

**QUY TRÌNH, KỸ THUẬT SỬ DỤNG PHƯƠNG PHÁP PHÂN TÍCH LUẬT VIẾT  
TRONG NGHIÊN CỨU KHOA HỌC LUẬT**

**ĐÀO MỘNG ĐIỆP\***

**ĐOÀN ĐỨC LƯƠNG\*\***

*Ngày nhận bài: 22/08/2023*

*Ngày phản biện: 19/10/2023*

*Ngày đăng bài: 31/12/2023*

***Tóm tắt:***

Phương pháp nghiên cứu khoa học luật là những phương pháp mà nhà nghiên cứu sử dụng làm công cụ cho công trình nghiên cứu của họ mà từ đó các phương pháp nghiên cứu sẽ phục vụ cho các công tác tìm kiếm, phân tích, tổng hợp, đánh giá... để có kết quả cuối cùng đáng tin cậy. Trong đó, phương pháp phân tích luật viết được xem là phương pháp truyền thống và phổ biến trong nghiên cứu khoa học luật; với mục tiêu cơ bản là để đánh giá và tìm ra những khiếm khuyết của văn bản pháp luật. Tuy nhiên trên thực tế việc hiểu và vận dụng hiệu quả phương pháp phân tích luật viết trong nghiên cứu khoa học luật không phải là điều dễ dàng mà cần phải áp dụng các kỹ thuật và quy trình nhất định.

***Từ khóa:***

Phương pháp nghiên cứu khoa học luật, phân tích luật viết

***Abstract:***

Legal scientific research methods are the methods that researchers use as tools for their research work, from which the research methods will serve for the search and analysis, synthesis, evaluation... for reliable final results. In which, the method of analyzing the written law is considered a traditional and popular method in legal scientific research; with the basic goal is to evaluate and find out the shortcomings of legal documents. However, in reality, understanding and effectively applying the method of analyzing written law in scientific research is not easy. It requires the application of certain techniques and processes.

***Keywords:***

Scientific research method of law, analysis of written law

---

\* TS., GVC Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: diepdm@hul.edu.vn

\*\* PGS.TS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: luongdd@hul.edu.vn

## 1. Đặt vấn đề

Trong các nguồn pháp luật, ở bất kỳ quốc gia nào, luật viết ngày càng trở nên quan trọng. Ngay cả trong các quốc gia theo truyền thống thông luật (*common law*) như Hoa Kỳ, Anh quốc, Úc, Ấn Độ, Malaysia hay Singapore, số lượng và ý nghĩa của các đạo luật viết cũng ngày càng tăng<sup>1</sup>. Ở Việt Nam, luật viết được gọi là văn bản quy phạm pháp luật; thậm chí trong một khoảng thời gian dài đã được xem là nguồn luật hầu như duy nhất. Trong cuốn sách này, luật viết được quy ước như một khái niệm 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, một số nghị quyết của Quốc hội hoặc của Ủy ban thường vụ Quốc hội.

Theo tác giả Nguyễn Ngọc Điện trong công trình chuyên khảo được công bố lần đầu tiên vào năm 2006 và tiếp tục tái bản vào năm 2019 thì phân tích luật viết được hiểu 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<sup>2</sup>. Theo đó, 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<sup>3</sup>. Phân tích luật viết giúp hiểu rõ hơn ý đồ của người làm luật, hiểu rõ hơn mục đích, giá trị đích thực của các quy tắc pháp luật được quy định trong văn bản đó, đôi khi để đọc giữa những hàng chữ mà phát hiện ra quy tắc ẩn, chìm trong văn bản mà đáng ra người làm luật phải phát biểu rõ ràng hơn. Bên cạnh đó, phân tích luật viết, người ta cũng khám phá ra những lỗ hổng, chưa được văn bản pháp luật quy định, để từ đó kiến nghị lập pháp. Khi đó, phân tích luật viết có mục đích phát triển luật<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Phạm Duy Nghĩa (2014), *Phương pháp nghiên cứu luật học*, Nxb Công an Nhân dân, tr.47

<sup>2</sup> Nguyễn Ngọc Điện (2019), *Phương pháp phân tích luật viết*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, tr.88

<sup>3</sup> Nguyễn Ngọc Điện (2019), “*sđđ*”, tr.98

<sup>4</sup> Phạm Duy Nghĩa (2014), “*sđđ*”, tr.99

## 2. Quy trình và kỹ thuật sử dụng phương pháp phân tích luật viết trong nghiên cứu khoa học luật

### 2.1. Chuẩn bị về vật chất

Thứ nhất, chuẩn bị về văn bản pháp luật. Đối tượng của phương pháp phân tích luật viết là các điều luật được ghi nhận trong các văn bản quy phạm pháp luật được ban hành đang có hiệu lực thi hành; các VBQPPL trước đó và đã hết hiệu lực thi hành; các văn bản quy phạm pháp luật cùng lĩnh vực điều chỉnh thuộc pháp luật của các quốc gia khác.

