

Bàn thêm về khái niệm “Nguồn pháp luật”

Đỗ Đức Minh^{1,*}, Nguyễn Thị Hoài Phương²

¹*Ban Thanh tra và Pháp chế, ĐHQGHN, 144 Xuân Thủy, Cầu Giấy, Hà Nội, Việt Nam*
Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, 144 Xuân Thủy, Cầu Giấy, Hà Nội, Việt Nam

Nhận ngày 16 tháng 7 năm 2017

Chỉnh sửa ngày 15 tháng 9 năm 2017; Chấp nhận đăng ngày 25 tháng 9 năm 2017

Tóm tắt: Là một khái niệm pháp lý cơ bản, phức tạp, có ý nghĩa lý luận - thực tiễn pháp lý quan trọng nên “nguồn pháp luật” đã được nhiều nhà khoa học pháp lý trên thế giới và Việt Nam quan tâm nghiên cứu và họ đã đạt được những thành tựu quan trọng. Tuy nhiên, sự vận động của thực tiễn đất nước trong thời kỳ hội nhập quốc tế sâu rộng cũng đòi hỏi tiếp tục nghiên cứu nhằm nâng cao nhận thức về nguồn pháp luật để thực hiện chiến lược đa dạng các loại nguồn pháp luật, góp phần hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam và bổ sung, hoàn thiện các giải pháp nâng cao hiệu quả của công tác pháp luật trong giai đoạn hiện nay.

Từ khóa: Nguồn pháp luật, Hình thức pháp luật.

1. Đặt vấn đề

Nguồn pháp luật (Sources of law) là một khái niệm pháp lý cơ bản, phức tạp của khoa học Lý luận nhà nước và pháp luật và là một vấn đề có ý nghĩa lý luận - thực tiễn quan trọng trên các phương diện xây dựng pháp luật, áp dụng và thực hiện pháp luật. Là một chủ đề nghiên cứu lớn nên từ lâu “nguồn pháp luật” đã được các nhà khoa học pháp lý Liên Xô (nước Nga hiện nay), các học giả phương Tây và nhiều nhà khoa học pháp lý Việt Nam quan tâm nghiên cứu. Mặc dù đã đạt được nhiều thành tựu trong nghiên cứu song cũng còn không ít những vấn đề quan trọng và cấp thiết liên quan đến nguồn pháp luật còn chưa được các nhà khoa học đề cập hoặc có đề cập nhưng hết sức

mờ nhạt¹. Là một thuật ngữ mang nhiều lớp ý nghĩa, đang còn nhiều tranh luận chưa đạt đến một quan niệm chung và còn có sự biến đổi, phát triển, vì vậy “giới khoa học pháp lý hiện nay vẫn đang tiệm cận đến tương lai của khái niệm nguồn luật” (*Avenir de la notion de sources du droit* - Pascale Deumier và Thierry Revet).

Ở Việt Nam hiện nay, việc nghiên cứu làm rõ những vấn đề lý luận về nguồn của pháp luật đang trở thành yêu cầu cần thiết và đang nhận được sự quan tâm sâu sắc của các nhà hoạch định chính sách pháp luật, nhà nghiên cứu và những cán bộ trực tiếp làm nhiệm vụ quản lý xã hội, phòng ngừa, đấu tranh chống tội phạm. Và

*Tác giả liên hệ. ĐT.: 84-24-37547670.

Email: minhdd@vnu.edu.vn

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4108>

¹*Như:* một số vấn đề lý luận về nguồn pháp luật (cơ sở triết học của nguồn pháp luật, cơ chế tạo nguồn luật, các loại nguồn luật cụ thể, những tiêu chí cơ bản để xác định một hiện tượng pháp lý là nguồn của pháp luật; tổng kết, đánh giá việc sử dụng các nguồn của pháp luật ở các nước cũng như phương hướng hoàn thiện các nguồn của pháp luật trong điều kiện hiện nay...

một trong những nội dung có tính chất nền tảng, then chốt gây nhiều tranh luận trong giới nghiên cứu lý thuyết luật Việt Nam là việc xác định các hình thức bên ngoài của pháp luật và có sự đồng nhất hay không giữa hai khái niệm “nguồn luật” và “hình thức pháp luật”². Đặc biệt, trong bối cảnh Việt Nam đang thực hiện các mục tiêu hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường (KTTT - *socialist market economy*), xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa (NNPQ XHCN-*socialist rule of law state*), hội nhập quốc tế (HNQT-*international integration*) và xu hướng giao thoa giữa các HTPL trên thế giới ngày càng mạnh mẽ thì việc nghiên cứu nguồn pháp luật nhằm góp phần hoàn thiện nguồn luật thống nhất và phù hợp với thông lệ quốc tế trở thành nhu cầu khách quan và cần thiết. Thực tiễn của đất nước và thời đại cũng đòi hỏi nhiều hơn sự mềm dẻo, thích ứng của pháp luật với những yêu cầu phát triển thì việc nghiên cứu để tiếp tục nâng cao nhận thức về nguồn (hình thức pháp luật) và hiệu quả của công tác pháp luật là một trong những yêu cầu có tính khách quan, trực tiếp của đổi mới tư duy pháp lý và đáp ứng yêu cầu nâng cao vai trò điều chỉnh xã hội của pháp luật.

Mặc dù trong thời gian qua, Việt Nam đã có những đổi mới từ tư duy pháp lý đến hành động. Bức tranh pháp luật, mối tương quan của nguồn pháp luật của Việt Nam đã dần thay đổi, phù hợp hơn với xu thế chung của nhân loại; pháp luật Việt Nam ngày càng hội nhập, hài hòa hóa với pháp luật các quốc gia trên thế giới. Cùng với văn bản pháp luật trong HTPL Việt Nam sẽ ngày càng trở nên quan trọng hơn vai

trò của điều ước quốc tế, tập quán pháp, tập quán quốc tế, thói quen thương mại quốc tế và các nguồn pháp luật phi truyền thống khác³. Đây là bước phát triển mang tính chất khách quan, tất yếu bởi nó không chỉ phụ thuộc vào ý chí chủ quan của nhà nước của một nhóm người mà chủ yếu là từ của chính nhu cầu xã hội và xu thế phát triển tất yếu trong thời đại pháp quyền và HNQT. Việc nghiên cứu về khả năng khai thác, sử dụng án lệ, tập quán (kể cả tập quán, thông lệ thương mại quốc tế) và quy tắc của các hiệp hội nghề nghiệp thực sự là một trong những giải pháp quan trọng để xây dựng, hoàn thiện pháp luật về bảo đảm quyền con người, quyền tự do, dân chủ của công dân, về HNQT và hoàn thiện thể chế KTTT định hướng XHCN [4]. Tuy nhiên, việc nghiên cứu vấn đề nguồn pháp luật vẫn mang ý nghĩa quan trọng trong việc triển khai thực hiện chiến lược đa dạng hóa nguồn-hình thức pháp luật, làm rõ mối quan hệ giữa các loại nguồn pháp luật cũng như thứ tự ưu tiên áp dụng chúng để bảo đảm tính thống nhất, chính xác giữa các chủ thể trong việc áp dụng pháp luật; góp phần hoàn thiện HTPL và bổ sung, hoàn thiện các giải pháp thi hành pháp luật để thúc đẩy phát triển kinh tế-xã hội; thực hiện mục tiêu xây dựng HTPL “xuất phát từ thực tiễn Việt Nam, tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm quốc tế về xây dựng và tổ chức thi hành pháp luật; kết hợp hài hòa bản sắc văn hoá, truyền thống tốt đẹp của dân tộc và tính hiện đại của hệ thống pháp luật” [5].

2. Tình hình nghiên cứu, một số cách tiếp cận và quan niệm nguồn pháp luật

2.1. Tình hình nghiên cứu

Các nhà khoa học pháp lý XHCN (Liên Xô trước đây) đã để lại những tác phẩm khoa học khá đồ sộ, công phu, có giá trị lý luận và thực tiễn to lớn, góp phần quan trọng vào việc nâng cao nhận thức khoa học về các nguồn của pháp luật, mở rộng tầm nhìn ra thế giới bên ngoài và

² Tiêu biểu như các quan điểm cho rằng: *Hình thức bên ngoài của pháp luật được gọi là nguồn của pháp luật* [1]; *Nguồn pháp luật là hình thức chính thức thể hiện các quy tắc bắt buộc chung, được Nhà nước thừa nhận có giá trị pháp lý để áp dụng vào việc giải quyết các sự việc trong thực tiễn pháp lý và là phương thức tồn tại trên thực tế của các quy phạm pháp* [2]; *nguồn của pháp luật là khái niệm dùng để chỉ tất cả những gì mà các chủ thể có thẩm quyền dựa vào đó để xây dựng, ban hành, giải thích pháp luật cũng như để áp dụng vào việc giải quyết các vụ việc pháp lý xảy ra trong thực tế* [3]; *nguồn của pháp luật bao gồm nguồn nội dung và nguồn hình thức còn hình thức của pháp luật thì có hình thức nội tại bên trong và hình thức bên ngoài...*

³ Như: tiền lệ pháp, lẽ phải, sự công bằng và thậm chí là các quy tắc của các hiệp hội...

khả năng sử dụng các nguồn của pháp luật trong thực tiễn nghiên cứu, ứng dụng các nguồn pháp luật của mỗi quốc gia. Họ đã xây dựng được hệ thống tri thức khoa học tương đối toàn diện về những vấn đề chung của các nguồn pháp luật như: khái niệm, đặc điểm, phân loại nguồn pháp luật; vị trí, vai trò của từng loại nguồn pháp luật⁴; phân tích làm rõ vị trí, vai trò của hiến pháp và các luật trong hệ thống nguồn pháp luật và đề xuất phương hướng hoàn thiện các nguồn pháp luật trong điều kiện xây dựng CNXH. Trong các tài liệu Lý luận chung về nhà nước và pháp luật, các luật gia Xôviết thường chú trọng đến vấn đề hình thức pháp luật nhưng bản thân vấn đề này lại không xuất hiện trong tư duy pháp lý của giới luật gia phương Tây (các luật gia tư sản). Xuất phát từ nguyên tắc không thừa nhận **án lệ** (*precedent/case law/judge-made law*) là nguồn của pháp luật nên nhiều tác giả Xôviết trước đây quan niệm nguồn của pháp luật XHCN chỉ bao gồm **tập quán pháp** (*customary law*) và các **văn bản quy phạm pháp luật** (*legislative document*)⁵. Mặc dù cùng đề cập đến một hiện tượng pháp lý là sự tồn tại thực tế, vị trí, vai trò của văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL), án lệ và tập quán pháp song cách tiếp cận và logic tư duy của lý luận pháp luật XHCN đi theo một hướng hoàn toàn khác với lý luận pháp luật phương Tây. Các luật gia XHCN đã xem VBQPPL, án lệ và tập quán pháp là sự thể hiện ra bên ngoài (hay hình thức bên ngoài của pháp luật) và từ lý luận về hình thức bên ngoài, phát triển lên thành lý thuyết hình thức của pháp luật nói

chung⁶. JL B. Ha3apoB cho rằng: hình thức của pháp luật là những phương thức (cách thức) chuyển ý chí của giai cấp thống trị lên thành luật, là những phương thức (cách thức) phản ánh và ghi nhận ý chí đó. Ý chí của giai cấp thống trị chỉ trở thành pháp luật khi nó được Nhà nước chuyển hoá dưới những khuôn mẫu (mẫu hình) nhất định. Hoạt động ấy của Nhà nước được gọi là sáng tạo pháp luật, bởi vì trong quá trình hoạt động đó thì pháp luật được hình thành một cách trực tiếp. Ngoài ra, một số luật gia Xôviết cũng nhấn mạnh ý nghĩa của các VBQPPL và các hình thức khác của sự phản ánh (thể hiện) ý chí của giai cấp thống trị đối với việc xác lập các quy phạm pháp luật (QPPL - *legislative/legal rule*) và cho đó là điểm trung tâm đề định nghĩa khái niệm nguồn của pháp luật như là hình thức ghi nhận các kết quả của sáng tạo pháp luật⁷.

