ thống pháp luật Anh và hệ thống pháp luật Mỹ sẽ không cùng nhóm nếu việc phân nhóm nhằm vào lĩnh vực luật hiến pháp. Tình trạng tương tự cũng xảy ra đối với hệ thống pháp luật của Pháp và hệ thống pháp luật của Đức nếu việc phân nhóm nhằm vào lĩnh vực luật hiến pháp khi ở Đức có toà án hiến pháp còn ở Pháp thì mặc dù Hội đồng hiến pháp có thẩm quyền giám sát hiến pháp nhưng về bản chất, đó hoàn toàn không phải là toà án theo đúng nghĩa của nó như Toà án hiến pháp ở Đức. Vì vậy, xét ở cấp độ chung, hai hệ thống pháp luật có thể thuộc cùng một nhóm nếu dựa vào những tiêu chí chung nhưng nếu gắn với từng lĩnh vực pháp luật cụ thể, chúng có thể thuộc các nhóm pháp luật khác nhau.

Thời điểm tiến hành phân nhóm hệ thống pháp luật cũng có ảnh hưởng không nhỏ đến kết quả phân nhóm. Các hệ thống pháp luật luôn thay đổi bởi hoạt động lập pháp hoặc những hoạt động pháp lý khác. Sự thay đổi này ít khi được các nhà nghiên cứu so

sánh quan tâm nếu họ chỉ tập trung vào những so sánh ở cấp độ vĩ mô. Nhìn chung, những thay đổi cụ thể chi tiết hoặc sửa đổi, bổ sung các quy định của luật thành văn cũng như các hoạt động pháp lý có tác động trực tiếp đến những thay đổi của pháp luật và đôi khi, những thay đổi bất ngờ nào đó sẽ làm cho hệ thống pháp luật đang ở nhóm pháp luật này có thể trở thành thành viên của hệ thống pháp luật khác. Sự sụp đổ của Liên Xô và các nước XHCN ở Đông Âu vào những năm 90 của thế kỉ trước đã làm thay đổi vị trí của các thành viên của nhóm này trong bản đồ pháp luật trên thế giới. Vì thế, mặc dù vẫn còn sự tồn tại của dòng họ pháp luật XHCN nhưng Liên Xô và các nước XHCN ở Đông Âu trước đây chắc chắn sẽ không được xếp vào dòng họ pháp luật XHCN như những năm 80 của thế kỉ XX trở về trước.

Ngoài những vấn đề về tiêu chí, mục đích và thời điểm phân nhóm, cũng cần phải lưu ý rằng sẽ có những hệ thống pháp luật có thể xếp vào bất cứ dòng họ pháp luật nào tùy thuộc vào các tiêu chí và cũng sẽ có những hệ thống pháp luật mà ở thời điểm nào đó khó có thể xếp vào dòng họ pháp luật nào cụ thể. Đó là những hệ thống pháp luật có tính chất hỗn hợp và những hệ thống pháp luật đang trong giai đoạn chuyển đổi.

Các hệ thống pháp luật hỗn hợp là những hệ thống pháp luật mà pháp luật được áp dụng ở đó có nguồn gốc từ hai hay nhiều dòng họ pháp luật khác nhau.⁽¹⁾ Các hệ thống pháp luật hỗn hợp của common law và civil law như Scotland, Nam Phi, Philippines, Lusianna (Mỹ), Quebec (Canada), Ai Cập, Srilanka... Ở các hệ

(1). Xem: William Tetly, *Mixed jurisdictions, common law vs civil law (codified and uncoded)*, La. L. Review, 60 (2000), tr. 684.

thống pháp luật này, các quy phạm pháp luật và các thiết chế của chịu ảnh hưởng của nhiều truyền thống pháp luật khác nhau như common law, civil law, Hồi giáo, Hindu. Các hệ thống pháp luật hỗn hợp này khác nhau về cấu trúc, thành phần pháp luật thành tố của các hệ thống pháp luật này cũng không hoàn toàn giống nhau. Sự hỗn hợp đó có thể là sự pha trộn giữa common law và civil law một cách thuần túy như Quebec hay Louisiana hoặc Scotland. Sự pha trộn đó cũng có thể là sự pha trộn giữa luật Hồi giáo với common law hoặc civil law chẳng hạn như Malaysia và Indonesia hay Thổ Nhĩ Kỳ. Tuy nhiên, mức độ hỗn hợp của các thành phần pháp luật cũng không giống nhau. Chẳng hạn, cũng là sự pha trộn giữa common law và civil law nhưng pháp luật Scotland, Quebec và Philippines không hoàn toàn giống nhau hoặc sự hỗn hợp giữa luật Hồi giáo và civil law ở Indonesia cũng không giống với Thổ Nhĩ Kỳ. Với những hệ thống pháp luật hỗn hợp như vậy, sẽ khó có thể xếp chúng vào một dòng họ pháp luật nào. Vì vậy, khi tiến hành nghiên cứu các hệ thống pháp luật này, đòi hỏi phải xác định những đặc tính cơ bản của sự pha trộn của hệ thống pháp luật đó, những lĩnh vực pháp luật cụ thể của các hệ thống pháp luật này có nguồn gốc từ dòng họ pháp luật nào cũng như mức độ pha trộn của các hệ thống pháp luật này trong từng lĩnh vực pháp luật cụ thể.

Các hệ thống pháp luật đang trong giai đoạn chuyển đổi cũng là những hệ thống pháp luật khó có thể xếp được vào dòng họ pháp luật nào. Những hệ thống pháp luật này đang trong giai đoạn chuyển đổi để định hình một hệ thống pháp luật của mình. Các hệ thống pháp luật XHCN ở Đông Âu sau sự tan rã của hệ thống XHCN và hệ thống pháp luật XHCN đang trong giai đoạn

cải cách chính là những hệ thống pháp luật như vậy. Vì vậy, với các hệ thống pháp luật này, cần thận trọng khi xếp chúng vào các dòng họ pháp luật khi quá trình chuyển đổi chưa được hoàn thành.

Như vậy, việc phân chia các hệ thống pháp luật và đưa hệ thống pháp luật vào nhóm nào đó chỉ mang tính chất tương đối. Những phân tích ở trên cho thấy việc phân chia các hệ thống pháp luật trên thế giới vào các dòng họ khác nhau nếu dựa vào các tiêu chí khác nhau và với những mục tiêu khác nhau cũng như thời điểm tiến hành phân nhóm khác nhau sẽ cho những kết quả không hoàn toàn giống nhau. Mỗi cách phân loại và mỗi tiêu chí phân loại đều có những ưu thế nhất định và nhằm vào những mục tiêu nhất định. Do đó, sẽ là sai lầm nếu khẳng định rằng cách phân nhóm nào đó là không chính xác. Vì vậy, mỗi học giả có thể đưa ra các phân nhóm của mình với những tiêu chí nhất định để đạt được những mục tiêu nhất định.

Các học giả trên thế giới đã và đang cố gắng xây dựng những tiêu chí cho việc phân nhóm các hệ thống pháp luật thành các dòng họ pháp luật khác nhau, tuy nhiên kết quả của việc phân nhóm lại có những điểm khá tương đồng. Vì vậy, điều khá thú vị là cho đến nay, mặc dù sử dụng nhiều tiêu chí khác nhau, các dòng họ pháp luật được xác định vẫn rất quen thuộc đối với các nhà luật học là dòng họ common law, dòng họ civil law, dòng họ pháp luật XHCN và một số nhóm pháp luật khác gắn với các tôn giáo khác nhau là luật Hồi giáo, luật Hindu.

Trong cuốn giáo trình này, nhóm tác giả sẽ trình bày về bốn dòng họ pháp luật cơ bản là dòng họ common law, dòng họ civil law, dòng họ pháp luật XHCN và dòng họ pháp luật Hồi giáo.

PHẦN HAI
**MỘT SỐ DÒNG HỌ PHÁP LUẬT CƠ BẢN
TRÊN THẾ GIỚI**

CHƯƠNG II
**DÒNG HỌ PHÁP LUẬT CHÂU ÂU LỤC ĐỊA
(DÒNG HỌ CIVIL LAW)**

I. KHÁI QUÁT CHUNG VỀ DÒNG HỌ CIVIL LAW

Thuật ngữ “civil law” trong lĩnh vực luật học có hai nghĩa phổ biến:

- Thứ nhất, đó là tên gọi của hệ thống pháp luật lục địa châu Âu (còn gọi là hệ thống pháp luật La Mã - Đức), là dòng họ pháp luật lớn nhất trên thế giới, tồn tại ở các nước lục địa châu Âu như: Pháp, Italia, Tây Ban Nha, Bồ Đào Nha, Đức, Áo, Bỉ, Luc-xăm-bua, Hà Lan, Thụy Sĩ, Scotland, phần lớn các nước châu Phi, hầu hết các nước châu Mỹ Latinh, các nước phương Đông kể cả Nhật Bản.

- Thứ hai, có nghĩa là luật dân sự - ngành luật điều chỉnh các quan hệ tài sản và nhân thân giữa các cá nhân, thuộc lĩnh vực luật tư - điều chỉnh các quan hệ giữa tư nhân với tư nhân.

Trong lĩnh vực luật so sánh, dòng họ civil law được hiểu theo

nghtĩa thứ nhất là hệ thống pháp luật lớn nhất trên thế giới mà nền tảng của nó là luật La Mã cổ đại.

Nhìn một cách tổng quan, dòng họ civil law có các đặc điểm cơ bản sau đây:

1.1. Chịu ảnh hưởng sâu sắc của luật La Mã

Các bộ luật lớn của lục địa châu Âu như Bộ luật dân sự Napoleon năm 1804, Bộ luật dân sự Đức năm 1896 đều được hình thành trên cơ sở kết hợp luật tập quán địa phương và luật La Mã. Đặc biệt ở Đức, các đế chế Đức tồn tại thời kì giữa năm 962 và năm 1806 tự cho mình là sự kế thừa của đế chế La Mã. Luật La Mã được nghiên cứu tại các trường đại học của Đức. Pháp và các nước lục địa châu Âu và được coi là nguồn luật bổ sung, được áp dụng trực tiếp nếu luật pháp thành văn và tập quán pháp luật của họ chưa có quy định đối với quan hệ xã hội cần thiết phải điều chỉnh pháp luật. Corpus juris civilis được tiếp nhận rộng rãi ở Đức, Pháp và các nước lục địa châu Âu.

1.2. Các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law được phân chia thành công pháp và tư pháp

Đây là đặc điểm cơ bản để phân biệt dòng họ civil law với dòng họ common law. Các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ pháp luật này được phân chia thành Jus publicum (công pháp), Jus privatum (tư pháp). Công pháp bao gồm những ngành luật điều chỉnh các quan hệ xã hội giữa các cơ quan nhà nước với nhau hoặc giữa các cơ quan nhà nước với tư nhân. Công pháp gồm các ngành luật như luật hiến pháp, luật hành chính, luật hình sự, luật ngân hàng, luật tài chính công (bao gồm các nhánh như luật thuế, luật kiểm toán công, luật ngân sách). Tư pháp bao gồm các ngành luật điều chỉnh các quan hệ giữa tư nhân với tư nhân,

Tư pháp bao gồm các ngành luật như luật dân sự, luật hôn nhân và gia đình, luật thương mại, luật lao động.

Cơ sở để phân chia pháp luật thành công pháp và tư pháp là phương pháp điều chỉnh (phương pháp tác động pháp luật lên các quan hệ xã hội). Phương pháp điều chỉnh đặc trưng của tư pháp là phương pháp tự do thỏa thuận ý chí và bình đẳng giữa các bên tham gia quan hệ pháp luật. Còn phương pháp điều chỉnh của công pháp chủ yếu là phương pháp mệnh lệnh. Tuy nhiên, cũng có quan điểm cho rằng việc phân chia pháp luật thành công pháp và tư pháp (*Jus publicum* và *Jus privatum*) xuất phát từ quan niệm rất phổ biến của các luật gia lục địa châu Âu là mối quan hệ giữa người cai trị và bị cai trị đòi hỏi những chế định pháp luật khác với mối quan hệ giữa các tư nhân với nhau. Lợi ích công và lợi ích tư không thể đặt lên cùng một bàn cân được.⁽¹⁾

1.3. Các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law coi trọng lý luận pháp luật

Ngay từ thế kỉ XII, XIII, khi các trường đại học của các quốc gia ở lục địa châu Âu ra đời, quan điểm của các giáo sư đại học lúc này đã là: pháp luật là công cụ, là mô hình tổ chức xã hội, là cái “Sollen” (cái cần phải làm) chứ không phải là “Sein” (cái đang xảy ra trong thực tiễn). Quan điểm này được duy trì trong những thế kỉ tiếp theo. Các học thuyết pháp luật, các nguyên tắc pháp luật được coi là nguồn của pháp luật. Các bộ luật của các nước lục địa châu Âu thông thường đi từ cái chung đến cái riêng (Các bộ luật thường có phần chung và phần riêng). Ở phần chung,

(1). Xem: *Les grands systèmes de droit contemporains* par René David et Jauffret Spinozi, Dalloz 1992, p. 60.

các khái niệm được trình bày một cách rõ ràng, rành mạch. Phần chung làm cơ sở cho phần riêng và thông thường được xây dựng theo tư duy logic từ cái khái quát đến cái cụ thể, từ cái chung đến cái riêng, từ cái trừu tượng đến cái hữu hình, từ nguyên tắc chung đến các tình huống cụ thể, từ lí luận đến thực tiễn. Vì thế, các bộ luật lớn của các quốc gia lục địa châu Âu được coi là sản phẩm của những trí tuệ bác học. Bộ luật dân sự Đức năm 1896 được gọi là “Professorenrecht” (Luật của các giáo sư).

1.4. Các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law có trình độ hệ thống hoá, pháp điển hoá cao

Ngoài các bộ luật thông thường như bộ luật hình sự, bộ luật tố tụng hình sự, bộ luật dân sự, bộ luật tố tụng dân sự, bộ luật lao động, bộ luật thương mại các quốc gia lục địa châu Âu đã xây dựng nhiều bộ luật khác như bộ luật đất đai, bộ luật tổ chức hệ thống toà án hành chính, bộ luật tổ tụng hành chính, bộ luật hàng hải, bộ luật hàng không, bộ luật bầu cử, bộ luật thuế, bộ luật giao thông đường bộ, bộ luật sở hữu trí tuệ, bộ luật tiêu dùng, bộ luật nông thôn, bộ luật về các toà án tài chính, bộ luật chung về các chính quyền địa phương, bộ luật y tế công, bộ luật tiền tệ và tài chính, bộ luật môi trường, bộ luật hỗ trợ xã hội và gia đình, bộ luật quốc phòng, bộ luật du lịch, bộ luật di sản và nghiên cứu v.v.. Nhờ xây dựng được nhiều bộ luật, việc nghiên cứu, thực hiện và áp dụng pháp luật trở nên dễ dàng hơn. Các quy phạm pháp luật trong các bộ luật thường rất cụ thể với các chế tài rõ ràng vì vậy có thể áp dụng trực tiếp vào các quan hệ xã hội mà không cần thông qua văn bản pháp luật trung gian như nghị định hoặc thông tư hướng dẫn thi hành.

1.5. Dòng họ civil law không coi tiền lệ pháp luật là hình thức pháp luật thông dụng và phổ biến như pháp luật thành văn

Khác với dòng họ common law, dòng họ civil law do chịu ảnh hưởng sâu sắc của học thuyết phân chia quyền lực nên không thừa nhận vai trò lập pháp của các cơ quan xét xử. Các luật gia lục địa châu Âu hầu như có quan điểm tương đối thống nhất rằng lập pháp là hoạt động của nghị viện, toà án là cơ quan áp dụng luật để xét xử chứ không phải bằng hoạt động xét xử tạo ra luật. Án lệ là hình thức pháp luật không được khuyến khích phát triển và chỉ áp dụng một cách hạn chế như là hình thức khắc phục khiếm khuyết của pháp luật thành văn.

II. SỰ HÌNH THÀNH VÀ PHÁT TRIỂN CỦA DÒNG HỌ CIVIL LAW

Quá trình hình thành và phát triển của dòng họ civil law bao gồm 3 giai đoạn:⁽¹⁾ Giai đoạn pháp luật tập quán (La période du droit coutumier) – giai đoạn trước thế kỉ XIII; giai đoạn pháp luật thành văn (La période du droit législatif) từ thế kỉ XIII đến cuối thế kỉ XVIII; giai đoạn pháp điển hoá pháp luật và phát triển ra ngoài châu Âu – từ cuối thế kỉ XVIII, đầu thế kỉ XIX đến nay.

2.1. Giai đoạn pháp luật tập quán

Đây là thời kì pháp luật như tên gọi của nó hình thành từ các tập quán địa phương vì vậy còn mang tính biệt lập, phân tán, thiếu thống nhất. Tồn tại các luật tập quán của Pháp, Đức, của các dân tộc Slavian, luật La Mã. Đặc biệt, phần lớn các bộ tộc ở Tây Âu đã bị người La Mã đô hộ trong suốt 4 thế kỉ nên luật La Mã cổ

(1) Xem: *Les grands systèmes de droit contemporains* par René David, Camille Jauffret-Spinozi; Précis D1992, p. 27.

dại đã có ảnh hưởng lớn ở đây. Mặc dù đế chế Tây La Mã đã sụp đổ vào năm 476 nhưng đế chế Đông La Mã (có thủ phủ là Constantinopol) vẫn tồn tại. Năm 528, Hoàng đế Đông La Mã Justinian đã ra lệnh hệ thống hoá và củng cố luật La Mã. Kết quả là đã tạo nên công trình pháp luật lớn mang tên Corpus Juris Civilis có nghĩa là Tập hợp các chế định luật dân sự. Corpus Juris Civilis bao gồm 4 phần: Code, Digeste, Institutes và Novels, được công bố từ năm 529 đến năm 534.⁽¹⁾

- Code là phần hệ thống hoá tất cả các luật của các hoàng đế La Mã cổ đại đã ban hành, trong đó các điểm không rõ ràng hoặc chồng chéo bị loại bỏ;

- Digest là tập hợp các luận thuyết về pháp luật có giá trị nhất của các học giả La Mã cổ đại;

- Institutes là cuốn sách giáo khoa về pháp luật được viết bởi các cố vấn pháp luật La Mã cổ đại;

- Novels bao gồm các luật mới ban hành bởi hoàng đế Justinian.

Nhìn chung, giai đoạn này pháp luật còn giản đơn, còn lẫn lộn giữa quy phạm đạo đức, tôn giáo và pháp luật. Đặc biệt trong thời kì mà người phương Tây gọi là “the Dark Ages” (thời kì đen tối) từ khoảng thế kỉ V đến thế kỉ X, pháp luật mặc dù đã tồn tại nhưng chưa phải thực sự là công cụ chủ yếu để đảm bảo công lí trong xã hội. Với những quan điểm về chứng cứ hoặc duy tâm (phụ thuộc vào ý chí của thượng đế) hoặc không hợp lí (phụ thuộc vào sự may rủi) hoặc thiếu sự khách quan (bị kẻ có uy quyền chi phối) phương pháp giải quyết các tranh chấp thời

(1).Xem: René David & John B. C. Brierley, *Major legal systems in the world today*, London 1985, p. 36.

kì này có thể là đấu súng, đấu gươm, đấu vật, cá cược, lời thề trước Chúa, chịu thử thách với lửa, nước v.v.. Các tranh chấp giữa các cá nhân hoặc giữa các nhóm xã hội được giải quyết hoặc bằng luật của sức mạnh cơ bắp hoặc bằng sức mạnh quyền uy của các tộc trưởng.

Luật pháp thời kì này chịu ảnh hưởng sâu sắc các tư tưởng tôn giáo, nhiều quốc gia lấy luật lệ nhà thờ làm luật lệ nhà nước.

2.2. Giai đoạn phát triển pháp luật thành văn từ thế kỉ XIII đến cuối thế kỉ XVIII

Cuối thế kỉ XII, các thành phố châu Âu bắt đầu phát triển và cùng với sự phát triển đó là sự gia tăng các hoạt động thương mại và giao lưu giữa các dân tộc châu Âu lục địa. Hoạt động buôn bán, thương mại và sự phát triển dân cư thành thị (civitas) tạo ra nhu cầu cần phải phân biệt giữa tôn giáo, đạo đức và pháp luật. Đáng chú ý là giai đoạn văn hoá Phục Hưng bắt đầu từ thế kỉ XIII - XIV xuất phát từ Italia sau đó lan dần sang các nước lục địa châu Âu. Các nhà tư tưởng lúc này muốn những giá trị đích thực của luật La Mã được chấn hưng, phát triển. Năm 1080, đại học Bologna ở Italia được thành lập, thế kỉ XII đại học Paris và sau đó lần lượt các trường đại học tổng hợp các nước phương Tây ra đời. Quan điểm pháp luật của các giáo sư đại học lúc này là luật pháp phải là công cụ, là mô hình tổ chức xã hội. Theo họ luật pháp cũng như đạo đức phải hướng con người tới cái Sollen – What ought to be done (cái cần phải làm), chứ không phải là Sein – What is done in practice (cái đang xảy ra trong thực tiễn). Các trường đại học có vai trò quan trọng trong việc hình thành hệ thống pháp luật lục địa châu Âu. Khác với common law ở Anh,

nơi hệ thống pháp luật ra đời gắn liền với việc tập trung quyền lực của hoàng đế và việc hình thành hệ thống toà án hoàng gia, dòng họ civil law được hình thành gắn liền với sự hình thành nền văn hoá cộng đồng châu Âu, nó gần như độc lập với các khuynh hướng chính trị của những người nắm quyền lực nhà nước.

Các triết gia, luật gia, các nhà tư tưởng mà chủ yếu là các giáo sư đại học lúc này muốn các quan hệ xã hội cơ bản phải được điều chỉnh bằng các quy định của pháp luật để chấm dứt tình trạng hỗn mang trong xã hội. Các trường đại học có vai trò quan trọng trong việc hình thành hệ thống pháp luật ở lục địa châu Âu. Quan điểm khoa học pháp lí của các trường đại học châu Âu lúc này là nghiên cứu pháp luật gắn liền với đạo đức, tôn giáo và mục đích nghiên cứu không chỉ là để áp dụng thực tiễn, thực dụng mà còn phục vụ mục đích xã hội và nhân đạo.

Từ thế kỉ XIII đến thế kỉ XVIII, trong quá trình khoảng 5 thế kỉ nghiên cứu, giảng dạy luật La Mã nhằm đào tạo các chuyên gia pháp luật, các trường đại học châu Âu đã có những đóng góp lớn cho việc xây dựng một hệ thống pháp luật chung cho lục địa châu Âu nên các nhà luật học châu Âu gọi đó là *Jus commune of universities* (pháp luật chung của các trường đại học). Trong 5 thế kỉ đó đã xuất hiện các trường phái pháp luật sau đây:

Trường phái Glossators – trường phái pháp luật chú giải xuất hiện vào thế kỉ XIII ở Bologna (Italia). Trường phái này tập trung sự nghiên cứu của mình vào việc giải thích các chế định pháp luật La Mã theo nghĩa gốc nguyên thủy của nó trong *Corpus juris civilis*. Trong giai đoạn này, một số văn bản luật La Mã đã bị bãi bỏ như các chế định về chế độ nô lệ, một số lĩnh vực quan hệ xã

hội lúc này được điều chỉnh bằng luật của giáo hội (Canon law) như các vấn đề hôn nhân và thừa kế. Trường phái Glossators đã đạt được những thành tựu lớn vào giữa thế kỉ XIII với tác phẩm đồ sộ của Accursius (1182-1236). Trong công trình Great Gloss của Accursius có đến 96000 lời chú giải về luật La Mã cổ đại.

Trường phái thứ hai xuất hiện vào thế kỉ XIV gọi là trường phái Post-Glossator còn gọi là Commentator – trường phái các nhà bình luận. Đây cũng là trường phái pháp luật của Italia. Bartolus De Sassoferatto (1314-1357) là đại diện của trường phái này. Tiến xa hơn trường phái chú giải, trường phái bình luận tìm cách giải thích các quy định của luật La Mã phù hợp với những điều kiện mới. Việc nghiên cứu pháp luật lúc này không chỉ tập trung vào Corpus Juris Civilis mà còn cả luật giáo hội, không chỉ nghiên cứu lí thuyết mà còn cả phương diện áp dụng pháp luật, đặc biệt là trong các lĩnh vực luật thương mại và xung đột pháp luật (conflict of laws). Đây là trường phái có nhiều ảnh hưởng trong việc phát triển khoa học pháp lí ở châu Âu.

Trường phái thứ ba xuất hiện vào thế kỉ XV ở Italia gọi là trường phái humanists – trường phái nhân văn. Trường phái này chú trọng phương pháp nghiên cứu lịch sử nhằm khôi phục lại những khái niệm nguyên thủy của luật La Mã cổ đại. Trường phái này có quan điểm nghiên cứu rất gần với trường phái Glossator.

Trường phái thứ tư gọi là Usus Modernus Pandectarium hay Pandectists là trường phái của các nhà pháp điển hiện đại xuất hiện ở Đức vào thế kỉ XVI. Trường phái Usus Modernus Pandectarium xuất hiện là kết quả của quá trình nghiên cứu và giảng dạy luật La Mã trong thế kỉ XIV và thế kỉ XV ở lục địa

châu Âu. Đây là trường phái phát triển theo xu hướng cải cách hiện đại hoá luật La Mã cổ đại nhằm làm cho pháp luật phù hợp với những hoàn cảnh, điều kiện mới.

Trường phái thứ năm gọi là The Natural Law School - trường phái pháp luật tự nhiên, xuất hiện vào thế kỉ XVII, XVIII. Theo trường phái pháp luật tự nhiên, bên cạnh pháp luật thực định do nhà nước ban hành còn có pháp luật cao hơn là pháp luật tự nhiên do đấng tạo hoá sáng tạo ra, tồn tại cùng với thế giới tự nhiên và con người. Mặc dù trường phái pháp luật tự nhiên chỉ thực sự phát triển vào thế kỉ XVII, XVIII, tuy nhiên nguồn gốc của học thuyết này đã có từ thời kì cổ đại trong tư tưởng của Aristot (384-322 TCN) và Cicéron (106-43 TCN). Aristot cho rằng pháp luật là sự hài hoà của trật tự tự nhiên. Cicéron trong tác phẩm: "Về nền cộng hoà" đã quan niệm rằng cao hơn pháp luật do con người sáng tạo ra là luật bất biến và vĩnh cửu của tự nhiên. Chính những luật này đã chi phối pháp luật của con người. Dựa trên nền tảng của những tư duy này, các nhà tư tưởng pháp luật tự nhiên thế kỉ XVII, XVIII đã đề cao các quyền tự nhiên, thiêng liêng và bất khả xâm phạm của con người. Hugo Grotius (1583- 1645), nhà tư tưởng Hà Lan, trong tác phẩm: "Bàn về luật pháp của chiến tranh và hoà bình" đã đưa ra các luận điểm nổi tiếng của ông về pháp luật tự nhiên. Theo ông pháp luật tự nhiên và pháp luật thực định cùng tồn tại. Pháp luật tự nhiên xuất phát từ bản tính và lí trí của con người. Thuộc về quy phạm của pháp luật tự nhiên là những hành vi như: sự không tơ hào đến tài sản của người khác, trách nhiệm thực hiện lời hứa, bồi thường thiệt hại do mình gây ra, trừng trị kẻ phạm tội... Pháp luật thực định phải được xây dựng trên cơ sở pháp luật tự nhiên. Paul Henri Holbach (1723-1789)

khăng định rằng các đạo luật tự nhiên xuất phát từ bản chất của con người, chúng quy định những nguyên tắc quan trọng nhất trong các mối quan hệ xã hội. Các quyền tự nhiên là vĩnh cửu và bất biến, chúng cao hơn các đạo luật do con người sáng tạo ra và các đạo luật phải phù hợp với chúng. Tóm lại, theo trường phái pháp luật tự nhiên, các quyền được sống, tự do, an toàn, mưu cầu hạnh phúc, quyền sở hữu tư nhân là các quyền tự nhiên thiêng liêng và bất khả xâm phạm. Luật pháp do nhà nước xây dựng phải phù hợp với pháp luật tự nhiên, phải lấy pháp luật tự nhiên làm cơ sở, nền tảng. Trường phái pháp luật tự nhiên đấu tranh cho các quyền công dân và quyền con người, chống lại sự lạm dụng quyền lực của các cơ quan nhà nước. Tư tưởng này đặt nền móng cho việc xây dựng các luật trong lĩnh vực công pháp nhằm hạn chế, kiểm soát quyền lực nhà nước, bảo vệ các quyền và tự do của cá nhân.

Giai đoạn từ thế kỉ XIII đến thế kỉ XVIII là giai đoạn hình thành hệ thống pháp luật thống nhất của châu Âu. Vào đầu thế kỉ XIII, không những châu Âu mà các nước thuộc lục địa châu Âu cũng không có một hệ thống pháp luật thống nhất. Nguyên nhân của tình trạng này là mỗi quốc gia đều áp dụng pháp luật tập quán cho các vùng, miền khác nhau. Ở Pháp, trong giai đoạn này có khoảng 60 loại tập quán chung áp dụng cho các tỉnh, các vùng miền như tập quán Paris, tập quán Bordeaux, tập quán Orleans, tập quán Normandie và khoảng 300 tập quán địa phương, có hiệu lực trong phạm vi huyện, xã, thị trấn. Nhà văn Voltaire đã có nhận xét rằng đi trên các vùng đất của Pháp, người ta phải thay đổi pháp luật như thay đổi ngựa. Ở Đức và một số nước lục địa châu Âu khác cũng có tình trạng tương tự như vậy.

Việc nghiên cứu và giảng dạy luật La Mã nhằm đào tạo các thẩm phán, luật sư và các chuyên gia pháp luật khác trong các trường đại học ở châu Âu trong nhiều thế kỉ dần dần đã tạo ra tư duy pháp luật chung về pháp luật thống nhất. Người ta gọi hệ thống pháp luật thống nhất của châu Âu lục địa là Jus Commune. Tuy nhiên Jus Commune – là pháp luật thống nhất được hình thành từ các giảng đường đại học được tiếp nhận một cách tự giác chứ không phải bằng con đường quyền lực nhà nước như nước Anh vì vậy nó được hiểu một cách mềm dẻo, không phải là khuôn mẫu mang tính bắt buộc như common law của nước Anh. Ở Pháp, pháp luật thống nhất (Jus Commune) chỉ được coi là “Raison écrite” có nghĩa là “lẽ phải thành văn” được hiểu là nước Pháp chỉ chấp nhận ảnh hưởng của pháp luật thống nhất, bởi vì vua nước Pháp cho rằng tính bắt buộc của luật nhà vua cao hơn pháp luật thống nhất. Ở Pháp, thuật ngữ “Parlement” ngày nay có nghĩa là nghị viện, tuy nhiên vào thế kỉ XII, XIII các Parlement ở Pháp là các pháp viện của nhà vua ở các tỉnh và thành phố. Pháp viện Paris (Parlement de Paris) cũng như pháp viện ở các tỉnh, thành phố khác ở Pháp là các toà án cấp tỉnh. Các toà án này khi xét xử hoàn toàn độc lập và không bị bắt buộc phải áp dụng tập quán hay pháp luật thống nhất. Giải pháp mà họ thường áp dụng khi xét xử là giải pháp công bằng (équité). Vì vậy jus commune mà các giáo sư dạy ở các trường đại học và pháp luật mà các thẩm phán áp dụng để xét xử không phải là một và nhiều khi khác nhau rất xa. Các luật gia có uy tín nhất ở Pháp là các nhà thực hành pháp luật và án lệ ở Pháp trong thời gian dài cũng có vai trò quan trọng không kém gì án lệ ở nước Anh. Trong ban soạn thảo Bộ luật dân sự Napoleon nổi tiếng không có tên tuổi của giáo sư luật nào cả.

So với Pháp, nước Đức tiếp nhận pháp luật thống nhất dễ dàng hơn vì theo quan niệm của người Đức thì hoàng đế Đức là người thừa kế hợp pháp của hoàng đế La Mã. Cũng vì lý do này người ta thấy luật dân sự Đức rất giống luật La Mã. Tuy nhiên, cần phải thấy rằng luật thống nhất mà nước Đức tiếp nhận không phải là Corpus Juris Civilis của thế kỷ thứ VI mà là luật La Mã đã được cải biến theo quan điểm của các nhà pháp điển hiện đại (Pandectists). Cũng cần lưu ý rằng cũng như ở Pháp, một số vùng ở Đức như vùng Saxon phía Bắc nước Đức người ta cũng chỉ coi Jus commune như nguồn luật bổ sung mà thôi.

Ở Italia quê hương của luật La Mã cổ đại, với sự ra đời của Đại học Bologne năm 1080, luật La Mã được phục sinh, được nghiên cứu, giảng dạy và được truyền bá rộng rãi. Jus Commune cũng được tiếp nhận ở Tây Ban Nha, Bồ Đào Nha như là pháp luật chung của những nước theo đạo Thiên Chúa.

Tóm lại, khoảng từ thế kỷ XIII đến thế kỷ XVIII trên cơ sở ảnh hưởng sâu rộng của Corpus Juris Civilis, hệ thống pháp luật chung của lục địa châu Âu đã ra đời và được gọi là Jus Commune. Jus Commune là hệ thống pháp luật thống nhất của châu Âu nhưng được thể hiện đa dạng ở các nước châu Âu, đó là hệ thống pháp luật mềm dẻo, hoàn toàn khác với common law của nước Anh.

2.3. Giai đoạn pháp điển hoá pháp luật và phát triển mở rộng ra ngoài lục địa châu Âu (cuối thế kỷ XVIII, đầu thế kỷ XIX cho đến nay)

Đây là giai đoạn được đánh dấu bằng những văn bản pháp luật quan trọng, là cuộc cách mạng lớn trong sự phát triển tư tưởng pháp luật của nhân loại. Trước hết phải kể đến Bản tuyên ngôn nhân

quyền và dân quyền năm 1789 của Pháp. Những quy định cơ bản của Bản tuyên ngôn nổi tiếng này đã trở thành những nguyên tắc cơ bản của các bản hiến pháp của các quốc gia lục địa châu Âu và nhiều nước khác trên thế giới. Đó là các quy định sau đây:

1. Người ta sinh ra tự do và bình đẳng về quyền lợi và phải luôn luôn được tự do và bình đẳng về quyền lợi.

2. Mục đích của tất cả các tổ chức chính trị là bảo vệ các quyền tự nhiên và bất khả xâm phạm của con người. Đó là các quyền: tự do, sở hữu, an toàn và chống lại áp bức.

3. Nguyên tắc tất cả chủ quyền nhà nước thuộc về dân tộc. Không một tổ chức hay cá nhân nào được vi phạm chủ quyền của dân tộc.

4. Tự do là khả năng được làm tất cả những gì không hại đến người khác. Việc thực hiện quyền tự nhiên của con người được giới hạn bởi những quy định nhằm đảm bảo cho mọi thành viên khác trong xã hội cũng được thực hiện quyền đó. Những giới hạn này chỉ có thể được xác định bởi văn bản luật.

5. Chỉ có luật mới có thể cấm đoán các hành vi mà nó xác định là có hại cho xã hội. Không ai có thể ngăn cản con người thực hiện hành vi mà luật không cấm và không ai có thể bắt buộc người khác thực hiện một hành vi mà luật không bắt buộc thực hiện.

6. Luật là sự thể hiện ý chí chung của toàn thể công dân. Tất cả mọi công dân có quyền tự mình hoặc thông qua người đại diện để góp phần xây dựng luật. Luật pháp chỉ là một cho tất cả mọi người dù là bảo vệ hay trừng phạt. Trước pháp luật mọi người đều bình đẳng.

7. Không ai có thể bị buộc tội, bị bắt, bị giam giữ ngoài

những quy định của luật.

8. Luật chỉ thiết lập các hình phạt một cách nghiêm khắc khi điều đó là thật sự cần thiết và không ai bị áp dụng hình phạt theo luật, nếu luật đó ban hành sau khi hành vi đã xảy ra.

9. Tất cả mọi người đều được coi là vô tội khi chưa có bản án của Toà án có thẩm quyền kết tội.

10. Không ai có thể bị truy bức vì quan điểm của họ, kể cả khi đó là quan điểm tôn giáo, miễn là sự biểu hiện quan điểm đó không gây ra sự rối loạn trật tự xã hội mà pháp luật đã thiết lập.

11. Tự do giao lưu tư tưởng và quan điểm là một trong những quyền quan trọng nhất của con người. Công dân có quyền tự do nói, viết, in ấn, ngoại trừ sự lạm dụng quyền tự do đó trong những trường hợp mà luật quy định.

12. Sự đảm bảo các quyền con người và quyền công dân cần thiết một sức mạnh nhà nước. Sức mạnh này được thiết lập vì lợi ích chung của mọi người chứ không phải vì lợi ích của những người được trao sức mạnh đó.

13. Để duy trì quyền lực công cộng và những chi phí hành chính, mỗi công dân tùy theo khả năng của mình phải đóng góp một khoản nhất định cho Nhà nước.

14. Tất cả mọi công dân có quyền tự mình xác lập sự cần thiết về đóng góp công cộng, về cơ sở xác lập, về xác định định suất về việc thu và thời hạn.

15. Xã hội có quyền đòi hỏi tất cả các viên chức nhà nước phải tham kể về chi tiêu hành chính của mình.

16. Mọi xã hội mà trong đó quyền con người và công dân

không được đảm bảo, không có sự phân chia quyền lực thì không thể có hiến pháp.

17. Quyền sở hữu là thiêng liêng và bất khả xâm phạm. Khi xã hội cần thiết vì lợi ích chung với sự đền bù thỏa đáng, sở hữu tư nhân buộc phải chuyển thành sở hữu công cộng.

Bản tuyên ngôn nhân quyền và công dân quyền năm 1789 của Pháp đã đặt nền móng cho một ngành luật mới ra đời đó là luật hiến pháp. Những quy định trong bản tuyên ngôn nổi tiếng này trở thành những nguyên tắc cơ bản của quá trình đấu tranh vì chế độ dân chủ trong lịch sử lập hiến các nước lục địa châu Âu. Ngày 3/9/1791 bản hiến pháp đầu tiên của nước Pháp ra đời. Bản tuyên ngôn nhân quyền và công dân quyền được đưa vào phần đầu của bản hiến pháp.

Vào đầu thế kỉ XIX các bộ luật quan trọng của nước Pháp đã ra đời:

- Bộ luật dân sự Napoleon năm 1804
- Bộ luật tố tụng dân sự năm 1806
- Bộ luật thương mại năm 1807
- Bộ luật tố tụng hình sự năm 1808
- Bộ luật hình sự năm 1810

Vào thế kỉ XIX các bộ luật cơ bản của Đức cũng đã được xây dựng:

- Bộ luật thương mại năm 1866
- Bộ luật hình sự năm 1871
- Bộ luật tố tụng hình sự năm 1877
- Bộ luật tố tụng dân sự năm 1877
- Bộ luật dân sự năm 1896.

Với các bộ luật nổi tiếng trên đây, dòng họ civil law đã đạt được những thành tựu lớn, đánh dấu giai đoạn phát triển rực rỡ của khoa học pháp lý.

Do Pháp có nhiều thuộc địa ở Bắc Phi, Trung Phi, Tây Phi, Đông Nam Á, Nam Mỹ nên pháp luật của Pháp đã vượt ra ngoài lãnh thổ châu Âu vươn tới châu Phi, châu Á và Nam Mỹ, đặc biệt là cuối thế kỉ XIX, đầu thế kỉ XX.

Pháp luật của Đức (chủ yếu là Bộ luật dân sự năm 1896) do tính khoa học và hợp lý của nó cũng đã ảnh hưởng đến nhiều quốc gia ngoài châu Phi. Ngoài một số quốc gia trước đây là thuộc địa của Đức như Namibia, Burundi và một phần của Cameroon, Tanzania ở châu Phi, Tây Samoa tại Nam Thái Bình Dương, pháp luật của Đức còn ảnh hưởng đến nhiều quốc gia khác như Nhật Bản, Hàn Quốc, Thái Lan, Hi Lạp và một phần Trung Quốc.

Hệ thống pháp luật của các quốc gia thuộc dòng họ pháp luật này có trình độ hệ thống hoá, pháp điển hoá cao nhất trong các hệ thống pháp luật lớn trên thế giới. Các quốc gia thuộc dòng họ pháp luật này xây dựng được khá nhiều bộ luật trên các lĩnh vực khác nhau. *Ví dụ*, ở Pháp người ta đã xây dựng được khoảng 40 bộ luật.⁽¹⁾

2.4. Sự phát triển pháp luật thuộc dòng họ civil law ra ngoài châu Âu

Do nhiều quốc gia Tây Âu như Pháp, Bỉ, Tây Ban Nha, Bồ Đào Nha, Hà Lan, Italia có nhiều thuộc địa ở các châu lục khác

(1) Xem: Jean-Marie Burguburu, Chủ nhiệm đoàn luật sư Paris, Cộng hoà Pháp. *Bộ luật dân sự Pháp: còn lại những gì*. Hội thảo hai trăm năm Bộ luật dân sự Pháp, tr. 65. Tài liệu hội thảo. Nhà pháp luật Việt - Pháp, tháng 11-2004.

nên dòng họ pháp luật civil law đã có điều kiện thuận lợi để phát triển sang các châu lục khác.

Theo Rene David,⁽¹⁾ pháp luật thuộc dòng họ civil law phổ biến ở châu Phi và Madagaska. Trước khi người Tây Âu đô hộ, những nước này không có hệ thống pháp luật phát triển nên họ dễ dàng tiếp nhận pháp luật của những người đô hộ như tiếp nhận một nền văn hoá pháp luật cao hơn. Những nước trước đây là thuộc địa của Pháp, Bỉ, Tây Ban Nha, Bồ Đào Nha đều tiếp nhận hệ thống civil law, đảo Mavriky và quần đảo Ceishell mặc dù nằm trong thành phần Liên hiệp Anh cũng thuộc hệ thống pháp luật này. Các nước Bắc Phi thuộc về hệ thống civil law vì các nước Bắc Phi tiếp nhận các đạo luật của Pháp hoặc Ý do quá trình thuộc địa hoá hoặc dưới ảnh hưởng chính trị và văn hoá Pháp, mặc dù pháp luật Hồi giáo vẫn giữ vai trò quan trọng ở những nước này.

Ở châu Mỹ, những thuộc địa của Tây Ban Nha, Bồ Đào Nha Pháp và Hà Lan là những vùng lãnh thổ đã tiếp nhận các chế định pháp luật thuộc dòng họ civil law và xây dựng các bộ luật theo các hình mẫu của châu Âu. Tuy nhiên, cùng với sự phát triển của châu Mỹ, hệ thống pháp luật án lệ đã thống soái ở đây. Các lãnh thổ thuộc quyền cai trị của Tây Ban Nha trước đây, hiện nay là các tiểu bang của Hoa Kỳ như Florida, California, New-Mexico, Arizona, Texas chỉ giữ lại được vài ba chế định của hệ thống civil law, còn về cơ bản đã thuộc về hệ thống pháp luật án lệ (common law). Cá biệt, một số khu vực lãnh thổ như bang Luisiana của Hoa Kỳ, bang Quebec của Canada, Puerto-Rico do nhiều chế định

(1).Xem: *Les grands systèmes de droit contemporains* par René David et Camille Jauffret Spinosi, Précis Dalloz 1992, p. 58.

pháp luật của dòng họ civil law vẫn còn tồn tại nên ở những khu vực lãnh thổ này hiện nay hai dòng họ pháp luật civil law và common law cùng tồn tại.

Ở châu Á, dòng họ civil law cũng được tiếp nhận ở nhiều khu vực lãnh thổ khác nhau. Ở Thổ Nhĩ Kỳ, từ năm 1839 các bộ luật châu Âu đã được coi là mô hình để họ cải cách hệ thống pháp luật. Năm 1926, Thổ Nhĩ Kỳ tiếp nhận Bộ luật nghĩa vụ của Thụy Sĩ và gia nhập dòng họ civil law mặc dù đây là quốc gia Hồi giáo và trước đó không lâu pháp luật Hồi giáo vẫn còn thống trị. Các nước khác như Ai Cập, Iraq, Israel, Jordanie, Koweit cũng chịu ảnh hưởng sâu sắc của pháp luật lục địa châu Âu và trong quá trình phát triển pháp luật, các chế định pháp luật lục địa châu Âu được cấy ghép xen kẽ với pháp luật Hồi giáo thành các hệ thống pháp luật pha trộn. Các nước Viễn Đông như Trung Quốc, Nhật Bản, các nước Đông Nam Á như Việt Nam, Lào, Campuchia cũng chịu ảnh hưởng sâu sắc các chế định pháp luật của dòng họ civil law trong lĩnh vực công pháp cũng như tư pháp. Hầu như tất cả các nước nói trên đều chịu ảnh hưởng không những các học thuyết, các tư tưởng pháp luật mà còn chịu ảnh hưởng các chế định pháp luật cụ thể như hợp đồng, thừa kế, sở hữu, pháp nhân... trong luật tư và các chế định nghị viện, tổng thống, chính phủ, hệ thống toà án, chính quyền địa phương trong lĩnh vực luật công. Các hiến pháp, các bộ luật dân sự, hình sự, thương mại, tổ tụng hình sự, tổ tụng dân sự của các nước lục địa châu Âu cũng có ảnh hưởng lớn đến quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật của các nước châu Á cũng như các châu lục khác.

III. CẤU TRÚC CỦA CÁC HỆ THỐNG PHÁP LUẬT THUỘC DÒNG HỌ CIVIL LAW

3.1. Sự phân chia pháp luật thành công pháp và tư pháp

Như đã nói ở phần trên, các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law phân chia thành công pháp (Droit public) và tư pháp (Droit prive). Công pháp bao gồm các ngành luật điều chỉnh các quan hệ giữa các cơ quan công quyền với nhau và giữa các cơ quan công quyền với tư nhân. Tư pháp bao gồm các ngành luật điều chỉnh các quan hệ giữa tư nhân với tư nhân. Một số ngành luật được coi là hỗn hợp giữa luật công và luật tư như tố tụng hình sự, tố tụng dân sự, tư pháp quốc tế...

Theo Rene David,⁽¹⁾ ở các nước thuộc hệ thống pháp luật lục địa châu Âu, khoa học pháp lý liên kết các quy phạm pháp luật vào các nhóm lớn là công pháp và tư pháp. Sự phân chia pháp luật thành công pháp và tư pháp dựa trên tư tưởng đã hình hành từ lâu trong các luật gia lục địa châu Âu là những mối quan hệ giữa người cai trị và người bị cai trị đòi hỏi những chế định hoàn toàn khác với các mối quan hệ giữa cá nhân và cá nhân, lợi ích chung và lợi ích riêng không thể cùng đo trên một bàn cân. Các nhà luật học theo trường phái pháp luật tự nhiên của lục địa châu Âu thường cho rằng pháp luật là trật tự của tự nhiên, không phụ thuộc vào nhà nước và cao hơn nhà nước. Trong một thời gian dài, mối quan tâm của các nhà luật học chủ yếu tập trung vào tư pháp vì công pháp thường gắn với quyền lực của hoàng đế. Bàn luận về quyền lực của hoàng đế trong điều kiện chưa có các thiết chế

(1). Xem: *Les grands systèmes de droit contemporains* par René David et Camille Jauffret Spinosi. *Precis Dalloz* 1992. p. 62.

dân chủ cũng không khác gì đùa với hổ. Người La Mã có câu châm ngôn: “Hãy im lặng khi người ta nói về vua và nhà thờ”. Có lẽ vì thế mà thành Rome không có luật hiến pháp và luật hành chính. Còn luật hình sự phát triển được là bởi nó điều chỉnh, trong một mức độ nào đó, mối quan hệ giữa cá nhân với cá nhân (giữa kẻ phạm tội và người bị hại hoặc gia đình người bị hại) và do đó nó không hoàn toàn thuộc lĩnh vực công pháp.⁽¹⁾ Vào thế kỉ XVII, XVIII khi trường phái pháp luật tự nhiên phát triển thì đây cũng là giai đoạn tạo ra khả năng mới để phát triển công pháp. Khi các quyền tự nhiên của con người được tôn trọng, các quyền công dân, quyền con người được thiết lập, quyền lực tối cao của nhà nước không còn thuộc về hoàng đế mà thuộc về nhân dân thì khoa học pháp lí trong lĩnh vực công pháp đã có điều kiện để phát triển. Để hạn chế và kiểm soát quyền lực nhà nước, nhiều tư tưởng pháp luật mới được hình thành như phân chia quyền lực và kiểm chế đối trọng giữa các nhánh quyền lực lập pháp, hành pháp và tư pháp, chủ quyền tối cao của nhà nước thuộc về dân tộc, tất cả quyền lực nhà nước xuất phát từ nhân dân, chính quyền hành pháp chịu trách nhiệm trước nghị viện – cơ quan đại diện cao nhất của nhân dân, nguyên thủ quốc gia do dân bầu cử trực tiếp hoặc gián tiếp trong chế độ cộng hoà tổng thống và cộng hoà lưỡng tính, thiết chế thanh tra nghị viện (Ombudsman), thiết chế toà án hiến pháp, thiết chế đảng cầm quyền và đảng đối lập... Theo quan điểm của các luật gia lục địa châu Âu, chúng ta có thể phân biệt công pháp và tư pháp bằng những nguyên tắc cơ bản và các đặc điểm đặc trưng.

(1). Xem: Sđd, tr. 62.

Công pháp có các nguyên tắc cơ bản sau đây:

- Tất cả quyền lực nhà nước xuất phát từ nhân dân, chủ quyền tối cao của nhà nước thuộc về nhân dân;

- Đảm bảo sự phân chia quyền lực và kiểm chế đối trọng giữa các nhánh lập pháp, hành pháp, tư pháp trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước;

- Đảm bảo cho các cơ quan tư pháp độc lập với cơ quan lập pháp và hành pháp;

- Đảm bảo các quyền công dân và quyền con người được tôn trọng, thực hiện;

- Xây dựng nhà nước pháp quyền (L'Etat de Droit).

Tư pháp có các nguyên tắc cơ bản sau đây:

- Nguyên tắc tự do thỏa thuận ý chí của các bên tham gia quan hệ pháp luật;

- Nguyên tắc bình đẳng của các chủ thể trong việc thể hiện ý chí và thực hiện quyền và nghĩa vụ pháp lý;

- Nguyên tắc thiện chí, trung thực (good faith, bonne foi) trong việc xác lập và thực hiện quyền và nghĩa vụ pháp lý;

- Nguyên tắc tôn trọng đạo đức, truyền thống tốt đẹp của cộng đồng;

- Nguyên tắc không xâm phạm lợi ích hợp pháp của các chủ thể pháp luật khác.

Công pháp có các đặc điểm cơ bản sau đây:

- Mục đích của công pháp là bảo vệ lợi ích công;

- Quy phạm công pháp mang tính tổng quát cao;

- Phương pháp điều chỉnh đặc trưng của công pháp là phương pháp mệnh lệnh;

Công pháp thường thể hiện tính bất bình đẳng giữa các chủ thể pháp luật, trong đó các cơ quan nhà nước (hoặc người có thẩm quyền) thường ra các quyết định mang tính mệnh lệnh và bên chủ thể khác phải thi hành.

Tư pháp có các đặc điểm cơ bản sau đây:

- Các quy định của tư pháp hướng tới việc bảo vệ lợi ích tư nhân;
- Các quy phạm của tư pháp thường rất cụ thể, chi tiết;
- Phương pháp điều chỉnh đặc trưng của tư pháp là tự do thỏa thuận ý chí của các bên tham gia quan hệ pháp luật;
- Các quan hệ pháp luật tư pháp thể hiện sự bình đẳng của các chủ thể tham gia quan hệ pháp luật.

3.2. Các chế định pháp luật đặc thù

3.2.1. Chế định luật nghĩa vụ (Droit des obligations)

Chế định luật nghĩa vụ là chế định đặc thù của các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law vì trong các hệ thống pháp luật khác không có khái niệm này. Tuy nhiên, xét về nội dung chế định luật nghĩa vụ tương đương với chế định hợp đồng và trách nhiệm pháp lý ngoài hợp đồng trong hệ thống pháp luật XHCN.

Theo Điều 1101 Bộ luật dân sự Napoleon, hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó một hoặc nhiều người cam kết với một hoặc nhiều người khác về việc chuyển giao vật, làm hoặc không làm công việc nào đó.

Hợp đồng chỉ có hiệu lực khi thỏa mãn 4 điều kiện chủ yếu sau đây:

- Các bên giao kết hoàn toàn tự nguyện;
- Các bên giao kết có năng lực giao kết hợp đồng;

- Đối tượng của hợp đồng phải xác định;
- Căn cứ của hợp đồng phải hợp pháp (Điều 1108 Bộ luật dân sự Napoleon).

Trong bộ luật dân sự Napoleon, hợp đồng được chia làm 8 loại dựa trên những căn cứ khác nhau: hợp đồng song vụ (Điều 1102) và hợp đồng đơn vụ (Điều 1103); hợp đồng ngang giá (Điều 1104) và hợp đồng không ngang giá (Điều 1104); hợp đồng không có đền bù (Điều 1105) và hợp đồng có đền bù (Điều 1106); hợp đồng có tên và hợp đồng không có tên (khoản 1 Điều 1107). Theo quy định của các điều luật trên đây các luật gia lục địa châu Âu phân biệt các loại hợp đồng như sau:

* Hợp đồng song vụ là hợp đồng làm phát sinh nghĩa vụ qua lại giữa các bên giao kết (*Ví dụ*, hợp đồng mua bán tài sản).

* Hợp đồng đơn vụ là hợp đồng mà theo đó chỉ có một hay nhiều chủ thể này có nghĩa vụ, còn một hay nhiều chủ thể kia chỉ có quyền (*Ví dụ*, hợp đồng tặng cho tài sản).

* Hợp đồng ngang giá là hợp đồng mà phần nghĩa vụ của bên này được xác định một cách chắc chắn khi giao kết là tương đương với phần nghĩa vụ của bên kia (*Ví dụ*, hợp đồng mua bán tài sản đã định giá từ trước).

* Hợp đồng không ngang giá là hợp đồng mà các bên không biết được trước giá trị của tài sản mình được nhận hoặc công việc mà bên kia sẽ làm cho mình có tương đương với tài sản mà mình chuyển giao hoặc công việc mà mình làm cho bên kia hay không. Trong hợp đồng không ngang giá, các bên trong khi giao kết không biết một cách chắc chắn nghĩa vụ mà mình thực hiện có tương đương với nghĩa vụ của bên kia hay không vì còn có yếu tố

may rủi trong tương lai. (Ví dụ, hợp đồng mua bán tài sản là đồn điền cà phê trong đó có tính đến giá trị thu nhập của hạt cà phê ước lượng theo thời giá hiện tại). Trong hợp đồng không ngang giá nếu có một bên chịu thiệt thòi thì đó không phải là căn cứ để yêu cầu huỷ hợp đồng.

* Hợp đồng không có đền bù là hợp đồng mà một bên thực hiện cho bên kia một lợi ích mà không nhận lại từ bên kia một lợi ích nào cả (Ví dụ, hợp đồng tặng cho không kèm theo bất kì điều kiện nào).

* Hợp đồng có đền bù là hợp đồng trong đó mỗi bên sau khi thực hiện cho bên kia một lợi ích sẽ nhận được từ phía bên kia một lợi ích tương ứng. (Ví dụ, hợp đồng tặng cho tài sản kèm theo điều kiện người được tặng cho tài sản phải thực hiện một nghĩa vụ nào đó).

* Hợp đồng có tên là loại hợp đồng có hệ thống các quy phạm pháp luật điều chỉnh đối với mỗi loại (Ví dụ, hợp đồng mua bán tài sản, hợp đồng cho thuê tài sản).

* Hợp đồng không có tên là hợp đồng không được pháp luật đặt rõ tên là hợp đồng gì. Đây là trường hợp cần phải áp dụng pháp luật tương tự.

Việc phân loại hợp đồng trong Bộ luật dân sự Napoleon khác với sự phân loại hợp đồng trong Bộ luật dân sự Việt Nam. Điều 405 Bộ luật dân sự Việt Nam chỉ phân chia thành 5 loại hợp đồng chính là: hợp đồng song vụ, hợp đồng đơn vụ, hợp đồng chính, hợp đồng phụ và hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba.

Ngoài cách phân chia hợp đồng theo quy định của bộ luật dân sự, người ta còn có thể phân chia theo quan điểm khoa học. Theo

nhà luật học Pháp Corinne Renault-Brahinsky⁽¹⁾ trên quan điểm khoa học đồng họ civil law phân biệt các loại hợp đồng sau đây:

* Hợp đồng có hiệu lực từ thời điểm thoả thuận và hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm thoả thuận.

- Hợp đồng có hiệu lực từ thời điểm thoả thuận là hợp đồng mà chỉ cần sự thoả thuận của các bên là có thể thực hiện được. Ví dụ, hợp đồng mua bán tài sản.

- Hợp đồng chưa có hiệu lực từ thời điểm thoả thuận là loại hợp đồng mà sự thoả thuận của các bên chưa đủ điều kiện để phát sinh hiệu lực. Loại hợp đồng này có thể chia thành 2 nhóm:

- Nhóm thứ nhất là các hợp đồng chỉ có hiệu lực khi các bên phải tuân thủ những thủ tục chặt chẽ được quy định từ trước. Nếu các bên không tuân thủ các thủ tục đó thì hợp đồng sẽ vô hiệu. Đặc trưng nhất cho nhóm hợp đồng này là hợp đồng mua bán nhà ở và đất đai.

- Nhóm thứ hai là các hợp đồng thực tế: Đây là nhóm hợp đồng có hiệu lực vào thời điểm các bên chuyển giao cho nhau trên thực tế đối tượng của hợp đồng như hợp đồng cho vay tiền hoặc các tài sản khác, hợp đồng gửi giữ tài sản, hợp đồng cầm cố tài sản.

* Hợp đồng thực hiện ngay và hợp đồng thực hiện theo định kì

- Hợp đồng thực hiện ngay là loại hợp đồng làm phát sinh các nghĩa vụ được thực hiện ngay tức thì. *Ví dụ*, mua bán tài sản.

- Hợp đồng thực hiện theo định kì là hợp đồng mà việc thực hiện được tiến hành trong thời gian nối tiếp nhau kéo dài. *Ví dụ*,

(1) Xem: *Essentiel du droit des contrats* par Corinne Renault - Brahinsky, Edition "Gualino", Paris 2000, Bản tiếng Việt do Trần Đức Sơn dịch, Nhà pháp luật Việt - Pháp, Nxb. Văn hoá thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 21 - 26.

hợp đồng lao động, hợp đồng thuê nhà... Loại hợp đồng này được phân thành hai nhóm là hợp đồng có thời hạn và hợp đồng vô thời hạn. Trong hợp đồng có thời hạn, các bên tham gia hợp đồng biết trước thời điểm chấm dứt hợp đồng. Trong hợp đồng vô thời hạn, thời hạn chấm dứt hợp đồng không được xác định, các bên được đơn phương chấm dứt hợp đồng vào bất kì thời điểm nào.

Đối với loại hợp đồng thực hiện ngay, khi hợp đồng bị tuyên bố là vô hiệu hay bị huỷ bỏ thì việc này làm phát sinh hiệu lực hồi tố, các bên phải hoàn trả cho nhau những gì đã trao nhận hoặc thiết lập lại tình trạng ban đầu trước khi giao kết hợp đồng.⁽¹⁾ Đối với hợp đồng thực hiện theo định kì trong trường hợp nói trên sẽ không phát sinh hiệu lực hồi tố.

*** Hợp đồng cá thể và hợp đồng tập thể**

- Hợp đồng cá thể là hợp đồng do các cá nhân hay pháp nhân đơn lẻ giao kết với nhau và chỉ có hiệu lực áp dụng đối với các bên giao kết đó.

- Hợp đồng tập thể là hợp đồng được giao kết giữa một nhóm cá nhân hay tổ chức, có hiệu lực đối với tất cả các thành viên trong nhóm, cho dù từng thành viên trong nhóm không phải là chủ thể trực tiếp giao kết hợp đồng. *Ví dụ*, thoả ước lao động tập thể.

*** Hợp đồng chủ thể đơn và hợp đồng chủ thể kép**

- Hợp đồng chủ thể đơn khi mỗi bên chủ thể chỉ bao gồm một cá nhân hay tổ chức duy nhất.

- Hợp đồng chủ thể kép khi mỗi bên chủ thể bao gồm một nhóm cá nhân hay tổ chức.

(1) Xem: Sđđ, tr. 21- 26.

Về hiệu lực của hợp đồng, Điều 1134 Bộ luật dân sự Napoleon quy định: *"Hợp đồng được giao kết hợp pháp có giá trị là luật đối với các bên giao kết. Hợp đồng chỉ có thể bị hủy bỏ trên cơ sở có thỏa thuận chung hoặc theo những căn cứ do pháp luật quy định. Hợp đồng phải thực hiện một cách có thiện chí"* (Elles doivent être exécutées de bonne foi). Các bên giao kết hợp đồng không chỉ phải thực hiện những nghĩa vụ được nêu trong hợp đồng mà còn phải thực cả những nghĩa vụ theo yêu cầu của nguyên tắc công bằng, theo tập quán hay theo quy định của pháp luật.

Không chỉ riêng Bộ luật dân sự Napoleon mà các bộ luật dân sự khác của các nước lục địa châu Âu đều quy định rõ những biện pháp để đảm bảo thực hiện hợp đồng như cầm cố, đặt cọc, tiền phạt, bảo lãnh... Người có nghĩa vụ sẽ phải bồi thường thiệt hại xảy ra do không thực hiện nghĩa vụ hoặc chậm thực hiện nghĩa vụ, trừ trường hợp chứng minh được rằng việc không thực hiện nghĩa vụ đó là do nguyên nhân khách quan và hoàn toàn ngay tình.

Khác với dòng họ pháp luật XHCN, nơi mà hợp đồng chỉ được coi là chế định của luật dân sự và thương mại, trong dòng họ civil law còn có khái niệm hợp đồng hành chính. Hợp đồng hành chính có một số đặc điểm khác với hợp đồng dân sự và thương mại. Hợp đồng dân sự và thương mại thường hướng đến lợi ích tư còn hợp đồng hành chính hướng tới lợi ích công. Trong hợp đồng dân sự và thương mại, các chủ thể là tư nhân, còn trong hợp đồng hành chính thì một trong các bên tham gia hợp đồng phải là pháp nhân công quyền. Trong hợp đồng dân sự và thương mại các chủ thể hoàn toàn bình đẳng với nhau, còn trong hợp đồng hành chính các bên không nhất thiết phải hoàn toàn bình

đăng. Hợp đồng dân sự và thương mại thuộc lĩnh vực điều chỉnh của luật tư còn hợp đồng hành chính thuộc lĩnh vực điều chỉnh của luật công.

Cũng như các hệ thống pháp luật khác, trong dòng họ civil law nghĩa vụ không những phát sinh từ hợp đồng mà còn phát sinh ngoài hợp đồng. Trong luật dân sự Pháp, nghĩa vụ có thể phát sinh từ các hành vi tương tự hợp đồng (quasi- contrat). Khái niệm quasi- contrat (tương tự hợp đồng) được hiểu là hành vi hợp pháp, tự nguyện và có thiện chí (bonne foi, good faith) làm phát sinh nghĩa vụ mặc dù không có sự thỏa thuận nào như quản lý công việc của người khác khi không có uỷ quyền. Nghĩa vụ cũng có thể phát sinh từ hành vi phạm tội hoặc gần như phạm tội (quasi-delit). Khái niệm nghĩa vụ phát sinh từ hành vi quasi-delit (gần như phạm tội) được hiểu là nghĩa vụ phát sinh từ các hành vi không có ý định gây thiệt hại nhưng đã gây thiệt hại cho người khác nên phải bồi thường thiệt hại.

Có thể nói chế định luật nghĩa vụ là chế định đặc thù và rất phát triển của hệ thống pháp luật lục địa châu Âu bởi tính khoa học và tính chặt chẽ của nó.

3.2.2. Chế định pháp nhân (Personne morale)

Chế định pháp nhân là sản phẩm sáng tạo của các luật gia La Mã cổ đại, cội nguồn của hệ thống pháp luật lục địa châu Âu.

Pháp nhân là thực thể trừu tượng được tạo nên từ sự tập hợp của nhiều thể nhân và được giao năng lực pháp luật theo ý chí của các thể nhân thành viên. Đương nhiên, mỗi thành viên của pháp nhân vẫn là thể nhân nhưng sự tập hợp của nhiều thể nhân trong một tổ chức đã tạo nên một chủ thể pháp luật mới. Năng lực pháp

luật của pháp nhân hoàn toàn độc lập với năng lực pháp luật của các thể nhân tạo ra nó. Nếu có 4 thể nhân liên kết lại với nhau để thành lập một công ti thì sau khi thành lập sẽ có 5 chủ thể pháp luật (4 chủ thể là thể nhân và 1 chủ thể là pháp nhân). Tuy nhiên, không phải tập hợp thể nhân nào cũng tạo thành pháp nhân. *ví dụ*, theo pháp luật Pháp thì gia đình không phải là pháp nhân.⁽¹⁾ Theo quan điểm của các luật gia lục địa châu Âu việc hình thành pháp nhân có hai lợi ích cơ bản là làm đơn giản hoá đời sống pháp luật và làm cho đời sống pháp luật được ổn định lâu dài. Thật vậy, nếu không có pháp nhân thì một người đi mua một chiếc xe hơi sẽ phải giao kết hợp đồng với hàng ngàn cổ đông đóng góp vốn trong công ti có xe bán. Một thể nhân thông thường chỉ có thể sống chưa đến trăm tuổi nhưng pháp nhân có thể tồn tại nhiều thế kỉ. Do dòng họ civil law phân chia thành công pháp và tư pháp nên pháp nhân cũng được phân chia thành pháp nhân công pháp (personne morale de droit public) và pháp nhân tư pháp (personne morale de droit privé).

Ở Pháp, có 7 loại pháp nhân công pháp: Nhà nước, chính quyền vùng, chính quyền tỉnh, chính quyền lãnh thổ hải ngoại, chính quyền xã, các đơn vị hành chính sự nghiệp và các doanh nghiệp công.⁽²⁾ Việc phân biệt các pháp nhân công quyền dựa trên tiêu chí lãnh thổ không gặp mấy khó khăn vì chúng ta có thể dễ dàng phân biệt tỉnh với xã hay nhà nước với vùng. Tuy nhiên, đối với các đơn vị hành chính sự nghiệp và các doanh nghiệp công việc phân biệt không phải là đơn giản. Đơn vị hành chính sự

(1).Xem: Jean Claude-Ricci, *Nhập môn luật học*, Nxb. Văn hoá thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 105.

(2).Xem: Sdd, tr. 106.

ng nghiệp và doanh nghiệp công rất đa dạng. Nói chung, có thể gọi là các đơn vị hành chính sự nghiệp và các doanh nghiệp công là các pháp nhân công quyền có nhiệm vụ đặc biệt không phải là thoả mãn những nhu cầu riêng của một địa phương nhất định mà là đáp ứng một số lợi ích chung đặc thù như các trường đại học, các viện nghiên cứu, các học viện công nghệ, Tổng công ti điện lực Pháp, các bệnh viện công, Viện hàn lâm Pháp, Công ti đường sắt quốc gia Pháp.⁽¹⁾

Các pháp nhân tư pháp bao gồm:

- Các công ti dân sự và thương mại (*sociétés civiles et sociétés commerciales*) - đó là các tổ chức trong đó các thành viên góp chung vốn, hoạt động kinh doanh vì mục đích tìm kiếm lợi nhuận. Hoạt động của các công ti này được điều chỉnh bằng luật dân sự và thương mại. Các công ti dân sự như công ti mở trường học tư, công ti luật, các công ti thương mại như công ti vô danh, công ti hợp danh, công ti cổ phần.

- Các hiệp hội (*associations*) - là các tổ chức hoạt động vì một mục đích khác ngoài mục đích kiếm lời (Điều 1 Luật năm 1901). Các hiệp hội còn được gọi là các tổ chức phi lợi nhuận vì các thành viên gia nhập không vì mục đích thu lợi nhuận. Tuy nhiên cần phải lưu ý rằng các hiệp hội không bị cấm kinh doanh kiếm lời mà chỉ bị cấm phân chia lợi nhuận thu được cho các thành viên.

Có nhiều loại hiệp hội: các hiệp hội không đăng kí thành lập (không có năng lực pháp luật), các hiệp hội đăng kí thành lập và hoạt động công khai (có năng lực pháp luật hạn chế) và các hiệp

(1). Xem: Sdd, tr. 106.

hội được công nhận là hiệp hội công ích (được các cơ quan công quyền dành cho ưu đãi đặc biệt).

- Các tổ chức nghiệp đoàn (Associations professionnelles, syndicats professionnels) - là các tổ chức cũng giống như các hiệp hội không vì mục đích lợi nhuận. Khác với các hiệp hội, các nghiệp đoàn bảo vệ những lợi ích nghề nghiệp của các thành viên (công nhân, nông dân, kỹ sư, cán bộ...) đặc biệt là các lợi ích kinh tế như lương bổng, tiền thưởng, chế độ nghỉ hưu, các khoản đóng góp...

- Các quỹ (Fondations). Khác với các tổ chức nói trên các quỹ không phải là sự tập hợp các thể nhân mà là một công cụ pháp lý nhằm quyên góp các tài sản dành để phục vụ cho một mục đích nhất định như cứu tế, nhân đạo, văn hoá, khoa học, khuyến học, trợ giúp người nghèo... Ở Pháp có các quỹ như Quỹ giường bệnh, Quỹ chữ thập đỏ, Quỹ giải thưởng văn học Goncourt...

3.3. Quy phạm pháp luật

Theo Rene David, sự khác biệt hay đồng nhất của cấu trúc pháp luật cũng cần được xem xét từ góc độ khác: nên hiểu quy phạm pháp luật như thế nào, ý nghĩa, bản chất, đặc thù của nó. Khía cạnh này sẽ làm nổi bật một trong những yếu tố quan trọng nhất của sự thống nhất của hệ thống pháp luật.⁽¹⁾

Ở các nước lục địa châu Âu, các luật gia có quan điểm khá giống nhau về quy phạm pháp luật. Quy phạm pháp luật được hiểu là quy tắc xử sự có tính chất chung và có ý nghĩa rộng hơn áp dụng vào một vụ việc cụ thể nào đó. Các nhà luật học lục địa châu Âu cho rằng tuyển tập thực tiễn xét xử của toà án và các

(1). Xem: René David, *Những hệ thống pháp luật chính trong thế giới đương đại*. Nxb. thành phố Hồ Chí Minh, 2003, tr. 78.

hình thức của đơn từ có thể là công cụ hữu ích cho các nhà thực hành, chúng cũng cần thiết cho các nhà luật học trên phương diện như dữ liệu ban đầu cho công việc của họ nhưng chúng không có sự bao quát của khoa học pháp lý. Nhiệm vụ của các nhà luật học là rút ra từ khối hỗn loạn đó những quy phạm, nguyên tắc, đưa việc giải quyết vấn đề tránh khỏi những yếu tố ngẫu nhiên và đưa ra cho các nhà thực hành sự hướng dẫn chung đối với việc giải quyết vụ việc cụ thể.⁽¹⁾ Quy phạm pháp luật không phải và không thể do thẩm phán tạo ra, nó là sản phẩm của tư duy dựa trên nghiên cứu thực tiễn và những suy nghĩ về công lý, đạo đức, chính trị và sự hài hoà của những quan hệ xã hội. Khái niệm quy phạm pháp luật trên đây ở các nước lục địa châu Âu là cơ sở của việc phát triển pháp điển hoá pháp luật vì lý do dễ hiểu là nếu quan niệm quy phạm pháp luật là mỗi quyết định của toà án đưa ra theo từng vụ việc cụ thể được coi là án lệ thì khó có thể xây dựng thành các bộ luật. Nhiệm vụ của các bộ luật là đưa ra những quy tắc chung và liên kết chúng thành hệ thống, bao quát được các quan hệ xã hội trong những lĩnh vực nhất định. Những bộ luật như vậy phải dễ hiểu, dễ áp dụng để các thẩm phán và công dân có thể bỏ ra ít công sức nhất nhưng có thể giải quyết được các vấn đề mà thực tiễn đòi hỏi. Quy phạm pháp luật trong dòng họ civil law là một cái gì đó trung gian giữa việc giải quyết tranh chấp- áp dụng cụ thể của quy phạm và những nguyên tắc chung của pháp luật. Nghệ thuật của luật gia nằm ở kỹ năng tìm kiếm và thiết lập theo trạng thái cân bằng trên. Quy phạm pháp luật không được chung chung quá, trong trường hợp đó chúng sẽ không còn

(1). Xem: Sdd, tr. 79.

tin cậy cho thực tế nữa. Đồng thời, chúng cũng cần được khái quát hoá đến mức độ cần thiết để điều chỉnh những dạng quan hệ nhất định chứ không phải chỉ để áp dụng vào tình huống cụ thể như quyết định của toà án.⁽¹⁾ Theo Rene David cũng như nhiều nhà luật học so sánh khác, các nước lục địa châu Âu phải trải qua nhiều kinh nghiệm pháp điển hoá mới tìm ra được giải pháp tối ưu. Bộ luật ruộng đất của Phổ năm 1794 và Bộ luật của Nga năm 1832 đều là những bộ luật có cách tiếp cận vấn đề quá cụ thể. Các bộ luật của Napoleon đầu thế kỉ XIX là những bộ luật giữ được trạng thái cân bằng và là mô hình được nhiều nước noi theo. Hiện nay, mức độ khái quát tối ưu được coi là mô hình phổ biến của các nước lục địa châu Âu, trừ những nước Bắc Âu là những nước còn nặng về xu hướng cụ thể hoá.

Do quy phạm pháp luật có tính khái quát cao nên quy phạm pháp luật không phải chỉ áp dụng trong một trường hợp mà có thể áp dụng cho nhiều trường hợp khác nhau, do đó nảy sinh nhu cầu giải thích pháp luật của các thẩm phán. Ở các nước theo hệ thống pháp luật Anh – Mỹ, quy phạm pháp luật được xây dựng theo xu hướng thật cụ thể và chính xác, trong khi đó các nước lục địa châu Âu thì cho rằng quy phạm pháp luật phải để khoảng trống cho thẩm phán, không nên quy định quá chi tiết vì nhà lập pháp không thể nào lường hết trước sự đa dạng của các vụ việc trong thực tiễn.

IV. NGUỒN CỦA HỆ THỐNG PHÁP LUẬT THUỘC DÒNG HỌ CIVIL LAW

Trong dòng họ civil law khái niệm nguồn pháp luật (sources

(1). Xem: Sdd, tr. 80.

du droit, sources of law) được sử dụng khá phổ biến. Có thể hiểu nguồn pháp luật theo quan điểm lí luận và quan điểm thực tiễn. Theo quan điểm lí luận của giới nghiên cứu luật học, thuật ngữ nguồn pháp luật được hiểu trên ba bình diện khác nhau: thứ nhất, đó là nguồn của các quan điểm, tư tưởng pháp luật, thứ hai, đó là nguồn tạo nên các quy phạm pháp luật, thứ ba, đó là nơi đăng tải, thể hiện của pháp luật.⁽¹⁾ Theo quan điểm thực tiễn, nguồn pháp luật chính là cơ sở pháp luật để thẩm phán và những người có thẩm quyền áp dụng pháp luật đưa ra phán quyết của mình. Trong hai quan điểm nói trên thì quan điểm thực tiễn về nguồn của pháp luật là quan điểm phổ biến nhất trong hệ thống pháp luật này. Theo quan điểm này nguồn pháp luật bao gồm: luật thành văn (statute law), án lệ (case law, judge – made law), tập quán pháp luật (custom), các học thuyết pháp luật (legal doctrine), các nguyên tắc pháp luật (legal principle).

4.1. Pháp luật thành văn

Ở dòng họ civil law pháp luật thành văn được coi trọng và có trình độ hệ thống hoá, pháp điển hoá cao. Vào thế kỉ XIX, sau khi các bộ luật cơ bản của Pháp lần lượt ra đời, với ảnh hưởng lớn của các bộ luật này, nhất là Bộ luật dân sự Napoleon, trường phái pháp luật thực chứng ra đời. Trường phái pháp luật thực chứng coi pháp luật thành văn hầu như là nguồn duy nhất của pháp luật, họ coi các bộ luật như là “sự hoàn hảo của lí trí”. Ngày nay không ai còn ảo tưởng về vai trò tuyệt đối của pháp luật thành văn, tuy nhiên theo tư tưởng truyền thống, pháp luật thành văn vẫn được coi là nguồn quan trọng nhất trong hệ thống các nguồn pháp luật.

(1). Xem: *Black's law dictionary*, West Group 1999, p. 1401.

Nguồn pháp luật thành văn trong dòng họ civil law bao gồm các loại văn bản sau đây:

- Hiến pháp (Constitution) - đạo luật cơ bản của nhà nước là văn bản có hiệu lực pháp lí cao nhất do nghị viện ban hành với điều kiện có từ 2/3 trở lên số nghị sĩ ở cả hai viện bỏ phiếu thuận. Ở một số nước sau khi hai viện thông qua còn phải lấy trưng cầu dân ý, hiến pháp chỉ được thông qua khi được đa số cử tri bỏ phiếu thuận (ví dụ, Hiến pháp năm 1958 của Cộng hoà Pháp). Để bảo vệ hiến pháp phần lớn các nước châu Âu đều thành lập toà án hiến pháp hoặc hội đồng bảo hiến.

- Các công ước quốc tế (Traité internationale)

Các công ước quốc tế thông thường được kí kết khi không trái với hiến pháp quốc gia, trong trường hợp cần thiết thì phải sửa đổi hiến pháp trước khi kí kết điều ước quốc tế. Một số quốc gia như Pháp và Hà Lan quy định các công ước quốc tế có hiệu lực cao hơn nội luật. Nhìn chung, các nước lục địa châu Âu đều có quan điểm tương đối thống nhất là công ước quốc tế có hiệu lực dưới hiến pháp nhưng trên các đạo luật quốc gia.

- Bộ luật (Code)

Lúc mới ra đời bộ luật có nghĩa là tuyển tập những luật khác nhau. Các Bộ luật Pheodosia và Bộ luật Justianus nổi tiếng thời kì cổ đại đều như vậy. Vào thời kì phong kiến các bộ luật không còn là tuyển tập các luật mà là một văn bản luật tổng hợp trình bày có hệ thống các quy phạm pháp luật điều chỉnh các loại quan hệ xã hội khác nhau bao gồm cả hình sự, dân sự, hành chính, thương mại, đất đai, hôn nhân gia đình... như Bộ luật 1683 của Đan Mạch, Bộ luật 1687 của Na Uy, Bộ luật 734 của Thụy Điển và

Phản Lan. Bộ luật 1794 của Phổ, Bộ luật 1832 của Nga. Hiện nay, thuật ngữ bộ luật được sử dụng rộng rãi để chỉ các văn bản luật tổng hợp và trình bày có hệ thống các quy phạm điều chỉnh một lĩnh vực các quan hệ xã hội nhất định.

- Luật (Loi)

Luật là những văn bản quy phạm pháp luật do nghị viện ban hành theo một trình tự, thủ tục nhất định và phải được đa số nghị sĩ ở cả hai viện bỏ phiếu thuận.

Luật bao gồm nhiều loại: luật tổ chức (luật tổ chức nghị viện, luật tổ chức chính phủ, luật tổ chức toà án...), luật tài chính, luật thông qua bằng hình thức trưng cầu ý dân, luật thông thường.

Đối tượng điều chỉnh của luật cũng có thể có giới hạn hoặc không giới hạn. Đối tượng điều chỉnh của luật có thể vô hạn như ở Anh, Mỹ, Italia, các nước XHCN, Pháp dưới nền cộng hoà thứ III, thứ IV. Đối tượng điều chỉnh của luật cũng có thể có giới hạn như ở Pháp dưới nền cộng hoà thứ năm (từ năm 1958 đến nay). Trong trường hợp giới hạn, ta thấy có sự phân chia giữa thẩm quyền lập pháp của nghị viện và thẩm quyền lập quy của chính phủ.

Luật ở các nước lục địa châu Âu thông thường có hiệu lực kể từ khi người đứng đầu nhà nước kí lệnh công bố cho đến khi bị bãi bỏ. Ở Pháp luật có hiệu lực sau một ngày (không kể đêm) sau khi công báo công bố luật được chuyển đến thủ phủ của tỉnh trừ trường hợp bản thân luật có quy định khác về thời điểm bắt đầu có hiệu lực.⁽¹⁾ Để đảm bảo an toàn pháp lí cho công dân, luật cũng

(1). Xem: *Introduction à l'Etude du droit*. Edition Hachette 2001-2002. p. 40.

như các văn bản pháp luật khác đều không có hiệu lực hồi tố trừ khi việc áp dụng văn bản pháp luật mới có lợi cho đương sự.

- Sắc lệnh (Décret) do tổng thống ban hành (ở Pháp từ năm 1958 Thủ tướng cũng có thể ban hành) có hiệu lực thấp hơn luật, tuy nhiên có những sắc lệnh được ban hành thuộc lĩnh vực luật theo sự uỷ quyền của nghị viện thì có hiệu lực như luật gọi là sắc lệnh - luật (Décret-Loi).

- Nghị định (Ordonnance) do chính phủ ban hành trong lĩnh vực lập quy và có hiệu lực thấp hơn luật và sắc lệnh. Tuy nhiên, cũng có những nghị định do nghị viện uỷ quyền ban hành trong lĩnh vực luật, khi chưa được nghị viện phê chuẩn nó có hiệu lực như nghị định thông thường nhưng sau khi được nghị viện phê chuẩn nó sẽ có hiệu lực như luật.⁽¹⁾

- Quyết định (Décision) do tổng thống ban hành để thực hiện thẩm quyền đặc biệt theo quy định tại Điều 16 Hiến pháp năm 1958 của Cộng hoà Pháp. Những quyết định này không cần các bộ trưởng liên quan tiếp kí.

- Quyết định (Arrêté) do các bộ trưởng, thị trưởng ban hành.

- Các chỉ thị (Directive) của cấp trên đối với cấp dưới.

- Các thông tư (Circulaire) của cấp trên đối với cấp dưới và phần lớn các thông tư mang tính bắt buộc thực hiện.

4.2. Tập quán pháp luật (La coutume)

Trong dòng họ civil law đã tồn tại nhiều quan điểm lí luận khác nhau về vai trò của tập quán pháp luật. Có quan điểm xã hội học pháp luật cho rằng tập quán đóng vai trò chủ đạo trong

(1).Xem: *Lexique de termes juridiques*. Edition DALLOZ. 1993. p. 375.

các nguồn của pháp luật. chính tập quán là nền tảng của pháp luật, xác định các phương thức áp dụng, phát triển của pháp luật do thẩm phán, học thuyết đưa ra. Đối lập với quan điểm trên, trường phái pháp luật thực định phủ nhận vai trò của tập quán. Cả hai trường phái nói trên hoặc quá tả hoặc quá hữu đều không có quan điểm đúng đắn về tập quán pháp luật. Tập quán không phải là yếu tố chính và đầu tiên của pháp luật, nó chỉ là một trong những yếu tố góp phần tìm ra giải pháp công minh để giải quyết các vấn đề pháp luật.

Theo Rene David, các luật gia Pháp và Đức có quan điểm khác nhau về tập quán. Các luật gia Pháp nhìn nhận ở chúng những nguồn đã lỗi thời của pháp luật, với vai trò bị giảm sút sau khi các bộ luật cơ bản đã ra đời và sự thừa nhận vai trò tối cao của luật. Các luật gia Pháp gần như cùng quan điểm với các luật gia Italia và Áo khi cho rằng tập quán chỉ áp dụng khi luật trực tiếp nói đến nó. Trong khi đó, ở Đức, Thụy Sĩ, Hi Lạp luật và tập quán được coi như hai nguồn ngang nhau của pháp luật.⁽¹⁾ Theo Rene David, có quan điểm như vậy là do ảnh hưởng của trường phái lịch sử từ thế kỉ XIX coi pháp luật là sản phẩm của tinh thần nhân dân. Tuy nhiên, các quan điểm lí luận khác nhau về tập quán và vai trò của tập quán không ảnh hưởng lớn đến vai trò thực tế của tập quán.

Trên thực tế, các nước trong dòng họ civil law đều thừa nhận tập quán pháp là những quy tắc xử sự hình thành một cách tự phát, tồn tại từ lâu đời, được truyền từ thế hệ này qua thế hệ khác, trở

(1). Xem: *Les grands systèmes de droit contemporains* par René David, Camille Jauffret-Spinozi: Précis D1992, p. 97.

thành thói quen tự nhiên và mang tính bắt buộc chung như quy phạm pháp luật.

Phân tích các tập quán pháp luật lục địa châu Âu cũng như các tập quán pháp luật khác trên thế giới chúng ta thấy các tập quán pháp dựa trên hai yếu tố:

- Yếu tố khách quan: các quy tắc xử sự hình thành một cách tự phát, tồn tại trong thời gian dài và đã trở thành thói quen tự nhiên.

- Yếu tố chủ quan: các chủ thể pháp luật cho rằng thói quen đó mang tính bắt buộc như quy phạm pháp luật.

Trong hệ thống pháp luật lục địa châu Âu, tập quán pháp luật có thể chia làm ba loại:

- Tập quán áp dụng đương nhiên (*Praeter legem*)

Đó là những tập quán mà nhà nước và xã hội thừa nhận một cách phổ biến như con cái sinh ra mang họ của bố, con gái lấy chồng mang họ của chồng.

- Tập quán áp dụng theo sự dẫn chiếu của pháp luật (*Secundum legem*)

Trong Bộ luật dân sự Napoleon tại các Điều 645, 663, 671, 674 đã dẫn chiếu việc áp dụng tập quán địa phương trong lĩnh vực sở hữu đất đai, sử dụng nguồn nước, hàng rào phân cách, trồng cây gần giới hạn đất láng giềng, các công trình xây dựng liền kề đất của người bên cạnh. Ngoài ra, Bộ luật dân sự Napoleon còn dẫn chiếu về áp dụng tập quán trong lĩnh vực hợp đồng như hợp đồng có tính bắt buộc không chỉ về những gì đã được nói rõ mà còn về những hậu quả mà sự công bằng, tập quán hoặc pháp luật coi là thuộc về nghĩa vụ theo bản chất của nó (Điều 1135), về áp dụng tập quán trong giải thích hợp đồng như

"Điều nào không rõ ràng thì giải thích theo thông lệ nơi hợp đồng được giao kết" (Điều 1159) hoặc *"Cần bổ sung vào hợp đồng các điều khoản thường có theo thông lệ dù không được biểu thị trong hợp đồng"* (Điều 1160).

- Tập quán trái pháp luật (Adversus legem)

Một số tập quán trái pháp luật nhưng vì các tập quán đó rất phổ biến trong xã hội nên nhà nước buộc phải thừa nhận. Ví dụ, trong Bộ luật dân sự Napoleon, tại Điều 931 đã quy định mọi chứng thư tặng cho lúc còn sống phải lập trước mặt công chứng viên, theo các hình thức thông thường của hợp đồng và phải lưu bản chính, nếu không sẽ vô hiệu. Tuy nhiên, việc tặng cho tài sản trong thực tiễn không theo quy định trên rất phổ biến vì vậy mà nhà nước buộc phải chấp nhận. Trong lĩnh vực thương mại, kể cả thương mại quốc tế, nhiều tập quán pháp luật được áp dụng như hợp đồng về tài khoản vãng lai giữa ngân hàng và khách hàng. Tập quán thương mại cho phép chuyển lãi thành vốn, mặc dù tập quán này trái với quy định của Bộ luật dân sự Napoleon.

4.3. Án lệ (Jurisprudence)

Án lệ được hiểu là bản án đã tuyên hoặc sự giải thích, áp dụng pháp luật được coi như tiền lệ làm cơ sở để các thẩm phán sau đó có thể áp dụng trong các trường hợp tương tự.

Theo quan điểm lí luận phổ biến của các hệ thống pháp luật ở lục địa châu Âu, các nguyên tắc, các giải pháp pháp lí rút ra từ án lệ không có cùng giá trị như luật thành văn. Đó là các giải pháp không chắc chắn, có thể bị huỷ bỏ và sửa đổi bất kì lúc nào phụ thuộc vào vụ việc mới. Thực tiễn xét xử của toà án không bị ràng buộc bởi những quy phạm do chính nó tạo ra và cũng

không có thể dựa vào các quy phạm đó để biện luận cho quyết định của mình. Án lệ chỉ được áp dụng khi mà thẩm phán thấy nó phù hợp với vụ án đang xét xử. Án lệ không được coi là nguồn cơ bản của pháp luật.

Bộ luật dân sự Napoleon đã thiết lập một số quy định gây cản trở cho việc phát triển án lệ. Điều 5 Bộ luật dân sự Napoleon đã quy định: *"Cấm các thẩm phán đặt ra các quy định chung và có tính lập quy để tuyên án đối với những vụ việc được giao xét xử"*. Điều 1351 Bộ luật này cũng xác định: *"Bản án chỉ có hiệu lực pháp luật đối với một vụ việc. Chỉ được xem là cùng một vụ việc khi yêu cầu về cùng một vấn đề, dựa trên cùng một căn cứ và giữa cùng các bên tranh chấp"*.

Mặc dù có nhiều cản trở như đã trình bày trên đây, ý nghĩa quan trọng của án lệ ngày càng được thừa nhận và được chứng minh trong quá trình phát triển của pháp luật. Chẳng hạn trong lĩnh vực bồi thường thiệt hại ở Pháp người ta chủ yếu dựa vào án lệ vì trong Bộ luật dân sự rất ít quy định về vấn đề này.

Ở Anh sự tập trung quyền lực của toà án là điều kiện và nguyên nhân phát triển án lệ. Hiệu quả tương tự có được ở Pháp trong lĩnh vực luật hành chính nhờ sự tập trung tư pháp hành chính trong tay Tham chính viện.⁽¹⁾

Kể từ năm 2000, án lệ ở Pháp đã được cơ quan nhà nước đăng miễn phí trên mạng Internet. Trang Web này công bố phán quyết của toà án cùng với tất cả các bộ luật, luật nhằm giúp người dân tiếp cận và hiểu được pháp luật.

(1). Xem: Sdd. tr. 106.

Hiện nay, ở nhiều nước lục địa châu Âu đã có các tuyên tập án lệ chính thức như ở Pháp, Đức, Tây Ban Nha, Italia, Thụy Sĩ, Thổ Nhĩ Kỳ và án lệ càng ngày càng được khẳng định là một trong những nguồn không thể thiếu của pháp luật.

4.4. Học thuyết (La doctrine)

Trong quá khứ, học thuyết đã từng là nguồn chính của hệ thống pháp luật lục địa châu Âu. Các nguyên tắc pháp luật chính đã ra đời trong khoảng thế kỉ XIII- XVIII do các trường đại học châu Âu xây dựng nên. Cùng với sự thắng lợi của các tư tưởng dân chủ tư sản và sự ra đời của các bộ luật cơ bản của Pháp vào đầu thế kỉ XIX sự thống trị của học thuyết mới được thay thế bằng sự thống trị của luật.⁽¹⁾

Ngày nay, học thuyết không còn là nguồn chính của pháp luật, tuy nhiên nếu xem xét pháp luật theo nghĩa rộng là đại lượng của công bằng, công lí thì học thuyết vẫn là nguồn quan trọng. Vai trò của học thuyết là đã tạo ra ngân hàng những khái niệm và tư duy pháp luật mà nhà lập pháp sử dụng. Hơn thế nữa, học thuyết còn tạo ra các phương pháp để hiểu và giải thích pháp luật một cách đúng đắn. Không ai có thể phủ nhận rằng trong các giai đoạn khác nhau của lịch sử các nhà lập pháp đều chịu ảnh hưởng trực tiếp hay gián tiếp của các học thuyết khác nhau và vì vậy trong quá trình lập pháp họ đã thể hiện tư tưởng các học thuyết đó trong pháp luật. Nhìn vào hiến pháp hiện hành của các nước lục địa châu Âu và các lục địa khác chúng ta có thể thấy sự ảnh hưởng sâu sắc của học thuyết phân chia quyền lực trong tổ chức và bộ máy nhà nước lên tất cả các nước châu Âu và các nước khác trên thế giới.

(1). Xem: Sdd, tr. 116.

4.5. Các nguyên tắc chung của pháp luật (Principes généraux du droit)

Theo quan điểm phổ biến của dòng họ civil law, nguyên tắc chung của pháp luật là các nguyên tắc có thể thành văn và không thành văn được chấp nhận trong luật quốc gia của hầu hết các nước. Các nguyên tắc chung có thể được thể hiện trong hiến pháp, các bộ luật và các luật, tuy nhiên cũng có nhiều nguyên tắc chung của pháp luật không được thể hiện trong luật thành văn hiện hành mà có nguồn gốc từ án lệ hoặc luật La Mã cổ đại. Việc thừa nhận những nguyên tắc chung này dựa trên quan niệm pháp luật là đại lượng của công bằng, công lí. Những nguyên tắc chung giúp chúng ta lấp các chỗ trống của pháp luật, giúp các thẩm phán tìm ra giải pháp công bằng nhất khi giải quyết các vụ việc trong thực tiễn. Chúng ta có thể liệt kê một số nguyên tắc chung của luật La Mã cổ đại được nhiều quốc gia lục địa châu Âu thừa nhận:

- *Affectio tua nomen imponit operi tuo* (Your motive gives a name to your act) - Động cơ của anh đặt tên cho hành vi của anh.
- *Non bis in idem* (A person shall not be twice tried for the same crime) - Không ai bị xét xử về một tội phạm đã được kết án bằng một bản án đã có hiệu lực.
- *Affectus punitur licet non sequatur affectus* (The intention is punished even if the object is not achieved) – Ý định cần phải bị trừng phạt mặc dù không đạt được mục đích.
- *Affirmantis est probare* (The person who affirms must prove)
– Ai khẳng định, người đó phải chứng minh.
- *Nemo in propria causa testis esse debet* (No one can be a witness in his own cause) – Không ai có thể tự mình làm chứng cho mình.

- Nemo jus sibi dicere potest (No one can give judgment for himself) - Không ai có thể tự mình phán xử mình.

- Nemo cogitationis poenam patitur (No one suffers punishment for his thoughts) - Không ai có thể trừng phạt vì suy nghĩ của mình.

- Non obligat lex nisi promulgata (A law is not binding unless it has been promulgated) - Một đạo luật chỉ có thể bắt buộc thực hiện khi đã công bố⁽¹⁾...

V. MỘT SỐ HỆ THỐNG PHÁP LUẬT THUỘC DÒNG HỌ CIVIL LAW

5.1. Hệ thống pháp luật Pháp

5.1.1. Bối cảnh lịch sử

Pháp là một trong những quốc gia có hệ thống pháp luật thành văn rất phát triển, có trình độ hệ thống hoá và pháp điển hoá cao và có ảnh hưởng đối với hệ thống pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới. Thuật ngữ “France” (nước Pháp) như một quốc gia xuất hiện vào khoảng thế kỉ IV.⁽²⁾

Trước thời kì này trong số những tộc người sống ở phía Bắc đế quốc Roma thì các bộ tộc Germains là hùng mạnh nhất. Các bộ tộc Germains bao gồm Bourgondes, Francs, Vandales, Anglo-saxons, Wisigoths. Khoảng cuối thế kỉ II, các bộ tộc này đang sống ở giai đoạn cuối của chế độ công xã nguyên thủy trên một vùng đất đai rộng lớn từ sông Ranh (ở phía Tây) đến sông Vixtuyn (ở phía Đông), từ sông Danube (ở phía Nam) đến biển

(1).Xem: Lexique de termes juridiques de Raymond Guilién et Jean Montagnier, Edition DALLOZ 1993, p. 419.

(2).Xem: Dictionnaire encyclopedique de la langue française 1994, p. 524.

Bantich (ở phía Bắc).

Từ thế kỉ III, người Wisigoths tràn xuống vùng Bancan, người Francs chiếm vùng Gaule. Chính quyền Roma phải đồng ý cho họ định cư trên lãnh thổ của mình với tư cách đồng minh của Roma. Đến giữa thế kỉ IV, khi bộ tộc Hung nô vượt biển Caspien đột nhập khu vực Đông - Nam châu Âu thì các dân tộc Germans cũng ồ ạt tràn sâu vào lãnh thổ của đế quốc Roma khi mà đế quốc này đang trong tình trạng khủng hoảng sâu sắc. Trong hai thế kỉ IV và V, các dân tộc Germans liên tục xâm lấn những vùng đất thuộc quyền cai trị của đế quốc Roma. Dân nghèo và nô lệ ở những vùng này, vốn bị bóc lột nặng nề bởi đế quốc Roma đã coi những người Germans như những vị cứu tinh của họ.⁽¹⁾ Người Wisigoths từ Bancan tấn công sang phía Tây, xâm chiếm Italia. Hơn 40.000 nô lệ Roma đã chạy theo người Wisigoth. Năm 410, dưới sự lãnh đạo của thủ lĩnh Alarich, người Wisigoths đã chiếm được Roma, thủ phủ của Đế quốc Tây Roma. Trong khi người Wisigoths đang làm chủ Italia thì người Vandales từ lưu vực sông Oder, băng qua xứ Gaule, vượt dãy Pyrenees xâm chiếm Tây Ban Nha (năm 408). Người Bourgondes cũng tràn xuống định cư ở vùng sông Rhone thuộc Đông - Nam Gaule và thiết lập ở đây vương quốc Bourgonde (năm 420). Người Francs xâm nhập khu vực phía Bắc xứ Gaule thành lập nên vương quốc France. Khoảng năm 440, người Anglo-saxon vượt biển Manche đổ bộ lên nước Anh.⁽²⁾ Sau những cuộc chinh phục của các bộ tộc Germans vào thế kỉ V trên các lãnh thổ của Đế quốc Roma

(1). Xem: Lương Ninh (chủ biên), *Lịch sử thế giới cổ đại*. Nxb. Giáo dục 1998, tr. 237.

(2). Xem: Sđd, tr. 237.

khi xưa đã xuất hiện nhiều quốc gia mới: Vương quốc Wisigoths ở Tây Ban Nha; Vương quốc Vandale ở Bắc Phi; Vương quốc France ở miền Bắc xứ Gaule; Vương quốc Ostrogoths ở Italia; Vương quốc Anglo-saxon ở Anh.

Trong thời kì này Hoàng đế Roma của Đế quốc Tây Roma đã mất hết quyền lực. Năm 476, thủ lĩnh quân sự của người Germain là Odoacre đã lật đổ vị hoàng đế cuối cùng của Đế quốc Tây Roma là Romulus Augustulus và tự xưng làm vua. Vào thời kì Đế quốc Tây La Mã sụp đổ, đó cũng là thời kì xuất hiện nhiều vương quốc mới trong đó có France – nước Pháp ngày nay. Vị vua đầu tiên của nước Pháp được biết đến là Clovis đệ nhất (481-511). Đến thế kỉ VI, France đã trở thành vương quốc lớn mạnh nhất trong số các quốc gia đầu tiên ở Tây Âu. Đến triều đại Charlemagne Đại đế (768- 814), vị Hoàng đế này đã tiến hành hơn 50 cuộc chiến tranh chinh phục để mở rộng lãnh thổ của Vương quốc. Năm 722 xâm chiếm đất đai của người Saxon phía nam nước Đức ngày nay, năm 774 tiêu diệt vương quốc Lombard, sáp nhập lãnh thổ miền Bắc Italia vào lãnh thổ của người Franks, cuối thế kỉ VIII, đầu thế kỉ IX chiếm được Barcelone của Tây Ban Nha. Charlemagne còn tiến hành những cuộc viễn chinh sang Đông Âu, chinh phục vương quốc của người Bavaria, vương quốc Avar vùng trung lưu sông Danube và buộc một số bộ lạc người Slav phải nộp cống. Như vậy, đến đầu thế kỉ IX Hoàng đế Charlemagne đã mở rộng lãnh thổ của Vương quốc France tương đương với lãnh thổ của Đế quốc Tây Roma trước đây. Lãnh thổ nước Pháp lúc bấy giờ có biên giới rộng lớn từ bờ Đại Tây Dương ở phía Tây đến sông Elbe và sông Danube ở phía Đông và từ Nam Italia ở phía Nam đến biển Bantich ở phía Bắc.

Một sự kiện đáng lưu ý vào thế kỉ IX, năm 843, ba hoàng tử, ba người anh em ruột và cũng là ba người cháu nội của Hoàng đế Charlemagne vĩ đại sau khi đã tiến hành cuộc nội chiến để tranh giành vương miện hoàng đế không thành đã đàm phán và kí kết Hiệp ước Verdune chia lãnh thổ rộng lớn của vương quốc Charlemagne làm 3 phần cho anh cả, anh hai và em út tương ứng với lãnh thổ của ba cường quốc Tây Âu ngày nay là Pháp, Đức, Italia.⁽¹⁾ Bối cảnh lịch sử trên đây cho thấy tuy Pháp, Đức, Italia hiện nay là những quốc gia hoàn toàn khác nhau, tuy nhiên thời xa xưa đều là những khu vực lãnh thổ dưới sự trị vì của Đế chế Roma, sau đó đều là những khu vực lãnh thổ dưới sự cai trị của Hoàng đế Charlemagne vĩ đại. Bối cảnh lịch sử đó cho thấy pháp luật các nước châu Âu trong đó có pháp luật Pháp đều chịu ảnh hưởng sâu sắc của luật La Mã cổ đại và đều có sự ảnh hưởng lẫn nhau do điều kiện địa lí và chính trị.

Cũng như dòng họ civil law nói chung, hệ thống pháp luật Pháp có thể được chia thành ba giai đoạn phát triển. Trước thế kỉ XIII là giai đoạn pháp luật tập quán. Từ thế kỉ XIII đến thế kỉ XVIII là giai đoạn phát triển pháp luật thành văn. Từ thế kỉ XIX đến nay là giai đoạn pháp điển hoá pháp luật và phát triển sự ảnh hưởng của pháp luật Pháp sang các quốc gia khác. Ngoài đặc điểm trên đây, có thể chỉ ra một đặc điểm khác của pháp luật Pháp là có sự khác nhau rõ rệt giữa hai vùng lãnh thổ miền Bắc và miền Nam nước Pháp. Hai vùng này được ngăn cách bởi sông Loire chảy trong khoảng giữa Geneva và bờ biển Atlantic. Vùng

(1). Xem: Nguyễn Gia Phú, Nguyễn Văn Anh, Đỗ Đình Hằng, Trần Văn La, *Lịch sử thế giới trung đại*, Nxb. Giáo dục, 1998, tr. 15.

phía nam sông Loire, vùng có diện tích nhỏ hơn được gọi là “Pays de droit écrit” nghĩa là vùng pháp luật thành văn, được phát triển trên cơ sở luật La Mã. Còn vùng miền Bắc sông Loire chiếm 3/5 diện tích được gọi là “Pays de coutumes” nghĩa là vùng tập quán. Vùng này là vùng phát triển pháp luật tập quán như tập quán Paris, tập quán Normandy và tập quán Bretagne.

Theo Hiến pháp năm 1958, nước Pháp ngày nay là nhà nước đơn nhất, đa nguyên chính trị, có chính thể cộng hoà lưỡng tính, tổng thống do nhân dân trực tiếp bầu ra với nhiệm kì 5 năm. Về phương diện hành chính, nước Pháp có 22 vùng (Region), 96 tỉnh (Departement) không kể 4 tỉnh và lãnh thổ hải ngoại, 329 quận (Arrondissement), 3829 tổng (Canton), 36551 xã (Commune).

5.1.2. Bộ luật dân sự Napoleon năm 1804

a. Sự ra đời của Bộ luật là ước muốn lâu đời của nước Pháp

Dưới chế độ phong kiến (người Pháp thường gọi là Ancien Regime) nước Pháp có quá nhiều nguồn pháp luật: tập quán, pháp luật hoàng gia, pháp luật giáo hội, pháp luật La Mã. Hơn thế nữa, nước Pháp chia làm hai vùng lãnh thổ có chế độ pháp luật khác nhau. Miền Bắc là vùng pháp luật tập quán còn miền Nam là nơi áp dụng pháp luật thành văn – pháp luật La Mã. Vào các thế kỉ XV, XVI, XVII, người Pháp đã có ý định pháp điển hoá pháp luật bằng việc ban hành các sắc lệnh và luật:

- Sắc lệnh của Montils - Les - Tour năm 1453 là sắc lệnh thể hiện sự thừa nhận các tập quán của các vùng; một thời gian sau, một bộ sưu tập về tập quán trong các vùng đã được xuất bản.

- Sắc lệnh năm 1629 đã một phần thực hiện ý định pháp điển hoá bằng cách điều chỉnh rất nhiều lĩnh vực dân sự như tặng cho tài

sản, thừa kế, chuyển nhượng, phá sản, cho vay lấy lãi, hôn nhân. Tuy nhiên, sắc lệnh này đã bị các toà án phản đối một cách mạnh mẽ.

- Các sắc lệnh của Colbert về tổ tụng dân sự năm 1667, về pháp luật hình sự 1670, về pháp luật thương mại năm 1673 cũng là những bước tiến quan trọng trong tư duy pháp điển hoá của nước Cộng hoà Pháp.

- Luật Saint-Germain (1679) thể hiện trung thành tinh thần pháp luật tập quán của Pháp đã được đưa vào giảng dạy trong các trường đại học bên cạnh luật La Mã và luật Giáo hội.

- Dưới thời Louis 14 (1638 - 1715), Chánh án Paris là ông Guillaume de Lamoignon, với sự cho phép của nhà vua, đã tiến hành pháp điển hoá nhưng công trình của ông đã không được thừa nhận chính thức.

- Vào thế kỉ XVIII, lĩnh vực Saint-Pierre và Daguessau cũng đã có những hoạt động nhằm thống nhất pháp luật nhưng không thành.

Theo giáo sư André Castaldo (Đại học Paris II), có một nguyên tắc xa xưa từ thời trung cổ là nhà vua cần phải tôn trọng tập quán, vì thế các vị vua thường ít can thiệp vào các phong tục tập quán. Các phong tục tập quán lại thường tồn tại chủ yếu trong lĩnh vực luật tư vì thế các sắc lệnh của các vua ban hành thường ít liên quan đến lĩnh vực luật tư. Ví dụ, các sắc lệnh của Vua Louis XIV chỉ giới hạn trong lĩnh vực tổ tụng hình sự và dân sự hoặc chỉ liên quan đến lĩnh vực thương mại, không có sắc lệnh nào liên quan đến luật dân sự.

Những ví dụ và những phân tích trên đây cho thấy Bộ luật dân sự Napoleon ra đời không phải là kết quả ngẫu nhiên mà ngược lại Bộ luật này chính là sự chuyên hoá thành hiện thực mong ước của người Pháp trong nhiều thế hệ và qua nhiều thế kỉ.

b. Quá trình soạn thảo Bộ luật dân sự Napoleon

Sau cách mạng dân chủ tư sản 1789, chính quyền mới mong muốn xây dựng bộ luật dân sự nhưng ý định đó đã không biến thành hiện thực. Quốc hội lập hiến (Constituyente) cũng như Quốc hội lập pháp (Législative) đã có dự kiến sẽ ban hành bộ luật chung về dân sự để áp dụng cho toàn thể Vương quốc nhưng cả hai dự án đều không thành. Chính quyền Quốc ước (Conventionnel) muốn tiếp tục thực hiện dự án này nhưng cũng như hai dự án trước, bộ luật vẫn chưa thể ra đời được. Jean Jacques Regis de Cambecères, một trong những tác giả của Bộ luật dân sự Napoleon năm 1804 đã đưa ra hai bản dự thảo và dưới chế độ Dốc chính (Directoire) còn đưa ra bản dự thảo thứ ba nhưng cả ba bản dự thảo này đều không được chấp nhận. Một số lĩnh vực đặc biệt là lĩnh vực hôn nhân và gia đình còn có nhiều bất đồng giữa các viện của nghị viện. Sau đó không lâu, hai nhà luật học nổi tiếng lúc bấy giờ là Jaqueminot và Target còn đưa ra dự thảo bộ luật với danh nghĩa cá nhân.

Khi Napoleon Bonaparte trở thành hoàng đế nước Pháp, ý tưởng xây dựng bộ luật dân sự đã có điều kiện chín muồi để trở thành hiện thực. Với ý chí chính trị mạnh mẽ, Napoleon đã biến những mơ ước về bộ luật dân sự của mình từ những ngày trong tù ngục trở thành hiện thực. Ngày 12 tháng 8 năm 1800, ủy ban soạn thảo Bộ luật dân sự được thành lập với 4 thành viên, 4 luật gia nổi tiếng lúc bấy giờ là: Tronchet, Portails, Bigot de Preameneu và Malleville. Dự thảo bộ luật được soạn thảo trong hai năm và được trình lên Toà tư pháp tối cao và các toà phúc thẩm để xem xét. Các toà án đã đồng ý với các nội dung cơ bản của dự luật. Cuối cùng, Bộ luật dân sự đã được công bố bởi Đạo luật ngày 21 tháng

3 năm 1804. Bộ luật này đã thay thế toàn bộ hệ thống pháp luật dân sự phong kiến.

c. Nội dung cơ bản của Bộ luật dân sự Napoleon

Bộ luật dân sự Napoleon bao gồm 2283 điều, chia thành Thiên mở đầu (Titre Préliminaire) và 3 Quyển (Livre). Các quyển chia làm các thiên (Titre); các thiên chia thành các chương (Chapitre); các chương chia làm các phần (Section); các phần chia thành các điều (Article).

Thiên mở đầu (Titre Préliminaire) từ Điều 1 đến Điều 6. Thiên này được gọi là: “Công bố luật, hiệu lực của luật và áp dụng luật” (De la publication, des effets et de l'application des lois en général) chứa đựng một số nguyên tắc cơ bản về luật:

Văn bản luật và văn bản hành chính, trong trường hợp văn bản hành chính được đăng trên công báo của Cộng hoà Pháp, có hiệu lực kể từ ngày quy định tại văn bản đó hoặc kể từ ngày sau ngày công bố nếu văn bản luật, văn bản hành chính không quy định ngày phát sinh hiệu lực. Tuy nhiên, đối với những điều khoản mà việc thi hành đòi hỏi phải có quy định hướng dẫn thi hành đó có hiệu lực được lùi lại đến ngày quy định hướng dẫn thi hành đó có hiệu lực. Trong trường hợp khẩn cấp, văn bản luật hoặc văn bản hành chính sẽ có hiệu lực pháp luật ngay từ thời điểm công bố của Hoàng đế (Tổng thống) đối với văn bản luật hoặc theo quy định của Chính phủ đối với văn bản hành chính (Điều 1);

- Luật chỉ có hiệu lực về tương lai, không có hiệu lực hồi tố (Điều 2);

- Các luật về tổ chức bộ máy nhà nước và về hình sự bắt buộc thực hiện đối với bất kì ai sống trên lãnh thổ Pháp;

- Các bất động sản của những người nước ngoài trên lãnh thổ Pháp được điều chỉnh theo luật của Pháp;

- Địa vị pháp lý và năng lực pháp luật của công dân Pháp ở nước ngoài được xác định theo luật của Pháp (Điều 3);

- Thẩm phán mà từ chối xét xử với lý do pháp luật không quy định, quy định không rõ ràng hay không đầy đủ thì có thể bị truy tố vì tội không xét xử (Điều 4);

- Cấm thẩm phán đặt ra các quy định chung và có tính lập quy để tuyên án khi giải quyết một vụ việc mà mình được giao xét xử (Điều 5);

- Không được thực hiện bất kì thoả thuận (hợp đồng) nào vi phạm trật tự và đạo đức xã hội (Điều 6).

* Quyền 1 - Về người (Des personnes) từ Điều 7 đến Điều 515

Quyền này quy định về chứng thư, hộ tịch (Des actes de l'Etat civil) như chứng thư khai sinh, chứng thư kết hôn, chứng thư khai tử; nơi cư trú, mất tích, hôn nhân, li hôn, quan hệ giữa cha mẹ và con, quan hệ giữa cha mẹ nuôi và con nuôi, quyền của cha mẹ, tình trạng vị thành niên, giám hộ và quyền tự lập, tình trạng thành niên và những người thành niên được pháp luật bảo hộ.

* Quyền 2 - Về tài sản và những thay đổi về sở hữu (Des biens et des différentes modifications de la propriété) từ Điều 516 đến Điều 710

Quyền này quy định về phân biệt các loại tài sản (động sản, bất động sản), về sở hữu, quyền thu hoa lợi, quyền sử dụng và quyền cư dụng (de l'habitation); dịch quyền (một nghĩa vụ đối với bất động sản tạo điều kiện thuận tiện cho việc sử dụng bất động sản của người khác) hay địa dịch (Des servitudes ou services

fonciers). dịch quyền phát sinh địa thế. dịch quyền xác lập theo quy định của pháp luật (như các quy định về tường hào chung; khoảng cách giữa các công trình trung gian cần thiết đối với một số công trình xây dựng; trở cửa sổ sang bất động sản của nhà hàng xóm; máng nước dọc mái nhà); dịch quyền về lối đi; dịch quyền xác lập theo ý chí của con người; chấm dứt dịch quyền.