Thứ hai, chuẩn bị về bản án của Tòa án, phán quyết trọng tài. Đây 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. Hiện nay ở nước ta các bản án đã được Tòa án nhân dân tối công bố với số lượng 1.202.974 tại trang thông tin điện tử “Công bố bản án, quyết định của tòa án”; trong đó Hình sự (249.792), Dân sự (214.797), Hôn nhân và gia đình (613.566), Kinh doanh thương mại (21.125), Hành chính (13.877), Lao động (4.372), Quyết định tuyên bố phá sản (120), Quyết định áp dụng biện pháp xử lý hành chính (85.325)<sup>5</sup>

Bên cạnh đó, có thể chuẩn bị có các tài liệu được cơ quan lập pháp sử dụng trong quá trình soạn thảo văn bản pháp luật (tờ trình dự án luật, báo cáo đánh giá tác động dự án luật, báo cáo tổng kết thi hành đạo luật..vvv).

### 2.2. Chuẩn bị hình thức

Thứ nhất, 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:

(i) 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. Chẳng hạn, hiện nay trong hệ thống pháp luật Việt Nam, trước đây đối với các biện pháp “phòng vệ thương mại” thì Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã ban hành 03 Pháp lệnh, bao gồm Pháp lệnh về Tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa nước ngoài vào Việt Nam

---

<sup>5</sup> Tòa án nhân dân tối cao, *Công thông tin điện tử công bố bản án, quyết định của tòa án*; truy vấn tại: <https://congbobanan.toaan.gov.vn/6tatcvn/Thong-ke>, truy cập ngày 1/9/2023

năm 2002, Pháp lệnh Chống trợ cấp hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam năm 2004, Pháp lệnh Chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam năm 2004. Tuy nhiên kể từ ngày 12/6/2017, Quốc hội khóa XIV đã thông qua Luật Quản lý ngoại thương thay thế các pháp lệnh của Ủy ban thường vụ Quốc hội. Luật này đã dành hẳn 01 chương (Chương IV) với 33 Điều luật (từ Điều 67 đến Điều 99) quy định về các biện pháp phòng vệ thương mại. Như vậy, Luật Quản lý ngoại thương đã chính thức pháp điển hóa các quy định về các biện pháp phòng vệ thương mại vào một đạo luật “chung” thay thế các pháp lệnh riêng lẻ trước đây.

(ii) 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. Chẳng hạn, trong hệ thống pháp luật nước ta, Luật lao động giữ vai trò quan trọng. Nó điều chỉnh các quan hệ trong xã hội được hình thành trong quá trình tổ chức và sử dụng lao động. Pháp luật lao động có vai trò quan trọng trong việc điều chỉnh, ổn định thị trường sức lao động, tạo ra những điều kiện thuận lợi nhằm sử dụng có hiệu quả, hài hòa quan hệ xã hội theo định hướng xây dựng một xã hội công bằng, văn minh. Do đó, hệ thống pháp luật lao động phát triển và được xây dựng tốt là điều kiện rất cần thiết cho việc sử dụng có hiệu quả các nguồn lực lao động, phát triển sản xuất với chất lượng cao, cho việc hình thành văn hóa lao động, hiệu quả và sự ổn định của nền kinh tế. Chính vì thế, Luật lao động là căn cứ pháp lý để đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp cho các bên trong quan hệ lao động (QHLD), là cơ sở để thỏa thuận các quyền và nghĩa vụ cụ thể cho phù hợp với điều kiện và khả năng thực tế của các bên, và là căn cứ để giải quyết tranh chấp lao động<sup>6</sup>.

(ii) 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).

Thứ hai, nhấn mạnh các từ cần thiết.

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

---

<sup>6</sup> Trường Đại học Luật Hà Nội (2015), *Giáo trình Luật Lao động Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, tr.46

(i) 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. Ví dụ: Đối với thuật ngữ “hợp đồng” trong BLDS năm 2015, về kỹ thuật lập pháp thì BLDS năm 2005 trước đây sử dụng thuật ngữ “hợp đồng dân sự”; tuy nhiên đến BLDS năm 2015 thì nhà làm luật đã theo hướng sử dụng thuật ngữ gọn hơn là “hợp đồng”. Theo các nhà bình luận khoa học BLDS năm 2015 thì việc bỏ cụm từ “dân sự” để tránh làm phát sinh tư tưởng là các quy định trong BLDS chỉ áp dụng cho các loại hợp đồng thuần túy mà không áp dụng cho các loại hợp đồng khác như quan hệ hợp đồng trong kinh doanh, thương mại, lao động. Với hướng bỏ từ “dân sự” các quy định khác về hợp đồng (cũng như các quy định khác trong BLDS) áp dụng cho tất cả các hợp đồng trong quan hệ thuộc phạm vi điều chỉnh của luật tư<sup>7</sup>. Bên cạnh đó, điều này cũng hàm chứa quan điểm dứt khoát về vị trí, tính chất của các quy định về hợp đồng trong BLDS so với các quy định hợp đồng trong luật chuyên ngành, trong đó có Luật thương mại năm 2005, và các luật chuyên ngành khác như Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật du lịch, Luật các tổ chức tín dụng, Luật chứng khoán, Luật BVQLNTD. Theo đó quy định về hợp đồng trong BLDS năm 2015 thực sự là các quy tắc chung nhất (luật chung) điều chỉnh quan hệ hợp đồng trong mọi lĩnh vực kinh tế, sinh hoạt và tiêu dùng trong xã hội. Các đạo luật chuyên ngành trở thành nguồn bổ sung (luật chuyên ngành) cho BLDS khi điều chỉnh các quan hệ hợp đồng trong thực tiễn hoạt động kinh tế & xã hội.<sup>8</sup>

