Viện sĩ, PGS. TS. NGUYỄN NGỌC ĐIỆN

PHƯƠNG PHÁP phân tích luật viết

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA SỰ THẬT

PHƯƠNG PHÁP

phân tích luật viết

Biên mục trên xuất bản phẩm
của Thư viện Quốc gia Việt Nam

Nguyễn Ngọc Điện

Phương pháp phân tích luật viết / Nguyễn Ngọc Điện. - H. : Chính trị Quốc gia, 2019. - 208tr. ; 21cm

1. Pháp luật 2. Phương pháp phân tích 3. Luật viết

340.1 - dc23

CTH0589p-CIP

Viện sĩ, PGS. TS. NGUYỄN NGỌC ĐIỆN

PHƯƠNG PHÁP phân tích luật viết

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA SỰ THẬT
Hà Nội - 2019

LỜI NHÀ XUẤT BẢN

Phân tích luật viết là một hoạt động của những người nghiên cứu và thực hiện pháp luật nhằm làm sáng tỏ các quy tắc, nội dung luật mà "người làm luật" muốn thiết lập và bảo đảm tính chính xác của việc thực hiện pháp luật trong thực tiễn. Đối tượng nghiên cứu của hoạt động phân tích luật là nội dung văn bản luật viết và kết quả của hoạt động đó là văn bản giải thích chính thức luật có tính pháp quy được cơ quan nhà nước ban hành và bảo đảm thực hiện; là công trình nghiên cứu khoa học luật, làm tài liệu tham khảo đối với việc xây dựng và thực hiện luật; hoặc là cơ sở cho bản án hoặc quyết định của Toà án, v.v.. Vì vậy, hoạt động phân tích luật là một hoạt động khoa học được thực hiện bằng những phương pháp khoa học tiếp cận nội dung các quy phạm pháp luật trong các văn bản luật nhằm phát hiện ý chí của người làm luật ẩn chứa trong câu chữ của các quy phạm pháp luật đó. Sự sáng tỏ của luật là một trong những điều kiện cần đối với việc nâng cao tính hiệu quả của các quy phạm pháp luật, đặc biệt là tính chính xác của hoạt động áp dụng pháp luật trong thực tiễn. Việc áp dụng pháp luật chính xác sẽ nâng cao tính thuyết phục của pháp luật đối với người dân và tính thuyết phục của pháp luật đối với người dân là điều kiện cần cho việc củng cố, hoàn thiện ý thức pháp luật, ý thức xã hội nói chung.

Với ý nghĩa đó, Nhà xuất bản Chính trị quốc gia Sự thật xuất bản cuốn sách ***Phương pháp phân tích luật viết*** của Viện sĩ, PGS.TS. Nguyễn Ngọc Điện giới thiệu một số 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 thực hiện pháp luật tại Việt Nam. Ngoài ra, những phương pháp phân tích luật viết được giới thiệu trong cuốn sách 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 luật ở Việt Nam.

Xin trân trọng giới thiệu cuốn sách với bạn đọc.

Tháng 6 năm 2019

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA SỰ THẬT

LỜI NÓI ĐẦU

Thực hiện pháp luật bao gồm cả: tuân thủ (tuân theo) pháp luật, thi hành (chấp hành) pháp luật, sử dụng pháp luật và đặc biệt là áp dụng pháp luật, là hoạt động đòi hỏi trí tuệ của người nghiên cứu và thực hiện pháp luật, đó cũng là việc ứng dụng các thành tựu của khoa học luật trong thực tiễn. Khoa học luật phải được xây dựng và hoàn thiện chặt chẽ, hệ thống theo phương pháp. Bản thân phương pháp cũng là một phạm trù khoa học và do đó, cũng cần được xây dựng và hoàn thiện theo "phương pháp của phương pháp". Phương pháp nghiên cứu khoa học luật, cũng như bất kỳ phương pháp nghiên cứu khoa học nào, luôn vận động và phát triển. Một nền luật học hiện đại nhất thiết phải gắn với một phương pháp nghiên cứu khoa học luật hiện đại.

Với cuốn sách *Phương pháp phân tích luật viết,* tác giả muốn giới thiệu tới người nghiên cứu luật và người thực hiện pháp luật ở Việt Nam một số phương pháp tiếp cận nội dung văn bản quy phạm pháp luật được thừa nhận và áp dụng phổ biến ở các nước có nền luật học phát triển, cũng như các khả năng vận dụng những phương pháp ấy trong

hoạt động nghiên cứu và phân tích nội dung văn bản quy phạm pháp luật ở Việt Nam.

Tác giả rất mong nhận được ý kiến đóng góp của những người làm công tác nghiên cứu khoa học luật cũng như thực hiện pháp luật đối với nội dung cuốn sách, đặc biệt là đối với tính khả thi của việc vận dụng các phương pháp được giới thiệu, trong hoàn cảnh, điều kiện đặc thù của hoạt động nghiên cứu khoa học luật và áp dụng pháp luật tại Việt Nam.

Thành phố Hồ Chí Minh, tháng 4 năm 2019
Viện sĩ, PGS.TS. NGUYỄN NGỌC ĐIỆN

PHẦN THỨ NHẤT

PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT VÀ PHƯƠNG PHÁP PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT

Chương I
LUẬT VIẾT

1. KHÁI NIỆM "LUẬT VIẾT"

Luật và văn bản pháp luật: Luật viết, hiểu theo nghĩa hẹp, là văn bản chứa các quy phạm pháp luật do cơ quan lập pháp ban hành. Theo quy định tại Điều 4 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, các văn bản luật viết bao gồm: Hiến pháp, bộ luật, luật, pháp lệnh của Ủy ban thường vụ Quốc hội[1], một số nghị quyết của Quốc hội hoặc của Ủy ban thường vụ Quốc hội[2].

Trong cuốn sách này, luật viết được quy ước như một khái niệm mà nội hàm của khái niệm này là:

- Tất cả các văn bản thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 có hiệu lực

---

1. Theo Hiến pháp năm 2013, Ủy ban thường vụ Quốc hội 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 (khoản 2 Điều 74). Trong chừng mực nào đó, Ủy ban thường vụ Quốc hội được coi là cơ quan được ủy quyền lập pháp.

2. 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. Việc thừa nhận cho Quốc hội và Ủy ban thường vụ Quốc hội quyền ban hành quy phạm dưới hình thức nghị quyết là một giải pháp tương đối đặc thù của Việt Nam. Ở các nước có nghị viện chuyên nghiệp, cơ quan lập pháp chỉ ban hành luật để đề ra quy phạm. Lý do là để tránh tình trạng cùng một chủ thể lại ra hai văn bản có hình thức khác nhau và chứa đựng nội dung mâu thuẫn nhau.

ngày 01/7/2016 (thay thế cho Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008)[1]. Các văn bản quy phạm pháp luật, tức 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, có hiệu lực bắt buộc chung, được áp dụng lặp đi lặp lại nhiều lần đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân trong phạm vi cả nước hoặc đơn vị hành chính nhất định, do cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền quy định trong Luật này ban hành và được Nhà nước bảo đảm thực hiện" (khoản 1 Điều 3 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015).

- 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.

---

1. Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 1996 không có quy định nào liên quan đến các văn bản pháp quy do Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân ban hành. Thiếu sót này đã được ghi nhận nhưng không được khắc phục trong Luật Sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2002. Đến năm 2004, một luật chính thức về ban hành văn bản pháp quy của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân các cấp mới được Quốc hội thông qua. Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008 tiếp tục dẫn chiếu đến Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân năm 2004 khi nói về văn bản pháp quy của chính quyền địa phương. Đến Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 mới có các quy định mang tính kỹ thuật và chi tiết về xây dựng và ban hành văn bản pháp quy của chính quyền địa phương.

Trong cuốn sách này, nghiên cứu và phân tích luật viết được hiểu là một hoạt động nhằm xây dựng học thuyết pháp lý, nên 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.

II. VAI TRÒ CỦA LUẬT VIẾT

Trụ cột của các nguồn luật: 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[1]. Thực ra, đây cũng là quan niệm được thừa nhận trong hầu hết các nước chịu ảnh hưởng của văn hóa pháp lý Latinh. Thậm chí, các nước theo thông luật (*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 hơn. Ví dụ ở Mỹ, luật viết thực sự là một nguồn quan trọng của luật và quy tắc luật 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.

Luật viết và tập quán: Trong hệ thống luật thực định Việt Nam, luật viết và tập quán là những nguồn trực tiếp của luật; nhưng luật viết được ưu tiên hơn tập quán trong thứ tự lựa chọn quy phạm áp dụng cho một trường hợp thực tiễn đặc thù. Ví dụ pháp luật đã chính thức thừa nhận điều này trong lĩnh vực dân sự, Điều 5 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định:

"Điều 5. Áp dụng tập quán

....

2. Trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp luật không quy định thì có thể áp dụng tập quán nhưng tập quán áp dụng không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này".

---

1. Xem Nguyễn Văn Động: *Giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2017, tr.213-214.

Từ quy định đó có thể rút ra các nhận xét sau:

Thứ nhất, nếu đối với cùng một vấn đề mà cả luật viết và tập quán đều có quy tắc giải quyết, thì phải lựa chọn quy tắc của luật viết;

Thứ hai, trong trường hợp không có quy tắc của luật viết và phải dùng tập quán để giải quyết vấn đề, thì phải lựa chọn những quy tắc tập quán nào phù hợp với những nguyên tắc của luật viết. Sự thừa nhận đó còn được quán triệt trong tất cả các ngành luật nào công nhận tập quán như là một nguồn luật, chứ không chỉ riêng luật dân sự, dù không có quy định rành mạch (tương tự như Điều 5 Bộ luật dân sự năm 2015) trong luật viết ở các lĩnh vực khác.

III. NHỮNG HẠN CHẾ CỦA LUẬT VIẾT

1. Hạn chế chung

Hạn chế của luật cũng là hạn chế của con người: Cũng như bất kỳ tồn tại khách quan nào, luật viết luôn ở trong trạng thái vận động hướng tới sự hoàn thiện và không bao giờ đạt đến sự hoàn thiện tuyệt đối. Luật viết được soạn thảo và ban hành bởi những con người cụ thể (có thẩm quyền). Do vậy, người làm luật, cũng như tất cả mọi người, chắc chắn có những thiếu sót trong hệ thống kiến thức, những định kiến và những hạn chế về tầm nhìn, tầm suy nghĩ. Người làm luật 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, cũng như có thể có những nhầm lẫn.

Ở Đức có lúc, người làm luật đã 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, với hy vọng đặt cơ sở cho việc giải quyết mọi vấn đề trong cuộc sống dân sự... Nhưng họ đã không thành công[1]: Án lệ, học thuyết, tập quán vẫn giữ vai trò nhất định trong việc hoàn thiện hệ thống luật.

Sự không rõ nghĩa của câu chữ, sự không đầy đủ về nội dung của một văn bản luôn là "căn bệnh cố hữu" của văn bản luật, không thể khắc phục hết, vì các lý do sau:

Thứ nhất, bản thân ngôn ngữ luôn có những vấn đề tự nhiên về nội hàm.

Với tư cách là một công cụ quy ước để bao chứa và chuyển tải thông tin, ngôn ngữ được coi như một phương tiện trong giao tiếp xã hội, giao tiếp sư 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[2]. Đặc biệt,

---

1. Mazeaud, Chabas: *Leçons de droit civil*, Montchrestien, Paris, 1986, episodes 1, livre1, nombre 93. Thật ra, Bộ luật dân sự của Đức đã và đang là hình mẫu cho rất nhiều bộ luật dân sự của các nước đang phát triển và mới nổi, thậm chí cho cả các nước phát triển (như Nhật Bản). Trung Quốc khi xây dựng Bộ luật dân sự cũng có xu hướng chọn Bộ luật dân sự Đức như là khuôn mẫu thích hợp.

2. Hiện nay, các văn bản pháp luật quan trọng ở Việt Nam đều dành riêng một điều luật ở 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 nhưng 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.

trong trường hợp diễn đạt không tốt, người soạn thảo có thể soạn một văn bản với những câu chữ không rõ nghĩa hoặc có thể bị hiểu theo nhiều nghĩa cùng một lúc. Hệ quả là việc áp dụng pháp luật không thống nhất, và các nỗ lực nhằm nắm bắt ý chí của người làm luật tiến hành trong những hoàn cảnh, điều kiện khác nhau sẽ cho ra những kết quả không giống nhau.

✍ ***Ví dụ 1.***

Một trong những ví dụ được cho là có tính tiêu biểu về hậu quả tai hại của việc hiểu sai từ ngữ pháp lý là khái niệm "tài sản hình thành trong tương lai". Theo khoản 2 Điều 108 Bộ luật dân sự năm 2015, tài sản hình thành trong tương lai bao gồm:

a) Tài sản chưa hình thành

b) Tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu sau thời điểm xác lập giao dịch

Các cụm từ "chưa hình thành" hoặc "đã hình thành" phải được hiểu theo nghĩa đen, tức là chưa hoặc đã định hình hoàn chỉnh về mặt vật lý, hay nói cách khác là chưa hoặc đã sẵn sàng để được khai thác, sử dụng theo đúng tính năng, công dụng.

Thêm nữa, một cách hợp lý, tài sản "chưa hình thành" trong trường hợp bình thường phải là tài sản đang hình thành theo một lộ trình rõ ràng, đáng tin cậy và hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của chủ thể giao dịch, chứ không phụ thuộc, dù chỉ một phần, vào ý chí của chủ thể khác.

Có trường hợp việc hình thành tài sản lệ thuộc vào ý chí (cụ thể là sự hợp tác) của chủ thể khác, thì để có thể xác lập giao dịch đối với tài sản đang hình thành, luật thường đòi hỏi

người tự xưng là chủ sở hữu phải có được sự bảo đảm khách quan về sự hình thành tài sản hoặc ít nhất có sự bảo đảm về việc đền bù thiệt hại thỏa đáng cho bên giao dịch trong trường hợp vì lý do nào đó mà tài sản không hình thành theo cam kết. Ví dụ, nhà ở đang được xây dựng trong khuôn khổ dự án nhà ở thương mại là tài sản hình thành trong tương lai (theo điểm a khoản 1 Điều 108 Bộ luật dân sự năm 2015). Chủ đầu tư có thể bán nhà ở loại này. Tuy nhiên, việc nhà có hình thành hay không lại phụ thuộc vào ý chí của chủ đầu tư. Bởi vậy, để tạo sự yên tâm cho người mua, luật quy định: "*Chủ đầu tư dự án bất động sản trước khi bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai phải được ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nghĩa vụ tài chính của chủ đầu tư đối với khách hàng khi chủ đầu tư không bàn giao nhà ở theo đúng tiến độ đã cam kết với khách hàng*" (khoản 1 Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014).

Tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu sau thời điểm xác lập giao dịch thì được hiểu là tài sản mà ở thời điểm xác lập giao dịch đang thuộc quyền sở hữu của người khác. Sau khi xác lập giao dịch thì chủ thể mới xác lập được quyền sở hữu đối với tài sản. Ví dụ, A giao kết với B một hợp đồng, theo đó, A bán cho B 100 cổ phần của công ty X. Ở thời điểm xác lập giao dịch, A chưa có quyền sở hữu đối với số cổ phần ấy; sau khi xác lập giao dịch, A mới tìm mua số cổ phần ấy rồi bán lại cho B. Trong trường hợp A không mua mà chỉ tìm cách kết nối người đang nắm giữ số cổ phiếu ấy với B để hai bên thực hiện việc mua bán trực tiếp, thì A được gọi là người môi giới.

Nói tóm lại, tài sản hình thành trong tương lai theo nghĩa của điểm b khoản 2 Điều 108 Bộ luật dân sự năm 2015 là tài sản đã hình thành về mặt vật lý, nhưng chưa hình thành về mặt pháp lý.

Tuy nhiên, một số ý kiến lại cho rằng tài sản hình thành trong tương lai được mô tả tại điểm b khoản 2 Điều 108 Bộ luật dân sự năm 2015 là tài sản đã hình thành và thuộc diện phải đăng ký quyền sở hữu nhưng chưa được đăng ký. Nhận định này là sai. Dường như sự sai lầm ấy có nguồn gốc từ một quy định tại Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm. Theo khoản 2 Điều 1 Nghị định số 11/2012/NĐ-CP thì trong các loại tài sản hình thành trong tương lai, có "... c) *Tài sản đã hình thành và thuộc đối tượng phải đăng ký quyền sở hữu, nhưng sau thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm thì tài sản đó mới được đăng ký theo quy định của pháp luật*"[1].

---

1. Nghị định số 11/2012/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung Nghị định số 163/2006/NĐ-CP được xây dựng trong bối cảnh có nhiều thắc mắc liên quan đến khái niệm tài sản hình thành trong tương lai được quy định trong Nghị định số 163/2006/NĐ-CP. Khoản 2 Điều 4 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP: "*Tài sản hình thành trong tương lai là tài sản thuộc sở hữu của bên bảo đảm sau thời điểm nghĩa vụ được xác lập hoặc giao dịch bảo đảm được giao kết. Tài sản hình thành trong tương lai bao gồm cả tài sản đã được hình thành tại thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm, nhưng sau thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm mới thuộc sở hữu của bên bảo đảm*".

Có căn cứ để suy luận rằng khi đề cập loại tài sản hình thành trong tương lai mà ở thời điểm giao dịch chưa thuộc sở hữu của bên bảo đảm, người soạn thảo Nghị định số 163/2006/NĐ-CP đã liên tưởng đến tài sản thuộc diện đăng ký nhưng chưa được đăng ký, chứ không phải tài sản đang thuộc

Ví dụ, nhà đã được xây dựng xong, nhưng chưa được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Thật ra, đối với luật hiện hành, trừ một số trường hợp đặc biệt, tài sản đã hình thành nhưng chưa đăng ký vẫn được thừa nhận thuộc quyền sở hữu của người tạo ra tài sản và thực sự là tài sản hiện có. Việc đăng ký, trên nguyên tắc, chỉ nhằm mục đích công khai tình trạng pháp lý của tài sản (bao gồm tình trạng sở hữu, tình trạng bảo đảm nghĩa vụ, địa dịch, kê biên,...), để tạo thuận lợi cho việc đàm phán giữa các bên giao dịch. Chính theo tinh thần này tại điểm a khoản 1 Điều 118 Luật Nhà ở năm 2014 đã xây dựng quy định nhà ở sẵn có chỉ được mua bán, trao đổi,... khi có giấy chứng nhận[1].

Thứ hai, số lượng câu chữ của văn bản luôn có giới hạn.

Một hình thức có giới hạn chỉ có thể thể hiện một nội dung có giới hạn. Bởi vậy, văn bản luật viết luôn chỉ có một số

---

sở hữu của người khác. Lý do là ở thời điểm xây dựng và ban hành Nghị định số 163/2006/NĐ-CP, hoạt động môi giới chưa thực sự phổ biến và cũng chưa được nhà chức trách, xã hội nhìn nhận với thái độ tích cực. Nghị định 11/2012/NĐ-CP chỉ khẳng định thêm điều này.

Vấn đề đặt ra là nếu nói rằng tài sản đã hình thành nhưng chưa đăng ký là tài sản chưa thuộc quyền sở hữu của chủ thể, thì cho đến ngày đăng ký, tài sản đó là của ai?

1. Với các quy định hiện hành thì tài sản đã hình thành, đang được sử dụng và thuộc loại phải đăng ký nhưng chưa được đăng ký, thì không thể được mua bán, trao đổi, thế chấp,... chứ không phải là có thể được thế chấp như tài sản hình thành trong tương lai. Lý do là một khi được đưa vào sử dụng, tài sản có thể bị ràng buộc vào nhiều quan hệ phức tạp, chẳng hạn, có thể bị kê biên, chịu địa dịch (đối với bất động sản),... Nói chung, nếu thuộc diện phải đăng ký mà không được đăng ký, tài sản được giao dịch có thể mang đến nhiều rủi ro không lường trước được đối với người thứ ba.

lượng giới hạn các quy tắc, trong khi các quan hệ xã hội cần điều chỉnh luôn phát sinh và phát triển đa dạng.

Mặt khác, văn bản pháp luật luôn đi sau trong việc dự liệu các tình huống pháp lý so với thực tiễn áp dụng pháp luật.

✍ ***Ví dụ 2.***

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 điều chỉnh các giao dịch loại này[1]. Tương tự, giao dịch có đối tượng là tiền ảo (như bitcoin) đang là một thực tế rất được quan tâm mà người làm luật ở các nước có phản ứng rất khác nhau. Ở Mỹ, tiền ảo được đối xử như một tài sản bình thường, lưu thông bình thường mà không cần hành lang pháp lý đặc biệt. Ở Nhật Bản, tiền ảo được luật thừa nhận là phương tiện thanh toán. Còn ở Việt Nam, tiền ảo cho đến nay vẫn chưa được pháp luật thừa nhận.

2. Các hạn chế đặc thù

a) Sự mập mờ

Quy định mập mờ được hiểu là quy định mà khi đọc, người đọc không thật sự hiểu hoặc không chắc chắn hiểu hết ý chí của người làm luật.

---

1. Ở Việt Nam, việc mua bán trên internet chưa phổ biến trong những năm 2000. Tuy nhiên, từ khi smartphone được sử dụng rộng rãi, việc mua bán trực tuyến đã phát triển với tốc độ rất nhanh, trong khi việc hoàn thiện khung pháp lý về thương mại điện tử chưa theo kịp.

Ví dụ 1.

Điều 645 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định:

"Điều 645. Di sản dùng vào việc thờ cúng

1. Trường hợp người lập di chúc để lại một phần di sản dùng vào việc thờ cúng thì phần di sản đó không được chia thừa kế và được giao cho người đã được chỉ định trong di chúc quản lý để thực hiện việc thờ cúng; nếu người được chỉ định không thực hiện đúng di chúc hoặc không theo thỏa thuận của những người thừa kế thì những người thừa kế có quyền giao phần di sản dùng vào việc thờ cúng cho người khác quản lý để thờ cúng.

Trường hợp người để lại di sản không chỉ định người quản lý di sản thờ cúng thì những người thừa kế cử người quản lý di sản thờ cúng.

Trường hợp tất cả những người thừa kế theo di chúc đều đã chết thì phần di sản dùng để thờ cúng thuộc về người đang quản lý hợp pháp di sản đó trong số những người thuộc diện thừa kế theo pháp luật.

2. Trường hợp toàn bộ di sản không đủ để thanh toán nghĩa vụ tài sản của người đó thì không được dành một phần di sản dùng vào việc thờ cúng".

Một loạt vấn đề đặt ra đối với điều luật này, đó là: Di sản thờ cúng theo chế độ sở hữu nào? Sở hữu chung hay sở hữu riêng hay sở hữu đặc biệt? Người quản lý có những quyền và nghĩa vụ gì đối với di sản thờ cúng? Sử dụng di sản thờ cúng như thế nào mới gọi là đúng mục đích thờ cúng? Di sản chỉ được sử dụng vào việc thờ cúng hay còn có thể sử dụng vào các

mục đích khác, đặc biệt là phục vụ cuộc sống riêng tư của người quản lý? Sau khi người quản lý chết, di sản thờ cúng được chuyển giao cho người nào và theo thể thức nào?... Nội dung khoản 2 của điều luật đã khiến người đọc đặt câu hỏi: Liệu trong trường hợp di sản không mất khả năng thanh toán thì người lập di chúc có hay không quyền lập toàn bộ tài sản có, sau khi trừ đi các khoản nợ phải trả, thành di sản dùng vào việc thờ cúng?

Nguyên nhân của sự mập mờ của văn bản luật là rất đa dạng.

Trong trường hợp văn bản quy phạm do một cơ quan quản lý chuyên ngành soạn thảo và giải quyết các vấn đề thuộc lĩnh vực chuyên môn thuộc thẩm quyền quản lý của cơ quan soạn thảo, thì người soạn thảo có xu hướng sử dụng các thuật ngữ chuyên môn để diễn đạt nội dung các quy tắc. Ví dụ, Luật Dược năm 2016 sửa đổi, bổ sung năm 2018 là một luật rất chuyên môn. Người làm luật đã dành một điều luật lớn (Điều 2) gồm 43 khoản, tương ứng với 43 thuật ngữ, trong đó có rất nhiều khoản giải thích các từ chuyên môn, nhưng đối với người đọc phổ thông vẫn còn nhiều từ không rõ nghĩa như: lâm sàng, thần kinh...

Đó có thể là do người làm luật đã dùng từ ngữ địa phương hoặc chuyên ngành để diễn đạt ý chí. Hậu quả là người địa phương khác, người không có chuyên môn sẽ thấy khó hiểu khi đọc điều luật. Các ví dụ về quy phạm mập mờ loại này có thể tìm thấy trong các luật chuyên ngành và nhất là các văn bản lập quy cấp bộ. Chẳng hạn, Luật Giao thông đường bộ năm 2008 sửa đổi, bổ sung năm 2018 dùng từ "bánh lốp"

(điểm đ khoản 1 Điều 53) là thuật ngữ chỉ thông dụng với người dân ở miền Bắc Việt Nam;...

Sự mập mờ cũng được ghi nhận trong trường hợp điều luật được soạn thảo một cách đơn giản và lúc luật được biên soạn thì quan hệ xã hội được luật điều chỉnh cũng còn đơn giản. Nhưng rồi những quan hệ cùng loại phức tạp hơn dần dần xuất hiện. Do quan hệ phức tạp ấy là quan hệ cùng loại với quan hệ được luật điều chỉnh nên không thể nói là luật bỏ sót quan hệ này. Tuy nhiên, người thi hành luật không biết chắc liệu người làm luật có thật sự đã dự kiến được tình huống và khi dùng những từ ngữ như được ghi nhận trong văn bản luật, người làm luật thật sự muốn ám chỉ cả những tình huống ấy. Điều 147 Bộ luật hình sự năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009 là một ví dụ:

"Điều 147. Tội vi phạm chế độ một vợ, một chồng

1. Người nào đang có vợ, có chồng mà kết hôn hoặc chung sống như vợ chồng với người khác hoặc người chưa có vợ, chưa có chồng mà kết hôn hoặc chung sống như vợ chồng với người mà mình biết rõ là đang có chồng, có vợ gây hậu quả nghiêm trọng hoặc đã bị xử phạt hành chính về hành vi này mà còn vi phạm, thì...".

Điều luật tương đối rõ ràng một khi "người nào" và "người khác" được ám chỉ là những người khác giới. Đó hẳn cũng là sự ám chỉ mà người làm luật mong muốn khi soạn thảo điều luật. Nhưng nếu những người đó là người đồng giới thì sự việc có thể trở nên phức tạp. Trong một tình huống thực tiễn

khi một người nam đã có vợ chung sống như vợ chồng với một người nam khác hoặc một người nữ có chồng chung sống như vợ chồng với một người nữ khác thì các cụm từ "người nào", "người khác" sẽ trở nên khó hiểu vì không xác định được đó là người thuộc giới tính nào. Liệu khi biên soạn điều luật, người làm luật có dự kiến được tình huống này không?

Một trường hợp mập mờ thường gặp khác là do người làm luật sử dụng một từ có nhiều nghĩa và trong ngữ cảnh của điều luật, người đọc không chắc người làm luật lựa chọn nghĩa nào. Một trong những ví dụ điển hình về từ nhiều nghĩa là từ "thanh toán". Thông thường, từ này được người làm luật sử dụng để chỉ việc chi trả một số tiền trong khuôn khổ thực hiện một nghĩa vụ[1]. Tuy nhiên, với tiêu đề "Thanh toán và phân chia di sản" của chương XXV Bộ luật dân sự năm 2005 (nay là chương XXIV Bộ luật dân sự năm 2015), người làm luật xây dựng các quy định giải quyết một loạt

---

1. Điều 36 Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã sử dụng từ "thanh toán" theo nghĩa này:

"*Điều 36. Chuyển quyền sở hữu tài sản góp vốn*

1....

c) Cổ phần hoặc phần vốn góp bằng tài sản không phải là Đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng chỉ được coi là thanh toán xong khi quyền sở hữu hợp pháp đối với tài sản góp vốn đã chuyển sang công ty.

2. Tài sản được sử dụng vào hoạt động kinh doanh của chủ doanh nghiệp tư nhân không phải làm thủ tục chuyển quyền sở hữu cho doanh nghiệp.

3. **Thanh toán** *mọi hoạt động mua, bán, chuyển nhượng cổ phần và phần vốn góp và nhận cổ tức của nhà đầu tư nước ngoài đều phải được thực hiện thông qua tài khoản vốn của nhà đầu tư đó mở tại ngân hàng ở Việt Nam, trừ trường hợp thanh toán bằng tài sản*".

các vấn đề liên quan đến việc tổ chức chuyển giao di sản cho người thừa kế. Trong các vấn đề liên quan có vấn đề thứ tự thanh toán nợ ngoài ra còn nhiều vấn đề khác như: xác định quyền của người thừa kế đã thành thai nhưng chưa được sinh ra ở thời điểm mở thừa kế..., điều đó khiến cho việc thanh toán và phân chia di sản trở thành một tập hợp các công việc phức tạp.

b) Sự thiếu sót

Người làm luật có tầm nhìn và khả năng dự kiến của bản thân, nhưng chắc chắn không thể nắm bắt được tất cả những gì đang diễn ra. Bởi vậy, giữa luật và thực tiễn luôn có một khoảng cách: Thực tiễn luôn đi trước và luật đi sau. Trong không ít trường hợp, người nghiên cứu, người thực hành đứng trước những vấn đề không thể giải quyết bằng cách áp dụng trực tiếp một điều luật.

✍ ***Ví dụ 2.***

Điều 131 Luật Nhà ở năm 2014 quy định:

"Điều 131. Các trường hợp chấm dứt hợp đồng thuê nhà ở

1. Trường hợp thuê nhà ở thuộc sở hữu nhà nước thì việc chấm dứt hợp đồng thuê nhà được thực hiện khi có một trong các trường hợp quy định tại khoản 1 Điều 84 của Luật này.

2. Trường hợp thuê nhà ở không thuộc sở hữu nhà nước thì việc chấm dứt hợp đồng thuê nhà ở được thực hiện khi có một trong các trường hợp sau đây:

a) Hợp đồng thuê nhà ở hết hạn; trường hợp trong hợp đồng không xác định thời hạn thì hợp đồng chấm dứt sau 90 ngày, kể từ ngày bên cho thuê nhà ở thông báo cho bên thuê nhà ở biết việc chấm dứt hợp đồng;...".

Có thể thấy ngay thiếu sót của luật là không dự kiến trường hợp có hợp đồng thuê nhà không có thời hạn mà bên muốn chấm dứt hợp đồng là bên thuê.

Cho đến nay, thực tiễn xét xử chưa ghi nhận trường hợp tranh chấp nào từ việc chấm dứt hợp đồng thuê nhà ở không thời hạn do áp dụng Điều 131 nói trên. Bởi vậy, tòa án chưa có cơ hội bày tỏ quan điểm của mình về cách áp dụng điều luật này, đặc biệt là trong trường hợp bên muốn chấm dứt hợp đồng là bên thuê và bên cho thuê thì không đồng ý.

Một ví dụ từ thực tiễn: Một người thuê nhà ở theo một hợp đồng không có thời hạn từ ngày 01/7/2015. Vào ngày 31/12/2015, người cho thuê nhận được thông báo của người thuê, theo đó, người thuê mong muốn chấm dứt hợp đồng thuê nhà vào ngày 30/6/2016. Người cho thuê không trả lời. Sáng ngày 01/7/2016, người thuê dọn hết đồ đạc của mình, khóa cửa và mang chìa khóa trả lại cho con trai (đã thành niên) của người cho thuê. Ngày 31/7/2016, người cho thuê nhắn tin vào máy điện thoại di động của người thuê, yêu cầu thanh toán tiền thuê nhà cho tháng 7/2016. Lý lẽ của người cho thuê là: Theo khoản 1 Điều 131 Luật Nhà ở năm 2014, 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 thi hành luật trong hoạt động xét xử, khi được hỏi ý kiến thông qua các phiếu điều tra, đã có câu trả lời không giống nhau đối với tình huống này. Có người cho rằng, người cho thuê có lý; người khác lại cho rằng người thuê đã cư xử đúng luật. Tuy nhiên, dù là theo cách trả lời nào thì tất cả những người thi hành luật đều cho rằng điểm a khoản 2 Điều 131 Luật Nhà ở năm 2014 có nội dung không rõ ràng. 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.

✍ ***Ví dụ 3.***

Có trường hợp người làm luật dự kiến được tình huống có vấn đề và xây dựng giải pháp cho vấn đề đặt ra trên cơ sở áp dụng phương pháp suy lý tam đoạn luận. Tuy nhiên, bản thân tình huống lại có thể có nhiều phiên bản đa dạng được ghi nhận trong thực tiễn, trong đó có những tình huống có đầy đủ các yếu tố như được đòi hỏi tại điều luật, nhưng việc áp dụng quy định của luật để xử lý tình huống lại khiến không chỉ thẩm phán mà tất cả mọi người cảm thấy không ổn.

Điều 51 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định:

"Điều 51. Quyền yêu cầu giải quyết ly hôn

1. Vợ, chồng hoặc cả hai người có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết việc ly hôn.

2.....

3. Chồng không có quyền yêu cầu ly hôn trong trường hợp vợ đang có thai, sinh con hoặc đang nuôi con dưới 12 tháng tuổi".

Quy định tại khoản 3 điều luật nêu trên được thừa nhận là được xây dựng nhằm mục đích bảo vệ người vợ. Theo nhiều ý kiến, quy định này nhắm đến việc bảo vệ cả người vợ và đứa con trong hoàn cảnh khó khăn. Tuy nhiên, nếu là để bảo vệ đứa trẻ thì biện pháp bảo vệ như thế là chưa ổn, bởi quyền ly hôn của người chồng chỉ bị "treo" tối đa cho đến khi đứa trẻ được đủ 12 tháng tuổi, nghĩa là vẫn còn rất nhỏ và vẫn cần được bảo vệ.

Còn nếu là để bảo vệ người vợ như nhiều ý kiến cho rằng, người làm luật "treo" quyền ly hôn của người chồng để giúp người vợ có được quan tâm, chăm sóc cần thiết trong khoảng thời gian được cho là khó khăn, thì thật ra, cho dù không cho phép người chồng cắt đứt quan hệ hôn nhân trong khoảng thời gian ấy thì cũng không có gì bảo đảm là người vợ có được sự chăm sóc, hỗ trợ từ người chồng. Suy cho cùng, "treo" quyền ly hôn của người chồng trong khoảng thời gian này chỉ nhằm giúp người vợ được toàn tâm chăm lo cho bào thai và sau đó là đứa con nhỏ vì ly hôn là chuyện phức tạp, rắc rối, phải suy nghĩ và mất thời gian; nếu rơi vào hoàn cảnh đó, người vợ có nguy cơ không thể dành cho bào thai và đứa con sau này sự chăm sóc có chất lượng.

Xét một trường hợp đặc thù, một người phụ nữ trẻ đẹp chấp nhận kết hôn với một người chồng già, xấu xí nhưng rất giàu, với mục đích chờ đến khi chồng chết thì hưởng gia tài. Biết được thâm ý của người vợ, chồng nộp đơn xin ly hôn.

Để ngăn chặn việc giải quyết yêu cầu ly hôn của người chồng, người vợ trẻ đã chủ động ngoại tình để có thai và thành công. Áp dụng điều luật trên bằng phương pháp suy lý tam đoạn luận vào trường hợp này, thì phải tạm "treo" quyền xin ly hôn của người chồng. Bởi đơn giản, khi ra điều kiện áp dụng quy định, người làm luật không phân biệt bào thai người vợ cưu mang là của người chồng hay của người khác. Theo luật, việc ly hôn tạm hoãn do người vợ có thai và sẽ tiếp tục kéo dài sau khi đứa trẻ được sinh ra cho đến khi trẻ được đủ 12 tháng tuổi. Nhưng trước khi trẻ đủ 12 tháng tuổi thì người vợ lại ngoại tình và tiếp tục có thai, sau đó lại sinh con. Về mặt lý thuyết, người vợ có thể có thai và sinh con liên tục để được hưởng sự trì hoãn giải quyết yêu cầu ly hôn cho đến khi người chồng chết vì uất ức và đau buồn[1].

Trước đây, khi hướng dẫn thi hành Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010[2], Tòa án nhân dân tối cao chủ trương không phân biệt tác giả của bào thai hoặc bố của đứa con là người chồng hay một người thứ ba: chỉ cần

---

1. Theo luật hiện hành, người chồng không thể dùng di chúc tước bỏ quyền hưởng di sản của người vợ, bởi người vợ thuộc diện người có quyền hưởng di sản không phụ thuộc vào nội dung di chúc. Áp dụng khoản 1 Điều 664 Bộ luật dân sự năm 2015: người vợ vẫn được phần di sản bằng 2/3 suất của một người thừa kế theo pháp luật, trong trường hợp không được người lập di chúc cho hưởng di sản hoặc chỉ cho hưởng ít hơn 2/3 suất đó. Giả sử người chồng lập di chúc tuyên bố giao toàn bộ di sản cho một tổ chức từ thiện, thì tổ chức này cũng chỉ nhận được một phần, sau khi trích 2/3 di sản để bảo đảm quyền thừa kế không phụ thuộc vào nội dung di chúc của người vợ.

2. Khoản 2 Điều 83 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010 cũng quy định: Việc "treo" quyền yêu cầu ly hôn của người chồng trong cùng những điều kiện như được quy định tại Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

người vợ có thai hoặc đang nuôi con nhỏ và không muốn ly hôn, thì người chồng không thể xin ly hôn[1]. Tuy nhiên, hẳn trong suy nghĩ của các thẩm phán, trường hợp người chồng không thể xin ly hôn do người vợ có thai hoặc nuôi con nhỏ, dù bào thai hoặc đứa con là kết quả của hành vi ngoại tình, chỉ là trường hợp rất cá biệt. Tính cá biệt bao trùm cả hành vi ngoại tình dẫn đến mang thai. Trường hợp người vợ ngoại tình một cách có hệ thống và chủ động sử dụng "sản phẩm"

---

1. Trích Nghị quyết số 02/2000/NQ-HĐTP ngày 23/12/2000 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000:

"6. Quyền yêu cầu Tòa án giải quyết việc ly hôn (Điều 85)

Theo quy định tại Điều 85 thì vợ, chồng hoặc cả hai người có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết việc ly hôn. Tuy nhiên, người chồng không có quyền yêu cầu xin ly hôn khi vợ đang có thai hoặc đang nuôi con dưới 12 tháng tuổi. Luật chỉ quy định "vợ đang có thai hoặc đang nuôi con dưới 12 tháng tuổi"; do đó, khi người vợ đang thuộc một trong các trường hợp này (không phân biệt người vợ có thai với ai hoặc bố của đứa trẻ dưới 12 tháng tuổi là ai), mà người chồng có yêu cầu xin ly hôn, thì giải quyết như sau:

a. Trong trường hợp chưa thụ lý vụ án thì Tòa án áp dụng điểm 1 Điều 36 Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự trả lại đơn kiện cho người nộp đơn.

b. Trong trường hợp đã thụ lý vụ án thì Tòa án cần giải thích cho người nộp đơn biết là họ chưa có quyền yêu cầu xin ly hôn. Nếu người nộp đơn rút đơn yêu cầu xin ly hôn thì Tòa án áp dụng điểm 2 Điều 46 Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự ra quyết định đình chỉ việc giải quyết vụ án. Nếu người nộp đơn không rút đơn yêu cầu xin ly hôn thì Tòa án tiến hành giải quyết vụ án theo thủ tục chung và quyết định bác yêu cầu xin ly hôn của họ".

Cách giải thích này có thể phù hợp với quan niệm về vai trò của thẩm phán thời kỳ trước cải cách tư pháp, đặc trưng bởi việc thừa nhận cho thẩm phán quyền chủ động thu thập chứng cứ. Đáng lý ra, mỗi khi có đơn yêu cầu, thì thẩm phán phải thụ lý. Trong trường hợp dự kiến tại khoản 3 Điều 51 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, chính người vợ phải trưng ra bằng chứng về việc có thai hoặc nuôi con nhỏ và chủ động viện dẫn điều luật để thụ hưởng biện pháp bảo vệ. Nếu người vợ không làm việc đó, coi như từ chối thụ hưởng sự bảo vệ mà luật dành cho mình, thì tòa án vẫn phải thụ lý và xét xử bình thường.

có được từ việc ngoại tình để được áp dụng điều luật nhằm phục vụ lợi ích của mình rõ ràng không phải là trường hợp được người làm luật dự kiến.

c) Sự mâu thuẫn

Có trường hợp đối với cùng một vấn đề lại có nhiều quy phạm đang có hiệu lực cùng chi phối và cách giải quyết vấn đề dựa vào các quy phạm khác nhau là khác nhau. Khi đứng trước tình huống này người áp dụng luật sẽ rất khó khăn trong việc lựa chọn một quy phạm được cho là căn cứ tốt nhất, hợp lý nhất để giải quyết vấn đề. Điều đó cũng có nghĩa là người áp dụng luật phải phủ nhận giá trị áp dụng của quy phạm chứa đựng cách xử lý khác với quy phạm được lựa chọn.

✍ ***Ví dụ 4.***

Điều 273 Bộ luật dân sự năm 2015.

"Điều 273. Xử lý tài sản khi quyền bề mặt chấm dứt

1. Khi quyền bề mặt chấm dứt, chủ thể quyền bề mặt phải trả lại mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất cho chủ thể có quyền sử dụng đất theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật.

2. Chủ thể quyền bề mặt phải xử lý tài sản thuộc sở hữu của mình trước khi quyền bề mặt chấm dứt, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Trường hợp chủ thể quyền bề mặt không xử lý tài sản trước khi quyền bề mặt chấm dứt thì quyền sở hữu tài sản đó thuộc về chủ thể có quyền sử dụng đất kể từ thời điểm quyền bề mặt chấm dứt, trừ trường hợp chủ thể có quyền sử dụng đất không nhận tài sản đó...".

Tình huống dự kiến là A cho B thuê một thửa đất trong thời hạn 10 năm để đặt cơ sở kinh doanh. Hết hạn thuê, B bỏ đi mà không phá dỡ các công trình xây dựng trên đất thuê trong thời gian kinh doanh, dù đã được A nhắc nhở. Cuối cùng, theo yêu cầu của A, B phát thư thông báo từ bỏ quyền sở hữu đối với các công trình này. Áp dụng Điều 273 đã dẫn trên thì A có quyền xác lập quyền sở hữu đối với các tài sản do B bỏ lại.

