

# VỀ KHÁI NIỆM NGUỒN CỦA PHÁP LUẬT

TS. NGUYỄN THỊ HỐI \*

**N**guồn của pháp luật là một trong những khái niệm cơ bản của lý luận nhà nước và pháp luật và cũng là vấn đề gây nhiều tranh luận giữa các nhà khoa học. Việc nghiên cứu nguồn của pháp luật có ý nghĩa lý luận và thực tiễn to lớn bởi vì xác định đầy đủ, chính xác và sử dụng đúng đắn các loại nguồn của pháp luật sẽ góp phần tích cực vào công cuộc hoàn thiện hệ thống pháp luật và nâng cao hiệu quả của nó. Vấn đề nguồn của pháp luật đã được đề cập trong nhiều công trình nghiên cứu về pháp luật của các tác giả trong và ngoài nước với các tên gọi khác nhau như nguồn của pháp luật hoặc hình thức của pháp luật. Tuy nhiên, có khá nhiều quan điểm khác nhau về vấn đề này nên hiện tại vẫn chưa có định nghĩa về nguồn pháp luật được đa số các nhà nghiên cứu và thực hành pháp luật thừa nhận. Điềm qua công trình nghiên cứu của một số nhà nghiên cứu trong và ngoài nước, chúng ta sẽ thấy rõ điều đó.

Theo Từ điển Black Law Dictionary thì: “Nguồn của pháp luật. Cái mà (như là hiến pháp, điều ước, đạo luật, hoặc tập quán) quy định quyền lực của luật và của các quyết định của toà án; điểm khởi nguồn của pháp luật hoặc sự phân tích pháp lý... Trong các tài liệu luật học, vấn đề nguồn liên quan tới câu hỏi: Thẩm phán tìm được các quy định để giải quyết vụ việc ở đâu? Ở nghĩa này, nguồn của pháp luật gồm có: Các đạo luật,

*các án lệ của toà án, tập quán, quan điểm của các chuyên gia, đạo đức và luật công bằng. Trong các cuộc tranh luận, thông thường các nguồn khác nhau của pháp luật đã được phân tích và một số nhà nước cố gắng tạo điều kiện thích hợp để cho mỗi nguồn đó có thể dẫn đến quyết định cho các cuộc tranh luận pháp lý. Điều kì lạ là, khi cơ quan lập pháp ban hành luật, chúng ta không nói về “các nguồn” mà từ đó này sinh ra các quyết định của nó giống như các quy định pháp luật sẽ được ban hành, mặc dù sự phân tích các thuật ngữ này có thể làm sáng tỏ hơn so với khuynh hướng trực tiếp hướng tới chức năng hạn chế hơn được thực hiện bởi các thẩm phán. Điều quan tâm của chúng ta ở đây là từ “nguồn” theo một nghĩa rộng hơn rất nhiều so với nghĩa thông thường trong các tài liệu luật học... Vậy do đâu mà pháp luật nói chung không những chỉ ra nội dung của nó mà còn chỉ ra sự bắt buộc của nó đối với cuộc sống của con người?”*

*“Trong phạm vi nghiên cứu pháp lý, thuật ngữ “các nguồn của pháp luật” nói đến 3 khái niệm khác nhau mà có thể phân biệt được. Một, nguồn của pháp luật có thể nói đến nguồn gốc của các khái niệm và tư tưởng pháp lý... Hai, nguồn pháp luật có thể nói đến các cơ quan, tổ chức chính phủ mà*

\* Giảng viên chính Khoa hành chính - nhà nước Trường Đại học Luật Hà Nội

*đã tạo ra các quy định pháp luật... Ba, nguồn của pháp luật có thể nói đến những quy định pháp luật đã được công bố rõ ràng. Những cuốn sách, những cơ sở dữ liệu máy tính, những đĩa máy tính và tất cả những phương tiện thông tin khác mà có chứa đựng các thông tin về pháp luật thì đều là nguồn của pháp luật”.*<sup>(1)</sup>

Như vậy, theo Từ điển này thì nguồn của pháp luật là khái niệm rộng, có thể được hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau và có thể được xem xét dưới nhiều góc độ khác nhau. Theo nghĩa hẹp, nguồn của pháp luật là khái niệm dùng để chỉ tất cả những nơi có chứa đựng các quy định mà các thẩm phán có thể dựa vào đó để giải quyết vụ án. Theo nghĩa rộng, nói đến nguồn của pháp luật là nói đến nguồn gốc của các khái niệm, các tư tưởng pháp lí; nói đến các chủ thể có thẩm quyền ban hành pháp luật; nói đến các quy định của pháp luật; nói đến nơi chứa đựng các quy định của pháp luật nói chung và các quy định về hiệu lực của các đạo luật và các quyết định của toà án; nói đến điểm khởi nguồn của pháp luật hoặc sự phân tích pháp lí...