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 bản thân. Cần tham khảo ý kiến của các nhà chuyên môn để làm rõ ý nghĩa của những từ đó. Chẳng hạn trong lĩnh vực bảo hiểm hàng hải là hoạt động gắn liền với hoạt động thương mại quốc tế. Chính vì vậy hoạt động này cần thực hiện theo tập quán quốc tế chung. Về kỹ thuật lập pháp, Bộ luật Hàng hải Việt Nam năm 2015 dành một Chương, từ Điều 303 đến Điều 336, quy định về hợp đồng

---

<sup>7</sup> Đỗ Văn Đại (2016), *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015*, Nxb. Hồng Đức, tr.88

<sup>8</sup> Đoàn Đức Lương, Dương Quỳnh Hoa (2020), *Bình luận chuyên sâu chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự năm 2015*, Nxb Tư pháp, tr.34

bảo hiểm hàng hải, trong đó nêu ra các quy phạm có tính khái quát, chung nhất để điều chỉnh hợp đồng bảo hiểm hàng hải. Tuy nhiên các thuật ngữ mang tính chất “kỹ thuật” cao, do đó để hiểu được các thuật ngữ này thì đòi hỏi phải tham khảo ý kiến của chuyên môn trong lĩnh vực hàng hải. Ví dụ Thuật ngữ “tàu đủ khả năng đi biển” (seaworthiness). Tàu đủ khả năng đi biển là một đoạn kết mặc nhiên của chủ tàu khi tham gia bảo hiểm. Điều 325.1a của Bộ luật Hàng hải Việt Nam quy định người bảo hiểm không chịu trách nhiệm về tổn thất phát sinh khi tàu biển không đủ khả năng an toàn đi biển. Theo các chuyên gia trong lĩnh vực hàng hải thì tính chất “thông thường” (ordinary) của hiểm họa biển cả không được ấn định một cách cụ thể cho mọi trường hợp. Tùy thuộc vào vùng biển để xác định hiểm họa nào là thông thường. Chẳng hạn, những vùng biển thường có bão tố, lốc xoáy, thời tiết xấu,... thì tàu nào đi vào vùng biển đó phải có thiết kế phù hợp để chịu đựng được các điều kiện thiên nhiên này. Như vậy, bão tố, lốc xoáy, thời tiết xấu cũng có thể là hiểm họa biển cả thông thường trong một số vùng biển nào đó. Hệ thống Common Law đo lường mức độ thích ứng hợp lý của tàu dựa trên việc liệu một chủ tàu cẩn trọng có đưa tàu ra biển với tình trạng tàu như thế hay không? Các vấn đề ảnh hưởng đến khả năng đi biển của tàu: (1) Thiết kế và đóng tàu; (2) Máy móc và trang thiết bị hàng hải; (3) Sự đầy đủ và năng lực thuyền bộ; (4) Đầy đủ nhiên liệu; (5) Sự ổn định của tàu và việc xếp hàng hóa trên tàu<sup>9</sup>.

(ii) 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: 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 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

---

<sup>9</sup> Nguyễn Đức Thắng (2019), *Một số thuật ngữ bảo hiểm hàng hải quy định trong Bộ luật hàng hải Việt Nam 2015 cần được hướng dẫn hiểu thống nhất*, Kỷ yếu hội thảo khoa học “Pháp luật kinh doanh bảo hiểm và giải quyết tranh chấp trong lĩnh vực bảo hiểm phi nhân thọ”, Tòa án nhân dân tối cao; truy vấn: <https://phapluatdansu.edu.vn/wp-content/uploads/2020/04/Nguyen-Duc-thang.-bao-hiem.pdf>, ngày 1/9/2023

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<sup>10</sup>.

### **2.3. Lựa chọn áp dụng các phương pháp phân tích luật viết cụ thể**

Thứ nhất, 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<sup>11</sup>.

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 logic 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<sup>12</sup>.

