

**TRƯỜNG ĐẠI HỌC CẦN THƠ  
KHOA LUẬT**

**BÀI GIẢNG**

**PHƯƠNG PHÁP NGHIÊN CỨU KHOA HỌC LUẬT  
(Dành cho sinh viên chuyên ngành Luật)**

**Biên soạn: TS. Nguyễn Ngọc Điện**

Cần Thơ 7/2004

# Giới thiệu

## 1. Quy ước về khái niệm luật viết

Luật viết, hiểu theo nghĩa hẹp, là văn bản chứa đựng các quy phạm pháp luật do cơ quan lập pháp ban hành. Trong khung cảnh của luật thực định Việt Nam, các văn bản này bao gồm: Hiến pháp, Bộ luật, Luật, Pháp lệnh của Ủy ban thường vụ Quốc hội<sup>1</sup>, một số Nghị quyết của Quốc hội hoặc của UBTVQH.

Trong báo cáo này, luật viết được quy ước như một thuật ngữ mà việc định nghĩa được thực hiện theo hai bước:

1 - Đó là các văn bản quy phạm pháp luật, nghĩa là văn bản được cơ quan Nhà nước có thẩm quyền ban hành theo thủ tục, trình tự luật định, trong đó có các quy tắc xử sự chung, được Nhà nước bảo đảm thực hiện nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội theo định hướng xã hội chủ nghĩa. Theo nghĩa đó, thì luật viết là tất cả các văn bản thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật ngày 12/11/1996<sup>3</sup>.

2 - Đó là các văn bản quy phạm pháp luật đang có hiệu lực thi hành, tức là những văn bản tạo thành một bộ phận của luật thực định.

**Xác định đối tượng nghiên cứu và phân tích.** Đối tượng nghiên cứu và phân tích là nội dung của văn bản được gọi là luật viết chứ không phải là trình tự, thẩm quyền ban hành, cũng không phải là kết cấu hình thức của văn bản đó. Về phương diện phương pháp luận, có thể gọi “nội dung của văn bản luật” là kết cấu pháp lý của nó, được hình dung như một tổng thể các quy tắc hiện hiện hoặc tiềm ẩn trong văn bản luật và được sắp xếp theo một trật tự nhất định.

Tùy theo quy mô của từng dự án, từng hoạt động nghiên cứu, đối tượng nghiên cứu và phân tích có thể là nội dung của toàn bộ văn bản hoặc một phần, một chương thậm chí chỉ một điều luật trong văn bản. Việc nghiên cứu và phân tích toàn bộ, một phần hoặc một chương của văn bản có thể dẫn đến việc cho ra đời cả một quyển sách (thậm chí một bộ sách); trong khi việc nghiên cứu và phân tích một điều luật thường được thực hiện trong khuôn khổ một bài báo hoặc một bài luận văn về luật. Riêng việc nghiên cứu và phân tích luật viết trong quá trình áp dụng pháp luật sẽ cho ra sản phẩm dưới dạng một hoặc nhiều quy tắc có tác dụng đặt cơ sở cho việc giải quyết các vấn đề được đặt ra trong khuôn khổ vụ việc được người thực hành luật xem xét.

## 2. Sự cần thiết của việc nghiên cứu và phân tích luật viết

**Vai trò quan trọng của luật viết.** Trong quan niệm được chấp nhận rộng rãi ở Việt Nam hiện nay, luật viết (được biết dưới một cách diễn đạt khác thông dụng hơn là “văn bản quy phạm pháp luật”) là hình thức đáng tin cậy nhất của pháp luật. Thực ra, đây cũng là quan niệm thống trị trong hầu hết các nước chịu ảnh hưởng của văn hoá pháp lý la tinh. Thậm chí, các nước theo *Common law*, sau một thời kỳ dài xem án lệ là nguồn cơ bản của hệ thống các quy tắc pháp lý, cũng đã bắt đầu dành cho luật viết sự quan tâm sâu sắc hơn: ở Mỹ, luật viết thực sự là một nguồn quan trọng

<sup>1</sup> Theo Hiến pháp, UBTVQH được phép thực hiện chức năng lập pháp của Quốc hội bằng cách ban hành những Pháp lệnh về những vấn đề được Quốc hội giao (Hiến pháp năm 1992 Điều 91 khoản 4).

<sup>2</sup> Ngoài Hiến pháp, Bộ luật và Luật, các văn bản được liệt kê trong định nghĩa luật theo nghĩa hẹp được gọi là các văn bản có giá trị như luật.

<sup>3</sup> Luật ngày 12/11/1996 không có quy định nào liên quan đến các văn bản pháp quy do Hội đồng nhân dân và UBND ban hành. Thiểu sốt này đã được ghi nhận nhưng chưa được khắc phục trong Luật ngày 16/12/2002 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật ngày 12/11/1996. Dự kiến sẽ có một luật riêng về các văn bản pháp quy do HĐND và UBND ban hành.

Dẫu sao, nghiên cứu và phân tích luật viết, được hiểu như là một hoạt động nhằm xây dựng học thuyết pháp lý, chỉ quan tâm đến các văn bản có hiệu lực áp dụng trong phạm vi cả nước, nghĩa là các văn bản do các cơ quan có thẩm quyền cấp trung ương ban hành.

của luật và quy tắc viết phải là quy tắc được lựa chọn trong trường hợp có sự đối lập giữa luật viết và án lệ về cách giải quyết một vấn đề pháp lý cụ thể.

Trong khung cảnh của luật thực định Việt Nam, luật viết và tục lệ là những nguồn trực tiếp của luật; nhưng luật viết hơn hẳn tục lệ trong thứ tự lựa chọn quy phạm áp dụng cho một trường hợp thực tiễn đặc thù. Người làm luật đã chính thức thừa nhận điều này trong lĩnh vực dân sự (BLDS Điều 14): 1 - Nếu đối với cùng một vấn đề mà cả luật viết và tục lệ đều có quy tắc giải quyết, thì phải lựa chọn quy tắc của luật viết; 2 - Trong trường hợp không có quy tắc của luật viết và phải dùng tục lệ để giải quyết vấn đề, thì phải lựa chọn những quy tắc tục lệ nào phù hợp với những nguyên tắc của luật viết. Hơn sự thừa nhận đó còn được quán triệt trong tất cả các ngành luật nào công nhận tục lệ như là một nguồn luật, chứ không chỉ riêng luật dân sự, dù không có quy định rành mạch (tương tự như Điều 14 BLDS) trong luật viết ở các lĩnh vực khác.

**Những hạn chế của luật viết.** Thế nhưng cũng như bất kỳ tồn tại khách quan nào, luật viết luôn ở trong tình trạng vận động hướng tới sự hoàn thiện mà không bao giờ đạt đến sự hoàn thiện tuyệt đối. Về phần mình, người làm luật, cũng như tất cả mọi người - nghĩa là có những thiếu sót, những định kiến và những hạn chế về tầm nhìn, tầm suy nghĩ - không thể dự kiến tất cả mọi tình huống pháp lý có thể xảy ra trong cuộc sống, những khó khăn có thể xuất hiện trong quá trình áp dụng văn bản pháp luật do mình soạn thảo và ban hành, cũng như có thể nhầm lẫn. Có lúc, người làm luật ở Đức đã có ý định dùng luật viết như là công cụ duy nhất để điều chỉnh các quan hệ xã hội cần điều chỉnh; bởi vậy, Bộ luật dân sự Đức đã được soạn thảo với sự tỉ mỉ đến mức có thể được, nhằm đặt cơ sở cho việc giải quyết mọi vấn đề trong cuộc sống dân sự ... và người Đức đã không thành công<sup>4</sup>. Sự không rõ nghĩa của câu chữ, sự không đầy đủ của nội dung của một văn bản luôn là căn bệnh cố hữu của văn bản luật, không bao giờ có thể được chữa khỏi, trước hết do:

- *Bản thân ngôn ngữ luôn có những vấn đề tự nhiên về nội hàm.* Với tư cách là một công cụ quy ước để tồn trữ và chuyển tải thông tin, ngôn ngữ được coi như một loại tục lệ trong giao tiếp xã hội, giao tiếp sự phạm, giao tiếp giữa quá khứ, hiện tại và tương lai. Nội hàm của từ ngữ phong phú như tư duy và trở thành con dao hai lưỡi khi được sử dụng như là công cụ diễn đạt nội dung của quy phạm pháp luật<sup>5</sup>. Đặc biệt, trong trường hợp diễn đạt không khéo, người soạn thảo văn bản có thể đặt trước người đọc văn bản những câu chữ không rõ nghĩa hoặc được hiểu theo nhiều nghĩa cùng một lúc, và hệ quả là việc áp dụng pháp luật sẽ không được thống nhất, một khi các nỗ lực, tiến hành trong những hoàn cảnh, điều kiện khác nhau nhằm nắm bắt ý chí của người làm luật, cho ra những kết quả không giống nhau.

*Ví dụ*<sup>6</sup>. Theo BLDS Điều 238 khoản 2, khi có người yêu cầu một người trong số các chủ sở hữu chung thực hiện nghĩa vụ thanh toán, thì người yêu cầu có quyền yêu cầu chia tài sản chung để nhận tiền thanh toán và được tham gia vào việc chia tài sản chung, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác. Cách ly điều luật đó với những điều luật khác có liên quan, ta hiểu rằng chủ nợ của một người có quyền sở hữu chung có quyền yêu cầu chia tài sản chung của người mắc nợ, có quyền tham gia vào việc chia tài sản chung và có quyền yêu cầu giao cho mình khoản tiền được chia cho người mắc nợ tương ứng với số nợ cần đòi. Nhưng coi điều luật như một phần của chế định phân chia tài sản chung, ta lại nhận thấy rằng chủ nợ có quyền yêu cầu chia tài sản chung, tham gia vào việc chia tài sản chung như một người có quyền sở hữu chung, nhận tài sản được chia cho người mắc nợ (có thể bao gồm cả tiền, hiện vật và quyền tài sản) và yêu cầu kê biên phần tài sản chia đó, nếu cần, bán đấu giá các tài sản chia bằng hiện vật, để nhận tiền thanh toán.

<sup>4</sup> Mazeaud và Chabas, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 1986, T. 1, q.1, số 93.