Một số học giả Pháp cho rằng trong thực tế, pháp luật có hai nguồn là nguồn nội dung và nguồn hình thức. Nguồn nội dung là nguồn quan trọng nhất vì là nguồn cơ bản nhất, nó giúp cho việc lí giải các câu hỏi tại sao người ta lại ban hành quy phạm này mà không ban hành quy phạm khác? Tại sao lại ấn định thời hạn này hay thời hạn khác? Tại sao lại áp dụng trật tự ưu tiên này mà không áp dụng trật tự ưu tiên khác? v.v. Trong cuốn: “Nhập môn luật học”, Jean - Claude

Ricci viết: “Đó là căn nguyên của pháp luật: các động cơ chính trị, kinh tế, xã hội, tôn giáo, văn hoá, đạo đức v.v...”<sup>(2)</sup>

Nguồn hình thức được Michel Virally định nghĩa là: “Các phương pháp thiết lập các quy phạm pháp luật, tức là các cách thức và văn bản thông qua đó các quy phạm này có thể tồn tại về mặt pháp lí, trở thành bộ phận của pháp luật thực định và phát huy hiệu lực”.<sup>(3)</sup> Các nguồn này lại gồm các nguồn hình thức được thiết lập để làm nguồn và các nguồn hình thức tự nhiên. Về nguyên tắc, chỉ có những nguồn được thiết lập làm nguồn mới là nguồn pháp luật. Các nguồn này có hiệu lực nhờ vào hình thức trình bày của chúng. Chúng là nguồn bởi vì chúng đã được ban hành bởi các cơ quan quyền lực nhà nước duy nhất có thẩm quyền làm luật và làm cho luật trở nên bắt buộc, nhờ vào chế tài trong trường hợp cần thiết. Các nguồn này vì vậy được gọi là các nguồn hình thức. Xác định các nguồn này chính là xác định các cơ quan ban hành ra những quy phạm pháp luật có tính bắt buộc theo quy định của nhà nước. Tìm hiểu xem luật xuất phát từ ai có nghĩa là xác định xem ai có thẩm quyền xây dựng nên quy phạm pháp luật, ai là tác giả của quy phạm pháp luật. Đây là điểm giúp chúng ta phân biệt giữa các nguồn hình thức được thiết lập làm nguồn với các nguồn hình thức tự nhiên.

Về mặt lí thuyết có loại nguồn này song trong thực tế, chúng không phải và cũng không thể là những nguồn duy nhất vì chúng có một số hạn chế nhất định. “*Thật vậy, những nguồn hình thức loại này vì được*

“thiết lập nên” nên có tính chất tương đối bất biến. Tính bất biến này gây ra một số khó khăn: Sẽ có những thiếu hụt, những trường hợp không lường trước, những lỗ hổng ít nhiều nghiêm trọng. Tính bất biến của những quy phạm được thiết lập nên khó có thể phù hợp được với những sự thay đổi và phát triển không ngừng của thực tế; một số quy phạm sẽ nhanh chóng trở nên lỗi thời hoặc mất hiệu lực bởi vì đến một thời điểm nào đó chúng sẽ không thể áp dụng được nữa về mặt kỹ thuật cũng như về mặt nội dung. Ngoài ra, còn có tình trạng là một số quy phạm tự thân tối nghĩa hoặc tối nghĩa khi đem đối chiếu với các quy phạm khác vì ý định của người lập nên những quy phạm đó có thể không được thể hiện rõ. Một số quy phạm được ban hành ở những thời điểm khác nhau hoặc căn cứ trên những lý luận đối lập nhau hoặc theo đuổi những mục đích khác nhau, ít nhiều có mâu thuẫn với nhau”. Để khắc phục những bất cập trên, người ta đã thừa nhận các nguồn hình thức tự nhiên. Sự tồn tại các nguồn tự nhiên này là nhằm giải quyết các vấn đề xảy ra trong thực tiễn. Song lại có vấn đề nảy sinh ở đây là các nguồn không chính thức này từ đâu mà ra bởi vì chúng không được tạo ra để trở thành nguồn? Hiệu lực của các nguồn này căn cứ trên cơ sở nào? Đây chính là vấn đề đã gây ra nhiều tranh luận. Nói chung, các quy phạm và nguồn tự nhiên đó xuất phát từ cái mà người ta cho là mối tương quan hợp lý, là sự phân chia công bằng về mặt lợi ích giữa các chủ thể pháp luật theo trật tự tự nhiên: Người ta gọi đó là tập quán và các nguyên