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

<sup>10</sup> Nguyễn Ngọc Điện (2022), *Giáo trình Luật Hôn nhân và gia đình*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, tr.88

<sup>11</sup> Nguyễn Ngọc Điện (2019), “*sđđ*”, tr.103

<sup>12</sup> Nguyễn Ngọc Điện (2019), “*sđđ*”, tr.78

hầu hết các trường hợp cần tìm kiếm giải pháp cho một vấn đề pháp lý. Thực tiễn xét xử của Tòa án cho thấy Thẩm phán đã vận dụng phương pháp này trên thực tiễn khá thường xuyên & linh hoạt; chẳng hạn theo nội dung, Bản án số 07/2018/KDTM-PT của TAND tỉnh Bình Định nhận định: “Bà Trần Thị P – Chủ DN T có yêu cầu bị đơn trả tiền lãi đối với số tiền chậm trả tiền hàng và nợ gốc, đồng thời nguyên đơn cũng yêu cầu tính lãi đến ngày 31/5/2017 trên số tiền nợ gốc, nên cấp sơ thẩm giải quyết tiền lãi chậm trả đối với bị đơn và căn cứ vào Điều 306 Luật thương mại năm 2005, tính lãi của số tiền nợ gốc chậm trả sau ngày chốt nợ lần cuối 03/12/2012 cho đến khi bị đơn thanh toán hết nợ gốc của từng thời điểm trả nợ gốc, theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường của 03 Ngân hàng tại địa phương, buộc bị đơn phải trả cho nguyên đơn 44.906.461đ tiền lãi là có căn cứ”<sup>13</sup>. Giải pháp pháp lý này được Tòa án áp dụng dựa trên hướng dẫn tại Án lệ số 09/2016/AL về xác định lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường và việc trả lãi trên số tiền phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại: “Trường hợp này, tiền lãi do chậm thanh toán được tính theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường bằng mức lãi suất nợ quá hạn trung bình của ít nhất ba Ngân hàng tại địa phương tại thời điểm thanh toán (xét xử sơ thẩm), trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”.

Thứ hai, 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. Nguyên tắc cơ bản của phương pháp này là: Đối với mọi vấn đề pháp lý, luật phải luôn có giải pháp<sup>14</sup>.

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<sup>15</sup>. Thực tiễn xét xử cũng cho thấy trong một số trường hợp các bên không có thỏa thuận và pháp

---

<sup>13</sup> TAND Tỉnh Bình Định (2018), Bản án số 07/2018/KDTM-PT ngày 12 - 9 - 2018 về tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa; dẫn nguồn từ Công thông tin điện tử Công bố bản án, quyết định của tòa án của Tòa án nhân dân tối cao tại: <https://congbobanan.toaan.gov.vn/>, truy cập ngày 1/9/2023

<sup>14</sup> Nguyễn Ngọc Điện (2022), “*sđđ*”, tr.103

<sup>15</sup> Nguyễn Ngọc Điện (2022), “*sđđ*”, tr.104

luật không có quy định thì Tòa án đã vận dụng phương pháp này trên thực tiễn trên cơ sở áp dụng “tập quán” để làm căn cứ giải quyết tranh chấp dựa trên cơ sở nguyên tắc tại Điều 5 BLDS năm 2015 và Khoản 2, Điều 4 BLTTDS năm 2015 [Tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng]. Chẳng hạn tại quyết định giám đốc thẩm số 93/2002/DS-GĐT ngày 27/5/2002 của Tòa Dân sự Tòa án nhân dân tối cao đã nhận định như sau: “Bà L đòi ông Th trả lại cây chà nhưng không chứng minh được việc ông Th đang chiếm giữ tài sản thuộc sở hữu của bà L. Ông H1 là người đã đặt chà và khai thác cây chà xác định khi ông nhượng địa điểm đánh bắt cho ông Th thì cây chà không còn. Chính bà L thừa nhận chi phí làm chà đã được trừ vào chi phí mỗi chuyến đi biển. Do vậy, dù cây chà còn tồn tại khi ông Th tiếp nhận điểm đánh bắt thì cũng không thuộc sở hữu của bà L. Về quyền ưu tiên khai thác điểm đánh bắt hải sản: Đây là vùng biển xa bờ, pháp luật chưa quy định về quyền ưu tiên khai thác nên quyền ưu tiên phải được xác định theo tập quán. Theo xác minh ở chính quyền địa phương và cơ quan chuyên môn (Ban Hải sản thị trấn Long Hải) thì tài công là người có quyền chọn và cho người khác điểm đánh bắt; địa điểm đã bị bỏ hơn ba tháng không khai thác thì có quyền khai thác. Như vậy, việc ông Th sử dụng điểm đánh bắt hải sản hiện nay (địa điểm tranh chấp) là phù hợp với tập quán, không trái pháp luật, không vi phạm quyền lợi hợp pháp của bà Loan”. Như vậy, Tòa án cấp giám đốc thẩm đã chỉ ra việc áp dụng tập quán trong giải quyết tranh chấp. Trong vụ án này, tập quán được áp dụng là: “các bên đương sự, các tài công và bà con ngư dân tại địa phương đều xác định có tập quán là địa điểm khai thác hải sản đã bị bỏ hơn ba tháng không khai thác thì người khác có quyền sử dụng địa điểm đó. Do đó, khi ông H1 không khai thác địa điểm đánh bắt hải sản trong hơn ba tháng tại “cây chà 19 tiếng” thì ông Th có quyền khai thác địa điểm đánh bắt hải sản đó”. Tập quán trong đánh bắt thủy hải sản xa bờ “thả chà” là một công việc vừa mang tính khoa học độc đáo, vừa mang tính truyền thống, dân dã... Đó là dùng cây, lá... kết thành mảng thả xuống biển, tạo thành một “vùng rạn nhân tạo” để đón cá, nuôi cá, làm nơi cho cá ngụ (cá ở), để rồi sau đó dùng mảnh, lưới đánh bắt chúng. Theo tập quán tại địa phương, việc tạo lập cây chà được xác định: “Chà lá là một công trình nhân tạo đặt dưới đáy biển, kết cấu bởi các vật nặng để cố định vị trí cội chà như: xác vỏ thuyền, xác vỏ xe, các sọt đá, lá dừa, cây tre và các vật liệu liên kết”. Theo tập quán tại địa phương chủ ghe sử dụng ghe lưới rút để đánh bắt trên biển thường sử dụng