Nhưng mặt khác, phải thấy rằng tài sản do người có quyền bề mặt để lại trên đất là các bất động sản (nhà, công trình xây dựng khác, cây trồng,...). Các bất động sản này ở trong tình trạng bị chủ sở hữu từ bỏ và trở thành bất động sản vô chủ theo nghĩa của khoản 1 Điều 228 Bộ luật dân sự năm 2015.

"Điều 228. Xác lập quyền sở hữu đối với tài sản vô chủ, tài sản không xác định được chủ sở hữu

1. Tài sản vô chủ là tài sản mà chủ sở hữu đã từ bỏ quyền sở hữu đối với tài sản đó.

Người đã phát hiện, người đang quản lý tài sản vô chủ là động sản thì có quyền sở hữu tài sản đó, trừ trường hợp luật có quy định khác; nếu tài sản là bất động sản thì thuộc về Nhà nước...".

Trong tình huống trên, nếu áp dụng khoản 1 Điều 228 Bộ luật dân sự năm 2015, thì các bất động sản do B bỏ lại thuộc sở hữu của Nhà nước.

✍ ***Ví dụ 5.***

Có sự mâu thuẫn của luật trong cách giải quyết vấn đề chuyển giao di sản thừa kế, nếu áp dụng các điều luật khác nhau của Bộ luật dân sự năm 2015.

"Điều 651. Người thừa kế theo pháp luật

1. Những người thừa kế theo pháp luật được quy định theo thứ tự sau đây:

a) Hàng thừa kế thứ nhất gồm: vợ, chồng, cha đẻ, mẹ đẻ, cha nuôi, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi của người chết;

b) Hàng thừa kế thứ hai gồm: ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại, anh ruột, chị ruột, em ruột của người chết; cháu ruột của người chết mà người chết là ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại;

c) Hàng thừa kế thứ ba gồm: cụ nội, cụ ngoại của người chết; bác ruột, chú ruột, cậu ruột, cô ruột, dì ruột của người chết; cháu ruột của người chết mà người chết là bác ruột, chú ruột, cậu ruột, cô ruột, dì ruột; chắt ruột của người chết mà người chết là cụ nội, cụ ngoại.

2. Những người thừa kế cùng hàng được hưởng phần di sản bằng nhau.

3. Những người ở hàng thừa kế sau chỉ được hưởng thừa kế, nếu không còn ai ở hàng thừa kế trước do đã chết, không có quyền hưởng di sản, bị truất quyền hưởng di sản hoặc từ chối nhận di sản".

"Điều 652. Thừa kế thế vị

Trường hợp con của người để lại di sản chết trước hoặc cùng một thời điểm với người để lại di sản thì cháu được hưởng phần di sản mà cha hoặc mẹ của cháu được hưởng nếu còn sống; nếu cháu cũng chết trước hoặc cùng một thời điểm với người để lại di sản thì chắt được hưởng phần di sản mà cha hoặc mẹ của chắt được hưởng nếu còn sống".

Trong tình huống thực tiễn, X chết để lại một di sản có giá trị lớn. X có hai người con là A và B đều đã chết. A có một người con là A1; B có hai người con là B1 và B2. Nếu áp dụng Điều 651 Bộ luật dân sự năm 2015, thì phải gọi thừa kế ở hàng thứ hai, do hàng thứ nhất không còn ai. Trong trường hợp này, có 3 thừa kế thuộc hàng thứ hai, mỗi người nhận được 1/3 di sản. Nhưng nếu áp dụng Điều 652 Bộ luật dân sự năm 2015, thì A1 nhận di sản với tư cách thừa kế thế vị của A, do đó sẽ được chia 1/2 di sản; còn B1 và B2 nhận di sản với tư cách thừa kế thế vị của B, do đó sẽ được chia chung 1/2 di sản, nghĩa là mỗi người nhận được 1/4. Rất có thể A1 sẽ yêu cầu áp dụng Điều 652 Bộ luật dân sự năm 2015 để được nhận di sản bằng con đường thừa kế thế vị, trong khi B1 và B2 sẽ yêu cầu áp dụng Điều 651 Bộ luật dân sự năm 2015 để được nhận di sản bằng con đường thừa kế theo pháp luật.

Trong một tình huống thực tiễn khác, X còn có một người em trai là Y. Khi đó, nếu áp dụng Điều 651 Bộ luật dân sự năm 2015, thì hàng thứ kế thứ hai có 4 người chứ không phải chỉ có 3 người, do đó mỗi người nhận được 1/4 di sản. Nhưng nếu áp dụng Điều 652 Bộ luật dân sự năm 2015, thì 1/2 di sản thuộc về A1, trong khi B1 và B2 nhận được 1/4 di sản cho mỗi người, còn Y không nhận được gì. Trong trường hợp này, Y sẽ yêu cầu áp dụng Điều 651 Bộ luật dân sự năm 2015, trong khi A1 sẽ yêu cầu áp dụng Điều 652 Bộ luật dân sự năm 2015; về phần mình, B1 và B2 có thể đứng trung lập, bởi áp dụng điều nào thì phần di sản mà họ nhận được cũng không thay đổi.

Chương II
HOẠT ĐỘNG PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT

I. ĐỐI TƯỢNG NGHIÊN CỨU VÀ PHÂN TÍCH CỦA HOẠT ĐỘNG PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT

Đối tượng nghiên cứu và phân tích của hoạt động phân tích luật viết là nội dung của văn bản luật viết chứ không phải trình tự, thẩm quyền ban hành hay 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 diện 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 của hoạt động phân tích luật viết 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 làm cơ sở cho việc giải quyết các vấn đề đặt ra trong khuôn khổ vụ việc được người thi hành luật xem xét (thẩm phán có giải pháp cho các vấn đề đặt ra của vụ việc được thụ lý; công chứng viên có cách xử lý được cho là đúng luật đối với yêu cầu của khách hàng...).

Nội dung của văn bản luật viết bao gồm các *quy phạm pháp luật* được mô tả trong các điều luật.

Phân loại đối tượng nghiên cứu và phân tích của hoạt động phân tích luật viết - các quy phạm pháp luật thành văn, ở góc độ phương pháp phân tích luật viết có thể phân theo ba nhóm: Quy phạm định nghĩa, quy phạm điều chỉnh hành vi và quy phạm xác định hệ quả pháp lý của sự kiện.

1. Quy phạm định nghĩa

Nhận dạng đối tượng về mặt pháp lý: Quy phạm định nghĩa là quy phạm thiết lập các tiêu chí nhận dạng chính thức một đối tượng về mặt pháp lý. Đối tượng được định nghĩa có thể là một chủ thể, một vật, một quan hệ hoặc một sự kiện. Cách định nghĩa là dùng các từ khóa để nhấn mạnh các đặc điểm của đối tượng, cho phép phân biệt đối tượng được định nghĩa với tất cả các đối tượng khác.

✍ ***Ví dụ 1.***

Khoản 5 Điều 3 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định: "*Kết hôn là việc nam và nữ xác lập quan hệ vợ chồng với nhau theo quy định của Luật này về điều kiện kết hôn và đăng ký kết hôn*".

Trong điều luật này, "*kết hôn*" là một hành vi pháp lý xác lập một quan hệ xã hội đặc thù - quan hệ vợ chồng, với các yếu tố nhận dạng: "*nam và nữ*"[1], "*xác lập quan hệ vợ chồng với nhau*", "*theo quy định của Luật này về điều kiện kết hôn và đăng ký kết hôn*". Với định nghĩa này, thì việc nam và nữ xác lập quan hệ vợ chồng với nhau theo quy định của Luật Hôn nhân và gia đình về điều kiện kết hôn, nhưng lại không tuân thủ điều kiện về đăng ký kết hôn thì không được gọi là kết hôn[2].

✍ ***Ví dụ 2.***

Khoản 1 Điều 22 Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017 quy định "Phòng vệ chính đáng là hành vi của người vì bảo vệ quyền hoặc lợi ích chính đáng của mình, của người khác hoặc lợi ích của Nhà nước, của cơ quan, tổ chức mà chống trả lại một cách cần thiết người đang có hành vi xâm phạm các lợi ích nói trên".

---

1. Pháp luật một số nước thừa nhận quan hệ vợ chồng giữa nam và nam hoặc giữa nữ và nữ. Ví dụ ở Pháp, Điều 143 Bộ luật dân sự quy định: "Việc kết hôn được xác lập bởi hai người có giới tính khác nhau hoặc có cùng giới tính" (*Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe*).

2. Trong thực tiễn áp dụng pháp luật Việt Nam, quan hệ giữa các bên trong trường hợp này được gọi là quan hệ chung sống như vợ chồng. Có ba loại quan hệ chung sống như vợ chồng: *Một là,* quan hệ chung sống như vợ chồng trái pháp luật, ví dụ một người đã có vợ nhưng lại chung sống như vợ chồng với một người khác; *Hai là*, quan hệ chung sống như vợ chồng không trái pháp luật xác lập từ ngày 03/01/1987 (ngày có hiệu lực của Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986); *Ba là,* quan hệ chung sống như vợ chồng không trái pháp luật xác lập trước ngày 03/01/1987. Loại quan hệ này được thừa nhận có hiệu lực pháp luật giống như quan hệ vợ chồng hợp pháp (điểm a mục 3 Nghị quyết số 35/2000/NQ-QH10 ngày 09/6/2000 của Quốc hội về việc thi hành Luật Hôn nhân và gia đình).

Trong điều luật này, "phòng vệ chính đáng" là một hành vi có thể gây nguy hiểm đối với tính mạng, sức khỏe hoặc tài sản của một người; tuy nhiên, hành vi này được biện minh bởi sự cần thiết bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của chủ thể khác, nên không bị coi là hành vi vi phạm pháp luật. Để xác định chính xác hành vi này, nhằm tạo cơ sở để đánh giá tính chất và mức độ của ứng xử cụ thể trong trường hợp cụ thể, từ đó có cách xử lý thích đáng, công bằng, luật đặt ra các tiêu chí nhận dạng hành vi: "bảo vệ quyền hoặc lợi ích chính đáng của mình, của người khác hoặc lợi ích của Nhà nước, của cơ quan, tổ chức" và "chống trả một cách cần thiết".

Điều quan trọng là phải có một hành vi xâm phạm lợi ích được Nhà nước bảo hộ và hành vi phòng vệ được thực hiện nhằm chống trả hành vi xâm phạm đó; sự chống trả là cần thiết. Bởi vậy, một hành vi mang tính chất phòng ngừa sự xâm hại không thể coi là phòng vệ chính đáng. Và cũng không thể coi là phòng vệ chính đáng nếu hành vi chống trả lại hành vi xâm hại vượt quá mức cần thiết.

2. Quy phạm điều chỉnh hành vi

Ứng xử đúng mực trong hoàn cảnh dự kiến: Quy phạm điều chỉnh hành vi là quy phạm xác định thái độ ứng xử mà luật (nghĩa là nhà chức trách và xã hội) đòi hỏi ở chủ thể khi rơi vào tình huống được luật dự kiến. Quy phạm loại này có hai bộ phận cơ bản là tình huống giả định và quy định của luật về cách ứng xử của chủ thể trong tình huống đó. Trong một số trường hợp, người làm luật đòi hỏi chủ thể phải ứng xử theo cách được quy định; nếu ứng xử khác đi thì có thể bị xử phạt. Khi đó, trong quy phạm có thêm một bộ phận gọi là chế tài.

Ví dụ 1.

Khoản 2 Điều 46 Luật Doanh nghiệp năm 2014, liên quan đến việc thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện trong nước quy định: *"Trường hợp lập chi nhánh, văn phòng đại diện trong nước, doanh nghiệp gửi hồ sơ đăng ký hoạt động của chi nhánh, văn phòng đại diện đến Cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền nơi doanh nghiệp đặt chi nhánh, văn phòng đại diện"*. Với quy định này, thì khi muốn đặt chi nhánh hoặc văn phòng đại diện ở một địa phương nào đó, doanh nghiệp phải gửi hồ sơ đăng ký hoạt động đến cơ quan có thẩm quyền trước khi triển khai việc thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện.

Ví dụ 2.

Thái độ ứng xử đòi hỏi có thể mang tính bắt buộc tuyệt đối và không có ngoại lệ. Thông thường, những quy phạm loại này có từ "phải" hoặc "không được", "không có quyền", "có nghĩa vụ" trong phần mô tả hành vi ứng xử. Lý do của tính chất bắt buộc tuyệt đối của quy phạm thường là bởi trong tình huống dự kiến, các yêu cầu về bảo đảm trật tự xã hội, đạo đức xã hội được đặt ra một cách nghiêm ngặt.

Điều 172 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định: *"Khi thực hiện quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản thì chủ thể phải tuân theo quy định của pháp luật về bảo vệ môi trường; nếu làm ô nhiễm môi trường thì phải chấm dứt hành vi gây ô nhiễm, thực hiện các biện pháp để khắc phục hậu quả và bồi thường thiệt hại"*.

Trong một số trường hợp, thái độ ứng xử đòi hỏi tính bắt buộc nhưng có ngoại lệ, đó là trường hợp luật có quy định khác hoặc các bên có thỏa thuận khác. Các cụm từ quen thuộc dùng để diễn đạt tính bắt buộc của các quy phạm loại này là "phải... trừ trường hợp có quy định khác của luật hoặc có thỏa thuận khác". Lợi ích có liên quan trong trường hợp này thường là lợi ích của tư nhân, nhưng sự can thiệp của luật là cần thiết, bởi việc bảo vệ lợi ích riêng tư ấy đồng thời cũng mang ý nghĩa bảo vệ trật tự xã hội; việc các bên "thỏa thuận khác" hàm ý rằng các bên hiểu rõ tác dụng của quy định và chủ động thỏa thuận với nhận thức đầy đủ về các hệ quả của việc mình làm trong mối quan hệ với trật tự xã hội.

Khoản 2 Điều 470 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định: *"Đối với hợp đồng vay có kỳ hạn và có lãi thì bên vay có quyền trả lại tài sản trước kỳ hạn, nhưng phải trả toàn bộ lãi theo kỳ hạn, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác"*. Quy định được xây dựng trong tình huống giả định là hợp đồng vay được giao kết giữa một tổ chức tín dụng và một người vay vì mục đích kinh doanh hoặc tiêu dùng. Tổ chức tín dụng được hiểu là tổ chức kinh doanh tiền tệ chuyên nghiệp, nhận tiền gửi của người này để cho người khác vay. Lãi cho vay là phương tiện để tổ chức tín dụng thực hiện nghĩa vụ của mình đối với người gửi tiền. Bởi vậy, việc người vay trả lãi một cách nghiêm túc không chỉ có tác dụng bảo đảm quyền lợi chính đáng của tổ chức tín dụng mà còn bảo đảm quyền lợi chính đáng của người gửi tiền. Trả lãi vay phù hợp với thời hạn vay là điều phù hợp với các tính toán của tổ chức tín dụng liên quan đến việc thực hiện nghĩa vụ trả lãi

theo kế hoạch đối với người gửi tiền. Việc người vay trả vốn trước kỳ hạn có thể làm xáo trộn kế hoạch ấy theo hướng bất lợi đối với tổ chức tín dụng, nghĩa là có thể ảnh hưởng đến quyền lợi của người gửi tiền. Bởi vậy, luật chủ động đặt ra quy định về cách ứng xử của bên vay để ngăn chặn tình huống xấu. Tuy nhiên, đó không phải là quy định bắt buộc: nếu các bên, đặc biệt là tổ chức tín dụng, tự tin về khả năng kiểm soát tình hình thì có thể thỏa thuận khác.

Theo khoản 3 Điều 406 Bộ luật dân sự năm 2015: "*Điều kiện giao dịch chung phải bảo đảm sự bình đẳng giữa các bên. Trường hợp điều kiện giao dịch chung có quy định về miễn trách nhiệm của bên đưa ra điều kiện giao dịch chung, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì quy định này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thỏa thuận khác*".

Điều kiện giao dịch chung là một phần của hợp đồng mà thương nhân giao kết điều kiện chung (được coi là phụ lục chung của các hợp đồng)[1], giúp thương nhân tiết kiệm được thời gian khi không cần phải lặp đi lặp lại nội dung những cam kết giống nhau. Mặt khác, điều kiện giao dịch chung cũng có thể được họ sử dụng như là phương tiện giúp thương nhân áp đặt các điều khoản có lợi cho mình trong các trường hợp giao kết hợp đồng với người tiêu dùng, đặc biệt là trong trường hợp có rất nhiều người tiêu dùng không chú ý hoặc không có khả

1. Về tính chất pháp lý của điều kiện giao dịch chung ở góc độ pháp luật hợp đồng, xem thêm Trường Đại học Mở Thành phố Hồ Chí Minh - Nguyễn Ngọc Điện: *Giáo trình Luật dân sự*, Nxb. Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, 2018, t.2, tr. 32.

năng phát hiện. Bởi vậy, luật chủ động can thiệp bằng cách vô hiệu hóa mặc định các điều khoản bất lợi đối với bên giao kết với thương nhân, tức là người tiêu dùng. Tuy nhiên, nếu người tiêu dùng cảm thấy có đủ khả năng tự bảo vệ mà không cần sự can thiệp của luật thì luật cũng tôn trọng sự lựa chọn ấy.

✍ ***Ví dụ 3.***

Một số quy phạm điều chỉnh hành vi chỉ mang tính gợi ý. Chủ thể có thể làm khác đi nếu muốn. Tuy nhiên, chủ thể không thực hiện hành vi được luật gợi ý thường sẽ không được hưởng những ưu đãi, thuận lợi mà luật bảo đảm cho chủ thể thực hiện hành vi đó. Những quy phạm như thế không có những động từ mang ý nghĩa mệnh lệnh như "phải", "có nghĩa vụ", "có trách nhiệm",... Khoản 2 Điều 46 Luật Doanh nghiệp năm 2014 là một ví dụ. Trong đó quy định: Trường hợp doanh nghiệp thành lập chi nhánh hoặc văn phòng đại diện mà không lập và gửi hồ sơ đăng ký hoạt động theo quy định của luật thì không bị coi là phạm luật; tuy nhiên, các chi nhánh, văn phòng đại diện không được đăng ký hợp lệ thì không có tư cách của chi nhánh, văn phòng đại diện về mặt pháp lý, đặc biệt là không được hưởng các ưu đãi hoặc biện pháp bảo hộ mà luật dành cho chi nhánh, văn phòng đại diện.

3. Quy phạm xác định hệ quả pháp lý của một sự kiện

Tình hình pháp lý sau khi một sự việc xảy ra: Quy phạm xác định hệ quả pháp lý của một sự kiện nhân danh luật pháp tuyên bố về hệ quả mà chủ thể liên quan phải chấp nhận khi có một sự kiện nào đó xảy ra. Sự kiện có thể do chính chủ thể

tạo ra bằng hành vi của mình nhưng hệ quả được xác định thì hoàn toàn độc lập với ý chí của chủ thể. Hệ quả đó có thể là một trạng thái pháp lý đặc trưng bởi những mối quan hệ cụ thể; cũng có thể là một kiểu ứng xử mà luật đòi hỏi ở chủ thể và kiểu ứng xử này nhằm phục vụ cho mục tiêu do luật chủ động đề ra mà không cần xem xét đến mong muốn, ý nguyện của chủ thể.

✍ ***Ví dụ 1.***

Khoản 1 Điều 88 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định: "*Con sinh ra trong thời kỳ hôn nhân hoặc do người vợ có thai trong thời kỳ hôn nhân là con chung của vợ chồng*".

Theo quy định này, con được sinh ra trong thời kỳ hôn nhân hoặc do người vợ hoài thai trong thời gian đó, thì con được mặc nhiên suy đoán có cha là chồng của người mẹ. Hệ quả do luật quy định hoàn toàn độc lập với ý chí của chủ thể. Dù muốn hay không, chủ thể phải chấp nhận hệ quả đó.

Trong nhiều trường hợp, việc áp đặt hệ quả pháp lý của sự kiện mang tính bắt buộc. Luật không cho chủ thể lựa chọn hệ quả khác. Lý do thường là sự cần thiết bảo đảm trật tự xã hội, đạo đức xã hội, quyền và lợi ích chính đáng của chủ thể khác. Quy định tại khoản 1 Điều 88 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 nêu trên là một ví dụ. Việc suy đoán giúp cho đứa con sinh ra trong thời kỳ hôn nhân hoặc do người vợ có thai trong thời kỳ đó đương nhiên có đủ cha và mẹ. Đó là điều kiện cần để đứa con được hưởng sự nuôi dưỡng, chăm sóc, giáo dục một cách đầy đủ, nhờ đó có thể phát triển bình thường. Việc suy đoán cũng có tác dụng bảo vệ danh dự, phẩm giá của

người mẹ đồng thời là người vợ. Bao trùm lên tất cả, việc suy đoán có tác dụng đặt cơ sở pháp lý cho việc thắt chặt quan hệ gia đình, xây dựng gia đình hạnh phúc bền vững.

✍ ***Ví dụ 2.***

Khoản 1 Điều 629 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định: Trường hợp tính mạng một người bị cái chết đe dọa và không thể lập di chúc bằng văn bản thì có thể lập di chúc miệng. Đây là loại quy phạm điều chỉnh hành vi trong hoàn cảnh đặc thù. Khoản 2 Điều 629 quy định sau 3 tháng kể từ thời điểm di chúc miệng mà người lập di chúc còn sống, minh mẫn, sáng suốt, thì di chúc miệng mặc nhiên bị hủy bỏ. Thông thường, người ta hình dung việc hủy bỏ di chúc là việc làm của chính người lập di chúc: tác giả có quyền hủy bỏ tác phẩm của mình. Tuy nhiên, trong trường hợp đặc biệt này, người làm luật chủ động can thiệp mà không cần biết người lập di chúc có muốn hủy bỏ di chúc hay không. Lý do là di chúc, được hiểu là sự bày tỏ ý chí của một người nhằm chuyển tài sản của mình cho người khác sau khi chết, được xếp trong nhóm giao dịch đặc biệt tế nhị và có khả năng kích thích xung đột xã hội, cụ thể là xung đột gia đình. Bởi vậy, để ngăn ngừa xung đột, và nếu không ngăn ngừa được xung đột thì để có cơ sở giải quyết xung đột một cách hợp tình, hợp lý và dứt khoát, luật đòi hỏi di chúc phải được lập theo những điều kiện chặt chẽ, nhất là về hình thức. Trong bối cảnh đó, việc thừa nhận quyền lập di chúc miệng mang tính ngoại lệ và chỉ được áp dụng trong tình huống giả định được luật dự kiến: người lập di chúc ở trong tình trạng tính mạng bị cái chết đe dọa

và không thể lập di chúc bằng văn bản. Hiệu lực của di chúc cũng phụ thuộc vào mức độ cấp thiết của tình huống dự kiến: nêu sau khi lập di chúc miệng, người lập di chúc chết, thì di chúc miệng có hiệu lực và cũng chính trong tình huống này di chúc miệng sẽ phát huy được tác dụng mà người làm luật mong muốn. Nếu sau khi lập di chúc miệng, người lập di chúc vẫn còn sống và có đủ thời gian, đủ sự tỉnh táo cần thiết để lập một di chúc bình thường, thì các quy tắc thông thường cũng được áp dụng trở lại: nêu muốn duy trì các quyết định như trong di chúc miệng, người lập di chúc phải thể hiện nội dung các quyết định ấy trong một di chúc bằng văn bản được lập theo các quy định áp dụng trong trường hợp bình thường.

Ví dụ 3.

Có trường hợp hệ quả pháp lý được xác định như là sự can thiệp mang tính bổ khuyết của luật trong trường hợp các bên không có thỏa thuận khác. Cũng có trường hợp trong điều kiện luật được phân chia thành luật chung và luật chuyên ngành hoặc luật riêng[1], luật chung có quy định áp dụng mang tính dự bị cho luật riêng: nếu luật riêng có quy định thì áp dụng luật riêng; nếu luật riêng không quy định thì áp dụng luật chung.

---

1. Luật chung được hiểu là luật bao trùm, chi phối toàn bộ đời sống xã hội; luật riêng là luật áp dụng riêng cho một lĩnh vực, một khu vực pháp lý. Khái niệm *luật chung* và *luật riêng* chỉ được xây dựng ở các nước theo luật thành văn. Về mặt lý thuyết, các khái niệm này được áp dụng cho cả luật công và luật tư; nhưng trong lĩnh vực luật tư, các khái niệm này mới thể hiện tác dụng phân biệt rõ nét. Sự phân biệt giữa luật dân sự và các luật thương mại, lao động,... là ví dụ.

Trường hợp quy định tại khoản 1 Điều 584 Bộ luật dân sự năm 2015:

"Điều 584. Căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại

1. Người nào có hành vi xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín, tài sản, quyền, lợi ích hợp pháp khác của người khác mà gây thiệt hại thì phải bồi thường, trừ trường hợp Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định khác".

Trong tình huống giả định của điều luật, sự kiện xảy ra là kết quả của hành vi do chủ thể thực hiện. Một người có hành vi tấn công khiến người khác bị thương chắc chắn mong muốn gây thương tích nhưng không hề mong muốn bồi thường; về phần mình, người bị thương chắc chắn không hề mong muốn bị tấn công dẫn đến bị thương để được bồi thường và chỉ coi quyền yêu cầu bồi thường như là phương tiện để đòi lại sự công bằng bị mất do hành vi gây thương tích của bên có nghĩa vụ. Ngay cả trong trường hợp người gây ra thiệt hại mong muốn bồi thường thỏa đáng cho người bị thiệt hại thì sự mong muốn đó cũng không phải là nguồn của nghĩa vụ bồi thường. Nghĩa vụ bồi thường do luật quy định; còn người có nghĩa vụ trong giả thiết đó chỉ có ý định thực hiện một nghĩa vụ mà ý chí của mình không tạo ra. Tương tự như vậy, quyền yêu cầu bồi thường là do luật định; còn người có quyền, khi mong muốn được bồi thường thỏa đáng, chỉ thực hiện một quyền không phải do mình chủ động, tự nguyện xác lập.

Ví dụ 4.

Có trường hợp luật chủ động áp đặt hệ quả của một sự kiện; tuy nhiên, chủ thể có quyền lựa chọn khác nếu thấy sự lựa chọn ấy tốt hơn cho mình. Quy phạm điều chỉnh hệ quả pháp lý của sự kiện loại này thường liên quan tới các quan hệ, các lợi ích thuần tuý riêng tư.

Liên quan đến việc xử lý các hậu quả về tài sản sau khi quyền bề mặt chấm dứt[1], Điều 273 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định:

"Điều 273. Xử lý tài sản khi quyền bề mặt chấm dứt

...

2. Chủ thể quyền bề mặt phải xử lý tài sản thuộc sở hữu của mình trước khi quyền bề mặt chấm dứt, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Trường hợp chủ thể quyền bề mặt không xử lý tài sản trước khi quyền bề mặt chấm dứt thì quyền sở hữu tài sản đó thuộc về chủ thể có quyền sử dụng đất kể từ thời điểm quyền bề mặt chấm dứt, trừ trường hợp chủ thể có quyền sử dụng đất không nhận tài sản đó".

Nếu chủ thể có quyền sử dụng đất không bày tỏ ý chí khác (không nhận tài sản) thì các tài sản do chủ thể có quyền bề mặt

---

1. Quyền bề mặt là quyền của một chủ thể đối với mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất mà quyền sử dụng đất thuộc về một chủ thể khác. Xem thêm: Trường Đại học Mở Thành phố Hồ Chí Minh - Nguyễn Ngọc Điện: *Giáo trình Luật dân sự*, tập 1, Nxb. Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, tái bản lần 4, tr. 408-409.

để lại trên đất đương nhiên thuộc quyền sở hữu của chủ thể có quyền sử dụng đất. Quyền sở hữu được xác lập trong trường hợp này không có đền bù.

II. VAI TRÒ CỦA HOẠT ĐỘNG NGHIÊN CỨU VÀ PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT

Luật giải thích hoặc giải thích luật: Đối tượng của hoạt động nghiên cứu và phân tích luật không chỉ có luật viết mà còn là tất cả các nguồn của luật. Tuy nhiên, với tư cách là nguồn chủ yếu của luật, 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 mối quan hệ giữa người nghiên cứu và phân tích luật với quyền lực công cộng.

- Chủ thể 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 là được thực hiện trong hay ngoài khuôn khổ công tác xét xử:

+ Trường hợp 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 hiện luật;

+ Trường hợp 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. Các bản án, quyết định được lặp đi lặp lại và nhận được sự tán đồng của đa số người thuộc giới am hiểu có thể được lựa chọn để xem xét để thừa nhận là án lệ.

Thuộc nhóm những người nghiên cứu và phân tích ngoài khuôn khổ hoạt động xét xử là những người nghiên cứu, giảng dạy luật, những người thực hiện luật có làm công việc tổng kết thành lý luận những thành tựu áp dụng pháp luật trong thực tiễn (tạm gọi những 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 là các thẩm phán, hội thẩm (gọi chung là người thực hiện luật trong hoạt động xét xử).

III. PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT Ở MỨC ĐỘ SƠ CẤP

Trò chơi puzzle: Một quy phạm thường gồm hai bộ phận là giả định và quy định. Phần giả định bao gồm các yếu tố tạo thành tình huống giả thiết. Ở góc độ phương pháp phân tích luật, có thể hình dung những yếu tố này là những "miếng ghép" và nếu được "lắp ghép" một cách thích hợp, sẽ tạo thành tình huống giả thiết mà trong đó quy định được đề ra sẽ có tác dụng điều chỉnh. Trong chừng mực nào đó, việc lắp ghép

những yếu tố được người làm luật cung cấp để tạo thành tình huống giả thiết thích hợp cũng giống như việc chơi trò ghép hình của trẻ con.

✍ ***Ví dụ***

Theo Điều 147 Bộ luật hình sự năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009[1], các trường hợp kết hôn hoặc chung sống như vợ chồng có những đặc điểm được mô tả trong điều luật sẽ bị coi là vi phạm chế độ một vợ, một chồng.

"Điều 147. Tội vi phạm chế độ một vợ, một chồng

1. Người nào đang có vợ, có chồng mà kết hôn hoặc chung sống như vợ chồng với người khác hoặc người chưa có vợ, chưa có chồng mà kết hôn hoặc chung sống như vợ chồng với người mà mình biết rõ là đang có chồng, có vợ gây hậu quả nghiêm trọng hoặc đã bị xử phạt hành chính về hành vi này mà còn vi phạm, thì...".

Các yếu tố của phần giả định của điều luật bao gồm: Người nào (đó) (1), đang có vợ (chồng) (1.1) hoặc chưa có vợ (chồng) (1.2), mà kết hôn (2.1) hoặc chung sống như vợ chồng (2.2), với người khác (3) có chồng (vợ) (3.1) hoặc chưa có chồng (vợ) (3.2), gây hậu quả nghiêm trọng (4.1) hoặc đã bị xử phạt hành chính về hành vi này mà còn vi phạm (4.2).

Câu đố đặt ra là: Phải ráp các miếng ghép như thế nào để có được tình huống có đủ các yếu tố thuộc mặt khách quan của tội vi phạm chế độ một vợ một chồng?

---

1. Bộ luật hình sự năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009 đã hết hiệu lực. Tuy nhiên, ở góc độ phương pháp, điều luật này được viện dẫn như một ví dụ minh họa điển hình.

Để đơn giản hóa một phần trò chơi, có thể quy ước các miếng ghép số 1 để chỉ một người thuộc giới tính nam; các miếng ghép số 3 để chỉ người thuộc giới tính nữ. Ngoài ra, các miếng ghép số 4, được coi là điều kiện đủ để cấu thành mặt khách quan của tội phạm, phải xuất hiện trong tất cả các tình huống, không cần phải tham gia trò chơi.

Các cách ghép để xây dựng tình huống giả định có thể được hình dung như sau:

- Cách 1. (1.1) (2.1) (3.1)
- Cách 2. (1.1) (2.1) (3.2)
- Cách 3. (1.1) (2.2) (3.1)
- Cách 4. (1.1) (2.2) (3.2)
- Cách 5. (1.2) (2.1) (3.1)
- Cách 6. (1.2) (2.1) (3.2)
- Cách 7. (1.2) (2.2) (3.1)
- Cách 8. (1.2) (2.2) (3.2)

Khi giải mã các cách ghép, ta có được kết quả như sau:

1) Nam có vợ kết hôn với nữ có chồng

2) Nam có vợ kết hôn với nữ độc thân

3) Nam có vợ chung sống như vợ chồng với nữ có chồng

4) Nam có vợ chung sống như vợ chồng với nữ độc thân

5) Nam độc thân kết hôn với nữ có chồng

6) Nam độc thân chung sống với nữ độc thân

7) Nam độc thân kết hôn với nữ có chồng

8) Nam độc thân chung sống như vợ chồng với nữ độc thân

Đối chiếu các kết quả trên với quy định của luật về đặc điểm của giả định, ta thấy chỉ có các kết quả 1, 2, 3, 4, 5 và 7 là trùng khớp với các đặc điểm của giả định. Rõ hơn, đó là các trường hợp được cho là vi phạm chế độ một vợ một chồng và là căn cứ để truy cứu trách nhiệm hình sự. Các kết quả 6 và 8 không được coi là trường hợp vi phạm chế độ một vợ một chồng.

Tuy nhiên, vấn đề gì xảy ra nếu các miếng ghép số 3 chỉ định bất kỳ người nào về phương diện giới tính - nữ, nam hoặc thuộc cộng đồng những người đồng tính, song tính và chuyển giới (LGBT)? Ví dụ tình huống người nào đó chung sống với người đồng giới tính rồi kết hôn với người khác giới tính mà vẫn duy trì quan hệ chung sống với người đồng giới tính; hoặc, người nào đó chưa có vợ (chồng) chung sống như vợ chồng với người đồng giới tính đang có vợ (chồng). Với các miếng ghép số 3 như thế, hoạt động phân tích sơ cấp theo kiểu trò chơi ghép hình của trẻ con có thể dẫn dắt người ta đi vào những tình huống cực kỳ phức tạp.

Chương III
PHƯƠNG PHÁP PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT

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 CHO HOẠT ĐỘNG PHÂN TÍCH VÀ LẬP LUẬN

1. Chuẩn bị vật chất

- Chuẩn bị về văn bản pháp luật

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 quy phạm pháp luật cùng lĩnh vực điều chỉnh, được ban hành trước đó và đã hết hiệu lực thi hành; các văn bản quy phạm pháp luật 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. Đặc biệt, các bản án, phán quyết trọng tài và các

chứng thư công chứng ghi nhận cách hiểu và áp dụng pháp luật của người thực hiện luật rất có ích cho hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết. Đó là các tài liệu mang tính chất chỉ dẫn đối với người nghiên cứu và phân tích luật viết về các xu hướng hiểu và áp dụng luật trong thực tiễn.

- Chuẩn bị về tài liệu tham khảo

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.

- Chuẩn bị về 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. Trong đó, 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 là tư liệu được phân loại theo lĩnh vực, sau đó 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,...).

Việc sắp xếp tư liệu theo chiều dọc và theo chiều ngang cho phép hình dung "bức tranh" của luật cả theo chiều rộng và chiều sâu. Điều luật được phân tích, với tư cách là một phần trong bức tranh đó, có thể được nhìn nhận đúng bản chất và được hiểu đúng ý nghĩa là một thực thể thay đổi không ngừng trong không gian và trong thời gian, theo hướng hoàn thiện.

2. Chuẩn bị hình thức

- Xác định lý lịch của 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 và trong hệ thống văn bản quy phạm pháp luật. Cụ thể:

+ Định vị văn bản trong thời gian có nghĩa là tìm hiểu xem văn bản được ban hành vào thời điểm nào. Nếu là một văn bản thay thế một văn bản trước đó, thì nên tìm đọc văn bản trước đó để xem liệu có sự khác biệt trong cách xử lý của người làm luật đối với cùng một vấn đề. Việc định vị văn bản trong thời gian rất hữu ích đối với việc nhận diện quan điểm giải quyết vấn đề của người làm luật với tư cách là một thực thể được hoàn thiện theo thời gian[1].

---

1. Ví dụ, khi tìm hiểu các điều kiện xác lập bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, người nghiên cứu sẽ tìm đến các điều kiện này được ghi nhận tại khoản 1 Điều 584 Bộ luật dân sự năm 2015.

"***Điều 584. Căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại***

1. Người nào có hành vi xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín, tài sản, quyền, lợi ích hợp pháp khác của người khác mà gây thiệt hại thì phải bồi thường, trừ trường hợp Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định khác".

Điều luật quy định rất rõ: Muốn quy trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng thì phải có điều kiện bao gồm: 1) có hành vi xâm hại; 2) có thiệt hại; 3) thiệt hại phải do hành vi xâm hại gây ra (nghĩa là có mối liên hệ nhân quả).

Vì Bộ luật dân sự năm 2015 thay thế Bộ luật dân sự năm 2005 nên cần tham khảo Bộ luật dân sự năm 2005 để xem liệu có sự khác biệt liên quan đến điều kiện xác lập trách nhiệm không. Cụ thể Điều 604 Bộ luật dân sự năm 2005 quy định:

"***Điều 604.*** *Căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại*

Người nào do lỗi cố ý hoặc lỗi vô ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín, tài sản, quyền, lợi ích hợp pháp khác của cá nhân, xâm phạm

+ Định vị văn bản trong không gian là tìm hiểu điều kiện kinh tế, chính trị, xã hội, văn hóa mà ở đó văn bản pháp luật được xây dựng và ban hành. 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.

+ Định vị văn bản trong hệ thống pháp luật là xác định vị trí của văn bản dựa vào thẩm quyền xây dựng pháp luật của cơ quan ban hành văn bản: Văn bản thuộc loại gì (luật, pháp lệnh, nghị định,...) và do cơ quan nào ban hành (luật, bộ luật do Quốc hội ban hành; nghị định do Chính phủ ban hành; thông tư do bộ ban hành). Việc định vị văn bản trong hệ thống pháp luật có tác dụng hỗ trợ làm rõ nội hàm của quy phạm trong điều kiện quy phạm là một phần trong chuỗi quy định của pháp luật về cùng một vấn đề. Đặc biệt, trong trường hợp giữa các quy phạm có sự mâu thuẫn về nội dung quy tắc ứng xử, thì việc xử lý mâu thuẫn có thể được thực hiện dựa vào các nguyên tắc vận hành của hệ thống, như văn bản do cấp dưới ban hành không được trái với văn bản do cấp trên ban hành, luật riêng có thể quy định trái với luật chung với điều kiện không vi phạm Hiến pháp và các nguyên tắc cơ bản,...

---

danh dự, uy tín, tài sản của pháp nhân hoặc chủ thể khác mà gây thiệt hại thì phải bồi thường".

Có thể thấy ngay sự khác biệt giữa hai bộ luật về điều kiện xác lập trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Cụ thể, theo Bộ luật dân sự năm 2005, ngoài ba điều kiện cũng được ghi nhận trong Bộ luật dân sự năm 2015, còn phải có lỗi (cố ý hoặc vô ý) của người gây thiệt hại. Thậm chí, người làm luật còn nhấn mạnh lỗi như là điều kiện hàng đầu, điều kiện cơ bản để quy trách nhiệm dân sự, bằng cách đưa điều kiện này lên đầu câu văn của điều luật.

- *Nhấn mạnh các từ cần thiết*

Những từ cần thiết có thể được chia thành hai nhóm:

+ *Thứ nhất*, 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[1].

---

1. Ví dụ, điểm a khoản 1 Điều 113 Luật Thi hành án dân sự năm 2008 sửa đổi, bổ sung năm 2014, 2018 có quy định:

"*Điều 113. Xử lý tài sản gắn liền với đất đã kê biên*

1. Trường hợp tài sản gắn liền với đất đã kê biên thuộc sở hữu của người khác thì xử lý như sau:

a) Đối với tài sản có trước khi người phải thi hành án nhận được quyết định thi hành án thì Chấp hành viên yêu cầu người có tài sản tự nguyện di chuyển tài sản để trả quyền sử dụng đất cho người phải thi hành án. Trường hợp người có tài sản không tự nguyện di chuyển tài sản thì Chấp hành viên hướng dẫn cho người có tài sản và người phải thi hành án thỏa thuận bằng văn bản về phương thức giải quyết tài sản. Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày hướng dẫn mà họ không thỏa thuận được thì Chấp hành viên xử lý tài sản đó cùng với quyền sử dụng đất để bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của người phải thi hành án và người có tài sản gắn liền với đất.

Trường hợp người có tài sản là người thuê đất hoặc nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất của người phải thi hành án mà không hình thành pháp nhân mới thì người có tài sản được quyền tiếp tục ký hợp đồng thuê đất, hợp đồng góp vốn bằng quyền sử dụng đất với người trúng đấu giá, người nhận quyền sử dụng đất trong thời hạn còn lại của hợp đồng mà họ đã ký kết với người phải thi hành án. Trường hợp này, trước khi xử lý quyền sử dụng đất, Chấp hành viên có trách nhiệm thông báo cho người tham gia đấu giá, người được đề nghị nhận quyền sử dụng đất về quyền được tiếp tục ký hợp đồng của người có tài sản gắn liền với đất".

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[1]. 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,

---

Với quy định trên, người đọc có thể nghĩ rằng trừ trường hợp người có tài sản trên đất là người thuê đất hoặc nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất, tài sản của người này gắn với đất bị kê biên phải bị xử lý cùng với quyền sử dụng đất, nếu người này không chịu di chuyển tài sản đi chỗ khác.

Thật ra, điều luật được soạn thảo trong bối cảnh không ít trường hợp trên đất của người phải thi hành án có công trình xây dựng bán kiên cố hoặc cây trồng của người khác, nhưng tư cách pháp lý của người này trong mối quan hệ với người có quyền sử dụng đất đồng thời là người phải thi hành án không được làm rõ. Trong những trường hợp như thế, việc áp dụng đoạn đầu của điểm a khoản 1 Điều 113 là hợp lý.

Trái lại, nếu tài sản thuộc sở hữu hợp pháp của người khác và chủ sở hữu có tư cách hợp pháp trong mối quan hệ với người có quyền sử dụng đất, thì không thể áp dụng điều này: Cơ quan thi hành án chỉ được quyền xử lý quyền sử dụng đất và người nhận quyền sử dụng đất sau khi tài sản được xử lý phải tiếp tục đảm nhận các quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất trước đây trong mối quan hệ với chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất. Giải pháp này cũng hoàn toàn phù hợp với tinh thần của Điều 325 Bộ luật dân sự năm 2015.

"Điều 325. Thế chấp quyền sử dụng đất mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất

....

2. Trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất mà người sử dụng đất không đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất thì khi xử lý quyền sử dụng đất, chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được tiếp tục sử dụng đất trong phạm vi quyền, nghĩa vụ của mình; quyền và nghĩa vụ của bên thế chấp trong mối quan hệ với chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được chuyển giao cho người nhận chuyển quyền sử dụng đất, trừ trường hợp có thỏa thuận khác".

1. Ví dụ, đối với người không có kiến thức pháp lý cơ bản, các thuật ngữ như *hủy bỏ, vô hiệu hóa, đơn phương đình chỉ thực hiện* 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.

ám chỉ[1]. 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.

Trong trường hợp một từ có nhiều nghĩa, người nghiên cứu và phân tích phải làm rõ ngay ý nghĩa đích thực của từ đó[2], để tránh rơi vào phân tích lạc đề, sai hướng.

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

✍ ***Ví dụ 1.***

Theo Điều 25 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010, 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

---

1. Điều 10 Nghị quyết số 58/1998/NQ-UBTVQH10 ngày 20/8/1998 của Ủy ban thường vụ Quốc hội về giao dịch dân sự về nhà ở được 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 thì cụm từ này rõ ràng mang tính ví von và cần được giải thích rõ.

2. Luật Doanh nghiệp năm 2014 định nghĩa chính thức về doanh nghiệp tại khoản 7 Điều 4: "Doanh nghiệp là tổ chức có tên riêng, có tài sản, có trụ sở giao dịch, được đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật nhằm mục đích kinh doanh". Tuy nhiên, khi quy định về việc chủ doanh nghiệp tư nhân "bán doanh nghiệp" của mình tại Điều 187, chắc chắn người làm luật đã hiểu từ "doanh nghiệp" theo nghĩa với định nghĩa chính thức tại khoản 7 Điều 4 nêu trên. Cụ thể, "doanh nghiệp" được bán phải được hiểu là *một tập hợp tài sản* do chủ doanh nghiệp quản lý, khai thác trong khuôn khổ hoạt động kinh doanh *mà không phải là một tổ chức*.

thiết yếu của gia đình[1]. Đây là loại quy phạm xác định hệ quả pháp lý của một sự kiện. Từ khóa đầu tiên phải tìm kiếm phải là từ mô tả sự kiện đó. Có những trường hợp sự kiện được mô tả bằng cụm từ như: "hoàn cảnh thay đổi", "thời điểm mở thừa kế",... Có thể lập từ khóa về sự kiện bằng cả cụm từ được sử dụng. Tuy nhiên, cũng có những trường hợp, người làm luật phải dùng nhiều từ để mô tả một sự kiện phức tạp. Khi đó, từ khóa về sự kiện có thể được lập bằng cách "cắt nhỏ" câu văn thành những miếng ghép. Điều luật dẫn trên là ví dụ về trường hợp này. Sự kiện được đề cập là có "một 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 ghi nhận những miếng ghép như sau: "giao dịch dân sự hợp pháp", "nhu cầu thiết yếu của gia đình". Các từ khóa về hệ quả pháp lý cũng được tìm kiếm theo cùng một cách với tiêu chí là nhận diện được các điểm đặc trưng của hệ quả ấy.

Có thể dễ dàng nhận ra các từ khóa trong điều luật là "trách nhiệm liên đới", "giao dịch hợp pháp", "nhu cầu thiết yếu của gia đình".

✍ ***Ví dụ 2.***

Theo khoản 2 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014, "*Nhà ở riêng lẻ là nhà ở được xây dựng trên thửa đất ở riêng biệt*

1. Trách nhiệm liên đới của vợ chồng đối với giao dịch nhằm đáp ứng nhu cầu thiết yếu của gia đình tiếp tục được thừa nhận trong Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, nhưng nội dung trách nhiệm được quy định chi tiết hơn bởi nhiều điều luật nằm rải rác trong văn bản luật (Điều 27, Điều 37).

thuộc quyền sử dụng hợp pháp của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân, bao gồm nhà biệt thự, nhà ở liền kề và nhà ở độc lập". Đây là quy phạm định nghĩa, bởi vậy, từ khóa đầu tiên được ghi nhận tất nhiên phải là đối tượng được định nghĩa - nhà ở riêng lẻ. Các từ dùng để mô tả đặc trưng của đối tượng bao gồm "thửa đất ở riêng biệt" và "quyền sử dụng hợp pháp của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân" là những từ ngữ mang ý nghĩa phân biệt giữa đối tượng được xem xét với tất cả các đối tượng khác. Các từ "biệt thự", "nhà ở liền kề", "nhà ở độc lập" chỉ là những từ mô tả các ví dụ minh họa mà không góp phần làm rõ đặc trưng tổng quát của đối tượng được định nghĩa, bởi vậy, không thể được coi là từ khóa.

Mục đích của việc nhấn mạnh từ cần thiết là: Làm rõ nghĩa các từ ngữ khó hiểu làm cho nội dung của câu văn trở nên rõ ràng, tạo thuận lợi cho việc phân tích được chính xác. Nhấn mạnh các từ khóa có tác dụng định dạng cấu trúc của quy phạm, bao gồm cấu trúc của giả định và cấu trúc của quy định. Trên hết, việc nhấn mạnh các từ cần thiết đặt cơ sở cho việc hình thành những ý tưởng ban đầu có tính chất định hướng cho việc phát triển các phân tích theo với một đề cương hợp lý.

✍ ***Ví dụ 3.***

Theo Điều 216 Bộ luật dân sự năm 2015, các chủ sở hữu chung cùng quản lý tài sản chung theo nguyên tắc nhất trí, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Với các từ khóa "nguyên tắc nhất trí", "thỏa 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: I. Nguyên tắc nhất trí trong quản lý tài sản chung; II. Quản lý tài sản chung theo thỏa thuận; III. Ngoại lệ của nguyên tắc nhất trí trong quản lý tài sản chung.

Sự nhất trí được hiểu là sự đồng thuận của tất cả các chủ thể: Chỉ cần một chủ thể có ý khác thì sự nhất trí không đạt, có nghĩa là điều kiện áp dụng quy phạm cũng không đạt. Ví dụ, có một căn nhà thuộc sở hữu của năm người, trong đó có 4 người muốn cho thuê nhà nhưng còn một người không muốn cho thuê, thì việc cho thuê không thể được thực hiện. Một cách tổng quát, bằng phương pháp suy lý nghịch, có thể rút ra được quy tắc được ẩn chứa trong điều luật, theo đó, nếu không có sự nhất trí của các chủ sở hữu chung thì không thể thực hiện các giao dịch mang tính chất quản lý tài sản, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

"Thỏa thuận khác" được hiểu là thỏa thuận của tất cả các chủ sở hữu chung nhằm mục đích loại bỏ nguyên tắc nhất trí. Với quy định như thế của luật thì phải thừa nhận rằng nguyên tắc nhất trí chỉ được loại bỏ một khi tất cả các chủ sở hữu đồng thuận về việc này. Sự đồng thuận ấy có thể mang tính chất tổng quát, nghĩa là chủ sở hữu chung có thể làm bất kỳ việc gì mình muốn, nhưng cũng có thể chỉ được giới hạn trong một số trường hợp cụ thể được ghi nhận rõ trong thỏa thuận.

"Quy định khác" là trường hợp luật đề ra những quy định mang tính chất phá cách (exemption) đối với nguyên tắc được thiết lập, đối với nội dung Điều 216 Bộ luật dân sự năm 2015

nghĩa là việc quản lý tài sản chung có thể được thực hiện mà không cần có sự nhất trí của các chủ sở hữu chung. Một ví dụ khác là quy định của Điều 36 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014. Theo đó, trường hợp vợ chồng có thỏa thuận về việc một bên đưa tài sản chung vào kinh doanh, thì người này có quyền tự mình thực hiện giao dịch liên quan đến tài sản chung. Theo quy định này, thì người quản lý tài sản chung của vợ chồng sử dụng vào hoạt động kinh doanh có quyền tự mình sử dụng, khai thác và định đoạt tài sản, kể cả tài sản có giá trị lớn, mà không cần sự đồng ý của người còn lại.

3. Chuẩn bị đối với người nghiên cứu và phân tích luật

- Nắm vững chủ trương, đường lối, chính sách của Đảng

Dưới chế độ xã hội chủ nghĩa, luật viết phản ánh và thể chế hóa 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 chính trị. Trong đa số trường hợp, việc phân tích luật viết chỉ cho ra những kết quả thuần tuý 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 khi phù hợp với đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng.

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, sơ hở hoặc không hợp lý, trái với ý chí của người làm luật. Khi đó, người nghiên cứu luật phải 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 (công việc vừa nêu có thể được thực hiện trong khuôn khổ nghiên cứu, biên soạn sách, tài liệu tham khảo về luật); mặt khác, góp ý với người làm luật về việc sửa đổi luật (công việc này có thể được thực hiện tại các hội thảo khoa học hoặc trên báo chí).

- *Tích lũy và nâng cao kiến thức học thuật*

+ *Kiến thức phổ thông và kiến thức chuyên môn.* 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; kết quả nghiên cứu và phân tích càng có sức thuyết phục.

✍ ***Ví dụ 1.***

Theo Điều 454 Bộ luật dân sự năm 2015, việc mua bán tài sản có thể được xác lập kèm theo điều kiện là 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 ra

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 để tìm kiếm các quy tắc tiềm ẩn bên trong.

+ *Kiến thức luật so sánh.* Có hiểu biết tốt về luật của các nước khác, người nghiên cứu và phân tích sẽ có điều kiện rèn luyện kỹ năng nghiên cứu và phân tích khách quan. Khi tách khỏi hệ thống tư duy pháp lý mà trong đó mình được đào tạo, người nghiên cứu và phân tích có thể 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 ngẫm và xác định nguyên nhân của những dị biệt ấy. Cuối cùng, 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.

✍ ***Ví dụ 2.***

Theo khoản 1 Điều 127 Luật Nhà ở năm 2014, "*Trường hợp chủ sở hữu bán nhà ở đang cho thuê thì phải thông báo bằng văn bản cho bên thuê nhà ở biết về việc bán và các điều kiện bán nhà ở; bên thuê nhà ở được quyền*

ưu tiên mua nếu đã thanh toán đầy đủ tiền thuê nhà cho bên cho thuê tính đến thời điểm bên cho thuê có thông báo về việc bán nhà cho thuê, trừ trường hợp nhà ở thuộc sở hữu chung"[1].

Có thể thấy rằng, hợp đồng mua bán mà chủ cho thuê dự định giao kết với người thứ ba, theo giả thiết của điều luật, có đối tượng là nhà đang cho thuê và giá bán được thỏa thuận sẽ là giá tương ứng với tình trạng đang được cho thuê của đối tượng mua bán, nghĩa là thấp hơn giá của chính căn nhà đó trong trường hợp được để trống. Trong điều kiện người cho thuê không có quyền đề nghị với người thuê một giá bán khác giá thỏa thuận với người thứ ba, có thể hình dung khả năng theo đó, người thuê sử dụng quyền ưu tiên mua để mua lại tài sản, rồi bán lại cho người khác theo giá tương ứng với nhà được để trống. Có thể thấy rằng người thuê trong giả thiết sẽ được hưởng lợi từ khoản chênh lệch giữa hai giá bán và việc hưởng lợi đó hoàn toàn không chính đáng. Không thể nói rằng đó là giải pháp phù hợp với ý chí của người làm luật. Song, có lẽ khi xây dựng điều luật, người soạn thảo đã

---

1. Khi quy định "trừ trường hợp nhà ở thuộc sở hữu chung", người làm luật muốn đề cập quyền ưu tiên mua của chủ sở hữu chung, được quy định tại khoản 1 Điều 126: Luật không thừa nhận quyền ưu tiên mua của người thuê nhà thuộc sở hữu chung, do đã thừa nhận quyền ưu tiên mua cho chủ sở hữu chung trong trường hợp nhà thuộc sở hữu chung được đem bán. Ở đây, người làm luật đã lẫn lộn về đối tượng mua bán. Trong trường hợp nhà thuộc sở hữu chung được tất cả các chủ sở hữu chung đem bán thì đối tượng bán là toàn bộ căn nhà; còn trong trường hợp một chủ sở hữu chung bán tài sản chung mà các chủ sở hữu khác được quyền ưu tiên mua, thì đối tượng bán là phần quyền trong tài sản chung, phần quyền số học chứ không phải phần vật chất của tài sản chung.

không hình dung được đầy đủ cách thức áp dụng điều luật đó trong thực tiễn.

Trong luật của nhiều nước, nếu người cho thuê bán nhà trong lúc hợp đồng thuê còn hiệu lực, thì người thuê, trên nguyên tắc, không có quyền ưu tiên mua. Quyền này chỉ phát sinh trong trường hợp hợp đồng cho thuê đã hết hạn và người cho thuê không muốn tiếp tục cho thuê mà muốn lấy lại nhà để bán. Giải pháp này cho phép ngăn chặn khả năng người thuê sử dụng quyền ưu tiên mua để trục lợi. Liệu đó có phải là giải pháp mà người làm luật Việt Nam mong muốn khi xây dựng Điều 127 Luật Nhà ở năm 2014 hay không? Nếu đúng vậy, thì tại sao lại không quy định rằng đề nghị giao kết hợp đồng mua bán được đưa ra ở thời điểm hợp đồng thuê nhà hết hạn?

- Trau dồi vốn sống

Vốn sống được hiểu là các kinh nghiệm được đúc kết từ quá trình sống của bản thân nhà chuyên môn, từ những kết quả tinh thần đạt được trong quá trình tham gia các quan hệ xã hội trong hoạt động nghề nghiệp và trong sinh hoạt hằng ngày. Quan hệ càng nhiều và đa dạng, thì càng có điều kiện tích luỹ nhiều vốn sống. Muốn có nhiều vốn sống thì trước hết phải tích cực, chủ động trong hoạt động nghề nghiệp và trong giao tiếp phổ thông. Bởi vậy, có những người chưa đến 20 tuổi đã có vốn sống phong phú, trong khi có người đã hơn 70 tuổi vẫn chỉ có một hành trang sống đơn giản. Với vốn sống phong phú, nhà chuyên môn xây dựng được mối liên hệ giữa luật với thực tiễn, hình dung được khả năng và cách thức áp dụng luật trong những trường hợp điển hình, qua đó góp phần tăng cường tính hữu hiệu của luật.

✍ ***Ví dụ 3.***

Theo khoản 2 Điều 76 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000[1], việc nuôi con nuôi chấm dứt trong trường hợp con nuôi bị kết án về một trong các tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của cha, mẹ nuôi; ngược đãi, hành hạ cha, mẹ nuôi hoặc có hành vi phá tán tài sản của cha, mẹ nuôi. Một người có kinh nghiệm có thể ghi nhận rằng trong thực tế, có trường hợp con nuôi xâm phạm tính mạng, sức khỏe của cha nuôi để bảo vệ mẹ nuôi chống lại sự hành hạ, ngược đãi của cha nuôi. Liệu khoản 2 Điều 76 này cũng được áp dụng trong trường hợp đó? Nếu câu trả lời là có thì việc chấm dứt quan hệ nuôi con nuôi trong trường hợp này có hiệu lực cả đối với quan hệ cha-con, mẹ-con hay chỉ đối với quan hệ cha-con? Nếu cho rằng quan hệ nuôi con nuôi phải chấm dứt đối với cả cha và mẹ trong trường hợp này, thì rõ ràng quan hệ mẹ nuôi-con nuôi bị cắt đứt một cách oan uổng. Còn nếu cho rằng, chỉ có quan hệ cha-con chấm dứt, thì người con nuôi sẽ trở thành con riêng của vợ của người cha nuôi trước đây. Đó là tình huống không được người làm luật dự kiến.

- *Thấm nhuần đạo lý*

Đạo lý được hiểu là sự cảm nhận hoặc sự ý thức về những yêu cầu của con người đối với con người, liên quan đến việc xác định thái độ xử sự trong những trường hợp nhất định,

---

1. Điều 76 cùng toàn bộ Chương 8. Con nuôi của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 bị bãi bỏ bởi Luật Nuôi con nuôi năm 2010.

những yêu cầu hình thành trên cơ sở đạo đức, lương tri, lẽ phải, lẽ công bằng. Đạo lý không được tích lũy trong con người theo cách như học thuật hay vốn sống, mà được chiêm nghiệm và thấm nhuần trong quá trình sống. Thấm nhuần đạo lý, nhà chuyên môn có thể làm rõ giá trị đạo đức của luật, tăng cường tính thuyết phục của luật, qua đó thúc đẩy sự phát triển ý thức tự giác thực hiện pháp luật.

Ví dụ 4.

Theo điểm d khoản 1 Điều 621 Bộ luật dân sự năm 2015, người có hành vi lừa dối, cưỡng ép hoặc ngăn cản người để lại di sản trong việc lập di chúc; giả mạo di chúc, sửa chữa di chúc, hủy di chúc, che giấu di chúc nhằm hưởng một phần hoặc toàn bộ di sản trái với ý chí của người để lại di sản không được quyền hưởng di sản. Thực ra, người thừa kế chỉ đáng bị trừng phạt trong trường hợp ý chí của người để lại di sản không được tôn trọng không những là ý chí thực, chắc chắn mà còn phải là ý chí hợp đạo lý. Có thể hình dung tình huống: Người chồng lập di chúc giao toàn bộ tài sản cho nhân tình, người vợ giận dữ xé bỏ di chúc. Người chồng chết để lại vợ và một con chưa thành niên. Giả sử thêm rằng di chúc được dựng lại đầy đủ. Nếu di chúc không bị xé bỏ, áp dụng Điều 644 Bộ luật dân sự năm 2015, toàn bộ di sản sẽ được trao cho nhân tình của người chết và người này có trách nhiệm chuyển giao hai phần di sản được hưởng không phụ thuộc vào nội dung di chúc cho vợ và con chưa thành niên của người chết, mỗi phần bằng 2/3 suất thừa kế theo pháp luật của mỗi người. Nay do

người vợ có hành vi hủy di chúc, thì áp dụng điểm d khoản 1 Điều 621, nhân tình chỉ phải giao một phần di sản được hưởng không phụ thuộc vào nội dung di chúc cho con chưa thành niên, còn người vợ không có quyền hưởng di sản, và phần thừa kế không phụ thuộc vào nội dung di chúc của người vợ bị hủy bỏ. Không chắc đó là giải pháp mà người làm luật mong muốn, bởi hành vi hủy di chúc trong giả thiết nêu trên rõ ràng được thực hiện trong điều kiện người có hành vi ấy bị kích động bởi hành vi phi đạo đức của người lập di chúc...

II. KHÁI QUÁT CHUNG VỀ CÁC PHƯƠNG PHÁP PHÂN TÍCH CHỦ YẾU

Việc phân tích các quy tắc viết có thể được thực hiện bằng nhiều phương pháp. Đó là: Phương pháp phân tích câu chữ hoặc chú giải - phương pháp cổ điển, phương pháp phân tích lịch sử, phương pháp phân tích phát triển (còn được gọi là phương pháp tự do nghiên cứu khoa học), phương pháp phân tích luật bằng công cụ kinh tế học.

1. Khái quát chung về phương pháp phân tích câu chữ hoặc chú giải (phương pháp cổ điển)

Đây là phương pháp phân tích đã được các nhà luật học châu Âu sử dụng từ khi luật viết bắt đầu được pháp điển hóa thành các bộ luật. Tư tưởng chủ đạo của phương pháp này là: Luật được chứa đựng toàn bộ trong luật viết. Bởi vậy, muốn tìm kiếm quy tắc cần thiết chi phối một quan hệ nào đó, thì chỉ việc tìm hiểu luật (từ đó có thể hiểu hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết theo phương pháp phân tích câu chữ hoặc chú giải

là hoạt động trí tuệ của nhà chuyên môn "đi xuyên qua văn bản quy phạm pháp luật" để nắm bắt ý chí đích thực của người làm luật). Mục đích của việc thực hành phương pháp phân tích câu chữ hoặc chú giải là phát hiện ý chí của người làm luật, phát hiện các quy phạm pháp luật mà người làm luật muốn xây dựng và được thể hiện trong văn bản.

Phương pháp này được xây dựng dựa trên một số nguyên tắc cơ bản và được thể hiện thành một tập hợp các công cụ phân tích. Trong đó có một số công cụ của lôgíc học như tam đoạn luận, suy lý nghịch, suy lý mạnh, quy nạp và diễn dịch. Tập hợp các công cụ phân tích được xếp thành hai nhóm: Nhóm được sử dụng trong trường hợp văn bản luật không rõ nghĩa và nhóm được sử dụng trong trường hợp văn bản luật không đầy đủ.

Phương pháp phân tích câu chữ hoặc chú giải có một số nhược điểm là: *Thứ nhất*, chỉ tập trung tìm hiểu ý chí của người làm luật ở thời điểm văn bản được ban hành. Điều đó có nghĩa kết quả giải thích phải luôn như nhau, bất kể thời điểm mà việc giải thích được thực hiện. Nói cách khác, ý chí lịch sử của người làm luật được áp đặt một cách cố định chừng nào văn bản (hình thức thể hiện trên giấy mực của ý chí đó) còn có hiệu lực thi hành. Quan niệm này không phù hợp với quy luật phổ biến về sự phát triển của sự vật, hiện tượng. *Thứ hai,* phương pháp phân tích câu chữ dựa hẳn vào câu chữ của văn bản luật để tìm kiếm và phát hiện các quy tắc pháp lý. Thế nhưng câu chữ của luật viết luôn chỉ có một số lượng giới hạn; bởi vậy, dù có dùng tất cả các công cụ phân tích, người ta cũng chỉ có được một số lượng giới hạn các quy tắc.

Trong hoàn cảnh, điều kiện đặc thù của Việt Nam, phương pháp này có thể được coi là công cụ chủ lực mà người thực hiện luật, đặc biệt là các thẩm phán, có thể sử dụng trong hầu hết các trường hợp cần tìm kiếm giải pháp cho một vấn đề pháp lý.

2. Khái quát chung về phương pháp phân tích phát triển

Đây là phương pháp phân tích được sử dụng trong trường hợp việc sử dụng các công cụ của phương pháp phân tích câu chữ hoặc chú giải tỏ ra không có hiệu quả trong việc tìm kiếm các quy tắc cần thiết. Tình trạng mất hiệu quả của phương pháp phân tích câu chữ hoặc chú giải thường được ghi nhận một khi tình huống được xem xét rõ ràng là tình huống không được người làm luật dự kiến khi xây dựng văn bản luật liên quan. Nguyên tắc cơ bản của phương pháp này là: Đối với mọi vấn đề pháp lý, luật phải luôn có giải pháp. Trong trường hợp việc tìm kiếm giải pháp bằng các phương pháp phân tích câu chữ hoặc chú giải không đem lại kết quả cần thiết, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp hoặc người thực hiện luật phải xây dựng giải pháp bằng cách khác.

Theo phương pháp phân tích phát triển, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phải xuất phát từ việc quán triệt tư tưởng chủ đạo mà người làm luật đã dựa vào trong quá trình xây dựng các quy tắc liên quan và phải bám lấy tư tưởng chủ đạo đó trong quá trình suy nghĩ, cân nhắc trên cơ sở học thuật, vốn sống và đạo lý về một giải pháp chấp nhận được cho vấn đề đặt ra trong tình huống không được người làm luật dự kiến.

Phương pháp phân tích phát triển phù hợp với một không gian nghiên cứu và phân tích mà trong đó, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp, người thi hành luật được tự do tìm kiếm giải pháp cho vấn đề pháp lý đặt ra. Tất nhiên, trước hết phải dựa vào luật viết, nhưng nếu luật không quy định, thì vẫn phải có giải pháp theo một cách nào đó. Ở các nước tiên tiến, phương pháp này đã và đang được sử dụng như một cách nối dài phương pháp phân tích câu chữ hoặc chú giải. Ở Việt Nam, quy định "Tòa án không có quyền từ chối giải quyết vụ, việc dân sự vì lý do không có luật" (khoản 3 Điều 14 Bộ luật dân sự năm 2015) là một quy định khá mới mẻ. Bởi vậy, cần có thời gian để người thi hành luật, đặc biệt là thẩm phán, quen với công việc tự suy nghĩ, tìm kiếm giải pháp cho vấn đề pháp lý trong điều kiện không thể có được giải pháp bằng cách áp dụng trực tiếp luật viết.

3. Khái quát chung về phương pháp phân tích lịch sử

Phương pháp phân tích lịch sử được sử dụng trong một số trường hợp phân tích các văn bản luật đã được ban hành từ khá lâu nhưng vẫn còn hiệu lực thi hành. Tư tưởng chủ đạo của phương pháp này là: Tư duy của người làm luật, cũng như tư duy nói chung, là sản phẩm của lịch sử, bởi vậy: (i) Muốn tìm hiểu ý nghĩa của một quy tắc cổ xưa, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phải tự đặt mình trong hoàn cảnh, điều kiện lịch sử của người làm ra quy tắc đó, để suy nghĩ; (ii) Muốn áp dụng quy tắc cổ xưa mà vẫn còn hiệu lực trong hoàn cảnh, điều kiện hiện tại, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phải "diễn đạt lại" ý chí của người làm luật như thể người làm luật của thời kỳ trước đang sống và xây dựng

quy tắc liên quan trong thời kỳ này: "Ở thời kỳ trước, người làm luật đã quyết định như thế bởi vì...; vậy, với quan điểm đó và nếu phải giải quyết cùng một vấn đề, thì, ở thời kỳ này, người làm luật sẽ quyết định như thế này..."[1].

Ở Việt Nam, luật viết thường thay đổi nhanh, không ít văn bản luật chỉ được áp dụng trong thời gian ngắn rồi bị thay thế. Ngay cả Bộ luật dân sự - một trong những văn bản quan trọng nhất trong hệ thống luật viết, cũng được thay khoảng mười năm một lần. Do đó, người nghiên cứu và phân tích luật hầu như ít có cơ hội tiếp xúc với những quy phạm có "tuổi thọ" cao để phải đi ngược dòng thời gian tìm hiểu ý chí của người làm luật.

4. Khái quát chung về phương pháp phân tích luật bằng các công cụ kinh tế học

Phân tích luật ở góc độ kinh tế (economic analysis of law) là một phương pháp phân tích luật đặc biệt được các nhà kinh tế người Mỹ khởi xướng vào nửa sau của thế kỷ XX[2]. Tư tưởng chủ đạo của phương pháp này là: Giải pháp tốt nhất cho các vấn đề pháp lý là giải pháp có tác dụng mang lại lợi ích cao nhất có thể cho tất cả mọi người có liên quan với chi phí xã hội thấp nhất. Thật ra, phương pháp này chủ yếu nhằm đặt cơ sở cho việc xác định một thái độ ứng xử trong không gian pháp lý gọi là không trái luật, đồng thời cho phép chủ thể đạt được mục tiêu mong muốn với chi phí hợp lý, mà không hẳn nhằm trực tiếp phân tích một điều luật cụ thể nào. Cơ sở của

---

1. G. Cornu, Droit civil - Introduction. Les personnes. Les biens, Montchrestien, Paris, 1990, p.135.

2. R. Posner: *Economic Analysis of Law*, Litle, Brown and Company, Toronto, 1986.

thái độ ứng xử này là: Một mặt, chủ thể được tự do làm tất cả những gì pháp luật không cấm; nhưng mặt khác, trong điều kiện không gian đang bị chủ thể khác chiếm giữ hoặc lợi ích đang bị chủ thể khác kiểm soát, thì muốn đi vào không gian ấy hoặc có được lợi ích mong muốn, chủ thể phải bỏ tiền ra mua.

Ví dụ

A có một phòng mạch đang làm ăn phát đạt thì B mua căn nhà bên cạnh phòng mạch của A và mở một trại hòm. Việc có một phòng mạch bên cạnh thường không ảnh hưởng đến hoạt động kinh doanh của trại hòm, nhưng chắc chắn, phòng mạch sẽ gặp khó khăn trong hoạt động kinh doanh một khi bên cạnh có một trại hòm do khách hàng dễ rơi vào tâm trạng lo ngại mỗi khi đến phòng mạch để khám bệnh. Để giải quyết vấn đề, A có thể thương lượng với B để B dẹp trại hòm, đồng thời cam kết không thực hiện một hoạt động kinh doanh nào khác không tương thích với hoạt động của phòng mạch. Một quan hệ có thể được thiết lập trong trường hợp này có tác dụng giới hạn việc sử dụng bất động sản của B, nhằm phục vụ cho việc khai thác kinh tế đối với bất động sản của A. Quan hệ này hoàn toàn phù hợp với định nghĩa về "Quyền đối với bất động sản liền kề" tại Điều 245 Bộ luật dân sự năm 2015[1].

---

1. Trong luật Anh - Mỹ, loại quan hệ này được gọi là "restrictive covenant". Xem Trường Đại học Mở Thành phố Hồ Chí Minh - Nguyễn Ngọc Điện: *Giáo trình Luật dân sự*, t.1, *sđd*, tr.345-346. Loại quan hệ này phát triển mạnh trong xã hội hiện đại trong điều kiện chủ thể nhận thức được khả năng tận dụng các lợi thế của quan hệ láng giềng để buộc người lân cận phải chi trả nếu muốn sống và làm việc trong những điều kiện thuận lợi.

"Điều 245. Quyền đối với bất động sản liền kề

Quyền đối với bất động sản liền kề là quyền được thực hiện trên một bất động sản (gọi là bất động sản chịu hưởng quyền) nhằm phục vụ cho việc khai thác một bất động sản khác thuộc quyền sở hữu của người khác (gọi là bất động sản hưởng quyền)".

Nếu được dùng để phân tích và giải thích trực tiếp một điều luật, thì yêu cầu đặt ra đối với kết quả phân tích và giải thích bằng phương pháp phân tích luật bằng công cụ kinh tế học cũng là sự thỏa mãn việc theo đuổi lợi ích với chi phí thấp.

Trong nhiều trường hợp, phân tích kinh tế bằng các công cụ đòi hỏi các kiến thức về kinh tế lượng (econometrics). Bởi vậy, việc giới thiệu phương pháp phân tích kinh tế bằng các công cụ cần một không gian riêng, trong đó, các nội dung cơ bản của toán kinh tế được giới thiệu một cách có hệ thống nhằm phục vụ cho việc trình bày nội dung phương pháp phân tích luật bằng công cụ kinh tế học.

Trong khuôn khổ của cuốn sách này, tác giả đặc biệt chú trọng việc giới thiệu những phương pháp được sử dụng phổ biến, thường xuyên và có hiệu quả nhất trong phân tích luật ở các nước theo luật thành văn. Đó trước hết là phương pháp phân tích câu chữ hoặc chú giải, sau đó là phương pháp phân tích phát triển và phân tích lịch sử. Ngoài ra, đối với trường hợp giữa các điều luật có sự mâu thuẫn, việc nghiên cứu và phân tích luật đòi hỏi một phương pháp riêng.

III. PHƯƠNG PHÁP PHÂN TÍCH CÂU CHỮ HOẶC CHÚ GIẢI (PHƯƠNG PHÁP CỔ ĐIỂN)

Phân tích câu chữ hoặc chú giải (sau đây gọi là phân tích câu chữ), không thể được hiểu theo nghĩa đen, tức là phân tích từng câu, từng chữ dựa theo ý nghĩa của từ ngữ được ghi nhận trong từ điển hoặc trong tập quán. Với phương pháp phân tích câu chữ, cần hiểu câu chữ chứa đựng ý chí của người làm luật[1], vì vậy người nghiên cứu và phân tích là phát hiện ý nghĩa chứ không tạo ra luật[2].

1. Công cụ sơ cấp của phương pháp phân tích câu chữ - quy trình suy lý tam đoạn luận

a) Khái niệm

Tam đoạn luận (*syllogism*) là quy trình suy lý do các nhà hiền triết Hy Lạp cổ đại phát minh. Mục đích của quy trình này là giúp con người nhận diện các hiện tượng có bản chất giống nhau do hình thành và phát triển theo cùng một quy luật. Quy trình suy lý tam đoạn luận được thực hiện theo ba bước: Đại đề, tiểu đề và kết luận.

Đại đề (Major) là chân lý hoặc một điều hiển nhiên mà tất cả mọi người đều chấp nhận, thừa nhận và không tranh cãi, coi là có giá trị phổ quát.

---

1. Xem thêm J. Bonnecase: *L'école de l'Exégèse en droit civil*, E. de Brocard, Paris, 1924.

2. Xem thêm: C. Demolombe: *Cours de Code Napoléon*, épisodes 1, Durand, Paris, 1870, nombre 115: "Về phương diện lý thuyết, diễn dịch có nghĩa là giải thích; diễn dịch là làm sáng tỏ ý nghĩa đúng và đích thực của luật viết. Đó không phải là thay đổi, sửa đổi, làm mới; đó là tuyên bố, là thừa nhận. Việc diễn dịch có thể khéo léo hoặc tinh tế; có thể dẫn đến việc gán cho người làm luật những ý đồ mà thực ra người làm luật không có, những ý đồ có thể tốt hơn hoặc xấu hơn; nhưng diễn dịch không có tác dụng tạo ra quy tắc mới; nếu không, thì không còn là diễn dịch nữa".

Tiểu đề (Minor) là tình huống cụ thể được ghi nhận, trong đó vấn đề nêu ra có thể được giải quyết bằng cách áp dụng chân lý hoặc điều hiển nhiên được chỉ ra trong đại đề.

Kết luận (Conclusion) là việc áp dụng chân lý hoặc điều hiển nhiên có giá trị phổ quát trong đại đề vào tình huống cụ thể để có được điều hiển nhiên có giá trị trong trường hợp cụ thể.

Ví dụ sơ đẳng và dễ hiểu nhất, cả trên bình diện triết học lẫn ở góc độ thực tiễn, về quy trình suy lý tam đoạn luận như sau:

Đại đề: tất cả mọi người đều phải chết.

Tiểu đề: A là một con người.

Kết luận: A phải chết.

b) Áp dụng quy trình suy lý tam đoạn luận vào phân tích luật

- Suy luận thông thường

Trong quan niệm lý tưởng của người phân tích luật viết theo phương pháp phân tích câu chữ, việc áp dụng pháp luật trước hết là việc xây dựng một tam đoạn luận đơn giản (*simple syllogism*) (ba bước áp dụng luật)[1]:

Đại đề là quy tắc thích ứng của luật viết;

Tiểu đề là phần ghi nhận việc có đủ điều kiện để áp dụng quy tắc trong trường hợp đang xem xét;

Kết luận là phần khẳng định việc áp dụng quy tắc trong trường hợp đang xem xét để có được quy tắc cụ thể.

---

1. Xem Ghestin, Goubeaux: *Traité de droit civil - Introduction générale*, L.G.D.J, Paris, 1986, Nombre 143.

✍ ***Ví dụ 1.***

- Đại đề: Người hưởng thừa kế có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ tài sản trong phạm vi di sản do người chết để lại (khoản 1 Điều 615 Bộ luật dân sự năm 2015).

- Tiểu đề: Người thừa kế không phụ thuộc vào nội dung di chúc (quy định tại Điều 644 Bộ luật dân sự năm 2015) là người thừa kế.

- Kết luận: Vậy, người thừa kế không phụ thuộc nội dung di chúc có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ tài sản trong phạm vi di sản do người chết để lại.

- Suy luận chuyên sâu

✍ ***Ví dụ 2.***

Quy trình suy lý tam đoạn luận cho ra kết quả phân tích có tác dụng cảnh báo về những yếu cầu rất tinh tế của luật mà nhiều người đọc luật một cách hời hợt, thiếu sự chú ý cần thiết thường không nhận ra.

Điều 386 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định:

"1. Đề nghị giao kết hợp đồng là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định hoặc tới công chúng (sau đây gọi chung là bên được đề nghị).

2. Trường hợp đề nghị giao kết hợp đồng có nêu rõ thời hạn trả lời, nếu bên đề nghị lại giao kết hợp đồng với người thứ ba trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời thì phải bồi thường thiệt hại cho bên được đề nghị mà không được giao kết hợp đồng nếu có thiệt hại phát sinh".

Tình huống giả thiết 1: A đã đưa ra cho B đề nghị giao kết hợp đồng bán căn nhà với giá 2 tỷ đồng, có thời hạn trả lời (7 ngày). Sau đó, A lại đưa ra cho C đề nghị giao kết hợp đồng cũng bán đúng căn nhà với giá đó và cũng có cùng thời hạn trả lời. Năm ngày sau khi A đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng với B, C đồng ý giao kết hợp đồng với A và hai bên xác lập hợp đồng. Trong khi đó, B thật ra đã rất muốn mua căn nhà và lý do khiến B chưa vội trả lời A là vì B đang huy động nhiều nguồn vay và chưa chắc chắn có đủ tiền, bởi vậy, chưa đủ tự tin để chấp nhận đề nghị. Việc A giao kết hợp đồng với C khiến B phải trả tiền lãi vay đối với số tiền đã gom được, nhưng rốt cuộc lại không mua được nhà.

Quy trình suy lý tam đoạn luận cho tình huống giả thiết 1 như sau:

- Đại đề: Trường hợp đề nghị giao kết hợp đồng có nêu rõ thời hạn trả lời, nếu bên đề nghị lại giao kết hợp đồng với người thứ ba trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời thì phải bồi thường thiệt hại cho bên được đề nghị mà không được giao kết hợp đồng nếu có thiệt hại phát sinh.

- Tiểu đề: A đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng với B có nêu rõ thời hạn trả lời, sau đó lại giao kết hợp đồng với C (người thứ ba) trong thời hạn chờ B trả lời khiến B phải chịu thiệt hại.

Kết luận: A phải bồi thường thiệt hại cho B.

Tình huống giả thiết 2: A đã đưa ra cho B đề nghị giao kết hợp đồng bán căn nhà với giá 2 tỷ đồng và có thời hạn trả lời (7 ngày). Sau đó, A lại đưa ra cho C đề nghị

giao kết hợp đồng cũng bán đúng căn nhà với cùng giá đó và cũng có cùng thời hạn trả lời. Năm ngày sau khi A đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng với C, B đồng ý giao kết hợp đồng với A và hai bên xác lập hợp đồng. Cũng giống như B trong tình huống giả thiết 1, C thật ra đã rất muốn mua căn nhà và lý do khiến C chưa vội trả lời A là C đang thu gom tiền chưa đủ và bởi vậy, chưa đủ tự tin để chấp nhận đề nghị. Việc A giao kết hợp đồng với B khiến C phải trả tiền lãi vay đối với số tiền đã gom được, nhưng rốt cuộc lại không mua được nhà.

Quy trình suy lý tam đoạn luận cho tình huống giả thiết 2 như sau:

- Đại đề: Trường hợp đề nghị giao kết hợp đồng có nêu rõ thời hạn trả lời, nếu bên đề nghị lại giao kết hợp đồng với người thứ ba trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời thì phải bồi thường thiệt hại cho bên được đề nghị mà không được giao kết hợp đồng nếu có thiệt hại phát sinh.

- Tiểu đề: A đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng với C có nêu rõ thời hạn trả lời, sau đó lại giao kết hợp đồng với B (người thứ ba) trong thời hạn chờ C trả lời khiến C bị thiệt hại.

- Kết luận: C có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại.

Lý do khiến việc áp dụng quy trình suy lý tam đoạn luận trong tình huống giả thiết 2 vẫn được thực hiện suôn sẻ là do khi nhắc đến người thứ ba và bên được đề nghị, luật không xác định bên nào đến trước, bên nào đến sau. Điều kiện duy nhất để bên được đề nghị có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại là thời hạn chờ trả lời dành cho bên này chưa hết.

Nhận xét rút ra là: Một khi đã đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng có thời hạn với một người nào đó, thì không nên đưa ra cùng đề nghị với một người khác trong khi thời hạn dành cho bên được đề nghị ban đầu chưa chấm dứt. Đúng hơn nữa, không nên đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng cùng một lúc với nhiều người, bởi việc một người chấp nhận đề nghị của một người sẽ khiến cho chủ thể không giao kết được hợp đồng với bất kỳ người được đề nghị nào khác một khi người khác được đề nghị cũng chấp nhận đề nghị. Đó cũng chính là thông điệp nhắn nhủ mà người làm luật gửi đến xã hội thông qua Điều 386 Bộ luật dân sự năm 2015.

✍ ***Ví dụ 3.***

Quy trình suy lý tam đoạn luận cho thấy tính ưu việt khi được sử dụng để phân tích kết hợp nhiều điều luật liên quan trong cùng một tình huống pháp lý.

Tình huống giả thiết: X có hai con là A và B, đều đã thành niên và có cuộc sống ổn định. X lập di chúc để lại toàn bộ di sản cho A. Khi mở thừa kế, A biết mình sẽ được hưởng trọn di sản của cha và B không được gì, trong khi hai anh em rất thương yêu nhau. Sau khi suy nghĩ kỹ, A gặp công chứng viên và bày tỏ mong muốn từ chối nhận di sản theo di chúc do cha để lại.

Với từ khóa "từ chối nhận di sản", công chứng viên dễ dàng tìm được điều luật liên quan: Điều 620 Bộ luật dân sự năm 2015.

"Điều 620. Từ chối nhận di sản

1. Người thừa kế có quyền từ chối nhận di sản, trừ trường hợp việc từ chối nhằm trốn tránh việc thực hiện nghĩa vụ tài sản của mình đối với người khác".

Đoạn sau dấu phẩy "," khoản 1 của Điều 620 không liên quan đến trường hợp của A, bởi A không hề có ý định trốn nợ của bản thân. Chỉ còn lại đoạn thứ nhất - "Người thừa kế có quyền từ chối nhận di sản". Đây cũng là một quy phạm độc lập.

Quy trình suy lý tam đoạn luận cho tình huống giả thiết:

- Đại đề: Người thừa kế có quyền từ chối nhận di sản (khoản 1 Điều 620 Bộ luật dân sự năm 2015).

-Tiểu đề: A là người thừa kế (theo di chúc).

-Kết luận: A có quyền từ chối nhận di sản.

Theo kết luận trên, việc từ chối của A hoàn toàn hợp lệ. Vấnđề kế tiếp đặt ra đối với công chứng viên là sau khi A từ chối nhận di sản được hưởng theo di chúc, thì di sản đi về đâu.Với các từ khóa "thừa kế theo di chúc" và "từ chối nhận di sản", quá trình tìm kiếm quy định liên quan tất yếu dẫn dắt công chứng viên tiếp cận Điều 650 Bộ luật dân sự năm 2015 - điềuluật có các từ khóa ấy.