Ở các nước phương Tây cũng tồn tại nhiều lý thuyết, học thuyết pháp lý cũng như nghiên cứu pháp luật theo những hướng khác nhau và họ đã đạt được nhiều thành tựu⁸. Các luật gia phương Tây cũng phân biệt nguồn pháp luật thành **nguồn hình thức** (như: VBQPPL, án lệ và tập quán pháp) và **nguồn nội dung** được hiểu là các căn nguyên hay cái quy định nội dung của pháp luật nói chung. Tuy nhiên, các luật gia phương Tây dường như đặt sự quan tâm đến nguồn hình thức của pháp luật hơn: phần lớn các công trình nghiên cứu pháp lý của họ đều trình bày nguồn pháp luật theo hướng nguồn hình thức của pháp luật. Mặc dù những vấn đề pháp luật và nguồn pháp luật cũng được các luật gia phương Tây tiếp cận theo hướng

⁴ Để xây dựng được khái niệm này, các nhà khoa học đã vận dụng nhiều phương pháp nghiên cứu cụ thể như phân tích- tổng hợp, so sánh, thống kê (chủ yếu là phương pháp so sánh - *comparative method*). Vận dụng phương pháp nghiên cứu này, các nhà khoa học đã đặt khái niệm "nguồn của pháp luật" đối xứng với các khái niệm "nguồn gốc của pháp luật", "hình thức của pháp luật" và phân tích so sánh giữa chúng với nhau.

⁵ Quan niệm này vẫn được duy trì cho tới những thập kỷ gần đây ở nước Nga. Tuy nhiên, cũng có nhà khoa học của nước Nga đương đại không đồng ý với ý kiến đưa học thuyết pháp luật vào hệ thống các nguồn của pháp luật đã cho rằng ngoài tập quán pháp và VBQPPL thì thực tiễn xét xử cũng được coi là nguồn của pháp luật.

⁶ Theo đó, hình thức pháp luật được tiếp cận theo 2 hướng: **hình thức bên ngoài** (VBQPPL, án lệ và tập quán pháp) và **hình thức bên trong** (cơ cấu nội tại bên trong: hệ thống luật, ngành luật, chế định luật, QPPL) của pháp luật.

⁷ Lưu ý: hoạt động sáng tạo pháp luật không chỉ là xác lập các QPPL mà còn thay đổi và hủy bỏ các QPPL. Điều này cũng cần được nhấn mạnh trong việc định nghĩa khái niệm nguồn của pháp luật với tính cách là những hình thức ghi nhận các kết quả của sáng tạo pháp luật mà trong đó có thể là xác lập, thay đổi hay hủy bỏ các QPPL.

⁸ Tiêu biểu như sách **Những hệ thống pháp luật trong thế giới đương đại** (*Les grands systèmes de droit contemporains*) của René David, Nxb TP. Hồ Chí Minh, 2003.

phức tạp hơn, song trên bình diện chung họ đều khẳng định VBQPPL, **tiền lệ pháp/án lệ** (*precedent/case law*) và tập quán pháp là nguồn của pháp luật⁹. Một số học giả (như Rene David) cho rằng: trong hệ thống pháp luật Roman-Giéc manh (*roman legal system-fragile*) có các nguồn: **luật** (*law*), tập quán pháp, **thực tiễn xét xử của tòa án** (*court trial practice*), **học thuyết pháp lý** (*legal doctrine*), **những nguyên tắc chung của pháp luật** (*legal common principle*). Đồng thời, trong thực tiễn pháp lý của các quốc gia phương Tây cũng ghi nhận các nguồn pháp luật khác nhau. Cụ thể là: hệ thống pháp luật của Anh ghi nhận các nguồn: thực tiễn xét xử của tòa án, luật, tập quán pháp, học thuyết pháp lý và lí trí (*mind*); hệ thống pháp luật của Mỹ quy định thực tiễn xét xử của tòa án, **pháp luật thành văn**

⁹ **Văn bản quy phạm pháp luật** (*văn bản pháp quy*) là một hình thức **pháp luật** thành văn được thể hiện qua các **văn bản** chứa được các QPPL do cơ quan hoặc cá nhân có thẩm quyền ban hành để điều chỉnh các quan hệ xã hội. **Tiền lệ pháp** là việc làm luật của Tòa án bằng sự công nhận và áp dụng các nguyên tắc mới trong quá trình xét xử; được xem là thành quả của hoạt động lập pháp và hoạt động áp dụng pháp luật và là kết tinh của lý luận và thực tiễn. **Án lệ** là “vụ án đã được giải quyết tạo cơ sở cho việc xét xử những vụ án sau này mà có những sự kiện hoặc vấn đề pháp lý tương tự” (việc xác định tính chất “tương tự” là vấn đề trung tâm trong án lệ). Theo đó, những bản án, quyết định giải quyết vụ việc trong các tập san án lệ trở thành khuôn mẫu, trở thành cơ sở để tòa đưa ra phán quyết trong những vụ việc có tình tiết, vấn đề tương tự sau đó. Nói đến án lệ là nói đến những quyết định (*stare decisis*) của Tòa án đưa ra cách giải quyết (phương án giải quyết) mới cho một tình huống pháp lý *trong các bản án cụ thể* của Tòa án và “một quyết định xét xử trở thành án lệ khi quyết định đó đưa ra cách giải quyết mới đối với một điểm gây tranh cãi trong luật. Án lệ cũng được áp dụng đối với việc giải thích luật thành văn (theo cách định nghĩa này thì tiền lệ pháp và án lệ là hai tên gọi dùng để chỉ cùng một khái niệm là tiền lệ pháp). **Tập quán pháp** là thói quen đã tồn tại lâu dài, ổn định, công khai và phổ biến trong đời sống xã hội, trong sản xuất, sinh hoạt thường ngày, được cộng đồng nơi có tập quán pháp đó thừa nhận như một nghĩa vụ chung của cộng đồng và được cơ quan có thẩm quyền công nhận; là những tập quán được Nhà nước thừa nhận có giá trị pháp lý, trở thành những quy tắc xử sự chung và được Nhà nước bảo đảm thực hiện. Tuy nhiên, để tập quán trở thành tập quán pháp và phạm vi áp dụng tập quán pháp phù hợp với thực tiễn cuộc sống cần phải quy định rõ về các điều kiện.

(*legislation/statutory law/ statute law*) với ý nghĩa là tập hợp các quy tắc xử sự được ghi nhận hay quy định trong một hình thức văn bản nhất định do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành theo trình tự và thẩm quyền tại một thời điểm xác định- là những nguồn cơ bản [6].

2.2. Một số cách tiếp cận và quan niệm nguồn pháp luật

Tầm quan trọng đặc biệt của khái niệm “nguồn” pháp luật được quy định bởi tính phức tạp và mang nhiều lớp ý nghĩa của nó¹⁰. Trong Từ điển tiếng Việt, “nguồn” được hiểu là “*nơi bắt đầu*, nơi phát sinh hoặc nơi có thể cung cấp” hoặc là “*nơi từ đó nảy sinh ra*” (nguồn gốc) [7, tr.670]. Các Từ điển Anh-Việt và Từ điển Pháp-Việt cũng định nghĩa khái niệm “*origin*” và “*source*” (hay *souche*) là “*gốc*, nguồn gốc, căn nguyên hoặc dòng, dòng dõi, gốc; nguồn, nguồn gốc” [8, tr.523, 678].

Từ góc độ thông tin tri thức, có tác giả cho rằng “*Nguồn của pháp luật thường thường được hiểu là những tư liệu, tài liệu, từ đó có thể tiếp cận (nắm bắt, thu nhận) được nội dung của pháp luật hiện hành hoặc pháp luật trong quá khứ. Theo cách tiếp cận này thì “nguồn của pháp luật” được hiểu là nguồn tri thức, nguồn thông tin về pháp luật của một thời đại nhất định hoặc là những nhân tố khác nhau làm phát sinh các QPPL.*

Từ phương diện Xã hội học pháp luật (*Sociological law*), một số tác giả quan niệm “*nguồn của pháp luật*” theo nghĩa vật chất của nó được xem xét trong mối quan hệ giữa cơ sở hạ tầng với thượng tầng kiến trúc xã hội. Theo họ, “*nguồn pháp luật*” là những điều kiện vật chất khác nhau của đời sống xã hội và được xem như là nguyên nhân chủ yếu của sự xuất

¹⁰ **Pascale Deumier và Thierry Revet** cho rằng: vấn đề gây ra nhiều nghi ngờ nhất liên quan đến chủ đề nguồn luật chính là *khái niệm về nguồn luật*. Các ông cho rằng, các nghiên cứu truyền thống ở Pháp cũng như nhiều nước trên thế giới hiện nay, về thực chất, chỉ chú trọng đến các bộ phận cấu thành nguồn luật, tức là các loại nguồn luật cụ thể hơn là đến bản thân khái niệm nguồn luật (*Từ điển văn hoá pháp lý - Dictionnaire de la culture juridique*, 2003).

hiện pháp luật¹¹. Tiếp cận nguồn pháp luật theo nghĩa là hình thức xác định giới hạn thực tế của pháp luật, Jean-Claude Ricci [9] cho rằng: ý chí của Nhà nước là phạm trù có tính tinh thần nhưng ý chí đó bị giới hạn bởi một địa-chính trị nhất định. Giới hạn địa- chính trị hay giới hạn về mặt không gian, thời gian và đối tượng chịu tác động của pháp luật được xác định qua các nguồn cụ thể của pháp luật, mà trước hết là qua các VBQPPL do Nhà nước, thông qua các cơ quan có thẩm quyền, ban hành. Như vậy, *nguồn pháp luật là hình thức xác định phạm vi không gian lãnh thổ mà pháp luật có hiệu lực, xác định phạm vi những đối tượng cụ thể chịu sự điều chỉnh của pháp luật cũng như xác định khoảng thời gian mà pháp luật trong từng giai đoạn cụ thể được áp dụng.*

