

NOT FOR SALE / SÁCH KHÔNG BÁN



VĂN PHÒNG QUỐC HỘI
OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY

THỰC TIỄN VÀ THÁCH THỨC TRONG CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT TẠI VIỆT NAM: CHIA SẺ KINH NGHIỆM CỦA LIÊN MINH CHÂU ÂU

CHALLENGES AND PRACTICES OF LEGAL TRANSPLANTS
IN VIET NAM: SHARING EUROPEAN EXPERIENCES



NHÀ XUẤT BẢN HỒNG ĐỨC
HONG DUC PUBLISHING HOUSE

Hà Nội 2016



Ấn phẩm này thể hiện quan điểm của các tác giả và dưới bất kỳ phương thức nào, những nội dung này cũng không được xem là phản ánh quan điểm của Phái đoàn Liên minh châu Âu tại Việt Nam.

Disclaimer: This publication represents the views of the authors and does not reflect the position of the Delegation of the European Union to Viet Nam.

Ấn phẩm này được xuất bản bởi Chương trình Hỗ trợ Đối thoại Chiến lược Việt Nam – EU do Liên minh châu Âu tài trợ.

Published with support of EU-Viet Nam Strategic Dialogue Facility funded by the European Union.



VĂN PHÒNG QUỐC HỘI
OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY

THỰC TIỄN VÀ THÁCH THỨC TRONG CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT TẠI VIỆT NAM: CHIA SẺ KINH NGHIỆM CỦA LIÊN MINH CHÂU ÂU

**CHALLENGES AND PRACTICES OF LEGAL TRANSPLANTS
IN VIET NAM: SHARING EUROPEAN EXPERIENCES**

KỶ YẾU HỘI THẢO QUỐC TẾ DO VĂN PHÒNG QUỐC HỘI
TỔ CHỨC VỚI SỰ HỖ TRỢ CỦA LIÊN MINH CHÂU ÂU

PROCEEDINGS OF THE INTERNATIONAL SEMINAR ORGANISED
BY THE OFFICE OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF VIET NAM
WITH THE SUPPORT OF THE EUROPEAN UNION



NHÀ XUẤT BẢN HỒNG ĐỨC
HONG DUC PUBLISHING HOUSE

Hà Nội 2016

LỜI MỞ ĐẦU

Tham khảo, tiếp nhận kinh nghiệm xây dựng và thực thi pháp luật của quốc gia khác phục vụ công tác xây dựng và thực thi pháp luật của quốc gia mình là hiện tượng phổ biến ở nhiều quốc gia trên thế giới. Mô tả hiện tượng này, các học giả (nhất là các học giả về luật so sánh) sử dụng nhiều thuật ngữ khác nhau như “tiếp nhận pháp luật nước ngoài” (reception of law), “chuyển giao pháp luật” (legal transfer), hoặc “khuếch tán pháp luật” (legal diffusion). Tuy nhiên, thuật ngữ “chuyển hóa pháp luật” (legal transplants) (hay còn gọi là “cấy ghép pháp luật”) được sử dụng thông dụng nhất.

Ở nước ta, tham khảo, tiếp nhận, chuyển hóa pháp luật của quốc gia khác phục vụ việc quản trị quốc gia cũng là hiện tượng không mới. Các tài liệu lịch sử còn truyền lại cho thấy từ thời phong kiến, nhiều Bộ luật quan trọng của nước ta đã được xây dựng với sự tham khảo kinh nghiệm của quốc gia khác. Trong bối cảnh toàn cầu hóa, hội nhập mà Việt Nam đang tham gia một cách tích cực và chủ động, khi Việt Nam còn thiếu nhiều kinh nghiệm trong việc xây dựng nền kinh tế thị trường dưới sự quản lý của nhà nước pháp quyền XHCN, việc tham khảo kinh nghiệm pháp luật nước ngoài cho phù hợp với điều kiện, thực tiễn Việt Nam để không mò mẫm, phát minh lại những điều đã biết là điều bình thường. Điều đó cũng là chọn lựa phù hợp khi nguồn lực đầu tư cho công tác nghiên cứu, xây dựng pháp luật ở Việt Nam còn khá hạn chế. Mặt khác, việc tham khảo kinh nghiệm nước ngoài ở Việt Nam sao cho thực sự có tính chọn lọc, tránh rơi vào thái cực sao chép máy móc, thiếu cân nhắc kinh nghiệm nước ngoài cũng là điều mà thực tiễn đang đòi hỏi được giải quyết.