* Quyền 3 - Các phương thức xác lập quyền sở hữu (Des différentes manières dont on acquiert la propriété) từ Điều 711 đến Điều 2281

Quyền này bao gồm các quy phạm pháp luật liên quan đến các vấn đề thừa kế, tặng cho lúc còn sống và di chúc; hợp đồng hay nghĩa vụ hợp đồng nói chung; những cam kết được hình thành không thông qua thỏa thuận; hôn ước và các chế độ tài sản trong hôn nhân; hợp đồng mua bán; hợp đồng trao đổi; hợp đồng thuê mướn; hợp đồng khoán xây dựng bất động sản; công ti dân sự; những thỏa thuận liên quan đến việc thực hiện những quyền không chia phần; vay mượn; gửi giữ và quyền trữ;⁽¹⁾ hợp đồng mang tính chất may rủi (đánh bạc và cá cược; hợp đồng về lợi tức trọn đời); uỷ quyền; bảo lãnh; dân xếp, thỏa thuận trọng tài; cầm cố; quyền ưu tiên và quyền thế chấp; cưỡng chế chuyển quyền sở hữu và thứ tự giữa những người có quyền; thời hiệu và chiếm hữu.

d. Các đặc điểm cơ bản của Bộ luật dân sự Napoleon

- Đây là bộ luật phản ánh những tư tưởng của cách mạng dân chủ tư sản Pháp bảo vệ các quyền và tự do của cá nhân.

(1). Quyền trữ có thể theo thỏa thuận hoặc theo quyết định của toà án. Quyền trữ theo thỏa thuận là việc một hoặc nhiều người gửi người thứ ba giữ một vật đang tranh chấp. người này có nhiệm vụ sau khi tranh chấp kết thúc, hoàn lại vật cho người được toà án xử là được nhận vật ấy.

Về sở hữu, Bộ luật đã khẳng định quyền sở hữu là quyền được hưởng thụ và định đoạt tài sản một cách tuyệt đối, miễn là không sử dụng tài sản vào những việc mà pháp luật cấm (Điều 544). Không ai có thể bị buộc nhượng lại quyền sở hữu của mình, trừ phi vì lợi ích công cộng và với điều kiện được bồi thường trước một cách thoả đáng (Điều 545). Mọi người đều có quyền giao kết hợp đồng nếu không bị pháp luật coi là vô năng (Điều 1123). Quyền tự do của cá nhân được khẳng định trong các quy định về quyền của mỗi người được tôn trọng đời tư của mình (Điều 9); quyền của cha, mẹ đối với con chấm dứt khi con đạt 18 tuổi (khi mới ban hành bộ luật là 21 tuổi).

- Bộ luật được xây dựng trên nguyên tắc phi tôn giáo

Đây là nguyên tắc được thể hiện rõ trong các quy định về hôn nhân và gia đình. Thể thức cử hành lễ kết hôn không gắn với nhà thờ mà cử hành công khai trước viên chức hộ tịch của xã, nơi một trong hai vợ chồng thường trú hoặc cư trú vào thời điểm công bố (Điều 165).

- Tính ổn định, khả năng tồn tại và có hiệu lực lâu dài của Bộ luật

Bộ luật dân sự Napoleon được các luật gia thực hành nổi tiếng của Pháp như Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu và Maleville soạn thảo dưới sự chỉ đạo trực tiếp của hoàng đế Napoleon, một người có hiểu biết sâu sắc về luật La Mã cổ đại (Napoleon đã từng giành trọn 2 năm trong tù ngục để nghiên cứu luật La Mã cổ đại với ý định tự mình làm luật sư bào chữa cho mình và nếu sự nghiệp chính trị thành công sẽ xây dựng Bộ luật của mình).

Cho đến nay Bộ luật dân sự Napoleon đã tồn tại được trên 200 năm, vì vậy Bộ luật này thường được các luật gia Pháp gọi là “Hiến pháp dân sự” của nước Cộng hoà Pháp. Trải qua hai

thể kỉ, trong số 2283 điều của Bộ luật vẫn còn giữ được nguyên vẹn trên 1100 điều.

- Ý tưởng của các tác giả khi soạn thảo Bộ luật dân sự Napoleon là thông qua việc thống nhất các quan hệ dân sự xây dựng nền tảng để thống nhất các quan hệ chính trị

Một trong những tác giả của Bộ luật dân sự Napoleon là Portalis vào năm 1802 đã nói: *“Trật tự dân sự chính là xi măng gắn kết các vấn đề chính trị. Chúng ta không phải là những người miền Pro-văng, miền Bro-ta-nơ hay xứ An-zat, chúng ta là người Pháp”*.⁽¹⁾ Theo giáo sư Claude Witz, Bộ luật dân sự chính là một trong những “khối đá tảng” mà hoàng đế Napoleon đã đặt trên đất Pháp để củng cố quốc gia.

- Bộ luật dân sự Pháp đánh dấu sự phát triển của kĩ thuật lập pháp

Đây là bộ luật mẫu mực về cấu trúc chặt chẽ, logic của các chế định pháp luật, về việc sử dụng ngôn ngữ chính xác, giản dị, trong sáng, dễ hiểu, sự phù hợp với thực tiễn, sự kết hợp khéo léo giữa tính tổng quát và tính cụ thể của các quy phạm pháp luật. Các nguyên tắc chung của Bộ luật dân sự được quy định rất cụ thể nhưng vẫn đảm bảo tính linh hoạt và mềm dẻo, tạo điều kiện cho các thẩm phán có thể giải thích linh hoạt, phù hợp với thực tế. Có thể đưa ra các ví dụ sau đây để minh chứng: Điều 1382: *“Bất cứ hành vi nào của một người mà gây thiệt hại cho người khác thì người gây ra thiệt hại do lỗi của mình phải bồi thường thiệt hại”*. Điều 1384: *“Mỗi người phải chịu trách nhiệm không những về những thiệt hại do mình gây ra mà cả những thiệt hại do những*

(1) Xem: *Bộ luật dân sự Pháp và pháp luật châu Âu* – Claude Witz, giáo sư Đại học Sarre và Đại học Stranbourg. Pháp; tài liệu Hội thảo 200 năm Bộ luật dân sự Pháp, Nhà pháp luật Việt - Pháp, tr. 37.

người mà mình phải chịu trách nhiệm hoặc những vật mà mình coi giữ gây ra”.

Hai nguyên tắc trên đây trong trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng có thể áp dụng cho mọi quốc gia trên thế giới bởi tính hợp lý và công bằng của nó. Những quy định mang tính nguyên tắc như vậy có thể vượt qua không gian và thời gian và có thể áp dụng trong nhiều thế kỉ mà không cần phải nghi ngờ vào tính chân lý và công bằng của nó.

Nhiều quy phạm trong Bộ luật dân sự Napoleon thể hiện tính mẫu mực về tính cụ thể, dễ hiểu, dễ áp dụng và vì thế đã được tiếp nhận nguyên vẹn ở nhiều quốc gia trên thế giới. Chúng ta có thể thấy điều này qua một số điều luật sau đây: Điều 671: *“Chỉ được phép trồng những cây to, cây nhỏ, cây nhỏ gần giới hạn đất láng giềng theo khoảng cách được xác định theo những quy định cụ thể hiện hành hoặc những thông lệ được thừa nhận. Nếu không có những quy định hoặc thông lệ thì cây mọc cao trên 2 mét phải trồng cách đường giới hạn phân cách hai bất động sản là 2 mét, đối với các cây trồng khác là nửa mét”.* Điều 673: *“Chủ sở hữu bất động sản có quyền buộc bên hàng xóm phải cắt bỏ các cành cây mọc vươn sang đất của mình. Nếu hoa quả ở các cành cây tự nhiên rụng xuống thì chủ sở hữu đất bị cành cây vươn sang được hưởng. Nếu rễ cây hoặc cành nhỏ mọc vươn sang đất người khác thì người đó có quyền cắt những rễ và cành cây nhỏ đó đến giới hạn đường phân chia của hai bên. Quyền được cắt rễ cây và cành nhỏ hoặc quyền được yêu cầu bên hàng xóm cắt các rễ cây, cành cây của các cây to, cây nhỏ, cây nhỏ không thể bị thời hiệu tiêu diệt”.* Điều 675: *“Chủ sở hữu bất động sản liền kề không được trổ cửa sổ hoặc lỗ cửa vào bức tường chung dù bằng*

bất cứ cách nào, kể cả khi có lắp kính mờ, trừ trường hợp được chủ sở hữu bất động sản liền kề bên kia đồng ý". Điều 681: "Chủ sở hữu bất động sản phải lắp đặt mái nhà sao cho nước mưa chảy vào đất nhà mình hoặc đường công cộng, không được để nước mưa chảy vào đất của bên hàng xóm".

- Bộ luật dân sự Napoleon trong quá trình hơn 200 năm tồn tại đã được không ngừng sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện

Có thể đưa ra các minh chứng sau đây:

- Cơ chế trách nhiệm trước đây trong bộ luật dân sự dựa trên khái niệm lỗi, vì vậy nhiều trường hợp xảy ra tai nạn lao động, nhưng người lao động không được bồi thường do không chứng minh được lỗi của người sử dụng lao động. Luật ngày 9/4/1898 đã buộc người sử dụng lao động phải bồi thường thiệt hại cho người lao động ngay cả trong những trường hợp người chủ lao động không có lỗi. Theo Luật số 70-459 ngày 4/6/1970 cha và mẹ, với tư cách là người thực thi quyền trông giữ con, phải liên đới chịu trách nhiệm về thiệt hại do con chưa thành niên sống với họ gây ra. Người chủ và người được uỷ thác phải chịu trách nhiệm về thiệt hại do gia nhân và người giúp việc gây ra trong khi họ làm nhiệm vụ. Thầy giáo và những người thợ thủ công phải chịu trách nhiệm về thiệt hại do học sinh gây ra khi những người này đang chịu sự giám sát của họ.

- Trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình có nhiều cái cách trong tư duy pháp luật theo xu hướng tự do và bình đẳng. Quyền lực của người cha, theo triết lý năm 1804, đã bị huỷ bỏ, thay vào đó là khái niệm quyền của cha mẹ đối với con cái. Vào năm 1804 khi Bộ luật mới ra đời, theo Điều 1124 người phụ nữ có

chồng bị hạn chế năng lực hành vi dân sự vì khi kí kết hay thực hiện bất kì một hợp đồng dân sự có giá trị nào đều phải được sự đồng ý của người chồng.

Người vợ có nghĩa vụ tuân theo ý chí của chồng, "*có nghĩa vụ sống với chồng và theo chồng đến bất cứ nơi nào được chồng chọn làm nơi cư trú*" (Điều 214 Bộ luật dân sự). Về quan hệ tài sản giữa vợ và chồng, người chồng quản lí tài sản chung, nếu vợ chồng không lựa chọn chế độ quản lí tài sản khác. Thì nay, theo Điều 1124 được sửa đổi theo Luật số 68-5 ngày 3/1/1968, bị coi là không có năng lực giao kết hợp đồng chỉ là những người chưa thành niên, chưa được quyền tự lập và người thành niên được bảo hộ do bị mắc các bệnh tâm thần hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự. Điều 213 của Bộ luật dân sự được sửa đổi theo Luật số 70-459 ngày 4/6/1970 xác định vợ chồng cùng nhau đảm bảo việc quản lí gia đình về mặt tinh thần và vật chất. Vợ chồng cùng có nghĩa vụ dạy dỗ con cái và chuẩn bị cho tương lai của chúng. Với Luật số 75-617 ngày 11/7/1975, Điều 215 Bộ luật dân sự đã quy định: "*Nơi ở của gia đình là nơi vợ chồng chọn, có sự thoả thuận chung*". Với Luật ngày 3/1/1972, nguyên tắc bình đẳng con trong giá thú và ngoài giá thú được thiết lập. Với Luật ngày 5/7/1974, tuổi thành niên được giảm từ 21 tuổi xuống 18 tuổi.

+ Vấn đề xác lập họ, tên cho con cũng là vấn đề cần lưu ý khi nói đến sự phát triển của Bộ luật dân sự Napoleon. Trước năm 2002, theo tập quán pháp luật áp dụng đương nhiên, con mang họ của bố, phụ nữ lấy chồng mang họ của chồng. Tuy nhiên, sau khá nhiều tranh luận, Luật số 2002-304 ngày 4/3/2002, đã được sửa đổi bổ sung theo Luật số 2003- 516 ngày 18/6/2003 và được thể hiện trong Điều 311-21 của Bộ luật dân sự Napoleon cho phép

cha, mẹ thỏa thuận để lựa chọn họ cho con, theo đó con có thể mang họ của bố hoặc họ của mẹ hoặc họ của cha và mẹ kết hợp lại theo trật tự thỏa thuận.

- Chế định li hôn trong Bộ luật dân sự cũng đã trải qua nhiều bước thăng trầm và thay đổi đáng kể theo hướng phát triển tư tưởng tự do hôn nhân. Bộ luật dân sự khi mới được ban hành vào năm 1804 đã cho phép li hôn, trong đó có thuận tình li hôn. Tuy nhiên, Luật De Bonald ngày 8/5/1816 đã bãi bỏ chế định li hôn vì cho rằng chế định li hôn làm huỷ hoại gia đình. Mãi đến gần cuối thế kỉ XIX, với Luật Naquet ngày 27/7/1884 chế định li hôn mới được tái thiết lập, tuy nhiên cũng chỉ cho phép li hôn do lỗi của một bên, còn thuận tình li hôn vẫn chưa khôi phục được. Luật ngày 15/12/1904 cho phép người vợ (chồng) ngoại tình được kết hôn với người tình của mình. Luật ngày 5/7/1956 cho phép công nhận đứa con do ngoại tình là con trong giá thú nếu bố mẹ đứa trẻ đó kết hôn với nhau. Luật số 75- 617 ngày 11/7/1975 đã phi hình sự hoá hành vi ngoại tình, tiếp tục cho phép thuận tình li hôn và li hôn do “chấm dứt cuộc sống chung” khi vợ và chồng không sống chung trong thực tế từ 6 năm trở lên” ngay cả khi một bên không muốn li hôn.

Cuộc cải cách gần đây nhất đã tạo điều kiện thuận lợi hơn cho việc li hôn được thực hiện vào năm 2004. Luật số 2004- 439 ngày 26/5/2004 (được thể hiện trong Điều 238 Bộ luật dân sự) quy định cuộc sống chung của vợ chồng được coi là hoàn toàn chấm dứt khi hai vợ chồng đã sống riêng biệt từ 2 năm trở lên, tính từ thời điểm có quyết định triệu tập ra toà để giải quyết việc li hôn.

+ Vấn đề năng lực hành vi dân sự cũng có những thay đổi

nhất định theo từng giai đoạn lịch sử khác nhau. Điều 22 Bộ luật dân sự Napoleon nguyên thủy quy định về vấn đề tước bỏ hoàn toàn quyền dân sự trong trường hợp phạm tội đặc biệt nghiêm trọng. Quy định này tạo nên một khái niệm khá đặc biệt là “chết dân sự” - con người còn tồn tại về mặt sinh lý học nhưng về khía cạnh pháp lý coi như đã chết vì các quyền dân sự là các quyền cơ bản và tối thiểu nhất của con người không còn nữa. Quy định này đã được bãi bỏ bởi Luật ngày 31/5/1854. Bộ luật dân sự Việt Nam cũng như một số bộ luật dân sự của một số nước khác xác định năng lực pháp luật dân sự có từ khi con người sinh ra, tuy nhiên bộ luật dân sự Napoleon không có quy định trực tiếp về vấn đề này. Trong phần Thừa kế thuộc Quyền 3 – Các phương thức xác lập quyền sở hữu của Bộ luật dân sự Napoleon người ta thấy có các quy định gián tiếp về năng lực pháp luật dân sự của các phôi thai. Đó là các quy định tại Điều 725 và Điều 906, theo đó các phôi thai được hưởng thừa kế, nếu sinh ra đứa bé sống được.

- Về quốc tịch, Bộ luật dân sự Napoleon cũng có những thay đổi đáng lưu ý. Khi Bộ luật mới ban hành, vấn đề quốc tịch chưa được đề cập trong bộ luật. Các vấn đề pháp lý liên quan đến quốc tịch được quy định trong một đạo luật nằm ngoài bộ luật, đó là Luật ngày 10/8/ 1927. Trên cơ sở luật này, năm 1945 Bộ luật quốc tịch đã được ban hành. Với Luật ngày 22/7/1993 các quy định về quốc tịch đã được đưa vào bộ luật dân sự (Thiên I bis bao gồm các Điều từ 17 đến 34). Việc đưa Luật quốc tịch vào Bộ luật dân sự khẳng định quan điểm gắn kết các quyền dân sự với tư cách công dân và việc giải quyết các tranh chấp về quốc tịch trước toà dân sự của toà án tư pháp. Theo quy định tại Điều 29 Bộ luật dân sự (xác lập theo Luật số 73-42 ngày 9/1/1973) chỉ có toà

dân sự có thẩm quyền giải quyết các vụ kiện về quốc tịch Pháp hoặc quốc tịch nước ngoài của cá nhân. Các toà hành chính hoặc các toà tư pháp khác chỉ có thẩm quyền giải quyết các vấn đề quốc tịch khi đó là yêu cầu phụ, trừ trường hợp đó là toà hình sự có bồi thẩm đoàn. Việc thực hiện thủ tục tuyên bố vào quốc tịch Pháp hoặc mất quốc tịch Pháp, việc cấp giấy chứng nhận quốc tịch Pháp thuộc thẩm quyền của toà án. Theo quy định tại Điều 26-1 (xác lập theo Luật số 93-933 ngày 22/7/1993) mọi tuyên bố về quốc tịch phải được đăng kí tại toà sơ thẩm có thẩm quyền trong trường hợp thủ tục tuyên bố được thực hiện tại Pháp hoặc tại Bộ tư pháp trong trường hợp thủ tục tuyên bố được tiến hành tại nước ngoài. Nếu không tiến hành đăng kí mọi tuyên bố về quốc tịch sẽ không có hiệu lực. Theo quy định tại Điều 31 Bộ luật dân sự (xác lập theo Pháp lệnh số 45-2441 ngày 19/10/1945) chỉ có lục sự trưởng tại Toà án sơ thẩm thẩm quyền hợp (Tribunal d'Instance) là người có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận quốc tịch Pháp cho những người chứng minh có quốc tịch này.

5.1.3. Hệ thống toà án Pháp

Hệ thống toà án Pháp được chia thành ba hệ thống là: toà án tư pháp, toà án hành chính và toà án hiến pháp (Hội đồng bảo hiến).

5.1.3.1. Toà án tư pháp

a. Toà dân sự thông thường

Toà dân sự thông thường gồm có các cấp xét xử:

Toà sơ thẩm thẩm quyền hợp (Tribunal d'Instance) toà này thay thế cho các toà hoà giải (Tribunal de paix) tồn tại trước năm 1958. Các toà này có thẩm quyền xét xử các vụ dân sự nhỏ, có giá trị tranh chấp đến 30.000 fr (trước khi sử dụng

đồng euro), sơ thẩm đồng thời chung thẩm các vụ án có giá trị từ 13.000 fr trở xuống.

Toà sơ thẩm thẩm quyền rộng (Tribunal de Grande Instance) là cấp xét xử cơ bản của hệ thống toà án Pháp. Mỗi tỉnh có từ 1 đến 3 toà. Toàn bộ nước Pháp có 181 toà. Toà án này xét xử theo nguyên tắc tập thể, mỗi phiên toà đều có 3 thẩm phán chuyên nghiệp. Quyết định của toà án này có thể bị kháng nghị, kháng cáo lên toà phúc thẩm.

Toà phúc thẩm (Cour d'Appel) được thành lập ở các thành phố lớn và các khu vực lãnh thổ. Toàn thể nước Pháp có 3 toà phúc thẩm (chưa kể lãnh thổ hải ngoại). Toà án này có nhiệm vụ xét xử phúc thẩm các vụ án do các toà án cấp dưới xét xử bị kháng nghị, kháng cáo và xét xử sơ thẩm các bản án phúc tạp. Các vụ án xét xử phúc thẩm gồm có 5 thẩm phán, các vụ án xét xử sơ thẩm gồm 3 thẩm phán và 9 hội thẩm (lấy theo danh sách cử tri có lí lịch tư pháp trong sạch). Quyết định của toà phúc thẩm có thể bị kháng nghị, kháng cáo lên Toà phá án.

b. Toà dân sự đặc biệt

Bên cạnh các toà dân sự thông thường còn có các toà án khác như toà thương mại (Tribunal de Commerce), toà lao động (Conseil prud'hommes), toà xét xử hợp đồng nông nghiệp (Tribunal paritaire des baux ruraux).

c. Toà hình sự thông thường

Toà hình sự thông thường ở Pháp được tổ chức phù hợp với việc phân loại tội phạm trong Bộ luật hình sự Pháp. Bộ luật hình sự hiện hành của Pháp phân chia tội phạm làm ba loại: contravention (tội vi cảnh như lái xe quá tốc độ chưa gây tai nạn,

lái xe không có giấy phép, lái xe sử dụng rượu, bia, trộm cắp nhỏ bị bắt quả tang...); délit (tội phạm thường); crime (tội giết người). Mỗi loại tội phạm được xét xử ở một loại toà án khác nhau.

Toà vi cảnh (Tribunal de police) xét xử các tội vi cảnh, có thể áp dụng các hình phạt tù từ 1 ngày đến 2 tháng, phạt tiền từ 12.000 fr trở xuống (hiện nay đã chuyển sang phạt bằng euro với số tiền tương ứng);

Toà tiểu hình (Tribunal correctionnel) xét xử thường tội (délict) và có thể áp dụng hình phạt tù trên hai tháng hoặc phạt tiền trên 12.000 fr (hiện nay đã chuyển sang phạt bằng euro với số tiền tương ứng);

Toà tiểu hình phúc thẩm (Tribunal correctionnel d'appel) xét xử phúc thẩm các bản án bị kháng nghị, kháng cáo của hai loại toà án nói trên. Phiên toà phúc thẩm tiểu hình được xét xử bằng ba thẩm phán chuyên nghiệp.

Toà đại hình (Cour d'Assises) xét xử các tội đại hình (tội giết người).

Toà đại hình không phải là toà án hoạt động thường trực mà 3 tháng/lần. Trong các phiên toà đại hình ngoài 3 thẩm phán, 1 công tố viên còn có 9 hội thẩm (Juré). Các hội thẩm tham gia xét xử vụ án được lựa chọn một cách ngẫu nhiên bằng phương pháp bốc thăm trong số 50 hội thẩm nhân dân được toà án gọi đến. Danh sách các hội thẩm nhân dân được Toà đại hình lựa chọn hàng năm từ danh sách cử tri có lý lịch tư pháp trong sạch. Các thẩm phán và hội thẩm bình đẳng khi xử án. Trong một phiên toà đại hình, thẩm phán và hội thẩm phải bỏ hai loại phiếu kín để giải quyết vụ việc. Phiếu thứ nhất trả lời câu hỏi có tội hay không có tội? Bị

cáo chi bị coi là có tội khi có ít nhất 2/3 tổng số thẩm phán và hội thẩm khẳng định là có tội. Hình phạt cụ thể sẽ được quyết định sau khi công bố kết quả lần bỏ phiếu thứ nhất. Lần bỏ phiếu thứ hai để quyết định hình phạt cụ thể chỉ xảy ra khi kết quả lần một được công bố là có tội. Trước khi lần bỏ phiếu thứ hai được thực hiện, trong phòng nghị án các thẩm phán có nghĩa vụ giải thích quy định điều luật liên quan đến tội phạm tương ứng mà bị cáo phạm phải. Mức độ hình phạt (thời gian tù có thời hạn hoặc tù chung thân) được quyết định theo đa số.

d. Toà án hình sự đặc biệt gồm có:

- Toà án dành cho các vị thành niên (Tribunal des Enfants);
- Toà án quân sự;
- Toà án an ninh quốc gia.

Trong các toà hình sự của Pháp đều có thẩm phán điều tra (Juge d'Instruction), thẩm phán xét xử (Juge) và thẩm phán áp dụng hình phạt (Juge d'Application de peine).

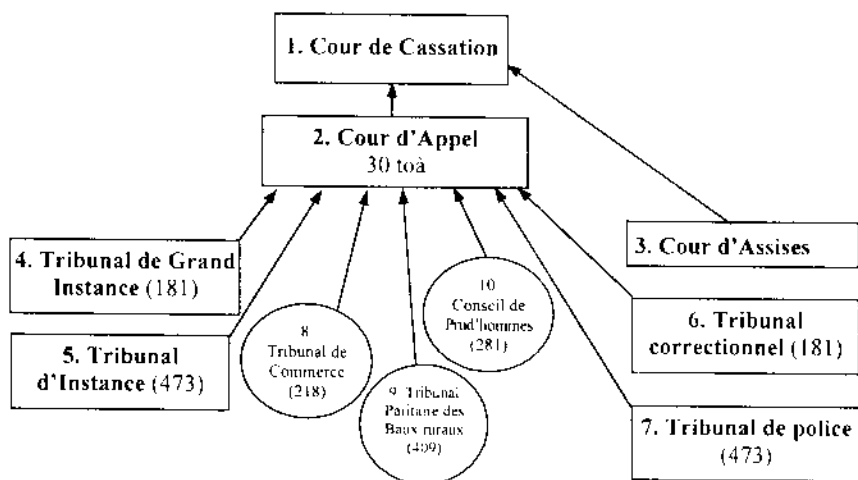
e. Toà phá án (Cour de Cassation)

Toà phá án là toà án tư pháp tối cao của nước cộng hoà Pháp. Toà án này được gọi là Toà phá án vì nó thường huỷ bỏ các bản án của toà án cấp dưới nhưng không thay thế các bản án đó bằng các bản án của mình mà gửi vụ án xuống một toà án khác cùng cấp toà án đã xét xử vụ việc, xét xử lại. Toà phá án chỉ xem xét “questions of law” chứ không xem xét “questions of fact”, điều đó có nghĩa là Toà phá án chỉ xem xét toà án cấp dưới khi xét xử có tuân thủ đúng các quy tắc của pháp luật vật chất và tố tụng hay không, áp dụng pháp luật đúng hay sai còn việc xét xử lại Toà án sẽ không tự mình xem xét. Như vậy, nếu bản án có sai sót về mặt

thủ tục tố tụng hay áp dụng pháp luật nội dung không đúng thì Toà phá án sẽ huỷ án và chuyển hồ sơ vụ án cho toà án phúc thẩm khác xét xử lại.

Toà phá án có 6 toà (Chambre) chuyên trách bao gồm 3 toà dân sự, 1 toà thương mại, tài chính, 1 toà hình sự, 1 toà về các vấn đề xã hội. Về nhân sự, Toà phá án có 1 chánh án, 6 chánh toà, 84 thẩm phán, 37 cố vấn (conseiller référendaire), 1 viện trưởng công tố, 1 viện phó công tố, 19 công tố viên cao cấp, 2 công tố viên uỷ quyền. Tổng số thẩm phán và công tố viên của Toà phá án là 149.

SƠ ĐỒ TOÀ ÁN TƯ PHÁP CỦA PHÁP



Ghi chú:

1. Cour de Cassation – Toà phá án (Toà án tư pháp tối cao);
2. Cour d'Appel - Toà phúc thẩm;
3. Cour d'Assises – Toà đại hình;

4. *Tribunal de Grande Instance* – Toà sơ thẩm dân sự thẩm quyền rộng;
5. *Tribunal d'Instance* – Toà sơ thẩm dân sự thẩm quyền hẹp;
6. *Tribunal correctionnel* – Toà tiểu hình;
7. *Tribunal de police* – Toà vi cảnh (xét xử các vụ hình sự nhỏ);
8. *Tribunal de Commerce* – Toà thương mại;
9. *Tribunal paritaire des baux ruraux* – Toà án giải quyết các tranh chấp hợp đồng nông nghiệp;
10. *Conseil prud'hommes* – Toà lao động.

5.1.3.2. Toà án hành chính

a. Toà án hành chính thẩm quyền chung

* Toà hành chính sơ thẩm (Tribunal Administratif)

Toà án hành chính sơ thẩm là toà án có thẩm quyền chung trong lĩnh vực hành chính, xét xử sơ thẩm mọi vụ việc hành chính, trừ một số trường hợp ngoại lệ vụ việc được giao cho toà án khác theo quy định của pháp luật. Các toà án hành chính sơ thẩm được thành lập từ năm 1953⁽¹⁾ thay thế cho các “Hội đồng tỉnh trưởng” vốn là một dạng toà án được thành lập vào năm 1800 trong mỗi tỉnh với năng lực rất hạn chế. Thẩm quyền của toà án hành chính được xác định theo nguyên tắc lãnh thổ nghĩa là toà hành chính có thẩm quyền xét xử là toà án nơi có trụ sở của cơ quan hành chính đã ban hành quyết định hành chính bị khiếu kiện hoặc hợp đồng hành chính có tranh chấp.

* Toà hành chính phúc thẩm (Tribunal Administratif d'Appel).
Toà hành chính phúc thẩm được thành lập ở các thành phố lớn

(1).Xem: *Pháp luật hành chính của Cộng hoà Pháp*, par Martine Lambard & Gilles Dumont. Nxb. Dalloz.

như Paris, Bordeaux, Marseil, Lyon và một số thành phố là trung tâm của một số khu vực lãnh thổ như Nancy, Nantes, Douai, Versailles. Theo nguyên tắc trên, Pháp có 8 toà hành chính phúc thẩm.

*** Tham chính viện (Conseil d'Etat)**

Tham chính viện là toà án hành chính tối cao của Pháp, ngoài ra Tham chính viện còn là cơ quan tham mưu cho Chính phủ Pháp.

Tham chính viện có khoảng 300 thành viên nhưng chỉ 2/3 trong số đó là hoạt động thường xuyên tại tham chính viện, số còn lại thường nắm giữ những chức vụ quan trọng trong bộ máy hành chính nhà nước ở trung ương. Đa số các thành viên của tham chính viện được lựa chọn từ những người đã tốt nghiệp Học viện hành chính quốc gia. Thành viên tham chính viện chia làm ba loại: thẩm phán tập sự, thẩm phán tham vấn và thẩm phán cao cấp. Tham chính viện được chia thành 6 ban, 5 ban có chức năng hành chính (nội vụ, tài chính, công chính, xã hội, nghiên cứu) và 1 ban có chức năng tài phán. Ban tài phán chia làm 10 tiểu ban. Tùy theo tầm quan trọng và tính chất của vụ việc cần giải quyết, hội đồng xét xử của Tham chính viện có 4 dạng sau đây:

- Đối với vụ việc đơn giản, Hội đồng xét xử chỉ có 3 thẩm phán;
- Đối với những vụ việc tương đối phức tạp và khó giải quyết, Hội đồng xét xử được thành lập từ nhiều tiểu ban, gồm 9 thành viên, trong đó tiểu ban đã thụ lý vụ việc và tiến hành thẩm cứu sẽ phối hợp với một tiểu ban khác để xét xử.
- Đối với những vụ việc phức tạp và khó giải quyết về mặt pháp luật hoặc có ý nghĩa quan trọng Hội đồng xét xử sẽ có 17 thành viên bao gồm Chủ tịch Ban tài phán, 3 Phó chủ tịch Ban tài phán, 10 Chủ tịch tiểu ban, báo cáo viên và 2 thẩm phán cao cấp.

- Đối với vụ việc đặc biệt phức tạp và nhạy cảm về chính trị thì phải do Hội đồng thẩm phán Tham chính viện xét xử. Đây là Hội đồng cao nhất, gồm Chủ tịch của tất cả các Ban hành chính và Ban tài phán, 3 Phó chủ tịch Ban tài phán, Chủ tịch tiểu ban thẩm cứu và báo cáo viên, dưới sự chủ tọa của Phó chủ tịch Tham chính viện (tất cả có 12 thành viên).⁽¹⁾

Các vụ việc thuộc thẩm quyền giải quyết của tham chính viện chủ yếu bao gồm:

- Khiếu kiện đối với nghị định và pháp lệnh của Chính phủ;
- Khiếu kiện đối với các quyết định là văn bản quy phạm pháp luật của các bộ trưởng cũng như quyết định là văn bản áp dụng pháp luật;
- Khiếu kiện đối với những văn bản hành chính có phạm vi áp dụng vượt ra ngoài quản hạt của một toà án hành chính sơ thẩm;
- Khiếu kiện đối với những quyết định hành chính của cơ quan đại diện của Pháp ở nước ngoài;
- Khiếu kiện đối với những quyết định của bộ trưởng trong lĩnh vực kiểm soát tập trung kinh tế;
- Khiếu kiện về sự xâm hại của các quyết định xử phạt của cơ quan hành chính độc lập ban hành;
- Khiếu kiện về tính hợp hiến, hợp pháp của văn bản hành chính;
- Tranh chấp liên quan đến tình trạng cá nhân của công chức được bổ nhiệm theo quyết định của Tổng thống;
- Khiếu kiện về bầu cử đại biểu hội đồng vùng, đại biểu Hội đồng đảo Corse và thành viên Nghị viện châu Âu.

(1).Xem: Martine Lombard và Gilles Dumont. *Pháp luật hành chính của Cộng hoà Pháp*. Bản dịch của Nhà pháp luật Việt - Pháp, 2007, tr. 578.

Tham chính viện là cơ quan duy nhất có quyền giải quyết kháng nghị giám đốc thẩm đối với các quyết định xét xử chung thẩm của mọi toà án hành chính. Khác với Toà phá án trong toà án tư pháp. Tham chính viện sau khi huỷ án hành chính có thể trực tiếp xét xử lại về mặt nội dung vụ việc nếu thấy “có lợi cho công tác quản lí xét xử”. Ngoài ra Tham chính viện có thẩm quyền đưa ra ý kiến hướng dẫn giải quyết vụ việc theo yêu cầu của các toà án hành chính sơ thẩm hoặc toà án hành chính phúc thẩm.

b. Các toà án hành chính thẩm quyền chuyên biệt

Nước Cộng hoà Pháp có các toà án hành chính chuyên biệt sau đây:

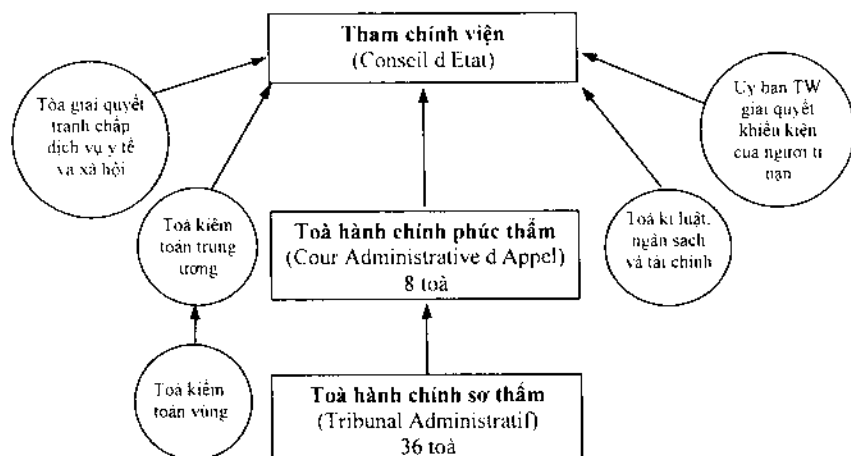
- Toà kiểm toán (Tribunal de Compte) thành lập năm 1807;
- Toà kĩ luật, ngân sách và tài chính thành lập năm 1948;
- Ủy ban quốc gia về giải quyết tranh chấp về dịch vụ y tế và xã hội thành lập năm 1990;
- Ủy ban trung ương về giải quyết khiếu kiện của người tị nạn thành lập năm 1988.

Sở dĩ các toà án hành chính này gọi là các toà án hành chính có thẩm quyền chuyên biệt là vì mỗi toà án thuộc loại này chỉ có phạm vi thẩm quyền nhất định, mang tính chất đặc thù của vụ việc. Một số thiết chế nói trên được tổ chức theo hai cấp xét xử. Ví dụ, Toà kiểm toán trung ương có quyền xử phúc thẩm quyết định của các Toà kiểm toán vùng. Tất cả các thiết chế này đều chịu sự kiểm tra của Tham chính viện thông qua cơ chế kháng cáo, kháng nghị phúc thẩm hoặc giám đốc thẩm, chính vì vậy mà các toà án này được xếp vào ngạch hành chính.

Các quy tắc tổ tụng áp dụng cho các toà án hành chính thẩm

quyền chung cũng được áp dụng cho toà án hành chính có thẩm quyền chuyên biệt trừ trường hợp văn bản thành lập toà án hành chính chuyên biệt có quy định khác. Nguyên tắc tranh tụng với sự đòi hỏi các bên phải được thông báo về các tài liệu, lí lẽ và yêu cầu của bên kia được áp dụng cho tất cả các toà án chuyên biệt cũng như các toà án có thẩm quyền chung.

SƠ ĐỒ TOÀ ÁN HÀNH CHÍNH PHÁP



5.1.3.3. Toà án Hiến pháp

Ở Pháp toà án Hiến pháp được gọi là Hội đồng bảo hiến (Conseil Constitutionnel). Hội đồng bảo hiến được thành lập theo Hiến pháp 1958. Hội đồng bảo hiến bao gồm 9 thành viên do Tổng thống bổ nhiệm 1/3, Chủ tịch Thượng viện bổ nhiệm 1/3, Chủ tịch Hạ viện bổ nhiệm 1/3 với nhiệm kì 9 năm và các thành viên không ai được phép giữ chức vụ này quá một nhiệm kì.

Ngoài 9 thành viên nói trên, các cựu Tổng thống pháp (nếu

không từ chối) đều là thành viên của Hội đồng bảo hiến.

Chức năng của Hội đồng bảo hiến là kiểm soát tính hợp hiến của luật, tuy nhiên Hội đồng chỉ xem xét vụ việc khi có đơn đề nghị của Tổng thống, Thủ tướng, Chủ tịch Thượng viện, Chủ tịch Hạ viện, 60 thượng nghị sĩ hoặc 60 hạ nghị sĩ.

5.1.4. Đào tạo luật và nghề luật

Ở Pháp, những người theo nghề luật, phụ thuộc vào lĩnh vực làm việc khác nhau trong tương lai, có thể được đào tạo khác nhau. Nhìn chung, các thẩm phán, luật sư, công tố viên, công chứng viên đều phải trải qua một khoá học 4 năm trong trường đại học để nhận được bằng “Maitrise en droit” (cử nhân luật). Sau khi có bằng cử nhân, để trở thành thẩm phán các luật gia phải trải qua một kì thi tương đối khó để vào học Trường đào tạo thẩm phán (Ecole National de la Magistrature) tại Bordeaux trong thời gian 30 tháng. Các học viên Trường đào tạo thẩm phán được gọi là các “Auditeur de Justice” (các thẩm phán tập sự) và được hưởng lương do nhà nước cấp trong thời gian học tập. Hàng năm Trường đào tạo thẩm phán đào tạo khoảng 200 thẩm phán. Các thẩm phán ở Pháp do Tổng thống Pháp bổ nhiệm theo đề nghị của Hội đồng thẩm phán trung ương. Các thẩm phán được bổ nhiệm suốt đời và được làm việc một cách độc lập và ổn định, họ không thể bị di chuyển nơi làm việc nếu họ không đồng ý.

Cũng như một số nước khác, ở Pháp để hành nghề luật sư, trước hết phải có bằng cử nhân luật (Maitrise en Droit). Sau đó các luật gia phải trải qua kì thi để được vào học ở “Centre national de formation professionnel” (Trung tâm quốc gia đào tạo nghiệp vụ). Ở trung tâm này các học viên trong thời gian một

năm sẽ luyện các bài tập thực hành và học các chuyên đề do các giáo sư, các thẩm phán, các luật sư trình bày. Kết thúc khoá học, các học viên phải trải qua một kì thi để có giấy chứng nhận về khả năng hành nghề luật sư (*Certificat d'aptitude à la profession d'avocat*). Sau khi vượt qua được kì thi này, các luật gia phải trải qua thời kì tập sự 2 năm (gọi là *Avocat stagiaire*). Luật sư tập sự chưa thể làm việc độc lập ngay với tư cách một luật sư bào chữa tại phiên toà, họ buộc phải làm việc với tư cách cộng tác viên (*collaborateur*) cho một luật sư khác hoặc làm việc với tư cách luật sư tư vấn. Sau thời gian tập sự nếu có nhận xét tốt của luật sư hướng dẫn tập sự, người thực tập sẽ nhận được giấy chứng nhận hết tập sự (*Certificat de successful completion de probational période*) và trở thành luật sư chính thức. Tính đến năm 1990 ở Pháp có khoảng 20000 luật sư bào chữa (*avocats*) và khoảng 5000 luật sư tư vấn (*conseils juridiques*).⁽¹⁾

5.2. Hệ thống pháp luật Đức

5.2.1 Bối cảnh lịch sử

Lịch sử pháp luật Đức bắt đầu từ hiệp ước Verdune năm 843 khi lãnh thổ của đế chế Charlemagne bị chia cắt làm ba phần và một trong ba phần đó là Vương quốc Germain, tiền thân của nước Đức ngày nay. Từ đó đến nay lịch sử pháp luật Đức có thể được chia thành các giai đoạn sau đây:

- Từ hiệp ước Verdune năm 843 đến hiệp ước Westphalie 1648

Trong giai đoạn này pháp luật trong lĩnh vực tư pháp không thống nhất mà có nhiều hệ thống cùng tồn tại. Đến thế kỉ XIII

(1). Xem: *Introduction to comparative law* – Konrad Zweigert and Hein Kotz, Clarendon Press – Oxford, 1998, p. 128.

nước Đức bắt đầu có nhiều nỗ lực trong hoạt động xây dựng pháp luật. Một bộ luật nổi tiếng trong thời kì này đã ra đời là Bộ luật "Miroa de Saxe" ra đời vào năm 1220, viết bằng tiếng Đức, tập hợp các quy tắc pháp luật cơ bản áp dụng trong lãnh thổ của Đức. Sang thế kỉ XIV, một số trường đại học Germain được thành lập: Đại học Praha 1348, Đại học Viên 1365, Đại học Haydenberge 1386.⁽¹⁾ Tại các trường đại học này, luật La Mã được nghiên cứu, giảng dạy và truyền bá một cách rộng rãi. Việc ra đời các trường đại học trong thời kì này đóng góp vai trò quan trọng trong việc đào tạo các thẩm phán. Toà phúc thẩm "Reichskammergericht" là nơi mà các thẩm phán thông thái đã áp dụng các quy tắc pháp luật học trong nhà trường thay cho các quy tắc pháp luật truyền thống. Từ thế kỉ XV, Quốc hội liên bang (Reichstage) được thành lập. Quốc hội liên bang đã tiến hành xây dựng pháp luật trong các lĩnh vực hình sự, tiền tệ và cảnh sát. Từ thế kỉ XVI, pháp luật La Mã trở thành hệ thống pháp luật được áp dụng chung trên toàn nước Đức. Theo Konrad Zweigert và Hein Kotz, nước Đức tiếp xúc với luật La Mã khoảng giữa thế kỉ XV, muộn hơn so với Pháp và nhiều nước châu Âu khác nhưng lại tiếp nhận luật La Mã sâu rộng hơn rất nhiều so với Pháp và lớn hơn rất nhiều nữa so với Anh.⁽²⁾ Người Đức đã tiếp nhận không những các chế định pháp luật, quan điểm pháp luật La Mã mà còn tiếp nhận cả hệ thống khoa học tư duy pháp luật La Mã.

(1).Xem: Michel Fromont, *Các hệ thống pháp luật cơ bản trên thế giới*, Nxb. Tư pháp 2006, tr. 33.

(2) Xem: Introduction to comparative law by Konrad Zweigert and Hein Kotz, Clarendon Press - Oxford 1995, p. 133.

- Từ hiệp ước Westphalie đến giai đoạn hình thành đế chế Đức (1648- 1871)

Vào những năm cuối của thập kỉ thứ hai thế kỉ XVII nổ ra cuộc chiến tranh giữa các quốc vương phía Bắc theo đạo Tin lành (Protestant) và các quốc vương phía Nam theo đạo Thiên chúa (Catholique). Sau 30 năm chiến tranh, hiệp ước Westphalie giữa Hoàng đế Ferdinand III của Habsbourg và Pháp, Thụy Điển được kí kết. Nước Đức bị xé nhỏ thành nhiều công quốc khác nhau. Các công quốc này nhờ có quyền tự trị mà họ có thể tiến hành các cuộc cải cách xây dựng thành các nhà nước mạnh và hiện đại. Trong số các công quốc này phát triển nhất là các nước Phổ, Bavière, Áo. Sau cuộc chiến tranh Napoleon, dưới sự lãnh đạo của Áo, Liên minh Đức được thành lập vào năm 1815 gồm 34 vương quốc và 4 thành phố tự do. Nhà nước Liên minh Đức được hình thành từ năm 1815 đến năm 1867 là sự liên minh giữa các công quốc. Sự liên minh này không có ảnh hưởng gì lớn trong quá trình phát triển pháp luật Đức. Các công quốc Đức trong thời kì này đều xây dựng chế độ quân chủ chuyên chế. Vào năm 1850, nước Phổ đã xây dựng hiến pháp và thiết lập chế độ quân chủ hạn chế. Nguyên tắc phân quyền được xác lập. Quốc vương có toàn quyền trong lĩnh vực hành chính, ngoại giao và lãnh đạo quân đội. Nghị viện có quyền lập pháp trong lĩnh vực liên quan đến các quyền công dân như quyền sở hữu, các quyền tự do. Nước Phổ trở nên lớn mạnh, thắng Đan Mạch trong cuộc chiến 1864 và thắng Áo trong cuộc chiến tranh năm 1866. Từ đó vai trò lãnh đạo của Áo tại Đức đã được nước Phổ thay thế.

Năm 1867, Liên bang Bắc Đức được thành lập dưới sự lãnh đạo của Phổ và đến tháng 11/1870 các vương quốc phía Nam

cũng sát nhập vào Liên bang Đức. Năm 1871, Phổ thắng Pháp trong cuộc chiến tranh Pháp - Phổ và từ đó một cường quốc mới ra đời. Sự thống nhất về chính trị đã tạo điều kiện thuận lợi để nước Đức xây dựng hệ thống pháp luật thống nhất mà nền tảng của nó là Hiến pháp 1871 và Bộ luật dân sự Đức năm 1896.

Trong thời kì này, cũng như ở Pháp, học thuyết pháp luật tự nhiên ngự trị. Các công quốc lớn nhất ở Đức bắt đầu tiến hành pháp điển hoá pháp luật. Từ năm 1751 đến 1756 đã xuất hiện các bộ luật của Baviere như Bộ luật hình sự, Bộ luật dân sự, Bộ luật tố tụng dân sự, sau đó là Bộ tổng luật của Phổ 1794, Bộ luật dân sự Áo 1811. Đáng chú ý nhất là Bộ luật dân sự Áo 1811, đến nay vẫn còn hiệu lực. So với Bộ luật Napoleon, đây là bộ luật ngắn gọn hơn, gồm 1502 điều, kết hợp hài hoà giữa tư duy pháp luật La Mã và pháp luật tự nhiên.

- Từ nền cộng hoà đệ nhị đến sự sụp đổ của nền cộng hoà đệ tam (1871- 1945)

* Thời kì Otto Bismark (1871-1918)

Từ khi Otto Bismark hoàng tử của nước Phổ lên ngôi vua (1871- 1918) nhà nước Liên bang Đức được thiết lập. Tổ chức bộ máy nhà nước được xây dựng trên nguyên tắc phân chia quyền lực, các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp được phân chia một cách hợp lí giữa liên bang và các bang. Tuy nhiên, do nước Phổ là vương quốc phát triển nhất nên vua nước Phổ đã thống trị liên bang, nắm toàn bộ quyền hành pháp. Nghị viện liên bang do bầu cử phổ thông, trực tiếp thành lập nên, là cơ quan nắm quyền lập pháp.

Vào giai đoạn này, điều đáng lưu ý là học thuyết nhà nước

quyền (Rechtsstaat) đã ra đời, thể hiện trong các công trình nghiên cứu của O. Bahr, 1864; R. Von Gneist, 1879.⁽¹⁾ Theo học thuyết này nhà nước cũng phải tuân thủ pháp luật và pháp luật là sự thể hiện ý chí của nhân dân, có vị trí tối thượng trong xã hội. Năm 1863, Toà án hành chính đã ra đời ở Bade, sau đó phát triển rộng rãi sang các bang khác. Vào cuối thế kỉ XIX các bộ luật cơ bản của Liên bang Đức đã được xây dựng: Bộ luật hình sự 1871. Bộ luật tố tụng dân sự 1877. Bộ luật tố tụng hình sự 1877. Bộ luật dân sự 1896. Bộ luật thương mại 1897.

*** Thời kì Hiến pháp Weimar (1919-1933)**

Hiến pháp Weimar do Quốc hội thông qua ngày 11/8/1919 tại Weimar đã thiết lập bộ máy nhà nước theo hình thức cộng hoà liên bang bao gồm 17 bang. Trên cơ sở Hiến pháp này đã tăng cường quyền lập pháp cho liên bang và thiết lập quy chế công chức. Nước Phổ đã mất các đặc quyền trước đây của mình. Tổng thống liên bang do toàn thể nhân dân Đức bầu ra và Chính phủ do Tổng thống thành lập phải chịu trách nhiệm trước Nghị viện.

Một sự kiện đáng được lưu ý trong thời kì này là toà án hiến pháp của Áo được thành lập vào năm 1920 do sáng kiến của Kelsen. Nhiệm vụ của toà án này là kiểm tra tính hợp hiến của các văn bản luật và bảo vệ các quyền cơ bản của công dân khi các quyền này bị vi phạm. Đây là toà án hiến pháp được thành lập đầu tiên trên thế giới.

*** Thời kì thống trị của Hitler (1933-1945)**

Thời kì này toàn bộ các quyền tự trị của các bang đều bị bãi

(1) Xem: *L'Etat de droit* - Jacques Chevallier. Nxb. Montchrestien 1992. p. 11.

bo. Hitler đề ra học thuyết Nazisme (thuyết quốc xã), theo thuyết này người có nguồn gốc Germain được coi là thượng đẳng, các dân tộc khác đều là hạ đẳng, người Germain phải thống trị thế giới. Với học thuyết này, Hitler đã phát động và gây ra cuộc chiến tranh thế giới lần thứ II (1941- 1945), cuộc chiến tranh có quy mô và mức độ tàn bạo nhất trong lịch sử nhân loại.

- Nước Đức mới - từ năm 1945 đến nay

Do là nước gây ra thảm họa chiến tranh và bại trận nên khi chiến tranh thế giới lần thứ hai kết thúc (1945), nước Đức bị cắt rất nhiều phần đất cho các nước thắng trận. Phần lãnh thổ phía Đông (một phần của nước Phổ) mà Đức đã chiếm được trong thời kì trung cổ bị cắt cho Liên Xô, phần còn lại của nước Phổ và vùng Posnanian, Dantzig, Silesia cắt cho Ba Lan. Những người Đức sinh sống ở vùng Bohema bị trục xuất. Khoảng 14 triệu người Đức phải tị nạn hay chuyển đi nơi khác. Từ năm 1945 đến 1949, phần còn lại của nước Đức bị chia thành 4 khu vực do 4 nước đồng minh cùng chiếm đóng và quản lí. Khu vực do Mỹ, Anh, Pháp chiếm đóng đã khôi phục lại nền dân chủ tự do ở cấp cơ sở và cấp khu vực, một số bang mới được thiết lập. Ngày 23/9/1949 các nghị sĩ của các bang Tây Đức đã thông qua bản Hiến pháp của một nhà nước mới – Nhà nước Cộng hòa liên bang Đức. Ở Đông Đức, khu vực do Liên Xô chiếm đóng, ngày 7/10/1949 cũng đã thông qua bản Hiến pháp của một nhà nước mới - Cộng hòa dân chủ Đức.

Như vậy từ năm 1949 đến năm 1989, trên lãnh thổ nước Đức đã có hai nhà nước cùng song song tồn tại. Ngày 21/12/1972, Hiệp định cơ bản liên Đức được kí kết, mở đường cho việc thiết lập lại các mối quan hệ giữa hai miền nước Đức. Ngày 31/8/1990,

Hiệp định thống nhất nước Đức được kí kết và có hiệu lực từ ngày 3/10/1990. Bức tường Beclin ngăn cách hai miền nước Đức đã sụp đổ, đất nước được thống nhất. Theo Hiệp định năm 1990, 5 bang của Cộng hoà dân chủ Đức được sáp nhập vào cộng hoà Liên bang Đức, các quận Đông Beclin được sáp nhập vào bang Beclin của Tây Đức. Hiến pháp năm 1949 của Tây Đức trở thành hiến pháp chung cho nước Đức thống nhất.

5.2.2. *Bộ luật dân sự Đức 1896*

a. Khái quát về bộ luật dân sự Đức

Bộ luật dân sự Đức được ban hành năm 1896 và có hiệu lực ngày 1/1/1900. Khác với Bộ luật dân sự Napoleon do các luật gia thực tiễn xây dựng nên. Bộ luật dân sự Đức năm 1896 do các nhà biên tập đều là giáo sư đại học nên còn được gọi là “Professorenrecht” (Bộ luật của các giáo sư). Bộ luật này có 2.400 đoạn, sắp xếp thành 5 quyển:

- Quyển 1 (Book 1) – Phần chung (General part);
- Quyển 2 (Book 2) – Luật nghĩa vụ (Law of obligations);
- Quyển 3 (Book 3) – Luật sở hữu tài sản (Law of property);
- Quyển 4 (Book 4) – Luật gia đình (Family law);
- Quyển 5 (Book 5) – Luật thừa kế (Law of succession).

So sánh Bộ luật dân sự Đức với Bộ luật dân sự Napoleon ta thấy Bộ luật dân sự Đức có cấu trúc hiện đại hơn, có phần chung và các phần riêng trong đó phần chung giải quyết các vấn đề lý luận cơ bản làm tiền đề cho các phần sau và tránh được sự trùng lặp không cần thiết. Phần chung quy định về các nguyên tắc chung và giải thích các thuật ngữ được sử dụng trong những phần

còn lại của bộ luật như năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự, thời hạn, thời hiệu, thể nhân (natural person), pháp nhân (legal person), sự kiện pháp lý (legal act)... Các nguyên tắc chung được xác lập là tự do thoả thuận ý chí, thực hiện nghĩa vụ một cách ngay tình (good faith), thực hiện các quyền và nghĩa vụ dân sự phù hợp với tập quán, tôn trọng các quy tắc đạo đức.

Bộ luật dân sự Đức có cấu trúc hợp lý và chặt chẽ, các thuật ngữ được sử dụng một cách chính xác và thống nhất. Tuy nhiên, nếu Bộ luật dân sự Pháp có ngôn ngữ giản dị, dễ hiểu cho tất cả mọi người thì Bộ luật dân sự Đức do có sự cách biệt giữa ngôn ngữ pháp luật và ngôn ngữ đời thường nên các thuật ngữ mặc dù rất chính xác nhưng những người không được đào tạo chuyên ngành luật thường phản nản là trừu tượng và khó hiểu. Câu cú trong Bộ luật thường dài, phức tạp, diễn đạt theo lối văn phong bác học. Những hạn chế này không làm ảnh hưởng đến uy tín của Bộ luật do các quy định thường được chi tiết hoá nên rất dễ dàng áp dụng đối với những người được đào tạo chuyên ngành luật.

Có thể nói cấu trúc với phần chung và phần riêng của Bộ luật dân sự Đức đã có ảnh hưởng rộng rãi đối với việc xây dựng các bộ luật hiện đại trên thế giới trong đó có Việt Nam. Bộ luật dân sự Đức là kết quả kiên trì của các nhà pháp điển hiện đại ở Đức (Pandectists) mong muốn làm cho pháp luật có hệ thống hơn và cấu trúc chặt chẽ hơn. Trường phái Pandectists với Phần chung của Bộ luật dân sự Đức, thông qua các công trình nghiên cứu của các nhà luật học so sánh đã có ảnh hưởng lớn sang nhiều nước trên thế giới. Ngay tại nước Anh, nơi mà các thẩm phán và các luật sư xa lạ với phương pháp tư duy diễn dịch, tư duy từ cái chung đến cái riêng, từ lý luận đến thực tiễn thì một số giáo sư

luật cũng đã bị ảnh hưởng lớn của trường phái pháp điển hiện đại. Ngay cả khi Bộ luật dân sự Đức chưa ra đời, giáo sư luật nổi tiếng của Anh là John Austin (1790- 1859), một trong những người kiến tạo nên môn học lí luận pháp luật (Jurisprudence), sau khi nghiên cứu sâu sắc hệ thống luật dân sự và cơ sở lí luận của nó đã phát biểu rằng một luật gia Anh đến lục địa để học luật là đã “*vượt ngục từ vương quốc của sự hỗn độn và bóng tối tới một thế giới gần như của trật tự và ánh sáng*”.⁽¹⁾ Về Bộ luật dân sự Đức, một luật gia khá nổi tiếng của hệ thống pháp luật Anh-Mỹ là Maitland đã nói: “*It was the best code that the world has yet seen*” (Đây là Bộ luật tốt nhất trên thế giới mà từ trước đến nay chưa hề có).

b. Luật nghĩa vụ (law of obligations)

Chế định luật nghĩa vụ trong bộ luật dân sự Đức bao gồm hai phần: Luật hợp đồng (Law of contract) và trách nhiệm pháp lí ngoài hợp đồng (Tort).

* Luật hợp đồng (Law of contract)

Luật hợp đồng trong bộ luật dân sự Đức thể hiện tư tưởng dân chủ tư sản về quyền tự do và bình đẳng của các bên tham gia quan hệ hợp đồng và nghĩa vụ tôn trọng hợp đồng. Giữa người chủ và người phục vụ, giữa người sản xuất và người tiêu dùng, bất kì ai khi đã tham gia quan hệ hợp đồng thì một mặt được tự do thoải mái và bình đẳng trong việc thể hiện ý chí của mình, mặt khác, phải trung thành với những gì mình đã cam kết trong hợp đồng và phải thực hiện nghĩa vụ một cách ngay tình (good faith).

(1).Xem: Introduction to comparative law by Konrad Zweigert and Hein Kotz. Clarendon Press - Oxford 1995. p. 148.

Trong luật hợp đồng của Đức, việc tuyên bố ý chí của một bên có hiệu lực ràng buộc đối với bên đó kể từ thời điểm nhận được thông báo của bên kia cho biết là họ đã chấp thuận giao kết. Thoả thuận giữa các bên trong giao kết hợp đồng sẽ không có hiệu lực trong trường hợp có sự nhầm lẫn, lừa dối hay đe dọa. Nhầm lẫn làm cho thoả thuận không có hiệu lực trong hai trường hợp: nhầm lẫn trong việc thể hiện ý chí – không có sự thống nhất giữa ý chí thực sự với cách thể hiện bên ngoài về nội dung, phạm vi hay bản chất của hợp đồng (khoản 1 Điều 119); nhầm lẫn về tính chất cơ bản của chủ thể hay của đối tượng hợp đồng (khoản 2 Điều 119). Trong thời hạn 1 năm kể từ ngày phát hiện ra sự nhầm lẫn, bị lừa dối hoặc đe dọa, bên bị nhầm lẫn, bị lừa dối hoặc bị đe dọa có thể đơn phương huỷ hợp đồng ngay khi phát hiện ra những điều đó. Hợp đồng trái với quy định của pháp luật hoặc trái với quy tắc đạo đức sẽ bị vô hiệu (Điều 134, Điều 138). Những quy định trên đây nhằm ngăn ngừa việc mua bán các mặt hàng, hoặc thực hiện các hành vi mà pháp luật cấm.

Theo quy định tại Điều 138, các hợp đồng sẽ bị vô hiệu nếu một bên tham gia hợp đồng giữ vị trí ưu thế về kinh tế đã lạm dụng vị thế kinh tế của mình để áp đặt các điều khoản quá bất lợi cho bên kia hoặc một bên đã lợi dụng hoàn cảnh khó khăn (plight), sự thiếu kinh nghiệm (inexperience) hoặc thiếu sự suy xét (lack of judgement) của bên kia.

Bộ luật dân sự Đức đã chi tiết hoá các điều khoản trong hợp đồng bị coi là vô lý (inadequate) bằng cách liệt kê, gọi tên cụ thể các biểu hiện của nó như các điều khoản quy định thời hạn quá dài, thời hạn không rõ ràng, điều khoản cho phép một bên huỷ hợp đồng mà không cần lý do chính đáng, điều khoản cho phép

tăng giá trong thời hạn 4 tháng kể từ khi ký kết hợp đồng và hàng loạt các điều khoản khác về miễn hoặc giới hạn trách nhiệm của các bên.

Nguyên tắc hợp đồng phải được giải thích và thực hiện một cách ngay tình (*good faith, bonne foi*) được các toà án Đức áp dụng một cách mềm dẻo và hợp lý như toà án có thể chấp nhận yêu cầu sửa đổi hợp đồng của một bên khi có những thay đổi lớn về bối cảnh kinh tế hoặc yêu cầu bên có quyền không được lạm dụng quyền của mình như quyền huỷ hợp đồng khi bên kia vì lý do bất khả kháng mà không thực hiện được nghĩa vụ đúng thời hạn quy định.

Quyền huỷ hợp đồng và chấm dứt hợp đồng được quy định trong bộ luật dân sự Đức cụ thể hơn trong bộ luật dân sự Pháp. Pháp luật Đức quy định nhiều trường hợp huỷ hợp đồng và chấm dứt hợp đồng hơn pháp luật Pháp. Ngoài việc quy định hợp đồng bị huỷ nếu nghĩa vụ hợp đồng không được thực hiện. Bộ luật dân sự Đức còn quy định hợp đồng có thể bị huỷ nếu phát hiện khuyết tật của vật là đối tượng hợp đồng và trong tất cả các trường hợp các bên đã thỏa thuận trước trong hợp đồng. Theo Bộ luật dân sự Pháp, việc huỷ hợp đồng chỉ được thực hiện theo thủ tục tư pháp, tuy nhiên theo Bộ luật dân sự Đức thì việc huỷ hợp đồng có thể được thực hiện theo ý chí của một bên tham gia hợp đồng. Hợp đồng có thể bị chấm dứt trong nhiều trường hợp, đặc biệt khi có "lý do nghiêm trọng" thì một bên có thể đơn phương chấm dứt hợp đồng nếu đó là hợp đồng dịch vụ, hợp đồng uỷ quyền hay hợp đồng công ti.

* Trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng

Pháp luật về trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng của Đức được bổ sung sửa đổi nhiều lần bởi các án lệ của toà án. Nhìn một

cách tổng quát có thể chia trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng làm 3 loại:

- Trách nhiệm do hành vi của cá nhân;
- Trách nhiệm do có lỗi giả định;
- Trách nhiệm trong trường hợp rủi ro.

Trong hai trường hợp đầu tiên, về nguyên tắc trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng chỉ đặt ra khi có đầy đủ ba yếu tố: hành vi vi phạm, lỗi (hoặc lỗi giả định) và có sự thiệt hại. Trong trường hợp cuối cùng thông thường không dựa trên yếu tố lỗi.

Trách nhiệm ngoài hợp đồng do hành vi của cá nhân được quy định khi hành vi xâm hại các quyền tuyệt đối như xâm hại tính mạng, thân thể, sức khỏe; xâm hại quyền tự do về thân thể, xâm hại quyền sở hữu, xâm hại các quyền tuyệt đối khác (như với họ, tên) (Điều 823). Ngoài quy định của Bộ luật dân sự, án lệ còn quy định thêm các trường hợp: hành vi xâm hại các quyền nhân thân (thông tin cá nhân, danh dự...), quyền tự do kinh doanh (như bôi xấu hình ảnh của doanh nghiệp), quyền không bị người khác quấy rối. Trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng do hành vi của cá nhân còn được quy định trong các trường hợp vi phạm các quy định của luật bảo hộ (Điều 823) như bảo hộ bí mật nghề nghiệp, bảo hộ người tiêu dùng, bảo hộ người lao động và các hành vi xâm hại các nguyên tắc đạo đức như lừa dối, cung cấp thông tin giả, lợi dụng hoàn cảnh khó khăn của người khác...

Trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng trong trường hợp có lỗi giả định được quy định trong các trường hợp do lỗi của người thừa hành của mình gây ra (Điều 831), do người thuộc quyền giám sát của mình gây ra (Điều 832) hoặc do vật nuôi, công trình xây dựng của mình gây ra (Điều 835, Điều 836).

Trách nhiệm dân sự trong trường hợp rủi ro có nhiều sự bổ sung, sửa đổi. Lúc mới ra đời, Bộ luật dân sự chỉ thừa nhận trường hợp duy nhất là bồi thường thiệt hại do động vật hoang dã nuôi làm cảnh gây ra.

Luật ngày 7/6/1871 (trước khi Bộ luật dân sự ra đời) quy định các doanh nghiệp phải bồi thường thiệt hại không dựa vào yếu tố lỗi trong ba trường hợp: tai nạn đường sắt, tai nạn do hệ thống đường ống gây ra, tai nạn lao động. Các quy định này đến nay vẫn có hiệu lực và còn được mở rộng ra các rủi ro khác như tai nạn công nghiệp (industrial accidents), tai nạn giao thông (traffic accidents), tai nạn máy bay (aircraft accident), tai nạn điện (accidents in electricity), tai nạn khí gas và tai nạn của các trạm điện nguyên tử (nuclear power stations). Một số luật mới bổ sung cho Bộ luật như Luật về bồi thường thiệt hại do sản phẩm kém chất lượng gây ra ngày 15/12/1989 (để chuyển hoá một chỉ thị của Liên minh châu Âu) đã quy định người sản xuất hoặc nhập khẩu sản phẩm kém chất lượng có trách nhiệm bồi thường mà không dựa trên yếu tố lỗi.⁽¹⁾ Luật về bồi thường các thiệt hại gây ra cho môi trường ngày 10/12/1990 quy định trách nhiệm bồi thường thiệt hại không căn cứ vào yếu tố lỗi của chủ công trình đã gây ra ô nhiễm cho người khác.

c. Luật về sở hữu tài sản (Law of property)

Cũng như pháp luật của các nước chịu ảnh hưởng của pháp luật La Mã, chế định sở hữu tài sản trong Bộ luật dân sự Đức được xây dựng trên tinh thần coi quyền sở hữu tư nhân là quyền thiêng liêng và bất khả xâm phạm và coi nó như một trong các

(1). Xem: Michel Fromont, *Các hệ thống pháp luật lớn trên thế giới*, Nxb. Dalloz 2001 (Bản dịch của Nhà pháp luật Việt - Pháp), tr. 73.

quyền cơ bản nhất của công dân mà Nhà nước cần phải bảo vệ. Điều 903 của Bộ luật dân sự Đức quy định: *"Chủ sở hữu tài sản có toàn quyền quyết định đối với tài sản của mình và không cho bất kì ai xâm phạm đến tài sản của mình, nếu không trái với pháp luật và không đối lập với quyền lợi của người thứ ba"*. Chủ sở hữu tài sản có quyền đòi lại tài sản của mình đang bị người khác chiếm giữ (Điều 985), quyền yêu cầu chấm dứt các hành vi xâm phạm đến tài sản của mình (Điều 1004), quyền hưởng hoa lợi (Điều 1030), quyền yêu cầu toà án áp dụng các biện pháp cấm những hành vi xâm phạm có thể xảy ra trong tương lai (Điều 1004).

Phân tích luật về sở hữu tài sản trong Bộ luật dân sự Đức ta thấy có một số khác biệt sau đây so với Bộ luật dân sự Pháp:

- Trong Bộ luật dân sự Đức, chế độ đồng sở hữu đã được quy định tại Điều 1008 và các điều tiếp theo, trong khi đó vấn đề này trong Bộ luật dân sự Pháp chưa được đề cập:

- Bộ luật dân sự Đức liệt kê rất nhiều biện pháp bảo vệ quyền sở hữu và một trong những biện pháp đặc thù nhất và được sử dụng nhiều nhất là biện pháp bảo lưu quyền sở hữu cho người bán tài sản là động sản (Điều 455). Biện pháp này thường được áp dụng trong việc bán một số mặt hàng trả góp như xe hơi và các loại hàng hoá khác có giá trị cao. Quyền sở hữu chỉ được chuyển giao hoàn toàn cho người mua khi người đó trả hết khoản tiền cuối cùng theo định kì đã xác định. Theo tư duy của các luật gia La Mã, luật nghĩa vụ (law of obligations) là luật đối nhân (in personam), còn luật sở hữu (law of property) là luật đối vật (in rem) nên trong Bộ luật dân sự Đức phần luật nghĩa vụ (law of obligations) bao gồm hai phần là hợp đồng (law of contract) và trách nhiệm pháp lí ngoài hợp đồng (Tort law) đã được tách ra

khỏi luật sở hữu (law of property). Điều này hoàn toàn hợp lý và dễ hiểu nếu chúng ta đối chiếu quan điểm này với thực tiễn. Để sở hữu một chiếc xe hơi mua theo hình thức trả góp người ta phải có hai hợp đồng. Với hợp đồng thứ nhất người bán có nghĩa vụ chuyển xe hơi cho người mua và cam kết sẽ chuyển giao quyền sở hữu xe hơi cho người mua và có quyền nhận khoản tiền trả lần thứ nhất theo sự thoả thuận của hai bên. Người mua có nghĩa vụ trả khoản tiền lần thứ nhất và cam kết trả khoản tiền còn lại theo định kì mà hai bên thoả thuận và có quyền được nhận xe hơi để sử dụng. Với hợp đồng thứ hai người bán có nghĩa vụ chuyển giao quyền sở hữu cho người mua và có quyền nhận nốt khoản tiền còn lại đã xác định trong hợp đồng thứ nhất. Người mua có nghĩa vụ trả nốt khoản tiền cuối cùng theo thoả thuận và có quyền trở thành chủ sở hữu của chiếc xe.

Việc cam kết chuyển giao quyền sở hữu động sản được quy định trong một hợp đồng làm phát sinh nghĩa vụ (thường gọi là hợp đồng mua bán) - hợp đồng đối nhân (in personam) được thực hiện bằng hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu tài sản- hợp đồng đối vật (in rem). Hai hợp đồng này có mối quan hệ mật thiết với nhau vì nếu người mua không thực hiện đúng cam kết trong hợp đồng thứ nhất, hợp đồng thứ hai sẽ không được xác lập. Tuy nhiên, về hình thức pháp lý hai hợp đồng này độc lập với nhau nhằm bảo vệ quyền sở hữu cho người có tài sản. Trong trường hợp hợp đồng mua bán động sản có điều khoản bảo lưu quyền sở hữu cho người bán như đã trình bày trên đây thì việc chuyển giao tài sản cho người mua không kéo theo việc chuyển giao quyền sở hữu cho người đó vì điều kiện thoả thuận chưa được thoả mãn do nghĩa vụ của người mua chưa thực hiện xong. Đây là quan niệm khá đặc thù nhưng cũng rất tinh tế trong pháp luật Đức về quyền sở hữu tài sản.

d. Luật gia đình (Family law)

Trong lĩnh vực luật gia đình. Bộ luật dân sự Đức khi mới ra đời mang tư tưởng khá bảo thủ của thế kỉ XIX. Nhà luật học Radbruch đã nói về Bộ luật dân sự Đức rằng: "*It is more the cadence of the nineteenth than the upbeat to the twentieth century*" nghĩa là nó là khúc nhạc kết của thế kỉ XIX hơn là khúc nhạc mở đầu của thế kỉ XX.⁽¹⁾ Nhận xét này hoàn toàn chính xác đối với chế định luật gia đình, một chế định thể hiện tư tưởng phong kiến và bảo thủ. Trong quá trình hôn nhân, người chồng là người quyết định công việc gia đình, người chồng cũng là người thực hiện quyền lực cha mẹ đối với con cái. Việc li hôn chỉ cho phép khi có lỗi hoặc tình trạng mất trí của vợ hoặc chồng.

Con ngoài giá thú không có địa vị pháp lí bình đẳng với con trong giá thú. Do những quy định khá bảo thủ đó mà sau một thời gian tồn tại người ta buộc phải sửa đổi cho phù hợp với tư tưởng nam nữ bình đẳng của thời kì hiện đại. Quyền bình đẳng nam nữ được quy định tại Điều 3 Hiến pháp liên bang năm 1949; Sau khi Hiến pháp có hiệu lực. Bộ luật dân sự được sửa đổi theo tinh thần của Hiến pháp bằng việc bổ sung vào Bộ luật Luật về quyền bình đẳng giới (ban hành ngày 18/6/1957, sửa đổi, bổ sung vào năm 1976). Quyền bình đẳng của con trong giá thú và ngoài giá thú được quy định trong Điều 5 Hiến pháp liên bang năm 1949. Theo yêu cầu của Tòa án Hiến pháp liên bang ngày 29/1/1969, Nghị viện đã sửa đổi, bổ sung Bộ luật dân sự cho phù hợp với nguyên tắc nêu trên bằng Luật ngày 19/8/1969 về quy chế trẻ em sinh ra ngoài giá thú.

(1) Xem: Introduction to comparative law by Konrad Zweigert and Hein Kotz, Clarendon Press - Oxford 1995, p. 144.

5.2.3. Hệ thống toà án Đức

a. Toà án hiến pháp

Toà án hiến pháp Đức có tên gọi là Bundesverfassungsgericht là cơ quan xét xử sơ thẩm và chung thẩm các vụ kháng cáo, kháng nghị liên quan đến tính hợp hiến của các đạo luật, xung đột về thẩm quyền giữa các bang và giữa các bang với liên bang.

Toà án hiến pháp Đức gồm 16 thẩm phán, trong đó mỗi viện của Nghị viện liên bang bổ nhiệm một nửa số thành viên. Thẩm phán Toà án hiến pháp phải là những người uyên thâm trong lĩnh vực pháp luật, 6 người trong số họ lấy từ các thẩm phán của Toà án liên bang, 10 người còn lại là những nhân vật cao cấp đã tốt nghiệp đại học chuyên ngành luật. Nhiệm kì của thẩm phán Toà án hiến pháp là 12 năm nhưng có thể ngắn hơn nếu đã đến tuổi nghỉ hưu (68 tuổi). Các thẩm phán Toà án hiến pháp chỉ có thể giữ chức vụ của mình không quá một nhiệm kì.

Toà án Hiến pháp chia làm 6 hội đồng xét xử, mỗi hội đồng gồm 3 thẩm phán, chịu trách nhiệm giải quyết phần lớn các khiếu kiện. Các khiếu kiện có thể chia làm hai loại: thứ nhất là các khiếu kiện của người dân về các bản án, quyết định hay hành vi hành chính, trừ trường hợp khiếu kiện đó liên quan đến vấn đề chưa từng được giải quyết trước đó hoặc khiếu kiện về tính hợp hiến của văn bản luật; thứ hai là các yêu cầu của các thẩm phán về kiểm tra tính hợp hiến của một văn bản luật cụ thể. Mỗi năm Toà án hiến pháp đã giải quyết khoảng 5000 vụ việc thuộc hai loại khiếu kiện nói trên.

Khi xem xét tính hợp hiến của các đạo luật, Toà án hiến pháp có thể tuyên bố đạo luật là vi hiến và xoá bỏ đạo luật đó. Toà án hiến pháp có thể xem xét tính hợp hiến của các đạo luật ngay cả

khí vấn đề về tính hợp hiến không nảy sinh từ vụ việc cụ thể. Trường hợp này gọi là giám sát trừu tượng.

Mỗi thẩm phán Toà án hiến pháp có ba thẩm phán trẻ, có năng lực giúp việc. Tuy vậy, Toà án Hiến pháp Đức hầu như không thể giải quyết hết các vụ việc thuộc thẩm quyền của mình. Một nửa trong tổng số các vụ việc có thời gian giải quyết kéo dài hơn hai năm và số vụ việc tồn đọng lên tới 3000 vụ.⁽¹⁾

Toà án hiến pháp Đức có thẩm quyền giải quyết các vụ việc sau đây:

- Tranh chấp giữa các bang hoặc giữa liên bang với các bang (từ năm 1951 đến 1999 có 128 vụ);

- Quyết định cấm đảng phái chính trị hoạt động vì vi phạm hiến pháp theo yêu cầu của chính phủ liên bang hoặc hoặc của một bang (từ năm 1951 đến 1999 có 5 vụ);

- Tranh chấp giữa các cơ quan hiến định với nhau (từ năm 1951 đến 1999 có 128 vụ);

- Kiểm tra tính hợp hiến của luật theo yêu cầu của Chính phủ liên bang hoặc 2/3 số thành viên của Hạ nghị viện (từ năm 1951 đến 1999 có 140 yêu cầu);

- Kiểm tra tính hợp hiến của của luật theo yêu cầu của các thẩm phán khi giải quyết các vụ việc nếu văn bản đó được ban hành sau năm 1945 (từ năm 1951 đến năm 1999 có 3121 yêu cầu);

- Khiếu kiện cá nhân trong trường hợp các quyền cơ bản của công dân bị xâm phạm vì văn bản luật, quyết định hành chính hay phán quyết của toà án. Số lượng khiếu kiện cá nhân rất lớn (từ

(1).Xem: Michel Fromont, *Các hệ thống pháp luật cơ bản trên thế giới*, Nxb. Tư pháp 2006, tr. 43.

năm 1951 đến năm 1999 có 122.257 vụ). Phần lớn các vụ việc trong số này được giải quyết bởi hội đồng 3 thẩm phán.⁽¹⁾

b. Hệ thống toà án tư pháp

Đức là nhà nước cộng hoà liên bang nhưng khác với Hoa Kỳ nó không có hai hệ thống toà án liên bang và các bang tồn tại song song. Đặc điểm của hệ thống toà án Đức là cơ quan xét xử cao nhất là cơ quan liên bang, còn các toà án cấp dưới là của các bang. Hệ thống toà án tư pháp bao gồm các toà án sau đây:

- Toà án tư pháp có thẩm quyền thấp nhất ở Đức là toà Amtsgericht (AG) giải quyết các vụ khiếu kiện nhỏ như tranh chấp giữa chủ nhà và người thuê nhà, các vi phạm hình sự nhỏ (vi cảnh). Các bản án của AG có thể bị kháng nghị, kháng cáo lên toà Landgericht (LG).

- Toà án cao hơn AG là toà Landgericht (LG) xét xử sơ thẩm phần lớn các vụ án hình sự và tranh chấp dân sự ở Đức đồng thời xét xử phúc thẩm các bản án do AG đã xét xử nhưng bị kháng nghị kháng cáo.

- Toà án cấp cao hơn LG là toà án phúc thẩm - Oberlandesgericht (OLG) chỉ chuyên xét xử phúc thẩm các bản án của các toà LG bị kháng nghị, kháng cáo.

Toà án tư pháp cấp cao nhất có thẩm quyền chung là Toà án liên bang gọi là Bundesgerichtshof (BGH) đặt tại Karlsruhe, tương tự như Toà phá án ở Pháp chỉ xem xét các vấn đề pháp luật (questions of law) nghĩa là chỉ xem xét thủ tục mà toà án đã xét xử có đúng như các quy định của pháp luật hay không, chứ không xem xét các tình tiết sự việc, các chứng cứ (questions of fact) của

(1).Xem: Sdd, tr. 45.

vụ án và không tự mình xét xử lại vụ án mà chuyển giao cho toà phúc thẩm với một hội đồng khác xét xử lại. Toà án liên bang (BGH) thành lập năm 1950 bao gồm 11 phòng giải quyết các vụ việc về luật tư, 5 phòng giải quyết các vụ án hình sự, 7 phòng chuyên trách. Các vụ việc thường được xét xử bởi một hội đồng gồm 5 thẩm phán.

c. Hệ thống toà án hành chính và các toà án khác

Ngoài hệ thống toà án tư pháp và toà án hiến pháp, ở Đức còn có hệ thống toà án hành chính (Verwaltungsgerichte), toà bảo hiểm xã hội (Sozialgerichte), toà lao động (Arbeitsgericht), toà thuế (Finanzgerichte). Chỉ có toà thuế có hai cấp còn lại các toà khác đều có ba cấp: sơ thẩm, phúc thẩm và giám đốc thẩm, tái thẩm.

Trước khi thống nhất nước Đức, các bang ở Tây Đức đã có một số lượng toà án rất lớn bao gồm 679 toà án hình sự và dân sự, 108 toà án lao động, 62 toà án xét xử các vấn đề xã hội, 44 toà án hành chính, 15 toà án tài chính.

5.2.4. Đào tạo luật và nghề luật

Cũng giống như ở đa số các nước lục địa châu Âu, ở Đức một người muốn trở thành thẩm phán, công tố viên, luật sư, công chứng viên, cố vấn pháp luật, giáo sư luật thì trước hết phải trải chương trình đào tạo kéo dài 4 năm tại các khoa luật thuộc các trường đại học tổng hợp ở Đức. Sau bốn năm học tập các sinh viên luật phải trải qua một kì thi quốc gia để được nhận bằng tốt nghiệp cử nhân luật. Sau khi tốt nghiệp, muốn theo đuổi nghề nào đó trong các nghề luật, sinh viên tốt nghiệp phải nộp đơn xin làm tập sự trong hệ thống tư pháp. Giai đoạn thực tập này kéo dài khoảng 3 năm và kết thúc bằng kì thi quốc gia lần thứ hai (Assessorprufung). Chỉ sau khi hoàn thành kì thi này các luật gia

mới được coi là đã được đào tạo đầy đủ (Volljurist). Việc lựa chọn giữa các nghề luật khác nhau chỉ diễn ra sau khi hoàn thành kì thi thứ hai này.⁽¹⁾ Theo Michael Bogdan, chỉ trừ một số ít ngoại lệ, luật sư biện hộ của Đức (Rechtsanwalt) có vị trí được bảo đảm bởi vì chỉ có các luật sư biện hộ nghĩa là thành viên của các đoàn luật sư mới được phép đại diện trước toà. Mỗi khu vực lãnh thổ mà trong đó có toà án tư pháp phúc thẩm của bang (OLG) đều thành lập một đoàn luật sư. Các luật sư muốn biện hộ trước toà phải có giấy phép của đoàn luật sư (gọi là Zulassung).

Thẩm phán chuyên nghiệp do bộ tư pháp của các bang tuyển chọn. Để trở thành thẩm phán chuyên nghiệp phải có bằng đại học luật và chứng chỉ đã trải qua giai đoạn thực tập chuyên môn đồng thời phải vượt qua kì thi khảo sát. Các thẩm phán được bổ nhiệm suốt đời và không bị chuyển nếu họ không có nguyện vọng. Việc bổ nhiệm và thăng cấp cho thẩm phán các bang do bộ trưởng tư pháp của bang quyết định, còn việc bổ nhiệm và thăng cấp cho thẩm phán toà án liên bang thì do hai viện của nghị viện liên bang quyết định.⁽²⁾ Ở Đức đội ngũ thẩm phán chuyên nghiệp khá đông đảo, tính đến ngày 1/1/1991 chỉ riêng các bang của Tây Đức đã có 17.932 thẩm phán xét xử, 3.887 thẩm phán công tố. Tính đến ngày 1/1/1993 các bang của Đông Đức có 2577 thẩm phán xét xử và 1003 thẩm phán công tố.⁽³⁾

Cũng như ở Pháp, ở Đức công chứng viên cũng có vai trò quan trọng trong đời sống pháp luật và nghề công chứng cũng là một nghề được coi trọng trong các nghề luật. Công chứng viên là

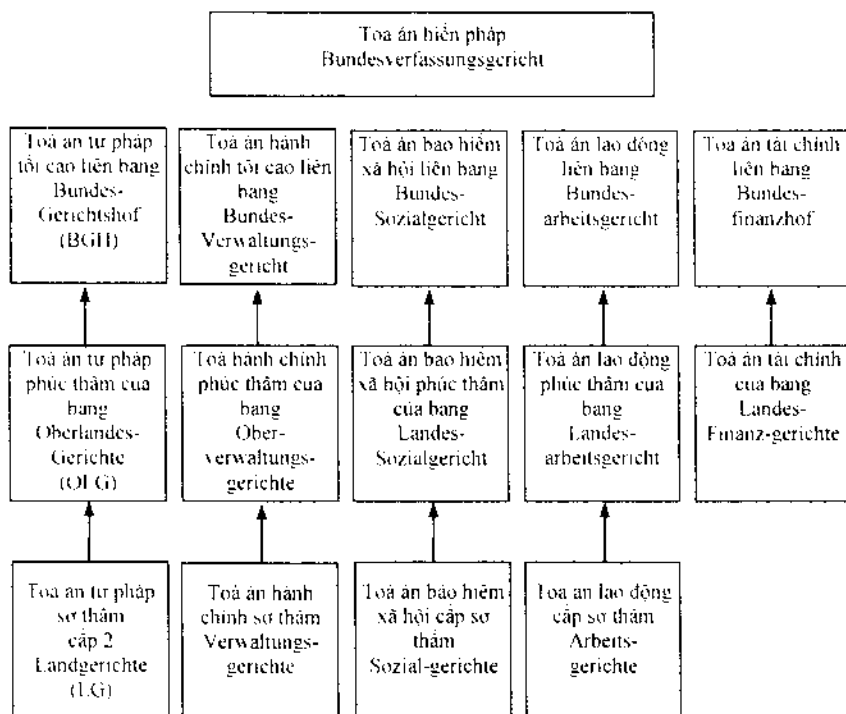
(1). Xem: Sdd. tr. 193.

(2). Xem: Michel Fromont, *Các hệ thống pháp luật cơ bản trên thế giới*, Nxb. Tư pháp 2006, tr. 48.

(3). Xem: Sdd. tr. 48.

người soạn thảo và chứng thực các văn bản pháp luật như di chúc, các hợp đồng mua bán và các giao dịch khác về bất động sản, như vậy họ không những là người soạn thảo hợp đồng, di chúc mà còn tạo ra cho chúng giá trị công chứng thư, lưu giữ các công chứng thư, tư vấn cho các bên và chịu trách nhiệm cá nhân về việc làm của mình. Số lượng các công chứng viên do pháp luật giới hạn, công chứng viên là công chức nhà nước và thường được coi là các chuyên gia về hợp đồng.

SƠ ĐỒ HỆ THỐNG TOÀ ÁN ĐỨC⁽¹⁾



(1).Xem: *Comparative law* – Michael Bogdan, Kluwer Norstedts Juridik Tano 2000, p. 191.

CHƯƠNG III

DÒNG HỌ PHÁP LUẬT ANH - MỸ

(DÒNG HỌ COMMON LAW)

I. KHÁI QUÁT VỀ DÒNG HỌ COMMON LAW

1. Tên gọi của dòng họ pháp luật

Dòng họ pháp luật này được nhắc đến với nhiều tên gọi khác nhau. Có tài liệu gọi dòng họ pháp luật này là dòng họ pháp luật Anh - Mỹ (Anglo - American legal family); có tài liệu gọi là dòng họ pháp luật Anglo - Saxon (Anglo - Saxon legal family); và cũng có tài liệu sử dụng tên “dòng họ pháp luật án lệ” (case law family) hoặc “dòng họ common law” (common law family). Trong giáo trình này, tên gọi “dòng họ common law” sẽ chính thức được sử dụng.

Thuật ngữ “common law” dường như là thuật ngữ tương đối rắc rối vì luôn được sử dụng để hàm chỉ sự tương phản nào đó và nghĩa chuẩn xác của thuật ngữ phụ thuộc vào chính sự tương phản mà thuật ngữ đó hàm chỉ. Về điểm này, Glanville Williams đã ví thuật ngữ “common law” với thuật ngữ “người thể tục” - là thuật ngữ mà nghĩa của nó phụ thuộc vào từng ngữ cảnh và từng thuật ngữ mà nó đi kèm. *Ví dụ:* khi đi với thuật ngữ “luật sư” và “bác sĩ” thì “người thể tục” có nghĩa là một người không phải là

luật sư hoặc không phải là bác sĩ còn khi đi với thuật ngữ “giáo sĩ cơ đốc giáo” thì thuật ngữ này có nghĩa là “người không theo đạo cơ đốc giáo”...⁽¹⁾ Quay trở lại với thuật ngữ “common law”, khi mới ra đời, thuật ngữ này có nghĩa là luật được áp dụng chung trên toàn nước Anh⁽²⁾ chứ không phải là luật của từng địa phương; là luật được áp dụng bởi các toà án hoàng gia, hình thành sau khi người Norman chinh phục được miền đất của người Anglo-saxon ở châu Âu quốc đảo và dần dần được áp dụng thay thế luật lệ và các tập quán địa phương. Nói cách khác, “common law” có nghĩa là “luật khác với luật địa phương”, tức là “luật chung áp dụng thống nhất trên toàn Anh quốc. Ngày nay, nghĩa này của thuật ngữ “common law” đôi khi vẫn được khai thác nhưng không còn là nghĩa thông dụng.

Thuật ngữ “common law” ngày nay được hiểu theo nghĩa thông dụng hơn và thường được đặt trong mối quan hệ với luật thành văn (statutes). Với nghĩa này, có nhiều cách khác nhau để diễn tả “common law” như: luật án lệ (case law), luật do thẩm phán làm ra (judge-made law), luật tập quán (customary law) và luật bất thành văn (unwritten law). Nói cách khác, theo nghĩa này, “common law” là luật không do cơ quan lập pháp làm ra mà được tạo ra bằng các phán quyết của toà án (án lệ) và bằng tập quán pháp. Nhiều nhà nghiên cứu lịch sử pháp luật nói riêng và luật học nói chung của Anh đều cho rằng cách hiểu truyền thống về

(1) Xem: A.T.H. Smith, *Glanville Williams: Learning the Law*, (12th ed.) Steven and Sons (2002), tr. 23-24.

(2) Chỉ bao gồm England vào thời kì đó.

“common law” là tập quán pháp.⁽¹⁾ Thật vậy, “common law” ra đời ở thế kỉ XIII từ thực tiễn hoạt động xét xử của các thẩm phán hoàng gia. Chính họ là những người đã tạo ra common law trong quá trình xét xử lưu động ở các địa phương trên toàn Anh quốc bằng việc thoả thuận áp dụng thống nhất một số tập quán địa phương được lựa chọn và nâng các tập quán đó lên thành tập quán quốc gia. Tuy nhiên, sau khi common law đã được hình thành, thay vì áp dụng tập quán pháp, các thẩm phán hoàng gia đã áp dụng án lệ trong quá trình xét xử trên cơ sở tuân thủ nguyên tắc tiền lệ pháp (Rule of Precedent).

Vẫn chưa hết, thuật ngữ “common law” còn có nghĩa là “luật” chứ không phải “công bằng” (equity). Trước năm 1873, có hai loại toà án song song tồn tại có khả năng đem lại công lí hoàng gia cho người dân.⁽²⁾ Một là toà án pháp luật (court of law hay common law court) chỉ có thể ra quyết định xử phạt đối với những người có hành vi gây thiệt hại cho người khác và thừa nhận chủ sở hữu hợp pháp đối với tài sản. Hai là Toà đại pháp (Court of Chancery) có thẩm quyền xác nhận tính hợp pháp của các quan hệ uỷ thác tài sản và có quyền ra lệnh bắt hoặc cấm chủ thể nào đó thực hiện những hành vi nhất định. Mặc dù từ năm 1875, hai loại toà án này đã

(1). Xem: Sir Mathew Hale, *“The History of the common law”* (2nd Ed., 1716), at 22; W. Blackstone, *“Commentaries on the laws of England”* (1809 Ed.), at 44; W. Twining (Ed) *“The common law and legal theory”*, Basil Blackwell, 1986, Chapter two (Brian Simpson), at 18.

(2). Ngoài hai loại toà án này, ở Anh trong giai đoạn đó còn có một số loại toà án khác như: toà án bách hộ khu là đại hội của những người dân tự do lập nên để giải quyết các tranh chấp trong địa hạt; toà án phong kiến là toà án do các thủ lĩnh địa phương lập nên dưới thời William đệ nhất và dần dần thay thế các toà án bách hộ khu; toà án giáo hội chỉ xét xử những vụ việc xảy ra giữa các tín đồ cơ đốc giáo; toà án thương mại (merchant courts) chỉ xét xử những tranh chấp giữa các nhà buôn.

được sáp nhập và tất cả toà án ở Anh đều phải áp dụng cả common law và equity trong quá trình xét xử nhưng sự phân biệt giữa common law và equity vẫn tiếp tục đóng vai trò quan trọng trong hoạt động xét xử ở Anh. Ví dụ, sự phân biệt này được sử dụng để: (1) Xác định liệu vụ việc được đưa đến toà cần được giải quyết với sự có mặt của bồi thẩm đoàn hay chỉ đơn thuần giải quyết bởi thẩm phán; (2) Để xác định nguyên tắc áp dụng theo đó toà án đưa ra biện pháp cưỡng chế phi vật chất. Với nghĩa này, “common law” còn bao gồm cả những đạo luật được ban hành để sửa đổi án lệ, trong khi “common law” nếu hiểu theo nghĩa tương phản với “statutes” lại không bao gồm luật thành văn.

Thêm vào đó, thuật ngữ “common law” còn có nghĩa là luật không phải luật nước ngoài; nói cách khác, đó là luật của Anh tại Anh quốc và tại cả các thuộc địa của Anh⁽¹⁾ Với nghĩa này, “common law” khác với luật La Mã, luật Hồi giáo, luật Hindu... Cũng theo nghĩa này, “common law” được hiểu rất rộng, bao gồm toàn bộ pháp luật Anh như án lệ, luật thành văn, tập quán pháp và công bằng.

Cuối cùng, thuật ngữ “common law” còn hàm chỉ toàn bộ những hệ thống pháp luật bắt nguồn từ hệ thống pháp luật Anh, ở đó phán quyết của toà giữ vị trí quan trọng trong cấu trúc nguồn luật. Theo nghĩa này, thuật ngữ “common law” tương phản với thuật ngữ “civil law”⁽²⁾ và thường đi với các thuật ngữ “family”

(1). Úc và Canada là những ví dụ điển hình về những quốc gia đã tiếp nhận luật của Anh ở giai đoạn các thuộc địa này mới hình thành.

(2). “Civil law”, trong trường hợp này, là thuật ngữ hàm chỉ những hệ thống pháp luật coi trọng hoạt động pháp điển hoá và thường có bộ luật dân sự đồ sộ; tuy nhiên, phán quyết của toà án ở những hệ thống pháp luật này lại không có được vị trí như phán quyết của toà án trong các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law.

(gia đình) hay “tradition” (truyền thống) hay “system”⁽¹⁾ (hệ thống) để hàm chỉ nhóm hệ thống pháp luật chịu sự ảnh hưởng của hệ thống pháp luật của Anh, thừa nhận án lệ như là nguồn luật chính thống và nguồn luật cơ bản.

Như vậy có thể thấy rằng nghĩa chuẩn xác của thuật ngữ “common law” hoàn toàn phụ thuộc vào ngữ cảnh cụ thể mà thuật ngữ được sử dụng.

2. Những đặc điểm cơ bản của dòng họ common law

Là dòng họ pháp luật có cội nguồn từ hệ thống pháp luật Anh - quốc gia ở châu Âu nhưng dòng họ pháp luật này có một số điểm khác biệt căn bản với dòng họ pháp luật của đại đa số các nước ở châu Âu – dòng họ civil law.

Thứ nhất, common law là dòng họ pháp luật trong đó các hệ thống pháp luật trực thuộc ít, nhiều chịu ảnh hưởng của hệ thống pháp luật của Anh và thừa nhận án lệ như nguồn luật chính thống, tức là thừa nhận học thuyết tiền lệ pháp. Học thuyết tiền lệ pháp ở các hệ thống pháp luật này đều ít, nhiều chi phối hệ thống luật án lệ theo hướng: các phán quyết đã tuyên của toà án cấp trên nói chung có giá trị ràng buộc toà án cấp dưới trong quá trình xét xử các vụ việc hiện tại. Học thuyết này được triển khai áp dụng trên thực tế thông qua việc xuất bản các phán quyết của toà án có giá trị ràng buộc để tạo điều kiện thuận lợi và tạo nguồn tài liệu có hệ thống, đáng tin cậy cho việc áp dụng thống nhất tiền lệ pháp tại

(1). Thuật ngữ “system” (hệ thống) ở đây được hiểu theo nghĩa rộng, là hệ thống lớn gồm nhiều hệ thống nhỏ (là các hệ thống pháp luật quốc gia riêng lẻ) ở bên trong. Nói một cách cụ thể, thuật ngữ “system” trong cụm từ “civil law system” hay “common law system” được hiểu rộng hơn so với trường hợp thuật ngữ này xuất hiện trong các cụm từ “French legal system” hay “English legal system”...

các toà án trên toàn quốc trong công tác xét xử. Tuy nhiên, trong vài thập kỉ gần đây, trong các hệ thống pháp luật này, án lệ không còn là nguồn luật duy nhất mà luật thành văn đã ngày càng trở thành nguồn luật quan trọng, thậm chí là nguồn luật quan trọng hàng đầu, đặc biệt đối với những lĩnh vực không có án lệ. Thực tế này phần nào được lí giải bởi thực tiễn hội nhập giữa các quốc gia trên thế giới đã làm cho các quốc gia nói chung và các nước có hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law nói riêng phải thực hiện các cam kết quốc tế mà họ đã kí kết hoặc tham gia. Trong tiến trình đó, các quốc gia phải nội luật hoá các cam kết với quốc tế bằng cách sửa đổi luật hiện hữu có liên quan tới cam kết quốc tế hoặc ban hành luật mới (nếu chưa có luật điều chỉnh lĩnh vực có liên quan). Việc làm này chỉ có thể được tiến hành một cách nhanh, gọn và dứt khoát bằng con đường xây dựng và hoàn thiện hệ thống luật thành văn.

Thứ hai, thẩm phán trong các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law đóng vai trò quan trọng trong việc sáng tạo và phát triển các quy phạm pháp luật. Nghiên cứu hệ thống pháp luật Anh, cội nguồn của dòng họ common law có thể thấy: pháp luật Anh không được pháp điển hoá như pháp luật của các nước thuộc dòng họ civil law; nước Anh không có những bộ luật chứa đựng toàn bộ những quy phạm pháp luật điều chỉnh lĩnh vực quan hệ xã hội đặc thù nào đó. Nếu hầu như các nước ở châu Âu lục địa đều pháp điển hoá và ban hành các bộ luật: dân sự, tố tụng dân sự, hình sự, tố tụng hình sự và luật thương mại thì nước Anh, theo truyền thống, không ban hành những bộ luật kiểu châu Âu lục địa đó, trừ luật thương mại và luật công ti; thậm chí Anh quốc còn không có hiến pháp thành văn giống như nhiều nước khác ở châu Âu. Theo quan

điểm phổ biến của người Anh, luật thành văn mặc dù được thừa nhận là nguồn luật ở Anh nhưng thực chất chỉ được ban hành dựa trên án lệ nhằm chất lọc, hợp nhất các quy phạm pháp luật nằm rải rác ở các bản án khác nhau. Vì vậy, nếu như các bộ luật trong dòng họ civil law chứa đựng những quy phạm và những nguyên tắc pháp lý mang tính khái quát cao, có chức năng cung cấp giải pháp pháp lý để giải quyết nhiều vụ việc thì ở Anh chức năng đó lại thuộc về các phán quyết do thẩm phán tuyên. Các thẩm phán Anh cho rằng chức năng cơ bản của mình là phán xử, giải quyết tranh chấp. Vì vậy, các thẩm phán Anh thường đặc biệt chú ý tới những tình tiết đặc thù của vụ việc, nghiên cứu kỹ lưỡng vấn đề pháp lý cần giải quyết và phán xét trên cơ sở xác định chính xác tất cả những vụ việc đã được xét xử trong quá khứ có tình tiết tương tự với vụ việc đang được giải quyết ở thời điểm hiện tại. Khi đã tìm ra một hay vài phán quyết của toà án cấp trên xét xử một hay nhiều vụ việc có tình tiết tương tự, họ sẽ tìm đến phần nguyên tắc pháp lý (ratio decidendi) mà các thẩm phán tiền bối đã sáng tạo ra trong các bản án đã tuyên trong quá khứ để áp dụng, giải quyết vụ việc hiện tại. Nếu thẩm phán Anh không muốn áp dụng tiền lệ pháp, anh ta sẽ cố gắng tìm ra những tình tiết của vụ việc để mình chứng cho sự khác biệt giữa vụ việc đó với vụ việc trong tiền lệ pháp hoặc dựa vào luật hoặc dựa vào cả hai yếu tố này. Nếu giải pháp pháp lý cho vụ việc có liên quan được tìm thấy trong cả án lệ và luật thành văn và giữa hai nguồn luật này có sự mâu thuẫn, về nguyên tắc, luật thành văn được ưu tiên áp dụng.⁽¹⁾

(1) Xem: Peter de Cruz, "Comparative Law in a Changing World", Cavendish Publishing Limited, 1999, at 102.

Thứ ba, nhìn chung các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law không có sự phân biệt giữa luật công và luật tư như trong dòng họ civil law, trừ hệ thống pháp luật Anh. Tuy nhiên sự phân biệt giữa luật công và luật tư ở Anh lại không có cùng mục đích như ở các nước thuộc dòng họ civil law. Ở Anh, việc phân biệt hai mảng luật này là nhằm xác định thủ tục tố tụng nào cần áp dụng để giải quyết vụ việc có liên quan; trong khi đó ở các nước thuộc dòng họ civil law, sự phân biệt này nhằm xác định thẩm quyền của toà án giải quyết vụ việc cần đưa ra toà. Mặc dù vậy, sự phân chia hai mảng pháp luật này ở Anh cũng đã lùi vào dĩ vãng cách đây vài thế kỉ.

Thứ tư, chế định pháp luật tiêu biểu của các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law là chế định uỷ thác - chế định đặc thù của hệ thống pháp luật Anh, ra đời do hoàn cảnh lịch sử riêng có của nước Anh, sau đó đã lan sang các nước thuộc địa của Anh. Các nước thuộc dòng họ civil law cũng có chế định pháp luật điều chỉnh những vấn đề tương ứng nhưng với tên gọi “làm giàu bất chính” (unjust enrichment). Chế định làm giàu bất chính trong dòng họ civil law được thiết kế nhằm ngăn chặn những hành vi của các cá nhân với dụng ý giữ lại nhằm chiếm đoạt tiền hoặc những lợi ích vật chất của người khác trái với lương tâm và giáo lí. Trong khi đó, chế định uỷ thác trong dòng họ common law ra đời gắn liền với nhu cầu giải quyết tranh chấp đất đai phát sinh từ hợp đồng uỷ thác đất đai ở Anh thời trung cổ nhằm đưa ra giải pháp công bằng đối với người được uỷ thác có hành vi chiếm dụng đất đai của người uỷ thác trong quá trình thực hiện hợp đồng uỷ thác đất đai. Ngày nay, chế định uỷ thác ở dòng họ common law không còn chỉ giới hạn phạm vi điều chỉnh trong

những quan hệ uỷ thác đất đai mà còn mở rộng sang nhiều quan hệ xã hội thuộc các lĩnh vực khác như thương mại và hàng hải.

Thứ năm, sau khi hình thành ở Anh quốc, common law đã lan sang khắp các châu lục từ châu Phi, châu Mỹ đến châu Úc, châu Á và làm thành dòng họ common law, một trong hai dòng họ pháp luật lớn nhất thế giới. Sự bành trướng của common law của Anh diễn ra trong suốt quá trình Hoàng gia Anh thực hiện chính sách thuộc địa hoá. Tuy nhiên, mức độ ảnh hưởng của common law của Anh đối với các thuộc địa không giống nhau và có thể chia các thuộc địa đó thành hai nhóm.

Một là những miền đất trước khi người Anh xâm chiếm chưa có người sinh sống hoặc chỉ có thổ dân sinh sống nhưng chưa có cuộc sống văn minh (*ví dụ*: Úc, Newzealand...). Common law mà thực dân Anh đưa vào những thuộc địa này được tiếp nhận một cách tự nhiên. Những thuộc địa này thường có hệ thống pháp luật rất gần gũi với hệ thống pháp luật Anh.

Hai là những miền đất trước khi người Anh chinh phục đã có chủ lãnh bản địa hoặc đã từng là thuộc địa của một cường quốc châu Âu, nay người Anh giành được hoặc được chuyển nhượng. Đối với những thuộc địa này, người Anh áp dụng chính sách kiên định là tiếp tục duy trì pháp luật và thậm chí cả hệ thống toà án bản địa chứ không thay thế bằng common law của Anh. *Ví dụ*, khi người Anh thế chân người Pháp ở Bắc Mỹ, người Anh đã phải thừa nhận người Bắc Mỹ gốc Pháp sống ở lưu vực sông St. Lawrence có quyền tiếp tục áp dụng luật tư của họ được xây dựng dựa trên tập quán pháp Paris; tương tự, khi thế chân người Hà Lan ở Nam Phi, người Anh đã không thay thế luật Hà Lan (thuộc

dòng họ civil law) đã và đang áp dụng tới thời điểm đó ở miền đất này bằng common law của Anh; thế rồi sau khi Ấn Độ và nhiều nước châu Phi trở thành thuộc địa của Anh, người Anh cũng không thay thế luật Hồi giáo, luật Hindu và các tập quán bất thành văn của người Phi bằng common law của Anh... Điều đó lí giải tại sao một số thuộc địa của Anh ngày nay và một số quốc gia đã từng là thuộc địa của Anh lại có hệ thống pháp luật không thuộc dòng họ common law.

Tuy nhiên cũng có một vài ngoại lệ diễn ra đối với những thuộc địa thuộc nhóm hai. Đó là khi hệ thống pháp luật ở những miền đất người Anh xâm chiếm không hỗ trợ cho người Anh thực hiện mục đích thuộc địa hoá của mình, người Anh sẽ thay thế hệ thống pháp luật bản địa bằng common law của Anh. Hồng Kông và Singapore là những ví dụ tiêu biểu cho những thuộc địa kiểu này.

II. HỆ THỐNG PHÁP LUẬT ANH

Vương quốc Anh (United Kingdom of Great Britain) và Bắc Ailen (Northern Ireland) được hợp thành bởi bốn nước là England, Wales, Scotland và Northern Ireland với ba lãnh thổ tách bạch mà mỗi lãnh thổ đều có hệ thống toà án và nghề luật riêng, đó là: (1) England và xứ Wales; (2) Scotland và (3) Northern Ireland. Vương quốc Anh được thành lập năm 1801 với tư cách là Liên hiệp Anh và Ireland nhưng chỉ giành được địa vị như ngày nay từ năm 1922, với sự tham gia của Ireland và việc thành lập Nhà nước cộng hoà Ireland độc lập.

Vương quốc Anh gia nhập Cộng đồng châu Âu (hiện nay là Liên minh châu Âu) từ năm 1973 và từ đó, luật của Liên minh châu Âu cũng trở thành bộ phận của pháp luật Anh đồng thời Anh

phải thừa nhận thẩm quyền của Toà án châu Âu trong việc xét xử những vụ việc có liên quan tới luật của Liên minh châu Âu.

1. Sự hình thành và phát triển của pháp luật Anh⁽¹⁾

1.1. Pháp luật Anh thời đế quốc La Mã trị vì

Nếu nói đến pháp luật của Anh dưới giác độ luật án lệ áp dụng chung trên toàn nước Anh thì có thể coi lịch sử pháp luật của Anh bắt đầu từ sau chiến thắng của người Norman ở trận chiến Hastings. Tuy nhiên, trước đó không phải nước Anh không có luật, chỉ có điều, pháp luật thời Anglo-Saxon và thậm chí trước đó, thời đế quốc La Mã có rất ít ảnh hưởng đối với hệ thống pháp luật Anh ngày nay. Thường xa xưa, tương tự như các dân tộc khác ở châu Âu lục địa, người Anh cũng đã có luật bất thành văn tồn tại dưới dạng tập quán địa phương, truyền từ thế hệ này sang thế hệ khác. Hiển nhiên là tập quán pháp của các địa phương qua các thế kỉ cũng đã được sửa đổi cho phù hợp với thời đại nhưng có lẽ ít ai biết được một cách chính xác sự thay đổi đó đã diễn ra khi nào và dưới sức ép nào.

Vào những năm 55 đến năm 54 trước Công nguyên, Julius Caesar đã xâm chiếm nước Anh và biến nước Anh thành một tỉnh của đế quốc La Mã. Các bộ tộc người Celtic lúc đó, có tập quán pháp và ngôn ngữ lan rộng khắp nước Anh, trừ một vài nơi ở miền Bắc đã tiến hành khởi nghĩa để chống lại ách thống trị của người La Mã. Tuy nhiên, đế quốc La Mã cũng đã hoàn tất việc chinh phục nước Anh vào năm 78. Trong gần bốn thế kỉ cai trị

(1).Xem: Glendon. Gordon. Osakwe. "Comparative Legal Traditions", 1994, Westgroup, at 438-440; K. Zweigert and H. Kotz. "Introduction to Comparative Law", (3rd Ed., 1998), at 181- 197; Wikipedia, the Free Encyclopedia: "Common law".

nước Anh, đế quốc La Mã đã để lại những ảnh hưởng nặng nề đối với nền văn hoá Anh, ví dụ tư tưởng ngưỡng mộ hoa hồng của người Anh.⁽¹⁾ cũng như cách thức xây dựng hệ thống đường sá, hay thói quen sử dụng tiếng Latin và sử dụng lò sưởi trung tâm... của người Anh đều là do chịu sự ảnh hưởng của nền văn hoá La Mã. Tuy nhiên, đế quốc La Mã đã không ban cho người dân bản địa hệ thống pháp luật La Mã; nước Anh đã không được phát triển mà chỉ đơn thuần bị đế quốc La Mã chiếm đóng và luật La Mã chỉ là khía cạnh không quan trọng, không phải là mục đích của sự chiếm đóng đó và chỉ được sử dụng để điều chỉnh mối quan hệ giữa những cư dân người La Mã. Tuy nhiên việc áp dụng luật La Mã trong phạm vi cư dân La Mã đó cũng đã suy giảm từ năm 410, sau khi quân đoàn La Mã rút khỏi nước Anh và không bao giờ trở lại. Những gì đế quốc La Mã đóng góp cho hệ thống pháp luật Anh chỉ là những đóng góp gián tiếp, diễn ra thông qua sự rơi rớt lại của những tàn dư của thể chế xã hội văn minh.

1.2. Pháp luật Anh thời Anglo-Saxon

Người La Mã ra đi và để lại một vài nhà truyền đạo cơ đốc giáo trẻ tuổi, cùng với người Anh chống lại sự tấn công và xâm chiếm của các bộ tộc Germanic gồm Angles, Danes, Jutes và Saxon. Một lần nữa, xã hội Anh lại bị thống trị bởi cộng đồng các bộ tộc khác nhau và luật áp dụng chủ yếu lúc đó vẫn là tập quán bất thành văn của các địa phương. Những nỗ lực của các luật gia

(1). Trong nền văn hoá La Mã từ thuở ban đầu, hoa hồng được coi là yếu tố quan trọng trong đời sống của tầng lớp giàu có trong xã hội. Hoa hồng được sử dụng để trang trí trong các buổi lễ hội, tiệc tùng, đám cưới, đám tang, để trang trí các đài kỉ niệm và thậm chí để trang hoàng xe ngựa và khắc lên khiên gỗ... Người La Mã còn tắm trong nước hoa hồng, đeo vòng hoa hồng, làm kẹo, rượu bằng cánh hoa hồng và thậm chí còn là n thuốc bằng cánh hoa, đài hoa và hạt hoa hồng. Xem thêm: <http://www.urbanext.uiuc.edu>.

thời Justinian và Byzantine ở thế kỉ thứ VI nhằm biên soạn Corpus Juris Civilis (Tập hợp các nguồn luật La Mã) đã không có ảnh hưởng tới Anh nhiều hơn so với ảnh hưởng của thời phục hồi nghiên cứu luật La Mã ở các trường đại học ở châu Âu lục địa vào thế kỉ XI.

Trước thế kỉ thứ X, Anh quốc bị chia cắt thành nhiều vương quốc nhỏ; cái được gọi là toà án thực chất là các cuộc họp công cộng (public assemblies) với các thẩm phán không chuyên nghiệp. Các vụ việc được giải quyết tại cái tạm gọi là toà án như một sự tình cờ. Ban đầu, nước Anh không có luật hình sự, tất cả các vụ việc đều được coi là vụ việc dân sự và việc giải quyết các vụ việc này hoàn toàn phụ thuộc vào việc người bị hại có khiếu nại để đưa người có hành vi sai trái ra trước công lí hay không. Tuy nhiên, đến khi các hoàng đế Anglo-Saxon tiến hành ấn định hình phạt cho hàng loạt tội phạm để bảo vệ quyền lợi của Hoàng gia và lợi ích công cộng thì cũng là lúc luật hình sự của Anh hình thành.