Nghiên cứu nguồn của pháp luật là từ góc độ pháp lý được xem là cách tiếp cận cơ bản, phổ biến và đạt được nhiều kết quả hơn cả. Một số tác giả cho rằng: “Khi nói về các nguồn của pháp luật theo nghĩa pháp lý thì không nên coi đó là hoạt động sáng tạo QPPL của Nhà nước mà chính là những hình thức khác nhau của sự ghi nhận các kết quả của hoạt động ấy, là các văn bản sáng tạo pháp luật. Việc hiểu khái niệm nguồn của pháp luật theo nghĩa pháp lý như vậy được xem như là những hình thức chính thức khác nhau của sự thể hiện các quy phạm pháp lý” [10]. Ngoài ra, một số ý kiến khác cũng cho rằng: 1/ Nguồn của pháp luật là phương thức thể hiện ý chí Nhà nước dưới dạng những quy tắc xử sự chung hay các mô hình của hành vi (các QPPL) do Nhà nước đặt ra và được Nhà nước bảo đảm bằng sức mạnh cưỡng chế. 2/ Nguồn của pháp luật là kết quả (hoạt động) sáng tạo QPPL của nhà nước, là hình thức bên ngoài của pháp luật....; 3/ Nguồn của pháp luật là những phương thức chính thức của Nhà nước

¹¹ Pháp luật được hiểu là luật thành văn được viết ra - ngược với luật truyền miệng hoặc luật tập quán và được viết bởi cơ quan lập pháp (khác với các quy định do cơ quan hành pháp đặt ra và cũng khác với **thông luật** của cơ quan tư pháp). Có ý kiến cho rằng, quan niệm nêu trên đã đồng nhất khái niệm “nguồn của pháp luật” với khái niệm “nguồn gốc của pháp luật” và thiên về “nguồn gốc của pháp luật” hơn là “nguồn của pháp luật”.

nhằm xác lập các QPPL và thể hiện tính pháp lý bắt buộc chung của các QPPL; là những phương thức được xác định để thể hiện nội dung của pháp luật (quan điểm của các nhà khoa học pháp lý Nga: C.C. AneKceeB, B.C.HepcecHH). Nhìn chung, cách tiếp cận này đã đồng nhất nguồn của pháp luật với hình thức của pháp luật (cho rằng hình thức của pháp luật cũng đồng thời là các nguồn của pháp luật) và nguồn của pháp luật trở thành khái niệm khoa học chỉ nơi chứa đựng các QPPL.

Theo PGS. TS Nguyễn Văn Đông: nguồn pháp luật là một khái niệm khoa học gồm có 2 lớp ý nghĩa: (i) *Theo nghĩa hẹp*, nguồn của pháp luật được hiểu là nơi chứa đựng các QPPL mà nhà quản lý lấy QPPL từ đó ra để vận dụng trong thực tiễn và cách (phương thức) xử sự của tòa án hoặc của cơ quan hành chính về từng vụ việc cụ thể đã được Nhà nước chính thức thừa nhận là *khuôn mẫu* để tòa án hay cơ quan hành chính khác dựa vào đó để giải quyết những vụ việc cụ thể tương tự. Theo đó, *nơi chứa đựng QPPL* là VBQPPL và tập quán pháp, còn *nơi chứa đựng cách thức xử sự cụ thể của tòa án hay của cơ quan hành chính* là tiền lệ pháp (nguồn của pháp luật được quan niệm là hình thức bên ngoài của pháp luật, gồm tập quán pháp, tiền lệ pháp và các VBQPPL). (ii) *Theo nghĩa rộng*, nguồn của pháp luật còn bao hàm cả những tiền đề tư tưởng khoa học, tư tưởng chính trị (*political ideology*) và các nguyên tắc chung của pháp luật (*legal principle*) để từ đó Nhà nước xây dựng nên các QPPL¹².

Các tác giả của *Từ điển Black Law Dictionary* khẳng định nguồn của pháp luật có

¹² Theo quan điểm phổ biến của dòng họ civil law (*civil law family*), nguyên tắc chung của pháp luật (*the general principles of law*) là các nguyên tắc có thể thành văn và không thành văn được chấp nhận trong luật quốc gia của hầu hết các quốc gia, 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 lý. Những nguyên tắc chung này giúp các thẩm phán tìm ra giải pháp công bằng nhất khi giải quyết các vụ việc trong thực tiễn [11, tr.142].

3 lớp ý nghĩa là: (1) Nguồn của pháp luật có thể nói đến nguồn gốc của các khái niệm và tư tưởng pháp lý... (2) Nguồn pháp luật có thể nói đến các cơ quan, tổ chức chính phủ mà đã tạo ra các quy định pháp luật...(3) Nguồn của pháp luật có thể nói đến những quy định pháp luật đã được công bố rõ ràng. Những cuốn sách, cơ sở dữ liệu máy tính, đĩa máy tính và tất cả những phương tiện thông tin khác có chứa đựng các thông tin về pháp luật đều là nguồn của pháp luật [12, tr.1401].

Theo **Gérard Cornu và các đồng sự** (sách *Từ vựng pháp lý - Vocabulaire juridique*), khái niệm nguồn luật được hiểu theo 4 lớp ý nghĩa, bao gồm: (1) Toàn bộ những hình thức chứa đựng các QPPL như các đạo luật, tiền lệ pháp, tập quán pháp và học thuyết pháp lý¹³. (2) Toàn bộ những văn bản ghi lại các đạo luật, án lệ, học thuyết pháp lý và các tập quán pháp luật. (3) Toàn bộ những nhân tố khách quan và chủ quan tham gia vào quá trình sản sinh pháp luật, bao gồm cả các thói quen, tập quán, các hợp đồng và các cuộc tranh luận pháp lý. (4) Toàn bộ những thông tin về truyền thống đạo đức, về các điều kiện kinh tế, chính trị, xã hội cụ thể được nghiên cứu, tổng kết để ban hành và sửa đổi luật.

¹³ Trong lịch sử, **học thuyết** (*legal doctrine*) đã từng là nguồn chính của hệ thống pháp luật châu Âu lục địa. Các nguyên tắc pháp luật chính đã ra đời trong khoảng thế kỷ XIII-XVIII do các trường đại học châu Âu xây dựng. 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 kỷ XIX, sự thống trị của học thuyết mới được thay thế bằng sự thống trị của luật. 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 lý 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 nữa, học thuyết còn tạo ra các phương pháp để hiểu và giải thích pháp luật một cách đúng đắn. Trong những 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. Điều này có thể nhận thấy rõ ở ảnh hưởng học thuyết của *Khổng Tử* 孔子 đối với truyền thống pháp luật của Trung Quốc và các quốc gia trong khu vực.

Ở Việt Nam cũng tồn tại những quan niệm khác nhau về nguồn pháp luật, tiêu biểu như: 1/ Nguồn của pháp luật là hình thức bên ngoài của pháp luật (gồm tập quán pháp, tiền lệ pháp và các VBQPPL). Và một trong những quan điểm phổ biến cho rằng hình thức của pháp luật là “cách thức mà giai cấp thống trị sử dụng để nâng ý chí của giai cấp mình lên thành pháp luật” [13, tr.81]. Có tác giả mở rộng khái niệm hình thức bên ngoài của pháp luật được coi là các nguồn của pháp luật, gồm cả “các văn bản pháp luật (kể cả các VBQPPL), các hiệp ước quốc tế (international treaty), tập quán và tục lệ quốc tế (international custom and rules), các hợp đồng (khế ước-contract), luật tục (customary law), án lệ, những quy định của luật tôn giáo (religious law) như luật Hồi giáo (Islamic law), các học thuyết khoa học pháp lý. 2/ Nguồn pháp luật là dạng thực tế của các QPPL gồm những gì chứa đựng các QPPL và hình thức biểu hiện ra bên ngoài của pháp luật- phương thức tồn tại thực tế của các QPPL trong đời sống xã hội. Do quan niệm *nguồn pháp luật là hình thức chứa đựng nội dung của pháp luật và là hình thức xác định giới hạn áp dụng của pháp luật trong thực tế* nên về mặt lý luận, hầu hết đều thừa nhận VBQPPL do Nhà nước ban hành là loại nguồn chính thống duy nhất¹⁴. 3/ Một số tài liệu Lý luận chung về nhà nước và pháp luật định nghĩa “nguồn pháp luật là những căn cứ pháp lý mà dựa vào đó các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền vận dụng để giải quyết các sự việc pháp lý cụ thể”. Vì vậy, ngoài các **hiến pháp** (*constitution*), bộ luật/luật còn có các loại nguồn khác như các văn bản giải thích, hướng dẫn thi hành của các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền hay các văn bản pháp luật khác (như các

¹⁴ Tuy nhiên, nếu chỉ quan niệm nguồn pháp luật với nghĩa hẹp như vậy sẽ mâu thuẫn với định nghĩa về pháp luật, khi cho rằng “pháp luật là tổng thể các quy tắc xử sự chung do Nhà nước thừa nhận hoặc ban hành và bảo đảm thực hiện nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội”. Do vậy, bên cạnh những VBQPPL do Nhà nước ban hành thì những quy tắc xử sự do Nhà nước thừa nhận phải chăng không ngoài những chỗ khuyết mà các quy phạm do Nhà nước ban hành không thể điều chỉnh hết nhưng vẫn được Nhà nước thừa nhận về mặt pháp lý và được áp dụng trong những trường hợp hay tình huống cụ thể?

luật chuyên ngành), án lệ (thực tiễn tư pháp) và lý thuyết pháp luật. Vì vậy, quan niệm phổ biến là “*Nguồn của pháp luật là tất cả các căn cứ được các chủ thể có thẩm quyền sử dụng làm cơ sở để xây dựng, ban hành, giải thích pháp luật cũng như để áp dụng vào việc giải quyết các vụ việc pháp lý xảy ra trong thực tế*” [14, tr.29-30].

3. Ý nghĩa của nghiên cứu nguồn pháp luật

Một là, Là phương tiện vật chất chuyển tải ý chí của Nhà nước đến với xã hội với những giới hạn về không gian, thời gian và đối tượng chịu tác động; khái niệm “nguồn luật” được hiểu là dạng tồn tại vật chất thực tế của pháp luật mỗi quốc gia. Tuy nhiên, do hình thức luật (nguồn luật) là nhân tố phản ánh nội dung luật và là phương thức tồn tại của nội dung luật nên người ta chỉ có thể nhận thức được sự tồn tại của luật qua những hình thức - nguồn nhất định.