tắc chung về pháp luật đúc kết từ những công trình nghiên cứu lý luận và được thừa nhận như chúng vốn có. Nói chung, nguồn luật trong pháp luật quốc gia thường có các loại và được xếp loại theo thứ bậc sau: Hiến pháp, luật, văn bản dưới luật, tập quán và án lệ; còn nguồn của pháp luật quốc tế hiện đại được xếp theo thứ bậc như sau: Điều ước quốc tế, tập quán, các nguồn khác, tức là các nguồn phái sinh từ các nguồn trên, đó là: Các nguyên tắc chung của pháp luật, án lệ, các học thuyết và công lý”.<sup>(4)</sup>

Hans Kelsen - học giả người Đức cho rằng nguồn của pháp luật là khái niệm không rõ ràng và có thể được hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau. Những quy phạm chung của hiến pháp và các quy phạm chung khác được ban hành phù hợp với hiến pháp và tập quán được coi là nguồn của pháp luật. Nguồn của pháp luật có thể biểu thị hai phương pháp khác nhau để tạo nên các quy phạm chung - sự ban hành, một sự sáng tạo có mục đích được tiến hành bởi các cơ quan trung ương và tập quán - những quy định bất thành văn được các bên chủ thể pháp luật tạo nên. Hoặc nguồn của pháp luật có thể biểu thị cơ sở pháp lý cơ bản của hệ thống pháp luật, mà được thể hiện dưới khái niệm quy phạm cơ bản. Tuy nhiên, ở nghĩa rộng nhất, nguồn của pháp luật biểu thị mọi quy phạm pháp luật, không chỉ những quy phạm chung mà cả những quy phạm pháp luật riêng biệt, tức là các quy phạm đặt ra quyền hoặc nghĩa vụ pháp lý. Như vậy, quyết định của tòa án là nguồn của một nghĩa vụ đặc biệt của một bên và tương ứng với quyền của một bên

khác. Điều đó dẫn đến sự mơ hồ, tối nghĩa của cụm từ “nguồn của pháp luật”, nó dường như không biểu lộ được tất cả và sẽ là tốt hơn nếu giải quyết được vấn đề quy phạm chung nào được coi là nguồn của các quy phạm riêng biệt.<sup>(5)</sup> Có thể thấy quan niệm này của Kelsen chủ yếu đề cập nguồn hình thức của pháp luật.

Ở Việt Nam, vấn đề nguồn của pháp luật được đề cập trong các giáo trình, sách tham khảo và các tạp chí về pháp luật từ các góc độ và với các mức độ khác nhau. Nhiều nhà nghiên cứu, giảng dạy và thực hành pháp luật sử dụng hai thuật ngữ “nguồn của pháp luật” và “hình thức của pháp luật” với nghĩa như nhau. Trong một số sách và giáo trình lí luận về nhà nước và pháp luật có ý kiến cho rằng hình thức của pháp luật gồm có hình thức bên trong và hình thức bên ngoài của pháp luật: “*Hình thức nội tại của pháp luật là kết cấu của những yếu tố tạo thành nội dung của pháp luật. Hình thức bề ngoài của pháp luật là hình dạng bề ngoài, cấu trúc biểu hiện ra bên ngoài của các nguồn pháp luật trong đó chứa đựng những nội dung của pháp luật và đấng tài nội dung đó đến địa chỉ áp dụng của nó*”,<sup>(6)</sup> hình thức bên trong của pháp luật bao gồm các nguyên tắc chung của pháp luật, hệ thống pháp luật, ngành luật, chế định pháp luật và quy phạm pháp luật; hình thức bên ngoài của pháp luật là sự biểu hiện ra bên ngoài của nó, bao gồm tập quán pháp, tiền lệ pháp, văn bản quy phạm pháp luật, luật tôn giáo; ở một số nước, học thuyết khoa học pháp lí cũng được coi là nguồn của pháp luật.<sup>(7)</sup> Trong cuốn sách

chuyên khảo “*Những vấn đề lí luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*”, các tác giả viết: “*Hình thức bề ngoài hay nguồn của pháp luật gồm có các văn bản pháp luật (kể cả các văn bản quy phạm), các hiệp ước quốc tế, tập quán và tục lệ quốc tế, các hợp đồng (khế ước), luật tục, án lệ, những quy định của luật tôn giáo (chẳng hạn luật Hồi giáo), các học thuyết khoa học pháp lí*”.<sup>(8)</sup>