Cho tới nay bản chất, ý nghĩa thực sự của hiện tượng “chuyển hóa pháp luật”, thêm vào đó là những câu hỏi rất thực tiễn như loại quy phạm như thế nào thì có thể chuyển hóa thành công từ pháp luật nước này vào pháp luật nước khác, những yếu tố nào chi phối khả năng tiếp nhận kinh nghiệm nước ngoài của một quốc gia vẫn là những chủ đề gây nhiều tranh luận. Để tạo diễn đàn để các học giả, các nhà hoạt động thực tiễn ở Việt Nam và một số học giả quốc tế trao đổi, nhìn nhận lại hiện tượng này, góp phần chia sẻ những kinh nghiệm tốt của quốc tế phục vụ cho thực tiễn cải cách pháp luật hiện nay ở Việt Nam, ngày 5 và 6 tháng 2 năm 2015, Văn phòng Quốc hội với sự hỗ trợ của Phái đoàn Liên minh Châu Âu ở Việt Nam đã tổ chức Hội thảo **“Chuyển hóa pháp luật ở Việt Nam: Chia sẻ kinh nghiệm ở Châu Âu.”** Chúng tôi xin trân trọng giới thiệu các bài tham luận tại Hội thảo quan trọng này.

PREFACE

Looking to other countries for lessons in formulation and implementation of laws is a pervasive phenomenon in the world. To describe this phenomenon, legal scholars (especially in comparative laws) utilize various terms such as “reception of foreign law”, “legal transfer”, or “legal diffusion”. However, the term “legal transplants” seems to be more widely used.

In Viet Nam, legal transplants is not a new phenomenon. Documents from feudal times show that even in those days, important legal codes in Viet Nam were drafted with reference to foreign legal experiences. In the context of globalization and integration in which Viet Nam is actively participating, when Viet Nam still lacks experiences in building a market economy under the management of rule of law based state, referring to foreign legal experiences to draw necessary lessons to solve practical problems in Viet Nam to avoid the possibility of reinventing what already known is a reasonable choice. This is also suitable for Viet Nam due to its shortage of resources for conducting good researches and formulation of laws. On the other hand, how to conduct a proper legal transplants in Viet Nam to avoid the extreme side of mechanically copying foreign experiences is a pressuring problem in need of resolution.

Until now, the nature and significance of legal transplants together with various relevant questions such as what kinds of legal rules can be transplanted, which factors determine the successes of legal transplants remain topics of heated debate. In order to create a forum for scholars and legal practitioners in Viet Nam and a number

of international scholars to exchange their views and reexamine the phenomenon of legal transplants, sharing good practices from abroad to conduct Viet Nam law reform, on 5-6 February 2015, the Office of the National Assembly of Viet Nam with support of Delegation of the European Union to Viet Nam organized the international seminar “The Challenges and Practices of Legal Transplants in Viet Nam: Sharing European Experiences”. We are pleased to introduce you the proceedings of this important seminar.

LỜI GIỚI THIỆU

Trong lịch sử hình thành và phát triển của Nhà nước và pháp luật Việt Nam, hiện tượng chuyển hoá pháp luật tức là tiếp nhận những yếu tố pháp luật của một nền văn hoá cho việc hoàn thiện pháp luật Việt Nam đã thành một phần trong đời sống pháp lý của Việt Nam từ xa xưa. Tuy nhiên, cho tới nay, nhận thức cũng như lý luận về hiện tượng chuyển hoá pháp luật ở Việt Nam vẫn còn nhiều khoảng trống.

Hiện nay, Việt Nam đang bước vào giai đoạn hội nhập sâu hơn và rộng hơn với sự tham gia những hiệp định thương mại tự do thế hệ mới như Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU (EVFTA), Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) hay tham gia Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC). Một trong những đòi hỏi quan trọng xuất phát từ thực tiễn đó là việc nghiên cứu về vấn đề hội nhập pháp lý. Vấn đề này càng trở nên cấp thiết và có ý nghĩa khi Việt Nam đang triển khai Nghị quyết số 48-NQ/TW của Ban chấp hành Trung ương về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.

Từ nhận thức đó, Văn phòng Quốc hội với sự hỗ trợ kỹ thuật của Phái đoàn Liên minh Châu Âu tại Việt Nam đã tổ chức Hội thảo quốc tế với chủ đề “Thực tiễn và thách thức trong chuyển hóa pháp luật tại Việt Nam: chia sẻ kinh nghiệm của Liên minh Châu Âu”.

Trên cơ sở sự thành công của Hội thảo, nhằm chia sẻ một cách rộng rãi thông tin tham khảo về chuyển hóa pháp luật tới các độc giả, Văn phòng Quốc hội đã tiếp tục phối hợp với Phái đoàn Liên minh Châu Âu tại Việt Nam tổ chức biên tập và xuất bản Kỷ yếu của Hội thảo này.

Có thể nói, cuốn Kỷ yếu là tập hợp các bài viết có chất lượng, có chiều sâu và sát với thực tiễn của những chuyên gia hàng đầu của Châu Âu và Việt Nam hiện nay. Với cuốn Kỷ yếu này, độc giả được cung cấp những vấn đề lý luận về chuyển hóa pháp luật, kinh nghiệm của châu Âu và một số nước Châu Á; thực tiễn và những khuyến nghị dành cho Việt Nam. Cuốn Kỷ yếu này được kỳ vọng sẽ là một tài liệu tham khảo hữu ích dành cho đại biểu Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, các bộ, ban, ngành hữu quan, các nhà nghiên cứu khoa học chính trị - pháp lý trong công việc của mình.

