



1996

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT
TP. HỒ CHÍ MINH

TẠP CHÍ
KHOA HỌC PHÁP LÝ
VIỆT NAM

SỐ 08(180)/2024

MỘT THÁNG RA MỘT KỲ

Số 08(180)/2024

NĂM THỨ XX

PHỤ TRÁCH TẠP CHÍ

GS Đỗ Văn Đại

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

PGS-TS Trần Thị Thùy Dương

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

Nguyễn Hải An – Tòa án Tối cao	Vũ Văn Nhiệm – ĐH Luật TP. HCM
Chochia Archil – ĐH Tallinn	Võ Thị Kim Oanh – ĐH Luật TP. HCM
Afriansiah Arie – ĐH Luật Indonesia	Shevchenko Olga-Aleksandrovna – ĐH Kutafin
Trần Thị Thùy Dương – ĐH Luật TP. HCM	Nguyễn Thị Hoài Phương – ĐH QT Hồng Bàng
Đỗ Văn Đại – ĐH Luật TP. HCM	Wisuttisak Pornchai – ĐH Chiang Mai
Lê Thị Nam Giang – ĐH Luật TP. HCM	Trương Nhật Quang – Công ty luật YKVN
Nguyễn Ngọc Hà – ĐH Ngoại thương	Hoàng Thị Kim Quế – ĐH quốc gia Hà Nội
Trần Hoàng Hải – ĐH Luật TP. HCM	Mai Hồng Quỳ – Đại học Sài Gòn TP. HCM
Bùi Xuân Hải – ĐH Hải Phòng	Lafrance Sébastien – Viện Công tố Canada
Nguyễn Minh Hằng – ĐH Ngoại thương	Kerikmae Tanel – ĐH Tallinn
Nguyễn Thị Phương Hoa – ĐH Luật TP. HCM	Lưu Quốc Thái – ĐH Luật TP. HCM
Phan Huy Hồng – ĐH Luật TP. HCM	Nguyễn Hữu Thế Trạch – Công ty luật Anphana
Nguyễn Cảnh Hợp – ĐH Luật TP. HCM	Nguyễn Thanh Tú – Bộ Tư pháp
Đỗ Minh Khôi – ĐH KT - Luật TP. HCM	Nguyễn Anh Tuấn – Công ty luật LNT & Partners
Lanfranchi Marie-Pierre – ĐH Aix-Marseille III	Nguyễn Văn Vân – ĐH Luật TP. HCM
Cao Vũ Minh – ĐH KT - Luật TP. HCM	Nguyễn Cửu Việt – ĐH Luật TP. HCM
Nguyễn Thị Mơ – Đại học Ngoại thương	Nguyễn Quốc Vinh – Công ty luật Tilleke & Gibbins
Nguyễn Thị Bích Ngọc – ĐH Luật TP. HCM	

THƯ KÝ TÒA SOẠN

THS Ngô Nguyễn Thảo Vy

TRÌNH BÀY & SỬA BẢN IN

THS Hà Ngọc Quỳnh Anh

THS Đặng Phước Thông

TÒA SOẠN

Số 2 Nguyễn Tất Thành, P. 13, Q. 4, TP. HCM; ĐT/Fax: (028) 39400989 ext. 139

Email: tapchikhpl@yahoo.com (nhận bài); tapchikhpl@hcmulaw.edu.vn

Website: <https://tapchikhplvn.hcmulaw.edu.vn/>

Giấy phép xuất bản số 36/GP-BTTTT ngày 25/01/2019 và Công văn số 1236/BTTTT-CBC ngày 08/4/2022 của Bộ Thông tin và Truyền thông về tăng kỳ xuất bản.

TẠP CHÍ KHOA HỌC PHÁP LÝ VIỆT NAM

p-ISSN 3030-4423

Số 08(180)/2024

LUẬT HÀNH CHÍNH

- TS Lê Trường Sơn, TS Nguyễn Mạnh Hùng, TS Dương Hồng Thị Phi Phi** - Nhận thức về nguyên tắc “quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp” của nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam 1
- ThS Phạm Thị Phương Thảo** - Sự đa dạng trong áp dụng nguồn luật và nhu cầu cấy ghép luật của hệ thống pháp luật Việt Nam 11
- TS Lê Việt Sơn, ThS Nguyễn Hoàng Yến, ThS Ngô Hoàng Huy** - Mô hình tổ chức Tòa án nhân dân theo Hiến Pháp năm 2013 và định hướng đổi mới 23

LUẬT DÂN SỰ

- TS Nguyễn Hồ Bích Hằng** - Bình luận về những quy định liên quan đến dữ liệu cá nhân theo quy định của pháp luật Việt Nam 34
- ThS Đặng Thái Bình** - Quyền của người thứ ba trong hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba 48
- TS Phùng Thị Yến, Vũ Minh Hiếu, Phạm Hải Quyên, Nguyễn Kiều Như** - Bảo hộ nhãn hiệu âm thanh tại Việt Nam: Thực trạng và giải pháp hoàn thiện quy định pháp luật 61

LUẬT HÌNH SỰ

- ThS Võ Minh Kỳ, ThS Nguyễn Phương Anh** - Học thuyết vi phạm vô hại trong tư pháp hình sự Hoa Kỳ và vi phạm tố tụng không làm thay đổi bản chất vụ án tại Việt Nam 73

LUẬT QUỐC TẾ

- ThS Nguyễn Đức Anh** - Quy định tự do hóa dịch vụ phụ trợ vận tải hàng không của Hiệp định thương mại dịch vụ ASEAN: Những vấn đề đặt ra đối với Việt Nam 84
- ThS Nguyễn Đào Phương Thúy, Phan Thị Kim Ngân** - Vấn đề thực hành kinh doanh có trách nhiệm trong lĩnh vực lao động theo pháp luật Hoa Kỳ và gợi mở cho Việt Nam 95

THÔNG TIN – TRAO ĐỔI

- TS Nguyễn Thị Thiện Trí, ThS Phan Nguyễn Phương Thảo, ThS Vũ Thị Ngọc Dung** - Đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt theo quy định của Hiến pháp năm 2013 và việc triển khai thi hành 105

VIETNAMESE JOURNAL OF LEGAL SCIENCES

p-ISSN 3030-4423

Vol. 180, No. 08/2024

ADMINISTRATIVE LAW

- Dr Le Truong Son, Dr Nguyen Manh Hung, Dr Duong Hong Thi Phi Phi** - Awareness of the principle of “State power is unified with assignment, coordination and control among agencies in the exercise of legislative, executive and judicial powers” in the socialist rule of law state of Vietnam 1
- LLM Pham Thi Phuong Thao** - The diversity in applying legal sources and the need for legal integration in the Vietnamese legal system 11
- Dr Le Viet Son, LLM Nguyen Hoang Yen, LLM Ngo Hoang Huy** - The organizational model of People’s Courts according to the 2013 Constitution and directions for reform 23