chà lá với mục đích đánh bắt cá thường xuyên và đạt năng suất hiệu quả cao, đây là truyền thống tập quán rất lâu đời của ngư dân tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu<sup>16</sup>.

#### **2.4. Ghi nhận kết quả và áp dụng trong thực tiễn**

Thứ nhất, học thuyết pháp lý

Về mặt cấu trúc, học thuyết pháp lý gồm các khái niệm, phạm trù, quy luật vận động khách quan, những mối liên hệ phổ biến về các hiện tượng nhà nước và pháp luật<sup>17</sup>. Hiểu một cách đơn giản thì học 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<sup>18</sup>. Ở Việt Nam, trước đây, chúng ta không thừa nhận học thuyết pháp lý có giá trị bổ sung trực tiếp cho hệ thống các quy định pháp luật thực định, thường chúng chỉ được sử dụng có tính chất tham khảo trong giảng dạy, nghiên cứu ở các trường đại học, viện khoa học và nhiều khi mang tính kinh viện, ít được coi trọng đúng mức. Hiện nay với đặc trưng là quốc gia đang trong quá trình chuyển đổi do đó Việt Nam đã nghiên cứu kinh nghiệm của nhiều nước để cải cách pháp luật; trên cơ sở vận dụng các học thuyết khoa học pháp lý trong nhiều đạo luật khác nhau (dân sự, thương mại, lao động, phá sản, doanh nghiệp...vvv). Trên thực tế, học thuyết pháp lý có ảnh hưởng một cách gián tiếp theo cả hai chiều (tích cực và tiêu cực) đến quá trình hình thành, phát triển của hệ thống pháp luật và hệ thống tổ chức bộ máy nhà nước (cũng trên cơ sở các quy định của pháp luật)

Ví dụ: Học thuyết “xuyên qua màn che công ty” trong pháp luật doanh nghiệp

“Xuyên qua màn che công ty” là một học thuyết pháp lý được hình thành trong hệ thống pháp luật Anh - Mỹ và liên quan đến các trường hợp “phá hạn” khi áp dụng tính chất trách nhiệm hữu hạn của các thành viên hoặc cổ đông hoặc người quản lý đối với các nghĩa vụ của công ty. Theo học thuyết này, nếu một công ty: (i) phục vụ mục đích cá nhân của

---

<sup>16</sup> Nguyễn Hải An (2020), *Áp dụng tập quán khi chưa có điều luật để áp dụng trong thực tiễn công tác xét xử các vụ án dân sự*, Tạp chí Khoa học pháp lý, Số 05 (135), tr. 11 - 22

<sup>17</sup> Trần Thái Dương (2006), *Suy nghĩ về học thuyết pháp lý và vai trò của nó ở Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Khoa học pháp lý, Số 01 (32), tr. 35-38