Ngoài ra, ấn phẩm này cũng là minh chứng cho sự hợp tác hiệu quả trong đối thoại giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (EU) nhằm hướng tới sự phát triển toàn diện và có chiến lược của mối quan hệ Việt Nam – EU theo tinh thần của Hiệp định đối tác và Hợp tác toàn diện (PCA).

Văn phòng Quốc hội xin trân trọng giới thiệu tới các Quý độc giả và rất mong nhận được các ý kiến đóng góp để có thể nâng cao chất lượng ấn phẩm trong những lần tái bản tiếp theo.

Hà Nội, tháng 6 năm 2016

Văn phòng Quốc hội

FOREWORD

In the history of the establishment and development of the State and the legal system of Viet Nam, legal transplants as the reception of legal factors from other cultures has become part of Vietnam's legal practices for a long time. However, there remains gaps in the understanding and theories on legal transplants in Viet Nam.

In the current context, Viet Nam is in a stage of more intensive integration with new generation free trade agreements such as the EU-Viet Nam Free Trade Agreement (EU-Viet Nam FTA), the Trans-Pacific Partnership (TPP) or the establishment of the ASEAN Economic Community (AEC). An urgent need drawing from practices is the study of legal integration. This demand has become even more necessary and significant in the implementation of Resolution 48-NQ/TW of the Party's Central Committee on the Strategy for building and improving Vietnam's legal system by 2010 and vision to 2020.

Within that perception, the Office of the National Assembly with technical support from Delegation of the European Union to Viet Nam organized a seminar: "The Challenges and Practices of Legal Transplants in Viet Nam: Sharing European Experiences".

On the basis of the seminar's success and aiming at widely disseminating knowledge about legal transplantation, the Office of the National Assembly in further cooperation with Delegation of the European Union to Viet Nam edited and published the proceedings of the seminar.

It suffices to say that the proceedings are a collection of quality, in-depth and practical papers by current leading European and Vietnamese experts in the field. These proceedings shall provide readers with theoretical issues on legal transplants, experience from Europe and some Asian countries as well as practices and recommendations for Viet Nam. This book is expected to be a useful source of reference for National Assembly Deputies, National Assembly organs, related ministries and authorities and political-legal researchers.

In addition, this publication is a manifestation for the effective cooperation between Viet Nam and the EU toward a comprehensive strategic development of the Viet Nam-EU relationship under the Framework of the Partnership and Cooperation Agreement (PCA).

The Office of the National Assembly would like to introduce this book to the readers and look forward to receiving feedback for higher quality editions in the future.

Hanoi, June 2016
Office of The National Assembly of Viet Nam

LỜI GIỚI THIỆU

An bản này là Kỳ yếu của Hội thảo quốc tế “Thực tiễn và thách thức trong chuyển hóa pháp luật tại Việt Nam: chia sẻ kinh nghiệm của Liên minh châu Âu”, đánh dấu một bước quan trọng trong sự hợp tác giữa Phái đoàn Liên minh châu Âu (EU) và Văn phòng Quốc hội Việt Nam. Chúng tôi hy vọng ấn phẩm này – một phần trong sự hỗ trợ của Phái đoàn EU dành cho Văn phòng Quốc hội trong năm 2015 – sẽ đóng góp vào việc chia sẻ kinh nghiệm và những cách làm tốt nhất với các đối tác Việt Nam, tất cả là nhằm mục đích tạo lập sự hiểu biết chung tốt hơn giữa hai bên chúng ta. Quan trọng hơn, chúng tôi cũng hy vọng rằng ấn bản này sẽ góp phần vào công tác lập pháp quan trọng của Quốc hội Việt Nam. Liên minh châu Âu coi Quốc hội Việt Nam là một trong những cơ quan chủ chốt định hướng cho quá trình hiện đại hóa của Việt Nam. Những đạo luật quan trọng sẽ được thông qua trong năm 2015 và 2016 như Luật Báo chí, Luật về Hội hay Bộ luật Hình sự sẽ đóng vai trò quan trọng trong việc củng cố con đường tiến tới thịnh vượng, tự do và sự tôn trọng quyền con người của Việt Nam được nêu trong Hiến pháp và cũng là cơ sở cho mối quan hệ Liên minh châu Âu – Việt Nam.

Chuyển hóa pháp luật là một chủ đề lý thú và là nguồn của những cuộc tranh luận không ngừng giữa các học giả và giữa các nhà lập pháp. Chuyển hóa pháp luật đã trở thành một nguồn cho những thay đổi trong pháp luật, dù chính thức hay không chính thức kể từ thời kỳ ra đời những bộ luật cổ xưa như Luật La Mã. Hệ thống pháp luật của EU và hệ thống pháp luật của các nước thành viên Liên minh phải thích nghi với bản chất luôn thay đổi của xã hội và do đó luôn ở trong tình trạng thay đổi để phát triển.