CIVIL LAW

- Dr Nguyen Ho Bich Hang** - Commentary on provisions related to personal data according to Vietnamese law 34
- LLM Dang Thai Binh** - Third-party rights in contracts for the benefit of third parties 48
- Dr Phung Thi Yen, Vu Minh Hieu, Pham Hai Quyen, Nguyen Kieu Nhu** - Protection of sound trademarks in Vietnam: Current status and guidance for application 61

CRIMINAL LAW

- LLM Vo Minh Ky, LLM Nguyen Phuong Anh** - The doctrine of harmless violation in the United State’s criminal justice and non-material procedural violations in Vietnam 73

INTERNATIONAL LAW

- LLM Nguyen Duc Anh** - Regulations on liberalization of air transport ancillary services under the ASEAN Trade in Services Agreement: Implications for Vietnam 84
- LLM Nguyen Dao Phuong Thuy, Phan Thi Kim Ngan** - Issues of responsible business practice in labor law according to the United State’s law and implications for Vietnam 95

INFORMATION - DISCUSSION

- Dr Nguyen Thi Thien Tri, LLM Phan Nguyen Phuong Thao, LLM Vu Thi Ngoc Dung** - Special administrative-economic units according to the 2013 Constitution and the implementation of regulations 105

SỰ ĐA DẠNG TRONG ÁP DỤNG NGUỒN LUẬT VÀ NHU CẦU CẤY GHÉP LUẬT CỦA HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM

PHẠM THỊ PHƯƠNG THẢO

Khoa Luật Hành chính – Nhà nước, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

Faculty of Administrative Law – State, Ho Chi Minh City University of Law

Email: ptpthao@hcmulaw.edu.vn

Tóm tắt

Hiện tượng cấy ghép luật không chỉ diễn ra gần đây mà có quá trình lịch sử lâu đời. Bài viết phân tích sự hình thành và áp dụng các nguồn luật trong lịch sử pháp lý Việt Nam, từ đó đưa ra các nguyên nhân cụ thể cho nhu cầu cấy ghép luật ở Việt Nam hiện nay.

Từ khóa: cấy ghép luật, nguồn luật, án lệ, tập quán pháp, văn bản quy phạm pháp luật

Abstract

The legal transplants has occurred not only in recent times but also throughout history. The article examines the development and utilization of legal sources in Vietnam's legal history, providing specific justifications for the current necessity of legal transplants in the country.

Keywords: legal transplants, legal resources, customary law, case law, legal document

Ngày nhận bài: 12/6/2023

Ngày duyệt đăng: 23/02/2024

1. Thuật ngữ cấy ghép luật

Cấy ghép pháp luật là thuật ngữ miêu tả “hiện tượng mà trong đó một quốc gia áp dụng pháp luật hoặc các quy phạm pháp luật của nước ngoài, là sự chuyển giao pháp luật hoặc quy phạm pháp luật từ quốc gia này sang quốc gia khác”. Người được cho là đầu tiên đề xuất khái niệm về hiện tượng cấy ghép luật (*legal transplant*) là Alan Watson, một nhà nghiên cứu lịch sử pháp luật và luật học so sánh.¹ Dù thuật ngữ này được sử dụng khá phổ biến, vẫn tồn tại những quan điểm không thống nhất giữa các học giả liên quan đến cùng một hiện tượng. Các nhà nghiên cứu khác đưa ra các khái niệm mới mà theo họ là hợp lý hơn khái niệm của Alan Watson, tiêu biểu như “*legal formants*”² của Rodolfo Sacco, “*legal irritants*”³ của Gunther Teubner... Ngoài ra, một số thuật ngữ khác như “*legal transfer*”, “*legal borrowing*”, “*legal harmonization*”, “*legal adoption*” cũng song song tồn tại.

Dù thuật ngữ cấy ghép luật với nội hàm là “sự dịch chuyển của một quy phạm pháp luật hoặc một hệ thống pháp luật từ quốc gia này đến quốc gia khác, hoặc từ người này sang người khác của Alan Watson trong tác phẩm

1 Alan Watson, “Legal Transplant: An Approach to Comparative Law”, Scottish Academic Press, 1974

2 Rodolfo Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Coparative law”, *The American Journal of Comparative Law*, No. 2(39), 1991.

3 Gunther Teubner, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *Modern Law Review*, No. 1(61), 1998, tr. 11, 12.

“Legal Transplants: An Approach to Comparative Law”⁴ được thừa nhận và sử dụng phổ biến, một số học giả vẫn không đồng tình do cho rằng cách dùng từ của ông không thể hiện được chính xác bản chất của hiện tượng chuyển giao pháp luật hoặc quy phạm pháp luật từ quốc gia này sang quốc gia khác. Tiêu biểu, học giả Prakask Shah vốn tập trung nghiên cứu bản chất văn hóa của hiện tượng này cho rằng khái niệm cấy ghép luật của Alan Watson là quá giới hạn,⁵ nên không thể hiện được giá trị văn hóa của quốc gia tiếp nhận pháp luật nước ngoài.⁶ Nhìn chung, mỗi học giả pháp lý, trên cơ sở quan điểm cá nhân hoặc mối quan tâm nghiên cứu chuyên biệt, tự lựa chọn thuật ngữ để gọi tên hiện tượng này. Điều này khiến trên thực tế tồn tại rất nhiều thuật ngữ được sử dụng để giải thích cho cùng một hiện tượng.⁷ Tuy nhiên, mỗi thuật ngữ chỉ thể hiện một khía cạnh, một góc độ của hiện tượng cấy ghép luật.

Trong phạm vi của bài viết này, tác giả lựa chọn sử dụng thuật ngữ “*legal transplant*” và chuyển ngữ sang tiếng Việt là “cấy ghép luật” để sử dụng thống nhất trong toàn bài. Lý do là vì thuật ngữ này được biết đến nhiều nhất trong giới học giả pháp lý, miêu tả sự chuyển giao pháp luật hoặc quy phạm pháp luật từ quốc gia này sang quốc gia khác.