Các toà án được tổ chức dưới hình thức đơn giản nói trên tiến hành xét xử dựa vào tập quán địa phương. Khi đó người Anh chưa biết đến những nguyên tắc phức tạp trong tố tụng như nguyên tắc về chứng cứ cũng như kiểm tra chứng cứ. Việc xét xử được thực hiện thông qua các hình thức thử thách, theo đó bị cáo sẽ được kết luận là vô tội hay có tội sau khi bị cáo được thử thách bằng cách cầm thanh sắt nung đỏ hoặc ôm một tảng đá nóng lấy ra từ vạc nước sôi hoặc bằng cách áp dụng một vài hình thức thử thách khác. Nếu vết thương của bị cáo lành lại sau một thời gian nhất định, bị cáo sẽ được tuyên là vô tội và được phóng thích; trường hợp ngược lại, bị cáo sẽ bị hành quyết.

Vào thế kỉ thứ X, Hoàng đế Alfred của vùng Wessex đã thành công trong việc thống nhất đất nước và trong việc sáng lập ra vương quốc lớn. Sự kiện này được cho là lí do thực sự để phát triển common law và tăng cường sức mạnh chống lại sự ảnh hưởng của luật La Mã ở Anh. Vương quốc Anh lúc này được chia thành các quận (Shires), dưới cấp quận là cấp “bách hộ khu” hay khu vực 100 hộ (Hundreds) và dưới cấp “bách hộ khu” là “thập hộ khu” hay khu vực gồm 10 hộ (township) là đơn vị hành chính nhỏ nhất.⁽¹⁾ Các quận và bách hộ khu đều có toà án với thẩm quyền xét xử bị giới hạn trong phạm vi lãnh thổ của địa phương.

Toà án cấp quận (Shire Court) được triệu tập tối thiểu hai lần trong một năm và do quận trưởng chủ tọa phiên toà. Thẩm quyền của toà án cấp quận rộng nhưng toà án này chỉ thụ lí vụ việc để xét xử khi toà án “bách hộ khu” từ chối trao công lí cho bên nguyên. Phán quyết của toà án cấp quận có thể được kháng cáo lên Hoàng đế Anglo-Saxon trong trường hợp toà án cấp quận từ chối trao công lí cho bên nguyên. Toà án bách hộ khu thực chất là đại hội của những người dân tự do trong bách hộ khu, được triệu tập mỗi tháng một lần và do người đứng đầu bách hộ khu chủ tọa. Toà có thẩm quyền giải quyết các vụ việc dân sự và hình sự. Phán quyết của toà phải được tất cả những người dân tự do trong bách hộ khu chấp thuận.

1.3. Pháp luật Anh sau cuộc chinh phục của người Norman (từ thế kỉ XI đến cuối thế kỉ XIV)

1.3.1. Giai đoạn áp dụng tập quán pháp

Chiến thắng của William ở Hastings giống như sự kế vị hơn

(1).Xem: I.B. Curzon, “*English Legal History*”, Macdonald and Evans Ltd., (1976) at 7.

là cuộc chinh phục nước Anh. Pháp luật của Anh lúc đó, như hỗn tạp của các tập quán địa phương, vẫn tiếp tục được duy trì sau khi William lên ngôi hoàng đế (William đệ nhất). William đệ nhất đã tịch thu tất cả đất đai, tuyên bố quyền sở hữu của mình đối với đất đai trên toàn quốc và coi tất cả những người sử dụng đất ở Anh quốc là người thuê đất. William đệ nhất đã phân chia đất đai cho các thuộc hạ tín cẩn nhất của mình để lôi kéo lòng trung thành và sự phụng sự của họ nhưng cũng đủ khôn ngoan để giới hạn phần đất mà mỗi thuộc hạ được chia và phân tán phần đất chia cho các thuộc hạ ra khắp nơi trên toàn quốc nhằm ngăn chặn khả năng các thuộc hạ tập trung tiềm lực quân sự, đe dọa ngai vàng của mình. Ngày nay, toàn bộ đất đai ở vương quốc Anh vẫn là tài sản của Hoàng gia, các tổ chức và cá nhân ở Anh chỉ có quyền sử dụng đất mà không có quyền sở hữu đất.

William đệ nhất giành được ngai vàng ở Westminster nhưng nhiệm vụ ở Normandy vẫn thu hút sự chú ý của vị Hoàng đế này. Tuy nhiên, việc thiết lập thành công nền thống trị tập trung cao độ ở Westminster đã cho phép William đệ nhất có thể dùng số ít người Norman để quản lí thành công một số lượng lớn người Saxon. Trong thời kì đầu người Norman cai trị nước Anh, không có sự phân chia quyền lực nhà nước. William đệ nhất đã thành công trong việc xây dựng chế độ phong kiến hà khắc và tập trung cao độ với tổ chức tương đối đơn giản trong đó Vua là lãnh chúa phong kiến tối cao, thu tóm tất cả quyền tư pháp, lập pháp và hành pháp.

Trong lĩnh vực tư pháp, William đệ nhất đã thực thi quyền lực của quan chánh án tối cao, chỉ giải quyết những vấn đề làm Hoàng gia lo ngại ở Westminster và những tranh chấp hết sức đặc biệt;

còn những vấn đề của địa phương vẫn tiếp tục do các toà án quận/huyện và toà án bách hộ khu giải quyết.⁽¹⁾

Trong lĩnh vực lập pháp, William đệ nhất đã không bãi bỏ và cũng không tức thì sửa đổi pháp luật truyền thống vào năm 1066. Trên thực tế, nhu cầu quản lí hành chính chứ không phải hoạt động lập pháp đã đóng vai trò quan trọng trong việc quyết định bản chất của common law ở Anh.

Trong lĩnh vực hành pháp, William đệ nhất đã cho lập sổ điền thổ vào năm 1086, thống kê tất cả đất đai của Quốc vương có trên Anh quốc nhằm đảm bảo số thuế lớn hơn sẽ được tập trung vào ngân sách Hoàng gia. Cùng với việc lập sổ điền thổ, William đệ nhất đã thành lập ra Hội đồng cố vấn của Quốc vương (Curia Regis) gồm Vua và các cố vấn, trong đó Vua là người đứng đầu và hành động theo ý kiến tư vấn của Hội đồng. Chức năng chủ yếu của Hội đồng là kiểm soát việc nộp thuế của các thuộc hạ của Vua. Tuy nhiên, đến thời Henry đệ nhất (1110 - 1135), Hội đồng cố vấn đã phát triển thành Toà án tài chính (Court of Exchequer), không chỉ đơn thuần thực hiện chức năng kiểm soát mà còn thực hiện chức năng xét xử đối với tất cả các vụ việc có liên quan tới thuế. Lí do tài chính cũng là lí do cơ bản làm tăng sự can thiệp của Chính phủ Hoàng gia trung ương vào các quan hệ pháp luật dân sự và hình sự có liên quan đến nghĩa vụ nộp thuế. Nhà vua vì vậy có thẩm quyền đặc biệt đối với tất cả các tội phạm nghiêm trọng và tiền phạt cũng như tài sản tịch thu đã trở thành nguồn thu mới của Hoàng gia. Bằng cách đó, tư pháp Hoàng gia đã phát

(1). Các toà án này vẫn tiếp tục tồn tại ở giai đoạn đầu người Norman trị vì Anh Quốc nhưng sau đó đã dần dần bị thay thế bởi các toà án phong kiến (Court of Baron, Court Leet, Manorial Courts).

triển trong giai đoạn từ thế kỉ XII tới thế kỉ XIII từ thẩm quyền đặc biệt để giải quyết những vụ việc tài chính của quốc gia trở thành thẩm quyền chung, giải quyết phạm vi rộng rãi các vụ việc. Hệ quả là từ Hội đồng cố vấn của Quốc vương, ba toà án trung ương thường trực đã dần dần hình thành với đội ngũ thẩm phán chuyên nghiệp, có quyền thay mặt Quốc vương thực hiện việc xét xử. Đó là: (1) Toà án tài chính (Court of Exchequer) giải quyết những vụ việc có liên quan tới thuế má; (2) Toà án thẩm quyền chung (Court of Common Pleas) có thẩm quyền giải quyết những vụ khiếu kiện thông thường giữa các cá nhân và thẩm quyền giám sát các toà án truyền thống cấp dưới (được thành lập từ năm 1066, đứng đầu là các quận trưởng – sheriffs - do hoàng gia bổ nhiệm); (3) Toà án Quốc vương (Court of King's Bench) có thẩm quyền giải quyết các vụ việc chính trị đặc biệt nghiêm trọng. Các toà án này được đặt tại Westminster với thẩm quyền được thiết lập từ năm 1300 và không thay đổi cho tới tận thế kỉ XVII.

Cùng với sự ra đời của chế độ phong kiến tập trung, dưới thời William đệ nhất, hệ thống toà án phong kiến của các thủ lĩnh địa phương (baronial courts) cũng đã được thành lập, dần dần thay thế các toà án bách hộ khu và toà án quận đồng thời các toà án giáo hội cũng đã hình thành. Tuy nhiên, sau này hầu như chỉ còn lại hai loại toà án ở Anh là Toà án Hoàng gia và toà án giáo hội do toà án phong kiến đã dần bị thay thế bởi Toà án Hoàng gia. Một vài lí do dẫn đến sự thay thế này có thể kể đến như: (1) Có sự trùng lặp về thẩm quyền giữa Toà án Hoàng gia và toà án phong kiến; (2) Thủ tục tố tụng của Toà án Hoàng gia hiện đại hơn; (3) Các thẩm phán hoàng gia có uy tín hơn thẩm phán của các toà án phong kiến.

Chế độ phong kiến của William đệ nhất còn có tác động sâu sắc tới quyền sử dụng đất và luật đất đai ở Anh. Việc hệ thống hoá các tập quán địa phương nâng lên thành tập quán quốc gia để đưa vào sử dụng ở Anh đã làm hình thành nên kết cấu đồ sộ của common law sau này. Mô hình chính phủ tập trung cao độ và nhu cầu bức bách về một quốc gia thống nhất đã thúc đẩy sự phát triển của hệ thống pháp luật quốc gia ở Anh.

1.3.2. Giai đoạn hình thành và phát triển của common law

a. Sự ra đời của common law

Sau triều đại của William đệ nhất, nước Anh đã có nhiều hoàng đế nhưng vị hoàng đế có công lao lớn trong việc thúc đẩy sự ra đời của common law, với nghĩa là luật chung áp dụng thống nhất trên toàn nước Anh là Henry đệ nhị (1154 - 1189). Henry đệ nhị là hoàng đế đầu tiên của Anh quốc đã giành được nhiều thành tựu trong việc trị quốc và một vài thành tựu đó là đã thể chế hoá thành common law từ việc nâng các tập quán địa phương lên thành tập quán quốc gia và kết thúc sự kiểm soát của luật bất thành văn ở từng địa phương; để loại trừ các biện pháp cưỡng chế tùy tiện và phục hồi hệ thống bồi thẩm nhằm điều tra những khởi kiện hình sự và khiếu kiện dân sự có cơ sở. Bồi thẩm đoàn đi đến phán quyết thông qua việc đánh giá bằng sự hiểu biết, bằng nhận thức của mình về vụ việc chứ không thông qua việc đưa ra chứng cứ. Đây là kiểu thủ tục tố tụng rất khác với thủ tục tố tụng của hệ thống toà án dân sự và hình sự ngày nay ở Anh.

Henry đệ nhị đã cử các thẩm phán từ Toà án Hoàng gia đặt tại thủ phủ Westminster của Anh quốc đi giải quyết tranh chấp ở các địa phương trên toàn quốc. Ban đầu, các thẩm phán giải quyết

tranh chấp theo một cách thức đặc biệt, phụ thuộc vào cách họ hiểu ra sao và nhận thức như thế nào về tập quán địa phương có liên quan đến vụ việc. Sau mỗi vụ xét xử như vậy, các thẩm phán Hoàng gia lại quay trở về Westminster và thường thảo luận về những vụ án mà họ đã xử, về tập quán pháp mà họ đã áp dụng và về những phán quyết mà họ đã ra. Các phán quyết đó đã được ghi chép lại và được gọt giũa, sắp xếp có hệ thống. Theo thời gian, một nguyên tắc có tên “stare decisis” hay còn được biết đến như “rule of precedent” đã phát triển, theo đó thẩm phán bị ràng buộc bởi những phán quyết có liên quan của các thẩm phán khác trong quá khứ, bởi cách giải thích pháp luật của các thẩm phán tiền bối. Kết quả là khi xét xử những vụ việc tương tự ở thời điểm hiện tại, người thẩm phán có nghĩa vụ áp dụng cùng những nguyên tắc đã được các thẩm phán tiền bối áp dụng. Nói cách khác, nếu hai vụ việc có tình tiết tương tự thì phán quyết mà toà án ra để giải quyết hai vụ việc đó sẽ phải có kết cục tương tự. Trên cơ sở áp dụng nguyên tắc tiền lệ pháp này, các phán quyết của toà án đã được duy trì và ngày càng trở nên cứng nhắc đồng thời các tập quán địa phương thời tiền Norman đã từng bước bị thay thế bằng tiền lệ pháp, áp dụng thống nhất trên toàn Anh quốc.

Henry đệ nhị đã sáng tạo ra hệ thống toà án đầy quyền lực và thống nhất tới mức đã hạn chế được cả thẩm quyền của toà án giáo hội và đặt mình vào thế xung đột với nhà thờ. Trong lịch sử pháp luật Anh, common law được phát triển bởi các Toà án Hoàng gia đã được thừa nhận rộng rãi trên toàn vương quốc đến vài thế kỉ, trước khi Nghị viện Anh được trao quyền lập pháp.

Nếu xét về phương diện luật thành văn, triều đại Edward đệ

nhất (1272 - 1307) đã chứng kiến sự gia tăng nhanh chóng của các văn bản pháp luật và vì vậy, Edward đệ nhất được mệnh danh là Justinian của Anh quốc. Sự bùng nổ về số lượng của luật thành văn trong giai đoạn này⁽¹⁾ đã làm cho common law phát triển một cách chậm chạp. Chỉ tới thế kỉ XIX, khi diễn ra cuộc cải tổ pháp luật, nước Anh mới lại được chứng kiến sự phát triển tương tự của luật thành văn.

b. Đặc điểm của common law⁽²⁾

Common law là nền tảng dựa vào đó pháp luật của Anh đã hình thành và phát triển. Sự lớn mạnh của common law thể hiện ở sự phát triển của luật hình sự, luật hợp đồng và luật bồi thường trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng. Những thành tựu mà common law đạt được thể hiện chính ở sự trụ vững của common law trước sự kinh địch của luật La Mã; ở tinh thần của common law đã thấm sâu vào nền tảng triết học chính trị của Anh; và ở sự lan tỏa của common law của Anh sang các châu lục khác hay sự ảnh hưởng của common law đối với nhiều hệ thống pháp luật trên thế giới.

Common law của Anh là luật quốc gia lâu đời nhất ở châu Âu, hoàn toàn khác với luật chung của châu Âu (jus commune) áp dụng từ thế kỉ XIV đến cuối thế kỉ XVI) và cũng hoàn toàn khác với luật chung được nghiên cứu bởi các học giả ở các trường đại học ở châu Âu (common learned law). Việc hiện đại hoá pháp luật đã diễn ra rất sớm ở Anh và được thực hiện một cách rất có hệ thống. Hoạt động của các thẩm phán Hoàng gia ở Westminster

(1).Xem: Danh mục các đạo luật được ban hành trong giai đoạn này tại: L.B. Curzon, "English Legal History", 1968, Macdonald & Evans Ltd. at 27-28.

(2).Xem: Max Rheinstein, "Common law and civil law: An Elementary Comparison". 22 *Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico* (1952-3).

cũng như ở các toà án lưu động và hàng loạt những hành động khác của họ đã làm hình thành nên toàn bộ pháp luật của Anh. Bộ phận pháp luật mới này và hệ thống toà án đã sản sinh ra common law đều thuộc về quốc gia và Hoàng gia chứ không thuộc về các lãnh chúa địa phương. Vua và các thẩm phán của mình (thẩm phán Hoàng gia) là những người hỗ trợ cho toàn bộ hệ thống pháp luật, toà án: và phạm vi áp dụng của common law bao trùm trên khắp Anh quốc. Khác với châu Âu lục địa, nơi mà tập quán địa phương và tập quán vùng giữ địa vị tối cao mà ngay cả toà án trung ương khi xử phúc thẩm cũng phải sử dụng tập quán địa phương có liên quan, luật đã được hiện đại hoá của Anh có xuất phát điểm là luật bản địa, dựa trên các tập quán nổi tiếng và những thông lệ quen thuộc, ít chịu ảnh hưởng của luật La Mã. Nói cách khác, common law của Anh có một số điểm khác với luật của các nước châu Âu lục địa.

Thứ nhất, “common law” xuất hiện vào thế kỉ XIII ở Anh là hệ thống pháp luật tập trung cao độ. Sự ra đời của common law chủ yếu dựa vào ba yếu tố: (1) Các cuộc vi hành của các thẩm phán Hoàng gia lưu động trong quá trình thực thi công lí ở tất cả các vùng của vương quốc Anh; (2) Sự phát triển của chính phủ phong kiến tập trung đã sản sinh ra tính bất biến trong quản lí nhà nước (uniformity of administration); (3) Tầm quan trọng ngày càng tăng lên của các Toà án Hoàng gia.

Common law có được sự tập trung cao độ không phải bằng sự đàn áp hay phủ nhận các toà án địa phương mà chính là do người khiếu kiện có thể tiếp cận thủ tục tố tụng hiện đại hơn và các giải pháp pháp lí hiệu quả hơn được khai thác và sử dụng ở Toà án Hoàng gia so với thủ tục tố tụng và giải pháp pháp lí được khai

thác và sử dụng bởi các toà án địa phương. Người dân Anh đến với Toà án Hoàng gia thông qua các thẩm phán lưu động, di chuyển khắp nơi trên toàn Anh quốc để thực thi công lí Hoàng gia tại các địa phương theo lệnh của triều đình. Một trong những lợi thế không thể phủ nhận được của phán quyết của Toà án Hoàng gia so với phán quyết của toà án phong kiến là phán quyết đó được cưỡng chế bằng quyền lực nhà nước. Bên cạnh đó, sự có mặt tất yếu của bồi thẩm trong các vụ việc dân sự ở các Toà án Hoàng gia cũng là một trong những lí do mấu chốt giải thích tại sao người Anh thích lựa chọn Toà án Hoàng gia hơn các toà án phong kiến địa phương để khiếu kiện.

Thứ hai, các thành tố quan trọng của common law gồm: (1) Những quy phạm rút ra từ những khái niệm pháp lí thời Anglo-Saxon và được thực thi bởi toà án hoàng gia từ thời thượng cổ; (2) Tập quán pháp dựa trên những quyền đã được thiết lập lâu đời, qua nhiều thế hệ, đã được phát triển và sửa đổi; (3) Các phán quyết của toà án. Phán quyết của toà án là thành tố vô cùng quan trọng trong common law mặc dù thực chất những phán quyết này cũng được xây dựng dựa trên vô số tập quán và truyền thống có từ lâu đời hay như người ta thường nói, common law là toàn bộ pháp luật do Toà án Hoàng gia tạo ra từ những tập quán phổ biến của địa phương. Trong thực tiễn, các tập quán thời Anglo-Saxon và thời Norman có liên quan đến đất đai đã định hình common law ở giai đoạn đầu khi common law mới hình thành. Tuy nhiên, sau này, chính sự phát triển của chủ nghĩa phong kiến Anh với nhiều đặc điểm khác thường đã quyết định bản chất của common law. Nói cách khác, common law là bộ phận pháp luật Anh mà từ khi hình thành cho tới trước cuộc cải cách tư pháp (1873-1875)

được thực thi bởi các Toà án Hoàng gia. Bộ phận pháp luật này có nguồn gốc từ những tập quán cổ, được thừa nhận rộng rãi và sau đó chủ yếu được phát triển và được gọt giũa thông qua các phán quyết của toà án qua nhiều thời đại.

Thứ ba, common law được xem như việc luận ra hay bộc lộ pháp luật thông qua các phán quyết đã được tuyên của Toà án Hoàng gia. Vì vậy, các thẩm phán Hoàng gia không chỉ được coi như những nhà làm luật mà đúng hơn là những người tuyên bố hay bộc lộ pháp luật. Tiềm lệ pháp vì vậy đóng vai trò hết sức quan trọng trong việc xây dựng và phát triển common law. Các thẩm phán Hoàng gia, nếu lúc khởi nghiệp không giàu có và quyền thế thì sau khi hành nghề trở nên giàu có và quyền thế vì vai trò của họ trong xã hội và quan hệ gần gũi của họ với Quốc vương. Họ đã làm hình thành nên đội ngũ thẩm phán của Nhà vua, gồm những thẩm phán có phẩm chất xuất sắc, được tuyển chọn kỹ lưỡng. Rất ít người trong số các thẩm phán này đã được học luật dân sự hay luật giáo hội nhưng chính thực tiễn hoạt động xét xử đã làm cho họ trở thành những thẩm phán chuyên nghiệp và common law đã được phát triển nhờ có đội ngũ thẩm phán này.

Các thẩm phán thực hành này được đào tạo theo một cách thức rất khác với các thẩm phán ở châu Âu lục địa. Nói một cách chính xác, trong rất nhiều thế kỉ, Anh quốc không có lớp đào tạo thẩm phán mà chỉ có lớp đào tạo luật sư. Luật sư Anh được đào tạo tại các dinh thự (Inns of Court), là các cơ sở đào tạo luật do đoàn luật sư tổ chức. Các cơ sở dạy nghề này được ví như những trường cao đẳng kỹ thuật, ở nơi đó, các luật sư tương lai học nghề từ những người thầy thực hành, tương tự như những thợ thủ công thời trung cổ học nghề từ người thợ cả. Như vậy, trong lịch sử,

các luật sư Anh không học nghề tại các trường đại học và không phải là học trò của các học giả, các giáo sư chìm đắm trong các cuộc luận chiến và đến từ các trường phái khoa học pháp lý khác nhau như những gì diễn ra ở các nước châu Âu lục địa. Chính từ đội ngũ luật sư thực hành này, người Anh đã lựa chọn ra những thẩm phán đủ tư cách để đóng vai trò là người cầm cân nảy mực tại các phiên toà xét xử diễn ra trong hệ thống toà án Anh.

Thứ tư, nói đến sự phát triển của common law không thể không đề cập sự phát triển của hệ thống trát (writ system). Hình thức khởi kiện (forms of action) hay hệ thống trát là đặc điểm quan trọng nhất của hệ thống pháp luật Anh thời trung cổ. Trong quá trình phát triển của common law ở Anh, hình thức khởi kiện và thủ tục tố tụng tương ứng đóng vai trò hết sức quan trọng.

Trát là văn bản hành chính dưới dạng một bức thư, được chứng thực bằng dấu đóng tên trát, được dùng vào mục đích hành chính và tư pháp. Khi vua cấp trát cũng là lúc vua ra lệnh cho bên có liên quan thực thi công lý ngay lập tức đối với các đương sự có tên trong trát. Trên thực tế, vua không trực tiếp cấp trát cho bên thỉnh cầu mà thường uỷ quyền cho viên Đại pháp quan (là quan cận thần của vua và là người nắm vững không chỉ common law mà cả luật giáo hội)⁽¹⁾ thực hiện công việc này. Theo thời gian, những đơn xin cấp trát được trực tiếp gửi tới Đại pháp quan.

Trên thực tế, hệ thống trát Hoàng gia đã được sử dụng ở nước Anh trước cuộc chinh phục của người Norman nhưng lại chủ yếu được phát triển và hoàn thiện ở giai đoạn sau đó. Từ xa xưa,

(1). Trong nhiều thế kỉ, Đại pháp quan luôn luôn là tín đồ cơ đốc giáo trừ viên Đại pháp quan có tên Thomas More, được bổ nhiệm sau năm 1529. Xem: K. Zweigert (Sđd) at 188.

những người dân bất bình vì phần đất của mình bị lấn chiếm, đã thường tìm đến Nhà vua để xin được bồi thường và nêu thuyết phục được Nhà vua. Vua sẽ phát hành trát yêu cầu bên có liên quan trả lại đất cho người thưa kiện. Việc phát hành trát được tiến hành ngay sau khi nhà vua nghe trình bày từ một phía (bên nguyên) và bên bị không có cơ hội để giải thích cho hành động của mình, vì vậy hiển nhiên thủ tục này bất lợi cho bên bị. Nếu nhà vua được nghe từ cả hai phía (bên nguyên và bên bị) thì sẽ không đặt bên bị vào thế bất lợi như vậy. Sự khiếm khuyết này sau đó đã nhanh chóng được phát hiện và câu từ của trát đã được sửa đổi để cường chế thi hành giải pháp pháp lí chỉ sau khi bên bị không chứng minh được mảnh đất có liên quan thuộc quyền sử dụng chính đáng của mình hoặc khi bên nguyên có thể chứng minh rằng bên bị đã tước đoạt mảnh đất của mình một cách phi lí. Để các bên đương sự minh chứng được quyền lợi chính đáng của mình đối với mảnh đất có liên quan, cần có sự thẩm tra của toà án và cần có chứng cứ về những sự kiện có liên quan. Chính nhu cầu thực tiễn này trong giải quyết tranh chấp đất đai ở Anh từ xa xưa đã làm nền tảng cho tổ tụng đối kháng hình thành và phát triển ở đất nước này.

Ở Anh thời trung cổ, nói đến “hình thức khởi kiện” là nói đến các loại trát được sử dụng như một loại giấy thông hành do vua cấp để bên nguyên có thể bước qua cửa Toà án Hoàng gia, tiếp cận với công lí nhằm giải quyết những oan khuất của mình. Mỗi loại khiếu kiện sẽ có một loại trát tương ứng, vì vậy, tùy thuộc vào bản chất của việc khiếu kiện mà bên nguyên cần giành được loại trát phù hợp mới hy vọng đơn khiếu kiện của mình được Toà án Hoàng gia thụ lí, giải quyết. Nói cách khác, nếu không có trát thích hợp với bản chất vụ việc, toà án có quyền bác đơn khiếu

kiện của bên nguyên. Như vậy, một vụ kiện chỉ có thể được tiến hành nếu bên nguyên giành được trát thích hợp từ viên đại pháp quan của vua; việc không giành được trát thích hợp cũng đồng nghĩa với việc bên nguyên sẽ mất quyền khởi kiện. Loại trát được phát hành sẽ quyết định hình thức khởi kiện và thủ tục tố tụng áp dụng để giải quyết vụ việc.

Ban đầu chỉ có ba hình thức khởi kiện tương ứng với ba loại trát được phép lưu hành: (1) Trát khởi kiện về bất động sản, được sử dụng để yêu cầu toà án giải quyết những vấn đề có liên quan tới quyền sử dụng đất đai; (2) Trát khởi kiện cá nhân, được sử dụng để yêu cầu toà án giải quyết những vụ việc có liên quan tới nghĩa vụ trả nợ hoặc bồi thường thiệt hại về thương tật hay tài sản xảy ra đối với bên nguyên; (3) Trát hỗn hợp dùng để khởi kiện đối với những vụ việc thuộc cả hai loại (1) và (2).

Sang đến thế kỉ XIII, số lượng trát được lưu hành đã tăng lên đáng kể. Sự giới hạn về số lượng trát trước đó, trong rất nhiều trường hợp, đã làm cho bên nguyên không thể tiếp cận được công lí và chính vì thế nhu cầu sáng tạo ra loại trát mới trở nên cấp thiết. Trước nhu cầu đó, mỗi khi có đơn khiếu kiện về hành vi sai trái nào đó mà không có sẵn loại trát thích hợp, Đại pháp quan đã phải tạo ra loại trát mới. Sự phát triển nhanh chóng về loại trát đã làm đẩy lên thái độ thù địch trong giới các thủ lĩnh phong kiến địa phương vì đã cho phép các Toà án Hoàng gia bành trướng thẩm quyền để có thể xét xử nhiều loại vụ việc trước đây vẫn do toà án phong kiến xét xử. Nói cách khác, sự xuất hiện của các loại trát mới cũng đồng nghĩa với việc tăng thêm quyền lực của Toà án Hoàng gia. Làn sóng phản đối của các thủ lĩnh phong kiến địa phương về sự xuất hiện của các loại trát mới đã đi đến thắng lợi

dưới triều đại của Henry đệ tam. Kết quả là các điều khoản Oxford năm 1258 đã được thông qua, theo đó Đại pháp quan sẽ không được phát hành trát mới nếu không được phép của Vua và của Đại hội đồng (*Great Council*).⁽¹⁾ Tuy nhiên, đến năm 1285, Đạo luật Westminster II được ban hành, đã cho phép các viên lục sự của Văn phòng đại pháp có thể thay đổi trát nếu vụ việc của bên nguyên đưa đến chứa đựng những tình tiết đòi hỏi hình thức khởi kiện mới. Như vậy, Đạo luật này cho phép thay đổi các loại trát đang lưu hành nhưng không cho phép sáng tạo ra trát mới.

Thực tiễn áp dụng hệ thống trát trong hoạt động xét xử của các Toà án Hoàng gia đã làm cho thẩm quyền của các toà án này bị giới hạn nghiêm trọng vì nếu đương sự không có trát thích hợp, toà án không thể tiến hành xét xử vụ việc. Hệ thống trát hay các hình thức khởi kiện khác nhau đã trở thành vật cản trong thủ tục tố tụng vẫn tiếp tục tồn tại ở Anh mãi tới tận cuối thế kỉ XIX.

Thứ năm, có lẽ đặc điểm đặc thù nhất của common law là common law không được tìm thấy trong các bộ luật, đạo luật, trong các bản chuyên luận về luật của các học giả pháp lí mà được tìm thấy trong các phán quyết của các thẩm phán, ghi nhận lại kết quả giải quyết những tình huống có thật trong thực tiễn. Nói một cách chính xác, common law được tìm thấy trong tập hợp tiền lệ pháp được tích lũy trong nhiều năm. Từ khi common law hình thành, người Anh đã cho rằng luật do thẩm phán làm ra không chỉ là nguồn luật duy nhất mà còn là nguồn luật quan trọng ở Anh. Sở dĩ có điều đó là vì ngay từ buổi ban đầu, nước Anh đã có cách tiếp cận thiếu hệ thống và manh mún trong hoạt động lập

(1). Đây là hội đồng chịu sự kiểm soát của các thủ lĩnh phong kiến địa phương.

pháp. Do được hình thành sớm hơn so với nhiều hệ thống pháp luật ở châu Âu lục địa, hệ thống pháp luật Anh đã phát triển một cách tập trung và tiếp đó đã được hiện đại hoá, trong khi đó các nước ở châu Âu lục địa còn đang dò tìm trong luật La Mã những quy phạm thích hợp để áp dụng ở nước mình. Hơn nữa, những tài liệu cần thiết cho việc tiếp nhận luật La Mã một cách có hệ thống hầu như không du nhập vào Anh và khi luật La Mã ảnh hưởng khắp châu Âu và sau này là ảnh hưởng tới cả Scotland, hệ thống pháp luật của Anh quốc đã được hình thành theo con đường riêng của mình và không dễ gì có thể thay đổi. Đó là lí do giải thích tại sao luật La Mã đã không thể có được ảnh hưởng đáng kể nào đối với hệ thống pháp luật Anh như đã từng gây được ảnh hưởng đối với nhiều hệ thống pháp luật khác ở châu Âu lục địa.

Tuy nhiên, công bằng mà nói, ở một mức độ nhất định, luật La Mã vẫn xâm nhập vào hệ thống pháp luật Anh. Bất kể sự biến mất của luật La Mã vào thời kì cuối của giai đoạn chiếm đóng của đế quốc La Mã ở Anh và sự từ chối tiếp nhận luật La Mã ở Anh sau này, hệ thống pháp luật Anh vẫn có một số dấu hiệu thể hiện sự ảnh hưởng của luật La Mã. *Một là* sự phân chia pháp luật thành luật công và luật tư trong những năm trước đây ở Anh quốc.⁽¹⁾ *Hai là* sự tồn tại của các pháp quan La Mã và các hình

(1). Sự phân chia này biến mất do sự mở rộng thẩm quyền của Toà án Hoàng gia dựa trên quan điểm cho rằng sự can thiệp của Toà án Hoàng gia nhằm bảo vệ lợi ích của Quốc vương đồng thời với mở rộng thẩm quyền của Toà án Hoàng gia là sự thu hẹp thẩm quyền của các loại toà án khác với chức năng giải quyết những vụ việc nhằm bảo vệ lợi ích tư nhân. Ở giai đoạn sau, Toà án Hoàng gia đã hoàn toàn bành trướng thẩm quyền xét xử và vì vậy, đã thay thế các toà án phong kiến ở địa phương dẫn đến thực tế là tất cả các vụ việc đều được giải quyết ở Toà án Hoàng gia và dường như đều có liên quan tới luật công. Như vậy, thực tiễn phát triển của Toà án Hoàng gia đã minh chứng tầm quan trọng của luật công ở Anh

thức khởi kiện ở Anh được cho là có xuất xứ từ hệ thống pháp luật La Mã. Trong Nhà nước La Mã, toà án La Mã chỉ chấp nhận giải quyết vụ việc nếu bên nguyên được viên pháp quan (praetor) cấp cho đơn khiếu kiện (document of claim) tương tự như ở Anh sau này, bên nguyên phải giành được trát để tiếp cận công lí Hoàng gia. Ở cả Nhà nước La Mã và ở Anh quốc thời trung cổ sau này, số lượng đơn khiếu kiện (La Mã) hay trát (Anh) đều bị hạn chế nhưng trên thực tế chủng loại các văn bản này đều tăng lên theo thời gian do đòi hỏi của thực tiễn. *Ba* là quyền khiếu kiện về hành vi chiếm đoạt quyền sở hữu thái ấp ở Anh rất có thể có nguồn gốc từ La Mã. *Bốn* là sự tồn tại của các nhà thờ cơ đốc giáo ở Anh thời kì đầu và học thuyết về luật giáo hội minh chứng cho việc giảng dạy luật của người La Mã ở Anh là có thực. *Năm* là cố vấn hàng đầu của William, Lanfranc đã giảng dạy luật La Mã và Luật giáo hội tại khoa luật nổi tiếng ở Pavia. Vào giữa thế kỉ 12, Archbishop Theobald cũng đã mời Vacarius tới Oxford để giảng dạy luật La Mã. *Sáu* là những thành viên đầu tiên của Hội đồng cố vấn của Quốc vương của Anh (Curia Regis) đều là những giáo sĩ đã từng học luật La Mã. *Bảy* là Bracton (Chánh án ở Eyre, thẩm phán của Toà án chính trị (King's Bench) và Đại pháp quan của Exeter Cathedral) có quan điểm này sinh từ học thuyết pháp lí của La Mã, đặc biệt từ Azo, người đã giảng dạy tại Đại học Bologna của Ý. *Tám* là luật hiện đại của Anh có liên quan tới đất vô chủ và quyền đi qua đất của người khác có nguồn gốc từ học thuyết của La Mã. *Cuối cùng*, Corpus Juris Civilis không phải chỉ hấp dẫn đối với các trường đại học ở các nước châu Âu lục địa mà cũng ít nhiều tỏ ra hấp dẫn đối với người Anh. Thời Henry đệ bát, Trường đại học Cambridge đã sáng tạo

ra danh hiệu giáo sư luật dân sự, trong đó thuật ngữ “luật dân sự” (civil law) được hiểu là “luật La Mã” (Roman law).⁽¹⁾

Bất kể những lí do trên, common law vẫn giữ vững được vị trí của mình với hai lí do chủ yếu. *Một là* Anh quốc đã có hệ thống đào tạo nghề luật được thiết lập vững chắc tại Inns of Court, dựa trên việc giảng dạy common law. *Hai là* sự hiện diện của các toà án và pháp luật phức tạp tồn tại lúc đó ở Anh, đặc biệt đối với mảng pháp luật có liên quan tới đất đai đã làm cho việc tiếp nhận luật La Mã vào Anh quốc trở nên thiếu thực tế và hết sức phiến toái.

Như vậy, mặc dù giới luật sư Anh thường xem common law là sản phẩm có nguồn gốc từ Anh, riêng có của người Anh vì common law đã ra đời ở Anh, phát triển ở Anh, tuy nhiên, thực tế không thể phủ nhận là khi common law ra đời ở miền đất này, ở đó đã có hai dân tộc song song tồn tại: Pháp và Anh; và trong thực tiễn, common law lại là luật của người Pháp giàu có, quyền thế và có địa vị trong xã hội lúc bấy giờ chứ không phải của những người Anh mất nước, mất tự do, những người không được tiếp cận common law. Nói một cách khác, trong khi người Anh rất tự hào về nền tảng pháp luật mà họ đã tạo lập thì thực chất, common law lại là sự sáng tạo của kẻ ngoại xâm, của những người Pháp đã chiếm đoạt ngai vàng của Hoàng đế Anglo-saxon vào thế kỉ XI.

1.4. Giai đoạn hình thành và phát triển của equity (công bằng) từ thế kỉ XV đến thế kỉ XIX

Khi mới ra đời và trong giai đoạn đầu, common law không bị

(1).Xem: Lord Justice Bingham of Cornhill, “The Future of Common Law”, *Civil Justice Quarterly*, 1999 at 203 - 217.

cản trở bằng yếu tố kỹ thuật nhưng trong quá trình phát triển, đặc biệt trong mối quan hệ với hệ thống *trát*, *common law* đã dần trở nên phức tạp, cứng nhắc và dẫn đến những bất công trong xét xử. Hơn nữa, bước sang thế kỷ XV, bản thân thủ tục tố tụng đã ngày càng bị chi phối mạnh bởi hệ thống *trát* và vì thế, thủ tục tố tụng thường được coi trọng hơn cả quyền lợi đang bị tranh chấp trong vụ kiện. Như trên đã đề cập, nếu đơn khiếu kiện không rơi vào một trong những vụ việc đã có *trát* đang lưu hành, bên nguyên sẽ mất quyền khởi kiện; mặt khác, nếu bên nguyên giành được *trát* nhưng *trát* đó không phù hợp với bản chất của vụ kiện, bên nguyên cũng sẽ bị toà bác đơn. Thực tế này đã làm nảy sinh nhu cầu tìm kiếm giải pháp mới để khắc phục bất công trong xã hội và giải pháp đó chính là *equity* được văn phòng đại pháp quan khai thác để giải quyết các vụ việc không được giải quyết hoặc chưa được giải quyết thoả đáng bởi toà án hoàng gia.

Theo nghĩa thông dụng, *equity* được hiểu là trạng thái bằng nhau hoặc công bằng, vô tư. Cách sử dụng phổ biến của thuật ngữ này là để hàm chỉ những gì chính đáng hoặc đúng đắn hoặc những gì nảy sinh từ việc làm đúng lương tâm hoặc từ các học thuyết về công lý tự nhiên.

Về phương diện pháp lý, *equity* được hiểu là hệ thống các học thuyết và thủ tục pháp lý phát triển song song với *common law* và luật thành văn, được sử dụng trong hoạt động xét xử tại Văn phòng đại pháp mà sau này phát triển thành Toà đại pháp nhằm khắc phục những bất cập của *common law*. Sự hình thành và phát triển của *equity* là nhằm sửa đổi và bổ sung cho *common law*, để hoàn tất *common law* chứ không nhằm mục đích thay thế *common law*.

Do sự cứng nhắc của common law và sự phức tạp trong thủ tục tố tụng được sử dụng tại Toà án Hoàng gia đã làm cho bên nguyên trong rất nhiều trường hợp bị bác đơn hoặc bị thua kiện vì lí do kĩ thuật. Trước tình hình đó, bên nguyên thường tiếp tục khiếu kiện lên Vua nhằm tìm kiếm sự trợ giúp đặc biệt. Vua thường thông qua viên Đại pháp quan của mình để giải quyết những đơn kiện loại này và vì vậy Văn phòng đại pháp đã dần phát triển thành Toà đại pháp. Đại pháp quan là thư kí của Vua và là người chịu trách nhiệm quản lí bộ máy hành chính của Nhà nước. Làm việc tại Văn phòng đại pháp, ngoài Đại pháp quan là người đứng đầu còn có các viên lục sự. Đại pháp quan chính là người phát hành trát, vì vậy đại pháp quan có kiến thức sâu sắc về common law và các giải pháp của common law. Trong quá trình sử dụng công lí để giải quyết các vụ việc, cùng với thời gian, các phán quyết của Đại pháp quan đã phát triển thành tập hợp những quy phạm pháp luật đặc biệt, được nhắc đến dưới danh nghĩa “equity”. Trong vài thế kỉ đầu kể từ khi ra đời, equity đã phát triển độc lập, bên ngoài toà án hoàng gia.

Trong suốt thế kỉ XV, Đại pháp quan quyết định vụ việc theo những gì ông ta cho là thích hợp. Các phán quyết này sau đó đã được các viên Đại pháp quan kế nhiệm phát triển thêm, tùy thuộc vào nhận thức cá nhân của mỗi viên đại pháp quan về sự công bằng và lẽ phải. Tuy nhiên từ khoảng giữa của nửa đầu thế kỉ XVI, viên Đại pháp quan đầu tiên không phải là tín đồ cơ đốc giáo đã được bổ nhiệm và equity đã bắt đầu đi theo chiều hướng của common law.

Từ cuối thế kỉ XVI, các phán quyết của Đại pháp quan đã được xuất bản định kì và ngay tức khắc, Đại pháp quan bị ràng

buộc bởi tiền lệ pháp, giống như các thẩm phán của Toà án Hoàng gia. Hoạt động của đại pháp quan ngày càng mang tính tư pháp và văn phòng của đại pháp quan đã trở thành Toà đại pháp với thẩm phán duy nhất là bản thân viên Đại pháp quan. Tuy nhiên từ khoảng giữa của nửa đầu thế kỉ XVIII, đại pháp quan đã được trợ giúp trong hoạt động xét xử bởi viên trợ lí (Master of the Rolls), chịu trách nhiệm giữ hồ sơ và sổ sách của Toà đại pháp. Như vậy trong thế kỉ XVIII, các quy phạm pháp luật được áp dụng ở Toà đại pháp cũng đã bị cố định bởi các phán quyết của Toà đại pháp trong quá khứ và được định hình thành những quy phạm theo đúng nghĩa pháp luật, giống kiểu quy phạm của common law.

Thủ tục tố tụng được sử dụng ở Toà đại pháp khác với thủ tục tố tụng sử dụng tại Toà án Hoàng gia. *Thứ nhất*, Toà đại pháp mở đầu quá trình tố tụng không phải bằng trát như ở Toà án Hoàng gia mà bằng đơn thỉnh cầu (bill hoặc petition), không có mẫu in sẵn, viết bằng thứ tiếng Pháp dùng ở Anh thời trung cổ (Anglo-French). Người thỉnh cầu phải nêu rõ lí do khiếu nại và khẩn cầu sự trợ giúp. Đơn thỉnh cầu phải được gửi kèm theo vật làm tin mới có thể khởi kiện. *Thứ hai*, sau khi nhận đơn thỉnh cầu, nếu thấy bên nguyên có lí và cần được bảo vệ, Đại pháp quan sẽ phát hành trát triệu tập đòi bên bị phải có mặt tại toà mà không cần nêu lí do. Nếu bên bị không thực hiện lệnh triệu tập, có thể sẽ bị bắt giữ, thậm chí bỏ tù hoặc bị tịch thu tài sản. *Thứ ba*, khi ra hầu toà, bên bị sẽ phải trả lời các câu hỏi trên cơ sở tuyên thệ. Từ đầu thế kỉ XV, luật sư tranh tụng được phép xuất hiện ở Toà đại pháp và đến giữa thế kỉ XV, lời khai viết cũng được chấp nhận và các bên có thể sử dụng nhân chứng. Đại pháp quan tiến hành thẩm

vấn nhằm phát hiện tình trạng lương tâm của bị đơn để gột rửa lương tâm cho bị đơn khi cần thiết. Việc chất vấn bị đơn trên cơ sở tuyên thệ để buộc bị đơn tự khai các tình tiết của vụ việc là thủ tục tổ tụng tổ tụng đặc biệt không hề được sử dụng tại Toà án Hoàng gia ở cùng thời. *Thứ tư*, Đại pháp quan quyết định vụ việc căn cứ vào các tình tiết thực tế của vụ việc mà không có sự tham gia của bồi thẩm. *Thứ năm*, giải pháp được đưa ra bởi Toà đại pháp rất khác so với giải pháp đưa ra bởi Toà án Hoàng gia. Đại pháp quan có thể phát lệnh dưới hình thức tuyên bố quyền của bên nguyên hoặc dưới dạng lệnh buộc bên bị (bên có hành vi gây tổn hại) phải thực hiện hành vi nào đó hoặc cấm bên bị tiếp tục thực hiện hành vi xâm phạm tới lợi ích của bên nguyên. Trong khi đó, toà án hoàng gia chỉ có thể ra phán quyết buộc bên bị có hành vi gây thiệt hại cho bên nguyên phải bồi thường thiệt hại. Thực tế này cho thấy Toà đại pháp có quyền lực lớn hơn Toà án Hoàng gia.

Đóng góp lớn nhất của equity đối với hệ thống pháp luật Anh là đã tạo ra chế định uỷ thác. Chế định uỷ thác ra đời ở Anh trong giai đoạn từ thế kỉ XII đến thế kỉ XIII, khi người sử dụng đất ở Anh còn phải tuân thủ hàng loạt những nghĩa vụ do Nhà nước phong kiến áp đặt như nghĩa vụ nộp địa tô trong quá trình sử dụng đất đai và nghĩa vụ nộp thuế khi tài sản thừa kế là đất đai; hoặc khi người sử dụng đất ở vào hoàn cảnh không thể tự mình trực tiếp quản lí và sử dụng đất do tham gia vào các cuộc viễn chinh do các tín đồ cơ đốc giáo tổ chức... Trong những trường hợp đó, chủ sử dụng đất (người uỷ thác) thường tìm người thay mặt mình quản lí và sử dụng đất bằng cách sang tên mảnh đất của mình cho bạn thân hoặc họ hàng (người được uỷ thác) của mình, với điều kiện: (1) Phần đất đó sẽ được trả lại cho người uỷ thác

(chủ sử dụng đích thực) khi anh ta quay trở về sau cuộc viễn chinh hoặc trả lại cho con cái người uỷ thác khi chúng đến tuổi trưởng thành; (2) Trong suốt thời gian bên được uỷ thác sử dụng đất, bên được uỷ thác phải chi trả cho bên uỷ thác hoặc bên thụ hưởng (do bên uỷ thác chỉ định) một phần hoa lợi từ đất. Tuy nhiên, trong thực tiễn, bên được uỷ thác thường có xu hướng không thực hiện những điều đã cam kết. Theo nguyên tắc của common law, sau khi đã sang tên đất, người uỷ thác không còn quyền sử dụng hợp pháp đối với mảnh đất đã uỷ thác mà phần đất đó đã thuộc về quyền sử dụng hợp pháp của người được uỷ thác; quyền sử dụng đất của người được uỷ thác chỉ bị giới hạn bởi quy phạm đạo đức chứ không bị giới hạn bởi quy phạm pháp luật (người được uỷ thác có bốn phận, theo lương tâm chứ không phải theo pháp luật, trông coi tài sản uỷ thác và chi trả thu nhập cho người được uỷ thác hay người thụ hưởng theo đúng những cam kết trong hợp đồng uỷ thác). Vì vậy, theo common law, không có loại trát nào có thể bảo vệ lợi ích của người uỷ thác gắn với phần đất mà họ không còn quyền sử dụng hợp pháp.

Những người uỷ thác không may mắn đó thường đệ đơn lên Vua và Vua lại thường chuyển những đơn kiện đó xuống cho Đại pháp quan giải quyết. Trước những vụ việc này, Đại pháp quan cho rằng việc người được uỷ thác phủ nhận quyền đòi lại đất của người uỷ thác là bất công, trái với giáo lí và lương tâm; rằng người được uỷ thác chỉ giữ mảnh đất đó vì lợi ích của người uỷ thác và sẽ phải trả lại cho người uỷ thác khi có yêu cầu. Vì vậy, Đại pháp quan thường ra phán quyết cưỡng chế thi hành những điều kiện theo đó hợp đồng uỷ thác được thiết lập để buộc bên được uỷ thác thực hiện những cam kết của mình ở vào thời điểm

hợp đồng ủy thác được thiết lập. Những phán quyết này thường kèm theo những hình phạt đối với cá nhân như bỏ tù hoặc tịch thu tài sản nếu người được ủy thác không chịu thi hành án.

Đại pháp quan đã dần dần hoàn thiện nguyên tắc giải quyết những vụ việc loại này và xây dựng nên những quy phạm pháp luật chi tiết. Tập hợp các quy phạm đó đã tạo thành chế định ủy thác mà sau khi chế độ phong kiến ở Anh sụp đổ, các quy phạm pháp luật ủy thác này đã được sử dụng trong rất nhiều lĩnh vực quan hệ xã hội chứ không chỉ trong lĩnh vực ủy thác đất đai. Ngày nay, ủy thác được coi là chế định pháp luật điển hình của dòng họ common law.

1.5. Giai đoạn cải cách hệ thống toà án và thủ tục tố tụng (cuối thế kỉ XIX)

Bước sang thế kỉ XIX, Anh quốc ở vào tình trạng khủng hoảng nghiêm trọng cả về phương diện chính trị và xã hội. Trong lĩnh vực pháp luật, cả common law và equity đều đã bộc lộ những khiếm khuyết của mình.

Có ý kiến cho rằng common law đã được hình thành một cách ngẫu nhiên trong lịch sử nước Anh chứ không phải là sản phẩm của hoạt động lập pháp, với mục đích rõ ràng và vì vậy common law chính là vật cản trên con đường cải tổ xã hội. Thủ tục tố tụng được sử dụng ở các Toà án Hoàng gia thời bấy giờ cũng trở nên hết sức phức tạp do sự tồn tại của những quy tắc tố tụng đặc biệt áp dụng riêng trong mỗi loại toà án và thậm chí trong mỗi loại hình thức khởi kiện ở từng toà án.

Equity lúc này cũng đã trở nên dễ thay đổi và thiếu ổn định; nhiều phán quyết của Toà đại pháp mâu thuẫn làm cho luật sư

khó có thể dự đoán trước đề tư vấn cho thân chủ của mình kết cục có thể, nếu đưa vụ việc ra giải quyết tại Toà đại pháp. Đại pháp quan vẫn tiếp tục đóng vai trò chính yếu trong việc phát triển equity tới tận thế kỉ XIX, trong khi đó, việc xuất bản các phán quyết của Toà đại pháp lại không được chú ý đúng mực làm cho việc thiết lập hệ thống tiền lệ trong equity trở nên hết sức khó khăn. Hơn nữa, thủ tục tố tụng của Toà đại pháp đã trở nên lỗi thời do vẫn tiếp tục sử dụng kiểu tố tụng thời trung cổ như: kiểu bào chữa tới nghĩa, dài dòng, chi tiết, ẩn náu đằng sau những thuật ngữ chuyên môn gây khó hiểu và làm chậm quá trình ra phán quyết; việc thu thập chứng cứ từ nhân chứng bằng cách trả lời các câu hỏi theo mẫu in sẵn... đã trì hoãn quá trình tố tụng và làm cho Toà đại pháp hoạt động kém hiệu quả.

Thêm vào đó, Toà án Hoàng gia và Toà đại pháp lại chịu trách nhiệm cưỡng chế thi hành những mảng riêng biệt trong luật nội dung khiến cho nạn nhân của một vụ việc đơn giản nếu vừa muốn có lệnh buộc bên bị hành động hay cấm bên bị hành động và lại vừa muốn được bồi thường thiệt hại đã phải đệ đơn tới cả hai toà án.

Những bất cập trong hệ thống pháp luật Anh ở vào thế kỉ XIX được tìm thấy ở cả common law và equity cũng như những yếu kém trong hoạt động của các toà án thời bấy giờ đã dẫn đến nhu cầu cải tổ hệ thống pháp luật Anh. Jeremy Bentham là nhà truyền bá say xưa nhất, trong số các nhà cải tổ, về yêu cầu cải cách tỉ mỉ đời sống pháp lí ở Anh bằng công cuộc đại pháp điển hoá một cách toàn diện. Tuy nhiên, những đề xuất cải tổ của Bentham và trường phái cải tổ của ông chỉ được tiếp nhận vào nửa cuối thế kỉ XIX và vì vậy hệ thống toà án, luật tố tụng dân sự ở Anh đã có

những thay đổi lớn còn luật nội dung cũng được cải cách nhưng ở mức độ thấp hơn.

Cải tổ hệ thống pháp luật Anh vào cuối thế kỉ XIX chủ yếu nhằm vào việc cải tổ hệ thống toà án thông qua việc ban hành một số đạo luật trong đó hai đạo luật quan trọng là Luật Toà án tối cao năm 1873 (Supreme Court of Judicature Act, 1873) và Luật thẩm quyền xét xử phúc thẩm năm 1876 (Appellate Jurisdiction Act, 1876). Theo đạo luật năm 1873, nhiều toà án tồn tại độc lập trước cải tổ đã được quy tụ và đưa vào làm nên hai bộ phận cấu thành của một Toà án tối cao duy nhất. Hai bộ phận cấu thành đó là Toà án cấp cao (High Court of Justice) và Toà phúc thẩm. Các Toà án Hoàng gia, Toà đại pháp và nhiều toà giải quyết các vụ việc gia đình và hàng hải trước cải tổ cũng đã trở thành các toà chuyên trách trong Toà án cấp cao sau cải tổ, chịu trách nhiệm xét xử những vụ việc trong phạm vi thẩm quyền của mình theo quy định của pháp luật. Trên Toà cấp cao là Toà phúc thẩm cũng được hợp nhất từ nhiều toà phúc thẩm hoạt động độc lập trước cải tổ. Đạo luật năm 1876 đã thành lập Ủy ban tư pháp đặc biệt của Thượng nghị viện, là cấp xét xử phúc thẩm cuối cùng ở Anh.

Song song với việc cải tổ hệ thống toà án, đạo luật năm 1873 cũng đã đơn giản hoá thủ tục tố tụng bằng việc bãi bỏ hình thức khởi kiện. Cho tới tận trước cải tổ, trước khi khởi kiện bên nguyên vẫn còn phải tuyên bố hình thức khởi kiện, phải lựa chọn trong số khoảng gần 80 hình thức khởi kiện (80 loại trát) khác nhau đang tồn tại lúc đó. Việc lựa chọn hình thức khởi kiện của nguyên đơn sẽ quyết định cách thức tiến hành các bước tố tụng tiếp theo như: tiền lệ pháp nào sẽ được áp dụng để giải quyết vụ

việc mà nguyên đơn đưa đến toà; bị đơn sẽ được triệu tập tới toà như thế nào; chứng cứ phải được viện dẫn ra sao và phán quyết sẽ được thi hành như thế nào. Việc duy trì nhiều hình thức khởi kiện với hệ thống trát phức tạp đó đã dẫn đến tình trạng phổ biến là nguyên đơn của những vụ việc phức tạp thường chọn nhầm hình thức khởi kiện và bị mất quyền kiện chỉ vì lí do kĩ thuật. Tuy nhiên, theo Đạo luật năm 1873, tất cả các vụ việc đưa ra xét xử tại Toà án cấp cao đều được bắt đầu bằng cùng một loại trát gọi là trát triệu tập. Bên nguyên không còn phải mô tả bản chất của việc khiếu kiện bằng ngôn ngữ mang tính chuyên môn như trước. Đạo luật năm 1873 còn thống nhất các quy tắc tố tụng, theo đó mặc dù vẫn còn tồn tại nhiều chi tiết tố tụng khác nhau phụ thuộc vào bản chất của vụ việc được giải quyết tại toà nhưng những chi tiết khác nhau này được xem như những biến dạng của hình thức tố tụng đơn nhất được sử dụng tại Toà án cấp cao chứ không còn là những kiểu tố tụng khác nhau cơ bản, phụ thuộc vào hình thức khởi kiện cụ thể như trước. Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa là Đạo luật năm 1873 đã loại bỏ được tư duy pháp lí về kiểu tố tụng truyền thống. Ngày nay ở Anh, khi trình bày về luật hợp đồng, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, làm giàu bất chính và sở hữu, các học giả vẫn phân chia các tài liệu theo hình thức khởi kiện vì vậy có thể nói, hình thức khởi kiện đã mất đi tầm quan trọng trong thực tiễn hoạt động tố tụng tại toà án nhưng vẫn duy trì chức năng của mình như là phương pháp phân loại và phát triển luật nội dung.

Ngoài ra, cuộc cải tổ pháp luật này còn hợp nhất được common law và equity, theo đó, tất cả các toà chuyên trách trong toà án cấp

cao và toà phúc thẩm đều phải áp dụng các quy phạm và nguyên tắc pháp lí của Anh quốc, bất kể chúng đã được hình thành từ Toà án Hoàng gia (common law) hay từ Toà đại pháp (equity).

Cùng với cái tổ luật tố tụng, luật nội dung cũng được pháp điển hoá trong thế kỉ XIX nhiều hơn bất kì giai đoạn nào trước đó. Mặc dù trước đó, nước Anh đã có luật thành văn quy định về lĩnh vực luật tư nhưng những đạo luật này thường chỉ được ban hành để sửa đổi những quy phạm pháp luật cụ thể đã được phát triển bởi án lệ chứ không nhằm điều chỉnh toàn diện một lĩnh vực quan hệ xã hội nào cả. Vào cuối thế kỉ XIX, một số đạo luật điều chỉnh lĩnh vực thương mại đã được ban hành, còn lại một số đạo luật thuộc lĩnh vực luật tư khác đều là sản phẩm của hoạt động lập pháp của thế kỉ XX. Bên cạnh luật tư, nhiều đạo luật điều chỉnh xã hội hiện đại cũng đã được thông qua trong giai đoạn này.

2. Hệ thống toà án và tố tụng

2.1. Hệ thống toà án

Toà án của Anh quốc có một số đặc điểm đặc thù so với toà án của nhiều nước. *Thứ nhất*, trong lịch sử, Anh quốc không có hệ thống toà án đơn nhất được tổ chức chặt chẽ và các toà án cũng không được phát triển một cách đồng bộ mà đã phát triển cục bộ. Có những bộ phận của cái tạm gọi là “hệ thống toà án” đó đã được cải tổ và sắp xếp lại cho phù hợp với nhu cầu xét xử của từng thời kì. Đã có giai đoạn, thậm chí rất gần đây, Anh quốc có tới hai cấp toà án hình sự và có tới ba cấp toà án dân sự cùng có thẩm quyền xét xử sơ thẩm, với quyền hạn chồng chéo. Ngay cả ở thời điểm hiện tại, Vương quốc Anh cũng không có hệ thống toà

án duy nhất và thống nhất. England và xứ Wales có chung một hệ thống toà án: trong khi đó Scotland và Bắc Ireland, mỗi lãnh thổ có một hệ thống toà án riêng. *Thứ hai*, phần lớn các vụ kiện dân sự không được giải quyết ở các toà án dân sự mà được giải quyết ở một trong những toà án lựa chọn (alternative forums) xuất hiện ở thế kỉ XX, đó là các cơ quan tài phán (tribunals) và tổ chức trọng tài (arbitration). Thực tế này đã làm nảy sinh câu hỏi liệu sự hiện diện của các cơ quan tài phán này có phải là những minh chứng cho những khiếm khuyết của các toà án dân sự và thủ tục tố tụng dân sự của Anh.

Từ sau cải tổ hệ thống pháp luật vào cuối thế kỉ XIX, hệ thống toà án của Anh đã được tổ chức lại một cách toàn diện. Ngày nay, hệ thống toà án này có thể chia thành hai nhánh lớn: nhánh toà án dân sự và nhánh toà án hình sự. Tuy nhiên, do thẩm quyền xét xử các vụ việc dân sự và hình sự không phải lúc nào cũng được bóc tách rành mạch và được giao cho các toà án khác nhau, đặc biệt do một số toà án cấp trên đồng thời có thẩm quyền xét xử cả vụ dân sự và hình sự đã làm cho việc phân chia các toà án theo thẩm quyền xét xử trở nên khó khăn. Vì lẽ đó, phần dưới đây sẽ không nghiên cứu hệ thống toà án của Anh theo hai nhánh toà án hình sự và toà án dân sự mà sẽ đi từ các toà án cấp cơ sở lên tới toà án cấp cao nhất trong hệ thống toà án.

2.1.1. Các toà án cấp cơ sở trong hệ thống toà án của Anh

a. Toà án địa hạt (county courts)

Cấp thấp nhất trong hệ thống toà án dân sự là toà án địa hạt với thẩm quyền xét xử chỉ giới hạn trong lĩnh vực dân sự. Việc xét xử do các thẩm phán quận/huyện hay thẩm phán quận hạt (Circuit Judge)

dảm nhiệm. Trừ số rất ít các vụ kiện có liên quan tới cảnh sát, các vụ việc còn lại thường do một thẩm phán xét xử dựa vào các tình tiết vụ việc và pháp luật mà không có sự trợ giúp của bồi thẩm.

Toà địa hạt được coi là toà án địa phương theo nghĩa, mỗi toà có thẩm quyền xét xử trên một khu vực hành chính nhất định và hầu hết các vụ tranh chấp đưa ra giải quyết tại loại toà án này đều có liên quan đến kiện đòi nhà và đất trong khu vực; phần ít hơn là các vụ đòi bồi thường thương tật hoặc kiện vi phạm hợp đồng. *Ví dụ:* người muốn đòi lại quyền sử dụng đất bước đầu phải khởi kiện tại toà địa hạt thuộc địa phận có tài sản hoặc thuộc địa phận nơi bị đơn cư trú. Tuy nhiên, bất kì toà án địa hạt nào ở England và xứ Wales cũng đều có thể xét xử các vụ kiện được di lí từ toà địa hạt khác. Các tranh chấp dân sự trị giá tới 50.000 bảng Anh đều được xét xử tại toà địa hạt. Cần phân biệt hệ thống toà địa hạt này với hệ thống hoà giải của toà địa hạt do quận trưởng (High Sheriff) của mỗi hạt tổ chức.

Việc khởi kiện có thể tiến hành bằng cách bên nguyên trực tiếp đệ đơn lên toà hoặc gửi đơn qua bưu điện hoặc qua internet hoặc trong một số trường hợp gửi qua Trung tâm chính của toà địa hạt (County Court Bulk Centre). Các thẩm phán toà địa hạt được chọn ra từ các luật sư tranh tụng hoặc luật sư tư vấn (trong khi đó thẩm phán của Toà cấp cao (High Court) hầu như chỉ có thể được lựa chọn để bổ nhiệm từ các luật sư tranh tụng).

Phán quyết của toà địa hạt có thể bị kháng cáo, kháng nghị tới Toà án cấp cao hoặc trực tiếp tới Toà phúc thẩm.

Các toà án địa hạt với hình thức tổ chức như hiện tại đã từng

hoạt động ở Anh được khoảng 150 năm. Theo các con số thống kê, tính đến ngày 13 tháng 02 năm 2007, trên toàn England và xứ Wales có tới 218 toà địa hạt.⁽¹⁾ Hiện nay, toà địa hạt ở England và xứ Wales tổ chức và hoạt động theo Luật toà địa hạt năm 1984 (County Courts Act 1984) và thủ tục tố tụng được sử dụng tại các toà địa hạt và các toà án dân sự khác được quy định trong Quy tắc tố tụng dân sự năm 1998 (Civil Procedure Rules 1998).

b. Toà pháp quan (Magistrates' Courts)

Cấp thấp nhất trong hệ thống toà án hình sự là toà pháp quan. Mặc dù đối với phần lớn người dân Anh, cứ nói đến hình mẫu toà án hình sự ở Anh là người ta nghĩ ngay tới Toà án hình sự trung ương (Crown Court) với cả thẩm phán và luật sư tranh tụng đều đội tóc giả và với sự có mặt tất yếu của bồi thẩm đoàn trong mỗi phiên toà. Tuy nhiên, thực chất toà pháp quan lại là những toà án quan trọng nhất vì hầu hết các vụ án hình sự được xét xử sơ thẩm tại toà án này và có tới 95% vụ việc được giải quyết trọn vẹn tại cấp toà án này; có khoảng hơn nửa số phạm nhân bị tổng giam hàng năm là kết quả thi hành các bản án của toà pháp quan.⁽²⁾

Ở ngoại vi London và các tỉnh, phần lớn các vụ án do hai hay ba hoặc tối đa là bảy pháp quan không chuyên hay pháp quan thường dân (lay magistrates) xét xử với sự tư vấn về thủ tục tố tụng và cả về luật nội dung từ một thư kí toà được đào tạo bài bản. Khi các pháp quan yêu cầu, thư kí toà có thể tham gia nghị án. Trong nội thành London, hầu hết các vụ án do một pháp quan

(1).Xem: *County Court System in Chaos*. BBC News, Tue. 13 Feb. 2007, <http://news.bbc.co.uk/>.

(2).Xem: Penny Darbyshire, *English Legal System in a Nutshell*. 1992. Sweet & Maxwell Ltd, at 7.

chính thức hưởng lương xét xử với sự tư vấn của một trưởng thư kí hoặc một phó thư kí mặc dù trong nội thành London có tới hơn 300 pháp quan chuyên nghiệp và có rất ít thư kí toà.

Việc sử dụng pháp quan thường dân, không chuyên, thay vì pháp quan chuyên nghiệp để giải quyết các vụ án ít nghiêm trọng có căn nguyên lịch sử sâu xa ở Anh quốc. Do các sĩ quan Anh trở về sau các cuộc chiến trận ở lục địa và các cuộc viễn chinh chữ thập thường sống bằng chiến lợi phẩm và do nước Anh bị tổn thất tới một phần hai dân số vì đại dịch ở thế kỉ XIV, Chính phủ Anh đã bị thôi thúc trong việc kiểm soát cả tiền công và sự di chuyển của dân. Số ít người có ảnh hưởng nhất trong mỗi cộng đồng đã được chỉ định để duy trì trật tự an ninh địa phương theo Luật pháp quan an ninh năm 1361. Các pháp quan do Đại pháp quan bổ nhiệm và làm việc tại các toà án gần nơi cư trú của mình. Pháp quan coi việc nhậm chức là thực hiện bốn phận công; sau khi nhậm chức, họ đã trở thành bộ phận của đội ngũ quan toà với hai chữ "J.P." đi trước tên mỗi người. Ban đầu, các pháp quan được trả lương nhưng sau đó tiền thù lao đã bị bãi bỏ. Vì lẽ đó, họ được mệnh danh là "những người vĩ đại làm việc không công" nhưng đối với giới chỉ trích họ lại là "những người vĩ đại vô học", một sự phỉ báng đối với các pháp quan thường dân.⁽¹⁾

Tại phiên toà, pháp quan và thư kí đều mặc thường phục và không đeo tóc giả; tương tự như vậy với các luật sư tranh tụng và luật sư tư vấn (luật sư tư vấn chỉ tham dự phiên toà với tư cách thính giả) khi xuất hiện trước toà pháp quan. Trong số các

(1) Xem: Glendon, Gordon & Carozza, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, (1999) St. Paul Minn. at 190.

vụ việc hình sự giải quyết tại toà pháp quan, có tới một nửa là những vụ vi phạm luật lệ giao thông nhỏ mà phần lớn những người bị kết án đều nhận tội và chấp nhận gửi tiền phạt qua đường bưu điện để tránh phải hầu toà: có tới một phần tư là những vụ vi phạm có thể được xét xử bằng cách khác gồm những vụ việc tương đối nghiêm trọng mà bị đơn có quyền lựa chọn Toà án hình sự trung ương (Crown Court) để giải quyết thay cho toà pháp quan: phần còn lại là những vụ án hình sự ít nghiêm trọng. Ngoài ra, toà pháp quan đóng vai trò quan trọng trong việc xét xử các vụ án vị thành niên.

Thẩm quyền của toà pháp quan còn vượt ra khỏi lĩnh vực hình sự và bao quát cả những vụ dân sự nhỏ có liên quan tới nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước như đóng bảo hiểm quốc gia, đóng lệ phí sử dụng dịch vụ công cộng; và bao quát cả những vụ về quan hệ gia đình. Cả hai thẩm quyền này đều xung đột với thẩm quyền của toà địa hạt.

Kháng cáo đối với phán quyết của toà pháp quan có thể gửi tới Toà án hình sự trung ương (chỉ áp dụng đối với bên bị) hoặc gửi tới Toà Nữ hoàng chuyên trách của Toà án cấp cao (áp dụng đối với cả bên nguyên và bên bị).

2.1.2. Toà án tối cao (Supreme Court of Judicature)

Khác với ở Mỹ, cái được gọi là Toà án tối cao ở Anh thực chất không phải là toà án cao nhất trong hệ thống toà án ở Anh mặc dù là toà án cấp trên quan trọng nhất ở England và xứ Wales. Toà án tối cao gồm có Toà phúc thẩm, Toà cấp cao (High Court of Justice) và Toà hình sự trung ương (Crown Court). Tuy nhiên, vị trí và cơ cấu tổ chức của Toà án tối cao sẽ

thay đổi khi các điều khoản có liên quan trong Luật cải tổ Hiến pháp năm 2005⁽¹⁾ có hiệu lực vào tháng 10 năm 2009. Đạo luật này tạo cơ sở pháp lý cho việc thành lập Toà án tối cao theo đúng nghĩa là toà án cao nhất, là cấp xét xử phúc thẩm cuối cùng trong hệ thống toà án của Anh.

a. Toà án cấp cao

Toà án cấp cao hoạt động với tư cách là toà án dân sự sơ thẩm và toà hình sự phúc thẩm đối với các vụ việc đã giải quyết bởi các toà án cấp dưới nhưng có kháng cáo, kháng nghị. Các vụ việc dân sự thuộc thẩm quyền xét xử sơ thẩm của Toà án cấp cao thường có giá trị tranh chấp cao hoặc là những vụ việc hệ trọng. Thẩm phán của Toà án cấp cao chủ yếu được bổ nhiệm từ luật sư tranh tụng.

Toà án cấp cao gồm có ba toà chuyên trách: Toà Nữ hoàng chuyên trách, Toà đại pháp chuyên trách và Toà gia đình chuyên trách. Các toà chuyên trách này không phải là những toà án độc lập mà là những bộ phận cấu thành của Toà cấp cao. Mặc dù những loại vụ việc khác nhau sẽ được phân bổ về từng toà chuyên trách để giải quyết nhưng mỗi toà chuyên trách đều có thể thực hiện thẩm quyền của Toà án cấp cao. Tuy nhiên, việc khởi kiện không đúng với chức năng và thẩm quyền của toà chuyên trách có thể dẫn tới bên nguyên phải nộp phạt.

Toà Nữ hoàng chuyên trách (hay Toà Hoàng đế chuyên trách khi người đứng đầu vương quốc là Vua), có hai vai trò. Toà xét xử phạm vi rộng lớn các vụ việc về luật hợp đồng, về bồi thường

(1).Xem: Part 3 (Sections: 23 & 24), *Constitutional Reform Act 2005*, <http://www.opsi.gov.uk/>

thương tật cá nhân do lỗi cầu thả gây ra nhưng Toà cũng có trách nhiệm đặc biệt như một toà giám sát. Các thẩm phán của Toà Nữ hoàng chuyên trách cùng với các thẩm phán quân hạt cũng có thẩm quyền xét xử hình sự khi ngồi Toà hình sự trung ương. Hơn nữa, Văn phòng chính của Toà Nữ hoàng chuyên trách còn xét xử phúc thẩm những kháng cáo, kháng nghị từ Toà pháp quan và Toà hình sự trung ương. Tất cả các quyết định hành chính và các quyết định của cơ quan tài phán cấp dưới nếu có kháng cáo, kháng nghị đều được một thẩm phán của Toà Nữ hoàng chuyên trách hoặc của Văn phòng chính của Toà Nữ hoàng xét xử phúc thẩm.

Toà Nữ hoàng chuyên trách thay mặt Quốc vương, giám sát tất cả những toà án cấp dưới và các cơ quan của Chính phủ. Nhìn chung, trừ khi thủ tục kháng cáo đã được pháp luật quy định rõ, bất cứ ai muốn phủ nhận quyết định của toà án cấp dưới, của một cơ quan tài phán, của một cơ quan chính phủ hay cơ quan nhà nước đều có quyền gửi đơn yêu cầu xét xử phúc thẩm tới Toà Nữ hoàng chuyên trách. Đây là thủ tục tố tụng đặc biệt do Toà án hành chính của Toà Nữ hoàng chuyên trách tiến hành. Ban đầu, một thẩm phán của Toà sẽ xem xét xem liệu đơn kháng cáo có phù hợp để loại trừ bớt những kháng cáo viển vông, không có khả năng thắng kiện và nếu xét thấy phù hợp, thẩm phán sẽ tiếp nhận đơn để tiến hành xét xử phúc thẩm.

Toà đại pháp chuyên trách giải quyết những vấn đề thuộc lĩnh vực luật kinh doanh, luật uỷ thác, luật tài sản và luật đất đai trong mối quan hệ với công lí. Tất cả kháng cáo về thuế đều được giải quyết tại Toà đại pháp. Toà đại pháp còn có toà chuyên biệt trực thuộc, giải quyết những vụ việc về sở hữu trí tuệ và luật công ti.

Toà gia đình chuyên trách giải quyết những vụ việc về li dị, nuôi con, tài sản, điều trị bệnh. Các phán quyết của Toà có thể liên quan tới sự sống và cái chết của con người, thậm chí cả những vấn đề còn được bàn cãi. *Ví dụ:* phán quyết của toà có thể cho phép bệnh viện tách hai đứa trẻ song sinh dính liền mà không cần sự cho phép của bố mẹ đứa trẻ; hoặc cho phép một người phụ nữ tắt thiết bị duy trì sự sống của mình trong khi không cho phép người chồng tiêm thuốc độc cho người vợ có khuyết tật nghiêm trọng ngay cả khi được vợ cho phép. Toà gia đình chuyên trách còn có thẩm quyền xét xử tất cả các vụ việc có liên quan tới sức khoẻ và lợi ích của trẻ em và có đặc quyền xét xử các vụ giám hộ trẻ em.

Kháng cáo, kháng nghị đối với các phán quyết của Toà cấp cao về các vụ việc dân sự có thể gửi tới Toà dân sự của Toà phúc thẩm; còn những kháng cáo, kháng nghị đối với các phán quyết của Toà cấp cao về các vụ việc hình sự sẽ được gửi trực tiếp tới Thượng nghị viện.

b. Toà án hình sự trung ương (Crown Court hay Central Criminal Court)

Toà án hình sự trung ương được thành lập theo Luật toà án năm 1971 thay thế toà đại hình, là toà án lưu động do các thẩm phán Toà án cấp cao định kì đi kinh lí khắp đất nước để xử án và thay thế cho các phiên toà định kì được tổ chức hàng quý (Quarter Sessions). Toà án hình sự trung ương là sản phẩm của quá trình phát triển của toà hình sự qua nhiều thế kỉ. Đây là toà án cấp trên của toà pháp quan, không chỉ có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các

vụ việc hình sự nghiêm trọng và một vài vụ việc dân sự mà còn có thẩm quyền xét xử phúc thẩm những vụ việc đã được xét xử bởi toà pháp quan khi có kháng cáo, kháng nghị. Thẩm quyền xét xử phúc thẩm cho phép Toà hình sự trung ương có quyền y án sơ thẩm, huỷ án sơ thẩm hoặc sửa đổi bất kì phần nào của bản án sơ thẩm sau khi đã xét xử phúc thẩm. Nếu bản án phúc thẩm đưa ra bất lợi cho bị cáo, Toà án hình sự trung ương có quyền áp đặt bất cứ mức án nào mà Toà pháp quan đã tuyên. Tuy nhiên, Toà án hình sự trung ương có quyền áp đặt mức án cao hơn mức án trong bản án sơ thẩm.

Kháng cáo, kháng nghị đối với bản án của Toà hình sự trung ương có thể gửi tới Toà Nữ hoàng chuyên trách của Toà án cấp cao hoặc gửi thẳng tới Toà hình sự chuyên trách của Toà phúc thẩm; và sau đó phán quyết của Toà hình sự chuyên trách của Toà phúc thẩm có thể bị kháng cáo, kháng nghị tiếp lên Thượng nghị viện.

Thẩm phán của Toà hình sự trung ương là thẩm phán của Toà án cấp cao, thẩm phán quân hạt (circuit judges) và thẩm phán không chuyên (recorders). Các thẩm phán quân hạt chính là những thẩm phán của Toà địa hạt còn các thẩm phán không chuyên là các luật sư tranh tụng và luật sư tư vấn hành nghề riêng lẻ và hành nghề thẩm phán bán thời gian. Những vụ án nghiêm trọng nhất sẽ do thẩm phán Toà cấp cao và thẩm phán quân hạt lâu năm xét xử; những vụ việc còn lại sẽ do các thẩm phán quân hạt và thẩm phán không chuyên xét xử trong đó thẩm phán không chuyên thường giải quyết những vụ việc ít nghiêm trọng hơn thẩm phán quân hạt.

c. Toà phúc thẩm

Toà phúc thẩm cũng là bộ phận của Toà án tối cao với hai toà chuyên trách: Toà dân sự chuyên trách và Toà hình sự chuyên trách, có thẩm quyền xét xử phúc thẩm. Toà dân sự chuyên trách xét xử những vụ việc đã được xét xử bởi Toà cấp cao, Toà địa hạt và một số cơ quan tài phán khác (cơ quan tài phán lao động; cơ quan tài phán đất đai; cơ quan tài phán về vấn đề tị nạn và nhập cư) khi có kháng cáo, kháng nghị. Toà hình sự chuyên trách chỉ xét xử phúc thẩm những bản án của Toà hình sự trung ương khi có đơn yêu cầu.

Vì số lượng đơn kháng cáo, kháng nghị được giải quyết tại Toà phúc thẩm lớn hơn rất nhiều so với số đơn được giải quyết tại Thượng nghị viện, người ta cho rằng Chánh án Toà phúc thẩm, trên thực tế là thẩm phán có thể lực nhất ở Anh.

2.1.3. Cấp xét xử cao nhất ở Vương quốc Anh

Vương quốc Anh khác với nhiều quốc gia khác ở chỗ không có toà án phúc thẩm cao nhất và duy nhất. Cấp xét xử phúc thẩm cuối cùng gồm Ủy ban phúc thẩm của Thượng nghị viện và Ủy ban tư pháp của Hội đồng cơ mật. Tuy nhiên, Ủy ban tư pháp của Hội đồng cơ mật chỉ là cấp xét xử phúc thẩm cuối cùng đối với một số trường hợp nhất định; đại đa số các vụ phúc thẩm đều do Ủy ban phúc thẩm của Thượng nghị viện giải quyết. Theo Luật cải tổ Hiến pháp năm 2005 của Vương quốc Anh, thẩm quyền xét xử phúc thẩm cuối cùng ở Vương quốc Anh sẽ có sự thay đổi. Từ ngày 01/10/2009, Tòa án tối cao của Vương quốc Anh sẽ chính thức bước vào hoạt động, với tư cách là cấp xét xử phúc thẩm

cuối cùng của Vương quốc Anh.⁽¹⁾

2.1.3.1. Ủy ban phúc thẩm của Thượng nghị viện

Vai trò của Nghị viện Anh trong lĩnh vực tư pháp này sinh từ vai trò tương tự của Toà án Hoàng gia (Royal Court), khi nhà Vua thực hiện công việc xét xử. Nghị viện Anh thoát thai từ Toà án Hoàng gia và đảm nhiệm nhiều vai trò của Toà án này. Như vậy, ngoài chức năng lập pháp Nghị viện còn có chức năng tư pháp. Vì các toà án cấp dưới đã được thành lập, Nghị viện trở thành cấp xét xử cuối cùng đối với phần lớn các vụ án hình sự và dân sự ở Anh (trừ Scotland, nơi mà Toà án tối cao vẫn là cấp xét xử cao nhất đối với các vụ việc hình sự).

Ban đầu, Nghị viện không xử phúc thẩm giống như toà án thông thường vẫn làm mà chỉ xét đơn kiện những phán quyết của các toà án cấp dưới để huỷ án khi cần thiết. Đến năm 1399, Hạ nghị viện không còn tiếp tục xét đơn kháng cáo theo thủ tục đó nữa mà để cho Thượng nghị viện toàn quyền xét xử với tư cách là cấp xét xử cuối cùng của quốc gia. Như vậy, thuật ngữ “Thượng nghị viện” vừa có nghĩa là viện cao hơn trong nghị viện (với hơn 1000 thượng nghị sĩ) đồng thời còn có nghĩa là toà án phúc thẩm cao nhất (với 11 thượng nghị sĩ đóng vai trò thẩm phán) ở vương quốc Anh.

Sau này, thẩm quyền của Thượng nghị viện có xu hướng suy giảm: trong suốt giai đoạn từ năm 1514 đến năm 1589, Thượng nghị viện chỉ giải quyết được năm vụ và từ năm 1589 đến đầu

(1). Xem: Constitutional Reform Act 2005, Chapter 4, Part 3 (The Supreme Court).

năm 1621 Thượng nghị viện không giải quyết được vụ nào. Tuy nhiên từ năm 1621, Thượng nghị viện đã giành lại được vị trí của mình trong bộ máy xét xử khi Vua James đệ nhất chuyển đơn khiếu nại của một người theo kiện bên bị tới Thượng nghị viện để xem xét. Từ đó, đơn từ kháng cáo đối với các bản án của toà án cấp dưới gửi tới Thượng nghị viện lại tăng lên. Trước tình hình đó, Thượng nghị viện đã chỉ định một Ủy ban giải quyết đơn kháng cáo (Committee for Petitions). Ban đầu, thư kí của Nghị viện chuyên đơn cho Thượng nghị viện để các thượng nghị sĩ xem xét và quyết định liệu có nên chuyển đơn sang Ủy ban. Do sau này do số lượng đơn tăng lên nhiều, Ủy ban đã giành quyền bác đơn.

Thượng nghị viện thực hiện chức năng xét xử thông qua Ủy ban phúc thẩm của Thượng nghị viện. Đây là toà án phúc thẩm cao nhất xét xử hầu hết các vụ việc ở England và xứ Wales. Trên thực tế, chỉ có các thượng nghị sĩ đặc trách công tác pháp luật trực tiếp xét xử phúc thẩm. Theo Luật Toà án tối cao năm 1873, chức năng xét xử của Thượng nghị viện đã bị bãi bỏ nhưng trước khi đạo luật này có hiệu lực, một cuộc tổng tuyển cử đã được tổ chức và Nghị viện mới đã thông qua Luật Toà án tối cao năm 1875 để sửa đổi đạo luật năm 1873 và vì vậy, chức năng xét xử của Thượng nghị viện lại tiếp tục được duy trì.

Ngày nay, hoạt động xét xử của Thượng nghị viện vẫn được điều chỉnh theo Luật thẩm quyền xét xử phúc thẩm năm 1876. Thượng nghị viện có thể xét xử phúc thẩm những bản án của Toà phúc thẩm của England và xứ Wales, Toà phúc thẩm của Northern Ireland, Toà hình sự của Scotland và Toà án quân sự phúc thẩm. Để được xét xử phúc thẩm tại Thượng nghị viện, bên có đơn

kháng cáo phải có giấy phép kháng cáo do chính toà án có phán quyết bị kháng cáo cấp hoặc do Thượng nghị viện cấp. Riêng đối với các vụ án hình sự, bên có kháng cáo còn phải có thêm xác nhận của toà án cấp dưới rằng vụ việc bị kháng cáo có liên quan tới cộng đồng, tới xã hội. Nhìn chung, chỉ có những bản án quan trọng và đặc biệt phức tạp mới được Thượng nghị viện xử phúc thẩm và phán quyết của Thượng nghị viện sẽ không thể bị tiếp tục kháng cáo.

Trong lịch sử, đã có giai đoạn Thượng nghị viện Anh thực hiện cả chức năng xét xử sơ thẩm đối với những vụ việc có liên quan đến giới quý tộc Anh và những vụ phản quốc. Ngày nay, Thượng nghị viện chỉ xét xử phúc thẩm đối với những vụ việc đã được xét xử bởi toà án cấp dưới khi có kháng cáo, kháng nghị. Đơn kháng cáo, kháng nghị được gửi tới Nữ hoàng trong Nghị viện (Queen-in-Parliament) chứ không gửi trực tiếp tới Thượng nghị viện. Theo truyền thống hiến định, chỉ có các thượng nghị sĩ đủ tư cách pháp lí⁽¹⁾ mới được xử phúc thẩm. Từ Chiến tranh thế giới thứ II, việc xét xử phúc thẩm do Ủy ban phúc thẩm của Thượng nghị viện ("the House of Lords Appellate" hoặc còn được gọi là "the House of Lords Judicial Committee": Ủy ban tư pháp của Thượng nghị viện) đảm nhiệm. Phiên toà do Ủy ban

(1). Đó là các thượng nghị sĩ được hưởng lương để giúp Thượng nghị viện xét xử phúc thẩm (Lords of Appeal in Ordinary) và các thượng nghị sĩ đặc trách công tác pháp luật ở Nghị Viện (Law Lords). Ngày nay, thuật ngữ "Law Lord" rộng hơn thuật ngữ "Lords of Appeal in Ordinary" vì được sử dụng để chỉ các thành viên của Ủy ban phúc thẩm của Thượng nghị viện, gồm: Đại pháp quan, các thượng nghị sĩ hưởng lương (Lords of Appeal in Ordinary) và bất cứ thượng nghị sĩ nào giữ chức vụ trong cơ quan tư pháp cấp cao của Anh. Xem thêm B. A. Garner, "Black Law Dictionary", 1999 West Group, tr. 892.

phúc thẩm của Thượng nghị viện xét xử thường có năm thượng nghị sĩ hưởng lương tham dự; tuy nhiên đối với những vụ việc nghiêm trọng có thể có tới bảy, thậm chí chín thượng nghị sĩ hưởng lương tham dự. Thường thì phán quyết của Ủy ban phúc thẩm là phán quyết cuối cùng nhưng Thượng nghị viện vẫn giữ lại thẩm quyền xem xét lại những bản án trong quá khứ của chính mình và nếu thấy thoả đáng có quyền huỷ bản án cũ và ra bản án mới. Rất hiếm khi Thượng nghị viện sử dụng đến quyền năng này nhưng điều đó không có nghĩa là quyền hạn này chưa bao giờ được sử dụng. Ví dụ gần đây nhất là vụ án về dẫn độ cựu độc tài Chilê là Augusto Pinochet do Ủy ban phúc thẩm Thượng nghị viện xử đã bị Thượng nghị viện huỷ án với lí do là một trong những thượng nghị sĩ của Ủy ban là thành viên của Tổ chức ân xá quốc tế (Amnesty International), một tổ chức có liên quan tới vụ án. Thượng nghị viện đã phải thành lập hội đồng gồm bảy thượng nghị sĩ hưởng lương xử lại vụ án này.

Các thượng nghị sĩ đặc trách công tác pháp luật ở Thượng nghị viện không có quyền phán xét các đạo luật do Nghị Viện ban hành. Tuy nhiên, từ năm 1972, vương quốc Anh đã trở thành thành viên của Cộng đồng châu Âu, nay là Liên minh châu Âu, và thừa nhận pháp luật châu Âu là tối cao ở Anh trong một số lĩnh vực. Vì vậy, các thượng nghị sĩ đặc trách công tác pháp luật của Thượng nghị viện cũng có quyền tuyên bố đạo luật nào đó không phù hợp với Công ước châu Âu về quyền con người theo Điều 4 Luật quyền con người năm 1998. Mặc dù các toà án khác như Toà phúc thẩm, Toà án cấp cao, Toà pháp quan tối cao (High Court of Justiciary), Toà hình sự (Court of

Session) và Toà phúc thẩm quân sự đều có quyền hạn này nhưng Thượng nghị viện là cấp xét xử phúc thẩm đối với tính phù hợp với pháp luật châu Âu của các đạo luật của Anh. Tuy nhiên, phán quyết của Thượng nghị viện không tự động huỷ bỏ hiệu lực của đạo luật có liên quan mà còn tùy thuộc vào việc liệu Nghị viện có sửa đạo luật đó hay không.

2.1.3.2. Ủy ban tư pháp của Hội đồng cơ mật

Hội đồng cơ mật là kết quả của sự phát triển về mặt tư pháp của Hội đồng cố vấn của Quốc vương (Curia Regis), với thẩm quyền tư pháp này sinh từ đặc quyền của Hoàng gia. Thẩm quyền xét xử trong phạm vi vương quốc Anh (lúc đó gồm có England và xứ Wales) đã bị bãi bỏ năm 1641 nhưng quyền xét xử phúc thẩm đối với các vụ việc ngoài vương quốc Anh đã ngày càng lớn mạnh trong hai thế kỉ kế tiếp. Từ khoảng giữa thế kỉ XIX, Hội đồng cơ mật bắt đầu thực hiện chức năng xét xử thông qua Ủy ban tư pháp của Hội đồng cơ mật (được thành lập năm 1833, theo đạo luật Ủy ban tư pháp – Judicial Committee Act 1833). Ủy ban tư pháp có bốn nhóm Ủy viên: (1) các thượng nghị sĩ phúc thẩm hòng lương (Lords of Appeal in Ordinary) để thực hiện công tác xét xử (cho cả Thượng nghị viện và Hội đồng cơ mật); (2) Các thượng nghị sĩ phúc thẩm (*Lords of Appeal*); (3) Các uỷ viên của Hội đồng cơ mật đã hoặc đang là thẩm phán của của Toà phúc thẩm ở England, của Thượng toà chuyên trách của Toà tối cao ở Scotland; hoặc của Toà phúc thẩm ở Bắc Ireland; (4) Các uỷ viên của Hội đồng cơ mật là thẩm phán của những toà án cấp trên ở các nước thuộc Khối thịnh vượng chung.

Thẩm quyền xét xử của Ủy ban tư pháp của Hội đồng cơ mật (gọi tắt là Hội đồng cơ mật) khác với thẩm quyền của Ủy ban phúc thẩm của Thượng nghị viện (gọi tắt là Thượng nghị viện) ở chỗ Hội đồng cơ mật vừa xét xử sơ thẩm vừa xét xử phúc thẩm và là cấp xét xử phúc thẩm cuối cùng không chỉ đối với một số vụ việc xảy ra trong nước mà còn đối với cả những vụ việc xảy ra bên ngoài Vương quốc Anh.

a. Xét xử những vụ việc xảy ra trong phạm vi Vương quốc Anh

Hội đồng cơ mật có thẩm quyền xét xử sơ thẩm và phúc thẩm đối với những vụ việc về phân định thẩm quyền giữa chính phủ trung ương và chính quyền địa phương trong phạm vi Vương quốc Anh theo các đạo luật về phân định thẩm quyền của Vương quốc Anh năm 1998. Đây là những vụ việc có liên quan tới việc xác định thẩm quyền và chức năng của các cơ quan lập pháp và hành pháp được thành lập ở Scotland, Bắc Ireland, England và xứ Wales.⁽¹⁾ Những vụ việc này có thể đưa đến giải quyết tại Hội đồng cơ mật bằng một trong bốn con đường. *Một là* khi có một nghị sĩ đề nghị Hội đồng cơ mật xem xét liệu cơ quan lập pháp của Scotland và Bắc Ireland có vượt quá quyền hạn khi thông qua một dự luật hay một (một số) điều khoản của dự luật. Vụ việc loại này sẽ được xét xử sơ thẩm tại Hội đồng cơ mật. *Hai là* khi có đơn kháng cáo đối với những phán quyết của các toà án cấp trên ở England, xứ Wales, Scotland và Bắc Ireland. Những trường hợp này, phán quyết của Hội đồng cơ mật sẽ là quyết

(1). Xem: the Scotland Act 1998; the Northern Ireland Act 1998; the Government of Wales Act 1998.

định chung thẩm. *Ba là* các toà án phúc thẩm bao gồm cả Thượng nghị viện có thể yêu cầu Hội đồng cơ mật xem xét những vụ việc về phân định thẩm quyền, thậm chí bất kì toà án hay cơ quan tài phán nào nếu được một nghị sĩ có thẩm quyền yêu cầu cũng có thể đề nghị Hội đồng cơ mật giải quyết những vụ việc loại này. *Bốn là* bản thân các nghị sĩ có thẩm quyền cũng có thể yêu cầu Hội đồng cơ mật giải quyết những vấn đề về phân định thẩm quyền. Phán quyết của Hội đồng cơ mật về những vụ việc nói trên là quyết định chung thẩm, có giá trị ràng buộc đối với cả Thượng nghị viện.

Chỉ có các uỷ viên của Ủy ban tư pháp đã hoặc đang giữ chức vụ cao trong bộ máy xét xử của Vương quốc Anh được tham dự Hội đồng xét xử những vụ việc về phân định thẩm quyền nói trên. Các thẩm phán đến từ các nước thuộc Khối thịnh vượng chung không được tham gia hội đồng xét xử khi giải quyết các vụ việc loại này.

Ngoài các vụ việc về phân định thẩm quyền, Hội đồng cơ mật còn xét xử phúc thẩm những vụ việc từ Jersey, Guernsey và Isle of Man;⁽¹⁾ xét xử phúc thẩm đối với những vụ việc do Ủy ban kỉ luật của Hội phẫu thuật thú y Hoàng gia đã quyết;⁽²⁾ xem xét và bác bỏ những kế hoạch của Ủy viên Hội đồng giáo hội căn cứ vào

(1). Là những quốc gia lệ thuộc Hoàng gia Anh, những hòn đảo của Vương quốc Anh nằm trên vùng biển Ireland.

(2). Trên thực tế, những vụ việc liên quan tới các quyết định của cơ quan quản lý trong lĩnh vực y tế, từ ngày 01 tháng 04 năm 2003, đã được chuyển xuống Toà án cấp cao và Toà tối cao (Court of Session) giải quyết. Xem thêm: Department for Constitutional Affairs, "Constitutional Reform: A Supreme Court for the United Kingdom", <http://www.dca.gov.uk>.

Tiêu chuẩn đánh giá mục sư năm 1983. Hội đồng cơ mật còn có thẩm quyền xét xử phúc thẩm (mặc dù hiếm khi xảy ra trên thực tế), đối với một số vụ việc đã được giải quyết bởi tòa án giáo hội và các tòa án chuyên xét xử những đối tượng bị bắt giữ trên biển trong thời chiến (Prize Courts) khi có kháng cáo, kháng nghị; giải quyết những vấn đề được điều chỉnh bởi Luật truất quyền ứng cử Hạ nghị viện (House of Commons Disqualification Act); xét xử phúc thẩm những vụ việc đã được giải quyết bởi Tòa án Hải quân ở Cảng Cinque. Nữ hoàng còn có quyền giao cho Hội đồng cơ mật giải quyết bất cứ vụ việc nào và báo cáo lại Nữ hoàng theo quy định của Luật Ủy ban tư pháp năm 1833.

b. Xét xử những vụ việc xảy ra ngoài Vương quốc Anh

Hội đồng cơ mật có thẩm quyền xét xử phúc thẩm và là cấp phúc thẩm cuối cùng đối với các vụ việc xảy ra ở: (1) Các lãnh thổ ngoài nước của Vương quốc Anh; (2) Các nước thuộc Khối thịnh vượng chung vẫn duy trì truyền thống kháng cáo lên Nữ hoàng trong Hội đồng (Her Majesty in Council); và (3) Các nước cộng hoà tiếp tục duy trì thói quen kháng cáo lên Ủy ban tư pháp của Hội đồng cơ mật.

Đối với những vụ việc đã được cấp xét xử phúc thẩm cao nhất ở các lãnh thổ và quốc gia (gọi chung là quốc gia) nói trên, nếu các bên không chấp thuận phán quyết của Tòa phúc thẩm quốc gia mình có thể kháng cáo lên Hội đồng cơ mật bằng cách: (1) gửi đơn kháng cáo thẳng tới Nữ hoàng trong Hội đồng; hoặc (2) gửi tới nguyên thủ quốc gia của đương sự; (3) hoặc gửi tới Ủy ban tư pháp của Hội đồng cơ mật.

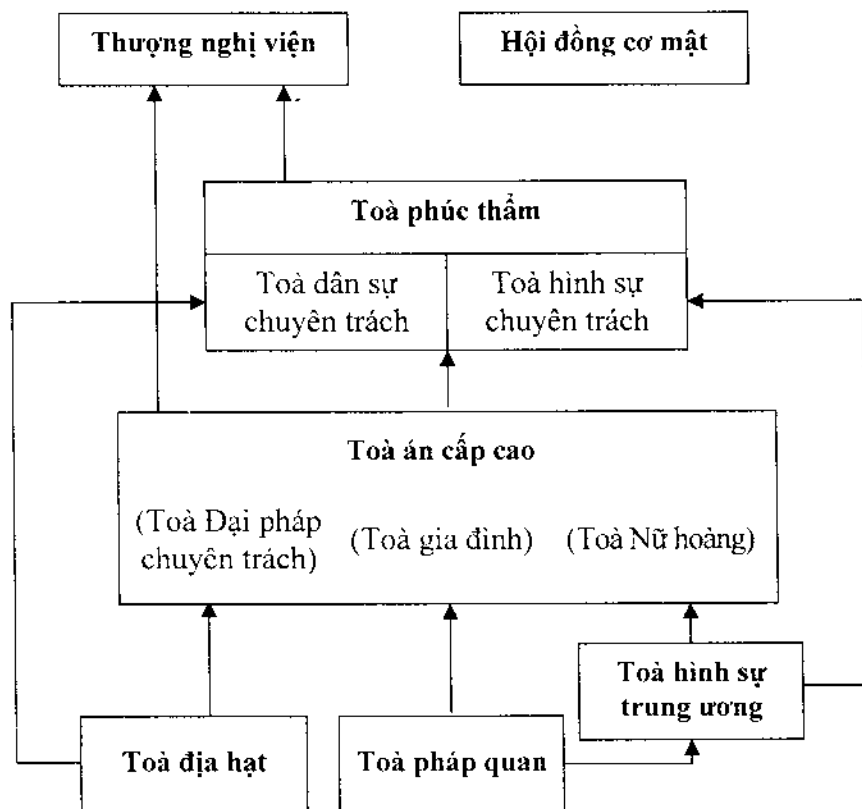
- Đơn kháng cáo gửi thẳng tới Nữ hoàng: chỉ áp dụng khi bên kháng cáo đến từ những nước mà Nữ hoàng Anh là người đứng đầu và từ những lãnh thổ ở nước ngoài của Vương quốc Anh. Hội đồng cơ mật chỉ mở phiên tòa xét xử phúc thẩm đối với những vụ việc này khi đương sự có giấy phép kháng cáo của Tòa phúc thẩm địa phương hoặc khi có giấy phép kháng cáo của Nữ hoàng trong Hội đồng (her Majesty in Council). Hội đồng cơ mật có toàn quyền cấp hoặc từ chối cấp giấy phép kháng cáo. Trường hợp Tòa phúc thẩm địa phương từ chối cấp giấy phép kháng cáo, bên kháng cáo có thể xin giấy phép kháng cáo trực tiếp từ Hội đồng cơ mật. Hội đồng cơ mật thường cấp giấy phép kháng cáo cho hầu hết bên kháng cáo trong vụ án hình sự, ngược lại, bên kháng cáo trong vụ việc dân sự thường ít có cơ hội hơn trong việc giành được giấy phép kháng cáo từ Hội đồng cơ mật.

- Đơn kháng cáo gửi tới nguyên thủ quốc gia của đương sự: ngày nay chỉ xảy ra trong trường hợp của Brunei. Đơn kháng cáo đối với phán quyết của Tòa phúc thẩm (chỉ đối với vụ việc dân sự) của Brunei sẽ được gửi tới vua của nước này. Trên cơ sở sự thỏa thuận giữa Nữ hoàng Anh và Vua Brunei, những đơn kháng cáo này sẽ được Hội đồng cơ mật giải quyết và báo cáo trực tiếp tới Vua Brunei.

- Đơn kháng cáo gửi tới Ủy ban tư pháp của Hội đồng cơ mật được áp dụng khi bên kháng cáo đến từ một trong những nước cộng hòa độc lập thuộc Khối thịnh vượng chung. Để được kháng cáo, đương sự cũng phải giành được giấy phép kháng cáo tương tự như trường hợp đơn kháng cáo gửi thẳng tới Nữ hoàng.

SƠ ĐỒ HỆ THỐNG TÒA ÁN ANH

(England và xứ Wales)⁽¹⁾



2.1.3.3. Tòa án tối cao của Vương quốc Anh

Từ những năm đầu của thiên niên kỉ mới, nhu cầu về một tòa án tối cao - cấp xét xử phúc thẩm cuối cùng độc lập với Thượng nghị viện ngày càng trở nên bức thiết ở Vương quốc Anh. Chính

(1). Nguồn: <http://dca.gov.uk>

phủ Anh tin rằng sự ra đời của Toà án tối cao của Vương quốc Anh sẽ đảm bảo và tăng cường sự độc lập của ngành tư pháp trong mối quan hệ với ngành lập pháp và hành pháp.⁽¹⁾ Vì vậy, năm 2005, Nghị viện Anh đã thông qua Luật sửa đổi Hiến pháp, theo đó Toà án tối cao của Vương quốc Anh được thành lập với tư cách là cấp xét xử phúc thẩm cuối cùng ở Vương quốc Anh. Toà có 12 thẩm phán, trong đó có một chánh án và một phó chánh án, đều do Nữ hoàng bổ nhiệm. Nữ hoàng có thể ban lệnh tăng thêm số lượng thẩm phán nếu lệnh đó được cả hai viện của Nghị viện chấp thuận.

Khi Toà án tối cao chính thức bước vào hoạt động, Toà sẽ lấy lại thẩm quyền xét xử phúc thẩm từ Thượng nghị viện và quyền giải quyết các vụ việc về phân định thẩm quyền giữa chính phủ trung ương và chính quyền địa phương từ Hội đồng cơ mật.

Toà án tối cao chỉ xét xử phúc thẩm những vụ việc có liên quan rộng rãi tới lợi ích công cộng và là cấp xét xử phúc thẩm cuối cùng đối với những vụ việc dân sự và hình sự của England, xứ Wales và Bắc Ireland. Riêng đối với Scotland, Toà chỉ là cấp xét xử phúc thẩm cuối cùng đối với vụ việc dân sự mà không xét xử phúc thẩm vụ việc hình sự.

2.2. Thủ tục tố tụng

2.2.1. Thủ tục tố tụng dân sự

Ngày nay, thủ tục tố tụng dân sự của Anh mềm dẻo hơn thủ tục tố tụng dân sự được sử dụng trong những thế kỉ trước rất nhiều. Quan niệm cho rằng quy tắc tố tụng quan trọng hơn luật

(1). Xem: Department for Constitutional Affairs. "Constitutional Reform: A Supreme Court for the United Kingdom". Consultation Paper, July 2003, <http://www.dca.gov.uk>.

nội dung đã không còn ngự trị nước Anh trong những năm gần đây. Trong cả quãng thời gian dài, thủ tục tố tụng dân sự được thực hiện theo luật bất thành văn nhưng hơn một thế kỉ nay, phần lớn các quy tắc tố tụng dân sự của Anh đã được thành văn hoá. Các quy tắc tố tụng dân sự của Toà án tối cao từ cuối thế kỉ XIX đã được đưa vào Luật hệ thống toà án năm 1873 và ngày nay vẫn còn là cơ sở pháp lí cho hầu hết thủ tục tố tụng dân sự áp dụng ở Toà án tối cao và cũng có những nguyên tắc tố tụng tương ứng mà toà án địa hạt và toà pháp quan phải tuân thủ. Năm 1997, dự định cải tổ cơ bản về tư pháp dân sự đã được đưa ra ở Anh nhằm đẩy nhanh tốc độ giải quyết các khiếu kiện dân sự.

Thủ tục tố tụng dân sự thường bắt đầu bằng việc toà án phát hành trát triệu tập. Trát là lệnh của Nữ hoàng yêu cầu bị đơn ra hầu toà. Nội dung trát chứa đựng những thông tin cần thiết, đủ để báo cho bị đơn biết về bản chất của việc khiếu kiện.

Ở giai đoạn tiền xét xử, các đương sự sẽ phải cung cấp lời khai. Biên bản lấy lời khai của các đương sự trong vụ kiện dân sự trước khi diễn ra phiên toà ở Anh cũng tương tự như ở Mỹ nhưng có phần vắn tắt và đi thẳng vào vấn đề hơn. Chức năng của giai đoạn lấy lời khai là tìm ra những thông tin phục vụ cho việc xét xử mặc dù trên thực tế, không đương sự nào muốn tiết lộ thông tin nhiều hơn những gì họ được yêu cầu. Lời khai của các bên phải được viết thành văn bản. Luật sư tư vấn có thể tham gia vào giai đoạn tiền xét xử để tư vấn cho thân chủ của mình và chuẩn bị các giấy tờ cần thiết theo yêu cầu của luật sư tranh tụng đã nhận lời biện hộ cho đương sự tại toà.

Phiên toà xét xử ở Anh diễn ra dưới hình thức thẩm vấn, kiểu

xét xử có nguồn gốc từ xa xưa, do các thành viên bồi thẩm đoàn thường là những người không biết chữ và việc sử dụng chứng cứ viết trước toà, vì vậy, trở nên phù phiếm. Mặc dù tổ tụng xét hỏi vẫn tiếp tục được duy trì ngày nay nhưng việc sử dụng chứng cứ viết và những nhận định của chuyên gia đã thu hẹp hệ thống tổ tụng kiểu chất vấn này. Phiên toà bắt đầu bằng sự có mặt của các bên đương sự tại toà và cũng kết thúc trước sự có mặt của các đương sự đó. Kiểu tổ tụng này cho phép các luật sư tranh tụng thể hiện tài năng biện hộ của mình. Trong các vụ việc dân sự có thể có sự tham gia của luật sư tư vấn với vai trò giúp luật sư tranh tụng lập hồ sơ vụ việc ở giai đoạn tiền xét xử nhưng khi phiên toà diễn ra, luật sư tư vấn chỉ được đóng vai trò thỉnh giả, thỉnh thoảng thì thẩm tra đối với luật sư biện hộ, đưa ra những lời khuyên và tìm kiếm trong tập hồ sơ đã chuẩn bị sẵn những văn bản cần thiết. Mãi tới gần đây, luật sư tư vấn mới được xuất hiện ở toà án địa hạt với tư cách luật sư biện hộ và có khả năng sẽ được chấp nhận làm luật sư biện hộ ở Toà án cấp cao trong tương lai.

Người Anh xem giai đoạn xét xử của họ như cơ hội để luật sư có được sự nhận thức cần thiết về bản chất vụ việc và đáp ứng nhanh chóng nhu cầu giải quyết vụ việc đó trước toà. Đây là những kỹ năng mà các luật sư hành nghề ở những nước không phân chia nghề luật sư thành nghề tư vấn và nghề tranh tụng (ví dụ, ở Mỹ và Úc) thường không có được. Hiển nhiên là không có thẩm phán nào có thể hiểu biết thấu đáo về mọi lĩnh vực khoa học và kỹ thuật. Bản chất của phiên toà xét xử ở Anh là tổ tụng xét hỏi và không ngắt quãng (mặc dù trên thực tế khó tránh khỏi sự ngắt quãng) vì vậy không có thời gian cho thẩm phán nghiên cứu những vấn đề phức tạp. Để đối phó với thực tế này, Anh

quốc đã thành lập nên vô số các cơ quan tài phán mà mỗi cơ quan chịu trách nhiệm giải quyết một lĩnh vực chuyên biệt. Các cơ quan tài phán thiếu tính hệ thống này thường tiến hành thủ tục tố tụng với chi phí rẻ hơn và cũng mềm dẻo hơn vì ít bị chi phối bởi các nguyên tắc và truyền thống tố tụng như những toà án thông thường khác.

2.2.2. Thủ tục tố tụng hình sự

Trong nhiều thế kỉ, cảnh sát Anh nắm giữ quyền công tố. Mãi tới năm 1986, chức năng công tố mới được chuyển giao cho Cục công tố Hoàng gia mới thành lập và từ đó chức năng điều tra và truy tố ở Anh quốc mới được bóc tách rành mạch.⁽¹⁾

Thủ tục tố tụng hình sự của Anh không chỉ lưu tâm đến việc bảo vệ người vô tội mà còn nhằm làm rõ tính chất sai trái trong hành vi của người có tội để bảo vệ lợi ích chung của xã hội. Cách đây vài thế kỉ, người bị buộc tội ở Anh bị giam giữ cho tới khi phiên toà được mở mà không có cơ hội để chuẩn bị cho việc biện hộ cho mình trước toà; người bị buộc tội không thể gọi nhân chứng làm chứng cho mình và phải xuất hiện trước toà mà không có luật sư bào chữa khi bị buộc tội phản quốc hay tội nghiêm trọng như giết người. Những thay đổi trong thủ tục tố tụng hình sự trong vài thế kỉ gần đây, đặc biệt là từ giữa thế kỉ XIX, đã diễn ra theo chiều hướng có lợi cho người bị buộc tội. Tuy nhiên, những thay đổi này dường như hoàn toàn trên danh nghĩa hơn là trên thực tế so với sự bảo vệ hiến định đối với người bị buộc tội ở Mỹ.

Thủ tục tố tụng hình sự ở Anh ngày nay mang tính buộc tội

(1). Xem thêm: Nguyễn Thị Ánh Vân, "Cải cách tư pháp ở Anh và những ý kiến về cải cách tư pháp ở Việt Nam trong thời gian tới", *Tạp chí luật học*, số 8/2007, tr. 61 - 62.

nhiều hơn là thẩm tra. Khi vụ việc bị phát hiện, việc điều tra sẽ được tiến hành như bước chuẩn bị để đưa vụ việc ra toà. Công việc này do nhân viên của Chính phủ đại diện cho Hoàng gia tiến hành chứ không phải do các thẩm phán hay pháp quan tiến hành như trong các hệ thống tổ tụng điều tra. Tuy nhiên, các thẩm phán, pháp quan của Anh có thể tham gia một cách tích cực vào hoạt động xét xử bằng cách đặt câu hỏi trực tiếp đối với người bị buộc tội và nhân chứng. Bằng cách đó toà án Anh đã đưa được yếu tố điều tra vào quá trình xét xử ở mức độ lớn hơn so với những gì diễn ra trong quá trình xét xử vụ án hình sự ở toà án Mỹ. Do các vụ việc đã trở nên phức tạp hơn theo thời gian, các thẩm phán có xu hướng để lại việc chất vấn đương sự tại toà cho các luật sư tranh tụng và thực sự chỉ đóng vai trò là người trọng tài ít lời đúng hơn là bên chất vấn thứ ba.

So với ở Mỹ, quyền khởi tố ở Anh phân tán hơn vì quyền năng này không chỉ dành riêng cho Nhà nước. Bất cứ ai, từ công tố viên hoặc các công chức tới cá nhân người bị hại đều có quyền khởi tố mặc dù trên thực tế, hiếm khi cá nhân người bị hại thực hiện quyền năng này, trừ khi việc khởi tố đã bị các cơ quan công quyền phủ nhận (khi đó cá nhân người bị hại sẽ trực tiếp thực hiện quyền tư tố).

Khác với thủ tục tố tụng dân sự, gần như tương tự nhau giữa các toà án khác nhau ở Anh, thủ tục tố tụng hình sự được áp dụng ở các toà án lại khác nhau rất nhiều và phụ thuộc trực tiếp vào mức độ nghiêm trọng của hành vi phạm tội. Thông thường, ở bất kì dòng họ pháp luật nào, mức độ nghiêm trọng của hành vi phạm tội đều là cơ sở để quyết định thủ tục tố tụng nào sẽ được áp dụng. Mục đích của tố tụng hình sự, bên cạnh việc nhằm xác định

hành vi nào đó là có tội hay không có tội còn nhằm giáo dục hoặc tước quyền tự do và thậm chí trừng phạt về thể xác đối với người phạm tội. Đối với những tội ít nghiêm trọng, có thể phạm nhân chỉ cần trả tiền phạt thông qua đường bưu điện, với một lời xác nhận của toà về việc phạm nhân đã thực hiện yêu cầu nộp phạt do hành vi sai trái. Những tội nghiêm trọng hơn, bị cáo sẽ bị triệu ra toà pháp quan và được xử mà không có mặt bồi thẩm. Đối những tội nghiêm trọng hơn nữa, bồi thẩm đoàn sẽ được triệu tập tham dự phiên toà và phải tuân theo nguyên tắc chặt chẽ về chứng cứ.

3. Nguồn luật của Anh

Khi nói về nguồn luật của Anh, người ta thường nói tới hai loại nguồn chính là luật thành văn và luật bất thành văn. Luật thành văn là các đạo luật do Nghị viện và các văn bản phụ trợ (subordinated legislations) do Chính phủ ban hành. Luật bất thành văn bao gồm ba bộ phận: *Một là* các tập quán phổ biến từ thời thượng cổ hay còn gọi là common law (các phán quyết của toà gồm cả án lệ của Toà án Hoàng gia và luật công lí là những phán quyết được ghi chép lại và được giải thích trong các báo cáo luật và được sắp xếp một cách có hệ thống để sử dụng phổ biến trong các tác phẩm có uy tín của các tác giả đáng kính); *hai là* các tập quán hoặc luật lệ địa phương (particular customs or laws) có ảnh hưởng chỉ tới những người sống ở một vùng nhất định nào đó; và *ba là* luật cá biệt (peculiar laws).