'Điều 650. Những trường hợp thừa kế theo pháp luật

1 Thừa kế theo pháp luật được áp dụng trong trường hợp sau đây:

a Không có di chúc;

b Di chúc không hợp pháp;

c Những người thừa kế theo di chúc chết trước hoặc chết cùng thời điểm với người lập di chúc; cơ quan, tổ chức được hưởng thừa kế theo di chúc không còn tồn tại vào thời điểm mở thừa kế;

d Những người được chỉ định làm người thừa kế theo di chúc mà không có quyền hưởng di sản hoặc từ chối nhận di sản".

Dùng quy trình suy lý tam đoạn luận áp dụng vào trường hợp của A, ta có kết quả:

- Đại đề: Nếu người thừa kế theo di chúc từ chối nhận di sản thì thừa kế theo pháp luật được áp dụng (khoản 1 Điều 650 Bộ luật dân sự năm 2015).

- Tiểu đề: A - người thừa kế theo di chúc, từ chối nhận di sản.

- Kết luận: Di sản được chia theo pháp luật.

Vấn đề đặt ra đối với công chứng viên là: người nào sẽ được gọi để nhận di sản với tư cách là thừa kế theo pháp luật của X? Với từ khóa "người thừa kế theo pháp luật", quá trình tìm kiếm quy định liên quan tất yếu dẫn dắt công chứng viên tiếp cận với điều luật ngay sau đó trong Bộ luật dân sự năm 2015 là Điều 651, quy định về các hàng thừa kế theo pháp luật và cách thức chuyển giao di sản cho người thừa kế theo pháp luật.

"Điều 651. Người thừa kế theo pháp luật

1. Những người thừa kế theo pháp luật được quy định theo thứ tự sau đây:

a) Hàng thừa kế thứ nhất gồm: vợ, chồng, cha đẻ, mẹ đẻ, cha nuôi, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi của người chết;

b) Hàng thừa kế thứ hai gồm: ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại, anh ruột, chị ruột, em ruột của người chết; cháu ruột của người chết mà người chết là ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại;

c) Hàng thừa kế thứ ba gồm: cụ nội, cụ ngoại của người chết; bác ruột, chú ruột, cậu ruột, cô ruột, dì ruột của người chết; cháu ruột của người chết mà người chết là bác ruột,

chú ruột, cậu ruột, cô ruột, dì ruột; chắt ruột của người chết mà người chết là cụ nội, cụ ngoại.

2. Những người thừa kế cùng hàng được hưởng phần di sản bằng nhau.

3. Những người ở hàng thừa kế sau chỉ được hưởng thừa kế, nếu không còn ai ở hàng thừa kế trước do đã chết, không có quyền hưởng di sản, bị truất quyền hưởng di sản hoặc từ chối nhận di sản".

Dùng quy trình suy lý tam đoạn luận áp dụng vào trường hợp của di sản do X để lại, ta có kết quả:

-Đại đề: Con của người chết là thừa kế theo pháp luật thuộc hàng thứ nhất của người chết (điểm a khoản 1 Điều 651).

-Tiểu đề: A (và cả B) là con của người chết.

-Kết luận: A (và cả B) là thừa kế theo pháp luật thuộc hàng thứ nhất của người chết.

Điều đó có nghĩa là, sau khi A từ chối nhận di sản được hưởng theo di chúc, thì di sản được chuyển giao theo pháp luật và A lại là người thừa kế (lần này là theo pháp luật).

Vấn đề kế tiếp đặt ra theo đúng lôgíc đối với công chứng viên là liệu A có muốn nhận di sản được hưởng theo pháp luật không? Công chứng viên phải đặt vấn đề này bởi A đã từng được hưởng di sản theo di chúc và đã từ chối. Điều thú vị là, một khi vấn đề đặt ra, công chứng viên lại tất yếu được dẫn dắt tiếp cận trở lại Điều 620 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định về quyền từ chối nhận di sản. Lập tức, công chứng viên đứng trước câu hỏi: A (thừa kế theo pháp luật) có hay không quyền từ chối hưởng di sản (theo pháp luật)?

Dùng quy trình suy lý tam đoạn luận áp dụng vào trường hợp này, ta có kết quả như sau:

- Đại đề: Người thừa kế có quyền từ chối nhận di sản (khoản 1 Điều 620).

- Tiểu đề: A là người thừa kế (theo pháp luật).

- Kết luận: A có quyền từ chối nhận di sản (theo pháp luật).

Nhận xét rút ra là: Một khi người thừa kế mang hai tư cách - thừa kế theo di chúc và thừa kế theo pháp luật - thì có hai quyền từ chối nhận di sản riêng biệt - từ chối nhận di sản theo di chúc và từ chối nhận di sản theo pháp luật. Nhận xét này đặc biệt thú vị, bởi nếu chỉ đọc Điều 620 Bộ luật dân sự năm 2015 một cách riêng biệt, độc lập và hiểu theo đúng câu chữ, thì chắc chắn người đọc không thể phát hiện được hai quyền từ chối nhận di sản riêng biệt này.

Trở lại trường hợp chuyển giao di sản của X, vấn đề chuyển giao di sản cho ai và như thế nào được giải quyết tùy theo A có tiếp tục sử dụng quyền từ chối nhận di sản hay không.

Nếu A không sử dụng quyền từ chối nhận di sản theo pháp luật thì bằng cách áp dụng quy trình suy lý tam đoạn luận đối với Điều 651 Bộ luật dân sự năm 2015, ta có giải pháp mà theo đó, có hai người thừa kế được gọi để nhận di sản theo pháp luật là A và B; mỗi người được hưởng một phần bằng nhau, nghĩa là 1/2 di sản.

Trái lại, nếu A từ chối nhận di sản theo pháp luật, thì cũng bằng quy trình suy lý tam đoạn luận đối với khoản 1 Điều 650 và Điều 651 Bộ luật dân sự năm 2015, ta có giải pháp mà theo đó, A không còn là người thừa kế; chỉ còn một người

thừa kế theo pháp luật thuộc hàng thứ nhất được gọi để nhận di sản, là B di sản được chuyển giao trọn cho B.

Hạn chế của quy trình suy lý tam đoạn luận

Quy trình suy lý tam đoạn luận có hạn chế là để áp dụng quy trình này đòi hỏi tình huống ghi nhận trong tiểu đề phải có đầy đủ các yếu tố của phần giả định trong quy phạm pháp luật.

Ví dụ 4.

Điều 15 Luật Bảo vệ người tiêu dùng năm 2010 quy định: *"Trong trường hợp hiểu khác nhau về nội dung hợp đồng thì tổ chức, cá nhân có thẩm quyền giải quyết tranh chấp giải thích theo hướng có lợi cho người tiêu dùng"*. Nếu có một tranh chấp giữa người mua căn hộ chung cư để ở và chủ đầu tư liên quan đến hợp đồng mua bán căn hộ, thì người mua là người tiêu dùng sẽ được hưởng quy tắc về giải thích hợp đồng có lợi cho người tiêu dùng, như được quy định tại Điều 15 dẫn trên. Trường hợp này quy trình suy lý tam đoạn luận rất hiệu quả trong việc tìm giải pháp cho vấn đề.

Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp khác khi giữa tình huống có vấn đề và phần giả định của điều luật được cho là có liên quan không có sự trùng khớp về nội dung thì việc áp dụng tam đoạn luận để tìm kiếm giải pháp là không thể được. Ví dụ 2: theo khoản 2 Điều 496 Bộ luật dân sự năm 2015, người mượn tài sản không được cho người khác mượn lại tài sản nếu không có sự đồng ý của bên cho mượn. Nếu một người nào đó đang mượn tài sản mà muốn cho người khác mượn lại, thì việc áp dụng quy trình suy lý tam đoạn luận để

tìm ra quy tắc ứng xử cần thiết dành cho người này hoàn toàn khả thi. Nhưng nếu người này muốn cho người khác thuê lại tài sản mượn, thì không thể áp dụng quy trình suy lý tam đoạn luận để tìm ra quy tắc ứng xử cần thiết.

Áp dụng quy trình suy lý tam đoạn luận cũng bị loại trừ trong trường hợp điều luật liên quan không rõ nghĩa hoặc có nhiều điều luật cùng chi phối tình huống và cho ra các giải pháp khác nhau.

2. Các nguyên tắc cơ bản của phương pháp phân tích câu chữ

Quan điểm chủ đạo của phương pháp phân tích câu chữ phải quán triệt là: (i) *Luật phải được chứa đựng toàn bộ trong luật viết;* (ii) *Người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp có trách nhiệm sử dụng các công cụ phân tích để phát hiện ý chí của người làm luật chứa đựng trong luật viết.* Tuy nhiên, quán triệt quan điểm chủ đạo này không có nghĩa là trong mọi trường hợp, việc áp dụng pháp luật đều có thể được quy thành một tam đoạn luận đơn giản được xây dựng từ các kết quả tra cứu đơn giản một (hoặc nhiều) văn bản. Điều hiển nhiên là việc xây dựng một tam đoạn luận đòi hỏi phải có một điều luật thích ứng ghi rõ các điều kiện áp dụng. Tuy nhiên, cũng phải thừa nhận một thực tế là, luật viết, do những hạn chế của câu chữ, có thể mập mờ, khó hiểu do những hạn chế của bản thân người làm luật, có thể không đầy đủ và mâu thuẫn.

Mỗi khi cần áp dụng luật, vấn đề đầu tiên phải giải quyết là liệu có thể xây dựng được một tam đoạn luận từ một điều luật? Chỉ trong trường hợp câu trả lời là phủ định, thì nhà chuyên môn mới xem xét đến các khả năng tạo ra (tìm ra)

con đường khác (sử dụng các công cụ phân tích khác) để áp dụng luật. Bởi vậy, phương pháp phân tích câu chữ được hình thành trên cơ sở các nguyên tắc cơ bản sau:

ω ***Nguyên tắc thứ nhất,*** *nếu luật viết rõ ràng thì phải tuyệt đối tôn trọng câu chữ của luật viết.*

Nghĩa là không phân tích luật viết, một khi luật đã được diễn đạt hoàn toàn rõ ràng và dễ dàng được hiểu một cách thống nhất.

✍ ***Ví dụ 1.***

Luật quy định người từ đủ 18 tuổi trở lên là người thành niên (khoản 1 Điều 20 Bộ luật dân sự năm 2015); người chưa đủ 18 tuổi là người chưa thành niên (khoản 1 Điều 21 Bộ luật dân sự năm 2015). Không cần phân tích gì thêm về ý nghĩa của điều luật này. Đơn giản, đủ 18 tuổi là mốc giới mà luật thiết lập để ngăn cách giữa tình trạng thành niên và tình trạng chưa thành niên; luật không phân biệt người đủ hoặc chưa đủ 18 tuổi là nam hay nữ, là người thuộc dân tộc Kinh hay thuộc dân tộc thiểu số, là người có khả năng hay không có khả năng nhận thức được hành vi của mình, là người biết chữ hay không biết chữ,... Vấn đề phân tích chỉ được đặt ra một khi nội dung văn bản không được trình bày một cách rõ ràng, do người làm luật sử dụng từ có thể được hiểu theo nhiều nghĩa hoặc do diễn đạt không trong sáng, không chính xác.

Tuy nhiên, để bảo đảm cho nguyên tắc này thì sự rõ ràng của luật viết phải bảo đảm trong cả cách diễn đạt lẫn về điều kiện áp dụng. Trong nhiều trường hợp, quy tắc được diễn đạt rất rõ, nhưng việc áp dụng quy tắc lại không đơn giản.

Lấy lại ví dụ vừa nêu, ta có ngay câu hỏi: Làm thế nào xác định được một người là đủ hay chưa đủ 18 tuổi? Hay cách hỏi khác: Bằng chứng chính thức về tuổi của một người là giấy khai sinh, sổ hộ khẩu, hay chứng minh thư? Pháp luật nước ta có giải pháp chính thức cho vấn đề này nhưng quy định tại một văn bản lập quy chứ không phải trong Bộ luật dân sự cũng không phải trong một luật chuyên biệt. Cụ thể, khoản 1 Điều 6 Nghị định số 123/2015/NĐ-CP ngày 25/11/2015 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Hộ tịch: *"Giấy khai sinh là giấy tờ hộ tịch gốc của cá nhân"* và khoản 2, *"Mọi hồ sơ, giấy tờ của cá nhân có nội dung về họ, chữ đệm, tên; ngày, tháng, năm sinh; giới tính; dân tộc; quốc tịch; quê quán; quan hệ cha, mẹ, con phải phù hợp với Giấy khai sinh của người đó"*. Người thực hiện luật, luôn có xu hướng dựa vào giấy khai sinh để xác định tuổi của mỗi người trong trường hợp không có tranh chấp; còn nếu có tranh chấp, tuổi có thể được chứng minh bằng mọi phương tiện được thừa nhận trong luật chung về chứng cứ.

Cần lưu ý rằng, quy tắc được diễn đạt rõ ràng không hẳn là một quy tắc hợp lý, hợp tình. Có những quy tắc rõ ràng về phương diện diễn đạt, nhưng lại không hợp lý và không khả thi. Thế nhưng, việc sửa đổi các quy tắc như thế không phải là công việc của người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp, đó là công việc của người làm luật. Tất nhiên, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp có thể chỉ ra tính không hợp lý, không khả thi của một quy tắc nào đó, cũng như có quyền kiến nghị sửa đổi quy tắc đó. Nhưng chừng nào đó, khi quy tắc đó chưa được sửa đổi, thì người nghiên cứu và phân tích

chuyên nghiệp không có quyền kiến nghị không tuân thủ quy tắc đó.

*t) **Nguyên tắc thứ hai,** nếu luật viết không rõ ràng hoặc không đầy đủ thì phải tìm hiểu luật trên cơ sở quán triệt toàn bộ tinh thần của văn bản.*

"Tinh thần" ở đây là ý đồ chung của người soạn thảo văn bản là tư tưởng chủ đạo được người soạn thảo quán triệt trong toàn bộ quá trình xây dựng nội dung văn bản.

Ở góc độ lý luận chính trị, nguyên tắc này được thiết lập phù hợp với bản chất của luật - ý chí của giai cấp thống trị được áp đặt lên toàn xã hội. Ở góc độ chính sách, nguyên tắc này được thiết lập phù hợp với quan niệm luật là biện pháp triển khai các quyết sách lớn do Nhà nước đề ra. Các quy định cụ thể được coi là các biện pháp luật hóa ý chí và quyết sách đó[1]. Ở góc độ kỹ thuật, nguyên tắc này có tác dụng cảnh báo, nhắc nhở đối với người phân tích luật về những khuyết tật có thể có của văn bản và về sự cần thiết của việc xử lý những khuyết tật này bằng các biện pháp phù hợp.

✍ ***Ví dụ 2.***

Luật Nhà ở năm 2014 có một điều khoản quy định về điều kiện thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai (Điều 148).

---

1 Nguyên tắc này cũng được dùng làm cơ sở để giải thích hợp đồng - một thứ luật giữa các bên giao kết. Khi một hợp đồng có điều khoản không rõ ràng, thì không chỉ dựa vào ngôn từ của hợp đồng mà còn phải căn cứ vào ý chí chung của các bên để giải thích điều khoản đó (khoản 1 Điều 404 Bộ luật dân sự năm 2015).

Cả Luật Nhà ở năm 2014 nói chung và Điều 148 nói riêng được xây dựng trong bối cảnh có nhiều tranh chấp, khiếu nại, tố cáo liên quan đến các loại tài sản này, đặc biệt là những khiếu kiện về các hành vi, gây nghi ngại về sự thiếu trung thực, thiếu thiện chí của nhà đầu tư.

"***Điều 148. Điều kiện thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai***

1. Điều kiện thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở, thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai được quy định như sau:

a) Trường hợp chủ đầu tư thế chấp một phần hoặc toàn bộ dự án đầu tư xây dựng nhà ở thì phải có hồ sơ dự án, có thiết kế kỹ thuật của dự án được phê duyệt và đã có Giấy chứng nhận hoặc quyết định giao đất, cho thuê đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền;

b) Trường hợp chủ đầu tư thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai xây dựng trong dự án thì ngoài điều kiện quy định tại điểm a khoản này, nhà ở thế chấp phải thuộc diện đã xây dựng xong phần móng theo quy định của pháp luật về xây dựng và không nằm trong phần dự án hoặc toàn bộ dự án mà chủ đầu tư đã thế chấp theo quy định tại điểm a khoản này;

c) Trường hợp tổ chức, cá nhân thế chấp nhà ở quy định tại khoản 2 Điều 147 của Luật này thì phải có giấy tờ chứng nhận quyền sử dụng đất ở hợp pháp theo quy định của pháp luật về đất đai, Giấy phép xây dựng nếu thuộc diện phải có Giấy phép xây dựng.

Trường hợp người thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai mua nhà ở của chủ đầu tư trong dự án đầu tư xây dựng

nhà ở thì phải có hợp đồng mua bán nhà ở ký kết với chủ đầu tư, có văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở nếu là bên nhận chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở theo quy định, có giấy tờ chứng minh đã đóng tiền mua nhà ở cho chủ đầu tư theo tiến độ thỏa thuận trong hợp đồng mua bán và không thuộc diện đang có khiếu nại, khiếu kiện, tranh chấp về hợp đồng mua bán nhà ở hoặc về việc chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở này.

2. Việc thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai chỉ được thực hiện theo quy định tại Luật này; các trường hợp thế chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở hoặc nhà ở hình thành trong tương lai không đúng với quy định tại Luật này thì không có giá trị pháp lý".

Khi đọc điều luật rất dài dòng này, người đọc tiếp cận với đoạn cuối của điều luật có thể bị dẫn dắt đến một nhận xét, theo đó, người soạn thảo Luật Nhà ở muốn dùng Luật này để phủ định tất cả các luật khác. Nói cách khác, người đọc hiểu rằng, việc thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai chỉ được thực hiện theo quy định tại Luật này mà không thể theo quy định tại bất kỳ luật nào khác, cũng không thể theo bất kỳ văn bản quy phạm pháp luật nào khác.

Lý do của người làm luật là trong không ít trường hợp, nhà đầu tư hoặc chủ nhà ở hình thành trong tương lai khai thác những kẽ hở của luật để xác lập giao dịch thế chấp nhằm vay tiền ngân hàng. Sau đó, do người vay không hoàn trả

được nợ, ngân hàng tiến hành xử lý tài sản thế chấp thì mới phát hiện giá trị của tài sản không đủ để bảo đảm việc trả nợ. Người làm luật mong muốn dùng điều luật này để ngăn chặn việc lợi dụng các lỗ hổng luật pháp gây thiệt hại cho ngân hàng.

Ví dụ 3.

Trong một ví dụ khác, luật có thể được hiểu theo những cách rất khác nhau một khi được đọc như một quy định riêng rẽ hoặc như một phần của văn bản luật có nội dung thống nhất về quan điểm chỉ đạo làm luật.

Ví dụ Điều 51 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

"*Điều 51. Quyền yêu cầu giải quyết ly hôn*

"

.....

3. Chồng không có quyền yêu cầu ly hôn trong trường hợp vợ đang có thai, sinh con hoặc đang nuôi con dưới 12 tháng tuổi".

Nội dung điều luật được hiểu là: Người chồng muốn cắt đứt quan hệ hôn nhân giữa lúc người vợ đang cần một cuộc sống bình ổn để chăm sóc bản thân hoặc đứa con nhỏ, và trường hợp này, luật không cho phép người chồng yêu cầu ly hôn. Tuy nhiên, nếu đặt điều luật trong khung cảnh chung của các nguyên tắc cơ bản của chế độ hôn nhân và gia đình trong luật hiện hành, được thiết lập tại Điều 2 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, thì tình huống giả định của quy phạm cần được hình dung rõ ràng để có thể phân biệt với nhiều tình huống rắc rối khác.

"Điều 2. Những nguyên tắc cơ bản của chế độ hôn nhân và gia đình

1. Hôn nhân tự nguyện, tiến bộ, một vợ một chồng, vợ chồng bình đẳng.

2. Hôn nhân giữa công dân Việt Nam thuộc các dân tộc, tôn giáo, giữa người theo tôn giáo với người không theo tôn giáo, giữa người có tín ngưỡng với người không có tín ngưỡng, giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài được tôn trọng và được pháp luật bảo vệ.

3. Xây dựng gia đình ấm no, tiến bộ, hạnh phúc; các thành viên gia đình có nghĩa vụ tôn trọng, quan tâm, chăm sóc, giúp đỡ nhau; không phân biệt đối xử giữa các con.

4. Nhà nước, xã hội và gia đình có trách nhiệm bảo vệ, hỗ trợ trẻ em, người cao tuổi, người khuyết tật thực hiện các quyền về hôn nhân và gia đình; giúp đỡ các bà mẹ thực hiện tốt chức năng cao quý của người mẹ; thực hiện kế hoạch hóa gia đình.

5. Kế thừa, phát huy truyền thống văn hóa, đạo đức tốt đẹp của dân tộc Việt Nam về hôn nhân và gia đình".

Từ các nguyên tắc cơ bản của chế độ hôn nhân và gia đình được thiết lập tại Điều 2 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, có thể thấy rằng, điều luật về hạn chế quyền ly hôn của người chồng không được xây dựng để bảo vệ người phụ nữ bằng mọi giá. Việc bảo vệ người phụ nữ, đặc biệt là người vợ, phải nhằm mục đích tối hậu là xây dựng gia đình ấm no, tiến bộ, hạnh phúc và kế thừa phát huy các giá trị truyền thống tốt đẹp của dân tộc. Với mục tiêu đó, thì việc người vợ có thai do ngoại tình khiến người chồng không thể ly hôn phải được coi là tình huống rất đặc biệt của trường hợp ngoại lệ.

Rõ hơn, nếu hành vi ngoại tình chỉ mang tính chất cơ hội thì có thể yên tâm áp dụng điều luật theo đúng nguyên tắc thứ nhất: Trong trường hợp câu chữ của luật hoàn toàn rõ nghĩa thì áp dụng luật mà không cần phân tích. Vả lại, người chồng chỉ cần chờ đợi một thời gian, tối đa là gần 2 năm để có quyền yêu cầu ly hôn.

Nhưng nếu người vợ liên tục ngoại tình với mục đích có thai và để dùng sự kiện mang thai nhằm duy trì quan hệ hôn nhân trục lợi cho riêng mình, thì không có lý do để áp dụng điều luật này. Bởi việc áp dụng máy móc và siêu hình một quy định cô lập trong trường hợp đặc thù này có thể đi ngược lại các nguyên tắc cơ bản được thiết lập trong chính văn bản luật có điều luật ấy.

c) Nguyên tắc thứ ba, *các ngoại lệ được chính thức ghi nhận trong luật viết có phạm vi áp dụng giới hạn do luật xác định.*

Nguyên tắc là thành phần của luật chung, còn ngoại lệ là thành phần của luật riêng[1]. Phạm vi điều chỉnh của luật chung được xác định dựa vào kết quả xác định ý chí của người làm luật, lồng chứa trong câu chữ của luật viết. Còn phạm vi điều chỉnh của luật riêng phải do người làm luật xác định một cách độc quyền. Nếu không thiết lập sự độc quyền đó cho người làm luật thì tất cả mọi người đều có thể tìm cách mở rộng phạm vi áp dụng ngoại lệ trong quá trình thực hiện pháp luật và điều đó cũng có nghĩa rằng nguyên tắc do người làm luật thiết lập chỉ có giá trị về mặt lý thuyết.

---

1. Về khái niệm luật chung, luật riêng, xin xem ví dụ 3 của mục 3. Quy phạm xác định hệ quả pháp lý của một sự kiện của phần I, chương II trong cuốn sách.

Ví dụ 4.

Luật quy định những người được liệt kê tại Điều 651 Bộ luật dân sự năm 2015 là những người thừa kế theo pháp luật và có quyền hưởng di sản di chuyển[1] theo pháp luật, khi được gọi theo thứ tự ưu tiên do pháp luật quy định; một cách ngoại lệ, những người rơi vào các trường hợp dự liệu tại Điều 621 Bộ luật dân sự năm 2015 không có quyền hưởng di sản theo pháp luật[2]. Thực tiễn áp dụng pháp luật không cho phép thừa nhận thêm các trường hợp ngoại lệ nào khác ngoài những trường hợp đã được ghi nhận trong luật viết. Người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp, về phần mình, không được dùng các công cụ phân tích câu chữ, đặc biệt là công cụ "áp dụng tương tự pháp luật", để mở rộng phạm vi áp dụng của các ngoại lệ đó.

Vấn đề đặt ra là: Có những ngoại lệ được thừa nhận nhằm mục đích bảo vệ các nguyên tắc cơ bản hoặc những lợi ích lớn, ưu tiên; những ngoại lệ này có "tầm vóc" quá lớn để được chứa đựng trong luật riêng. Rõ hơn, có những ngoại lệ mang tính nguyên tắc và phải được coi là thành phần của luật chung;

---

1. Trong trường hợp xác lập quyền sở hữu bằng thừa kế, luật các nước sử dụng thuật ngữ "di chuyển" để mô tả việc chuyển dịch tài sản từ người có di sản sang người thừa kế, chứ không dùng thuật ngữ chuyển giao. Lý do là: khi người thừa kế tiếp nhận tài sản thì người có di sản đã chết và do đó không thể thực hiện việc chuyển giao tài sản (*TG*).

2. Thậm chí không có quyền hưởng di sản theo di chúc, nếu người lập di chúc cho đương sự hưởng di sản trong điều kiện không biết đương sự đã có những hành vi được liệt kê tại điều luật đó. Xem thêm Nguyễn Ngọc Điện: *Bình luận khoa học về thừa kế trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb. Thành phố Hồ Chí Minh, tr.56, 57.

khi đó, ngoại lệ được nghiên cứu và phân tích như nguyên tắc và phạm vi áp dụng ngoại lệ có thể được mở rộng trên cơ sở các kết quả nghiên cứu và phân tích đó. Khi nghiên cứu và phân tích một quy tắc được ghi nhận trong luật viết dưới hình thức một ngoại lệ, ta cần tìm hiểu lý lẽ của ngoại lệ đó. Và nếu lý lẽ này bao hàm việc bảo vệ một nguyên tắc lớn, một lợi ích lớn, thì ngoại lệ có thể được áp dụng trong chừng mực của lý lẽ đó; khi ấy, phạm vi áp dụng của ngoại lệ có thể vượt ra khỏi các trường hợp đặc thù được dự liệu trong luật viết, nhờ các công cụ phân tích câu chữ, kể cả công cụ "áp dụng tương tự pháp luật".

✍ ***Ví dụ 5.***

Theo Điều 5 Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986, nam từ 20 tuổi trở lên, nữ từ 18 tuổi trở lên mới được kết hôn; vậy, trên nguyên tắc, nam và nữ chỉ cần thỏa mãn điều kiện về tuổi là có thể kết hôn với nhau. Một cách ngoại lệ, điểm c, d Điều 7 của Luật cấm kết hôn giữa những người có cùng dòng máu về trực hệ; giữa anh, chị, em cùng cha, mẹ, cùng cha khác mẹ hoặc cùng mẹ khác cha; giữa những người khác có họ trong phạm vi ba đời; giữa cha, mẹ nuôi với con nuôi. Có thể dễ dàng nhận thấy lý lẽ của ngoại lệ này: Sự cần thiết bảo vệ luân thường đạo lý, bảo đảm sự phát triển lành mạnh của giống nòi. Rõ ràng, các nguyên tắc, lợi ích được bảo vệ bởi ngoại lệ này rất lớn. Bởi vậy, nếu lý lẽ vừa nêu cũng tồn tại trong các trường hợp khác không được luật dự liệu thì Điều 7 của Luật cũng được áp dụng. Ta có: cấm kết hôn giữa con nuôi với con ruột của người nuôi; giữa người nuôi với anh, chị, em ruột của con nuôi; giữa con rể góa với mẹ

vợ hóa; giữa con dâu góa với cha chồng goá; giữa chồng góa với con riêng của vợ chết trước; giữa vợ góa với con riêng của chồng chết trước[1];...

d) Nguyên tắc thứ tư, *một khi các lý do để áp dụng luật không tồn tại thì không được áp dụng luật.*

Nguyên tắc này khá trừu tượng. Ta biết rằng mỗi quy tắc được ghi nhận trong luật viết đều có lý lẽ của nó và chính lý lẽ đó là cơ sở của giải pháp (quy định) mà người làm luật lựa chọn để chi phối cách xử sự của chủ thể của quan hệ pháp luật. Bất kỳ quy định nào cũng đều được áp dụng trong chừng mực lý lẽ tồn tại của nó. Một khi, trong một trường hợp đặc thù, lý lẽ đó không còn có thể dùng để biện minh cho cách xử sự được quy định trong luật, thì cách xử sự đó cũng phải bị loại bỏ, hay nói đúng hơn là quy định của luật không thể được áp dụng cho trường hợp đặc thù đó (dù trường hợp này đã được luật lự liệu). *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio - luật ngừng lại ở nơi ngừng lại của các lý lẽ*[2].

Ví dụ 6.

Theo khoản 2 Điều 24 Bộ luật dân sự năm 2015, mọi giao dịch liên quan đến tài sản của người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự phải có sự đồng ý của người đại diện

---

1 Các giải pháp này về sau đã được khẳng định tại Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010 (Điều 10) và sau đó là Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 điểm d khoản 2 Điều 5, trừ trường hợp kết hôn giữa con nuôi và con ruột của người nuôi, giữa người nuôi và anh, chị, em ruột của con nuôi.

2 Có thể tham khảo thêm Cornu: *Droit civil - Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, Paris, 1990, nombre 412; Ghestin, Doubeaux: *Traité de droit civil - Introduction générale*, L.G.D.J, Paris, 1986, nombre 144, note 52.

theo pháp luật, trừ giao dịch nhỏ nhằm phục vụ nhu cầu sinh hoạt hằng ngày. Người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, theo định nghĩa của luật (khoản 1 Điều 24 Bộ luật dân sự năm 2015), là một người suy đồi về nhân cách và thường xuyên định đoạt tài sản của gia đình theo kiểu phá tán. Trong điều kiện đó, lý lẽ của quy định vừa nêu là: Cần phải kiểm soát chặt chẽ các giao dịch thực hiện bởi người bị hạn chế năng lực hành vi, nhất là các giao dịch có tính chất định đoạt tài sản, nhằm ngăn ngừa những hành vi gây phương hại đến lợi ích của gia đình người đó và của chính người đó. Vậy, một khi việc kiểm soát không còn tác dụng đó, thậm chí còn chống lại các lợi ích được bảo vệ, thì biện pháp kiểm soát phải được dỡ bỏ (nghĩa là điều luật đã dẫn không được áp dụng). Người bị hạn chế năng lực hành vi cần phải trả một món nợ lớn được giao kết đúng luật. Nếu người đại diện không đồng ý để người này dùng tài sản của mình để trả nợ, thì người này vẫn phải được quyền trả nợ mà không cần có sự đồng ý đó, nếu không, chủ nợ có thể yêu cầu kê biên và bán tài sản của người mắc nợ để cưỡng chế việc thực hiện nghĩa vụ, và người mắc nợ có thể phải để cho tài sản của mình bị bán thấp hơn giá bán có thể có theo hợp đồng thông thường, ngoài ra còn phải chịu chi phí cưỡng chế thực hiện nghĩa vụ.

✍ ***Ví dụ 7.***

Theo Điều 668 Bộ luật dân sự năm 2005, di chúc chung của vợ chồng có hiệu lực từ thời điểm người sau cùng chết hoặc tại thời điểm vợ và chồng cùng chết. Di chúc chung

của vợ chồng là di chúc do vợ và chồng cùng lập, trên một văn bản duy nhất, để định đoạt tài sản chung[1]. Không khó để chỉ ra lý lẽ của quy định: Bảo vệ người cùng lập di chúc mà còn sống. Tình huống cụ thể được dự kiến là vợ chồng lập di chúc để lại một căn nhà thuộc tài sản chung cho người con chung. Sau khi người chồng chết, người con yêu cầu được nhận phần di sản do cha để lại, là một nửa căn nhà. Người mẹ không có khả năng thanh toán giá trị một nửa căn nhà cho người con để giữ lại căn nhà ấy, bởi vậy, hoặc người con trả cho người mẹ giá trị một nửa căn nhà để lấy trọn căn nhà đó, hoặc căn nhà được bán để chia tiền. Trong cả hai trường hợp, người mẹ cầm số tiền tương đương giá trị một nửa căn nhà và có thể không mua được căn nhà nào khác với số tiền ấy. Việc trì hoãn hiệu lực của phần di chúc liên quan đến tài sản của người chồng - người cha trong trường hợp này có tác dụng bảo vệ người mẹ tránh được nguy cơ cuộc sống bị đảo lộn theo hướng tiêu cực do yêu cầu phân chia di sản theo phần di chúc của người chết trước.

Vấn đề là, trong không ít trường hợp, chính người còn sống lại không cần được bảo vệ bằng biện pháp trì hoãn hiệu lực của phần di chúc chung liên quan đến di sản của người chết trước. Ví dụ, người con cần tiền vốn để làm ăn và bà mẹ cũng ủng hộ kế hoạch làm ăn của con; cả hai chấp nhận bán căn nhà vốn là tài sản chung của cha mẹ để tạo vốn cho

---

1 Loại di chúc này không còn được ghi nhận trong Bộ luật dân sự năm 2015. Tuy nhiên, các hệ quả của di chúc chung lập trong thời kỳ áp dụng Bộ luật dân sự năm 2005 được quan tâm nghiên cứu bởi giá trị minh họa điển hình.

người con. Trong trường hợp này, Điều 668 Bộ luật dân sự năm 2005 lại trở thành rào cản không cần thiết cho việc thực hiện mong muốn chính đáng của người lập di chúc chung mà còn sống[1]. Trong một trường hợp khác, người mẹ không muốn kéo dài thời gian trong việc phân chia phần di sản do người cha để lại và chỉ muốn giải quyết dứt khoát vấn đề chuyển giao tài sản cho nhanh gọn. Khi đó, Điều 668 Bộ luật dân sự năm 2005 sẽ gây trở ngại đối với việc thực hiện nguyện vọng của người mẹ[2].

---

1. Trên thực tế, tòa án không có điều kiện thụ lý để giải quyết vấn đề đặt ra trong trường hợp này, vì không có người nào kiện. Trái lại, có trường hợp, người thừa kế yêu cầu chia di sản theo phần di chúc của người chết trước, thì tòa án bác yêu cầu mà không gặp khó khăn gì.

Trong khi đó, các công chứng viên có thể gặp khó khăn trong trường hợp những người có liên quan, bao gồm người thừa kế theo di chúc chung và người lập di chúc chung mà còn sống cùng yêu cầu thực hiện phần di chúc của người chết trước.

Thật ra, việc quy định hoãn phân chia di sản theo di chúc chung cho đến khi người lập di chúc sau cùng chết là điều không cần thiết. Pháp luật dân sự Việt Nam đã có quy định về việc hoãn phân chia di sản bằng một quyết định của tòa án theo yêu cầu của vợ hoặc chồng còn sống, trước đây là tại Điều 686 Bộ luật dân sự năm 2005 và nay là Điều 661 Bộ luật dân sự năm 2015. Thêm nữa, nếu không muốn bị ràng buộc bởi di chúc thì người thừa kế có thể sử dụng quyền từ chối nhận di sản theo di chúc, để di sản được chuyển giao theo pháp luật.

2. Đáng lý ra, với mục đích điều luật được xây dựng chỉ nhằm bảo vệ lợi ích riêng tư của người lập di chúc mà còn sống, thì nên quy định di chúc chung chỉ có hiệu lực khi người lập di chúc sau cùng chết trừ trường hợp người lập di chúc sau cùng chấp nhận để cho phần di chúc liên quan đến di sản của người lập di chúc chung mà chết trước có hiệu lực theo luật chung. Trong trường hợp Điều 668 Bộ luật dân sự năm 2005, sự đầu tư cho một điều luật chưa được chu đáo khiến luật trở nên phản tác dụng trong nhiều tình huống.

3. Các công cụ phân tích được sử dụng tùy theo trường hợp

Phương pháp phân tích câu chữ còn có thể sử dụng các công cụ phân tích khác ngoài công cụ quy trình suy lý tam đoạn luận. Các công cụ phân tích này đa dạng, sử dụng linh hoạt tùy theo sự rõ nghĩa hay không của câu chữ trong văn bản liên quan hoặc nội dung đầy đủ hay không của văn bản liên quan. Trong trường hợp cần kết nối các điều luật viết, các công cụ phân tích cũng phải được kết nối. Trên cơ sở các nguyên tắc cơ bản của phương pháp phân tích câu chữ, ta có các công cụ phân tích sau:

a) Trường hợp câu chữ của văn bản không rõ nghĩa

- Xem lại các công trình chuẩn bị

Dựng lại bức tranh làm luật: Trước một văn bản có câu chữ không rõ nghĩa, công việc nghiên cứu và phân tích của người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp giống như công việc của người nghiên cứu sử học. Người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp tự đặt mình trong hoàn cảnh lịch sử cụ thể của thời kỳ mà văn bản được xây dựng, ban hành và dựng lại diễn biến tâm lý của người làm luật trong lúc soạn thảo văn bản. Để làm được điều đó, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp cần sưu tập đầy đủ hết mức có thể các công trình chuẩn bị (*preparatory works*) cho việc xây dựng một văn bản luật để dựng lại bức tranh làm luật, rồi tự mình trải nghiệm khung cảnh trong bức tranh đó và tự khơi dậy cảm xúc của người làm luật, từ đó có thể thấu hiểu ý nghĩa của điều luật.

Các công trình chuẩn bị một văn bản quy phạm pháp luật rất đa dạng: Văn bản dự thảo, các biên bản thảo luận chuyên môn, các bản tổng hợp ý kiến đóng góp,... và đặc biệt là tờ trình dự thảo văn bản trước cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành văn bản. Các công trình này có thể cung cấp những thông tin cho phép người nghiên cứu khám phá thông điệp mà người soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật gửi gắm trong văn bản đó và nhất là những lý lẽ mà người làm luật viện dẫn để bảo vệ những giải pháp mà họ lựa chọn và được ghi nhận trong văn bản.

✍ ***Ví dụ 1.***

Trước đây, Pháp lệnh thừa kế năm 1990 quy định người thừa kế có quyền khước từ quyền hưởng di sản và có thời hạn 6 tháng, *kể từ ngày người thừa kế biết thời điểm mở thừa kế*, để sử dụng quyền khước từ đó (Điều 31). Sau này, Bộ luật dân sự năm 1995 quy định người thừa kế có quyền từ chối nhận di sản và thời hạn từ chối là 6 tháng *kể từ ngày mở thừa kế* (Điều 645). Như vậy thời hạn từ chối nhận di sản được thừa nhận trong cả hai văn bản vẫn là 6 tháng, nhưng điểm xuất phát của thời hạn trong mỗi văn bản không giống nhau. Trong Pháp lệnh thừa kế năm 1990, thời hạn này bắt đầu từ ngày người thừa kế biết thời điểm mở thừa kế; trong Bộ luật dân sự năm 1995, thời hạn này lại bắt đầu từ ngày mở thừa kế. Trong một tờ trình dự án Bộ luật dân sự (sau này là Bộ luật dân sự năm 1995) trước Quốc hội, đại diện của Chính phủ - cơ quan chịu trách nhiệm chính trong việc soạn thảo và tu chỉnh dự thảo Bộ luật dân sự - đã giải trình rằng nếu xác định thời điểm bắt đầu thời hạn từ chối theo giải pháp

của Pháp lệnh thừa kế năm 1990 thì trong trường hợp có tranh chấp, thẩm phán sẽ gặp rất nhiều khó khăn trong việc đánh giá chứng cứ. Vậy, trong chừng mực nào đó, ta hiểu rằng giải pháp của Bộ luật dân sự năm 1995 cho vấn đề xác định thời điểm bắt đầu thời hạn từ chối nhận di sản được xây dựng trên cơ sở đúc kết kinh nghiệm từ thực tiễn áp dụng giải pháp của Pháp lệnh thừa kế năm 1990[1].

Ví dụ 2.

Theo khoản 1 Điều 9 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010, muốn kết hôn thì nam phải từ 20 tuổi trở lên và nữ từ 18 tuổi trở lên. Được ban hành trong bối cảnh áp dụng Bộ luật dân sự năm 1995, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010 vô hình trung thừa nhận người phụ nữ chưa thành niên có thể kết hôn sau khi đủ 17 tuổi[2]. Điều này khiến dư luận đặt ra nhiều nghi vấn bởi nếu thừa nhận như thế thì người làm luật mặc nhiên coi việc kết hôn của phụ nữ ít quan trọng hơn một số giao dịch dân sự. Ví dụ, người chưa đủ 18 tuổi không có quyền lập di chúc nếu không có sự đồng ý của cha, mẹ hoặc người giám hộ (khoản 2 Điều 650 Bộ luật dân sự năm 1995 và khoản 2 Điều 647 Bộ luật dân sự năm 2005); người chưa đủ 18 tuổi không có quyền thành lập doanh nghiệp (khoản 5 Điều 9

---

1 Giải pháp của Bộ luật dân sự năm 2015 lại hoàn toàn khác. Cụ thể: theo khoản 3 Điều 620, việc từ chối nhận di sản phải được thể hiện trước thời điểm phân chia di sản.

2 Điều 20 Bộ luật dân sự năm 1995 quy định: "Người từ đủ 18 tuổi trở lên là người thành niên. Người chưa đủ 18 tuổi là người chưa thành niên".

Luật Doanh nghiệp năm 1999 và điểm đ khoản 2 Điều 13 Luật Doanh nghiệp năm 2005 sửa đổi, bổ sung năm 2013);... Trong một thời gian dài nhiều cuộc tranh luận đã diễn ra trên các diễn đàn về vấn đề này.

Thật ra, nếu đặt điều luật dẫn trên trong khung cảnh lịch sử phát triển của pháp luật hôn nhân và gia đình Việt Nam, có thể thấy, người làm luật năm 2000 đã không có bước đi mang tính "đột phá" về quy định tuổi kết hôn. Cụ thể: Điều 6 Luật Hôn nhân và gia đình năm 1959 quy định: "Con gái từ 18 tuổi, con trai từ 20 tuổi mới được kết hôn". Điều 5 Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986, quy định: "Nam từ 20 tuổi trở lên, nữ từ 18 tuổi trở lên mới được kết hôn".