Một số học giả khác cho rằng tập quán pháp, tiền lệ pháp và văn bản quy phạm pháp luật là những hình thức pháp luật với quan niệm rằng “*Hình thức pháp luật là cách thức mà giai cấp thống trị sử dụng để nâng ý chí của giai cấp mình lên thành pháp luật*”.<sup>(9)</sup> Đây là một quan niệm đã cũ và không hoàn toàn chính xác về hình thức của pháp luật bởi vì, chúng ta quan niệm pháp luật là do nhà nước ban hành ra và bảo đảm thực hiện thì nội dung của pháp luật là ý chí của nhà nước, còn hình thức của pháp luật sẽ là cách thức mà nhà nước sử dụng để chuyển ý chí đó thành pháp luật mà trong ý chí của nhà nước thì vừa có ý chí của giai cấp thống trị vừa có ý chí chung của toàn xã hội chứ không đơn thuần chỉ là ý chí của giai cấp thống trị.

Có học giả lại cho rằng khái niệm hình thức pháp luật và nguồn pháp luật không hoàn toàn đồng nhất mà có nhiều điểm khác nhau. Nguồn của pháp luật được tiếp cận dưới nhiều phương diện khác nhau cả về lí luận và thực tiễn.<sup>(10)</sup> Trong các giáo trình luật chuyên ngành, cụm từ “nguồn của luật” được sử dụng khá phổ biến. Chẳng hạn, nguồn của luật hiến pháp, nguồn của luật

kinh tế... được hiểu là những văn bản quy phạm pháp luật có chứa đựng các quy phạm pháp luật của ngành luật đó.<sup>(11)</sup>

Có tác giả quan niệm rằng hình thức bên ngoài là sự biểu hiện ra bên ngoài của pháp luật, là những cái chứa đựng nội dung các quy tắc pháp luật - quy tắc hành vi theo ý chí nhà nước. Hình thức bên ngoài của pháp luật còn gọi là nguồn của pháp luật. Nguồn của pháp luật có thể được tiếp cận dưới góc độ pháp lý và thực tiễn, theo đó: *“Nguồn pháp luật là những 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 luật”*.<sup>(12)</sup> Có thể thấy quan niệm này về nguồn của pháp luật chỉ đề cập nguồn hình thức mà chưa đề cập nguồn nội dung của nó.

Cá biệt có tác giả dùng thuật ngữ “nguồn gốc của pháp luật” để chỉ nguồn của pháp luật. Theo tác giả này, nguồn gốc của pháp luật gồm có nguồn gốc của pháp luật quốc nội và nguồn gốc của pháp luật quốc tế. Nguồn gốc của pháp luật quốc nội gồm có các nguồn gốc lập pháp hay trực tiếp, bao gồm luật và tục lệ và nguồn gốc giải thích hay gián tiếp bao gồm các nguyên tắc pháp luật và các học thuyết pháp lý. Nguồn gốc của pháp luật quốc tế gồm các điều ước quốc tế, các tập quán quốc tế và các nguyên tắc chung của pháp luật được các quốc gia thừa nhận.<sup>(13)</sup>

Qua các quan điểm trên và từ phương diện lý luận, thực tiễn pháp lý, tôi cho rằng nguồn và hình thức của pháp luật là những

khái niệm khác nhau, không thể đồng nhất với nhau, mặc dù chúng có mối liên hệ gắn bó với nhau. Theo tôi, 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. Hoặc nói cách khác, 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. Như vậy, nguồn của pháp luật gồm có nguồn nội dung và nguồn hình thức. Nguồn nội dung của pháp luật là xuất xứ, là căn nguyên của pháp luật bởi vì nó được các chủ thể có thẩm quyền dựa vào đó để xây dựng, ban hành và giải thích pháp luật. Ở Việt Nam, đường lối chính sách của Đảng là một trong các nguồn nội dung quan trọng của pháp luật vì pháp luật là sự thể chế hoá đường lối, chính sách của Đảng nhằm bảo đảm cho đường lối chính sách đó có thể được triển khai và thực hiện trong toàn xã hội. Các nguyên tắc chung của pháp luật cũng là nguồn của pháp luật bởi lẽ các quy phạm pháp luật sẽ được ban hành trên cơ sở các nguyên tắc đó và phải có nội dung phù hợp với yêu cầu của các nguyên tắc đó. Các điều ước quốc tế mà nhà nước kí kết, phê chuẩn hoặc gia nhập cũng có thể trở thành nguồn nội dung của các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan trong trường hợp những văn bản đó được ban hành nhằm nội luật hoá để thực hiện các điều ước quốc tế

đó. Các học thuyết khoa học pháp lí, nhu cầu quản lí kinh tế, xã hội... cũng là những nguồn nội dung của pháp luật.