2. Sự đa dạng trong việc áp dụng nguồn luật trong lịch sử pháp luật của Việt Nam

Lịch sử pháp luật của Việt Nam có thể được phân chia thành các giai đoạn như thời kỳ Văn Lang – Âu Lạc (khoảng từ thế kỷ VII đến thế kỷ II trước Công Nguyên), thời kỳ Bắc thuộc (khoảng từ năm 179 trước Công Nguyên – năm 938 sau Công Nguyên), thời kỳ phong kiến (năm 939 – năm 1945), thời kỳ Pháp thuộc (năm 1858 – năm 1945), thời kỳ chiến tranh chống Pháp, Mỹ, Nhật (năm 1945 – năm 1975) và cuối cùng là thời kỳ độc lập và thống nhất đất nước (từ năm 1975). Có thể nói rằng pháp luật của Việt Nam được hình thành từ nhiều nguồn và đa dạng về hình thức. Điều này có thể được giải thích bởi sự ảnh hưởng của các quốc gia đô hộ, sự đa dạng dân tộc và tôn giáo của Việt Nam.

2.1. Sự hình thành và phát triển của tập quán trong hệ thống pháp luật Việt Nam

Nhìn từ góc độ lịch sử pháp lý, tập quán ở Việt Nam xuất hiện trước và tồn tại ngay sau khi hình thành nhà nước. Dù những tư liệu pháp lý thời nhà nước Văn Lang – Âu Lạc không cung cấp thông tin cụ thể, chúng đều

4 Alan Watson, *Legal Transplants*, Scottish Academic Press, 1974, tr. 21.

5 Prakask Shah, “Globalization and the Challenge of Asian Legal Transplants in Europe”, *Singapore Journal of Legal Studies*, No. 4, 2005, tr. 348.

6 Phan Nhật Thanh và tập thể tác giả, *Tập quán pháp, tiền lệ pháp và việc đa dạng hóa hình thức pháp luật ở Việt Nam* (Sách chuyên khảo), Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2017, tr. 33.

7 Esin Özücü, “Law as Transposition”, *International and Comparative Law Quarterly*, No. 51, 2002, tr. 204.

ghi nhận tập quán là nguồn quan trọng trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội, đặc biệt là quan hệ hôn nhân gia đình và sở hữu đất đai.⁸ Việc áp dụng tập quán như một nguồn luật chủ yếu của người Việt còn kéo dài cả thời kỳ Bắc thuộc cho dù Trung Quốc đã cố gắng sử dụng pháp luật của họ để cai trị và đô hộ.

Từ năm 939 đến 1009 là thời kỳ kéo dài với ba triều đại Ngô, Đinh, Tiền Lê. Bối cảnh chiến tranh liên miên đã ảnh hưởng lớn đến việc xây dựng pháp luật. Vì vậy, luật tập quán lại tiếp tục phát huy vai trò của mình và tồn tại song song cùng với các văn bản do triều đình ban hành.⁹ Các triều đại Lý, Trần, Hồ (1010 – 1470) đã có những ghi nhận về sự phát triển vượt bậc của hệ thống văn bản quy phạm, có thể kể đến như bộ Hình thư của nhà Lý năm 1402, Quốc triều thông chế và Quốc triều thường lễ của nhà Trần năm 1230, Đại Ngu quan chế hình luật của nhà Hồ năm 1401.

Tuy các văn bản quy phạm pháp luật đã được ban hành và áp dụng trong đời sống, các tập quán về truyền ngôi, sở hữu ruộng đất, canh tác... vẫn đóng vai trò quan trọng trong việc điều chỉnh quan hệ xã hội.¹⁰ Cụ thể, tập quán được “luật hóa” có thể thấy trong hệ thống pháp luật triều Lê tại Quốc triều hình luật (Luật Hồng Đức), Hồng Đức thiện chính thư, Quốc triều khám tụng điều lệ. Các tập quán về thế tập, truyền ngôi¹¹ và quy định trong Luật Hồng Đức “còn giữ lại nhiều đáng về của luật tục Việt Nam”¹².

Từ giai đoạn 1945 đến 1975, đất nước chia cắt hai miền Nam, Bắc. Trường phái pháp luật ở miền Bắc cơ bản là pháp luật xã hội chủ nghĩa, chủ yếu là theo hệ thống pháp luật Xô-viết, trong đó văn bản quy phạm pháp luật là nguồn luật chủ yếu. Tập quán không được công nhận và áp dụng.¹³ Tuy nhiên, miền Nam dưới chính quyền Việt Nam Cộng hòa vẫn thừa nhận tập quán. Ngày 22/7/1965, chính quyền Việt Nam Cộng hòa đã ban hành Sắc luật số 006/65 để tái thiết lập tòa án phong tục, theo đó thành phần tòa án phong tục “gồm có Chủ tịch Ủy ban hành chính (xã trưởng) làm chánh án và hai phụ thẩm người Thượng do dân cử”.¹⁴

Sau khi đất nước hoàn toàn thống nhất, tập quán dần khẳng định lại vị trí của mình, đặc biệt là từ Hiến pháp năm 1992. Cụ thể, trên tinh thần hiến định, các dân tộc có quyền “dùng tiếng nói, chữ viết, giữ gìn bản sắc dân

8 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Lịch sử nhà nước và pháp luật Việt Nam*, Nxb Hồng Đức, 2013, tr. 27.

9 *Như trên*, tr. 81.

10 *Như trên*, tr. 113.

11 *Như trên*, tr. 221.

12 Insun Yu, *Law and Society in Seventeenth and Eighteenth Century Vietnam*, Asiatic Research Centre, Korea University, 1990, tr. 19.

13 Phan Đại Doãn và Bùi Xuân Đình, *Luật tục và sự phát triển của nông thôn hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, 2000, tr. 124

14 Sắc luật số 006/65 ngày 22-7-1965 Tổ chức lại các tòa án phong tục Thượng tại cao nguyên Trung phần.

tộc và phát huy những phong tục, tập quán, truyền thống và văn hóa tốt đẹp của mình” (Điều 5, Hiến pháp năm 1992; Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014;¹⁵ Bộ luật Dân sự năm 2005, Bộ luật Dân sự năm 2015.¹⁶

Vì vậy, có thể thấy xuyên suốt lịch sử pháp lý Việt Nam từ thời sơ khai cho đến thời kỳ hiện đại, tuy tính chất pháp lý của tập quán có khác nhau qua các giai đoạn lịch sử do tình hình chính trị, xã hội, Nhà nước luôn nhìn nhận vai trò và tầm quan trọng của tập quán trong việc bổ trợ cho văn bản quy phạm pháp luật nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội.