Khi quy định về tuổi kết hôn, người làm Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 chỉ lấy lại nguyên văn các quy định liên quan trong các văn bản luật hôn nhân và gia đình trước đó. Tuy nhiên, phải hiểu rằng vào thời kỳ các văn bản luật năm 1959 và năm 1986 được ban hành, khi nói "người 18 tuổi" thì không chỉ người bình thường mà cả người làm luật đều liên tưởng đến một người đã trưởng thành, nghĩa là đã thành niên. Chỉ đến khi xây dựng Bộ luật dân sự, khái niệm thành niên mới được định nghĩa chính thức với từ "đủ" được đặt trước cột mốc 18 tuổi. Hẳn là người làm luật hôn nhân và gia đình, khi lấy lại trọn vẹn câu từ của luật cũ, không chú ý đến sự thay đổi của ngữ cảnh và do đó, vô tình thừa nhận quyền kết hôn của người nữ chưa thành niên.

Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 đã sửa lại sai sót về kỹ thuật này: Theo điểm a khoản 1 Điều 8, nam từ đủ 20 tuổi

trở lên, nữ từ đủ 18 tuổi trở lên mới được kết hôn. Trong quá trình xây dựng Luật Hôn nhân và gia đình mới thay thế cho Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010, đã có nhiều ý kiến đề nghị hạ tuổi kết hôn, thậm chí xuống đến 15 tuổi, do có tính đến đặc điểm về tập quán kết hôn của một số cộng đồng dân tộc thiểu số. Nhưng đó là vấn đề khác không liên quan đến câu chuyện về tuổi kết hôn theo Luật Hônnhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010.

-Đối chiếu các tiền lệ lịch sử

Tư duy của người làm luật, cũng như tư duy nói chung, là sản phẩm của lịch sử. Điều này có nghĩa luật là sản phẩm của sự tến hóa. Vì vậy, trong nhiều trường hợp, người làm luật xây lựng một quy phạm, thậm chí, một chế định trên cơ sở tiếp thu và kế thừa có chọn lọc các quy tắc, chế định đã từng được ghi nhận trong luật cổ hoặc trong tục lệ truyền thống. Vì vậy,khi nghiên cứu và phân tích loại quy phạm, chế định gặp trường hợp câu chữ dùng để diễn đạt không rõ nghĩa, thì có thể dựa vào các quy tắc, chế định của luật cổ và tục lệ truyền thống để làm rõ nội dung của quy phạm, chế định đó.

✍ ***Ví dụ 3.***

Pháp luật thừa kế hiện hành có xây dựng chế định người quản lý di sản. Có thể có người nghĩ rằng đó là một chế định được du nhập từ hệ thống pháp luật Anh - Mỹ[1].

---

1 Trong luật Anh - Mỹ, một khi thừa kế được mở thì di sản được đặt dưới thẩm quyền của một *personal representative* (tạm dịch là người quản trị di sản). Xem thêm: Nguyễn Ngọc Điện: *Bình luận khoa học về thừa kế trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb. Trẻ, Thành phố Hồ Chí Minh, 1999, tr.299.

Nhưng thực ra chế định này có mối liên hệ chặt chẽ với chế độ gia trưởng đã được áp dụng hàng trăm năm trong luật cổ và tục lệ truyền thống Việt Nam. Thực vậy, di sản trong luật cổ và tục lệ được hiểu là gia tài của cha, mẹ, ông, bà (nói chung là của gia đình) để lại cho các con, cháu trực hệ, không phải là khối tài sản của cá nhân để lại cho những người thừa kế của cá nhân đó. Bởi vậy, trong trường hợp cha hoặc mẹ chết trước, thì khối tài sản của gia đình tiếp tục được đặt dưới sự quản lý chung của mẹ hoặc cha còn sống; và nếu cha, mẹ không tiến hành phân chia tài sản của gia đình cho các con ngay trong lúc còn sống, thì khối tài sản của gia đình chỉ được giao hẳn cho con, cháu khi nào cả cha và mẹ đều chết.

Các nền nếp này vẫn được duy trì trong xã hội hiện đại và trong khung cảnh của một hệ thống pháp lý thừa nhận quyền sở hữu cá nhân về tài sản có thể được phân tích như sau: Khi cha hoặc mẹ chết, thì toàn bộ tài sản của cha, mẹ, trong đó có các tài sản tạo thành cái gọi là di sản của người chết, được đặt dưới sự quản lý của mẹ hoặc cha còn sống. Khi cả cha, mẹ đều chết thì cả hai khối di sản được chuyển giao cho con, cháu. Chính quyền tư hữu đã khiến người trưởng gia đình được đặt vào vị trí là người quản lý di sản trong những trường hợp đặc thù và có những quyền và nghĩa vụ tương ứng với vị trí đó, do pháp luật (mới) quy định.

Thiết lập được mối liên hệ giữa chế định người quản lý di sản trong luật hiện hành và chế độ gia trưởng trong luật cổ và tục lệ, ta sẽ có công cụ để phân tích và làm rõ một số quy tắc trong luật viết. Ví dụ, luật quy định nếu người có di sản không

chỉ định người quản lý di sản, thì những người thừa kế thỏa thuận cử người quản lý (khoản 1 Điều 616 Bộ luật dân sự năm 2015). Với quy định này thì về nguyên tắc, những người thừa kế có quyền thỏa thuận cử người quản lý di sản trong trường hợp người lập di chúc không chỉ định người quản lý. Song, cứ hình dung, nếu cha hoặc mẹ chết thì mẹ hoặc cha còn sống sẽ tự động quản lý tài sản của người chết cùng với tài sản của mình, và con, cháu tôn trọng thái độ xử sự đó, theo một tục lệ đã tồn tại hàng trăm năm[1]. Vậy, quyền thỏa thuận của những người thừa kế, được luật thừa nhận, hẳn chỉ được khuyến khích sử dụng trong những trường hợp khác như: Người chết không có vợ, chồng; hoặc có vợ, chồng nhưng không có con và cha, mẹ của người chết còn sống;...[2].

- Nhận diện khung cảnh pháp lý

Luật phản ánh nhận thức xã hội của một thời kỳ nhất định. Các văn bản luật, những điều luật được soạn thảo trong một hoàn cảnh kinh tế - xã hội đặc thù. Người làm luật cũng có thái độ, quan điểm tương thích với hoàn cảnh đặc thù ấy khi viết điều luật liên quan, nhưng sau khi luật được ban hành

---

1. Tục lệ này còn thể hiện đạo lý, bởi việc con cái yêu cầu mẹ hoặc cha còn sống cùng ngồi lại với mình để thỏa thuận về việc cử một người khác quản lý di sản của cha hoặc mẹ chết trước không được coi là thái độ xử sự phù hợp với đạo đức.

2. Cần lưu ý rằng giải pháp đó đã từng được thừa nhận trong luật hiện đại, điểm b mục 3 Nghị quyết số 01-NQ/HĐTP ngày 20/01/1988 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định của Luật Hôn nhân và gia đình: "Trong trường hợp không cần chia thừa kế ngay thì người vợ hoặc chồng còn sống quản lý tài sản của người chết để lại". Quy tắc mang tính án lệ đó, đến lượt mình, trở thành tiền lệ lịch sử, góp phần củng cố cơ sở của giải pháp được đưa ra.

một thời gian thì hoàn cảnh kinh tế - xã hội chuyển biến nhanh, dẫn đến sự thay đổi nhanh về nhận thức xã hội - pháp lý. Nếu đọc điều luật với nhận thức mới thì điều luật có thể trở nên khó hiểu, thậm chí bị hiểu nhầm.

Một trong những ví dụ điển hình là quy định tại khoản 1 Điều 8 Luật Công ty năm 1990, theo đó, thành viên công ty có quyền sở hữu một phần tài sản của công ty tương ứng với phần vốn góp vào công ty. Đọc quy định này trong bối cảnh Bộ luật dân sự được ban hành năm 1995 đã chính thức xây dựng khái niệm sở hữu chung theo phần và khái niệm pháp nhân, thì có thể hiểu rằng tài sản của công ty thuộc sở hữu chung theo phần, còn pháp nhân công ty chỉ là một pháp nhân rỗng không có tài sản. Điều này cho thấy, phải nhận thức được đặc trưng của thời kỳ soạn thảo luật khi đọc điều luật.

- Dựa vào các nguyên tắc chung của luật

Nguyên tắc cơ bản luật định: Theo khoản 2 Điều 6 Bộ luật dân sự năm 2015, nếu luật không quy định, các bên không có thỏa thuận và cũng không thể áp dụng tương tự pháp luật thì áp dụng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được quy định tại Điều 3 Bộ luật dân sự năm 2015.

"Điều 3. Các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự

1. Mọi cá nhân, pháp nhân đều bình đẳng, không được lấy bất kỳ lý do nào để phân biệt đối xử; được pháp luật bảo hộ như nhau về các quyền nhân thân và tài sản.

2. Cá nhân, pháp nhân xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết,

thỏa thuận. Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng.

3. Cá nhân, pháp nhân phải xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình một cách thiện chí, trung thực.

4. Việc xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự không được xâm phạm đến lợi ích quốc gia, dân tộc, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác.

5. Cá nhân, pháp nhân phải tự chịu trách nhiệm về việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ dân sự".

Một trong những lý do khiến việc áp dụng tương tự pháp luật không thể thực hiện được là bản thân điều luật liên quan không rõ nghĩa hoặc có vẻ như rõ nghĩa nhưng ý định thật sự của người làm luật không được thể hiện rõ trong câu từ của điều luật.

Ví dụ 4.

Khoản 1 Điều 296 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định: "Một tài sản có thể được dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ, nếu có giá trị tại thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm lớn hơn tổng giá trị các nghĩa vụ được bảo đảm, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác". Đọc điều luật này, người đọc hiểu rằng người làm luật không cho phép dùng một tài sản bảo đảm nhiều nghĩa vụ cùng một lúc trong trường hợp ở thời điểm xác lập biện pháp bảo đảm nào đó, tổng giá trị của các nghĩa vụ được bảo đảm bằng hoặc lớn hơn giá trị của tài sản.

Trong bối cảnh hệ thống thông tin khách quan về giao dịch bảo đảm, cụ thể là hệ thống đăng ký giao dịch bảo đảm, chưa hoàn thiện, thì việc dùng một tài sản bảo đảm nhiều nghĩa vụ cùng một lúc thường bị coi là hành vi mang tính chất lừa đảo.

Nhưng nhiều ý kiến cho rằng, thật ra, quy định của luật chỉ mang tính cảnh báo, nhắc nhở, đặc biệt đối với bên nhận bảo đảm về những rủi ro có thể gặp phải trong trường hợp chấp nhận việc dùng một tài sản đang được dùng để bảo đảm nghĩa vụ khác để bảo đảm nghĩa vụ đối với mình. Ví dụ: A thế chấp cho B một căn nhà trị giá 3 tỷ đồng để vay số tiền 2 tỷ đồng; sau đó A lại thế chấp cho C cũng chính căn nhà đó để vay thêm 2 tỷ đồng nữa. Nếu ở thời điểm nhận thế chấp, C biết rõ tình trạng pháp lý của căn nhà, đặc biệt là biết về việc căn nhà đang được thế chấp để bảo đảm món nợ vay của B, thì việc thế chấp giữa A và C hoàn toàn bình thường và có giá trị. Trong trường hợp xử lý tài sản thế chấp để thu nợ, thì C phải để cho B được ưu tiên nhận tiền thanh toán.

Nguyên tắc phổ quát: Nguyên tắc phổ quát được thừa nhận trong tất cả các hệ thống pháp lý. Dù nguyên tắc này có thể được hoặc không được chính thức ghi nhận tại bất kỳ một điều khoản nào của luật viết, nhưng nó lại luôn được quán triệt trong luật viết và tạo thành tư tưởng chủ đạo chi phối quá trình soạn thảo luật viết. Nguyên tắc loại này rất nhiều: Có quyền lợi thì có nghĩa vụ và ngược lại, có nghĩa vụ thì có quyền lợi (*ubi emlumentum ibi onus*); tài sản của ai, thì mất mát, hư hỏng người ấy chịu (*res perit domino*) - một cách diễn đạt quy tắc về chịu rủi ro đối với tài sản tại khoản 1 Điều 162

Bộ luật dân sự năm 2015[1]; chưa thanh toán xong nghĩa vụ tài sản đến hạn, thì không được đem của cải tặng cho người khác (*neno liberalis nisi liberatus*); không thể tích lũy của cải cho mình bằng tài sản của người khác như các trường hợp chiếm hữu sử dụng tài sản của người khác hoặc được lợi về tài sản mà không có căn cứ pháp luật;...

Với những nguyên tắc chung đó, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp có thể xây dựng các giải pháp bổ sung cho luật viết để giải quyết những vấn đề phức tạp mà luật viết không quy định rõ ràng về cách giải quyết. Ví dụ: A thuê ôtô của B để đi du lịch. Đến một địa điểm, A gửi ô tô tại một nơi giữ xe ngoài trời. Trong thời gian ôtô được gửi thì trời mưa tầm tã và một cú sét ngẫu nhiên đánh trúng vào chiếc ôtô khiến chiếc xe bốc cháy và bị thiêu rụi hoàn toàn. Vấn đề trách nhiệm của bên giữ tài sản đối với bên gửi tài sản có thể được giải quyết bằng cách áp dụng khoản 4 Điều 557 Bộ luật dân sự năm 2015. Cụ thể: bên giữ tài sản không phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại do mất tài sản, vì đây là trường hợp bất khả kháng. Trái lại, việc xác định trách nhiệm đối với mất mát trong quan hệ giữa bên cho thuê ô tô và bên thuê không dễ dàng. Luật có quy định về trách nhiệm của người thuê về rủi ro đối với tài sản thuê trong trường hợp chậm trả tài sản (khoản 5 Điều 482 Bộ luật dân sự năm 2015). Còn như trong trường hợp nêu trên, thì

---

1 "*Khoản 1 Điều 162. Chịu rủi ro về tài sản*

1 Chủ sở hữu phải chịu rủi ro về tài sản thuộc sở hữu của mình, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định khác".

chỉ có một quy định rất chung và có tính nguyên tắc cơ bản được thiết lập tại khoản 1 Điều 162 Bộ luật dân sự năm 2015: "chủ sở hữu phải chịu rủi ro về tài sản thuộc quyền sở hữu của mình, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định khác". Có thể thừa nhận rằng trong trường hợp này tài sản mất do rủi ro, do đó, chủ sở hữu phải chịu thiệt hại.

b) Trường hợp nội dung văn bản không đầy đủ

Trong trường hợp văn bản không có đầy đủ các quy định cần thiết để giải quyết các vấn đề đặt ra xoay quanh chủ đề của văn bản, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp dựa vào một số công cụ của lôgíc học để tìm ra các quy tắc bổ sung.

- Biện luận dựa vào nguyên tắc áp dụng tương tự pháp luật

Áp dụng tương tự pháp luật là một hoạt động so sánh mang tính trí tuệ nhằm mở rộng phạm vi áp dụng một quy tắc được luật ghi nhận cho một trường hợp cho đến các trường hợp tương tự không được dự liệu trong luật. Việc áp dụng tương tự pháp luật được chính thức thừa nhận trong lĩnh vực dân sự, tại khoản 1 Điều 6 Bộ luật dân sự năm 2015.

Điều kiện áp dụng nguyên tắc: Được hiểu như là việc tìm kiếm một quy tắc, áp dụng tương tự pháp luật chỉ được thực hiện trong các điều kiện được quy định tại khoản 1 Điều 6 Bộ luật dân sự năm 2015: "Trường hợp phát sinh quan hệ thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật dân sự mà các bên không có thỏa thuận, pháp luật không có quy định và không có tập quán được áp dụng thì áp dụng quy định của pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự tương tự". Nói khác đi, áp dụng tương tự pháp luật là

biện pháp khắc phục thiếu sót của luật thuộc diện ưu tiên thứ hai, sau áp dụng tập quán là biện pháp ưu tiên thứ nhất.

Tiêu chí xác định trường hợp tương tự có thể là tiêu chí chủ quan - tương tự về chủ thể - hoặc tiêu chí khách quan - tương tự về tính chất cơ bản của quan hệ pháp luật. Ví dụ, người bán và người trao đổi đều là những người chuyển nhượng tài sản có đền bù, vậy có thể áp dụng một số quy tắc chi phối thái độ xử sự của người bán trong trường hợp cần chi phối thái độ xử sự của người trao đổi; cầm cố và thế chấp đều là các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, vậy có thể áp dụng một số quy tắc về cầm cố cho trường hợp thế chấp và ngược lại. Tất nhiên, không được áp dụng nguyên tắc tương tự pháp luật khi quy tắc tương tự tỏ ra không phù hợp với tinh thần của chế định chi phối trường hợp đặc thù mà quy tắc tương tự được đề nghị áp dụng.

Ví dụ 5.

Theo điểm a khoản 1 Điều 131 Luật Nhà ở năm 2014, nếu hợp đồng thuê nhà ở không xác định thời hạn, thì hợp đồng chấm dứt sau 90 ngày, kể từ ngày bên cho thuê báo cho bên thuê biết về việc chấm dứt hợp đồng. Luật không dự kiến trường hợp bên muốn chấm dứt hợp đồng thuê là bên thuê[1]. Nhưng áp dụng tương tự pháp luật, người thuê nhà ở theo một hợp đồng không xác định

1. Một số ý kiến giải thích rằng người làm luật không bỏ sót trường hợp bên muốn chấm dứt hợp đồng thuê nhà ở không có thời hạn là bên thuê bởi lý do: muốn chấm dứt hợp đồng thì bên thuê cứ dọn nhà và gửi chìa khóa lại, rồi đi. Song trên thực tế, thường không xảy ra tình huống như vậy. Trong hầu hết trường hợp, bên cho thuê thường yêu cầu bên thuê nộp một số tiền gọi là đặt cọc, để phục vụ cho nhiều mục đích. Nếu tự ý chấm dứt hợp đồng thuê mà không có căn cứ hợp pháp, bên thuê có nguy cơ mất số tiền này.

thời hạn cũng có quyền chấm dứt hợp đồng thuê với điều kiện thông báo cho người cho thuê biết trước 90 ngày. Đây cũng là ví dụ điển hình của việc dựa vào học thuật, vốn sống và đạo lý để thực hiện hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết.

Trong các hệ thống luật tiên tiến (như Pháp, Đức,...), người thuê nhà theo một hợp đồng không có thời hạn đều có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng với điều kiện thông báo trước cho người cho thuê trong một khoảng thời gian hợp lý. Trên thực tế, không có hợp đồng thuê nhà ở nào kéo dài vô hạn, và theo đạo lý, (đúng ra là theo lẽ công bằng), không thể không thừa nhận quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng (không xác định thời hạn) của người thuê nhà ở, một khi đã thừa nhận quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng của người cho thuê nhà ở.

✍ ***Ví dụ 6.***

Đây là ví dụ về thao tác tổng hợp các công cụ phân tích. Theo khoản 1 Điều 454 Bộ luật dân sự năm 2015, các bên trong một hợp đồng mua bán có thể thỏa thuận về việc bên bán được quyền chuộc lại tài sản đã bán sau một thời gian gọi là thời hạn chuộc lại; thời hạn chuộc lại do hai bên thỏa thuận nhưng không được quá 5 năm, kể từ thời điểm giao tài sản, đối với bất động sản. Ta hiểu rằng do hiệu lực của hợp đồng mua bán tài sản với điều kiện được chuộc lại, người bán có quyền chuộc lại tài sản, tương ứng với nghĩa vụ (của người mua) tôn trọng quyền chuộc lại. Đây là các quyền và nghĩa vụ có tính chất tài sản và chuyển giao được trong giao lưu dân sự.

Tình huống giả thiết là A bán cho B một căn nhà với điều kiện được chuộc lại. Thời hạn chuộc lại chưa hết thì A chết. A có người thừa kế là X; rồi cả B cũng chết và B có người thừa kế là Y. Việc chuyển giao di sản của A cho X và của B cho Y được thực hiện theo pháp luật thừa kế. Theo Điều 614 Bộ luật dân sự năm 2015, kể từ thời điểm mở thừa kế, những người thừa kế có các quyền và nghĩa vụ tài sản do người chết để lại.

Giải pháp cho vấn đề chuyển giao các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng mua bán tài sản giao kết giữa A và B được xây dựng theo hai bước:

- Bước 1 (áp dụng quy trình suy lý tam đoạn luận).

+ Đại đề: Người thừa kế có các quyền tài sản do người chết để lại (Điều 614 Bộ luật dân sự năm 2015);

+ Tiểu đề: Quyền chuộc lại tài sản bán là một quyền tài sản do người chết đồng thời là người bán để lại;

+ Kết luận: Người thừa kế của người bán có quyền chuộc lại tài sản bán do người chết để lại.

Cũng bằng công cụ quy trình suy lý tam đoạn luận, ta thừa nhận X có quyền chuộc lại căn nhà mà A đã bán cho B trong thời hạn chuộc lại đã giao ước.

- Bước 2 (áp dụng tương tự pháp luật).

Người thừa kế của người bán có quyền chuộc lại tài sản bán trong trường hợp người bán chết mà thời hạn chuộc lại chưa hết là quy tắc rút ra từ quy trình suy lý ở trên. Trong trường hợp người mua chết mà thời hạn chuộc lại chưa hết thì ta có được quy tắc, theo đó người thừa kế của người mua có nghĩa vụ tôn trọng quyền chuộc lại tài sản bán trong trường hợp

người mua chết mà thời hạn chuộc lại chưa hết, nhờ áp dụng tương tự pháp luật.

Cũng có thể đi đến giải pháp này bằng cách lặp lại quy trình suy lý tam đoạn luận ở bước 1 với các chủ thể là người mua và người thừa kế của người mua.

Lưu ý khi áp dụng nguyên tắc tương tự pháp luật: Áp dụng tương tự pháp luật là một biện pháp được sử dụng phổ biến trong tất cả các hệ thống pháp luật. Trong điều kiện hệ thống luật viết của Việt Nam còn đang tiếp tục được hoàn thiện, việc áp dụng tương tự pháp luật, một khi có đủ điều kiện để áp dụng, có thể có đối tượng là một tập hợp các quy tắc mà không chỉ một vài quy tắc riêng lẻ. Ví dụ, trước đây Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010 chỉ có những quy tắc về chia tài sản chung của vợ chồng được áp dụng trong trường hợp vợ chồng ly hôn (từ Điều 95 đến Điều 99). Những quy tắc này có thể được vận dụng để chia tài sản chung của vợ chồng trong trường hợp hôn nhân chấm dứt do vợ hoặc chồng chết. Điều này không thể tranh cãi, bởi[1]: (1) Nếu vợ hoặc chồng còn sống muốn chia tài sản chung thì việc phân chia phải được tiến hành chứ không thể bị trì hoãn cho đến khi người này chết; (2) Nếu

---

1. Thực ra, việc thiếu vắng những quy tắc liên quan đến thanh toán và phân chia tài sản chung của vợ chồng sau khi hôn nhân chấm dứt do có người chết là một thiếu sót lớn của quá trình soạn thảo luật. Thiếu sót này đã được phần nào được khắc phục trong Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, với quy định: "Khi có yêu cầu về chia di sản thì tài sản chung của vợ chồng được chia đôi, trừ trường hợp vợ chồng có thỏa thuận về chế độ tài sản. Phần tài sản của vợ, chồng chết hoặc bị Tòa án tuyên bố là đã chết được chia theo quy định của pháp luật về thừa kế" (khoản 2 Điều 66).

không vận dụng các quy định về chia tài sản chung của vợ chồng sau khi ly hôn vào trường hợp chia tài sản chung sau khi chồng hoặc vợ chết thì sẽ không có luật để áp dụng cho trường hợp sau này.

Việc áp dụng tương tự pháp luật cho phép mở rộng phạm vi điều chỉnh của một điều luật ra đến các trường hợp có những nét tương đồng với trường hợp được chính thức dự kiến. Phương pháp này được áp dụng trong tất cả các ngành luật, trong việc phân tích tất cả các chế định, trừ những chế định mà phạn vi áp dụng được người làm luật dành độc quyền xác định cho mình[1]. Điều đó có nghĩa rằng việc áp dụng tương tự pháp luật chỉ được sử dụng đối với các quy tắc mang tính chất tổng quát. Không thể áp dụng tương tự pháp luật để xây dựng các giải pháp tương tự từ những quy tắc mang tính chất ngoại lệ.

Ví dụ 7.

Theo khoản 3 Điều 218 Bộ luật dân sự năm 2015, "Trường hợp một chủ sở hữu chung theo phần bán phần quyền sở hữu của mình thì chủ sở hữu chung khác được quyền ưu tiên mua". Điều luật được cho là ngoại lệ đối với nguyên tắc được thiết lập trong luật chung về tài sản, theo đó, chủ sở hữu có quyền tự do định đoạt tài sản thuộc quyền sở hữu của mình. Riêng trong trường hợp bán phần quyền đối với tài sản thuộc sở hữu chung theo phần thì chủ sở hữu chung phải tôn trọng quyền ưu tiên

1. Ví dụ trong luật hình sự, người làm luật không cho phép việc xác định một người nào đó là có tội bằng cách áp dụng tương tự pháp luật (khoản 1 Điều 2 Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017).

mua của chủ sở hữu chung khác. Người làm luật quy định rõ ràng: Quyền ưu tiên mua được thừa nhận cho chủ sở hữu chung trong trường hợp chủ sở hữu chung khác bán phần quyền của mình trong tài sản chung và chỉ được thừa nhận trong trường hợp đó.

Vấn đề đặt ra là làm sao để nhận diện một điều luật nào đó chứa đựng quy phạm mang tính nguyên tắc hay ngoại lệ. Ví dụ, trong khuôn khổ xây dựng các phương thức giải quyết tranh chấp, xung đột giữa người tiêu dùng và doanh nghiệp, người làm luật có quy định về biện pháp thương lượng, trong đó đáng chú ý là Điều 31 Luật Bảo vệ người tiêu dùng năm 2010.

"Điều 31. Thương lượng

1. Người tiêu dùng có quyền gửi yêu cầu đến tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ để thương lượng khi cho rằng quyền, lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm.

2. Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ có trách nhiệm tiếp nhận, tiến hành thương lượng với người tiêu dùng trong thời hạn không quá 07 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được yêu cầu".

Tình huống giả thiết là người tiêu dùng bức xúc về khuyết tật của một sản phẩm gây thiệt hại cho mình và muốn đưa sự việc ra tòa án trong khi doanh nghiệp mong muốn thương lượng. Câu hỏi đặt ra là, trong điều kiện luật không giả thiết tình huống này, thì liệu có thể áp dụng tương tự pháp luật để thừa nhận rằng người tiêu dùng có trách nhiệm thương lượng

một khi doanh nghiệp có yêu cầu. Nếu coi các biện pháp bảo vệ người tiêu dùng là những biện pháp dành riêng cho người tiêu dùng, nghĩa là mang tính ngoại lệ về phương diện chủ thể thụ hưởng, thì Điều 31 Luật Bảo vệ người tiêu dùng năm 2010 không thể được mở rộng để áp dụng cho doanh nghiệp; nhưng nếu đứng ở góc độ nguyên tắc thiện chí, trung thực, hợp tác và nguyên tắc bình đẳng giữa các chủ thể giao kết hợp đồng - là các nguyên tắc cơ bản của luật hợp đồng, thì Điều 31 Luật Bảo vệ người tiêu dùng năm 2010 được coi là sự thể hiện các nguyên tắc đó, nghĩa là có thể được áp dụng tương tự.

- Biện luận dựa trên phương pháp suy lý mạnh

Tư tưởng chủ đạo của phương pháp suy lý mạnh là mỗi quy tắc của luật viết đều có lý do để tồn tại. Với cùng những lý do đó hoặc với những lý do có tính thuyết phục hơn, những quy tắc khác không được ghi nhận trong luật viết cũng được thừa nhận sự tồn tại: Một người có quyền làm nhiều hơn, thì cũng có quyền làm ít hơn; một người có quyền làm thì cũng có quyền không làm; một người không có quyền thực hiện một hành vi không quan trọng, thì cũng không có quyền thực hiện một hành vi quan trọng hơn... Nói cách khác, bằng phương pháp suy lý mạnh, người nghiên cứu xác định được các quy phạm không được ghi nhận rành mạch trong luật viết, nhưng cần được thừa nhận, bởi lý lẽ để chúng tồn tại giống hoặc tương tự hay thuyết phục hơn những lý lẽ được dùng làm cơ sở cho những quy tắc được chính thức ghi nhận trong luật viết. Chắc chắn những quy tắc được xác định theo cách đó hoàn toàn phù hợp với ý chí của người đã làm ra luật viết.

Ví dụ 8.

Theo khoản 1 Điều 479 Bộ luật dân sự năm 2015, bên thuê phải bảo dưỡng và sửa chữa nhỏ tài sản thuê. Vậy chắc chắn, bên mượn tài sản cũng có nghĩa vụ bảo dưỡng và sửa chữa nhỏ tài sản mượn, dù luật viết không quy định rõ. Tại sao như vậy? Khi luật quy định người thuê tài sản phải trả tiền thuê đồng thời vẫn phải có nghĩa vụ bảo dưỡng và sửa chữa nhỏ thì không có lý do gì mà người mượn tài sản đã không phải trả tiền mượn tài sản (tức là được ưu đãi hơn người thuê trong quan hệ với chủ sở hữu tài sản), lại không có nghĩa vụ đó.

Ví dụ 9.

Theo khoản 2 Điều 496 Bộ luật dân sự năm 2015, người mượn tài sản không được cho người khác *mượn lại* tài sản, nếu không có sự đồng ý của người cho mượn. Vậy, người mượn tài sản cũng không có quyền cho người khác *thuê* tài sản, nếu không có sự đồng ý của người cho mượn. Điều này không thể tranh cãi, dù không được quy định trong luật viết. Luật không cho phép người mượn tự mình thực hiện một giao dịch không đem lại lợi ích vật chất cho mình, liên quan đến tài sản mượn; thế thì luật cũng cấm người này tự mình thực hiện một giao dịch đem lại lợi ích vật chất cho mình như thu được tiền cho thuê liên quan đến tài sản đó. Ta có thể từ đó suy luận tiếp: Người mượn tài sản không có quyền bán, trao đổi, tặng cho và, nói chung, định đoạt tài sản mượn, dù

có hoặc không có điều kiện, có hay không có đền bù, mà không có sự đồng ý của người cho mượn[1].

✍ ***Ví dụ 10 (kết hợp các công cụ phân tích).***

Theo Điều 130 Luật Nhà ở năm 2014, việc bán nhà ở thuộc sở hữu chung của nhiều người phải được sự đồng ý của tất cả các chủ sở hữu. *Biện luận dựa trên phương pháp suy lý mạnh*: Việc tặng cho nhà ở thuộc quyền sở hữu chung của nhiều người phải được sự đồng ý của tất cả các chủ sở hữu[2]. *Biện luận dựa vào nguyên tắc áp dụng tương tự pháp luật*: việc tặng cho quyền sử dụng đất thuộc tài sản chung hợp nhất của nhiều người phải được sự đồng ý của tất cả những người có quyền sử dụng đất đó.

- *Biện luận dựa trên phương pháp suy lý nghịch*

Tư tưởng chủ đạo của phương pháp suy lý nghịch là: *Tương ứng với một giả định cụ thể người làm luật có một quy định cụ thể. Vậy, tương ứng với một giả định cụ thể ngược lại, người làm luật sẽ có một quy định cụ thể ngược lại.* Thực ra, lý lẽ này không hoàn toàn thuyết phục trong mọi trường hợp, bởi như ta biết, có khi người làm luật đề ra giải pháp nguyên tắc mềm, đồng thời chủ động thừa nhận các ngoại lệ

---

1. Nếu người cho mượn đồng ý để người mượn định đoạt tài sản, thì người mượn thực hiện việc định đoạt như một người được ủy quyền.

2. Lý lẽ của Điều 130 Luật Nhà ở năm 2014 là: Mua bán nhà ở là một giao dịch rất quan trọng, do đó, cần có biện pháp bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chủ sở hữu chung hợp nhất. Tặng cho, trong chừng mực nào đó, còn là một giao dịch quan trọng hơn mua bán, bởi người bán nhận được tiền, trong khi người tặng cho không nhận được gì. Do đó, càng cần có biện pháp bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chủ sở hữu chung hợp nhất trong giao dịch loại này.

của nguyên tắc mềm đó: Các giải pháp nguyên tắc có thể đối lập với các giải pháp ngoại lệ, dù phần giả định của các quy phạm đều có những đặc điểm cơ bản tương tự. Ngược lại, giải pháp nguyên tắc cũng có thể được áp dụng trong những trường hợp ngoại lệ được luật dự kiến.

Tuy vậy, biện luận dựa trên phương pháp suy lý nghịch được sử dụng khá thường xuyên trong việc nghiên cứu và phân tích luật viết.

✍ ***Ví dụ 11.***

Theo khoản 1 Điều 378 Bộ luật dân sự năm 2015, trong trường hợp các bên cùng có nghĩa vụ tài sản cùng loại đối với nhau thì khi cùng đến hạn, họ không phải thực hiện nghĩa vụ đối với nhau và nghĩa vụ được xem là chấm dứt, trừ trường hợp luật có quy định khác. Theo khoản 3 Điều 379 Bộ luật dân sự năm 2015, nghĩa vụ cấp dưỡng không được bù trừ. Thế thì, nếu A nợ B 100 đồng và B cũng nợ A 100 đồng và cả hai nghĩa vụ đều đến hạn, thì A và B không phải thực hiện nghĩa vụ đối với nhau (trả nợ). Nhưng nếu A vay của B 100 đồng và B có nghĩa vụ cấp dưỡng cho A 100 đồng, thì khi hai nghĩa vụ đến hạn, A phải trả cho B 100 đồng và B phải cấp dưỡng cho A 100 đồng mà không thể tiến hành bù trừ nghĩa vụ giữa hai người. Trong ví dụ này, ta có một giả định hội đủ những điều kiện cần và đủ (nghĩa vụ cùng loại đối với nhau) để áp dụng nguyên tắc (bù trừ nghĩa vụ), nhưng người làm luật không cho phép áp dụng nguyên tắc ấy.

✍ ***Ví dụ 12.***

Theo Điều 14 Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986, tài sản chung của vợ chồng gồm tài sản do vợ hoặc chồng tạo ra, thu nhập về nghề nghiệp và những thu nhập hợp pháp khác của vợ chồng trong thời kỳ hôn nhân, tài sản mà vợ chồng được thừa kế chung hoặc được cho chung. Như vậy thì, trên nguyên tắc, những tài sản nào không có nguồn gốc được liệt kê trong điều luật là tài sản riêng (suy lý nghịch). Tuy nhiên, luật cho phép vợ, chồng quyết định nhập vào khối tài sản chung những tài sản có trước khi kết hôn, những tài sản được thừa kế riêng hoặc được cho riêng (Điều 16). Trong ví dụ này, ta có một giả định ngược với giả định của Điều 14 (tài sản được thừa kế riêng hoặc được cho riêng,...), nhưng nếu vợ chồng đồng ý, thì luật cũng cho phép áp dụng quy định của Điều 14 (tài sản đó thuộc về khối tài sản chung của vợ, chồng).

✍ ***Ví dụ 13 (sử dụng kết hợp biện luận dựa trên phương pháp suy lý nghịch và biện luận dựa vào nguyên tắc áp dụng tương tự pháp luật).***

Theo Điều 390 Bộ luật dân sự năm 2015, "*Bên đề nghị giao kết hợp đồng có thể hủy bỏ đề nghị nếu đã nêu rõ quyền này trong đề nghị và bên được đề nghị nhận được thông báo về việc hủy bỏ đề nghị trước khi người này gửi thông báo chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng*".

Tình huống được giả thiết là một bên đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng, trong đó có nêu rõ quyền hủy bỏ đề nghị, sau đó bên đề nghị muốn hủy bỏ đề nghị. Quy tắc ứng xử là: Bên

đề nghị phải gửi thông báo hủy bỏ đề nghị như thế nào để bên được đề nghị nhận được thông báo trước khi bên này gửi đi thông báo đề nghị chấp nhận giao kết hợp đồng.

Luật không có quy định đặc biệt trong trường hợp bên đề nghị hủy bỏ đề nghị một cách không hợp lệ. Tình huống đặt ra là, đề nghị có đưa ra thời hạn để bên nhận đề nghị trả lời và không ghi nhận quyền hủy bỏ của bên đề nghị. Tuy nhiên, sau đó bên đề nghị lại hủy bỏ đề nghị trong khi thời hạn chưa kết thúc và bên nhận đề nghị cũng chưa trả lời. Sử dụng biện luận dựa trên phương pháp suy lý nghịch, có thể thừa nhận rằng, bên đề nghị không có quyền hủy bỏ đề nghị trong trường hợp này, nhưng nếu bên đề nghị vẫn hủy bỏ đề nghị và rốt cuộc gây thiệt hại cho bên được đề nghị thì trách nhiệm của bên đề nghị ra sao? Chẳng hạn, bên được đề nghị chưa vội trả lời do chưa hoàn tất việc chuẩn bị cần thiết để có thể lên tiếng chấp nhận đề nghị. Nay, do bên đề nghị hủy bỏ đề nghị giao kết hợp đồng mà sự chuẩn bị của bên được đề nghị trở nên vô nghĩa và bên được đề nghị phải chịu thiệt hại bởi đã chi trả cho sự chuẩn bị đó.

Luật không có quy định về trách nhiệm của bên đề nghị trong trường hợp này. Nhưng luật có quy định về trách nhiệm của bên đề nghị trong trường hợp bên đề nghị giao kết hợp đồng với người thứ ba trong khi thời hạn trả lời dành cho bên được đề nghị chưa chấm dứt và khiến bên được đề nghị bị thiệt hại, tại khoản 2 Điều 386 Bộ luật dân sự năm 2015.

"Điều 386. Đề nghị giao kết hợp đồng

....

2. Trường hợp đề nghị giao kết hợp đồng có nêu rõ thời hạn

trả lời, nếu bên đề nghị lại giao kết hợp đồng với người thứ ba trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời thì phải bồi thường thiệt hại cho bên được đề nghị mà không được giao kết hợp đồng nếu có thiệt hại phát sinh".

Trong điều kiện không có quy định cụ thể của luật, có thể áp dụng tương tự pháp luật đối với khoản 2 Điều 386 Bộ luật dân sự năm 2015 để thừa nhận rằng nếu bên được đề nghị sau đó chấp nhận đề nghị một cách hợp lệ, nghĩa là trong phạm vi thời hạn do bên đề nghị đưa ra, thì bên đề nghị phải bồi thường thiệt hại cho bên được đề nghị nếu có thiệt hại phát sinh do hợp đồng không được giao kết.

✍ ***Ví dụ 14 (sử dụng kết hợp biện luận dựa trên phương pháp suy lý nghịch và quy trình suy lý tam đoạn luận).***

Theo khoản 1 Điều 615 Bộ luật dân sự năm 2015, người hưởng thừa kế có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ tài sản trong phạm vi di sản do người chết để lại. *Biện pháp dựa trên phương pháp suy lý nghịch*: Người hưởng di sản mà không có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ tài sản do người chết để lại không phải là người thừa kế. Kết luận này lại trở thành đại đề của *quy trình suy lý tam đoạn luận* sau: *Đại đề* - Người hưởng di sản mà không có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ do người chết để lại không phải là người thừa kế; *tiểu đề* - Người được di tặng không phải thực hiện nghĩa vụ tài sản đối với phần được di tặng (khoản 3 Điều 646 Bộ luật dân sự năm 2015); *kết luận* - Người được di tặng không phải là người thừa kế.

Có thể dùng các kết quả đạt được cho những phân tích khác:

- *Biện luận dựa trên phương pháp suy lý nghịch* - Theo điểm a khoản 1 Điều 656 Bộ luật dân sự năm 2015, những người thừa kế thỏa thuận cử người quản lý di sản. Quy tắc được rút ra: Những người thừa kế có quyền thỏa thuận cử người quản lý di sản; vậy, người hưởng di sản mà không phải là người thừa kế không có quyền đó.

- *Quy trình suy lý tam đoạn luận* - Người không phải là người thừa kế thì không có quyền thỏa thuận cử người quản lý di sản (đại đề); người được di tặng không phải là người thừa kế (tiểu đề đã được chứng minh ở trên); vậy, người được di tặng không có quyền tham gia thỏa thuận cử người quản lý di sản (kết luận).

Lưu ý khi sử dụng biện luận dựa trên phương pháp suy lý nghịch: Ngoài việc xem xét các yêu cầu chung đối với việc xây dựng một quy tắc từ phương pháp phân tích câu chữ (đặc biệt là yêu cầu về sự phù hợp của quy tắc đối với tinh thần của chế định mà quy tắc đó tham gia với tư cách là một thành phần cấu tạo của chế định), người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp, khi sử dụng công cụ biện luận dựa trên phương pháp suy lý nghịch phải nắm được: liệu pháp luật đã chính thức xây dựng một quy định ngoại lệ (tức là duy trì việc áp dụng nguyên tắc) cho phần giả định có được từ việc suy lý nghịch hay không, trước khi tự mình tìm kiếm quy định cho giả định đó.

Trong ví dụ lấy từ Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, các tình huống ngược được dự kiến, nhưng quy tắc nghịch lại

không phải lúc nào cũng có thể được ghi nhận. Lý do không phải là luật chủ động đề ra quy tắc "xuôi" để xử lý tình huống ngược, mà bản thân việc đề ra quy tắc nghịch không hẳn lúc nào cũng phù hợp với lôgíc của tình huống ngược.

Điều 112 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định:

"Điều 112. Nghĩa vụ cấp dưỡng giữa anh, chị, em

Trong trường hợp không còn cha mẹ hoặc cha mẹ không có khả năng lao động và không có tài sản để cấp dưỡng cho con thì anh, chị đã thành niên không sống chung với em có nghĩa vụ cấp dưỡng cho em chưa thành niên không có tài sản để tự nuôi mình hoặc em đã thành niên không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình; em đã thành niên không sống chung với anh, chị có nghĩa vụ cấp dưỡng cho anh, chị không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình".

Các miếng ghép tạo thành tình huống giả định cuối của quy phạm nêu trên bao gồm: Em đã thành niên (1) không chung sống với anh, chị (2); anh, chị không có khả năng lao động (3) và không có tài sản để tự nuôi mình (4). Quy tắc được đề ra là, em có nghĩa vụ cấp dưỡng cho anh, chị.

Tất nhiên, trước hết phải mặc định một yếu tố cơ bản của giả định là em có điều kiện vật chất để thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng. Nếu em cũng lâm vào hoàn cảnh khó khăn như anh, chị, thì anh, chị, em chủ yếu chỉ bị ràng buộc nhau bởi các nghĩa vụ chăm sóc, nuôi dưỡng mang tính đạo đức.

Theo lôgíc, khi một tình huống có nhiều yếu tố, để có tình huống nghịch thì chỉ cần đảo ngược một trong các yếu tố này.