<sup>18</sup> Nguyễn Ngọc Điện (2019), “*sđđ*”, tr.89

thành viên hoặc cổ đông hoặc người quản lý công ty hoặc (ii) tham gia vào hoạt động lừa đảo hoặc vi phạm pháp luật, tòa án có thể không chấp nhận tính chất trách nhiệm hữu hạn của công ty với tư cách là một pháp nhân và yêu cầu thành viên hoặc cổ đông hoặc người quản lý có trách nhiệm cá nhân với nghĩa vụ nợ của công ty<sup>19</sup>. “Xuyên qua màn che công ty” là cơ chế pháp lý để buộc các chủ sở hữu của công ty phải chịu trách nhiệm về những hậu quả do công ty gây ra trong một số trường hợp nhất định. Khi cơ chế xuyên qua màn che công ty được áp dụng, tư cách pháp nhân của công ty cũng như tính chịu trách nhiệm hữu hạn của chủ sở hữu công ty sẽ bị loại bỏ, pháp luật yêu cầu trách nhiệm cá nhân của chủ thể đã thực hiện hành vi lạm dụng. Học thuyết xuyên qua màn che công ty hình thành bởi sự lạm dụng tư cách pháp nhân nếu: lạm dụng tư cách pháp nhân không vì lợi ích của pháp nhân mà phục vụ lợi ích của cá nhân hoặc người quản lý; lạm dụng tư cách pháp nhân để thực hiện các hành vi lừa đảo hoặc vi phạm pháp luật<sup>20</sup>. Ở Việt Nam, trong quá trình xây dựng Luật Doanh nghiệp năm 2005 đã có nhiều qui định về “xuyên qua màn che công ty” được tiếp thu, cụ thể hóa. Các điều luật này đều được thể hiện ở dạng quyền đòi đền bù thiệt hại của chủ nợ; buộc thành viên công ty phải liên đới (bên cạnh trách nhiệm của công ty và các thành viên khác) và chịu trách nhiệm đến cùng (vô hạn), cho các khoản nợ của công ty. Có thể thấy rõ nhất ở các điều 42, 66, 80 và 147 trong Luật Doanh nghiệp 2005.

Thứ hai, án lệ

Khi đề cập về án lệ, nhiều luật gia sẽ nghĩ ngay đến truyền thống pháp luật Anh Mỹ, bởi đây là một trong những đặc trưng nổi bật của hệ thống pháp luật này. Trong hệ thống pháp luật Anh Mỹ, án lệ trở thành nguồn luật quan trọng; và được thể hiện bằng cụm từ “case law” có nghĩa là “luật được hình thành theo vụ việc”<sup>21</sup>. Ở Anh quốc, án lệ được hiểu là những nguyên tắc pháp lý rút ra từ những phán quyết của Tòa án do các thẩm phán sáng tạo ra, cung cấp tiền lệ hay cơ sở pháp lý để các thẩm phán giải thích vụ việc có tính tiết tương tự trong hiện tại và tương lai<sup>22</sup>. Theo từ điển Black’s Law của Hoa Kỳ thì khái niệm án lệ được hiểu theo hai nghĩa sau: “ (i). Án lệ là việc làm luật của tòa án trong việc công nhận và áp dụng các quy tắc mới nhằm thực thi công lý; (ii). Vụ việc đã được giải quyết

---

<sup>19</sup> Trương Nhật Quang (2016), *Pháp luật về doanh nghiệp: Các vấn đề pháp lý cơ bản*, Nxb Dân trí, Hà Nội, tr.128-129.

<sup>20</sup> Ngô Hồng Quang (2012), *Cơ chế “xuyên qua màn che công ty” trong pháp luật một số nước và ở Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp. Số 13/2012, tr.49 – 60.

<sup>21</sup> M.A. Glendon; M.W.Gordon;P.G.Carozza, *Comparative Legal Tradition*, ST. Paul,Minn,1999,pp.103-105

<sup>22</sup> Trường Đại học Luật Hà Nội (2017), *Giáo trình luật so sánh*, Nxb. Công an nhân dân, tr.131-133

làm cơ sở để đưa ra phán quyết cho những trường hợp có tình tiết hoặc vấn đề tương tự sau này<sup>23</sup>”. Trong hệ thống pháp luật Hoa Kỳ, bản án, quyết định của Tòa án được coi là án lệ phải đáp ứng những tiêu chí sau đây:

- \* Nội dung của án lệ phải chứng đựng các vấn đề pháp lý mới;
- \* Án lệ phải chứa đựng các lập luận, quan điểm, cách thức giải quyết về các vấn đề và được thẩm phán thể hiện một cách rõ ràng
- \* Án lệ phải phát sinh từ những vụ việc thực tế
- \* Án lệ phải được công bố và hệ thống hóa theo một trình tự, thủ tục
- \* Án lệ phải gắn liền với tiền lệ pháp “Satre decisis” [Tòa án cấp dưới chịu sự ràng buộc bởi các nguyên tắc pháp lý do các tòa án cấp trên sáng tạo ra, được ghi nhận trong các bản án<sup>24</sup>].