2.2. Sự hình thành và phát triển của hệ thống văn bản quy phạm pháp luật

Đánh giá về nguồn luật trong thời kỳ Bắc thuộc (179 TCN – 938), khó xác định rõ ràng những hình thức pháp luật đã được áp dụng trong giai đoạn này. Dù vậy, có thể khẳng định sự tồn tại của hai nguồn luật chủ yếu đó là pháp luật của chính quyền đô hộ Trung Quốc và luật tục của dân tộc Việt. Các triều đại tiếp nối sau thời kỳ Bắc thuộc là Lý, Trần, Hồ (khoảng từ 1010 – 1407) đã có sự ghi nhận sự tồn tại của các văn bản pháp luật. Hình thư đời Lý (1042) dù đã thất truyền nhưng được xem là bộ luật thành văn đầu tiên của Việt Nam thời kỳ phong kiến. Nhiều văn bản quy phạm pháp luật cũng liên tiếp ra đời sau thời kỳ nhà Lý, có thể kể đến như Quốc triều thông chế (năm 1230), Quốc triều thường lễ (năm 1230), Công văn cách thức (năm 1298) và Hình thư (1341) do Nguyễn Trung Ngạn và Trương Hán Siêu biên soạn theo lệnh của vua Trần Dụ Tông.

Tuy nhiên, đỉnh cao của pháp luật phong kiến Việt Nam chính là Quốc triều hình luật thời Lê năm 1483 (Bộ luật Hồng Đức). Nhiều học giả cho rằng đây là bộ luật có nội dung điều chỉnh các quan hệ xã hội phong phú, toàn diện và trình độ kỹ thuật lập pháp cao. Bộ luật gồm 6 quyển và 722 điều, bao gồm các chương Danh lệ, Cấm vệ, Vi chế, Quân chính, Hộ hôn, Điền sản, Thông gian, Đạo tặc, Đấu tụng, Trá ngục, Tạt luật, Bộ vong và Đoàn ngục. Quốc triều hình luật có sự kế thừa quá trình lập pháp của các triều đại trước và pháp luật nước ngoài (Trung Quốc) cũng như những lễ nghi và tư tưởng Nho giáo.¹⁷

Sự cấy ghép luật thể hiện qua hình luật này là trong tổng số 722 điều, có đến 261 điều giống một phần hoặc toàn bộ Luật nhà Đường, 53 điều từ Luật nhà Minh, 47 điều hoàn toàn là kết quả lập pháp của nhà Lê.¹⁸ Sở dĩ có

15 Điều 6 của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 quy định về việc áp dụng phong tục, tập quán về hôn nhân và gia đình.

16 Bộ luật Dân sự năm 2005 là văn bản pháp lý ghi nhận nổi bật nhất trong vấn đề công nhận tập quán ở Việt Nam.

17 Lê Thị Khánh Ly, “Quốc triều Hình luật” đỉnh cao của thành tựu luật pháp Việt Nam thời phong kiến”, *Thông báo Nghiên cứu văn hóa*, Trường Đại học Văn hóa, số 01, 2010.

18 Insun Yu, *Law and Society in Seventeenth and Eighteenth Century Vietnam*, Korea: Asiatic Research Centre, Korea University, 1990, tr. 72.

điều này vì Việt Nam (và các nước châu Á nói chung) có ảnh hưởng mạnh mẽ từ những tư tưởng triết lý truyền thống Trung Quốc như đức trị (Khổng Tử) và pháp trị (Hàn Phi Tử).¹⁹ Đặc biệt là những quy định về tam cương, ngũ thường và những lễ nghi Khổng giáo như Điều 2 Quốc triều hình luật quy định về tội bất hiếu (mắng chửi ông bà, cha mẹ), bất mục (tố cáo chồng và người thân), bất nghĩa (chồng chết mà lo vui chơi...). Bộ luật có sự kết hợp giữa pháp trị với đức trị trong đạo trị quốc, an dân đã thể chế hóa lễ để cai trị, giáo hóa dân chúng và trừng phạt nặng những hành vi xâm phạm lễ nghi.²⁰ Ngoài ra, Bộ luật cũng thể hiện mối quan hệ giữa pháp luật với các phong tục tập quán địa phương.²¹

Năm 1858, Pháp xâm lược Việt Nam. Đến năm 1884, nhà Nguyễn thừa nhận sự bảo hộ của Pháp, Việt Nam bị chia làm 3 miền (Bắc kỳ, Trung kỳ, Nam kỳ). Trong giai đoạn này, có sự du nhập của luật Pháp vào Việt Nam, tạo nên một bức tranh về nguồn luật hết sức đa dạng và phong phú. Luật của Pháp đã được áp dụng chủ yếu ở Bắc kỳ và ba thành phố lớn là Hà Nội, Hải Phòng và Đà Nẵng. Những khu vực khác thì áp dụng luật của triều Nguyễn hoặc luật tập quán.²²

Năm 1945, sau khi khởi nghĩa giành chính quyền, nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa được khai sinh. Tuy nhiên, sau Hiệp định Genève năm 1954, đất nước bị chia cắt hai miền. Miền Bắc độc lập nhưng miền Nam đang là cuộc chiến tranh chống Pháp và Mỹ cho đến năm 1975. Lịch sử pháp lý thời kỳ này phát triển chậm vì lý do chiến tranh. Miền Bắc chỉ có một hình thức pháp luật cơ bản là văn bản quy phạm pháp luật. Trong khi ở miền Nam (thời kỳ Việt Nam Cộng hòa) hình thức pháp luật đa dạng hơn, bao gồm văn bản quy phạm pháp luật, luật tập quán và cả án lệ vì có sự đan xen giữa hệ thống thông luật (Anh, Mỹ) và hệ thống dân luật (Pháp, Đức).

Có thể nói, hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay cơ bản dựa trên nền tảng hệ thống pháp luật của các nước xã hội chủ nghĩa (đặc biệt là Xô-viết), và có sự thừa hưởng những yếu tố của hệ thống dân luật.²³ Văn bản quy phạm pháp luật và nguồn luật chủ yếu được sử dụng trong việc điều chỉnh

19 Nguyễn Thị Kim Bình, “Tư tưởng trị nước của pháp gia và vai trò của nó trong lịch sử”, *Tạp chí Khoa học và công nghệ Đại học Đà Nẵng*, số 3(26), 2008, tr. 134-139.

20 Vũ Thị Nga, “Tư tưởng Đức trị và Pháp trị trong Quốc triều hình luật”, trong Lê Thị Sơn (chủ biên), *Quốc triều hình luật: Lịch sử hình thành, nội dung và giá trị*, Nxb. Khoa học xã hội, 2004, tr. 96.

21 Lưu Văn An, *Thể chế chính trị Việt Nam trước Cách mạng tháng Tám – Dưới góc nhìn hiện đại*, Nxb. Chính trị quốc gia, 2008, tr. 122.

22 Đào Trí Úc, “Khái quát về lịch sử pháp luật Việt Nam”, trong Đào Trí Úc (chủ biên), *Những vấn đề lý luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*, 1995, tr. 380.