Trong khi hầu hết các nguyên tắc pháp lí của Anh nảy sinh từ án lệ và luật công bằng thì phần lớn các quy phạm pháp luật chi tiết lại được tìm thấy trong luật thành văn. Ngày nay, án lệ và luật thành văn là hai nguồn luật lớn nhất của Anh. Một bản án là án lệ

chỉ chứa đựng giải pháp pháp lý cho một vụ việc đặc thù, với những tình tiết cụ thể và vì vậy sẽ chỉ trở thành luật để giải quyết những vụ việc tương lai có những tình tiết tương tự. Trong khi đó, một đạo luật thường mang tính khái quát hơn và được áp dụng cho nhiều tình huống thực tiễn sẽ xảy ra trong tương lai. Hơn nữa luật thành văn do Nghị viện ban hành, vì vậy có uy tín cao hơn án lệ do các thẩm phán làm ra trong quá trình xét xử. Luật thành văn không chỉ có khả năng bãi bỏ án lệ trong quá khứ mà còn có thể có hiệu lực hồi tố, tức là có khả năng làm vô hiệu một bản án đã được xét xử trong quá khứ.

3.1. Án lệ

Án lệ là những nguyên tắc pháp lý rút ra từ những phán quyết của toà do các thẩm phán sáng tạo ra, cung cấp tiền lệ hay cơ sở pháp lý để các thẩm phán giải quyết các vụ việc có tình tiết tương tự trong hiện tại và tương lai.

Điểm đặc thù trong hệ thống pháp luật Anh là bộ phận quan trọng của luật thực định của Anh là do cơ quan tư pháp, tức toà án sáng tạo ra dựa trên cơ sở áp dụng và phát triển án lệ hay tiền lệ pháp. Những lĩnh vực pháp luật như luật hợp đồng, bồi thường trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng, cũng như một số hành vi phạm tội nghiêm trọng như giết người và hành hung tập thể (common assault) đều là sản phẩm của cơ quan tư pháp chứ không phải của cơ quan lập pháp. Đây là điểm khác biệt cơ bản giữa hệ thống pháp luật Anh với các hệ thống pháp luật pháp điển hoá ở châu Âu lục địa và những hệ thống pháp luật khác chịu ảnh hưởng của các hệ thống pháp luật ở châu Âu lục địa. Trong hệ thống pháp luật Anh, một nguyên tắc ra đời từ khoảng thế kỉ XIII

có tên Latinh là "*stare decisis*" có nghĩa là tuân thủ các phán quyết trước đây và không phá vỡ những quy phạm pháp luật đã được thiết lập trong án lệ. Theo nguyên tắc này, các toà án cấp dưới chịu sự ràng buộc bởi các nguyên tắc pháp lí do các toà án cấp trên sáng tạo ra được ghi nhận trong các bản án trong quá trình xét xử các vụ việc trong quá khứ. Toà án cấp trên được hiểu là Thượng nghị viện. Toà phúc thẩm và Toà án cấp cao (High Court). Tuy nhiên, không phải toàn bộ các phán quyết của các toà án này đều có giá trị ràng buộc mà chỉ có những bản án được xuất bản mới trở thành án lệ và có giá trị ràng buộc. Phán quyết của Toà phúc thẩm và Toà án cấp cao không có giá trị ràng buộc Thượng nghị viện nhưng thông thường, Thượng nghị viện rất tôn trọng phán quyết của các toà án này. Bản thân Thượng nghị viện trong quá khứ cũng đã tuân thủ phán quyết của chính mình nhưng vài thập kỉ gần đây nguyên tắc này đã bị bãi bỏ. Phán quyết của Toà án hình sự trung ương, Toà địa hạt và Toà án hình sự và gia đình không phải là án lệ và không có giá trị ràng buộc.

Trong quá trình áp dụng tiền lệ pháp, cần phân biệt hai phần của bản án: *ratio decidendi*: phần lí do hay nguyên tắc để ra phán quyết) và *obiter dictum*: phần bình luận của thẩm phán.

Ratio decidendi trong mỗi bản án có thể hiểu là cơ sở lập luận quan trọng để đi đến phán quyết, là những nguyên tắc, quy phạm pháp luật dựa vào đó người thẩm phán ra quyết định đối với các đương sự trong vụ việc đã xử. Bộ phận này của bản án có giá trị ràng buộc, tuy nhiên, thẩm phán có thể từ chối áp dụng phần *ratio decidendi* của một phán quyết trong quá khứ vì một số lí do. Một là do thẩm phán không đồng ý với phán quyết đó và đã cố gắng

tìm ra những tình tiết khác nhau giữa vụ việc đang xét xử và vụ việc đã xét xử. Hai là do thẩm phán không tìm thấy nguyên tắc pháp lý trong án lệ có liên quan. Điều này hoàn toàn có thể xảy ra vì thẩm phán Anh nhiều khi rất lan man⁽¹⁾ và đã cho ra đời những bản án dài lê thê, khó xác định rõ phần lý lẽ ra phán quyết. Ba là khó xác định phần *ratio decidendi* vì phán quyết được đưa ra dựa trên nhiều lý lẽ khác nhau. *Ví dụ:* có những phán quyết của Thượng nghị viện chứa đựng tới năm nguyên tắc pháp lý (*rationes decidendi*) dựa vào đó giải pháp pháp lý được đưa ra.⁽²⁾ Những phán quyết kiểu này có thể là đối tượng nghiên cứu hấp dẫn cho các học giả pháp lý nhưng sẽ là nỗi kinh hoàng cho các luật sư và thẩm phán của các toà án cấp dưới trong quá trình áp dụng tiền lệ pháp vào thực tiễn xét xử.

Obiter dictum là phần bình luận, nhận xét hoặc ý kiến của thẩm phán đưa ra trong quá trình xét xử vụ việc chứ không phải là những lý lẽ cần thiết để đi đến phán quyết, vì vậy, không phải là tiền lệ pháp và không có giá trị ràng buộc.

Ở Anh, việc bám sát vào tiền lệ pháp trong hoạt động xét xử là yêu cầu nghiêm ngặt. Trong nhiều năm, Thượng nghị viện, toà án cao nhất ở Anh đã tự cho rằng mình phải tuyệt đối tuân thủ các phán quyết trong quá khứ của chính mình. Mức độ tuân thủ chặt chẽ nguyên tắc *stare decicis* của các toà án ở Anh không chỉ thể hiện ở sự không muốn phủ nhận những phán quyết trong quá khứ của chính mình mà phổ biến hơn, thể hiện ở sự miễn cưỡng của họ trong việc phân biệt tình tiết của vụ việc hiện tại với những

(1). Xem: J.P. Price, "The English Legal System", MacDonald and Evans (1979), at 98.

(2). Xem: J.P. Price, *Sđd.*, tr. 99

tình tiết của vụ việc trong quá khứ hoặc trong việc tìm ra mâu thuẫn trong án lệ hoặc trong việc chỉ ra và khai thác sự tối nghĩa trong lập luận của thẩm phán ở phán quyết trước đây. Phương pháp chung mà các thẩm phán thường sử dụng là đi tìm tiền lệ pháp để áp dụng và nếu không có tiền lệ pháp có liên quan, người thẩm phán sẽ vận dụng án lệ có bản chất gần gũi nhất với vụ việc đang giải quyết. Ngày nay, quyết định của toà vẫn bị giới hạn nghiêm ngặt trong kết quả của các phán quyết trong quá khứ (tiền lệ pháp) vì vậy phát triển chậm chạp và chỉ trong những giới hạn quy định. Các cải cách chính sách ở Anh dường như không vươn tới hệ thống toà án mà chỉ động chạm tới phạm vi trách nhiệm của các ngành lập pháp và hành pháp.

3.2. Luật thành văn

Trên thế giới, luật thành văn vốn có lịch sử phát triển lâu đời. Luật thành văn của La Mã ra đời trong những phiên họp của nền cộng hoà và được phát triển trong quá trình các đạo luật được Viện nguyên lão thông qua trước sự chứng kiến của hoàng đế để có được giá trị hiệu lực.

Ở Anh, sự ra đời của luật thành văn muộn hơn ở châu Âu lục địa. Mãi tới năm 600 sau công nguyên, cái có thể coi là luật thành văn mới xuất hiện mặc dù phần lớn luật thành văn lúc đó mới chỉ là sự ghi chép lại những tập quán có từ thời trước. Phải tới triều đại Herry đệ nhị, luật thành văn mới thực sự phát triển và được nhắc đến với những tên gọi khác nhau như: “assizes”, “constitutions”, “provisions” và “charters”. “Assize” có nghĩa là cuộc họp nhưng nhiều trường hợp, những văn bản ra đời do kết quả của cuộc họp đó cũng được gọi là “assize”. “Constitutions” và “provisions” là tập hợp của luật và tập quán pháp cũ. Còn “Charter” là một văn

bán trao quyền và đặc quyền mới cho một chủ thể nào đó trong xã hội hoặc chỉ đơn thuần tuyên bố các quyền và đặc quyền cũ.

Ngày nay, các văn bản pháp luật của Anh gồm các văn bản pháp luật do Nghị viện trực tiếp ban hành và các văn bản pháp luật Nghị viện uỷ quyền ban hành (gọi là văn bản uỷ quyền – delegated legislations).

Các văn bản pháp luật do Nghị viện trực tiếp ban hành nhằm bổ sung hoặc thay thế án lệ trên nhiều lĩnh vực và gồm: luật (acts), luật thống nhất (consolidating acts) và luật hệ thống hoá (codifying acts).

Luật do Nghị viện ban hành có hiệu lực cao hơn án lệ do thẩm phán làm ra. Luật thường được ban hành để bổ sung hoặc thay thế án lệ. Luật có thể phủ nhận hiệu lực trong tương lai của một án lệ nào đó và thậm chí luật còn có hiệu lực hồi tố, có thể làm cho bản án nào đó đã tuyên trong quá khứ trở nên vô hiệu.

Luật thống nhất được soạn thảo để thay thế và trình bày lại tất cả những đạo luật được ban hành trước đó về lĩnh vực cụ thể nào đó. Khi ban hành luật thống nhất, Nghị viện Anh chỉ có ý định hợp nhất các quy phạm pháp luật cùng điều chỉnh lĩnh vực nào đó nằm tản mạn ở các văn bản pháp luật khác nhau về một mối chứ thường không có ý định thay đổi nội dung của các văn bản pháp luật đó.

Luật hệ thống hoá là đạo luật chứa đựng một cách toàn diện tất cả những luật điều chỉnh lĩnh vực nhất định. Đây là sản phẩm của hoạt động pháp điển hoá, gần giống với bộ luật ở các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law. Loại văn bản này có thể hệ thống hoá tất cả các văn bản pháp luật hiện hữu ở thời

điểm hệ thống hoá, ví dụ như Luật hồi phiếu năm 1882 và Luật bán hàng năm 1893. Tuy nhiên loại văn bản này cũng có thể được ban hành để cải cách một lĩnh vực pháp luật nào đó, ví dụ Luật trộm cắp năm 1968.

Các văn bản pháp luật do Nghị viện uỷ quyền ban hành cũng chiếm tỉ lệ đáng kể trong luật thành văn ở Anh. Đề thông qua một đạo luật, Nghị viện thường phải tiến hành thủ tục chậm chạp về mặt thời gian và tốn kém về mặt tiền bạc, trong khi đó, sự thay đổi hàng ngày của hoàn cảnh xã hội có thể làm cho đạo luật quy định chi tiết mau chóng trở nên lỗi thời. Vì vậy, những quy định chi tiết thường không được Nghị viện đưa vào văn bản luật mà thường uỷ quyền cho các cơ quan quản lí nhà nước ban hành thông qua các văn bản dưới luật hay còn gọi là văn bản pháp luật uỷ quyền.

Căn cứ vào cách thức ban hành, các văn bản pháp luật uỷ quyền được chia thành hai nhóm: các văn bản thi hành luật (statutory instruments) và luật lệ địa phương. Các văn bản thi hành luật được ban hành theo sự uỷ quyền được ghi nhận trong mỗi đạo luật của Nghị viện, thường được trình tới Nghị viện và sẽ phát sinh hiệu lực nếu không bị Nghị viện bác bỏ. Các văn bản này gồm có lệnh của Hội đồng (Orders in Council), quy định của các bộ, quy chế của toà án, và các quy định do Hội đồng hay các bộ ban hành theo luật của Liên minh châu Âu. Các văn bản pháp luật địa phương do chính quyền của địa phương ban hành.

Khi nói tới luật thành văn của Anh không thể không đề cập hiến pháp mặc dù vương quốc Anh không có hiến pháp thành văn như nhiều quốc gia khác. Những quy định có bản chất của hiến pháp ở Anh có thể tìm thấy trong đặc quyền Hoàng gia, trong một

số truyền thống và ở một số án lệ cũng như văn bản pháp luật do Nghị viện ban hành và gần đây còn nằm trong cả một số đạo luật của Liên minh châu Âu. Magna Carta năm 1215 được coi là bản hiến pháp đầu tiên của Anh, thừa nhận quyền con người, gồm bốn quyền năng chính: (1) Quyền bình đẳng trước công lí; (2) Quyền được toà án xét xử trước khi bị bỏ tù hoặc bị tước đoạt tài sản; (3) Quyền không bị phạt tiền đến mức phá sản; (4) Quyền không bị tước đoạt kế sinh nhai. Ngày nay, một số đạo luật quan trọng làm thành Hiến pháp Anh phải kể đến gồm Luật quyền con người năm 1688, Luật kế vị ngai vàng năm 1701, Luật đình quyền giam giữ năm 1679, Luật hợp nhất với Scotland 1707 và gần đây nhất phải kể đến Luật Cộng đồng châu Âu năm 1972 đã tiếp nhận vương quốc Anh với tư cách là thành viên của Cộng đồng châu Âu (nay là Liên minh châu Âu). Chính sự kiện này đã làm phong phú thêm nguồn luật của Anh vì với tư cách thành viên của Liên minh châu Âu, vương quốc Anh cũng phải tuân thủ pháp luật của Liên minh châu Âu.

3.3. Luật của Liên minh châu Âu

Khi nói tới luật của một quốc gia nào đó, người ta thường nghĩ tới những văn bản pháp luật do cơ quan lập pháp và cơ quan hành pháp của quốc gia đó ban hành và có thể cả án lệ được hình thành bởi hệ thống toà án của quốc gia đó. Tuy nhiên, khi một quốc gia trở thành thành viên của một hiệp hội hay cộng đồng quốc tế hoặc khu vực nào đó thì luật của quốc gia đó không còn chỉ gói gọn trong những văn bản pháp luật và án lệ trong nước mà còn bao gồm cả pháp luật của hiệp hội hay cộng đồng quốc tế mà quốc gia đó là thành viên. Anh quốc là một trong những quốc gia đã và đang ở vào trạng thái đó từ năm 1972, khi vương quốc Anh

gia nhập Cộng đồng châu Âu (nay là Liên minh châu Âu). Vì vậy, có thể nói luật của Anh gồm hai bộ phận lớn: luật trong nước và luật của Liên minh châu Âu mà Anh đã kí kết và phê chuẩn và án lệ của toà án châu Âu.

Mặc dù là thành viên của Liên minh châu Âu nhưng việc vương quốc Anh gia nhập một điều ước quốc tế không thể làm cho điều ước quốc tế đó trở thành luật của vương quốc này mà cần có thêm sự phê chuẩn của Nghị viện Anh. Luật của Liên minh châu Âu có thể được thi hành bằng một đạo luật trong nước hoặc bằng một văn bản dưới luật do Chính phủ Anh ban hành.

Luật của Liên minh châu Âu gồm cả nguồn luật nằm ngoài các điều ước quốc tế. Phán quyết của Toà án châu Âu cũng có thể trở thành nguồn luật quan trọng, là tiền lệ pháp của cả Toà án châu Âu và cả các toà án của vương quốc Anh. Phán quyết của Toà án châu Âu không làm vô hiệu luật của các nước thành viên Liên minh châu Âu nhưng toà án của các nước thành viên phải tuân thủ phán quyết đó nếu phán quyết đó liên quan đến nội dung hay hiệu lực của các điều ước quốc tế hoặc của các văn bản pháp luật của Liên minh châu Âu. Các toà án của vương quốc Anh cũng chịu sự ràng buộc bởi phán quyết của Toà án châu Âu. Anh chỉ có thể từ chối áp dụng luật của Liên minh châu Âu bằng phương pháp chính trị chứ không phải bằng phương pháp tư pháp. Khi đó Anh sẽ buộc phải rút khỏi Liên minh châu Âu bằng cách bãi bỏ luật Cộng đồng châu Âu.

Các toà án của vương quốc Anh đã cố gắng áp dụng luật của Liên minh châu Âu như được yêu cầu nhưng cũng đã gặp phải một số cản trở trong quá trình giải thích luật. Sở dĩ có điều đó là vì luật thành văn của Liên minh châu Âu chủ yếu do các nhà làm luật

được đào tạo từ dòng họ civil law soạn thảo, mang tính khái quát và không có sự chính xác như luật thành văn của Anh. Tác phẩm phán Anh, vì vậy, có bốn phần tìm hiểu xem dự định của các nhà làm luật của Liên minh châu Âu là gì. Trên thực tế, các phán quyết của toà án Anh tới nay cho thấy xu hướng toà án Anh thường đi đến kết luận mà không xem xét đến nguyên tắc giải thích luật của Toà án châu Âu nhưng vẫn phù hợp với tinh thần của các điều ước quốc tế và với các luật khác của Liên minh châu Âu. Nếu xu thế này tiếp diễn, luật của Liên minh châu Âu được giải thích ở Anh rất có thể sẽ khác với luật của Liên minh châu Âu nói chung.

3.4. Tập quán pháp địa phương (Particular customs)

Để được coi là tập quán pháp địa phương phải thỏa mãn một số tiêu chí. *Một là* tập quán đó phải mang tính cổ xưa, nghĩa là phải tồn tại từ lâu đời. Ngay có thể nhớ được về pháp luật là từ năm 1189 (khi Richard đệ nhất lên ngôi) nhưng trong thực tiễn, để được coi là tập quán pháp chỉ cần tập quán đó có tính cổ xưa. *Hai là* tập quán đó phải có tính trường tồn, tức là tập quán đó phải tồn tại lâu dài và có khả năng tiếp tục tồn tại trong tương lai. *Ba là* tập quán đó phải được đón nhận một cách tự nguyện hay nói cách khác, tập quán đó phải tồn tại công khai và không bị cộng đồng người địa phương phủ nhận. *Bốn là* tập quán đó phải có lý. Điều đó không nhất thiết đòi hỏi phải chứng minh rằng có những lý do chính đáng cho việc áp dụng một tập quán nào đó mà chỉ cần tập quán đó không đi ngược lại lẽ phải. *Năm là* tập quán đó phải mang tính chắc chắn, không thể thay đổi. *Sáu là* tập quán đó phải mang tính phù hợp, không đi ngược lại những tập quán khác.

Trong lịch sử, những tập quán quan trọng nhất của Anh là tập quán thương mại đã được đưa vào trong án lệ và làm hình thành nên

luật thương mại (law of merchant) và sau này đã được pháp điển hoá thành Luật hối phiếu năm 1882 (Bill of Exchange Act 1882).

3.5. Các tác phẩm có uy tín

Thường thì các tác phẩm gồm các cuốn sách do các tác giả có uy tín viết cũng được coi là nguồn luật. Những tác phẩm này không được các thẩm phán trích dẫn thường xuyên nhưng trong trường hợp vấn đề cần giải quyết chưa có tiền lệ pháp mà cũng không được quy định trong luật thành văn, khi đó, phần có liên quan trong các tác phẩm có uy tín sẽ được coi là có giá trị thuyết phục. Ngoài những tác phẩm của các tác giả có uy tín lớn từ thế kỉ XVIII trở về trước, trong thế kỉ XIX cũng xuất hiện một số cuốn sách giành được uy tín do chúng là những cuốn sách chuyên môn duy nhất trong một chuyên ngành hẹp nào đó và vẫn tiếp tục được cập nhật và tái bản để sử dụng ngày nay. Bởi vì những cuốn sách hay thường sống lâu hơn tác giả của chúng nên dường như đã trở thành nguyên tắc là một cuốn sách về khoa học luật chỉ có thể trích dẫn bởi toà án sau khi tác giả đã qua đời.

Tuy nhiên, do sự phát triển của đào tạo luật trong gần một thế kỉ qua, sách luật và đặc biệt các bài tạp chí về luật đã tăng nhanh về số lượng. Các thẩm phán và luật sư thường sử dụng các ý kiến và lập luận của các tác giả đương thời trong các bản án và ngay trong quá trình tranh luận trước toà. Quan niệm cho rằng tác phẩm của các tác giả còn sống không thể trích dẫn tại toà vì thế đã dần biến mất. Các bài tạp chí và sách luật hay ngày càng được trích dẫn nhiều trong các bản án của toà án. Tuy vậy, cần phải nhấn mạnh rằng mặc dù các tác phẩm có uy tín tập hợp lại có thể được khai thác và sử dụng như nguồn luật nhưng bản thân các tác

phẩm này không phải là nguồn luật.⁽¹⁾

4. Đào tạo luật và nghề luật

4.1. Đào tạo luật

Đào tạo luật ở Anh quốc được hiểu là hoạt động hướng tới hai cấp độ mục tiêu: (1) Nhằm trang bị kiến thức khoa học pháp lý (academic) cho người học. Với mục tiêu này, người học sẽ được cấp bằng cử nhân luật sau khi kết thúc khoá học; (2) Dạy nghề. Với mục tiêu này, người học sẽ được cấp chứng chỉ hành nghề luật.

Đào tạo cử nhân luật là quá trình đào tạo ở bậc đại học do các khoa luật của các trường đại học đảm nhiệm; còn dạy nghề là đào tạo học viên ở bậc sau đại học và thuộc về chức năng của các cơ sở đào tạo được cấp phép bởi Đoàn luật sư (cơ sở đào tạo luật sư tranh tụng) và bởi Hội luật gia (cơ sở đào tạo luật sư tư vấn).

4.1.1. Đào tạo cử nhân luật

Các thí sinh muốn thi vào khoa luật ở một trường đại học nào đó của Anh thường phải là những học sinh xuất sắc, có điểm thi đầu vào đạt mức "A". Vì vậy trong tiềm thức của người Anh, một khi đã trở thành sinh viên luật thì sinh viên đó hiển nhiên phải tốt nghiệp đại học và sẽ có bằng cử nhân luật. Trên thực tế, phần lớn những sinh viên luật ở Anh không hoàn thành khoá học tại khoa luật đều là do gặp phải khó khăn về mặt tài chính hoặc có những rắc rối cá nhân chứ không phải là vì không có đủ trình độ nhận thức để theo học. Điều này hoàn toàn khác với tình hình ở Đức, nơi mà các trường đại học thường lấy vào một số lượng lớn sinh viên luật khoa năm thứ nhất để đề phòng tình trạng bỏ học dần

(1). Xem: J.P. Price, "The English Legal System", Macdonald & Evan Ltd, 1979, at 97.

dẫn của các sinh viên do học luật quá khó.

Để lấy bằng cử nhân luật, người cần có bằng cử nhân phải theo học ba năm tại khoa luật. Khoá học này sẽ cung cấp các kiến thức khoa học pháp lý cơ bản cho người học, là những kiến thức mà bất cứ người hành nghề luật nào cần có trước khi có thể hành nghề.

Ở bậc đào tạo cử nhân luật, sinh viên phải học một số môn học bắt buộc để được miễn Phần I trong kì thi nghề nghiệp do Hội luật gia tổ chức. Những môn học bắt buộc gồm: Hệ thống pháp luật Anh, luật đất đai (hay luật sở hữu), luật hình sự, luật hợp đồng, luật bồi thường trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng, luật hiến pháp, luật hành chính, luật thương mại, luật công lý và ủy thác. Ngoài ra, sinh viên còn phải tham dự một số môn học tự chọn trong chương trình giảng dạy của trường. Các khoa luật ở Anh có toàn quyền trong việc thiết kế chương trình giảng dạy và chế độ thi cử trong khuôn khổ quy chế của các hiệp hội nghề nghiệp (professional bodies) của các cơ quan đảm bảo chất lượng giảng dạy.

Các môn học được tiến hành giảng dạy dưới dạng thuyết trình, thảo luận và phù đạo. Trong các buổi phù đạo, sinh viên được phép đưa ra câu hỏi và giải quyết những khó khăn, thắc mắc của mình. Tùy thuộc vào khả năng tài chính của trường, vào đội ngũ cán bộ giảng dạy và tùy từng môn học mà mỗi lớp học có thể có từ 50 đến 200 sinh viên. Tuy nhiên, đối với giờ thảo luận thì số lượng sinh viên trong mỗi lớp sẽ nhỏ hơn rất nhiều.

Mỗi sinh viên sẽ học từ bốn đến năm môn học trong một năm và kết thúc mỗi môn, sinh viên đều phải viết bài luận để đánh giá kết quả học tập môn học đó của sinh viên và cuối năm phải thi hết

môn dưới hình thức thi viết. Bài thi có thể được ra dưới dạng giải quyết tình huống hoặc yêu cầu sinh viên tranh luận về một nhận định nào đó.

Trong suốt thời gian học tại trường đại học, sinh viên được khuyến khích tham gia vào các buổi thảo luận và diễn án để rèn luyện kỹ năng lập luận rõ ràng và thuyết phục cho sinh viên. Những kỹ năng này rất quan trọng trong hệ thống toà án của Anh. Tại các buổi diễn án, thường có một giáo sư luật hoặc một người đang hành nghề luật ở địa phương đóng vai trò chủ tọa và sinh viên được chia ra làm hai nhóm để cạnh tranh với nhau thông qua việc đưa ra lập luận của nhóm mình đối với vấn đề pháp lý được đặt ra trong tình huống giả định.

Sau khi có bằng cử nhân luật, tốt nghiệp sinh có thể quyết định lựa chọn để trở thành luật sư tư vấn hay luật sư tranh tụng. Tùy thuộc vào quyết định của mình, tốt nghiệp sinh sẽ phải theo học những khoá học khác nhau để hành nghề luật sư.

4.1.2. Đào tạo nghề luật

Khác với các hệ thống pháp luật ở châu Âu lục địa, ở Anh, đào tạo nghề luật tiếp nhận cả người có bằng cử nhân luật và người không có bằng cử nhân luật nhưng phải có một bằng đại học khác. Những người không có bằng cử nhân luật nhưng đã có một bằng đại học chỉ có thể học nghề sau khi đã tham dự khoá học kéo dài một năm để vượt qua kì thi sát hạch nghề nghiệp phổ thông (Common Professional Examination, gọi tắt là CPE) hoặc học để lấy bằng diplom về luật.⁽¹⁾

(1). Graduate Diploma in Law là bằng cao hơn bằng cử nhân luật nhưng thấp hơn bằng thực sĩ luật.

Nghề luật ở Anh được hiểu là nghề luật sư. Nhiều hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law chỉ có một nghề luật sư, không có sự phân biệt giữa luật sư tranh tụng và luật sư tư vấn, ví dụ như ở Mỹ và Úc. Trong khi đó, ở vương quốc Anh, người hành nghề luật sư được phân thành hai nhóm: luật sư tư vấn và luật sư tranh tụng. Sự phân biệt giữa hai loại luật sư này bắt đầu từ khoảng hai thế kỉ, sau cuộc chinh phục xứ sở Anglo-saxon của người Norman.

Ngày nay, sự phân biệt giữa hai loại luật sư nói trên vẫn tiếp diễn. Sự phân biệt này diễn ra ngay ở cách thức dạy nghề cho mỗi loại luật sư tương lai và ở cách thức quản lí đối với mỗi loại luật sư, cũng như trong việc xác định chức năng mà mỗi loại luật sư đảm nhiệm trong xã hội.

a. Đào tạo luật sư tư vấn

Đào tạo luật sư tư vấn được đảm nhiệm bởi một số cơ sở đào tạo được Hội luật gia chấp thuận mở lớp dạy hành nghề luật. Hội luật gia có quyền giám sát việc tổ chức các khoá học của các cơ sở này và có quyền đưa ra ý kiến của mình giúp các cơ sở đào tạo nâng cao chất lượng giảng dạy.

Sau khi có bằng cử nhân luật, các cử nhân có thể tham dự khoá học thực hành luật (legal practice course) kéo dài một năm ở một cơ sở đào tạo được cấp phép. Khoá học này sẽ là cầu nối giữa kiến thức các cử nhân luật có được từ trường đại học và pháp luật trong thực tiễn mà họ phải áp dụng tại văn phòng nơi họ hành nghề. Khoá học này thường tập trung cao độ vào việc dạy học viên làm thế nào để hành sự như luật sư thực thụ. Nói cách khác, đây là khoá học chủ yếu dạy về kĩ năng hành nghề luật sư.

Sau khi học viên đã hoàn thành khoá học thực hành luật, học viên phải cam kết thực tập hai năm tại một công ti của một luật sư tư vấn. Khi thời gian học việc này kết thúc, thực tập sinh sẽ được Toà án tối cao ở England và xứ Wales thừa nhận đủ tư cách của một luật sư tư vấn.

Trong thời hạn hợp đồng thực tập này, các học viên phải tham dự khoá dạy nghề dưới dạng lớp đào tạo kỹ năng nghề nghiệp, để học một số môn học mà Hội luật gia cho rằng cần phải học cho tới khi các học viên có đủ những kinh nghiệm tối thiểu để làm việc trong các công ti luật.

Đối với những người có bằng cử nhân thuộc các lĩnh vực khác không phải là luật do một trường đại học của Anh cấp hoặc những người có bằng cử nhân luật từ một trường đại học nào đó ở nước ngoài được Anh quốc thừa nhận, cũng có thể tham dự khoá học thực hành luật mà không cần có bằng cử nhân luật của Anh quốc, với điều kiện họ phải có bằng diplom về luật. Đây là tấm bằng chứng tỏ người có bằng đã qua kì thi sát hạch nghề nghiệp phổ thông (CPE). Khoá học này kéo dài một năm và học viên theo học sẽ được cấp học bổng. Cuối khoá, học viên còn phải thi hết môn đối với những môn học cốt yếu mà Hội luật gia yêu cầu đưa vào giảng dạy trong khoá học.

b. Đào tạo luật sư tranh tụng

Đoàn luật sư là cơ quan có thẩm quyền cấp phép cho các tổ chức có nhu cầu mở lớp dạy nghề luật sư tranh tụng. Những cơ sở muốn mở lớp đào tạo luật sư tranh tụng cần gửi hồ sơ tới Đoàn luật sư theo quy định của Đoàn luật sư. Hồ sơ phải trải qua quá trình đánh giá khắt khe sau khi được tiếp nhận. Đoàn luật sư sẽ

xem xét số lượng lớn các tài liệu viết (gồm tài liệu chuẩn bị cho khoá học, quy chế kiểm tra, lí lịch của đội ngũ cán bộ giảng dạy, thông tin về các tổ chức có liên quan, cơ sở vật chất của trường dạy nghề...), phỏng vấn những cán bộ cốt cán của trường và kiểm tra cơ sở vật chất của trường. Một khi đã được phép mở lớp đào tạo luật sư tranh tụng, cơ sở dạy nghề sẽ chịu sự thanh tra định kì hàng năm của Hội đồng chuyên gia do Đoàn luật sư tuyển chọn. Mục đích của việc thanh tra là để giám sát khoá học liên quan nhằm đảm bảo chất lượng dạy nghề và đưa ra những khuyến nghị cần thiết nhằm hoàn thiện các khoá học tương lai ở các cơ sở đào tạo.

Việc đào tạo luật sư tranh tụng gồm hai giai đoạn: (1) Các cử nhân luật phải tham dự khoá đào tạo nghề một năm; (2) Tốt nghiệp xong sau đó sẽ phải thực tập một năm dưới sự giám sát của một luật sư tranh tụng.

Tương tự như trường hợp đào tạo luật sư tư vấn, những người có bằng cử nhân nhưng không phải là cử nhân luật của Anh quốc cũng có thể học nghề luật sư tranh tụng bằng cách vượt qua kì thi sát hạch nghề nghiệp phổ thông (CPE), sau đó tham dự khoá học nghề nói trên.

4.2. Nghề luật

4.2.1. Nghề luật sư

Phần lớn luật sư ở Anh là luật sư tư vấn. Theo các con số thống kê, tới cuối thập kỉ thứ 9 của thế kỉ XX, Anh quốc có khoảng 65.000 luật sư tư vấn trong khi đó chỉ có khoảng 8.000 luật sư tranh tụng.⁽¹⁾ Phần dưới đây sẽ nghiên cứu về hai nghề luật

(1) Xem: "Legal Routes to UK Legal Profession", British Council Statement on Legal Routes in the UK. <http://www.malet.com>.

sư này ở Anh.

a. Luật sư tư vấn

Chức năng của luật sư tư vấn hoàn toàn khác với chức năng của luật sư tranh tụng. Luật sư tư vấn là địa chỉ đầu tiên cho bất cứ một tổ chức hay cá nhân nào trong xã hội cần đến sự trợ giúp hay tư vấn pháp lý. Chức năng cụ thể của luật sư tư vấn phụ thuộc ở mức độ lớn vào bản chất của công việc mà họ làm và có sự phân biệt ngày càng tăng giữa các luật sư tư vấn hành nghề ở địa phương với những luật sư hành nghề trong các công ti lớn ở thành phố.

Hành nghề luật sư tư vấn ở địa phương có thể tiến hành dưới hình thức luật sư hành nghề riêng lẻ hoặc thành lập ra công ti luật có từ 12 đến 15 luật sư. Công ti luật ở địa phương có thể chỉ có một văn phòng nhưng cũng có những công ti lớn có nhiều văn phòng đặt ở các thành phố lân cận. Dù lớn hay nhỏ, các công ti luật địa phương đều có chức năng chính là đáp ứng nhu cầu tư vấn pháp lý của dân địa phương, gồm cả các cá nhân công dân và các doanh nghiệp ở địa phương. Vì vậy, hầu hết các công ti luật địa phương đều cung cấp dịch vụ trên các lĩnh vực luật gia đình, chứng thực chúc thư, quản lý di sản của người chết, luật hình sự, luật dân sự (như thu nợ và bồi thường thương tật cá nhân), các giao dịch tài sản và một số ít các vụ việc có liên quan tới luật kinh doanh (thường do các doanh nghiệp nhỏ ở địa phương yêu cầu).

Hành nghề luật sư tư vấn trong các công ti luật lớn ở thành thị thường được tiến hành theo hình thức những công ti luật có tới hàng trăm luật sư thành viên. Ngày nay có những công ti luật của Anh đã sáp nhập với các công ti luật nước ngoài lập nên công ti

luật quốc tế nhằm cung cấp dịch vụ pháp lý toàn cầu và đánh bại các công ti dịch thù. Những cuộc sáp nhập giữa các công ti luật này thường diễn ra giữa các công ti luật của Anh và Mỹ hoặc giữa các công ti luật của Anh và các công ti luật ở châu Âu. Vai trò tư vấn của các luật sư tư vấn thành viên của các công ti luật lớn ở thành thị thường tập trung vào việc đáp ứng nhu cầu hiểu biết về pháp luật có liên quan trong quá trình kinh doanh của khách hàng. Vì vậy, loại công ti luật lớn ở thành thị thường chuyên sâu về luật công ti, luật thương mại, luật thuế, luật ngân hàng, luật lao động, và các vụ kiện tụng dân sự...

Theo truyền thống, quyền tham dự phiên toà của các luật sư tư vấn rất hạn hẹp. Họ chỉ có thể tham dự phiên toà ở các toà án cấp dưới trừ những luật sư tư vấn giàu kinh nghiệm tranh tụng có thể dự thi sát hạch phụ để giành quyền tham dự những phiên toà ở các toà án cấp cao hơn. Cuộc đấu tranh của các luật sư tư vấn để xoá bỏ sự phân biệt giữa luật sư tranh tụng và luật sư tư vấn đã diễn ra từ nhiều năm nay nhưng sự hợp nhất hoàn toàn hai nghề luật sư này đã bị cự tuyệt ở Anh.

Luật sư tư vấn chịu sự quản lý của Hội luật sư (Law Society) của England và xứ Wales. Chức năng của Hội luật sư trong mối quan hệ với các luật sư tư vấn cũng tương tự như chức năng của Đoàn luật sư trong mối quan hệ với luật sư tranh tụng. Tức là Hội luật sư cũng quản lý việc gia nhập hội của các luật sư tư vấn, thực thi và cưỡng chế quy chế của Hội và đại diện cho lợi ích của các luật sư tư vấn.

b. Luật sư tranh tụng

Luật sư tranh tụng, theo truyền thống, là các chuyên gia biện

hộ có quyền tham dự tất cả các phiên xử tại tất cả các toà án và cơ quan tài phán. Luật sư tranh tụng cũng có quyền đưa ra ý kiến của chuyên gia pháp lý khi được các luật sư tư vấn tham khảo.

Tương tự như luật sư tư vấn, luật sư tranh tụng thường chuyên sâu trong một số lĩnh vực pháp luật nhất định và thực chất, các văn phòng luật sư tranh tụng thường được biết đến vì chuyên môn của văn phòng trong một lĩnh vực pháp luật đặc thù nào đó mà văn phòng đó hành nghề. Ví dụ lĩnh vực tranh tụng hình sự ở Anh rất khác với lĩnh vực tương ứng ở nhiều nước trên thế giới ở chỗ, một luật sư tranh tụng có thể hành sự với tư cách luật sư buộc tội trong vụ này và với tư cách là luật sư bào chữa trong vụ khác. Nói cách khác, không có sự phân biệt giữa luật sư bào chữa hay luật sư buộc tội: một luật sư tranh tụng có thể đóng cả hai vai trò bào chữa và buộc tội ở những thời điểm khác nhau và trong các vụ án hình sự khác nhau. Thực tế này là kết quả của cái gọi là “nguyên tắc bến xe taxi” (“cab rank” rule), là nguyên tắc yêu cầu người luật sư tranh tụng phải chấp nhận bất cứ vụ việc nào được đưa đến cho họ: họ chỉ có thể từ chối một vụ án hình sự nào đó trong những hoàn cảnh giới hạn, ví dụ: khi họ thiếu kiến thức chuyên môn trong lĩnh vực pháp luật có liên quan tới vụ việc đó.⁽¹⁾

Luật sư tranh tụng không được phép liên hệ trực tiếp với khách hàng. Họ chỉ có thể tiếp cận với khách hàng sau khi được một luật sư tư vấn nào đó giới thiệu.

Dại bộ phận công việc của các văn phòng luật sư tranh tụng được tiến hành ở các thành phố lớn ở Anh, đặc biệt là ở London.

(1) Xem: “Code of Conduct of the English Bar”, Paragraph 602.

Các luật sư tranh tụng ở Anh thường hành nghề cùng nhau trong một chuỗi văn phòng luật sư mặc dù họ có thể không phải là thành viên của các văn phòng luật sư đó. Họ là những người hành nghề độc lập nhưng có sự thỏa thuận với các văn phòng luật sư là sẽ đóng góp chi phí quản lý hành chính cho văn phòng luật sư mà họ làm việc cho, tương tự như những luật sư tranh tụng hành nghề với tư cách thành viên của văn phòng luật sư đó. Đây là sự khác biệt cơ bản giữa luật sư tranh tụng và luật sư tư vấn là những người, theo truyền thống, thường hành nghề bằng cách thành lập nên công ti hợp danh với các luật sư tư vấn khác, cùng chia lợi nhuận và rủi ro trong kinh doanh.

Luật sư tranh tụng chịu sự quản lý của Đoàn luật sư (Bar Council) của England và xứ Wales. Đoàn luật sư có quyền quyết định các tiêu chí đào tạo luật sư và điều kiện để được gia nhập Đoàn luật sư; ban bố và cưỡng chế thi hành quy chế của Đoàn luật sư; và đại diện cho lợi ích của các luật sư tranh tụng là thành viên của Đoàn luật sư.

4.2.2. Nghề thẩm phán

Có nhiều loại thẩm phán khác nhau ở England và xứ Wales, từ các pháp quan không chuyên tới các thẩm phán chuyên nghiệp, giàu kinh nghiệm là thành viên của Thượng nghị viện.

Khác với nhiều nước trên thế giới, vương quốc Anh không có cấu trúc nghề nghiệp riêng cho thẩm phán. Trừ các pháp quan không chuyên là trường hợp ngoại lệ, còn lại các thẩm phán khác ở Anh thường được bổ nhiệm từ các luật sư tranh tụng và ở mức độ thấp hơn, từ luật sư tư vấn. Theo truyền thống, kiểu bổ nhiệm thẩm phán này được lí giải rằng: bản thân các thẩm phán buộc

phải là người đã có kinh nghiệm trong việc trình bày và phân tích các vụ việc và luật sư tranh tụng chính là những người đã quá quen thuộc với công việc đó. Tuy nhiên, bất lợi của việc bổ nhiệm thẩm phán từ các luật sư tranh tụng là luật sư tranh tụng có thể bất ngờ trở thành thẩm phán, một vị trí công tác mà anh ta có thể chưa hề có kinh nghiệm và cũng chưa bao giờ được đào tạo.

Để giải quyết rắc rối trên, Hội đồng nghiên cứu toà án đã được thành lập với vai trò đào tạo thẩm phán. Việc đào tạo được tiến hành thông qua những khoá học ngắn ngày do chính các thẩm phán giảng dạy. Một số khoa luật của các trường đại học của Anh cũng đã thực hiện các chương trình đào tạo ra những thầy dạy thẩm phán (Training of Trainer program) để giúp cho các thẩm phán trở thành các thầy dạy lành nghề.

Cơ chế bổ nhiệm thẩm phán ở Anh đã có những thay đổi. Trước đây, Đại pháp quan là người duy nhất có quyền và chịu trách nhiệm bổ nhiệm tất cả thẩm phán (judges), pháp quan (magistrates) và các thành viên của các cơ quan tài phán (tribunal members). Luật cải tổ Hiến pháp năm 2005 đã thành lập Ủy ban bổ nhiệm thẩm phán cho England và xứ Wales để lựa chọn và đề xuất những ứng cử viên thích hợp cho chức danh thẩm phán, gửi tới Đại pháp quan để bổ nhiệm. Như vậy, trách nhiệm bổ nhiệm thẩm phán theo Luật cải tổ Hiến pháp năm 2005 được đặt vào tay tập thể chứ không còn nằm trong tay cá nhân Đại pháp quan như trước; việc bổ nhiệm được tiến hành căn cứ vào phẩm chất và năng lực của từng ứng cử viên.⁽¹⁾

(1). Xem thêm: TS. Nguyễn Thị Ánh Vân, "Cải cách tư pháp ở Anh và những ý kiến về cải cách tư pháp ở Việt Nam trong thời gian tới", *Tạp chí luật học*, số 8/2007, tr. 63.

III. HỆ THỐNG PHÁP LUẬT MỸ

1. Sự hình thành và phát triển của hệ thống pháp luật Mỹ

Ngay từ giai đoạn khởi đầu của quá trình thuộc địa hoá của người Anh ở châu Mỹ, hệ thống pháp luật của Anh đã tỏ ra không phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh của các thuộc địa ở châu Mỹ.⁽¹⁾ Nhiệm vụ chủ yếu của thực dân Anh ở châu Mỹ trong những ngày đầu đặt chân lên mảnh đất này là chống chọi với thiên nhiên và sự tấn công của người da đỏ vì vậy nhu cầu về toà án và luật sư hầu như không nảy sinh. Một vài thuộc địa của Anh ở Mỹ như Pennsylvania và Massachusetts đã xây dựng chế độ thần quyền trong đó mọi tranh chấp đều được giải quyết bởi các giáo sĩ cơ đốc giáo dựa trên kinh thánh chứ không cần dùng tới luật sư, thẩm phán và án lệ của Anh quốc. Từ nửa đầu của thế kỉ XVII các thuộc địa này đã có xu hướng coi trọng luật thành văn thể hiện ở hoạt động pháp điển hoá và ban hành bộ luật ở Massachusetts năm 1634 và Pennsylvania năm 1682. Tuy nhiên, hoạt động pháp điển hoá này hoàn toàn không có mối liên hệ nào với kĩ thuật pháp điển hoá hiện đại của người La Mã.

Bước sang thế kỉ XVIII, tình hình kinh tế và xã hội của các thuộc địa của Anh ở Mỹ đã có những biến chuyển do nhu cầu giao lưu thương mại giữa các thuộc địa này với nước ngoài và với nước mẹ Anh quốc đã tăng lên. Trước tình thế đó, chính trị thần quyền đã mất dần chỗ đứng ở các thuộc địa này, đồng thời một tầng lớp luật sư gồm những người đã từng tốt nghiệp các cơ sở đào tạo luật sư ở London từ trước khi di cư sang châu Mỹ đã bắt

(1) Xem: Rene David & John E. C. Brierley, "Major Legal Systems in the World Today", London Steven & Sons, 1985, at 399.

đầu hành nghề ở các thuộc địa mới này. Cùng với sự hiện diện và hoạt động của các luật sư Anh, sách luật từ Anh quốc cũng dần dần được sử dụng phổ biến ở các thuộc địa, đặc biệt là cuốn “Bình luận về pháp luật Anh” của Blackstone.

Chủ nghĩa đế quốc của Anh vào giữa thế kỉ XVIII đã dẫn đến phong trào đấu tranh giành độc lập ở Mỹ. Người phát ngôn của cả hai phía đều là các luật sư và có không dưới 25 luật sư trong số 56 người kí kết bản tuyên ngôn độc lập năm 1776. Sau khi giành được độc lập năm 1776, lí tưởng về nền cộng hoà và sự nhiệt tình đối với luật tự nhiên đã khuyến khích ý tưởng pháp điển hoá ở Mỹ. Trong suốt thời gian chiến tranh với người Anh cho tới tận khi kết thúc chiến tranh năm 1781, đại diện của các nước Mỹ đã giành được độc lập đã cố gắng liên kết với nhau về mặt chính trị nhưng vẫn phai tới tận năm 1787 Công ước Philadelphia về lập hiến mới được kí kết với thành phần tham dự của quá nửa số thành viên là luật sư và đã đưa ra bản Hiến pháp Liên bang có hiệu lực. Hiến pháp năm 1789 đã thành lập Hợp chúng quốc Hoa Kỳ (the United States of America – gọi tắt là Mỹ) từ 13 thuộc địa của Hoàng gia Anh. Tới nay, Hiến pháp Mỹ vẫn còn tiếp tục có hiệu lực với một vài sửa đổi.

Sau khi Mỹ giành được độc lập, đã có sự đấu tranh quyết liệt giữa hai trường phái: một ủng hộ common law của Anh và một ủng hộ pháp điển hoá. Năm 1808, New Orleans đã tách khỏi Louisiana lúc đó và đã thông qua Bộ luật dân sự kiểu Pháp. Bất kể sự đấu tranh quyết liệt giữa hai trường phái trên, cuối cùng, hệ thống pháp luật Mỹ vẫn thuộc dòng họ common law, trừ New Orleans từ năm 1812 đã trở thành một bộ phận của bang Louisiana. Lí do là common law đã ăn sâu vào tiềm thức của

người dân Anh ở Mỹ vì thế khó có thể hoàn toàn dứt bỏ mô hình hệ thống pháp luật này.

Ngày nay hệ thống pháp luật Mỹ vẫn còn dựa trên những nguyên tắc pháp lí truyền thống của luật án lệ của Anh nhưng vốn là quốc gia đa sắc tộc, đa tôn giáo với nền văn hoá đa dạng và lãnh thổ rộng lớn cùng với những thay đổi nhanh chóng về xã hội và kinh tế, Mỹ đã và đang xây dựng và phát triển một hệ thống pháp luật không hoàn toàn theo chiều hướng hệ thống pháp luật của Anh.

Mỹ là đất nước rộng lớn với khoảng 300 triệu dân và dân số tăng lên hàng năm do sự xuất hiện của những người nhập cư hợp pháp và bất hợp pháp từ khắp nơi trên thế giới. Một hệ thống pháp luật điều chỉnh một xã hội đa dạng trong một đất nước rộng lớn như vậy không thể nói là không phức tạp. Nhà nước Mỹ được tổ chức dưới dạng nhà nước cộng hoà liên bang trong đó các bang được hình thành trước từ các thuộc địa của Anh và chính các bang đã sáng tạo ra nhà nước liên bang. Tuy nhiên các bang đã giữ lại chủ quyền độc lập của riêng mình. Trên thực tế, sự độc lập này đã mất dần theo thời gian nhưng với tư cách là những thực thể pháp lí, các bang ngày nay vẫn tồn tại riêng rẽ với hệ thống chính phủ hoàn chỉnh của riêng mình. Thực tiễn cho thấy trên nhiều lĩnh vực và đối với nhiều người, pháp luật của bang quan trọng hơn pháp luật của liên bang.

Hệ thống pháp luật hiện hữu của Mỹ hình thành cùng với việc soạn thảo, phê chuẩn và thi hành Hiến pháp Mỹ năm 1787-1789, theo đó cơ cấu tổ chức của Chính phủ liên bang và mối quan hệ

giữa Chính phủ liên bang và chính phủ bang được quy định rõ. Chính phủ liên bang được tổ chức thành ba ngành: lập pháp, hành pháp và tư pháp; mỗi ngành lại tiếp tục được cơ cấu thành những đơn vị khác nhau.

Cơ quan lập pháp liên bang - Quốc hội - được chia thành hai bộ phận: Hạ nghị viện với hơn 400 hạ nghị sĩ, được tuyển cử từ mỗi quận trong từng bang, với nhiệm kì hai năm; Thượng nghị viện với 100 thượng nghị sĩ được tuyển cử từ 50 bang với nhiệm kì 6 năm và thời điểm hết nhiệm kì được bố trí xen kẽ giữa các thượng nghị sĩ.

Cơ quan hành pháp do Tổng thống đứng đầu, với nhiệm kì bốn năm và không được giữ ghế quá hai nhiệm kì. Tổng thống có quyền tham gia vào quá trình làm luật và có quyền phủ quyết đối với dự luật đã được Nghị viện thông qua; chịu trách nhiệm thi hành những đạo luật do Quốc hội thông qua; và ban hành các văn bản pháp luật theo sự uỷ quyền của Quốc hội.

Cơ quan tư pháp gồm Toà án tối cao, các toà án phúc thẩm và các toà án cấp quận. Ngoài ra còn có một số toà án chuyên biệt trong hệ thống toà án liên bang.

Mỗi bang của Mỹ đều có chính phủ và hiến pháp riêng mặc dù hầu hết hiến pháp của các bang được soạn thảo theo mô hình hiến pháp liên bang, với cùng cơ cấu tổ chức chính phủ bang và những quyền dân sự cũng như quyền công dân tương tự nhau giữa các bang. Hầu hết hệ thống toà án của bang gồm ba cấp. Quyền lập pháp được phân chia giữa cơ quan lập pháp của liên bang và các cơ quan lập pháp của bang. Nếu có sự

xung đột giữa luật của bang và luật Liên bang, luật Liên bang sẽ được ưu tiên áp dụng.⁽¹⁾

Như vậy, giữa hai hệ thống pháp luật của Anh và Mỹ có một số khác biệt điển hình. *Một là* trong hệ thống pháp luật Mỹ có sự phân chia giữa luật Liên bang và luật của các bang mà ở Anh không có sự phân chia này do cơ cấu chính trị đơn nhất của Anh. *Hai là* hệ thống toà án Mỹ cũng được tổ chức khác với hệ thống toà án của Anh, thể hiện ở sự tồn tại của hệ thống toà án kép, gồm hệ thống toà án liên bang và hệ thống toà án bang. *Ba là* luật hiến pháp và luật hành chính của Mỹ cũng khác với của Anh. Trong khi Hiến pháp Mỹ thừa nhận học thuyết tam quyền phân lập⁽²⁾ theo đó ba cơ quan nhà nước (lập pháp, hành pháp, và tư pháp hoàn toàn độc lập) thì ở Anh, học thuyết này lại bị phủ nhận, thể hiện ở chỗ Thượng nghị viện Anh đồng thời là cấp xét xử phúc thẩm cao nhất trong hệ thống toà án của Anh.⁽³⁾ Luật hành chính của Mỹ cũng không giống luật hành chính của Anh vì luật hành chính của Mỹ điều chỉnh cả về tổ chức và hoạt động của hàng loạt các ủy ban ở cấp Liên bang và cấp bang mà ở Anh không hề có. *Bốn là* các thuật ngữ pháp lý được sử dụng ở hai quốc gia này cũng khác nhau, ví dụ thuật ngữ “high court” ở Mỹ được hiểu là toà án tối cao trong khi đó ở Anh chỉ được hiểu là toà án sơ thẩm có thẩm quyền xét xử những vụ việc dân sự có giá trị tranh chấp lớn và xét xử phúc thẩm đối với một số vụ việc hình sự từ toà án hình sự cấp cơ sở.

(1) Xem The Constitution of the United States, Article 6.

(2) Xem The Constitution of the United States, Articles: 1, 2, 3.

(3) Tuy nhiên, chức năng kép này của Thượng nghị viện Anh sẽ bị bãi bỏ và Thượng nghị viện sẽ chỉ làm chức năng lập pháp kể từ tháng 10 năm 2009.

2. Hệ thống toà án và tổ tụng

2.1. Hệ thống toà án

Như trên đã đề cập, hệ thống toà án của Mỹ là hệ thống toà án kép, gồm: hệ thống toà án Liên bang và hệ thống toà án bang. Vì mỗi bang có một hệ thống toà án riêng nên hiện tại, trên toàn nước Mỹ có 52 hệ thống toà án song song tồn tại (gồm hệ thống toà án Liên bang, 50 hệ thống toà án bang và hệ thống toà án của quận Columbia).⁽¹⁾

2.1.1. Hệ thống toà án Liên bang

Hệ thống toà án Liên bang từ cao xuống thấp gồm: một Toà án tối cao, mười ba toà án lưu động phúc thẩm và chín mươi toà án quận. Ngoài ra ở Liên bang còn có các toà án chuyên biệt như: Toà án khiếu nại liên bang - Court of Federal Claims (giải quyết những vụ việc mà bên bị khiếu nại là Chính phủ), Toà án thương mại quốc tế của Mỹ, Toà án quân sự phúc thẩm, Toà án cựu chiến binh phúc thẩm, Toà án thuế, Toà án phá sản, và Toà án phúc thẩm khẩn cấp tạm thời (giải quyết những vụ việc có liên quan tới pháp luật ổn định kinh tế và pháp luật về bảo tồn năng lượng).

a. Toà án quận của Liên bang

Toà án quận là những toà án có thẩm quyền chung trong hệ thống toà án Liên bang. Mỗi bang có ít nhất một toà án quận của Liên bang nhưng bang lớn có thể có nhiều hơn một toà. Số lượng thẩm phán được bổ nhiệm về mỗi toà án quận dao động từ hai đến 20, phụ thuộc vào số lượng vụ việc mà toà án quận phải giải quyết trên thực tế những năm trước đó. Thông thường mỗi phiên toà do

(1). Xem: Jethro K. Lieberman, "Court in the United States", Microsoft® Encarta® Online Encyclopedia 2007: <http://encarta.mns.com> © 1997 – 2007 Microsoft Corporation.

một thẩm phán tiến hành xét xử. Trên toàn nước Mỹ có khoảng 600 thẩm phán làm việc trong các toà án quận của Liên bang.

Toà án quận xét xử các vụ việc có liên quan tới luật Liên bang, đó là những vụ liên quan đến việc giải thích hiến pháp Liên bang hoặc những vụ liên quan tới luật Liên bang hoặc các quy chế của Liên bang. Số vụ việc hình sự được giải quyết tại toà án quận của Liên bang có xu hướng ngày càng tăng vì số lượng hành vi phạm tội được Quốc hội quy định trong Luật tội phạm Liên bang năm 1994 đã và đang tăng lên. Tuy nhiên, đại đa số vụ việc được giải quyết tại toà án quận của Liên bang vẫn là vụ việc dân sự.

Toà án Liên bang không xem xét các vụ việc liên quan tới luật của bang trừ khi vụ việc đó có các bên đương sự là công dân của nhiều hơn một bang hoặc một trong các đương sự là người nước ngoài hoặc khi giá trị tranh chấp lên tới 75.000 USD. Lí do để toà án quận của liên bang giải quyết những vụ việc này là nhằm bảo vệ người của bang khác hay người nước ngoài khỏi sự thiên vị của toà án bang nơi có công dân của mình là một bên đương sự trong vụ tranh chấp.

Trong quá khứ, toà án liên bang có quyền áp dụng án lệ của Liên bang để giải quyết các loại tranh chấp nói trên và vì vậy, luật án lệ của Liên bang đã phát triển. Tuy nhiên từ năm 1938 đến nay, toà án Liên bang phải áp dụng luật của bang (gồm cả án lệ và luật thành văn) để giải quyết những vụ việc thuộc loại trên. Khi luật của bang tối nghĩa, toà án liên bang phải dự đoán liệu toà án bang sẽ quyết định như thế nào nếu vụ việc được giải quyết ở toà án của bang, từ đó tìm ra cách giải quyết vụ việc mà mình đang xét xử.

b. Toà án kinh lí phúc thẩm liên bang (circuit courts of appeal)

Toà án kinh lí phúc thẩm liên bang ra đời từ năm 1891 nhằm giúp các đương sự trong một vụ kiện có thể tối thiểu có một cơ hội để được xét xử phúc thẩm đối với những bản án bất lợi cho mình do toà án cấp dưới phán quyết và để giảm bớt gánh nặng cho Toà án tối cao Liên bang trong lĩnh vực xét xử phúc thẩm đối với những vụ việc loại này.

Tên của toà án kinh lí có xuất xứ từ thực tế là trong quá khứ, các thẩm phán đã đi kinh lí từ thành phố này sang thành phố khác để xét xử. Ngày nay, toà án kinh lí phúc thẩm liên bang nhìn chung được đặt cố định và được bố trí vòng quanh đất nước. Mười một khu vực được xác định về mặt địa lí, chạy từ phía Đông sang phía Tây, mỗi khu vực bao gồm một vài bang. Khu vực một gồm bang New England; khu vực chín gồm California và các bang ở Thái Bình Dương; khu vực mười gồm những bang ở vùng Núi Đá (Rocky Mountain) ở phía đông của Khu vực chín; Khu vực 11 gồm một số bang ở phía Nam. Ngoài ra còn có hai toà phúc thẩm đặc biệt: một ở khu vực Washinton, D.C., có thẩm quyền xét xử các vụ việc liên quan tới các quyết định hành chính của các cơ quan chính phủ Liên bang; và một là Toà án phúc thẩm của Mỹ (US Court of Appeals) dành cho Khu vực Liên bang, có thẩm quyền xét xử những vụ việc về sở hữu trí tuệ và những kháng cáo, kháng nghị từ Toà khiếu nại và Toà thương mại quốc tế.

Mỗi khu vực có từ sáu đến hai mươi thẩm phán và tổng số thẩm phán trên toàn bộ các khu vực là 180 người. Thông thường mỗi phiên toà có ba thẩm phán tham dự; thỉnh thoảng, toà án kinh lí phúc thẩm liên bang tổ chức phiên toà với toàn bộ thẩm phán của toà tham dự.

c. Toà án tối cao Liên bang

Khác với hệ thống toà án của Anh, nơi cái được gọi là “Toà án tối cao” thực chất lại không phải là toà án cao nhất trong hệ thống toà án. Ở Mỹ, Toà án tối cao Liên bang là cấp xét xử cao nhất trong hệ thống toà án Liên bang và là toà án thực sự rất có quyền lực. Toà có chín thẩm phán (trong đó có một chánh án), do tổng thống bổ nhiệm với sự chấp thuận của Thượng nghị viện. Toà án tối cao có quyền tùy ý trong việc thụ lý hồ sơ khiếu kiện với một vài ngoại lệ: Toà chỉ xét xử những vụ việc mà Toà muốn xử; Toà có toàn quyền quyết định tiếp nhận giải quyết đơn kháng cáo, kháng nghị nếu cảm thấy đó là vụ việc quan trọng hoặc vì mâu thuẫn nào đó trong các phán quyết của toà án kinh lí phúc thẩm hoặc vì một vài lí do nào đó. Khi thụ lí hoặc khi từ chối giải quyết vụ việc, Toà không phải đưa ra lí do. Khi Toà án tối cao đã quyết định chấp nhận đơn kháng cáo, Toà sẽ phát hành lệnh yêu cầu toà án cấp dưới đệ trình bản sao có xác nhận của hồ sơ vụ việc để tiến hành xét xử phúc thẩm.

Chức năng của Toà án tối cao khá phức tạp vì ngoài chức năng xét xử của cấp phúc thẩm cuối cùng trong hệ thống toà án Mỹ, Toà còn có quyền xem xét tính hợp hiến của các văn bản pháp luật và các hành vi của Chính phủ. Cấp xét xử phúc thẩm cao nhất trong hệ thống toà án của Anh không có quyền năng này. Đây là quyền năng quan trọng của Toà nhằm bảo vệ quyền con người ở Mỹ vì quyền năng này nhằm đảm bảo ý nguyện của toàn thể nhân dân Mỹ, như được quy định trong Hiến pháp, được đặt lên trên ý nguyện của cơ quan lập pháp, nơi ban hành những văn bản pháp luật (ý nguyện của cơ quan lập pháp rất có thể chi

là ý nguyện của một nhóm người) và đồng thời nhằm duy trì “sức sống” của Hiến pháp Mỹ với những điều khoản được xây dựng từ cuối thế kỉ XVIII nhưng vẫn được tiếp tục áp dụng đối với những tình huống mới nảy sinh và hết sức phức tạp trong thời đại ngày nay. Khi Toà án tối cao xem xét tính hợp hiến của văn bản pháp luật hay hành vi của Chính phủ, phán quyết của Toà hầu như là phán quyết cuối cùng. Những phán quyết loại này của Toà chỉ có thể bị sửa đổi bằng thủ tục sửa đổi hiến pháp nhưng hiếm khi được sử dụng hoặc bằng một phán quyết mới của Toà.

2.1.2. Hệ thống toà án bang

Mỗi bang ở Mỹ đều có hệ thống toà án riêng với cơ cấu tổ chức có thể không giống nhau. Thông thường, các bang tổ chức hệ thống toà án tương tự mô hình của hệ thống toà án Liên bang gồm ba cấp: cấp sơ thẩm, cấp phúc thẩm và cấp tối cao. Tuy nhiên, tới cuối thập kỉ thứ IV của thế kỉ XX, ở nhiều bang vì lí do diện tích, dân số hoặc truyền thống mà hệ thống toà án được tổ chức thành hai cấp, trong đó không có cấp trung gian (cấp phúc thẩm). Sau năm 1948, có tới gần 40 bang đã thành lập toà án phúc thẩm cấp trung để giảm bớt gánh nặng cho toà án tối cao của bang. Thậm chí, những bang có diện tích rộng còn thành lập không chỉ một toà án phúc thẩm cấp trung.⁽¹⁾

Như vậy, ngày nay, đa số các bang ở Mỹ có hệ thống toà án ba cấp, trong đó cấp thấp nhất thường được gọi là toà quản hạt hay toà địa hạt trừ ở New York, cấp thấp nhất trong hệ thống toà án được gọi là toà án tối cao. Có những bang, cấp toà án sơ thẩm vẫn chưa được hợp nhất do đó toà án common law và toà equity

(1) Xem: Jethro K. Lieberman, Sdd.

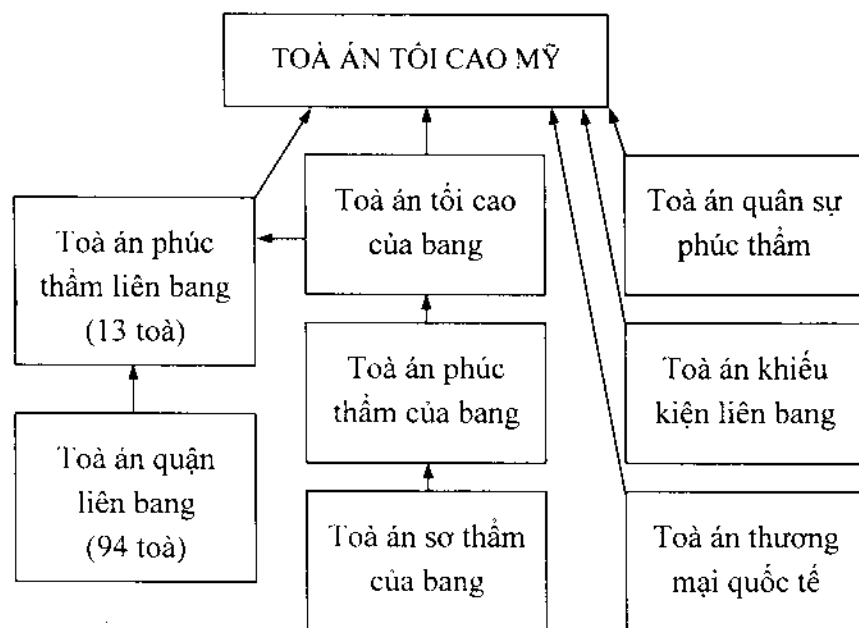
chưa được sáp nhập và vì vậy, một toà án không thể cung cấp giải pháp pháp lý của cả common law và equity cho các đương sự. Ở mỗi bang, rất có thể toà án cấp sơ thẩm lại được chia thành nhiều loại toà chuyên biệt khiến các luật sư và đương sự nhiều khi rơi vào tình trạng lúng túng. Ví dụ: New York có tới 11 toà án cấp sơ thẩm (toà án tối cao) đặt ở mỗi thành phố trực thuộc sự quản lý hành chính của bang, mỗi toà hoạt động theo những nguyên tắc khác nhau nhưng thẩm quyền của chúng phần nào bị trùng lặp. Nhìn chung, ở các bang, phán quyết của các toà án cấp cơ sở có thể bị kháng cáo lên toà phúc thẩm.

Đứng trên toà án cấp sơ thẩm, ngày nay, ở hầu hết các bang, đều có hai cấp xét-xử phúc thẩm gồm toà phúc thẩm cấp trung và toà án tối cao của bang (có bang gọi là toà phúc thẩm cuối cùng; hoặc toà chỉnh lỗi – court of errors). Phán quyết của các toà phúc thẩm này lại có thể tiếp tục bị kháng cáo lên Toà tối cao của bang hoặc Toà phúc thẩm cuối cùng của bang (ở New York, toà án cao nhất gọi là “Court of Appeals”, đặt tại thủ đô Albany của New York). Toà án cao nhất trong hệ thống toà án bang chủ yếu xử phúc thẩm những vụ việc đã được giải quyết bởi toà phúc thẩm của bang và có quyền quyết định lựa chọn những vụ việc để xử phúc thẩm. Phán quyết của toà án này là quyết định cuối cùng. Toà án tối cao của Liên bang không có quyền bãi bỏ phán quyết đó trừ khi Toà chứng minh được rằng các điều khoản trong luật của bang hoặc trong Hiến pháp của bang đã được áp dụng để xét xử vụ việc đang xem xét là trái với Hiến pháp Liên bang.

Ngoài ra ở một số bang còn có toà án đặc biệt như: toà án đại diện (surrogate court) có thẩm quyền giải quyết những vụ việc có

liên quan tới di chúc và thừa kế; toà án khiếu nại (court of claims) chuyên giải quyết những vụ việc về những thiệt hại do chính quyền bang gây ra; toà án gia đình với thẩm quyền giải quyết những vụ phạm tội của vị thành niên và những vụ việc có liên quan tới luật gia đình.

SƠ ĐỒ HỆ THỐNG TOÀ ÁN MỸ⁽¹⁾



2.2. Thủ tục tố tụng

2.2.1. Tố tụng dân sự

Trong hệ thống toà án Liên bang, một vụ kiện thường bắt đầu

(1). Nguồn: <http://www2.maxwell.syr.edu>

bằng việc bên khiếu kiện đệ đơn lên thư kí toà án quận trong đó nêu rõ yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại hay đòi sự đối xử công bằng từ một hoặc từ nhiều bị đơn trên bằng cách viện dẫn những cơ sở pháp lí và thực tiễn ủng hộ cho yêu cầu của mình. Thư kí toà sẽ phát hành trát đòi hầu toà gửi tới bị đơn kèm theo bản sao của đơn khiếu kiện để báo cho bị đơn biết về việc họ đang bị kiện, về bản chất của vụ kiện và về khoảng thời gian luật định mà họ có để tìm cách bảo vệ mình trước đơn khiếu kiện đó (ví dụ: chống lại đơn kiện, phủ nhận thẩm quyền của toà án đã thụ lí hồ sơ khiếu kiện và thậm chí cả sự phản tố, tức kiện lại bên nguyên).

Trong giai đoạn tiền tố tụng, các bên có thể cần phải tìm hiểu một số điểm như trao đổi chứng cứ và nhận định từ các bên tranh chấp dựa trên những gì họ dự kiến tranh luận trong phiên toà. Tìm hiểu có nghĩa là làm giảm bớt những bất ngờ và làm rõ bản chất của vụ kiện và còn có mục đích làm cho các bên tranh chấp hiểu rõ họ nên tiếp tục giải quyết vụ việc hay từ bỏ vụ kiện. Trong giai đoạn này, các bên cũng có thể đưa ra bản đề xuất nhằm bỏ bớt hoặc thêm vào những tình tiết pháp lí và thực tiễn trước khi xét xử bằng cách ngăn cản đối phương sử dụng nhân chứng đặc biệt hoặc lập luận theo cách thức đặc biệt.

Khi kết thúc giai đoạn tìm hiểu, các bên tranh chấp có thể lựa chọn bồi thẩm nếu muốn việc xét xử diễn ra với sự có mặt của bồi thẩm. Tuy nhiên, vụ việc cũng có thể được xét xử không có mặt bồi thẩm nếu các bên đồng ý khước từ bồi thẩm hoặc nếu quyền được xử với sự có mặt bồi thẩm không được đảm bảo theo luật đối với một số loại vụ việc nhất định.

Giai đoạn xét xử và ra phán quyết được tiến hành tương tự

giữa vụ việc dân sự và hình sự bằng cách các bên đưa ra nhân chứng và cung cấp chứng cứ và kết thúc bằng việc thẩm phán hoặc bồi thẩm ra phán quyết. Nói chung, bên nguyên chịu trách nhiệm đưa ra chứng cứ khi khiếu kiện hay nói cách khác, bên nguyên có quyền tìm chứng cứ để thuyết phục thẩm phán hoặc bồi thẩm rằng mình sẽ thắng kiện. Tuy nhiên, bên bị cũng có quyền đưa ra chứng cứ có lợi cho mình.

Trong quá trình xét xử, các đương sự có quyền gửi nhiều đề xuất tới toà để sớm kết thúc phiên toà – trước khi yêu cầu thẩm phán hoặc bồi thẩm xem xét lần cuối. Những đề xuất này nhằm thuyết phục thẩm phán, bằng lí lẽ pháp lí và có thể kèm theo chứng cứ rằng đối phương của mình không có cơ hội thắng kiện vì vậy sẽ là vô nghĩa nếu tiếp tục xét xử. Bản đề xuất cũng có thể đưa ra đề yêu cầu toà xét xử rút gọn hoặc nhằm bãi bỏ một phán quyết trái luật hoặc đi ngược lại chứng cứ của bồi thẩm hoặc đề thuyết phục thẩm phán rằng phán quyết nên được sửa đổi và vụ việc cần được xét xử lại.

Kể từ khi đệ đơn lên toà cho tới trước khi toà ra phán quyết, nguyên đơn có thể rút đơn kiện bất cứ lúc nào để kết thúc vụ kiện hoặc bị đơn có thể đồng ý giải quyết bằng một quyết định đàm phán và nguyên đơn sẽ rút đơn kiện để giải quyết bằng đàm phán.

2.2.2. Tổ tụng hình sự

Ở Mỹ, có sự phân biệt giữa nguyên tắc tổ tụng hình sự hiến định (tạo cơ sở pháp lí cơ bản nhằm bảo vệ người bị buộc tội: Quyền thuê luật sư biện hộ, quyền được xét xử với sự có mặt của bồi thẩm đoàn...) và quy tắc tổ tụng hình sự (được ban hành để điều chỉnh hoạt động xét xử trong thực tiễn). Quy tắc tổ tụng hình sự có thể

cung cấp sự bảo vệ lớn hơn cho bị cáo so với sự bảo vệ theo nguyên tắc tố tụng hiến định nhưng không được phép thu hẹp hơn sự bảo vệ đó so với sự bảo vệ theo nguyên tắc tố tụng hiến định.

Theo Hiến pháp Mỹ, Chính phủ Liên bang và bang đều không có quyền tước đoạt cuộc sống, tự do hoặc tài sản của bất cứ ai nếu người đó chưa được xét xử theo thủ tục tố tụng luật định (due process of law). Quy định này của Hiến pháp, mặc dù đề cập quyền công dân và quyền tài sản, tức động chạm tới luật nội dung nhưng trên thực tế, quy định này lại thường được viện dẫn dưới khía cạnh luật tố tụng chứ không phải luật nội dung và thiên về tố tụng hình sự hơn là tố tụng dân sự.

Thủ tục tố tụng luật định theo Hiến pháp Mỹ bao gồm cả quyền của bị cáo được xét xử với sự có mặt của bồi thẩm. Mục đích của quy định này là đảm bảo tạo điều kiện thuận lợi cho việc tìm ra các tình tiết tối ưu, có xem xét đến lợi ích đối kháng của các bên đương sự. Tương tự như trong các hệ thống pháp luật khác thuộc truyền thống common law, tố tụng hình sự của Mỹ cũng dựa trên quan niệm cho rằng công tố viên có trách nhiệm bảo vệ lợi ích của Nhà nước, vốn đối lập với lợi ích của bị cáo và rằng cả hai bên đương sự bình đẳng trước pháp luật. Quan điểm của công tố viên đối với các tình tiết của vụ việc cần phải có sức thuyết phục bồi thẩm đoàn, tương tự như bất kì một phán quyết nào của bồi thẩm đoàn cần có sự nhất trí trong hội đồng xét xử. Trong quá trình xét xử, cả hai bên đương sự được xem như những đối thủ có cơ hội ngang nhau trước bồi thẩm đoàn.

Như vậy, sự khác nhau cơ bản giữa tố tụng hình sự ở Mỹ và ở các nước châu Âu lục địa là thủ tục tố tụng được tiến hành

giữa ba bên: công tố viên, luật sư biện hộ và toà án mà đại diện là thẩm phán trong khi đó ở các nước châu Âu lục địa, toà án mà đại diện là thẩm phán có xu hướng độc quyền hành động trong phòng xử án. Hơn nữa trước toà, công tố viên và luật sư biện hộ ở Mỹ đóng vai trò chính yếu và chủ động trong quá trình tranh tụng và kết quả là người thẩm phán trong quá trình tố tụng chỉ đóng vai trò thụ động của một trọng tài hơn là người chủ động đi tìm hiểu sự thật. Đây là điểm chung giữa kiểu tố tụng của Mỹ và của Anh.

3. Nguồn luật

3.1. Án lệ

Án lệ ở Mỹ được coi như một phương pháp, cách thức giải thích luật. Ở giai đoạn đầu, Mỹ cũng tương tự như Anh, đã phân chia pháp luật thành án lệ và luật công bằng. Ở Anh, sự phân biệt này đã được tiếp tục duy trì vì trong nhiều năm khi Anh quốc thừa nhận sự tồn tại của hai loại toà án (toà Hoàng gia và Toà đại pháp). Toà đại pháp nói chung mềm dẻo hơn và sáng tạo hơn Toà án Hoàng gia truyền thống, vì vậy có một sự cạnh tranh đáng kể giữa hai loại toà án này. Tình hình tương tự cũng diễn ra ở Mỹ, sau nhiều thế kỉ cạnh tranh, toà án common law và toà công lí (court of equity) đã sáp nhập ở gần như khắp nơi và vì vậy, ngày nay chỉ còn một loại toà án và một loại luật ở Mỹ.

Án lệ ở Mỹ khác với án lệ ở Anh mặc dù hệ thống pháp luật của hai quốc gia này đều có chung nguồn gốc lịch sử và đều thuộc dòng họ common law. Tuy nhiên, vai trò của nguyên tắc stare decisis ở mỗi nước không giống nhau và dường như nguyên tắc này được áp dụng ở Anh khắt khe hơn ở Mỹ. Ở Mỹ, tiền lệ

pháp được tất cả các toà án trích dẫn rất thường xuyên nhưng trong các bản án cũng dành rất nhiều chỗ cho quan điểm của thẩm phán về chính sách chung, đặc biệt những vụ việc mà toà án coi là quan trọng. So với các thẩm phán Anh, thẩm phán Mỹ rõ ràng đề cập nhiều hơn tới hệ quả thực tiễn của một phán quyết và liệu những hệ quả này có phù hợp với nhu cầu chính sách hơn là với sự kiên định của người thẩm phán trong việc xem xét vụ việc hiện tại trong mối quan hệ với tiền lệ pháp. Có nhiều lí do lịch sử và thực tiễn giải thích cho sự khác nhau này ở Anh và Mỹ: một phần do sự thiếu tin tưởng vào tiền lệ pháp của người Mỹ từ thuở ban đầu, chủ yếu là vì tiền lệ pháp đó có nguồn gốc từ Anh, xứ sở không được người Mỹ ưu chuộng sau chiến tranh giành độc lập; một phần do thái độ của người Mỹ đối với những phán quyết trong quá khứ đã bị tác động bởi những thay đổi nhanh chóng, trên quy mô lớn và xu thế phát triển kinh tế - xã hội rất đặc trưng của một đất nước mới hình thành. Tư tưởng tôn kính tiền lệ pháp của người Anh còn có thể khác với những quan điểm truyền thống của Mỹ vì thực tế là người Mỹ đến từ nhiều tôn giáo, chủng tộc và xã hội khác nhau, do đó sự chấp nhận quyền lực của một cái gì đó, dù là án lệ, một cách thụ động không phải là nét tiêu biểu của người Mỹ.

Bên cạnh nhân tố lịch sử, cấu trúc hệ thống toà án của Mỹ cũng ảnh hưởng tới án lệ ở đất nước này. Mỹ là đất nước gồm nhiều bang và không có hệ thống toà án đơn nhất. Hiện tại, Mỹ có 50 bang có chủ quyền, mỗi bang đều có hệ thống toà án độc lập của riêng mình. Ở tất cả các bang, phán quyết của toà án tối cao và toà phúc thẩm thường được xuất bản. Trong các lĩnh vực luật thành văn và luật tố tụng liên bang, trong việc giải thích hiến pháp liên

bang, phán quyết của Toà án tối cao của Mỹ, về nguyên tắc, có giá trị ràng buộc tất cả các toà án khác. Điều đó có nghĩa là bất cứ vấn đề nào được đưa ra giải quyết ở một bang cũng rất có thể có vô số tiền lệ pháp ở các bang khác. Mặc dù tiền lệ pháp của mỗi bang không nhất thiết ràng buộc những bang còn lại nhưng rất có thể có ảnh hưởng lẫn nhau và cũng có thể ở trong trạng thái trái ngược nhau do các bang có quan điểm khác nhau về vấn đề cần giải quyết. Như vậy, học thuyết *stare decicis* dường như hoạt động không hiệu quả tại Mỹ khi hầu hết các phán quyết của các bang có thể xung đột với nhau, không nhất thiết có giá trị ràng buộc lẫn nhau và không toà án nào coi mình chịu sự ràng buộc bởi phán quyết của chính mình. Đặc biệt Toà án tối cao của Mỹ thẳng thắn khẳng định rằng kết quả xét xử của một vụ việc có thể dựa trên chính sách chung nhiều hơn là dựa vào án lệ và rằng triết lí của toà án thay đổi tùy theo quan điểm cá nhân của người thẩm phán về vấn đề đang giải quyết và ở thời điểm giải quyết vụ việc.

3.2. Luật thành văn

3.2.1. Hiến pháp

Trái với Anh quốc, nước Mỹ có hiến pháp thành văn: Liên bang và các bang đều có hiến pháp viết. Một vài khác biệt điển hình tiếp theo giữa Hiến pháp của Mỹ và Anh là việc thừa nhận quyền con người và nguyên tắc giám sát bằng thủ tục tư pháp đối với tính hợp hiến của các văn bản pháp luật – là nguyên tắc không được biết đến ở Anh trong quá khứ.

Hiến pháp Mỹ được ban hành năm 1787 và được coi là đạo luật cơ bản của quốc gia, vì vậy bất kể nguồn luật nào trên đất nước Mỹ, kể cả luật liên bang và bang đều không được trái với

nội dung Hiến pháp như đã được Toà án tối cao Mỹ giải thích. Theo René David, Hiến pháp Mỹ không chỉ là bản hiến chương chính trị mà còn là văn kiện sáng lập quốc gia, dựa trên ý tưởng của trường phái luật tự nhiên và là bản hiến pháp đã đưa vào thực tiễn khái niệm về thoả ước xã hội.⁽¹⁾

Hiến pháp Mỹ không chỉ thừa nhận chính phủ mới mà mục đích lớn hơn là nhằm thành lập nên nhà nước mới từ những nhà nước đã có chủ quyền, là những thành viên của nhà nước liên bang mới thành lập nhưng chủ quyền của các bang vẫn tiếp tục được tôn trọng. Trong khi đó, hiến pháp của các nước thuộc dòng họ civil law không chỉ là công cụ giới hạn quyền lực của chính phủ mà còn là những công cụ để thành lập, tổ chức và trao quyền cho các nhánh của chính phủ (lập pháp, hành pháp và tư pháp) nhằm xây dựng nhà nước tự do, xã hội thịnh vượng.

Bản Hiến pháp đã quy định cấu trúc nhà nước Liên bang và thừa nhận một loạt quyền cơ bản của công dân trước khả năng bị xâm phạm từ phía các cơ quan lập pháp, hành pháp và tư pháp. Hiến pháp Mỹ trao quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp lần lượt cho Quốc hội, Tổng thống và Toà án tối cao Mỹ. Hiến pháp cũng cho phép thảo luận tự do trong Quốc hội và giới hạn cách cư xử tùy tiện của các nghị sĩ; quy định trình tự thủ tục lập pháp và quyền của cơ quan lập pháp. Quyền lập pháp được phân chia giữa chính quyền liên bang và các bang. Chính quyền liên bang có quyền ban hành luật trên các lĩnh vực tiền tệ, thuế, ngoại giao, quốc phòng, bảo hộ thương mại và bản quyền, phá sản, hàng hải,

(1).Xem: René David and John C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, London Stevens & Sons, 1985, at 439.

ngoại thương và thương mại giữa các bang. Thẩm quyền ban hành luật của Liên bang trên các lĩnh vực kinh tế. Là chính, thương mại là nhằm phát triển một thị trường nội địa rộng lớn, thống nhất về mặt kinh tế trên toàn liên bang, sao cho sự phát triển đó không bị gượng ép chỉ vì sự khác nhau về pháp luật giữa các bang. *Ví dụ:* Liên bang có quyền ban hành luật điều chỉnh hoạt động thương mại giữa các bang nhưng không có quyền ban hành luật điều chỉnh hoạt động thương mại trong phạm vi một bang. Các tiểu bang có quyền ban hành luật trong những lĩnh vực trọng tâm của luật tư như: luật gia đình và thừa kế, luật hợp đồng, bồi thường trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng, luật đất đai, luật hợp danh, luật bảo hiểm, luật công cụ chuyển nhượng. Tuy nhiên, có nhiều lĩnh vực mà cả luật của liên bang và bang đều có vai trò quan trọng, *ví dụ:* luật chứng khoán, luật thuế, luật chống độc quyền, luật lao động, luật ngân hàng, luật môi trường.

Đối với khối hành pháp, Hiến pháp cũng quy định cụ thể về chức tổng thống, thủ tục tuyển chọn Tổng thống, tư cách đề đảm nhiệm chức vụ, lời tuyên thệ để được phê chuẩn và quyền cũng như nghĩa vụ của Tổng thống; chức phó Tổng thống... Việc kế tục chức vụ Tổng thống trong trường hợp Tổng thống mất năng lực làm việc, chết hoặc từ chức cũng được đề cập trong Hiến pháp.

Hệ thống toà án mà đứng đầu là Toà án tối cao cũng được quy định trong Hiến pháp. Quốc hội có quyền thành lập các toà án cấp dưới và Toà án tối cao có quyền xét xử phúc thẩm phán quyết của những toà án này. Hiến pháp còn yêu cầu tất cả các vụ việc hình sự phải được xét xử với sự tham dự của bồi thẩm đoàn; định nghĩa tội phản quốc và trách nhiệm của Quốc hội trong việc xác định chế tài

áp dụng đối với những người phạm loại tội này; xác định loại vụ việc do toà án Liên bang xét xử; loại vụ việc Toà án tối cao xét xử sơ thẩm, phúc thẩm. Sự độc lập của Toà án tối cao Mỹ cũng được ghi nhận trong Hiến pháp Mỹ,⁽¹⁾ theo đó: (1) Quyền tư pháp của Liên bang được trao toàn vẹn cho hệ thống toà án Liên bang; (2) Thẩm phán Liên bang do Tổng thống bổ nhiệm và được Thượng nghị viện phê chuẩn với nhiệm kì cả đời. Nói cách khác, trừ khi có hành vi vi phạm pháp luật, nhiệm kì của thẩm phán Mỹ sẽ chỉ chấm dứt khi thẩm phán chết, nghỉ hưu hoặc tự xin từ chức; (3) Mức lương của thẩm phán do Quốc hội quyết định.

Khi mới ra đời Hiến pháp Mỹ không quy định về quyền con người mà quyền này chỉ được đưa vào nội dung Hiến pháp sau lần sửa đổi bản hiến pháp lần thứ mười. Những sửa đổi này được tiến hành giữa năm 1789 và 1791 nhằm hạn chế quyền lực của chính phủ Liên bang, chống lại khả năng Chính phủ Liên bang sẽ trở thành chuyên chế.

Mỗi tiểu bang của Mỹ đều có hiến pháp riêng mà theo cách giải thích của toà án tối cao của tiểu bang, hiến pháp có hiệu lực cao hơn các đạo luật khác của tiểu bang nhưng phải phù hợp với Hiến pháp Liên bang.

3.2.2. Luật

Ở Mỹ có rất nhiều đạo luật ở cả cấp Liên bang và cấp bang. Hiến pháp Mỹ quy định, luật Liên bang có giá trị pháp lí cao hơn luật của các bang. Án lệ của Mỹ quy định các đạo luật Liên bang có hiệu lực cao hơn phán quyết của toà mặc dù nội dung và ý nghĩa

(1).Xem: "*Constitution of the United States*", Articles: 3.

của các đạo luật do chính toà án giải thích. Như vậy có thể nói, trừ Hiến pháp Mỹ, các đạo luật do quốc hội Mỹ thông qua có giá trị pháp lý cao nhất, cao hơn cả phán quyết của toà án cấp liên bang và cấp bang và cao hơn cả các đạo luật tương ứng của các bang.

Ở Mỹ, các đạo luật do Quốc hội Mỹ và cơ quan lập pháp của các bang ban hành bất kể là luật công hay luật tư đều được xuất bản và được biên tập định kì để đảm bảo công chúng luôn có được những thông tin cập nhật về những sửa đổi của pháp luật. Những bộ sưu tập về luật hiện hành này thường được hiểu là Luật sửa đổi (Revised Laws) và Luật thống nhất (Consolidated Laws) mà đôi khi còn được gọi là Bộ luật (Codes). Tuy nhiên, thuật ngữ “Bộ luật” ở đây không thực sự là “bộ luật” theo nghĩa của châu Âu lục địa, vì nó chỉ đơn giản chứa đựng những quy phạm pháp luật thành văn hiện đang có hiệu lực. Tương tự như nhiều nước khác có hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law, ở Mỹ (trừ bang Louisiana), khi cơ quan lập pháp ban hành bộ luật (code) có nghĩa là cơ quan này dự định tái tạo lại các quy phạm pháp luật cũ do các thẩm phán làm ra. Câu chữ của đạo luật sẽ không thực sự có nghĩa cho đến khi được toà án giải thích.

Mỗi bang của Mỹ đều có quyền ban hành luật riêng áp dụng trong bang. Nhằm giảm thiểu sự nhầm lẫn gây ra bởi vô số các đạo luật của bang, một số đề xuất về soạn thảo Luật thống nhất cho các bang (Uniform State Laws) đã được đưa ra để các bang thông qua nhưng đã không thành. Tuy nhiên, đến nay, Bộ luật thương mại thống nhất (Uniform Commercial Code) đã được tất cả năm mươi bang chấp thuận và Bộ luật hình sự mẫu (Model Penal Code) đã được khoảng nửa số bang chấp thuận. Nói cách

khác, phần lớn luật thành văn của các bang vẫn độc lập tuyệt đối với luật thành văn của các bang khác.

3.2.3. Các văn bản dưới luật do cơ quan hành pháp ban hành

Các cơ quan quản lý nhà nước ở cả cấp Liên bang và cấp bang đều ban hành các quy chế (rules) và quy tắc (regulations) để triển khai cụ thể các quy định cụ thể trong đạo luật có liên quan. Các văn bản dưới luật do Chính phủ Liên bang ban hành cũng được ưu tiên áp dụng trong mối quan hệ với pháp luật của các tiểu bang.

3.3. Các tác phẩm của các học giả pháp lý

Các tác phẩm của các học giả pháp lý là những cuốn sách giành cho sinh viên luật gồm một tập hoặc một bộ gồm nhiều tập sách dành cho các chuyên gia luật.

Ở Mỹ, tương tự như nhiều nước khác có hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law, các tác phẩm của các học giả pháp lý không có vai trò quan trọng với tư cách là một nguồn luật như trong các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law. Tuy nhiên, có thể nói, các tác phẩm này thường xuyên được trích dẫn bởi các luật sư và thẩm phán trong quá trình hành nghề luật.

4. Đào tạo luật và nghề luật

4.1. Đào tạo luật

Ở Mỹ, đào tạo luật là đào tạo sau đại học. Sinh viên khoa luật là những người đã tốt nghiệp đại học. Các khoa luật ở Mỹ tuyển sinh viên đầu vào rất khắt khe. Một số khoa luật chỉ chọn được một sinh viên trong số năm hoặc mười người dự tuyển. Những người trúng tuyển sẽ theo học ba năm tại khoa luật để lấy bằng J.D. (jurist doctor; cho tới tận cuối những năm 1960, ở Mỹ bằng cử nhân luật vẫn được gọi là I.L.B.: bachelor of law). Độ tuổi

trung bình cho tốt nghiệp sinh khoa luật ở Mỹ là 29.

Các khoa luật lớn ở Mỹ cũng có chương trình đào tạo sau đại học nhưng chủ yếu là cho sinh viên người nước ngoài hơn là cho người Mỹ để cấp bằng thạc sĩ (LL.M) và bằng tiến sĩ (SJD).⁽¹⁾ Những chương trình đào tạo này chủ yếu được tiến hành theo hình thức học viên hoặc nghiên cứu sinh phải hoàn tất một luận án dài. Một vài khoa luật cũng có chương trình đào tạo đặc biệt cho sinh viên nước ngoài và cấp bằng thạc sĩ luật so sánh (MCL) hoặc thạc sĩ về thiết chế pháp luật. Những chương trình đào tạo này thường kết hợp giữa học trên lớp với tự nghiên cứu.

Phương pháp giảng dạy luật được sử dụng ở Mỹ khá phù hợp với xã hội đa dạng, phức tạp và luôn thay đổi; với tính phức tạp cao độ của hệ thống pháp luật của Mỹ nói chung và hệ thống án lệ nói riêng. Hệ thống giáo dục luật ở Mỹ không trực tiếp nhằm vào việc truyền đạt những kiến thức thuộc lòng về nội dung của các đạo luật, các văn bản dưới luật và án lệ vì sự mềm dẻo của hệ thống pháp luật Mỹ không thích hợp với kiểu học thuộc lòng đó mà nhằm vào việc đào tạo ra những luật sư có khả năng thắng kiện. Các giáo sư luật ở Mỹ dường như giống với những huấn luyện viên, hướng tới mục tiêu nhào nặn ra những luật sư có khả năng thắng kiện hơn là các thầy giáo dạy luật, vì vậy họ trang bị cho sinh viên những kỹ năng cần thiết để thắng kiện. Trong khi đó, các khoa luật ở châu Âu lục địa thường dạy sinh viên những vấn đề cơ bản như luật là gì và tìm luật ở đâu để phục vụ cho việc giải quyết một vụ việc cụ thể.

(1) Bằng SJD ở Mỹ tương đương với bằng Ph.D. ở các nước; bằng LLD (tiến sĩ luật học) ở Mỹ và một số nước thuộc dòng họ Common Law, thường là bằng danh dự, không cấp cho nghiên cứu sinh ngành luật mà chỉ cấp cho những người có công lao đóng góp lớn cho khoa học luật.

Hơn một thế kỉ qua, giáo dục luật ở Mỹ đã chú trọng tới phương pháp tình huống. Các môn học luật được đưa vào chương trình giảng dạy cũng tương tự các môn học ở nhiều nơi trên thế giới và gồm những của học đại cương về luật hợp đồng, bồi thường trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng, sở hữu, tố tụng, luật hình sự, luật hiến pháp và ở giai đoạn tiếp theo là những của học luật chuyên ngành và thảo luận. Tuy nhiên phương pháp được sử dụng để giảng dạy những môn học này thì khác xa phương pháp được sử dụng trong giảng dạy luật ở nhiều nước.

Với phương pháp tình huống, sách dùng cho mỗi môn học không phải là giáo trình cơ bản về luật chuyên ngành mà là sách tình huống chứa đựng những án lệ được chọn lọc. Những cuốn sách kiểu này thường viết về từng môn học riêng biệt trên cơ sở phân tích những án lệ đã được chọn lọc đưa vào cuốn sách. Các nguyên tắc pháp lí chung không được trình bày thông qua những bài giảng lí thuyết trừu tượng mà đúng hơn sẽ được rút ra từ việc nghiên cứu những tình huống được đưa ra thảo luận trên lớp. Tuy nhiên, trên lớp giảng viên cũng không giảng về các tình huống mà thay vào đó, giảng viên yêu cầu sinh viên thuật lại tình huống; sau đó giảng viên sẽ chất vấn sinh viên để rèn luyện khả năng phản ứng của họ đối với tình huống đưa ra, sử dụng phương pháp “socratic”. Trong kiểu tiếp cận này, giảng viên hiếm khi đưa ra ý kiến cá nhân về tình huống hoặc về luật thành văn có liên quan đến tình huống đó trước sinh viên mà cố gắng khuyến khích sinh viên phát triển những phân tích của mình về tình huống và luật thành văn có liên quan một cách sâu sắc: cũng không có một sự giải thích chính xác nào đối với pháp luật có liên quan được đưa ra trên lớp mà giảng viên chỉ cố gắng giúp sinh viên hiểu rằng pháp luật luôn luôn mềm dẻo và có thể tranh luận.

Đối với những sinh viên với hy vọng rằng họ sẽ biết về luật sau khi tốt nghiệp khoa luật thì phương pháp Socratic có thể sẽ làm họ bối rối và thất vọng. Một số biến dạng của phương pháp này vẫn tiếp tục sử dụng ở nhiều khoa luật ở Mỹ vì đây là phương pháp hiệu quả trong việc dạy sinh viên cách tư duy về pháp luật và cách tiếp cận với vô số những vấn đề pháp lý mà họ có thể sẽ bị chất vấn sau này và có lẽ vì đây cũng là phương pháp thách thức và thú vị ngay cả đối với giảng viên.

Một phương pháp khác đang được thử nghiệm tại các khoa luật ở Mỹ là sử dụng chương trình thực tập theo đó sinh viên được đặt vào công việc thực sự và họ học luật bằng cách xử lý tình huống thực tế. Thường thì những chương trình này được khoa thực hành (clinical faculty) thực hiện và giám sát toàn diện. Nhiều khoa luật hiện đang khai thác chương trình thực tập này để dạy luật cho sinh viên nhưng phương pháp phổ biến vẫn là phương pháp Socratic truyền thống.

4.2. Hành nghề luật

Nghề luật ở Mỹ gồm nghề luật sư, cố vấn pháp lý hưởng lương làm việc trong các công ti và các cơ quan của Nhà nước, thẩm phán và giáo sư luật. Các thẩm phán và luật sư làm việc dưới sự giám sát của Toà án tối cao của bang nơi họ hành nghề. Các giáo sư luật và cố vấn pháp lý không chịu sự giám sát của toà án nhưng họ thường là thành viên đoàn luật sư của một bang nào đó. Phần dưới đây sẽ đi sâu nghiên cứu nghề luật sư và nghề thẩm phán.

4.2.1. Nghề luật sư

Để hành nghề luật sư ở Mỹ, người muốn hành nghề nhất thiết phải có giấy phép. Để có giấy phép hành nghề luật sư, người muốn hành nghề phải có bằng cử nhân luật (J.D.) và phải vượt

qua được kì thi do đoàn luật sư của một bang nào đó tổ chức và đánh giá, thường là theo sự ủy quyền của Toà án tối cáo của bang đó. Như vậy, đoàn luật sư của bang đóng vai trò quan trọng trong việc quyết định ai là người có đủ tiêu chuẩn hành nghề luật.

Nhiều bang đòi hỏi luật sư tương lai phải có bằng cử nhân luật từ một khoa luật đã được Đoàn luật sư của Mỹ (ABA) công nhận để được tham dự kì thi hành nghề do Đoàn luật sư của bang tổ chức. Tuy nhiên, một vài bang chấp nhận cả những cử nhân luật tốt nghiệp từ những khoa luật không được Đoàn luật sư Mỹ (ABA) công nhận để tham dự kì thi hành nghề. Một số bang như New York và California còn cho phép cả những cử nhân luật người nước ngoài dự thi hành nghề luật, đặc biệt đối với những người có bằng luật sau đại học (advanced law degree) do một khoa luật nào đó của Mỹ cấp.

Khoảng một nửa số bang ở Mỹ đòi hỏi người hành nghề luật phải là thành viên của đoàn luật sư của bang mình. Ở những bang này, đoàn luật sư có thể phải chịu trách nhiệm về kỉ luật của luật sư, những người không đáp ứng được quy định về đạo đức nghề nghiệp. Đoàn luật sư của bang còn phải định kì đưa ra tiêu chuẩn và chỉ dẫn về tiêu chuẩn về tiếp tục đào tạo luật cần áp dụng đối với các luật sư đang hành nghề.

Nước Mỹ có tới một triệu luật sư, nhiều hơn bất kì quốc gia nào trên thế giới và số lượng luật sư hiện vẫn đang tiếp tục tăng. Luật sư Mỹ có thể hành nghề độc lập hoặc thành lập công ti luật. Ở thành phố, những công ti này thường rất lớn, có tới hàng trăm luật sư làm việc tại các chi nhánh đặt ở các thành phố khác nhau và thậm chí, ở nhiều quốc gia khác nhau.

Khác với Anh, Mỹ không phân chia luật sư thành luật sư

tranh tụng và luật sư tư vấn. Tuy nhiên, do pháp luật ngày càng phức tạp, một xu hướng chuyên môn hoá đã phát triển, theo đó nhiều công ti luật đã chia thành nhiều nhóm, mỗi nhóm tập trung vào từng lĩnh vực cụ thể, *ví dụ*: nhóm hành nghề tranh tụng, nhóm chuyên sâu trong lĩnh vực luật thuế, luật công ti, luật chống độc quyền, luật môi trường, luật gia đình, quyền dân sự, sở hữu trí tuệ và các chuyên ngành luật khác.

Ngày nay do số lượng luật sư ở Mỹ ngày càng tăng và bản chất hành nghề luật đang thay đổi, nghề luật ở Mỹ trở nên cạnh tranh hơn. Thêm vào đó, vì nước Mỹ sử dụng hệ thống tranh tụng đối kháng chứ không dùng tranh tụng điều tra như hầu hết các nước khác, theo đó luật sư cho các bên đương sự trong một vụ việc làm tất cả mọi việc cho thân chủ của mình, toà án hầu như chỉ đóng vai trò thụ động, trung lập và chủ yếu chỉ lựa chọn giữa các chứng cứ và lập luận đưa ra bởi các luật sư để đưa ra phán quyết. Hệ thống tranh tụng này có xu hướng làm tăng thêm tính cạnh tranh của nghề luật sư tới mức cạnh tranh đã trở thành vấn đề nghiêm trọng giữa các luật sư Mỹ.

4.2.2. Nghề thẩm phán

Do sự tồn tại của hệ thống toà án kép gồm hệ thống toà án Liên bang và các hệ thống toà án bang, các thẩm phán ở Mỹ cũng gồm hai loại: thẩm phán Liên bang và thẩm phán bang.

Thẩm phán Liên bang do Tổng thống bổ nhiệm và Thượng nghị viện phê chuẩn. Theo truyền thống lâu đời, các ứng cử viên của vị trí thẩm phán thường gồm các luật sư có kinh nghiệm thực tiễn và có uy tín. Tuy nhiên, khác với hệ thống pháp luật Anh, có một số trường hợp, các thẩm phán của Toà án tối cao Mỹ lại được bổ nhiệm từ các giáo sư luật làm việc tại các trường đại học danh

tiếng của Mỹ. Các thẩm phán có nhiệm kì cả đời, vì vậy họ không phải lo tranh cử cho nhiệm kì tới hoặc lo lắng về việc tái bổ nhiệm; họ chỉ có thể bị miễn nhiệm bằng thủ tục buộc tội phức tạp do Quốc hội Mỹ tiến hành.

Thẩm phán bang, đôi khi, được tuyển cử với nhiệm kì cố định còn lại đại đa số các bang có thẩm phán được bổ nhiệm. Ở một số bang, thẩm phán trước tiên được thống đốc bang bổ nhiệm và sau đó định kì sẽ được đưa ra để các cử tri bỏ phiếu thông qua việc tái bổ nhiệm để có thể tiếp tục làm việc với tư cách thẩm phán. Ứng cử viên chức thẩm phán của các toà án cấp cơ sở ở các bang không nhất thiết phải là luật sư.

CHƯƠNG IV

DÒNG HỌ PHÁP LUẬT XÃ HỘI CHỦ NGHĨA

I. PHÁP LUẬT TRUYỀN THÔNG Ở CÁC NƯỚC XHCN

1.1. Pháp luật truyền thông của nước Nga trước Cách mạng tháng Mười năm 1917

Theo René David, nhà luật học so sánh nổi tiếng người Pháp, quá trình hình thành và phát triển pháp luật Nga trước Cách mạng tháng Mười có thể được chia làm 4 giai đoạn:

a. Giai đoạn 1 - trước khi quân Nguyên-Mông đô hộ nước Nga (trước năm 1236).

Cuối thế kỉ thứ IX (năm 862) một bộ tộc Bắc Âu (Les Varègues) dưới sự lãnh đạo của Riourik đã thiết lập nền thống trị lên nước Nga cổ Kiev (Russie de Kiev). Nước nga cổ Kiev tồn tại đến năm 1236 thì bị quân Nguyên-Mông đô hộ. Trong thời kì trước năm 1236 có một số sự kiện quan trọng đáng được lưu ý. Đó là vào năm 989, dưới thời Vladimir, đạo Thiên chúa được truyền vào nước Nga và vào đầu thế kỉ XI các tập quán Nga vùng Kiev được tập hợp biên soạn thành bộ luật gọi là “Rousskaia Pravda” (Sự thật Nga) được viết bằng tiếng Slavơ. Từ thế kỉ XI đến XIV, Bộ luật tập quán này được tái biên soạn và sửa đổi, bổ sung nhiều lần. Đây là bộ luật tập quán điều chỉnh tổng hợp các loại quan hệ xã hội. Các tập quán trong Bộ luật này nhiều hay ít

đã mô tả chi tiết một xã hội phát triển cao hơn xã hội của các bộ tộc Bắc Âu và các bộ tộc Giéc-manh (Đức) vào thời đại “các luật man di”. Bộ luật thành văn này thể hiện tính lãnh thổ chứ không phải tính bộ tộc, các quy định của nó thể hiện sự phôi thai của chế độ phong kiến ở nước Nga.

Trong giai đoạn này ngoài tính chất tập quán của pháp luật, nước Nga còn chịu ảnh hưởng của Luật Byzantin (Đế chế Đông La Mã). Một số hiệp ước thương mại được kí kết với Byzantin thế kỉ XI, với Đức thế kỉ XII.

Trong khi các nhà thờ phương Tây sống theo luật La Mã thì các nhà thờ ở Nga sống theo luật Byzantin, điều này thể hiện rõ trong các văn bản về Luật dân sự và Luật giáo hội. Tại nước Nga cổ Kiev, Luật Byzantin được các nhà thờ áp dụng trực tiếp trong lãnh địa của mình.

b. Giai đoạn thứ hai - dưới thời đô hộ của quân Nguyên-Mông (từ năm 1236 đến năm 1480).

Trong 144 năm bị quân Nguyên-Mông đô hộ, nước Nga không những bị tàn phá về kinh tế mà còn bị trì trệ về pháp luật. Vì Mông Cổ không phải là đất nước phát triển về pháp luật nên sự thống trị của Mông Cổ không những không mang đến cho người Nga những tư duy pháp luật mới mà ngược lại còn làm cho nước Nga cách biệt với tư duy pháp luật mới của các nước phương Tây khi mà các trường đại học Bologne ở Italia, đại học Paris và các trường đại học khác ở Tây Âu đã lần lượt ra đời vào các thế kỉ XI, XII, XIII⁽¹⁾ và đóng góp vai trò quan trọng trong việc hình thành hệ thống pháp luật lục địa châu Âu.

(1). Đại học Bologne của Italia ra đời vào năm 1080. Đại học Paris ra đời vào thế kỉ XII.

Sự thống trị của quân Nguyên-Mông trong gần 150 năm chinh là nguyên nhân làm cho nước Nga lạc hậu so với các nước phương Tây. Tuy nhiên, do lãnh thổ Nga rộng lớn mênh mông nên quân Nguyên-Mông không thể xâm chiếm khu vực lãnh thổ miền Bắc nước Nga. Các công quốc miền Bắc nước Nga, nơi có rất nhiều người Nga tập trung để trốn chạy quân Mông Cổ trở thành những công quốc mạnh nhất. Công quốc Matxcova nhanh chóng trở nên hùng mạnh và trở thành nơi khởi nguồn của chính sách mở rộng lãnh thổ và giải phóng nước Nga khỏi ách thống trị của quân Nguyên-Mông.

c. Giai đoạn thứ ba (từ năm 1480 đến 1689) - giai đoạn thiết lập chế độ quân chủ chuyên chế của Sa Hoàng và chế độ nông nô.

Đây là giai đoạn bắt đầu từ thời điểm giải phóng khỏi ách đô hộ của Nguyên-Mông đến triều đại Pie đại đế (Pierre Le Grand) 1689. Trong giai đoạn này, mặc dù đã thoát khỏi ách đô hộ Nguyên-Mông nhưng nguy cơ xâm lược từ phương Đông vẫn đe dọa nước Nga, vì thế nước Nga phải xây dựng chính quyền trung ương tập quyền mạnh. Trong bối cảnh đó chế độ quân chủ chuyên chế của Sa Hoàng đã được thiết lập. Quyền lực của Sa Hoàng là vô hạn, mọi ý muốn của Sa Hoàng đều được coi là luật tối thượng.

Năm 1591 Luật nông nô được ban hành. Người nông nô ở Nga được coi là những người bán nô lệ. Các nông nô không có nhà ở, đất đai, tài sản, họ sống và làm việc suốt đời cho các điền chủ và không được phép rời khỏi ông chủ của mình. Đời sống hôn nhân và gia đình của các nông nô đều do địa chủ sắp xếp. Tuy nhiên, địa chủ không được quyền giết nông nô như chủ nô đối với nô lệ.

Dưới triều đại vua Alekxây Mikhailovich một bộ luật tổng hợp được xây dựng năm 1642, gồm 25 chương, 963 điều. (Bộ luật này tiếng Nga gọi là Sobornoc Oulojenie).

d. Giai đoạn thứ 4 - từ khi Pie đại đế lên ngôi (1689) đến Cách mạng tháng Mười năm 1917

Đây là giai đoạn thiết lập lại mối quan hệ với các nước phương Tây. Với sự trị vì của Pie Đại đế, hệ thống quản lí được thiết lập theo mô hình Tây Âu, vì vậy lĩnh vực công pháp được cải cách theo hệ thống pháp luật lục địa Châu Âu, đặc biệt là mô hình của Pháp và Phổ. Trong giai đoạn này có hai sự kiện quan trọng có ý nghĩa đối với sự phát triển pháp luật Nga là sự ra đời của Đại học quốc gia Lô-mô-nô-xốp năm 1755 và Đại học Xanh-Pê-tec-bua năm 1802. Vào đầu thế kỉ XIX dưới thời vua Alexandre đệ nhất, với sự nỗ lực của Bộ trưởng Spéranski công cuộc hiện đại hoá pháp luật Nga được thực hiện.⁽¹⁾ Tuy nhiên, việc cắt đứt quan hệ giữa Nga với Napoleon đã ảnh hưởng đến cuộc cải cách này, làm cho nó thiếu tính triệt để. Kết quả của cuộc cải cách là sự ra đời Bộ luật 1832 (Svod Zakonov). Bộ luật này có 15 tập, 42.000 điều. Hai phần ba các điều luật trong Bộ luật này dành cho lĩnh vực công pháp. Đến nửa sau thế kỉ XIX cuộc cải cách pháp luật được tiến hành rộng rãi hơn. Alexandre đệ nhị (1855 – 1881) là Sa Hoàng duy nhất đã tạo ra động lực quyết định những nỗ lực cải tổ đó. Alexandre đệ nhị đã tiến hành các cuộc cải cách lớn từ năm 1855 đến năm 1864. Nội dung của các cuộc cải cách này bao gồm các vấn đề sau đây:

(1).Xem: Les grands systèmes de droit contemporains par René David & Camille Jauffret-Spinosi, Précis Dalloz, Paris, 1992, tr 130.

- Lần đầu tiên thành lập một số toà án độc lập với quyền lực chính trị và xây dựng một nền tổ tụng theo mô hình của Pháp, lấy nguyên tắc bình đẳng giữa mọi công dân trước pháp luật làm nền tảng.

- Ban hành bộ luật hình sự mới trên dựa trên các nguyên tắc dân chủ tư sản (1855).

- Ban hành Luật cải cách ruộng đất năm 1861. Luật này đã bãi bỏ chế độ nông nô, giải phóng nông nô khỏi địa chủ, trưng dụng đất của địa chủ giao cho các cộng đồng làng xã để họ phân bổ cho nông dân nghèo và trả tiền đất cho chủ sở hữu bằng nguồn huy động từ kho bạc.

- Thực hiện chính sách phân quyền trong quản lí hành chính địa phương. Đứng đầu các huyện là một đại hội do các thành phố, làng xã và chủ đất trong huyện bầu lên.

Các chính sách cải cách của Alexandre đệ nhị đang được tiến hành mạnh mẽ thì bị ngưng lại do Nhà vua bị ám sát vào năm 1881.⁽¹⁾ Tất cả các Sa Hoàng sau này đều theo đuổi chính sách bảo thủ, trì trệ, mặc dù công nghiệp đã có bước phát triển vượt bậc kể từ năm 1890 và dân cư khu vực đô thị đã gia tăng nhanh chóng.

Vào những năm đầu của thế kỉ XX, giai cấp công nhân và nông dân Nga bị bóc lột nặng nề và sống trong tình trạng vô cùng khốn khổ, tuy nhiên cuộc sống của các tầng lớp quý tộc phong kiến và tư sản lại vô cùng xa hoa. Xuất hiện tình huống cách mạng vì người dân Nga không muốn sống theo chế độ pháp luật

(1).Xem: Các hệ thống pháp luật cơ bản trên thế giới, Michel Fromont, Nxb. Tư pháp, 2006, tr 248.

của Sa Hoàng và chính phủ Sa Hoàng không còn kiểm soát được xã hội. Cuộc cách mạng năm 1905 đã nổ ra, công nhân đình công ở khắp nơi, binh lính trên chiến hạm Pô-tem-kin nổi loạn. Sa Hoàng Ni-cô-lai đệ nhị (1894 – 1917) đã buộc phải tiến hành một số cải cách:

- Thiết lập nền quân chủ lập hiến theo mô hình của Phổ và năm 1905 thành lập Duma – Cơ quan đại diện của dân chúng, do bầu cử thành lập nên và có chức năng lập pháp.

- Xây dựng dự thảo Bộ luật dân sự (1913) theo mô hình của Pháp và Đức, tuy nhiên dự thảo này đã không được thông qua.

Từ những phần đã trình bày trên đây chúng ta có thể rút ra những nhận xét sau đây về pháp luật truyền thống Nga trước Cách mạng tháng Mười năm 1917:

- Pháp luật Nga trước Cách mạng tháng Mười năm 1917 thuộc về hệ thống pháp luật lục địa châu Âu. Pháp luật Nga từ thời xa xưa đã chịu ảnh hưởng của Luật Byzantin - luật của đế chế Đông La Mã. Từ cuối thế kỉ XVII đến trước Cách mạng tháng Mười các cuộc cải cách pháp luật đều nhằm tiếp thu các tư tưởng pháp luật của các nước Tây Âu đặc biệt là Pháp và Đức. Quan điểm pháp luật được các luật gia tiếp cận ở các trường tổng hợp là quan điểm pháp luật La Mã - Đức. Cũng như các luật gia lục địa châu Âu, các luật gia Nga không coi pháp luật là sản phẩm thực tiễn xét xử của toà án mà do học thuyết hoặc nhà lập pháp tạo ra.