<sup>5</sup> Trong khoảng hơn 10 năm trở lại đây, các văn bản pháp luật quan trọng ở Việt Nam đều dành riêng một điều luật thuộc phần đầu để giải thích một số thuật ngữ quan trọng được sử dụng trong chính văn bản đó. Đây là một trong những nỗ lực của người làm luật nhằm loại trừ khả năng hiểu một thuật ngữ pháp lý theo nhiều nghĩa, dẫn đến việc giải thích các điều luật không giống nhau và việc áp dụng cùng một quy tắc pháp lý theo nhiều cách khác nhau.

Tuy nhiên, số lượng các thuật ngữ được giải thích chỉ có giới hạn. Điều luật về giải thích thuật ngữ, nói chung, không giúp giải quyết được một cách cơ bản vấn đề giải thích luật.

<sup>6</sup> Về một phân tích chi tiết ví dụ này: Nguyễn Ngọc Điện, *Thừa kế*, nxb Trẻ, 1999, tr. 568 và kế tiếp.

Theo cách hiểu thứ hai, thì nhận tiền thanh toán là công việc cuối cùng mà chủ nợ thực hiện sau khi tài sản chia gia nhập vào khối tài sản thuộc sở hữu cá nhân của người mắc nợ, không phải công việc được thực hiện lúc chia tài sản chung.

- *Số lượng câu chữ của văn bản luôn có giới hạn.* Không thể có văn bản vô hạn về số lượng câu chữ; và một hình thức có giới hạn thể hiện một nội dung có giới hạn. Bởi vậy, văn bản luôn chỉ có một số lượng giới hạn các quy tắc, trong khi các quan hệ xã hội cần điều chỉnh phát sinh và phát triển đa dạng. Và lại, theo một định mệnh nghiệt ngã, văn bản pháp luật luôn ở vị trí người đi sau trong việc dự liệu các tình huống pháp lý so với thực tiễn áp dụng pháp luật. Lấy một ví dụ thực tiễn giao dịch hiện đại đã thừa nhận việc mua bán tài sản trên mạng *internet* vài năm trước khi có các quy tắc pháp lý được ghi nhận trong các hệ thống luật tiên tiến chi phối các giao dịch loại này<sup>7</sup>.

**Vai trò của hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết.** Đối tượng của hoạt động nghiên cứu và phân tích luật không chỉ có luật viết mà bao gồm tất cả các nguồn của luật. Tuy nhiên, với tư cách là nguồn chủ yếu của luật trong quan niệm Việt Nam, luật viết đồng thời cũng là đối tượng chủ yếu của hoạt động nghiên cứu và phân tích luật ở Việt Nam. Việc nghiên cứu và phân tích luật viết nhằm mục đích làm sáng tỏ luật, làm rõ các quy tắc mà người làm luật muốn thiết lập và bảo đảm tính chính xác của việc áp dụng luật trong thực tiễn. Giá trị ứng dụng của các kết quả nghiên cứu và phân tích luật viết không giống nhau, tùy theo tính chất, đặc điểm của mỗi quan hệ giữa người nghiên cứu và phân tích luật với quyền lực công cộng.

- *Với người được Nhà nước công nhận có thẩm quyền giải thích chính thức luật viết*, các kết quả nghiên cứu và phân tích luật viết trở thành nội dung của văn bản giải thích chính thức và văn bản này có tính pháp quy, nghĩa là được Nhà nước bảo đảm thực hiện.

- *Với người không có thẩm quyền giải thích chính thức luật viết*, các kết quả nghiên cứu phân tích và giải thích luật viết có giá trị không giống nhau tùy theo hoạt động nghiên cứu và phân tích được thực hiện trong hay ngoài khuôn khổ công tác xét xử.

+ Được thực hiện ngoài khuôn khổ công tác xét xử, hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết cho ra kết quả nội dung của các công trình nghiên cứu khoa học luật và là nguồn tài liệu tham khảo đối với người làm luật cũng như người thực hành luật;

+ Được thực hiện trong khuôn khổ công tác xét xử, hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết cho ra kết quả có tác dụng đặt cơ sở cho bản án hoặc quyết định của Tòa án.

Thuộc nhóm những người nghiên cứu và phân tích ngoài khuôn khổ hoạt động xét xử ta có người nghiên cứu, giảng dạy luật, những người thực hành luật có làm công việc tổng kết thành lý luận những thành tựu áp dụng pháp luật trong thực tiễn; ta tạm gọi loại người này là nhà chuyên môn hoặc người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp. Thuộc nhóm những người nghiên cứu và phân tích trong khuôn khổ hoạt động xét xử, ta có các thẩm phán, hội thẩm, gọi chung là người thực hành luật trong hoạt động xét xử.

Ở đây ta tập trung xem xét hoạt động của người nghiên cứu và phân tích thuộc nhóm thứ hai.

**Mục tiêu của đề tài.** Mục tiêu chuyên môn của dự án nghiên cứu trong khuôn khổ đề tài này là xác định các công cụ khoa học mà người nghiên cứu luật cũng như người thực hành luật ở Việt Nam có thể sử dụng để thâm nhập vào nội dung của các quy định trong một văn bản luật nhằm phát hiện ý chí của người làm luật ẩn chứa trong câu chữ của các điều luật.

Mục tiêu thực tiễn của dự án nghiên cứu trong khuôn khổ đề tài này là góp phần cải thiện chất lượng hoạt động nghiên cứu ứng dụng đối với luật viết, đặc biệt là qua việc làm cho các quy tắc được chứa đựng trong các văn bản được phát hiện và nhìn nhận, góp phần làm sáng tỏ nội dung

<sup>7</sup> Ở Việt Nam, việc mua bán trên internet chưa được phổ biến lắm.

của các văn bản quy phạm pháp luật. Sự sáng tỏ của luật là một trong những điều kiện cần đối với việc nâng cao tính hiệu quả của luật, đặc biệt là tính chính xác của hoạt động áp dụng pháp luật trong thực tiễn. Việc áp dụng pháp luật chính xác đến lượt mình sẽ tạo điều kiện nâng cao tính thuyết phục của luật đối với dân cư và tính thuyết phục của luật đối với dân cư là điều kiện cần cho việc củng cố, hoàn thiện ý thức pháp luật, ý thức xã hội nói chung

Về lâu dài, nhóm nghiên cứu mong muốn giới thiệu các phương pháp nghiên cứu và phân tích luật viết hiện đại có thể được vận dụng trong hoàn cảnh, điều kiện của hoạt động nghiên cứu và hoạt động áp dụng pháp luật tại Việt Nam, qua đó, góp phần nâng cao chất lượng của khoa học luật cũng như chất lượng của các quyết định áp dụng pháp luật, đặc biệt là các quyết định áp dụng pháp luật trong hoạt động xét xử. Việc nâng cao chất lượng của khoa học luật và của các quyết định áp dụng pháp luật là một trong những điều kiện cần thiết cho việc bảo đảm tính hiệu quả của luật trong thực tiễn.

Trước mắt, nhóm nghiên cứu hy vọng rằng những kết quả đạt được trong khuôn khổ đề tài nghiên cứu này có thể được sử dụng như các công cụ mang tính phương pháp luận trong việc xây dựng, hoàn thiện các công trình nghiên cứu, giáo trình, tài liệu phục vụ giảng dạy về luật tại các cơ sở đào tạo về luật ở Việt Nam.

**Hạn chế của báo cáo.** Do đặc điểm riêng về chuyên môn của các thành viên thuộc nhóm nghiên cứu, việc áp dụng các phương pháp được xây dựng trong khuôn khổ đề tài này chỉ được thực hiện chủ yếu trong các lĩnh vực dân sự (kể cả thương mại), hôn nhân và gia đình và, một cách dè dặt, trong lĩnh vực hình sự. Nhóm nghiên cứu hy vọng rằng với sự quan tâm của các nhà chuyên môn trong các lĩnh vực khác, các phương pháp được giới thiệu sau đây sẽ sớm được xem xét sử dụng một cách phổ biến trong hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết trong nhiều lĩnh vực.

**Bố cục.** Báo cáo được xây dựng thành ba phần

**Phần thứ nhất.**

**Phần thứ hai.**

**Phần thứ ba.**

**Các kết quả đạt được theo nội dung thuyết minh đã đăng ký**

**Các kết quả mới nổi bật**

**Kiến nghị sử dụng các kết quả đạt được**

## **Phần thứ nhất**

**Các kết quả đạt được  
theo nội dung thuyết minh đã đăng ký  
\*\*\*\*\***

Phần này gồm ba chương

**Chương thứ nhất.**

**Thực trạng hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết ở Việt Nam**

**Chương thứ hai.**

**Suy nghĩ ban đầu về giải pháp cho bài toán về phương pháp**

**Chương thứ ba.**

**Kết quả nghiên cứu và phân tích luật viết về phương diện khoa học:  
học thuyết pháp lý**

## Chương thứ nhất

### **Thực trạng hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết ở Việt Nam**

**Vấn đề bật ra từ thực tiễn: tính kém hiệu quả của luật viết.** Mặc dù chưa đạt đến trình độ hoàn thiện cao như ở các nước tiên tiến, luật viết Việt Nam đã có những bước phát triển quan trọng trong hơn mười năm trở lại đây và đang từng bước khẳng định vị trí của hình thức cơ bản, chủ yếu của pháp luật XHCN. Việc đẩy mạnh công tác xây dựng pháp luật cùng với việc hoàn thiện chức năng lập pháp của Quốc hội đã giúp cho hệ thống luật viết Việt Nam, chỉ trong một thời gian ngắn, lớn mạnh cả về số lượng lẫn chất lượng.

Tuy nhiên, không thể chối cãi một thực tế theo đó, nền nếp thực thi luật viết cho đến nay vẫn còn loay hoay ở giai đoạn định hình chứ chưa bước vào giai đoạn ổn định.