Liên minh châu Âu, được đặc trưng bởi một hệ thống xây dựng pháp luật độc đáo, đã chứng tỏ là một nguồn pháp luật dồi dào, tạo nên môi trường pháp lý năng động ở châu Âu, trong đó việc hài hòa hóa pháp luật – một hình thức của chuyển hóa pháp luật – đã trở thành một thực tiễn phổ biến.

Quá trình hài hòa hóa pháp luật của châu Âu với việc đưa ra một bộ chuẩn mực chung để bảo đảm tính nhất quán của các luật, tiêu chuẩn và cách làm tại Thị trường chung châu Âu có thể được trích dẫn như một ví dụ thành công về các chủ đề sẽ được thảo luận trong cuốn sách này.

Chúng tôi tin rằng chia sẻ kinh nghiệm của châu Âu về vấn đề này có thể mang lại giá trị ý nghĩa cho các nhà lập pháp Việt Nam, đặc biệt trong bối cảnh thi hành Hiến pháp mới năm 2013 và nhu cầu thích nghi của hệ thống pháp luật Việt Nam với Hiến pháp mới và cũng là thích nghi với quy trình lập pháp khi Hiến pháp có hiệu lực và với Hiệp định thương mại tự do EU – Việt Nam và Hiệp định Đối tác và Hợp tác EU – Việt Nam.

Chúng tôi tin tưởng rằng với chương trình nghị sự và tham vọng chung này giữa EU và Việt Nam, chúng ta có thể chắc chắn rằng ấn bản này sẽ đóng góp hữu ích cho công tác lập pháp quan trọng của Quốc hội Việt Nam.

Hà Nội, tháng 6 năm 2016

Phái đoàn Liên minh châu Âu tại Việt Nam

FOREWORD

This publication presented as the proceedings of the international seminar on “The Challenges and Practices of Legal Transplants in Viet Nam: Sharing European Experiences” marks an important step in the EU Delegation’s cooperation with the Office of the National Assembly of Viet Nam.

We hope that this publication as part of the EUD’s support to the Office of the National Assembly in 2015 will contribute to sharing European experiences and best practices with Vietnamese partners; all with the aim to create a mutual and better understanding between the two sides. More importantly, we also hope that this publication will contribute to the important legislative work carried out by the National Assembly.

The European Union considers the National Assembly as one of the key institutions that is steering Vietnam’s process of modernization. The important laws that will be approved in 2015 and 2016, like the Press Law, Associations Law, or the Penal Code, will be fundamental to consolidate the path of Viet Nam towards the prosperity, freedom and respect for human rights that are established in the Constitution, and that are also the basis of EU-Viet Nam relations.

The issue of legal transplants is an interesting topic and a source of continuous debate among scholars and legislators. Legal transplants has been a source of legislation, formal or informal, since the days of the ancient legal codes, like the Roman Law. The EU legal system and the legal systems of its Member States have to adapt to the ever-changing nature of society and are therefore in a constantly evolving state.

The EU, which is characterized by a unique law-making system, has proved to be an rich source of legislation, giving rise to a dynamic legal context in Europe, in which the harmonization of legal codes and, as a consequence, some form of legal transplants, has become a common practice.

The European process of legal harmonization that provides a common set of standards to ensure consistency of laws, standards and practices in the European Common Market could be cited as a successful example of the topics that will be discussed in this publication.

We believe that sharing European experiences on this matter can be of great value to Vietnamese legislators, especially in the context created by the new Constitution of 2013 and the need to adapt Vietnamese legislation to the new Charter but similarly also to adapt to the legislative processes, when in force, to the agreement of the EU-Viet Nam Free Trade Agreement and the EU-Viet Nam Partnership Cooperation Agreement.

We believe that with this shared agenda and ambition between the EU and Viet Nam, this publication will certainly be a useful contribution to the important legislative work carried out by the National Assembly.

Hanoi, June 2016

The Delegation of the European Union to Viet Nam

LỜI CẢM ƠN

Kỷ yếu này là sản phẩm hợp tác chung giữa Văn phòng Quốc hội Việt Nam với Phái Đoàn Liên minh châu Âu tại Việt Nam. Trước hết, chúng tôi xin trân trọng cảm ơn các đại biểu Quốc hội, các chuyên gia pháp lý, các nhà khoa học, nhà hoạt động thực tiễn của Châu Âu, Nhật Bản và Việt Nam đã tích cực đóng góp những nguồn tri thức quý báu và bổ ích cho ấn phẩm Kỷ yếu này.

Đặc biệt, Văn phòng Quốc hội xin trân trọng cảm ơn Phái đoàn Liên minh Châu Âu tại Việt Nam đã dành sự hợp tác chặt chẽ, hỗ trợ hiệu quả cho Văn phòng Quốc hội trong thời gian qua.