Nguồn hình thức của pháp luật được hiểu là phương thức tồn tại của các quy phạm pháp luật trong thực tế hay là nơi chứa đựng, nơi có thể cung cấp các quy phạm pháp luật, tức là những căn cứ mà các chủ thể có thẩm quyền dựa vào đó để giải quyết các vụ việc pháp lí xảy ra trong thực tế. Nói chung, pháp luật của đa số các nhà nước trên thế giới trong tất cả các giai đoạn phát triển của chúng đều có một số nguồn hình thức cơ bản là tập quán, án lệ và văn bản quy phạm pháp luật. Ngoài ra, còn có thể có các nguồn khác tùy theo quy định của mỗi nước trong mỗi giai đoạn phát triển của nó. Chẳng hạn, theo một số học giả thì hệ thống pháp luật Roman - Giecman có các nguồn là: Luật, tập quán, thực tiễn xét xử của toà án, học thuyết, những nguyên tắc chung; nguồn của pháp luật Anh bao gồm: Thực tiễn xét xử của toà án, luật, tập quán, học thuyết và lí trí; nguồn của pháp luật Mỹ bao gồm: Thực tiễn xét xử của toà án, pháp luật thành văn; nguồn của pháp luật XHCN bao gồm: Luật, thực tiễn xét xử, tập quán và những quy tắc trong nếp sống công cộng XHCN...<sup>(14)</sup> Có tác giả cho rằng nguồn của pháp luật bao gồm: Tôn giáo, tập quán, luật công bằng, quyết định của toà án, sự sáng tạo pháp luật của các luật gia, sự ban hành luật của lập pháp.<sup>(15)</sup> Bên cạnh các loại nguồn trên, trong xu thế toàn cầu hoá hiện nay, pháp luật của đa số các nhà nước đương đại đều có thêm các nguồn mới là những tập quán và điều ước quốc tế

mà nhà nước đó công nhận hoặc phê chuẩn, tức là những nguồn mà pháp luật của các nhà nước trước đây không hề có.

Nói chung, trong các công trình nghiên cứu luật học thì các nguồn hình thức thường được quan tâm nghiên cứu và được đề cập nhiều hơn các nguồn nội dung của nó.

(Xem tiếp trang 53)

- 
- (1).Xem: *Black's Law Dictionary*. Seventh Edition. Bryan A, Garner. Editor in Chief. ST. PAUL, MINN, 1999, tr. 1401.
- (2), (3), (4).Xem: Jean - Claude Ricci, "*Nhập môn Luật học*", Nxb. Văn hoá - thông tin, Hà Nội, 2002, tr.43, 43 - 44, 48 - 49).
- (5).Xem: "*Introduction to the problems of legal theory*" by Hans Kelsen. Clarendon Press. Oxford -1992.
- (6), (8).Xem: TS. Đào Trí Úc, "*Những vấn đề lí luận cơ bản về pháp luật*", Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 1993, tr. 39, 54.
- (7).Xem: Viện nghiên cứu nhà nước và pháp luật, "*Những vấn đề lí luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*", Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1995.
- (9).Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội, "*Giáo trình lí luận nhà nước và pháp luật*", Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội 2007, tr. 81.
- (10), (12).Xem: Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội, "*Giáo trình lí luận chung về nhà nước và pháp luật*", Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, 2005, tr. 304, 306.
- (11).Xem: Các giáo trình luật chuyên ngành của các cơ sở đào tạo luật.
- (13).Xem: Vũ Văn Mẫu, "*Luật học đại cương*", Sài gòn, 1971 và "*Pháp luật thông khảo*", Sài gòn, 1974.
- (14).Xem: René David, "*Những hệ thống pháp luật chính trong thế giới đương đại*", người dịch: TS. Nguyễn Sỹ Dũng, ThS. Nguyễn Đức Lam, Nxb. Thành phố Hồ Chí Minh.
- (15).Xem: "*An Invitation to the law*" by C.G. WEERAMATRY BA LLD (London) Sir Hayden Starke Professor of law, Monash university, Formerly Justice of the Supreme Court of Sri Lanka. Butterworths Sydney - Melbourne - Brisbane - Adelaide - Perth 1982.