Là hình thức bên ngoài đồng thời là phương thức tồn tại của luật, nguồn luật là căn cứ pháp lý của hoạt động áp dụng pháp luật, là đường biên ngăn ngừa các vi phạm pháp luật trong lĩnh vực tổ tụng đồng thời là nhân tố quan trọng xác định cơ chế bảo vệ quyền con người của pháp luật. Đó là một trong những nguyên nhân của tình trạng các nhà khoa học trên thế giới và Việt Nam chưa đạt được một quan niệm chung, thống nhất về khái niệm, cơ cấu (hay nội dung) của nguồn pháp luật.

Là nhân tố phản ánh nội dung nên nguồn luật luôn chịu sự chi phối từ phía nội dung luật và điều này cũng có nghĩa là nội dung luật quy định sự vận động, phát triển nguồn luật. Trong mối quan hệ với nội dung luật, nguồn luật có tính độc lập tương đối, thể hiện ở chỗ: nguồn luật không phải là sự phản ánh, thể hiện máy móc nội dung của luật mà xuất phát từ những đặc điểm đặc thù của sự phản ánh (pháp luật) - cái khách quan cũng như từ sự nhận thức, đánh giá, lựa chọn mang tính chủ quan của nhà làm luật. Vì vậy, nghiên cứu nguồn pháp luật (nhất là nguồn nội dung), tất yếu phải đề cập đến những vấn đề nằm ngoài phạm vi và khuôn khổ

của pháp luật - những vấn đề liên quan đến cơ sở kinh tế - xã hội, truyền thống văn hoá đã sản sinh ra pháp luật và chính sách chính trị tiền pháp luật. Về thực tiễn, tùy thuộc vào truyền thống hay đặc thù riêng mà mỗi nước có cách tiếp cận riêng về nguồn pháp luật. Nguồn luật thống nhất với nội dung luật và giữa các nguồn luật (hay các hình thức - nguồn luật) luôn có sự thống nhất với nhau¹⁵; vì vậy nếu nghiên cứu pháp luật mà chỉ dựa vào một nguồn nào đó thì sẽ là phiến diện và không đầy đủ, không thấy hết được các nội dung thực sự của pháp luật.

Hai là, cũng như các hiện tượng xã hội khác, pháp luật có nội dung và hình thức của nó và những hình thức tồn tại của pháp luật gọi là nguồn của pháp luật. Để làm rõ hình thức thì cần xác định được nội dung và nếu như nội dung của pháp luật quyết định hình thức pháp luật thì quan niệm về nội dung pháp luật sẽ có ảnh hưởng ở mức độ đáng kể đối với quan niệm về hình thức của pháp luật. Nội dung luật phải được thể hiện trong những hình thức (nguồn luật) nhất định và nguồn luật là hình thức chứa đựng nội dung, là cái “vỏ” vật chất thể hiện các nội dung cụ thể của luật¹⁶. Nguồn pháp luật là cái phản ánh nội dung của pháp luật và nội dung của pháp luật là ý chí Nhà nước của giai

¹⁵ Để có thể tiếp cận vấn đề nguồn luật đa dạng và phức tạp cũng như thấy được vị trí, vai trò, ý nghĩa của từng loại nguồn cụ thể, tùy từng căn cứ phân biệt, người ta phân loại các loại nguồn luật, gồm: *nguồn nội dung và nguồn hình thức, Nguồn chính thức và nguồn không chính thức, Nguồn trực tiếp và nguồn gián tiếp, Nguồn thành văn và nguồn không thành văn, Nguồn luật quốc gia và luật quốc tế*. Sự thống nhất giữa nội dung của luật với hình thức – nguồn luật thể hiện ở chỗ nội dung nào thì có hình thức đó, nội dung càng rõ ràng, cụ thể thì hình thức càng mang tính xác định và ngược lại. Một nội dung của luật có thể được phản ánh trong nhiều nguồn luật khác nhau, có nguồn trực tiếp, có nguồn gián tiếp. Tuy nhiên, dù là nguồn trực tiếp hay gián tiếp, thành văn hay không thành văn thì chúng vẫn luôn là một thể thống nhất, không tách rời và có sự bổ sung cho nhau trong việc phản ánh nội dung của luật.

¹⁶ Về mặt nhận thức, cần phân biệt hình thức bên ngoài, tức là nguồn luật với hình thức bên trong (hình thức nội tại) hay hình thức cấu trúc của luật. Xét về mặt cấu trúc, HTPL được chia thành: ngành luật, các chế định, QPPL (là đơn vị cơ sở có tính độc lập tương đối cấu thành nên ngành luật).

cấp thống trị xã hội, là chính sách của Nhà nước thể hiện trong pháp luật, là những cách xử sự mà Nhà nước đòi hỏi các chủ thể pháp luật phải thực hiện và bảo đảm việc thực hiện đó bằng các biện pháp cưỡng chế nhà nước.

Ba là, Khi tìm hiểu bất kỳ một hệ thống pháp lý nào thì một trong những vấn đề đầu tiên và quan trọng nhất người ta phải tiếp cận đến là “nguồn của pháp luật”. Tuy nhiên, là khái niệm có tính đa dạng và phức tạp với nhiều cách hiểu khác nhau nên tùy từng hệ thống pháp luật mà từ lý luận đến thực tiễn sẽ xuất hiện ngoại diện rộng hẹp khác nhau của khái niệm nguồn của pháp luật. Các kết quả nghiên cứu cũng cho thấy các khái niệm *nguồn của pháp luật*, *nguồn gốc của pháp luật* và *hình thức của pháp luật* không đồng nghĩa với nhau và không thể thay thế cho nhau. Cụ thể là:

- Khái niệm **"nguồn của pháp luật"** được hiểu theo 2 nghĩa: 1/ *Theo nghĩa hẹp*, nguồn của pháp luật là khái niệm khoa học chỉ "nơi" (chỗ) chứa đựng những QPPL (các quy tắc xử sự, các quy tắc hành vi, những mô hình xử sự chung) do Nhà nước đặt ra để điều chỉnh hành vi con người mà các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền hay cá nhân có thẩm quyền "lấy" các QPPL từ đó ra để áp dụng cho từng trường hợp hay đối với cá nhân, tổ chức cụ thể. Theo quan điểm của các hệ thống pháp luật (HTPL - *legal system*) châu Âu lục địa và Anh - Mỹ (*common law*), khái niệm nguồn pháp luật được xem xét, tiếp cận theo 2 phương diện, gồm: *Theo quan điểm lý luận* (của giới nghiên cứu luật học), “thuật ngữ nguồn pháp luật được hiểu trên ba bình diện: (i) đó là nguồn của các quan điểm, tư tưởng pháp luật; (ii) đó là nguồn tạo nên các QPPL; (iii) đó là nơi đăng tải, thể hiện của pháp luật”. *Theo quan điểm thực tiễn (phổ biến)*, khái niệm nguồn pháp luật được hiểu theo các quan niệm 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, gồm: luật thành văn, án lệ, tập quán pháp luật, các học thuyết pháp luật (hệ thống *common law*); các nguyên tắc pháp luật (hệ thống châu Âu lục địa); hoặc gồm: án lệ, luật thành văn, tập quán pháp luật, các nguyên tắc công bằng, công

lý (*equity*), các học thuyết pháp luật, luật hợp lý (*law of reasons*) của từng hệ thống pháp luật [15, tr.417, 472-473]. Đặc biệt, nhiều nước lục địa châu Âu (Pháp, Đức, Tây Ban Nha, Italia, Thụy Sĩ, Thổ Nhĩ Kỳ...) đã có các tuyển tập án lệ chính thức và án lệ ngày càng được khẳng định là một trong những nguồn không thể thiếu của pháp luật. Tuy nhiên, những nước thuộc HTPL Anh- Mỹ (sử dụng tiền lệ pháp) thường quan niệm nguồn pháp luật là một khái niệm khoa học chỉ "nơi" (chỗ) chứa đựng cách (cách thức, phương thức) xử sự của tòa án về từng vụ việc cụ thể đã được Nhà nước chính thức thừa nhận là "khuôn mẫu" để các tòa án dựa vào đó mà giải quyết những vụ việc cụ thể tương tự. 2/ *Theo nghĩa rộng*, nguồn pháp luật còn được hiểu là những tư tưởng pháp luật (*legal ideology*) của giai cấp thống trị, các nguyên tắc pháp luật (*legal principles*), các học thuyết pháp lý. Và để có thể tiếp cận vấn đề nguồn luật đa dạng và phức tạp cũng như thấy được vị trí, vai trò, ý nghĩa của từng loại nguồn cụ thể, người có thể phân chia nguồn của pháp luật thành: nguồn nội dung và nguồn hình thức, nguồn chính thức và nguồn không chính thức, nguồn trực tiếp và nguồn gián tiếp, nguồn thành văn và nguồn không thành văn, nguồn luật quốc gia (*domestic law*) và luật quốc tế (*international law*)¹⁷.

¹⁷ Thực tế ở Việt Nam có một loại nguồn pháp luật rất đặc thù đó là **Hương ước 鄉約** – sản phẩm của chế độ làng xã tự trị, vốn đã tồn tại từ rất lâu nhưng ít được nhắc đến như một dạng nguồn của pháp luật. Hương ước, khoán ước (hay còn gọi là lệ làng) xuất hiện vào khoảng giữa thế kỷ XV, được xây dựng trên cơ sở tập quán của làng, xã và được cơ quan Nhà nước có thẩm quyền thừa nhận và thể hiện dưới hình thức văn bản. Đó là những quy ước liên quan đến các mặt của đời sống làng xã được ghi chép thành văn bản (cũng có thể gồm cả những điều lệ không được ghi chép mà truyền khẩu trong dân gian) được cộng đồng làng xã cùng nhau tuân thủ. Hương ước quy định về hầu hết các mặt hoạt động của làng xã người Việt như cách tổ chức và hoạt động của các thiết chế tổ chức trong làng xã; các hội tư vấn, tư võ, hội thiện, phe giáp, xóm ngõ; các hoạt động xã hội như hội hè đình đám, tế lễ, tuần phòng, khao vọng, giao hiếu; và một số hoạt động kinh tế. Những quy ước này vừa có những nét chung vừa mang những nét riêng biệt của mỗi làng Việt. Tuy bắt nguồn từ tập quán nhưng thực tế Hương ước đã được “qui phạm

- Khái niệm "**nguồn gốc của pháp luật**" (**Origin of law**) chỉ những điều kiện kinh tế, xã hội làm phát sinh pháp luật. Theo quan niệm mácxít, pháp luật ra đời do hai nguyên nhân chủ yếu: *một là*, xuất hiện chế độ tư hữu về tư liệu sản xuất và sản phẩm lao động; *hai là*, xã hội bị phân hoá thành các giai cấp đối kháng và mâu thuẫn giữa các giai cấp này quyết liệt đến mức không thể điều hòa được. Luật pháp có chức năng điều chỉnh các quan hệ xã hội, phụ thuộc vào ý chí chủ quan của giai cấp thống trị (giai cấp ban hành pháp luật) nhưng nó cũng tuân theo quy luật riêng là phản ánh các quy luật khách quan của đời sống xã hội mà cốt lõi là các quy luật kinh tế, được thể hiện ở các nội dung: điều kiện, kết cấu, tính chất và trình độ kinh tế quyết định nội dung, cơ cấu hệ thống, tính chất và trình độ của pháp luật. Kinh tế là nguyên nhân trực tiếp quyết định sự ra đời và phát triển của pháp luật vì chế độ kinh tế là cơ sở của pháp luật và do đó sự thay đổi của chế độ kinh tế sớm muộn cũng dẫn đến sự thay đổi của pháp luật.