Chúng tôi cũng trân trọng cảm ơn TS. Nguyễn Văn Cương, Phó Viện trưởng Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp đã rất tâm huyết và dày công biên tập bản thảo của ấn phẩm này nhằm bảo đảm nội dung truyền tải nguyên vẹn với từ ngữ trau chuốt và cách trình bày, sắp xếp hợp lý.

Cuối cùng, chúng tôi xin gửi lời cảm ơn chân thành tới các lãnh đạo đơn vị, các cán bộ trực tiếp phụ trách của Vụ Lễ tân, Thư viện Quốc hội và đối tác là Chương trình hỗ trợ đối thoại chiến lược Việt Nam-EU đã phối hợp hiệu quả trong việc tổ chức Hội thảo và biên soạn Kỷ yếu.

ACKNOWLEDGMENT

This publication is a product of the joint collaboration between the Office of the National Assembly of Viet Nam and the Delegation of the European Union to Viet Nam. First of all, we would like to express great gratitude to National Assembly deputies, experts, scholars and practitioners from Europe, Japan and Viet Nam who participated, presented their research papers and shared their valuable knowledge at the Workshop and contributed to this publication.

Especially, we highly appreciate the close cooperation and effective assistance of the Delegation of the European Union to Viet Nam to the Office of Vietnam's National Assembly so far.

We also would like to express kindly thanks to Dr. Nguyen Van Cuong, Deputy Director of Institute of Legal Science, Ministry of Justice of Viet Nam for preparing and editing the draft of this publication and making sure that the contents of the proceedings are kept but refined.

Finally, we also would like to sincerely thank leaders and officers at the Department of Protocol, the National Assembly Library and the Viet Nam-EU Strategic Dialogue Facility for effective cooperation in organizing the seminar and preparing this publication.

DANH SÁCH CÁC TÁC GIẢ

LIST OF CONTRIBUTORS

Tiến sĩ Nguyễn Sĩ Dũng/Dr. Nguyen Si Dzung

Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội

Vice Chairman of the Office of the National Assembly

Giáo sư, Tiến sĩ Trần Ngọc Đường/Prof. Dr. Tran Ngoc Duong

Nguyên Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội

Former Vice Chairman of the Office of the National Assembly

Giáo sư, Tiến sĩ Norbert Reich/Prof. Dr. Norbert Reich

Đại học Bremen, Cộng hòa Liên bang Đức

University of Bremen Law Faculty, Germany

Giáo sư, Tiến sĩ Helen Xanthaki/Prof. Dr. Helen Xanthaki

Giám đốc chương trình thạc sĩ Luật Quốc tế, Đại học London

Director of the International Postgraduate Laws Programme of the

University of London, United Kingdom

Giáo sư Higuchi Yoichi/Prof. Higuchi Yoichi

Khoa Luật, Đại học Waseda, Thành viên Viện Hàn lâm Nhật Bản

Faculty of Law, Waseda University, Member of the Japan Academy, Japan

Giáo sư, Tiến sĩ khoa học Đào Trí Úc/Prof. Dr. Dao Tri Uc

Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

Faculty of Law, Hanoi National University

Phó Giáo sư, Tiến sĩ Nguyễn Như Phát/

Assoc. Prof. Dr. Nguyen Nhu Phat

Viện trưởng, Viện Nhà nước Pháp Luật

Director, Institute of State and Law

Phó Giáo sư, Tiến sĩ Phạm Duy Nghĩa/

Assoc. Prof. Dr. Pham Duy Nghia

Khoa luật, Đại học kinh tế thành phố Hồ Chí Minh

Faculty of Law, University of Economics, Ho Chi Minh City

Phó Giáo sư, Tiến sĩ Nguyễn Ngọc Điện/

Assoc. Prof. Dr. Nguyen Ngoc Dien

Phó Hiệu trưởng, Đại học Kinh tế - Luật thành phố Hồ Chí Minh

Rector of Ho Chi Minh City University of Economics and Law

Tiến sĩ Nguyễn Văn Cương/Dr. Nguyen Van Cuong

Phó Viện trưởng Viện Khoa học Pháp lý, Bộ Tư pháp

Deputy Director of Institute of Legal Science

Ministry of Justice of Viet Nam

Tiến sĩ Bùi Ngọc Sơn/Dr. Bui Ngoc Son

Khoa Luật - Đại học Quốc gia Singapore

Faculty of Law, National University of Singapore

MỤC LỤC

Lời mở đầu II

Lời giới thiệu..... VI

Lời cảm ơn XIV

Danh sách tác giả..... XVII

PHẦN 1: CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT: NHỮNG KHÍA CẠNH LÝ LUẬN

Tổng quan vấn đề chuyển hóa pháp luật tại Việt Nam và nhu cầu
tham khảo kinh nghiệm quốc tế về chuyển hóa pháp luật của Quốc
hội Việt Nam