Trên nguyên tắc, luật viết có hiệu lực áp dụng trực tiếp kể từ một ngày nào đó được xác định theo các quy định của luật chung về văn bản quy phạm pháp luật. Thế nhưng, trên thực tế, các văn bản của cơ quan Nhà nước cấp trên thường chỉ được thực hiện bởi các công chức thuộc hệ thống cơ quan quản lý lĩnh vực mà văn bản đó điều chỉnh khi nào cơ quan quản lý cao nhất trong lĩnh vực đó ra được văn bản hướng dẫn hoặc quy định chi tiết việc thi hành. Có trường hợp các hướng dẫn hoặc quy định chi tiết việc thi hành có nội dung không rõ ràng, các công chức thừa hành lại phải xin ý kiến của cơ quan cấp trên và cơ quan cấp trên lại phải ra các công văn giải thích những điểm chưa rõ: cuối cùng, chính các công văn mới thực sự là luật chứ không phải các văn bản quy phạm pháp luật. Bên cạnh đó, có những văn bản được cơ quan cấp trên ban hành nhưng không được cơ quan quản lý chuyên môn hướng dẫn và cuối cùng chỉ là những văn bản có giá trị trên giấy tờ (như trường hợp của các quy định về hình thức giao kết hợp đồng mua bán, cho thuê trong Pháp lệnh nhà ở ngày 26/3/1990); thậm chí, có những văn bản được hướng dẫn và quy định chi tiết việc thi hành, nhưng điều kiện vật chất cần thiết để thực thi lại không có (như các quy định về đăng ký giao dịch bảo đảm<sup>8</sup>), hoặc có được hướng dẫn và quy định chi tiết thi hành và được giải thích bằng nhiều công văn, mà cuối cùng vẫn không thi hành được hoặc ít nhất không thi hành được trọn vẹn, do sự khác biệt về trình độ, quan điểm nhận thức của các chủ thể có liên quan. Đối với người thừa hành, nếu không hiểu luật, thì tốt nhất là không thực hiện (để khỏi phải chịu trách nhiệm)<sup>9</sup>, trừ trường hợp có sự bảo đảm của cấp trên (bằng một công văn) rằng việc thực hiện luật theo một cách nào đó là đúng.

Người dân, về phần mình, thường chỉ quan tâm đến luật mỗi khi có tranh chấp pháp lý hoặc khi xác lập, thực hiện những giao dịch quan trọng có liên quan đến tài sản (mua bán nhà, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, thế chấp tài sản để vay tiền,...). Khi cần xác lập, thực hiện những giao dịch quan trọng mà có sự tham gia của cơ quan Nhà nước có thẩm quyền, người dân tuân theo sự hướng dẫn của các công chức thuộc cơ quan đó; khi tham gia vào các tranh chấp pháp lý, người dân nhờ đến vai trò tư vấn của luật sư hoặc của cơ quan trợ giúp pháp lý. Trong cả hai trường hợp, chất lượng của thái độ xử sự của người dân tùy thuộc vào chất lượng kiến thức pháp luật của công chức, luật sư, người tư vấn và vào mức độ tôn trọng pháp luật của những nhân vật này. Cũng có nhiều trường hợp khi xác lập, thực hiện một giao dịch, người dân hoàn toàn không quan tâm đến sự cần thiết của việc tôn trọng pháp luật mà chỉ muốn làm thế nào để đạt được mục đích của mình trong thời gian ngắn nhất và bằng con đường đơn giản nhất: người tham gia giao thông bằng mô tô không đội mũ bảo hộ, dù đã có quy định bắt buộc đội mũ, người quản lý di sản thờ cúng

<sup>8</sup> Việc đăng ký giao dịch bảo đảm được quy định chi tiết tại Nghị định số ngày 10/3/2000. Tuy nhiên, cho đến khi công trình nghiên cứu này hoàn thành (tháng 12/2002), công tác xây dựng và ổn định hệ thống cơ quan đăng ký giao dịch bảo đảm vẫn đang được thực hiện.

<sup>9</sup> Cả các thẩm phán, trong trường hợp không chắc về việc liệu có hay không có quy định cụ thể của luật viết đặt cơ sở cho việc giải quyết một vấn đề bật ra trong một trường hợp đặc thù, có thể từ chối thụ lý trường hợp đó.

đang sống trong cảnh túng thiếu sẵn sàng bán một bất động sản thuộc dĩ sản thờ cúng với giá rẻ, nếu có ai chấp nhận mua, theo thủ tục, thể thức dân gian, mà không cần biết liệu pháp luật hiện hành có cho phép tiến hành một vụ mua bán như vậy và nếu cho phép, thì việc mua bán phải theo trình tự, thủ tục nào;....

Tình trạng kém hiệu quả của luật viết có nhiều nguyên nhân. Việc phân tích toàn diện các nguyên nhân ấy chỉ có thể được thực hiện bằng nhiều đề tài nghiên cứu khoa học phát triển trên nhiều lĩnh vực -chính trị, kinh tế, xã hội, văn hoá... Nguyên nhân được chỉ ra trong khuôn khổ hạn hẹp của đề tài này liên quan đến phương pháp làm việc của những người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp và của người thực hành luật trong hoạt động xét xử.

## **I. Sự thiếu quan tâm đến phương pháp nghiên cứu và phân tích luật viết**

**Quy tắc “hiện” và quy tắc “ẩn”.** Hầu hết những người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp cũng như người thực hành luật trong hoạt động xét xử ở Việt Nam hiện nay đều nghiên cứu và phân tích luật viết theo các phương pháp của triết học, khoa học chính trị, khoa học lịch sử. Đây là các phương pháp được ưa chuộng trong hệ thống luật học XHCN thời kỳ chưa có kinh tế thị trường. Các phương pháp ấy cho phép làm rõ quan điểm, tư tưởng chủ đạo mà người làm luật dựa vào đó để xây dựng các quy tắc viết, nhưng lại không thể giúp người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp cũng như người thực hành luật tiếp cận nội dung kỹ thuật của các quy tắc. Các phân tích khoa học luật thường chỉ đi vòng quanh quy tắc viết chứ không đi thẳng vào quy tắc viết. Việc giải thích (không chính thức) quy tắc viết thường được thực hiện bằng các công cụ phân tích văn phạm (cú pháp, nghĩa từ,...) và chỉ cho phép làm rõ nội dung của quy tắc “hiện”, tức là quy tắc được câu chữ thể hiện theo trật tự sắp xếp từ ngữ, cụm từ và theo nghĩa của từ được chấp nhận trong các từ điển. *Người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp cũng như người thực hành luật trong hoạt động xét xử thường không muốn hoặc không thể làm vỡ cấu trúc hiện của quy tắc để phát hiện các quy tắc “ẩn” hoặc liên kết, tổng hợp, nhào nặn các quy tắc khác nhau để có quy tắc khác.*

Nói chung nếu một quy tắc viết của cơ quan cấp trên được hướng dẫn áp dụng bằng một quy tắc viết của cơ quan cấp dưới, thì người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp ghi nhận cả hai quy tắc; nếu quy tắc của cơ quan cấp trên không được hướng dẫn, thì câu chữ của quy tắc, đối với người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp, đã rõ ràng và không cần được giải thích gì thêm, ngoài những giải thích dựa vào các công cụ phân tích hình thức đã nói. Riêng người thực hành luật trong hoạt động xét xử, trong trường hợp không tìm được quy tắc cần thiết của luật viết để giải quyết vụ việc đang thụ lý, thường tham khảo đường lối xét xử được ghi nhận tại các hội nghị tổng kết công tác xét xử của ngành Tòa án được tổ chức hàng năm. Người thực hành luật trong hoạt động xét xử còn có một cách khác để khắc phục khó khăn là xin ý kiến, chủ trương của cơ quan xét xử cấp trên hoặc tổ chức những cuộc họp của các cơ quan nội chính để huy động công sức, trí tuệ tập thể trong việc tìm kiếm giải pháp. Cuối cùng, nếu đường lối xét xử không áp dụng được, cơ quan cấp trên không cho chủ trương hoặc cho chủ trương không cụ thể, rõ ràng và các cuộc họp nội chính không đi đến đâu, thì người thực hành luật trong hoạt động xét xử ... từ chối giải quyết vụ việc và trả hồ sơ.

Có thể thừa nhận rằng trong hoạt động giải thích không chính thức luật viết, chuyên gia pháp lý chỉ khác người không có chuyên môn về luật, nhờ nắm được nhiều hơn các thông tin về văn bản pháp luật, chứ không phải nhờ nắm vững các phương pháp phân tích kỹ thuật đặc thù của khoa học luật, đặc biệt là các phương pháp suy lý, cho phép làm sáng tỏ các điều luật viết.

## **II. Hệ quả: sự yếu kém của học thuyết pháp lý trong lĩnh vực nghiên cứu và phân tích luật viết**

**Học thuyết pháp lý: kết quả nghiên cứu và phân tích luật.** Có thể tạm định nghĩa học thuyết pháp lý như là sản phẩm từ hoạt động chuyên môn của người nghiên cứu và phân tích chuyên



nghiệp cũng như của người thực hành luật. Học thuyết pháp lý được xây dựng từ các kết quả nghiên cứu và phân tích luật hoặc từ những suy nghĩ xoay quanh một chủ đề pháp lý. Nói riêng về học thuyết pháp lý có nguồn gốc từ hoạt động nghiên cứu và phân tích luật, trong điều kiện luật viết được thừa nhận như là nguồn chủ yếu của luật, học thuyết pháp lý được nuôi dưỡng và lớn mạnh chủ yếu bằng các kết quả nghiên cứu và phân tích luật viết.

Về hình thức biểu hiện, học thuyết pháp lý là các công trình nghiên cứu khoa học luật thể hiện dưới nhiều dạng: sách tham khảo, giáo trình; bài viết, bài bình luận về luật viết, về quan điểm áp dụng luật viết trong những trường hợp đặc thù; báo cáo khoa học; luận án tiến sĩ... Đó còn là những giải pháp được xây dựng trong quá trình xét xử của Tòa án, được ghi nhận trong các bản án hoặc trong các báo cáo tổng kết công tác xét xử của ngành Tòa án, được lập hàng năm. Đó cũng có thể là những ý kiến bằng văn bản hoặc bằng lời nói, được đưa ra ở những diễn đàn khác nhau bởi người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp hoặc người thực hành luật, xoay quanh một chủ đề pháp lý, một vụ án, một điểm tranh cãi trong một vụ việc khiếu kiện, một tình huống có vấn đề hoặc liên quan đến việc áp dụng một điều luật viết trong thực tiễn,...

Sau đây chỉ nói về những công trình nghiên cứu khoa học luật được thể hiện dưới dạng tác phẩm viết, những giải pháp được ghi nhận trong các bản án và những ý kiến được đưa ra về cách áp dụng luật viết trong những trường hợp đặc thù.