23 Đào Trí Úc, “Basic Information of Legal Research - A Case Study of Vietnam”, *Project of Doing Legal Research in Asian Countries: China, India, Malaysia, Philippines, Thailand and Vietnam*, Conducted by the Institute of Developing Economies (IDE-JETRO), Japan, 2003, tr. 206; Nguyễn Thị Phương Hoa, *Legislative Implementation by Vietnam of Its Obligations under the United Nations Drug Control Conventions*, PhD Thesis, University of Wollongong, 2008, tr. 36.

các quan hệ xã hội. Các hình thức pháp luật khác như tập quán pháp hay tiền lệ pháp khá mờ nhạt.

Khái niệm văn bản quy phạm pháp luật được đề cập lần đầu tiên trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 1996. Sau đó, khái niệm này dần được hoàn thiện qua các luật như Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật 2020 (có hiệu lực kể từ ngày 01/01/2021).

2.3. Sự hình thành và phát triển của án lệ trong hệ thống pháp luật Việt Nam

Một số quan điểm cho rằng thời phong kiến Việt Nam, cụ thể là những quy định trong Luật Hồng Đức và Luật Gia Long đã có sự xuất hiện và tồn tại của án lệ. Chẳng hạn, Điều 396 Luật Hồng Đức quy định: “Người ông là Phạm Giáp sinh con trai trưởng là Phạm Ất, thứ là Phạm Bính. Ông tổ Phạm Giáp có ruộng đất hương hỏa 2 mẫu đã giao cho con trưởng là Phạm Ất giữ. Phạm Ất đã đem 2 mẫu ấy nhập vào với ruộng đất của mình mà chia cho các con, chỉ còn 5 sào để cho con trai Phạm Ất giữ làm hương hỏa. Con trai Phạm Ất lại sinh toàn con gái, mà con thứ là Phạm Bính đã có con trai lại có cháu trai, thì số 5 sào hương hỏa hiện tại phải giao lại cho con trai hay cháu trai Phạm Bính coi giữ. Nhưng không được đòi lấy cho đủ 2 mẫu hương hỏa của tổ trước mà sinh ra tranh giành”. Việc “mã hóa” tên gọi Ất, Bính, Giáp... vừa bảo vệ quyền nhân thân vừa như một cách gọi chung cho các vụ việc có tình tiết tương tự. Hoàng Việt luật lệ cũng có quy định như: “Các lệ nguyên là những bản án đã xử trong thực tế và được xét là quan trọng nên được thêm vào trong bộ luật”.²⁴

Đến thời Pháp thuộc và sau này thời Việt Nam Cộng hòa, án lệ đã tương đối định hình rõ nét. Án lệ “Bản án đã tuyên hoặc một sự giải thích, áp dụng pháp luật được coi như một tiền lệ làm cơ sở để các thẩm phán sau đó có thể áp dụng trong các trường hợp tương tự”,²⁵ hay theo Tập san Tư pháp (nay là Tạp chí Tòa án nhân dân) số 03 năm 1964 (Mục thuật ngữ luật học): “Án lệ là một danh từ cũ đã được dùng từ thời Pháp thuộc. Án lệ là những quy tắc do các tòa án trong khi vận dụng pháp luật để xét xử các vụ án cụ thể đã hình thành dần dần bằng cách hiểu và có thái độ giải quyết giống nhau một số điểm pháp lý, áp dụng luật một cách giống nhau trong nhiều vụ án”.²⁶ Vào thời Pháp thuộc, đã có các tạp chí tuyển chọn và công bố án lệ như Đông Dương tư pháp tập san (*Journal judiciaire de l'Indochine*), Tạp chí Đông Dương pháp luật kinh tế (*Revue Indochinoise juridique et économique*), Án

24 Vũ Văn Mẫu, *Dân luật khái luận*, Bộ Quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1957, tr. 239.

25 Viện khoa học pháp lý Bộ Tư pháp, *Từ điển Luật học*, Nxb. Tư pháp và Nxb. Từ điển Bách khoa, Hà Nội, 2006, tr. 13.

26 Nguyễn Văn Cường, “Triển khai phát triển án lệ của Tòa án nhân dân tối cao”, *Kỳ yếu Hội thảo án lệ trong hệ thống Thông luật và châu Âu lục địa: Hiến kế cho việc xây dựng và áp dụng án lệ tại Việt Nam*, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, ngày 25/4/2014, tr. 14.

lệ vụng tạp của Thẩm phán Trần Đại Khâm (1969), Nhà sách Khai Trí xuất bản tại Sài Gòn...²⁷

Trong hệ thống pháp lý nước ta, từ sau năm 1945 Nhà nước ta đã từng sử dụng thuật ngữ án lệ. Có thể kể như Thông tư của Thủ tướng Chính phủ số 442/TTG, ngày 19-1-1955 về việc trừng trị một số tội phạm,²⁸ hoặc Thông tư số 19-VHH ngày 30-6-1955 của Bộ Tư pháp về việc áp dụng luật lệ như sau: “Nếu chỉ có luật hình cũ, chưa có sắc lệnh mới, mà xét cần trừng phạt thì cũng không viện dẫn luật hình cũ, Tòa án sẽ căn cứ vào đường lối truy tố xét xử, vào các yêu cầu chung và cụ thể đối với từng sự việc, vào án lệ”.

Án lệ sau này được đề cập chính thức trong Nghị quyết số 49-NQ/TW: “Tòa án nhân dân tối cao có nhiệm vụ tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn áp dụng pháp luật, phát triển án lệ và xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm”, Quyết định số 74/QĐ-TANDTC của Tòa án nhân dân tối cao ngày 31/10/2012 về việc phê duyệt đề án phát triển án lệ của Tòa án nhân dân tối cao, Luật Tổ chức Tòa án năm 2014, Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP ngày 28 tháng 10 năm 2015 về Quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ (hiệu lực thi hành 16/12/2015, Nghị quyết 04/2019/NQ-HĐTP về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ do Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành. Trên các cơ sở pháp lý này, tổng số án lệ có hiệu lực hiện nay là 52.²⁹

Có thể thấy xuyên suốt chiều dài lịch sử pháp lý Việt Nam, các hình thức pháp luật cơ bản đã được áp dụng. Các hình thức pháp luật này một mặt xuất phát từ trong lòng xã hội Việt Nam; mặt khác, nó cũng xuất phát từ sự cấy ghép luật do có sự giao thoa văn hóa. Ngoài các hình thức pháp luật, các quan điểm giáo lý truyền thống (như Phật giáo, Khổng giáo) cũng đóng một vai trò khá quan trọng trong hệ thống pháp luật Việt Nam.³⁰

3. Nhu cầu cấy ghép luật của hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay

Nhu cầu đa dạng hóa nguồn luật hay nhu cầu có sự cấy ghép của các hình thức pháp luật vào trong hệ thống pháp luật Việt Nam xuất phát từ các lý do thực tiễn, có thể kể đến như sau:

3.1. Sự bất cập, chưa đồng bộ trong hệ thống văn bản

Như đã đề cập, Việt Nam hiện nay chủ yếu sử dụng văn bản quy phạm pháp luật. Tuy nhiên, có thể thấy hình thức của luật quy định bao gồm

27 Trương Thị Hòa, “Có thể tham khảo một số kỹ thuật án lệ đã từng áp dụng ở nước ta từ lâu đời”, *Kỷ yếu Hội thảo án lệ trong hệ thống Thông luật và châu Âu lục địa: Hiến kế cho việc xây dựng và áp dụng án lệ tại Việt Nam*, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, ngày 25/4/2014.