Nguyễn Sĩ Dũng 1

Những phương thức tiếp nhận và xích lại gần nhau của pháp luật
các quốc gia trong lịch sử và hiện tại

Đào Trí Úc 7

Một số vấn đề lý luận về chuyển hóa pháp luật: Lý thuyết,
hiện tượng, xu hướng và các yếu tố liên quan

Norbert Reich 23

PHẦN 2: CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT: THỰC TIỄN VIỆT NAM

Nhu cầu và thực tiễn tham khảo kinh nghiệm pháp luật nước ngoài
trong hoạt động lập pháp ở Việt Nam hiện nay

Trần Ngọc Đường 63

Khổng giáo và chuyển hóa pháp luật ở Việt Nam

Bùi Ngọc Sơn..... 69

Hiệu quả của việc du nhập luật nước ngoài vào Luật Cạnh tranh
trên thực tế

Nguyễn Như Phát 101

PHẦN 3: CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT: KINH NGHIỆM CHÂU ÂU VÀ CHÂU Á

Chính sách của các nước châu Âu về chuyển hóa pháp luật
Helen Xanthaki..... 119

Kinh nghiệm chuyển hóa pháp luật trong hoạt động lập pháp ở Châu Âu
Helen Xanthaki..... 153

Thực tiễn chuyển hóa pháp luật tại một số nước châu Á: hiện tượng, các vấn đề phát sinh, khó khăn và xu hướng phát triển
Norbert Reich 183

Bình luận ngắn về khả năng và khó khăn trong việc chuyển hóa văn hóa pháp lý
Higuchi Yoichi..... 223

PHẦN 4: CÁC KHUYẾN NGHỊ CHO VIỆT NAM

Nhìn lại lý thuyết và kinh nghiệm tiếp nhận pháp luật
Phạm Duy Nghĩa 245

Khuyến nghị các giải pháp xử lý vấn đề tiếp thu kinh nghiệm pháp luật nước ngoài trong bối cảnh của Việt Nam
Nguyễn Văn Cương 253

TABLE OF CONTENT

Preface.....	IV
Foreword	VIII
Acknowledgement.....	XV
List of contributors	XVII

PART 1: LEGAL TRANSPLANTS: THEORETICAL ISSUES

Overview of legal transplantation in Viet Nam and the need for sharing international experience on legal transplants of Vietnam's National Assembly

Nguyen Si Dzung 1

Methods of legal transplants and legal convergence in the history and at the present time

Dao Tri Uc 7

Theoretical issues on legal transplants: Theories, Phenomena, Trends and Relevant Factors

Norbert Reich 43

PART 2: LEGAL TRANSPLANTS: PRACTICE IN VIET NAM

Demands and practices of legal transplants in legislative activities in Viet Nam

Tran Ngoc Duong 63

Confucianism and legal transplants in Viet Nam

Bui Ngoc Son 69

Effectiveness of transposing foreign legal rules into Vietnam's Competition Law

Nguyen Nhu Phat 101

PART 3: LEGAL TRANSPLANTS: EXPERIENCES IN EUROPE AND ASIA

European Countries’ Policies on legal transplants
Helen Xanthaki 137

Lesson-drawing from legal transplants activities in Europe
Helen Xanthaki 169

Practices on legal transplants in some Asian Countries:
Phenomenons, Arising Issues, Difficulties and Trend for Development
Norbert Reich 203

A brief comment on the possibility and the difficulties of
transplantation of legal culture
Higuchi Yoichi 233

PART 4: RECOMMENDATIONS FOR VIET NAM

Reviewing theories and experiences of legal transplants
Pham Duy Nghia 245

Recommendations for approaches to legal transplants in Viet Nam
Nguyen Van Cuong 253

MỘT SỐ HÌNH ẢNH VỀ HỘI THẢO TẠI VIỆT NAM NGÀY 5-6 THÁNG 2 NĂM 2015



Hội thảo về Chuyển hóa pháp luật tại Việt Nam
5-6 Tháng 2 năm 2015



Giáo sư, Tiến sĩ Phan Trung Lý,
Chủ nhiệm Ủy ban Pháp luật của Quốc hội



Bà Delphine Malard,
Trưởng ban Chính trị, Báo chí và Thông tin,
Phái đoàn Liên minh châu Âu



Tiến sĩ Nguyễn Sĩ Dũng,
Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội



Giáo sư, Tiến sĩ Trần Ngọc Đường,
Nguyên Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội



Tiến sĩ Helen Xanthaki,
Giám đốc chương trình thạc sĩ Luật Quốc tế
Đại học London



Tiến sĩ Hoàng Minh Hiếu,
Giám đốc Thư viện Quốc hội
Văn phòng Quốc hội



Giáo sư, Tiến sĩ Norbert Reich
Đại học Bremen, Cộng hòa Liên bang Đức



Phó Giáo sư, Tiến sĩ Nguyễn Ngọc Điện,
Phó Hiệu trưởng
Đại học Kinh tế Luật TP. Hồ Chí Minh