- Khái niệm "**hình thức của pháp luật**" (**Legal forms**) thông thường được hiểu theo 2 nghĩa: *Theo nghĩa hẹp* xuất phát từ mối quan hệ giữa hai phạm trù "nội dung" và "hình thức" trong triết học để xem xét khái niệm "hình thức của pháp luật", theo đó, nếu pháp luật có nội dung của nó thì nội dung đó luôn luôn được thể hiện ra bên ngoài dưới những dạng cụ thể và hình thức của pháp luật chính là những biểu hiện bên ngoài của nội dung pháp luật dưới những dạng tồn tại thực tế của pháp luật mà chúng ta có thể nhận thức hoặc nắm giữ được (gồm tập quán pháp, tiền lệ pháp (án lệ) và VBQPPL). Vì vậy, nhiều người định nghĩa hình

hóa" và trở thành qui tắc xử sự chung của làng xã. Các triều đại phong kiến Việt Nam đã khéo sử dụng tập quán pháp để điều chỉnh nhiều quan hệ xã hội. Trong hàng chục thế kỷ, nông thôn Việt Nam đã tồn tại và phát triển với trật tự làng xã được xây dựng không chỉ dựa trên pháp luật của chính quyền trung ương mà còn dựa trên các tập quán địa phương. Nhiều nhà khoa học đã gọi hương ước/tục lệ Việt Nam là những định chế phi quan phương và việc đưa tục lệ vào pháp luật chính thống với các định chế phi quan phương là một đặc điểm quan trọng trong lịch sử pháp luật Việt Nam.

thức của pháp luật là những dạng tồn tại thực tế của pháp luật và đồng nhất hình thức của pháp luật với nguồn của pháp luật, vì các hình thức pháp luật này lại chính là những nơi chứa đựng các QPPL (đối với VBPPPL) và cách xử sự cụ thể (đối với tập quán pháp và tiền lệ pháp) để các cơ quan Nhà nước (hay cá nhân) có thẩm quyền dựa vào đó mà giải quyết những vụ việc cụ thể¹⁸. *Theo nghĩa rộng*, hình thức của pháp luật được hiểu là hình thức bên trong (cấu trúc bên trong) và hình thức bên ngoài của pháp luật. Hình thức bên trong (cấu trúc bên trong) của pháp luật bao gồm các QPPL, chế định luật, ngành luật; còn hình thức bên ngoài của pháp luật bao gồm tập quán pháp, tiền lệ pháp và VBQPPL¹⁹. Theo A.c.M, khái niệm "hình thức của pháp luật" rộng hơn nhiều so với khái niệm "nguồn của pháp luật" và *hình thức của pháp luật chính là bản thân các QPPL, cơ cấu của chúng, các dạng hệ thống hoá pháp luật, các hình thức diễn đạt các QPPL và nhiều yếu tố khác của các hiện tượng pháp lý*. Ông cũng cho rằng, đối với các VBQPPL, tập quán pháp và tiền lệ pháp thì việc sử dụng cụm từ "các hình thức phản ánh" (thể hiện) các QPPL không có ý nói rằng chúng là các hình thức sáng tạo pháp luật hay các hình thức thiết lập các QPPL. Thuật ngữ "nguồn của pháp luật" được sử dụng ở đây là đạt hơn cả vì nó mở ra ý nghĩa của các VBQPPL, tập quán pháp và tiền lệ pháp với tính cách là những phương thức trình bày các quyết định của các cơ quan có thẩm quyền của Nhà nước trong việc xác lập, thay đổi, hủy bỏ các QPPL.

Ba là, một vấn đề có ý nghĩa quan trọng và cần thiết về lý luận và giá trị thực tiễn là *phân biệt giữa nguồn của pháp luật với hình thức của pháp luật*. Về lý luận, việc phân biệt nguồn của pháp luật với hình thức của pháp luật khẳng định rằng hai khái niệm này không

¹⁸ Như vậy, *khái niệm hình thức của pháp luật theo nghĩa hẹp đồng nghĩa với khái niệm nguồn của pháp luật theo nghĩa hẹp*.

¹⁹ Nếu theo quan niệm này (rộng) thì khái niệm "hình thức của pháp luật" chỉ rộng hơn khái niệm "nguồn của pháp luật" theo nghĩa hẹp chứ không rộng hơn khái niệm "nguồn của pháp luật" theo nghĩa rộng.

đồng nhất với nhau, không hòa lẫn vào nhau và không thể thay thế cho nhau được mà chúng có tính độc lập trong hệ thống các khái niệm pháp luật cơ bản. Về thực tiễn, phân biệt nguồn của pháp luật với hình thức của pháp luật sẽ tạo cơ sở cho việc đề xuất và thực hiện các biện pháp đồng bộ nhằm củng cố, hoàn thiện các nguồn của pháp luật hiện có đồng thời có thể xác lập thêm các nguồn của pháp luật khác nhằm đáp ứng nhu cầu, đòi hỏi của thực tiễn quản lý nhà nước, quản lý xã hội; giúp cải tiến kỹ thuật xây dựng pháp luật để đa dạng hoá các hình thức thể hiện ý chí Nhà nước ngày càng đầy đủ, toàn diện và chính xác hơn.

Tuy nhiên, phân biệt nguồn của pháp luật với hình thức của pháp luật cũng không đơn giản bởi có nhiều quan điểm khác nhau. Theo quan điểm của một số giáo sư Nga thì hai khái niệm "*nguồn của pháp luật*" và "*hình thức của pháp luật*" đều có nghĩa như nhau và có thể thay thế cho nhau²⁰; vì vậy, hình thức của pháp luật đôi khi được gọi là nguồn của pháp luật²¹. Tuy nhiên, một số ý kiến khác lại cho rằng, mặc dù các khái niệm nguồn của pháp luật và hình thức của pháp luật liên quan chặt chẽ với nhau nhưng không đồng nhất với nhau và không thể thay thế nhau: Hình thức của pháp luật phản ánh kết cấu bên trong của pháp luật, là những biểu hiện bên ngoài của pháp luật; còn nguồn của pháp luật là hệ thống các nhân tố quyết định nội dung của pháp luật và là hình thức biểu hiện nội dung đó. Các nguồn của pháp luật được xác định như những tiêu chí để xác lập, định hình pháp luật. Do đó, các hình thức biểu hiện bên

ngoài của pháp luật không thể được xem là nguồn của pháp luật mà chính những nhân tố xã hội và các hiện tượng của thực tiễn đóng vai trò là cơ sở, nền tảng của quá trình tạo lập các QPPL mới là nguồn của pháp luật [10, tr.62].

Việc phân biệt nguồn của pháp luật với hình thức của pháp luật cũng diễn ra ở nhiều quốc gia, nhất là các nước đang phát triển. Ở các nước Ả Rập, nhiều phong tục tập quán truyền miệng đã được Nhà nước thừa nhận và chuyển thành các QPPL, trở thành các tập quán pháp - một nguồn pháp luật quan trọng của những quốc gia này. Và ở các nước Hồi giáo mặc dù không được Nhà nước phê duyệt song sách của các nhà thần học vẫn được tòa án sử dụng trong quá trình áp dụng pháp luật²². Từ đó, các tác giả đưa ra nhiều định nghĩa khác nhau về nguồn của pháp luật, như: (1) Nguồn của pháp luật là hoạt động của các cơ quan Nhà nước nhằm xác lập các QPPL (hoạt động lập quy, tạo ra án lệ, phê chuẩn các văn bản không mang tính nhà nước, tạo cho chúng tính chất pháp lý). (2) Là các văn bản chứa đựng các QPPL hay những hình thức khác nhau của pháp luật. Còn hình thức của pháp luật là cách thức mà giai cấp thống trị sử dụng để nâng ý chí của mình lên thành pháp luật; là những biểu hiện bên ngoài của pháp luật trong quan hệ với nội dung của pháp luật và là các dạng tồn tại thực tế của pháp luật.

Các nhà khoa học cho rằng hình thức của pháp luật bao gồm hình thức bên trong (cấu trúc bên trong) của pháp luật (*inner form of law*) và hình thức bên ngoài (những biểu hiện bên ngoài) của pháp luật (*form outside of the law*). Leist O.E cho rằng: Hình thức của pháp luật theo nghĩa rộng nhất được hiểu là tính QPPL như là một đại lượng của sự công bằng được áp dụng cho các chủ thể tham gia các quan hệ xã hội; theo nghĩa hẹp hơn (nghĩa chuyên môn, tính riêng biệt), hình thức của pháp luật là phương thức tồn tại và thể hiện ý

²⁰ 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, Gs M.N.Marchenko chủ biên [9, tr.329].

²¹ Có hai con đường chủ yếu của sự hình thành pháp luật trong quá trình *sáng tạo pháp luật* (*legal creativity*): Một là, xác lập trực tiếp các QPPL thành các đạo luật và các VBQPPL khác. Hai là, thừa nhận và nâng lên thành pháp luật các quy tắc của hành vi không mang tính pháp lý đã tồn tại trong lịch sử". Theo tác giả, không phải lúc nào hình thức của pháp luật cũng đồng thời là nguồn của pháp luật. Vì vậy, về nhận thức khoa học cần phải phân biệt hai khái niệm "nguồn của pháp luật" và "hình thức của pháp luật".

²² Trong trường hợp này, hoạt động của tòa án có thể được coi là nguồn của pháp luật, còn tư tưởng của đạo Hồi được thể hiện trong những tác phẩm ấy được coi như là hình thức của pháp luật.