28 Trong Thông tư có phần nội dung như sau: “... Tới nay, các Tòa án căn cứ vào những văn bản nói trên và chính sách trừng trị của Chính phủ mà xét xử đem lại kết quả tốt cho việc bảo vệ trật tự, an ninh. Kinh nghiệm xét xử về một số loại phạm pháp đã được trở thành án lệ”.

29 Tòa án nhân dân tối cao, *Trang tin điện tử về án lệ*, <https://anle.toaan.gov.vn/webcenter/portal/anle/home>, truy cập ngày 27/04/2022.

30 Đào Trí Úc, *lđđ* (22), tr. 200.

nhiều loại văn bản quy phạm với các chủ thể ban hành khác nhau. Nhiều trường hợp văn bản quy phạm pháp luật còn mơ hồ hoặc có nhiều cách hiểu khác nhau. Điều này xuất phát từ vấn đề ngôn ngữ trong văn bản pháp luật, sự cô đọng, súc tích trong văn bản pháp luật, quan điểm của nhà lập pháp, quan điểm của chủ thể áp dụng pháp luật hoặc quan điểm của người nghiên cứu.

Như vậy, có thể thấy hệ thống pháp luật chưa thực sự thích ứng nhanh với điều kiện và hoàn cảnh xã hội. Pháp luật (mà cụ thể là các văn bản quy phạm) luôn ở trạng thái “tĩnh” trong khi các quan hệ xã hội ở trạng thái “động”. Với một khoảng trống pháp lý như hiện nay thì việc tìm ra các giải pháp thích hợp để lấp đi khe hở của pháp luật là điều hết sức cần thiết. Các giải pháp đó có thể là thông qua hình thức cấy ghép luật để điều chỉnh một cách kịp thời các quan hệ xã hội cần thiết. Tất nhiên, cơ chế cấy ghép như thế nào cũng cần được quy định cụ thể.

Bên cạnh việc ban hành văn bản chậm và nhiều lúc chưa thích ứng với sự thay đổi của xã hội, một bất cập khác của hệ thống văn bản quy phạm pháp luật Việt Nam là sự chòng chéo, mâu thuẫn giữa các văn bản do có quá nhiều chủ thể ban hành. Thậm chí, mâu thuẫn còn phát sinh giữa các quy định trong cùng một văn bản. Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật hiện hành đã có quy định về cách xử lý việc mâu thuẫn, chòng chéo trong hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật. Tuy nhiên, dù có xử lý tốt sự mâu thuẫn và tạo được một hệ thống văn bản pháp luật đồng nhất cả hình thức lẫn nội dung pháp lý, khoảng trống trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội vẫn tồn tại. Do đó, một trong các giải pháp cải cách hệ thống pháp luật bằng cấy ghép luật là phương án tốt để hoàn thiện hệ thống pháp luật.

3.2. Sự cần thiết bổ sung những nguồn hỗ trợ cho công tác xét xử

Tòa án đóng vai trò quan trọng hàng đầu trong việc xác định hành vi nào là hợp pháp hay không hợp pháp. Và cũng chỉ có duy nhất Tòa án mới có quyền tuyên bố một người có tội hay không có tội. Tuy nhiên, một điều hiển nhiên là không phải lúc nào Tòa án cũng có đầy đủ cơ sở hay căn cứ pháp lý để ra phán quyết hay quyết định cho một vụ việc, nhất là trong lĩnh vực dân sự và thương mại. Điều này bởi lẽ có quá nhiều quan hệ xã hội xuất hiện mà nhà làm luật chưa dự liệu được, hoặc cách hiểu trong các quy định pháp luật có khác nhau giữa những người áp dụng pháp luật, người bị áp dụng pháp luật, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho đương sự...

Sự kết hợp giữa hình thức văn bản (theo đặc trưng của hệ thống pháp lý dân luật và hệ thống pháp lý xã hội chủ nghĩa) và tiền lệ pháp (đặc trưng của hệ thống pháp lý các nước theo thông luật) góp phần tạo nên một “hệ

thống pháp lý mở”. Có thể thấy, tiền lệ là việc làm luật của Tòa án trong việc công nhận và vận dụng các nguyên tắc mới trong quá trình xét xử. Các nguyên tắc mới này sẽ làm cơ sở để chính Tòa án đó hoặc Tòa án cấp dưới trong cùng hệ thống ra phán quyết cho những trường hợp có tình tiết tương tự sau này. Nhiều học giả gọi tiền lệ là “án lệ” (*case law*) vì cho rằng nó xuất phát từ các vụ việc thực tiễn (*case*) và thẩm phán trong quá trình các vụ việc đó đã làm luật (*judge-made law*).³¹ Án lệ tạo sự đa dạng các nguồn của pháp luật,³² giúp giải quyết các vấn đề mà pháp luật chưa quy định hoặc quy định không rõ ràng hay có nhiều cách hiểu khác nhau.

3.3. Nhu cầu điều chỉnh các mối quan hệ trong cộng đồng có nhiều dân tộc

Có thể thấy rằng các mối quan hệ làng xã vẫn đóng vai trò hết sức quan trọng trong xã hội Việt Nam. Sự đan xen giữa pháp luật nhà nước và tập quán các dân tộc trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội là một điều hiển nhiên. Mặc dù các văn bản quy phạm pháp luật vẫn là nguồn có giá trị pháp lý cao nhất áp dụng cho mọi quan hệ, mọi hành vi mang tính pháp lý nhưng trong các cộng đồng, tập quán vẫn có những giá trị nhất định. Tập quán ngoài việc được ghi nhận như là bản sắc riêng của đồng bào dân tộc, còn liên quan đến quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của các thành viên của cộng đồng, liên quan đến việc sử dụng và tiếp cận các nguồn tài nguyên thiên nhiên, các quyền và nghĩa vụ liên quan đến đất đai, thừa kế và tài sản... Do đó, việc hòa hợp giữa các văn bản quy phạm và tập quán, trong chừng mực nhất định, sẽ có những mặt tích cực trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội và phát triển đất nước bền vững.