Giáo sư, Tiến sĩ Phạm Duy Nghĩa,
Khoa Luật
Đại học kinh tế thành phố Hồ Chí Minh



Tiến sĩ Nguyễn Văn Cương,
Phó Viện trưởng Viện khoa học Pháp lý,
Bộ Tư pháp



Tiến sĩ, Luật sư Lê Thành Vinh,
Phó Tổng giám đốc Công ty Luật SMIC



PHẦN 1
CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT:
NHỮNG KHÍA CẠNH LÝ LUẬN

PART 1
LEGAL TRANSPLANTS:
THEORETICAL ISSUES

TỔNG QUAN VẤN ĐỀ CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT TẠI VIỆT NAM VÀ NHU CẦU THAM KHẢO KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VỀ CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT CỦA QUỐC HỘI VIỆT NAM

Nguyễn Sĩ Dũng

Chuyển hóa pháp luật vừa là vấn đề mới vừa là vấn đề cũ của Việt Nam hiện nay. Vấn đề cũ vì thực tế pháp luật Việt Nam đã có hiện tượng du nhập pháp luật từ rất lâu đời. Chúng ta có thể thấy pháp luật của Trung Hoa, Pháp đã du nhập vào nước chúng ta. Vấn đề mới là các nghiên cứu của Việt Nam về vấn đề này còn thiếu, chưa toàn diện, nên cách hiểu chuyển hóa pháp luật chưa sâu sắc, chưa chính thống, chưa có hệ thống lý luận cũng như các nguyên tắc cơ bản dẫn dắt các hành động lập pháp của chúng ta trong lĩnh vực này.

Một câu hỏi được đặt ra là chuyển hoá pháp luật ở Việt Nam cần được hiểu như thế nào? Ở Việt Nam đang sử dụng các thuật ngữ khác nhau về vấn đề này như du nhập pháp luật, tham khảo luật nước ngoài, chuyển hóa pháp luật, cấy ghép pháp luật... Rất nhiều ngôn ngữ được sử dụng ở đây. Một khái niệm căn bản và sáng rõ thì quả thực chưa hình thành.

Chuyển hóa pháp luật trong thông lệ của thế giới được hiểu theo hai hướng cơ bản, đó là cách hiểu theo chiều dọc, từ tham khảo quy định của các tổ chức quốc tế đến việc hoàn thiện quy định pháp luật của các quốc gia (nội luật hóa) và chiều ngang là tham khảo luật của các quốc gia khác trong cùng một vấn đề để xây dựng quy định pháp luật trong

nước (tham khảo pháp luật nước ngoài). Vậy thì chuyển hoá pháp luật và nội luật hoá khác nhau ở chỗ nào? Sau đây là một số phân tích các điểm khác nhau giữa chuyển hóa pháp luật và nội luật hóa:

- **Về tính chủ động**, chuyển hóa pháp luật là chủ động trong việc lựa chọn các nội dung tư tưởng pháp luật du nhập vào nước tiếp nhận. Còn nội luật hóa là thực hiện theo các điều ước quốc tế, là nghĩa vụ của mỗi quốc gia.

- **Về phạm vi áp dụng**, chuyển hóa pháp luật là mọi giá trị của các văn bản pháp luật đều có thể nghiên cứu và xem xét, còn nội luật hóa chỉ áp dụng cho các điều ước, các thoả thuận quốc tế.

- **Về tính chính thức**, chuyển hóa pháp luật tiến hành qua nhiều kênh không chính thức tác động đến nhiều đối tượng và thẩm thấu vào mỗi chính sách, còn nội luật hóa có tính chính thức cao hơn khi đưa nội dung một quy định pháp lý quốc tế vào văn bản pháp luật trong nước là nghĩa vụ của mỗi quốc gia. Về cách thức thực hiện, chuyển hóa pháp luật phải đưa vào dự thảo văn bản quy phạm pháp luật và cần các cơ quan có thẩm quyền xem xét thông qua, còn với nội luật hóa, có thể áp dụng trực tiếp các điều ước quốc tế hoặc ban hành văn bản mới để thực hiện nội dung các điều ước quốc tế.

Thứ hai là vấn đề lịch sử chuyển hóa pháp luật ở Việt Nam. Việc du nhập pháp luật nước ngoài vào Việt Nam được hình thành khá lâu. Từ thời tái lập quốc gia năm 938 đến thời kỳ phong kiến cuối thế kỉ thứ 19, Việt Nam đã tiếp nhận và bị ảnh hưởng sâu sắc bởi tư tưởng pháp luật, văn hóa pháp lý Trung Quốc. Ngay như các bộ hình luật của chúng ta thời phong kiến, mô hình nhà nước thời phong kiến gồm các Bộ cũng chịu ảnh hưởng nhiều bởi mô hình Trung Quốc. Chúng ta cũng thấy, trong thời kỳ Pháp đô hộ từ năm 1858 đến năm 1945, pháp luật Việt Nam cũng bị ảnh hưởng của pháp luật Cộng hoà Pháp khá rõ, thể hiện