## A. Công trình nghiên cứu khoa học luật

Phải thừa nhận rằng trong một số lĩnh vực (hình sự, lịch sử nhà nước và pháp quyền,...), luật học Việt Nam đã đủ sức thài ghé những công trình có chất lượng chuyên môn cao. Song nói riêng các lĩnh vực mà công tác xây dựng và hoàn thiện khoa học luật được thực hiện dưới hình thức nghiên cứu và phân tích nội dung luật viết, học thuyết pháp lý Việt Nam cho đến nay vẫn đang ở trình độ phát triển tương đối thấp (nếu không muốn nói là thấp) cả về hình thức, nội dung và chất lượng khoa học.

### 1. Hình thức và nội dung

Không nói về các bài báo mà chỉ nói về các tập sách<sup>10</sup>. Ở góc độ phương pháp nghiên cứu và phân tích luật viết, sách thường mang một trong hai tính chất (hoặc cả hai): tìm hiểu pháp luật và bình luận văn bản.

**Tìm hiểu pháp luật.** Một bộ phận lớn các công trình nghiên cứu về luật thuộc thể loại tìm hiểu pháp luật phổ thông (nghĩa là có thể hiểu được mà không cần có kiến thức cơ bản, cơ sở về luật học). Thể loại này thường được sử dụng để phát triển các phân tích liên quan đến một văn bản luật hoặc nhiều văn bản luật thuộc cùng một lĩnh vực. Tác giả của một tài liệu tìm hiểu pháp luật thường là một người hoạt động chuyên nghiệp trong lĩnh vực thực hành luật. Dựa vào cách thức xây dựng các câu hỏi và câu trả lời, có thể phân các chủ đề nhỏ trong các tài liệu tìm hiểu pháp luật thành hai nhóm.

- *Nhóm thứ nhất*, gồm các chủ đề gắn với những vấn đề bức xúc được rút ra từ thời sự pháp lý phổ thông, nhất là thời sự tư pháp: vấn đề phát sinh từ một vụ án, từ thực tiễn công chứng, thi hành án, hành chính,... Ví dụ. Nhận thấy trong thực tiễn về thuê sử dụng đất thường có những tranh cãi về các tiêu chí xác định công dụng của đất, người viết có thể đặt các vấn đề: đất nông nghiệp, đất ở, đất chuyên dùng,... là gì? Sau đó truy tìm các văn bản pháp luật có liên quan để tìm câu trả lời<sup>11</sup>;

<sup>10</sup> Các bài báo về khoa học luật cũng là một phần của học thuyết pháp lý. Thế nhưng, hầu hết các bài báo đều là những phát triển liên quan đến một chủ đề của khoa học luật hoặc của thực tiễn áp dụng pháp luật (đặc biệt là thực tiễn xét xử), chứ không hẳn liên quan đến một văn bản hay một hoặc nhiều điều luật đặc thù. Ở góc độ phương pháp nghiên cứu và phân tích luật viết, ta không có nhiều lợi ích để tìm hiểu các công trình khoa học loại này.

<sup>11</sup> Trong hầu hết trường hợp, câu trả lời chỉ đơn giản là sự sao chép lại nội dung của điều luật viết liên quan.

- *Nhóm thứ hai*, gồm các chủ đề gắn với những vấn đề rút ra từ chính quy tắc viết bằng cách thêm một dấu chấm hỏi vào một hoặc nhiều bộ phận của quy tắc. Câu trả lời trong trường hợp này chính là các quy tắc mà trước đó đã được biến thành câu hỏi. Ví dụ Bộ luật tố tụng hình sự có một quy tắc xác định các trường hợp gọi là phạm pháp quả tang; vấn đề: trong những trường hợp nào người có hành vi vi phạm pháp luật hình sự bị coi là phạm pháp quả tang? Trả lời: (nhắc lại điều luật viết). Đôi khi người viết có thêm một vài câu mang tính chất bình luận (đúng hơn, tính chất chú thích), chủ yếu nhằm chứng minh tính hợp lý, hợp tình của quy tắc viết.

Về hình thức trình bày, các tài liệu tìm hiểu pháp luật thường có hai phần: phần thứ nhất gồm các câu hỏi và đáp, phần thứ hai gồm toàn văn các văn bản pháp luật liên quan. Nói chung, các tài liệu tìm hiểu pháp luật giúp ích rất nhiều cho người đọc phổ thông trong việc tiếp xúc các văn bản luật nhằm tìm kiếm giải pháp cho vấn đề cụ thể được quan tâm mà không cần sự trợ giúp của nhà chuyên môn. Về phương diện khoa học luật, sự đóng góp của các công trình loại này không đáng kể.

**Bình luận văn bản.** Tư tưởng chủ đạo của phương pháp bình luận văn bản là: văn bản luật là vật trung tâm; sách luật là vật xoay quanh quỹ đạo của vật trung tâm ấy. Bởi vậy, về bố cục và cách trình bày, sách luật tuân theo về cơ bản bố cục và cách trình bày của văn bản luật. Câu chữ của sách, nói chung, cũng là câu chữ của luật, có thể xen lẫn với các phân tích ngắn gọn bằng ngôn ngữ pháp lý hoặc phổ thông. Sách luật viết theo phương pháp bình luận văn bản thường có tác giả là một người làm công tác nghiên cứu hoặc giảng dạy về luật. Nói chung viết sách luật theo phương pháp bình luận văn bản có tác dụng giúp cho việc tra cứu văn bản được thuận lợi, nhưng không thể giới thiệu cho người đọc một cái nhìn rộng, bao quát về lĩnh vực liên quan. Bản thân phương pháp bình luận văn bản có những nhược điểm hầu như không thể khắc phục và những nhược điểm ấy là nguyên nhân của tình trạng phân tích chưa toàn diện, chưa đầy đủ, cắt vụn, cũng như của sự xuất hiện các phân tích có lượng thông tin chuyên môn yếu (còn gọi là phân tích “chay”), được ghi nhận còn tồn tại trong hầu hết tác phẩm viết được gọi là các công trình nghiên cứu về luật ở Việt Nam, như sẽ được chỉ ra sau đây.

## 2. Chất lượng khoa học

### 2.1. Xu hướng lệch lạc về quan điểm khoa học trong việc xác định đối tượng nghiên cứu

**Sự phổ biến của phương pháp siêu hình.** Phải thừa nhận rằng những người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp ở Việt Nam rất nhạy cảm với những cái mới trong hoạt động lập pháp, lập quy. Chỉ một thời gian ngắn sau khi một văn bản quan trọng được ban hành, đã có các tập hỏi đáp, tìm hiểu pháp luật xoay quanh nội dung của văn bản ấy; các công trình bình luận văn bản, về phần mình, cũng nhanh chóng được cập nhật cho phù hợp với những sửa đổi, bổ sung so với các văn bản cũ, được ghi nhận trong văn bản mới.

Thế nhưng có vẻ như đã số những dự án nghiên cứu và phân tích tập trung quá nhiều công phu vào việc cập nhật thông tin đến mức làm cho các tài liệu, sách tìm hiểu pháp luật, bình luận văn bản chỉ còn là các công trình nghiên cứu về luật thực định. Nói riêng về những tài liệu, sách được cập nhật và tái bản, cứ mỗi khi người làm luật thay thế một giải pháp cũ bằng một giải pháp mới, người viết sách cũng cắt bỏ các phân tích liên quan đến giải pháp cũ và thay vào đó bằng những phân tích liên quan đến giải pháp mới. Đọc sách luật, người đọc thường có cảm giác như các giải pháp được mô tả là những giải pháp đã được người làm luật khẳng định từ lâu trong khi có rất nhiều giải pháp chỉ mới được người làm luật thừa nhận từ ít lâu và trước đó là cả một thời kỳ dài áp dụng các giải pháp khác (có khi hoàn toàn trái ngược với giải pháp mới).

Không ai chối cãi rằng chính luật thực định là đối tượng chủ yếu của nghiên cứu khoa học luật. Thế nhưng, xem xét một quy phạm pháp luật đang được áp dụng ở góc độ lịch sử, nghĩa là có

phân tích về nguồn gốc và sự định hình của nó trong thời gian với tư cách là điểm mấu chốt của quá trình phát triển của hệ thống luật viết và là sản phẩm của những nỗ lực hoàn thiện pháp luật, mới có thể làm tôn giá trị của quy phạm pháp luật đang được áp dụng và nhất là làm rõ hơn ý nghĩa của quy phạm đó, tạo điều kiện thuận lợi cho việc áp dụng nó trong thực tiễn. Và lại, phân tích luật trên quan điểm phát triển, người phân tích sẽ tìm ra được quy luật chi phối sự phát triển của luật và từ đó, có thể hình dung được các khả năng hoàn thiện luật trong tương lai.

## 2.2 Những nhược điểm chính của các phân tích

Để tiện cho người có quan tâm trong việc kiểm chứng các nhận xét trong mục này, các minh họa sau đây chỉ được lấy từ luật dân sự hoặc hôn nhân và gia đình.

### 2.2.1. Phân tích chưa toàn diện

**Phân tích chưa bao quát.** Đối với cùng một vấn đề, người có quan tâm có thể tiến hành việc xem xét từ nhiều góc độ khác nhau và xây dựng các giải pháp đặc thù trên cơ sở kết quả xem xét vấn đề từ các góc độ, trước khi xác định giải pháp toàn diện. Người làm luật, do phải tôn trọng ý đồ liên quan đến cấu trúc của văn bản luật, thường chỉ dừng lại ở việc ghi nhận các giải pháp hình thành ở từng góc độ (gọi là giải pháp cá biệt). Việc xây dựng giải pháp toàn diện là công việc của người nghiên cứu luật học và của người thực hành luật, từ các công tác nhào nặn, kết nối, tổng hợp các giải pháp cá biệt bộc lộ hoặc tiềm ẩn trong luật viết và trong các nguồn khác của luật. Nhìn chung, những người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp chưa sẵn sàng ở trong tư thế của người thực hiện sứ mạng đó: phần lớn nội dung của các phân tích chỉ là sự liệt kê (lặp lại) các giải pháp cá biệt đã có trong luật viết, vấn đề xây dựng giải pháp toàn diện vẫn bị bỏ ngỏ.

*Ví dụ.* BLDS dành hẳn một chương để nói về thừa kế. Nhưng điều đó không có nghĩa rằng có thể tìm trong chương đó tất cả các giải pháp toàn diện đối với tất cả những vấn đề phát sinh trong lĩnh vực thừa kế, cũng như không thể chỉ cần dựa vào các quy tắc được chứa đựng trong chương đó để xây dựng tất cả các giải pháp cho tất cả những vấn đề liên quan.