Tuy nhiên, hầu hết việc sửa đổi hay cải cách pháp luật chỉ tập trung vào việc sửa đổi hay cải cách pháp luật thực định (hệ thống văn bản quy phạm). Việc thừa nhận hay “cấy ghép” tập quán vào hệ thống văn bản còn hạn chế. Điều này là do các nhà làm luật phải đối mặt với một số vấn đề khi công nhận tập quán,³³ cụ thể là sự xung đột xuất phát từ ngay bản chất hay đặc tính của văn bản quy phạm pháp luật và tập quán, vì vậy trong nhiều trường hợp hai hệ thống quy phạm này có thể mâu thuẫn nhau.

Những bất cập khác trong việc cấy ghép tập quán trong các văn bản quy phạm pháp luật có thể là bất cập về phạm vi và đối tượng áp dụng của hai hệ thống quy phạm, bất cập về thủ tục tố tụng.³⁴ Tuy nhiên, cho dù tập quán có được chính thức công nhận hay không, nó vẫn là nguồn cung cấp

31 Châu Hoàng Thân, *Án lệ và việc áp dụng án lệ tại Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ Luật học, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, 2015, tr. 40 – 44.

32 Nguyễn Thị Hồi, “Các loại nguồn của pháp luật Việt Nam hiện nay”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 12, 2008, tr. 11–16.

33 Deirdre Evans-Pritchard and Alison Dundes Renteln, “The Interpretation and Distortion of Culture: A Hmong “Marriage by Capture” Case in Presno, California”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, No. 1(4), 1994, tr. 2.

34 Phan Nhật Thanh, *Luật tập quán và quyền con người*, Nxb. Hồng Đức, 2013, tr. 59–66.

các quy tắc ứng xử trong cuộc sống và tương tác của mọi người, đặc biệt là ở các vùng nông thôn và trong cộng đồng đồng bào dân tộc.

3.4. Quan hệ quốc tế và quá trình toàn cầu hóa

Toàn cầu hóa đã làm cho các hệ thống pháp luật trên thế giới ảnh hưởng nhau. Nếu nhìn từ các hệ thống pháp luật cơ bản, chúng ta có thể kể hệ thống thông luật (*common law*), hệ thống dân luật (*civil law*), hệ thống pháp luật tôn giáo (*Hindu law*, *Islamic law* và *Jewish law*), hệ thống pháp luật xã hội chủ nghĩa và hệ thống pháp luật Trung Quốc.³⁵ Việc phân định các hệ thống này thường dựa vào nguồn luật mà chúng sử dụng. Ví dụ, đặc trưng của thông luật là án lệ, đặc trưng của dân luật là văn bản quy phạm pháp luật, hệ thống pháp luật tôn giáo hình thành từ các quy phạm tôn giáo, hệ thống pháp luật xã hội chủ nghĩa chủ yếu sử dụng văn bản nhưng có thêm đặc tính về sở hữu toàn dân về đất đai, hệ thống pháp luật Trung Quốc có hàm chứa những quy định của lễ giáo truyền thống và các tư tưởng chính trị pháp lý (như Khổng giáo, thuyết Vô vi, Pháp trị...).

Tuy nhiên, ngày nay chúng ta có thể thấy khoảng cách giữa các hệ thống pháp luật ngày càng được thu hẹp. Các nước như Anh, Mỹ, Canada (các nước theo hệ thống thông luật) sử dụng nhiều văn bản quy phạm.³⁶ Các nước Pháp, Đức (các nước theo hệ thống dân luật) cũng sử dụng án lệ. Các nước như Indonesia khi xây dựng pháp luật thì dựa vào luật đạo Hồi nhưng chuyển hóa qua pháp luật nhà nước. Có thể thấy toàn cầu hóa đã đưa văn hóa và pháp luật giữa các quốc gia gần nhau hơn và có ảnh hưởng nhau ở chừng mực nhất định.³⁷

Toàn cầu hóa còn góp phần hình thành thị trường chung và sự chấp nhận rộng rãi các giá trị phổ quát tạo nền tảng vững chắc cho sự hội tụ và hài hòa pháp lý. Các tổ chức như Ngân hàng Thế giới, Ngân hàng Phát triển châu Á ... thường yêu cầu cải cách hệ thống pháp luật và xây dựng nhà nước pháp quyền như những điều kiện tiên quyết để cung cấp vốn và các hỗ trợ khác. Chính điều này đã thúc đẩy hơn nữa việc cấy ghép hợp pháp từ các nước phát triển sang các nước đang phát triển.³⁸ Như vậy, quỹ đạo chung của việc cấy ghép hợp pháp là từ các chế độ pháp lý quốc tế và phát triển sang các nước đang phát triển. Xét từ khía cạnh lịch sử và thực tiễn, cấy ghép pháp luật là một hình thức phát triển phổ biến của

35 Jeremy Day, Amy Krois-Lindner, Matt Firth, *Introduction to International Legal English*, Cambridge University Press, 2008, tr. 150.

36 Sébastien Lafrance, Shruti Bedi and Hannah De Gregorio Leão, "Constitutional Theories of Emergency Powers and their Limits: Perspectives from Vietnam, India and Canada", *Vietnamese Journal of Legal Sciences*, No. 1(4), 2021, tr. 1-33, <https://doi.org/10.2478/vjls-2021-0006>.

37 Irma Johanna Mosquera Valderrama, "Legal Transplants and Comparative Law, International law", *International Law Journal*, 2004, tr. 264.

38 Hengguang Wang, *Legal Transplantation and Legal Development in Transitional China*, World Bank Legal Review, tr. 165.

quy phạm pháp luật với xu hướng mang tính đương nhiên của sự hòa hợp và toàn cầu hóa.