Bằng cách đó có thể hình dung các tình huống nghịch so với tình huống được dự kiến trên như sau:

Tình huống 1. (-1) (2) (3) (4)

Tình huống 2. (1) (-2) (3) (4)

Tình huống 3. (1) (2) (-3) (4)

Tình huống 4. (1) (2) (-3) (-4).

Trong tình huống nghịch thứ nhất, em *chưa* thành niên không chung sống với anh, chị trong khi anh chị không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình.

Tình huống nghịch thứ hai, em đã thành niên *chung sống* với anh, chị và anh, chị không có khả năng lao động, cũng không có tài sản để tự nuôi mình.

Tình huống nghịch thứ ba, em đã thành niên *không chung sống* với anh, chị và anh, chị không có tài sản để tự nuôi mình, nhưng lại có khả năng lao động.

Tình huống nghịch thứ tư, em đã thành niên, *không chung sống* với anh, chị và anh, chị không có khả năng lao động nhưng lại có tài sản để tự nuôi mình.

Trong tình huống nghịch thứ tư, các yếu tố khách quan cho thấy việc áp đặt quy tắc nghịch là hợp lý: Dù không có khả năng lao động, nhưng anh, chị có tài sản thì có thể sử dụng, khai thác tài sản của mình để tự nuôi sống; em không có nghĩa vụ cấp dưỡng.

Trong tình huống nghịch thứ ba, việc áp đặt quy tắc nghịch cũng hợp lý: Dù không có tài sản để tự nuôi mình, nhưng anh, chị có khả năng lao động thì trước hết họ phải lao động để

tự nuôi sống mình[1]. Tuy nhiên, cũng có trường hợp dù đã cố gắng hết sức, anh, chị vẫn không tìm được việc làm để có thu nhập nuôi sống bản thân. Trong trường hợp này, áp đặt nghĩa vụ cấp dưỡng của em đối với anh, chị vẫn tỏ ra hợp lý.

Trong tình huống nghịch thứ hai, có thể nghĩ rằng một khi đã sống chung trong một nhà, thì anh, chị, em cùng ăn, cùng ở và khi đó việc cấp dưỡng là không cần thiết. Tuy nhiên, có trường hợp anh, chị bị em ngược đãi, bạo hành thì việc áp đặt các biện pháp chế tài, bao gồm bắt buộc cấp dưỡng có thể là cần thiết.

Trong tình huống nghịch thứ nhất người em dứt khoát vẫn có nghĩa vụ cấp dưỡng, dù chưa thành niên. Việc thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng của em chưa thành niên được thực hiện thông qua vai trò của người giám hộ.

Từ các ví dụ trên đây có thể thấy việc sử dụng công cụ biện luận dựa trên phương pháp suy lý nghịch để phân tích luật không thể được thực hiện một cách máy móc, vô cảm. Cần chặt chẽ, thận trọng và có cân nhắc trong từng bước đi. Cụ thể như sau:

Bước 1. Xây dựng tình huống nghịch.

Bước 2. Tra cứu các văn bản có liên quan xem liệu có trường hợp nào người làm luật chủ động xây dựng quy tắc đặc thù trong tình huống nghịch không.

Bước 3. Trong trường hợp không có quy định rành mạch của luật ghi nhận giải pháp "xuôi" trong tình huống nghịch, thì vẫn

---

1. Không loại trừ khả năng anh, chị không có tài sản để tự nuôi mình (nghĩa là nghèo) là do không chịu lao động.

phải tiếp tục suy nghĩ, cân nhắc để đánh giá liệu việc đề ra quy tắc nghịch trong tình huống nghịch có hợp lý, hợp tình không.

Bước 4. Kết luận có quy tắc "xuôi" hoặc quy tắc nghịch tùy theo kết quả phân tích, đánh giá ưu điểm, hạn chế của các phương án khả dĩ.

- Biện luận dựa trên các phương pháp quy nạp và diễn dịch

Bằng công cụ biện luận dựa trên phương pháp quy nạp người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp rút ra được giải pháp nguyên tắc trên cơ sở phát hiện những đặc điểm chung của các giải pháp chi tiết mà người làm luật xây dựng trong những trường hợp đặc thù.

Bằng công cụ biện luận dựa trên phương pháp diễn dịch, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp hình dung các hệ quả phát sinh từ việc áp dụng giải pháp nguyên tắc (được xây dựng bằng phương pháp quy nạp) trong những trường hợp đặc thù khác không được dự kiến trong luật.

Sử dụng công cụ biện luận dựa trên phương pháp quy nạp hoặc phương pháp diễn dịch một cách độc lập: Trong thời kỳ áp dụng Bộ luật dân sự năm 2005, luật thừa nhận rằng người sử dụng đất có quyền chỉ thế chấp quyền sử dụng đất và để quyền sở hữu đối với các tài sản gắn liền với đất nằm ngoài phạm vi đối tượng thế chấp (khoản 2 Điều 716 Bộ luật dân sự năm 2005); người thuê đất trả tiền hàng năm có quyền sở hữu đối với các tài sản gắn liền với đất trong khi quyền sử dụng đất của người này lại không có giá trị chuyển nhượng (khoản 1 Điều 78a và khoản 1 Điều 78d Luật Đất đai

năm 1993 sửa đổi, bổ sung năm 1998, 2001);... Từ các quy định đó và những quy định khác có liên quan trong luật viết, có thể ghi nhận ý chí nhất quán của người làm luật trong việc thừa nhận khả năng tồn tại của một loại quyền sở hữu khá đặc biệt có đối tượng là các tài sản gắn liền với đất và có chủ thể là người không có quyền sử dụng đất đó. Ta gọi chế định đặc biệt này là *quyền sở hữu bề mặt*[1]. Một khi chế định hình thành (*quy nạp*) ta hoàn thiện nó bằng cách áp dụng chế độ pháp lý về quyền sở hữu của luật chung vào (*diễn dịch*), và vậy là hàng loạt chế định nhỏ phát sinh: chuyển nhượng quyền sở hữu bề mặt; chuyển giao quyền sở hữu bề mặt bằng con đường thừa kế; xác lập quyền sở hữu bề mặt theo thời hiệu; bảo vệ quyền sở hữu bề mặt; v.v..

Công cụ biện luận dựa trên phương pháp diễn dịch cũng có thể được sử dụng độc lập với công cụ biện luận dựa trên phương pháp quy nạp, một khi nguyên tắc đã được xác lập sẵn trong luật viết.

Ví dụ, trong thời kỳ áp dụng Bộ luật dân sự năm 1995, luật quy định: Nếu người bảo lãnh chết, thì chấm dứt việc bảo lãnh (khoản 4 Điều 375); nhưng nếu người thế chấp tài sản chết, thì nghĩa vụ của người thế chấp lại không chấm dứt, nghĩa là được chuyển giao cho người thừa kế (suy lý nghịch Điều 362 Bộ luật dân sự năm 1995). Giả sử, một người

---

1. Về quyền sở hữu bề mặt trước khi có Bộ luật dân sự năm 2015, xem thêm: Nguyễn Ngọc Điện: *Nghiên cứu về tài sản trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb. Trẻ, Thành phố Hồ Chí Minh, 1999, tr.321; về quyền sở hữu bề mặt sau khi có Bộ luật dân sự năm 2015, xem thêm Trường Đại học Mở Thành phố Hồ Chí Minh - Nguyễn Ngọc Điện: *Giáo trình Luật dân sự*, 2018, t.1, tr.408-421.

bảo lãnh bằng cách thế chấp tài sản và sau đó chết. Áp dụng hai công cụ vừa nêu vào trường hợp đặc thù này, ta có các giải pháp sau đây: (i) Việc bảo lãnh chấm dứt, nghĩa là người thừa kế không phải thực hiện nghĩa vụ đó; (ii) Biện pháp thế chấp không chấm dứt, tài sản thế chấp được chuyển giao cho người thừa kế trong tình trạng được thế chấp; (iii) Nếu người được bảo lãnh trước đây không thực hiện nghĩa vụ, thì chủ nợ nhận thế chấp có quyền yêu cầu kê biên và bán tài sản thế chấp (nay đã thuộc về người thừa kế) để thanh toán nghĩa vụ; (iv) Nếu tài sản thế chấp bị bán để thanh toán nghĩa vụ, thì coi như người thừa kế mất trắng, bởi người thừa kế không có nghĩa vụ bảo lãnh, mà người này cũng không có quyền yêu cầu lại đối với người được bảo lãnh[1].

Sử dụng kết hợp các công cụ biện luận dựa trên phương pháp quy nạp và diễn dịch: Việc kết hợp hai công cụ tạo ra một quy trình suy lý gồm hai bước.

Thông thường, quy nạp là bước đi đầu tiên. Đó là quá trình thu thập các quy phạm có bản chất giống nhau (nếu người thực hiện là nhà nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp) hoặc thu thập các vụ việc được xử lý theo cùng một cách (nếu người thực hiện là người áp dụng luật). Quá trình quy nạp kết thúc bằng việc rút ra những yếu tố cơ bản giống nhau của các quy phạm sưu tập được hoặc các cách xử lý vụ việc ghi nhận được, từ đó xây dựng chuẩn mực tổng quát, trừu tượng.

---

1. Giải pháp cuối cùng rõ ràng là không hợp lý. Nhưng có một thực tế là luật viết, cũng như ý chí chủ quan của con người, không phải bao giờ cũng hợp lý.

Chuẩn mực tổng quát, trừu tượng được rút ra bằng quá trình quy nạp có thể được ứng dụng để xử lý các vụ việc ghi nhận từ thực tiễn trong điều kiện không có quy phạm cho phép xử lý trực tiếp vụ việc ấy. Đó cũng là nội dung của quá trình diễn dịch.

Thực hành sử dụng kết hợp biện luận dựa trên phương pháp quy nạp và phương pháp diễn dịch:

Bước 1 - Quy nạp. Theo khoản 1 Điều 620 Bộ luật dân sự năm 2015, "Người thừa kế có quyền từ chối nhận di sản, trừ trường hợp việc từ chối nhằm trốn tránh việc thực hiện nghĩa vụ tài sản của mình đối với người khác". Phân tích điều luật bằng công cụ biện luận dựa trên phương pháp suy lý nghịch, thì thu được kết quả như sau.

Tình huống:

- Người thừa kế có quyền nhận di sản;

- Người thừa kế mất khả năng trả nợ bằng tài sản riêng hiện có;

- Người thừa kế từ chối nhận di sản.

Quy tắc: Việc từ chối nhận di sản của người thừa kế bị vô hiệu.

Mặt khác, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 cho phép vợ, chồng chia tài sản chung trong thời kỳ hôn nhân. Về nội dung chia, vợ chồng có quyền tự do thỏa thuận: Chia đôi hoặc người này nhận nhiều, người kia nhận ít. Tuy nhiên, việc chia tài sản chung có thể bị tuyên bố vô hiệu trong một số trường hợp được dự kiến tại Điều 42.

"Điều 42. Chia tài sản chung trong thời kỳ hôn nhân bị vô hiệu

Việc chia tài sản chung trong thời kỳ hôn nhân bị vô hiệu khi thuộc một trong các trường hợp sau đây:

1. Ảnh hưởng nghiêm trọng đến lợi ích của gia đình; quyền, lợi ích hợp pháp của con chưa thành niên, con đã thành niên mất năng lực hành vi dân sự hoặc không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình;

2. Nhằm trốn tránh thực hiện các nghĩa vụ sau đây:

a) Nghĩa vụ nuôi dưỡng, cấp dưỡng;

b) Nghĩa vụ bồi thường thiệt hại;

c) Nghĩa vụ thanh toán khi bị Tòa án tuyên bố phá sản;

d) Nghĩa vụ trả nợ cho cá nhân, tổ chức;

đ) Nghĩa vụ nộp thuế hoặc nghĩa vụ tài chính khác đối với Nhà nước;

e) Nghĩa vụ khác về tài sản theo quy định của Luật này, Bộ luật dân sự và quy định khác của pháp luật có liên quan".

Liên quan đến khoản 2 Điều 42 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, luật không nói rõ các nghĩa vụ được liệt kê là nghĩa vụ riêng hay nghĩa vụ chung của vợ chồng. Tuy nhiên, có thể nhận thấy, việc vợ chồng chia tài sản chung chỉ có tác dụng làm cho tài sản chung trở thành tài sản riêng của một trong hai người. Trong khi đó, nghĩa vụ chung đồng thời cũng là nghĩa vụ của vợ và của chồng, thì theo luật chung, việc thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm bằng tài sản của người có nghĩa vụ. Bởi vậy, nghĩa vụ chung của vợ chồng được

bảo đảm thực hiện bằng tài sản riêng của mỗi người và cả tài sản chung của vợ chồng. Điều đó cũng có nghĩa là, chủ nợ chung không có gì phải lo lắng khi vợ chồng tiến hành chia tài sản chung. Trái lại, chủ nợ riêng có lý do để lo lắng: Nếu tài sản chung được chia quá nhiều cho vợ (chồng) của người mắc nợ, thì việc trả nợ cho chủ nợ riêng có thể không suôn sẻ khi tài sản riêng của người mắc nợ không đủ để trả nợ, trong khi tài sản chung thì đã cạn kiệt[1]. Nói tóm lại, dù luật không nói rõ, có thể thừa nhận rằng, các nghĩa vụ được liệt kê ở khoản 2 Điều 42 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 là nghĩa vụ riêng của vợ (chồng).

Trong một trường hợp đặc thù, chồng mắc nợ riêng nhiều đến mức tài sản riêng không đủ thanh toán và có ý định chia tài sản chung để dồn hết tài sản cho vợ nhằm trốn tránh sự "truy đuổi" của chủ nợ. Áp dụng khoản 2 Điều 42 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 vào trường hợp này, ta thu được kết quả như sau:

Tình huống:

- Chồng có quyền chia tài sản chung;

- Chồng mất khả năng thanh toán nghĩa vụ riêng;

- Chồng cùng với vợ chia tài sản chung để trốn tránh thực hiện nghĩa vụ riêng về tài sản.

Quy tắc: Việc phân chia tài sản chung vô hiệu.

---

1. Chủ nợ riêng của vợ (chồng) không có quyền trực tiếp kê biên tài sản chung của vợ chồng trong khuôn khổ bắt buộc thực hiện nghĩa vụ trả nợ riêng, do trong tài sản chung có phần tài sản của người không mắc nợ. Tuy nhiên, nếu tài sản riêng của người mắc nợ không đủ trả nợ, thì chủ nợ có quyền yêu cầu chia tài sản chung, áp dụng khoản 2 Điều 219 Bộ luật dân sự năm 2015.

Tình huống:

- Một người có một lợi ích có thể được tiếp nhận;

- Người này mất khả năng thanh toán bằng tài sản cá nhân;

- Người này từ bỏ lợi ích để trốn tránh thực hiện nghĩa vụ tài sản.

Quy tắc: Việc từ bỏ lợi ích bị vô hiệu.

Bước 2 - Diễn dịch. A và B là cha và con. A vay tiền ngân hàng và cho B vay lại (B không thể giao dịch trực tiếp ngân hàng vì lý do cá nhân). Sau đó, do sự cố làm ăn, A mất khả năng thanh toán và không thể trả nợ ngân hàng bằng tài sản cá nhân còn lại. Ngân hàng yêu cầu A đòi nợ (đã đến hạn) B để có tiền trả nợ ngân hàng. Tuy nhiên, sau khi suy nghĩ, A quyết định xóa nợ cho B. Ngân hàng kiện A ra tòa, yêu cầu tòa án tuyên bố việc xóa nợ vô hiệu.

Tình huống:

- A có lợi ích để thu nhận (đòi nợ ở B);

- A bị mất khả năng thanh toán;

- A xóa nợ cho B để trốn nợ của bản thân.

Quy tắc: Việc xóa nợ vô hiệu.

Lưu ý: Đối với trường hợp này, nếu áp dụng khoản 2 Điều 124 Bộ luật dân sự năm 2015, thì ta cũng có cùng một giải pháp.

"Điều 124. Giao dịch dân sự vô hiệu do giả tạo

....

2. Trường hợp xác lập giao dịch dân sự giả tạo nhằm trốn tránh nghĩa vụ với người thứ ba thì giao dịch dân sự đó vô hiệu".

Tuy nhiên, để có thể tuyên bố việc xóa nợ là vô hiệu thì phải chứng minh được tính chất giả tạo của việc xóa nợ và việc đó không đơn giản.

4. Những hạn chế chung của phương pháp phân tích câu chữ

a) Suy đoán chủ quan về ý chí của người làm luật

Phương pháp phân tích câu chữ coi ý chí của người làm luật là đích đến của quá trình tư duy: Kết luận của người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp chính là ý chí của người soạn thảo văn bản được người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phát hiện. Nhưng một câu hỏi có thể được đặt ra: Có khi nào cái mà người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp gọi là ý chí của người làm luật thực ra chỉ là ý chí chủ quan của chính người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp được người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp gán cho người làm luật?[1] Thực tế là, vấn đề này chưa được đặt ra thường xuyên đối với người nghiên cứu và phân tích luật Việt Nam đương đại. Lý do như sau:

Một mặt, khi tiếp cận quy phạm pháp luật thành văn, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp thường bám theo câu chữ để xây dựng nội hàm của quy phạm. Người

---

1. Có ý kiến còn cho rằng, một khi đứng trước một vấn đề mà không có điều luật cụ thể để giải quyết, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp nên kết luận một cách nhanh chóng rằng, người làm luật đã không dự kiến được tình huống đó khi soạn thảo văn bản luật, hơn là tìm cách xác định ý chí của người làm luật khi đứng trước tình huống đó. Xem thêm: Cornu: *Droit civil - Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, Paris, 1990, p. 133-134.

nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp thường không muốn đi xa hơn quỹ đạo hẹp của những chú thích về ý nghĩa của câu chữ trong văn bản quy phạm pháp luật, nghĩa là chưa thường xuyên thử xác định ý chí của người làm luật ẩn trong câu chữ của văn bản, bằng việc sử dụng các công cụ phân tích câu chữ.

Mặt khác, hệ thống pháp luật của Việt Nam xã hội chủ nghĩa có lịch sử hình thành tương đối mới; bởi vậy, người nghiên cứu, phân tích chuyên nghiệp và người làm luật còn có thể đối thoại (dưới các hình thức hội nghị khoa học, hội thảo, tọa đàm,...) để làm rõ các vấn đề chuyên môn mà hai bên cùng quan tâm. Các kết luận trừu tượng của người nghiên cứu và phân tích luật viết, nếu có, có thể dễ dàng được khẳng định là phù hợp hay không phù hợp với ý chí của người làm luật, thông qua sự đối thoại đó.

Song, giả sử người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp đã thành thạo, nhuần nhuyễn trong việc sử dụng các phương pháp phân tích câu chữ thì việc đối thoại nhằm làm rõ ý chí của người làm luật chỉ có hiệu quả trong điều kiện bản thân người làm luật đã có hình thành một hoặc nhiều ý tưởng xoay quanh vấn đề liên quan, vào thời điểm xây dựng và ban hành văn bản. Ở Việt Nam, sau khi tiến hành đường lối đổi mới tình hình kinh tế - xã hội chuyển biến rất nhanh. Người làm luật của thập kỷ 1980, trong lúc soạn thảo văn bản, không để dự kiến những vấn đề pháp lý phát sinh trong khung cảnh của thập kỷ 1990 và, do đó, không thể có ý tưởng về giải pháp cho các vấn đề đó.

b) Luật không thể bao quát toàn bộ cuộc sống trong không gian và trong thời gian

Chính những người kiên quyết nhất trong việc bảo vệ phương pháp phân tích câu chữ cũng thừa nhận luật viết không thể chứa đựng tất cả các quy tắc của luật. "Luật và luật viết hòa nhập thành một" chỉ là ý niệm về một trạng thái lý tưởng nhất của luật, là điểm mà người làm luật luôn phấn đấu để vươn tới nhưng không bao giờ đạt được.

Cuối cùng, phương pháp phân tích câu chữ chỉ tập trung tìm hiểu ý chí của người làm luật ở thời điểm văn bản được ban hành. Điều đó có nghĩa là kết quả giải thích phải luôn như nhau, bất kể được giải thích ở thời điểm nào. Nói cách khác, ý chí lịch sử của người làm luật được áp đặt một cách cố định chừng nào văn bản (hình thức thể hiện trên giấy mực của ý chí đó) còn có hiệu lực thi hành. Quan niệm này không phù hợp với quy luật phổ biến về sự phát triển của sự vật, hiện tượng.

IV. PHƯƠNG PHÁP PHÂN TÍCH PHÁT TRIỂN

Theo khoản 2 Điều 14 Bộ luật dân sự năm 2015 và khoản 2 Điều 4 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015, Tòa án không có quyền từ chối xét xử vì lý do không có luật. Bộ luật dân sự quy định thêm tại khoản 2 Điều 14, rằng trong trường hợp này, quy định tại Điều 5 và Điều 6 của Bộ luật này được áp dụng. Điều 5 Bộ luật dân sự năm 2015 ghi nhận việc áp dụng tập quán; Điều 6 ghi nhận việc áp dụng tương tự pháp luật, các nguyên tắc cơ bản, án lệ và lẽ công bằng. Việc nhận diện "lẽ công bằng" như là căn cứ áp dụng pháp luật là kết quả

của một quá trình tìm kiếm, suy nghĩ, lập luận và phương pháp phân tích phát triển là một trong những công cụ đắc lực phục vụ quá trình tư duy đó.

1. Nội dung của phương pháp phân tích phát triển

Cơ sở lý luận của phương pháp phát triển là: Đến một lúc nào đó và ở một điểm nào đó, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phải thừa nhận rằng người làm luật đã không dự liệu được tình huống đặc thù đang được người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp xem xét; và việc tìm hiểu ý chí của người làm luật trong tình huống đặc thù đó cũng giống như công việc của người soạn kịch xây dựng tính cách của nhân vật do mình hư cấu. Lúc đó và điểm đó được gọi là *ngưỡng của việc phân tích câu chữ*. Vượt qua khỏi ngưỡng này, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phải tự mình tìm ra, tạo ra luật bằng hoạt động nghiên cứu khoa học. Không có văn bản, không còn có thể dựa vào nguồn chính thức của luật, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp chỉ có hành trang gồm những hiểu biết về phong tục, tập quán, về án lệ cộng với những gì thuộc riêng - học thuật, vốn sống và đạo lý - cho hành trình khoa học của mình. Người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp được tự do phân tích, lý giải và bảo vệ ý kiến của mình. Đây là điểm khác biệt cơ bản giữa phương pháp phân tích phát triển và phương pháp phân tích câu chữ (phương pháp cổ điển). Bên cạnh sự khác biệt đó, hai điểm tương đồng của hai phương pháp có thể được ghi nhận:

(1) Cả phương pháp phân tích phát triển và phương pháp phân tích câu chữ đều thống nhất rằng luật viết không thể

chứa đựng tất cả các quy phạm pháp luật cần thiết cho việc điều chỉnh tất cả các quan hệ xã hội có tính pháp lý phát sinh trong cuộc sống;

(2) Phương pháp phân tích phát triển cũng chấp nhận các công cụ của phương pháp phân tích câu chữ (áp dụng tương tự, suy lý mạnh, suy lý ngược,...) và vẫn sử dụng các công cụ này cho đến khi đạt tới ngưỡng của việc phân tích câu chữ. Nói cách khác, người phân tích theo phương pháp phân tích phát triển chỉ bắt đầu sử dụng phương pháp này sau khi đã khai thác hết "năng lực" của phương pháp phân tích câu chữ mà vẫn không tìm được quy tắc cần thiết điều chỉnh quan hệ phát sinh trong tình huống đặc thù được xem xét.

Có ý kiến nghi ngại rằng với phương pháp phân tích phát triển, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp có thể đi đến chỗ thay thế người làm luật để tạo ra luật. Thực ra, các giải pháp được xây dựng bằng phương pháp phân tích phát triển vẫn phải xuất phát từ những nguyên tắc cơ bản được thiết lập trong luật viết hoặc trong đạo lý hoặc cả hai. Trong điều kiện luật không có quy tắc cụ thể cho phép giải quyết vấn đề liên quan, các giải pháp ấy trở thành những gợi ý đối với người thực hiện luật cũng như đối với dân cư trong việc xác định thái độ xử sự đúng mực khi ở trong tình huống có vấn đề liên quan đó. Hơn nữa, như ta sẽ thấy, việc xây dựng các giải pháp từ luật viết, dù theo phương pháp nào, đều chỉ là các kết quả nghiên cứu khoa học mà không phải là các quy tắc được người làm luật chính thức thừa nhận như luật viết.

2. Thực hành phương pháp phân tích phát triển

Theo Điều 615 Bộ luật dân sự năm 2015, người thừa kế có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ tài sản do người chết để lại trong phạm vi di sản. Điều luật có tác dụng bảo vệ người thừa kế trong trường hợp di sản không đủ khả năng thanh toán những nghĩa vụ, khoản nợ của người chết. Nhưng luật không xác định rõ phạm vi di sản là gì. Có thể thừa nhận đó là tất cả các tài sản có thuộc sản nghiệp của người có di sản để lại ở thời điểm mở thừa kế. Điều luật có nội dung rõ ràng về mặt lý thuyết, nhưng trên thực tế, không dễ áp dụng. Lý do là không có tiêu chí xác định cái gọi là toàn bộ tài sản có của người có di sản để phân biệt với tài sản cá nhân của người thừa kế. Thông thường, các tài sản không thuộc loại phải đăng ký do người chết để lại sẽ lẫn lộn vào tài sản cùng loại của người thừa kế. Điều chắc chắn là, nếu không xác định được phạm vi di sản thì cũng không có điều kiện để áp dụng điều luật nhằm bảo vệ người thừa kế. Bởi vậy, dù luật không quy định rõ, nhưng phải thừa nhận rằng, bất kỳ phương tiện nào không trái luật mà cho phép "khoanh vùng" tài sản có thuộc di sản đều có thể được sử dụng để xác định phạm vi di sản, từ đó tạo điều kiện áp dụng Điều 615 Bộ luật dân sự năm 2015. Một trong những biện pháp được ghi nhận trong luật thực định và được sử dụng khá phổ biến là lập danh mục di sản bằng văn bản có công chứng.

Trong một ví dụ khác, theo khoản 3 Điều 51 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, trong trường hợp người vợ có thai hoặc nuôi con dưới 12 tháng tuổi thì chồng không có quyền yêu cầu ly hôn. Như đã phân tích, điều luật nhằm mục đích bảo vệ người vợ trong hoàn cảnh đặc thù để ngăn chặn những

phiền phức có thể phát sinh từ việc người chồng tiến hành thủ tục tố tụng ly hôn, giúp người vợ tập trung thời gian, công sức cho việc chăm sóc bào thai và đứa con khi sinh ra. Trên thực tế, có những trường hợp người vợ có thể rơi vào hoàn cảnh có tính chất tương tự, nhưng lại do nguyên nhân khác và cũng cần được bảo vệ chống sự quấy nhiễu, phiền phức. Ví dụ, trường hợp người vợ mắc bệnh hiểm nghèo hoặc bị tai nạn nghiêm trọng. Do khoản 3 Điều 51 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 là ngoại lệ đối với nguyên tắc công nhận quyền tự do ly hôn được thiết lập tại khoản 1 Điều 51 của Luật này, nên không thể tùy tiện mở rộng phạm vi áp dụng ngoại lệ bằng phương pháp áp dụng tương tự pháp luật. Nhưng tòa án có thể xem xét, tùy trường hợp, để liệu có nên hay không nên chấp nhận giải quyết đơn xin ly hôn của người chồng. Vả lại, có thể có trường hợp không phải người vợ mà là người chồng mắc bệnh hiểm nghèo hoặc bị tai nạn, v.v..

V. PHƯƠNG PHÁP PHÂN TÍCH LỊCH SỬ

1. Nội dung của phương pháp phân tích lịch sử

Tư duy của người làm luật là sản phẩm của lịch sử. Phương pháp phân tích lịch sử đòi hỏi khi nghiên cứu và phân tích luật viết cần quan tâm tìm hiểu mối quan hệ lôgíc giữa quy tắc đề ra trong văn bản với trình độ tư duy pháp lý (trình độ ý thức xã hội nói chung) của thời kỳ văn bản được soạn thảo và ban hành, từ đó rút ra nhận định về quan điểm của người làm luật trong việc xây dựng quy tắc liên quan. Trở lại thời kỳ xảy ra tình huống pháp lý đang được xem xét, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp xây dựng giải pháp từ quan điểm của người làm luật đã được xác định.

Nói cách khác, bằng phương pháp phân tích lịch sử, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp vận dụng các quy tắc được xây dựng trong hoàn cảnh điều kiện của thời kỳ đã qua vào hoàn cảnh, điều kiện của thời kỳ mới: *Ở thời kỳ trước, người làm luật đã quyết định như thế bởi vì...; vậy, với quan điểm đó và nếu phải giải quyết cùng một vấn đề, thì, ở thời kỳ này, người làm luật sẽ quyết định như thế này...* Có ý kiến cho rằng, khi sử dụng phương pháp phân tích lịch sử, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp chỉ cần quan tâm đến nội dung của văn bản, không cần tìm hiểu ý chí của người làm luật[1]. Nhưng thực ra nếu không xác định được quan điểm, ý chí của người làm luật thì không thể vận dụng nó để thay đổi các quy tắc (mà người làm luật đã xây dựng trước đây) hành giải pháp cho vấn đề đặt ra trong hoàn cảnh mới.

2. Thực hành phương pháp phân tích lịch sử

Phương pháp phân tích lịch sử được sử dụng để tìm hiểu các văn bản được ban hành cách thời điểm phân tích đi khá lâu, nhưng vẫn còn hiệu lực thi hành.

Theo Điều 24 Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986 (áp dụng đến hết năm 2000), cha, mẹ đại diện cho con chưa thành niên trước pháp luật. Có thể hiểu ở thời kỳ luật được soạn thảo, vấn đề đại diện cho con chưa thành niên thường chỉ được đặt ra trong các trường hợp cần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của con trong các vụ tranh chấp về tài sản, trong việc xác lập và thực hiện quyền, nghĩa vụ cấp dưỡng hông qua các thủ tục tư pháp (ví dụ trong một vụ ly hôn), hoặc trong

---

1. Xem Ghestin và Goubeaux: *Traité de droit civil - Introduction générale*, L.G.D.J, Paris, 1986, nombre 151.

việc thực hiện các quyền, nghĩa vụ phát sinh từ trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng. Chính trong nếp tư duy pháp lý đặc thù, phù hợp với khung cảnh pháp lý ấy mà người làm luật đã viết quy tắc chi phối quyền đại diện của cha, mẹ đối với con chưa thành niên bằng những từ ngữ mang dấu ấn của "pháp đình": "Cha, mẹ đại diện cho con chưa thành niên trước pháp luật". Đọc điều luật này người đọc thường liên tưởng ngay đến hình ảnh một người cha hoặc một người mẹ (hoặc cả hai) đang đứng trước đại diện của một cơ quan thực thi pháp luật - thẩm phán, hội đồng xét xử, v.v.. - với tư cách người đại diện của con chưa thành niên có quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm hại, có hành vi vi phạm pháp luật và cần phải bị áp dụng chế tài., có yêu cầu cấp dưỡng sau khi cha, mẹ ly hôn,...

Nhưng đến những năm cuối thập niên 90 thế kỷ XX con chưa thành niên không chỉ cần được đại diện trong các trường hợp bi kịch như trong tư duy trước đây. Có quyền có tài sản riêng, trong điều kiện lưu thông dân sự ngày một phát triển, con chưa thành niên thường xuyên có nhu cầu xác lập và thực hiện các giao dịch. Có khả năng có quyền và nghĩa vụ dân sự (có năng lực pháp luật), con chưa thành niên, không được luật cho phép tự mình thực hiện quyền và nghĩa vụ đó (không có năng lực hành vi), chỉ có thể thực hiện thông qua vai trò của người đại diện (Điều 22 Bộ luật dân sự năm 1995). Như vậy, Điều 24 Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986, đặt trong bối cảnh kinh tế - xã hội của thời kỳ áp dụng Bộ luật dân sự năm 1995, nên được hiểu như sau: *Cha, mẹ đại diện cho con chưa thành niên trong các quan hệ giữa con chưa thành niên và người thứ ba*. Người thứ ba này có thể là đại diện của

cơ quan thực thi pháp luật, nhưng cũng có thể chỉ đơn giản là một đối tác trong một quan hệ kết ước bình đẳng (mua bán, trao đổi, bảo đảm nghĩa vụ,...)[1].

VI. TRƯỜNG HỢP GIỮA CÁC ĐIỀU LUẬT CÓ SỰ MÂU THUẪN

Cách giải quyết mâu thuẫn giữa các điều luật viết không giống nhau, tùy theo các điều luật liên quan được ghi nhận trong cùng một văn bản hay trong các văn bản khác nhau.

1. Mâu thuẫn giữa các điều luật trong các văn bản khác nhau

a) Văn bản có hình thức khác nhau

Trường hợp có sự mâu thuẫn giữa các quy phạm trong các văn bản có hình thức khác nhau, thì cách giải quyết duy nhất hợp lý là dựa vào thứ tự hiệu lực văn bản quy phạm trong hệ thống văn bản. Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 thiết lập hệ thống văn bản quy phạm pháp luật tại Điều 4 như sau:

"1. Hiến pháp.

2. Bộ luật, luật (sau đây gọi chung là luật), nghị quyết của Quốc hội.

---

1. Cần lưu ý rằng, không phải con chưa thành niên nào cũng cần được cha, mẹ đại diện trong mọi trường hợp. Gần mười năm sau khi ban hành Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986, người làm luật quy định rằng, trong trường hợp người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi có tài sản riêng đủ để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ, thì có thể tự mình xác lập, thực hiện giao dịch dân sự mà không đòi hỏi phải có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác (Điều 22 Bộ luật dân sự năm 1995). Năng lực xác lập giao dịch của con chưa thành niên không ngừng được củng cố trong quá trình hoàn thiện pháp luật dân sự.

3. Pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội; nghị quyết liên tịch giữa Ủy ban thường vụ Quốc hội với Đoàn Chủ tịch Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam.

4. Lệnh, quyết định của Chủ tịch nước.

5. Nghị định của Chính phủ; nghị quyết liên tịch giữa Chính phủ với Đoàn Chủ tịch Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam.

6. Quyết định của Thủ tướng Chính phủ.

7. Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

8. Thông tư của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao; thông tư của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao; thông tư của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ; thông tư liên tịch giữa Chánh án Tòa án nhân dân tối cao với Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao; thông tư liên tịch giữa Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ với Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao; quyết định của Tổng Kiểm toán nhà nước.

9. Nghị quyết của Hội đồng nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (sau đây gọi chung là cấp tỉnh).

10. Quyết định của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh.

11. Văn bản quy phạm pháp luật của chính quyền địa phương ở đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt.

12. Nghị quyết của Hội đồng nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương (sau đây gọi chung là cấp huyện).

13. Quyết định của Ủy ban nhân dân cấp huyện.

14. Nghị quyết của Hội đồng nhân dân xã, phường, thị trấn (sau đây gọi chung là cấp xã).

15. Quyết định của Ủy ban nhân dân cấp xã".

Nguyên tắc xây dựng văn bản quy phạm pháp luật được thiết lập tại Điều 5 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, trong đó có nguyên tắc bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất của văn bản quy phạm pháp luật trong hệ thống pháp luật. Việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật trái với Hiến pháp, trái với văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên là một trong những hành vi bị nghiêm cấm (theo khoản 1 Điều 14 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015).

✍ ***Ví dụ 1.***

Theo khoản 1 Điều 27 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010, thu nhập do lao động hoạt động sản xuất kinh doanh và những thu nhập hợp pháp khác của vợ chồng trong thời kỳ hôn nhân là tài sản chung của vợ chồng. Theo Điều 30 Luật này, trong trường hợp chia tài sản chung của vợ chồng thì hoa lợi, lợi tức phát sinh từ tài sản đã được chia thuộc sở hữu riêng của mỗi người. Kết hợp hai điều luật, ta có kết luận: Sau khi chia tài sản chung trong thời kỳ hôn nhân, những thu nhập được nói tại khoản 1 Điều 27 mà không phải là hoa lợi, lợi tức gắn liền với tài sản được chia, thuộc sở hữu chung của vợ chồng.

Khoản 2 Điều 8 Nghị định số 70-CP ngày 03/01/2001 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Hôn nhân và gia đình năm 2010 lại quy định rằng thu nhập do lao động, hoạt động sản xuất kinh doanh và những thu nhập

hợp pháp khác của mỗi bên sau khi chia tài sản chung (trong thời kỳ hôn nhân - *TG*) là tài sản riêng của vợ, chồng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Quy định này hoàn toàn trái với Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 và do đó, phải bị Luật này vô hiệu hóa[1].

b) Văn bản có cùng hình thức

Vấn đề trở nên phức tạp trong trường hợp các văn bản khác nhau có cùng một hình thức (hai Luật, hai Nghị định, hai Thông tư,...).

- Văn bản có cùng hình thức do cùng một cơ quan ban hành.

Một trong những cách giải quyết mâu thuẫn là dựa vào thời gian ban hành. Cách này có căn cứ tại khoản 3 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015: "Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan ban hành có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của văn bản quy phạm pháp luật ban hành sau".

✍ ***Ví dụ 2.***

Khoản 3 Điều 218 Bộ luật dân sự năm 2015 quy định:

"3. Trường hợp một chủ sở hữu chung theo phần bán

---

1. Sau này, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định tại khoản 1 Điều 40 như sau: "Trong trường hợp chia tài sản chung của vợ chồng thì phần tài sản được chia, hoa lợi, lợi tức phát sinh từ tài sản riêng của mỗi bên sau khi chia tài sản chung là tài sản riêng của vợ, chồng, trừ trường hợp vợ chồng có thỏa thuận khác. Phần tài sản còn lại không chia vẫn là tài sản chung của vợ chồng". Hoa lợi, lợi tức từ tài sản riêng vốn là tài sản chung theo khoản 1 Điều 33. Trong trường hợp vợ chồng chia tài sản chung thì hoa lợi, lợi tức gắn với tài sản riêng cũng là tài sản riêng. Đây được coi là quy định phá cách đối với luật chung về tài sản của vợ chồng, chỉ được áp dụng đối với hoa lợi, lợi tức gắn với tài sản riêng. Tiền lương, thu nhập hợp pháp khác vẫn là tài sản chung.

phần quyền sở hữu của mình thì chủ sở hữu chung khác được quyền ưu tiên mua.

Trong thời hạn 03 tháng đối với tài sản chung là bất động sản, 01 tháng đối với tài sản chung là động sản, kể từ ngày các chủ sở hữu chung khác nhận được thông báo về việc bán và các điều kiện bán mà không có chủ sở hữu chung nào mua thì chủ sở hữu đó được quyền bán cho người khác. Việc thông báo phải được thể hiện bằng văn bản và các điều kiện bán cho chủ sở hữu chung khác phải giống như điều kiện bán cho người không phải là chủ sở hữu chung".

Trong khi đó, khoản 2 Điều 126 Luật Nhà ở năm 2014 quy định như sau: "*Trường hợp chủ sở hữu chung bán phần quyền sở hữu của mình thì các chủ sở hữu chung khác được quyền ưu tiên mua; trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo về việc bán phần quyền sở hữu nhà ở và điều kiện bán mà không có chủ sở hữu chung nào mua thì phần quyền đó được bán cho người khác; trường hợp vi phạm quyền ưu tiên mua thì xử lý theo quy định của pháp luật về dân sự".*

Nếu áp dụng khoản 3 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 thì quy định của Luật Nhà ở năm 2014 bị loại bỏ do được ban hành trước khi có Bộ luật dân sự năm 2015.

Một số ý kiến cho rằng, quy định giải quyết mâu thuẫn của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 chỉ được áp dụng cho hai luật chi phối cùng một lĩnh vực (như Bộ luật hình sự sau thay thế Bộ luật hình sự trước), hai nghị định, hai thông tư của cùng một bộ. Trong trường hợp hai luật chi phối các lĩnh vực khác nhau hoặc hai thông tư do hai bộ

khác nhau ban hành, thì việc giải quyết mâu thuẫn phải dựa vào các cách khác.

Cụ thể, đối với hai luật thì áp dụng công thức luật riêng, luật chuyên ngành phủ định luật chung. Với công thức này, thì trong ví dụ nêu trên, giải pháp của khoản 2 Điều 126 Luật Nhà ở năm 2014 được lựa chọn, do Luật Nhà ở là luật chuyên ngành, áp dụng riêng cho nhà ở; còn khoản 3 Điều 218 Bộ luật dân sự năm 2015 áp dụng chung cho tất cả các loại bất động sản. Thật ra, việc áp dụng công thức luật riêng, luật chuyên ngành phủ định luật chung phải được thực hiện một cách thận trọng, chặt chẽ, nếu không tính thống nhất của hệ thống luật có thể bị phá vỡ. Nói riêng về mối quan hệ giữa Bộ luật dân sự và các luật chuyên ngành, việc giải quyết xung đột, mâu thuẫn được quy định một cách tổng quát tại Điều 4 Bộ luật dân sự năm 2015.

"Điều 4. Áp dụng Bộ luật dân sự

....

2. Luật khác có liên quan điều chỉnh quan hệ dân sự trong các lĩnh vực cụ thể không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này.

3. Trường hợp luật khác có liên quan không quy định hoặc có quy định nhưng vi phạm khoản 2 Điều này thì quy định của Bộ luật này được áp dụng".

Quy định trên đây quá chung và không đủ để xử lý tất cả các trường hợp mâu thuẫn giữa luật chung và luật chuyên ngành. Thực tiễn có xu hướng ưu tiên áp dụng luật riêng, luật chuyên ngành trong trường hợp có sự mâu thuẫn giữa luật chuyên ngành, luật riêng và luật chung. Một trong những lý do chính được cho là luật chuyên ngành được soạn thảo bởi một bộ quản lý chuyên ngành và bộ này có nhiều lợi ích để bảo vệ giải pháp

do mình đề xuất. Trong khi đó, luật chung không thực sự gắn với lợi ích của riêng một nhóm hay một tổ chức nào.

- Văn bản có cùng hình thức do hai cơ quan ban hành.