Tại Việt Nam, án lệ là một thuật ngữ pháp lý vừa cũ lại vừa mới. Bởi lẽ, sự tồn tại của án lệ cũng gắn liền với dòng lịch sử thăng trầm của đất nước, không liên mạch mà đứt đoạn. Trên thực tế, án lệ đã từng được thừa nhận tại Việt Nam trong một vài giai đoạn lịch sử nhất định như sau đó án lệ lại không được đề cập trong các văn bản pháp luật. Đến năm 2015 thì án lệ mới quay trở lại tư cách là một nguồn luật chính thức thông qua việc TANDTC ban hành Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP; và Nghị quyết 04/2019/NQ-HĐTP quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ. Theo đó, “án lệ” được hiểu 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 TANDTC lựa chọn và được Chánh án TANDTC công bố là án lệ để các Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử*<sup>25</sup>”. Về kỹ thuật lập pháp thì pháp luật Việt Nam hiện hành đã xây dựng một khái niệm đầy đủ về thuật ngữ “án lệ”.

Ở Việt Nam, án lệ được xem là nguồn pháp luật<sup>26</sup>. Giữa án lệ và văn bản pháp luật có mối quan hệ tương hỗ, theo đó án lệ là sự bổ sung cho “lỗ hổng” của pháp luật khi chưa có VBPL điều chỉnh, tuy nhiên khi cơ quan có thẩm quyền đã ban hành VBPL để điều chỉnh vấn đề được án lệ giải quyết trước đó thì án lệ không được áp dụng nữa. Về áp dụng án lệ trong xét xử, TANDTC cũng quy định: “Khi xét xử, Thẩm phán, Hội thẩm phải nghiên

---

<sup>23</sup> Bryanth A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, West Group ST. PAUL, MINN., 1999, pp.1195.

<sup>24</sup> Michael Bogdan (2013), *Concise introduction to comparative law*, Europa Law Publishing, pp.132-134

<sup>25</sup> Điều 1 Nghị quyết 04/2019/NQ-HĐTP quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ

<sup>26</sup> Điều 6 BLDS năm 2015

cứu, áp dụng án lệ, bảo đảm những vụ việc có tình huống pháp lý tương tự thì phải được giải quyết như nhau<sup>27</sup>”. Từ quy định trên, có thể thấy khi xét xử Tòa án sẽ áp dụng án lệ trong hai trường hợp: (i) Án lệ sẽ được Tòa án áp dụng để giải quyết những vụ việc đã có quy định pháp luật điều chỉnh tuy nhiên luật thực định lại không rõ ràng, logic dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau hoặc vụ việc có nhiều quy định pháp luật điều chỉnh nhưng lại mâu thuẫn; chồng chéo; (ii) Án lệ sẽ được tạo ra trong quá trình xét xử của Tòa án đối với những vụ việc chưa có sự điều chỉnh của quy định pháp luật. Như vậy, trong hai trường hợp trên án lệ thể hiện chức năng là nguồn luật bổ trợ cho hệ thống pháp luật thành văn (Trường hợp thứ nhất) hoặc án lệ trở thành một nguồn luật chính thức; và cơ sở pháp lý cho việc giải quyết tranh chấp tại Tòa án (Trường hợp thứ hai)

Trên cơ sở các nghị quyết về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ của TANDTC; sau gần 8 năm triển khai, cho đến thời điểm hiện nay TANDTC đã ban hành 63 án lệ đang có hiệu lực<sup>28</sup>. Đồng thời, án lệ đã được TAND các địa phương chấp nhận trên thực tế và áp dụng vào hoạt động xét xử. Theo ghi nhận của Vụ pháp chế và quản lý khoa học TANDTC thì trường hợp án lệ đầu tiên trong việc giải quyết vụ việc dân sự tại Tòa án được ghi nhận tại TAND Tỉnh Quảng Ngãi đã áp dụng Án lệ số 04/2016/AL về vụ án “Tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng QSDĐ”. Có 1 trường hợp TAND cấp cao đã áp dụng án lệ để xét xử vụ việc dân sự. Có 23 trường hợp TAND cấp tỉnh và 89 trường hợp TAND cấp huyện đã áp dụng án lệ để xét xử vụ án dân sự<sup>29</sup>.

### 3. Kết luận

Nghiên cứu khoa học luật được hiểu là hoạt động tư duy của con người nhằm phân tích, nghiên cứu về nội dung của pháp luật và đời sống thực tế của pháp luật với mục đích chủ yếu nhằm áp dụng vào việc giải quyết các tình huống pháp lý cụ thể hoặc một đề tài khoa học cụ thể<sup>30</sup>. Nghiên cứu luật học cũng cần chú ý đến việc phân tích luật viết, bởi pháp luật xét đến cùng sẽ phải được thể hiện qua các văn bản chứa đựng các quy tắc xử chung do nhà nước ban hành để bắt buộc mọi chủ thể trong xã hội phải tuân thủ. Phân tích luật viết là một hoạt động của những người nghiên cứu và thực hiện pháp luật nhằm làm