Bốn là, thực tế cho thấy: với ba hình thức của pháp luật được thừa nhận thì ngoài hình thức **VBQPPL**, việc điều chỉnh các quan hệ xã hội còn có thể có sự tham gia của tập quán pháp và tiền lệ pháp. Do hệ thống các QPPL thường mang tính ổn định trong khi các quan hệ xã hội thì phong phú, đa dạng và không ngừng phát triển. Khi xây dựng và ban hành các QPPL, các nhà làm luật không thể dự liệu hết được các tình huống pháp lý phát sinh trên mọi lĩnh vực đời sống xã hội. Vì vậy, sẽ là rất khó để một nhà nước có thể ban hành một hệ thống các QPPL điều chỉnh được hết mọi vấn đề phát sinh trong xã hội. Nhà nước không thể nào “luật hóa” được mọi lĩnh vực hay mọi ngõ ngách của đời sống xã hội; do vậy trong thực tiễn sẽ luôn xuất hiện những tình huống thiếu pháp luật thành vấn đề điều chỉnh. Trong khi đó, tập quán lại rất phong phú và đa dạng, với cơ chế điều chỉnh mềm dẻo, linh hoạt chính là nguồn hỗ trợ, bổ sung quan trọng cho pháp luật trong điều chỉnh các quan hệ xã hội nói chung và quan hệ dân sự nói riêng. Những tập quán với những đặc trưng riêng của mình luôn là nguồn bổ sung, thay thế cho pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội, đặc biệt là các quan hệ cụ thể phát sinh trong đời sống của các cộng đồng dân cư cũng như trong hoạt động thương mại quốc tế. Với những ưu điểm như: có nguồn gốc trực tiếp từ cuộc sống, phong phú, đa dạng về con đường hình thành và phương thức tồn tại; phạm vi điều chỉnh rộng, gắn gũi với các đối tượng điều chỉnh trong cuộc sống hàng ngày, chứa đựng cả luật nội dung và luật hình thức nên tập quán được xem là một nguồn luật quan trọng đối với một số hình thức nhà nước ở các giai đoạn lịch sử khác nhau. Ngày nay, hình thức tập quán pháp vẫn được nhiều quốc gia sử dụng hạn chế trong các trường hợp cần bổ sung cho khiếm khuyết của các quy định pháp luật thành văn. Với vai trò bổ sung cho pháp luật trong những điều kiện nhất định nên tập quán pháp được nhiều quốc gia trên thế giới công nhận là một loại nguồn của pháp luật và được nhà nước bảo đảm thực hiện. Việc sử dụng tập quán pháp có ý nghĩa tích cực khi nó có khả năng thay thế sự điều chỉnh của pháp luật trong

những phạm vi nhất định, trong một số quan hệ xã hội. Cho nên, tuy “không phải là yếu tố chính và đầu tiên của pháp luật, song tập quán được xem là một trong những yếu tố góp phần tìm ra giải pháp công minh để giải quyết các vấn đề pháp luật... Và mặc dù có nhiều cản trở, song “ý nghĩa quan trọng của **án lệ** (không phải là một đạo luật thành văn, hàm chứa tính linh động, có thể thay đổi và thích ứng để thỏa mãn nhu cầu thay đổi nhanh chóng của cuộc sống) ngày càng được thừa nhận và được chứng minh trong quá trình phát triển của pháp luật: vừa bảo đảm sự ổn định, tính tiên liệu của pháp luật vừa tạo không gian cho sự sáng tạo, linh hoạt²⁴. Đối với các nước thuộc hệ thống common law (Anh, Mỹ, Australia, Canada, New Zealand...) thì án lệ là nguồn chủ yếu và quan trọng hàng đầu, được dẫn chiếu khi xét xử, được xem là phương thức đạt được công lý và thể hiện tầm văn hóa, tầm minh triết của pháp luật²⁵. Theo nguyên tắc *stare decisis*, nghĩa vụ thẩm phán phải tuân theo những quy tắc có trong những quyết định tòa án được đưa

²⁴ Nhiều quốc gia đã áp dụng án lệ (kể cả những quốc gia theo truyền thống thông luật (*common law tradition*) và những quốc gia theo truyền thống luật dân sự (*civil law tradition*) đều có chung nhận thức án lệ là những phán quyết của Tòa án về một vụ việc cụ thể, có giá trị tạo lập những quy tắc hoặc căn cứ pháp lý cho việc giải quyết các vụ việc tương tự trong tương lai. Khi một bản án được xác định là án lệ thì không phải toàn bộ nội dung của bản án đó bắt buộc phải tuân theo trong xét xử mà chỉ những nội dung chứa đựng những lập luận để giải thích về những vấn đề, sự kiện pháp lý, chỉ ra những quy tắc hoặc QPPL cần áp dụng hoặc là lý do để Tòa án đưa ra phán quyết mới có giá trị áp dụng để giải quyết những vụ án tương tự trong tương lai nhằm đảm bảo nguyên tắc các vụ án giống nhau phải được xét xử và phán quyết như nhau.

²⁵ Ở những quốc gia này, án lệ ra đời trong những điều kiện: 1/ Khi chưa có luật nhưng tòa vẫn phải xử để bảo đảm công lý và bản án đó trở thành án lệ, nghĩa là trở thành luật cho những việc tương tự. Khi phán quyết đã được tuyên, nó phải được coi là giải pháp cho vấn đề tương tự sau này; thẩm phán phải tuân theo phán quyết của vụ án tương tự được xử trước đó. 2/ Khi luật không rõ ràng, thẩm phán phải tự mình nhận thức, giải thích pháp luật và thể hiện nhận thức trong bản án. Bản án trở thành luật cho những tình huống tương tự. 3/ Đã có luật nhưng phát sinh tình huống mới mà luật chưa dự liệu được nên thẩm phán phải vận dụng luật hiện hành cho tình huống mới đó.

ra trước đó. Yếu tố then chốt của án lệ thể hiện ở chỗ rút ra từ những vụ án trước đó những nguyên tắc được coi là “học thuyết chung” để hướng dẫn những phán quyết sau này. Sự cần thiết (hay lý do) phải áp dụng án lệ bởi lẽ: để tạo nền tảng cho sự “thông trị của luật” (*rule of law*), ngăn chặn sự xét xử tùy tiện hoặc độc đoán và chống lại “sự thông trị của cá nhân” nên trong cùng một quốc gia không thể xử những vụ án giống nhau bằng những bản án khác nhau. Do pháp luật đặt ra phải được áp dụng một cách công bằng, bình đẳng và nhất quán (hay thỏa đáng) để bảo vệ công lý nên các bên đương sự trong các vụ án tương tự phải nhận được những phán quyết tương tự, nếu không pháp luật sẽ trở nên bất công và tùy tiện. Tầm quan trọng của án lệ thể hiện ở chỗ: khi áp dụng án lệ, tòa án còn tạo ra những quy phạm thực tiễn và hệ thống QPPL được định hình cơ bản dựa trên các phán quyết của tòa án còn được gọi là những quy phạm thực sự được sáng tạo bởi những thẩm phán (thậm chí, quy tắc án lệ còn được áp dụng trong việc giải thích luật thành văn). Ngoài ra, án lệ tạo nên hiệu suất trong hoạt động của tòa án khi tránh cho tòa không phải mất công sức quá nhiều vào việc nghiên cứu, xem xét lại những vấn đề cũ, cũng như tiết kiệm công sức cho các bên có tranh chấp trên phương diện này. Giá trị của án lệ nằm ở phần luận cứ, tức là những quan điểm, nguyên tắc, lý lẽ mà dựa vào đó các thẩm phán đưa ra phán quyết (được cho là phần tinh túy nhất của án lệ); đó là sự đúc kết trí tuệ, kinh nghiệm, tâm huyết của các thẩm phán trong việc vận dụng pháp luật thành những luận cứ có sức thuyết phục cao, làm nền tảng cho phán quyết của mình [16, tr.58-62]. Trong xu hướng giao thoa giữa các HTPL trên thế giới hiện nay, các quốc gia có truyền thống dân luật (*civil law tradition*) có tính chất tương đồng như Việt Nam ngày càng coi trọng vai trò của án lệ để bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật²⁶.

Tóm lại, với những ưu điểm riêng của nó các hình thức pháp luật như VBPPPL, tiền lệ

²⁶ Hầu hết những nghiên cứu về hệ thống pháp luật XHCN đều cho rằng hệ thống này có nhiều điểm tương đồng với những khía cạnh thực định của hệ thống dân luật.

pháp và tập quán pháp có thể bổ sung, hỗ trợ cho nhau có hiệu quả trong việc điều chỉnh pháp luật. Như giáo sư René David từng nhận xét: *bắt đầu từ đầu thế kỷ XX, ảo tưởng về giá trị của luật thành văn là nguồn luật thuần nhất đã dần bị xóa bỏ* [17, 140-141]. Tuy nhiên, ở Việt Nam cũng như các nước XHCN trước đây, tiền lệ pháp và tập quán pháp không được coi là hình thức pháp luật thông dụng và ít được quan tâm nghiên cứu; hệ thống này “đoạn tuyệt”, không chấp nhận bất cứ án lệ nào ở bất cứ nơi nào trên thế giới²⁷. Là một trong những nguồn pháp luật vô cùng quan trọng nhưng VBQPPL chưa đáp ứng yêu cầu điều chỉnh tất cả các quan hệ xã hội và hành vi con người và sự thiếu vắng những quy định tập quán pháp, tiền lệ pháp, có thể dẫn đến xung đột giữa pháp luật và công lý (*justice*). Cũng với một không gian “hẹp hòi” đó, nếu luật pháp “vô tình”, người cầm cân nảy mực cũng “vô tình” thì sao luật pháp có thể là xứng đáng là hiện thân của công lý, làm thước đo bảo vệ cho lẽ phải? Điều đó cho thấy, nghiên cứu nguồn luật Việt Nam cần phải được đặt trong bối cảnh chung của nguồn luật các nước khác trên thế giới, không chỉ xuất phát từ phương pháp so sánh luật mà quan trọng hơn là để góp phần đưa đến một kết quả tìm kiếm một mẫu số chung, một mô hình có tính cách lý tưởng để hoàn thiện nguồn luật Việt Nam hiện hành. Đặc biệt, trong bối cảnh HNQT ngày càng mạnh mẽ và sâu rộng, các quốc gia đang nhanh chóng tham gia vào thị trường thế giới (sân chơi chung và luật lệ chung) nhằm thiết lập một không gian kinh tế chung và tham gia vào chuỗi giá trị toàn cầu, thì cũng đòi hỏi phải có cách hiểu về nguồn của luật hay “ngoại diên” của khái niệm “pháp luật” một cách thống nhất và phù hợp với thông lệ quốc tế. Mặc dù được mệnh danh là “sự hoàn hảo của lý trí”

²⁷ Các nước XHCN, trong đó có Việt Nam, hầu như không thừa nhận tập quán pháp và tiền lệ pháp mà chỉ thừa nhận VBQPPL là nguồn chủ yếu. Chỉ đến năm 1995 khi Bộ luật dân sự được ban hành và có hiệu lực, Nhà nước đã qui định: Trong việc giải quyết các vụ án dân sự khi pháp luật không qui định và các bên không có thỏa thuận, thì có thể áp dụng tập quán hoặc qui định tương tự của pháp luật với điều kiện không trái với các nguyên tắc chung được qui định trong Bộ luật dân sự (Điều 14).

nhưng suy cho cùng thì không bao giờ VBQPPL có thể kịp thời lấp đầy mọi khoảng trống trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội. Do vậy, việc thừa nhận tập quán pháp và án lệ nhằm khắc phục các lỗ hổng pháp luật và kiểm soát tùy nghi pháp luật là nhu cầu khách quan của Việt Nam. Điều này cũng đồng nghĩa với sự thay đổi tư duy về việc áp dụng tập quán pháp và tiền lệ pháp, xây dựng cơ chế để triển khai áp dụng tập quán pháp và tiền lệ pháp phù hợp với yêu cầu thực tiễn pháp lý của đất nước trong giai đoạn mới.