Trong trường hợp mâu thuẫn giữa hai thông tư do bộ khác nhau ban hành thì nên giải quyết bằng cách so sánh các đặc điểm về chức năng, thẩm quyền của cơ quan ban hành hoặc cơ quan soạn thảo với đối tượng điều chỉnh của điều luật. Cơ quan ban hành hoặc cơ quan soạn thảo mà có chức năng, thẩm quyền quản lý trong lĩnh vực được các điều luật điều chỉnh sẽ là cơ quan có điều luật được lựa chọn giữa hai điều luật mâu thuẫn. Cũng có khi cả hai cơ quan đều có chức năng, thẩm quyền quản lý trong lĩnh vực được điều luật điều chỉnh, khi đó quy tắc được lựa chọn là quy tắc của cơ quan có chức năng, thẩm quyền quản lý chính trong lĩnh vực liên quan. Người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp chỉ ngừng các nỗ lực của mình trong trường hợp cả hai cơ quan ban hành hoặc biên soạn các điều luật mâu thuẫn đều có chức năng, thẩm quyền quản lý chính trong lĩnh vực liên quan[1].

2. Mâu thuẫn giữa các điều luật trong cùng một văn bản

Rất hiếm khi trong cùng một văn bản lại có những quy tắc mâu thuẫn. Có thể coi đây là một sự cố của hoạt động xây dựng điều luật. Thông thường, sự cố này là do thiếu sự phối hợp giữa những người được giao soạn thảo các phần khác nhau của văn bản hoặc, trong trường hợp văn bản do một người soạn thảo nhưng thiếu nhất quán trong suy nghĩ.

---

1. Nghĩa là có sự trùng lắp về chức năng, thẩm quyền quản lý. Khi đó, ta nói rằng có một lỗi trong luật tổ chức đã dẫn đến sự ra đời của các điều luật mâu thuẫn.

Cách tốt nhất để giải quyết sự mâu thuẫn trong trường hợp này là xem lại các công trình chuẩn bị để nắm bắt ý chí đích thực của người làm luật. Trong trường hợp các công trình chuẩn bị không cung cấp được thông tin nào có ích, thì nên giải quyết sự mâu thuẫn bằng cách dựa vào các nguyên tắc chung của luật. Các nỗ lực phân tích chỉ dừng lại khi cả hai điều luật mâu thuẫn đều phù hợp với những nguyên tắc chung của luật: Mâu thuẫn trong trường hợp này chỉ có thể được giải quyết trong khuôn khổ một dự án sửa đổi luật.

✍ ***Ví dụ 1.***

Trong thời kỳ áp dụng Bộ luật dân sự năm 2005 tồn tại mâu thuẫn giữa khoản 1 Điều 239 với khoản 4 Điều 223. Cụ thể, theo Điều 239 khoản 1, người đã phát hiện vật vô chủ là động sản, thì có quyền sở hữu tài sản đó theo quy định của pháp luật; nếu vật được phát hiện là bất động sản thì thuộc Nhà nước. Trong khi đó, theo khoản 1 Điều 247 và khoản 4 Điều 223 Bộ luật dân sự năm 2005, trường hợp một trong các chủ sở hữu chung theo phần từ bỏ phần quyền sở hữu của mình hoặc khi người này chết mà không có người thừa kế, thì phần quyền sở hữu đó thuộc Nhà nước.

Giả sử X chết, để lại cho hai người thừa kế là A và B một chiếc máy giặt và cả hai đồng lòng từ bỏ quyền sở hữu đối với chiếc máy đó, bằng cách vứt máy vào một bãi rác. Sau đó, Y - một người hàng xóm của X - nhặt được chiếc máy giặt.

Nếu áp dụng khoản 4 Điều 223, thì chiếc máy giặt thuộc về Nhà nước. Cụ thể, 1/2 quyền sở hữu máy giặt của A bị từ

bỏ thuộc về Nhà nước và 1/2 quyền sở hữu máy giặt của B bị từ bỏ thuộc về Nhà nước.

Nếu áp dụng khoản 1 Điều 239, thì chiếc máy giặt thuộc về Y, người nhặt được.

Có thể các công trình chuẩn bị sẽ cho thấy, khoản 4 Điều 223 Bộ luật dân sự năm 2005 chỉ được áp dụng cho trường hợp tài sản liên quan là bất động sản. Nếu vậy thì chiếc máy giặt trong giả thiết sẽ thuộc về người nào nhặt được. Người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp có thể khuyến cáo người áp dụng luật về sự cần thiết của việc sử dụng thông tin đó trong việc xây dựng một giải pháp hợp tình, hợp lý cho vấn đề đặt ra trong giả thiết vừa nêu.

Nhưng nếu công trình chuẩn bị không giúp được điều gì, thì nên dựa vào nguyên tắc áp dụng pháp luật có lợi cho mọi chủ thể để giải quyết mâu thuẫn trong trường hợp này. Nếu thừa nhận chiếc máy giặt thuộc về người nhặt được, thì công dân liên quan được hưởng lợi, trong khi Nhà nước và xã hội không mất gì. Trái lại, nếu thừa nhận máy giặt thuộc về Nhà nước, thì Y không được gì mà cũng chẳng mất gì. Trong khi Nhà nước thì được chiếc máy giặt, nhưng đổi lại, cũng phải mất chi phí để bảo quản, trông giữ, phát mãi,...

Áp dụng khoản 4 Điều 223	Nhà nước	Y
Được	*	0
Mất	*	0

Áp dụng khoản 1 Điều 239	Nhà nước	Y
Được	0	*
Mất	0	0

Các ma trận mô tả ở trên cho thấy, giải pháp của khoản 1 Điều 239 có chi phí thấp nhất, nghĩa là có lợi nhất cho các chủ thể liên quan. Vì vậy nên lựa chọn giải pháp này.

Cần nhấn mạnh rằng trong quá trình rà soát Bộ luật dân sự năm 2005 để soạn thảo Bộ luật dân sự mới, người làm luật đã phát hiện điểm mâu thuẫn này và đã có biện pháp khắc phục. Cụ thể giải pháp là phần quyền sở hữu bị từ bỏ chỉ thuộc về Nhà nước nếu có đối tượng là bất động sản (khoản 4 Điều 218 Bộ luật dân sự năm 2015). Nếu tất cả chủ sở hữu chung đều từ bỏ tài sản chung, thì áp dụng luật chung đối với tài sản vô chủ (khoản 5 Điều 218 Bộ luật dân sự năm 2015).

✍ ***Ví dụ 2.***

A cho B thuê một thửa đất trong thời hạn 10 năm để đặt cơ sở kinh doanh. Hết hạn thuê, B bỏ đi mà không phá dỡ các công trình xây dựng trên đất thuê trong thời gian kinh doanh, dù được A nhắc nhở. Cuối cùng, theo yêu cầu của A, B phát thư thông báo từ bỏ quyền sở hữu đối với các công trình này.

A đến cơ quan tài nguyên môi trường để đăng ký quyền sở hữu đối với các bất động sản do B bỏ lại. Căn cứ A nêu ra là áp dụng Điều 273 Bộ luật dân sự năm 2015.

"Điều 273. Xử lý tài sản khi quyền bề mặt chấm dứt

1. Khi quyền bề mặt chấm dứt, chủ thể quyền bề mặt phải trả lại mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất cho chủ thể có quyền sử dụng đất theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật.

2. Chủ thể quyền bề mặt phải xử lý tài sản thuộc sở hữu

của mình trước khi quyền bề mặt chấm dứt, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Trường hợp chủ thể quyền bề mặt không xử lý tài sản trước khi quyền bề mặt chấm dứt thì quyền sở hữu tài sản đó thuộc về chủ thể có quyền sử dụng đất kể từ thời điểm quyền bề mặt chấm dứt, trừ trường hợp chủ thể có quyền sử dụng đất không nhận tài sản đó".

Tuy nhiên, cơ quan tài nguyên môi trường trả lời rằng theo khoản 1 Điều 228 Bộ luật dân sự năm 2015, các bất động sản vô chủ phải thuộc sở hữu của Nhà nước.

"Điều 228. Xác lập quyền sở hữu đối với tài sản vô chủ, tài sản không xác định được chủ sở hữu

1. Tài sản vô chủ là tài sản mà chủ sở hữu đã từ bỏ quyền sở hữu đối với tài sản đó.

Người đã phát hiện, người đang quản lý tài sản vô chủ là động sản thì có quyền sở hữu tài sản đó, trừ trường hợp luật có quy định khác; nếu tài sản là bất động sản thì thuộc về Nhà nước".

Có thể lập luận về cách giải quyết mâu thuẫn giữa hai điều luật như sau:

Điều 228 xác định nguyên tắc chung về xử lý tài sản vô chủ và tài sản không rõ chủ sở hữu. Còn khoản 2 Điều 273 xác định giải pháp riêng cho vấn đề xử lý bất động sản bề mặt. Trong trường hợp hai cách xử lý trong cùng một văn bản luật trái ngược nhau thì, luật áp dụng riêng loại bỏ luật áp dụng chung. Cụ thể: Áp dụng khoản 2 Điều 273, và vì vậy B có quyền đăng ký quyền sở hữu đối với tài sản do A bỏ lại. Điều này là hợp lý.

PHẦN THỨ HAI

ÁP DỤNG PHƯƠNG PHÁP VÀ GHI NHẬN KẾT QUẢ

Chương IV

SỬ DỤNG CÁC PHƯƠNG PHÁP PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT

Các phương pháp phân tích luật viết được người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp và người áp dụng luật trong hoạt động xét xử sử dụng để làm sáng tỏ một điều luật hoặc để tìm kiếm các quy tắc bổ sung cho những điều luật chưa hoàn hảo. Trên thực tế, việc sử dụng các phương pháp có thể không giống nhau tùy theo người sử dụng là người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp hay là người áp dụng luật trong hoạt động xét xử.

Người áp dụng luật trong hoạt động xét xử (thẩm phán hoặc trọng tài viên), cũng như trong cuộc sống ngoại tư pháp (luật sư tư vấn hoặc công chứng viên), tiến hành nghiên cứu và phân tích luật khi đứng trước một tình huống có vấn đề pháp lý. Công việc đầu tiên của người này là truy tầm những điều luật viết có thể được áp dụng trong tình huống đó.

Người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp, nghiên cứu và phân tích luật viết một cách chủ động, nhưng không hẳn công việc đầu tiên của người này là truy tầm những tình huống mà trong đó điều luật có thể được áp dụng. Thông thường,

người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp bắt đầu công việc bằng cách xác định một chủ đề, sau đó đi tìm các điều luật cần phân tích liên quan đến chủ đề đó. Cũng có trường hợp, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp tâm đắc hoặc bức xúc trước một bản án, một phán quyết trọng tài hoặc cách giải quyết vấn đề ngoại tư pháp (cách xử lý một vấn đề pháp lý của công chứng viên, luật sư tư vấn) từ đó có ý tưởng để viết một bài bình luận.

I. PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT THEO TÌNH HUỐNG

1. Nguyên tắc phân tích

Đối chiếu các yếu tố: Có rất nhiều tham số mà người thực hiện luật có thể dựa vào trong quá trình tìm kiếm các điều luật cần được phân tích trong khuôn khổ xây dựng giải pháp cho vấn đề phát sinh trong tình huống. Trong một tình huống hình sự, các tham số chính là những yếu tố tạo thành mặt khách quan và mặt chủ quan của hành vi bị cho là vi phạm pháp luật hình sự. Trong một tình huống dân sự, các tham số chính là những yếu tố có thể tạo thành hoặc góp phần tạo thành giả định của một điều luật nào đó.

2. Sử dụng phương pháp

a) Sử dụng phương pháp phân tích luật viết trong lĩnh vực luật hình sự

Trong lĩnh vực hình sự, người thi hành luật trên nguyên tắc chỉ có thể áp dụng công cụ sơ cấp và cổ điển của phương pháp phân tích câu chữ là quy trình suy lý tam đoạn luận. Các công cụ áp dụng tương tự pháp luật, suy lý mạnh, quy nạp, diễn dịch, phân tích lịch sử, phân tích phát triển hoàn toàn bị loại trừ trong

việc phân tích các điều luật thuộc phần riêng của Bộ luật hình sự, bởi theo khoản 1 Điều 2 Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017, chỉ người nào phạm một tội được quy định tại Bộ luật hình sự mới phải chịu trách nhiệm hình sự.

Đối với phần chung, việc áp dụng các phương pháp phân tích luật viết có lẽ chỉ được áp dụng để cho ra các kết quả có lợi cho người bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Bởi suy cho cùng, toàn bộ các quy tắc của luật hình đều mang tính chất ngoại lệ của nguyên tắc tôn trọng quyền tự do hành động của công dân và nhằm mục đích chính là giáo dục, phòng ngừa hơn là trừng trị[1]. Đặc biệt, có những quy tắc được người làm luật quy định rõ phạm vi áp dụng và đối với những quy tắc như thế không thể sử dụng được bất kỳ phương pháp phân tích nào, trừ phương pháp phân tích câu chữ với công cụ là quy trình suy lý tam đoạn luận. Ví dụ điển hình là các quy tắc liên quan đến việc xác định các tình tiết tăng nặng tại Điều 52 Bộ luật hình sự năm 2015.

b) Sử dụng phương pháp phân tích luật viết trong lĩnh vực dân sự

Luật chủ động ấn định một thứ tự ưu tiên các căn cứ mà thẩm phán phải dựa vào trong trường hợp không thể áp dụng luật thành văn một cách trực tiếp để giải quyết vụ việc, như được quy định tại Điều 6 Bộ luật dân sự năm 2015.

---

1. Một trong những ví dụ về tính giáo dục và tính nhân đạo của pháp luật hình sự xã hội chủ nghĩa là quy định cho phép Tòa án xác định một tình tiết không được liệt kê trong luật viết là tình tiết giảm nhẹ với điều kiện ghi nhận rõ tình tiết đó trong bản án (khoản 2 Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017). Đối với điều luật đó, việc áp dụng các phương pháp phân tích luật viết hầu như không chịu một giới hạn nào, ngoài những giới hạn của chính phương pháp.

"1. Trường hợp phát sinh quan hệ thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật dân sự mà các bên không có thỏa thuận, pháp luật không có quy định và không có tập quán được áp dụng thì áp dụng quy định của pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự tương tự.

2. Trường hợp không thể áp dụng tương tự pháp luật theo quy định tại khoản 1 Điều này thì áp dụng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này, án lệ, lẽ công bằng".

Với quy định trên thì tập quán là căn cứ đầu tiên trong trường hợp không có luật. Áp dụng tương tự pháp luật là phương pháp được cân nhắc trước hết một khi cả tập quán cũng không có quy tắc cần thiết. Lần lượt sau đó là các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, án lệ và lẽ công bằng.

Để định hướng cho thẩm phán trong việc xây dựng căn cứ giải quyết các vụ, việc được thụ lý, người làm luật can thiệp sâu vào việc định dạng các nguồn chuẩn mực ngoài luật. Cụ thể, người làm luật đưa ra định nghĩa tập quán tại khoản 1 Điều 5 Bộ luật dân sự năm 2015 và thiết lập các tiêu chí lựa chọn tập quán tại khoản 1 Điều 45 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015. Việc áp dụng tương tự pháp luật được tái khẳng định trong Bộ luật tố tụng dân sự là biện pháp được sử dụng chỉ trong trường hợp tập quán không có quy tắc cần thiết (khoản 2 Điều 45). Đặc biệt, thuật ngữ án lệ được chính thức sử dụng để chỉ những lập luận, phán quyết được lựa chọn từ các bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật, theo một quy trình chặt chẽ. Còn lẽ công bằng

cũng được định nghĩa chính thức tại khoản 3 Điều 45 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

✍ ***Ví dụ***

Ngày 12/01/2000, A bắt được một con bò cái đi lạc trong trang trại của mình. Nuôi dưỡng bò một thời gian, nhận thấy bò đã quen với môi trường mới, A thả bò đi lại tự nhiên trong trang trại. Ngày 15/3/2000, A bán con bò cho một người láng giềng là B, rồi dọn nhà đi. Ngày 15/6/2000, B lập gia đình. Ngày 30/8/2000, bò cái sinh được một bê con. Ngày 15/9/2000, có người báo với B rằng con bò cái nói trên là bò đi lạc được A nuôi dưỡng. B đến Ủy ban nhân dân xã trình bày sự việc. Ủy ban nhân dân xã tiến hành thông báo công khai vào ngày 20/9/2000. Nhiều tháng trôi qua, không có ai đến xin nhận lại gia súc đi lạc. Ngày 30/7/2001, B ly hôn. Vấn đề đặt ra khi thanh toán và phân chia tài sản chung là: Bò cái và bê con thuộc khối tài sản chung hay khối tài sản riêng?

Tìm các điều luật. Sự việc xảy ra trong thời kỳ áp dụng Bộ luật dân sự năm 1995 và Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010. Các dữ kiện "bò đi lạc", "thông báo công khai" khiến ta liên tưởng đến Điều 250 Bộ luật dân sự năm 1995 về xác lập quyền sở hữu đối với gia súc bị thất lạc; vấn đề tài sản chung hay tài sản riêng của vợ chồng được giải quyết bằng cách áp dụng các Điều 27 và 32 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010. Khi đọc các điều luật liên quan trong Luật Hôn nhân

và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010, việc xác định một tài sản là của chung hay riêng, trong nhiều trường hợp, lệ thuộc vào việc tài sản có được trước khi kết hôn hay trong thời kỳ hôn nhân. Bởi vậy, vấn đề được nêu trong ví dụ chỉ có thể được giải quyết, một khi xác định được thời điểm xác lập quyền sở hữu của người chiếm hữu gia súc đối với gia súc đó. Từ đó, tìm Điều 166 Bộ luật dân sự năm 1995 về hiệu lực của thời hiệu hưởng quyền dân sự, miễn trừ nghĩa vụ dân sự để áp dụng.

Phân tích các điều luật. Theo Điều 250 Bộ luật dân sự năm 1995, sau 6 tháng kể từ ngày thông báo công khai mà không có người đến nhận, thì gia súc đó thuộc sở hữu của người bắt được. Theo khoản 1 Điều 166 Bộ luật dân sự năm 1995, khi pháp luật quy định cho các chủ thể được hưởng quyền dân sự hoặc được miễn trừ nghĩa vụ dân sự theo thời hiệu, thì chỉ sau khi thời hiệu đó kết thúc, việc hưởng quyền dân sự hoặc miễn trừ nghĩa vụ dân sự mới có hiệu lực. Theo khoản 1 Điều 27 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010, tài sản do vợ hoặc chồng tạo ra trong thời kỳ hôn nhân là tài sản chung của vợ chồng.

Áp dụng quy trình suy lý tam đoạn luận vào từng điều luật, ta có các giải pháp sau:

- A có quyền sở hữu đối với con bò cái;

- Quyền sở hữu được xác lập cho A vào ngày kết thúc thời hạn 6 tháng kể từ ngày thông báo công khai, nghĩa là trong thời kỳ hôn nhân của A;

- Con bò cái là tài sản chung của vợ chồng A.

Cũng bằng cách áp dụng quy trình suy lý tam đoạn luận vào khoản 1 Điều 27 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010, ta có kết luận: Chú bê con, một loại hoa lợi phát sinh từ tài sản chung, thuộc khối tài sản chung của vợ chồng A.

II. PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT THEO CHỦ ĐỀ

1. Nguyên tắc phân tích

Với phương pháp phân tích tìm hiểu pháp luật hoặc bình luận văn bản, chủ đề được xem xét là chủ đề của văn bản, của chương, mục, điều luật được phân tích. Song để có được những công trình nghiên cứu và phân tích luật viết có giá trị, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phải thoát khỏi sự lệ thuộc vào văn bản luật trong việc xác định chủ đề. Có nghĩa là, các chủ đề, mà xoay quanh nó hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết được thực hiện, phải là những chủ đề của khoa học luật, của học thuyết.

2. Sử dụng phương pháp

Kinh nghiệm cho thấy, việc nghiên cứu và phân tích luật viết theo chủ đề được thực hiện với ba bước: Xác định chủ đề, xây dựng đề cương và xác định các điều luật liên quan. Công việc chính của người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp - xác định các điều luật liên quan - có thể đơn giản, nhưng cũng có thể trở nên rất phức tạp trong các trường hợp điều luật không rõ nghĩa hoặc cần sử dụng các phương pháp mang tính chất "tạo ra luật", như phương pháp phân tích lịch sử và phương pháp phân tích phát triển. Sau đây là một số lưu ý trong bước 1 và bước 3:

a) Bước 1: Xác định chủ đề

Xác định chủ đề bao gồm xác định các khái niệm cơ bản, xác định các vấn đề cơ bản xung quanh chủ đề và xác định các nguyên tắc liên quan đến chủ đề, phát triển các phân tích về chủ đề.

- *Xác định các khái niệm cơ bản.*

Đó là những khái niệm của học thuyết pháp lý mà người ta phải dựa vào để thực hiện các bước đào sâu nội dung của chủ đề. Ví dụ, trong chủ đề *Quyền thừa kế theo pháp luật của vợ (chồng)*, các khái niệm cơ bản cần nắm vững gồm: Mở thừa kế, năng lực thừa kế theo pháp luật, các nguyên tắc xác định người thừa kế, quyền hưởng di sản không phụ thuộc nội dung di chúc, chuyển giao di sản, quản lý tài sản có, thanh toán tài sản nợ và thanh toán tài sản có.

- *Xác định các vấn đề cơ bản xoay quanh chủ đề.*

Các vấn đề cơ bản thường được rút ra từ những giả thiết mà người viết, tùy theo sự phong phú của vốn sống, vốn học thuật và của kinh nghiệm bản thân, có thể hình dung. Ví dụ, khi tìm hiểu chủ đề *Công dụng của tài sản*, người ta có thể liên tưởng đến những tình huống như: Có những động sản trở thành bất động sản do công dụng (động sản gắn liền với vật kiến trúc). Trong khi có những bất động sản có xu hướng trở thành động sản và do đó chịu sự chi phối của chế độ pháp lý áp dụng cho động sản ngay cả khi chưa trở thành động sản về phương diện vật lý (mua bán mùa màng chưa được thu hoạch). Công dụng của một hệ thống phục vụ nội bộ của một bất động sản (đường cống thoát nước nội bộ) có thể trở thành cơ sở vật chất của quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề, một khi bất động sản

được chia thành hai bất động sản nhỏ; nghĩa vụ của người thuê tôn trọng công dụng của tài sản thuê; nghĩa vụ của chủ sở hữu chung nhà chung cư tôn trọng công dụng của các hạng mục hợp thành chung cư được nêu trong quy ước của chung cư;...

- *Xác định các nguyên tắc liên quan đến chủ đề.*

Dung hòa các lợi ích trái ngược: Một chế độ pháp lý có thể được biết đến như một hệ thống các quy tắc được xây dựng nhằm bảo vệ các lợi ích chung, bảo vệ đạo lý hoặc các giá trị xã hội. Giả sử chủ đề được tìm hiểu là "*Chế độ pháp lý về hợp đồng theo mẫu*". Các kết quả phân tích luật viết cũng như tìm hiểu bối cảnh xây dựng điều luật cho thấy có sự quan tâm đặc biệt của người làm luật cũng như của xã hội, của cộng đồng đối với việc bảo vệ bên không soạn thảo hợp đồng. Lý do không chỉ là bên soạn thảo hợp đồng có đủ kiến thức, kinh nghiệm, thời gian suy nghĩ, cân nhắc cho phép chủ động đề ra những điều kiện, cam kết có lợi cho mình. Trong hầu hết trường hợp, bên soạn thảo là doanh nghiệp trong khi bên kia (bên không soạn thảo) là người tiêu dùng. Sự chênh lệch về tiềm lực kinh tế giữa hai bên khiến người tiêu dùng thường ở thế yếu khi giao kết, thực hiện hợp đồng và có nguy cơ bị doanh nghiệp chèn ép, bắt nạt. Tất cả những điều đó khiến người ta có xu hướng tìm hiểu chế độ pháp lý về hợp đồng theo mẫu như là công cụ bảo vệ người tiêu dùng, từ đó, hầu như chỉ quan tâm đến vấn đề làm thế nào hoàn thiện chế độ này để đạt mục tiêu bảo vệ người tiêu dùng. Trong khi đó, ở góc nhìn vĩ mô, hợp đồng theo mẫu phải là công cụ đắc lực để xây dựng môi trường giao dịch minh bạch, công bằng. Với hợp đồng theo mẫu, bên giao kết với doanh nghiệp được đối xử

như nhau, không phân biệt. Hợp đồng theo mẫu có tác dụng tích cực trong việc bảo đảm một không gian giao dịch có trật tự, văn minh. Bởi vậy, chế độ pháp lý về hợp đồng theo mẫu cũng cần được hoàn thiện nhằm đạt mục tiêu đó.

- Phát triển các phân tích về chủ đề.

Cũng trong khuôn khổ suy nghĩ về chủ đề, người ta có thể đi đến chỗ phát triển một chủ đề nhỏ thành những ý tưởng lớn, những tư tưởng góp phần xây dựng cơ sở của học thuyết pháp lý hoặc chính sách lập pháp. Ví dụ, khi xem xét chủ đề *Nghĩa vụ nuôi dưỡng của cha mẹ đối với con*, người ta có thể liên tưởng đến những nguyên tắc của pháp luật về quyền trẻ em và khả năng dùng những biện pháp ưu đãi về thuế tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện nghĩa vụ nuôi dưỡng đó.

Ngược lại, một chủ đề rất lớn và trừu tượng có thể được chia thành những chủ đề nhỏ hơn hoặc được đặt trong những giả thiết đặc thù để xem xét. Ví dụ, với chủ đề *Cái chết của cá nhân dưới góc nhìn của luật kinh doanh*, ta có thể nghĩ rằng trong đời thường, người chết là một doanh nhân, một nhà đầu tư, một người chủ nợ, một người mắc nợ, một thành viên công ty. Cứ như thế, các ý tưởng sẽ dần dần hiện ra: cái chết của một doanh nhân dẫn đến việc chuyển giao doanh nghiệp; cái chết của một nhà đầu tư dẫn đến vấn đề xử lý số phận của các dự án còn dang dở; người có nghĩa vụ chết làm phát sinh vấn đề chuyển giao nghĩa vụ cho người thừa kế; v.v..

b) Bước 3. Xác định các điều luật liên quan

- Đối với phương pháp phân tích câu chữ.

Việc truy tầm các điều luật liên quan chủ yếu nhờ vào

việc đối chiếu các từ khóa. Ta có một bên là các từ khóa xuất hiện trong chủ đề chung, trong các vấn đề xoay quanh chủ đề, trong những khái niệm cơ bản mà chủ đề gợi ra, cũng như trong những nguyên tắc lớn xoay quanh đề tài; bên kia là những từ khóa của các điều luật mà ta phải tìm kiếm. Các điều luật cần tìm tất nhiên là những điều luật có cùng các từ khóa với chủ đề, với các vấn đề liên quan, những khái niệm cơ bản và những nguyên tắc. Cần lưu ý là, không phải tất cả các điều luật tìm được khi đối chiếu các từ khóa đều là những điều luật cần tìm. Trong quá trình phát triển các phân tích chi tiết, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp có thể còn tìm ra nhiều điều luật khác có liên quan.

✍ ***Ví dụ 1.***

Với chủ đề *Tình trạng không nhận thức được hành vi của mình trong luật dân sự*, các khái niệm cơ bản có thể là: không nhận thức được hành vi của mình như là một tình trạng thực tế và không nhận thức được hành vi của mình như là một tình trạng pháp lý. Đối với trường hợp như một tình trạng thực tế, ta có thể ghi nhận tình trạng điên loạn, tình trạng hôn mê hoặc tình trạng già lẫn; đối với như một tình trạng pháp lý, ta có tình trạng mất năng lực hành vi. Các tình trạng thực tế tất nhiên không được định nghĩa bằng các điều luật[1]; riêng tình trạng mất năng lực hành vi được định nghĩa tại Điều 22 Bộ luật dân sự năm 2015.

---

1. Vì nếu được luật định nghĩa thì ta có một tình trạng pháp lý chứ không phải tình trạng thực tế.

Các vấn đề cơ bản có thể là: Xác lập quan hệ hợp đồng, thực hiện hành vi gây thiệt hại cho người thứ ba, kết hôn, chung sống như vợ chồng, thừa kế theo pháp luật (đặc biệt lưu ý các vấn đề nhỏ trong đó, như: Từ chối nhận di sản, quản lý tài sản có, thanh toán và phân chia di sản), để lại di sản theo di chúc... Tương ứng với những vấn đề đó, ta có rất nhiều điều luật mà ở đây chỉ có thể dẫn ra một vài ví dụ: Các điều 117, 125, 128 Bộ luật dân sự năm 2015 về giao dịch dân sự; Điều 632 Bộ luật dân sự năm 2015 về người làm chứng cho việc lập di chúc; Điều 156 Bộ luật dân sự năm 2015 về tính vào thời hiệu khởi kiện vụ án dân sự, thời hiệu yêu cầu giải quyết việc dân sự; Điều 630 Bộ luật dân sự năm 2015 về di chúc hợp pháp; Điều 8 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 về điều kiện kết hôn; Điều 10 đến 11 về xử lý việc kết hôn trái pháp luật;..

Các nguyên tắc có thể được xác định tương đối dễ dàng, như: *Một là,* nguyên tắc bảo vệ người không nhận thức được hành vi của mình; *hai là,* nguyên tắc tránh việc lạm dụng chủ trương bảo vệ đó để thực hiện các hành vi nhằm gây thiệt hại cho người khác. Ta có thể xác định các điều luật liên quan đến những nguyên tắc đó: (*nguyên tắc thứ nhất*) các điều luật liên quan đến việc giám hộ đối với người mất năng lực hành vi hoặc người không nhận thức được hành vi của mình, các điều luật liên quan đến giao dịch của người mất năng lực hành vi hoặc người không nhận thức được hành vi của mình; (*nguyên tắc thứ hai)* các điều luật liên quan đến việc bảo vệ người thứ ba ngay tình khi giao dịch với người không nhận thức được hành vi của mình, đến trách nhiệm bồi thường thiệt hại do người mất năng lực hành vi gây ra,...

- Đối với phương pháp phân tích lịch sử.

Việc phân tích theo phương pháp phân tích lịch sử được thực hiện trong trường hợp người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phát hiện rằng, có một mối quan hệ nào đó có tính chất tương tự như một mối quan hệ khác đã được chi phối bằng một quy tắc của luật viết, nhưng mối quan hệ tương tự đó không được người làm luật hình dung ở thời điểm quy tắc liên quan được xây dựng và ban hành, do trình độ nhận thức pháp lý ở thời điểm đó chưa cho phép tiếp cận những giả thiết trong đó mối quan hệ được hình thành.

✍ ***Ví dụ 2.***

Với chủ đề *"Chế độ pháp lý về sở hữu tài sản của doanh nghiệp"*, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp có điều kiện dựng lại quá trình hoàn thiện của quan niệm về sở hữu tài sản của doanh nghiệp qua các thời kỳ (thời kỳ áp dụng mô hình kinh tế tập trung, kế hoạch hóa, quan liêu, bao cấp; thời kỳ đầu đổi mới; thời kỳ bắt đầu hội nhập và thời kỳ hội nhập toàn diện). Song song theo đó là quá trình hoàn thiện quan niệm về pháp nhân nói chung và pháp nhân thương mại nói riêng. Việc phân tích các điều luật áp dụng trong từng thời kỳ phải được thực hiện trên cơ sở quán triệt nhận thức pháp lý phổ biến tương ứng với thời kỳ, từ đó, hình dung quá trình hoàn thiện của chính nhận thức đó. Ví dụ khoản 1 Điều 8 Luật Công ty năm 1990 quy định thành viên công ty "có quyền sở hữu một phần tài sản của công ty tương ứng với phần vốn góp vào công ty"; khoản 4 Điều 3 Luật Doanh nghiệp năm 1999 quy định

"*Góp vốn* là việc đưa tài sản vào công ty để trở thành chủ sở hữu hoặc các chủ sở hữu chung của công ty". Luật Doanh nghiệp năm 2005 sửa đổi, bổ sung năm 2013 cũng giữ nguyên quy định này (khoản 4 Điều 4). Như vậy là, trong một thời kỳ dài, tài sản gọi là của công ty thật ra thuộc chế độ sở hữu mà trong luật hiện hành gọi là sở hữu chung theo phần; còn pháp nhân công ty là một pháp nhân "rỗng", không có tài sản. Chính quan niệm này là nguyên nhân gây khó khăn cho việc xác định trách nhiệm pháp lý đối với những khoản nợ xác lập nhân danh pháp nhân công ty. Chỉ đến khi Luật Doanh nghiệp năm 2014 được ban hành với quy định tại khoản 13 Điều 4: "góp vốn là việc góp tài sản để tạo thành vốn điều lệ của công ty", thì pháp nhân công ty mới thực sự là chủ thể của quyền sở hữu đối với vốn điều lệ của công ty. Khi đó, sự phân biệt giữa "phần vốn góp" là tài sản của thành viên công ty với "vốn điều lệ", nghĩa là tài sản của công ty, mới được làm rõ.

- *Đối với phương pháp phân tích phát triển.*

Việc phân tích phát triển chỉ được thực hiện khi người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp đã đi đến ngưỡng của việc phân tích câu chữ mà vẫn chưa tìm ra được quy tắc cần thiết để giải quyết vấn đề. Nghĩa là, việc phân tích phát triển được đặt ra khi người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp, trong quá trình phân tích một điều luật liên quan đến một khái niệm cơ bản, một vấn đề cơ bản, hoặc một nguyên tắc được xác định trước, đứng trước một tình huống không được dự kiến trong điều luật đó.

Ví dụ 3.

Với chủ đề đã nêu "*Tình trạng không nhận thức được hành vi của mình trong luật dân sự*", thì trong quá trình phân tích chế độ giám hộ đối với loại người này, đặc biệt là trong khi tìm hiểu quyền và nghĩa vụ của người giám hộ bằng cách phân tích các điều từ 55 đến 59 Bộ luật dân sự năm 2015, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp có thể đứng trước tình huống mà trong đó, người được giám hộ được gọi theo pháp luật để nhận một di sản mất khả năng thanh toán và vấn đề đặt ra là, người giám hộ có hay không có quyền thay mặt người được giám hộ từ chối nhận di sản đó. Rõ ràng, đây là tình huống không được người làm luật dự kiến khi soạn thảo điều luật nói trên. Bởi vậy, việc tìm kiếm giải pháp cho vấn đề được đặt ra chỉ có thể được thực hiện bằng cách vượt "ngưỡng" phân tích câu chữ đối với các điều luật nói trên và bước sang giai đoạn phân tích phát triển.

Trong toàn bộ quá trình các bước nghiên cứu và phân tích theo chủ đề, cần tiến hành tìm kiếm các quy tắc ẩn bởi trong quá trình này có khả năng hình thành những kết luận khác biệt. Việc tìm kiếm các quy tắc ẩn tất nhiên phải được thực hiện theo các phương pháp nghiên cứu và phân tích luật viết. Vấn đề khá đơn giản trong các trường hợp các công cụ của lôgíc học được sử dụng để tìm kiếm các quy tắc bổ sung cho các điều luật có nội dung không đầy đủ: sử dụng cùng một phương pháp, những người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp dễ dàng đi tới cùng một kết luận. Trái lại, trong trường

hợp điều luật không rõ nghĩa hoặc không có điều luật cần thiết để giải quyết vấn đề, những người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp có thể đi tới những kết luận không giống nhau. Sự khác biệt đó tạo nên một khung cảnh khoa học mà người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phải chú ý khi phát triển các phân tích của mình.

Các giải pháp được xây dựng trong luật thực định đối với những vấn đề được đặt ra trong khuôn khổ tìm hiểu chủ đề có thể nhận được sự tán đồng hoặc phản đối hay e ngại, hoài nghi của những người làm công tác nghiên cứu khoa học luật. Người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp có thể thừa nhận một giải pháp nào đó có sẵn với những lý lẽ đã được người khác đưa ra hoặc với những lý lẽ của riêng mình. Nhưng người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp cũng có thể đề xuất một giải pháp hoàn toàn mới dựa trên những lý lẽ của riêng mình, đó có thể là các giải pháp được thừa nhận trong luật so sánh mà người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp nắm bắt được trong quá trình tìm hiểu luật nước ngoài. Các giải pháp này có thể được giới thiệu bên cạnh những giải pháp được thừa nhận trong luật thực định trong nước, để tham khảo hoặc để gợi ý cho của người làm luật khi cần sửa đổi luật.

✍ ***Ví dụ 4.***

Với chủ đề "*Quyền được tiếp cận thông tin và quyền bất khả xâm phạm về cuộc sống riêng tư*". Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 được xây dựng trong khuôn khổ cụ thể hóa quyền tiếp cận thông tin (*right of access to information*)

được xác lập trong Điều 25 Hiến pháp năm 2013 như một trong các quyền cơ bản của con người, của công dân. Thông tin được đề cập trong văn bản luật bao gồm thông tin liên quan đến các thiết chế công cộng và thông tin liên quan đến các chủ thể tư, đặc biệt là thông tin cá nhân. Theo tinh thần của Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 thì công dân có quyền thu thập thông tin liên quan đến cá nhân công dân khác trong những trường hợp được dự kiến và theo trình tự, thủ tục luật định.

Tuy nhiên, cùng với quyền này, quyền bất khả xâm phạm về cuộc sống riêng tư cũng được hiến định tại Điều 21 Hiến pháp năm 2013 như là một trong các quyền cơ bản của con người, của công dân. Quyền bất khả xâm phạm về cuộc sống riêng tư được tái khẳng định tại Điều 38 Bộ luật dân sự năm 2015 như là một trong các quyền dân sự cơ bản. Ở các nước, quyền này còn được biết với tên gọi quyền riêng tư (*right to privacy*).

Cần lưu ý rằng, trong khi quyền tiếp cận thông tin không tồn tại trong cuộc sống dân sự, thì quyền bất khả xâm phạm về cuộc sống riêng tư lại được thừa nhận cả trong quan hệ giữa tư nhân và tư nhân, cũng như quan hệ giữa tư nhân và Nhà nước. Có nghĩa là không chỉ tư nhân có nghĩa vụ tôn trọng cuộc sống riêng tư của tư nhân khác mà Nhà nước cũng có nghĩa vụ đó. Với tư cách là người nắm quyền lực công và đảm nhận chức năng duy trì trật tự xã hội, Nhà nước còn phải bảo đảm thông tin về cuộc sống riêng tư không bị thu thập trái phép, bị sử dụng trái phép gây thiệt hại cho chủ thể.

Việc thừa nhận cả quyền tiếp cận thông tin và quyền được tôn trọng đối với cuộc sống riêng tư trên bình diện quan hệ công tất yếu dẫn đến sự xung đột giữa hai quyền này. Vấn đề đặt ra đối với người làm luật khi xây dựng khung pháp lý cho hai quyền này là, làm thế nào giải quyết xung đột một cách thỏa đáng đối với các chủ thể theo đuổi các lợi ích trái ngược. Nói cách khác, luật phải được xây dựng như thế nào để, *một mặt*, đáp ứng nhu cầu của một chủ thể trong việc nắm bắt thông tin liên quan đến một tư nhân và, *mặt khác*, bảo đảm quyền của chủ thể tư nhân về việc giữ cho mình một cuộc sống riêng tư bình yên, không bị quấy nhiễu bởi sự tò mò của người khác.

III. BÌNH LUẬN BẢN ÁN, PHÁN QUYẾT TRỌNG TÀI HOẶC MỘT CÁCH GIẢI QUYẾT VẤN ĐỀ NGOẠI TƯ PHÁP

Trong chừng mực nào đó, bản án, phán quyết trọng tài hoặc một cách giải quyết vấn đề ngoại tư pháp được hình dung như là cách giải thích và áp dụng luật của thẩm phán, trọng tài viên, công chứng viên hoặc thừa phát lại hoặc luật sư để xử lý một tình huống đặc thù. Tình huống được xử lý thường có nhiều yếu tố và có nhiều điều luật liên quan. Khi tiếp cận bản án, phán quyết hay cách giải quyết ấy, người nghiên cứu có thể có cảm xúc để viết một bài bình luận.

Các câu hỏi thường được đặt ra là: Liệu người giải thích luật đã chọn đúng điều luật để áp dụng vào trường hợp đặc thù chưa? Liệu người giải thích luật đã giải thích điều luật một cách chính xác chưa? Cách giải quyết này mang tính đột phá hay theo một xu hướng đang thịnh hành? Cách giải quyết

trước đây như thế nào? Kinh nghiệm các nước trong việc giải quyết này như thế nào? Triển vọng của giải pháp là gì?...

Trong quá trình tìm hiểu, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp thường dùng các phương pháp phân tích luật như là các công cụ để kiểm chứng tính hợp lý, tính thuyết phục của một giải pháp, một cách làm, một cách giải thích luật.

1. Các bước chuẩn bị phân tích

Bước thứ nhất: Xác định vấn đề đặt ra có đúng là vấn đề của vụ việc;

Bước thứ hai: Xác định tính tương thích của điều luật như là cơ sở để giải quyết vấn đề đặt ra trong tình huống;

Bước thứ ba: Xác định khung cảnh áp dụng các điều luật, bao gồm khung cảnh pháp lý, khung cảnh thực tiễn và khung cảnh luật so sánh;

Bước thứ tư: Xác định tác dụng hiệu quả của giải pháp trong thực tiễn và trong khoa học pháp lý, triển vọng của giải pháp như là nhân tố góp phần hoàn thiện hệ thống pháp luật.

2. Thực hành phân tích

Có thể minh họa bằng cách soạn thảo một bài bình luận đối với Án lệ số 03/2016/AL được công bố theo Quyết định số 220/QĐ-CA ngày 06/4/2016 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao.

Tóm tắt vụ án: Anh N và chị H kết hôn năm 1992 và ly hôn năm 2009. Năm 1993, vợ chồng anh N chị H được cha mẹ chồng tặng cho quyền sử dụng một thửa đất. Việc tặng cho không được công chứng, chứng thực, nhưng bên

được tặng cho đã hoàn tất thủ tục đăng ký và được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Khi ly hôn, các bên tranh chấp liên quan đến việc chia quyền sử dụng đối với phần đất này. Chị H cho rằng quyền sử dụng đất được tặng cho là tài sản chung của vợ chồng, trong khi anh H cho rằng việc tặng cho không có giá trị và quyền sử dụng đất vẫn là tài sản của cha mẹ anh.

Bước thứ nhất: Khi tiếp nhận vụ tranh chấp này, tòa án phải đặt ra và giải quyết hai vấn đề: (1) Bên tranh chấp có hay không có quyền sở hữu đối với tài sản chia (bởi đơn giản, người ta chỉ có quyền yêu cầu chia những gì mình có quyền đòi chia, chứ không thể yêu cầu chia tài sản của người khác)?; (2) Phải chia như thế nào cho đúng?