- Nga có truyền thống pháp luật yếu.⁽¹⁾ Theo René David, so với các nước Tây Âu thì Nga có truyền thống pháp luật yếu hơn.

(1).Xem: Les grands systèmes de droit contemporains par René David et Camille Jauffret Spinozi, Précis Dalloz. 1992. P131.

Điều quan trọng không phải là sự lạc hậu về kỹ thuật pháp lý hay là trình độ pháp điển hoá pháp luật mà là thói quen, nếp sống và thái độ đối với pháp luật do hoàn cảnh lịch sử tạo nên. Trong khi trên lục địa Châu Âu cũng như ở Anh, pháp luật được coi là sự bổ sung tất yếu cho đạo đức và một trong những nền tảng của xã hội thì ở Nga không có được điều đó. Trong khi các trường đại học ở Tây Âu, trong đó có khoa luật ra đời rất sớm (Đại học Bologne thành lập năm 1080, Đại học Paris ra đời vào thế kỉ XII), nhờ đó mà nghề luật cũng ra đời rất sớm thì ở nước Nga, mãi đến giữa thế kỉ XVIII (năm 1755) trường đại học đầu tiên là Đại học Lômonôxốp mới ra đời, sau đó là Đại học Peterburg (1802). Vì vậy mãi đến nửa sau thế kỉ XIX ấn phẩm pháp lý đầu tiên mới xuất hiện, năm 1864 đoàn luật sư chuyên nghiệp mới được thành lập và chức năng của thẩm phán khi đó mới tách ra khỏi chức năng hành chính. Trước cuộc cải cách năm 1864, chưa có sự phân biệt rõ ràng giữa cảnh sát, toà án và hành chính. Pháp luật thành văn, chủ yếu là luật hình sự và luật hành chính, luật tư (luật dân sự) không được sự quan tâm của xã hội. Luật tư chỉ là “pháp luật đô thị” được tạo ra cho các thương gia và tầng lớp tư sản. Đại đa số dân cư sống ở nông thôn và họ điều chỉnh các quan hệ dân sự theo các phong tục tập quán. Quyền sở hữu tài sản đối với họ chủ yếu không phải là sở hữu tư nhân mà là sở hữu gia đình, sở hữu công xã. Hoạt động xét xử toà án đối với họ là công lí biểu hiện ở dạng toà án công xã do những thẩm phán nghiệp dư điều khiển. Toà án công xã thuộc Bộ nội vụ chứ không thuộc Bộ tư pháp.⁽¹⁾

(1). Xem: *Les grands systèmes de droit contemporains* par René David et Camille Jauffret - Cpinosi. Précis Dalloz. 1992. p.131

Pháp luật thành văn ở Nga không phải là kết quả của sự phát triển văn hoá của nhân dân, không thể hiện ý thức và truyền thống của nhân dân như những nước châu Âu khác mà phản ánh ý chí độc đoán của lãnh chúa và đặc quyền của tư sản. Lãnh chúa đứng trên pháp luật, ý chí của lãnh chúa là pháp luật. Các luật gia là đầy tớ của Sa Hoàng và Nhà nước chứ chưa phải là đầy tớ của pháp luật.⁽¹⁾ Đối với Sa Hoàng thì có thể áp dụng câu ngạn ngữ Latinh “*Princeps legibus solutus est*” (The emperor is not bound by statutes) nghĩa là pháp luật không bắt buộc hoàng đế. Trong khi các nước phương Tây quan niệm “*Ubi societas ibi jus*” (ở đâu có xã hội, ở đó có pháp luật) thì cũng như Thánh Augustin, Lev Tonstoi – nhà văn Nga vĩ đại, mong muốn pháp luật bị tiêu vong và tạo ra một xã hội trên cơ sở lòng kính chúa và tình yêu thương. Trên phương diện này, lí tưởng Mác-xít về xã hội tương lai không có nhà nước và pháp luật đã tìm thấy trong những luân lí đạo đức và tôn giáo của nhân dân Nga.⁽²⁾

1.2. Pháp luật truyền thống của các nước XHCN khác ở Đông Âu

Cũng như nước Nga, các nước XHCN khác ở Đông Âu đều thuộc hệ thống pháp luật La Mã - Đức. Những nước này có thể chia ra làm 2 nhóm:

- Nhóm thứ nhất bao gồm các nước Balan, Tiệp Khắc, Hungari, Croatia, Slovenia. Những nước này có hệ thống pháp luật phát triển song hành với pháp luật của Đức, Áo, Pháp. Những điều kiện tác động lên pháp luật của những nước này cũng giống các

(1). Xem: Sdd, tr. 133.

(2). Xem: Sdd, tr. 138.

nước Tây Âu. Họ có truyền thống pháp luật vững bền. Pháp luật được xem xét như một trong những nền tảng xã hội. Đoàn luật gia đông đảo đóng vai trò quan trọng trong việc thiết lập trật tự xã hội nên được xã hội kính trọng.

- Nhóm thứ hai bao gồm các nước vùng Balkan như Albania, Hungary, Rumani, Serby. Cũng như nước Nga, những nước này đều chịu ảnh hưởng của Byzantin. Sự xâm lược và đô hộ của Thổ Nhĩ Kỳ lên những nước này còn có hậu quả nặng nề hơn sự đô hộ của quân Nguyên-Mông đối với nước Nga, vì nó kéo dài đến hết thế kỉ XIX, sang cả một phần thế kỉ XX. Cũng giống như nước Nga, ở những nước này trong quá khứ pháp luật không có ý nghĩa đáng kể trong ý thức dân tộc. Tuy vậy, vẫn có sự khác nhau với nước Nga, ở chỗ là nước Nga tự mình giải phóng khỏi ách đô hộ của Nguyên-Mông và lập tức thiết lập nên nhà nước rộng lớn và độc lập với vai trò kế thừa Byzantin. Còn các nước vùng Balkan phải nhờ sự giúp đỡ từ bên ngoài mới giành được độc lập. Để khắc phục sự lạc hậu do sự đô hộ của Thổ Nhĩ Kỳ để lại, các nước này đã nhanh chóng tiếp thu nền văn hoá trong đó có văn hoá pháp luật của các nước Tây Âu và Trung Âu.⁽¹⁾

1.3. Pháp luật truyền thống của các nước XHCN châu Á

Pháp luật truyền thống của các nước XHCN châu Á như Trung Quốc, Việt Nam, Cộng hoà dân chủ nhân dân Triều Tiên về cơ bản có những đặc điểm chung giống nhau. Đó là sự ảnh hưởng của Khổng giáo và quan niệm chung về pháp luật nặng nề pháp luật hình sự và hành chính, nhẹ về pháp luật dân sự. Để

(1). Xem: Sđd. tr. 133.

trị nước, theo Khổng giáo thì nền cai trị cần có bốn yếu tố là: lễ, nhạc, hình, chính. Lễ để tiết chế lòng dân, nhạc để hoà thanh âm của dân, chính trị để định việc làm, hình pháp để ngăn cấm điều bậy. Theo nhà luật học so sánh Thụy Điển - GS. Michael Bogdan, một trong những quan điểm nền tảng của đạo Khổng là khái niệm về sự hài hoà trong vũ trụ. Các cá thể về bản chất là bộ phận trong sự hài hoà đó nên luôn phải khiêm nhường, giữ vị trí của mình và tuân thủ các quy tắc xử sự theo quan niệm đạo đức trong xã hội. Các quy tắc này dựa trên những tập quán lâu đời, tuy phức tạp nhưng cân đối, chặt chẽ và thay đổi tuỳ theo mối quan hệ giữa các cá thể.

Theo Khổng Tử, thẩm phán và các đạo luật là những công cụ cần thiết để trừng phạt các loại tội phạm nhưng không cần thiết để điều chỉnh quan hệ giữa những người trung thực. Nói một cách khác, luật hình sự là cần thiết còn luật dân sự là không cần thiết. Nếu tất cả mọi người đều cư xử phù hợp với các chuẩn mực đạo đức thì sẽ không có xung đột. Tranh chấp giữa các cá thể cần được giải quyết bằng con đường hoà giải và thoả hiệp phù hợp với các nguyên tắc đạo đức mà theo đó các bên liên quan sẽ cử các thành viên đáng kính trọng của gia đình, họ tộc đứng ra làm người giàn xếp, giải quyết. Điều quan trọng hơn cả sự chiến thắng của bất kì bên nào trong kiện tụng là sự hoà hợp cần phải được giữ gìn và vì thế không có bên nào thắng, không có bên nào thua. Cá nhân nào từ chối chấp nhận cách giải quyết thân thiện sẽ bị coi là một người xấu.⁽¹⁾

(1). Xem: Michael Bogdan, *Comparative law*, kluwer Norstedts Juridik TaNo, 1994 (Bản dịch của PGS.TS. Lê Hồng Hạnh và ThS. Dương Thị Hiền, tr. 166).

II. SỰ HÌNH THÀNH VÀ PHÁT TRIỂN CỦA DÒNG HỌ PHÁP LUẬT XHCN

Dòng họ pháp luật XHCN ra đời năm 1917 cùng với sự ra đời của nhà nước Xô viết Nga - nhà nước chuyên chính vô sản đầu tiên trên thế giới.

Cho đến nay, dòng họ pháp luật XHCN đã trải qua 3 giai đoạn phát triển:

- Giai đoạn 1: Từ năm 1917 đến 1945
- Giai đoạn 2: Từ năm 1945 đến 1991
- Giai đoạn 3: Từ năm 1991 đến nay

2.1. Giai đoạn từ năm 1917 đến 1945

Đây là giai đoạn bắt đầu từ khi thành lập nhà nước Xô viết đến kết thúc đại chiến thế giới lần thứ 2. Giai đoạn này được chia làm 4 thời kì:

a. Từ năm 1917 – 1921

Giai đoạn thiết lập chính quyền Xô viết tại nước Nga, Ukrain, Bạch Nga, Adécbaigian, Grudia, Armenia, Kajakstan... Hiến pháp đầu tiên được ban hành trong giai đoạn này là Hiến pháp Nga năm 1918. Với bản Hiến pháp này và Sắc lệnh về đất đai năm 1918 toàn bộ đất đai được quốc hữu hoá, tài sản của địa chủ, tư sản bị quốc hữu hoá. Hiến pháp năm 1918 là cơ sở pháp lí để thiết lập nền chuyên chính vô sản, thiết lập chế độ dân chủ cho giai cấp công nhân và nông dân và binh sĩ, trấn áp địa chủ và tư sản. Hiến pháp năm 1918 đã thiết lập chế độ công hữu về tư liệu sản xuất dưới hai hình thức là sở hữu nhà nước và sở hữu tập thể. Tư liệu sản xuất thuộc sở hữu tư nhân bị quốc hữu hoá biến thành tài sản

của toàn dân. Hiến pháp năm 1918 của nước Nga Xô viết nhanh chóng trở thành mô hình mẫu cho hiến pháp các nước cộng hoà Xô viết: Hiến pháp của Cộng hoà Xô viết Látvia 1919; Hiến pháp của Cộng hoà Xô viết Ukrain 1919; Hiến pháp Cộng hoà Xô viết Adéc-bai-gian 1921...

b. Từ năm 1922 – 1928

Đây là thời kì thành lập Liên bang Cộng hoà XHCN Xô viết và là thời kì chính sách kinh tế mới.

Năm 1922 Liên bang Cộng hoà XHCN Xô viết được thành lập. Năm 1924 Hiến pháp đầu tiên của Liên Xô được ban hành. Sau khi Hiến pháp Liên Xô ban hành, các nước là thành viên của Liên Xô như Ukrain, Bạch Nga, Zakápkiagior, Turkmen,... cũng lần lượt ban hành Hiến pháp vào những năm tiếp sau đó trên cơ sở phù hợp với Hiến pháp của Liên bang.

Giai đoạn từ năm 1922 đến 1928 cũng là giai đoạn Liên Xô xây dựng được nhiều bộ luật như Bộ luật dân sự (1922), Bộ luật tổ tụng dân sự (1923), Bộ luật hình sự (1922), Bộ luật tổ tụng hình sự (1923), Bộ luật lao động (1922), Bộ luật hôn nhân và gia đình (1926). Các bộ luật này được xây dựng theo kĩ thuật lập pháp của Đức, đều có phần chung và phần riêng.

Để khôi phục kinh tế cho đất nước đã bị kiệt quệ sau nội chiến, chính quyền Xô viết đã ban hành chính sách kinh tế mới. Nội dung của chính sách kinh tế mới là tạo điều kiện cho nền kinh tế thị trường, các thành phần kinh tế phi XHCN phát triển và thu hút vốn đầu tư nước ngoài.

Sau 7 năm thực hiện chính sách kinh tế mới, kinh tế đất

nước, đặc biệt là nông nghiệp đã được vực dậy, trong nông thôn đã xuất hiện một tầng lớp phú nông với kinh tế trang trại khá giả (gọi là Koulaks).

c. Từ năm 1928-1940 - giai đoạn xây dựng nông trang tập thể (Collectivisation)

Với việc thực hiện kế hoạch 5 năm đầu tiên (1928 – 1932) và việc xây dựng nông trang tập thể ở nông thôn, chính sách kinh tế mới chấm dứt. Năm 1930 tầng lớp phú nông bị trấn áp, ruộng đất, bò, ngựa của họ được đưa vào các nông trang tập thể, số chống đối bị đưa đi đây ở vùng rừng taiga Xibiri. Các xưởng máy công nghiệp, các cơ sở thương nghiệp tư nhân đều đưa vào sở hữu nhà nước hoặc tập thể. Nông dân được vận động (cũng có nơi vì thành tích chung mà bị ép buộc) vào nông trang tập thể; đến cuối năm 1936 đầu năm 1937 khoảng 243.000 nông trang tập thể (Kolkhozes) được thành lập. Các nông trang tập thể đã chiếm khoảng 93% ruộng đất canh tác.

Về hoạt động xây dựng pháp luật cần lưu ý trong giai đoạn này bản Hiến pháp thứ 2 của Liên Xô - Hiến pháp năm 1936 ra đời. Với Hiến pháp năm 1936 quyền bầu cử từ chỗ chưa hoàn toàn bình đẳng (theo Hiến pháp năm 1924) trở thành hoàn toàn bình đẳng, từ chỗ bầu cử gián tiếp nhiều cấp trở thành bầu cử trực tiếp, từ chỗ bỏ phiếu công khai trở thành bỏ phiếu kín, từ chỗ bầu cử theo đơn vị sản xuất, công tác thành bầu cử theo nguyên tắc hành chính lãnh thổ. Xô viết từ chỗ là cơ quan đại diện của công nhân, nông dân, binh sĩ trở thành cơ quan đại diện của toàn thể nhân dân lao động.

d. Từ năm 1941 - 1945: Đại chiến thế giới lần thứ 2

Hoạt động xây dựng Nhà nước và pháp luật bị ngưng trệ do đất nước có chiến tranh.

2.2. Giai đoạn từ 1945 - 1991

Nhờ thắng lợi của hồng quân Liên Xô hàng loạt các nước XHCN ra đời. Đó là các nước Ba Lan, Tiệp Khắc, Bungari, Rumani, Hungari, Cộng hoà dân chủ Đức, Nam Tư, Mông Cổ, Trung Quốc, Cộng hoà dân chủ nhân dân Triều Tiên, Việt Nam, Cu Ba. Các nước XHCN trở thành một hệ thống. Phạm vi ảnh hưởng của dòng họ pháp luật XHCN được mở rộng. Trong giai đoạn này Liên Xô đã ban hành một số bộ luật quan trọng:

- Bộ luật hình sự 1960
- Bộ luật dân sự 1961
- Bộ luật lao động 1971
- Bộ luật hôn nhân và gia đình 1968.

Trên cơ sở các bộ luật của Liên Xô, các nước cộng hoà thành viên của Liên Xô đã ban hành các bộ luật của mình.

Năm 1977 Liên Xô ban hành bản Hiến pháp thứ 3. So với các hiến pháp trước, đây là lần đầu tiên hiến pháp tuyên bố Nhà nước Xô viết là nhà nước toàn dân. Cũng trong Hiến pháp 1977 lần đầu tiên vai trò lãnh đạo của Đảng cộng sản được thể chế hoá trong Điều 6: *"Đảng cộng sản Liên Xô là hạt nhân của hệ thống chính trị, là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội Liên Xô"*.

Nói đến pháp luật XHCN giai đoạn từ năm 1945 - 1991 không thể không đề cập pháp luật Cộng hoà nhân dân Trung Hoa, bởi đây là quốc gia có dân số đứng đầu của thế giới với hơn 1,2 tỉ người. Năm 1949 nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa ra đời. Từ

năm 1949 - 1954 Trung Quốc chưa có hiến Pháp. Mọi thể chế chính trị thiết lập theo cương lĩnh chung của Hội nghị hiệp thương chính trị theo mô hình nhà nước dân chủ nhân dân. Cải cách ruộng đất được thực hiện từ năm 1950 đến 1952. Từ năm 1954 -1966 Trung Quốc xác lập và xây dựng chế độ chính trị XHCN. Từ năm 1966 - 1976 Cách mạng văn hoá tấn công vào hệ thống Đảng và chính quyền. Hệ thống Nhà nước và pháp luật bị đình trệ. Từ năm 1976 đến nay là giai đoạn từng bước thoát ra khỏi sự đình trệ. Từ năm 1979 bắt đầu chính sách đổi mới của Đặng Tiểu Bình.

Trong giai đoạn từ năm 1945 đến 1991 Trung Quốc đã ban hành các bản hiến pháp 1954, 1975, 1978, 1982. Các hiến pháp 1954, 1975, 1978 là các hiến pháp của cơ chế hành chính, quan liêu bao cấp và nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung. Hiến pháp 1982 là hiến pháp của thời kì đổi mới, xây dựng nền kinh tế thị trường, kinh tế nhiều thành phần, tự do hoá thương mại. Hiến pháp này được sửa đổi bởi Hiến pháp 1993.

2.3. Giai đoạn từ năm 1991 đến nay

Giai đoạn này được đánh dấu bằng sự sụp đổ của chế độ XHCN ở Liên Xô và các nước Đông Âu. Phạm vi dòng họ pháp luật XHCN thu hẹp lại. Hiện nay dòng họ pháp luật XHCN chỉ còn tồn tại ở Trung Quốc, Việt Nam, Cộng hoà dân chủ nhân dân Triều Tiên, Cu Ba và Lào. Đây là giai đoạn các nước XHCN còn lại thực hiện chính sách đổi mới, xoá bỏ nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung và cơ chế hành chính quan liêu, bao cấp, xây dựng nền kinh tế thị trường theo định hướng XHCN, tăng cường yếu tố dân chủ và xây dựng nhà nước pháp quyền.

III. CÁC ĐẶC ĐIỂM CỦA DÒNG HỌ PHÁP LUẬT XHCN

Dòng họ pháp luật XHCN có các đặc điểm cơ bản sau đây:

- Đây là hệ thống pháp luật gắn liền với hệ tư tưởng Mác-Lênin về nguồn gốc, bản chất, hình thức nhà nước và pháp luật, gắn liền với Cách mạng tháng Mười năm 1917 của nước Nga và sự ra đời, phát triển của nhà nước XHCN.

- So với các hệ thống pháp luật khác thì đây là hệ thống pháp luật ra đời muộn nhất. Hệ thống pháp luật Hồi giáo ra đời từ thế kỉ VII, hệ thống pháp luật Anh - Mỹ ra đời từ thế kỉ X, hệ thống lục địa châu Âu ra đời từ thế kỉ XIII, còn dòng họ pháp luật XHCN ra đời vào đầu thế kỉ XX.

- Mặc dù đây là hệ thống pháp luật chịu nhiều ảnh hưởng của hệ thống pháp luật lục địa châu Âu nhất là các chế định pháp luật dân sự, tuy nhiên hệ thống pháp luật này không phân chia thành công pháp và tư pháp.

- Dòng họ pháp luật XHCN cũng giống như hệ thống lục địa châu Âu, gắn liền với hệ thống tổ tụng thẩm vấn.

- Đây là hệ thống pháp luật coi trọng pháp luật thành văn và không có truyền thống áp dụng án lệ.

- Dòng họ pháp luật XHCN bao gồm cả các nước châu Âu, châu Á và châu Mỹ Latinh vì vậy các nước thuộc dòng họ pháp luật XHCN có truyền thống pháp luật rất khác nhau.

- Đường lối phát triển kinh tế ở các nước XHCN trước và trong thời kì đổi mới rất khác nhau, vì vậy pháp luật của các nước XHCN trước và trong thời kì đổi mới có nhiều đặc điểm khác nhau.

Vì lí do trên đây khi nói đến các đặc điểm của pháp luật XHCN chúng ta phải chia làm 2 giai đoạn:

Giai đoạn 1: Pháp luật XHCN trong thời kì kinh tế kế hoạch hoá tập trung và cơ chế hành chính quan liêu bao cấp (ở Trung Quốc từ khi thành lập nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa đến năm 1979, Việt Nam từ năm 1958 đến năm 1986).

Giai đoạn 2: Pháp luật XHCN trong thời kì xây dựng kinh tế thị trường (Trung Quốc từ năm 1979, Việt Nam từ năm 1986 đến nay).

3.1. Pháp luật XHCN trong thời kì xây dựng nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung và cơ chế hành chính, quan liêu, bao cấp

Nhìn chung hệ thống pháp luật các nước XHCN trong giai đoạn này có các đặc điểm sau đây:

- Thiết lập chế độ công hữu về tư liệu sản xuất dưới hai hình thức là sở hữu nhà nước và sở hữu tập thể.

- Xây dựng nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, các đơn vị sản xuất kinh doanh thuộc sở hữu nhà nước không có quyền tự định đoạt về kế hoạch sản xuất kinh doanh của mình mà phải theo kế hoạch từ cấp trên đưa xuống.

- Công dân không có quyền sở hữu về tư liệu sản xuất, không có quyền tự do kinh doanh.

- Kinh tế đối ngoại không phát triển, hoạt động xuất nhập khẩu, đầu tư nước ngoài không có điều kiện phát triển do quan hệ đối đầu giữa các nước XHCN và tư bản chủ nghĩa.

- Ở các nước XHCN, pháp luật thương mại, kinh doanh, công ty, chứng khoán, đầu tư (trong nước cũng như nước ngoài) không có

điều kiện phát triển.

- Về chế độ chính trị đều thiết lập vai trò lãnh đạo của Đảng cộng sản và tiến hành chế độ nhất nguyên.

- Một số nước XHCN do đề cao tính giai cấp của nhà nước nhưng không đề cao tính xã hội của nhà nước nên đã không thực hiện không tốt chính sách đoàn kết dân tộc, đoàn kết các lực lượng trong xã hội để xây dựng nhà nước XHCN.

- Nhìn chung, pháp luật trong thời kì này có hiệu lực và hiệu quả thấp.

3.2. Pháp luật XHCN trong thời kì đổi mới - xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng XHCN

Pháp luật XHCN trong thời kì đổi mới có các đặc điểm cơ bản sau đây:

- Thiết lập nền kinh tế thị trường với nhiều hình thức sở hữu về tư liệu sản xuất, nhiều thành phần kinh tế.

- Xoá bỏ chế độ kế hoạch hoá tập trung, xây dựng kế hoạch hoá định hướng.

- Cho phép mọi công dân đều có quyền tự do kinh doanh

- Mở rộng các quan hệ kinh tế đối ngoại, pháp luật tạo điều kiện thuận lợi cho các hoạt động đầu tư, sản xuất kinh doanh trong nước cũng như nước ngoài.

- Pháp luật tạo mọi điều kiện cho các thành phần kinh tế nhà nước, tập thể, tư nhân, tư bản phát triển. Các thành phần kinh tế bình đẳng trước pháp luật.

- Pháp luật tiếp tục khẳng định vai trò lãnh đạo của Đảng cộng sản trong hệ thống chính trị.

- Pháp luật phát triển theo xu hướng hội nhập và quốc tế hoá đồng thời gìn giữ những bản sắc văn hoá dân tộc.

- Pháp luật XHCN đã khắc phục được những hạn chế trong giai đoạn kinh tế kế hoạch hoá tập trung và cơ chế hành chính bao cấp, phát triển ngày càng toàn diện, đồng bộ, phù hợp với điều kiện kinh tế xã hội, ngày càng có hiệu lực và hiệu quả cao hơn.

IV. NGUỒN CỦA CÁC HỆ THỐNG PHÁP LUẬT THUỘC DÒNG HỌ PHÁP LUẬT XHCN

Theo quan điểm của một số giáo sư Nga⁽¹⁾ thì nguồn và hình thức pháp luật đồng nghĩa với nhau. Tuy nhiên theo quan điểm của nhiều giáo sư thuộc hệ thống pháp luật lục địa châu Âu và Anh - Mỹ và thì nguồn (*Les sources du droit*) là khái niệm rộng hơn khái niệm hình thức pháp luật (*Les formes du droit*). Chúng tôi cho rằng quan niệm thứ hai này rất phù hợp với việc nghiên cứu nguồn và hình thức pháp luật XHCN.

Theo quan điểm này thuật ngữ "nguồn luật" dùng để chỉ nơi xuất phát những tư tưởng pháp luật còn hình thức pháp luật là nơi chứa đựng những quy phạm pháp luật. Như vậy đối với hệ thống pháp luật XHCN hình thức pháp luật hiện tại bao gồm văn bản quy phạm pháp luật, tập quán pháp luật và tiền lệ pháp luật. Hình thức tiền lệ pháp luật chỉ được thừa nhận khi giải quyết các tranh chấp thương mại quốc tế, khi mà Việt Nam đã thoả thuận với bên đối tác chọn pháp luật nước ngoài để giải quyết khi xảy ra tranh chấp. Tuy nhiên nguồn của pháp luật XHCN rộng hơn. Nó có thể

(1). Các giáo trình trước đây và hiện nay ở nước Nga như giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật 1999 của Trường đại học tổng hợp quốc gia Lomonosov do giáo sư M. N. Marchenko chủ biên.

bao gồm: đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng cộng sản thể hiện trong các nghị quyết của Đại hội Đảng toàn quốc và Nghị quyết của Ban chấp hành Trung ương Đảng, Nghị quyết của Bộ chính trị BCHTW; các văn bản quy phạm pháp luật bao gồm các văn bản luật và dưới luật; các tập quán pháp luật thể hiện trong một số quy định của lệ làng, hương ước, luật tục; các án lệ - các bản án đã tạo ra công bằng, công lí trong xã hội và được xã hội thừa nhận. Ở Việt Nam hàng năm Toà án nhân dân tối cao đã tổng kết công tác xét xử và chọn lọc một số vụ án điển hình nhằm hướng dẫn toà án nhân dân cấp dưới xét xử đúng quy định của pháp luật. Các bản án điển hình do Toà án nhân dân tối cao chọn lọc, hướng dẫn toà án cấp dưới xét xử có thể coi là nguồn luật mặc dù Việt Nam không có các bộ án lệ và chưa có truyền thống áp dụng án lệ như các nước theo hệ thống pháp luật Anh-Mỹ.

V. TOÀ ÁN VÀ VIỆN KIỂM SÁT TRONG CÁC HỆ THỐNG PHÁP LUẬT THUỘC DÒNG HỌ PHÁP LUẬT XÃ HỘI CHỦ NGHĨA

Hệ thống tổ chức toà án ở các nước XHCN mặc dù không được tổ chức theo nguyên tắc tam quyền phân lập nhưng cũng kế thừa được những hạt nhân hợp lí nhất trong tổ chức hệ thống toà án tư sản. Đó là cơ quan toà án tách khỏi cơ quan hành chính thành một ngành độc lập. Toà án xét xử công khai, độc lập và chỉ tuân theo pháp luật, các cơ quan nhà nước khác không được can thiệp vào hoạt động xét xử của cơ quan toà án. Các toà án thực hiện chế độ hai cấp xét xử. Trước toà án, mọi công dân đều bình đẳng, có quyền tự bào chữa và thuê luật sư bào chữa cho mình. Các cơ quan điều tra, truy tố, xét xử được tách biệt. Công dân

thuộc các dân tộc khác nhau đều có quyền dùng tiếng nói, chữ viết của mình trước toà án.

Đặc điểm chung của hệ thống tổ chức toà án ở các nước XHCN trước thời kì đổi mới là hệ thống thẩm phán và hội thẩm nhân dân do bầu cử thành lập ra. Hệ thống toà án ở Liên Xô có bốn cấp: Toà án nhân dân huyện, quận; toà án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, toà án nhân dân tối cao của nước cộng hoà và Toà án tối cao của Liên bang. Các thẩm phán toà án nhân dân cấp quận, huyện do nhân dân trực tiếp bầu ra, các thẩm phán toà án cấp cao hơn do các Xô viết (cơ quan đại diện của nhân dân ở các cấp) bầu ra. Trong các phiên toà toà án cấp sơ thẩm thường có 1 thẩm phán và 2 hội thẩm nhân dân. Các phiên toà toà án cấp phúc thẩm luôn luôn có 3 thẩm phán và không có hội thẩm nhân dân, các phiên toà của Toà án nhân dân tối cao thường có 5 thẩm phán. Tất cả các thẩm phán đều có nhiệm kì là 5 năm và có thể bị cử tri bãi nhiệm trước thời hạn. Trước thời kì đổi mới, các thẩm phán ở các nước XHCN không nhất thiết phải là luật gia. Ở nước Nga, nguyên tắc bầu thẩm phán được hình thành từ năm 1903 dưới chế độ Sa hoàng.

Ở các nước XHCN Đông Âu và các nước XHCN châu Á hệ thống toà án thông thường chỉ có ba cấp là toà án nhân dân cấp huyện, quận, toà án nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và Toà án nhân dân tối cao.

Đặc điểm quan trọng khác của hệ thống toà án XHCN là xét xử tập thể. Bất kì phiên toà nào trong hệ thống toà án các nước XHCN đều phải do tập thể các thẩm phán hoặc thẩm phán cùng hội thẩm nhân dân xét xử.

Trong thời kì đổi mới, hệ thống toà án các nước XHCN đã có những thay đổi nhất định. Ở Trung Quốc, Luật ngày 28/5/1995 đã quy định việc thiết lập đội ngũ thẩm phán chuyên nghiệp. Các thẩm phán chuyên nghiệp không bị luân chuyển hoặc miễn nhiệm nếu không vi phạm pháp luật hoặc vì lí do sức khoẻ. Ở Việt Nam với Hiến pháp 1992, chế độ thẩm phán bầu được thay chế bởi chế độ thẩm phán bổ nhiệm với nhiệm kì 5 năm và không hạn chế số nhiệm kì tái bổ nhiệm. Cũng như ở Trung Quốc, các thẩm phán ở Việt Nam ít nhất phải có trình độ đại học luật.

Bên cạnh toà án, viện kiểm sát (La Prokouratura) ở Liên Xô và các nước XHCN được coi là bộ phận quan trọng của cơ quan tư pháp. Nếu so sánh với bộ máy nhà nước tư sản chúng ta thấy viện kiểm sát là chế định đặc biệt trong bộ máy nhà nước XHCN. Chế định viện kiểm sát do Pie đại đế lập ra vào năm 1722 và được mệnh danh là: “Con mắt của Sa Hoàng”. Theo chế định này ở tất cả các tỉnh lỵ đều có đại diện của chính quyền trung ương đặt ra để giám sát sự quản lí của địa phương. Chế định này bị xoá bỏ vào năm 1864 khi cơ quan công tố theo mô hình của Pháp được thành lập. Sau Cách mạng tháng Mười, mô hình công tố của Pháp bị bãi bỏ và vào năm 1922 mô hình viện kiểm sát thời kì Sa hoàng được tái thiết lập. Mô hình viện kiểm sát được tiếp tục khẳng định trong các hiến pháp Liên Xô năm 1936, 1977 và được tiếp nhận ở các nước XHCN khác, trong đó có Việt Nam. Khác với các cơ quan công tố của các nhà nước tư sản, viện kiểm sát vừa thực hiện chức năng công tố vừa thực hiện chức năng giám sát chung. Ở Pháp và nhiều nước lục địa châu Âu, công tố viên chỉ thực hiện chức năng truy tố những vụ án hình sự, quyền bắt

bớ, khám xét người, nhà ở, tạm giữ, tạm giam và phong thích những người bị bắt giữ không hợp pháp thuộc về thẩm phán điều tra, ở Liên Xô và các nước XHCN tất cả các quyền đó đều thuộc về kiểm sát viên. Trừ trường hợp phạm pháp quả tang, không ai có thể bị bắt nếu không có lệnh của viện kiểm sát. Chức năng kiểm sát chung là một trong hai chức năng quan trọng của viện kiểm sát. Với chức năng kiểm sát chung, viện kiểm sát có thể kiểm sát việc tuân theo pháp luật của các bộ, cơ quan ngang bộ, các tổ chức kinh tế, các đơn vị quốc phòng, các tổ chức xã hội và mọi công dân. Viện kiểm sát có thể kiểm sát tính hợp hiến, hợp pháp của các loại văn bản quy phạm pháp luật của các bộ, cơ quan ngang bộ, các cơ quan chính quyền địa phương, các biểu hiện tham nhũng trong bộ máy nhà nước. Viện kiểm sát đã đóng vai trò quan trọng trong việc xây dựng nền pháp chế XHCN.

Viện kiểm sát là cơ quan hoàn toàn tự quản, được xây dựng theo nguyên tắc thứ bậc và độc lập với tất cả các bộ và các cơ quan chính quyền địa phương, hơn thế nữa viện kiểm sát còn giám sát hoạt động của các cơ quan đó.⁽¹⁾ Viện kiểm sát chỉ phục tùng người lãnh đạo duy nhất là viện trưởng viện kiểm sát Liên Xô. Viện trưởng viện kiểm sát Liên Xô do Xô viết tối cao Liên Xô bầu ra với nhiệm kỳ 5 năm. Hệ thống cơ quan kiểm sát chỉ trực thuộc một chiều theo nguyên tắc cấp dưới phải phục tùng cấp trên và tất cả các kiểm sát viên đều do Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao bổ nhiệm. Cách thức tổ chức như vậy nhằm làm cho viện kiểm sát được hoàn toàn độc lập trong việc thực thi công

(1).Xem: René David et Camille Jauffret Spinozi – Les grands systèmes de droit contemporains, Précis Dalloz 1993, p. 161

vụ và tránh được sự can thiệp của các cơ quan chính quyền trung ương cũng như địa phương. Trong điều kiện một Đảng cầm quyền, hệ thống cơ quan kiểm sát đã phát huy được hiệu lực và hiệu quả trong các hoạt động của mình, góp phần quan trọng xây dựng nền pháp chế XHCN.

Ở Việt Nam, trong quá trình cải cách tư pháp, nhiều ý kiến cho rằng viện kiểm sát chỉ nên thực hiện chức năng công tố và giám sát công tác tư pháp, còn chức năng kiểm sát chung nên giao cho các cơ quan khác thực hiện vì nếu thực hiện chức năng kép như trước đây thì viện kiểm sát khó có thể thực hiện tốt cả hai chức năng. Sau khi Hiến pháp năm 1992 được sửa đổi (2001), chức năng kiểm sát chung của viện kiểm sát nhân dân được bãi bỏ. Hiện nay, viện kiểm sát nhân dân chỉ thực hiện chức năng công tố và giám sát công tác tư pháp.

VI. ĐÀO TẠO LUẬT VÀ NGHỀ LUẬT

Trước thời kì đổi mới, ở các nước XHCN việc đào tạo luật và nghề luật không được quan tâm và không được phát triển như ở các nước tư bản. Ở Trung Quốc cũng như ở Việt Nam khoảng ba thập kỉ các chuyên gia pháp luật không được đào tạo. Nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa ra đời năm 1949 nhưng mãi đến cuối những năm 70 các trường luật mới được thành lập và mãi đến năm 1982 mới có lớp cử nhân luật đầu tiên ra trường.⁽¹⁾ Cũng tương tự như vậy Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hoà ra đời năm 1945 nhưng mãi đến năm 1977 ở miền Bắc Việt Nam mới

(1). Xem: Michael Bogdan – Comparative law, Kluwer Norstededs Juridisk Tan 2000, p. 216

thành lập Khoa luật đầu tiên ở Đại học quốc gia Hà Nội (lúc đó gọi là Khoa pháp lí của Trường đại học tổng hợp Hà Nội).

Theo Michael Bogdan, quy định đầu tiên về hành nghề luật sư ở Trung Quốc được ban hành vào năm 1980 và năm 1986 Hội luật gia Trung Quốc (All China Lawyers' Association) được thành lập. Tuy nhiên trong một thời gian rất ngắn kể từ khi Trung Quốc thực hiện công cuộc đổi mới, nhiều cơ sở đào tạo luật được thành lập và số lượng luật sư đã phát triển một cách nhanh chóng. Năm 1983 Trung Quốc chỉ có 12000 luật sư được cấp giấy phép hành nghề nhưng đến cuối năm 1993 Trung Quốc đã có 66700 luật sư.

Ở Liên Xô, năm 1922 đoàn luật sư chuyên nghiệp được thành lập, tuy nhiên nghề luật sư không được phát triển như các nước phương Tây vì không mang lại nguồn thu nhập lớn do tư thương bị xoá bỏ, công dân không có quyền tự do kinh doanh, khả năng làm giàu của công dân hầu như không có. Các luật sư hiếm khi tham gia xem xét các vụ việc dân sự, theo ước tính chỉ khoảng 10% vụ án dân sự là có sự tham gia của luật sư. Vào năm 1980 Liên Xô có khoảng 19000 luật sư, trong đó có 96% có bằng cử nhân luật và khoảng 60% trong số đó là đảng viên Đảng cộng sản Liên Xô.⁽¹⁾

Trước khi chế độ XHCN ở Liên Xô và các nước XHCN Đông Âu sụp đổ, việc đào tạo luật ở những nước này cũng đã đạt được những thành tựu nhất định. Các luật gia ở những nước này cũng giống như các luật gia lục địa châu Âu được đào tạo một cách có hệ thống với những kiến thức khá đầy đủ và toàn diện trên các

(1). Xem: Sdd, tr. 181.

lĩnh vực khác nhau của khoa học pháp lí. Với thời gian đào tạo khá dài (5 năm) với một số lượng kiến thức khá phong phú, các sinh viên luật khi tốt nghiệp đều phải viết luận văn tốt nghiệp, cùng với khoá luận họ phải nghiên cứu và viết hàng năm, khi ra trường các cử nhân luật có thể làm việc trên nhiều lĩnh vực khác nhau, có khả năng tư duy và làm việc độc lập trên một lĩnh vực pháp lí nhất định nào đó và khả năng thành đạt trong cuộc sống của họ rất cao.

CHƯƠNG V

DÒNG HỌ PHÁP LUẬT HỒI GIÁO

Hiện nay có khoảng 1,3 tỉ tín đồ Hồi giáo sống tại hơn 50 quốc gia trên thế giới. Những tín đồ này tuân theo luật Hồi giáo là một phần của giới luật Hồi giáo. Luật Hồi giáo là tập hợp các chế định, các quy tắc xử sự được rút ra từ những thần khải của thượng đế mà tín đồ Hồi giáo bắt buộc phải tuân theo. Rene David xếp luật Hồi giáo vào dòng họ pháp luật tôn giáo và truyền thống, Zweigert và Kotz quan niệm luật Hồi giáo là kiểu pháp luật độc lập, tương đương với các kiểu pháp luật Pháp, Đức, Bắc Âu... Ở các nước Hồi giáo, bên cạnh luật Hồi giáo còn có pháp luật thực định của quốc gia. Pháp luật thực định của các nước Hồi giáo chịu rất nhiều ảnh hưởng của luật Hồi giáo nhưng không hoàn toàn trùng khít với luật Hồi giáo.

Luật Hồi giáo và pháp luật ở các nước Hồi giáo có rất nhiều điểm khác biệt với các hệ thống pháp luật khác nên nghiên cứu luật Hồi giáo có những điểm thú vị và cho chúng ta thấy kiểu tư duy pháp lí khác, cho chúng ta thấy sự đa dạng của các hệ thống pháp luật trên thế giới.

I. LUẬT HỒI GIÁO

1. Khái niệm, đặc điểm của luật Hồi giáo

a. Khái niệm luật Hồi giáo

Muốn hiểu được khái niệm luật Hồi giáo, trước tiên phải hiểu được khái niệm đạo Hồi - Islam. Từ "Islam" (tên của đạo Hồi theo tiếng Ả rập) có nghĩa là "tuân phục". Tư tưởng trung tâm của đạo Hồi chỉ đơn giản là tuân phục hoàn toàn ý chí và luật lệ của thượng đế. Người tuân phục thượng đế như thế gọi là muslim, tức người tuân phục - hay tín đồ Hồi giáo. Islam truyền sang Trung Quốc, chủ yếu được người dân tộc thiểu số Hồi tiếp nhận nên gọi là "Hồi giáo".

Tín ngưỡng đạo Hồi có thể tóm tắt trong vài lời và đó cũng là lời cầu nguyện hàng ngày của các tín đồ Hồi giáo trên khắp thế giới: "Không có chúa trời nào khác ngoài Allah và Mohammed là tiên tri của Ngài". Allah không phải là tên của một vị thần mà đó chỉ đơn giản có nghĩa là "thượng đế" theo tiếng Ả rập - thượng đế tối cao và duy nhất.

Các tín đồ Hồi giáo sống tuân theo giới luật đạo Hồi (tiếng Ả rập là Shariah - con đường của thượng đế). Trong Shariah có những quy định như cấm trộm cắp, nói dối, giết người, ngoại tình và uống rượu. Shariah cũng bắt buộc người Hồi giáo phải có đức khoan dung và khiêm tốn, đối xử với nhau một cách công bằng.

Mặc dù Shariah dựa trên tư tưởng về nghĩa vụ của con người, trong nó vẫn có chỗ cho khái niệm pháp luật nhờ sự công nhận những ranh giới nhất định đối với bốn phạm (thượng đế trao cho mỗi người những gì anh ta có thể gánh vác được) và nhờ sự quy định cụ thể các quyền cá nhân. Sự không tôn trọng các quyền cá

nhân đó sẽ kéo theo những chế tài do các thẩm phán toà án Hồi giáo đưa ra.⁽¹⁾

Luật Hồi giáo không phải là hệ thống pháp luật gắn với nhà nước mà chỉ là một phần của Shariah. Luật Hồi giáo giống như luật giáo hội của nhà thờ Thiên chúa giáo, là hệ thống các quy định mang tính tôn giáo của những người theo đạo. Các quy định của luật Hồi giáo hoàn toàn độc lập, không chịu sự chi phối của nhà nước, không quyền lực nào có thể thay đổi luật Hồi giáo. Luật Hồi giáo khác với luật Giáo hội ở chỗ luật Giáo hội không phải là hệ thống pháp luật đầy đủ, luật Giáo hội có nguồn gốc thần thánh - không phải do thượng đế đưa ra và luật Giáo hội có thể bị thay đổi.

Luật Hồi giáo không phải là hệ thống các quy phạm pháp luật theo đúng nghĩa của thuật ngữ này. Luật Hồi giáo xa lạ với cách tiếp cận lịch sử coi pháp luật như hiện tượng được sinh ra và thay đổi để đáp ứng nhu cầu của đời sống xã hội. Luật Hồi giáo được coi là do thượng đế đặt ra một lần và không thay đổi, xã hội cần phải tuân theo luật của thượng đế chứ không phải ngược lại.⁽²⁾

Luật Hồi giáo thể hiện ý chí của thượng đế chứ không phải của nhà nước nên nó hướng tới điều chỉnh hầu hết các lĩnh vực của đời sống chứ không chỉ đề cập những vấn đề mà nhà nước quan tâm. Bởi vậy, trong luật Hồi giáo chứa đựng cả các quy tắc quy định tín đồ phải tuân theo những điều răn nào, phải ăn chay như thế nào, phải thực hiện việc bố thí và phải đi hành hương như

(1).Xem: René David, *Những hệ thống pháp luật chính trong thế giới đương đại*, Thành phố Hồ Chí Minh, 2003, tr. 339.

(2).Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Tập bài giảng luật so sánh*, Hà Nội, 2003.

thể nào. Mặc dù luật Hồi giáo không mang tính cưỡng chế nhưng như hệ thống các quy tắc xử sự, là “con đường của thượng đế” nó đồng thời cũng được bao trùm trong hệ thống các tập quán với học thuyết về nghĩa vụ (fiqh)⁽¹⁾ - chỉ ra ý nghĩa tồn tại của tín đồ, cách thức thực hiện những nghĩa vụ tôn giáo và hứa hẹn ban thưởng bằng cuộc sống hạnh phúc trên thiên đường.

Luật Hồi giáo bao gồm hai bộ phận. Bộ phận thứ nhất là học thuyết tôn giáo với các giáo điều mà tín đồ phải tin. Bộ phận thứ hai là luật thần thánh quy định những gì mà tín đồ phải làm và không được làm. Theo Bergsstrasser, luật Hồi giáo là kết tinh của tinh thần Hồi giáo chính thống, là sự phản ánh rõ nét nhất của tư tưởng Hồi giáo, là mắt xích chính của Hồi giáo.⁽²⁾

Những người Hồi giáo thừa nhận rằng những quy tắc xử sự rút ra từ những thần khải của thượng đế không đủ rõ ràng để tiếp nhận, bởi vậy được bình giải và phát triển bởi những học giả được cộng đồng Hồi giáo thừa nhận. Tuy nhiên, theo học thuyết Hồi giáo chính thống, sự bình giải và phát triển của các học giả không nhằm sáng tạo ra những quy tắc xử sự mới mà có mục đích để làm sáng tỏ, để hiểu ý nghĩa của những quy tắc đã tồn tại sẵn.

Luật Hồi giáo giới hạn những nghĩa vụ và quy định cụ thể nội dung các quyền cá nhân. Việc vi phạm các quyền và nghĩa vụ sẽ bị thẩm phán của toà án Hồi giáo áp dụng các biện pháp trừng phạt. Về nguyên tắc, luật Hồi giáo chỉ được áp dụng để điều chỉnh mối quan hệ giữa những người Hồi giáo. Mối quan hệ của

(1). Fiqh là học thuyết về tất cả các nghĩa vụ của tín đồ Hồi giáo tuân theo Shariah.

(2). Bergstrasser G.. Grundruege des islamischen Rechts, 1935 (dẫn theo René David, đã dẫn, tr. 340).

những người không phải Hồi giáo, sống ở quốc gia Hồi giáo sẽ được điều chỉnh bằng các quy phạm pháp luật của nhà nước.

Nhiều quốc gia trên thế giới đã xây dựng hệ thống pháp luật dưới ảnh hưởng mạnh mẽ hoặc trực tiếp dẫn chiếu luật Hồi giáo. Hệ thống pháp luật ở các quốc gia này tạo thành nhóm đặc biệt và dễ hiểu được nhóm luật này đòi hỏi những kiến thức nhất định về Hồi giáo và các nguồn của luật Hồi giáo.

b. Đặc điểm của luật Hồi giáo

Có ý kiến cho rằng đặc điểm nổi bật nhất của luật Hồi giáo là tính chất lỗi thời của nhiều chế định, tính vụn vặt và thiếu hệ thống hoá.⁽¹⁾ Ngoài ra, có thể thấy luật Hồi giáo có những đặc điểm sau đây:

Khó có thể phân biệt giữa các quy định của pháp luật và các quy định tôn giáo, vì người Hồi giáo cho rằng pháp luật và tôn giáo chỉ là một. Luật Hồi giáo can thiệp cả vào những vấn đề mà các hệ thống pháp luật khác xét thấy không cần điều chỉnh bằng pháp luật. Chẳng hạn, luật Hồi giáo quy định chi tiết cả việc tẩy uế trước khi cầu nguyện...

Luật Hồi giáo có vai trò quan trọng trong việc điều chỉnh các lĩnh vực pháp luật truyền thống như hôn nhân - gia đình, thừa kế, hình sự. Còn trong các lĩnh vực pháp luật khác như hợp đồng, sở hữu thì sự ảnh hưởng của luật Hồi giáo có phần yếu hơn.⁽²⁾

Khoa học pháp lý đạo Hồi (ficha) nghiên cứu gốc rễ và giải thích bằng cách nào, từ những nguồn gì đã xuất hiện tổng thể

(1). Beroue J. Esai sur la methode juridique maghrebine, 1944, p.49 (trích theo René David, đã dẫn, tr. 346).

(2). Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Tập bài giảng luật so sánh*, 2003.

những quy tắc tạo ra Shariah. Ngoài ra nó nghiên cứu nội dung - những quyết định của toà án Shariah chứa đựng những quy phạm luật Hồi giáo. Về cấu trúc, các khái niệm, phạm trù của mình, luật Hồi giáo khá đặc biệt so với các hệ thống pháp luật khác.

Quan niệm về hành vi pháp luật của luật Hồi giáo không giống như các hệ thống pháp luật khác. Hầu hết các hệ thống pháp luật trên thế giới đều quan niệm rằng hành vi pháp luật bao gồm những hành vi phải làm và những hành vi không được làm. Luật Hồi giáo chia hành vi của con người thành 5 loại và đây là nguyên tắc cơ bản để đánh giá hành vi của con người về phương diện pháp luật cũng như đạo đức:

- Hành vi bắt buộc phải làm (obligatoire) như nghĩa vụ chăm sóc con cái, nghĩa vụ đóng thuế;

- Hành vi nên làm (recommandes) ví dụ thăm người bạn bị ốm, giúp đỡ người nghèo khó;

- Hành vi làm cũng được không làm cũng được (indifferentes) ví dụ như tham dự các trò tiêu khiển có tính lành mạnh;

- Hành vi bị khiển trách (blamables) ví dụ sai giờ hẹn, chậm trễ, nói lời không tế nhị, thiếu lễ phép, đi đứng không đúng tác phong. Kinh Koran phê phán những ai giao kết hợp đồng thương mại vào sáng ngày thứ sáu trước buổi cầu kinh buổi trưa. Mặc dù vậy, hợp đồng được kí kết vào sáng thứ sáu không bị mất hiệu lực và người giao kết hợp đồng cũng không phải chịu bất cứ chế tài nào.

- Hành vi cấm (interdites) ví dụ như giết người, cướp của, lừa đảo, trộm cắp.

Chế định nghĩa vụ trong luật Hồi giáo rất phát triển. Dựa trên cơ sở có hay không sự chuyển giao tài sản là đối tượng của hợp

đồng, nghĩa vụ xuất phát từ hợp đồng được chia làm hai nhóm:

- Nhóm nghĩa vụ liên quan đến việc chuyển giao tài sản là đối tượng của giao dịch dân sự bao gồm hợp đồng trao đổi, hợp đồng cho vay, hợp đồng mua bán

- Nhóm nghĩa vụ không liên quan đến chuyển giao tài sản bao gồm hợp đồng vận chuyển hàng hoá, hợp đồng uỷ thác.

Luật Hồi giáo đòi hỏi các bên tham gia hợp đồng lập thành văn bản và phải có ít nhất hai người làm chứng.

Khái niệm tội phạm trong luật Hồi giáo xét từ góc độ hình phạt bao gồm hai loại:

- Tội phạm có thể đền bù bằng tiền;
- Tội phạm phải đền bù bằng thân thể hoặc cuộc sống

Các học giả Hồi giáo chia ra ba loại tội phạm theo mức độ nặng nhẹ:

- Hudud: Tội phạm nguy hiểm cho xã hội nhất, chống lại những “quyền của Allah” (chống lại quyền lợi của tất cả cộng đồng Hồi giáo) với chế tài được quy định chính xác bao gồm ngoại tình, vu cáo, uống rượu, trộm cắp, cướp, phản đạo và vi phạm kinh Koran. Hình phạt đối với tội ngoại tình, vu cáo, uống rượu là bị đánh bằng roi. Hình phạt đối với tội trộm và cướp là bị đóng đinh vào thánh giá hoặc bị chặt tay chặt chân. Hình phạt đối với tội phản đạo và vi phạm kinh Koran là chặt đầu.

- Qesas: Tội phạm chống lại các cá nhân, đòi hỏi sự trả thù của người bị hại hoặc gia đình người bị hại với chế tài cũng được xác định chính xác bao gồm tội giết người (cố ý hoặc vô ý), gây thương tích (cố ý hoặc vô ý), cưỡng dâm.

- Taazir: Các tội phạm liên quan đến “quyền của Allah” (không thực hiện các nghĩa vụ tôn giáo) và tội phạm liên quan đến cá nhân nhưng không bị trừng phạt nặng như ăn thịt lợn, làm chứng gian, hối lộ, làm gián điệp, nói năng tục tĩu, mặc quần áo hở hang... Hình phạt cho loại tội phạm này tùy theo thẩm phán toà án Shariah có thể là phạt tiền, phạt tù nhưng nhẹ hơn hai loại tội phạm kể trên.

Khác với các hệ thống pháp luật khác thường coi tội làm gián điệp hay giết người là tội phạm nặng nhất, luật Hồi giáo coi các tội phạm chống lại niềm tin vào Allah là nặng nhất. Nếu phạm tội giết người thì tùy theo tình tiết tăng nặng hoặc giảm nhẹ mà kết án tử hình hoặc cho chuộc bằng tiền và tài sản. Theo luật Hồi giáo, giết một người đàn ông có thể chuộc bằng 50 con lạc đà, giết một người đàn bà có thể chuộc bằng 50 con lạc đà. Ở Ả rập Xê út, cho đến năm 1988 người phạm tội có thể chuộc một số tiền tương đương 32.000 USD cho mạng một người đàn ông Hồi giáo, 16.000 USD cho mạng một người đàn bà Hồi giáo hoặc một người đàn ông không theo Hồi giáo, 8.000 USD cho mạng một người đàn bà không theo Hồi giáo.

Toà án Hồi giáo Shariah giải quyết các vụ án dân sự và hình sự. Trước toà, đương sự phải có hai người đàn ông làm chứng. Nếu chỉ có một người đàn ông làm chứng thì đương sự có thể thể trước Allah.⁽¹⁾

Những người trung thành với đạo Hồi cho rằng luật Hồi giáo là bất diệt, không bao giờ thay đổi, đây là loại hình pháp luật cuối

(1).Xem: PGS.TS. Thái Vĩnh Thắng, “Tìm hiểu hệ thống pháp luật Hồi giáo”. *Tạp chí luật học*, số 1/2006, tr. 69-70.

cùng, hoàn thiện nhất và trong tương lai toàn thể nhân loại sẽ thừa nhận và tuân thủ nó. Bởi vì nguồn luật cơ bản của nó bắt nguồn từ thượng đế (Kinh Koran) và nhà tiên tri Mohamet (Sunna). Theo quan điểm này, các văn bản pháp luật do nhà nước ban hành không thể làm thay đổi luật Hồi giáo mà chỉ có thể điều chỉnh những chi tiết mà luật Hồi giáo chưa cụ thể hoá hoặc còn bỏ trống.

Các quy định của đạo Hồi được xây dựng ở mức rất khái quát mà các tư tưởng phong kiến và tư tưởng hiện đại đều có thể tìm ra những lập luận ủng hộ trong đó, tạo thuận lợi cho việc giải thích và áp dụng nó một cách rất mềm dẻo. Chẳng hạn, đạo Hồi quy định nghĩa vụ từ thiện, việc giải thích quy định này có thể theo nhiều cách. Thực hiện nghĩa vụ từ thiện có thể là cho tiền người ăn xin trên đường phố, có thể là thiết lập hệ thống bảo hiểm xã hội theo mô hình phương Tây.

Ở các nước Hồi giáo các bên tranh chấp không thường xuyên thuê luật sư đại diện và đào tạo luật ở các nước này chủ yếu dành cho các học giả, hơn là cho những người hành nghề. Ở Ả rập Xê út, những người muốn làm thẩm phán hoặc luật sư phải theo học một khoá thần học, chứ không được đào tạo luật theo cách truyền thống. Theo luật của các nước Hồi giáo, luật sư chuyên nghiệp được đào tạo chính quy không phải là người bào chữa duy nhất. Trên thực tế, người Hồi giáo thường tự bào chữa hoặc nhờ người khác bào chữa cho họ.

2. Sự hình thành và phát triển của luật Hồi giáo

Luật Hồi giáo như một phần của giới luật đạo Hồi, có mối liên hệ chặt chẽ với Hồi giáo và văn minh Hồi giáo nên sự hình thành và phát triển của luật Hồi giáo gắn với sự hình thành và

phát triển của đạo Hồi. Có ý kiến nhận xét xác đáng rằng ở đâu người ta không dùng đến luật Hồi giáo, ở đó đạo Hồi cũng không tồn tại.

Những tín đồ đạo Hồi tin rằng tôn giáo của họ dựa trên những thần khải từ thượng đế được truyền đạt thông qua các nhà tiên tri – đó là những người được thượng đế lựa chọn để nói thay cho Ngài. Tín đồ Hồi giáo tin rằng những thần khải mà Mohammed nhận được là những tuyên ngôn đầy đủ nhất, cuối cùng và tối thượng của thượng đế.

Mohammed sinh năm 570 ở thành phố Mecca trong một gia đình thương nhân nghèo. Mohammed mồ côi cha mẹ từ nhỏ và được ông nội, sau đó là ông chú nuôi nấng. Từ bé Mohammed đã phải học buôn bán và điều khiển lạc đà. Đến năm hai mươi lăm tuổi, ông vào làm việc cho Khadija, một goá phụ giàu có lớn hơn ông 15 tuổi. Bà đã sinh cho ông cô con gái Fatima trước khi ông chính thức lấy bà làm vợ. Kể từ đó, Mohammed đã có một cuộc sống dễ chịu hơn và ông có điều kiện để suy nghĩ nhiều hơn về các vấn đề của dân tộc ông.

Năm 611, khi đang một mình cô độc suy ngẫm trong cái hang trên núi Mohammed thấy như mình được thượng đế triệu gọi để trở thành tiên tri của Ngài. Thiên thần Gabriel hiện lên trước mặt ông, ra lệnh cho ông phải nói lại những lời của thượng đế, đọc cho ông nghe những lời lẽ mà ông vẫn nhớ rất rõ ràng trong đầu. Những lời đó sẽ là những lời đầu tiên hình thành nên kinh Koran - cuốn sách về sau trở thành nền tảng giáo lý của đạo Hồi.

Trong vài năm sau lần khải thị đầu tiên, Mohammed vẫn còn chưa công khai nói về tôn giáo mới của ông mà chỉ truyền

lại cho những người thân và bạn bè ông. Nhưng khi ông bắt đầu thuyết giảng trong công chúng thì một số người đã tin theo. Ông rao giảng những tư tưởng về sự bình đẳng và lòng nhân từ, phê phán việc thờ phụng đa thần. Ông cũng phát biểu chống lại cách kiếm tiền bằng cách cho vay lấy lãi đối với những người nghèo khó, hoạn nạn.

Từ năm 611 đến năm 621, Mohammed đã kêu gọi người dân thành Mecca hãy nghe theo lời dạy của thượng đế, hãy chấp nhận một thượng đế độc tôn nhưng những cố gắng của ông không mấy thành công. Đặc biệt là những họ hàng giàu có của Mohammed và bạn bè của họ rất tức giận, từ chối làm ăn với những người tin theo ông. Những người thuộc bộ tộc Quryash thậm chí còn tìm cách sát hại ông. Trong lúc nguy nan, bỗng nhiên một cơ hội hết sức may mắn đến với ông. Hai bộ tộc Ả rập chính ở Medina - một thành phố ở phía bắc Mecca, đã thù địch và kinh chống lẫn nhau từ nhiều năm nay. Một số người của hai bộ tộc này đã nghe Mohammed giảng đạo ở Mecca và họ thấy ông là người có thể hoà giải những bất đồng của họ. Những dàn xếp bí mật được thực hiện để cho những người tin theo Mohammed rời Mecca thành từng nhóm nhỏ và cuối cùng chính Mohammed cũng trốn đến Medina vào năm 622. Năm 622 được coi là năm mở đầu của kỉ nguyên Hồi giáo, là năm đầu tiên trong lịch Hồi giáo.

Ở Medina, với tư cách nhà tiên tri, Mohammed chuyên hoà giải những xung đột giữa các bộ lạc. Ông liên minh với những bộ lạc láng giềng để đem lại sự ổn định cho vùng này và thuyết phục người dân chấp nhận giáo lí Hồi giáo. Dần dần ông đã thành lập nên cộng đồng Hồi giáo với hệ thống chính quyền, luật pháp và các thể chế riêng. Trong khoảng thời gian đó, Mohammed còn

được thượng đế thần khải nhiều lần nữa để nói về những luật lệ tổ chức xã hội của người Hồi giáo. Mohammed trở thành lãnh tụ tôn giáo và chính trị.

Và năm 630, Mohammed cùng các tín đồ hành quân tiến chiếm Mecca. Những người Mecca cuối cùng cũng đồng ý chấp nhận đạo Hồi và với thành phố Mecca thần thánh làm hậu thuẫn, Mohammed tiến hành công cuộc chinh phục các bộ tộc Ả rập. Chẳng bao lâu sau những bộ tộc chính trong thế giới Ả rập đã cải theo đạo Hồi và lần đầu tiên trong lịch sử, các bộ tộc Ả rập được liên kết lại với nhau trong cùng một bốn phận với một tôn giáo và một thượng đế.

Sau khi Mohammed qua đời năm 632, các caliph (những người kế vị) chỉ trong vòng một thế kỉ đã tiến hành công cuộc chinh phục đất đai và bành trướng đạo Hồi của mình bằng lưỡi gươm và đã tạo nên một đế quốc lớn nhất thời bấy giờ, trải dài từ biên giới Ấn Độ cho đến tận bờ biển Đại Tây Dương. Những thế kỉ của triều đại caliph Omayyad và caliph Baghdad (680-1258) cũng như triều đại caliph Cordova ở Tây Ban Nha (755-1236) là thời đại vinh quang của nền văn minh Hồi giáo sơ kì. Những thế kỉ này cũng đồng thời là thời đại đen tối của châu Âu.

Với sự sụp đổ của triều đại Omayyad, những người Hồi giáo ở Tây Ban Nha thành lập nên quốc gia độc lập và tách khỏi đế quốc Hồi giáo phương Đông. Bắt đầu từ năm 800, các vùng đất khác của đế quốc Omayyad thực chất cũng trở thành các vương quốc Hồi giáo độc lập dưới quyền kiểm soát của các bộ tộc có thế lực địa phương. Sau các cuộc thập tự chinh, triều đại của các caliph Baghdad sụp đổ, đế chế Hồi giáo chia ra thành nhiều nhóm các quốc gia Hồi giáo nhỏ hơn. Khi các quốc gia Hồi giáo độc lập

xuất hiện. sự liên kết trong đế quốc Hồi giáo đã giảm đi rất nhiều. Nhưng người Hồi giáo vẫn còn tiếp tục kiểm soát vùng lãnh thổ rất rộng lớn trên thế giới. Ở phía Đông, đế quốc Ba Tư và đế quốc Moghul ở Ấn Độ đã phát triển thành những nền văn minh Hồi giáo huy hoàng.

Bước sang thế kỉ XVI, cùng với việc các nước châu Âu liên minh chống lại đế chế Ottoman, sự phát triển của thế giới Hồi giáo dường như bắt đầu trì trệ. Thế giới Hồi giáo trở thành đối tượng để khống chế hay thành mục tiêu của các cuộc xâm lược thực dân của các nước châu Âu. Đến thế kỉ XIX thì hầu hết các quốc gia Hồi giáo đều nằm trong vòng ảnh hưởng của châu Âu hay trực tiếp bị cai trị như các thuộc địa.⁽¹⁾

Trong các xã hội Hồi giáo không có sự phân biệt rạch ròi giữa tôn giáo với chính trị và luật pháp. Điều đó có nguồn gốc ngay từ lịch sử hình thành của Hồi giáo. Kinh Koran chứa đựng rất nhiều các luật lệ và quy định áp dụng cho xã hội Hồi giáo chính một phần là do Mohammed khai thị khi ông đang cùng cố và phát triển cộng đồng tín đồ Hồi giáo tại Medina, ở đó ông không chỉ là lãnh tụ tôn giáo mà còn là thủ lĩnh chính trị và nhà lập pháp.

Những khai thị trong kinh Koran thời kì Medina rõ ràng là để đáp ứng cho những yêu cầu về tổ chức xã hội và chính quyền của nhà tiên tri ở đây, bất kể đó có phải là sự mách bảo của Thượng đế cho những vấn đề của ông hay không. Cũng vì thế mà kinh Koran, có thể nói, đã cung cấp bộ khung luật pháp cho việc tổ chức chính quyền chính trị và xác định các bổn phận, nghĩa vụ

(1).Xem: Will Durant, *Lịch sử văn minh A rập*, Hà Nội, 2006; Dominique Sourdel, *Hồi giáo*, Hà Nội, 2002

cũng như quyền lợi của các “công dân” tín đồ trong xã hội Hồi giáo. Đồng thời, qua đó nó cũng xác định mô hình tổng quát về một nhà nước chính trị đã được thượng đế phê chuẩn. Tất nhiên là những vấn đề của nhà nước chính trị thời Mohammed là rất khác so với những thời kì sau đó nhưng việc diễn giải từ cái mô hình tổng quát đó để đi đến các phán quyết áp dụng cho những tình huống chính trị cụ thể của mỗi thời đại là công việc của các giáo sĩ và học giả Hồi giáo.

Vai trò lãnh tụ tôn giáo của Mohammed gắn liền với vai trò là thủ lĩnh chính trị của ông. Ông không chỉ tổ chức cộng đồng tôn giáo mà còn tổ chức xã hội với chính quyền của nó. Vì thế giáo lí của ông cũng phục vụ cho mục tiêu chính trị, như là phần không thể tách rời của tôn giáo này. Và vì ông là thủ lĩnh tôn giáo nên đồng thời ông cũng là thủ lĩnh chính trị. Như vậy là do đặc điểm hình thành của nó mà đạo Hồi, ngay từ khi mới xuất hiện, đã thể hiện không chỉ là tôn giáo mà còn là thể chế xã hội và chính quyền.

Ở Medina, mỗi khi có vấn đề gì nảy sinh, về giáo sự hay về chính trị, xã hội mà các tín đồ thấy cần phải hỏi ý kiến của vị tiên tri thì họ chờ đợi ông sẽ nhận được thần khải từ thượng đế để chỉ đường cho họ. Những “chỉ dẫn” sau đó sẽ được đưa vào kinh Koran, vì đó là “giáo huấn của thượng đế”. Cũng chính vì thế mà kinh Koran trở thành nguồn gốc quan trọng nhất của luật Hồi giáo. Trong trường hợp tiên tri không nhận được thần khải từ thượng đế để giải đáp cho những vấn đề đó thì các tín đồ được phép tự do phát biểu các ý kiến cá nhân, cùng nhau thảo luận dựa trên những nguyên tắc được nêu trong các khải thị trước đó để

dưa ra quyết định. Đó chính là nguồn gốc của sunnah, là tập quán bàn bạc và theo thuận đề đi đến ijma hay là sự nhất trí trong cộng đồng. Những phán quyết này sau đó sẽ trở thành một phần nguồn của luật Hồi giáo.

3. Nguồn của luật Hồi giáo

Luật Hồi giáo có nguồn gốc thần thánh. Quyền lực của nguồn luật này là ở chỗ chúng thể hiện mệnh lệnh của đấng tối cao, chứ không phải quyền lực của nhà nước. Bản chất thần thánh này là: pháp luật là ý chí của thượng đế, không có gì trên đời có thể thay đổi được luật là ý chí của thượng đế, không có gì trên đời có thể thay đổi được các điều Thánh Kinh đã dạy, các tín đồ chỉ có quyền tuân thủ chúng.

Luật Hồi giáo có hệ thống nguồn luật như sau: nguồn cơ bản bao gồm Kinh Coran và Sunna; nguồn phát sinh bao gồm Ijma và Qias. Ngay ở đây chúng ta có thể thấy nét đặc biệt của luật Hồi giáo: bốn nguồn - "bốn gốc rễ" của nó bao gồm những yếu tố cấu thành không đồng nhất.

a. Kinh Koran

Kinh Koran là cuốn kinh thánh của đạo Hồi được viết bằng tiếng Ả rập (koran hay qur'aan có nghĩa là "đọc lại"). Kinh Koran hình thành từ những gì mà Mohammed tuyên đọc hay đọc lại những lời của thượng đế thần khải qua ông khi thuyết giảng. Những lời tuyên đọc này được tập hợp lại thành sách hai mươi năm sau khi Mohammed chết.

Kinh Koran gồm 114 chương (gọi là surah), chia thành các tiết (gọi là ayah) với 6.237 đoạn thơ. Các chương trong kinh Koran có độ dài không tương xứng với nhau, có chương rất dài

nhưng lại có những chương rất ngắn, vì chúng được Mohammed đọc ra dần dần trong quãng thời gian hơn 20 năm.

Kinh Koran nêu ra rất nhiều các luật lệ mà các tín đồ Hồi giáo phải một mực tuân thủ. Những luật lệ này bao trùm một phạm vi rất rộng, từ những quy tắc ứng xử cá nhân, quan hệ trong gia đình, với láng giềng, với cộng đồng cho đến đời sống kinh tế và chính trị của quốc gia, từ hôn nhân, bố thí cho đến quan hệ với những người không theo đạo Hồi và trừng phạt tội lỗi.

Trong kinh Koran chỉ có rất ít đoạn có thể áp dụng như những quy phạm pháp luật. Những đoạn này lại thường không đủ độ chính xác và cụ thể như những quy phạm pháp luật và điều chỉnh nhiều vấn đề như: nhân thân (70 đoạn), quyền dân sự (70 đoạn), hình sự (30 đoạn), thủ tục tư pháp (13 đoạn), "hiến pháp" (10 đoạn), "kinh tế và tài chính" (10 đoạn), "luật quốc tế" (25 đoạn). Ví dụ về nguồn luật được thể hiện trong kinh Koran: *"Khi vay nợ nhau trong thời hạn xác định, cần viết ra thành văn tự. Phải nên có văn tự cụ thể giữa hai bên.... Hãy để người vay nợ xác nhận rõ... Đừng ngần ngại viết ra dù nợ lớn hay nhỏ, và thời hạn cũng ghi rõ trên đó. Việc ấy sẽ hữu hiệu hơn như Thánh Allah nhận thấy, để được chắc chắn hơn về sau, và là cách tốt nhất để các bên khỏi nghi ngại nhau..."* (Koran, 2 : 282). *"Thượng đế cho rằng việc buôn bán là hợp luật, còn cho vay lấy lãi là không hợp luật"* (Koran, 2 : 282).

Những đoạn mang nội dung pháp lí trong kinh Koran giống như những quyết định Mohammed tuyên đọc với tư cách là quan toà và thiên sứ của thượng đế. Trong đó, Mohammed luôn vận dụng những tập quán phổ biến của các bộ tộc Ả rập.

b. Sunna

Sunna có nghĩa là “con đường quen đi” là lối sống, cách hành xử trong cuộc đời của nhà tiên tri Mohammed. Sunna bao gồm những hành động cụ thể, những lời khuyên dạy hoặc cấm đoán phát xuất trực tiếp từ Mohammed. Sunna là nguồn luật quan trọng của Islam sau kinh Koran.

Hadith (số nhiều là Ahadith), tuy cùng đề chỉ cách sống, cách hành xử, lời nói... của Mohammed như Sunna nhưng Hadith là sử kí viết lại cuộc sống liên quan đến việc hành đạo của nhà tiên tri do những người sống cùng thời với Mohammed ghi nhớ và truyền lại cho hậu thế.

Sunna đưa ra các quy định mà trong kinh Koran không có. Chẳng hạn: kinh Koran cấm uống rượu nhưng lại không có quy định nào về hình phạt, điều này có thể tìm thấy trong Sunna - đoạn kể lại chuyện Mohammed đã nói gì khi có người uống rượu và chính nhà tiên tri đã thực hiện việc đánh roi. Trong tổ tụng tư pháp ở các nước Hồi giáo, lời thề có tầm quan trọng rất lớn và điều này được quy định trong Sunna.

c. Ijma

Ijma được sử dụng để giải thích các loại nguồn cơ bản. Thực chất, nó là các quan điểm chung, các giải pháp pháp lí cho những tình huống mới do các học giả Hồi giáo đưa ra, trên cơ sở các nguyên tắc chung của nguồn luật cơ bản, được những người có thẩm quyền chấp nhận.

Ijma gần giống như tập quán nhưng không phải tập quán. Nó không cần phải được sự chấp nhận của mọi tín đồ hoặc của cộng đồng mà chỉ cần được sự chấp nhận của những người có thẩm

quyền. Khi những người có thẩm quyền nhất trí giải pháp pháp lý nào đó thì đó được coi là luật. Thông thường đây là các giải pháp cho những tình huống mới nhưng vẫn gắn bó mật thiết với các nguyên tắc chung của nguồn luật cơ bản (Koran và Sunna). Một ví dụ về ijma là trong luật Hồi giáo quy định phụ nữ không được làm thẩm phán. Quy định này không có trong kinh Koran và Sunna nhưng đây là cách giải thích theo quan điểm thống nhất của các học giả pháp luật Hồi giáo.

Ngày nay, chỉ có một số nhà bác học lớn nghiên cứu trực tiếp hai loại nguồn cơ bản. Còn lại đa số các luật gia Hồi giáo phải sử dụng Ijma để đưa ra giải pháp cho các vấn đề của cuộc sống hiện đại. Chẳng hạn như vấn đề sinh đẻ bằng con đường thụ tinh nhân tạo, cấy ghép các bộ phận cơ thể con người. Do đó, ijma có tầm quan trọng đặc biệt trong thực tiễn. Có ý kiến cho rằng Ijma là nền tảng có tính chất giáo điều duy nhất của luật Hồi giáo. Kinh Koran và Sunna chỉ còn là những cơ sở lịch sử của ijma. Thẩm phán hiện đại không chỉ tìm kiếm cơ sở cho các quyết định của mình trong kinh Koran hay Sunna mà còn trong các cuốn sách trình bày về những quyết định do ijma định hướng. Chỉ sau khi được chép trong các cuốn sách này, các quy phạm pháp luật mới được áp dụng mà không phụ thuộc vào xuất xứ của chúng.

d. Qias

Qias thực chất là phương pháp suy luận tương tự để giải thích luật. Bằng phương pháp này, các luật gia có thể "kết hợp ý chí của thần thánh với lý trí của con người". Qias được cộng đồng Hồi giáo tuân thủ nhờ dựa trên kinh Koran và Sunna. Việc suy luận theo sự việc tương tự chỉ được xem như phương thức giải thích

và áp dụng pháp luật do luật Hồi giáo được xây dựng trên cơ sở của nguyên tắc uy tín. Khi cho phép suy luận tương tự, người ta chỉ tạo ra khả năng cho việc giải thích luật một cách hợp lý nhưng bằng cách đó không được tạo ra những quy phạm có tính chất nền tảng. Các luật gia Hồi giáo trong trường hợp này khác với các thẩm phán ở Anh khi sử dụng kỹ thuật ngoại lệ để tạo ra những quy phạm mới.

Ví dụ của việc sử dụng Qias là Kinh Koran cấm uống rượu, Qias có thể suy luận theo cách: quy định này cũng đồng thời cấm sử dụng chất có cồn, cấm sử dụng chất ma túy. Qias còn được sử dụng để xây dựng các quy định đối với các trường hợp chưa biết đến hoặc chưa từng tồn tại trước đó.⁽¹⁾

Khởi đầu mỗi luật gia Hồi giáo nếu không tìm thấy hướng dẫn trong kinh Koran và Sunna có thể tự đưa ra quyết định theo bất kì vấn đề nào. Vì các luật gia thường ở cách xa nhau và các quyết định của họ dễ bị ảnh hưởng bởi cách sống, mức độ phát triển và phong tục ở xung quanh dẫn đến việc luật Hồi giáo có nguy cơ bị giằng xé bởi rất nhiều ý kiến, rất nhiều quyết định cho cùng một vấn đề. Học giả Hồi giáo nổi tiếng As Saphia đã đưa ra học thuyết “bốn gốc rễ” của luật Hồi giáo, nhờ đó các luật gia có phương pháp duy nhất và được công nhận thống nhất để giải thích luật. Nguyên tắc này về mặt lịch sử giống như nguyên tắc của luật La Mã: *communis opinio prudentium* (ý kiến thống nhất của các học giả).

Những người thuộc nhóm đạo Hồi không chính thống không chấp nhận Ijma và Qias là nguồn của luật Hồi giáo. Rõ

(1) Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Tập bài giảng luật so sánh*, Hà Nội, 2003.

ràng luật Hồi giáo hoàn toàn khác với các hệ thống pháp luật khác ở tiêu chí nguồn luật.

Trong luật Hồi giáo, cả tập quán lẫn thực tiễn xét xử của toà án Hồi giáo không được coi là nguồn của luật. Những quán quyết của toà án Hồi giáo chỉ có tính chất luân lí và có thể bị xem xét lại để hoàn thiện. Về hình thức, các luật gia Hồi giáo không coi tập quán là nguồn của luật nhưng có lúc dùng tập quán để bổ sung hoặc làm sáng tỏ một nguyên tắc hoặc quy phạm pháp lí nào đó.

4. Sự thích ứng của luật Hồi giáo với thế giới hiện đại

Mặc dù được hình thành từ thế kỉ VII và gần như bất di bất dịch, không phù hợp với cuộc sống hiện đại nhưng luật Hồi giáo vẫn đáp ứng được yêu cầu của thế giới Hồi giáo và vẫn luôn là một trong những hệ thống pháp luật lớn của thế giới ngày nay, vì nó đang điều chỉnh mối quan hệ của khoảng 1,3 tỉ người Hồi giáo. Nhiều quốc gia Hồi giáo một mặt tiếp tục khẳng định sự gắn bó với các nguyên tắc của đạo Hồi trong pháp luật của mình, mặt khác tìm cách thích nghi với pháp luật của thế giới, nhất là trong bối cảnh toàn cầu hoá hiện nay. Maroc, Tunisia, Algeria, Mauritania, Cộng hoà Ả rập Yemen, Iran, Pakistan, Soudan, Ai Cập đã ban hành các văn bản pháp luật cơ bản để quy định thủ tục bảo đảm sự tương thích của luật thực định với các nguyên tắc của luật Hồi giáo.

Để cho luật Hồi giáo thích ứng với thế giới hiện đại, các luật gia Hồi giáo thường sử dụng các cách thức sau đây:

a. Áp dụng tập quán

Theo luật Hồi giáo, tập quán không phải là nguồn luật nhưng

các luật có thể áp dụng tập quán để lấp những chỗ trống trong luật Hồi giáo. Thông thường, đó là những tập quán liên quan đến cách tính giá trị hoặc cách thức thanh toán của hồi môn, việc sử dụng nguồn nước giữa hai chủ sở hữu đất, hoặc tập quán trong lĩnh vực thương mại. Tuy nhiên, tập quán đó phải phù hợp với luật Hồi giáo.

b. Sử dụng các thủ thuật pháp lý để loại bỏ các quy định đã lạc hậu

Trong luật Hồi giáo có rất ít điều khoản mang tính bắt buộc mà luật dành cho quyền tự do của con người với phạm vi rất rộng. Do đó, để thích nghi với cuộc sống hiện đại, các luật gia có thể tăng cường sử dụng các thoả thuận giữa các tư nhân để tránh các quy định pháp luật không còn phù hợp. Ví dụ, luật Hồi giáo chỉ trao quyền li hôn cho người chồng, mà không cho người vợ. Sự phân biệt đối xử này có thể được sửa chữa bằng cách: khi kết hôn, vợ chồng có thể thoả thuận trao cho người vợ quyền được li hôn thay mặt chồng. Cũng trong lĩnh vực hôn nhân - gia đình, luật Hồi giáo cho phép chế độ đa thê và người chồng có quyền bỏ rơi người vợ. Theo talaq - quy định nổi tiếng của đạo Hồi, cuộc hôn nhân có thể bị chấm dứt khi người chồng nói với vợ ba lần: "Tôi li dị cô". Để hạn chế tình trạng trên, khi kết hôn, vợ chồng có thể thoả thuận "chung sống tạm thời trong khoảng thời gian 70 năm". Cũng để giải quyết vấn đề nêu trên, các luật gia Hồi giáo có thể sử dụng thủ thuật pháp lý khác, ví dụ: quy định bằng văn bản pháp luật theo đó cho người vợ được hưởng khoản bồi thường rất lớn nếu người vợ bị chồng bỏ rơi một cách bất công hoặc người chồng đối xử với những người vợ của mình một cách không bình đẳng.

Ví dụ khác là chế độ đa thê - chế định nổi tiếng trong luật gia đình Hồi giáo, theo đó người đàn ông có quyền một lúc lấy nhiều vợ. Chế độ đa thê hiện nay đã bị cấm ở một số nước Hồi giáo mà không phạm Shariah bởi luật Hồi giáo không quy định chế độ đa thê là bắt buộc mà chỉ với điều kiện người chồng đối xử công bằng với tất cả các bà vợ - điều mà không người đàn ông nào có thể thực hiện được. Ngoài ra, luật Hồi giáo cho phép người đàn ông khi bắt đầu cuộc hôn nhân đầu tiên tuyên bố từ bỏ quyền lấy vợ tiếp.

Khi xem xét kĩ ta có thể thấy một số truyền thống gia đình Hồi giáo có vai trò khác và chức năng khác với quan điểm của các luật gia phương Tây, ví dụ như truyền thống “mua cô dâu”. Theo quy định của pháp luật Hồi giáo, hôn nhân được coi là dựa trên cơ sở hợp đồng nhưng không phải giữa cặp vợ chồng tương lai mà giữa chú rể với người đàn ông thân thiết nhất (thường là bố cô dâu) theo đó chú rể đồng ý trả khoản tiền nhất định để “mua cô dâu”. Giá cả có thể tính bằng tiền hoặc hiện vật quy đổi, thường là rất cao nhưng trên thực tế khoản tiền đó không phải thanh toán vì đó chính là hồi môn cho cô dâu. Pháp luật Hồi giáo không thừa nhận hình thức sở hữu chung nên khi li dị người vợ có quyền mang toàn bộ của hồi môn theo nghĩa là lúc đó chú rể mới phải trả tiền mahr (tiền đảm bảo). Nếu thoát nhìn, truyền thống “mua cô dâu” dường như coi phụ nữ là một loại hàng hoá để mua bán nhưng trên thực tế có mục đích đảm bảo kinh tế cho người vợ và thật sự vì lợi ích của người phụ nữ.

Sự hiểu lầm tương tự xảy ra trong lĩnh vực luật hình sự. Một số hình phạt quyết liệt theo luật Hồi giáo như: ném đá đến chết

người vợ ngoại tình thường đóng vai trò răn đe về đạo đức hơn là được sử dụng trên thực tế. Trong trường hợp này, nghĩa vụ chứng minh được đề ra rất cao một cách có chủ đích để trên thực tế không thể thực hiện được: đòi hỏi phải có 4 người đàn ông tận mắt chứng kiến hành vi phạm tội, nếu ai không có đủ bằng chứng mà buộc tội người khác sẽ bị phạt roi.⁽¹⁾

Luật Hồi giáo cấm giao kết hợp đồng cho vay lãi (quy định riba). Nhưng người ta có thể lẩn tránh điều cấm này bằng cách đưa cho chủ nợ hưởng một sản phẩm từ thu nhập - với danh nghĩa vật bảo đảm hoặc thoả thuận phân chia lợi nhuận, bán trả chậm theo cách nào đó. Mặt khác, cũng có thể quan niệm rằng việc cấm cho vay lãi chỉ liên quan đến thể nhân và thể nhân này là người có tội. Còn pháp nhân (ngân hàng, quỹ tiết kiệm, công ti) có thể không bị ràng buộc bởi quy phạm này.

Luật Hồi giáo cấm giao kết hợp đồng cho thuê đất. Nhưng người ta có thể giao kết hợp đồng sử dụng chung đất đai để thay thế hợp đồng cho thuê đất.

c. Áp dụng các văn bản pháp luật do cơ quan có thẩm quyền ban hành (các quyết định hành chính, các văn bản pháp luật của các bộ v.v.)

Theo đạo Hồi, nhà vua không phải là ông chủ của pháp luật mà là đầy tớ của pháp luật. Do đó nhà vua không thể làm luật. Tuy nhiên, nhà vua phải quản lý đất nước nên luật Hồi giáo thừa nhận tính hợp pháp của các văn bản pháp luật do nhà vua và những người có thẩm quyền ban hành.

(1). Xem: Michael Bogdan, *Luật so sánh*, Hà Nội, 2002, tr. 178.

II. PHÁP LUẬT CÁC QUỐC GIA HỒI GIÁO

1. Khái quát pháp luật các quốc gia Hồi giáo

Gần một trăm năm đã trôi qua kể từ khi đế quốc Ottoman - đế chế Hồi giáo cuối cùng tan rã. Quãng thời gian đó đã mang lại nhiều thay đổi mạnh mẽ trong thế giới Hồi giáo, diễn ra trên bình diện rất rộng, từ nền chính trị và các chính phủ cho đến cuộc sống riêng tư của các tín đồ. Một trăm năm trước, hầu hết thế giới Hồi giáo đều nằm dưới sự kiểm soát của các thế lực châu Âu. Theo thời gian, các nước Hồi giáo đã đứng lên chống lại ách thực dân và các cuộc kháng chiến này đã dẫn đến nền độc lập. Nhưng thay vì hình thành một hay hai nhà nước Hồi giáo rộng lớn như từng diễn ra trong quá khứ thì phong trào kháng chiến đã dẫn đến sự hình thành của hơn bốn mươi quốc gia riêng biệt. Những tình cảm thế tục về dân tộc và quốc gia cũng quan trọng không kém tình cảm tôn giáo trong phong trào đấu tranh vì nền độc lập và trong việc xác định biên giới của các quốc gia mới. Dầu vậy, tôn giáo vẫn là phần rất quan trọng trong những nước này và đạo Hồi vẫn là lực lượng mạnh mẽ trên thế giới.

Các nước Hồi giáo trên thế giới ngày nay có nhiều kiểu chính phủ khác nhau, có các vương quốc quân chủ, quân chủ lập hiến, chế độ cộng hoà, chế độ dân chủ và có cả các nền độc tài. Trong một số nước như Ả-rập Xêút và Iran, những luật lệ và tập quán Hồi giáo truyền thống được các chính phủ tuân thủ nghiêm ngặt. Ở các nước khác, như Thổ Nhĩ Kỳ, Albania hay Algeri thì giữa tôn giáo với nhà nước có sự tách biệt. Các nước Hồi giáo còn khác nhau theo nhiều phương diện khác nữa. Ở một số nước, phụ nữ cho đến giờ vẫn chưa có quyền bầu cử. Trong khi đó ở

Pakistan, một quốc gia có dân số theo đạo Hồi lớn thứ hai trên thế giới thì một phụ nữ được bầu làm thủ tướng - chức vụ quyền thế nhất trong nước. Một số quốc gia Hồi giáo rất giàu có, như những nước vùng vịnh Ba Tư, nơi có nhiều dầu mỏ nhưng một số nước khác lại rất nghèo, như trường hợp Bangladesh và hầu hết các nước Tây Phi. Nhưng dù những nước Hồi giáo ngày nay có những sự khác biệt chia rẽ họ với nhau thì giữa họ vẫn có chung di sản và sự ràng buộc mạnh mẽ qua tôn giáo của mình.

Sau Chiến tranh thế giới thứ II, một số quốc gia Ả rập và một số quốc gia không nằm trong thế giới Ả rập chính thức được gọi là các quốc gia Hồi giáo. Nước có đông tín đồ Hồi giáo nhất là Indonesia với hơn một trăm triệu người. Những nước có tín đồ Hồi giáo chiếm đại đa số trong dân cư là các nước Ả rập, Trung Á, Pakistan, Bangladesh, Thổ Nhĩ Kỳ, Ai Cập, các nước Bắc Phi...

Nhiều quốc gia chịu ảnh hưởng đặc biệt sâu sắc của Hồi giáo, tiếp tục tuyên bố trong những đạo luật và hiến pháp về sự gắn bó với những nguyên tắc của Hồi giáo. Việc tuân thủ các nguyên tắc đó được tuyên bố trong hiến pháp của Marocco, Tunisie, Angiery, Iran, Pakistan. Bộ luật dân sự Ai Cập (1948), Bộ luật dân sự Iraq (1951), Bộ luật dân sự Angiery (1975) quy định các thẩm phán tuân theo các nguyên tắc của Hồi giáo khi trong luật có những khoảng trống. Tuy nhiên, hầu như không quốc gia nào chịu sự điều chỉnh hoàn toàn của luật Hồi giáo. Ở các nước Hồi giáo, luật Hồi giáo vẫn được giữ nguyên nhưng Nhà nước đã tiến hành những cải cách đáng kể trong luật thành văn. Việc bên cạnh luật Hồi giáo còn hệ thống pháp luật thực định của quốc gia không gây tranh cãi gì vì đạo Hồi công nhận rằng về lý thuyết nhà nước được trao thẩm quyền điều chỉnh cuộc sống bên ngoài cộng đồng Hồi giáo.

Do ảnh hưởng của tư tưởng dân chủ tư sản và tư tưởng của các truyền thống pháp luật khác, từ thế kỉ XIX đến nay, ở nhiều quốc gia Hồi giáo xuất hiện ba xu hướng phát triển:

- Phương Tây hoá pháp luật;
- Pháp điển hoá pháp luật;
- Loại bỏ dần các quy định lạc hậu.

Đặc biệt, trong giai đoạn hội nhập kinh tế quốc tế và toàn cầu hoá hiện nay, nhiều quốc gia Hồi giáo đã xây dựng hệ thống pháp luật nước mình thành hệ thống pháp luật hỗn hợp.

Pháp luật thực định của các nước Hồi giáo thể hiện các đặc trưng sau đây:

- Pháp luật chịu ảnh hưởng nhiều của các nước phương Tây, đặc biệt là của Anh và Pháp, những quốc gia đã từng thuộc địa hoá các nước Hồi giáo;

- Pháp luật chịu ảnh hưởng của đạo Hồi, nhất là các quốc gia coi đạo Hồi là quốc giáo như Iran, Afghanistan. Nhiều giáo điều của đạo Hồi được thể chế hoá trong luật thực định;

- Pháp luật cho phép các công dân, nhất là công dân Hồi giáo, khi đứng trước tranh chấp, lựa chọn hoặc luật Hồi giáo hoặc luật thực định của quốc gia. Chính vì vậy, trong các nước Hồi giáo, bên cạnh toà án nhà nước còn có toà án của đạo Hồi (Toà Shariah).

Theo tiêu chí sự ảnh hưởng của luật Hồi giáo đối với pháp luật, các nước Hồi giáo được chia ra thành các nhóm sau đây:

Nhóm thứ nhất bao gồm các nước đã từng là các nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa: Albania, các nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Trung Á (Kazakhstan, Turkmenistan, Ouzbekistan, Tadjikistan,

Kirghizstan). Các nước này do có thời kì dài tiến hành xây dựng chủ nghĩa xã hội theo tư tưởng của học thuyết Mác-Lênin nên đạo Hồi không được khuyến khích phát triển. Tuy luật Hồi giáo vẫn tồn tại song ảnh hưởng của nó rất hạn chế.

Nhóm thứ hai bao gồm Afghanistan, Pakistan, các quốc gia ở bán đảo Ả rập (Ả rập Xê-út, Cộng hoà Ả rập Yemen, Oman và Mascate, Liên bang các tiểu vương Quốc Ả rập, Bahrein, Koweit, Qatar). Pháp luật các nước này thừa nhận tính tối cao của luật Hồi giáo. Nhà nước chỉ là thứ cấp bên cạnh tôn giáo và đơn giản chỉ là công cụ để thực hiện các quy định tôn giáo. Tuy nhiên, Koweit đã thông qua Bộ luật thương mại năm 1961 chịu ảnh hưởng Bộ luật dân sự Ai Cập mà hình mẫu của nó là Bộ luật dân sự Pháp. Tương tự như vậy đối với trường hợp của Ả rập Xê-út.

Nhóm thứ ba bao gồm những quốc gia trong đó luật Hồi giáo chỉ được dùng để điều chỉnh một số lĩnh vực của đời sống xã hội (vấn đề nhân thân, hoạt động của các tổ chức tôn giáo, đôi khi cả chế độ ruộng đất), trong khi đó pháp luật "hiện đại" điều chỉnh những khía cạnh mới của các quan hệ xã hội. Nhóm này được chia ra làm 2 nhóm nhỏ:

- Nhóm nước mà pháp luật chịu ảnh hưởng của dòng họ pháp luật common law (Bengale, Malaysia, Bắc Nigeria);
- Nhóm nước mà pháp luật chịu ảnh hưởng của dòng họ pháp luật civil law (các nước châu Phi nói tiếng Pháp, các nước nói tiếng Arap, Iran, Indonesia).⁽¹⁾

Vai trò của Hồi giáo vừa như thế lực chính trị vừa như một

(1). Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Tập bài giảng luật so sánh*, Hà Nội, 2003.

thế lực thần quyền trên thế giới vẫn tiếp tục được giữ vững. Những hình thái mới của các nền kinh tế dầu mỏ và của địa lí chính trị trong những thập niên cuối cùng của thế kỉ XX, đã đem lại cho một bộ phận trong thế giới Hồi giáo đòn bẩy và mức độ giàu có mà họ chưa từng biết đến trong thời trung đại.

2. Cấu trúc và nguồn pháp luật ở một số quốc gia Hồi giáo

Arập Xêút là vùng đất khai sinh ra đạo Hồi, nơi có các thánh địa Mecca và Medina. Đạo Hồi ở đây được thiết lập một cách vững chắc với sự cai trị của một nhà nước dựa trên cơ sở diễn giải theo từng chữ kinh Koran và luật Shariah. Dưới sự chi phối của nó, kịch, phim ảnh, rượu và sự chung đụng quá mức giữa hai giới bị cấm. Arập Xêút đang phấn đấu để vừa trở thành quốc gia hiện đại đồng thời lại vừa là nước Hồi giáo bảo thủ. Hệ thống pháp luật Arập Xêút hoàn toàn dựa trên luật Hồi giáo và gồm ba bộ phận: bộ phận thứ nhất là luật Hồi giáo không được pháp điển hoá theo học thuyết Hồi giáo truyền thống, bộ phận thứ hai là luật thành văn thể chế hoá những quy định của luật Hồi giáo, bộ phận thứ ba là các văn bản pháp luật điều chỉnh những vấn đề mà luật Hồi giáo không điều chỉnh.

Iran vào đầu những năm 80 của thế kỉ trước là ví dụ điển hình của sự phục hưng Hồi giáo. Cuộc cách mạng dưới sự lãnh đạo của Ayatollah Khomeini đã lật đổ quốc vương Muhammad Pahlavi vào năm 1979, nước “Cộng hoà Hồi giáo” được thành lập, trong đó Shariah trở thành chuẩn mực và các giáo sĩ như Khomeini giữ một vai trò quyết định.

Hệ thống pháp luật Iran mang tính hỗn hợp, vừa chịu ảnh hưởng của luật Hồi giáo vừa chịu ảnh hưởng của pháp luật châu

Âu lục địa. Iran là một trong số ít các nước Hồi giáo không bị thuộc địa hoá một cách trực tiếp. Quá trình “phương Tây hoá” ở Iran bắt đầu từ năm 1906 khi thông qua hiến pháp dựa trên hình mẫu của Pháp và của Bỉ. Sau cải cách những năm 1920-1930, lĩnh vực ảnh hưởng của luật Hồi giáo ở Iran bị thu hẹp lại, học thuyết pháp lý Hồi giáo chỉ có tác động đến các quy định về thân nhân. Sau Cách mạng nhân dân năm 1971, ở Iran diễn ra quá trình Hồi giáo hoá toàn bộ hệ thống pháp luật.

Hiến pháp Iran ban hành năm 1979 và được sửa đổi năm 1989 khẳng định tất cả các văn bản pháp luật đều phải tuân theo Shariah. Các văn bản pháp luật theo hình mẫu phương Tây bị sửa đổi theo các quy định của đạo Hồi. Pháp luật dân sự của Iran mang tính hỗn hợp, vấn đề thân nhân hôn nhân gia đình và thừa kế được điều chỉnh bằng luật Hồi giáo, các chế định còn lại chịu ảnh hưởng của truyền thống pháp luật châu Âu lục địa – cơ bản là theo hình mẫu Pháp. Bộ luật dân sự Iran gồm ba quyển và được thông qua năm 1929 (Quyển I), 1934 (Quyển II), 1935 (Quyển III).

Bộ luật hình sự Iran được thông qua năm 1926, cơ bản dựa trên Bộ luật dân sự Pháp năm 1810 trong đó ghi nhận những hành vi bị coi là phạm tội theo luật Hồi giáo sẽ chịu chế tài theo luật Hồi giáo. Trong những năm 80 của thế kỉ XX diễn ra cải cách pháp luật hình sự Iran và năm 1988 Bộ luật hình sự mới được thông qua với việc tiếp nhận các chế tài theo luật Hồi giáo cho ba loại tội phạm theo Shariah.

Đến đầu thế kỉ XX, luật Hồi giáo giữ vị trí thống trị ở Afghanistan. Năm 1928, Afghanistan tuyên bố hiệu lực của Shariah trong hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp. Năm 1976, thông qua Bộ luật dân sự về cơ bản giống với Bộ luật dân

sự của Ai Cập, Angieri, Xiri, Iraq nhưng có điểm khác là nó điều chỉnh các quan hệ hôn nhân gia đình, thừa kế. Điều 1 Bộ luật dân sự quy định trong trường hợp pháp luật không điều chỉnh, thẩm phán áp dụng luật Hồi giáo.

Luật hình sự của Afghanistan hoàn toàn dựa trên Shariah, tất cả các văn bản đều phải dựa trên Shariah một cách nghiêm ngặt. Bộ luật hình sự thông qua năm 1976 chịu ảnh hưởng của pháp luật hình sự châu Âu lục địa với sự khác biệt là trong đó đưa ra khả năng áp dụng các hình phạt theo luật Hồi giáo (Điều 1) với các tội như giết người, cướp, sử dụng đồ uống có cồn, ăn trộm...⁽¹⁾

Trong số các nước Hồi giáo, Thổ Nhĩ Kỳ là một trường hợp đặc biệt. Thổ Nhĩ Kỳ không phải là nước Ả rập và có mối liên hệ chặt chẽ về kinh tế và chính trị với Tây Âu. Cách mạng Kemalist năm 1926 tạo thuận lợi cho Thổ Nhĩ Kỳ tiếp nhận Bộ luật dân sự Thụy Sĩ. Luật về nhân thân, gia đình, thừa kế của nước này theo hình mẫu phương Tây. Pháp luật Thổ Nhĩ Kỳ không chấp nhận chế độ đa thê, quyền đơn phương bỏ rơi vợ của người chồng hoặc việc phân chia tài sản thừa kế không công bằng giữa con trai và con gái. Khó có thể nói rằng ở các nước Hồi giáo diễn ra cuộc cải cách pháp luật theo hướng phương Tây hoá. Hiện tại chưa có nước Hồi giáo nào mạnh dạn đi theo hình mẫu của Thổ Nhĩ Kỳ.

(1) Xem : А. Я. Сухарев (Отв. ред.), Правовые системы стран мира, Москва 2001 (A. Ia. Sukharev (chủ biên), Các hệ thống pháp luật trên thế giới, Moscow, 2001).

PHẦN BA
**HỆ THỐNG PHÁP LUẬT
CỦA MỘT SỐ QUỐC GIA Ở CHÂU Á**

CHƯƠNG VI
**HỆ THỐNG PHÁP LUẬT
CỦA MỘT SỐ QUỐC GIA Ở ĐÔNG Á**

I. HỆ THỐNG PHÁP LUẬT NHẬT BẢN

1. Khái quát về hệ thống pháp luật Nhật Bản

Nhật Bản ngày nay là một trong những nước hiện đại hoá và công nghiệp hoá hàng đầu trên thế giới. Tuy nhiên, trong lịch sử, Nhật Bản đã duy trì chính sách tự cô lập trong vài thế kỉ, vì vậy, cho tới giữa thế kỉ XIX, đất nước này vẫn hầu như không có mối liên hệ nào với thế giới phương Tây.

Từ thế kỉ thứ V, Nhật Bản bắt đầu chịu ảnh hưởng của Trung Quốc, khởi đầu là chữ viết, rồi đến tôn giáo, văn hoá, nghệ thuật và cả pháp luật. Những đạo luật đầu tiên được ban hành ở Nhật Bản được xây dựng trên cơ sở học hỏi kinh nghiệm của Trung Quốc, vì vậy có rất nhiều điểm tương đồng với các đạo luật triều nhà Đường ở Trung Quốc (từ năm 618 - 907).

Thậm chí người Nhật còn tổ chức lại Nhà nước theo mô hình nhà nước phong kiến Trung Quốc.

Trong giai đoạn từ thế kỉ XVII đến giữa thế kỉ XIX, Nhật Bản đã duy trì chính sách bế quan toà cảng, nội bất xuất, ngoại bất nhập, tuy nhiên chính sách này không áp dụng đối với Trung Quốc (quốc gia vốn đã có quan hệ thương mại lâu đời với Nhật Bản) và Hà Lan. Riêng đối với người Hà Lan, trong trạng thái cảnh giác cao độ, Chính phủ Nhật Bản chỉ cho phép họ ra, vào một vài hải cảng với mục đích duy nhất là thương mại.

Tuy nhiên, sau đó, nhu cầu học hỏi văn minh phương Tây đã làm người Nhật nói lòng chính sách cấm du nhập văn hoá phương Tây vào trong nước. Vì vậy, tới đầu thế kỉ XVIII, sách báo và công nghệ phương Tây đã đóng vai trò đáng kể trong sự nghiệp công nghiệp hoá ở Nhật Bản. Sang đến thế kỉ XIX, chính sách tự cô lập của Nhật Bản đã không thể tiếp tục duy trì và Nhật Bản buộc phải kí những hiệp ước bất bình đẳng với một số cường quốc phương Tây như Mỹ, Anh, Nga, Pháp và Hà Lan, theo đó Nhật Bản phải từ bỏ quyền đánh thuế nhập khẩu, phải cho phép người nước ngoài định cư ở những thành phố nhất định để tự do buôn bán và cho phép các nước nói trên đặt lãnh sự quán ở Nhật Bản...

Thời Minh Trị, cơ cấu cổ xưa của xã hội Nhật Bản đã biến mất do sự tái thiết một cách hoàn toàn xã hội Nhật Bản: nhà nước dân chủ phương Tây đã được thiết lập thay thế cho nhà nước phong kiến trước đây và sự phát triển kinh tế với tốc độ nhanh chóng đã đặt Nhật Bản vào vị trí hàng đầu của các quốc gia thương mại trên thế giới. Tư tưởng pháp lí, văn bản pháp luật và

đường như toàn bộ xã hội Nhật Bản trong giai đoạn này đã bị Âu hoá. Để hiện đại hoá pháp luật, người Nhật cho rằng việc pháp điển hoá và ban hành hàng loạt bộ luật sẽ dễ dàng gạt hái thành công hơn là việc quay sang tiếp nhận common law. Vì vậy, từ cuối thập kỉ thứ 6 của thế kỉ thứ XIX, các bộ luật của Pháp và Đức và một số cường quốc ở châu Âu đã được biên dịch ở Nhật Bản. Các Bộ luật hình sự, Bộ luật tố tụng hình sự của Nhật đều được soạn thảo dựa trên khuôn mẫu của Pháp; Bộ luật dân sự, luật tố tụng dân sự và luật tổ chức hệ thống toà án của Nhật được ban hành dựa vào kinh nghiệm của một số nước châu Âu trong đó chịu ảnh hưởng lớn nhất từ luật của Đức... Nói cách khác, hệ thống pháp luật của các nước phương Tây đã trở thành hình mẫu cho hệ thống pháp luật Nhật Bản trong giai đoạn này.

Tuy nhiên, sau Chiến tranh thế giới lần thứ II, công cuộc đại cải tổ pháp luật ở Nhật Bản đã được tiến hành. Cuộc cải tổ diễn ra do tinh thần dân chủ hoá của người Mỹ thúc đẩy, đúng hơn là do sự chủ động và sáng tạo của người Nhật, vì vậy kết quả là hệ thống pháp luật của Nhật sau cải tổ đã ít nhiều chịu ảnh hưởng từ hệ thống pháp luật Mỹ. Cuộc cải tổ đã cho ra đời Hiến pháp mới năm 1946 với sự trợ giúp của người Mỹ để thay thế Hiến pháp năm 1889; đã đổi mới tổ chức hành chính nhà nước, thẩm quyền quản lí nhà nước; đã đổi mới cả thủ tục tố tụng và hệ thống toà án của đất nước này. Một số đạo luật thuộc mảng luật công đang có hiệu lực lúc đó đã được ban hành mới, tiếp thu kinh nghiệm của người Mỹ. Hiến pháp và Bộ luật tố tụng hình sự là những minh chứng điển hình cho xu thế này. Đây là những thành tố quan trọng của hệ thống pháp luật nhằm bảo vệ quyền con người ở Nhật Bản, đã được xây dựng và hoàn thiện theo mô hình pháp

luật của Mỹ do quan hệ mật thiết giữa Nhật và Mỹ lúc bấy giờ.

Có thể nói, từ sau chiến tranh thế giới lần thứ hai, ảnh hưởng của hệ thống pháp luật của Mỹ đối với hệ thống pháp luật của Nhật Bản có những lúc ở vào thế cạnh tranh với sự ảnh hưởng đó của Pháp và Đức trong quá khứ. Vì vậy, ngày nay khó có thể xác định một cách chính xác liệu cội nguồn của hệ thống pháp luật Nhật Bản đến từ đâu, từ dòng họ civil law hay dòng họ common law. Có lẽ, sẽ không phải là vô căn cứ nếu cho rằng hệ thống pháp luật Nhật Bản là sự lai tạp giữa hai dòng họ pháp luật: common law và civil law.

Bất kể những biến chuyển của hệ thống pháp luật, xã hội Nhật Bản vẫn khác xa xã hội phương Tây. Những thói quen và nếp tư duy cũ vẫn tiếp tục tồn tại trong đại bộ phận dân cư Nhật Bản, thậm chí trong tầng lớp dân thành thị, trong giai cấp công nhân và tiểu thương. Chủ nghĩa tư bản nhà nước đã được phát triển nhờ vào giới doanh gia chiếm số ít trong xã hội chứ không phải do giai cấp nông dân và công nhân chiếm số đông. Đa số người Nhật, cho tới nay, vẫn chưa nhận thức được rằng họ được làm chủ vận mệnh của mình, vẫn không thích tham gia vào các các lĩnh vực hoạt động công quyền (public affairs) và có xu hướng thích giao phó những công việc đó cho thiểu số người có quyền lực trong xã hội. Quan điểm phổ biến đó của người Nhật đã làm cho các cơ quan nhà nước có xu hướng tùy tiện hơn trong việc thực thi chức năng của mình. Ví dụ: trái với các thẩm phán của các nước phương Tây, giới thẩm phán Nhật Bản rất tiết kiệm lí lẽ khi viết án vì họ cho rằng không cần thiết phải lập luận, biện minh cho phán quyết mà họ đưa ra khi kết thúc công việc xét

xử;⁽¹⁾ quyền giám sát tư pháp của Toà án tối cao của Nhật về tính hợp hiến của các văn bản pháp luật, mặc dù là quyền hiến định, chỉ được thực thi một cách hết sức cẩn trọng⁽²⁾ với lí do ngại động chạm tới những vấn đề chính trị nhạy cảm... Hơn nữa, người Nhật còn có thói quen, thậm chí có thể nói là văn hoá, né tránh kiện tụng vì cho rằng sự xuất hiện trước toà, ngay cả trong các vụ việc dân sự, cũng làm ảnh hưởng xấu tới danh dự của họ. Vì vậy, những công dân tốt có xu hướng tránh xa pháp luật, coi pháp luật là cái gì đó gắn kết với hình phạt, với nhà tù, với sự ô danh... và là cái mà họ không mong muốn phải động chạm tới. Trên thực tế, họ có xu hướng lựa chọn cách giải quyết những khúc mắc của mình bằng con đường hoà giải hơn là bằng con đường tranh tụng tại toà.

2. Hệ thống toà án và tố tụng

2.1. Hệ thống toà án

Hệ thống toà án của Nhật Bản được xây dựng dựa trên mô hình hệ thống toà án của các nước châu Âu lục địa mà chủ yếu là của Đức và Pháp và chịu sự giám sát của cơ quan hành pháp. Sau chiến tranh thế giới lần thứ II, hệ thống toà án của Nhật không còn chịu sự can thiệp của Chính phủ như trước mà đã có vị trí độc lập hiến định trong bộ máy nhà nước.⁽³⁾

Ngày nay, hệ thống toà án Nhật Bản gồm năm cấp: Toà án tối cao, toà án cấp cao, toà án quận, toà án gia đình và toà án rút gọn

(1).Xem: René David & John E.C. Brierley, "Major Legal Systems in the World Today", London Stenven & Sons, 1985, at 541.

(2).Xem: Article 81, Japan Constitution of 1946. Điều khoản này trao cho Toà án tối cao quyền xem xét tính hợp hiến của các đạo luật, các văn bản dưới luật, các mệnh lệnh hành chính, và các hành vi của chính phủ.

(3).Xem: Article 76. Japan Constitution of 1946.

(Summary Courts). Toà án là cơ quan xét xử cuối cùng đối với tất cả các tranh chấp, kể cả những tranh chấp giữa các công dân và Nhà nước nảy sinh từ các quyết định hành chính.

Toà án tối cao là toà án cao nhất có thẩm quyền xét xử trên phạm vi cả nước và là cấp xét xử phúc thẩm cuối cùng đối với những bản án đã được xét xử bởi toà án cấp cao. Toà có một chánh án và 14 thẩm phán với các toà chuyên trách gồm: một Thượng toà chuyên trách (Grand Bench) và ba hạ toà chuyên trách. (Petty Bench). Thượng toà chuyên trách có 15 thẩm phán còn ba hạ toà chuyên trách mỗi toà có năm thẩm phán. Các vụ việc trước tiên được đưa tới một trong ba hạ toà chuyên trách để xét xử; còn những vụ việc có liên quan tới tính hợp hiến của luật và các văn bản dưới luật hoặc của một hành vi của Chính phủ sẽ được chuyển tới Thượng toà chuyên trách để thẩm tra và xét xử. Hội đồng xét xử của Thượng toà chuyên trách gồm chín thẩm phán, còn Hội đồng đó của hạ toà chuyên trách gồm ba thẩm phán.

Chánh án Toà tối cao do Nhật Hoàng bổ nhiệm theo sự tư vấn của Nội các. Các thẩm phán Toà tối cao được Nội các bổ nhiệm với sự phê chuẩn của Nhật Hoàng. Chánh án Toà tối cao có vị trí tương đương với Thủ tướng Chính phủ và các thẩm phán Toà tối cao có vị trí tương đương với các bộ trưởng. Các thẩm phán Toà tối cao được chọn ra từ những người có kiến thức pháp lý rộng và hiểu biết. Tối thiểu mười thẩm phán của Toà tối cao phải được chọn từ các thẩm phán của các toà án cấp dưới, công tố viên, luật sư và các giáo sư luật hay trợ lý giáo sư luật ở các trường đại học; số còn lại có thể lấy từ những người không nhất thiết phải là luật gia. Việc bổ nhiệm thẩm phán của Toà tối cao sẽ được nhân dân xét lại thông qua kì tuyển cử thứ nhất thành viên của Hạ nghị

viện, được tổ chức sau khi bổ nhiệm các thẩm phán. Kết quả tuyển cử sau đó lại được rà soát lại trong cuộc trưng cầu dân ý được tổ chức mười năm một lần ở vào cùng thời điểm tổng tuyển cử. Thẩm phán cũng có thể bị miễn nhiệm nếu đa số các cử tri bỏ phiếu miễn nhiệm. Thẩm phán Toà tối cao nghỉ hưu ở tuổi 70.

Toà án Cấp cao giải quyết phúc thẩm những vụ việc đã được xét xử bởi toà án cấp quận, toà án gia đình và toà án rút gọn. Có tám toà án cấp cao đặt tại tám thành phố lớn của Nhật Bản là Tokyo, Osaka, Nagoya, Hiroshima, Fukuoka, Sendai, Sapporo và Takamatsu. Mỗi toà cấp cao có thẩm quyền xét xử trong phạm vi thành phố mà mình quản lí. Một số Toà án cấp cao có chi nhánh đặt tại sáu địa danh trên toàn quốc. Mỗi Toà án cấp cao có một chánh án và các thẩm phán. Chánh án được Nội các chỉ định và được Nhật Hoàng phê chuẩn. Thẩm phán của Toà án cấp cao cũng như của các toà án cấp dưới do Toà án tối cao đề cử và Nội các bổ nhiệm.