4. Một số đề xuất

Nghiên cứu nguồn pháp luật trong bối cảnh thời đại và đất nước hiện nay không chỉ để tiếp tục nâng cao nhận thức về nguồn pháp luật mà còn cung cấp cơ sở lý luận và thực tiễn để thực hiện chiến lược đa dạng các loại nguồn pháp luật, hoàn thiện HTPL Việt Nam và bổ sung, hoàn thiện các giải pháp nâng cao hiệu quả của công tác pháp luật. Trên cơ sở đó, các tác giả đề một số xuất giải pháp như sau:

- **Đối với nguồn VBQPPL:** Theo xu hướng chung của thế giới, pháp luật thành văn thường được ưu tiên áp dụng so với các nguồn khác như tiền lệ, tập quán²⁸, vì vậy nhà nước cần tiếp tục củng cố, nâng cao hơn nữa vai trò của pháp luật thành văn trong đời sống xã hội. Hiện nay, hoạt động lập pháp của Việt Nam đang đứng trước những nhiệm vụ mới mẻ và phức tạp của việc điều chỉnh pháp luật đáp ứng yêu cầu phát triển KTTT định hướng XHCN, tạo nền tảng cho tiến trình xây dựng NN PQ, HTPL quốc gia LÂM chỗ dựa cơ bản của quản lý nhà nước, bảo vệ quyền con người, tạo lập hành lang pháp lý an toàn cho phát triển kinh tế - xã hội và quá

trình HNQT. Hệ thống pháp luật Việt Nam cần được xây dựng phù hợp với phong tục, tập quán, truyền thống tốt đẹp của dân tộc, với những giá trị đạo đức, văn hoá cao đẹp, tâm lý, lối sống của nhân dân các dân tộc và với các công ước, điều ước và thông lệ quốc tế mà Việt Nam đã kí kết hoặc tham gia; bảo đảm sự tương thích của pháp luật quốc gia với các không gian pháp lý có tính quốc tế và tác động cùng chiều, phù hợp với những công cụ điều chỉnh quan hệ xã hội khác. Hoạt động xây dựng pháp luật cũng phải xuất phát từ các yêu cầu quản lý nhà nước có hiệu lực, hiệu quả phù hợp với sự phát triển xã hội trong điều kiện các quan hệ ngày càng đa dạng, phức tạp, trình độ dân trí và yêu cầu dân chủ ngày càng cao; đảm bảo tính hợp hiến, hợp pháp, thống nhất, toàn diện, đồng bộ của bản thân HTPL trong khi hệ thống đó ngày càng phong phú về hình thức văn bản cũng như nội dung điều chỉnh.

- **Đối với nguồn án lệ:** được xem là phương thức hiệu quả để khắc phục các khiếm khuyết của pháp luật và bảo đảm việc áp dụng pháp luật thống nhất trong hoạt động xét xử, tạo tính ổn định, minh bạch và tiên liệu được trong các phán quyết của tòa án, qua đó có tác dụng hướng dẫn các hành vi ứng xử không chỉ đối với các bên trong vụ án và cả xã hội. Với vai trò quan trọng trong tố tụng, nhu cầu về việc tiếp nhận nguồn pháp luật án lệ ở nước ta cũng đang được đặt ra. Theo đó, các quyết định, bản án của tòa án đã có hiệu lực pháp luật về một vụ việc cụ thể có chứa đựng các lập luận để giải thích về các vấn đề, sự kiện pháp lý và chỉ ra các nguyên tắc hoặc QPPL cần áp dụng trong việc giải quyết vụ việc đó sẽ được áp dụng nhằm bảo đảm các vụ án giống nhau phải được xét xử và phán quyết như nhau. Trong thời gian qua, Tòa án nhân dân tối (TANDTC) đã bước đầu ban hành án lệ góp phần làm cho HTPL ngày càng hoàn chỉnh hơn cũng như các bản án xét xử của tòa án đảm bảo đúng pháp luật, minh bạch, thống nhất, đáp ứng mong mỏi của người dân về một xã hội công bằng và thượng tôn pháp luật. Tuy nhiên, để có thể tiếp nhận được án lệ với tư cách là nguồn pháp luật chính thức cũng đòi hỏi sự nhận thức sâu sắc, đầy đủ về

²⁸ Chẳng hạn như: Mặc dù là quốc gia có truyền thống đề cao án lệ nhưng hiện nay luật thành văn trong pháp luật Anh không còn là nguồn luật có ý nghĩa thứ yếu và quy tắc án lệ cũng không được áp dụng máy móc và làm cản trở sự phát triển của luật pháp của quốc gia này. Nhiều lĩnh vực của đời sống xã hội ở Anh mà các nguyên tắc về trật tự pháp lý liên quan chỉ có thể tìm thấy trong luật thành văn. Ngoài ra, trong những trường hợp cần thiết, Nghị viện có thể ban hành văn bản bãi bỏ án lệ.

quy trình lựa chọn, công bố áp dụng và phát triển án lệ, các tiêu chí để lựa chọn án lệ²⁹; xác định giá trị bắt buộc/tham khảo của các án lệ³⁰ hay những bản án có giá trị tiền lệ.... Đồng thời, việc nâng cao chất lượng của các tuyến tập án lệ cũng là tiền đề tích cực để đưa các quy tắc án lệ vào thực tiễn cuộc sống.

- **Đối với nguồn tập quán pháp:** là những quy tắc xử sự chung tồn tại trong đời sống xã hội được Nhà nước thừa nhận để điều chỉnh các quan hệ xã hội, tập quán pháp có vai trò điều chỉnh các hành vi sai lệch, trái với chuẩn mực nhằm tạo lập xã hội phát triển ổn định và lành mạnh. Áp dụng tập quán (hay QPPL tương tự) là một trong những cách thức phổ biến để khắc phục một thực tế hiện nay trong các VBQPPL là không có quy phạm điều chỉnh hết các quan hệ xã hội, góp phần giải quyết tạm thời tình trạng bế tắc khi giải quyết vụ việc dân sự và là cơ sở để cơ quan chức năng có thẩm quyền xem xét để hoàn thiện các quy định của pháp luật. Do sự phát triển của các vùng miền, các dân tộc ở nước ta không đồng đều, thậm chí vẫn còn chênh lệch về trình độ phát triển, đời sống văn hóa, tinh thần giữa các vùng miền, cộng đồng dân cư. Vì vậy, không phải khi nào và ở đâu, các QPPL với tính khái quát cao cũng hoàn toàn phù hợp để điều chỉnh một cách chính xác, thỏa đáng những vấn đề pháp lý phát sinh ở các

vùng miền, các cộng đồng dân cư khác nhau đó. Vì vậy, đặt ra nhu cầu tất yếu phải áp dụng tập quán nhằm hỗ trợ cho pháp luật quản lý xã hội. Tập quán đã, đang và còn tiếp tục thể hiện vai trò tích cực và những giá trị xã hội của mình trong nhiều lĩnh vực của đời sống xã hội, nhất là ở các vùng đồng bào dân tộc ít người, vùng sâu, vùng xa khi mà pháp luật thành văn chưa phát huy được đầy đủ vai trò, tác dụng của mình thì phần lớn các quan hệ xã hội vẫn chủ yếu được điều chỉnh bởi tập tục đặc biệt là trong các lĩnh vực như tranh chấp tài sản, giải quyết vay, nợ, hôn nhân và gia đình... Là tiền đề khách quan đưa pháp luật vào cuộc sống, tập quán không chỉ là nguồn bổ sung cho pháp luật mà còn là nguồn nội dung của pháp luật, là “chất liệu quý” để hoàn thiện một nền pháp luật tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc. Áp dụng tập quán trong điều chỉnh các quan hệ xã hội nói chung, quan hệ dân sự nói riêng không chỉ góp phần giải quyết thấu đáo, hợp tình, hợp lý những vấn đề phát sinh trong đời sống xã hội mà còn là sự giữ gìn bản sắc văn hóa dân tộc, phát huy sức mạnh nội sinh của dân tộc, thúc đẩy kinh tế - xã hội phát triển. Tuy nhiên, để được thừa nhận áp dụng với tư cách là nguồn của pháp luật, tập quán phải đảm bảo những điều kiện và việc áp dụng cũng phải theo những nguyên tắc nhất định nhằm đảm bảo tính pháp lý và tránh tùy tiện trong áp dụng³¹. Việc công nhận và áp dụng tập quán cũng phải tuân thủ pháp luật, không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật (*legal principle*). Do đó, trong phạm vi chức năng, thẩm quyền của mình, TANDTC cần quan tâm chỉ đạo triển khai sưu tập, tổng hợp, công bố các tập quán; chuyển hoá dần những tập tục không thành văn vào hương ước/quy ước mới; củng cố vị trí, vai

²⁹ Như: Án lệ phải chứa đựng lập luận để làm rõ quy định của pháp luật còn có cách hiểu khác nhau; phân tích, giải thích các vấn đề, sự kiện pháp lý và chỉ ra nguyên tắc, đường lối xử lý, quy phạm pháp luật cần áp dụng trong một vụ việc cụ thể; có tính chuẩn mực; có giá trị hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử, bảo đảm những vụ việc có tính tiết, sự kiện pháp lý như nhau thì phải được giải quyết như nhau.

³⁰ Có ý kiến cho rằng: trong bối cảnh hiện nay, Việt Nam chỉ nên áp dụng án lệ ở mức độ tham khảo chứ không nên bắt buộc (án lệ chỉ được đặt ở vị trí nguồn bổ sung). Án lệ đứng sau VBQPPL và không thể thay thế VBQPPL, điều này có nghĩa là cơ sở để giải quyết vụ việc vẫn là các VBQPPL chứ không phải là án lệ. Án lệ không thể đứng độc lập mà buộc phải được dẫn giải từ các quy định pháp luật thành văn. Điều này sẽ không làm thay đổi cấu trúc của hệ thống pháp luật nước ta. Việc tòa án tham khảo các án lệ sẽ làm tăng tính thuyết phục của bản án và làm tăng sự thống nhất trong khâu áp dụng pháp luật, từ đó nâng cao chất lượng và có thể làm giảm thời gian xét xử của Tòa án.