Nói riêng về thể thức thanh toán và phân chia di sản, luật viết phân biệt giữa thừa kế theo di chúc (Đ. 687) và thừa kế theo pháp luật (Đ. 688). Hẳn, khi xây dựng các điều luật liên quan, người làm luật chỉ chú trọng đến mối quan hệ giữa ý chí của người để lại di sản và các tài sản tạo thành di sản đó: nếu người này có bày tỏ ý chí, thì ta có phân chia di sản theo di chúc; nếu không thì ta có phân chia di sản theo pháp luật. Thực tiễn, về phần mình, có cách đặt vấn đề khác. Cứ hình dung: A có một người thừa kế theo pháp luật là B; A lập di chúc di tặng một tài sản đặc định của mình cho C; thanh toán di sản, C nhận vật di tặng, còn B nhận những gì còn lại thuộc di sản. Cả hai người trong ví dụ trên đều nhận tài sản một cách trực tiếp từ người có di sản và họ không có gì để chia với nhau, không có gì để thỏa thuận với nhau, cũng không cần phải xin phép nhau để nhận tài sản: B không có quyền gì đối với vật được di tặng cho C và C cũng không có quyền gì đối với phần còn lại của di sản. Nếu B không muốn thừa nhận tư cách người được di tặng mà C viện dẫn, thì B tiến hành một vụ kiện về quyền thừa kế để bác bỏ tư cách ấy và đó là chuyện khác.

Ở góc độ rộng nhất, thuật ngữ “phân chia” được hiểu như là công việc của những người có quyền sở hữu chung theo phần đối với một hoặc một khối tài sản và mục đích của việc phân chia là chấm dứt tình trạng sở hữu chung theo phần bằng cách phân hẳn cho các chủ sở hữu chung vật này hay vật nọ thuộc khối tài sản chung và, nếu cần, có thể kèm theo quyền yêu cầu trả tiền chênh lệch. Nói rõ hơn, khi đứng trước một vụ phân chia, những người tham gia phân chia đều có tư cách chủ sở hữu chung theo phần (và đều thừa nhận tư cách của nhau), cũng như đều có phần quyền được xác định rõ đối với khối tài sản chung; *vấn đề còn lại là cách chia tài sản chung*. Nếu khái niệm phân chia được hình thành như thế, thì dù là chuyển giao di sản theo di chúc hay theo pháp luật, một khi có một khối tài sản thuộc sở hữu chung theo phần của những người thừa kế cần được phân chia, vấn đề đặt ra đối với những người tham gia phân chia, liên quan đến thể thức

phân chia, hoàn toàn giống nhau Hơn nữa, đó là vấn đề chung cho tất cả các vụ phân chia tài sản thuộc sở hữu chung theo phần, chứ không riêng cho phân chia di sản.

Bởi vậy, để có được những phân tích tốt về việc phân chia di sản, người nghiên cứu không chỉ dựa vào các điều luật dẫn trên mà còn phải dựa vào các quy tắc liên quan đến sở hữu chung theo phần, nhất là Điều 238 BLDS

Đa số những người viết sách về luật dân sự, đặc biệt là những người viết sách ở dạng hỏi đáp, chỉ nhắc lại hai điều luật 687 và 688, về phân chia di sản theo di chúc và theo pháp luật, do đó, đã không thể phát hiện ra quyền yêu cầu phân chia của chủ nợ của người thừa kế, nguyên tắc bình đẳng về hiện vật trong phân chia tài sản chung và các quy tắc khác chi phối việc phân chia di sản nhưng lại nằm trong luật chung về phân chia tài sản thuộc sở hữu chung theo phần.

**Phân tích cục bộ.** Có trường hợp luật viết xây dựng một chế định nào đó như là một trường hợp đặc biệt của một chế định lớn hơn. Thế là, về phương diện áp dụng luật, ta có một hệ thống các quy phạm được sắp xếp theo hình kim tự tháp. Luật chung tạo thành nền của kim tự tháp, luật riêng của chế định lớn là thân của kim tự tháp và luật rất riêng của chế định nhỏ tạo thành bộ phận chóp của kim tự tháp. Luật chung được áp dụng cho các quan hệ thuộc đối tượng điều chỉnh của chế định nhỏ, trừ trường hợp có quy định ngược lại trong luật riêng của chế định lớn hoặc trong luật rất riêng của chế định nhỏ.

Sử dụng phương pháp bình luận văn bản hoặc hỏi đáp, những người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp không có điều kiện để hình dung mối quan hệ giữa các chế định theo cách đó. Bởi vậy, một số chế định nhỏ phụ thuộc vào một chế định lớn nào đó lại được phân tích một cách cô lập và trở thành những chế định quá đơn giản và sơ hờ.

*Ví dụ.* BLDS xếp hợp đồng thuê khoán vào những trường hợp đặc thù của hợp đồng thuê tài sản. Nhưng trong các tài liệu, sách liên quan đến hợp đồng thông dụng, hợp đồng thuê khoán tài sản thường được ghi nhận trong một mục riêng biệt so với hợp đồng thuê tài sản. Hợp đồng thuê khoán tài sản là một trường hợp đặc biệt của hợp đồng thuê tài sản. Do đó, trừ trường hợp có những quy định ngược lại liên quan đến hợp đồng thuê khoán tài sản, các quy định thuộc chế độ chung về hợp đồng thuê tài sản được áp dụng đối với hợp đồng thuê khoán tài sản. Từ mối quan hệ được xác lập đó, ta có thể thừa nhận hàng loạt giải pháp mà các phân tích cục bộ đối với các quy định riêng của luật viết về hợp đồng thuê khoán tài sản không cho phép rút ra: trong trường hợp các bên không có thoả thuận về thời hạn thuê khoán và thời hạn thuê khoán không thể được xác định theo mục đích sử dụng thì hợp đồng thuê khoán hết thời hạn khi bên thuê khoán đã đạt được mục đích sử dụng (BLDS Đ. 479 k.2); bên cho thuê khoán có nghĩa vụ giao tài sản thuê khoán, cũng như có nghĩa vụ bảo đảm quyền sử dụng đối với tài sản thuê khoán cho bên thuê khoán theo đúng quy định tại BLDS Điều 483: nếu có người thứ ba tranh chấp quyền sở hữu đối với tài sản thuê khoán khiến cho việc sử dụng tài sản không ổn định, thì bên thuê khoán có quyền đơn phương đình chỉ thực hiện hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại;...

### 2.2.2. Phân tích chưa đầy đủ

**Lục hấp dẫn của văn bản luật.** Có trường hợp người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp cố gắng làm rõ ý nghĩa của một điều luật bằng các phân tích khoa học; song, do phải tôn trọng trật tự phân tích, được xây dựng theo khuôn mẫu thứ tự đánh số các điều luật hoặc do phải tôn trọng giới hạn của chủ đề (của câu hỏi được đặt ra), người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp không thể (hoặc không muốn) đi quá xa trong các diễn giải, nhận xét và cuối cùng, dừng lại ở các kết quả nghiên cứu dang dở.

*Ví dụ 1.* Theo Luật hôn nhân và gia đình năm 1986 Điều 18, “*khí hôn nhân còn tồn tại, nếu một bên yêu cầu và có lý do chính đáng, thì có thể chia tài sản của vợ chồng theo quy định ở Điều 42*

của Luật này”. Trong những công trình được đánh giá là nghiêm túc nhất, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp, sau khi trích dẫn điều luật, thường phát triển thêm các nhận xét riêng về nội hàm của những từ khoá, cụm từ khoá trong điều luật, đặc biệt là cụm từ “có lý do chính đáng”. Các nhận xét chủ yếu dựa vào các quy định tương ứng trong Nghị quyết số 01 ngày 20/01/1988 của Hội đồng thẩm phán TANDTC. Có một điều sức quan trọng và cũng hết sức tế nhị mà tất cả những người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp đều bỏ qua: những người chia tài sản không chấm dứt quan hệ hôn nhân và do đó vẫn chịu sự ràng buộc của các quy định chung liên quan đến thời kỳ hôn nhân đặc biệt là các quy định chi phối thành phần cấu tạo của các khối tài sản của vợ và chồng. Theo Luật hôn nhân và gia đình năm 1986 Điều 14, “tài sản chung của vợ chồng gồm tài sản do vợ hoặc chồng tạo ra, thu nhập về nghề nghiệp và...”. Thế thì, giả sử sau khi chia tài sản chung theo Điều 18, nếu người được chia một tài sản bán tài sản ấy và dùng tiền bán để mua một tài sản khác, thì, trong điều kiện luật Việt Nam chưa xây dựng lý thuyết về tài sản thay thế (*subrogation réelle*), tài sản mua được, với tư cách là tài sản được tạo ra trong thời kỳ hôn nhân, phải được coi là tài sản chung của vợ chồng do áp dụng Điều 14. Phương pháp bình luận văn bản không cho phép người đã đi đến Điều 18 quay ngược trở lại Điều 14 và bởi vậy, đã không giúp được người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp dự kiến được những hệ quả của việc áp dụng Điều 14 đối với Điều 18, qua đó, thấy được những thiếu sót, bất hợp lý của luật viết. Cần lưu ý rằng đối với riêng vấn đề này, Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 cũng chưa có giải pháp, một phần có lẽ do bản thân tác giả của Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 cũng lệ thuộc vào phương pháp bình luận văn bản khi nghiên cứu và phân tích luật viết<sup>12</sup>.

**Bỏ sót đối tượng nghiên cứu.** Cũng có trường hợp người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp đứng trước một nhóm các điều luật (trong một văn bản) có chứa đựng các quy tắc thuộc các ngành luật khác nhau (luật dân sự, luật hôn nhân gia đình, luật hành chính,...) và cảm thấy khó khăn trong việc tìm cách rút ra (và sắp xếp thành hệ thống) các quy tắc của ngành luật mà mình quan tâm. Thế là người viết chọn giải pháp đơn giản: chỉ phân tích tóm lược nội dung của các quy tắc được chứa đựng trong nhóm các điều luật ấy. Cách làm đó khiến cho một số chế định quan trọng của ngành luật được quan tâm bị bỏ quên.