4. Một số kiến nghị nhằm đa dạng hóa các nguồn luật của Việt Nam hiện nay

Pháp luật Việt Nam hiện nay đã ghi nhận chính thức sự tồn tại của các nguồn luật tập quán pháp và án lệ bên cạnh văn bản quy phạm pháp luật. Tuy nhiên, trên thực tế quá trình vận dụng tập quán pháp và án lệ trong hoạt động áp dụng pháp luật của tòa án vẫn còn nhiều vấn đề cần làm rõ cả về mặt lý luận và thực tiễn như tính hệ thống của tập quán pháp hay hoạt động giải thích pháp luật tòa án. Do đó, tác giả đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện tính đa dạng trong vận dụng các nguồn luật ở Việt Nam như sau:

Một là, tập hợp hóa tập quán để tạo điều kiện cho cơ quan có thẩm quyền áp dụng nguồn tập quán pháp: Việc áp dụng các tập quán để giải quyết tranh chấp trong các lĩnh vực hiện nay mang tính tùy nghi và không thống nhất trong việc áp dụng pháp luật. Do đó, việc ban hành danh mục một số tập quán tốt đẹp cần phát huy, cũng như những tập quán lạc hậu cần xóa bỏ là rất cần thiết nhằm mục đích hạn chế sự tùy nghi trong việc áp dụng hình thức tập quán pháp.³⁹

Hai là, xây dựng cơ chế đảm bảo cho tập quán pháp được thực hiện trên thực tế:⁴⁰ Trong trường hợp muốn áp dụng tập quán để giải quyết tranh chấp, thì nên chăng quy định tiêu chuẩn đối với Hội thẩm nhân dân phải là người có uy tín, kinh nghiệm và đồng thời là người nắm rõ tinh thần và nội dung, cũng như thời gian và phạm vi áp dụng tập quán đó ở địa phương. Có như vậy, khi tập quán được áp dụng để giải quyết tranh chấp, thì phán quyết của Tòa án sẽ có giá trị áp dụng và được đảm bảo thực hiện sau khi bản án có hiệu lực.

Ba là, thừa nhận vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán. Trên thực tế, hoạt động áp dụng pháp luật của thẩm phán đã hàm chứa hoạt động giải thích pháp luật bởi pháp luật là yếu tố “tĩnh”, quan hệ xã hội cần áp dụng pháp luật luôn là yếu tố “động”. Do đó, thừa nhận vai trò giải thích pháp luật sẽ thúc đẩy sự “sáng tạo pháp luật” của thẩm phán trong trường hợp văn bản quy phạm pháp luật có những độ vênh nhất định đối với quan hệ xã hội. ●

Tài liệu tham khảo

- [1] Lưu Văn An, *Thế chế chính trị Việt Nam trước Cách mạng tháng Tám – Dưới góc nhìn hiện đại*, Nxb. Chính trị quốc gia, 2008 [trans: Luu Van An, *Viet Nam 's political regime before the August revolution-From a modern vision*, National Political Publishing House, 2008]

39 Phan Nhật Thanh và tập thể tác giả, *tlđđ*, tr. 190.

40 Phan Nhật Thanh và tập thể tác giả, *tlđđ*, tr. 191.

- [2] Nguyễn Thị Kim Bình, “Tư tưởng trị nước của pháp gia và vai trò của nó trong lịch sử”, *Tạp chí Khoa học và công nghệ Đại học Đà Nẵng*, số 3(26), 2008 [trans: Nguyễn Thị Kim Bình, “Legalist’s ideology of water governance and its role in history”, *Journal of Science and Technology, University of Danang*, No. 3(26), 2008]
- [3] Jeremy Day, Amy Krois-Lindner, Matt Firth, *Introduction to International Legal English*, Cambridge University Press 2008
- [4] Phan Đại Doãn và Bùi Xuân Đình, *Luật tục và sự phát triển của nông thôn hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, 2000 [trans: Phan Dai Doan and Bui Xuan Dinh, *Customary law and modern rural development*, National Political Publishing House, 2000]
- [5] Nguyễn Thị Hối, “Các loại nguồn của pháp luật Việt Nam hiện nay”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 12, 2008 [trans: Nguyen Thi Hoi, “Types of sources of current Vietnamese law”, *Journal of Legislative Studies*, No. 12, 2008]
- [6] Sébastien Lafrance, Shruti Bedi and Hannah De Gregorio Leão, “Constitutional Theories of Emergency Powers and their Limits: Perspectives from Vietnam, India and Canada”, *Vietnamese Journal of Legal Sciences*, No. 1(4), 2021, <https://doi.org/10.2478/vjls-2021-0006>
- [7] Vũ Văn Mẫu, *Dân luật khai luận*, Bộ Quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1957 [trans: Vu Van Mau, *Summary of Civil Law*, published by the Ministry of National Education, Saigon, 1957]
- [8] Vũ Thị Nga, “Tư tưởng Đức trị và Pháp trị trong Quốc triều hình luật”, trong Lê Thị Sơn (chủ biên), *Quốc triều hình luật: Lịch sử hình thành, nội dung và giá trị*, Nxb. Khoa học xã hội, 2004 [trans: Vu Thi Nga, “Ideology of Virtue and Rule of Law in the Criminal Law of the National Court”, Le Thi Son (editor), *National Court of Penal Law: History, content and value*, Social Sciences Publishing House, 2004]
- [9] Esin Özücü, “Law as Transposition”, *International and Comparative Law Quarterly*, No. 51, 2002
- [10] Rodolfo Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative law”, *The American Journal of Comparative Law*, No. 2(39), 1991
- [11] Prakash Shah, “Globalization and the Challenge of Asian Legal Transplants in Europe”, *Singapore Journal of Legal Studies*, No. 4, 2005
- [12] Gunther Teubner, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *Mod. L. Rev.*, No. 1(61), 1998
- [13] Phan Nhật Thanh, *Luật tập quán và quyền con người*, Nxb. Hồng Đức, 2013 [trans: Phan Nhat Thanh, *Customary law and human rights*, Hong Duc Publishing House, 2013]
- [14] Phan Nhật Thanh và tập thể tác giả, *Tập quán pháp, tiền lệ pháp và việc đa dạng hóa hình thức pháp luật ở Việt Nam* (Sách chuyên khảo), Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2017 [trans: Phan Nhat Thanh and the authors, *Customary, precedents and the diversification of legal forms in Vietnam* (Monograph), National University Ho Chi Minh City Publishing House, 2017]
- [15] Châu Hoàng Thân, *Án lệ và việc áp dụng án lệ tại Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ Luật học, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, 2015 [trans: Chau Hoang Than, *Case law and the application of case law in Vietnam*, Master’s thesis, University of Law Ho Chi Minh city, 2015]
- [16] Đào Trí Úc, “Khái quát về lịch sử pháp luật Việt Nam”, trong Đào Trí Úc (chủ biên), *Những vấn đề lý luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*, 1995 [trans: Dao Tri Uc, “An overview of Vietnamese legal history”, Dao Tri Uc (editor), *Basic theoretical issues of state and law*, 1995]
- [17] Irma Johanna Mosquera Valderrama, “Legal Transplants and Comparative Law, International law”, *International Law Journal*, 2004
- [18] Insun Yu, *Law and Society in Seventeenth and Eighteenth Century Vietnam*, Korea: Asiatic Research Centre, Korea University, 1990