Toà cấp cao vừa có thẩm quyền xét xử sơ thẩm, vừa có thẩm quyền xét xử phúc thẩm. Toà xét xử sơ thẩm đối với vụ việc hành chính về bầu cử và vụ việc có liên quan tới biểu tình (insurrection). Riêng Toà án cấp cao Tokyo còn có quyền xét xử sơ thẩm đối với những quyết định của các tổ chức bán tư pháp như Ủy ban thương mại bình đẳng (Fair Trade Commission) và Phòng sáng chế. Toà án cấp cao xét xử phúc thẩm những phán quyết của các toà án cấp quận và toà án gia đình. Các vụ việc hình sự do toà án rút gọn xét xử cũng có thể bị kháng cáo trực tiếp tới toà cấp cao. Đối với các vụ việc dân sự do toà rút gọn xét xử trước tiên phải được kháng cáo tới toà án cấp quận, sau đó mới có thể kháng cáo tiếp tới toà án cấp cao.

Vụ việc đưa ra toà án cấp cao thường được giải quyết bởi hội đồng xét xử gồm ba thẩm phán. Tuy nhiên, đối với những vụ việc có liên quan tới biểu tình hay xem xét lại tính hợp pháp của các quyết định của các tổ chức bán tư pháp sẽ do hội đồng gồm năm thẩm phán xét xử.

Toà án gia đình được thành lập để chuyên xét xử và hoà giải các vụ việc về gia đình, kể cả các vụ việc có liên quan tới vị thành niên. Toà án này được bố trí tại cùng địa bàn nơi có toà án cấp quận hoặc nơi có các chi nhánh của toà án cấp quận tọa lạc. Ngoài ra ở những nơi có nhu cầu, toà án gia đình còn có các văn phòng đặt tại các địa phương (có 77 văn phòng ở các địa phương).

Toà án gia đình có thẩm quyền xét xử đối với tất cả những tranh chấp và mâu thuẫn giữa các thành viên trong gia đình cũng như những vấn đề có liên quan tới luật gia đình. Thường đối với những vụ tranh chấp giữa vợ và chồng, giữa những người có quan hệ họ hàng và những vụ việc li dị sẽ được giải quyết bằng thủ tục hoà giải; những vụ việc còn lại được giải quyết bằng con đường xét xử. Toà án gia đình còn giải quyết những vụ án vị thành niên (những vụ án mà người phạm tội dưới 20 tuổi) và những vụ án mà người phạm tội đã trưởng thành nhưng có hành vi xâm hại tới sức khoẻ của vị thành niên.

Vụ việc đưa tới toà sẽ do một thẩm phán xét xử với sự hỗ trợ về mặt khoa học của các cán bộ tập sự tại toà và kết quả chuẩn đoán của các bác sĩ, các chuyên gia tâm thần học.

Toà án cấp quận giải quyết sơ thẩm hầu hết các vụ việc dân sự và hình sự, trừ những vụ việc đặc biệt do các toà án đặc biệt chuyển tới. Toà cũng có thẩm quyền xét xử phúc thẩm đối với những vụ việc dân sự đã được xét xử bởi toà án rút gọn.

Nhật Bản có tới 50 toà án cấp quận đặt tại 50 địa danh khác nhau trên cả nước (47 tỉnh có 47 toà và ba thành phố Hakodate, Asahikawa và Kushiro có ba toà) với 203 chi nhánh đặt tại 203 địa danh khác nhau khắp Nhật Bản. Trừ những vụ việc mà theo luật phải xét xử bởi một hội đồng gồm ba thẩm phán hoặc những vụ có mức phạt tử hình, tù chung thân kèm theo hoặc không kèm theo lao động cải tạo tối thiểu một năm, những vụ việc còn lại thường được xét xử bởi một thẩm phán.

Toà án rút gọn, về nguyên tắc, chỉ giải quyết những vụ việc dân sự có giá trị tranh chấp không quá 900.000 yên; những vụ việc hình sự có chế tài dừng lại ở hình thức phạt tiền hoặc những hình phạt nhẹ và những vụ hình sự nhỏ khác như trộm cắp, biển thủ lặt vặt... Toà cũng có thể giải quyết vụ việc theo thủ tục hoà giải đối với những tranh chấp hàng ngày giữa các công dân. Mỗi vụ việc do một thẩm phán xét xử. Ở Nhật có khoảng 438 toà án rút gọn trên toàn quốc.

2.2. Thủ tục tố tụng

Thủ tục tố tụng của Nhật Bản, có thể nói, là hỗn hợp giữa tố tụng đối kháng và tố tụng xét hỏi dựa trên truyền thống và văn hoá Nhật Bản. Trong sự vắng bóng của bồi thẩm trong phiên toà ở Nhật, các thẩm phán Nhật Bản có quyền tự do quyết định cả về các tình tiết (facts) và pháp luật (law). Như vậy, sự phân biệt quan trọng giữa pháp luật và tình tiết rất được coi trọng ở Mỹ nhưng lại không được coi trọng lắm ở Nhật Bản. Tuy nhiên, những phiên toà ở Mỹ không có mặt bồi thẩm thì cũng tương tự như phiên toà ở Nhật vì thủ tục tố tụng cũng nặng về xét hỏi.

Điểm khác biệt điển hình trong tranh tụng ở Nhật Bản so với

tranh tụng ở Mỹ và ở nhiều nước phương Tây là luật sư tranh tụng đóng vai trò hết sức thụ động trong phiên toà. Kỹ năng biện luận miệng của luật sư trước phiên toà ở Nhật Bản dường như không cần thiết vì hiếm khi luật sư thảo luận vấn đề gì đó trước toà. Ngay cả trường hợp trong phiên toà, thẩm phán đưa ra câu hỏi cho các luật sư, nếu luật sư chưa có sự chuẩn bị, sẽ có quyền trì hoãn việc đưa ra câu trả lời và sẽ lựa chọn phương án trả lời bằng văn bản vào phiên xử tiếp theo. Vì vậy ít khi người tham dự phiên toà ở Nhật Bản được chứng kiến một cuộc tranh luận thực sự giữa luật sư của bên nguyên và bên bị tại toà. Các luật sư Nhật Bản vì vậy không cần phải có tài hùng biện, tranh cãi và đây là một yếu kém của giới luật sư Nhật Bản so với giới luật sư ở nhiều nước trên thế giới.⁽¹⁾

Đi vào các chi tiết tố tụng, sẽ còn có một số điểm khác biệt nữa giữa thủ tục tố tụng ở hai quốc gia này. Ở Mỹ, các tình tiết thực tiễn của vụ việc chỉ được xem xét và quyết định ở toà án sơ thẩm; các toà án cấp trên khi tiến hành xét xử phúc thẩm chỉ chủ yếu xem xét lại cơ sở pháp lý của bản án; các thẩm phán Mỹ tương đối độc lập và có quyền hạn rất lớn trong việc quyết định sẽ tiến hành xét xử như thế nào, thủ tục tố tụng ra sao và họ được trợ giúp bởi đội ngũ thư ký toà giàu kỹ năng. Trong khi đó, ở Nhật Bản, các tình tiết vụ việc được đưa ra xem xét ở cả toà án sơ thẩm và toà án phúc thẩm và thậm chí tại Toà án tối cao (nếu Toà án tối cao tin rằng có sai sót trong bản án của toà án cấp dưới). Thực tế này làm khối lượng công việc của thẩm phán Nhật bản tăng lên gấp đôi so với khối lượng công việc của thẩm phán Mỹ. Hơn nữa,

(1).Xem: "Reform Plan of Legal Education in Japan", <http://www.j.u-tokyo.ac.jp/>

trong các phiên toà ở Nhật Bản, chính thẩm phán chứ không phải bồi thẩm đoàn, sẽ giải quyết cả khía cạnh thực tiễn và pháp lí của vụ việc. Do các phiên toà được bố trí xen kẽ với nhiều khoảng thời gian nghỉ giải lao, các thẩm phán phải thường xuyên phục hồi trí nhớ để nghe các bên tranh luận trong phiên toà tiếp theo. Thêm vào đó, quy chế luân chuyển thẩm phán của Toà án tối cao Nhật Bản đã dẫn đến một thực tế, cứ vài năm các thẩm phán lại bị chuyển chuyển từ toà án này sang toà án khác một lần và kết quả là thẩm phán mới thay thế thẩm phán cũ lại phải nghiên cứu lại vụ việc đang xét xử dở dang. Vẫn chưa hết, các thẩm phán Nhật Bản còn có ít quyền tự quyết trong quá trình tố tụng hơn thẩm phán Mỹ. Toà án tối cao của Nhật Bản kiểm soát đến từng chi tiết tố tụng thông qua những quy chế được xây dựng hết sức chi tiết. Các thẩm phán Nhật Bản đều phải tuân thủ quy chế này để đảm bảo thẩm phán mới khi tiếp nhận công việc của thẩm phán cũ sẽ không gặp phải khó khăn trong công việc nhận bàn giao. Cuối cùng, điểm khác biệt nữa giữa thẩm phán Nhật Bản và thẩm phán Mỹ là thẩm phán Nhật Bản không có trợ lí giúp việc trong nghiên cứu pháp luật cũng như trong trợ giúp các công việc khác.

2.2.1. Thủ tục tố tụng dân sự

Thủ tục tố tụng dân sự bắt đầu bằng việc bên nguyên đệ đơn khiếu kiện tới toà, trong đơn phải chứa đựng thông tin về các bên có liên quan và phải tóm tắt sự việc và nguyên nhân khiếu kiện. Đơn khiếu kiện phải được gửi kèm theo các giấy tờ cần thiết làm bằng chứng. Sau khi nhận đơn, toà án sẽ bố trí ngày triệu tập cả hai bên đương sự bằng cách gửi bản sao đơn khiếu kiện cho bên bị để tạo cơ hội cho bên bị phản bác đơn khiếu kiện của bên nguyên (nếu muốn).

Trong phiên toà đầu tiên, cả hai bên đương sự đều có mặt và tiến hành tranh tụng miệng công khai trước toà. Bên nguyên trình bày lí do khiếu kiện trước, sau đó bị đơn có quyền phản đối hoặc chấp nhận vụ kiện. Trong thủ tục tố tụng dân sự, việc đòi hỏi bằng đưa ra yêu cầu hoặc đưa ra các tình tiết, chứng cứ... được thực hiện theo quyền và nghĩa vụ của các bên đương sự. Vì vậy, trường hợp bị đơn đã chấp nhận quyền đòi hỏi của nguyên đơn hoặc không phản đối việc bên nguyên khiếu kiện thì toà án có thể ra phán quyết mà không cần xem xét chứng cứ. Trường hợp bị đơn dự định phản đối sự đòi hỏi của nguyên đơn, bị đơn sẽ phủ nhận các tình tiết sự việc do bên nguyên đưa ra đồng thời tuyên bố yêu sách của mình. Thực tế này lại đặt bên nguyên trước câu hỏi liệu có nên chấp nhận hay phủ nhận yêu sách của bên bị. Bản chất của vụ tranh chấp được xác định thông qua việc đưa ra yêu sách, phủ nhận hoặc tranh luận hoặc bác lại luận điểm của mỗi bên đối với bên kia, cùng với việc xem xét chứng cứ viết. Việc trao đổi yêu sách giữa các bên thường được tiến hành trong quá trình rà soát lại vấn đề sau ngày tổ chức phiên tranh tụng miệng đầu tiên. Khi các tình tiết thể hiện bản chất của vụ việc đã được xác nhận trong quá trình rà soát lại vấn đề, toà án sẽ tiến hành xét hỏi nhân chứng và các bên đương sự nhằm đi đến kết luận liệu bản chất của vụ việc có thể được chứng minh hay không. Việc xét hỏi sẽ được tiến hành nhanh chóng tới mức có thể. Toà án cũng có thể kiến nghị các bên giải quyết tranh chấp bằng con đường đàm phán ở bất cứ giai đoạn nào.

Sau những thủ tục này, toà sẽ chấm dứt tố tụng xét hỏi và đưa ra phán quyết. Đương sự nếu không đồng ý với phán quyết của toà có quyền kháng cáo lên toà án cấp trên.

2.2.2. Thủ tục tố tụng hình sự

Khi hành vi phạm tội xảy ra, cảnh sát sẽ thu thập chứng cứ bằng cách tìm kiếm, tịch thu và thanh tra, rồi phỏng vấn nghi can và các nhân chứng. Trong những trường hợp nhất định, cảnh sát có thể bắt giữ nghi can, tiến hành điều tra và gửi vụ việc tới cơ quan công tố.

Cơ quan công tố hoặc sẽ hướng dẫn cảnh sát tiến hành điều tra thêm hoặc tự tiến hành điều tra vụ việc do cảnh sát chuyển tới. Vì cơ quan công tố có quyền điều tra mọi loại tội phạm, cơ quan này thường tự tiến hành điều tra trước cả cảnh sát đối với những vụ việc có liên quan tới tội trốn thuế, tội vi phạm quyền sở hữu trí tuệ và các tội phạm có liên quan tới vấn đề dân sự và thương mại khác khi thấy cần thiết.

Sau khi kết thúc điều tra, cơ quan công tố sẽ xem xét chứng cứ và quyết định liệu có nên khởi tố. Công tố viên có thể quyết định không khởi tố ngay cả khi lời buộc tội nghi can rõ ràng đã được chứng thực, dựa vào nhân cách của nghi can, tuổi, hoàn cảnh cá nhân, mức độ nghiêm trọng, hoàn cảnh phạm tội và trạng thái của người phạm tội sau khi thực hiện hành vi phạm tội. Nếu quyết định khởi tố, công tố viên sẽ gửi quyết định khởi tố bằng văn bản sang toà án. Quyết định khởi tố có thể yêu cầu toà án tiến hành xét xử theo đúng nghi thức hoặc chỉ yêu cầu toà tiến hành xét xử theo thủ tục rút gọn nhằm áp đặt hình phạt tiền ở một mức nhất định.

Nhận được quyết định khởi tố với yêu cầu xét xử theo nghi thức từ cơ quan công tố, toà án sẽ gửi quyết định khởi tố bằng văn bản cho bị cáo và triệu tập bị cáo tới toà vào phiên toà xét xử công khai đầu tiên. Nếu được yêu cầu, toà án sẽ chỉ định luật sư biện hộ chính thức cho bị cáo.

Thủ tục tố tụng bắt đầu bằng việc khai mạc phiên toà, trong đó toà yêu cầu các bên làm rõ nhân thân; công tố viên đọc to bản cáo trạng; và bị đơn có quyền im lặng hoặc đưa ra ý kiến của mình về lời buộc tội của cơ quan công tố. Tiếp theo là bước xem xét chứng cứ, trong đó, công tố viên đưa ra lời buộc tội kèm theo chứng cứ mình chứng cho lời buộc tội đó và yêu cầu toà xem xét từng chi tiết của chứng cứ. Bước tiếp theo, toà án chất vấn bên bị buộc tội và luật sư biện hộ về chứng cứ để xác định tính đúng đắn của lời buộc tội; sau đó toà xem xét chứng cứ. Khi chứng cứ đã được xem xét xong cũng là lúc bước sang giai đoạn phát biểu lần cuối, trong đó công tố viên sẽ phát biểu và kiến nghị hình phạt, tiếp theo là lời phát biểu cuối cùng của luật sư biện hộ và rồi của bị cáo. Cuối cùng, toà sẽ tuyên án là bị cáo có tội hoặc vô tội và lí do cho kết luận đó của toà; quyền kháng án của bị cáo trong trường hợp toà tuyên bị cáo có tội cũng phải được toà án công bố.

3. Nguồn luật

Nguồn luật ở Nhật Bản theo thứ bậc từ cao xuống thấp gồm luật thành văn, tập quán pháp và nguyên tắc chung của pháp luật (jori) hay lẽ phải được coi là nguồn thứ cấp. Phán quyết của toà không chính thức được coi là nguồn luật mặc dù trên thực tế, tương tự như ở các nước châu Âu, phán quyết của toà cũng đóng vai trò quan trọng với tư cách là nguồn luật bổ trợ. Tuy nhiên, trên thực tiễn, không phải trong mọi trường hợp, luật thành văn đều có vị trí quan trọng hơn tập quán pháp. Ví dụ, theo Điều 1, Bộ luật thương mại của Nhật Bản, trong lĩnh vực thương mại, tập quán thương mại sẽ được áp dụng nếu Bộ luật thương mại không quy định về vấn đề có liên quan và chỉ khi không có tập quán thương mại có liên quan thì mới áp dụng các quy định có liên

quan trong Bộ luật dân sự. Như vậy, trong trường hợp này, tập quán pháp thương mại có vị trí quan trọng hơn luật thành văn không được ban hành với mục đích trực tiếp điều chỉnh lĩnh vực thương mại.

3.1. Luật thành văn

Tương tự như ở các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law, nguồn luật quan trọng nhất ở Nhật Bản là luật thành văn, gồm các văn bản pháp luật do Nghị viện, Chính phủ, cơ quan tư pháp và chính quyền địa phương ban hành. Người thẩm phán có bốn phận phải áp dụng luật thành văn trước các nguồn luật khác để giải quyết các vụ việc đưa đến toà. Tuy nhiên, luật thành văn không phải là nguồn duy nhất, khi luật thành văn thiếu các quy định cần thiết để giải quyết các vụ việc hoặc khi các quy định của luật thành văn tối nghĩa, không phù hợp... người thẩm phán có thể viện dẫn các nguồn luật khác.

Trong luật thành văn, Hiến pháp được coi là văn bản pháp luật đặc biệt, tối cao so với các văn bản pháp luật khác. Người Nhật coi Hiến pháp của họ là văn bản pháp luật thiêng liêng điều chỉnh toàn bộ đất nước Nhật Bản ở giai đoạn hiện tại và cả trong tương lai.⁽¹⁾ Đối với người Nhật, Hiến pháp Nhật Bản có vị trí giống như vị trí của Bộ luật Napoleon đối với người pháp.

Hiến pháp hiện hành của Nhật Bản được thông qua năm 1946 với ba nguyên tắc cơ bản. Một là, chủ quyền quốc gia thuộc về nhân dân chứ không thuộc về Nhật Hoàng như quy định trong Hiến pháp năm 1875. Nghị viện Nhật Bản là cơ quan làm luật tối

(1).Xem: Yosiyuki Noda, "Introduction to Japanese Law", University of Tokyo Press, 1976, at 189.

cao, gồm các nghị sĩ do nhân dân bầu ra. Trước chiến tranh thế giới lần thứ II, Nhật Hoàng là người có quyền lực tối cao nhưng nay chỉ đóng vai trò biểu tượng của quốc gia và sự thống nhất của dân tộc. Nhật Hoàng thực hiện hàng loạt những hành động dựa vào sự tư vấn và phê chuẩn của Nội các như công bố việc sửa đổi Hiến pháp, luật, pháp lệnh, và điều ước quốc tế; triệu tập cuộc họp của Nghị viện; giải tán Hạ Nghị viện; chứng nhận việc bổ nhiệm các bộ trưởng, các quan chức Chính phủ và tiếp đại sứ nước ngoài. Nhật Hoàng còn bổ nhiệm Thủ tướng và Chánh án Toà tối cao nhưng thực chất việc làm này chỉ mang tính thủ tục bởi vì trên thực tế, Thủ tướng do Nghị viện đề cử và Chánh án Toà tối cao do Nội các đề cử. Như vậy, tương tự như Nữ Hoàng của Vương quốc Anh, quyền lực của Nhật Hoàng chỉ giới hạn ở những vấn đề mang tính nghi thức còn quyền quyết định thực tế lại thuộc về các cơ quan nhà nước khác nhau trong bộ máy nhà nước. Hai là, nguyên tắc chủ nghĩa hoà bình và hợp tác hoà bình với các nước khác, thể hiện ở Điều 9 Hiến pháp. Điều khoản này tuyên bố từ bỏ quyền chiến tranh và sử dụng các lực lượng vũ trang như phương tiện để giải quyết các tranh chấp quốc tế. Tuy nhiên, điều khoản này của Hiến pháp không ngăn cản Chính phủ Nhật duy trì lực lượng quốc phòng tối thiểu cần thiết để tự vệ. Ba là, nguyên tắc tôn trọng quyền con người cơ bản (Chương III Hiến pháp). Để bảo vệ những quyền con người cơ bản đó, Hiến pháp trao quyền giám sát tư pháp cho hệ thống toà án, quyền này bao trùm lên cả các hành vi do chính phủ thực hiện có ảnh hưởng tới quyền tự do của con người.

Ngoài Hiến pháp, luật thành văn còn được hợp thành bởi các văn bản pháp luật do Nghị viện và Chính phủ ban hành, trong đó

phải kể đến Bộ luật dân sự Nhật Bản. Đây là Bộ luật chịu sự ảnh hưởng cả từ Bộ luật dân sự Đức và Bộ luật dân sự Pháp, được kết cấu thành năm quyển, lần lượt có tiêu đề: “Phần chung”; “Quyền”; “Nghĩa vụ”; “Gia đình”; và “Thừa kế”.

Quyển I của Bộ luật dân sự Nhật Bản chứa đựng những quy định chung, liên quan tới tất cả các chế định còn lại của Bộ luật và gồm có sáu chương, quy định về: tự nhiên nhân, pháp nhân, vật, hành vi pháp lý, giới hạn về thời gian và thời hiệu khởi kiện (prescription). Tương tự như Quyển I của Bộ luật dân sự Đức, nội dung Quyển I của Bộ luật dân sự Nhật Bản cũng khá rộng, ví dụ: Chương I có nhiều quy định về hưởng quyền dân sự, về năng lực chủ thể luật dân sự, về nơi cư trú và sự vắng mặt; Chương II chứa đựng cả những quy định về việc thành lập, hoạt động và giải tán công ti... dường như đi quá sâu vào nội dung của mảng luật khác trong lĩnh vực luật tư, đó là luật thương mại; Chương III quy định về cả những nguyên tắc chung có liên quan tới những vật là đối tượng của quyền khiếu kiện cá nhân, gần giống như nội dung Quyển II của Bộ luật dân sự Pháp; Chương IV có những quy định áp dụng đối với toàn bộ các hành vi pháp lý nhưng trên thực tế, các hành động ảnh hưởng tới địa vị pháp lý của cá nhân lại được điều chỉnh bởi những quy phạm rất khác với những quy định của chương này; Chương V quy định về các cách tính thời gian khác nhau. Nếu mảng pháp luật có liên quan hay lệnh của toà án hay điều khoản hợp đồng không quy định khác thì cách tính thời gian theo quy định của Chương này sẽ có hiệu lực.

Quyển II quy định về quyền tài sản (real rights), không chỉ quy định về tài sản và quyền sở hữu đối với tài sản mà còn quy định về quyền chiếm hữu và sử dụng tài sản làm vật bảo đảm cho

các giao dịch dân sự. Chương I gồm những quy định chung. Một số điều khoản trong Chương này có nguồn gốc từ Bộ luật dân sự Pháp chứ không phải từ Bộ luật dân sự Đức. *Ví dụ:* quy định về điều kiện để chuyển giao quyền tài sản có hiệu lực chỉ đơn giản là khi giao dịch đó là kết quả của sự thỏa thuận trên cơ sở tự do ý chí của các bên. Chính vì vậy, quy định về đăng kí chuyển giao quyền tài sản không phải là điều kiện có hiệu lực của giao dịch chuyển giao tài sản để có thể viện dẫn nhằm bảo vệ quyền sở hữu của người được chuyển giao trước bên thứ ba. Chương II quy định về quyền chiếm hữu và Chương III quy định về quyền sở hữu.

Quyển III quy định về luật nghĩa vụ. Chương I gồm những quy định chung, áp dụng đối với tất cả các nghĩa vụ được thiết kế tương tự với các điều khoản trong Chương III của Quyển III của Bộ luật dân sự Pháp. Chương II quy định về hợp đồng với tư cách là nguồn quan trọng nhất của nghĩa vụ. Hợp đồng theo quy định trong Chương II rất rộng, gồm nhiều loại hợp đồng cho tặng, mua bán, trao đổi, cho vay, kí gửi hàng hoá, thuê tài sản, thuê dịch vụ, hợp đồng lao động, đại lí, gửi tiền, hiệp hội, tiền góp hàng năm, thoả hiệp và cả di chúc. Các chương còn lại lần lượt quy định về làm giàu bất chính, bồi thường trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng và các hành vi phi pháp.

Hai quyển còn lại, Quyển IV và V quy định về gia đình truyền thống của Nhật Bản trong đó có nhiều quy định lạc hậu ngay tại thời điểm Bộ luật đang được soạn thảo. *Ví dụ:* Những quy định về gia đình nhiều thế hệ mà người đứng đầu có rất nhiều quyền lực và các thành viên khác trong gia đình phải được sự chấp thuận của người đứng đầu trước những quyết định hệ trọng. Tuy nhiên, trên thực tế, ở thời điểm Bộ luật được soạn thảo, mô

hình gia đình nhiều thế hệ ở Nhật Bản chỉ còn tồn tại ở các vùng xa xôi hẻo lánh còn lại những nơi khác đều tồn tại kiểu gia đình hai thế hệ (cha mẹ và con cái). Cụ thể là: Quyền IV quy định về gia đình gồm những vấn đề về quan hệ huyết thống, quan hệ vợ chồng, hôn nhân, quyền cha mẹ, quyền giám hộ và nghĩa vụ cấp dưỡng; Quyền V quy định về thừa kế tất cả các loại tài sản; về những người thuộc hàng thừa kế; về hệ quả của thừa kế, về việc phân chia tài sản và quy định về di chúc.

3.2. Tập quán pháp

Ở Nhật Bản, tập quán pháp được hiểu là những quy tắc xử sự được xã hội tuân thủ mặc dù không được bất cứ cơ quan công quyền nào đặt ra. Đây là những quy tắc phổ biến được hình thành một cách không chủ định do thói quen của xã hội. Tập quán được coi là nguồn luật nếu tập quán đó liên quan tới những vấn đề chưa được pháp luật quy định đồng thời không trái với trật tự công cộng hoặc trái với quy phạm đạo đức, không bị bãi bỏ bởi bất cứ quy định pháp luật nào do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành hoặc được pháp luật quy định cụ thể về việc áp dụng tập quán đó.

Về nguyên tắc, tập quán chỉ là nguồn luật phụ trợ và thẩm phán chỉ áp dụng tập quán pháp khi không có quy định trong luật thành văn. Tuy nhiên, việc áp dụng tập quán pháp cũng có những ngoại lệ. Ví dụ: Điều 92 Bộ luật dân sự Nhật Bản quy định: *“Nếu tập quán trái với luật thành văn mà luật thành văn không quy định về những vấn đề thuộc chính sách công, phán quyết có thể dựa vào tập quán nếu được các bên đương sự đồng ý.”* Trong trường hợp đó, việc áp dụng văn bản pháp luật không quy định về chính sách công có thể bị các bên đương sự loại trừ và thay vào đó áp dụng tập quán pháp có nghĩa tương phản. Vì vậy, luật có

giá trị ràng buộc cao hơn tập quán nhưng trong lĩnh vực dân sự, có những trường hợp tập quán có giá trị cao hơn luật.

Trên thực tế, trong một số trường hợp, thẩm phán còn có thể dựa vào những tập quán không phù hợp với luật thực định nhằm đạt tới giải pháp thoả đáng. Ví dụ tiêu biểu cho trường hợp này có liên quan tới luật hôn nhân. Theo luật của Nhật Bản, hôn nhân không có hiệu lực cho tới khi cuộc hôn nhân đó được đăng kí trước cơ quan nhà nước.⁽¹⁾ Vì Điều 739 Bộ luật dân sự là quy phạm pháp luật có giá trị ràng buộc, toà án nên từ chối áp dụng tập quán trái với quy định này. Tuy nhiên, theo quan niệm truyền thống, hôn nhân được coi là hoàn tất bằng một thực tế đơn giản là một người đàn ông và một người đàn bà sống cùng nhau và được xã hội công nhận. Theo tập quán, sẽ khá là không công bằng nếu từ chối tất cả các hệ quả pháp lí đối với quan hệ vợ chồng nếu cặp vợ chồng đó không đăng kí kết hôn trong cả quãng thời gian dài, đặc biệt ở vùng nông thôn. Các toà án ở Nhật Bản đã tuân thủ phán quyết nổi tiếng của Toà phá án (Court of Cassation) ra ngày 26 tháng 01 năm 1915 xét xử cuộc hôn nhân loại này. Toà tuyên rằng nếu đó không là hôn nhân thực (real marriage) thì ít ra cũng gần như là hôn nhân (quasi-marriage); mỗi quan hệ vợ chồng được xã hội chấp nhận cũng được phép hưởng một vài hệ quả pháp lí mà luật thành văn dành cho những cuộc hôn nhân theo luật. Như vậy, mặc dù các phán quyết của toà chưa đủ để có thể đồng nhất hôn nhân theo tập quán với hôn nhân theo luật nhưng ở mức độ nào đó, tập quán kết hôn đã làm giảm hiệu lực của luật hôn nhân.⁽²⁾

(1). Xem: Article 739, Civil Code of Japan.

(2). Xem: Yosiyuki Noda, "Introduction to Japanese Law" (1992), University of Tokyo Press.

3.3. Nguyên tắc chung của pháp luật

Trong tất cả các vụ việc trừ những vụ việc hình sự, thẩm phán quyết định theo nguyên tắc chung của pháp luật khi không có nguồn luật nào khác có thể áp dụng. Tuy nhiên, hiếm khi các thẩm phán chỉ dựa vào nguyên tắc chung của pháp luật vì ngày nay các vụ việc được đưa ra toà thường là những vụ việc đã có luật hoặc án lệ quy định. Trước đây, hệ thống luật thành văn còn nhiều lỗ hổng, tập quán pháp vốn dĩ vẫn điều chỉnh các quan hệ xã hội trong đời sống nhân dân lại mang tính cổ xưa và phạm vi áp dụng tập quán pháp bị giới hạn nghiêm trọng. Trong hoàn cảnh đó, thẩm phán thường khó có thể viện dẫn luật thành văn hoặc tập quán pháp để ra phán quyết mà các thẩm phán được phép viện dẫn nguyên tắc chung của pháp luật để lấp lỗ hổng trong luật thành văn và tập quán pháp. Kết quả là đã có nhiều phán quyết của toà trước đây được tuyên dựa trên các nguyên tắc chung của pháp luật. Thẩm phán Nhật ở giai đoạn đó được đào tạo theo phương thức truyền thống và đôi khi không có khả năng nhận diện các quy phạm pháp luật áp dụng đối với tranh chấp mà họ đang giải quyết, vì vậy họ đơn giản tìm đến nguyên tắc thông dụng của pháp luật. Họ chỉ có thể xét xử dựa trên các quy phạm cụ thể và khi không có quy phạm pháp luật cụ thể có liên quan, do không quen với việc sử dụng lẽ phải, họ không thể xét xử. Vì vậy, nhiều học giả cho rằng bản dịch ra tiếng Nhật của các bộ luật của Napoleon và những bộ luật mới được soạn thảo của Boissonade⁽¹⁾ là cơ sở cho các nguyên tắc chung của pháp luật mà các toà án đã sử dụng để ra phán quyết.

(1). Đây là một luật gia, một chuyên gia pháp lý người Pháp đã giúp người Nhật trong hoạt động lập pháp dưới thời Minh trị.

Dưới thời Minh Trị, Hiến pháp quy định khi thẩm phán thực thi quyền theo luật, người thẩm phán đó cần phải hài hoà hoá yêu cầu đó với khái niệm nguyên tắc chung của pháp luật. Ngày nay, tính hợp hiến của bản án được xem là phù hợp với nguyên tắc chung của pháp luật được mọi người chấp nhận. Vì vậy, liệu nguyên tắc chung của pháp luật có được coi là nguồn luật hay không chỉ còn là vấn đề mang tính lí thuyết thuần túy. Câu trả lời hoàn toàn phụ thuộc vào cách hiểu thế nào là “nguồn luật”. Nếu coi tất cả các cơ sở hợp lí mà toà án dựa vào để ra bản án là nguồn luật thì khi đó nguyên tắc chung của pháp luật là một nguồn luật.

3.4. Phân quyết của toà

Số lượng các vụ việc được giải quyết ở toà án Nhật Bản thấp hơn nhiều so với ở các nước phương Tây bởi vì, như trên đã đề cập, ở Nhật Bản, các tranh chấp nảy sinh từ các quan hệ xã hội phần lớn được giải quyết ở bên ngoài toà án. Tuy nhiên, thực tế này không có nghĩa là phân quyết của toà ít có tầm quan trọng khi nghiên cứu hệ thống pháp luật Nhật Bản. Luật thường được quy định bằng ngôn ngữ chung chung, trừu tượng và nghĩa của các quy định đó chỉ được làm rõ trong quá trình người thẩm phán áp dụng luật để giải quyết các vụ việc cụ thể và cách giải thích luật đó của thẩm phán tiền bối thường được các thẩm phán khác áp dụng khi giải quyết các vụ việc tương tự. Vì vậy, thực chất thẩm phán là người chính thức đem lại ngữ nghĩa cho luật thành văn. Trong khi đó, cũng giống như ở nhiều nước, ở Nhật Bản, các quy phạm pháp luật như đã được toà án giải thích và áp dụng trong quá trình xét xử thường rất khác với nội dung nguyên bản của quy phạm pháp được tìm thấy trong luật thành văn. Vì vậy, nếu chỉ nắm bắt được nội dung quy phạm pháp luật trong các văn bản

pháp luật, rất có thể người nghiên cứu sẽ có cách hiểu rất không chính xác về pháp luật Nhật Bản.

Về mặt lý thuyết, thẩm phán Nhật Bản không có nghĩa vụ phải tuân thủ tiền lệ pháp và cũng không có điều khoản pháp luật cụ thể nào của Nhật Bản quy định rằng các phán quyết trong quá khứ của toà là tiền lệ pháp, là nguồn luật: rằng Nhật Bản áp dụng học thuyết tiền lệ pháp. Ngay cả Điều 4 Luật toà án quy định phán quyết của toà án cấp cao hơn có giá trị ràng buộc toà án cấp dưới khi xét xử vụ việc tương tự trong tương lai nhưng đạo luật này lại không đưa ra khái niệm tiền lệ pháp và cũng không chỉ ra rằng các toà án phải tuân theo học thuyết tiền lệ pháp.

Theo Hiến pháp Nhật Bản, người thẩm phán phải thực hiện bổn phận của mình một cách độc lập, đúng lương tâm và chỉ tuân theo Hiến pháp và pháp luật.⁽¹⁾ Tuy nhiên, thẩm phán có quyền giải thích luật, thay đổi nghĩa của các quy định pháp luật hoặc tạo ra các quy phạm pháp luật mới khi luật không quy định. Giá trị ràng buộc của luật thành văn, vì vậy, mang tính lý thuyết nhiều hơn là thực tiễn đối với các thẩm phán. Thêm vào đó, thẩm phán cũng không thể không tuân theo bản án đã xét xử trong quá khứ nếu bản án đó được viết dựa trên cơ sở pháp lý phù hợp, với lý lẽ thuyết phục, chặt chẽ, đặc biệt nếu đó lại là bản án của Toà án tối cao. Ngay cả khi, cách giải thích luật trong phán quyết của thẩm phán toà cấp dưới trung thực với từng câu chữ của luật thành văn, bản án đó vẫn có thể bị kháng cáo nếu cách giải thích đó không phù hợp với cách giải thích trong bản án của Toà án tối cao. Trên thực tế, phán quyết của Toà án tối cao thường được các toà án cấp dưới tôn trọng và tuân thủ như nguồn luật cơ bản.

(1). Xem: Article 76, Paragraph 3, Japan Constitution.

Ngày nay, các toà án đóng vai trò quan trọng trong việc phát triển pháp luật Nhật Bản hiện đại. Một số lĩnh vực pháp luật như: luật đất đai, luật về cho thuê nhà, luật bồi thường trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng và luật hành chính... đều nhận được sự hỗ trợ rất lớn từ phán quyết của toà. Điều đó được lí giải bởi thực tế là các bộ luật và luật có liên quan đều chỉ cung cấp các nguyên tắc pháp lí chung, vì vậy những lỗ hổng trong các văn bản pháp luật này cần được các toà án lấp đầy trong quá trình xét xử. Các quy phạm pháp luật mới, nảy sinh từ phán quyết của toà, vì vậy, thường là chủ đề bàn luận của các học giả trong những bài viết đăng trên các tạp chí khoa học pháp lí. Các bài viết bình luận về các phán quyết của toà án chứa đựng ý kiến, quan điểm của các học giả pháp lí, đến lượt mình lại thường có ảnh hưởng tới việc ra phán quyết của các toà án khi giải quyết những vụ việc ở giai đoạn tiếp theo.

Mặc dù không chính thức thừa nhận học thuyết tiền lệ pháp, Nhật Bản có rất nhiều sách công bố các phán quyết của toà án (law reports) do cả Nhà nước và tư nhân xuất bản. Có thể kể ra một vài ví dụ tiêu biểu. Một là, Các báo cáo về phán quyết của toà do Toà án tối cao xuất bản từ năm 1947, thu thập các phán quyết của toà án các cấp. Để làm được việc này, Toà án tối cao lệnh cho các toà án cấp dưới chọn những phán quyết quan trọng của mình dựa vào những tiêu chí chung mà toà án tối cao đưa ra và gửi cho Toà án tối cao để biên soạn và xuất bản. Toà án tối cao có trách nhiệm chia các phán quyết ra thành nhiều loại để xuất bản như: (1) Tuyển tập các phán quyết của Toà án tối cao (dùng để phân phối cho những tổ chức có tên trong danh sách do Toà án tối cao lập); (2) Tuyển tập các vụ việc do Toà án tối cao giải quyết (gồm những bản án của Toà án tối cao được xem như có giá trị ràng buộc, được xuất bản hàng tháng và công chúng tự do

tham khảo); (3) Tuyển tập các vụ việc do các toà án cấp trên giải quyết (gồm những bản án quan trọng của các toà án cấp trên trong hệ thống toà án của Nhật Bản, được lựa chọn bởi uỷ ban án lệ (case law) của từng toà); (4) Tuyển tập các quyết định hành chính: Tuyển tập các phán quyết của toà án về tranh chấp lao động; (5) Tuyển tập các phán quyết dân sự của các toà án cấp dưới... Hai là, các báo cáo chính thức khác về phán quyết của toà được xuất bản từ năm 1947 do bộ phận dịch vụ của toà án xuất bản. *ví dụ*: (1) Bản tin về phán quyết của toà án cấp cao của Tokyo; (2) Các tình tiết trong các vụ việc hình sự của toà án cấp cao. Ba là, các cuốn sách báo cáo luật trước năm 1947, *ví dụ*: tuyển tập các phán quyết của toà phá án (tiền thân của Toà án tối cao) được xuất bản thành hai loại: (1) Tuyển tập các vụ việc dân sự; và (2) Tuyển tập các vụ việc hình sự.

Những phân tích trên cho thấy tương tự như ở nhiều nước thuộc dòng họ civil law, ở Nhật Bản, phán quyết của toà là nguồn luật thực tế (de facto source of law). Phán quyết của Toà án tối cao có giá trị ràng buộc các toà án cấp dưới; làm sáng tỏ các quy phạm của luật thành văn và lấp lỗ hổng của luật thành văn.

3.5. Ý kiến của các học giả pháp lý

Khác với luật La Mã của giai đoạn cổ điển, luật Nhật Bản cũng giống như các hệ thống pháp luật hiện đại khác, không thừa nhận ý kiến của các học giả pháp lý là nguồn luật. Các tác phẩm của các học giả, tất nhiên có vai trò quan trọng trong việc hình thành luật thực định nhưng theo cách thức gián tiếp, vì các tác phẩm này cung cấp cơ sở lý luận cho việc xây dựng các quy phạm pháp luật, cho việc tiến hành hoạt động lập pháp và dẫn dắt tư duy của thẩm phán trong quá trình xét xử. Không có thẩm phán

nào hoặc nhà làm luật nào có thể dám đương được vai trò của mình mà không dựa vào lí luận khoa học pháp lí và vì vậy cả phán quyết của toà và luật thành văn đều có nguồn gốc từ mảng lí luận khoa học pháp lí có liên quan.

Hơn nữa, thời kì đầu của thời kì cải cách pháp luật, những bộ luật quan trọng của Nhật Bản đều được xây dựng dựa vào luật của các nước thuộc dòng họ civil law. Trong khi đó, các thẩm phán Nhật Bản lại không có kinh nghiệm giải thích các bộ luật với những quy phạm pháp luật được nhập khẩu từ phương Tây, vì vậy, họ đã phải dựa vào sự trợ giúp của các học giả là những người khá am hiểu về luật nước ngoài. Thực tế này lại được lặp lại sau chiến tranh thế giới lần thứ hai, khi pháp luật của Mỹ trở thành hình mẫu cho Nhật Bản trong quá trình soạn thảo các đạo luật về tiêu chuẩn lao động, về tổ tụng hình sự, về chống độc quyền, về chứng khoán và thậm chí cả đối với việc soạn thảo và giải thích Hiến pháp năm 1946.

Như vậy, ở mức độ nhất định, ý kiến của các học giả pháp lí cũng là nguồn luật. Giới thẩm phán ở Nhật Bản thừa nhận lí luận khoa học pháp lí có vai trò quan trọng trong việc phát triển các quy phạm pháp luật, vì vậy họ thường bám sát quan điểm của các giáo sư luật hơn là của các quan chức chính phủ và họ tự hào vì họ là những nhà lí luận khoa học pháp lí chứ không phải chỉ thuần túy là những người hành nghề luật.

4. Đào tạo luật và nghề luật ở Nhật Bản

4.1. Đào tạo luật

Nhìn chung, phương pháp đào tạo luật ở Nhật Bản cũng tương tự như đào tạo luật ở các nước có hệ thống pháp luật thuộc

dòng họ civil law. đặc biệt là gần gũi với mô hình đào tạo của Pháp và Đức.

Để được trở thành sinh viên luật khoa, thí sinh phải dự thi đầu vào với các môn khoa học xã hội như: Tiếng Nhật, Lịch sử thế giới, Lịch sử Nhật Bản, Nghiên cứu xã hội, Địa lí và ngoại ngữ. Hàng năm có khoảng 400 – 600 sinh viên mới nhập học tại các khoa luật ở Nhật Bản.⁽¹⁾

Đào tạo luật ở Nhật Bản được định hướng bởi thi cử hơn là bởi đào tạo chính thức. Tương tự như nhiều nước ở châu Âu lục địa, phương pháp giảng dạy luật ở Nhật vẫn chủ yếu là phương pháp thuyết trình tiến hành ở các lớp học có quy mô lớn chứa tới hơn 500 sinh viên, với bài giảng chỉ tập trung vào lí thuyết. Giờ thảo luận, sinh viên sẽ được chia thành từng nhóm nhỏ, mỗi nhóm có khoảng 20 sinh viên.

Trong nhiều năm, đào tạo luật ở Nhật Bản vẫn chủ yếu là đào tạo cử nhân luật. Chương trình đào tạo được thiết kế để cung cấp kiến thức chung hơn là kiến thức chuyên sâu cần thiết cho đào tạo luật sư và được chia làm hai giai đoạn. Giai đoạn một dành cho việc giảng dạy khoa học nhân văn còn giai đoạn hai dành cho việc giảng dạy những môn học chuyên ngành. Vì vậy, sinh viên muốn học luật không nhất thiết ngay từ đầu đã phải tham dự các môn học ở khoa luật mà có thể dành ra hai năm đầu theo học tại Khoa giáo dục đại cương (College of General Studies) và chỉ trở thành sinh viên luật khoa trong hai năm cuối. Như vậy, thực chất kiến thức về luật gồm cả văn hoá pháp luật và những môn học luật chuyên

(1).Xem: "Overview of Legal Systems in the Asia-Pacific Region", Japan Section. <http://www.lsr.nellco.org/>.

ngành chỉ được giảng dạy trong hai năm - một quãng thời gian quá ngắn để sinh viên có thể có được kiến thức chuyên sâu về luật.

Trước thực tế này, các khoa luật đã có những cố gắng nhằm kéo dài giai đoạn học luật cho sinh viên luật khoa. Bất kể những nỗ lực nói trên, chương trình đào tạo cử nhân luật dường như ít có biến chuyển. Thành tựu lớn nhất đã đạt được từ những nỗ lực này có lẽ thuộc về Khoa luật Đại học Tokyo nhưng cũng mới chỉ dừng lại ở chỗ đi đến thoả thuận với Khoa giáo dục đại cương về việc đưa các môn học có liên quan tới luật vào học kì cuối của giai đoạn một.

Sau khi tốt nghiệp khoa luật, người có bằng cử nhân luật có thể mở mang kiến thức bằng con đường học tiếp chương trình đào tạo sau đại học. Đào tạo sau đại học được chia ra làm hai giai đoạn. Giai đoạn một (đào tạo thạc sĩ) kéo dài hai năm, học viên sẽ kết thúc khoá học bằng việc hoàn tất bản luận văn thạc sĩ. Nếu luật văn được hội đồng chấp nhận, học viên sẽ được cấp bằng thạc sĩ luật học. Người có bằng thạc sĩ luật học có thể học tiếp giai đoạn hai (đào tạo tiến sĩ) kéo dài ba năm và kết thúc bằng việc nộp luận án tiến sĩ. Nếu luận án được hội đồng chấp nhận, học viên sẽ được cấp bằng tiến sĩ luật học.

Vì chương trình giảng dạy luật ở các trường đại học không đủ để trang bị kiến thức cho các cử nhân luật hành nghề luật sư, một số tổ chức chuyên biệt đã được thành lập để đào tạo luật sư. Viện nghiên cứu và đào tạo luật là một trong những tổ chức đó được thành lập từ năm 1947. Tốt nghiệp sinh của các cơ sở dạy nghề này có thể hành mọi nghề luật. Đây là một lợi thế lớn vì trong quá trình học nghề, các tốt nghiệp sinh đã được trang bị đủ kiến thức và có thể dễ dàng chuyển từ nghề luật này sang nghề luật khác. Điều đó lí giải tại sao tương tự như ở Anh, ở Nhật Bản,

thẩm phán cũng có thể được chọn ra từ đội ngũ các luật sư giỏi.

Tỉ lệ thấp người có bằng cử nhân luật vượt qua được kì thi do đoàn luật sư tổ chức trên thực tế đã gợi ý rằng chương trình đào tạo luật ở các trường đại học không trang bị đủ kiến thức pháp lí tối thiểu cho các cử nhân và vì vậy cải cách chương trình đào tạo luật là tất yếu. Trong những năm gần đây, Nhật Bản đang lặng lẽ tiến hành cuộc cải cách chương trình đào tạo luật theo mô hình của Mỹ. Các khoa luật có xu hướng đào tạo ra luật sư cho các cơ sở kinh doanh, cho Chính phủ và cho mục đích hành nghề luật riêng lẻ.

4.2. Nghề luật

Nghề luật ở Nhật Bản được hiểu là nghề thẩm phán, công tố viên, hoặc luật sư. Việc tốt nghiệp khoa luật không có nghĩa là tốt nghiệp sinh có đủ phẩm chất để trở thành thẩm phán, công tố viên và luật sư. Những người muốn hành nghề luật cần phải vượt qua kì thi quốc gia khó nổi tiếng với tỉ lệ đỗ rất thấp. Có những thí sinh phải thi đến lần thứ bảy mới đỗ vì vậy độ tuổi trung bình của những thí sinh vượt qua kì thi này thường là trên 28 tuổi.

Sau khi vượt qua kì thi quốc gia thí sinh sẽ vào học tại Viện nghiên cứu và đào tạo luật do Toà án tối cao tổ chức. Trong hai năm học tại Viện, học viên được thụ hưởng cùng một chương trình đào tạo và họ chỉ lựa chọn nghề luật tương lai ở cuối giai đoạn đào tạo đó. Bốn tháng đầu và bốn tháng cuối của khoá đào tạo, học viên học nghề tại Viện. Mười sáu tháng ở giữa giai đoạn học nghề, học viên sẽ được cử đi học việc tám tháng tại toà án, bốn tháng ở viện công tố và bốn tháng tại văn phòng luật sư.

Vì tất cả các học viên đều có bằng cử nhân luật, tức là họ đã có kiến thức cơ bản về luật nên chương trình dạy nghề được thiết kế

theo hướng thiên về kiến thức thực tiễn hành nghề luật. Kết thúc khoá học hai năm, học viên phải tham dự kì thi tốt nghiệp. Tốt nghiệp sinh sẽ được công nhận có đủ phẩm chất để hành nghề luật.

Mặc dù so với Mỹ, Nhật Bản được coi là đất nước có rất ít luật sư. Tính đến tháng 11 năm 2005, Nhật Bản chỉ có khoảng 22.069 luật sư so với 952.000 luật sư của Mỹ trong năm 2003⁽¹⁾ nhưng tổng số các chuyên gia pháp lí ở hai nước hầu như tương đương. Trong những năm gần đây, Chính phủ Nhật Bản đã có những bước đi cần thiết nhằm tăng số lượng người hành nghề luật.

II. HỆ THỐNG PHÁP LUẬT TRUNG QUỐC

1. Khái quát về hệ thống pháp luật Trung Quốc

Trung Quốc có quá trình lịch sử lâu đời với nền văn minh trải dài hàng chục thế kỉ. Lịch sử pháp luật Trung Quốc có thể chia thành hai giai đoạn: lịch sử pháp luật Trung Quốc truyền thống và lịch sử pháp luật Trung Quốc hiện đại.

Trung Quốc truyền thống là nhà nước Trung Quốc dưới các triều đại trước triều đại nhà Thanh. Lịch sử pháp luật và cấu trúc pháp luật Trung Quốc truyền thống mang đặc điểm của chế độ phong kiến, đứng đầu là hoàng đế. Bộ luật lâu đời nhất của Trung Quốc truyền thống là Bộ luật nhà Đường ban hành vào thế kỉ thứ VII sau công nguyên. Bộ luật nhà Đường là nền tảng cho việc xây dựng và phát triển các bộ luật của các triều đại nhà Tống, nhà Nguyên, nhà Minh và thậm chí cả nhà Thanh sau này. Những bộ luật và luật đó điều chỉnh cả những vấn đề đáng nhẽ phải được điều chỉnh bằng luật hình sự, theo cách tiếp cận pháp luật hiện

(1).Xem: "New Law Enhance Japanese Legal Services". JETRO Japan Economic Monthly, November 2005, <http://www.jetro.go.jp/>.

đại. Tuy nhiên, trong các triều đại phong kiến Trung Quốc, không có sự phân biệt về phương diện luật học giữa luật hình sự và luật dân sự và các chế tài hình sự đôi khi được áp dụng đối với cả những hành vi mà ngày nay được điều chỉnh bởi luật dân sự. Vì vậy, nếu một người muốn nhà nước can thiệp vào vấn đề nào đó thuộc lĩnh vực luật tư, người đó sẽ phải cáo buộc bên bị về hành vi phạm tội nào đó. Các tranh chấp giữa các cá nhân (tranh chấp dân sự) có liên quan tới những vấn đề gia đình hoặc đất đai nói chung, thường được giải quyết bằng con đường hoà giải. Việc giải quyết tranh chấp không chính thức đó do những người lãnh đạo có uy tín hoặc người già trong các làng, xã đảm nhiệm. Luật áp dụng để hoà giải xung đột giữa các bên có tranh chấp là tập quán pháp và các quy phạm đạo đức.

Trong nhà nước Trung Quốc truyền thống, hoàng đế được trao cả quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Luật do hoàng đế sáng tạo ra có giá trị ràng buộc mọi chủ thể trong xã hội nhưng không có giá trị ràng buộc chính Hoàng đế. Tuy nhiên, cái được gọi là luật do hoàng đế ban hành chỉ chủ yếu nhằm điều chỉnh những quan hệ xã hội trong lĩnh vực hành chính và hình sự; luật tư hầu như không có và vì vậy vẫn phải dựa vào tập quán pháp. Với quyền lực tư pháp tối cao, hoàng đế có thể định tội cho các phạm nhân, áp đặt hình phạt hoặc sửa đổi phán quyết của các cơ quan xét xử cấp dưới.

Trung Quốc hiện đại là nhà nước Trung Quốc từ triều đại nhà Thanh trở đi. Đầu thế kỉ XX, nhà Thanh đã có những nỗ lực để hiện đại hoá hệ thống pháp luật Trung Quốc. Một số khía cạnh của hệ thống pháp luật Trung Quốc dưới triều đại Nhà Thanh (ví dụ: sự khắc nghiệt của thủ tục tố tụng hình sự và sự vắng bóng

của luật thương mại) đã cho thấy sự sơ khai của pháp luật Trung Quốc so với các hệ thống pháp luật của các quốc gia khác trong cùng thời kì. Vì vậy, một sáng kiến đã được đưa ra vào năm 1904, đó là việc thành lập Văn phòng cải tổ pháp luật với nhiệm vụ dịch các bộ luật của nước ngoài để nghiên cứu và tham khảo, phục vụ cho việc xây dựng và ban hành luật mới. Sáng kiến thứ hai theo xu hướng hiện đại hoá là việc soạn thảo Đề cương Hiến pháp đế quốc (Imperial Constitutional Outline) vào năm 1908. Tuy nhiên, triều đại nhà Thanh đã bị sụp đổ vào năm 1911 trước khi kịp ban hành những đạo luật đã được soạn thảo.

Theo sau cuộc Cách mạng Tân Hợi năm 1911, ước nguyện về một đất nước không bị các cường quốc văn minh phương Tây chi phối đã buộc Trung Quốc phải ban hành hàng loạt các bộ luật được soạn thảo dựa trên hình mẫu các bộ luật của các nước châu Âu lục địa. Bộ luật dân sự trong giai đoạn năm 1929 - 1931 bao gồm cả luật dân sự và thương mại, Bộ luật đất đai năm 1930 và Bộ luật tố tụng dân sự năm 1932 đã lần lượt được đưa vào áp dụng. Như vậy về mặt hình thức, có thể nói, luật của Trung Quốc đã bị Âu hoá và vì vậy có thể tạm xếp hệ thống pháp luật Trung Quốc vào dòng họ civil law. Ở Trung Quốc, cũng tương tự như ở Châu Âu lục địa khi đó, người ta có xu hướng quan tâm tới việc nghiên cứu về lí luận pháp luật.

Sau đó, Đảng Cộng sản Trung Quốc (ra đời ngày 01 tháng 07 năm 1921) đã thành lập nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa, vì vậy, hệ thống pháp luật Trung Quốc đã chuyển sang hướng mới theo mô hình của Liên Xô, dựa trên cơ sở lí luận của chủ nghĩa Mác - Lênin. Sự kiện này đã làm cho hệ thống pháp luật Trung Quốc trở thành thành tố của dòng họ pháp luật mới, đó là dòng họ pháp luật xã hội chủ nghĩa.

Sự sụp đổ của hệ thống các nước xã hội chủ nghĩa vào cuối thập kỉ thứ 8, đầu thập kỉ thứ 9 của thế kỉ XX đã một lần nữa đem đến những đổi thay cho hệ thống pháp luật Trung Quốc. Trong những năm gần đây, nhiều đạo luật điển hình của nền kinh tế thị trường đã được Nhà nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa thông qua, ví dụ: Luật công ti năm 1993 (sửa đổi năm 1999 và 2005); Luật chứng khoán năm 1998 (sửa đổi năm 2005); Luật phá sản năm 2006 và Luật chống độc quyền năm 2007... Vì vậy, khó có thể nói ngày nay Trung quốc vẫn tiếp tục sở hữu hệ thống pháp luật xã hội chủ nghĩa thuần túy. Thực chất, hệ thống pháp luật đó đã ít nhiều pha trộn với pháp luật phương Tây, pháp luật của chủ nghĩa tư bản. Hơn nữa, sự trở lại với Trung Quốc đại lục của Hong Kong năm 1997 theo thoả thuận giữa Chính phủ Trung Quốc với Chính phủ Anh (năm 1984) và của Macau năm 1999 theo thoả thuận giữa Chính phủ Trung Quốc với Chính phủ Bồ Đào Nha (năm 1987) đã làm cho hệ thống pháp luật Trung Quốc thêm phần phức tạp, đặc biệt với chính sách “một quốc gia, hai chế độ” của Đặng Tiểu Bình.

Chính phủ Trung Quốc đã và đang theo đuổi chính sách khoan dung thực dụng đối với Hong Kong và Macau nhằm mục đích kinh tế, với điều kiện chính sách áp dụng ở những miền đất mới được giành lại này không gây ảnh hưởng bất lợi tới an ninh chính trị của Đảng cộng sản Trung Quốc. Ngay từ năm 1957, Thủ tướng Chu Ân Lai đã chỉ rõ rằng Hong Kong và Macau hoàn toàn khác với Trung Quốc đại lục, vì vậy, cần phải có chính sách khác áp dụng với những miền đất này; rằng sẽ là sai lầm nếu Chính phủ Trung Quốc quản lí Hong Kong và Macau theo cùng phương thức với Trung Quốc đại lục; rằng Hong Kong có nền kinh tế thị

trường tự do dựa trên các nguyên tắc của chủ nghĩa tư bản và hoạt động theo mô hình tư bản chủ nghĩa, vì vậy không thể và không nên quản lý Hong Kong theo phương thức xã hội chủ nghĩa; rằng Hong Kong chỉ có thể tồn tại và thịnh vượng nếu được quản lý theo chế độ tư bản chủ nghĩa và chỉ bằng cách đó Trung Quốc có thể tận dụng được sự tăng trưởng kinh tế của Hong Kong.⁽¹⁾

Chủ trương nói trên của Thủ tướng Chu Ân Lai trong thập kỷ thứ năm của thế kỷ XX đã được thu nhỏ và thể hiện trong lời phát biểu nổi tiếng nhất của Đặng Tiểu Bình về “một đất nước có thể có hai chế độ”. Đặng Tiểu Bình còn khẳng định: “trừ khi họ không cố ý lật đổ chế độ của Đại lục, chúng tôi sẽ không tìm cách lật đổ họ”. Đó chính là cốt lõi của chính sách “một đất nước, hai chế độ”.⁽²⁾

Như vậy, sau khi Hong Kong và Macau được trả về với đại lục, Trung Quốc, từ một hệ thống pháp luật điều chỉnh nền kinh tế thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa, đã trở thành một hệ thống pháp luật đa dạng, gồm những thành tố của pháp luật xã hội chủ nghĩa đang trong giai đoạn chuyển đổi, của common law (trong địa phận của Hong Kong) và của civil law (trong địa phận của đại lục). Theo các tuyên bố chung và theo các luật cơ bản (hiến pháp) của cả Hong Kong và Macau, pháp luật ở hai vùng này về cơ bản không thay đổi, cả hai vùng vẫn tiếp tục hưởng quyền lập pháp và tư pháp độc lập để duy trì sự thịnh vượng và ổn định của mỗi vùng. Với tư cách là những khu vực hành chính đặc biệt, độc lập về phương diện pháp luật, Hong

(1).Xem: K.C. Fox, “How to Successfully Implement the ‘One Country, Two Systems’ Policy in Macau”, <http://www.hkpri.org.hk>.

(2).Xem: K. C. Fox, Sdd.

Kong vẫn tiếp tục duy trì hệ thống pháp luật chịu ảnh hưởng sâu sắc của hệ thống pháp luật Anh, thuộc dòng họ common law; còn Macau vẫn tiếp tục duy trì hệ thống pháp luật chịu sự ảnh hưởng của hệ thống pháp luật Bồ Đào Nha, thuộc dòng họ civil law.

Hệ thống pháp luật của Đặc khu hành chính Hong Kong: Hong Kong vẫn giữ lại quyền lập pháp, thực thi bởi những dân biểu do địa phương bầu ra, có quyền ban hành luật với điều kiện những đạo luật này không trái với các quy định trong Tiểu Hiến pháp (Luật cơ bản) của Hong Kong. Cơ quan lập pháp của Hong Kong chịu trách nhiệm báo cáo với Ủy ban thường trực của Quốc hội nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa, cơ quan lập pháp tối cao của Cộng hoà nhân dân Trung Hoa. Tất cả các văn bản pháp luật do cơ quan lập pháp trước kia của Hong Kong ban hành vẫn tiếp tục có hiệu lực nếu không trái với Luật cơ bản của Hong Kong. Cơ quan lập pháp được phép làm luật bằng tiếng Anh hoặc tiếng Trung Quốc.

Hệ thống pháp luật của Đặc khu hành chính Macau: Theo Tiểu Hiến pháp (Luật cơ bản) của Macau, sau khi thành lập Đặc khu hành chính Macau, quyền lập pháp của Macau vẫn được trao cho cơ quan lập pháp của Macau. Các thành viên của cơ quan lập pháp này vẫn tiếp tục do nhân dân địa phương bầu ra. Cơ quan lập pháp có quyền ban hành luật và chịu trách nhiệm báo cáo với Ủy ban thường trực của Quốc hội nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa. Tuy nhiên, luật do cơ quan này ban hành phải phù hợp với Luật cơ bản của Macau. Trừ những quy định trái với Luật cơ bản của Macau, các văn bản pháp luật, nghị định, các quy chế hành chính và các văn bản pháp luật khác của Macau trước đây vẫn tiếp tục có hiệu lực. Vì vậy, tương tự như Hong Kong, hệ thống pháp luật của Macau gồm Luật cơ bản của Macau, hầu hết các

văn bản pháp luật có từ trước khi tái hợp Macau với Trung Quốc đại lục và những văn bản pháp luật mới được ban hành bởi cơ quan lập pháp của Đặc khu hành chính Macau. Các văn bản pháp luật đã và đang được thông qua ở Macau rất khác với các văn bản pháp luật của Đại lục cả về hình thức và nội dung.

Hệ thống toà án của Hong Kong, tương tự như hệ thống toà án của Macau, có quyền tư pháp độc lập và là cấp xét xử phúc thẩm cuối cùng đối với các vụ việc diễn ra trong đặc khu hành chính, không chịu bất kì sự can thiệp nào từ phía Đại lục. Mọi vụ việc sẽ được xét xử theo luật của mỗi đặc khu hành chính. Toà án Hong Kong còn có thể viện dẫn án lệ của các nước có hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law nếu cần. Riêng cấp xét xử phúc thẩm cuối cùng của Hong Kong có quyền mời thẩm phán của các nước có hệ thống pháp luật thuộc dòng họ common law tham gia vào quá trình tố tụng.

Việc bổ nhiệm, miễn nhiệm thẩm phán ở Hong Kong cũng tương tự như ở Macau, được tiến hành bởi Thủ tướng (chief executive) của Đặc khu, trên cơ sở kiến nghị của ủy ban độc lập của thẩm phán địa phương, gồm các thẩm phán địa phương, những người đại diện cho giới hành nghề luật và những người đặc biệt khác (prominent persons). Tiêu chí để lựa chọn thẩm phán là kĩ năng xét xử và phẩm chất nghề nghiệp của từng người.

Như vậy, hệ thống pháp luật của các Đặc khu hành chính Hong Kong và Macau rất khác nhau vì mỗi đặc khu đã thừa hưởng di sản pháp lí từ một nước thực dân có hệ thống pháp luật thuộc những dòng họ pháp luật rất khác nhau. Và cũng chính vì thế, cho tới nay, mặc dù cả hai đặc khu này đều thuộc về chính phủ Trung Quốc nhưng Trung Quốc vẫn không có sự thống nhất

về phương diện pháp luật. Có thể nói, Trung Quốc ngày nay là một quốc gia với hai chế độ và ba hệ thống pháp luật.

2. Hệ thống toà án và tổ tụng

2.1. Hệ thống toà án

Hệ thống toà án của nhà nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa được thành lập theo Điều 123 - 135 của Hiến pháp nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa và gồm các toà án nhân dân, đứng đầu là Toà án nhân dân tối cao, tiếp đến là các toà án nhân dân cấp cao, rồi các toà án nhân dân cấp trung và cuối cùng là các Toà án nhân dân cơ sở. Toà án nhân dân cấp cơ sở có tới hơn 3000 toà đặt ở khắp các tỉnh và lại được tiếp tục chia thành 20.000 đơn vị nhỏ hơn gọi là các cơ quan tài phán địa phương đặt tại các thành phố và làng xã. Có khoảng 376 toà án nhân dân cấp trung và 31 toà án nhân dân cấp cao đặt tại các tỉnh. Đây là kiểu tổ chức hệ thống toà án khá phổ biến của các nước xã hội chủ nghĩa.

Toà án nhân dân tối cao là cấp xét xử cao nhất trong hệ thống xét xử của Trung Quốc với ba toà chuyên trách: hình sự, dân sự và kinh tế. Toà có quyền thành lập các toà chuyên trách khác khi cần. Toà có thẩm quyền xét xử sơ thẩm đối với các vụ việc theo quy định của pháp luật hoặc đối với những vụ việc mà toà thấy rằng toà cần phải trực tiếp xét xử sơ thẩm. Toà cũng có thẩm quyền xét xử phúc thẩm đối với những vụ việc đã được xét xử bởi toà án nhân dân cấp cao và toà án nhân dân đặc biệt khi có kháng cáo hoặc kháng nghị từ Viện kiểm sát nhân dân tối cao.

Toà án nhân dân tối cao còn có quyền giám sát hoạt động xét xử của các toà án nhân dân cấp dưới và toà án nhân dân đặc biệt. Toà cũng có quyền giải thích những vấn đề có liên quan tới việc

áp dụng pháp luật trong công tác xét xử. Trên thực tế, trong những năm gần đây, thực tiễn giải thích luật của Toà án nhân dân tối cao đã phát triển tới mức có thể gọi là “luật thành văn của toà” (judicial legislation). Thẩm quyền này trước đây không được ghi nhận trong Hiến pháp, tuy nhiên, luật rất cần có văn bản hướng dẫn thi hành nhằm lấp lỗ hổng và để giải quyết những mâu thuẫn, những điểm mơ hồ trong các quy phạm pháp luật nằm trong các văn bản pháp luật đó. Đây là việc làm có ý nghĩa nhằm giúp các toà án cường chế pháp luật hiệu quả. Vì lẽ đó, ngày nay, Toà án nhân dân tối cao có thêm quyền năng này.

Toà án nhân dân cấp cao là các toà án cấp tỉnh, cấp vùng tự trị và các thành phố trực thuộc trung ương. Cơ cấu tổ chức của toà gần giống với cơ cấu tổ chức của Toà án nhân dân tối cao. Toà có thẩm quyền xét xử sơ thẩm đối với những vụ việc luật định, những vụ việc được các toà án cấp dưới trực tiếp chuyển lên và những vụ án hình sự lớn có ảnh hưởng tới toàn tỉnh. Toà cũng có thẩm quyền xét xử phúc thẩm đối với những vụ án đã được toà án cấp dưới xét xử khi có kháng cáo, kháng nghị.

Toà án nhân dân cấp trung có thẩm quyền xét xử sơ thẩm trong một số vụ việc như vụ việc được chuyển lên từ toà án nhân dân cơ sở, hầu hết các vụ việc có đương sự là người nước ngoài, các vụ án phân cách mạng, các vụ án hình sự có mức án tù chung thân hoặc tử hình, các vụ án hình sự mà người phạm tội là người nước ngoài. Toà cũng có thẩm quyền xét xử phúc thẩm đối với những vụ việc đã được xét xử bởi toà án nhân dân cơ sở khi có kháng cáo, kháng nghị.

Toà án nhân dân cơ sở là toà án ở cấp địa phương, có thẩm quyền xét xử sơ thẩm đối với các vụ việc hình sự có mức án

thấp hơn án tù hình và án tù chung thân; xét xử vụ dân sự không có yếu tố nước ngoài. Toà án nhân dân cơ sở có quyền chuyển những vụ việc có tính chất nghiêm trọng tới toà án cấp trên để giải quyết.

Ngoài ra, trong hệ thống toà án Trung Quốc còn có một số toà án chuyên biệt, ví dụ: những toà án giải quyết các vấn đề về vận tải đường sắt, về rừng, về quân giải phóng nhân dân và về hàng hải. Thẩm quyền của các toà án được quy định một phần trong Hiến pháp, một phần trong Luật tổ chức toà án nhân dân, Luật tố tụng hình sự, Luật tố tụng dân sự và Luật tố tụng hành chính.

Các đương sự, nói chung, bị giới hạn quyền kháng cáo và chỉ được kháng cáo một lần theo phương châm “phán quyết cuối cùng bởi cơ quan tài phán thứ hai”. Các vụ việc được đưa ra xét xử phúc thẩm đều được rà soát lại cả về cơ sở pháp lý mà toà án sơ thẩm đã áp dụng để xét xử và cả về tình tiết vụ việc. Yêu cầu xét xử phúc thẩm phải được thể hiện bằng đơn kháng cáo hoặc kháng nghị. Đơn kháng cáo có thể do các bên có liên quan tới vụ việc, do bị đơn hoặc do người bị hại gửi tới toà. Đơn kháng nghị do viện kiểm sát gửi tới toà trong những vụ việc hình sự khi viện kiểm sát tin rằng phán quyết của toà sơ thẩm đã áp dụng sai luật hay bản án có lỗi về các tình tiết vụ việc. Trong các vụ việc dân sự thường thì viện kiểm sát không giành quyền kháng nghị trực tiếp mà có thể đề xướng việc giám sát xét xử thông qua kháng nghị. “Giám sát xét xử” là thuật ngữ được sử dụng để hàm chỉ quyền xem xét lại phán quyết lần cuối cùng, có thể xảy ra trong một số tình huống xét xử các vụ việc hình sự.

2.2. Thủ tục tố tụng

2.2.1. Thủ tục tố tụng dân sự

Thủ tục tố tụng dân sự được tiến hành theo Luật tố tụng dân sự năm 1991 theo đó, một vụ việc bắt đầu tại toà án sơ thẩm theo một trong hai hình thức: tố tụng thông thường và tố tụng rút gọn.

Tố tụng thông thường là hình thức tố tụng theo đó vụ kiện được bắt đầu bằng đơn khiếu kiện được gửi tới toà, tại đó toà sẽ xem xét liệu đơn có đáp ứng yêu cầu để có thể thụ lí. Khi đơn khiếu kiện hợp lệ, toà án sẽ tiếp nhận đơn và giải quyết vụ việc. Nếu toà án quyết định không tiếp nhận vụ khiếu kiện để xét xử, quyết định này của toà có thể bị nguyên đơn kháng cáo. Trường hợp vụ việc được toà chấp nhận, toà sẽ phải gửi thông báo tới bị đơn. Bị đơn có quyền gửi đơn bác lại đơn khiếu kiện của bên nguyên.

Trước khi tiến hành xét xử, toà có nghĩa vụ rà soát lại toàn bộ hồ sơ vụ việc và điều tra để thu thập chứng cứ cần thiết cho việc giải quyết vụ việc. Toà cũng có thể tiến hành hoà giải nhằm giúp hai bên đương sự tự nguyện giải quyết tranh chấp. Nếu việc hoà giải trong giai đoạn tiền xét xử không thành, các bên phải thông báo cho toà về việc vụ án cần được xét xử và khi nào họ sẽ sẵn sàng tham dự phiên toà.

Thủ tục tố tụng thông thường gồm ba giai đoạn: (1) Giai đoạn điều tra do toà tiến hành: toà sẽ triệu tập các bên có tranh chấp và nhân chứng để chất vấn và đưa ra các chứng cứ viết cũng như tang vật; (2) Giai đoạn tranh luận tại toà: là khi luật sư của các bên đương sự tranh cãi, đưa ra lí lẽ để bảo vệ cho thân chủ của mình; (3) Giai đoạn ra phán quyết.

Tổ tụng rút gọn là hình thức tổ tụng được sử dụng tại toà án cấp cơ sở để giải quyết các vụ việc dân sự đơn giản, theo cách thức không nghi thức. Khiếu kiện của bên nguyên có thể được trình bày bằng miệng hoặc các bên tranh chấp có thể cùng nhau trực tiếp tới toà và yêu cầu toà ngay lập tức ra phán quyết. Trong trường hợp đó, thường chỉ có một thẩm phán đứng ra xét xử vụ việc theo thủ tục rất không nghi thức.

Kháng cáo có thể do một trong hai bên, bên nguyên hoặc bên bị gửi tới toà án cao hơn toà án sơ thẩm một cấp. Một hội đồng thẩm phán sẽ tiến hành rà soát lại toàn bộ các tình tiết vụ việc và luật áp dụng mà toà án sơ thẩm đã dựa vào để giải quyết vụ việc. Tại toà phúc thẩm, việc hoà giải cũng có thể được tiến hành. Phán quyết của toà phúc thẩm là phán quyết cuối cùng và có giá trị ràng buộc các bên đương sự và những bên có liên quan. Tuy nhiên, thủ tục xét xử giám đốc thẩm (adjudicative supervision) cũng có thể được áp dụng đối với vụ việc đã được xét xử phúc thẩm nếu có đơn của toà án, của một bên đương sự hoặc của Viện kiểm sát.

2.2.2. Tổ tụng hình sự

Thủ tục tổ tụng hình sự được áp dụng tại toà án nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa theo Luật tổ tụng hình sự năm 1979 và Luật sửa đổi Luật tổ tụng hình sự năm 1996, gồm năm bước: tố cáo, điều tra, khởi tố, xét xử và thi hành án.

Việc tố cáo và điều tra có thể được tiến hành bởi cơ quan công an hoặc viện kiểm sát. Thông thường, cơ quan công an sẽ chịu trách nhiệm cầm chân nghi can (mà không cần có sự uỷ quyền trước từ phía viện kiểm sát), thực hiện việc bắt giữ (cần có sự uỷ quyền của viện kiểm sát), xét hỏi ban đầu và giám sát nơi cư trú.

Việc khởi tố sẽ do viện kiểm sát tiến hành nếu có kết luận điều tra rằng thực sự tội ác đã được thực hiện. Viện kiểm sát cũng có quyền chất vấn nghi can và đưa ra một trong bốn quyết định có thể: (1) Trả lại vụ việc cho cơ quan công an điều tra thêm; (2) Thực hiện khởi tố; (3) Tha không khởi tố nghi can; (4) Quyết định không khởi tố.

Trường hợp viện kiểm sát ra quyết định khởi tố, vụ việc sẽ được chuyển tới toà án cấp sơ thẩm, thường là toà án nhân dân cấp cơ sở, tùy theo bản chất của hành vi phạm tội. Tại phiên toà xét xử, tố tụng xét hỏi và tố tụng đối kháng được sử dụng kết hợp theo đó, các thẩm phán có quyền chất vấn bị cáo và các bên có liên quan (công tố viên, luật sư biện hộ, nhân chứng và nạn nhân); công tố viên phỏng vấn nhân chứng và nếu được phép, bị cáo và luật sư biện hộ cũng được chất vấn nhân chứng; công tố viên, nạn nhân được phép đưa ra lí lẽ để buộc tội bên bị; bị cáo và luật sư biện hộ được phép đưa ra lí lẽ chứng minh sự vô tội của bên bị.

Sau khi toà án sơ thẩm đã tuyên án, vụ việc vẫn có thể được xét xử phúc thẩm bởi toà án cấp trên, nếu có kháng cáo hoặc kháng nghị. Bị cáo hoặc người tư tố được phép kháng cáo trong giai đoạn luật định. Viện kiểm sát cũng có thể kháng nghị nếu không đồng ý với quan điểm của toà án sơ thẩm đã xét xử vụ án. Phán quyết của cấp xét xử phúc thẩm có giá trị ràng buộc các bên, tuy nhiên, cũng có thể bị bãi bỏ thông qua thủ tục xét xử giám đốc thẩm.

3. Nguồn luật

Nguồn luật trong hệ thống pháp luật Trung Quốc ngày nay vẫn tiếp tục duy trì nhiều đặc điểm cơ bản của nguồn luật hệ

thống pháp luật thuộc dòng họ pháp luật xã hội chủ nghĩa, trong đó nguồn luật chính yếu là luật thành văn. Luật thành văn gồm có hiến pháp, luật và các văn bản dưới luật do Chính phủ trung ương và các cơ quan chính quyền địa phương ban hành.

3.1. Hiến pháp

Hiến pháp năm 1982 của Trung Quốc được xây dựng trên cơ sở kế thừa các bản Hiến pháp năm 1954, 1975, 1978 và được xem là văn bản pháp luật có giá trị hiệu lực cao nhất ở Trung Quốc. Hiến pháp quy định về cơ cấu của Chính phủ, thừa nhận nguyên tắc chung trong hoạt động của Chính phủ và trong quản lý xã hội và liệt kê các quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân Trung Quốc.

Theo Hiến pháp năm 1982, cơ cấu chính phủ Trung Quốc gồm có cơ quan lập pháp, cơ quan hành pháp và cơ quan tư pháp. Cơ quan lập pháp của Trung Quốc là Quốc hội của nhân dân (National People's Congress), là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất.⁽¹⁾ Quốc hội chỉ có một viện và các đại biểu Quốc hội có nhiệm kỳ năm năm. Quốc hội có quyền làm luật và ban hành luật áp dụng trên toàn quốc, quyền sửa đổi Hiến pháp, bầu và miễn nhiệm Chủ tịch, Phó chủ tịch nước, bầu và miễn nhiệm Chánh án Toà án nhân dân tối cao, quyết định những vấn đề về chiến tranh và hoà bình.⁽²⁾ Ủy ban thường trực của Quốc hội là cơ quan của Quốc hội, hoạt động giữa các kì họp Quốc Hội, có quyền ban hành, sửa đổi và bổ sung luật đã được Quốc hội thông qua.⁽³⁾

(1).Xem: *The Constitution of the People's Republic of China* (1982), Article 57.

(2).Xem: *The Constitution of the People's Republic of China* (1982), Articles: 58, 62, 63.

(3).Xem: *The Constitution of the People's Republic of China* (1982), Articles: 57, 60, 62 – 69, 89.

Các cơ quan quyền lực của nhân dân ở địa phương (tỉnh, thành phố, các khu tự trị) cũng có quyền ban hành các văn bản pháp luật thuộc thẩm quyền của mình với điều kiện những văn bản pháp luật đó không trái với hiến pháp và pháp luật do Quốc hội ban hành và không mâu thuẫn với những văn bản pháp luật do các cơ quan quyền lực địa phương cấp trên ban hành. Hiến pháp cũng quy định⁽¹⁾ về cơ cấu, thẩm quyền và nghĩa vụ của các cơ quan quyền lực của nhân dân ở địa phương.⁽¹⁾

Cơ quan hành pháp đứng đầu là Chủ tịch và Phó chủ tịch nước, do Quốc hội bầu với nhiệm kì năm năm và được giữ chức vụ không quá hai nhiệm kì liên tục. Chủ tịch nước có quyền ban hành văn bản pháp luật, bổ nhiệm và miễn nhiệm các thành viên của Hội đồng Nhà nước, phát lệnh đại xá, tuyên bố luật về chiến tranh, trạng thái chiến tranh cũng như tiếp đãi các nhà ngoại giao nước ngoài và phê chuẩn hoặc bãi bỏ các điều ước quốc tế với các nước khác. Phó chủ tịch nước chịu trách nhiệm giúp Chủ tịch nước thực thi nhiệm vụ của mình và thực hiện các công việc theo sự uỷ quyền của Chủ tịch nước.⁽²⁾

Hội đồng Nhà nước là Chính phủ nước Cộng hoà Nhân dân Trung Hoa, là cơ quan quản lí nhà nước cao nhất hoạt động theo nhiệm kì năm năm. Hội đồng Nhà nước gồm có Thủ tướng, Phó thủ tướng, các Uỷ viên Hội đồng Nhà nước, các bộ trưởng, các Chủ tịch Uỷ ban trực thuộc Chính phủ, Tổng kiểm toán, và Tổng thư kí. Hội đồng Nhà nước có một số chức năng và thẩm quyền như: thông qua các biện pháp, các quy chế và mệnh lệnh

(1). Xem: *The Constitution of the People's Republic of China* (1982), Articles: 95 – 111.

(2). Xem: *The Constitution of the People's Republic of China* (1982), Articles: 79 – 84.

hành chính; đệ trình các dự luật trước Quốc hội; hoạch định và thi hành các kế hoạch phát triển kinh tế, xã hội, thực hiện các công việc ngoại giao kể cả kí kết các điều ước quốc tế, các thỏa thuận với các quốc gia khác; bảo vệ quyền của các kiều bào Trung Quốc ở nước ngoài và thực thi các chức năng khác theo sự uỷ quyền của Quốc hội.⁽¹⁾

Cơ quan tư pháp gồm các toà án nhân dân các cấp, thực hiện chức năng xét xử trên phạm vi toàn quốc. Tổ chức bộ máy của hệ thống toà án và thẩm quyền của từng cấp toà án đã được nghiên cứu cụ thể ở Phần II, Mục 2 của Chương này.

Những nguyên tắc chung được đưa vào nội dung Hiến pháp năm 1982 gồm: quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân (Article 2); quyền bình đẳng của mọi công dân Trung Quốc trước pháp luật (Article 4); nguyên tắc pháp trị (rule of law) áp dụng với cả Nhà nước và những chủ thể khác (Article 5); vai trò của Nhà nước trong nền kinh tế (Articles: 14 - 15).

Các quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân được đưa vào Hiến pháp gồm: Quyền bình đẳng trước pháp luật (Article 33), quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí, hội họp, quyền tự do lập hội, diễu hành, biểu tình (Article 35); quyền và nghĩa vụ đối với nền giáo dục (Article 46); nghĩa vụ thực hiện kế hoạch hoá gia đình (Article 49) và nghĩa vụ đóng thuế (Article 56).

Ngoài ra, khi nói đến luật hiệp pháp của Trung Quốc còn phải đề cập hai bản Tiêu Hiến pháp của Hong Kong và Macau. Đây là luật cơ bản được ban hành để thành lập các đặc khu hành chính này ở Trung Quốc.

(1). Xem: *The Constitution of the People's Republic of China* (1982). Articles: 85 – 89.

3.2. Luật và các văn bản dưới luật

Nhìn chung, luật có thể do Quốc hội hoặc Ủy ban thường vụ Quốc hội ban hành. Ủy ban thường vụ Quốc hội còn ban hành cả quy chế, quyết định và nghị quyết.

Văn bản dưới luật có thể do các cơ quan quyền lực và cơ quan quản lý nhà nước ở trung ương và địa phương ban hành. Ví dụ: Hội đồng Nhà nước, các bộ và các ủy ban trực thuộc có quyền ban hành quy chế. Các cơ quan lập pháp và cơ quan quản lý nhà nước ở địa phương cũng có quyền ban hành quy chế áp dụng trong phạm vi địa phương mình. Các khu tự trị cũng có quyền ban hành các quy chế tự trị và quy chế đặc biệt.

Các đặc khu hành chính Hong Kong và Macau có quyền làm luật riêng với điều kiện các văn bản pháp luật đó không trái với Tiểu Hiến pháp và với Hiến pháp nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa.

3.3. Điều ước quốc tế

Hiến pháp năm 1982 không quy định cụ thể về mối quan hệ giữa luật quốc tế và luật trong nước. Tuy nhiên, trên thực tế cách làm luật của Trung Quốc đã tự động coi luật quốc tế là bộ phận của pháp luật Trung Quốc, trừ trường hợp Trung Quốc bảo lưu một điều khoản nào đó trong điều ước quốc tế thì điều khoản đó sẽ không được đưa vào nội luật để thực thi.

3.4. Phán quyết của tòa

Khác với các hệ thống pháp luật thuộc truyền thống common law, Trung Quốc không có khái niệm tiền lệ pháp theo đúng nghĩa của nó. Về phương diện lý thuyết, mỗi vụ án có bản án riêng của mình và sẽ không ràng buộc các tòa án khác trong thực

tiền xét xử. Tuy nhiên, trên thực tế, thẩm phán của toà án nhân dân cấp dưới thường cố gắng tuân theo cách giải thích luật trong phán quyết của Toà án nhân dân tối cao. Hơn nữa, các toà án cấp trên có thể sử dụng phán quyết xét xử phúc thẩm của mình như bản án có giá trị ràng buộc toà án cấp dưới đã xét xử sơ thẩm vụ việc đó. Như vậy, phán quyết của toà ở mức độ nào đó cũng được coi là nguồn luật.

4. Đào tạo luật và nghề luật ở Trung Quốc

4.1. Đào tạo luật

Để lấy bằng cử nhân luật, sinh viên phải theo học ba năm tại trường đại học. Chương trình giảng dạy được thiết kế tương tự như ở các nước thuộc dòng họ civil law và tương phản với các nước thuộc dòng họ common law, đó là chủ yếu tập trung giảng dạy các bộ luật và đạo luật. Sinh viên buộc phải làm quen với rất nhiều loại luật khác nhau và vì thế ít có thời gian để đào sâu kiến thức. Trong vài năm gần đây, chương trình giảng dạy luật đã tăng cường nội dung mới đó là giảng dạy về những phán quyết điển hình của toà bên cạnh việc giảng dạy luật thành văn.

Sau khi có bằng cử nhân luật, cử nhân có thể học tiếp để lấy bằng thạc sĩ luật học hoặc tiến sĩ luật học hoặc có thể dành ra hai năm thực tập nghề luật, tích lũy kinh nghiệm để tham dự kì thi do đoàn luật sư tổ chức hai lần trong một năm. Nếu thí sinh vượt qua kì thi nói trên, thí sinh có thể nộp đơn xin cấp chứng chỉ hành nghề luật sư.

Tuy nhiên, những phẩm chất cần có của một luật sư có thể đạt được mà không cần có bằng cử nhân luật. Người có bằng cử nhân không phải là cử nhân luật đã hoàn tất ba năm thực tập về nghề

luật để lấy kinh nghiệm hoặc đã làm việc với một thẩm phán hoặc một công tố viên cũng có thể được công nhận có đủ phẩm chất để hành nghề luật. Tuy nhiên, họ cũng phải tham dự kì thi do đoàn luật sư tổ chức.

4.2. Nghề luật

Đầu thập kỉ thứ tám của thế kỉ XX, cùng với việc thực hiện chính sách cải tổ và mở cửa, Trung Quốc đã tăng cường quan hệ thương mại và hợp tác kĩ thuật với các nước trên thế giới và vì vậy nhiều công ti đa quốc gia đã tới Trung Quốc để mở rộng địa bàn kinh doanh. Trong bối cảnh đó, dịch vụ pháp lí nói riêng và nghề luật nói chung ở Trung Quốc đã bước đầu được coi trọng. Các công ti luật nước ngoài đã bắt đầu xâm nhập thị trường Trung Quốc. Tuy nhiên, mãi tới năm 1989, Chính phủ Trung Quốc mới nghiên cứu việc cho phép các công ti luật nước ngoài trực tiếp thành lập chi nhánh ở Trung Quốc và mãi tới ngày 01 tháng 7 năm 1992, được sự chấp thuận của Hội đồng Nhà nước, Bộ tư pháp Trung Quốc mới chính thức thực hiện chương trình thử nghiệm, cho phép các công ti luật nước ngoài được thành lập và hoạt động tại Trung Quốc. Nghề luật ở Trung Quốc, mặc dù vậy, vẫn ở giai đoạn đang hình thành và kém xa về mức độ phát triển so với nghề luật ở các nước phát triển.

Sau khi gia nhập WTO, hàng rào thuế quan của Trung Quốc được hạ thấp và sự thừa nhận nền kinh tế đa thành phần đã thu hút các công ti nước ngoài đầu tư vào Trung Quốc. Các giao dịch thương mại quốc tế tăng vọt, tạo thêm việc làm cho các luật sư Trung Quốc đồng thời các doanh nghiệp trong nước cũng phải tổ chức lại và đối mặt với nhiều thách thức cần đến dịch vụ pháp lí

do các luật sư cung cấp. Thực tế này đã đòi hỏi luật sư Trung Quốc phải được trang bị tốt không chỉ kiến thức pháp luật mà cần có cả ngoại ngữ. Trên thực tế, sau khi gia nhập WTO, nghề luật sư đã trở thành sự lựa chọn số một ở Trung Quốc.

Theo Luật luật sư của Cộng hoà nhân dân Trung Hoa năm 1996, để trở thành luật sư ở Trung Quốc, ứng cử viên phải có được phẩm chất nghề nghiệp bằng hai cách: vượt qua kì thi luật quốc gia hoặc được các cơ quan có thẩm quyền của ngành tư pháp công nhận. Chính phủ sẽ đứng ra tổ chức kì thi luật quốc gia để đánh giá thí sinh có đủ phẩm chất của luật sư hay không. Những người đã được đào tạo ba năm tại các khoa luật hoặc những người có bằng cử nhân hoặc bằng cao hơn trong các lĩnh vực khoa học khác đều có thể tham dự kì thi này để được công nhận có đủ phẩm chất của luật sư.⁽¹⁾ Đây là một kì thi nổi tiếng về mức độ khó của bài thi và tỉ lệ đỗ rất thấp. Theo các con số thống kê, năm 2002 chỉ có 6.68% thí sinh dự tuyển được chấp nhận; năm 2003, 2004 và 2005 tỉ lệ này lần lượt là 8,75%, 11,22%, và 14,39%. Trong năm 2006, có hơn 280 thí sinh dự tuyển nhưng chỉ có vài thí sinh đỗ ngay lần thi đầu, phần lớn các thí sinh khác đều phải qua lần thi thứ ba, thứ năm và thậm chí phải thi lại rất nhiều lần mới đỗ.⁽²⁾

Sau khi thi đỗ kì thi nói trên, ứng cử viên còn phải thực tập một năm tại văn phòng hay công ti luật. Chỉ sau khi đã hoàn tất thời gian thực tập, ứng cử viên mới được cấp chứng chỉ đồ để hành nghề luật sư.

(1).Xem: "The Lawyers Law", Article 6.

(2).Xem: "Worrying Truth for Chinese Lawyers", <http://www.china.org.cn>.

Những người đã được đào tạo bốn năm hoặc lâu hơn tại khoa luật và đã công tác trong lĩnh vực giảng dạy và nghiên cứu luật và có chức danh nghề nghiệp cao hoặc có phẩm chất nghề nghiệp tương ứng có thể nộp hồ sơ xin giấy phép hành nghề tại các cơ quan tư pháp có thẩm quyền của Hội đồng Nhà nước.⁽¹⁾

Giấy phép hành nghề luật sư cần được đăng kí lại hàng năm tại Văn phòng tư pháp tỉnh, thành phố hoặc khu tự trị. Những luật sư không tuân thủ quy định này, giấy phép hành nghề của họ sẽ bị vô hiệu hoá. Mỗi luật sư có giấy phép hành nghề hợp lệ chỉ được phép hành nghề tại một văn phòng luật sư, tại một thời điểm và hành nghề dưới danh nghĩa công ti hoặc văn phòng nơi họ là thành viên. Việc hành nghề của các luật sư không bị giới hạn về địa giới hành chính.⁽²⁾ Người đang làm công tác giảng dạy và nghiên cứu luật không được đồng thời là thành viên trong công ti luật hợp danh hoặc bất kì công ti luật nào.

Các luật sư bắt buộc phải tham gia vào đoàn luật sư địa phương. Thành viên của đoàn luật sư địa phương cũng đồng thời là thành viên đoàn luật sư quốc gia.

(1).Xem: "*The Lawyers Law*", Article 7.

(2).Xem: "*The Lawyers Law*", Articles: 10 & 12.

CHƯƠNG VII

HỆ THỐNG PHÁP LUẬT CỦA MỘT SỐ QUỐC GIA Ở ĐÔNG NAM Á

Các quốc gia Đông Nam Á với hơn 560 triệu dân có những đặc điểm riêng về lịch sử, truyền thống, địa lí, thành phần dân cư, trình độ phát triển kinh tế, chính trị, tôn giáo... là nền tảng tạo nên sự đa dạng về xã hội và hệ thống pháp luật. Tuy nhiên, trong sự đa dạng đó vẫn có những điểm tương đồng nhất định. Sự giao lưu và tiếp biến giữa các nền văn hoá, sự tương đồng về lịch sử, truyền thống, dân tộc của các quốc gia trong khu vực đã tạo điều kiện thuận lợi cho các hệ thống pháp luật ở khu vực này có những điểm tương đồng.

Dường như tư tưởng “thống nhất trong đa dạng” là nền tảng cho việc xây dựng hệ thống pháp luật của mỗi các quốc gia trong khu vực này. Sự đa dạng về dân tộc, tôn giáo, tín ngưỡng, tập quán và truyền thống của mỗi quốc gia đặt ra yêu cầu phải xây dựng hệ thống pháp luật nhằm giải quyết một cách hài hoà các mối quan hệ giữa pháp luật với các phương tiện điều chỉnh khác trong xã hội. Việc giải quyết một cách hợp lí mối quan hệ này để đảm bảo sự tồn tại hoà bình trong quốc gia thống nhất của các dân tộc và các tôn giáo khác nhau.

Như vậy, điểm tương đồng dễ dàng nhận thấy giữa các hệ thống pháp luật trong khu vực Đông Nam Á là tôn giáo và tín ngưỡng truyền thống có ảnh hưởng mạnh mẽ đối với các hệ thống pháp luật của các nước này. “Ở Đông Nam Á, hầu hết các hệ thống pháp luật, thậm chí, Thái Lan, Philippines, Singapore, những nước không có đa số người Hồi giáo, vẫn coi luật Hồi giáo như là hệ thống pháp luật tách biệt”.⁽¹⁾ Tuy nhiên, ở các quốc gia này đã giải quyết được một cách hợp lý mối quan hệ giữa hệ thống pháp luật của quốc gia với Luật Hồi giáo. Sự tồn tại của toà án Hồi giáo bên cạnh hoặc trong hệ thống toà án của Nhà nước chính là biểu hiện của việc giải quyết một cách hợp lý mối quan hệ giữa tín điều tôn giáo và pháp luật của Nhà nước.

Vai trò của hiến pháp trong hệ thống pháp luật cũng là một trong những điểm chung đáng chú ý. Ở hầu hết các quốc gia Đông Nam Á, Hiến pháp giữ vai trò là đạo luật tối cao trong hệ thống pháp luật. Ngay cả Singapore và Malaysia - những hệ thống pháp luật chịu ảnh hưởng rất lớn của hệ thống pháp luật Anh nhưng lại duy trì hiến pháp thành văn và xác định rõ giá trị tối cao của hiến pháp. Hơn nữa, để bảo đảm tính tối cao của hiến pháp, các quốc gia này đã xây dựng cơ chế bảo hiến theo mô hình tập trung theo đó quyền bảo vệ giá trị tối cao của hiến pháp được trao cho toà án tối cao (Singapore, Malaysia, Philippines) hoặc toà án hiến pháp (Thái Lan, Indonesia). Có thể nhận xét ngắn gọn rằng với các hệ thống pháp luật chịu ảnh hưởng ít nhiều từ

(1). Xem: Andrew Harding, *Global doctrine and local knowledge: Law in South East Asia*. International and Comparative Law Quarterly. Vol 15 (2002). tr. 40.

common law, vai trò giám sát hiến pháp thường chủ yếu do toà án tối cao đảm nhiệm. Trong khi đó, quyền giám sát hiến pháp ở các nước chịu ảnh hưởng của dòng họ civil law được trao cho toà án hiến pháp - thiết chế pháp lí độc lập với các toà án khác trong nhánh quyền lực tư pháp.

Sự tồn tại của toà án gia đình với vị trí độc lập trong hệ thống toà án của nhiều nước Đông Nam Á cho thấy ảnh hưởng của văn hoá phương Đông đối với tổ chức toà án của các quốc gia này. Đặc biệt, những khác biệt trong thủ tục tố tụng tại toà án gia đình so với thủ tục tố tụng tại các toà án khác đã phản ánh phần nào tính chất đặc thù của lĩnh vực pháp luật gia đình trong các hệ thống pháp luật khu vực Đông Nam Á.

Một điểm đáng chú ý khác của các hệ thống pháp luật trong khu vực Đông Nam Á là vấn đề đào tạo luật và nghề luật. Trừ Philippines là quốc gia có hệ thống đào tạo luật chịu ảnh hưởng khá sâu sắc của hệ thống pháp luật Hoa Kỳ - yêu cầu người đăng kí học ngành luật phải có bằng đại học của ngành khác trước khi học luật, hầu hết các nước còn lại đều xây dựng chương trình đào tạo đại học luật cho những người tốt nghiệp phổ thông trung học. Có lẽ, sự ảnh hưởng của truyền thống đào tạo luật của các nước châu Âu đã làm cho các hệ thống pháp luật này xây dựng hệ thống đào tạo luật theo mô hình đó.

Bên cạnh những điểm tương đồng đó, có thể khẳng định rằng mỗi quốc gia có những điểm đặc thù về lịch sử, truyền thống dân tộc, thành phần dân cư, địa lí... Những khác biệt đó là những nhân tố cơ bản tạo ra những đặc thù riêng cho mỗi hệ

thống pháp luật trong khu vực. Chính những khác biệt này đã tạo nên sự đa dạng của hệ thống pháp luật của các quốc gia trong khu vực Đông Nam Á.

Trong lịch sử của các nước Đông Nam Á, đa số các nước (trừ Thái Lan) đã từng là thuộc địa của các nước châu Âu. Quá trình thuộc địa hoá đó đã làm cho hệ thống pháp luật của các quốc gia trong khu vực này chịu ảnh hưởng của các truyền thống pháp luật châu Âu. Ví dụ, Việt Nam, Lào, Campuchia là thuộc địa của Pháp, Indonesia là thuộc địa của Bồ Đào Nha và sau đó là Hà Lan, Philippines là thuộc địa của Tây Ban Nha... Vì vậy, hệ thống pháp luật của các quốc gia này đã tiếp nhận những nhân tố của dòng họ civil law dù rằng việc tiếp nhận đó diễn ra ở từng nước với các mức độ khác nhau. Các nước khác như Singapore, Malaysia, Brunei là thuộc địa của Anh trong một thời gian khá dài cũng đã ảnh hưởng pháp luật của Anh: vì thế hệ thống pháp luật của các nước này lại có những nét đặc trưng của dòng họ common law. Riêng Philippines là thuộc địa của Tây Ban Nha và sau đó là của Mỹ cho đến khi giành độc lập đã làm cho hệ thống pháp luật của nước này trở thành hệ thống pháp luật hỗn hợp.

Tuy nhiên, trước khi bị xâm chiếm làm thuộc địa, nhiều vùng lãnh thổ ở các quốc gia Đông Nam Á đã tiếp nhận đạo Hồi, vì vậy, pháp luật ở các nước này có sự pha trộn đan xen giữa pháp luật của chính quyền và Luật Hồi giáo. Mặc dù vậy, sự pha trộn này không hoàn toàn giống nhau vì pháp luật của chính quyền ở các vùng lãnh thổ này chứa đựng những yếu tố của các dòng họ khác nhau. Hơn nữa, do số lượng cư dân Hồi giáo ở các nước này cũng không giống nhau; chẳng hạn, Malaysia và Indonesia có số lượng

cư dân Hồi giáo chiếm khá đông, nên phạm vi áp dụng của Luật Hồi giáo ở các quốc gia này khác với phạm vi áp dụng Luật Hồi giáo ở Thái Lan hoặc Singapore hoặc Philippines.⁽¹⁾

Nhân tố chính trị, kinh tế cũng góp phần làm cho các hệ thống pháp luật ở những khu vực này trở nên đa dạng. Việt Nam, Lào là những ví dụ điển hình trong một thời gian dài xây dựng mô hình xã hội chủ nghĩa theo kiểu Đông Âu đã làm cho hệ thống pháp luật của các nước này ít nhiều bị ảnh hưởng bởi những đặc điểm của dòng họ pháp luật XHCN truyền thống. Ngày nay, các nước này đang chuyển sang nền kinh tế thị trường, cùng với quá trình hội nhập và sự hỗ trợ của các nước phát triển nên hệ thống pháp luật của các nước này đã tiếp nhận những nhân tố pháp luật từ hệ thống pháp luật của các nước phát triển.

Trình độ phát triển kinh tế không đồng đều của các nước trong khu vực này cũng là yếu tố dẫn đến sự khác biệt trong hệ thống pháp luật của các quốc gia trong khu vực này. Singapore với sự phát triển mạnh mẽ về kinh tế đã làm cho hệ thống pháp luật của nước này, nhất là pháp luật thương mại có những bước phát triển khá xa so với các nước khác trong khu vực.

Như vậy, điểm nổi bật của hệ thống pháp luật các nước Đông Nam Á là đa số pháp luật của các nước này đều có sự tiếp nhận hoặc ảnh hưởng của các hệ thống pháp luật của các nước phát triển. Mặc dù có những điểm tương đồng nhất định đó, chúng ta cũng không thể phủ nhận rằng pháp luật của các nước trong khu vực này có những đặc điểm riêng do tác động của yếu tố văn hoá truyền thống và điều kiện kinh tế xã hội. Chính điều này đã làm

(1). Xem: <http://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/index.html>

cho mỗi hệ thống pháp luật trong khu vực này có những đặc điểm riêng. Thêm vào đó, sự pha trộn và ảnh hưởng của những yếu tố thuộc nhiều dòng họ pháp luật khác nhau đã tạo nên tính đa dạng và phức tạp của các hệ thống pháp luật của các nước Đông Nam Á. Những nét riêng biệt của từng hệ thống pháp luật của các quốc gia trong khu vực này chính là rào cản nhất định trong quá trình xây dựng hệ thống các quy định để áp dụng chung trong tất cả các nước ở khu vực Đông Nam Á.

Những điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật trong khu vực này cần được nghiên cứu sâu hơn cả ở cấp độ vĩ mô và cấp độ vi mô nhằm góp phần vào việc hài hoà hoá pháp luật và nhất thể hoá pháp luật của khu vực Đông Nam Á. Nghiên cứu so sánh hệ thống pháp luật của các quốc gia trong khu vực Đông Nam Á sẽ góp phần cho mục tiêu xây dựng “ASEAN thống nhất trong đa dạng”.

Phần dưới đây sẽ tìm hiểu một số hệ thống pháp luật của các nước trong khu vực Đông Nam Á.

I. HỆ THỐNG PHÁP LUẬT INDONESIA

1.1. Khái quát chung

“Thống nhất trong đa dạng” là phương châm và triết lý pháp luật nền tảng của Indonesia.⁽¹⁾ Sự thống nhất các yếu tố văn hoá, ngôn ngữ, dân tộc, tôn giáo và đức tin truyền thống của các thành phần xã hội khác nhau của Indonesia thể hiện trong suốt quá trình hình thành và phát triển của quốc gia đông dân nhất khu vực Đông Nam Á này. Vì thế, nếu không nắm vững được lịch sử và

(1). Xem: “Asian legal systems, Law, society and pluralism in East Asia”. Butterworths -1997, tr. 203.

địa lí của quốc gia này, sẽ khó có thể lí giải được tại sao các nhà sáng lập quốc gia này luôn tìm cách duy trì nguyên tắc “thống nhất trong đa dạng” trong đời sống xã hội của Indonesia nói chung và trong hệ thống pháp luật của mình nói riêng.

Indonesia là quốc gia quần đảo lớn nhất thế giới với hơn 17000 hòn đảo lớn nhỏ khác nhau, trong số đó chỉ có khoảng 6000 hòn đảo có dân cư sinh sống. Năm hòn đảo lớn nhất là Kalimantan, Sumatra, Irian Jaya, Sulawesi và Java.⁽¹⁾ Địa hình của Indonesia rất đa dạng. Nếu như Java là hòn đảo màu mỡ nhất nhờ hoạt động của các ngọn núi lửa và khí hậu nhiệt đới đã tạo cho nó điều kiện tự nhiên thuận lợi cho việc phát triển nông nghiệp thì Sumatra lại là hòn đảo với nhiều dòng sông có tầm quan trọng đặc biệt cho việc phát triển giao thông ở đây.

Lịch sử của Indonesia là lịch sử của các vương quốc cổ đại, quá trình xâm chiếm và thuộc địa hoá, quá trình cách mạng nền độc lập. Trước khi người châu Âu đầu tiên đặt chân đến năm 1511, Indonesia đã chịu ảnh hưởng rất mạnh từ đạo Phật và đạo Hindu. Các nghiên cứu của các nhà sử học ở Indonesia cho thấy các đức tin khác nhau như đạo Phật, đạo Hindu và đức tin truyền thống đã tồn tại trên quần đảo này từ thế kỉ thứ 5 gắn liền với các vương quốc tôn giáo khác nhau. Các vương quốc nhỏ của đạo Hindu đã hình thành và phát triển ở quần đảo Indonesia từ khoảng gần 2000 năm trước đây với những đặc trưng về ngôn ngữ, tôn giáo, tập quán và nghệ thuật đã ảnh hưởng sâu sắc và lâu dài đến nền văn hoá Indonesia. Cũng trong khoảng thời gian đó, Phật giáo của những người Ấn Độ cũng đã thâm nhập vào

(1).Xem: <http://www.indonesia.go.id/en/index.php/content/view/112/336/>

Indonesia và sự tồn tại của các nhà nước Phật giáo cũng đã ảnh hưởng mạnh mẽ đến nền văn hoá của Indonesia.⁽¹⁾ Những đức tin truyền thống gắn với người Malay - trong thời kì đầu cùng với đạo Phật và đạo Hindu đã làm cho Indonesia sớm trở thành vùng đất đa tôn giáo.

Đến thế kỉ XII, đạo Hồi được các nhà buôn từ bờ biển phía tây của Ấn Độ đưa vào Indonesia và nhanh chóng ảnh hưởng mạnh đến các vùng đất của Indonesia. Sự thay thế các vương quốc Hindu bằng các vương quốc Hồi giáo ở thế kỉ XV đã làm cho đạo Hồi trở thành tôn giáo phổ biến ở Indonesia. Tuy nhiên, sự phổ biến của đạo Hồi từ thế kỉ XVI không có nghĩa là những giá trị văn hoá của các thời kì trước bị thay thế hoàn toàn.

Sự suy tàn của các vương quốc ở Indonesia do các cuộc chiến tranh lẫn nhau vào khoảng thế kỉ XV cùng với sự xâm chiếm của người Bồ Đào Nha vào đầu thế kỉ XVI đã tạo điều kiện cho đạo Cơ đốc được du nhập vào quần đảo Indonesia. Những điều kiện lịch sử ở thời kì này đã làm cho đạo Cơ đốc thấm thấu vào cộng đồng dân cư Indonesia. Đến cuối thế kỉ XVI, người Bồ Đào Nha đã bị những người dân bản xứ Hồi giáo đẩy lùi ra khỏi các vùng đất của họ và sau đó người Bồ Đào Nha chỉ còn kiểm soát được phần phía Đông của hòn đảo Timor.

Người Hà Lan tiến hành thuộc địa hoá quần đảo Indonesia trong khoảng 200 năm (từ cuối thế kỉ XVI đến cuối thế kỉ XVIII). Sau đó, vùng đất này được chuyển giao cho người Pháp khi quân đội của Napoleon Bonaparte lật đổ chính phủ Hà Lan. Sau gần 10 năm chịu sự cai trị của người Pháp và 4 năm cai trị của người

(1). Xem: <http://www.asianinfo.org/asianinfo/indonesia/pro-history.htm>

Anh ở đầu thế kỉ XIX, Indonesia lại chịu sự kiểm soát của Hà Lan trong suốt hơn 100 năm (1816-1942) đến khi quân đội Nhật Bản xâm chiếm vùng đất này trong Đại chiến thế giới lần thứ hai. Quá trình thuộc địa hoá của các nước này đã làm cho pháp luật Indonesia bị ảnh hưởng mạnh mẽ bởi pháp luật châu Âu lục địa, đặc biệt là của Hà Lan.

Sau ba năm dưới sự cai trị của quân đội Nhật Bản (1942-1945) các nhà cách mạng của Indonesia đã lãnh đạo nhân dân giành được độc lập. Indonesia bắt đầu thời kì xây dựng pháp luật hiện đại với những quan điểm không đồng nhất. Những giá trị văn hoá truyền thống lâu đời của người Indonesia vẫn được duy trì. Các tôn giáo khác nhau, đặc biệt là đạo Hồi cùng với đức tin truyền thống và các giá trị văn hoá của các cư dân ở các vùng khác nhau của quần đảo này vẫn được duy trì và không ngừng phát triển, mặc dù, có đến 90% cư dân của Indonesia là tín đồ Hồi giáo (đây cũng chính là lí do mà Indonesia được xếp vào nhóm quốc gia Hồi giáo). Các tín đồ Hồi giáo được phân bố ở các vùng khác nhau với những đặc điểm khác nhau về ngôn ngữ, tập quán và truyền thống. Bên cạnh đó, các tôn giáo khác như đạo Phật, đạo Hindu vẫn tồn tại và phát triển ở Indonesia.⁽¹⁾

Nền tảng lịch sử này đã tạo ra đất nước Indonesia đa dạng về văn hoá, tôn giáo, ngôn ngữ và dân tộc. Những khác biệt về văn hoá, tôn giáo, ngôn ngữ và dân tộc khiến các nhà xây dựng Indonesia nhận thấy rằng họ phải xây dựng Indonesia trong nền văn hoá “thống nhất trong đa dạng”. Những bất ổn về chính trị và

(1). Xem: “Asian legal systems. Law, society and pluralism in East Asia”, Butterworths -1997, tr. 202.

kinh tế trong thời gian dài sau khi giành được độc lập cũng chính là quá trình đấu tranh để đi đến việc kiên định tuân thủ triết lý xây dựng xã hội của người dân nước này.

“Thông nhất trong đa dạng” cũng là triết lý pháp luật của hệ thống pháp luật Indonesia. Điều này đã mang lại những nét riêng biệt của hệ thống pháp luật Indonesia so với các hệ thống pháp luật khác trong khu vực. Các luật gia của Indonesia đã đưa ra những bằng chứng cho thấy sự tồn tại một cách hoà hợp giữa các giá trị trong hệ thống pháp luật của Indonesia. Trước khi người châu Âu thuộc địa hoá Indonesia, pháp luật được áp dụng ở Indonesia trong các vương quốc khác nhau là sự kết hợp hài hoà giữa luật tập quán (adat) và những quy tắc phản ánh giá trị của các đức tin tôn giáo của đạo Phật, đạo Hindu và sau đó là đạo Hồi. Trong thời kì thuộc địa hoá của các nước châu Âu lục địa, đặc biệt là hai giai đoạn thuộc địa hoá của người Hà Lan, pháp luật Indonesia đã tiếp nhận những quan điểm và kỹ thuật pháp lý của dòng họ civil law. Vì thế, pháp luật Indonesia là hệ thống pháp luật hỗn hợp của luật tập quán, luật tôn giáo mà đặc biệt là luật Hồi giáo và civil law của châu Âu lục địa.

1.2. Hệ thống toà án

Bên cạnh Toà án hiến pháp mới được thành lập để xét xử các vấn đề về hiến pháp, Toà án tối cao của Indonesia là cơ quan xét xử cao nhất của Indonesia, hệ thống toà án của Indonesia bao gồm bốn loại toà án khác nhau là toà án thường, toà án hành chính, toà án tôn giáo, toà án quân sự. Những cải tổ gần đây trong hệ thống tư pháp của Indonesia đã hình thành thêm các toà án chuyên trách khác như toà thương mại, toà án về thuế, toà án giải

quyết các vấn đề liên quan đến trẻ em, toà án về quyền con người.

Việc phân chia thẩm quyền của các toà án trong hệ thống toà án của Indonesia được xác định dựa vào bản chất, đặc trưng của các loại tranh chấp. Vì vậy, trong thực tế, để xác định thẩm quyền của các toà án trong hệ thống toà án của Indonesia, các luật gia thường phải trả lời một số câu hỏi. Chẳng hạn, tranh chấp đó là tranh chấp mang tính chất cá nhân hay đó là tranh chấp mang tính chất công. Nếu là tranh chấp mang tính chất cá nhân thì nó có phải là những vấn đề liên quan đến lĩnh vực gia đình được điều chỉnh bởi luật Hồi giáo không? Còn nếu nó là tranh chấp mang tính chất công thì đó là tranh chấp được khởi kiện bởi các cơ quan nhà nước hay được khởi kiện bởi cá nhân? Nếu là tranh chấp được khởi kiện từ cơ quan nhà nước thì người bị kiện là cá nhân thông thường hay là người đang phục vụ trong quân đội? Nếu đó là tranh chấp mang tính chất công thì người bị kiện có phải là công chức hay cơ quan công quyền không?... Trả lời những câu hỏi này sẽ giúp cho các luật sư có thể xác định được vụ việc cụ thể nào đó thuộc thẩm quyền xét xử của loại toà án nào.⁽¹⁾

- Toà án tối cao: Cơ quan xét xử cao nhất của Indonesia là Toà án tối cao. Toà án tối cao có thẩm quyền giám đốc thẩm các phán quyết của các toà án cấp dưới, giám sát đối với các sắc lệnh hoặc các văn bản dưới luật để đảm bảo sự phù hợp của chúng đối với các đạo luật; và thực hiện các thẩm quyền khác được pháp

(1).Xem: Hikmahanto Juwana, Dispute Resolution Process in Indonesia, IDE Asian Law Series No. 21, The Institute of Developing Economies, Japan External Trade Organization, tr. 11.

luật quy định.⁽¹⁾

Đây là thiết chế độc lập với các thiết chế của các nhánh quyền lực khác. Vị trí của Toà án tối cao cho thấy tầm quan trọng của Toà đối với định hướng phát triển của hệ thống pháp luật của Indonesia. Tầm quan trọng của Toà án tối cao là sự độc lập của nhánh quyền lực tư pháp càng được tăng cường hơn sau sự cải cách hệ thống toà án năm 1999. Trước năm 1999, các toà án cấp dưới chịu sự quản lý và phụ thuộc về tài chính, nhân sự và tổ chức của các cơ quan hành pháp như Bộ tư pháp và các bộ khác có liên quan. Chẳng hạn, các toà án thường chịu sự quản lý của Bộ tư pháp, các toà án quân sự chịu sự quản lý của Bộ quốc phòng, các toà án tôn giáo chịu sự quản lý của Bộ các vấn đề về tôn giáo. Luật số 43 năm 1999, một số sửa đổi Hiến pháp năm 2001 và các đạo luật về hệ thống tư pháp được ban hành từ năm 2005 đến 2006 đã tạo điều kiện cho việc thiết lập hệ thống toà án thống nhất.⁽²⁾ Theo đó, sự độc lập của hệ thống tư pháp được tăng cường khi việc quản lý đối với các toà án cấp dưới (trừ các toà án quân sự) được chuyển từ các cơ quan hành pháp sang Toà án tối cao. Vì thế, tất cả các toà án đều chịu sự chỉ đạo của Toà án tối cao trong thủ tục tố tụng và trong hoạt động chuyên môn.