Bước thứ hai: Để giải quyết hai vấn đề nêu trên, tòa án xác định các điều luật liên quan, bao gồm: Điều 14 Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986, Điều 242 và khoản 2 Điều 176 Bộ luật dân sự năm 1995.

Đối với vấn đề thứ nhất, trong điều kiện không có ai tranh chấp về quyền sở hữu đối với tài sản, thì tòa án không cần và cũng không có quyền truy vấn cặn kẽ về tư cách chủ sở hữu của đương sự. Nhưng vụ tranh chấp được xác định là phức tạp do luật có hiệu lực ở thời điểm tranh chấp coi chiếm hữu là một phần nội dung quyền sở hữu, chứ không phải là một quan hệ thực tế, độc lập với quyền sở hữu. Bởi vậy, cần thẩm tra tư cách chủ sở hữu của bên yêu cầu chia trước khi giải quyết vấn đề chia như thế nào. Tuy nhiên, luật lại không quy định rõ việc thẩm tra dựa vào những tiêu chí nào,

loại bằng chứng nào. Trong khi đó, có một quy định của luật, theo đó, việc tặng cho quyền sử dụng đất phải được công chứng hoặc chứng thực và bên đương sự lại không thỏa mãn điều kiện này. Hậu quả là, tư cách chủ sở hữu đối với tài sản mà họ yêu cầu chia trở nên không rõ ràng, đặc biệt là đối với tòa án.

Để trả lời câu hỏi liệu đương sự có tư cách để yêu cầu chia tài sản không? Tòa án đánh giá minh chứng (giấy chứng nhận quyền sử dụng đất) sau đó là căn cứ để cấp giấy này (giao dịch tặng cho). Để đánh giá tính hợp pháp của căn cứ cấp giấy, tòa án dựa vào một quy định của Bộ luật dân sự năm 1995 về điều kiện có giá trị của giao dịch tặng cho quyền sử dụng đất (Điều 242 Bộ luật dân sự năm 1995)[1]. Thật ra, Điều 242 chỉ được áp dụng trong trường hợp không có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Trong trường hợp đặc thù này, đáng lý ra phải dựa vào Điều 463 Bộ luật dân sự năm 1995, do tài sản được tặng cho là bất động sản[2]. Áp dụng Điều 463 cũng hoàn toàn phù hợp với tinh thần của Điều 242 trong chính Bộ luật dân sự năm 1995.

---

1. Điều 242 Bộ luật dân sự năm 1995 quy định: "Người được giao tài sản thông qua hợp đồng mua bán, tặng cho, trao đổi, cho vay có quyền sở hữu tài sản đó kể từ thời điểm nhận tài sản, nếu không có thỏa thuận khác hoặc pháp luật không có quy định khác".

2. Điều 463 Bộ luật dân sự năm 1995 quy định: "1- Tặng cho bất động sản phải được lập thành văn bản có chứng nhận của Công chứng nhà nước hoặc có chứng thực của Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền và phải đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nếu theo quy định của pháp luật bất động sản phải đăng ký quyền sở hữu".

Bước thứ ba: Điều 463 Bộ luật dân sự năm 1995 quy định việc tặng cho quyền sử dụng đất phải được công chứng hoặc chứng thực mới có giá trị đã không được tôn trọng trong trường hợp đặc thù này. Về mặt lý thuyết, giao dịch trong trường hợp cụ thể của án lệ phải bị vô hiệu. Tuy miên, tòa án có thể xét thấy các bên đều tự nguyện, có đầy đủ năng lực và đã xác lập giao dịch với đầy đủ ý thức về việc mình làm; hơn nữa, việc đặt ra các điều kiện về công chứng, chứng thực giao dịch cũng nhằm đạt mục tiêu ấy - bảo đảm sự tự nguyện của bên giao dịch và ngăn ngừa tranh chấp. Một khi các mục tiêu ấy đã đạt được mà không cần áp dụng luật thì việc áp dụng luật cũng bị loại trừ. Đó cũng là cách áp dụng luật theo nguyên tắc "luật ngừng lại ở nơi ngừng lại của lý lẽ" - *cessante ratione legis cessat ejus dispositio.*

Giải pháp này tỏ ra phù hợp trong nhiều tình huống tương tự, đặc biệt trong thực tiễn giao dịch tại các vùng nông thôn trong giai đoạn cuối những năm 1990. Các bên chuyển dịch quyền sử dụng đất mà việc xác lập quyền đối với tài sản không theo các quy định của luật về hình thức cũng như về nội dung; nhưng bên nhận chuyển giao tiếp nhận tài sản trên thực tế và sử dụng tài sản trong những điều kiện bình thường, không bị quấy nhiễu, tranh chấp.

Bước thứ tư: Khi xây dựng các quy tắc pháp lý về điều kiện xác lập giao dịch, tư tưởng chủ đạo mà người làm luật quán triệt là hình thức giao dịch cần thiết để phòng ngừa tranh chấp - trong trường hợp có tranh chấp thì hình thức cần thiết như là nguồn chứng cứ tin cậy, là chỗ dựa để giải quyết

tranh chấp một cách thỏa đáng. Tuy nhiên, một khi các mục tiêu của giao dịch đã đạt được mà không cần phải tuân thủ quy định chặt chẽ về hình thức thì các điều kiện về hình thức cũng không cần thiết. Chính vì lẽ đó mà mới có quy định tại khoản 2 Điều 129 Bộ luật dân sự năm 2015, theo đó, giao dịch dù không tuân thủ quy định phải được lập bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực, nhưng các bên đã thực hiện được ít nhất 2/3 giá trị của giao dịch, thì vẫn có giá trị. Giải pháp này của án lệ phù hợp với tinh thần của luật thực định.

Chương V

KẾT QUẢ NGHIÊN CỨU VÀ PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT VỀ PHƯƠNG DIỆN KHOA HỌC - LÝ THUYẾT PHÁP LÝ VÀ ÁN LỆ

Lý thuyết pháp lý có thể là kết quả của hoạt động nghiên cứu chủ động của người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp hoặc là kết quả của những nỗ lực tổng kết thành lý luận những thành tựu nghiên cứu áp dụng pháp luật của thẩm phán trong quá trình xét xử, nhưng đó cũng có thể là chính những kết quả áp dụng pháp luật của thẩm phán trong quá trình xét xử, thể hiện trong những bản án, quyết định của Tòa án hoặc được ghi nhận những báo cáo tổng kết công tác xét xử của ngành tòa án. Ta gọi nhóm kết quả thứ nhất là lý thuyết pháp lý nghiên cứu hay lý thuyết pháp lý và nhóm kết quả thứ hai là lý thuyết pháp lý thực hành hay án lệ.

I. LÝ THUYẾT PHÁP LÝ

1. Đặc điểm của lý thuyết pháp lý

So với hoạt động nghiên cứu để giải thích chính thức luật viết hoặc so với hoạt động nghiên cứu để áp dụng luật viết trong quá trình thực thi pháp luật, lý thuyết pháp lý khác biệt

ở hai điểm. Sự không gò bó trong phương pháp làm việc và sự đa dạng của hình thức thể hiện kết quả công việc.

- Không gò bó trong phương pháp làm việc.

Hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết trước hết là một hoạt động khoa học. Mỗi nhà nghiên cứu xác định phương pháp làm việc phù hợp với chính mình và làm việc một cách chủ động, tự giác (mà không đợi đến khi được hỏi ý kiến). Trong việc công bố các kết quả hoạt động khoa học, nhà chuyên môn trong lĩnh vực khoa học luật, trên nguyên tắc, chỉ phải tôn trọng những giới hạn đối với quyền tự do báo chí, tự do xuất bản. Dưới chế độ xã hội chủ nghĩa, nhà nghiên cứu trong lĩnh vực khoa học luật (một loại khoa học xã hội) còn phải nắm vững nguyên tắc lãnh đạo của Đảng đối với công tác văn hóa tư tưởng.

- Đa dạng về hình thức thể hiện kết quả công việc.

Các công trình nghiên cứu khoa học luật được thể hiện dưới nhiều dạng, nhiều thể loại: Tác phẩm khảo luận; sách giáo khoa, giáo trình, tập bài giảng sử dụng tại các khoa luật; các báo cáo về kết quả nghiên cứu đề tài khoa học; các bài bình luận tổng quát về văn bản luật mới, các bài viết đăng trên các tạp chí chuyên ngành luật; các báo cáo, tham luận được công bố tại các hội nghị, hội thảo khoa học, v.v..

2. Vai trò của lý thuyết pháp lý

a) Đối với nguồn của luật

Ở La Mã cổ đại, lý thuyết pháp lý thực sự là một nguồn của luật. Các nhà luật học là những người có ảnh hưởng lớn đối với sự phát triển của luật, bởi bằng hoạt động nghiên cứu

của mình, họ chỉ ra các quan điểm, đường lối, nguyên tắc, cách thức và biện pháp áp dụng luật[1]. Ý kiến của nhà luật học có giá trị như pháp luật, nghĩa là được tuân thủ và được bảo đảm thực hiện bằng bộ máy cưỡng chế của Nhà nước.

Trong luật học đương đại, lý thuyết pháp lý chỉ đóng vai trò gián tiếp trong việc tạo ra các quy phạm pháp luật. *Lý thuyết pháp lý không phải là sự giải thích chính thức luật viết và do đó, không phải là một bộ phận của luật viết*[2]. Lý thuyết pháp lý cũng không phải là một nguồn độc lập của luật. Với phương pháp phân tích câu chữ, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp chỉ làm nhiệm vụ, phát hiện các quy phạm nằm ẩn trong luật viết. Nếu người làm luật có thể xác nhận, dưới một hình thức nào đó, rằng một quy tắc do người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phát hiện phù hợp với ý chí của người làm luật thì quy tắc đó là của luật viết, của người làm luật, chứ không phải do người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp tạo ra. Nếu người làm luật không xác nhận việc đó (đặc biệt là do không còn sống để làm công việc xác nhận đó) thì

---

1. Mazeaud và Chabas: *Leçons de droit civil*, épisodes 1, livre 1, Montchrestien, Paris, p.227; Ghestin, Goubeaux: *Traité de droit civil - Introduction générale*, L.G.D.J, Paris, 1986, p.215.

2. Ngay như nếu tất cả mọi người đều nhất trí về một ý kiến trong lý thuyết pháp lý thì bản thân ý kiến đó cũng không có được giá trị của một quy phạm pháp luật (xem thêm G.Cornu: Droit civil - Introduction. Les personnes, Lebriens, Montchrestien, Paris, 1990, p.451). Tuy nhiên, ý kiến đó có thể được người làm luật đưa vào một văn bản quy phạm pháp luật bổ sung ở một thời điểm thích hợp. Mặt khác, nếu nó luôn được mọi người coi như chuẩn mực xử sự, thì sau một thời gian, nó sẽ trở thành tục lệ. Trong cả hai trường hợp trên, ý kiến đều trở thành luật, nhưng nó không là luật với tư cách một yếu tố của lý thuyết pháp lý, mà với tư cách một yếu tố của luật viết hoặc của tục lệ.

kết luận của người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp chỉ là ý kiến tham khảo. Với phương pháp phân tích phát triển và phương pháp phân tích lịch sử, kết luận của nhà chuyên môn là những giả thuyết thuần túy khoa học. Vì vậy, trong mọi trường hợp, lý thuyết pháp lý không thể chứa đựng "các quy tắc xử sự chung được Nhà nước bảo đảm thực hiện" như luật viết hay như một bộ phận của phong tục tập quán.

Tuy nhiên, lý thuyết pháp lý luôn là người đồng hành hữu ích và không thể thiếu đối với người làm luật và đối với người thi hành luật (nhất là người xét xử).

b) Đối với thực tiễn xét xử

Xét xử là một trong những lĩnh vực quan trọng nhất của hoạt động thi hành luật, là việc người thẩm phán áp dụng luật để giải quyết một tình huống cụ thể. Để xét xử, thẩm phán dựa chủ yếu vào luật viết, đôi khi vào tục lệ, và trong trường hợp gặp khó khăn trong việc nghiên cứu, phân tích các quy tắc của luật hoặc tục lệ, thẩm phán phải làm công việc của người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp[1]. Lúc ấy, thẩm phán có thể tham khảo các ý kiến đã được đưa ra trong lý thuyết pháp lý để xây dựng giải pháp của mình. Trong các hệ thống pháp lý phát triển ở trình độ cao, thường thấy bên cạnh các bản án được công bố, có những ý kiến bình luận của người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp về giá trị lý luận của bản án. Dưới ảnh hưởng của những

1. Song, khác với người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp, thẩm phán không tự nghĩ ra vấn đề cần giải quyết mà tiếp nhận vấn đề từ bên ngoài đưa vào, trong quá trình thực hiện công tác chuyên môn.

ý kiến bình luận đó, cũng như của toàn bộ hệ thống lý thuyết pháp lý, cơ quan xét xử có thể khẳng định hoặc thay đổi quan điểm của mình trong việc giải thích và áp dụng luật viết. Ngược lại, sự kiên định của cơ quan xét xử trong cách xem xét một vấn đề nào đó có thể khiến người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp phải điều chỉnh quan điểm của mình đối với vấn đề đó cho phù hợp.

c) Đối với luật viết

Người nghiên cứu và phân tích luật viết không chỉ phát hiện quy phạm pháp luật. Luật viết, như đã biết, có những hạn chế và những thiếu sót của nó. Một trong những nhiệm vụ của người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp trong lĩnh vực nghiên cứu và phân tích luật viết còn là phát hiện những hạn chế, những thiếu sót, bất cập của luật viết và đề xuất biện pháp sửa chữa, khắc phục trên cơ sở khoa học và đạo lý. Mặt khác, từ việc xem xét luật viết trong quá trình vận động, phát triển của luật học và trong khung cảnh của luật học so sánh, người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp đưa ra những dự đoán có tính chất khuyến cáo đối với người làm luật về hướng phát triển của luật học trong tương lai, để người làm luật tham khảo khi xây dựng một dự án luật mới.

Theo hướng tích cực hơn, người làm luật còn kêu gọi sự hợp tác, thậm chí, sự chủ trì của người nghiên cứu và phân tích chuyên nghiệp trong lĩnh vực nghiên cứu và phân tích luật viết, trong việc xây dựng các dự án văn bản quy phạm pháp luật trước khi trình cơ quan có thẩm quyền thông qua và ban hành.

II. ÁN LỆ

Ở các nước tiên tiến, án lệ được coi là một loại chuẩn mực đặc thù hình thành từ sự lặp đi lặp lại một giải pháp cho một vấn đề giống nhau được đặt ra trong nhiều bản án khác nhau. Sự lặp đi lặp lại ấy thể hiện sự trùng hợp trong suy nghĩ của các quan tòa về cách hiểu và áp dụng luật trong những trường hợp tương tự[1].

Ở Việt Nam, án lệ được định nghĩa chính thức bằng một văn bản quy phạm pháp luật. Theo Điều 1 Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP ngày 28/10/2015 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao: "Án lệ là những lập luận, phán quyết trong bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án về một vụ việc cụ thể được Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao lựa chọn và được Chánh án Tòa án nhân dân tối cao công bố là án lệ để các Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử".

1. Sự hình thành án lệ

a) Án lệ ở phương Tây

Ở các nước phương Tây, sự ra đời của một án lệ được ghi nhận từ sự lặp đi lặp lại một giải pháp cho một vấn đề đặc thù trong những quyết định tư pháp khác nhau. Các quyết định tư pháp chứa đựng những giải pháp giống nhau cho cùng một

---

1. Xem thêm: Cornu (1990), *Droit civil - Introduction.Les personnes, Les biens*, Montchrestien, Paris, 1990, p. 145. Đặc biệt đáng chú ý là định nghĩa án lệ do tác giả đưa ra: "*la jurisprudence se définit comme l'habitude prise par les tribunaux d'appliquer une règle de droit d'une certaine façon*" (Án lệ là thói quen của các tòa án áp dụng quy tắc pháp lý theo một cách nào đó).

vấn đề hoặc cho nhiều vấn đề tương tự tạo thành một chuỗi các suy nghĩ trùng hợp về cách hiểu và áp dụng một điều luật, một xu hướng mạnh mẽ mà thẩm phán thường tuân theo trong quá trình xem xét giải quyết một vụ việc, giống như người dân tuân theo một tục lệ khi tham gia một giao dịch được tục lệ chi phối.

Ở Pháp, lý thuyết pháp lý thừa nhận án lệ hình thành một khi có hai điều kiện[1]: *Thứ nhất*, có một giải pháp đối với một vấn đề pháp lý đặt ra trong khuôn khổ một vụ án; *thứ hai*, có sự lặp đi lặp lại cách giải quyết đó trong thực tiễn xét xử đối với vấn đề đặt ra trong vụ án có tính chất, nội dung tương tự. Người Pháp không phủ nhận vai trò chủ chốt của cơ quan xét xử cao nhất là Tòa Phá án trong việc xây dựng án lệ; nhưng cũng không loại trừ khả năng án lệ hình thành từ bản án của tòa cấp thấp, thậm chí ở cấp sơ thẩm.

Ở Anh, án lệ được gọi là *case law*, phân biệt với luật thành văn là *legislation* hay *statutory law*. Một *case law*, tức là một án lệ được thừa nhận khi hội đủ các điều kiện[2]: Chứa đựng giải pháp cho một vấn đề pháp lý mới, nghĩa là đến lúc án lệ ra đời, chưa được luật quy định, cũng chưa được giải quyết bằng một tiền lệ; giải pháp thể hiện quan điểm riêng của thẩm phán xét xử; giải pháp được đưa ra bởi một cấp tòa án từ cấp cao trở lên, được công bố và hệ thống hóa.

---

1. Droit civil - Introduction. Les personnes, Les biens, Montchrestien, Paris, 1990, p.166.

2. Cross, Harris: *Precedent in English Law*, Clarendon Press, London, 1991, p. 18.

b) Án lệ ở Việt Nam

Sự hình thành án lệ trong luật Việt Nam dưới chế độ xã hội chủ nghĩa được chia thành hai giai đoạn tương ứng với hai thời kỳ - trước và sau cải cách tư pháp.

- *Thời kỳ trước cải cách tư pháp:* Trong một thời gian dài, các bản án, quyết định của tòa án không được công bố. Trong quá trình xét xử, các vấn đề về áp dụng luật viết được đặt ra cho thẩm phán. Những vấn đề nhạy cảm nhất sẽ được các thẩm phán ghi nhớ và được đưa ra thảo luận tại các hội nghị tổng kết công tác xét xử của ngành tòa án được tổ chức hằng năm. Các kết quả thảo luận được dùng làm chất liệu để xây dựng các giải pháp nguyên tắc cho vấn đề được tranh luận và các giải pháp này được ghi nhận tại kết luận của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, được công bố như một phần của thủ tục kết thúc hội nghị tổng kết. Kết luận được coi như một lý thuyết pháp lý của cơ quan xét xử và được sử dụng như kim chỉ nam cho hoạt động xét xử của các tòa án.

- *Thời kỳ sau cải cách tư pháp:* Quá trình cải cách tư pháp cũng là quá trình hình thành một xu hướng mạnh mẽ điều chỉnh lại quan niệm về án lệ trong luật Việt Nam cho phù hợp với quan niệm của các nước. *Một mặt,* các giải pháp của thực tiễn xét xử được ghi nhận trong các bản án, được coi như một cách hiểu của người thực hiện luật đối với các quy tắc nhất định của luật viết, được áp dụng trong trường hợp đặc thù; *mặt khác,* các giải pháp đó có thể được tất cả mọi người xem như khuôn mẫu xử sự trong những trường hợp tương tự, khuôn mẫu càng chắc chắn trong điều kiện các giải pháp được lặp đi lặp lại một cách kiên định trong thực tiễn xét xử.

Việc chính thức thừa nhận án lệ được đánh dấu bằng sự ra đời của Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP ngày 28/10/2015 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, ban hành quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ. Như vậy, án lệ ở Việt Nam, cũng như án lệ ở các nước, hình thành từ cách xét xử của tòa án. Nhưng, khác với án lệ các nước, án lệ ở Việt Nam ra đời theo một quy trình chặt chẽ và phức tạp với vai trò trung tâm chủ động của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Để được chọn làm án lệ, bản án, quyết định của tòa án được đề xuất với Tòa án nhân dân tối cao thông qua Vụ Pháp chế và Quản lý khoa học, sau đó, bản án, quyết định liên quan được công bố để lấy kiến rộng rãi của toàn xã hội, nhất là của giới luật gia, trước khi được Hội đồng tư vấn án lệ cân nhắc, lựa chọn để đề xuất với Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thông qua và được Chánh án Tòa án nhân dân tối cao công bố.

2. Giá trị của án lệ

a) Luật của Anh

Ở các nước theo thông luật (*Common Law*), bản án hoặc quyết định của tòa án, về nội dung pháp lý, được chia thành hai phần - phần lý do của quyết định (*ratio decidendi*) và phần giải thích của thẩm phán về phạm vi áp dụng của quyết định tùy theo đặc điểm của trường hợp (*obiter dictum*)[1].

---

1. Cross, Harris: *Precedent in English Law*, Clarendor Press, London, 1991, p. 25; P. Watford, R. Chen, M. Basile: *The Crafting Precedent - Book Review of the Law of Judicial Precedent*, Harvard Law Review, 2017, volume 131, p. 543-580.

Trong phần *ratio decidendi*, thẩm phán chỉ ra các sự kiện được xác định là chứng cứ trong vụ án, sau đó chỉ ra quy tắc cần được áp dụng để xử lý hậu quả của các sự kiện, rồi đề ra quyết định giải quyết vấn đề trên cơ sở quy tắc đó. Trong phần *obiter dictum*, thẩm phán nêu quan điểm về việc xác định nội dung của quyết định giải quyết vấn đề trong trường hợp nội dung của các sự kiện có khác biệt so với các sự kiện cụ thể trong vụ án.

Trong điều kiện thẩm phán có quyền tạo ra luật thì phần *ratio decidendi* không nhất thiết là kết quả phân tích, giải thích một quy định của luật thành văn. Đó có thể là một quy tắc của tập quán hoặc của tiền lệ xét xử.

Ở Anh, các bản án hoặc quyết định của tòa án, như đã nói ở trên, trở thành các tiền lệ xét xử (*judicial precedent)*. Trong trường hợp có tranh chấp, xung đột có cùng tính chất, nội dung, thì trên nguyên tắc, bất kỳ ai cũng có thể viện dẫn tiền lệ để đòi hỏi thẩm phán cùng cấp hoặc cấp dưới phải giải quyết vụ việc tương tự theo cùng một cách. Quyền viện dẫn tiền lệ được cho là xuất phát từ lẽ công bằng (*equity)* ràng buộc người cầm cân nảy mực theo quy tắc "tiền lệ phải được tôn trọng" - *stare decisis*: một người đã được hưởng cách xét xử như thế thì không lý do gì người khác không được hưởng cùng một cách xét xử trong trường hợp tương tự.

Tuy nhiên, tiền lệ xây dựng bởi một tòa án địa phương cấp cơ sở không có hiệu lực ràng buộc như chuẩn mực đối với bất kỳ tòa án nào. Nhiều lắm thì các quan điểm, lập luận có tính thuyết phục (*persuasive authority*) của thẩm phán tòa sơ cấp có thể được các thẩm phán tham khảo để xét xử đối với các vụ việc tương tự.

Về hiệu lực ràng buộc của bản án, quyết định của tòa án cấp cao, tòa phúc thẩm và tòa án tối cao (*House of Lords,* từ năm 2009 là *Supreme Court*), cần phân biệt giữa phần lý do của quyết định (*ratio decidendi)* và phần giải thích của thẩm phán về phạm vi áp dụng của quyết định *(obiter dictum)*.

Phần lý do của quyết định *(ratio decidendi)* có hiệu lực ràng buộc (*binding authority*) như luật. Cách lập luận và giải pháp đề ra trong bản án trở thành quy tắc và có hiệu lực ràng buộc đối với các thẩm phán cùng cấp và các cấp tòa thuộc quản hạt tư pháp theo nguyên tắc tiền lệ phải được tôn trọng (*stare decisis)*.

Trái lại, các phần giải thích của thẩm phán về phạm vi áp dụng của quyết định (*obiter dictum)* chỉ có giá trị tham khảo, định hướng đối với các thẩm phán. Trong trường hợp thụ lý vụ việc có tính chất, đặc điểm như được mô tả trong phần giải thích của thẩm phán về phạm vi áp dụng của quyết định (*obiter dictum)*, thẩm phán có thể ghi nhận cách giải quyết của thẩm phán trước đó như một kinh nghiệm.

b) Luật của Pháp

Nội dung bản án hoặc quyết định của tòa án ở Pháp, ngoài án được tuyên, cũng được chia thành hai phần: Phần mô tả sự việc và phần nhận định. Trong phần mô tả sự việc, thẩm phán nêu ra các yếu tố của sự việc mà giá trị chứng cứ (của các yếu tố đó) được thừa nhận. Trong phần nhận định, thẩm phán dẫn ra điều luật có liên quan và đưa ra các lập luận cần thiết cho phép áp dụng điều luật trong trường hợp cụ thể. Về phương diện giải thích luật, các lập luận của thẩm phán

được nhìn nhận như là cách thẩm phán hiểu điều luật được sử dụng là căn cứ giải quyết vấn đề đặt ra trong tình huống được xem xét.

Ở góc nhìn án lệ, bản án hoặc quyết định của tòa án được chia thành ba cấp độ[1]: Có những bản án, quyết định mang tính sự vụ, chỉ giải quyết những vấn đề đặc thù, không có hoặc ít có khả năng được đặt lại trong thực tiễn; Có những bản án, quyết định liên quan đến những vấn đề đặc thù, nhưng được lặp đi lặp lại trong thực tiễn và các thẩm phán có xu hướng giải quyết theo cùng một cách thì trở thành án lệ; Đặc biệt, có những bản án, quyết định có nội dung lập luận và giải pháp như nhau đối với cùng một vấn đề nổi cộm, mang ý nghĩa lớn, trở thành án lệ nguyên tắc.

Người Pháp không phủ nhận vai trò chủ chốt của cơ quan xét xử cao nhất là Tòa Phá án trong việc xây dựng án lệ, nhưng không loại trừ khả năng án lệ hình thành từ bản án của tòa cấp thấp, thậm chí ở cấp sơ thẩm. Yếu tố xu hướng hiểu luật theo một cách nào đó mà không phải yếu tố cấp xét xử, là yếu tố quyết định đối với sự hình thành án lệ.

Án lệ không ràng buộc: Người Pháp không coi án lệ là nguồn luật, mà chỉ là cách áp dụng luật của thẩm phán và có thể được các thẩm phán khác tham khảo khi xét xử vụ án có nội dung, tính chất tình tiết tương tự[2].

---

1. Cornu: *Droit civil - Introducion Les personnes, Les biens*, Montchrestien, Paris, 1990, p.166.

2. Cornu: *Droit civil - Introducion Les personesm Les biens*, Montchrestien, Paris, 1990, p. 168; Terré: *Introduction à l'étude du droit*, Dalloz, Paris, 1994, p.200.

Trong điều kiện luật có thể được dẫn ra theo nhiều cách thì cách thẩm phán dẫn luật đáng chú ý, hay đúng hơn là có ý nghĩa định hướng mạnh mẽ đối với ứng xử xã hội. Người dân, có xu hướng dựa vào án lệ để chấn chỉnh hành vi của mình trong giao tiếp, nhằm tránh rơi vào thế bất lợi trong trường hợp có tranh chấp. Nhưng án lệ không được coi là chuẩn mực pháp lý và không được bảo đảm thực hiện bằng chế tài của nhà nước như luật. Thẩm phán cũng không bị buộc phải xử theo một tiền lệ nào đó, dù tiền lệ đó đã được nhất trí chấp nhận trong giới quan tòa và mang đầy đủ ý nghĩa của án lệ nguyên tắc[1].

Cũng có trường hợp, một án lệ được duy trì trong một thời gian, nhưng dần dần các thẩm phán lại có xu hướng xét xử vụ việc tương tự theo một cách khác. Một khi xu hướng mới đủ mạnh, nghĩa là có nhiều bản án giống nhau được ghi nhận, đặc biệt là có sự tán đồng của Tòa Phá án, thì người ta nói án lệ (cũ) bị đảo ngược. Khả năng đảo ngược án lệ, trong chừng mực nào đó, được cho là hệ quả tất yếu của tính không ràng buộc của án lệ đối với thẩm phán.

c) Luật của Việt Nam

Án lệ có tính ràng buộc: Các bản án, quyết định thông thường không có giá trị bắt buộc áp dụng đối với thẩm phán trong trường hợp tương tự. Tất nhiên, các thẩm phán có thể tham khảo các bản án, quyết định này trong quá trình xét xử. Người dân, có thể dựa theo những đòi hỏi của thẩm phán về

1. Ghestin, Goubeaux: *Traité de droit civil - Introduction générale*, L.G.D.J, Paris, 1986, p. 300-302.

cách ứng xử của các bên trong vụ việc nào đó, được mô tả trong bản án, quyết định liên quan để xác định cách ứng xử của mình khi ở trong trường hợp tương tự. Nhưng hoàn toàn không có gì bảo đảm rằng cách ứng xử đó không bị cho là không đúng khi có tranh chấp và việc được đưa ra tòa án để phân xử. Nói cách khác, bản án, quyết định thông thường của tòa án ở Việt Nam ít nhiều có ý nghĩa bản án sự vụ ở Pháp và không có hiệu lực thuyết phục như tiền lệ của tòa án cấp cơ sở ở Anh.

Trái lại, các bản án, quyết định được lựa chọn theo quy trình được thiết lập tại Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP ngày 28/10/2015 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao được coi là cách áp dụng luật chính thức đối với toàn bộ hệ thống xét xử. Hình thành theo cách đó, án lệ có tính ràng buộc đối với thẩm phán, thậm chí còn mạnh hơn án lệ trong luật của Anh. Khoản 2 Điều 8 Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP khẳng định: "Khi xét xử, Thẩm phán, Hội thẩm phải nghiên cứu, áp dụng án lệ để giải quyết các vụ việc tương tự, bảo đảm những vụ việc có tình tiết, sự kiện pháp lý giống nhau phải được giải quyết như nhau".

Cần lưu ý rằng, ở Anh, để tránh sự ràng buộc của một án lệ, thẩm phán thường tìm cách định dạng vụ án như thế nào đó để không phải là vụ việc tương tự, từ đó, loại bỏ án lệ để xử lý vụ việc theo cách khác.

Ở Việt Nam, khoản 2 Điều 8 Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP quy định: trường hợp không áp dụng án lệ thì phải phân tích, lập luận, nêu rõ lý do trong bản án, quyết định của tòa án. Trong điều kiện án lệ có hiệu lực ràng buộc đối với vụ

việc tương tự, thì phân tích, lập luận để không áp dụng án lệ tất yếu là phân tích, lập luận cho thấy vụ việc mà thẩm phán xem xét không phải là vụ việc tương tự.

Tác động của án lệ đối với luật viết và các nguồn khác của luật: Trong thời kỳ án lệ chưa được chính thức thừa nhận, một giải pháp được ghi nhận trong các kết luận của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao tại hội nghị tổng kết công tác xét xử tổ chức hằng năm là kim chỉ nam cho hoạt động nghiệp vụ của tòa án. Đến thời điểm nào đó, giải pháp này có thể được đưa vào các nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao và trở thành một quy tắc của luật viết. Khi xây dựng một dự án luật, người làm luật cũng có thể dựa vào các giải pháp nguyên tắc được chấp nhận trong thực tiễn xét xử để xây dựng các điều luật. Thông thường, người làm luật không "nâng" ngay các giải pháp được ghi nhận trong các kết luận thành các điều luật trong văn bản của cơ quan lập pháp mà chỉ chọn lọc những giải pháp đã được "luật hóa" trong các nghị quyết, thông tư do Tòa án nhân dân tối cao ban hành hoặc tham gia ban hành.

Một trong những ví dụ điển hình về án lệ được luật hóa là các án lệ liên quan đến thừa kế. Thời kỳ trước năm 1980, trong điều kiện chưa có luật, các thẩm phán đã dựa vào thực tiễn xét xử (và cả tục lệ) để xây dựng và ban hành một hệ thống các quy tắc chi phối việc khai mở, di chuyển, chuyển giao, quản lý, thanh toán và phân chia di sản (quy định tại Thông tư số 81/TANDTC ngày 24/7/1981 của Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn giải quyết các tranh chấp về thừa kế). Phần lớn các giải pháp được ghi nhận tại Thông tư này đã được người làm

luật kế thừa khi xây dựng Pháp lệnh thừa kế năm 1990. Tiếp theo, người làm luật lại dựa vào nội dung của Pháp lệnh thừa kế năm 1990 để xây dựng nội dung của chương "Thừa kế" trong Bộ luật dân sự năm 1995.

Cũng có trường hợp một giải pháp được chấp nhận trong thực tiễn xét xử không trở thành một quy tắc viết, nhưng lại được thừa nhận trong thực tiễn giao dịch như là một cách xử sự đúng đắn trong những trường hợp đặc thù. Nếu do sự thừa nhận ấy mà cách xử sự liên quan được phổ biến trong thực tiễn giao dịch, thì đến một lúc nào đó, giải pháp của thực tiễn xét xử hòa nhập vào tục lệ. Mà như ta đã biết, tục lệ cũng là một nguồn của luật.

Với việc ban hành Nghị quyết số 03/2015/NQ-HĐTP ngày 28/10/2015 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, án lệ chính thức trở thành một nguồn luật. Trong mối quan hệ với luật viết, án lệ được thừa nhận là cách hiểu chính thức, cách áp dụng chính thức luật viết được hệ thống tòa án lựa chọn.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

Tài liệu tiếng Việt:

1. Nguyễn Văn Cừ và Trần Thị Huệ: *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2015,* Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2017.

2. Đại học Luật Hà Nội: *Giáo trình Luật hình sự Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2001.

3. Nguyễn Ngọc Điện: *Bình luận khoa học về thừa kế trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb. Trẻ, Thành phố Hồ Chí Minh, 1999.

4. Nguyễn Ngọc Điện: *Nghiên cứu về tài sản trong luật dân sự Việt Nam,* Nxb. Trẻ, Thành phố Hồ Chí Minh, 2000.

5. Nguyễn Ngọc Điện, Đoàn Thị Phương Diệp: *Pháp luật về quan hệ tài sản của vợ chồng,* Nxb. Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, 2017.

6. Trường Đại học Mở Thành phố Hồ Chí Minh - Nguyễn Ngọc Điện: *Giáo trình Luật dân sự,* t.1&2, Nxb. Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, 2018.

7. Nguyễn Văn Động: *Giáo trình lý luận chung về Nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2017.

8. Nguyễn Thế Giai: *Luật Hôn nhân và gia đình, trả lời 120 câu hỏi*, Nxb. Pháp lý, Hà Nội, 1991.

9. Đinh Văn Quế: *Bình luận án*, Nxb. Thành phố Hồ Chí Minh, 1998.

10. Viện Khoa học pháp lý Bộ Tư pháp: *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự,* t.1, t.2, t.3, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2001&2002.

Tài liệu tiếng nước ngoài:

11. J. Bonnecase: *L'école de l'Exégèse en droit civil,* E. de Brocard, Paris, 1924.

12. H. Capitant và C. De la Morandière: *Traité élémentaire de droit civil,* t.1., Dalloz, Paris, 1927.

13. G. Cornu: *Droit civil - Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, Paris, 1990.

14. Cross và Harris: *Precedent in English Law*, Oxford University Press, London, 1967.

15. C. Démolombe: *Cours de Code Napoléon*, Durand, Paris, 1870.

16. F. Gény: *Méthode d'interprétation et sources en droit positif,* LGDJ, Paris, 1932.

17. J. Ghestin và Goubeaux: *Traité de droit civil - Introduction générale*, LGDJ, Paris, 1986.

18. J.-P. Gridel: *La dissertation, le cas pratique et la consultation en droit privé*, Dalloz, Paris, 1996.

19. H., L. & F. Mazeaud và F. Chabas: *Leçons de droit civil*, t.1, q.1, Montchrestien, Paris, 1986.

20. M. Murray và C. Desanctis: *Legal Research Methods*, Foundation Press/Thomson Reuters, New York, 2009.

21. M. Murray và C. Desanctis: *Legal Writing and Analysis*, Foundation Press/Thomson Reuters, New York, 2009.

22. R. Posner: *Economic Analysis of Law*, Litle, Bown and Company, Toronto, 1986.

23. J.-L. Sourioux và P. Lerat: *L'analyse de texte*, Dalloz, Paris, 1997.

24. F. Terré: *Introduction à l'étude du droit*, Dalloz, Paris, 1994.

MỤC LỤC

Lời Nhà xuất bản 5

Lời nói đầu 7

Phần thứ nhất

PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT VÀ PHƯƠNG PHÁP PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT 9

Chương I

LUẬT VIẾT 11

I. Khái niệm "luật viết" 11

II. Vai trò của luật viết 13

III. Những hạn chế của luật viết 14

1. Hạn chế chung 14
2. Các hạn chế đặc thù 20

Chương II

HOẠT ĐỘNG PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT 35

I. Đối tượng nghiên cứu và phân tích của hoạt động phân tích luật viết 35

1. Quy phạm định nghĩa 36
2. Quy phạm điều chỉnh hành vi 38
3. Quy phạm xác định hệ quả pháp lý của một sự kiện 42

II. Vai trò của hoạt động nghiên cứu và phân tích luật viết 48

III. Phân tích luật viết ở mức độ sơ cấp 49

Chương III

PHƯƠNG PHÁP PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT 53

I. Chuẩn bị cho hoạt động phân tích và lập luận 53

1. Chuẩn bị vật chất 53
2. Chuẩn bị hình thức 55
3. Chuẩn bị đối với người nghiên cứu và phân tích luật 63

II. Khái quát chung về các phương pháp phân tích chủ yếu 70

1. Khái quát chung về phương pháp phân tích câu chữ hoặc chú giải (phương pháp cổ điển) 70
2. Khái quát chung về phương pháp phân tích phát triển 72
3. Khái quát chung về phương pháp phân tích lịch sử 73
4. Khái quát chung về phương pháp phân tích luật bằng các công cụ kinh tế học 74

III. Phương pháp phân tích câu chữ hoặc chú giải (phương pháp cổ điển) 77

1. Công cụ sơ cấp của phương pháp phân tích câu chữ - quy trình suy lý tam đoạn luận 77
2. Các nguyên tắc cơ bản của phương pháp phân tích câu chữ 88
3. Các công cụ phân tích được sử dụng tùy theo trường hợp 103
4. Những hạn chế chung của phương pháp phân tích câu chữ 139

IV. Phương pháp phân tích phát triển 141

1. Nội dung của phương pháp phân tích phát triển 142

2. Thực hành phương pháp phân tích phát triển 144

V. Phương pháp phân tích lịch sử 145

1. Nội dung của phương pháp phân tích lịch sử 145

2. Thực hành phương pháp phân tích lịch sử 146

VI. Trường hợp giữa các điều luật có sự mâu thuẫn 148

1. Mâu thuẫn giữa các điều luật trong các văn bản khác nhau 148

2. Mâu thuẫn giữa các điều luật trong cùng một văn bản 154

Phần thứ hai

ÁP DỤNG PHƯƠNG PHÁP VÀ GHI NHẬN KẾT QUẢ 159

Chương IV

SỬ DỤNG CÁC PHƯƠNG PHÁP PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT 161

I. Phân tích luật viết theo tình huống 162

1. Nguyên tắc phân tích 162

2. Sử dụng phương pháp 162

II. Phân tích luật viết theo chủ đề 167

1. Nguyên tắc phân tích 167

2. Sử dụng phương pháp 167

III. Bình luận bản án, phán quyết trọng tài hoặc một cách giải quyết vấn đề ngoại tư pháp 178

1. Các bước chuẩn bị phân tích 179

2. Thực hành phân tích 179

Chương V

KẾT QUẢ NGHIÊN CỨU VÀ PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT VỀ PHƯƠNG DIỆN KHOA HỌC - LÝ THUYẾT PHÁP LÝ VÀ ÁN LỆ 184

I. Lý thuyết pháp lý 184

1. Đặc điểm của lý thuyết pháp lý 184

2. Vai trò của lý thuyết pháp lý 185

II. Án lệ 189

1. Sự hình thành án lệ 189

2. Giá trị của án lệ 192

Tài liệu tham khảo 200

Chịu trách nhiệm xuất bản
Q. GIÁM ĐỐC - TỔNG BIÊN TẬP
PHẠM CHÍ THÀNH

Chịu trách nhiệm nội dung
PHÓ GIÁM ĐỐC - PHÓ TỔNG BIÊN TẬP
PGS. TS. VŨ TRỌNG LÂM

Biên tập nội dung: TS. NGUYỄN THỊ QUỲNH NGA
Trình bày bìa: NGUYỄN ĐOÀN
Chế bản vi tính: NGỌC NAM
Sửa bản in: NGUYỄN CÔNG TÂY
Đọc sách mẫu: PHÒNG BIÊN TẬP KỸ THUẬT

In 1.000 cuốn, khổ 14,5 x 20,5cm, tại Công ty cổ phần In Khuyến Học Phía Nam, địa chỉ: Lô B5-8 đường D4, Khu công nghiệp Tân Phú Trung, huyện Củ Chi, Thành phố Hồ Chí Minh. Số đăng ký xuất bản 1606-2019/CXBIPH/22-244/CTQG. Quyết định xuất bản số 4138-QĐ/NXBCTQG ngày 02-8-2019. In xong và nộp lưu chiểu tháng 8-2019.

Mã số ISBN: 978-604-57-4848-0.

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA SỰ THẬT
6/86 Duy Tân, quận Cầu Giấy, Hà Nội
ĐT: 080.49 221 - Fax: 080.49 222
Email: suthat@ nxbctqg.vn
Website: www.nxbctqg.vn

CHI NHÁNH TẠI THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH
72 Trần Quốc Thảo, Quận 3, TP. Hồ Chí Minh
ĐT: (028) 3932 5400 - (028) 3932 5438
Fax: (028) 3932 5395
Email: chinhanhnxbctqghcm@ gmail.com
Website: sachsuthattphcm.com.vn

Tìm đọc

SÁCH CỦA NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA SỰ THẬT

- Bình luận khoa học Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015
GS. TS. Nguyễn Ngọc Anh - Luật sư, TS. Phan Trung Hoài

- Bình luận khoa học Bộ luật hình sự (hiện hành)
(Sửa đổi, bổ sung năm 2017)
TS. Nguyễn Đức Mai (Chủ biên)

ISBN: 978-604-57-4848-0
9 786045 748480
8 935279 112944

Giá: 77.000đ