*Ví dụ.* Trong mục 4 chương II phần thứ nhất của BLDS có các quy định về “Hộ tịch”. Mục này được xây dựng trong khuôn khổ xác lập các yếu tố của nhân thân và chứa đựng các quy tắc liên quan đến hai yếu tố lớn tương ứng với hai chế định lớn về nhân thân - họ-tên và chứng thư hộ tịch. Các phân tích của hầu như tất cả các tài liệu, sách về luật dân sự quá tóm gọn và đã không thể giúp cho người đọc khám phá hai chế định lớn đó, đặc biệt là đã không làm cho người đọc hiểu được tính chất cơ bản và tầm quan trọng của yếu tố họ-tên trong khung cảnh của pháp luật về nhân thân.

### 2.2.3. Phân tích cắt vụn

**Phân tán các phân tích liên quan đến một chế định của học thuyết pháp lý.** Một chế định của học thuyết pháp lý có thể được xây dựng từ việc tổng hợp các quy tắc ở những chương, mục khác nhau của văn bản luật, thậm chí, ở những văn bản luật khác nhau cũng như ở các nguồn khác nhau của luật. Phương pháp bình luận văn bản không cho phép xây dựng các chế định của học thuyết pháp lý theo cách đó. Hậu quả là có những chế định bị cắt thành nhiều phần nhỏ và được rải ra ở những nơi khác nhau trong các tài liệu, sách khiến cho tính khoa học của công trình không được bảo đảm.

---

<sup>12</sup> Có lẽ do nhận thấy được sự đơn giản đến mức hơi nguy hiểm của các điều luật liên quan trong Luật hôn nhân và gia đình mà trong Nghị định số 70-CP ngày 03/10/2001 quy định chi tiết thi hành Luật hôn nhân và gia đình có một số quy định cụ thể về hậu quả của việc chia tài sản chung của vợ, chồng trong thời kỳ hôn nhân (Điều 8). Tuy nhiên, các quy định này, từ những phần chỉ nhắc lại Điều 30 Luật hôn nhân và gia đình năm 2000, lại có vẻ không phù hợp với tinh thần của Luật, nếu không muốn nói là hoàn toàn mâu thuẫn với các giải pháp nguyên tắc trong Luật. Một phân tích chi tiết ở điểm này sẽ được thực hiện trong khuôn khổ một đề tài khác: trước mắt có thể xem trang .

*Ví dụ.* Nghĩa vụ là một chế định lớn của luật dân sự (và đã từ lâu được ghi nhận trong hệ thống luật của các nước tiên tiến, như một ngành luật). Theo phương pháp được chấp nhận rộng rãi, việc nghiên cứu về nghĩa vụ bắt đầu bằng việc tìm hiểu các khái niệm. Sau đó, các căn cứ xác lập nghĩa vụ được xem xét: trước hết là các giao dịch, tức là các hành vi chủ động tạo ra những cam kết (bao gồm hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương), kể đến là các sự kiện pháp lý có tác dụng ràng buộc chủ thể của quan hệ pháp luật vào những cam kết ngoài ý muốn (bao gồm sự kiện gây thiệt hại cho người khác, tình trạng thực hiện công việc mà không có uỷ quyền và tình trạng được lợi về tài sản mà không có căn cứ pháp luật). Sau đó nữa, là các phân tích liên quan đến việc thực hiện nghĩa vụ đã được xác lập (người thực hiện, đối tượng, thể thức, chế tài trong trường hợp không thực hiện). Cuối cùng là các phân tích về việc chấm dứt nghĩa vụ. Với cách phân tích đó, người nghiên cứu có được lý thuyết chung về nghĩa vụ, được trình bày như một tổng thể; còn các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và các hợp đồng thông dụng trở thành các đề tài độc lập, được nghiên cứu trên cơ sở thụ hưởng các kết luận trong lý thuyết chung về nghĩa vụ.

Bố cục của các công trình tìm hiểu, bình luận văn bản được xây dựng dựa theo bố cục của văn bản. Bởi vậy, nghĩa vụ được định nghĩa ở một nơi. Một phần của căn cứ xác lập nghĩa vụ dân sự (giao dịch) được ghi nhận ở một nơi khác (thường là chung với đại diện, thời hạn, thời hiệu); một phần khác (sự kiện pháp lý) được trình bày ở một nơi khác nữa. Thực hiện nghĩa vụ là đề tài được xem xét riêng biệt (bao gồm cả phần chế tài do vi phạm nghĩa vụ). “Chấm dứt nghĩa vụ” được tìm hiểu một phần ở một nơi (chấm dứt tuyệt đối, nghĩa là nghĩa vụ không tiếp tục tồn tại); một phần khác ở một nơi khác dưới dạng thay đổi chủ thể của quan hệ nghĩa vụ (chấm dứt tương đối, nghĩa là nghĩa vụ vẫn tồn tại nhưng người có nghĩa vụ hoặc người có quyền là người khác). Các giáo trình luật dân sự Việt Nam đang lưu hành ở các trường luật là ví dụ điển hình. Với cách phân tích đó, người ta không thể xây dựng được các “chế định của học thuyết pháp lý” và dùng các chế định đó như các lăng kính để quan sát luật viết, các công cụ để mổ xẻ luật viết, mà chỉ có thể có những chú thích đối với các điều khoản của một văn bản luật, về ý nghĩa của các điều khoản đó.

#### **2.2.4. Phân tích “chay”**

Phân tích “chay” được quy ước hiểu theo hai cấp độ.

**Phân tích chỉ dựa vào văn bản luật.** Các phân tích trong các tài liệu, sách tìm hiểu pháp luật hoặc bình luận văn bản hầu như chỉ dựa vào chính văn bản đó. Đôi khi những người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp có tham khảo các nguồn quy tắc pháp lý ở các văn bản khác; song sự tham khảo còn khá sơ sài. Đặc biệt, rất hiếm có tác giả dám dựa vào vốn sống hoặc học thuật để phát triển các phân tích chuyên môn. Một cách tổng quát, các phân tích mà chỉ dựa vào văn bản luật thường là những phân tích cục bộ và mang đậm tính chất siêu hình.

**Không có phân tích.** Trong nhiều trường hợp, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp tự bằng lòng với việc dẫn lại từng câu, từng chữ của các quy tắc trong văn bản luật và coi đó cũng là kết quả phân tích của mình. Dẫn điều luật mà không phân tích, người dẫn, trong nhiều trường hợp, đã bỏ qua tất cả những vấn đề liên quan đến việc tìm hiểu ý nghĩa của điều luật viết và đã không giúp người đọc nắm bắt được tinh túy của điều luật cũng như làm sáng tỏ điều luật đó. Các ví dụ về không có phân tích có thể dễ dàng được tìm thấy ở nhiều tài liệu sách tìm hiểu pháp luật, bình luận văn bản, không cần thiết kể ra đây.

### **B. Nghiên cứu và phân tích luật viết trong hoạt động xét xử**

**Tìm quy tắc cần thiết cho vụ việc.** Khác với người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp, thẩm phán nghiên cứu và phân tích luật viết mỗi khi thụ lý một vụ án, nghĩa là khi đứng trước một vấn đề pháp lý cần được giải quyết trên cơ sở áp dụng một hoặc nhiều quy định của luật viết. Nói rõ hơn, nếu người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp xuất phát từ một điều luật và truy tầm các

tình huống cụ thể mà trong đó, điều luật có thể được áp dụng, thì thẩm phán lại xuất phát từ một tình huống cụ thể và truy tìm các điều luật có thể được áp dụng cho tình huống đó.

Trong điều kiện luật viết không đầy đủ hoặc không rõ nghĩa, người thực hành luật trong hoạt động xét xử cũng sử dụng các phương pháp nghiên cứu và phân tích luật viết tương tự như người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp; tuy nhiên, có vẻ như các phương pháp này chỉ được coi như các công cụ thứ yếu bên cạnh các chủ trương chung của Đảng và Nhà nước, đặc biệt là các chủ trương của Tòa án tối cao được ghi nhận trong các Kết Luận của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao tại các Hội nghị tổng kết công tác xét xử của ngành Tòa án được tổ chức hàng năm. Đối với những vụ án đặc biệt phức tạp, khó khăn, Tòa án cấp dưới thường xin ý kiến của Tòa án cấp trên hoặc của một hội nghị các cơ quan nội chính cùng cấp trước khi tiến hành xét xử.

Các nhận xét sau đây liên quan đến thực tiễn áp dụng pháp luật hình sự và dân sự.

## 1. Phân tích luật viết trong thực tiễn áp dụng pháp luật hình sự

**Luật luôn đầy đủ và rõ nghĩa.** Trong việc thụ lý và xét xử các vụ án hình sự, người thực hành luật trong hoạt động xét xử thường đặc biệt quan tâm đến việc đánh giá các chứng cứ, tình tiết liên quan đến các yếu tố cấu thành tội phạm hơn là việc phân tích điều luật dự kiến áp dụng. Nói rõ hơn, đối với người thực hành luật trong hoạt động xét xử hình sự, điều luật viết luôn rõ ràng và nhiệm vụ của người thực hành luật là làm sáng tỏ các chứng cứ, tình tiết trước khi trả lời câu hỏi liệu có thể áp dụng điều luật được quan tâm trong trường hợp đặc thù đang được xem xét, hay không

## 2. Phân tích luật viết trong thực tiễn áp dụng pháp luật dân sự

Trong việc thụ lý và xét xử các vụ án dân sự, thương mại, người thực hành luật chỉ quan tâm đến luật viết... từ khi có luật viết.

### 2.1. Trước khi có luật viết

**Giải quyết vấn đề theo chủ trương, đạo lý hoặc tập quán.** Trong điều kiện không có các quy tắc cần thiết để giải quyết một vụ việc mà không thể từ chối thụ lý, người thực hành luật trong hoạt động xét xử dựa vào tất cả những hiểu biết tích lũy được trong quá trình sống và hoạt động nghề nghiệp để xây dựng giải pháp cho các vấn đề đặt ra đối với mình.