Trong thủ tục tố tụng, giống như toà án cao nhất của nhiều hệ thống pháp luật khác, Toà án tối cao Indonesia chỉ xem xét tính chính xác về vấn đề pháp luật được áp dụng ở các toà án cấp dưới mà không xem xét về tình tiết của vụ việc. Chức năng giám đốc

(1). Xem: Article 24A, Constitution of the Republic of Indonesia

(2). Xem: Rifqi S. Asegaf, *Reforming Laws and Institutions in Indonesia: An Assessment* - Institute of Developing Economies, Japan External Trade Organization, ASED Series No. 74 tr. 16. (<http://www.ide.go.jp/English/Publish/Asedp/index.html>).

thậm là chức năng cơ bản nhất của Toà án tối cao Indonesia. Việc xét xử giám đốc thẩm tại Toà án tối cao Indonesia thường chỉ được thực hiện trong trường hợp không còn giải pháp nào khác ở các toà án cấp dưới có thể đạt được sự công bằng. Thông thường, Toà án tối cao sẽ huỷ bỏ phán quyết của các toà án cấp dưới khi xác định rằng quyết định của toà án cấp dưới trái với các quy định trong các đạo luật và các văn bản điều chỉnh những vấn đề có liên quan thuộc phạm vi điều chỉnh của văn bản luật; hoặc toà án cấp dưới ra phán quyết vượt quá thẩm quyền do pháp luật quy định; hoặc khi toà án cấp dưới áp dụng luật không phù hợp hoặc không đúng thủ tục tố tụng.⁽¹⁾

Đồng thời, theo quy định của pháp luật, Toà án tối cao còn có thẩm quyền kiểm tra và giám sát hoạt động xét xử của toà án cấp dưới thông qua việc yêu cầu các toà án cấp dưới lập hồ sơ về các vụ việc đã xét xử và chuyển lên Toà án tối cao. Tuy nhiên, thẩm quyền này ít khi được thực hiện do sự quá tải các vụ việc của Toà án tối cao.⁽²⁾ Việc kiểm tra này được thực hiện trong các trường hợp: có bằng chứng về sự dối trá một trong các bên tranh chấp làm cho Toà án tối cao chú ý sau khi đã có phán quyết; những chứng cứ mới liên quan đến vụ việc được tìm ra; mức phạt lớn hơn nhiều so với yêu cầu; một phần của khiếu kiện không được phán quyết và không có lí do để đưa ra phán quyết; trong cùng vụ việc, có những phán quyết khác nhau dựa vào cùng những cơ sở pháp lí; có sự bỏ sót của thẩm phán hoặc những sai sót hiển nhiên

(1).Xem: Indonesian Legal System, tr. 80-81. (<http://www.aseanlawassociation.org/legal-indonesia.html>).

(2).Xem: Indonesian Legal System, tr. 54. (<http://www.aseanlawassociation.org/legal-indonesia.html>).

của pháp luật.⁽¹⁾

Ở khía cạnh chỉ đạo chuyên môn, Toà án tối cao của Indonesia có thẩm quyền ra các chỉ thị để chỉ đạo hoạt động chuyên môn của toà án các cấp. Các chỉ thị này có ảnh hưởng rất lớn đối với việc thực hiện nhiệm vụ của các thẩm phán cũng như hỗ trợ cho các toà án cấp dưới thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình, đặc biệt là trong hoạt động xét xử. Các toà án cấp dưới đều xem nội dung của các chỉ thị của Toà án tối cao như là lời giải thích chính thức các quy định của pháp luật đặc biệt là những quy định trong các bộ luật của Hà Lan từ thời kì trước khi giành được độc lập.⁽²⁾

Bên cạnh việc ra các chỉ thị để hướng dẫn các toà án cấp dưới thực hiện chức năng của mình, Toà án tối cao còn có thẩm quyền kiểm tra hồ sơ, tài liệu liên quan đến các vụ án đã được các toà án cấp dưới xét xử và đánh giá năng lực của các thẩm phán ở các toà án cấp dưới. Đồng thời, Toà án tối cao còn có thẩm quyền xem xét và giải quyết các vấn đề trong trường hợp có sự xung đột về thẩm quyền của các toà án khác nhau ở cấp dưới.

- Toà án thường: Hệ thống toà án thường được chia thành hai cấp xét xử là cấp sơ thẩm và cấp phúc thẩm. Ở cấp sơ thẩm có hai loại toà án là toà lưu động khu vực (Circuit), toà án quận (District Court). Các toà án lưu động khu vực đặt tại các thị trấn nhỏ. Indonesia có khoảng 400 toà án khu vực. Các toà án quận thường đặt tại các quận của các thành phố lớn. Chẳng hạn, ở thành phố thủ đô Jakarta, có năm toà án quận (Toà án trung tâm Jakarta, Toà

(1).Xem: Asian legal systems, Law, society and pluralism in East Asia", Butterworths - 1997, tr. 253.

(2).Xem: Indonesian Legal System, tr. 54. (<http://www.aseanlawassociation.org/legal-indonesia.html>)

án vùng phía Bắc Jakarta, Toà án phía Nam Jakarta, Toà án phía Tây Jakarta và Toà án vùng phía Đông Jakarta). Indonesia có khoảng 300 toà cấp quận ở các thành phố lớn.⁽¹⁾ Các toà án sơ thẩm lưu động khu vực ở các thị trấn nhỏ và toà án sơ thẩm các quận đều có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các vụ án dân sự và hình sự. Theo quy định của Luật số 14 năm 1970 quy định các vấn đề về toà án cũng như về tổ tụng ở Indonesia, các vụ việc dân sự và hình sự tại các toà án cấp sơ thẩm phải được xét xử bằng một hội đồng có ba thẩm phán.⁽²⁾

Hệ thống toà án thường của Indonesia có 26 toà phúc thẩm được đặt ở các địa phương khác nhau trong toàn quốc. Các toà phúc thẩm thường xét xử với một hội đồng với ba thẩm phán để phúc thẩm các phán quyết của toà án sơ thẩm đối với tất cả các vụ việc về dân sự, hình sự và giải quyết các trường hợp tranh chấp về thẩm quyền của các toà án sơ thẩm. Các toà phúc thẩm không chỉ có thẩm quyền xét xử phúc thẩm các phán quyết của các toà án quận và toà án khu vực mà còn quản lí cả về chuyên môn các toà sơ thẩm thuộc phạm vi thẩm quyền của mình thông qua việc kiểm tra các hồ sơ, tài liệu của toà sơ thẩm khi cần thiết hoặc đánh giá năng lực và chất lượng của các toà án sơ thẩm.⁽³⁾

Trong các vụ việc dân sự, các toà án sơ thẩm xác định thẩm quyền trên cơ sở nơi cư trú của bị đơn mà không phụ thuộc vào nơi cư trú của nguyên đơn. Trong các vụ việc hình sự, các toà án

(1).Xem: Asian legal systems, Law, society and pluralism in East Asia, Butterworths - 1997, tr. 250.

(2).Xem: <http://www.aseanlawassociation.org/legal-indonesia.html>, Indonesian Legal System, tr. 53.

(3).Xem: <http://www.aseanlawassociation.org/legal-indonesia.html>, Indonesian Legal System, tr. 54.

cũng xét xử các vụ án hình sự nếu bị cáo là nước cư trú trong địa phương của mình hoặc hành vi phạm tội đó được thực hiện trong phạm vi thẩm quyền theo lãnh thổ của mình.

- Toà án thương mại: Về mặt tổ chức, toà án thương mại là toà chuyên trách thuộc hệ thống toà thường. Các toà án thương mại trong hệ thống toà án của Indonesia được thành lập ở cấp quận. Các toà án này xét xử sơ thẩm các tranh chấp thương mại với hội đồng có ba thẩm phán. Thẩm quyền của các toà án thương mại ở Indonesia tập trung chủ yếu vào các vụ việc liên quan đến vấn đề phá sản, nhãn hiệu hàng hoá, khiếu nại công nghiệp... Toà án thương mại đầu tiên ở Indonesia được thành lập năm 1999 tại quận trung tâm Jakarta. Phán quyết của các toà án thương mại sẽ được phúc thẩm tại Toà án tối cao của Indonesia.

- Toà án dành cho trẻ em: Toà án dành cho trẻ em cũng là toà chuyên trách thuộc hệ thống toà án thường được thành lập để thực hiện Công ước quốc tế về quyền trẻ em năm 1997. Theo quy định của pháp luật Indonesia, trẻ em là những người đã tròn 8 tuổi nhưng chưa đến 18 tuổi và chưa kết hôn. Thủ tục tố tụng tại toà án xét xử đối với trẻ em về cơ bản giống với thủ tục xét xử tại các toà án thường. Tuy nhiên, có một số quy định đặc biệt được áp dụng để bảo vệ quyền và lợi ích của trẻ em trong toàn bộ quá trình tố tụng. Các vụ việc được xét xử tại toà án dành cho trẻ em luôn được xử kín và chỉ một số người có mối quan hệ gần gũi với trẻ em có thể được tham dự như bố, mẹ, người giám hộ... Tuy nhiên, các phán quyết của toà án sẽ được tuyên bố công khai.

- Toà án về quyền con người: Toà án về quyền con người được thành lập năm 2000 để thực thi các quy định trong Luật về

quyền con người của Indonesia năm 1999. Theo đó, toà án này được thành lập để bảo vệ các quyền con người đã được pháp luật Indonesia quy định. Toà án về quyền con người là toà án nằm trong hệ thống toà án thường.

- Toà án tôn giáo (Pengadilan Agama): Toà án tôn giáo hiện hành được thành lập theo Luật về toà án tôn giáo (Luật số 7/1989) để giải quyết các tranh chấp giữa các tín đồ Hồi giáo về các vấn đề cụ thể. Toà này có thể tiến hành xét xử các tranh chấp không chỉ của những tín đồ Hồi giáo địa phương mà cả những tín đồ Hồi giáo là người nước ngoài ở Indonesia. Indonesia có tổng số 305 toà án tôn giáo sơ thẩm và 21 toà án tôn giáo phúc thẩm. Các toà án tôn giáo sơ thẩm được thành lập ở các thị xã, thành phố có nhiều người Hồi giáo sinh sống, còn các toà án tôn giáo phúc thẩm được đặt ở các thành phố trung tâm của các tỉnh.

Thẩm quyền của toà án tôn giáo là xét xử các tranh chấp thuộc sáu lĩnh vực là: Hôn nhân gia đình, thừa kế, kế vị, quà tặng, hiến tặng tiền vì mục đích tôn giáo và bố thí tài sản cho người nghèo. Theo quy định của Luật về toà án tôn giáo, các bên tranh chấp có quyền tự do lựa chọn luật để áp dụng trước khi đưa tranh chấp vấn đề về thừa kế ra toà án. Các vụ việc chỉ được đưa ra toà án tôn giáo để xét xử với hai điều kiện là các bên tranh chấp đều là các tín đồ Hồi giáo và vấn đề tranh chấp là những vấn đề thuộc sự điều chỉnh của luật Hồi giáo.

Theo quy định của Luật về toà án tôn giáo, thủ tục tố tụng tại toà án này sẽ được áp dụng theo thủ tục tố tụng tại các toà án thường với một số ngoại lệ theo quy định của luật Hồi giáo. Toà án tôn giáo cũng khuyến khích các bên tự giải quyết tranh chấp

bằng hoà giải trước khi tiến hành các thủ tục pháp lý tại toà án. Thậm chí, trong trường hợp vụ việc đang được giải quyết tại toà án, nếu các bên tranh chấp thấy rằng có thể thoả thuận được thì các thẩm phán sẽ đình chỉ việc xét xử để các bên tranh chấp tiếp tục giải quyết tranh chấp bằng sự thoả thuận.

- Toà án quân sự: Theo quy định của Luật số 31 năm 1997, toà án quân sự bao gồm toà án quân sự sơ thẩm (Pengadilan Militer), toà án quân sự cấp cao (Pengadilan Militer Tinggi), Toà án quân sự tối cao (Pengadilan Militer Utama) và Toà án quân sự chiến tranh (Pengadilan Militer Pertempuran). Thẩm quyền xét xử của các toà án quân sự là các vụ án hình sự gắn liền với các thành viên của lực lượng quân đội. Theo quy định của pháp luật Indonesia, các hành vi vi phạm pháp luật về quân đội thì bị xét xử tại các toà án quân sự còn các hành vi vi phạm Bộ luật hình sự thì thuộc thẩm quyền xét xử của các toà án thường. Việc xét xử tại các toà án thường được tiến hành bởi hội đồng bao gồm ba thẩm phán.

- Toà án hành chính: Ngày 20/11/1986, Luật về toà án hành chính của Indonesia (Luật số 5 năm 1986) đã được Viện dân biểu (DPR) thông qua. Tuy nhiên, đến năm 1991, toà án hành chính mới được thành lập trên thực tế.⁽¹⁾ Toà án hành chính mặc dù ra đời muộn hơn so với các toà án thường, toà án quân sự và toà án tôn giáo nhưng lại là toà án có vai trò quan trọng chỉ sau toà án thường. Bởi vì, nó đã tạo điều kiện cho bất kì cá nhân nào cũng có thể khởi kiện khi họ cho rằng chính sách hoặc hoạt động của Chính phủ đã gây thiệt hại hoặc bất lợi đối với cộng đồng hoặc

(1).Xem: The Status of Administrative Judges, Supreme Court of The Republic of Indonesia, 11/2007. tr. 2. (www.admincourt.go.th/iasaj/eng/04_congress/nreport/EReportIndonesia.pdf)

các cá nhân trong cộng đồng đó.

Hệ thống toà án hành chính ở Indonesia có hai cấp toà án là toà án hành chính cấp quận và toà án hành chính phúc thẩm. Đến năm 1993, đã có tổng cộng 14 toà án hành chính cấp quận và bốn toà án hành chính phúc thẩm.⁽¹⁾ Thẩm quyền xét xử của các toà án hành chính chủ yếu là xét xử các khiếu kiện của công dân trong trường hợp họ cho rằng quyết định của cơ quan hành chính nhà nước trái với các quy định hiện hành hoặc khi công chức lạm dụng quyền hạn của mình được pháp luật quy định xâm phạm đến quyền và lợi ích của công dân. Trên thực tế, các vụ việc được xét xử tại toà án hành chính thường là sự tổng hợp của tất cả các trường hợp trên.⁽²⁾

Theo quy định của pháp luật, công dân có thể lựa chọn một trong hai trình tự khác nhau để giải quyết các tranh chấp hành chính. Theo đó, công dân có thể khiếu nại quyết định hành chính lên cấp trên của người đã ra quyết định hoặc khởi kiện ra toà án hành chính. Nếu các bên của tranh chấp không thoả mãn với quyết định của cơ quan cấp trên hoặc của toà sơ thẩm thì có thể yêu cầu toà án hành chính cấp cao xét xử phúc thẩm. Các phán quyết của toà án hành chính phúc thẩm có thể được xét xử tại Toà án tối cao.⁽³⁾

- Toà án thuế: Các toà án về thuế ở Indonesia được thành lập

(1). Xem: Asian legal systems, Law, society and pluralism in East Asia, Butterworths - 1997, tr. 250.

(2). Xem: Asian legal systems, Law, society and pluralism in East Asia, Butterworths - 1997, tr. 250.

(3) Xem: Indonesian Legal System, tr. 80-81. (<http://www.ascanlawassociation.org/legal-indonesia.html>).

từ năm 2000 theo quy định của Luật số 14 năm 2000. Tuy nhiên, về mặt tổ chức, toà án về thuế là toà chuyên trách thuộc hệ thống toà án hành chính. Thẩm quyền của các toà này là xét xử các tranh chấp liên quan đến thuế. Trước khi đưa vụ việc ra toà án thuế, người đóng thuế có thể khiếu nại đến cơ quan có thẩm quyền quản lý về thuế và trong trường hợp không thoả mãn quyết định giải quyết của cơ quan này có thể đưa vụ việc ra toà. Mặc dù, phán quyết của toà án về thuế về bản chất là phán quyết cuối cùng và giá trị bắt buộc nhưng vẫn có thể được xem xét lại tại Toà án tối cao trong một số trường hợp đặc biệt.

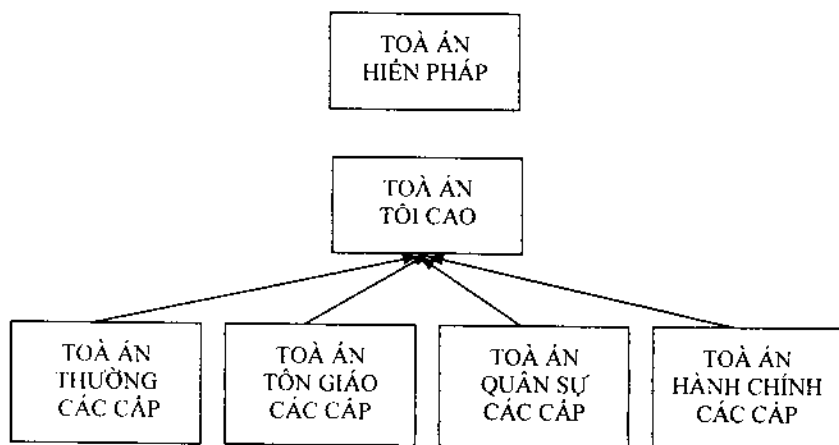
- Toà án lao động: Năm 2003, Luật số 4/2004 về giải quyết các tranh chấp quan hệ công nghiệp được thông qua đã tạo ra cơ sở pháp lý cho việc hình thành toà án giải quyết tranh chấp về các quan hệ công nghiệp. Theo quy định của đạo luật này, các tranh chấp lao động giữa người lao động và người sử dụng lao động sẽ được giải quyết tại toà án lao động. Đây là cơ quan cao nhất có thẩm quyền xét xử các tranh chấp lao động sau khi các bên tranh chấp không đạt được sự thoả thuận thông qua trọng tài hoặc hoà giải.

- Toà án hiến pháp: Năm 2003, Luật về toà án Hiến pháp được ban hành. Theo đó, thẩm quyền của Toà án hiến pháp được pháp luật quy định bao gồm: Xem xét theo thủ tục tư pháp tính hợp hiến của các đạo luật; giải quyết xung đột giữa các cơ quan nhà nước liên quan đến thẩm quyền được hiến pháp quy định; quyết định việc giải tán các đảng phái chính trị và giải quyết các vấn đề liên quan đến kết quả bầu cử phổ thông. Ngoài ra, toà án hiến pháp còn có thẩm quyền quyết định các vấn đề được đưa ra

bởi cơ quan lập pháp Indonesia (DPR) khi các cơ quan này cho rằng Tổng thống hoặc phó Tổng thống vi phạm các luật và quy định về phản bội tổ quốc, tham nhũng, nhận hối lộ hoặc các hành vi phạm tội nghiêm trọng khác, xử sự không trung thực hoặc không thể thích hợp với những yêu cầu của vị trí Tổng thống hoặc phó Tổng thống.

Toà án hiến pháp có chín thẩm phán được Toà án tối cao, Tổng thống và cơ quan lập pháp bổ nhiệm. Trong đó, mỗi cơ quan được bổ nhiệm 3 thẩm phán. Để đảm bảo việc thực thi hiến pháp một cách công minh, pháp luật Indonesia quy định những vị trí mà các thẩm phán này không được đồng thời đảm nhận là: Quan chức nhà nước, thành viên của các đảng phái chính trị, chủ các hãng kinh doanh, luật sư và các công chức kể cả các thành viên của lực lượng quân sự hoặc cơ quan cảnh sát quốc gia.

SƠ ĐỒ HỆ THỐNG TOÀ ÁN INDONESIA



1.3. Đào tạo luật và nghề luật

Sau khi giành được độc lập, nhu cầu đào tạo pháp luật ở Indonesia tăng lên rõ rệt. Đến nay, ở Indonesia có hơn hai trăm cơ sở đào tạo pháp luật khác nhau. Trong số đó có khoảng 90% là những cơ sở đào tạo thuộc các trường tư. Có rất ít các cơ sở đào tạo luật trường công lập ở Indonesia có đủ nguồn lực để đảm nhiệm các chương trình đào tạo sau đại học ở bậc học thạc sĩ và tiến sĩ luật.

Giống như nhiều nước thuộc dòng họ civil law, điều kiện để đăng kí vào các khoá học đại học luật ở Indonesia không đòi hỏi người học phải có bằng đại học khác. Điều đó có nghĩa là người có bằng phổ thông trung học có thể đăng kí học luật tại các cơ sở đào tạo luật ở Indonesia. Tuy nhiên, chương trình đào tạo đại học chỉ cung cấp những kiến thức chung về pháp luật có thể đáp ứng việc nghiên cứu ở các bậc cao hơn chứ không chú trọng việc cung cấp kĩ năng thực hành nghề luật. Vì vậy, sau khi tốt nghiệp đại học luật, để có thể hành nghề luật các cử nhân luật thường phải tham gia các khoá đào tạo nghề luật.

Thẩm phán của các toà án thường được Tổng thống bổ nhiệm trên cơ sở đề xuất của Chánh án Toà án tối cao. Để được Chánh án Toà án tối cao đề xuất, ứng cử viên thẩm phán phải được Chính phủ thừa nhận. Điều kiện để được thừa nhận là phải có trình độ học vấn về pháp luật và phải là người có kinh nghiệm trong thực tiễn pháp luật. Hơn nữa, trước khi được công nhận ứng cử viên thẩm phán, những người này phải trải qua các kì thi và các khoá đào tạo nghề kéo dài trong thời gian hai năm. Sau khi được công nhận là ứng cử viên, để có thể được Chánh án Toà án tối cao đề xuất để bổ nhiệm thẩm phán, các ứng cử viên thẩm phán phải hoàn thành tối thiểu là một năm thực hành tại các toà

án cấp quận. Đối với thẩm phán của toà án tôn giáo, ngoài những điều kiện chung được quy định giống như hệ thống toà án thường, các ứng cử viên phải là tín đồ Hồi giáo, có lòng mộ đạo, có bằng cử nhân luật Hồi giáo và độ tuổi tối thiểu là 25 tuổi.

Công tố viên là những người có vai trò quan trọng trong quá trình xét xử các vụ án hình sự. Ở Indonesia, công tố viên và hoạt động công tố được quản lí và điều hành bởi các cơ quan công tố. Hệ thống cơ quan công tố của Indonesia được chia thành ba cấp. Cấp cao nhất ở trung ương là cơ quan Tổng trưởng lí (Office of the Attorney General) với thẩm quyền bao quát toàn bộ hoạt động công tố của cả nước. Các cơ quan công tố ở các cấp khác là công tố cấp tỉnh và công tố cấp quận với thẩm quyền theo lãnh thổ hoạt động của các cơ quan đó. Theo quy định của pháp luật hiện hành ở Indonesia, các công tố viên sẽ thực hiện quyền công tố trong các vụ án hình sự, thi hành các phán quyết cuối cùng và có hiệu lực pháp luật, điều tra các tội phạm đặc biệt như tham nhũng, buôn lậu, hoàn thiện hồ sơ và tiến hành hoạt động điều tra trong những trường hợp đặc biệt. Ngoài ra, công tố viên còn được trao quyền đại diện cho Nhà nước hoặc quan chức chính quyền trong các vụ dân sự và hành chính với tư cách là đương sự hoặc người có quyền và lợi ích liên quan.

Luật sư ở Indonesia là những người hỗ trợ về mặt pháp luật cho mọi cá nhân và tổ chức. Trong lĩnh vực tố tụng hình sự, luật sư Indonesia trợ giúp cho khách hàng cả trong giai đoạn điều tra và trong quá trình vụ việc được đưa ra xét xử tại toà án. Theo quy định của Luật về luật sư của Indonesia, điều kiện cần thiết để trở thành luật sư ở nước này là phải hoàn thành chương trình đào tạo luật ở một cơ sở đào tạo chuyên về luật và hoàn thành chương

trình đào tạo nghề được đoàn luật sư chấp nhận. Những người đang hành nghề luật sư có thể bị tước thẻ hành nghề luật sư nếu họ vi phạm các quy định của Luật luật sư và các quy định về đạo đức nghề nghiệp do đoàn luật sư ban hành.

1.4. Các nguồn của hệ thống pháp luật Indonesia

Do ảnh hưởng của dòng họ civil law, luật thành văn trở thành nguồn luật cơ bản của hệ thống pháp luật Indonesia. Hiến pháp năm 1945 là văn bản có giá trị pháp lí cao nhất trong hệ thống các văn bản pháp luật của Indonesia. Hiến pháp được Hội đồng cố vấn nhân dân (Majelis Permusyawaratan Rakyat - viết tắt là MPR) ban hành. Theo quy định của Hiến pháp, Hội đồng cố vấn nhân dân là cơ quan chính trị có vai trò quan trọng nhất ở Indonesia và cũng là cơ quan có thẩm quyền cao nhất của nước này. Cơ quan này có 678 đại biểu, bao gồm toàn bộ các thành viên của Viện dân biểu (Dewan Perwakilan Rakyat - viết tắt là DPR) (550 đại biểu) và toàn bộ các thành viên của Viện đại biểu vùng (Dewan Perwakilan Daerah - viết tắt là DPD) (128 đại biểu) được bầu đại diện cho 32 tỉnh thành khác nhau của Indonesia. Do những bất ổn về chính trị ở Indonesia từ khi giành được độc lập nên Hiến pháp 1945 không có hiệu lực ngay sau khi ban hành. Trong năm năm đầu của nền độc lập, Cộng hoà Indonesia phải đấu tranh chống lại các cuộc tấn công từ bên trong và bên ngoài. Sau đó, với sự thành lập liên bang Indonesia, bản Hiến pháp liên bang năm 1949 được áp dụng. Chính quyền liên bang được thay thế bằng chính quyền thống nhất năm 1950 và Hiến pháp tạm thời năm 1951 được áp dụng trong thời gian từ năm 1951 đến năm 1959. Từ năm 1959, khi nền cộng hoà Indonesia được thiết lập trở lại, Hiến pháp 1945 mới có hiệu lực. Những sửa đổi gần đây

nhất của Hiến pháp 1945 là sửa đổi trong các năm 1999, 2000, 2001 và 2002 đã làm thay đổi một cách cơ bản cơ cấu tổ chức của nhà nước Indonesia so với bản Hiến pháp năm 1945. Ngoài việc ban hành và sửa đổi Hiến pháp, Hội đồng cố vấn nhân dân của Indonesia còn có thẩm quyền ban hành các nghị quyết (Katetapan MPR) có giá trị pháp lý thấp hơn hiến pháp. Có giá trị pháp lý thấp hơn là các văn bản do các cơ quan cấp dưới ban hành như Sắc lệnh của Tổng thống, các văn bản của Chính phủ và của các bộ...

Tập quán (adat) là nguồn có vai trò khá quan trọng trong hệ thống pháp luật Indonesia. Tập quán điều chỉnh phạm vi rất lớn các quan hệ xã hội trong lĩnh vực đất đai, hôn nhân gia đình, thừa kế... thậm chí cả trong nhiều giao dịch thương mại. Mặc dù việc lựa chọn luật để áp dụng trong các giao dịch thương mại thường rất rắc rối và phức tạp nhưng trong thực tiễn pháp luật ở Indonesia, tập quán thường được lựa chọn và áp dụng dựa vào một số nguyên tắc nhất định. Chẳng hạn, nếu các bên tuyên bố áp dụng tập quán thì các tập quán đó sẽ được áp dụng hoặc khi giao dịch được thực hiện tại làng xã nông thôn thì tập quán của làng xã đó sẽ được áp dụng hoặc khi người đề nghị giao kết hợp đồng xác định công khai việc áp dụng tập quán đối với hợp đồng đó thì những người chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng đương nhiên chấp nhận luật tập quán được áp dụng... Các hợp đồng theo tập quán được pháp luật chính thức thừa nhận và đòi hỏi các thẩm phán phải căn cứ vào tất cả các loại quy tắc khác nhau có giá trị trong xã hội để đưa ra các phán quyết công bằng và hợp lý.⁽¹⁾

(1). Xem: Haverfield R., *Hak Ulaya and the State: Land Reform in Indonesia*", Chương 4 của "Indonesia: Law and Society, 1997, tr. 48.

Luật Hồi giáo là nguồn quan trọng trong pháp luật Indonesia bởi vì có đến 86,1 % dân số của Indonesia là những người theo đạo Hồi.⁽¹⁾ Luật Hồi giáo được đưa vào Indonesia từ thế kỉ XVI và đó là những quy tắc được áp dụng đối với các tín đồ Hồi giáo. Trong quá trình xây dựng và phát triển của Indonesia, các sáng lập gia quần đảo này đã tìm kiếm các giải pháp làm cho các quy định có từ các nguồn khác nhau có thể hoà hợp với nhau để bảo đảm việc tuân thủ nguyên tắc “đa dạng trong sự thống nhất” trong hệ thống pháp luật Indonesia. Chẳng hạn, trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình, tính hợp pháp của cuộc hôn nhân được quyết định theo luật Hồi giáo nhưng các thủ tục kết hôn lại tuân theo các tập quán. Luật Hồi giáo cho phép đàn ông Hồi giáo có thể lấy bốn vợ. Tuy nhiên, Luật hôn nhân và gia đình được ban hành năm 1974 lại đòi hỏi người chồng phải được sự đồng ý của vợ cả trước khi tiến hành các cuộc hôn nhân khác. Ví dụ này cho thấy sự kết hợp hài hoà giữa tập quán, luật Hồi giáo và luật do các cơ quan nhà nước ban hành ở Indonesia.

II. HỆ THỐNG PHÁP LUẬT MALAYSIA

2.1. Khái quát chung

Nhà nước hiện đại Malaysia là nhà nước liên bang được thành lập năm 1963, với 13 bang và ba vùng lãnh thổ thuộc liên bang, chia thành hai khu vực hành chính lãnh thổ. Vùng hành chính lãnh thổ thứ nhất bán đảo Malaysia (còn được gọi là Malaya và West Malaysia) có 11 bang và các vùng lãnh thổ thuộc liên bang - Kuala Lumpur, Labuan và Putrajaya. Vùng hành chính lãnh thổ thứ hai -

(1) Xem <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/index.html>

bao gồm hai bang là Sabah và Sarawak. Sự khác biệt về địa lí và nguồn tài nguyên của hai vùng lãnh thổ này dẫn đến những khác biệt về mức độ phát triển cũng như đặc điểm kinh tế xã hội của từng vùng. Trong khi Peninsula Malaysia phát triển công nghiệp gắn liền với các đô thị thì Sabah và Sarawak phát triển mạnh nền sản xuất nông nghiệp cùng với các vùng nông thôn đi kèm với những nguồn lợi từ việc khai thác dầu mỏ, ga và khai thác rừng.

Với dân số khoảng 25 triệu người, Malaysia có khoảng hơn 60 dân tộc khác nhau. Trong đó, khoảng 16 dân tộc có số lượng dân cư khá đông, số còn lại là các dân tộc thiểu số. Người Malay chiếm tỉ lệ khoảng 50% dân cư của Malaysia, những người gốc Trung Quốc di cư từ các thời kì trước là những cộng đồng đông dân cư nhất ở Malaysia, chiếm khoảng hơn 25% dân số. Cơ cấu thành phần tôn giáo trong dân cư của Malaysia cũng rất đa dạng. Người Hồi giáo đông nhất, chiếm khoảng 60% dân cư, người theo đạo Phật chiếm khoảng 20%, đạo Cơ đốc giáo chiếm khoảng 9%, người theo đạo Hindu chiếm 6.3%. Sự đa dạng này là nền tảng tạo nên sự đa dạng về văn hoá và dẫn đến những nét riêng biệt trong hệ thống pháp luật của Malaysia.

Theo các luật gia Malaysia, mặc dù đạo Hindu và đạo Phật xuất hiện rất sớm ở vùng đất này nhưng sự ảnh hưởng của chúng đối với hệ thống pháp luật của Malaysia không mạnh bằng các tập quán của người Malaysia, đạo Hồi, common law của Anh và những tập quán khác không phải của người Malaysia.

Các tập quán của người Malaysia đã tồn tại và rất phổ biến ở vùng bán đảo Malay trước khi người Anh xâm chiếm vùng này làm thuộc địa. Luật tập quán của Malaysia có thể được chia thành

ba nhóm khác nhau. Nhóm thứ nhất được gọi là adat perpateh, là những tập quán của những người Malay nhập cư từ vùng cao nguyên Minangkabau của Sumatra. Đó là những tập quán về chiếm hữu đất đai, thừa kế bằng các quy tắc về kết hôn, li hôn, nhận con nuôi và việc sử dụng quyền lực của cộng đồng được áp dụng chủ yếu ở bang Negri Sembial và quận Naning của bang Malacca. Các tập quán này thường được áp dụng ở các vùng có chế độ mẫu hệ. Nhóm tập quán thứ hai được gọi là adat temenggong có nguồn gốc từ những người nhập cư đến từ vùng Palembang của Sumatra. Các tập quán này được áp dụng đối với phần lớn những vùng còn lại của bán đảo Malay. Các tập quán này tập trung vào việc thừa kế trong chế độ mẫu hệ và ngoại tộc hôn. Nhóm thứ ba là các tập quán và các giải thích tập quán của người dân ở các địa phương khác nhau áp dụng trong phạm vi các địa phương đó.

Đạo Hồi bắt đầu được biết đến ở Malaysia từ thế kỉ thứ X. Sự phát triển của đạo Hồi đã tạo điều kiện cho sự hình thành và phát triển của các vương quốc Hồi giáo nhỏ ở khu vực Malaya và Indonesia. Đến cuối thế kỉ XIV và đầu thế kỉ XV, vương quốc Hồi giáo đã được hình thành - với sự phát triển mạnh nhất của Vương quốc Malacca. Sự phát triển của Vương quốc Hồi giáo này đã làm cho nó trở thành trung tâm có vai trò quan trọng trong việc mở rộng đạo Hồi đến các vùng lãnh thổ khác của Malaya. Trong thời kì thịnh vượng của Vương quốc Malacca, hai tập luật lệ đã được hệ thống hoá là Luật Malacca (Undang-undang Melaka) và Luật hàng hải của Malacca (Undang-undang Laut Melaka). Trong đó, Luật Malacca quy định chủ yếu về các vấn đề như đất đai, hình phạt đối với các loại tội phạm và vi phạm dân sự, các vấn đề về hôn nhân gia đình. Nội dung của hai tập luật lệ

này là sự kết hợp của những di sản của luật Hindu với luật Hồi giáo và các tập quán Malay.⁽¹⁾

Quá trình thuộc địa hoá của Anh đối với các vùng lãnh thổ của Malaysia tạo điều kiện cho pháp luật Anh được áp dụng ở đây. Mặc dù, những người châu Âu đặt chân đầu tiên đến vùng đất của Malaysia là người Bồ Đào Nha (năm 1511) và Hà Lan (năm 1596) nhưng pháp luật của Bồ Đào Nha và Hà Lan dường như ít ảnh hưởng đến vùng đất này. Các thương gia của Anh có mặt ở Malaya từ thế kỉ XVII nhưng phải đến năm 1786 người Anh mới thiết lập được sự kiểm soát đầu tiên ở vùng lãnh thổ của Malaysia là Penang. Sau đó, người Anh đã từng bước thực hiện sự kiểm soát đối với các vùng đất khác. Các hiệp ước được kí kết giữa Anh và Hà Lan (1824 và 1891) cùng với những hiệp ước được kí kết với các vương quốc Hồi giáo khác ở vùng đất này đã giúp cho người Anh dần dần kiểm soát toàn bộ Malaysia. Tuy nhiên, *“các bang của Malaya không phải là thuộc địa theo đúng nghĩa mà thực chất là những nước được bảo hộ với những người đứng đầu vẫn tiếp tục thực hiện quyền lực chủ yếu là mang tính hình thức về các vấn đề hành chính, quyền lực thực sự và tối cao được thực hiện bởi các công sứ của Anh, một loại toàn quyền, là những người đại diện của chính quyền Anh”*.⁽²⁾ Cùng với quá trình thuộc địa hoá, pháp luật Anh từng bước được đưa vào áp dụng đối với các vùng lãnh thổ ở Malaysia.

Pháp luật Anh được áp dụng ở Malaysia trên cơ sở những tuyên bố của chính quyền Anh về pháp luật đối với vùng lãnh thổ

(1) Xem: “Asian legal systems, Law, society and pluralism in East Asia”, Butterworths -1997, tr. 268.

(2) Xem: Peter de Cruz, sđd, tr. 123.

này và kèm theo đó là việc thành lập các toà án của Anh ở các vùng do người Anh kiểm soát. Sau khi giành được quyền kiểm soát đối với Penang năm 1786, người Anh bắt đầu giới thiệu pháp luật của mình vào vùng đất này. Tuy nhiên, trong khoảng 20 năm đầu pháp luật ở Penang vẫn trong tình trạng hỗn độn, các tập quán và luật lệ của các vùng này vẫn được phép tiếp tục áp dụng nhưng được thay đổi thích hợp với tư tưởng của pháp luật Anh. Tình trạng hỗn độn này chấm dứt bởi Tuyên bố của Hoàng gia về tư pháp năm 1807 (The Royal Charter of Justice 1807). Tuyên bố này đã thành lập Toà án tư pháp (The Court of Judicature) ở hòn đảo của Thái tử xứ Wales (Penang) với thẩm quyền xét xử các vấn đề hình sự, dân sự và những vấn đề thuộc về giáo hội. Tuyên bố này đã được các toà án giải thích như là sự giới thiệu pháp luật Anh cho Penang. Sau khi thành lập được Vùng thuộc địa eo biển (Straits Settlement) trên cơ sở thành lập Singapore (năm 1819) và Malacca (theo Hiệp ước Anh - Hà Lan năm 1824), năm 1826, bản tuyên bố mới được ban hành có tên là “Tuyên bố thứ hai về nền tư pháp”. Theo bản tuyên bố này, toà án mới được thành lập có tên là “Toà án tư pháp ở hòn đảo của Thái tử xứ Wales, Singapore và Melaka”. Tuyên bố thứ ba của Anh về chế độ tư pháp ở các vùng thuộc địa của Anh được ban hành năm 1855 nhằm tổ chức lại hệ thống toà án. Tuy nhiên, toà án này đã bị huỷ bỏ và được thay thế bằng Toà án tối cao của vùng thuộc địa eo biển (Supreme Court of Strait Settlements) năm 1868. Năm 1873, cùng với việc cải tổ hệ thống toà án ở Anh, hệ thống toà án ở các vùng thuộc địa của Anh cũng được cải tổ. Trong đó, đáng chú ý là việc thành lập Toà án xét xử theo quý (The Court of Quarter Sessions) với thẩm quyền xét xử các vụ án hình sự ở các vùng thuộc địa này. Việc

thành lập các toà án đã tạo điều kiện cho pháp luật của Anh được áp dụng tại các vùng lãnh thổ của Malaysia. Cùng với việc thành lập các toà án, các quy định về thương mại và dân sự của pháp luật Anh cũng được tiếp nhận vào Malaysia suốt thời kì từ cuối thế kỉ XIX và sang đến những năm 50 của thế kỉ XX. Sự tiếp nhận này được thể hiện rõ trong Sắc lệnh Luật dân sự năm 1878 được sửa đổi bằng Luật dân sự năm 1956, trong đó đã xác định những quy định của pháp luật Anh được áp dụng ở Malaysia.

Trong suốt quá trình lịch sử đến nay, việc tiếp nhận pháp luật của Anh vào Malaysia được thực hiện thông qua nhiều hình thức khác nhau mà chủ yếu là thông qua các thẩm phán và các nhà lập pháp. Các thẩm phán trong quá trình xét xử áp dụng các nguyên tắc pháp luật của Anh, các nhà xây dựng luật pháp khi soạn thảo và ban hành các đạo luật đã đưa các nguyên tắc pháp luật đã được các thẩm phán áp dụng vào trong các đạo luật.⁽¹⁾ Ngoài ra, việc các luật gia được đào tạo theo truyền thống của Anh và tiếng Anh được xem ngôn ngữ phổ biến trong hoạt động của bộ máy nhà nước cũng là những nhân tố làm cho Malaysia dễ dàng tiếp nhận pháp luật Anh.

2.2. Hệ thống toà án của Malaysia

Malaysia có hai hệ thống toà án tồn tại song song và độc lập, đó là hệ thống toà án thường và hệ thống toà án Hồi giáo.

Hệ thống toà án thường có cơ cấu tổ chức giống như hệ thống toà án của nhà nước đơn nhất mặc dù Malaysia là nhà nước có cấu trúc liên bang. Trong đó, toà án cao nhất trong hệ thống toà

(1).Xem: Abdul Aziz Bari, *British Westminster System in Asia – The Malaysia Variation*, *US-Chinese Law Review*, Vol 4. No1., tr. 4

án Malaysia là Toà án liên bang, dưới đó là Toà án phúc thẩm, hai toà án cấp cao có thẩm quyền và địa vị ngang nhau, là toà án của vùng bán đảo Malaysia (Malaya) và toà án của các bang Sabah và Sarawak. Dưới toà án cấp cao là toà án Magistrate và toà án Sessions. Toà án đặc biệt được thành lập để xét xử những người đứng đầu các bang khi họ vi phạm pháp luật.

Toà án liên bang là toà án cao nhất trong hệ thống toà án của Malaysia và là toà án có thẩm quyền xét xử phúc thẩm cuối cùng. Trước khi đạo luật A885 có hiệu lực từ ngày 26/6/1994, Toà án liên bang của Malaysia có tên gọi là Toà án tối cao. Thẩm quyền của Toà án liên bang là xét xử phúc thẩm các quyết định của các toà án phúc thẩm đồng thời ở khía cạnh luật hiến pháp, Toà án liên bang có thẩm quyền xét xử các vấn đề liên quan đến hiến pháp như giá trị của các đạo luật của Nghị viện liên bang hoặc cơ quan lập pháp của các bang và tranh chấp giữa các bang hoặc giữa chính phủ liên bang và chính quyền các bang về thẩm quyền được hiến pháp quy định.

Toà án liên bang bao gồm Chánh án Toà án liên bang (là người đứng đầu Toà án liên bang cũng như hệ thống tư pháp của Malaysia), Chánh án Toà án phúc thẩm, hai chánh án của hai toà án cấp cao và bốn thẩm phán khác của Toà án liên bang. Các vụ việc được xét xử tại Toà án liên bang thường được thực hiện bởi hội đồng gồm ba thẩm phán. Trong một số vụ việc đặc biệt liên quan đến việc giải thích hiến pháp hoặc tranh chấp giữa các bang hoặc giữa chính quyền liên bang và chính quyền các bang, hội đồng xét xử có thể là năm hoặc bảy thẩm phán. Chánh án Toà án liên bang là người lãnh đạo và thực hiện nhiệm vụ của người đứng đầu Toà án liên bang. Trong trường hợp vắng chánh án Toà

án liên bang thì người đứng đầu toà án phúc thẩm hoặc một trong hai toà án cấp cao hoặc một thẩm phán của Toà án liên bang sẽ được chỉ định thực hiện nhiệm vụ của Chánh án.

Vị trí, vai trò của Toà án liên bang thay đổi trong gần 30 năm qua. Trước đây, mặc dù Toà án liên bang là toà án cao nhất ở Malaysia nhưng các quyết định của nó có thể được phúc thẩm đến Hội đồng cơ mật ở London. Điều đó có nghĩa là phán quyết của Hội đồng cơ mật của Nghị viện Anh là phán quyết cuối cùng đối với một vụ việc cụ thể do toà án Malaysia xét xử. Việc phúc thẩm các phán quyết về hình sự và hiến pháp của Toà án liên bang Malaysia tại Hội đồng cơ mật đã chấm dứt kể từ ngày 1/1/1978. Sau đó, kể từ ngày 1/1/1985, Hội đồng cơ mật ở London đã chấm dứt toàn bộ thẩm quyền phúc thẩm các phán quyết của Toà án liên bang của Malaysia. Việc chấm dứt thẩm quyền của Hội đồng cơ mật đối với các phán quyết của Toà án liên bang Malaysia đã làm cho Toà án này trở thành toà án có thẩm quyền xét xử cao nhất và cuối cùng đối với các vụ việc ở Malaysia. Tuy nhiên, việc này đã làm mất đi một cấp xét xử phúc thẩm trong thủ tục tố tụng ở Malaysia. Để khắc phục tình trạng này, sau khi sửa đổi Hiến pháp liên bang theo Luật A885 ngày 24/6/1994, Malaysia đã thành lập thêm một cấp toà án trong hệ thống toà án đó là toà phúc thẩm.

Toà án phúc thẩm có chín thẩm phán, trong đó, chánh án đồng thời là thẩm phán của Toà án liên bang. Đây là cơ quan thực hiện chức năng phúc thẩm các phán quyết của các toà án cấp cao trong cả lĩnh vực hình sự và dân sự. Toà án phúc thẩm là toà án xét xử phúc thẩm cuối cùng các vấn đề được quyết định trong phạm vi thẩm quyền xét xử phúc thẩm và tái thẩm của toà án cấp cao. Trong quá trình thực hiện chức năng của mình, Toà án phúc

thẩm có thể huỷ bỏ các phán quyết của các toà án cấp cao.

Trong lĩnh vực hình sự, Toà án phúc thẩm có thẩm quyền phúc thẩm các phán quyết sơ thẩm của toà án cấp cao và phán quyết phúc thẩm hoặc tái thẩm của toà án cấp cao đối với các phán quyết của các toà án cấp dưới.

Trong lĩnh vực dân sự, Toà phúc thẩm cũng có thẩm quyền xét xử và quyết định phúc thẩm đối với phán quyết hoặc lệnh của Toà cấp cao trong vụ kiện hoặc vấn đề dân sự. Theo quy định của pháp luật, Toà án phúc thẩm sẽ không tiến hành xét xử phúc thẩm các phán quyết của Toà án cấp cao trong các trường hợp:

+ Tổng giá trị của tranh chấp dưới 250.000 MR, trừ khi toà án phúc thẩm có văn bản chấp nhận xét xử phúc thẩm vụ việc đó.

+ Khi phán quyết hoặc mệnh lệnh được đưa ra trên cơ sở sự đồng ý của các bên.

+ Khi phán quyết hoặc mệnh lệnh chỉ liên quan đến chi phí mà pháp luật trao quyền cho toà án quyết định, trừ khi toà án phúc thẩm có văn bản chấp nhận xét xử phúc thẩm phán quyết hoặc mệnh lệnh đó.

+ Khi bất kì luật thành văn nào đang có hiệu lực quy định rõ ràng phán quyết của toà án cấp cao là phán quyết cuối cùng.⁽¹⁾

- Toà án cấp cao: Malaysia có hai toà án cấp cao có thẩm quyền ngang nhau, đó là toà án cấp cao ở bán đảo Malaya và toà án cấp cao ở Sabah và Sarawak. Tổng số thẩm phán của hai toà án cấp cao này là 55 thẩm phán. Trong đó, Toà án cấp cao ở Malaya có 48 thẩm phán và toà án cấp cao ở Sabah và Sarawak

(1).Xem: Article 68, Courts Of Judicature Act 1964

có 7 thẩm phán. Các toà án cấp cao vừa có chức năng xét xử sơ thẩm vừa có chức năng xét xử phúc thẩm phán quyết của các toà án cấp dưới, giám sát việc xét xử của các toà án cấp dưới.

Về chức năng xét xử sơ thẩm, các toà án cấp cao có thẩm quyền xét xử các vụ việc dân sự và hình sự với thẩm quyền được xác định theo lãnh thổ. Trong lĩnh vực hình sự, toà án cấp cao chỉ xét xử những vụ án hình sự nghiêm trọng theo quy định của Bộ luật hình sự Malaysia với mức hình phạt được áp dụng có thể lên đến tử hình, ví dụ như vận chuyển các chất ma túy, giết người, bắt cóc con tin... xảy ra trong phạm vi thẩm quyền lãnh thổ; hoặc trên tàu hay bất kì phương tiện bay nào đã đăng kí ở Malaysia; hoặc hành vi phạm tội được thực hiện bởi bất kì một công dân hay người định cư lâu dài của Malaysia... Trong lĩnh vực dân sự, toà án cấp cao xét xử tranh chấp dân sự khi tranh chấp xảy ra trong phạm vi thẩm quyền theo lãnh thổ của toà; hoặc khi nơi cư trú hoặc nơi làm việc của bị đơn hoặc khi một trong số các tình tiết của vụ việc xảy ra trong phạm vi thẩm quyền theo lãnh thổ của các toà này. Thậm chí, các bên tranh chấp có thể thoả thuận bằng văn bản về việc lựa chọn một toà án cấp cao xét xử vụ tranh chấp của mình ngay cả khi vụ việc đó theo quy định của pháp luật thuộc thẩm quyền theo lãnh thổ của toà án cấp cao khác. Các vụ việc thuộc thẩm quyền xét xử sơ thẩm của toà án cấp cao thường là các vụ việc không thuộc thẩm quyền của các toà Magistrate và toà Sessions về các vấn đề hôn nhân, giám hộ, di chúc, phá sản, hợp đồng, phân chia di sản của người chết... mà giá trị tranh chấp lớn hơn 250.000 MR.

Về chức năng xét xử phúc thẩm, các toà án cấp cao của Malaysia có thẩm quyền xét xử phúc thẩm các phán quyết trong lĩnh vực dân sự và hình sự của các toà án cấp dưới theo phạm vi lãnh thổ của nó.

Ngoài ra, toà án cấp cao còn có thẩm quyền giám sát các vấn đề liên quan đến thủ tục tố tụng và các vấn đề hình sự của vụ án đã được quyết định bởi các toà án cấp dưới hoặc xem xét lại hồ sơ của các vụ kiện dân sự được toà án cấp dưới chuyển lên khi có những vấn đề liên quan đến hiệu lực của quy định trong Hiến pháp.

Các toà án Sessions với tổng số 60 thẩm phán, trong đó 52 thẩm phán ở Malaya, còn Sabah và Sarawak mỗi bang có 4 thẩm phán. Trong lĩnh vực hình sự, các toà Sessions có thẩm quyền xét xử tất cả các hành vi phạm tội kể cả các tội phạm được quy định có hình phạt tử hình. Tuy nhiên, toà án Sessions không có thẩm quyền áp dụng hình phạt tử hình. Trong lĩnh vực dân sự, các toà án này không bị giới hạn về thẩm quyền xét xử các vụ việc liên quan đến tai nạn giao thông, thuê mướn đất đai, nhà cửa và tịch thu tài sản. Đối với các loại tranh chấp dân sự khác, các toà án Sessions chỉ có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp có giá trị không quá 250.000 MR. Ngoài ra, các thẩm phán của toà án Sessions cũng có thẩm quyền giải quyết những tranh chấp dân sự đã được pháp luật quy định thuộc thẩm quyền xét xử của các toà án cấp cao.

Các toà án Magistrates thành lập ở hầu hết các thị xã của Malaysia với tổng số 151 thẩm phán. Trong đó có 122 thẩm phán ở bán đảo Malaysia, 10 thẩm phán ở bang Sabah, 1 thẩm phán ở Labuan và 18 ở Sarawak. Toà án này có thẩm quyền xét xử sơ thẩm đối với tất cả các vụ án hình sự và dân sự. Trong lĩnh vực hình sự, toà Magistrates được áp dụng hình phạt không quá năm năm tù hoặc mức phạt tiền không quá 10.000 MR. Ngoài ra, toà này có thể áp dụng biện pháp đánh bằng roi với mức tối đa lên đến 12 roi. Trong lĩnh vực dân sự, toà Magistrates có thẩm quyền

xét xử các tranh chấp không quá 25.000 MR. Trường hợp vụ việc có giá trị tranh chấp không quá 5000 MR sẽ được giải quyết tại “bộ phận giải quyết các tranh chấp nhỏ” thuộc toà án Magistrates. Với các vụ việc được giải quyết tại “bộ phận giải quyết tranh chấp nhỏ”, các đương sự phải tự mình chuẩn bị hồ sơ cho vụ việc và các đại diện pháp luật không được pháp tham gia.

Các toà Penghulu ở miền Tây của Malaysia có thẩm quyền thấp hơn so với các toà Magistrates. Toà Penghulu cũng có thẩm quyền xét xử cả các vụ việc về dân sự và hình sự nhưng với những tranh chấp và tội phạm không nghiêm trọng. Các tranh chấp thuộc thẩm quyền của toà án này là những tranh chấp có giá trị không quá 50 MR. Tuy nhiên, điều kiện để các bên đưa vụ việc của mình ra toà án này là các đương sự phải là những người có chủng tộc châu Á và phải nói thành thạo tiếng Malay. Trong lĩnh vực hình sự, giới hạn thẩm quyền của toà án này là mức phạt tiền không vượt quá 25 MR. Người phạm tội được xét xử tại các toà án này là những người chưa thành niên có chủng tộc châu Á. Các phán quyết của toà án Penghulu có thể được phúc thẩm tại toà án Magistrates. Ngoài ra, toà án vị thành niên (Juvenil Court) có thẩm quyền tương tự như toà Magistrates cũng được thành lập ở tất cả các bang của Malaya và Sabah để xét xử các vụ việc liên quan đến người chưa thành niên.

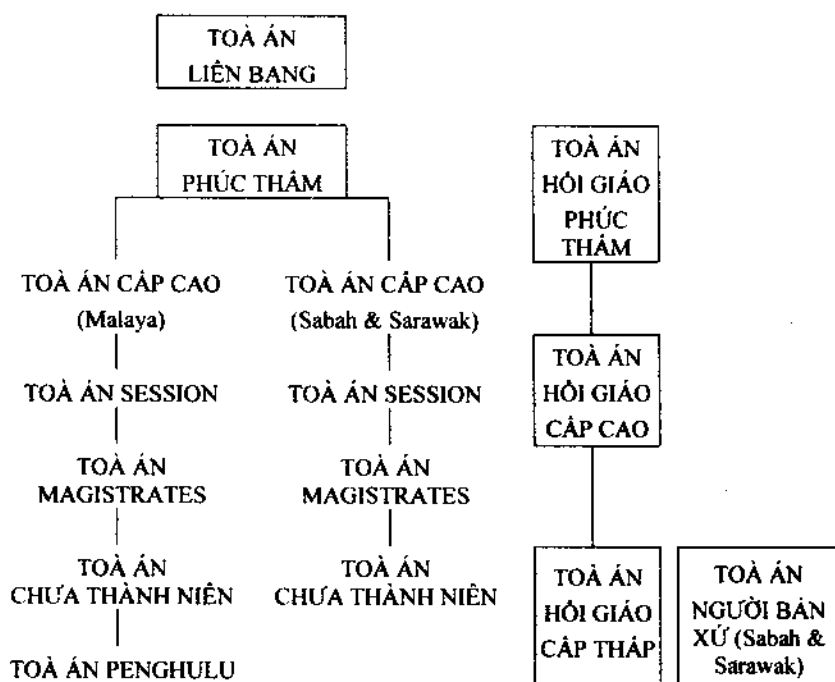
Ngoài các toà án nêu trên, theo quy định của Hiến pháp Malaysia, Toà án đặc biệt sẽ được thành lập để xét xử tất cả các hành vi phạm tội và các tranh chấp dân sự có liên quan đến Nhà vua (Yang di Pertuan Agong) - người đứng đầu Nhà nước và người đứng đầu các bang. Chánh án Toà án liên bang là người chủ tọa phiên toà

đặc biệt này. Ngoài Chánh án Toà án tối cao, các thành viên khác của Toà án đặc biệt này là Chánh án của các toà án cấp cao và hai thẩm phán khác của toà án cấp cao hoặc Toà án liên bang được lựa chọn bởi Hội nghị của những người đứng đầu các bang.

Các toà án Hồi giáo được tổ chức theo các bang, mỗi bang có hệ thống các toà án Hồi giáo riêng biệt và các toà án này chỉ giải quyết các tranh chấp liên quan đến luật Hồi giáo mà các bên tranh chấp phải là các tín đồ Hồi giáo. Hệ thống toà án Hồi giáo được chia thành ba cấp xét xử tồn tại độc lập và song song với hệ thống toà án thường. Các cấp xét xử là toà án Hồi giáo cấp thấp, toà án Hồi giáo cấp cao và toà án Hồi giáo phúc thẩm. Trong đó, toà án cấp thấp có thẩm quyền xét xử các vụ việc hình sự và dân sự. Trong các vụ việc hình sự và có thể áp dụng hình phạt tiền đến 2000 MR hoặc hình phạt tù đến 2 năm. Các tranh chấp dân sự thuộc thẩm quyền xét xử của các toà án này là những tranh chấp có trị giá lên đến 100.000 MR. Toà án cấp cao có thẩm quyền xét xử phúc thẩm các phán quyết của toà án cấp thấp. Đồng thời, các toà án Hồi giáo cấp cao cũng có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các vụ việc hình sự, hôn nhân, li hôn, khiếu kiện về tài sản hôn nhân, giám hộ... do luật của các bang quy định. Toà án Hồi giáo phúc thẩm có thẩm quyền xét xử đối với các phán quyết của toà án cấp cao.

Ngoài toà án thường và toà án Hồi giáo, các toà án dành cho người bản xứ (Native Court) cũng được thành lập ở Malaysia. Toà án dành cho người bản xứ ở Sabah và Sarawak xét xử các tranh chấp của người dân ở hai bang này dựa trên cơ sở các tập quán. Tuy nhiên, các toà án Hồi giáo và toà án dành cho người bản xứ không phải là các toà án thuộc hệ thống toà án thường của Liên bang.

SƠ ĐỒ HỆ THỐNG TOÀ ÁN MALAYSIA



2.3. Đào tạo luật và nghề luật ở Malaysia

Cơ sở đào tạo luật đầu tiên của Malaysia được thành lập năm 1961 tại Trường đại học Malaya ở Singapore. Khi Singapore tách khỏi Malaysia trở thành nhà nước độc lập, Trường đại học này đã chuyển về Kuala Lumpur. Hiện nay, ở Malaysia có năm cơ sở đào tạo về pháp luật. Chương trình đào tạo đại học luật ở Malaysia kéo dài trong 4 năm với các môn học khác nhau. Trong đó, các môn học về luật Hồi giáo như hệ thống luật hồi giáo, lý luận pháp luật Hồi giáo, luật Hồi giáo về hợp đồng, luật hình sự Hồi giáo, luật gia

đình Hồi giáo... là những môn học bắt buộc trong một số cơ sở đào tạo pháp luật của Malaysia. Ở một số cơ sở đào tạo khác, các môn học về luật Hồi giáo là các môn học tự chọn. Ngoài ra, trong chương trình đào tạo đại học, các sinh viên năm thứ ba thường được được gửi đến các công ti luật, văn phòng luật, các trung tâm trợ giúp pháp lí... để tìm hiểu những khía cạnh thực tiễn của pháp luật.

Sau khi hoàn thành chương trình đại học, để có thể hành nghề luật, người đã tốt nghiệp đại học phải trải qua chương trình thực hành luật trong thời gian 9 tháng với sự giám sát của một luật sư đã hành nghề ít nhất là 7 năm. Đối với những người tốt nghiệp đại học luật ở nước ngoài muốn tham gia chương trình thực hành luật này phải trải qua một kì thi lấy “Chứng chỉ thực hành luật”. Mặc dù gặp phải rất nhiều chỉ trích, kì thi Chứng chỉ thực hành nghề luật vẫn được duy trì trong gần 30 năm qua ở Malaysia kể từ khi Luật về nghề luật năm 1976 có hiệu lực .

Khác với các luật sư trong hệ thống pháp luật Anh có sự phân biệt giữa luật sư tranh tụng (barrister) và luật sư tư vấn (solicitor), các luật sư ở Malaysia có thể thực hiện cả tranh tụng và tư vấn. Vì thế, sau khi hoàn thành 9 tháng thực hành nghề luật với sự giám sát của một luật sư có kinh nghiệm và được sự chấp nhận của Đoàn luật sư Malaysia, người đã tốt nghiệp đại học luật sẽ trở thành luật sư và có thể tư vấn và tranh tụng tại Toà án cấp cao Malaya. Tuy nhiên, những luật sư của miền Tây Malaysia không được phép hành nghề luật ở miền Đông (nơi có hai bang Sabah và Sarawak). Khi muốn đại diện cho thân chủ của mình tại hai bang này, luật sư của miền Tây phải được phép của đoàn luật sư ở hai bang này. Ngược lại, luật sư là thành viên của đoàn

luật sư ở hai bang thuộc miền Đông Malaysia muốn tranh tụng tại toà án cấp cao của Malaya phải trải qua một chương trình thực hành 3 tháng để trở thành thành viên của Đoàn luật sư miền Đông Malaysia và có thể tranh tụng tại toà án cấp cao của Sabah và Sarawak. Những đòi hỏi này xuất phát từ những khác biệt giữa pháp luật của hai vùng lãnh thổ này ở Malaysia. Điều này ở một chừng mực nào đó giống với việc hành nghề luật sư trong hệ thống pháp luật Hoa Kỳ. Ở đó, các luật sư của bang nào chỉ được phép hành nghề ở bang đó và chỉ được hành nghề ở bang khác nếu được bang đó chấp nhận.

Các luật sư hành nghề luật Hồi giáo không thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật về nghề luật năm 1976. Trong thực tiễn, điều kiện bắt buộc để trở thành luật sư có thể tranh tụng tại các toà án Hồi giáo ở Malaysia là phải có bằng thực hành luật Hồi giáo được khoa luật của một trong hai trường đại học ở Malaysia cấp là Trường đại học Kebangsaan Malaysia (UKM) và Trường đại học Hồi giáo quốc tế Malaysia (IIUM). Hơn nữa, một người muốn được hành nghề trên thực tiễn ở bang nào phải được bang đó cho phép.

Do ảnh hưởng rất lớn của hệ thống pháp luật Anh, thẩm phán Malaysia có vai trò quan trọng trong sự phát triển của hệ thống pháp luật Malaysia. Giống như nhiều nước thuộc dòng họ common law, kinh nghiệm hành nghề luật trong một thời gian nhất định là điều kiện bắt buộc để một người có thể trở thành thẩm phán trong hệ thống toà án của Liên bang Malaysia. Vì thế, các thẩm phán của toà án thường là các luật sư có uy tín. Chẳng hạn, người được bổ nhiệm thẩm phán của Toà án liên bang, Toà

án phúc thẩm hoặc toà án cấp cao phải có ít nhất 10 năm kinh nghiệm với tư cách là luật sư hoặc là thành viên của các cơ quan tư pháp hoặc cơ quan pháp luật của Liên bang hoặc của bang. Các thẩm phán của Toà án Liên bang, Toà án phúc thẩm, toà án cấp cao được Nhà vua bổ nhiệm trên cơ sở sự tư vấn của Thủ tướng sau khi đã tham thảo ý kiến của Hội nghị lãnh đạo các bang.

2.4. Nguồn của hệ thống pháp luật Malaysia

Luật thành văn có vai trò khá quan trọng trong hệ thống pháp luật Malaysia mặc dù hệ thống pháp luật này chịu nhiều ảnh hưởng của pháp luật Anh. Trong hệ thống các văn bản pháp luật, Hiến pháp Malaysia được xem là văn bản có giá trị pháp lí cao nhất. Để đảm bảo tính tối cao của Hiến pháp, Toà án liên bang là cơ quan có thẩm quyền xem xét tính hợp hiến của các đạo luật, các phán quyết của các cơ quan có thẩm quyền. Hiến pháp Malaysia đã phân định rõ ràng về thẩm quyền lập pháp của Nghị viện Liên bang, cơ quan lập pháp của các bang và cơ quan lập pháp của các vùng lãnh thổ thuộc Liên bang (từ Điều 73 đến Điều 79). Trình tự ban hành luật của Nghị viện liên bang do Hiến pháp quy định. Trình tự ban hành văn bản của cơ quan lập pháp các bang do luật của các bang quy định.

Hoạt động ban hành luật của Liên bang được tiến hành theo trình tự và thủ tục khá phức tạp. Nghị viện của Malaysia có hai viện, Hạ nghị viện (Dewan Rakyat) và Thượng nghị viện (Dewan Negara). Các dự luật phải được cả hai viện thông qua mới có thể có giá trị pháp lí. Dự luật có thể bắt nguồn từ một trong hai viện. Tuy nhiên, dự luật về tiền tệ phải được bắt đầu từ Hạ nghị viện và có thể được một bộ trưởng đệ trình. Dự luật được khởi xướng từ

viện nào thì viện đó phải thông qua trước. Sau khi đã thông qua, Viện đó sẽ gửi dự luật cho viện còn lại. Sau khi cả hai viện đã thông qua dự luật, dự luật đó sẽ được gửi cho Nhà vua để xem xét (Điều 66 Hiến pháp Malaysia). Ở mỗi viện, dự luật sẽ được xem xét thông qua nhiều bước khác nhau. Bước thứ nhất, các viện sẽ chỉ chú ý đến các mục lớn của dự luật. Đây là trình tự bắt buộc khi dự luật được trình ra viện nào đó. Bước thứ hai, tất cả các thành viên của viện thảo luận nội dung của dự luật. Sau đó, dự luật sẽ được giao cho các uỷ ban cụ thể để xem xét. Các uỷ ban sẽ thảo luận chi tiết kĩ thuật của dự luật. Cuối cùng, dự luật sẽ được trình ra hội nghị toàn thể các thành viên của viện. Đây cũng là thủ tục bắt buộc chính thức.

Sau khi dự luật đã được thông qua ở cả hai viện, dự luật sẽ được gửi cho Nhà vua để phê chuẩn. Trong thời hạn 30 ngày, kể từ khi dự luật được trình lên, Nhà vua phải đóng dấu phê chuẩn. Tuy nhiên, dự luật sẽ trở thành đạo luật sau khi hết thời hạn 30 ngày theo thời hạn xác định và được coi như là Nhà vua đã kí phê chuẩn cho dù là trên thực tế Nhà vua vì lí do nào đó không kí phê chuẩn dự luật trong thời hạn đã được xác định. Sau khi được Nhà vua kí phê chuẩn, dự luật sẽ trở thành đạo luật. Tuy nhiên, đạo luật sẽ không có hiệu lực nếu nó không được công bố hoặc đăng công báo theo quy định của Hiến pháp.

Điều đáng lưu ý đối với hệ thống luật thành văn của pháp luật Malaysia là nó không chỉ bao gồm các văn bản được ban hành sau khi nước này đã giành được độc lập (1957) mà nhiều văn bản luật thành văn có từ thời kì là thuộc địa của Anh vẫn đang được áp dụng, chẳng hạn Luật dân sự năm 1956, Luật về chứng cứ năm

1950, Luật về tội nổi loạn năm 1948...

Nguồn thứ hai trong hệ thống pháp luật Malaysia là án lệ. Hệ thống pháp luật của Malaysia thuộc dòng họ common law và tiếp nhận pháp luật của Anh, vì thế án lệ trong các phán quyết của toà án có vai trò quan trọng. Nguồn án lệ của hệ thống pháp luật Malaysia bao gồm các phán quyết của toà án Anh và các phán quyết của toà án Malaysia.

Theo quy định của pháp luật Malaysia, trong trường hợp không có các quy định của pháp luật Malaysia thì pháp luật của Anh sẽ được áp dụng cả trong lĩnh vực hình sự và dân sự. Điều 5 Bộ luật tổ tụng hình sự Malaysia cho phép các toà án Malaysia viện dẫn pháp luật Anh trong trường hợp không có các quy định cụ thể trong các đạo luật của Malaysia hoặc các phán quyết của các toà án cấp cao của Malaysia. Tuy nhiên, việc viện dẫn pháp luật Anh với điều kiện không được trái với các quy định của Bộ luật tổ tụng hình sự của Malaysia. Tương tự như vậy, Điều 3 và Điều 5 của Luật dân sự năm 1956 cũng quy định về những trường hợp toà án Malaysia có thể viện dẫn các phán quyết của toà án Anh trong lĩnh vực common law hoặc luật công bình.

Nguyên tắc Stare decisis trong hệ thống pháp luật Malaysia cho phép các toà án cấp dưới viện dẫn các phán quyết của toà án cấp trên trong hệ thống toà án của Malaysia, các phán quyết của Toà án liên bang luôn có giá trị bắt buộc đối với tất cả các toà án cấp dưới.⁽¹⁾ Các toà án Sessions và toà Magistrates đều xem các phán quyết của toà cấp cao và toà án phúc thẩm có giá trị ràng buộc khi tiến hành xét xử các vụ việc tương tự.

(1). Xem: <http://www.kehakiman.gov.my/courts/judicialEN.shtml>

Nguồn pháp luật khác của hệ thống pháp luật Malaysia là tập quán. Tập quán là nguồn khá quan trọng. Mỗi địa phương có những tập quán riêng, một số tập quán có giá trị áp dụng và được các toà án thừa nhận và áp dụng như các quy định của pháp luật trong các văn bản luật thành văn và các án lệ. Ở miền Tây Malaysia, các tập quán được áp dụng trong hoạt động của toà án chủ yếu là các tập quán về sở hữu đất đai và thừa kế. Có hai loại tập quán ở vùng này được áp dụng ở các bang khác nhau là tập quán theo chế độ mẫu hệ (Adat Perpatih) được áp dụng chủ yếu ở hai bang của miền Tây Malaysia là Negeri Sembilan và Naning. Theo tập quán này, tài sản thừa kế, tên gọi... đều thuộc về người phụ nữ. Tập quán phụ hệ (Adat Temenggung) được áp dụng ở các vùng khác của bán đảo Malaya. Theo các tập quán này, việc thừa kế tài sản, tên gọi đều thuộc về người đàn ông.

Các tập quán ở miền Đông của Malaysia gắn liền với những người dân địa phương ở hai bang là Sabah và Sarawak. Các tập quán ở hai bang này chủ yếu được áp dụng ở các vùng nông thôn. Toà án áp dụng các tập quán ở hai bang này là toà án của người bản xứ. Một trong những tập quán đặc trưng của vùng này là toà án có thể quyết định việc bồi thường thiệt hại được trả bằng hiện vật có giá trị tương đương với mức thiệt hại.

Luật Hồi giáo là nguồn quan trọng của pháp luật Malaysia vì có đến hơn 60% dân số của Malaysia là các tín đồ Hồi giáo. Điều 3 Hiến pháp Malaysia xác định đạo Hồi là tôn giáo của Malaysia, các tôn giáo khác có thể tồn tại hoà bình và hoà hợp trong Liên bang. Tuy nhiên, cơ cấu dân số của Malaysia cho thấy luật Hồi giáo có vị trí quan trọng trong nguồn của hệ

thống pháp luật Malaysia. Luật Hồi giáo được các toà án Hồi giáo áp dụng để giải quyết các tranh chấp giữa các tín đồ Hồi giáo về những vấn đề thuộc phạm vi điều chỉnh của luật Hồi giáo. Nhiều văn bản luật điều chỉnh quan hệ xã hội giữa những người Hồi giáo và được áp dụng tại các toà án Hồi giáo đã được Nghị viện thông qua như Luật về chứng cứ theo Hồi giáo, Luật tố tụng dân sự Hồi giáo, Luật tố tụng hình sự Hồi giáo. Ngoài ra, trong một số văn bản khác, Nghị viện cũng quy định những điều luật riêng áp dụng đối với các tín đồ Hồi giáo như Luật hôn nhân của Malaysia.

III. HỆ THỐNG PHÁP LUẬT PHILIPPINES

3.1. Khái quát chung

Lịch sử phát triển của Philippines, những đặc điểm về cơ cấu dân cư, tôn giáo, địa lí có ảnh hưởng rất lớn đối với sự hình thành và phát triển của hệ thống pháp luật Philippines. Các nhà sử học Philippines phân chia lịch sử của nước này thành nhiều giai đoạn khác nhau. Ở mỗi giai đoạn, pháp luật thể hiện những đặc trưng riêng.

Trước khi người Tây Ban Nha xâm chiếm quần đảo này, người Philippines sống theo các cộng đồng dân cư riêng với các tập quán riêng. Vì vậy, có thể nói giai đoạn này được xem là thời kì pháp luật tập quán của người Philippines. Mặc dù có những tài liệu nhắc đến hai bộ luật trong thời kì này là Bộ luật Maragtas được ban hành ở hòn đảo Panay trong khoảng thời gian từ năm 1200 đến năm 1212 và Bộ luật hình sự của Kalantiao được ban hành năm 1433 nhưng các nhà sử học vẫn nghi ngờ về sự tồn tại

của hai bộ luật này.⁽¹⁾ Luật tập quán của các cộng đồng dân cư chủ yếu điều chỉnh các quan hệ hôn nhân, thừa kế, vay mượn, các quyền về tài sản, mua bán hàng hoá, tội phạm và hình phạt.

Người Tây Ban Nha xâm chiếm quần đảo này làm thuộc địa trong gần bốn thế kỉ⁽²⁾ (từ năm 1521 đến 1898) làm cho hệ thống pháp luật này chịu ảnh hưởng mạnh mẽ bởi civil law của châu Âu lục địa. Pháp luật của Tây Ban Nha đã được áp dụng ở các hòn đảo thuộc địa này thông qua các sắc lệnh của Hoàng gia Tây Ban Nha hoặc thông qua việc ban hành các đạo luật dành riêng cho quần đảo này hoặc các đạo luật được áp dụng chung cho tất cả các vùng thuộc địa của Tây Ban Nha. Nhiều bộ luật của Tây Ban Nha có hiệu lực ở Philippines như Bộ luật hình sự năm 1870, Bộ luật thương mại năm 1886, Luật về hôn nhân năm 1870...

Thời kì Cộng hoà đầu tiên của Philippines tồn tại trong thời gian rất ngắn (khoảng 6 tháng) với cuộc cách mạng của người Philippines chống lại người Tây Ban Nha và tuyên bố độc lập ngày 12/6/1898. Mặc dù thời kì độc lập rất ngắn nhưng người Philippines đã thông qua bản Hiến pháp của mình. Bản Hiến pháp này đã tuyên bố về chủ quyền cũng như các quyền dân sự và chính trị cơ bản của công dân.

Hiệp ước Tây Ban Nha và Mỹ được kí kết tại Paris ngày 10/12/1898 đã dẫn đến việc Mỹ kiểm soát vùng quần đảo Philippines từ năm 1900. Việc xác lập chủ quyền của Mỹ đối với

(1). Xem: www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp1.pdf

(2). Đoàn thám hiểm của Magellan đã đặt chân vào quần đảo Philippines ngày 16/3/1521 mở đầu thời kì xâm chiếm thuộc địa của Tây Ban Nha đối với vùng quần đảo Philippines.

quần đảo này đã từng bước làm thay đổi hệ thống pháp luật của Philippines. Các luật lệ của người Philippines dần dần bị bãi bỏ, pháp luật của Tây Ban Nha đối với vùng lãnh thổ này cùng với các tập quán ở đây cũng bị thay thế nếu các quy định của nó trái với Hiến pháp Mỹ và các nguyên tắc pháp luật và các thể chế của Mỹ. Một loạt các đạo luật về tổ chức nhà nước được ban hành... Trong đó, đáng chú ý là Chi thị của Tổng thống Mackinley về Ủy ban thứ hai của Philippines ngày 7/4/1900 và Luật Tydings-MacDuffie năm 1934. Đạo luật này đã cho phép người Philippines thành lập Chính phủ liên bang trong thời kì 10 năm trước khi nền độc lập được xác lập cùng với nó là ban hành hiến pháp riêng của mình. Dựa vào Luật này, ngày 8/2/1935, bản Hiến pháp của người Philippines đã được thông qua và Tổng thống Franklin Delano Roosevelt đã phê chuẩn ngày 23/3/1935. Trên cơ sở đó, tháng 5/1935 cử tri đã đi bỏ phiếu lựa chọn các quan chức hành pháp và lập pháp đầu tiên của Philippines. Sự kiểm soát của Mỹ đối với Philippines đã làm cho hệ thống pháp luật của nước này chịu ảnh hưởng của hệ thống pháp luật Mỹ.

Từ năm 1942-1944, chiến tranh thế giới lần thứ hai đã dẫn đến việc Nhật Bản chiếm đóng Philippines. Chính phủ do quân đội Nhật Bản bảo trợ đã được thành lập và bản hiến pháp khác cũng đã được thông qua, Hiến pháp 1943. Trong khi đó, Chính phủ Liên bang vẫn tồn tại và hoạt động lưu vong ở Mỹ. Chiến tranh thế giới thứ hai chấm dứt đã tạo điều kiện thuận lợi cho việc thành lập lại Chính phủ Liên bang ở Manila vào ngày 28/2/1945. Từ đó, Philippines bước sang một giai đoạn mới, giai đoạn Cộng hoà thứ hai.

Trong giai đoạn cộng hoà thứ hai từ năm 1946, Philippines đã sử dụng bản Hiến pháp năm 1935 với mô hình thể chế chính trị tương tự như mô hình chính thể của Mỹ. Theo đó, Tổng thống được trao quyền hành pháp và quyền lập pháp thuộc về nghị viện với hai viện; quyền tư pháp được trao cho Toà án tối cao và hệ thống toà án các cấp. Tuy nhiên, nền cộng hoà thứ hai này cũng chỉ tồn tại đến năm 1973 khi bản hiến pháp mới được công bố và kèm theo đó là Tuyên bố về việc duy trì tình trạng thiết quân luật ở nước này.

Thời kì thiết quân luật từ năm 1972 đến năm 1986 với hàng loạt những biến động về chính trị. Sự khủng hoảng về chính trị từ mô hình chính thể nghị viện theo quy định của Hiến pháp năm 1973 được sửa đổi thành mô hình chính thể cộng hoà tổng thống. Lệnh thiết quân luật bị bãi bỏ năm 1981 đã chấm dứt giai đoạn này cùng với việc bầu cử Tổng thống ngày 16/6/1981. Hàng loạt những sửa đổi của Hiến pháp năm 1973 đã được thực hiện nhằm xây dựng nền cộng hoà mới ở Philippines.

Sự ra đời của bản Hiến pháp mới năm 1987 đã đánh dấu giai đoạn mới trong sự phát triển của pháp luật Philippines. Giai đoạn này được coi là giai đoạn tiếp tục của nền cộng hoà Philippines. Hình thức chính thể cộng hoà tổng thống được khôi phục và duy trì.

Sự phát triển của lịch sử đã làm cho hệ thống pháp luật Philippines chứa đựng những thành tố của civil law, common law, luật tập quán (Adat của người Malay) và luật Hồi giáo. Vì thế, hệ thống pháp luật Philippines được xem là một trong những hệ thống pháp luật hỗn hợp đáng chú ý trên thế giới.

3.2. Hệ thống toà án Philippines

Trong hệ thống toà án của Philippines, Toà án tối cao là toà án cao nhất, dưới đó là Toà án phúc thẩm, các toà án sơ thẩm của các vùng, toà án sơ thẩm khu vực thủ đô, toà án sơ thẩm các thành phố, toà án sơ thẩm các thị xã, và toà án lưu động của các thành phố thị xã. Bên cạnh đó, các tranh chấp của cộng đồng Hồi giáo sẽ được xét xử bởi các toà án Hồi giáo lưu động và toà án Hồi giáo cấp quận. Ngoài ra, một số toà án chuyên trách như toà án gia đình cũng được thành lập để xét xử các vấn đề cụ thể.

- Toà án tối cao: Toà án tối cao của Philippines là toà án cao nhất trong hệ thống toà án với chánh án và 14 thẩm phán. Toà án tối cao có thẩm quyền xét xử các vụ việc liên quan đến các đại sứ, các bộ trưởng dân sự và các lãnh sự; xem xét các yêu cầu liên quan đến các lệnh của toà án cấp trên để xem xét lại vụ án vụ án đã được toà án cấp dưới xét xử, chỉ thị của toà án cấp trên đối với toà án cấp dưới, lệnh huỷ bỏ việc giam giữ... Đồng thời, Toà án tối cao cũng có thẩm quyền kiểm tra, sửa chữa, bảo lưu, thay đổi hoặc khẳng định nội dung phán quyết phúc thẩm hoặc lệnh của toà án cấp trên xem xét lại phán quyết của toà án cấp dưới hoặc phán quyết cuối cùng của toà án cấp dưới về các vấn đề liên quan đến tính hợp hiến hoặc giá trị pháp lí của các điều ước quốc tế, các thoả thuận quốc tế, các luật, sắc lệnh, tuyên bố, lệnh, chỉ thị sắc luật hoặc văn bản khác của tổng thống; các vụ việc liên quan đến tính hợp pháp của bất kì loại thuế nào; tất cả các vụ việc liên quan đến tranh chấp về thẩm quyền của toà án cấp dưới; tất cả các vụ án hình sự mà mức hình phạt được áp dụng tối thiểu là hình phạt chung thân và các vụ việc có những sai sót về pháp luật.

Đồng thời, theo quy định trong Điều VII khoản 4 của Hiến pháp, Toà án tối cao với hội đồng xét xử bao gồm toàn bộ các thành viên của Toà có thể giải quyết các khiếu nại liên quan đến bầu cử, công bố kết quả bầu cử tiêu chuẩn của Tổng thống và Phó Tổng thống.

Ngoài thẩm quyền xét xử, Toà án tối cao cũng là cơ quan giám sát hoạt động xét xử và tổ chức nhân sự của các toà án cấp dưới. Việc trao quyền tư pháp cho hệ thống toà án và trao quyền giám sát về tổ chức và hoạt động của toà án cấp dưới cho Toà án tối cao nhằm đảm bảo tính độc lập của hệ thống toà án trong hệ thống pháp luật Philippines.

Trong hoạt động xét xử, Toà án tối cao có thể tiến hành xét xử với một hội đồng bao gồm ba, năm, bảy hoặc tất cả các thẩm phán⁽¹⁾ Theo quy định của Hiến pháp, một số vấn đề bắt buộc phải do hội đồng bao gồm tất cả các thành viên của Toà án tối cao giải quyết, chẳng hạn các vấn đề về tính hợp hiến của các điều ước quốc tế, thỏa thuận quốc tế hoặc các đạo luật... Các phán quyết của toà án tối cao sẽ được coi là có giá trị khi được đa số thành viên của Hội đồng xét xử tán thành.

- Toà án phúc thẩm: Toà án phúc thẩm bao gồm 69 thẩm phán trong đó có một thẩm phán được lựa chọn là chánh án.⁽²⁾ Để thực hiện chức năng và nhiệm vụ được giao, Toà án phúc thẩm phân chia thành 23 toà bộ phận, mỗi toà bộ phận 3 thẩm phán. Các toà bộ phận của Toà phúc thẩm được đặt ở nhiều khu vực khác nhau nhưng tập trung nhất là ở Manila với 17 toà bộ phận của Toà

(1). Xem: Article VIII, section 4(1)

(2). Xem: www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp3.pdf

phúc thẩm.⁽¹⁾ Tuy nhiên, trong trường hợp có quá nhiều vụ việc và do giới hạn về thời gian xét xử các vụ việc trong phạm vi ba tháng nên Toà phúc thẩm thường giao nhiệm vụ cho bất kì toà bộ phận nào tiến hành xét xử.

Toà án phúc thẩm có thẩm quyền phúc thẩm tất cả các phán quyết và quyết định của các toà án khu vực và của các cơ quan khác mà theo quy định của pháp luật việc phúc thẩm đó không thuộc thẩm quyền của Toà án tối cao. Ngoài thẩm quyền phúc thẩm các phán quyết của toà án cấp dưới, Toà án phúc thẩm có thẩm quyền ra các chỉ thị, lệnh cấm, lệnh hủy bỏ việc giam giữ và các lệnh hoặc các yêu cầu khác đối với toà án cấp dưới... Toà phúc thẩm cũng có thẩm quyền đặc biệt đối với các vụ kiện hủy bỏ phán quyết của các toà án khu vực.

Phán quyết của các toà bộ phận chỉ có giá trị khi được toàn bộ ba thành viên của toà nhất trí về nội dung. Vì vậy, trong trường hợp không đạt được sự nhất trí của cả ba thành viên, Chánh án Toà án phúc thẩm sẽ thành lập hội đồng đặc biệt gồm năm thẩm phán và phán quyết cuối cùng sẽ là phán quyết được đa số thành viên của toà đặc biệt này tán thành.

Ngoài ra, toà phúc thẩm chuyên trách khác là Toà án phúc thẩm về thuế được thành lập theo Luật của nước cộng hoà số 1125 (1954) và Luật của nước cộng hoà số 9282 (2004). Theo quy định của hai đạo luật này, Toà án về thuế là toà án cùng cấp với Toà án phúc thẩm và có thẩm quyền xét xử các quyết định của ủy viên của Hội đồng thuế thu nhập trong nước và ủy viên Hội đồng thuế hải quan; các quyết định liên quan đến thuế ở các

(1).Xem: www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp3.pdf

địa phương và thuế về tài sản; các tội phạm liên quan đến pháp luật về thuế. Toà án phúc thẩm về thuế có Chánh án và năm thẩm phán. Toà án này thường tiến hành xét xử với hội đồng gồm toàn bộ các thẩm phán. Trong một số trường hợp, việc xét xử sẽ được tiến hành với hội đồng có ba thẩm phán.

- Toà án vùng: Các toà án vùng của Philippines là những toà án ở các vùng lãnh thổ khác nhau.⁽¹⁾ Mỗi vùng lãnh thổ có một toà án vùng có thẩm quyền xét xử chủ yếu trong lĩnh vực dân sự và hình sự. Toà án vùng có thẩm quyền xét xử cả sơ thẩm và phúc thẩm theo quy định của pháp luật.

Thẩm quyền xét xử sơ thẩm trong lĩnh vực dân sự của các toà án này được xác định dựa trên cơ sở các loại vụ việc và giá trị của tranh chấp. Theo đó, các toà án này có thẩm quyền xét xử các tranh chấp mà đối tượng tranh chấp không xác định được giá trị bằng tiền, các tranh chấp liên quan đến sở hữu tài sản, các tranh chấp liên quan đến hợp đồng hôn nhân và các quan hệ hôn nhân, tranh chấp liên quan đến di sản, tranh chấp về hàng hải, các vụ việc liên quan đến phí luật sư, chi phí về tố tụng... Giới hạn giá trị của các tranh chấp thuộc thẩm quyền xét xử của các toà án vùng do pháp luật xác định tùy thuộc vào loại tranh chấp. Tuy nhiên, giá trị của các tranh chấp thuộc thẩm quyền của các toà án vùng có sự khác biệt khá lớn giữa khu vực thủ đô Manila với các khu vực khác. Chẳng hạn, Toà án vùng ở thủ đô Manila có thẩm quyền xét xử các loại tranh chấp liên quan đến sở hữu có trị giá trên 50.000 P; trong khi đó toà án vùng ở các khu vực khác có

(1). Philippines có 17 vùng lãnh thổ với 81 tỉnh. Mỗi vùng bao gồm một số tỉnh nhất định. Trong đó có ba vùng lãnh thổ đặc thù là vùng thủ đô, vùng hành chính Cordillera (CAR) được bao bọc toàn đất liền và vùng tự trị Hồi giáo Mindanao (ARMM).

thẩm quyền xét xử các loại tranh chấp thuộc loại này với giá trị trên 20.000 P. Tương tự như thế đối với các vụ việc liên quan đến hàng hải có giá trị trên 400.000 P mới thuộc thẩm quyền xét xử của Toà án vùng ở thủ đô Manila; trong khi cũng vụ việc đó có giá trị trên 200.000 P đã thuộc thẩm quyền của toà án vùng ở các khu vực khác... Ngoài thẩm quyền xét xử các vụ việc dân sự thông thường, toà án vùng còn có thẩm quyền xét xử các vụ việc liên quan đến hoạt động chứng khoán mà trước đây thuộc thẩm quyền của Ủy ban chứng khoán nhà nước.⁽¹⁾

Trong lĩnh vực hình sự, toà án vùng có thẩm quyền xét xử tất cả các loại tội phạm không thuộc thẩm quyền riêng của các toà án hoặc các cơ quan khác. Các tội phạm thuộc thẩm quyền xét xử của toà án này là các tội thông thường, các tội phạm liên quan đến chức vụ do các quan chức và người lao động có mức lương nhất định đang làm việc trong các doanh nghiệp và công ti của Nhà nước thực hiện mà mức hình phạt có thể áp dụng trên sáu năm tù không kể các biện pháp chế tài khác như phạt tiền hoặc trách nhiệm dân sự phát sinh từ hành vi phạm tội đó. Ngoài ra, toà án này còn có thẩm quyền phúc thẩm đối với quyết định hoặc phán quyết của các toà án khu vực thủ đô, toà án ở đô thị và toà án lưu động ở các đô thị trừ trường hợp các vụ việc được các toà án ở đô thị xét xử trên cơ sở sự uỷ quyền của các toà khác.

- Toà án khu vực thủ đô và toà án ở các đô thị, toà án lưu động ở các đô thị: Đây là các toà án thuộc cùng một cấp xét xử. Trong đó, Toà án khu vực thủ đô được thành lập riêng cho các khu vực thuộc vùng thủ đô Manila, toà án ở các đô thị được thành

(1).Xem: www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp3.pdf

lập cho các đô thị lớn và toà án lưu động ở các đô thị được thành lập cho nhiều đô thị nhỏ lẻ khác nhau. Các toà án này đều có thẩm quyền xét xử các vụ việc thuộc lĩnh vực dân sự và hình sự. Ngoài những loại vụ việc thuộc thẩm quyền riêng biệt của các toà án do pháp luật quy định, phần lớn các loại vụ việc thuộc thẩm quyền của các toà án này tương tự như các loại vụ việc thuộc thẩm quyền của các toà án khu vực nhưng giá trị tranh chấp nhỏ hơn hoặc mức hình phạt được áp dụng đối với người phạm tội thấp hơn. Điểm đáng chú ý trong thẩm quyền xét xử dân sự của các toà án này là toà án khu vực thủ đô có thẩm quyền xét xử đối với các tranh chấp có giá trị lớn hơn so với giá trị các tranh chấp thuộc thẩm quyền của các toà án ở các đô thị hoặc toà án lưu động ở các đô thị. Chẳng hạn, các tranh chấp liên quan đến di sản thuộc thẩm quyền của Toà án khu vực thủ đô là không quá 400.000 P, các toà án đô thị hoặc toà án lưu động của các đô thị chỉ có thẩm quyền xét xử đối với các vụ việc có trị giá không quá 200.000 P. Thẩm quyền xét xử đối với các vụ án hình sự của các toà án này tương tự như nhau với các hành vi không thể bị áp dụng mức hình phạt quá 6 năm tù.

- Toà án gia đình: Toà án gia đình là toà án chuyên trách được quy định trong Luật số 8369 của nhà nước Cộng hoà năm 1997. Theo quy định của đạo luật này, mỗi thành phố hoặc mỗi tỉnh sẽ được thành lập một toà án về gia đình. Trên thực tế, Toà án tối cao đã thành lập các toà gia đình là các chi nhánh của toà án vùng ở các thành phố.⁽¹⁾

Toà án này chủ yếu giải quyết các vụ việc liên quan đến lĩnh

(1). Xem: www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp3.pdf

vực gia đình như giám hộ, chăm sóc con cái, các khiếu kiện liên quan đến tính hợp pháp của quan hệ hôn nhân, hôn nhân vô hiệu, vấn đề tài sản vợ chồng, nuôi con nuôi, xác nhận hoặc phục hồi địa vị của cha mẹ đối với con cái. Ngoài những vấn đề về gia đình, Toà án này còn có thẩm quyền xét xử các vấn đề khác liên quan đến người chưa thành niên. Chẳng hạn, các vụ án hình sự mà người phạm tội là người dưới 18 tuổi và trên 9 tuổi hoặc có ít nhất là một nạn nhân là người chưa thành niên.

- Toà án Hồi giáo cấp quận và Toà án Hồi giáo lưu động⁽¹⁾: Các toà án Hồi giáo ở Philippines được thành lập cho cộng đồng người Hồi giáo ở Khu vực tự trị Hồi giáo của quần đảo Mindanao (Autonomous Region in Muslim Mindanao). Khu vực này có khoảng 2,8 triệu dân là những người Hồi giáo. Vì thế, Philippines đã thành lập các toà án Hồi giáo quận và toà án Hồi giáo lưu động để giải quyết các tranh chấp của người Hồi giáo trong khu vực này.

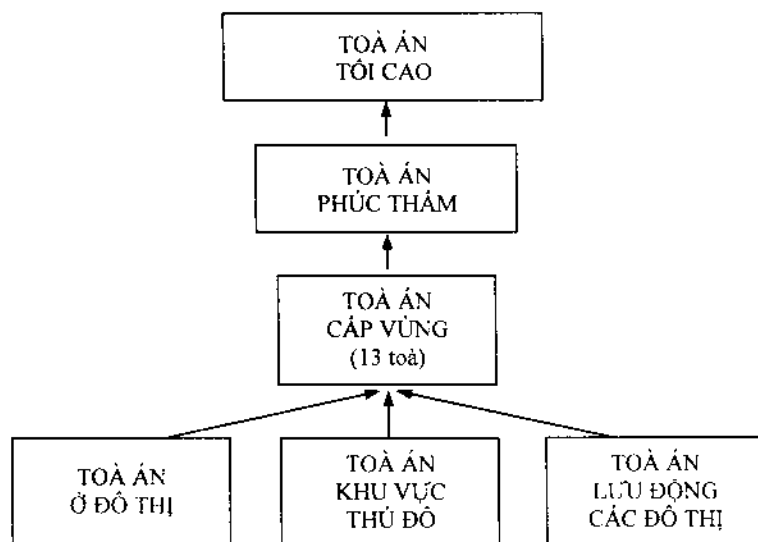
Có năm toà án Hồi giáo cấp quận được thành lập cho các tỉnh của Khu vực Hồi giáo tự trị. Các toà án này có thẩm quyền xét xử các vụ việc liên quan đến việc chăm sóc trẻ em, giám hộ, xác nhận tính hợp pháp của quan hệ cha con, truy nhận cha cho con theo Bộ luật Hồi giáo về các luật liên quan đến cá nhân; các vụ việc liên quan đến việc phân chia và giải quyết về tài sản của người Hồi giáo đã chết; yêu cầu tuyên bố sự vắng mặt hoặc đã chết và yêu cầu hủy bỏ việc ghi vào sổ đăng kí Hồi giáo; các tranh chấp hợp đồng theo tập quán giữa những người Hồi giáo... Ngoài ra, toà án Hồi giáo cấp quận còn có thẩm quyền xét xử

(1).Xem: Presidential Decree No 1083 (1977)

phục thẩm các phán quyết của các toà án Hồi giáo lưu động.

Toà án Hồi giáo lưu động có thẩm quyền xét xử đối với các tội phạm và hình phạt được quy định trong Bộ luật Hồi giáo và các tranh chấp dân sự giữa những người Hồi giáo liên quan đến vấn đề hôn nhân, li hôn, hứa hôn, của hồi môn theo tập quán, phân chia tài sản hôn nhân, những vấn đề khác về hôn nhân... theo quy định của luật Hồi giáo.

SƠ ĐỒ HỆ THỐNG TOÀ ÁN PHILIPPINES



- Tòa án đặc biệt (Sandiganbayan): Theo quy định của Hiến pháp năm 1973 (khoản 5 Điều XIII), Tòa án đặc biệt được thành lập trên cơ sở Sắc lệnh số 1606 (1978) của Tổng thống và được tiếp tục duy trì theo quy định của Hiến pháp năm 1987 (khoản 4

Điều XI) và phát triển trên cơ sở Luật của nước cộng hoà số 7975 (1995). Sandiganbayan được xác định là toà án cùng cấp với các toà án phúc thẩm khác. Với 15 thẩm phán được chia thành 5 toà bộ phận, Toà án đặc biệt này có thẩm quyền xét xử đối với các vụ án hình sự và dân sự có liên quan đến các tội về hối lộ, tham nhũng và các tội phạm khác được thực hiện bởi quan chức hoặc người lao động trong khu vực nhà nước liên quan đến chức vụ và cơ quan của họ.

3.3. Đào tạo luật và nghề luật ở Philippines

- Đào tạo luật: Đào tạo luật ở Philippines đã được thực hiện từ thời kì cai trị của Tây Ban Nha. Khoá học đầu tiên bằng tiếng Tây Ban Nha được tổ chức tại Trường đại học Giáo hoàng Santo Tomas năm 1734. Các khoá học luật bằng tiếng Anh được bắt đầu vào năm 1910 tại Hiệp hội Cơ đốc giáo của những người trẻ tuổi ở Manila (Young Men's Christian Association of Manila - YMCA).⁽¹⁾

Ngày nay, việc đào tạo luật được thực hiện chủ yếu ở các khoa luật của các trường đại học ở Philippines. Khác với nhiều cơ sở đào tạo luật khác ở các nước trong khu vực, yêu cầu tối thiểu để một người có thể đăng kí học lấy bằng cử nhân luật ở các trường đại học ở Philippines là người đó phải có bằng đại học của bất kì một ngành học nào khác thuộc lĩnh vực văn chương, khoa học, chính trị, kinh tế, lịch sử...⁽²⁾ Điều này có nghĩa là bằng cử nhân luật là bằng đại học thứ hai. Mô hình này giống với mô hình đào tạo luật ở Hoa Kỳ và một số trường đại học khác khu vực Bắc Mỹ. Chương trình đào tạo cử nhân luật ở Philippines kéo dài trong

(1). Xem: www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp5.pdf

(2). Xem: Rules of Court of Philippines, Rule 138, Section 6.

bốn năm. Mỗi trường có những yêu cầu riêng cho chương trình đào tạo. Ví dụ, Khoa luật của Đại học Philippines xây dựng chương trình đào tạo đại học với 20% số môn học tự chọn,⁽¹⁾ trong khi đó ở Khoa luật của trường Arellano chỉ có 11 tín chỉ tự chọn trong tổng số 150 tín chỉ của chương trình đại học.⁽²⁾ Ở Khoa luật của Trường đại học Ateneo de Manila, ngoài chương trình học tại trường, để hoàn thành chương trình học của năm thứ hai, trong kì hè năm thứ hai và năm thứ ba sinh viên phải học khoảng 240 giờ tương đương với 4 tín chỉ cho chương trình học nghề với một luật sư có kinh nghiệm hướng dẫn, đánh giá kết quả và đề xuất Chủ nhiệm khoa công nhận. Ngoài ra, sinh viên còn phải hoàn thành luận văn ở trường tương đương với 6 tín chỉ.⁽³⁾

Việc đào tạo luật ở Philippines được kiểm soát và quản lí bởi Ủy ban giáo dục trình độ cao (Commission on Higher Education - CHED) và Toà án tối cao. Theo luật về giáo dục trình độ cao (The Higher Education Act of 1994), đây là cơ quan trực thuộc Văn phòng Tổng thống (độc lập với Bộ giáo dục, văn hoá và thể thao) thực hiện chức năng quản lí tất cả các cơ sở đào tạo (công lập và tư thục) và các chương trình đào tạo có cấp bằng từ đại học, cao đẳng của các cơ sở đào tạo. Toà án tối cao có ảnh hưởng khá lớn tới việc đào tạo luật ở Philippines. Bản quy chế của Toà án tối cao đã xác định rõ điều kiện dự kì thi để hành nghề luật là: Người đăng kí tham dự kì thi để hành nghề luật sẽ không được chấp nhận trừ khi người đó xuất trình bằng chứng đã hoàn thành khoá học phổ thông trung học bốn năm, hoàn thành khoá học được cấp

(1).Xem: www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp5.pdf

(2).Xem: <http://www.arellanolaw.edu/acad.html>

(3).Xem: <http://www.ateneolaw.ateneo.edu>

bằng cử nhân trong lĩnh vực văn chương hoặc khoa học trước khi học luật.⁽¹⁾ Toà án cũng xác định nội dung của các môn thi của kì thi này có ảnh hưởng khá lớn đối với các trường luật khi xây dựng chương trình đào tạo của trường.

Ngoài các chương trình đào tạo được thực hiện tại các trường đại học, các luật gia của Philippines sẽ tiếp tục theo học các khoá học về nghề luật nhằm duy trì đạo đức nghề nghiệp và các tiêu chuẩn hành nghề. Các thẩm phán cũng được liên tục tham gia các khoá học nhằm nâng cao kiến thức pháp luật, đạo đức, năng lực và hiệu quả công tác thông qua các chương trình bồi dưỡng và đào tạo do Học viện tư pháp Philippines tổ chức. Đây là cơ sở đào tạo do Toà án tối cao thành lập năm 1998 nhằm thực hiện chức năng như một trường đào tạo cho các thẩm phán hoặc các viên chức trong ngành tư pháp.⁽²⁾

- Nghề luật: Theo quy định của Hiến pháp, Toà án tối cao là cơ quan có thẩm quyền quy định các yêu cầu đối với một người muốn hành nghề luật ở Philippines.⁽³⁾ Trên cơ sở quy định của Hiến pháp, Toà án tối cao đã ban hành Quy chế của toà án quy định điều kiện hành nghề luật và tổ chức và hoạt động của Đoàn luật sư Philippines (Integrated Bar of Philippines).

Ngoài những điều kiện tối thiểu như độ tuổi (từ 21 tuổi trở lên), có phẩm chất đạo đức tốt, là công dân Philippines và cư trú ở Philippines, có bằng cử nhân luật, một người muốn trở thành thành viên của Đoàn luật sư và hành nghề luật một cách độc lập

(1). Xem: Rules of Court of Philippines, Rule 138, Section 6.

(2). Xem: www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp5.pdf

(3). Xem: Article VIII, section 5(4), Constitution of Philippines.

phải trải qua kì thi luật sư (Bar examination). Kì thi này được tổ chức hàng năm và kết quả sẽ được xác định bởi Ủy ban bao gồm một thẩm phán của Toà án tối cao và bảy thành viên khác của Đoàn luật sư Philippines. Thí sinh đạt kết quả của kì thi này sẽ được Toà án tối cao cấp chứng chỉ hành nghề luật.

Bên cạnh các luật sư có chứng chỉ để hành nghề luật, các sinh viên đang theo học tại các trường luật cũng được phép thực hành luật khi có đủ những điều kiện nhất định. Theo quy định của Toà án tối cao, sinh viên đã hoàn thành chương trình học năm thứ ba của trường trình đào tạo bốn năm và đã được tuyển chọn vào chương trình giáo dục thực hành nghề luật của các cơ sở đào tạo được Toà án tối cao chấp nhận sẽ được phép bào chữa tại toà án hoặc cơ quan tài phán trong các vụ việc dân sự, hình sự, hành chính. Tuy nhiên, khách hàng của các chương trình này là những người nghèo và các sinh viên này không được nhận bất kì một khoản phí nào.

Thẩm phán của các toà án trong hệ thống pháp luật Philippines dù đó là Toà án tối cao hay là các toà án cấp dưới cũng đều do Tổng thống bổ nhiệm.⁽¹⁾ Độ tuổi nghỉ hưu của các thẩm phán là 70.⁽²⁾ Giống với các thẩm phán trong hệ thống pháp luật của Anh và Hoa Kỳ, hành nghề luật sư là con đường để một người có thể được bổ nhiệm làm thẩm phán của toà án các cấp của Philippines. Tuy nhiên, yêu cầu về kinh nghiệm và độ tuổi để được bổ nhiệm làm thẩm phán ở các toà án khác nhau không giống nhau. Theo quy định của Hiến pháp, 40 tuổi là độ tuổi tối thiểu để một người được bổ nhiệm làm thẩm phán của Toà án tối cao. Đồng

(1).Xem: Article VIII, section 9, Constitution of Philippines.

(2).Xem: Article VIII, section 11, Constitution of Philippines.

thời, người đó phải có ít nhất 15 năm là thẩm phán của toà án cấp dưới hoặc tham gia thực hành nghề luật ở Philippines.⁽¹⁾ Điều kiện về độ tuổi và kinh nghiệm nghề luật để một người được bổ nhiệm thẩm phán của toà án vùng là 35 tuổi và 10 năm hành nghề luật hoặc giữ chức vụ của cơ quan công quyền mà điều kiện hành nghề luật là yêu cầu bắt buộc để giữ chức vụ này.⁽²⁾ Đối với các toà án ở khu vực thủ đô, các đô thị hoặc toà án lưu động ở các đô thị, độ tuổi để có thể được bổ nhiệm thẩm phán là 30 tuổi và 5 năm kinh nghiệm hành nghề luật hoặc giữ chức vụ trong cơ quan nhà nước mà điều kiện hành nghề luật là yêu cầu bắt buộc để giữ chức vụ này.

Các thẩm phán của các toà án Hồi giáo cũng do Tổng thống bổ nhiệm.⁽³⁾ Độ tuổi nghỉ hưu của các thẩm phán của toà án Hồi giáo là 65 tuổi.⁽⁴⁾ Ngoài những điều kiện chung giống như các thẩm phán của toà thường, các thẩm phán này phải là những người đã được học về luật Hồi giáo. Điều kiện để trở thành thẩm phán của toà án Hồi giáo cấp quận tương tự như điều kiện để trở thành thẩm phán của Toà án khu vực thủ đô,⁽⁵⁾ toà án ở các đô thị và toà án lưu động ở các đô thị. Đối với thẩm phán của toà án Hồi giáo lưu động, yêu cầu về độ tuổi được bổ nhiệm là 25 tuổi và phải trải qua kì thi về Luật Hồi giáo để trở thành thành viên đặc biệt của Đoàn Luật sư Philippines hành nghề luật tại các Toà án Hồi giáo.⁽⁶⁾

(1). Xem: Article VIII, section 7(1), Constitution of Philippines.

(2). Xem: Section 15, The Judiciary Reorganization Act of 1980.

(3). Xem: Article 139 và 151, Code of Muslim Personal Laws of the Philippines

(4). Xem: Article 141 và 153, Code of Muslim Personal Laws of the Philippines.

(5). Xem: Article 140, Code of Muslim Personal Laws of the Philippines.

(6). Xem: Article 152, Code of Muslim Personal Laws of the Philippines.

3.4. Nguồn của hệ thống pháp luật Philippines

Bối cảnh lịch sử và sự phát triển của hệ thống pháp luật Philippines cho phép xác định luật thành văn, các phán quyết của toà án, tập quán là luật Hồi giáo là những nguồn cơ bản của hệ thống pháp luật Philippines.

Sự ảnh hưởng của truyền thống civil law đã làm cho Luật thành văn có vị trí và vai trò cơ bản trong hệ thống pháp luật của nước này. Gần bốn thế kỉ nằm dưới sự kiểm soát của Tây Ban Nha đã làm cho hệ thống pháp luật Philippines thừa nhận Luật thành văn là nguồn luật quan trọng nhất. Nhiều văn bản luật Tây Ban Nha đã từng được áp dụng trong hệ thống pháp luật Philippines trong thời kì thuộc địa đã ảnh hưởng rất lớn tới sự hình thành và phát triển của luật thành văn của nước này thậm chí nhiều quy định vẫn còn hiệu lực. Chẳng hạn, Bộ luật thương mại năm 1888 vẫn là văn bản có hiệu lực hiện nay mặc dù phần lớn quy định của Bộ luật này đã được sửa đổi.⁽¹⁾ Vị trí và vai trò của luật thành văn đặc biệt là các bộ luật tiếp tục được duy trì. Hiện nay, có 29 Bộ luật đang có hiệu lực.⁽²⁾ Thậm chí, ngay cả khi Philippines nằm trong sự kiểm soát và chịu ảnh hưởng của Mỹ ở nửa đầu thế kỉ XX, nhiều văn bản luật tiếp tục được ban hành và đến nay vẫn có hiệu lực. Trong suốt thời kì từ năm 1900 đến 1935, Hội đồng Philippines (cơ quan lập pháp trong thời kì này) đã thông qua ra 4275 đạo luật. Đáng chú ý là các đạo luật như Luật phá sản (1909), Luật thế chấp tài sản (1906), Luật về các phương tiện đàm phán (1911)...⁽³⁾

(1). Xem: www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp2.pdf

(2). Xem: www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp2.pdf

(3). Xem: www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp2.pdf

Ngày nay, luật thành văn của Philippines bao gồm các văn bản do các cơ quan khác nhau ban hành, đáng chú ý nhất là Hiến pháp và các đạo luật do cơ quan lập pháp Philippines ở các thời kì phát triển khác nhau ban hành và các sắc lệnh của Tổng thống.

Các đạo luật được Nghị viện ban hành theo trình tự và thủ tục lập pháp nhất định. Một đạo luật chỉ được coi là thông qua khi cả hai viện⁽¹⁾ đã thông qua. Trình tự xem xét, thảo luận và thông qua các đạo luật ở hai viện tương tự như nhau.⁽²⁾ Theo đó, dự luật có thể được khởi xướng từ Thượng nghị viện hoặc Hạ nghị viện. Ở mỗi viện, dự luật đều trải qua ba phiên họp xem xét dự luật. Sau khi dự luật được giới thiệu tại viện, phiên họp thứ nhất chỉ tập trung vào tên và số của dự luật. Sau đó, dự luật sẽ được giao cho một hoặc một số uỷ ban của viện xem xét, trước khi đưa ra viện để đọc lần thứ hai. Trong phiên họp thứ hai, các nghị sĩ sẽ xem xét cụ thể, chi tiết các điều khoản của dự luật đồng thời thảo luận về các điều khoản đó. Những sửa đổi cũng có thể được tiến hành trong phiên họp thứ hai. Trên cơ sở đó, bản dự luật đã sửa đổi trong quá trình thảo luận ở phiên họp thứ hai sẽ được gửi cho các nghị sĩ để tiến hành phiên họp thứ ba. Trong phiên họp này, các nghị sĩ sẽ chỉ quan tâm đến tên và số của dự luật trước khi biểu quyết dự luật. Dự luật sẽ được xem là thông qua nếu đa số thành viên của viện đồng ý.

(1). Theo Điều VI Hiến pháp 1987, Nghị viện của Philippines có hai viện là Thượng nghị viện và Hạ nghị viện. Trong đó, Thượng nghị viện bao gồm 24 thượng nghị sĩ có nhiệm kì 6 năm được các đại cử tri bầu ra; Hạ nghị viện không quá 250 hạ nghị sĩ có nhiệm kì 3 năm được bầu cử theo các quận với số lượng được xác định theo tỉ lệ dân số của các vùng đó.

(2). Xem: <http://www.senate.gov.ph/about/legpro.asp>; <http://www.congress.gov.ph/legis/index.php?pg=how> (Website chính thức của Thượng nghị viện và Hạ nghị viện Philippines về quy trình lập pháp).

Sau khi hoàn thành phiên họp xem xét dự luật tại một viện và đã được thông qua, dự luật sẽ được gửi sang viện thứ hai. Trình tự xem xét dự luật ở viện thứ hai cũng tương tự như trình tự xem xét dự luật ở viện thứ nhất. Điều đó nghĩa là dự luật cũng phải trải qua ba phiên họp. Nếu viện thứ hai thông qua, dự luật sẽ được xem là thông qua. Trong trường hợp cần phải điều chỉnh khi có những quan điểm khác nhau giữa hai viện, hai viện sẽ thành lập uỷ ban chung để giải quyết những vấn đề đó và lập báo cáo gửi cho hai viện. Sau khi được chủ tịch Thượng nghị viện và chủ tịch Hạ nghị viện kí phê chuẩn, dự luật sẽ được gửi cho Tổng thống. Nếu Tổng thống tán thành và kí phê chuẩn, dự luật sẽ trở thành đạo luật chính thức. Nếu Tổng thống phủ quyết đạo luật hoặc một số điều khoản của dự luật, Thượng nghị viện và Hạ nghị viện sẽ biểu quyết để loại bỏ việc phủ quyết của Tổng thống. Trong lần biểu quyết này, nếu hai phần ba thành viên của mỗi viện tán thành thì dự luật sẽ trở thành đạo luật chính thức.

Nguồn quan trọng khác của hệ thống pháp luật Philippines là phán quyết của toà án. Sự chuyển giao Philippines từ thuộc địa của Tây Ban Nha trở thành thuộc địa của Mỹ đã làm cho hệ thống pháp luật của Philippines chịu ảnh hưởng của common law.