³¹ Theo Điều 5 Bộ luật Dân sự năm 2015, tập quán chỉ được thừa nhận áp dụng để điều chỉnh các quan hệ dân sự với tư cách là một nguồn luật khi đảm bảo các điều kiện sau: 1/ Tập quán phải rõ ràng để xác định được quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ dân sự; Tập quán phải là thói quen được hình thành, thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong đời sống xã hội. 2/ Tập quán được áp dụng trong trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định. 3/ Tập quán được áp dụng không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự.

trò của những người đứng đầu cộng đồng (già làng, trưởng thôn, trưởng bản...); hướng dẫn cụ thể hơn về điều kiện, nguyên tắc áp dụng tập quán...

- **Đối với nguồn pháp luật quốc tế:** Từ khi tiến hành công cuộc đổi mới, Việt Nam đã tham gia vào việc tạo lập pháp luật quốc tế và pháp luật quốc tế cũng có ảnh hưởng nhất định đến quá trình áp dụng pháp luật trong nước. Nhiều quy định của pháp luật nước ngoài, pháp luật quốc tế đã được tiếp biến, cấy ghép vào HTPL Việt Nam. Tuy nhiên, thực tiễn cũng đặt ra một số vấn đề cần phải nghiên cứu xử lý về mối quan hệ về hiệu lực áp dụng của pháp luật quốc tế so với các nguồn khác trong HTPL Việt Nam như thế nào, việc xác định thẩm quyền quyết định nghĩa vụ quốc tế của các cơ quan nhà nước. Về nguyên tắc thì pháp luật quốc tế có giá trị cao hơn pháp luật trong nước (trừ Hiến pháp) nên khi ban hành pháp luật trong nước thì không được cản trở việc thực hiện điều ước. Ngoài ra, việc tạo lập nguồn pháp luật quốc tế, kí kết, gia nhập, phê chuẩn, phê duyệt các điều ước quốc tế cũng cần phải được thực hiện theo đúng quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành.

- **Đối với nguồn pháp luật nước ngoài:** trong quá trình xây dựng NNPQ và HNQT, Việt Nam sẽ phải đối diện với việc áp dụng pháp luật nước ngoài. Thậm chí, trong một số trường hợp, chúng ta vẫn phải áp dụng pháp luật nước ngoài để giải quyết vụ việc. Tuy nhiên, Việt Nam là quốc gia chịu ảnh hưởng nhiều của dòng họ civil law nên việc áp dụng pháp luật của các quốc gia khác thuộc hệ thống common law sẽ khó khăn hơn rất nhiều và do đó sẽ gây ra nhiều khó khăn cho người có thẩm quyền giải quyết vụ việc³².

- **Đối với nguồn là các tư tưởng, học thuyết pháp lý:** Ở Việt Nam, đường lối, chủ

trương của Đảng Cộng sản, tư tưởng, quan điểm pháp lý của chủ nghĩa Mác- Lênin và Tư tưởng Hồ Chí Minh được xem là căn cứ để xây dựng, ban hành, giải thích pháp luật hoặc định hướng trong việc áp dụng, thực hiện pháp luật. Thực hiện nguyên tắc pháp luật, Nhà nước cần hạn chế tới mức thấp nhất việc áp dụng trực tiếp loại nguồn này trong các hoạt động pháp lý cụ thể. Tuy nhiên, trong điều kiện xây dựng NNPQ XHCN của dân, do dân, vì dân, việc nghiên cứu để tiếp thu giá trị của các học thuyết chính trị - pháp lý của nhân loại là yêu cầu cần thiết để tăng cường hiệu lực, hiệu quả của pháp luật. Thực tiễn cũng cho thấy, quá trình chuyển đổi sang cơ chế thị trường cũng bộc lộ nhiều vấn đề mới đặt ra cho công tác quản lý xã hội và nghiên cứu lý luận, trong đó có việc nghiên cứu khai thác những giá trị tích cực, khắc phục hạn chế của các học thuyết tư tưởng để đạt được kỹ năng tổng hợp sử dụng trong quản lý xã hội. Xét về cơ sở lý luận cũng như thực tiễn, việc tiếp tục đi sâu nghiên cứu các tư tưởng, học thuyết chính trị-pháp lý của nhân loại nhằm phát hiện những hạt nhân tư tưởng hợp lý và phù hợp với tình hình Việt Nam để thực hiện những mục tiêu, yêu cầu và nhiệm vụ của sự nghiệp đổi mới là một hướng nghiên cứu quan trọng của các khoa học chính trị, pháp lý... đồng thời là công việc có ý nghĩa thực tiễn đối với các nhà lãnh đạo và quản lý xã hội nhằm góp thêm luận cứ khoa học cho quản lý xã hội trong giai đoạn hiện nay cũng như cho sự phát triển của khoa học pháp lý nhằm phát huy vai trò của ngành khoa học này trong quản lý xã hội bằng pháp luật. Bên cạnh đó, việc xem xét một cách khách quan những di sản văn hóa của cha ông trong việc điều hành và quản lý xã hội, khắc phục những tàn dư tiêu cực bảo thủ, phát huy những nhân tố tích cực tiến bộ còn phù hợp cũng là cần thiết.

Ngoài ra, cũng cần nghiên cứu các quan điểm luật học của các chuyên gia và xem như một loại nguồn: Ở nhiều quốc gia, các quan điểm luật học của các chuyên gia cũng có thể được coi là một nguồn pháp luật. Ở nước ta, do vị trí gần như độc tôn của pháp luật thành văn nên các quan điểm luật học thường không đứng

³² Như: Khi nào phải áp dụng luật nước ngoài, áp dụng như thế nào? Ngoài trở ngại về ngôn ngữ, những trở ngại khác về sự khác biệt trong hệ thống pháp luật cũng sẽ gây nhiều khó khăn, Tòa án sẽ làm gì khi phải áp dụng pháp luật của nước ngoài (tòa án sẽ tự mình nghiên cứu pháp luật nước ngoài rồi đưa phán quyết hay sẽ tham khảo ý kiến của các luật gia người nước ngoài)? Và vấn đề hiệu lực của nguồn luật?

độc lập mà sẽ phải gắn vào một hoặc một vài các quy định của pháp luật thành văn³³. Trong điều kiện hiện nay, chúng ta nên coi đây là một nguồn bổ sung, giúp thẩm phán có định hướng khi cần áp dụng.

Tài liệu tham khảo

- [1] Võ Khánh Vinh, Giáo trình luật học so sánh, Đại học Huế, Nxb.CAND, Hà Nội, 2002.
- [2] Khoa Luật - ĐHQGHN, Giáo trình Lý luận chung về Nhà nước và pháp luật, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2005.
- [3] Nguyễn Thị Hồi, Về khái niệm nguồn của pháp luật, Tạp chí Luật học, số 2/2008.
- [4] Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị ngày 24/5/2005 về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.
- [5] Báo cáo Đề tài "Nguồn pháp luật- Những vấn đề lý luận và thực tiễn áp dụng ở Việt Nam trong bối cảnh xây dựng Nhà nước pháp quyền", ĐHQGHN, 2015.
- [6] DenisAlland, Từ điển của văn hóa pháp lý (Dictionnaire de la culture juridique), Nxb Máy ép Universitaires de France - PUF, 2003 (Bản tiếng Việt).
- [7] Hoàng Phê (chủ biên), Từ điển tiếng Việt, Nxb Đà Nẵng, 1996.
- [8] Đoàn Minh (chủ biên): Từ điển Anh- Việt, Nxb Giáo dục, Hà Nội, 1995.
- [9] Jean-Claude Ricci, Nhập môn luật học, Nhà Pháp luật Việt-Pháp, 2002 (bản Tiếng Việt).
- [10] Nguyễn Văn Động, Tìm hiểu vấn đề nguồn của pháp luật trong khoa học pháp lý Liên Xô trước đây và nước Nga hiện nay, Tạp chí Luật học, Trường đại học Luật Hà Nội, số 1/2008.
- [11] Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật So sánh, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2015.
- [12] Black/s Law Dictionary. Seventh Edition. Bryan A, Garner. Editor in Chief. ST.PAUL, MINN, 1999.
- [13] Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Lý luận Nhà nước và pháp luật, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2007.
- [14] Nguyễn Thị Hồi, Về khái niệm nguồn của pháp luật, Tạp chí Luật học, số 2/2008.
- [15] PGS.TS Thái Vĩnh Thắng, Nhà nước và pháp luật tư sản đương đại - Lý luận và thực tiễn (sách chuyên khảo), Nxb Tư pháp, 2010.
- [16] Nguyễn Đức Lam, Ấn lệ ở Anh quốc: Lịch sử, khái niệm, nguyên tắc và cơ chế thực hiện, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 3(211)/Tháng 2/2012.
- [17] René David, Những hệ thống pháp luật chính trong thế giới đương đại, Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, 2003.

³³ Ở Việt Nam, cả về lý luận và thực tiễn đều không công nhận nguồn này nhưng trên thế giới có nhiều quốc gia công nhận, đặc biệt ở những nước common law (ở Mỹ người ta gọi là *restatement* - thường được thể hiện dưới dạng tập hợp các quan điểm luật học của nhiều chuyên gia pháp lý, luật sư thẩm phán về cùng một hoặc một nhóm vấn đề có liên quan đến nhau). Mặc dù không là nguồn chính thức và không có giá trị ràng buộc nhưng *restatement* lại có giá trị thuyết phục cao: khi viết các bản án, thẩm phán có thể trích dẫn các *restatement* đó như một nguồn luật độc lập. Hiện tượng này cũng đã xuất hiện tại Việt Nam nhưng không được coi là nguồn luật (như: sách Bình luận khoa học Bộ luật Hình sự của các chuyên gia pháp lý Việt Nam...). Theo các nhà lý luận Việt Nam, điều này chỉ đơn giản là việc giải thích pháp luật một cách không chính thức của các nhà khoa học (hơn là một dạng nguồn của pháp luật). Tuy nhiên, sự ảnh hưởng của các giải thích không chính thức này đến thực tiễn áp dụng pháp luật của tòa án cũng chưa được nghiên cứu đầy đủ.

An Elaboration on the Concept of Sources of Law

Do Duc Minh¹, Nguyen Thi Hoai Phuong²

¹*VNU Inspection and Legislation Department, 144 Xuan Thuy, Cau Giay, Hanoi, Vietnam*

²*VNU School of Law, 144 Xuan Thuy, Cau Giay, Hanoi, Vietnam*

Abstract: "Sources of law", an important, complex and basic legal concept, has been studied by many legal scientists both in the world and Vietnam. However, the development of the country's circumstances during deep international integration requires further raising the awareness of legal resources to contribute to the strategy of diversifying legal sources for improving Vietnam legal system in order to improve the effectiveness of legal work in the current period.

Keywords: Sources of law, legal forms