*Ví dụ<sup>13</sup>. Căn nhà số 8 đường X thuộc quyền sở hữu của vợ chồng bà L do mua lại của ông T vào năm 1965, đã trước bạ sang tên. Năm 1968, ông bà L chết trong một tai nạn máy bay, để lại một đứa con gái tên Y, 14 tuổi. Căn nhà được giao cho ông N, người đỡ đầu của Y, quản lý. Người này lại cho phép bà Đ, chị ruột của mình, vào ở nhờ. Năm 1991, Bà Đ tiến hành hợp thức hoá quyền sở hữu đối với căn nhà nói trên rồi tặng cho con gái, chị M. Ít lâu sau, chị Y khởi kiện đòi lại nhà.*

Đứng trước một vụ án như thế, Tòa án chỉ có thể dựa vào lý thuyết chung về quyền sở hữu và tục lệ về thừa kế để xét xử, bởi vì ở thời điểm thụ lý vụ án, nước ta không có một điều luật viết nào chi phối các quan hệ giữa các đương sự trong trường hợp này. Thậm chí, trong điều kiện không có ai tranh chấp với chị Y về quyền thừa kế, người thực hành luật không quan tâm đến vấn đề liệu chị Y có đủ tư cách để kiện cũng như đủ tư cách để tiếp nhận tài sản trong trường hợp thắng kiện: nếu chị Y là người thừa kế duy nhất của vợ chồng bà L, thì mọi chuyện sẽ đơn giản; nhưng nếu chị Y chỉ là một trong các đồng thừa kế, thì chị chỉ có quyền khởi kiện (cũng như có quyền tiếp

<sup>13</sup> Ví dụ này được lấy lại từ: Đinh Văn Quế, *Bình luận án*, nxb TPHCM, 1998, tr. 302 và kế tiếp.

nhận tài sản trong trường hợp thắng kiện) một khi có sự nhất trí của các đồng thừa kế, theo đúng tục lệ về quản lý tài sản thuộc sở hữu chung theo phần.

## 2.2. Từ khi có luật viết

**Phân tích theo cảm quan.** Ngay cả trong trường hợp có luật viết để giải quyết một vụ việc, thì việc áp dụng luật viết trong các tình huống đặc thù cũng gặp rất nhiều khó khăn một khi luật không đầy đủ hoặc không rõ nghĩa: hầu hết những người thực hành luật đều có xu hướng giải quyết các vấn đề đặt ra cho mình theo những suy nghĩ dựa trên những quy tắc hiện của điều luật liên quan.

*Ví dụ.* Một người thuê một căn nhà để ở; trong thời gian hợp đồng thuê còn hiệu lực, người cho thuê tặng cho căn nhà cho một trong những người thân; người thuê yêu cầu được quyền ưu tiên mua bằng cách viện dẫn BLDS Điều 446; người cho thuê không đồng ý; người thuê kiện ra Tòa án.

Tất cả những người thực hành luật trong hoạt động xét xử, khi được hỏi ý kiến về vấn đề này, thông qua các phiếu điều tra, đều khẳng định rằng người thuê không có quyền ưu tiên mua trong trường hợp này; tuy nhiên, tất cả các lý giải đều được đưa ra theo cảm tính: vì BLDS Điều 446 chỉ thừa nhận quyền ưu tiên mua cho người thuê trong trường hợp nhà được đem bán và tặng cho không phải là bán; vì Điều 446 chỉ thừa nhận quyền ưu tiên mua của người thuê trong trường hợp nhà được đem bán chứ không thừa nhận quyền đó trong các trường hợp khác...

Trong một ví dụ khác, một người thuê nhà ở theo một hợp đồng không có thời hạn. Vào ngày 31/12/2001, người cho thuê nhận được thông báo của người thuê, theo đó, người thuê mong muốn chấm dứt hợp đồng thuê nhà vào ngày 30/6/2002. Người cho thuê không trả lời. Sáng ngày 01/7/2002 người thuê dọn hết đồ đạc của mình, khoá cửa và mang chìa khoá giao trả cho con trai trưởng (đã thành niên) của người cho thuê. Ngày 31/7, người cho thuê nhắn tin vào máy điện thoại di động của người thuê, yêu cầu thanh toán tiền thuê nhà cho tháng 7/2002. Lý lẽ của người cho thuê là: theo BLDS Điều 498 khoản 1, chỉ có người cho thuê trong một hợp đồng thuê nhà ở không có thời hạn mới có quyền chấm dứt hợp đồng thuê nhà bằng cách thông báo cho người thuê biết trước 6 tháng; luật không nói gì về quyền chấm dứt hợp đồng thuê nhà của người thuê trong trường hợp này.

Những người thực hành luật trong hoạt động xét xử, khi được hỏi ý kiến thông qua các phiếu điều tra, đã trả lời không giống nhau. Có người cho rằng người cho thuê có lý; người khác cho rằng người thuê đã cư xử đúng luật và do đó, không phải trả số tiền thuê nhà cho tháng 7. Dù bên vực người nào, tất cả những người thực hành luật đều cho rằng Điều 498 khoản 1 nêu trên có nội dung không rõ ràng và chính tình trạng không rõ ràng đó đã khiến mọi thái độ xử sự đều có căn cứ pháp luật nhưng không có thái độ nào được coi là có căn cứ pháp luật vững chắc.

Trong một ví dụ khác nữa, khi được hỏi liệu di sản thờ cúng có thể được chuyển nhượng trong khung cảnh của luật thực định, đại đa số những người thực hành luật đều trả lời phủ định; chỉ một số ít cho rằng có thể chuyển nhượng được tài sản thuộc di sản thờ cúng, nếu có sự đồng ý của tất cả những người thừa kế. Tuy nhiên, hầu như không có người thực hành luật nào gặp một người thực hành luật nào khác ở cách lý giải câu trả lời của mình: có người, không cho rằng di sản thờ cúng có thể được chuyển nhượng dựa vào lý lẽ, theo đó cần phải tôn trọng ý chí của người lập di sản thờ cúng; người khác, cũng cho rằng di sản thờ cúng không thể được chuyển nhượng, dựa vào lý lẽ theo đó, di sản thờ cúng không thuộc quyền sở hữu của những người thừa kế cũng không thuộc về người quản lý di sản thờ cúng người khác, nữa, cho rằng di sản thờ cúng có thể được người quản lý chuyển nhượng với sự đồng ý của những người thừa kế, dựa vào lý lẽ theo đó, luật không có quy định cấm chuyển nhượng di sản thờ cúng



**Trường hợp áp dụng một điều luật cũ.** Đặc biệt, khi đứng trước một điều luật đã được ban hành từ lâu và vẫn còn được áp dụng người thực hành luật thường gặp khó khăn trong việc tìm cách vận dụng trong một khung cảnh pháp lý có nhiều nhân tố mới.

*Ví dụ. Theo Pháp lệnh thi hành án dân sự ngày 21/4/1993 Điều 30, cơ quan thi hành án không được phép kê biên những tài sản sau đây của người phải thi hành án:*

- 1. Lương thực, thuốc men cần thiết cho người phải thi hành án và gia đình;*
- 2. Công cụ lao động, quần áo, đồ dùng sinh hoạt thông thường cần thiết của người phải thi hành án;*
- 3. Đồ dùng thờ cúng thông thường.*

Câu hỏi đặt ra là: trong khung cảnh của thực tiễn áp dụng pháp luật, liệu có thể mở rộng diện các tài sản không thể bị kê biên ra đến tất cả các tài sản gắn liền với nhân thân của người phải thi hành án, như quyền yêu cầu cấp dưỡng, quyền hưởng trợ cấp mất sức, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do tính mạng, sức khỏe bị xâm hại,...

Đứng câu hỏi này, đa số những người thực hành luật được hỏi theo các phiếu điều tra đều cho rằng việc mở rộng là có thể được. Tuy nhiên, người thì cho rằng bởi vì đó phù hợp với chính sách nhân đạo của người làm luật; người thì nói rằng bởi vì các quyền ấy cần thiết cho cuộc sống của con người,... Không ai chú ý đến một điểm rất tế nhị: điều luật liên quan được xây dựng vào năm 1993, trong khi các khái niệm về quyền tài sản gắn liền với nhân thân chỉ chính thức được đưa vào luật viết từ khi có BLDS năm 1995. Giả sử ngay từ năm 1993, luật Việt Nam đã có những khái niệm đó, thì hẳn người làm luật ở thời điểm đó đã có những quy định mang tính khái quát cao nhờ sử dụng các khái niệm, chứ không phải loay hoay với một bảng liệt kê các tài sản không được kê biên vừa lê thê, vừa không đầy đủ...

## Chương thứ hai

# Suy nghĩ ban đầu về giải pháp cho bài toán về phương pháp

Sự cần thiết của việc xây dựng phương pháp nghiên cứu và phân tích luật viết đã rõ ràng. Vấn đề còn lại là xác định các phương pháp đúng đắn. Nghiên cứu và phân tích luật viết là một hoạt động khoa học, đòi hỏi những phương pháp khoa học, đồng thời là một hoạt động kỹ thuật, đòi hỏi những phương pháp khoa học đặc thù. Ở chương trước, ta đã chứng minh tính hiệu quả hạn chế của những phương pháp đang được áp dụng trong hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết ở Việt Nam. Sau đây là những suy nghĩ về việc định hình các phương pháp nghiên cứu và phân tích thích hợp và những đề nghị về cách thức sử dụng các phương pháp ấy lần lượt đối với người thực hành luật trong hoạt động xét xử và với người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp.

## Mục I. Xây dựng các phương pháp

Nghiên cứu và phân tích luật viết theo phương pháp là một hoạt động trí tuệ được chuẩn bị công phu và được thực hiện theo một trình tự xác định, chặt chẽ, hợp lý.

### I. Chuẩn bị hoạt động nghiên cứu và phân tích

#### A. Chuẩn bị vật chất

**Văn bản pháp luật. Tài liệu tham khảo.** Đối tượng của hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết là các điều luật được ghi nhận trong các văn bản quy phạm pháp luật đang có hiệu lực thi hành. Liên quan đến văn bản quy phạm pháp luật đó có các văn bản có cùng lĩnh vực điều chỉnh, được ban hành trước đây và đã hết hiệu lực thi hành; các văn bản có cùng lĩnh vực điều chỉnh thuộc luật viết của các nước khác (luật viết so sánh); các tài liệu, công trình chuẩn bị (bao gồm cả các biên bản thảo luận, các báo cáo tổng hợp ý kiến đóng góp và các dự thảo); các công trình nghiên cứu khoa học luật xoay quanh những vấn đề được giải quyết trong văn bản đó; các công trình nghiên cứu khoa học luật trong luật so sánh xoay quanh những vấn đề đó hoặc vấn đề tương tự. Ngoài văn bản quy phạm pháp luật đang có hiệu lực thi hành, các nguồn dữ kiện phục vụ công tác nghiên cứu và phân tích được gọi chung là tài liệu tham khảo. Càng thu thập được nhiều tài liệu tham khảo, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp càng có nhiều thông tin phục vụ cho công việc chuyên môn.