Nguyên tắc Stare decisis đã thấm thấu vào hệ thống pháp luật Philippines. Vai trò của phán quyết của toà án trong hệ thống pháp luật Philippines được Điều 8 của Bộ luật dân sự Philippines xác định: *"Các phán quyết tư pháp áp dụng hoặc giải thích các luật hoặc Hiến pháp sẽ tạo thành án lệ của hệ thống pháp luật Philippines"*. Tuy nhiên, nguyên tắc stare decisis được áp dụng trong hệ thống pháp luật Philippines không hoàn toàn giống với hệ thống pháp luật của Mỹ hoặc một số

nước khác khi tiếp nhận common law của Anh. Ở Philippines, chỉ có phán quyết của toà án tối cao trở thành án lệ có giá trị bắt buộc đối với các toà án cấp dưới.⁽¹⁾

Mối quan hệ giữa án lệ và luật thành văn ở Philippines có điểm tương tự như mối quan hệ giữa luật thành văn và án lệ trong hệ thống pháp luật Hoa Kỳ. Theo đó, nếu các toà án tuyên bố đạo luật nào đó là trái với Hiến pháp thì đạo luật đó sẽ không có hiệu lực.⁽²⁾ Tuy nhiên, giá trị pháp lí của các án lệ trong hệ thống pháp luật Philippines được xác định khá linh hoạt. Toà án tối cao của Philippines khẳng định rằng: “*Nguyên tắc stare decisis không có nghĩa là mù quáng bám chặt vào các án lệ. Án lệ hoặc quy tắc đã được đặt ra, đã được tuân theo trong nhiều năm, không phụ thuộc vào nó quan trọng thế nào, nếu được xác định là trái với luật thì nó phải bị loại bỏ. Nguyên tắc stare decisis không áp dụng hoặc không nên áp dụng khi có sự xung đột giữa án lệ và luật. Nghĩa vụ của toà án là khước từ và loại bỏ bất kì án lệ hoặc quy tắc nào được xác định là trái với luật đang có hiệu lực*”.⁽³⁾

Điều này có thể được giải thích bởi quan điểm cho rằng án lệ trong hệ thống pháp luật của Philippines không thể được xem là nguồn luật độc lập; không tạo ra pháp luật. Quy tắc được hình thành bởi án lệ là luật được thẩm phán tạo ra, về khía cạnh tư pháp nó không thể được chấp nhận trong hệ thống chính quyền của nước này bởi vì Philippines được tổ chức theo nguyên tắc phân quyền, chức năng duy nhất của toà án chỉ là áp dụng và giải

(1).Xem: www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp2.pdf

(2).Xem: Article 7, Civil Code of Philippines.

(3).Xem: Supreme Court of Philippines: “Tan Chong vs The Secretary of Labor” 1947 (<http://www.lawphil.net/>)

thích các luật. Việc giải thích các đạo luật của toà án tạo nên một phần của pháp luật, bởi vì sự giải thích đó chỉ là xây dựng nghĩa của luật giống như nhà làm luật tạo ra cho luật đó.⁽¹⁾ Thêm vào đó, Điều 10 Bộ luật dân sự Philippines cũng quy định: trong trường hợp có sự nghi ngờ về việc giải thích và áp dụng các đạo luật, cơ quan làm luật đúng và công lí sẽ có giá trị. Những nhận định này cho thấy dường như các án lệ không có ưu thế bằng luật thành văn như trong các hệ thống pháp luật khác thuộc dòng họ common law theo đúng nghĩa của nó. Để hình thành quan niệm riêng của mình về stare decisis, Toà án tối cao Philippines phải tìm kiếm giải pháp mềm dẻo để có thể từ bỏ các quy định của pháp luật khi các điều kiện kinh tế - xã hội thay đổi và quy định này không còn hữu ích đối với xã hội nữa.⁽²⁾

Nguồn thứ ba trong của hệ thống pháp luật Philippines là tập quán. Khoản 7 Điều XIV Hiến pháp của Philippines “*công nhận, tôn trọng và bảo vệ các quyền của các cộng đồng văn hoá bản địa để duy trì và phát triển văn hoá truyền thống và thiết chế của họ*”. Mặc dù Bộ luật dân sự năm 1950 đã loại bỏ điều khoản thừa nhận giá trị áp dụng của tập quán trong trường hợp thiếu các quy định của luật thành văn trong Bộ luật năm 1899 nhưng thực tế các thẩm phán vẫn có thể áp dụng các tập quán. Cơ sở pháp lí của việc áp dụng các tập quán chính là các quy định của

(1).Xem: Tolentino, Arturo. Commentaries and Jurisprudence on the Civil Code of the Philippines. Quezon City: Central Professional Books 1985 (Dẫn theo Soliman M Santos, Jr., Common Law Elements in the Philippine Mixed legal system. The Australian Journal of Asian Law, Vol. 2, No. 1 - 2000)

(2).Xem: Ryan McGonigle. The role of precedents in mixed jurisdictions: A Comparative Analysis of Louisiana and the Philippines, Electronic Journal of Comparative Law, Netherlands Comparative Law Association, Vol. 6.2 July 2002 (<http://www.ejcl.org/62/art62-1.html>)

Bộ luật dân sự năm 1950. Theo đó, các thẩm phán không được từ chối ra phán quyết vì lí do không có các quy định của pháp luật hoặc các quy định pháp luật không rõ ràng.⁽¹⁾ Tuy nhiên, các tập quán trái với pháp luật, trật tự công cộng hoặc chính sách chung sẽ không được chấp nhận và tập quán phải được chứng minh như là tình tiết theo các quy tắc về chứng cứ. Với những quy định đó, *“các tập quán sẽ được coi là nguồn bổ sung của hệ thống pháp luật này”*.⁽²⁾

Một nguồn khác của hệ thống pháp luật Philippines là các luật Hồi giáo. Cộng đồng Hồi giáo ở Philippines sống tập trung ở vùng tự trị Hồi giáo Mindanao (ARMM). Đạo Hồi được du nhập vào vùng quần đảo Philippines vào khoảng thế kỉ 14.⁽³⁾ Việc thừa nhận luật Hồi giáo là nguồn của pháp luật Philippines gắn với việc ban hành Bộ luật Hồi giáo hay còn gọi là Bộ luật Hồi giáo về các luật liên quan đến cá nhân được ban hành bằng Sắc lệnh của Tổng thống số 1083 năm 1977. *“Mặc dù bộ luật này pháp điển hoá chủ yếu các luật về cá nhân của đạo Hồi nhưng nó cũng ủng hộ cho việc công nhận hệ thống pháp luật của những người Hồi giáo ở Philippines là một phần pháp luật của nước này”*.⁽⁴⁾ Đạo luật cũng là cơ sở pháp lí để thừa nhận vai trò của các nguồn của luật Hồi giáo bởi vì *“Khi xây dựng và giải thích các quy định của Bộ luật này và các luật lệ Hồi giáo khác, toà án sẽ dựa vào các*

(1).Xem: Article 9, Civil Code of Philippines

(2).Xem: Myrna S. Feliciano. Law, Gender and the Family in the Philippines, Law and Society Review, Vol. 28 - 1994, tr. 548.

(3).Xem: www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp1.pdf

(4).Xem: Soliman M Santos, Jr., Common Law Elements in the Philippine Mixed legal system, The Australian Journal of Asian Law, Vol. 2, No. 1 - 2000

nguồn cơ bản của luật Hồi giáo”.⁽¹⁾

Sự đa dạng về nguồn và vai trò của các nguồn trong hệ thống pháp luật Philippines càng làm rõ hơn tính chất hỗn hợp của hệ thống pháp luật này. Vị trí, vai trò của các nguồn pháp luật trong hệ thống pháp luật này được giải thích bởi những nhân tố lịch sử và yếu tố văn hoá đã chi phối quá trình phát triển của quốc gia này.

IV. HỆ THỐNG PHÁP LUẬT SINGAPORE

4.1. Khái quát chung

Singapore được thành lập năm 1819. Không có nhiều tài liệu về lịch sử pháp luật của Singapore trước thời kì này ngoài những tài liệu nói đến Singapore là hòn đảo với nhiều tên gọi khác nhau và các cư dân sinh sống ở đó chủ yếu là các ngư dân. Tuy nhiên, cũng có tài liệu cho thấy người Trung Quốc đã đặt chân đến hòn đảo này rất sớm, khoảng đầu thế kỉ XIV. Trước năm 1819, mặc dù luôn nổ ra các cuộc chiến tranh giữa người Thái Lan và Đế chế Majapahit đóng ở Java nhằm giành quyền kiểm soát toàn bộ vùng bán đảo Malay nhưng trong một thời gian dài từ thế kỉ XVI đến thế kỉ XIX, Singapore luôn được xem là một phần lãnh thổ của Vương quốc Hồi giáo Johor dưới sự cai quản của Dato Temenggong, một người thay mặt Quốc vương của Johor cai quản vùng đất này. Cho đến trước khi được thành lập, pháp luật của Singapore là hỗn hợp các tập quán Malay.

Hiệp ước hữu nghị và liên minh giữa Sir Thomas Stamford Raffles (đại diện cho Công ti Đông Ấn của Anh đồng thời là toàn

(1) Xem: Article 4 Section 1, Code of Muslim Personal Laws of the Philippines

quyền của vùng Bencoolen⁽¹⁾) và Dato Temenggong ngày 29/1/1819 và sau đó là Hiệp ước chính thức giữa Raffles với Quốc vương của Johor ngày 6/2/1819 thiết lập một thương cảng tại hòn đảo này đã làm cho Singapore trở thành vùng đất thuộc quyền quản lý của toàn quyền vùng Bencoolen. Đến năm 1823, Raffles đã ban hành quyết định chấm dứt quyền kiểm soát đối với Singapore và hòn đảo này trở thành một thành phố độc lập của chính quyền vùng Bengal.⁽²⁾ Quyết định này đã làm cho Toà án tối cao của vùng Bengan đặt ở Calcutta ở Ấn Độ trở thành cơ quan xét xử các vụ việc xảy ra ở Singapore.

Năm 1824, Quốc vương của Johor đã nhượng lại Singapore cho Anh bằng Hiệp ước ngày 19/11/1824 tuyên bố nhượng lại toàn bộ chủ quyền và tài sản cho Công ti Đông Ấn. Hiệp ước này đã làm cho Singapore và Malacca trở thành phần đất cai trị của Chính quyền Bengal, còn Penang một vùng lãnh thổ thuộc quyền sở hữu của Công ti Đông Ấn trở thành một vùng tự trị riêng biệt. Tuy nhiên, năm 1926, Nghị viện Anh đã thông qua bản Tuyên bố thứ hai về nền tư pháp và thành lập Toà án tối cao của Penang, Singapore và Malacca.⁽³⁾ Theo đó, Vùng thuộc địa eo biển (Straits Settlements⁽⁴⁾) được thành lập và pháp luật của Anh chính thức được đưa vào Singapore. Đến năm 1929, các giám đốc của Công ti Đông Ấn đã quyết định chuyển toàn bộ quyền quản lý vùng thuộc địa eo biển cho chính quyền Bengal. Vì vậy, từ năm 1830, Vùng thuộc địa eo biển này là vùng đất thuộc chính quyền Bengal. Khi Công ti Đông Ấn bị tan rã năm 1858, vùng thuộc địa eo biển này

(1). Nay là Bengkulu của Indonesia

(2). Chính quyền thuộc địa của Anh ở Ấn Độ đối với toàn bộ vùng Bengan

(3). Xem: Các tuyên bố về nền tư pháp của Anh trong phần hệ thống pháp luật Malaysia.

(4). Vùng này bao gồm: Penang, Singapore và Malacca.

trở thành vùng đất được kiểm soát bởi Chính quyền mới ở Ấn Độ.

Địa vị của Singapore và toàn bộ vùng eo biển thuộc địa này được duy trì như vậy đến năm 1867, khi Luật về vùng eo biển thuộc địa được Hội đồng lập pháp chính quyền Ấn Độ ban hành nhằm chấm dứt quyền kiểm soát của chính quyền Ấn Độ đối với vùng đất này. Từ năm 1867 đến năm 1942, vùng thuộc địa eo biển này nằm dưới sự kiểm soát của Văn phòng thuộc địa của Anh ở London. Trong suốt thời kì Chiến tranh thế giới thứ II, vùng thuộc địa eo biển này bao gồm cả Singapore nằm trong sự kiểm soát của quân đội Nhật Bản. Khi quân đội Anh giải giáp quân đội Nhật Bản năm 1946, chính quyền vùng eo biển thuộc địa này thực sự tan rã và Singapore lại trở lại thuộc sự kiểm soát của người Anh. Penang và Malacca trở thành thành viên của Liên minh Malaya năm 1946 và sau đó là Liên bang Malaysia năm 1946.⁽¹⁾ Singapore trở thành vùng thuộc địa riêng biệt của Anh với Hội đồng lập pháp và hệ thống toà án riêng. Năm 1958, bản thoả thuận mang tính hiến pháp được kí kết giữa đại diện chính quyền được bầu cử phổ thông Singapore và Hoàng gia Anh đã tạo điều kiện cho việc thành lập nhà nước Singapore độc lập. Theo đề xuất thành lập Liên bang Malaysia, năm 1963 Singapore trở thành bộ phận của Liên bang Malaysia bao gồm Liên bang Malaya, Singapore, Sarawak và miền Bắc Borneo (nay là Sabah). Tuy nhiên, Liên Bang này chỉ tồn tại trong 2 năm và ngày 9/8/1965 Singapore đã tách khỏi Liên bang này và trở thành nhà nước hoàn toàn độc lập.

Như vậy, quá trình phát triển của Singapore gắn liền với quá trình kiểm soát của người Anh đối với vùng đất thuộc địa này. Điều đó đã tạo điều kiện cho việc tiếp nhận pháp luật Anh ở

(1). Xem phần hệ thống pháp luật Malaysia ở Chương này.

Singapore trong suốt thời kì Singapore là thuộc địa của Anh và cả đến khi Singapore đã hoàn toàn độc lập.

Pháp luật Anh chính thức được đưa vào Singapore trên cơ sở Tuyên bố thứ hai về nền tư pháp của Hoàng gia Anh ngày 27/11/1826. Tuy nhiên, bản tuyên bố này của chính quyền Anh chỉ tuyên bố về việc giải tán các toà án có thẩm quyền xét xử ở Penang và thành lập toà án mới có thẩm quyền xét xử trong toàn bộ Vùng thuộc địa eo biển trong đó có Singapore. Tuyên bố này không có điều khoản nào xác định pháp luật nào sẽ được Toà án của Vùng thuộc địa eo biển áp dụng. Dựa vào các phán quyết của Toà án của vùng thuộc địa eo biển từ năm 1835 đến năm 1890 và đặc biệt là Tuyên bố của Chánh án Toà án vùng thuộc địa eo biển năm 1958 lúc đó là Sir Peter Benson Maxwell, các luật gia của Singapore đã xác định rằng tất cả các luật của Anh bao gồm common law, luật công bình và luật thành văn có hiệu lực ở Anh ngày 27/11/1826 sẽ được áp dụng ở Singapore. Tuy nhiên, chỉ có các quy định về chính sách và những vấn đề được áp dụng chung, phù hợp với tôn giáo, tập quán và hoàn cảnh đặc thù của Singapore được áp dụng.

Sau ngày 27/11/1826, luật theo các vụ việc (case law) của Anh vẫn tiếp tục áp dụng vào Singapore nếu phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh của Singapore. Điều đó có nghĩa là luật theo các vụ việc của Anh trước năm 1826 thực sự là một phần của pháp luật Singapore còn luật theo các vụ việc sau năm 1826 có thể được áp dụng theo cách thức mà common law có thể phát triển. Các luật này không có giá trị bắt buộc nhưng có tính thuyết phục cao đối với các toà án có thẩm quyền xét xử đối với các vụ việc ở Singapore.⁽¹⁾

(1) Xem: Asian legal systems - Law, society and pluralism in East Asia, Sđd, tr. 336.

Sau ngày 27/11/1826, luật thành văn của chính quyền ở các vùng thuộc địa được áp dụng. Tuy nhiên, do địa vị phụ thuộc của Singapore luôn có sự thay đổi vì vậy luật thành văn áp dụng đối với Singapore được ban hành bởi các chính quyền khác nhau. Cụ thể là sau khi vùng thuộc địa eo biển này nằm trong sự kiểm soát của chính quyền vùng Bengal ở Ấn Độ năm 1830, luật thành văn của chính quyền này được áp dụng. Đến năm 1867, vùng eo biển thuộc địa nằm trong sự kiểm soát của Văn phòng thuộc địa Anh ở London thì luật thành văn của Hội đồng lập pháp của vùng eo biển thuộc địa được áp dụng. Tất nhiên, trong các giai đoạn này, một số luật thành văn của Anh được ban hành sau ngày 27/11/1826 vẫn có thể được áp dụng nếu các văn bản đó có quy định riêng để áp dụng cho vùng eo biển thuộc địa hoặc cho riêng Singapore. Cơ quan lập pháp của Anh chỉ thực sự chấm dứt việc ban hành luật áp dụng cho Singapore sau khi vùng lãnh thổ này trở thành bộ phận của Liên bang Malaysia năm 1963.

Sau khi trở thành quốc gia độc lập, Singapore tiếp tục tiếp nhận pháp luật của Anh theo cách riêng của nó. Trong một số lĩnh vực pháp luật, cơ quan lập pháp Singapore tuyên bố áp dụng một số đạo luật của Anh và luật theo vụ việc. Chẳng hạn, Điều 5 của Luật dân sự Singapore ban hành năm 1970 thay thế cho Sắc lệnh năm 1809 đã xác định một số lĩnh vực thương mại như công ti, ngân hàng, bảo hiểm hàng hải... của Singapore sẽ áp dụng pháp luật của Anh. Bên cạnh đó, Bộ luật tố tụng hình sự của Singapore cũng xác định pháp luật của Anh trong những trường hợp nhất định vẫn tiếp tục được áp dụng ở Singapore.

Ngày 12/11/1993, Nghị viện Singapore đã ban hành Luật về áp dụng pháp luật Anh. Đạo luật này quy định cụ thể hơn những

đạo luật nào của Anh sẽ được tiếp tục áp dụng ở Singapore kèm theo những sửa đổi cần thiết của cơ quan lập pháp Singapore. Đồng thời, đạo luật này cũng xác định Luật của cơ quan lập pháp Singapore sẽ được áp dụng trong trường hợp có sự mâu thuẫn giữa luật thành văn của Anh và luật thành văn của Singapore. Ngoài ra, Luật về áp dụng pháp luật Anh ở Singapore cũng xác định việc tiếp tục áp dụng common law và các nguyên tắc công bình của Anh với điều kiện các luật đó phù hợp với hoàn cảnh của Singapore.⁽¹⁾

Như vậy, quá trình phát triển của Singapore gắn liền với sự kiểm soát của người Anh đối với vùng đất này đã làm cho Singapore tiếp nhận và xây dựng hệ thống pháp luật của mình trên nền tảng hệ thống pháp luật của Anh.

4.2. Hệ thống toà án Singapore

Theo quy định của Hiến pháp Singapore, quyền tư pháp của Nhà nước được trao cho toà án tối cao và toà án cấp dưới. Bên cạnh toà án tối cao và các Toà án cấp dưới, toà án Hồi giáo cũng được thành lập để xét xử theo luật Hồi giáo đối với công dân Singapore theo đạo Hồi.

4.2.1. Toà án tối cao

Toà án tối cao của Singapore là cơ quan xét xử cao nhất trong hệ thống pháp luật của quốc gia này sau khi Singapore từ bỏ vai trò của Hội đồng cơ mật của Nghị viện Anh năm 1994 đối với vùng đất này. Theo quy định của Hiến pháp và Luật về toà án xét xử tối cao của Singapore, toà án tối cao của Singapore bao gồm

(1).Xem: Wendy Chang Mun Linh, Law of Singapore, www.aseanlawassociation.org/papers/sing_chp1.pdf

toà án cấp cao và Toà án phúc thẩm có thẩm quyền do Hiến pháp và các văn bản khác (đặc biệt là Luật về toà án tối cao) quy định. Toà án tối cao bao gồm thẩm phán là chánh án đồng thời là người đứng đầu toà án cấp cao và Toà phúc thẩm, phó chánh án của Toà phúc thẩm, các thẩm phán khác của Toà án phúc thẩm và các thẩm phán của Toà cấp cao.

- Toà án cấp cao: Toà án cấp cao bao gồm chánh án và các thẩm phán riêng của nó. Tuy nhiên, trong những trường hợp nhất định, các thẩm phán của Toà án phúc thẩm có thể được chỉ định để xét xử các vụ việc của toà án cấp cao với vai trò như là thẩm phán của toà án cấp cao. Các vụ việc được xét xử tại toà án cấp cao được tiến hành bởi một thẩm phán.

Toà án cấp cao vừa có thẩm quyền xét xử sơ thẩm và phúc thẩm các vụ việc trong lĩnh vực hình sự và dân sự. Trong lĩnh vực hình sự, toà án cấp cao có thẩm quyền xét xử sơ thẩm đối với các tội phạm xảy ra trên tàu thuyền hoặc phương tiện bay đã đăng kí ở Singapore hoặc đối với công dân của Singapore phạm tội trên biển hoặc các phương tiện bay hoặc các tội phạm khác như cướp biển, bắt cóc máy bay hoặc các tội phạm liên quan đến hàng hải. Toà án cấp cao có thể áp dụng bất kì loại hình phạt nào do pháp luật quy định.⁽¹⁾

Trong lĩnh vực dân sự, toà án cấp cao có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các vụ kiện về quyền nhân thân; các vụ việc liên quan đến li hôn và hôn nhân; các vụ việc về hàng hải, phá sản hoặc các vấn đề liên quan đến công ti. Bên cạnh đó, toà án cấp cao còn có thẩm quyền chỉ định và giám sát người giám hộ cho trẻ em và

(1).Xem: Section 15, Subordinate Courts Act of Singapore

giám sát chung về nhân thân và tài sản của trẻ em; chỉ định và giám sát người giám hộ và quản lý con người và tài sản của người có nhược điểm về thể chất và người tâm thần.⁽¹⁾

Ngoài ra, toà án cấp cao còn có thẩm quyền xét xử những vụ việc thuộc thẩm quyền của Toà án Hồi giáo. Đó là các vụ việc liên quan đến một số vấn đề như chăm sóc trẻ em, cấp dưỡng cho vợ và con cái, phân chia tài sản khi li hôn trong vụ việc liên quan đến vấn đề hôn nhân của người theo đạo Hồi.⁽²⁾

Toà án cấp cao cũng được trao quyền xét xử phúc thẩm đối với các phán quyết của các toà án cấp quận (District Court) và các phán quyết của Toà Magistrates Court). Thậm chí, trong lĩnh vực dân sự, toà án cấp cao còn có thẩm quyền xét xử phúc thẩm các phán quyết của các cơ quan tài phán khác nếu được pháp luật quy định. Tuy nhiên, chỉ những tranh chấp dân sự liên quan đến việc đòi lại bất động sản hoặc các tranh chấp dân sự khác có giá trị trên 50.000 SG\$ mới thuộc thẩm quyền xét xử phúc thẩm của toà án cấp cao.

Ngoài ra, toà án cấp cao của Singapore còn có thẩm quyền xem xét lại các vụ việc đã được xét xử tại các toà án cấp dưới bằng cách yêu cầu các toà án cấp dưới cung cấp hồ sơ của các vụ việc để kiểm tra về tính đúng đắn, hợp pháp và hợp lý của các phán quyết của toà án cấp dưới. Trong trường hợp cần thiết, khi tiến hành kiểm tra hồ sơ của các vụ việc đã được xét xử của toà án cấp dưới, toà án cấp cao có thể chỉ đạo thành lập phiên toà sơ

(1).Xem: Section 17, Subordinate Courts Act of Singapore

(2).Xem: Section 17A, Subordinate Courts Act of Singapore

thẩm mới hoặc tiến hành các biện pháp khác để đảm bảo công lí.⁽¹⁾
Toà án cấp cao cũng có thẩm quyền giám sát hoạt động, xét xử của các toà án cấp dưới.

Luật về các toà án cấp dưới cũng quy định thẩm quyền của toà án cấp cao xét xử các vụ việc thuộc thẩm quyền của các toà án cấp quận và Toà án Magistrates trong trường hợp vụ việc có những vấn đề pháp luật quan trọng hoặc có lí do hợp lí để các toà án cấp dưới chuyển vụ việc thuộc thẩm quyền của mình lên toà án cấp cao.⁽²⁾

- Toà án phúc thẩm: Toà án phúc thẩm bao gồm chánh án và các thẩm phán phúc thẩm. Chánh án có thể bổ nhiệm một số thẩm phán phúc thẩm làm phó chánh án. Các thẩm phán của toà án cấp cao trong một số trường hợp cần thiết có thể được yêu cầu tham gia xét xử phúc thẩm tại toà án phúc thẩm. Trong những trường hợp đó, thẩm phán của toà án cấp cao sẽ có thẩm quyền giống như các thẩm phán khác của toà án phúc thẩm. Các vụ việc được xét xử tại toà án phúc thẩm thường sẽ được tiến hành với nhất là ba thẩm phán. Tuy nhiên, theo quy định của Luật về toà án xét xử tối cao thì trong một số trường hợp, hội đồng xét xử có thể có hai hoặc nhiều hơn ba thẩm phán. Phán quyết của Toà án phúc thẩm sẽ dựa vào ý kiến của đa số. Trong trường hợp hội đồng xét xử có hai thẩm phán hoặc hội đồng xét xử có số lượng thẩm phán là số chẵn được chia thành hai nhóm có số lượng thẩm phán như nhau nhưng có ý kiến trái ngược nhau thì ý kiến trái ngược với phán quyết được yêu cầu phúc thẩm sẽ được xem là ý kiến của đa số.⁽³⁾

(1).Xem: Section 25, Subordinate Courts Act of Singapore

(2).Xem: Section 54B (1), Subordinate Courts Act of Singapore

(3).Xem: Section 31(2), Supreme Court of Judicature Act of Singapore

Toà án phúc thẩm có thẩm quyền xét xử phúc thẩm các quyết định sơ thẩm hình sự và tất cả các các quyết định đối với các vụ án dân sự của toà án cấp cao. Trong lĩnh vực dân sự, chỉ có các phán quyết đối với các tranh chấp dân sự có trị giá từ 250.000 SG\$ mới có thể được xét xử phúc thẩm tại Toà án phúc thẩm. Các phán quyết đối với tranh chấp có trị giá thấp hơn 250.000 SG\$ muốn được xét xử tại Toà án phúc thẩm phải được sự đồng ý của Toà phúc thẩm hoặc thẩm phán của toà phúc thẩm. Tuy nhiên, đối với các vụ việc do toà án cấp cao xét xử có các vấn đề liên quan thuộc thẩm quyền của các Toà án Hồi giáo xét xử thì vẫn có thể được đưa ra Toà án phúc thẩm ngay cả khi giá trị của tranh chấp dưới 250.000 SG\$. Trong lĩnh vực hình sự, Toà án phúc thẩm có thẩm quyền xét xử phúc thẩm các vụ án mà phán quyết của vụ việc đó bị kháng cáo về vấn đề buộc tội hoặc vấn đề áp dụng hình phạt; hoặc cả vấn đề buộc tội và hình phạt; và các kháng nghị của công tố viên về việc tuyên bố một người không có tội hoặc về hình phạt mà toà án cấp cao đã áp dụng đối với người phạm tội. Khi tiến hành xét xử phúc thẩm, Toà án phúc thẩm có thể xem xét cả về tình tiết và vấn đề pháp luật áp dụng.

Ngoài các thẩm quyền được Hiến pháp và các đạo luật quy định, Toà án tối cao còn có thẩm quyền xem xét tính hợp hiến của các đạo luật, giải quyết các khiếu kiện liên quan đến tính hợp hiến của việc bầu cử Tổng thống và đưa ra ý kiến về hiệu lực của các điều khoản của Hiến pháp khi được Tổng thống yêu cầu.

Theo quy định của Điều 4 Hiến pháp Singapore, Hiến pháp là văn bản có giá trị pháp lí cao nhất và các đạo luật do nghị viện ban hành trái với Hiến pháp đều không có hiệu lực. Hiến pháp

cũng trao quyền tư pháp cho hệ thống toà án mà đứng đầu là Toà án tối cao vì thế cùng với nguyên tắc phân chia quyền lực, Toà án tối cao còn có thẩm quyền giám sát cơ quan lập pháp. Theo đó, Toà án tối cao có thể tuyên bố đạo luật nào đó trái với Hiến pháp và không có hiệu lực. Thẩm quyền này của Toà án tối cao Singapore giống như thẩm quyền của Toà án tối cao liên bang trong hệ thống pháp luật của Hoa Kỳ được xác định dựa vào vụ án nổi tiếng của Hoa Kỳ là “Marbury vs Madison”.⁽¹⁾

Liên quan đến thẩm quyền quyết định về tính hợp hiến của cuộc bầu cử Tổng thống, Hiến pháp đã trao quyền cho Toà án tối cao giải quyết các khiếu kiện liên quan đến việc bầu cử Tổng thống. Theo đó, Chánh án của Toà án tối cao trực tiếp xét xử hoặc chỉ định một thẩm phán của Toà án tối cao xét xử các khiếu nại liên quan đến cuộc bầu cử tổng thống. Quyết định của Toà án tối cao trong các vụ khiếu kiện này là quyết định cuối cùng. Điều đó có nghĩa là không có thủ tục phúc thẩm đối với các phán quyết liên quan đến khiếu nại về bầu cử Tổng thống.⁽²⁾

Ngoài ra, theo quy định của Hiến pháp, Toà án tối cao có thể thành lập hội đồng xét xử đặc biệt với ít nhất là ba thẩm phán để đưa ra ý kiến về các vấn đề liên quan đến hiệu lực của bất kì một quy định nào của Hiến pháp khi được Tổng thống đề nghị.⁽³⁾

4.2.2. Các toà án cấp dưới

Các toà án cấp dưới bao gồm Toà án quận; toà án Magistrates, toà án xét xử người chưa thành niên; toà án xét xử các vụ việc bất

(1).Xem: Thio Li-an, Law of Singapore, www.ascanlawassociation.org/papers/sing_chp3.pdf

(2).Xem: Section 93A, Singapore Constitution.

(3).Xem: Section 100, Singapore Constitution.

thường; toà xét xử các khiếu kiện nhỏ. Các toà án cấp dưới đóng vai trò quan trọng trong hoạt động xét xử ở Singapore. Điều này thể hiện ở số lượng các vụ việc được xét xử ở các toà án cấp dưới này. Chẳng hạn, trong hai năm 2005-2006, có đến hơn 95% các vụ việc được xét xử tại các toà án cấp dưới của Singapore.⁽¹⁾

- Toà án quận: Toà án quận có thẩm quyền xét xử các vụ việc trong cả lĩnh vực dân sự và lĩnh vực hình sự. Trong lĩnh vực dân sự, toà án quận có thẩm quyền xét xử đối với các vụ việc về hợp đồng, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, đòi trả tiền, đòi lại bất động sản có giá trị không quá 250.000 SG\$.⁽²⁾ Tuy nhiên, nếu các bên của hợp đồng đồng ý bằng văn bản có chữ kí của các bên hoặc của các luật sư của họ thì toà án quận có thể xét xử các tranh chấp có giá trị lớn hơn 250.000 SG\$.⁽³⁾ Điều này đã tạo điều kiện cho đương sự có thể lựa chọn Toà án xét xử các tranh chấp của họ một cách dễ dàng hơn. Trong lĩnh vực luật công bình, toà án cấp quận có thẩm quyền xét xử các vụ việc liên quan đến việc quản lí tài sản của người đã chết có giá trị lên đến 3.000.000 SG\$.⁽⁴⁾ Đồng thời, toà án quận cũng có thẩm quyền cấp bản sao của di chúc hoặc tài liệu về việc quản lí tài sản của người chết mà giá trị của tài sản đó không quá 3.000.000 SG\$.⁽⁵⁾ Trong lĩnh vực hình sự, toà án cấp quận có thẩm quyền xét xử các hành vi phạm tội với mức hình phạt được pháp luật quy định tối đa là 10 năm tù

(1).Xem: Gary K Y Chan, The Right of Access to Justice: Judicial Discourse in Singapore and Malaysia, *Asian Journal of Comparative Law*, Volume 2, Issue 1 2007, Article 2, tr. 7 (<http://www.bepress.com/asjcl/vol2/iss1/art2/>)

(2).Xem: Section 20, 21, 25, Subordinate Courts Act of Singapore.

(3).Xem: Section 23, Subordinate Courts Act of Singapore.

(4).Xem: Section 26, Subordinate Courts Act of Singapore.

(5).Xem: Section 27, Subordinate Courts Act of Singapore.

hoặc hành vi chỉ bị áp dụng hình phạt tiền. Tuy nhiên, toà án cấp quận chỉ được áp dụng mức hình phạt tối đa là 7 năm tù hoặc phạt tiền không quá 10.000 SG\$ hoặc đánh tối đa là 12 roi.⁽¹⁾ Ngoài ra, Luật về các toà án cấp dưới cũng quy định thẩm quyền của toà án cấp quận xét xử các vụ việc thuộc thẩm quyền của toà án Magistrates trong trường hợp vụ việc đó có những vấn đề pháp luật quan trọng hoặc có lí do hợp lí để toà án Magistrates chuyển vụ việc lên toà án quận.⁽²⁾

- Toà án Magistrates: Toà Magistrates là toà án cấp dưới có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các vụ việc cả trong lĩnh vực dân sự và hình sự. Thẩm quyền xét xử các loại tranh chấp dân sự của toà án này tương tự như các tranh chấp thuộc thẩm quyền của toà án quận nhưng chỉ đối với các tranh chấp có giá trị không quá 60.000 SG\$.⁽³⁾ Trong lĩnh vực hình sự, toà án Magistrates chỉ có thẩm quyền áp dụng mức hình phạt tối đa là 2 năm tù hoặc phạt tiền không quá 2.000 SG\$ hoặc áp dụng hình phạt đánh bằng roi với mức tối đa là 6 roi đối với các tội phạm được pháp luật quy định mức tối đa là 3 năm tù hoặc chỉ bị phạt tiền.⁽⁴⁾

- Toà án xét xử người chưa thành niên: Toà án xét xử người chưa thành niên được thành lập theo Luật về trẻ em và thanh niên. Ở toà án xét xử người chưa thành niên, một thẩm phán của toà án Magistrates do Tổng thống chỉ định thực hiện chức năng xét xử.⁽⁵⁾ Theo quy định của Luật về trẻ em và thanh niên, toà án này có

(1). Section 7, 11(3). The Criminal Procedure Code of Singapore.

(2). Xem: Section 54A(1). Subordinate Courts Act of Singapore

(3). Xem: Section 52. Subordinate Courts Act of Singapore

(4). Xem: Section 8, 11(3), The Criminal Procedure Code of Singapore.

(5). Xem: Section 32, Children and young persons Act of Singapore.

thẩm quyền xét xử đối với tất cả các loại tội phạm theo quy định của pháp luật thuộc thẩm quyền xét xử của toà án cấp cao, toà án cấp quận và toà án Magistrates nhưng với điều kiện là các hành vi đó do người dưới 16 tuổi thực hiện. Một trong những quyền của thẩm phán xét xử người chưa thành niên là yêu cầu được cung cấp các thông tin về gia đình, môi trường sống, hồ sơ học tập tại trường học, tiền sử bệnh tật, tình trạng phát triển của người đó để có thể đưa ra phán quyết có lợi nhất cho người chưa thành niên.⁽¹⁾ Đồng thời, toà án có thể ra lệnh cho bố mẹ hoặc người giám hộ phải nộp phạt thay cho người bị xét xử và phải bảo đảm về hành vi tích cực của người chưa thành niên hoặc yêu cầu tổ chức một cuộc họp gia đình để giải quyết vấn đề liên quan đến hành vi phạm của đứa trẻ.

- Toà án xác định nguyên nhân chết người: Đây là toà án rất đặc trưng trong hệ thống pháp luật của Singapore. Toà án này có thẩm quyền điều tra về cái chết của con người khi có lí do nghi ngờ cái chết của một người nào đó là bất ngờ và không bình thường hoặc do bạo lực hoặc do một nguyên nhân nào đó chưa biết nhưng pháp luật yêu cầu điều tra, chẳng hạn như những trường hợp tự tử, tai nạn giao thông, tai nạn lao động, chết trong tù...

Thẩm phán của toà án xác định nguyên nhân chết người sẽ thực hiện nhiệm vụ với sự giúp đỡ của cảnh sát. Sau khi đã xác định được nguyên nhân của cái chết, thẩm phán sẽ ra phán quyết về nguyên nhân của cái chết mà họ đã điều tra. Nếu thẩm phán của toà án này trong bất kì thời điểm nào của quá trình điều tra có đủ cơ sở cho việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người nào

(1). Xem: Section 42(9). Children and young persons Act of Singapore.

đó đã trực tiếp hoặc gián tiếp gây ra cái chết thì có quyền ra lệnh bắt và tổng giam người đó để đưa ra truy tố ở toà án có thẩm quyền.⁽¹⁾ Nếu thẩm phán điều tra nguyên nhân cái chết mới chỉ xác định được cái chết đó là kết quả của hành vi phạm tội mà chưa khẳng định được ai là người thực hiện hành vi đó thì chuyển kết luận này cho cảnh sát để cơ quan này tiến hành điều tra.⁽²⁾ Trong quá trình thực hiện nhiệm vụ của mình, thẩm phán của toà án này có thẩm quyền như thẩm phán của toà án Magistrates được quy định trong Bộ luật tố tụng hình sự.

- Toà án gia đình: Toà án về gia đình được thành lập ngày 1/3/1995 và được xem là nơi để các thành viên của gia đình giải quyết các vấn đề liên quan đến gia đình. Thẩm phán của toà án cấp quận thực hiện việc xét xử các vụ việc thuộc thẩm quyền của toà án gia đình. Các vụ việc thuộc thẩm quyền của toà án gia đình bao gồm: các vấn đề liên quan đến gia đình như việc nuôi con nuôi, giải quyết li hôn, việc giám hộ, cấp dưỡng, chăm sóc con cái, duy trì quan hệ cha mẹ và con cái, phân chia tài sản hôn nhân... Mục đích của việc thành lập toà án này là nhằm tạo ra một thiết chế để giải quyết tất cả các vấn đề liên quan đến lĩnh vực gia đình được quy định trong nhiều đạo luật khác nhau.⁽³⁾

- Toà án giải quyết khiếu kiện nhỏ: Toà án giải quyết các khiếu kiện nhỏ là các toà án thuộc toà án cấp dưới được thành lập theo Luật về toà án giải quyết các khiếu kiện nhỏ. Toà án này có thẩm quyền giải quyết các khiếu kiện nhỏ liên quan đến hợp đồng mua bán hàng hoá hoặc cung cấp dịch vụ và những khiếu kiện liên quan

(1).Xem: Section 292, The Criminal Procedure Code of Singapore.

(2).Xem: Section 293, The Criminal Procedure Code of Singapore.

(3).Xem: <http://app.subcourts.gov.sg/family/page.aspx?pageid=3656>

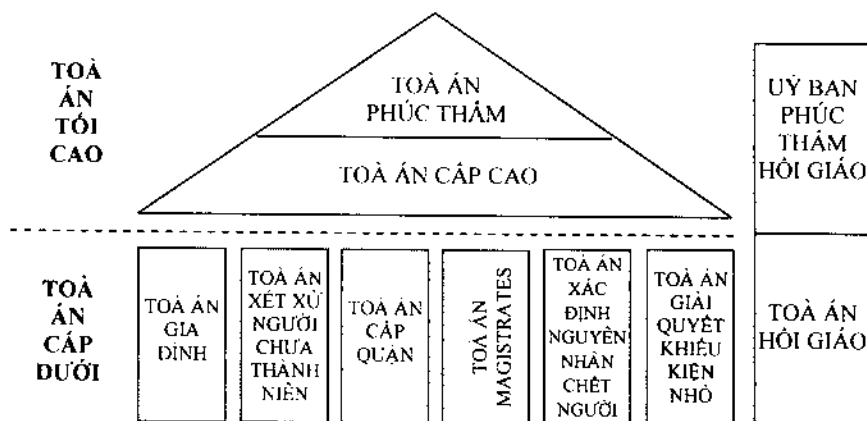
đến việc bồi thường thiệt hại về tài sản mà không phải do các phương tiện giao thông gây ra hoặc các hợp đồng cho thuê nhà ở có thời hạn không quá hai năm với giá trị của các tranh chấp không quá 10.000 SG\$. Các khiếu kiện nhỏ được giải quyết bằng một “trọng tài” được Tổng thống bổ nhiệm trên cơ sở sự đề nghị của Chánh án Toà án tối cao. Trọng tài có vai trò giúp đỡ các bên đi đến giải pháp mang tính thoả thuận. Các vụ việc được xét xử tại toà án này được tiến hành theo thủ tục không chính thức và xét xử kín. Trong trường hợp các bên không đạt được thoả thuận, toà án có thể ra các phán quyết trên cơ sở các quy định của pháp luật. Tuy nhiên, các phán quyết của toà án không có hiệu lực bắt buộc. Các bên tranh chấp có thể phúc thẩm lên toà án cấp cao.

4.2.3. Toà án Hồi giáo

Toà án Hồi giáo là cơ quan xét xử độc lập không thuộc Toà án tối cao và Toà án phúc thẩm. Toà án Hồi giáo được thành lập theo Luật về quản lý luật Hồi giáo. Theo quy định của Luật này, toà án Hồi giáo có thẩm quyền xét xử các vụ việc mà các bên tranh chấp là những người Hồi giáo hoặc các bên đã kết hôn theo Luật Hồi giáo và có liên quan đến các vấn đề về kết hôn, li hôn theo luật Hồi giáo, hứa hôn, huỷ bỏ hôn nhân hoặc li thân, phân chia tài sản trong trường hợp li hôn hoặc huỷ bỏ hôn nhân, nuôi dưỡng... Trong quá trình xét xử, toà án có thể áp dụng các hình phạt theo quy định của Luật quản lý luật Hồi giáo. Tuy nhiên, các hình phạt này chỉ áp dụng đối với những người Hồi giáo. Chẳng hạn, Điều 134 quy định đàn ông hoặc đàn bà Hồi giáo chung sống như vợ chồng với người khác mà không có quan hệ hôn nhân hợp pháp thì sẽ bị phạt 500 SG\$ hoặc bị phạt tù đến 6 tháng.

Các phán quyết của toà án Hồi giáo có thể được phúc thẩm tại Ủy ban phúc thẩm Hồi giáo. Ủy ban phúc thẩm Hồi giáo bao gồm 7 thành viên là những người Hồi giáo được Tổng thống Singapore chỉ định trên cơ sở sự tư vấn của Hội đồng Hồi giáo Singapore để xét xử phúc thẩm các phán quyết của các Tòa án Hồi giáo. Các phán quyết của toà án Hồi giáo có thể được phúc thẩm bởi một hội đồng 3 người thuộc thành viên của Ủy ban phúc thẩm. Phán quyết của Ủy ban phúc thẩm là phán quyết cuối cùng.

SƠ ĐỒ HỆ THỐNG TOÀ ÁN SINGAPORE



4.3. Đào tạo luật và nghề luật ở Singapore

Đào tạo luật ở Singapore bao gồm chương trình đào tạo đại học luật và đào tạo thực hành nghề luật. Trong đó, đào tạo đại học luật được thực hiện bởi các trường đại học còn đào tạo thực hành nghề luật được thực hiện bởi các khoá học của Ủy ban giáo dục pháp luật Singapore.

Ở Singapore hiện nay có hai trường đại học thực hiện việc đào tạo sinh viên để cấp bằng cử nhân luật Khoa luật Đại học quốc gia Singapore được thành lập năm 1956 lúc đó là Khoa luật Đại học Malaya của Liên bang Malaya - Penang và Singapore đặt tại Singapore. Cho đến đầu năm 2007, đây là cơ sở đào tạo đại học luật duy nhất ở Singapore. Năm 2007, Khoa luật của Đại học quản lí Singapore được thành lập và bắt đầu tuyển sinh khoá học đại học luật đầu tiên vào tháng 8 năm 2007.⁽¹⁾ Chương trình đào tạo đại học luật ở Đại học quốc gia Singapore kéo dài trong 4 năm. Để được nhận bằng cử nhân luật, sinh viên phải hoàn thành chương trình học với 160 tín chỉ. Trong đó, có 88 tín chỉ thuộc các môn học bắt buộc nhằm cung cấp kiến thức pháp luật cơ bản và các nguyên tắc của pháp luật cũng như một số kĩ năng tối thiểu của luật gia trong hệ thống pháp luật Singapore. Các môn học bắt buộc được thực hiện trong 2 năm đầu của chương trình đào tạo. Hai năm cuối của chương trình đào tạo, với các môn học tự chọn (72 tín chỉ) sinh viên sẽ được đào tạo các môn học tự chọn nhằm cung cấp kiến thức chuyên sâu của các lĩnh vực tùy theo sự lựa chọn của người học trên cơ sở danh mục môn học do nhà trường xây dựng. Đồng thời, các môn học tự chọn cũng cung cấp cho sinh viên những kĩ năng cần thiết của luật gia trong các lĩnh vực chuyên ngành luật mà người học lựa chọn.⁽²⁾ Điểm đáng lưu ý là giống như ở Anh, bằng cử nhân luật là bằng đại học thứ nhất. Điều đó có nghĩa là người tốt nghiệp phổ thông trung học có thể đăng kí theo học chương trình đại học luật tại các trường luật của

(1). Xem: <http://www.singaporelaw.sg/content/LegalSyst.html>

(2). Xem: <http://law.nus.edu.sg/prospective/undergrad/4yrllb.htm>

Singapore. Bên cạnh chương trình đào tạo bốn năm dành cho người mới tốt nghiệp phổ thông trung học, Khoa luật Đại học Singapore cũng xây dựng chương trình đào tạo ba năm dành cho những người đã có bằng đại học của ngành học khác. Sau khi hoàn thành chương trình đại học, người học có thể theo học các khoá học sau đại học tại Đại học quốc gia Singapore.

Ngoài ra, Đại học quốc gia Singapore cũng xây dựng chương trình đào tạo một năm để cấp chứng chỉ sau đại học về pháp luật Singapore (Diploma in Singapore Law)⁽¹⁾ cho những người đã có bằng cử nhân luật ở một số cơ sở đào tạo luật của nước ngoài được Ủy ban giáo dục pháp luật của Singapore công nhận.⁽²⁾ Chứng chỉ sau đại học này là một trong những điều kiện bắt buộc về trình độ chuyên môn để những người này họ có thể hành nghề luật ở Singapore.

Đào tạo thực hành nghề luật ở Singapore bao gồm các khoá học kéo dài trong năm tháng do Ủy ban giáo dục pháp luật (Board of Legal Education) tổ chức.⁽³⁾ Khoá học này được xây dựng dành cho những người đã có đủ điều kiện về chuyên môn (Qualified person) theo quy định của Luật về nghề luật muốn hành nghề luật ở Singapore. Nội dung của chương trình đào tạo trong các khoá học này nhằm cung cấp kiến thức pháp luật, thực tiễn tố tụng cũng như những vấn đề pháp lý có liên quan đến thực tiễn hành nghề luật ở Singapore. Đồng thời, các khoá học này cũng trang bị

(1). Xem: http://law.nus.edu.sg/prospective/postgrad/graddip/dip_sing.htm

(2). Xem: <http://www.lawsociety.org.sg/ble/outline.htm>

(3). Cơ quan này được thành lập theo Luật về nghề luật (Legal Profession Act) của Singapore.

những kĩ năng cần thiết cho việc hành nghề luật ở Singapore.⁽¹⁾ Hoàn thành khoá học này là một trong những điều kiện để những người này có thể đăng kí để được hành nghề luật ở Singapore.

Ngoài ra, việc bồi dưỡng, đào tạo và nâng cao hiểu biết pháp luật của các luật sư ở Singapore còn được thực hiện bởi một tổ chức khác có tên là Học viện pháp luật Singapore (Singapore Academy of Law).⁽²⁾ Học viện này bao gồm các luật sư, các thành viên của cơ quan tư pháp và các công chức pháp luật (Legal Service Officer),⁽³⁾ thành viên các cơ sở đào tạo luật ở Singapore. Học viện cũng tổ chức các chương trình giáo dục pháp luật hàng năm để các thành viên của Học viện cập nhật những vấn đề pháp luật mới có ảnh hưởng đến nghề nghiệp của họ.⁽⁴⁾

Ở Singapore, các luật sư không được phân chia thành luật sư tư vấn (Solicitor) và luật sư tranh tụng (Barrister) như ở Anh. Tất cả các luật sư đều có thể thực hiện việc tranh tụng tại toà án và có thể tư vấn cho các khách hàng; vì thế họ đều được gọi là “luật sư tranh tụng và tư vấn” (Advocate and Solisitor). Trên thực tế, một số luật sư thường chuyên môn hoá trong tranh tụng và một số

(1). Xem: <http://www.lawsoc.org.sg>

(2). Cơ quan này được thành lập theo Luật về Học viện pháp luật Singapore (Singapore Academy of Law Act)

(3). Công chức pháp luật là các luật sư được quản lí bởi Singapore Legal Service Commission được thành lập theo quy định tại Điều 111 Hiến pháp Singapore. Đây là những luật sư đảm nhiệm các công việc có liên đến pháp luật trong các cơ quan của Chính phủ, một số bộ, một số vị trí trong toà án tối cao, toà án cấp dưới. Xem thêm về Singapore Legal Service Commission (<http://app.lsc.gov.sg/data/index.htm>)

(4). Xem trong Website của Học viện pháp luật Singapore <http://www.sal.org.sg/> xem phần About us.

khác lại chú trọng vào việc tư vấn.⁽¹⁾ Để có thể trở thành luật sư tranh tụng tại toà án và tiến hành tư vấn ở Singapore, bên cạnh các điều kiện về độ tuổi (21 tuổi) và tiêu chuẩn về đặc điểm nhân thân thì người đó phải có đủ trình độ chuyên môn (qualified person).⁽²⁾ Người có đủ trình độ chuyên môn theo quy định của Luật về nghề luật của Singapore là người có bằng cử nhân luật của Khoa luật Đại học quốc gia Singapore hoặc có bằng cử nhân luật của các trường đại học ở nước ngoài được Ủy ban giáo dục pháp luật Singapore chấp nhận và chứng chỉ sau đại học về pháp luật Singapore của Đại học quốc gia Singapore. Thêm vào đó, người có đủ trình độ chuyên môn phải tham dự và hoàn thành các khoá đào tạo về nghề luật theo quy định do Ủy ban giáo dục pháp luật Singapore tổ chức. Ngoài ra, để được cấp chứng chỉ hành nghề tranh tụng và tư vấn, người đăng kí trở thành luật sư tranh tụng và tư vấn phải trải qua giai đoạn học việc với thời gian 6 tháng có sự giám sát của một luật sư đã có ít nhất 5 năm kinh nghiệm bào chữa và tư vấn. Tuy nhiên, một người muốn được tuyển dụng để trở thành công chức pháp luật ở các cơ quan nhà nước của Singapore thì phải trải qua thời gian học việc tối thiểu là 3 năm dưới sự giám sát của luật sư tranh tụng và tư vấn có kinh nghiệm hành nghề tối thiểu là 5 năm.

Khác với nhiều hệ thống pháp luật trong khu vực, luật sư tranh tụng và tư vấn ở Singapore là viên chức của Toà án tối

(1).Xem: Charles Lim Aeng Cheng, Law of Singapore, www.aseanlawassociation.org/papers/sing_chp6.pdf

(2).Xem: Section 2 Legal Profession Act of Singapore

cao.⁽¹⁾ Chứng chỉ hành nghề của các luật sư được Toà án tối cao cấp cho những người đủ điều kiện theo quy định của Luật về nghề luật và các chứng chỉ này chỉ có giá trị trong thời hạn 1 năm. Những người không có chứng chỉ hành nghề được Toà án tối cao cấp mà hành nghề luật như các luật sư sẽ bị phạt đến 25.000 SG\$ hoặc có thể bị phạt 6 tháng tù hoặc bị áp dụng đồng thời cả hai hình phạt này. Trong trường hợp tái phạm, mức chế tài có thể được áp dụng là phạt tiền đến 50.000 SG\$ và phạt 12 tháng tù.⁽²⁾

Mặc dù là viên chức của Toà án tối cao nhưng các luật sư bào chữa và tư vấn có tổ chức nghề nghiệp riêng của mình đó là Hội luật gia. Tổ chức này được thành lập nhằm mục đích duy trì và phát triển các tiêu chuẩn ứng xử của nghề luật ở Singapore. Đồng thời, Hội luật gia cũng là người đại diện và bảo vệ, hỗ trợ các thành viên của Hội trong việc hành nghề luật. Cơ quan lãnh đạo của Hội luật gia là Hội đồng của Hội luật gia. Cơ quan này có thẩm quyền ban hành các quy định điều chỉnh việc hành nghề của các luật sư, quản lý nguồn tài chính của Hội và giải quyết các khiếu nại liên quan đến hành vi của các luật sư.⁽³⁾

Hệ thống pháp luật của Singapore chịu ảnh hưởng rất lớn bởi hệ thống pháp luật của Anh nhưng không có bất kì quy định thành văn nào đòi hỏi tiêu chuẩn để trở thành thẩm phán của các toà án của Singapore phải là những người đã làm luật sư bào chữa và tư vấn như trong truyền thống của pháp luật Anh. Điều kiện tối

(1).Xem: Section 82(1) Legal Profession Act of Singapore.

(2).Xem: Section 33 Legal Profession Act of Singapore.

(3).Xem: Charles Lim Aeng Cheng, Law of Singapore, www.aseanlawassociation.org/papers/sing_chp6.pdf.

thiếu để một người có thể được Tổng thống bổ nhiệm là thẩm phán Toà án tối cao và thẩm phán toà án cấp dưới là người đó phải có đủ trình độ về chuyên môn (qualified person) theo quy định của Luật về nghề luật. Đó là người có bằng cử nhân luật. Kinh nghiệm làm việc cũng làm tiêu chuẩn bắt buộc để một người có thể được bổ nhiệm là thẩm phán. Theo quy định của Luật về toà án cấp dưới, để trở thành thẩm phán của toà án cấp quận, người có đủ trình độ chuyên môn phải có ít nhất là 5 năm kinh nghiệm còn đối với thẩm phán của toà án Magistrates và toà án xác định nguyên nhân chết người, yêu cầu kinh nghiệm làm việc chỉ là 1 năm.⁽¹⁾ Điều kiện để trở thành thẩm phán của Toà án tối cao cũng bao gồm điều kiện trình độ chuyên môn về pháp luật theo quy định của Luật về nghề luật và kinh nghiệm công tác tối thiểu là 10 năm.⁽²⁾

4.4. Nguồn của hệ thống pháp luật Singapore

Các nhà luật học Singapore phân chia nguồn của hệ thống pháp luật này thành hai nguồn đó là nguồn luật thành văn và nguồn luật không thành văn.

- Luật thành văn: Theo quy định tại Điều 2 của Luật về giải thích pháp luật của Singapore, Luật thành văn bao gồm hiến pháp (tất cả các hiến pháp trước đây áp dụng đối với Singapore) và tất cả các đạo luật (Act), sắc luật (Ordinance) và các quy định được gọi bằng bất kì tên nào và các văn bản dưới luật được ban hành

(1). Xem: Section 9, 10, Subordinate Court Act of Singapore.

(2). Xem: Section 96, Singapore Constitution

có hiệu lực ở Singapore trong một thời gian nhất định.⁽¹⁾

Hiến pháp hiện hành của Singapore có hiệu lực ngày 9/8/1965 khi Singapore trở thành quốc gia độc lập tách khỏi Liên bang Malaysia. Bên cạnh việc xác lập những nguyên tắc cơ bản về tổ chức bộ máy nhà nước, Hiến pháp Singapore cũng quy định về các quyền cơ bản của công dân. Hiến pháp là văn bản pháp lí cao nhất trong hệ thống luật thành văn của Singapore. Để bảo đảm giá trị tối cao của Hiến pháp, các toà án của Singapore là những cơ quan được Hiến pháp trao quyền tư pháp có quyền xem xét tính hợp hiến của bất kì văn bản nào của các cơ quan nhà nước. Toà án tối cao là cơ quan có thẩm quyền quyết định cuối cùng về tính hợp hiến của các văn bản của Nghị viện và cơ quan hành pháp của Singapore.

Giống như nhiều quốc gia, việc sửa đổi Hiến pháp của Singapore được thực hiện bởi Nghị viện. Theo quy định của Hiến pháp, nội dung phần sửa đổi của Hiến pháp phải được ít nhất hai phần ba tổng số nghị sĩ được cử tri bầu ra⁽²⁾ tán thành thì bản sửa đổi mới có hiệu lực. Tuy nhiên, một số vấn đề được quy định trong Hiến pháp chỉ được sửa đổi bằng việc trưng cầu dân ý. Những vấn đề này bao gồm việc nhượng bộ hoặc từ bỏ chủ quyền lãnh thổ và quyền kiểm soát lực lượng cảnh sát và quân đội.⁽³⁾

Các đạo luật của Nghị viện Singapore bao gồm các Sắc luật và đạo luật của Singapore hoặc Malaysia có hiệu lực pháp luật ở

(1). Xem: Section 2(1), Interpretation Act of Singapore.

(2). Nghị viện của Singapore bao gồm nghị sĩ được cử tri bầu, nghị sĩ do tổng thống chỉ định và nghị sĩ do cơ quan lập pháp quy định dành cho Đảng phái chính trị không thành lập Chính phủ (Section 39, Singapore Constitution).

(3). Xem: Section 6, Interpretation Act of Singapore

Singapore.⁽¹⁾ Các đạo luật của Singapore thường chỉ quy định khung pháp luật cơ bản để thực hiện các chính sách cụ thể của Nhà nước còn nội dung chi tiết thường được quy định trong các văn bản dưới luật.⁽²⁾

Để dự luật có thể trở thành đạo luật có giá trị pháp lý, dự luật đó cần được xem xét qua ba phiên họp tại Nghị viện. Tại phiên thứ nhất, các nghị sĩ chỉ xem xét về sự cần thiết và những nguyên tắc cơ bản của dự luật. Nếu thấy cần thiết, Nghị viện sẽ thông qua và dự luật sẽ được xem xét cụ thể trong phiên họp thứ hai. Trong phiên họp thứ hai, toàn thể Nghị viện hoặc các ủy ban của Nghị viện được chỉ định sẽ xem xét từng điều khoản của dự luật. Các nghị sĩ đồng ý về nguyên tắc nhưng không đồng ý về các điều khoản cụ thể có thể đề xuất các điều khoản sửa đổi. Sau đó, dự luật sẽ được đưa ra Hội nghị toàn thể Nghị viện để thông qua trong phiên họp thứ ba. Sau khi Nghị viện thông qua, đạo luật sẽ được Ủy ban về các quyền của các nhóm thiểu số của Tổng thống xem xét những vấn đề của dự luật có ảnh hưởng đến quyền của các nhóm thiểu số về chủng tộc hoặc tôn giáo hay không. Nếu Ủy ban này thông qua, dự luật sẽ được đệ trình lên Tổng thống phê chuẩn trước khi được công bố trong Công báo chính thức của Chính phủ.⁽³⁾

Các sắc luật là những văn bản có giá trị như những đạo luật của Nghị viện nhưng được ban hành trước khi Singapore trở

(1).Xem: Section 2(1). Interpretation Act of Singapore.

(2).Xem: Leonard Goh Choon Hian, *Law of Singapore*, www.aseanlawassociation.org/papers/sing_chp2.pdf

(3).Xem: <http://www.parliament.gov.sg/AboutUs/Func-LM.htm>

thành quốc gia độc lập năm 1965. Theo quy định của Luật về giải thích, các sắc luật của Singapore bao gồm các sắc luật của Vùng thuộc địa eo biển, sắc luật của Vùng thuộc địa Singapore hoặc của cơ quan lập pháp của bang Singapore trong nhà nước Liên bang Malaysia hoặc bất kì tuyên bố nào có hiệu lực ở Singapore.⁽¹⁾ Những văn bản này vẫn có hiệu lực áp dụng ở Singapore. Tuy nhiên, một số văn bản đã được sửa đổi và được gọi là các đạo luật như luật dân sự.

Các văn bản dưới luật là những văn bản được ban hành để cụ thể hoá các văn bản luật hoặc các sắc luật. Vì vậy, đôi khi những văn bản này được gọi là văn bản “mở rộng của luật và sắc luật”.⁽²⁾ Tuy nhiên những văn bản này không vượt quá giới hạn của các quy định đã được các luật và sắc luật quy định.

- Phán quyết của toà án: Hệ thống pháp luật Singapore chịu ảnh hưởng của hệ thống pháp luật Anh, vì vậy các phán quyết của toà án có vai trò quan trọng trong hệ thống pháp luật này. Nguyên tắc Stare decisis được áp dụng tương tự như trong hệ thống pháp luật Anh. Theo đó các phán quyết của toà án cấp trên có giá trị bắt buộc đối với các toà án cấp dưới khi giải quyết các vụ việc có tình tiết tương tự. Điều này có nghĩa là toà án cấp cao bị ràng buộc bởi phán quyết của Toà án phúc thẩm, các toà án cấp dưới bị ràng buộc bởi phán quyết của toà án cấp cao và Toà án phúc thẩm. Bên cạnh đó, các toà án bị ràng buộc bởi chính các phán quyết trước đây của chính mình.

(1).Xem: Section 2(1), Interpretation Act of Singapore.

(2).Xem: Leonard Goh Choon Hian, Law of Singapore, www.aseanlawassociation.org/papers/sing_chp2.pdf

Toà án Singapore không chỉ bị ràng buộc bởi các phán quyết của chính các toà án trong hệ thống pháp luật đó mà còn bị ảnh hưởng bởi các phán quyết của các toà án Anh mặc dù các phán quyết của toà án Anh không hoàn toàn bắt buộc. Các phán quyết của Toà án Anh về các vấn đề chung của common law và giải thích các đạo luật của Anh đã được Singapore tiếp nhận là những nguồn án lệ có giá trị thuyết phục đối với chính các toà án Singapore. Ngoài ra, các phán quyết của các toà án của các hệ thống pháp luật của các nước thuộc khối thịnh vượng chung (Commonwealth) đôi khi cũng được các toà án Singapore viện dẫn khi giải quyết các vụ việc cụ thể.⁽¹⁾

Do phán quyết của toà án là nguồn quan trọng trong hệ thống pháp luật Singapore nên tương tự như hệ thống pháp luật Anh, các phán quyết của toà án Singapore thường được công bố trong các tập phán quyết của toà án (Law Reports). Tuy nhiên, không phải tất cả các phán quyết đều được đưa vào trong tập bản án này. Các tập phán quyết của Toà án Singapore hiện nay chủ yếu chứa đựng các phán quyết của Toà án tối cao.

- Tập quán: Nguồn luật khác của hệ thống pháp luật Singapore là tập quán. Theo Tuyên bố thứ hai về nền công lí năm 1826, các quy định trong một số lĩnh vực, nhất là lĩnh vực hôn nhân và gia đình theo tập quán của người Trung Quốc, người Malay, và người Hindu vẫn được áp dụng ở Singapore.

- Luật Hồi giáo: Luật Hồi giáo cũng là một trong những nguồn được sử dụng trong hệ thống pháp luật Singapore. Luật về

(1).Xem: Leonard Goh Choon Hian, Sdd.

quản lí luật Hồi giáo đã thừa nhận các quy định của luật Hồi giáo được áp dụng đối với các tranh chấp liên quan đến một số lĩnh vực giữa các tín đồ Hồi giáo. Tuy nhiên, nguồn luật Hồi giáo này chỉ được viện dẫn và áp dụng bởi các toà án Hồi giáo khi xét xử các tranh chấp thuộc thẩm quyền của toà án Hồi giáo.

V. HỆ THỐNG PHÁP LUẬT THÁI LAN

5.1. Khái quát chung

Quá trình hình thành và phát triển của hệ thống pháp luật Thái Lan có thể được chia thành ba giai đoạn. Giai đoạn thứ nhất bắt đầu từ thế kỉ XIII khi Nhà nước Thái lan được thành lập. Giai đoạn thứ hai từ năm 1776 đến năm 1932 là giai đoạn pháp luật Thái Lan bắt đầu bị ảnh hưởng của các nước châu Âu; giai đoạn thứ ba từ năm 1932 đến nay là giai đoạn cải cách pháp luật Thái Lan.

Giai đoạn đầu tiên của sự hình thành phát triển của Nhà nước và pháp luật Thái Lan bắt đầu từ thế kỉ XIII với tên gọi là nước Xiêm được đánh dấu bằng sự thành lập vương quốc Sukhothai. Trước thời kì Sukhothai, cổ luật Thái lan bị ảnh hưởng bởi Bộ luật Manu của đạo Hindu. Sau khi vương quốc Sukhothai được thành lập, pháp luật Thái Lan tiếp tục bị ảnh hưởng bởi Bộ luật Manu của Hindu, Nhà vua được xem là “Nguồn của công lí” bởi vì ông đã tự mình xét xử các tranh chấp của người dân. Đến năm 1351, vương quốc lớn hơn được thành lập có tên là Ayutthya. Vương quốc này trải qua ba triều đại khác nhau với 34 đời hoàng đế trị vì kéo dài từ năm 1351 đến năm 1767. Suốt thời kì Ayutthaya, Bộ luật Dhammasattham bắt nguồn từ luật Hindu cổ đại đã được hoàn thành và được xem là Bộ luật của vương quốc Ayutthya. Đó là

luật cơ bản về sự tự do cá nhân và những quyền cá nhân, bao gồm cả những vấn đề về dân sự và hình sự. Cùng với văn bản luật này là các quy tắc được phát triển từ các quyết định của Nhà vua trong việc quản lý hệ thống tư pháp. Hai nguồn này đã tạo nên hệ thống pháp luật Thái Lan phát triển đến cuối thế kỉ XVIII.

Sau hơn 400 năm trị vì, năm 1767 vương quốc Ayutthaya bị lật đổ bởi quân đội Burma. Người Burma đã xâm chiếm Thái Lan trong khoảng 5 năm với nhiều cuộc chiến tranh giữa người Thái lan và quân đội Burma. Cuối cùng, người Thái Lan đã giành được phần đất của mình và thủ đô của nước Xiêm đã được Nhà vua Rama I (1782-1806) - vị Vua đầu tiên của triều đại Chakri xác lập trên hòn đảo Rattanakosin (nay là Băng-cốc). Trong thời gian trị vì của mình, Vua Rama I đã thành lập Ủy ban của Hoàng gia để sửa đổi và hoàn thiện hệ thống pháp luật của đất nước. Năm 1805, “Bộ luật ba con dấu” đã được hoàn thành bao hàm cả Bộ luật Dhammasattham và các sắc lệnh của Hoàng gia, chỉ dụ của Nhà vua. Bộ luật này có hiệu lực cho đến cuối thế kỉ 19 khi người Thái Lan cải tổ hệ thống pháp luật.

Giai đoạn thứ hai là giai đoạn bị ảnh hưởng bởi pháp luật các nước phương Tây. Thái Lan là quốc gia duy nhất trong các nước Đông Nam Á không phải trải qua chế độ thuộc địa của châu Âu hoặc Hoa Kỳ. Tuy nhiên, trong suốt thế kỉ XIX, để duy trì chủ quyền lãnh thổ của mình, Thái Lan đã phát triển các quan hệ thương mại với các quốc gia phương Tây bằng hàng loạt các hiệp định song phương. Hiệp định đầu tiên được kí kết giữa Thái Lan và Anh năm 1855 (Hiệp ước Bowring). Ngoài những yêu cầu về việc giảm thuế và chấm dứt sự độc quyền tài chính của Hoàng gia,

điểm quan trọng nhất của Hiệp định này là xác định đặc quyền ngoại giao ở Thái Lan. Các chủ thể người Anh được miễn trừ xét xử tại các toà án của Thái Lan. Theo quy định của “Luật ba con dấu”, người nước ngoài và những giao dịch của người nước ngoài với người Thái và người nước ngoài khác sẽ chỉ bị xét xử trong Toà án lãnh sự và/hoặc Toà án quốc tế. Điều này xuất phát từ cơ sở cho rằng người nước ngoài sẽ không thể có được công lí tại các toà án Thái Lan theo “Luật về ba con dấu”. Bởi vì Luật đó đôi khi giải quyết tranh chấp hoặc quyết định tội phạm bằng các biện pháp lạc hậu, lỗi thời và man rợ, chẳng hạn, tra tấn bằng lửa hoặc nước và các biện pháp khác như chặt chân, chặt tay hay thịch chữ vào mặt người phạm tội.

Sau Hiệp định Bowring với người Anh, những đặc quyền về ngoại giao tương tự cũng đã được thực hiện với công dân của các nước khác bằng một loạt các hiệp định song phương được Hoàng gia Thái Lan kí kết với các nước khác như Hiệp ước với Hoa Kỳ và với Pháp năm 1856, Đan Mạch năm 1858, Bồ Đào Nha năm 1859, Hà Lan năm 1860, Đức năm 1862, Thụy Điển, Na Uy, Bỉ và Ý năm 1868, Áo - Hung năm 1869 và với Tây Ban Nha năm 1870. Việc kí kết các hiệp định song phương này đã làm cho Thái Lan mở cửa thị trường cho các nước phương Tây. Sự thay đổi về thương mại đã kéo theo sự thay đổi về xã hội và pháp luật. Điều này đã làm cho hệ thống pháp luật Thái Lan bị ảnh hưởng mạnh mẽ bởi pháp luật các nước phương Tây mà đặc biệt là pháp luật của châu Âu lục địa. Năm 1882, Rama V đã xây dựng toà nhà đầu tiên của các toà án công lí. Năm 1892, Bộ tư pháp được thành lập và thực hiện việc quản lí tập trung toàn bộ các toà án công lí.

Đầu thế kỉ XX, Thái Lan đã bắt tay vào tiến hành cải cách hệ thống pháp luật và tư pháp. Cụ thể, Thái Lan đã tiếp nhận hệ thống triết lí pháp luật, tổ chức toà án và tổ tụng của pháp luật châu Âu. Thái Lan xem pháp luật của Pháp, Đức, Thụy Sĩ, Anh, Ý và Nhật Bản là những mô hình cho việc xây dựng pháp luật của mình. Vì thế, hàng loạt các bộ luật của Thái Lan đã được ban hành theo mô hình pháp luật của các nước này. Trong đó, đáng chú ý là bốn bộ luật lớn: Bộ luật hình sự năm 1908, Bộ luật dân sự và thương mại năm 1925; Bộ luật tổ tụng dân sự năm 1933, Bộ luật tổ tụng hình sự năm 1935. Đó là những bộ luật được xây dựng trên cơ sở lựa chọn những đặc điểm của pháp luật phương Tây và sửa đổi cho phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh của Thái Lan. Cùng với việc tiếp nhận quan điểm pháp luật của các nước phương Tây, Thái Lan đã cải tổ hệ thống tư pháp và thành lập các thiết chế pháp luật theo mô hình phương Tây như toà án, cơ quan công tố... Điều này đã giúp Thái Lan từng bước loại bỏ vai trò của Toà án lãnh sự và Toà án quốc tế với tư cách là các cơ quan xét xử những trường hợp liên quan đến người nước ngoài được quy định trong các hiệp định song phương mà Thái Lan đã kí kết với các nước phương Tây trong suốt thế kỉ XIX.

Cuộc Cách mạng năm 1932 làm thay đổi hình thức chính thể của Thái Lan từ chế độ quân chủ chuyên chế sang chế độ quân chủ lập hiến là một trong những yếu tố dẫn đến những cải cách của hệ thống pháp luật Thái Lan trong thế kỉ XX. Bản Hiến pháp đầu tiên của Thái Lan năm 1932 đã trao quyền tư pháp cho các toà án. Theo đó, các thẩm phán nhân danh Nhà vua để thực hiện nhiệm vụ của mình và được bảo đảm việc xét xử chỉ tuân theo

pháp luật. Năm 1949, Thái Lan đã ban hành bản Hiến pháp thứ hai. Tuy nhiên, bản Hiến pháp này chỉ có hiệu lực trong thời gian ngắn. Sau đó, những xung đột trong nước đã làm phục hồi lại bản Hiến pháp 1932.

Có thể nói rằng, từ năm 1932 đến nay, mặc dù có những bất ổn về chính trị bởi những xung đột trong nước, Thái Lan vẫn duy trì được các mối quan hệ cả về thương mại và quân sự với Nhật Bản và các nước châu Âu trong chiến tranh thế giới thứ hai và với Mỹ trong suốt những năm 50 và 60 của thế kỉ XX. Điều này đã tạo điều kiện cho Thái Lan hiện đại hoá pháp luật theo các nước phương Tây. Sau một thời gian rất ngắn xác lập chế độ dân chủ, năm 1976, Nhà nước Thái Lan lại nằm dưới sự kiểm soát của lực lượng quân đội. Năm 1978, bản Hiến pháp thứ ba ra đời. Những bất ổn về chính trị và xã hội sau đó đã dẫn đến việc ban hành Hiến pháp năm 1992. Tuy nhiên, hệ thống pháp luật Thái Lan có sự chuyển biến cơ bản khi Hiến pháp năm 1997 được ban hành. Bản Hiến pháp này được gọi là Hiến pháp của nhân dân bởi đây là lần đầu tiên nó được soạn thảo bởi cơ quan lập pháp do nhân dân bầu ra. Bản Hiến pháp này đã đánh dấu sự ra đời của Toà án Hiến pháp Thái Lan và Toà án hành chính của nước này tồn tại song song với các Toà án công lí. Tuy nhiên, vào cuối năm 2006, những bất ổn về chính trị xã hội tại Thái Lan đã dẫn đến sự ra đời của Hiến pháp năm 2007.

Như vậy, hệ thống pháp luật Thái Lan là hệ thống pháp luật khá phức tạp. Xét về mặt tổng thể, hệ thống pháp luật này có thể được xếp vào dòng họ civil law. Mặc dù, trong giai đoạn đầu của lịch sử phát triển, nó chịu ảnh hưởng rất lớn bởi pháp luật Hindu

nhưng đến thế kỉ XIX hệ thống pháp luật này bị ảnh hưởng rất lớn của pháp luật các nước châu Âu lục địa như Hà Lan, Bồ Đào Nha, Thụy Sĩ, Pháp, Ý do sự phát triển các quan hệ thương mại với các nước này. Kết quả là Thái Lan cải tổ và ban hành các bộ luật theo mô hình pháp luật các nước thuộc lục địa châu Âu trong nửa đầu của thế kỉ XX. Tuy nhiên, hệ thống pháp luật này cũng bị ảnh hưởng của pháp luật Anh và Mỹ trong một số lĩnh vực pháp luật cụ thể do có những mối quan hệ với các nước này trong cả thế kỉ XIX và những năm 50 và 60 của thế kỉ XX. Thêm vào đó, luật và thực tiễn Hồi giáo vẫn tồn tại ở bốn tỉnh miền Nam Thái Lan nơi mà có rất nhiều tín đồ Hồi giáo sinh sống.

5.2. Hệ thống toà án Thái Lan

Hệ thống toà án của Thái Lan bao gồm các loại: Toà án công lí; toà án hành chính; toà án quân sự; toà án Hiến pháp. Thẩm quyền và vai trò của các toà án này do Hiến pháp và các đạo luật của nghị viện quy định.

Các toà án công lí của Thái Lan có lịch sử tồn tại lâu đời nhất trong hệ thống toà án của nước này. Toà án công lí được thành lập từ năm 1891. Theo Điều 218 Hiến pháp năm 2007, các toà án công lí của Thái Lan có thẩm quyền xét xử và phán quyết về tất cả các vụ việc trừ những loại vụ việc được Hiến pháp hoặc các đạo luật xác định thuộc thẩm quyền của các toà án khác. Toà án công lí được chia thành ba cấp xét xử là toà án sơ thẩm, toà án phúc thẩm và toà án tối cao (Dika Court). Ở cấp sơ thẩm, các toà án được chia thành ba nhóm khác nhau là toà án thường, toà án gia đình và người chưa thành niên; các toà án chuyên trách.

Ở cấp sơ thẩm, các toà án thường ở Thái Lan có sự phân biệt

nhóm toà án ở vùng thủ đô Băng Cốc và nhóm toà án ở các địa phương khác. Sự phân biệt này là do vùng thủ đô Băng cốc có số lượng dân cư đông và vai trò của Băng Cốc là thủ đô của quốc gia.

Ở Băng cốc có sự phân biệt các toà án chuyên về các vụ việc dân sự và hình sự, có toà án có thẩm quyền xét xử cả các vụ án dân sự và hình sự. Trong đó, các toà án có thẩm quyền xét xử các vụ việc dân sự bao gồm: Toà án dân sự, toà án dân sự vùng nam Băng cốc; toà án dân sự Thon Buri, mỗi toà có thẩm quyền xét xử các vụ việc dân sự ở các vùng lãnh thổ khác nhau thuộc thủ đô Băng cốc. Các toà án hình sự bao gồm các toà ở các quận giống như các toà án dân sự. Các toà án có thẩm quyền xét xử cả về dân sự và hình sự là Toà án tỉnh Min Buri xét xử các vụ việc thuộc vùng phía Bắc Băng cốc. Các toà án Kwang ở các vùng khác nhau cũng có thẩm quyền xét xử cả những vụ việc dân sự nhỏ với tranh chấp có giá trị không quá 300.000 Baht và các vụ việc hình sự với mức hình phạt tối đa là 3 năm tù và phạt tiền không quá 60.000 Baht.

Ở các tỉnh khác của Thái Lan, các toà án thường như toà án tỉnh và toà án Kwang đều có thẩm quyền xét xử cả vụ việc dân sự và hình sự. Mô hình toà án cấp tỉnh có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các vụ việc dân sự và hình sự được tổ chức tại các địa phương hoặc khu vực xa xôi, với số dân ít. Một số tỉnh của Thái Lan có nhiều toà án tỉnh như Nakhon Ratchasima.

Toà án Kwang khi tiến hành xét xử các vụ việc đơn giản với mức hình phạt không quá sáu tháng tù hoặc phạt tiền không quá 10.000 Baht bằng một thẩm phán. Các vụ việc khác được xét xử tại toà án Kwang và các vụ việc được xét xử tại các toà án sơ

thẩm khác đều được tiến hành bởi hội đồng có hai thẩm phán.

- Toà án về gia đình và người chưa thành niên: Bên cạnh các toà án chuyên xét xử các vụ việc dân sự và hình sự hoặc cả hai loại vụ việc này, trong hệ thống toà sơ thẩm còn có các toà án về gia đình và người chưa thành niên, đó là các toà án có thẩm quyền xét xử các vụ án hình sự có liên quan đến người chưa thành niên có độ tuổi từ 7 đến 18 và các vụ kiện theo các quy định của Bộ luật dân sự và thương mại liên quan đến người dưới 20 tuổi. Toà án này cũng xét xử các vấn đề liên quan đến lĩnh vực gia đình như li hôn, cấp dưỡng, nuôi dưỡng và bất kì vụ kiện nào mà phán quyết ảnh hưởng đến người chưa thành niên. Theo luật của Thái Lan, trẻ em dưới bảy tuổi không bị áp dụng các hình phạt và trẻ em dưới 14 tuổi không bị áp dụng hình phạt tù. Thông thường, các vụ việc được xét xử tại toà án về gia đình và người chưa thành niên được xét xử bởi hai thẩm phán chuyên nghiệp và hai thẩm phán không chuyên nghiệp với điều kiện là một trong bốn thẩm phán này phải là phụ nữ.

Toà án về gia đình và người chưa thành niên là các toà án thuộc hệ thống toà án thường. Ở cấp sơ thẩm ở Băng cốc có các toà án gia đình và người chưa thành niên (9 toà án) tách biệt với các toà án hình sự và dân sự. Ở các địa phương khác, trong toà án cấp tỉnh có bộ phận chuyên xét xử các vụ việc về gia đình và người chưa thành niên. Phán quyết của các toà án này có thể được xét xử tại toà án phúc thẩm theo quy định của pháp luật.

- Các toà án chuyên trách: Toà án chuyên trách là các toà án có thẩm quyền được pháp luật quy định để xét xử các lĩnh vực cụ thể. Hiện nay, Thái Lan có bốn loại toà án chuyên trách là toà án

lao động; toà án về thuế; toà án giải quyết các vụ việc về phá sản; toà án về thương mại quốc tế và sở hữu trí tuệ. Tất cả các toà án chuyên trách đều đóng ở Băng cốc, chỉ có toà Lao động có các chi nhánh ở các địa phương khác. Việc phúc thẩm đối với các toà án này có thể tiến hành trực tiếp tại toà án tối cao mà bỏ qua toà án cấp phúc thẩm.

Thủ tục tố tụng tại các toà án chuyên trách khác với thủ tục tố tụng tại toà án thường. Trước khi xem xét các chứng cứ, toà án có thể yêu cầu tổ chức một hội nghị trước khi xét xử với sự có mặt của tất cả các bên và yêu cầu các bên hợp tác trong việc ấn định thời gian, ngày và phương pháp tiến hành vụ kiện, tiến hành hoà giải hoặc trọng tài nếu có thể. Mục đích của hội nghị này và các thủ tục khác là để xúc tiến việc giải quyết vụ việc. Toà án có thể yêu cầu các bên cung cấp thêm các chứng cứ hoặc giúp cho toà án tiếp cận được với các thông tin cần thiết trong hội nghị này để giải quyết vụ án.

+ Toà án lao động: Toà án lao động được thành lập theo Luật về toà án lao động và thủ tục giải quyết các tranh chấp lao động năm 1979. Theo quy định của Luật này, có ba loại toà án lao động là toà án lao động trung ương, toà án lao động khu vực và toà án lao động tỉnh. Trên thực tế, chỉ có toà án lao động trung ương được thành lập vì thế nó có thẩm quyền xét xử đối với tất cả các vụ việc về lao động trong toàn quốc. Để thực hiện được nhiệm vụ, ngoài cơ quan toà án lao động trung ương có trụ sở tại Băng cốc, toà án lao động trung ương còn có các chi nhánh đặt tại các địa phương khác nhau. Toà án lao động có thẩm quyền giải quyết các vụ việc liên quan đến quyền và nghĩa vụ trên cơ sở hợp

đồng lao động hoặc điều kiện lao động; các tranh chấp có liên quan đến các quy định của luật lao động. Các vụ việc xét xử tại toà án lao động được thực hiện bởi một thẩm phán chuyên nghiệp, một thẩm phán không chuyên được lựa chọn từ hiệp hội của người sử dụng lao động và một thẩm phán không chuyên đại diện cho người lao động được lựa chọn từ tổ chức của người lao động.

+ Toà án về thuế: Toà án về thuế được thành lập theo Luật về các toà án thuế và thủ tục giải quyết các tranh chấp về thuế năm 1986. Mặc dù Luật này quy định có nhiều toà án về thuế có thẩm quyền xét xử các vụ việc thuộc các vùng lãnh thổ khác nhau nhưng trên thực tế chỉ có Toà án về thuế của trung ương được thành lập. Vì thế, Toà án này xét xử các tranh chấp về thuế và phí hải quan trong phạm vi cả nước. Toà này thường xét xử các vụ việc với hai thẩm phán, trong đó có một thẩm phán chuyên nghiệp và một thẩm phán không chuyên nghiệp nhưng có chuyên môn về thuế. Phán quyết của toà án về thuế có thể được phúc thẩm trực tiếp tại Toà án tối cao.

+ Toà án thương mại quốc tế và sở hữu trí tuệ: Năm 1996, Toà án thương mại quốc tế và sở hữu trí tuệ được thành lập nhằm bổ sung cho toà án sơ thẩm để giải quyết các tranh chấp thương mại quốc tế và sở hữu trí tuệ. Tương tự như toà án lao động và toà án về thuế, toà án thương mại quốc tế và sở hữu trí tuệ trên thực tế chỉ có ở cấp trung ương. Toà án này có thẩm quyền xét xử các vụ việc dân sự và hình sự về nhãn hiệu hàng hoá, quyền tác giả hoặc sáng chế; thoả thuận về chuyển giao công nghệ hoặc license; mua bán, trao đổi hàng hoá hoặc các phương tiện tài chính, dịch vụ, vận chuyển, bảo hiểm; bắt giữ tàu biển, bán phá

giá, trợ giá hàng hoá và dịch vụ từ nước ngoài; các vụ việc liên quan đến tranh chấp về thiết kế bố trí mạch tích hợp, phát minh khoa học, tên thương mại, chỉ dẫn địa lí, bí mật kinh doanh, giống cây trồng... Các vụ việc được xét xử tại toà án này thường do hội đồng gồm ba thẩm phán tiến hành. Trong đó có hai thẩm phán chuyên nghiệp và một thẩm phán không chuyên nghiệp nhưng có chuyên môn, am hiểu về các vấn đề liên quan đến nội dung của vụ việc. Tương tự các vụ việc được xét xử tại toà án về thuế, phán quyết của toà án thương mại và sở hữu trí tuệ được phúc thẩm trực tiếp tại Toà án tối cao.

+ Toà án phá sản trung ương: Toà án phá sản trung ương được thành lập năm 1999. Theo quy định của pháp luật hiện hành, có hai cơ chế giải quyết các vụ việc liên quan đến phá sản là chấm dứt hoạt động và tổ chức lại công ti. Cả hai loại vụ việc này có thể được khởi xướng bởi chủ nợ hoặc con nợ. Hội đồng xét xử của Toà án phá sản có hai thẩm phán là những người am hiểu về lĩnh vực chuyên môn. Tuy nhiên, trong quá trình giải quyết các vụ việc cụ thể, Hội đồng xét xử có thể trưng cầu ý kiến của các chuyên gia hoặc những người am hiểu về vấn đề liên quan đến vụ việc. Các phán quyết của Toà án này cũng được phúc thẩm trực tiếp tại Toà án tối cao giống như phán quyết của các toà án chuyên trách khác.

Toà án phúc thẩm: Toà án này thường phúc thẩm các vụ việc của các toà án cấp dưới về vấn đề pháp luật hoặc về tình tiết. Có mười toà án phúc thẩm khác nhau. Một toà án phúc thẩm ở Băng Cốc xét xử phúc thẩm đối với các vụ việc của toà dân sự và hình sự. Chín toà phúc thẩm khác xét xử ở các khu vực khác nhau trong

cả nước. Theo Hiến pháp 2007, ngoài thẩm quyền xét xử phúc thẩm đối với các phán quyết của các toà án sơ thẩm cấp dưới liên quan đến các vụ việc dân sự, hình sự, gia đình và người chưa thành niên, toà phúc thẩm còn có thẩm quyền xét xử vấn đề liên quan đến bầu cử thành viên của hội đồng địa phương hoặc quan chức hành chính địa phương. Các vụ việc được xét xử tại các toà án phúc thẩm đều được thực hiện bởi hội đồng có ba thẩm phán.

Toà án tối cao (Dika): Toà án tối cao có trụ sở ở Băng Cốc có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các vụ việc mà theo quy định của Hiến pháp hoặc các đạo luật có thể đưa thẳng lên toà án này và xét xử phúc thẩm các phán quyết của các toà án sơ thẩm hoặc các toà án phúc thẩm theo luật định. Ngoài ra, Toà án tối cao còn được Hiến pháp trao cho thẩm quyền xét xử vấn đề bầu cử liên quan đến việc đình chỉ quyền bầu cử trong cuộc bầu cử Quốc hội (Điều 219 Hiến pháp 2007).

Để thực hiện chức năng xét xử được giao, Toà án tối cao bao gồm các bộ phận khác nhau, mỗi bộ phận phụ trách việc xét xử từng vấn đề cụ thể. Trong đó, có một bộ phận chuyên thực hiện việc xét xử những vụ án hình sự liên quan đến những quan chức chính trị. Các vụ việc thông thường sẽ được xét xử bởi hội đồng với ba thẩm phán. Đối với các vụ việc đặc biệt quan trọng, chẳng hạn như các vụ việc được xét xử tại bộ phận xét xử hình sự quan chức chính trị, Hội đồng xét xử phải có ít nhất là 9 thẩm phán.

Khi tiến hành xét xử phúc thẩm, Toà án tối cao có thể xem xét cả những vấn đề về tình tiết cũng như các vụ việc phúc thẩm trực tiếp từ các toà án chuyên trách.

Toà án hành chính: Toà án hành chính ở Thái Lan chính thức được thành lập từ sau khi Hiến pháp 1997 có hiệu lực mặc dù trong các bản Hiến pháp trước đó đã có những quy định về toà án này. Điều 223 Hiến pháp 2007 xác định thẩm quyền của toà án hành chính là xét xử tranh chấp giữa các cơ quan nhà nước hoặc công chức nhà nước với cá nhân công dân hoặc giữa các cơ quan nhà nước hoặc các công chức nhà nước với phát sinh trong quá trình thực hiện quyền hành chính hoặc thực hiện hành vi hành chính của các cơ quan hoặc các công chức nhà nước được Hiến pháp quy định.

Hiến pháp mới nhất của Thái Lan quy định hệ thống toà án hành chính có ba cấp toà án là toà án hành chính tối cao, toà án hành chính sơ thẩm và có thể thành lập toà án hành chính phúc thẩm. Trên thực tế, hệ thống Toà án hành chính của Thái lan vẫn được tổ chức và hoạt động theo các đạo luật trước đây vì thế chỉ có hai cấp là Toà án hành chính tối cao và toà án hành chính sơ thẩm. Các toà án hành chính sơ thẩm được thành lập theo khu vực.

Toà án quân sự: Các toà án quân sự của Thái lan thuộc thẩm quyền quản lí của Bộ quốc phòng. Đến nay, toà án quân sự của Thái Lan vẫn được tổ chức và hoạt động theo Luật về tổ chức toà án quân sự năm 1955. Theo đạo luật này, toà án quân sự có thẩm quyền xét xử hai loại vụ việc: các vụ việc liên quan đến cá nhân mà theo quy định của pháp luật thuộc thẩm quyền của toà án quân sự, chẳng hạn sĩ quan quân đội phạm tội theo luật quân sự hoặc các luật về hình sự khác và các vụ việc liên quan đến các cá nhân phạm tội không tuân thủ mệnh lệnh của toà án được quy định trong Bộ luật về tổ tụng của Thái Lan. Tuy nhiên, Luật về tổ chức

Toà án quân sự Thái Lan cũng xác định một số loại vụ việc không thuộc thẩm quyền xét xử của Toà án quân sự ngay cả khi thuộc hai loại vụ việc nêu trên. Chẳng hạn, những vụ việc có liên quan đến sĩ quan quân đội nhưng phải được xét xử tại Toà án gia đình và người chưa thành niên...

Các toà án quân sự được chia thành ba cấp xét xử là toà án quân sự sơ thẩm, toà án quân sự phúc thẩm và toà án quân sự tối cao.

Toà án hiến pháp

Toà án hiến pháp của Thái lan được thành lập theo Hiến pháp năm 1997. Theo Hiến pháp 2007, Toà án hiến pháp bao gồm 9 thẩm phán do Nhà vua bổ nhiệm trên cơ sở tư vấn của Thượng nghị viện. Trong đó, các thẩm phán của Toà án hiến pháp được chọn từ thẩm phán của các toà án khác; cụ thể là ba thẩm phán của Toà án công lí tối cao; hai thẩm phán của toà án hành chính tối cao, năm người có am hiểu về pháp luật và hai người am hiểu về khoa học chính trị, hành chính công hoặc khoa học xã hội khác. Các thẩm phán của Toà án hiến pháp sẽ họp và chọn một thẩm phán trong số đó làm chánh án Toà án hiến pháp. Nhiệm kì của các thẩm phán của Toà án hiến pháp là 9 năm và chỉ được làm nhiệm vụ một nhiệm kì.

Thẩm quyền của Toà án hiến pháp tập trung vào ba loại vụ việc:

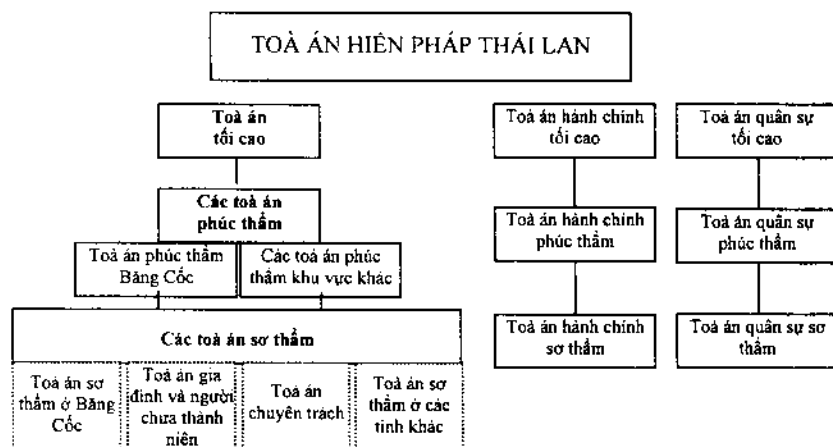
- Xem xét tính hợp hiến của một dự luật đã được Nghị viện thông qua trước khi trình cho Nhà vua kí;
- Khi cá nhân công dân cho rằng quyền và sự tự do của cá nhân được quy định Hiến pháp đã bị vi phạm;
- Tranh chấp liên quan đến thẩm quyền của các cơ quan được

quy định trong Hiến pháp;

- Các toà án khác khi xét xử vụ việc và các bên cho rằng điều luật áp dụng đối với vụ việc đó là trái Hiến pháp;

Các vụ việc được xét xử tại Toà án hiến pháp bằng một Hội đồng có ít nhất là năm thẩm phán. Trong quá trình giải quyết các vụ việc, Toà án hiến pháp có thể yêu cầu tất cả các cá nhân, tổ chức kể cả toà án và các cơ quan của nhà nước phải cung cấp chứng cứ cần thiết để giải quyết vụ việc. Các quyết định của Toà án hiến pháp có giá trị ràng buộc đối với Quốc hội, Hội đồng bộ trưởng, các toà án và các cơ quan khác của nhà nước.

SƠ ĐỒ HỆ THỐNG TOÀ ÁN THÁI LAN



5.3. Đào tạo luật và nghề luật ở Thái Lan

Đào tạo luật ở Thái Lan bao gồm đào tạo kiến thức pháp luật được tiến hành tại các trường đại học và đào tạo nghề luật được

tiến hành tại Viện đào tạo tư pháp trực thuộc Bộ tư pháp, Viện giáo dục pháp luật thuộc Đoàn luật sư Thái Lan.

Đào tạo luật ở Thái Lan được bắt đầu từ năm 1897 với sự ra đời của trường Luật đầu tiên do Hoàng thân Rabi - người đã tạo ra hệ thống pháp luật Thái Lan hiện đại - sáng lập và đồng thời là người điều hành hoạt động của trường này. Sự ra đời của Trường luật này chủ yếu để cung cấp các thẩm phán cho các toà án của Thái Lan mới được thành lập. Sau khi nắm quyền, vua Rama VI (1910-1925) đã chuyển Trường luật này thành Trường đào tạo luật của Hoàng gia với sự quản lí và giám sát của Bộ tư pháp. Sau cuộc cách mạng chuyển từ chế độ quân chủ tuyệt đối sang chế độ quân chủ lập hiến, năm 1933 Khoa luật và khoa học chính trị được thành lập tại Trường đại học Chulalongkorn và sau đó được chuyển sang trường Thammasart. Đây được coi là Khoa luật đầu tiên của Trường đại học Thammasart là cơ sở đào tạo đại học luật duy nhất của Thái Lan cho đến năm 1949 khi Trường đại học Chulanlongkorn thành lập lại Khoa luật của Trường.

Chương trình đào tạo cử nhân luật tại các trường đại học ở Thái Lan kéo dài trong bốn năm với 8 học kì. Điều kiện chủ yếu để có thể được chấp nhận vào học các chương trình đại học Luật tại các trường đại học Thái Lan là tốt nghiệp phổ thông trung học hoặc có các bằng cấp tương đương. Ngoài ra, để có thể được tiếp nhận vào một số trường đại học công lập, người đăng kí học phải tham gia kì thi tuyển sinh do các trường tổ chức và phải đạt được một số điểm nhất định mới được tiếp nhận vào học.

Sau khi hoàn thành chương trình đào tạo đại học, người đã tốt nghiệp đại học có thể theo học các chương trình sau đại học để

lấy bằng thạc sĩ hoặc tiến sĩ luật. Đa số các trường đại học ở Thái Lan hiện nay có chương trình đào tạo thạc sĩ luật và chỉ một số rất ít các trường đại học có chương trình đào tạo tiến sĩ luật. Hiện nay, chương trình đào tạo tiến sĩ luật chủ yếu được thực hiện ở một số trường đại học công lập như Chulalongkorn, Thammasart và Ramkhamhaeng.

Tổ chức đóng vai trò quan trọng trong việc đào tạo ở Thái Lan là Viện giáo dục pháp luật thuộc Hội luật gia. Viện giáo dục pháp luật của Hội luật gia được thành lập năm 1948 với mục đích đào tạo và phát triển kiến thức thực hành pháp luật cho những người hành nghề luật. Điều kiện để theo học các khoá học tại Viện này là phải có bằng cử nhân luật của các trường đại học ở Thái Lan hoặc ở nước ngoài được Hiệp hội luật sư Thái Lan công nhận. Hoàn thành khoá học tại Viện này mới có thể trở thành thành viên chính thức của Hội luật gia và là điều kiện tối thiểu bắt buộc để phát triển nghề nghiệp pháp luật như thẩm phán, luật sư hoặc công tố viên.

Từ năm 1985, đào tạo kỹ năng và đạo đức luật sư được giao cho Viện đào tạo luật sư của Hiệp hội luật sư. Chương trình đào tạo luật sư thường được chia thành hai kì. Một kì học lý thuyết về cách thức tiến hành vụ việc và đạo đức nghề nghiệp kéo dài khoảng một tháng. Sau khi hoàn thành kì học thứ nhất với bài thi kết thúc học kì, học viên sẽ chuyển sang kì học thứ hai với thời gian khoảng sáu tháng thực hành tại văn phòng luật cụ thể. Học kì thứ hai cũng được kết thúc bằng bài thi học kì. Sau khi hoàn thành khoá học này, học viên sẽ có thể đăng kí để trở thành thành viên của Hiệp hội luật sư và được cấp

giấy phép hành nghề luật sư.

Viện đào tạo tư pháp của Thái Lan trực thuộc Bộ tư pháp là cơ quan có nhiệm vụ bồi dưỡng và đào tạo thẩm phán trước khi một người được bổ nhiệm thẩm phán hoặc bổ nhiệm ở vị trí cao hơn. Tùy từng chương trình và yêu cầu của việc đào tạo và bồi dưỡng thẩm phán mà các khoá học có thể chỉ được tiến hành trong thời gian ngắn hay kéo dài đến 1 năm. Các khoá học kéo dài một năm thường được áp dụng cho việc đào tạo tại những người muốn trở thành thẩm phán sau khi đã có bằng cử nhân luật và là thành viên của Hội luật gia. Trong các khoá học đó, người học được đào tạo về học thuật 4 tháng và 8 tháng sau đó sẽ được gửi tới các toà án dân sự và toà án hình sự để học về các kỹ năng xét xử và điều hành các vụ việc dưới sự giám sát của thẩm phán đã có kinh nghiệm.

Theo quy định của pháp luật, Luật sư hành nghề ở Thái Lan là những người đăng kí làm luật sư và được Hiệp hội luật sư cấp giấy phép hành nghề. Ngoài yêu cầu về quốc tịch, một trong những điều kiện bắt buộc để có thể trở thành luật sư của Thái Lan là kiến thức pháp luật. Theo đó, người hành nghề luật sư phải có bằng đại học luật hoặc các bằng cấp tương đương được Hiệp hội luật sư chấp nhận. Luật về luật sư năm 1985 đã trao quyền cấp giấy phép hành nghề luật sư cho Hiệp hội luật sư. Giấy phép hành nghề luật sư chỉ được cấp cho người có bằng đại học luật hoặc tương đương hoàn thành khoá đào tạo nghề luật sư do Học viện đào tạo luật sư của Hiệp hội luật sư tổ chức. Tuy nhiên, các giấy phép hành nghề luật sư chỉ có giá trị trong hai năm. Các luật sư muốn tiếp tục hành nghề luật sư phải ra hạn giấy phép hành nghề

trong thời gian 90 ngày trước ngày hết hạn giấy phép. Mỗi lần gia hạn giấy phép cũng chỉ có giá trị trong hai năm.

Thẩm phán của các toà án ở Thái Lan được chia thành bốn loại khác nhau là thẩm phán chuyên nghiệp, thẩm phán cấp cao, thẩm phán không chuyên và thẩm phán Datoh.

Thẩm phán chuyên nghiệp được nhà vua Thái Lan bổ nhiệm trên cơ sở đề nghị của Ủy ban về hoạt động tư pháp (Judicial Service Commission). Để được Ủy ban này chấp nhận và trình lên Nhà Vua bổ nhiệm thẩm phán chính thức, ứng cử viên phải qua một khoá đào tạo thẩm phán tại Viện đào tạo tư pháp thuộc Bộ tư pháp. Trong quá trình tham gia khoá đào tạo này, họ được gọi là thẩm phán học việc (Judge-trainee). Sau khi hoàn thành khoá học, họ sẽ được bổ nhiệm làm thẩm phán toà án. Theo quy định của pháp luật, các thẩm phán sẽ chấm dứt nhiệm vụ ở tuổi sáu mươi. Tuy nhiên, ở các toà cấp sơ thẩm, nếu được Ủy ban hoạt động tư pháp chấp nhận và được Nhà vua bổ nhiệm, các thẩm phán có thể tiếp tục vị trí của họ đến năm 65 tuổi. Khi 65 tuổi, nếu họ đạt yêu cầu kiểm tra sức khỏe để tiếp tục hoạt động, họ sẽ trở thành thẩm phán cấp cao cho đến năm 70 tuổi. Tuy vậy, các thẩm phán cấp cao này sẽ không được nắm giữ bất kì vị trí quản lí nào. Đồng thời, họ cũng không được lựa chọn để bầu cử làm thành viên của Ủy ban hoạt động tư pháp và cũng không được tham gia bỏ phiếu để bầu cử các thành viên của cơ quan này.

Các thẩm phán không chuyên nghiệp là những người tham gia vào hoạt động xét xử của các toà án xét xử người chưa thành niên và gia đình, toà án lao động trung ương và toà án sở hữu trí tuệ và

thương mại quốc tế. Thẩm phán của toà án xét xử người chưa thành niên và các vấn đề về gia đình theo quy định của pháp luật phải trên ba mươi tuổi, có con hoặc có hoạt động liên quan đến trẻ em. Đối với các toà án lao động, thẩm phán phải là người được lựa chọn từ những người lao động và người sử dụng lao động. Đối với toà án sở hữu trí tuệ và thương mại quốc tế, các thẩm phán phải là người am hiểu về lĩnh vực chuyên môn.

Thẩm phán Datoth xét xử các vụ việc liên quan đến luật Hồi giáo ở một số tỉnh như Pattani, Narathiwat, Yala và Satun. Ở các vùng này, khi các tranh chấp giữa những người Hồi giáo liên quan đến luật gia đình và thừa kế thẩm phán chuyên nghiệp sẽ cùng với thẩm phán Datoth tiến hành xét xử để đảm bảo không trái với luật Hồi giáo.

Công tố viên là người đóng vai trò quan trọng trong tổ tụng tư pháp ở Thái Lan. Công tố viên là công chức thuộc Văn phòng tổng công tố. Nhiệm vụ chủ yếu của công tố viên là tham gia tố tụng trong các vụ án hình sự với tư cách là người đại diện cho nhà nước để truy tố một người nào đó ra toà án hoặc đại diện cho công chức trong trường hợp công chức đó bị cá nhân công dân yêu cầu truy tố về hành vi của công chức liên quan đến việc thi hành nhiệm vụ của họ. Ngoài ra, công tố viên còn được giao nhiệm vụ thực hiện các chức năng khác trong các vụ dân sự; chẳng hạn, công tố viên có thể đại diện cho chính quyền trong tranh chấp dân sự dù chính quyền là nguyên đơn hay bị đơn. Công tố viên được bổ nhiệm bởi Ủy ban công tố. Điều kiện để có thể được bổ nhiệm công tố viên ở Thái Lan gần tương tự như điều kiện để trở thành thẩm phán.

5.4. Các nguồn của hệ thống pháp luật Thái Lan

Hệ thống pháp luật Thái Lan chịu ảnh hưởng khá lớn của pháp luật các nước thuộc dòng họ civil law ở châu Âu lục địa, vì vậy Luật thành văn ở Thái Lan được xem là nguồn luật chiếm ưu thế. Các phán quyết của toà án, đặc biệt là phán quyết của Toà án hiến pháp cũng thường được các toà án cấp dưới tuân theo mặc dù nguyên tắc “stare decisis” không phải là nguyên tắc phổ biến trong hệ thống pháp luật này.

Trong hệ thống luật thành văn của Thái Lan, Hiến pháp được coi là văn bản pháp luật có giá trị pháp lí cao nhất. Bản Hiến pháp mới nhất của Thái Lan được thông qua ngày 19 tháng 8 năm 2007 bằng cuộc trưng cầu dân ý với kết quả là 57.8% cử tri tán thành. Bản Hiến pháp này sẽ thay thế cho bản Hiến pháp năm 1997. Bản Hiến pháp này đã được soạn thảo bởi Hội đồng soạn thảo Hiến pháp bao gồm 100 người được lựa chọn là đại diện của các lực lượng khác nhau trong xã hội. Theo Hiến pháp 2007 của Thái Lan, Hiến pháp là văn bản có giá trị pháp lí cao nhất, các quy định của bất kì luật hoặc văn bản nào trái với Hiến pháp sẽ không được thi hành.

Hiến pháp Thái lan quy định về trình tự ban hành các đạo luật cơ bản và trình tự ban hành các đạo luật thường với những điểm khác nhau. Các văn bản luật quy định về các vấn đề tại Điều 138 Hiến pháp được xem là các luật cơ bản như Luật về Ủy ban bầu cử, Luật bầu cử Nghị viện, Luật về các đảng phái chính trị, Luật về trưng cầu dân ý... Các đạo luật này có thể được giới thiệu bởi Hội đồng bộ trưởng hoặc ít nhất là 1/10 thành viên của mỗi viện

hoặc tổng số thành viên của cả hai viện của Nghị viện hoặc của Toà án hiến pháp, Toà án tối cao hoặc các cơ quan do Hiến pháp quy định. Các đạo luật này thường được thông qua tại các Viện với ba phiên họp. Phiên họp thứ nhất nhằm thông qua nguyên tắc của dự luật, phiên họp thứ hai thông qua từng phần của dự luật theo nguyên tắc đa số của mỗi viện; phiên họp thứ ba thông qua toàn bộ dự luật. Dự luật sẽ được coi là thông qua nếu hơn một nửa tổng số thành viên của mỗi viện tán thành. Tuy nhiên, dự luật này sẽ được trình lên Toà án hiến pháp để xem xét tính hợp hiến của nó trước khi được trình lên Nhà vua kí ban hành.

Đối với các đạo luật thường, thành phần giới thiệu dự luật có thể được mở rộng hơn so với các luật cơ bản, như Hội đồng bộ trưởng, 20 thành viên của Hạ nghị viện, toà án hoặc các cơ quan hiến định hoặc không ít hơn 10 nghìn cử tri. Dự luật trước hết được trình ra Hạ nghị viện. Sau khi Hạ nghị viện thông qua sẽ chuyển sang Thượng nghị viện. Trong thời gian 60 ngày, Thượng nghị viện sẽ xem xét và thông qua dự luật. Sau khi được cả hai viện thông qua, dự luật sẽ được Thủ tướng gửi lên Nhà vua để kí ban hành. Tuy nhiên, trước khi trình lên Nhà vua, Thủ tướng có thể đưa dự luật ra Toà án Hiến pháp để xem xét tính hợp hiến của nó nếu Thủ tướng cho rằng, các quy định của dự luật này trái với Hiến pháp.

Ngoài các đạo luật do nghị viện ban hành, các văn bản pháp luật do các cơ quan khác ban hành cũng là nguồn quan trọng trong hệ thống pháp luật của Thái Lan. Đáng chú ý là các văn bản do cơ quan hành pháp ban hành như Sắc lệnh hoàng gia, Nghị quyết của

nội các và các văn bản của các cơ quan chính quyền địa phương.

Phán quyết của các toà án cũng được xem là nguồn khá quan trọng trong hệ thống pháp luật Thái Lan. Mặc dù, nguyên tắc *Stare decises* không được áp dụng nhưng các toà án cấp dưới vẫn thường dựa vào phán quyết của các toà án cấp trên để giải thích pháp luật. Tuy nhiên, các phán quyết của Toà án hiến pháp luôn có giá trị ràng buộc đối với các phán quyết của các toà án khác cũng như đối với các cơ quan trong bộ máy nhà nước của Thái Lan.

Luật Hồi giáo cũng được áp dụng ở một số vùng lãnh thổ của Thái Lan nơi có những người Hồi giáo sinh sống. Trong quá trình xét xử các tranh chấp giữa những người Hồi giáo, các toà án của Thái Lan luôn có một thẩm phán là người am hiểu về luật Hồi giáo tham gia để đảm bảo phán quyết của toà án không trái với nguyên tắc của luật Hồi giáo.

MỤC LỤC	
	<i>Trang</i>
LỜI NÓI DẦU	5
Phần một	7
NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG VỀ LUẬT SO SÁNH	
Chương I	7
NHẬP MÔN LUẬT SO SÁNH	
I. Khái niệm luật so sánh	7
II. Đối tượng của luật so sánh	17
III. Phương pháp của luật so sánh	26
IV. Phân loại luật so sánh	44
V. Sự hình thành và phát triển của luật so sánh	46
VI. Ý nghĩa của luật so sánh	68
VII. Sự phân nhóm các hệ thống pháp luật trên thế giới	84
Phần hai	99
MỘT SỐ DÒNG HỌ PHÁP LUẬT CƠ BẢN TRÊN THẾ GỚI	
Chương II	99
DÒNG HỌ PHÁP LUẬT CHÂU ÂU LỤC ĐỊA (DÒNG HỌ CIVIL LAW)	
I. Khái quát về dòng họ civil law	99

II.	Sự hình thành và phát triển của dòng họ civil law	103
III.	Cấu trúc của hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law	118
IV.	Nguồn của hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law	132
V.	Một số hệ thống pháp luật thuộc dòng họ civil law	143

Chương III 193

DÒNG HỌ PHÁP LUẬT ANH - MỸ (DÒNG HỌ COMMON LAW)

I.	Khái quát về dòng họ common law	193
II.	Hệ thống pháp luật Anh	202
III.	Hệ thống pháp luật Mỹ	278

Chương IV 309

DÒNG HỌ PHÁP LUẬT XÃ HỘI CHỦ NGHĨA

I.	Pháp luật truyền thống ở các nước XHCN	309
II.	Sự hình thành và phát triển của dòng họ pháp luật XHCN	319
III.	Các đặc điểm của dòng họ pháp luật XHCN	324
IV.	Nguồn của hệ thống pháp luật thuộc dòng họ pháp luật XHCN	327
V.	Toà án và viện kiểm sát trong các hệ thống pháp luật thuộc dòng họ pháp luật XHCN	328
VI.	Đào tạo luật và nghề luật	332

Chương V 335

DÒNG HỌ PHÁP LUẬT HỘI GIÁO

I.	Luật Hồi giáo	336
II.	Pháp luật các quốc gia Hồi giáo	358
	Phần ba	365

HỆ THỐNG PHÁP LUẬT
CỦA MỘT SỐ QUỐC GIA Ở CHÂU Á

Chương VI 365

HỆ THỐNG PHÁP LUẬT
CỦA MỘT SỐ QUỐC GIA Ở ĐÔNG Á

- | | | |
|-----|-------------------------------|-----|
| I. | Hệ thống pháp luật Nhật Bản | 365 |
| II. | Hệ thống pháp luật Trung Quốc | 394 |

Chương VII 415

HỆ THỐNG PHÁP LUẬT
CỦA MỘT SỐ QUỐC GIA Ở ĐÔNG NAM Á

- | | | |
|------|--------------------------------|-----|
| I. | Hệ thống pháp luật Indonesia | 420 |
| II. | Hệ thống pháp luật Malaysia | 440 |
| III. | Hệ thống pháp luật Philippines | 460 |
| IV. | Hệ thống pháp luật Singapore | 483 |
| V. | Hệ thống pháp luật Thái Lan | 510 |

Giáo trình
LUẬT SO SÁNH

Chịu trách nhiệm xuất bản
ĐỖ TÁ HẢO

Biên tập
BÙI ANH TUẤN

Thiết kế bìa
ĐẶNG VINH QUANG

Trình bày và chế bản
PHÒNG BIÊN TẬP SÁCH VÀ TRỊ SỰ TẠP CHÍ
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI



In 1.000 cuốn khổ 14,5 x 20,5cm tại CTCP in Cầu Giấy - 281 Đội Cấn,
Ba Đình, Hà Nội. Số đăng kí KHXB: 96-2009/CXB/98-11/CAND.
Quyết định xuất bản số 15/CAND ngày 20/4/2009 của Giám đốc Nhà
xuất bản Công an nhân dân. In xong và nộp lưu chiểu quý II năm 2009.



TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI

GIÁO TRÌNH

LUẬT SO SÁNH

G1 luật so sanh (L)



2907090000099

54,000

Giá: 54.000 đ