<sup>27</sup> Điều 8 Nghị quyết 04/2019/NQ-HĐTP

<sup>28</sup> Tòa án nhân dân tối cao, *Trang tin điện tử về án lệ*, [<https://anle.toaan.gov.vn/>], truy cập ngày 1/9/2023

<sup>29</sup> Nguyễn Thị Hồng Nhung (2018), *Án lệ trong giải quyết vụ việc dân sự*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, tr.84

<sup>30</sup> Lê Thị Hồng Nhung (2021), *Phương pháp nghiên cứu Luật học*, Trường Đại học Mở Thành phố Hồ Chí Minh. Tài liệu Lưu hành nội bộ, tr.22

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 Tòa án<sup>31</sup>. Trên thực tiễn hiện nay phương pháp phân tích luật viết được ứng dụng khá phổ biến trong rất nhiều lĩnh vực pháp luật với các đối tượng sử dụng rất đa dạng (Luật sư, trọng tài viên, thẩm phán, giảng viên, nhà nghiên cứu, sinh viên/học viên...vvv); tuy nhiên để vận dụng hiệu quả phương pháp này thì cần phải hiểu rõ kỹ thuật và quy trình.

### **DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO**

1. Phạm Duy Nghĩa (2014), *Phương pháp nghiên cứu luật học*, Nxb Công an Nhân dân
2. Nguyễn Ngọc Điện (2019), *Phương pháp phân tích luật viết*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật.
3. Tòa án nhân dân tối cao, *Cổng thông tin điện tử công bố bản án, quyết định của tòa án*; truy vấn tại: <https://congboaban.toaan.gov.vn/6tatcvn/Thong-ke>, ngày 1/9/2023
4. Trường Đại học Luật Hà Nội (2015), *Giáo trình Luật Lao động Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân.
5. Đỗ Văn Đại (2016), *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015*, Nxb. Hồng Đức.
6. Đoàn Đức Lương, Dương Quỳnh Hoa (2020), *Bình luận chuyên sâu chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự năm 2015*, Nxb Tư pháp,
7. Nguyễn Đức Thắng (2019), *Một số thuật ngữ bảo hiểm hàng hải quy định trong Bộ luật hàng hải Việt Nam 2015 cần được hướng dẫn hiểu thống nhất*, Kỷ yếu hội thảo khoa học “Pháp luật kinh doanh bảo hiểm và giải quyết tranh chấp trong lĩnh vực bảo hiểm phi nhân thọ”, Tòa án nhân dân tối cao; truy vấn: <https://phapluatdansu.edu.vn/wp-content/uploads/2020/04/Nguyen-Duc-thang.-bao-hiem.pdf>, ngày 1/9/2023
8. Nguyễn Ngọc Điện (2022), *Giáo trình Luật Hôn nhân và gia đình*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh,

---

<sup>31</sup> Nguyễn Ngọc Điện (2019), “*sđđ*”, tr.91

9. TAND Tỉnh Bình Định (2018), Bản án số 07/2018/KDTM-PT ngày 12 - 9 - 2018 về tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa; dẫn nguồn từ Cổng thông tin điện tử Công bố bản án, quyết định của tòa án của Tòa án nhân dân tối cao tại: <https://congbobanan.toaan.gov.vn/>, truy cập ngày 1/9/2023
10. Nguyễn Hải An (2020), *Áp dụng tập quán khi chưa có điều luật để áp dụng trong thực tiễn công tác xét xử các vụ án dân sự*, Tạp chí Khoa học pháp lý, Số 05 (135),
11. Trần Thái Dương (2006), *Suy nghĩ về học thuyết pháp lý và vai trò của nó ở Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Khoa học pháp lý, Số 01 (32),
12. Trương Nhật Quang (2016), *Pháp luật về doanh nghiệp: Các vấn đề pháp lý cơ bản*, Nxb Dân trí, Hà Nội,
13. Ngô Hồng Quang (2012), *Cơ chế “xuyên qua màn che công ty” trong pháp luật một số nước và ở Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp. Số 13/2012
14. M.A. Glendon; M.W.Gordon;P.G.Carozza, *Comparative Legal Tradition*, ST. Paul,Minn,1999
15. Trường Đại học Luật Hà Nội (2017), *Giáo trình luật so sánh*, Nxb. Công an nhân dân,
16. Bryanth A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, Seventh Edition, West Group ST. PAUL, MINN.,1999,
17. Michael Bogdan (2013), *Concise introduction to comparative law*, Europa Law Publishing,
18. Tòa án nhân dân tối cao, *Trang tin điện tử về án lệ*, [<https://anle.toaan.gov.vn/>], truy cập ngày 1/9/2023
19. Nguyễn Thị Hồng Nhung (2018), *Án lệ trong giải quyết vụ việc dân sự*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.
20. Lê Thị Hồng Nhung (2021), *Phương pháp nghiên cứu Luật học*, Trường Đại học Mở Thành phố Hồ Chí Minh. Tài liệu Lưu hành nội bộ.