**Hệ thống tư liệu dọc và hệ thống tư liệu ngang.** Tư liệu dọc là tư liệu được sắp xếp theo thứ tự thời gian; tư liệu ngang là tư liệu được phân loại theo lĩnh vực. Tư liệu dọc có thể được quản lý theo nhiều tầng: tư liệu cổ, tư liệu cận đại, tư liệu hiện đại; tư liệu cổ có thể được phân chia thành tư liệu của triều đại X, tư liệu của triều đại Y; tư liệu hiện đại có thể được chia thành tư liệu của giai đoạn X, của giai đoạn Y, của thời kỳ áp dụng pháp lệnh X, luật Y;... Tư liệu ngang, sau khi được phân loại theo lĩnh vực, có thể được quản lý theo chế định, theo chủ đề, theo xuất xứ (luật và dưới luật, luật trong nước và luật so sánh,...).

#### B. Chuẩn bị hình thức

##### 1. Xác định lý lịch của văn bản

**Nguồn gốc và tính chất văn bản.** Trước khi nghiên cứu và phân tích văn bản, người nghiên cứu và phân tích nên “định vị” văn bản trong thời gian, không gian: văn bản được xây dựng và ban hành vào thời điểm nào? khung cảnh kinh tế, chính trị, xã hội, văn hoá lúc đó ra sao? Văn bản thuộc loại gì (luật, pháp lệnh, nghị định,...) Việc xác định chính xác nguồn gốc và tính chất văn bản sẽ cho phép xây dựng quan điểm lịch sử cụ thể mà từ quan điểm đó, việc nghiên cứu và phân tích nội dung văn bản được thực hiện.

## 2. Nhấn mạnh các từ cần thiết

**Khái niệm “từ cần thiết”.** Những từ cần thiết có thể được chia thành hai nhóm.

- *Nhóm các từ cần làm rõ nghĩa.* Khi xây dựng văn bản luật, người làm luật có thể sử dụng những từ mà nội hàm được xác định trong hoàn cảnh lịch sử cụ thể của thời kỳ văn bản được xây dựng và ban hành; theo thời gian, nội hàm đó có thể đã thay đổi, thậm chí có thể đã trở nên khác hẳn. Người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phải nắm bắt được nội hàm của từ ngữ được thừa nhận ở thời kỳ mà văn bản được xây dựng và ban hành.

Bên cạnh đó, người đọc văn bản luật có thể bắt gặp những thuật ngữ thuộc các lĩnh vực hoàn toàn xa lạ với lĩnh vực chuyên môn của mình<sup>14</sup>. Cần tham khảo ý kiến của các nhà chuyên môn để làm rõ ý nghĩa của những từ đó.

Ngoài ra, có những cách diễn đạt có thể có một giá trị đặc biệt hoặc mang tính ví von, ám chỉ<sup>15</sup>. Cần tìm hiểu rõ các hoàn cảnh, điều kiện hình thành của các từ ngữ đó để có thể nắm chắc ý nghĩa của chúng

Cuối cùng, trong trường hợp một từ có nhiều nghĩa, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phải làm rõ ngay ý nghĩa đích thực của từ đó<sup>16</sup>, để tránh rơi vào những phân tích lạc đề.

- *Nhóm các từ khoá.* Gọi là từ khoá những từ có ý nghĩa quyết định đối với nội dung của quy tắc được chứa đựng trong điều luật viết. Khác với những từ cần làm rõ nghĩa, là những từ được ghi nhận bằng cách đọc văn bản, những từ khoá có thể ghi nhận trong quá trình tìm hiểu sơ bộ về ý nghĩa của văn bản

*Ví dụ.* Theo Luật hôn nhân và gia đình năm 2000 Điều 25, vợ hoặc chồng phải chịu trách nhiệm liên đới đối với giao dịch dân sự hợp pháp do một trong hai người thực hiện nhằm đáp ứng nhu cầu thiết yếu của gia đình. Có thể dễ dàng nhận ra các từ khoá trong điều luật: trách nhiệm liên đới, giao dịch hợp pháp và nhu cầu thiết yếu của gia đình.

**Mục đích của việc nhấn mạnh từ cần thiết.** Việc nhấn mạnh các từ cần thiết có tác dụng đặt cơ sở cho việc hình thành những ý tưởng ban đầu có tính chất định hướng cho việc phát triển các phân tích.

*Ví dụ.* Theo BLDS Điều 235, các chủ sở hữu chung cùng quản lý tài sản chung theo nguyên tắc nhất trí, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Với các từ khoá “nguyên tắc nhất trí”, “thoả thuận khác”, “quy định khác”, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp có thể xây dựng ý tưởng ban đầu về một bài phân tích được phát triển theo sơ đồ sau đây: I. Nguyên tắc nhất trí trong quản lý tài sản chung II. Quản lý tài sản chung theo thoả thuận; III. Ngoại lệ của nguyên tắc nhất trí trong quản lý tài sản chung.

<sup>14</sup> Ví dụ, đối với người không có kiến thức pháp lý cơ bản, các thuật ngữ như huỷ bỏ, vô hiệu hoá, đơn phương đình chỉ thực hiện, phải là những từ đồng nghĩa; trong khi những cụm từ như thời hiệu xác lập, thời hiệu thủ tiêu, là những cụm từ không rõ nghĩa.

<sup>15</sup> Ví dụ tại Điều 10 Nghị quyết ngày 24/8/1998 của Ủy ban thường vụ Quốc hội về các giao dịch dân sự về nhà ở xác lập trước ngày 01/7/1991 có nhắc đến những chủ sở hữu “đi hoạt động cách mạng”. Đối với người nước ngoài nghiên cứu luật Việt Nam, cụm từ này rõ ràng mang tính ví von và cần được giải thích cho rõ.

<sup>16</sup> Một trong những ví dụ điển hình trong ngôn ngữ pháp lý Việt Nam là trường hợp của thuật ngữ “thanh toán”. Trong một ngữ cảnh, thuật ngữ đó có thể có nghĩa là cân đối nợ và có; trong một ngữ cảnh khác, nó có thể hàm nghĩa thực hiện (quyền hoặc nghĩa vụ).

## C. Chuẩn bị bản thân

### 1. Năm vững chủ trương, đường lối, chính sách của Đảng

**Quan điểm chính trị.** Dưới chế độ xã hội chủ nghĩa, luật viết phản ánh và thể chế hoá chủ trương đường lối, chính sách của Đảng Cộng sản. Muốn phân tích luật viết một cách đúng đắn, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phải đứng vững trên quan điểm chính thống về mặt chính trị. Trong đa số trường hợp, việc phân tích luật viết chỉ cho ra những kết quả thuần túy kỹ thuật, chuyên môn; song cũng có những trường hợp các kết quả phân tích cần được đánh giá ở góc độ chính trị và chỉ được chấp nhận một khi tỏ ra phù hợp với đường lối, chủ trương, chính sách...

Nói chung, luật viết luôn đọng lại ở một thời điểm nhất định (thời điểm văn bản luật được thông qua) thành câu chữ cụ thể và là sản phẩm của lịch sử. Người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp, sau khi xác định được quan điểm mà người làm luật dựa vào để xây dựng quy tắc viết, phải cố gắng phát triển các phân tích luật viết theo hướng bảo vệ quan điểm đó.

Thậm chí có trường hợp do sai sót kỹ thuật, luật trở nên mâu thuẫn hoặc sơ hở hoặc không hợp lý trái cả với ý chí của người làm luật. Khi đó, người nghiên cứu luật có trách nhiệm, một mặt dựa vào ý chí đích thực của người làm luật chỉ ra giải pháp đúng đắn nhất mà người làm luật chủ trương mặt khác, góp ý với người làm luật về việc sửa đổi luật. Phần thứ nhất của công việc vừa nêu có thể được thực hiện trong khuôn khổ nghiên cứu, biên soạn sách, tài liệu tham khảo về luật; phần thứ hai của công việc vừa nêu có thể được thực hiện tại các hội thảo khoa học hoặc trên báo chí.

### 2. Học thuật

**Kiến thức phổ thông và kiến thức chuyên môn.** Về mặt lý thuyết, bất kỳ người nào cũng có thể nghiên cứu và phân tích luật viết. Song muốn thực hiện công việc có hiệu quả, người nghiên cứu và phân tích cần có kiến thức phổ thông tối thiểu và kiến thức chuyên môn về luật. Kiến thức càng rộng và sâu, thì hoạt động nghiên cứu và phân tích càng giàu tính sáng tạo và sắc bén.

*Ví dụ.* Theo BLDS Điều 458, việc mua bán có thể được xác lập kèm theo điều kiện theo đó người bán có thể chuộc lại tài sản bán trong một thời hạn. Với kiến thức phổ thông và kiến thức chuyên môn nhất định, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp nhận định rằng quyền chuộc lại là một quyền có giá trị tài sản và, trong điều kiện không có quy định hạn chế rành mạch của luật viết, là một quyền có thể chuyển giao được theo hợp đồng hoặc bằng con đường thừa kế. Từ nhận định đó, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp đặt các giả thiết: người chuộc lại mong muốn “bán” quyền chuộc lại cho một người khác; người chuộc lại chết và người thừa kế mong muốn thực hiện quyền chuộc lại; người chuộc lại chết, để lại nhiều người thừa kế, và người mua đứng trước nhiều người muốn chuộc lại tài sản mà không biết phải đáp ứng yêu cầu của họ như thế nào cho đúng luật;... Càng hình dung được nhiều giả thiết, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp càng xác định được nhiều cách tiếp cận, mổ xẻ văn bản

**Kiến thức luật so sánh.** Có hiểu biết tốt về luật của các nước khác, nhà chuyên môn sẽ có điều kiện rèn luyện kỹ năng nghiên cứu và phân tích khách quan: thoát ra khỏi hệ thống tư duy pháp lý mà trong đó mình được đào tạo, nhà chuyên môn đứng ở vị trí của một chuyên gia nước ngoài để tìm hiểu, xem xét luật của nước mình và phát hiện những dị biệt; sau đó, đứng ở vị trí người thứ ba so với cả hai hệ thống luật đang được so sánh để suy gẫm và xác định nguyên nhân của những dị biệt ấy, rồi, nếu có thể, chỉ ra những ưu điểm và nhược điểm của mỗi hệ thống, cũng như cân nhắc về những biện pháp khả thi nhằm hoàn thiện hệ thống luật của nước mình.