qua các văn bản pháp luật, đặc biệt là các vấn đề liên quan đến dân sự. Thậm chí, trong thời kỳ này một số Bộ Luật dân sự cũng được ban hành. Tiếp theo đó, trong thời kỳ xây dựng xã hội chủ nghĩa giai đoạn năm 1954 - 1986, Việt Nam chịu ảnh hưởng sâu sắc bởi tư tưởng pháp luật của Liên Xô (Xô Viết) trong nhiều lĩnh vực, và ảnh hưởng của nó vẫn còn tiếp tục cho đến ngày hôm nay (trong mô thức tổ chức quyền lực, vấn đề quy định hình thức sở hữu...). Trong giai đoạn tiếp theo, từ thời kỳ Đổi mới tính từ năm 1986 cho đến nay thì việc du nhập pháp luật vào Việt Nam khá đa dạng, trong đó có sự du nhập nhiều tư tưởng pháp luật của các nước phương Tây, đặc biệt là trong lĩnh vực kinh tế và một phần trong tổ chức bộ máy nhà nước, ví dụ các tư tưởng về các cơ quan nhà nước kiểm soát lẫn nhau, tư tưởng về pháp quyền.

Thứ ba, về thực tiễn hoạt động du nhập pháp luật nước ngoài ở Việt Nam, Luật Ban hành các văn bản pháp luật không quy định bắt buộc các cơ quan soạn thảo, thẩm tra, thông qua luật phải tham khảo tư liệu nước ngoài. Vấn đề này không được quy định chính thức trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008 (Điều 42 khoản 1) chỉ quy định trong hồ sơ trình dự án luật, ngoài các tài liệu cơ bản, cơ quan trình có thể gửi thêm tài liệu khác. Một trong các tài liệu phổ biến là báo cáo về quy định pháp luật một số nước trên thế giới về vấn đề dự án luật điều chỉnh. Đó là thực tiễn mà trong thời gian vừa qua chúng ta thấy.

Về cách thức du nhập pháp luật cơ bản của Việt Nam, sự du nhập này thường chuyển qua trung gian, qua tài liệu, qua các sự kiện mà chủ yếu là các hội thảo, các chuyến đi nghiên cứu. Thông qua các hoạt động đó, các tư tưởng pháp lý được chuyển hoá và pháp luật nước ngoài đã được du nhập vào hệ thống pháp luật Việt Nam một cách rất linh hoạt và đôi khi không thể thấy được hết là pháp luật nước ngoài đã được du nhập.

Chính phủ thường trình các bản so sánh kinh nghiệm nước ngoài đối với các vấn đề tương ứng. Trong tờ trình thường đưa ra kinh nghiệm nước ngoài như là cơ sở tham khảo đưa ra các chính sách. Các Ủy ban thẩm tra cũng có sự tham khảo sâu rộng pháp luật nước ngoài, đặc biệt là qua dịch, qua các báo cáo nghiên cứu so sánh, nghe chuyên gia trong và ngoài nước tư vấn, hoặc tham khảo quốc tế qua tham gia hội thảo, hội nghị. Nhiều Ủy ban của Quốc hội làm rất kỹ về vấn đề này. Còn các đại biểu Quốc hội tham khảo kinh nghiệm nước ngoài bằng cách tham gia các sự kiện hội thảo, hội nghị, đọc tài liệu, và một số đại biểu đi nghiên cứu thực tế. Các cơ quan như Thư viện Quốc hội và Viện Nghiên cứu lập pháp hỗ trợ thông tin cho Quốc hội, Đại biểu Quốc hội qua báo cáo nghiên cứu so sánh, tổng hợp thông tin. Ngoài ra, còn có sự tham gia của các viện nghiên cứu, các trường đại học.

Thứ tư, về những ưu và nhược điểm của việc tham khảo kinh nghiệm nước ngoài. Có thể nhận thấy những ưu điểm và cả những nhược điểm của việc chuyển hóa pháp luật như sau:

Về những ưu điểm của việc chuyển hóa pháp luật:

- Tham khảo kinh nghiệm nước ngoài giúp chúng ta tiếp cận các tư tưởng, các triết lý, nội dung pháp lý, pháp luật tiên tiến hiện đại. Nhiều khi một vấn đề sẽ được giải quyết nếu chúng ta có một ý tưởng sáng tỏ và phù hợp. Việc dẫn dắt bởi một triết lý sẽ gợi mở cho chúng ta rất nhiều trong các lĩnh vực, và mở rộng khả năng tư duy, giúp gợi mở nhiều vấn đề để chúng ta giải quyết.

- Hòa nhập được với pháp luật nước ngoài là rất quan trọng trong quá trình hội nhập, đặc biệt là cuối năm nay sẽ hình thành Cộng đồng kinh tế ASEAN, chúng ta ký một loạt các hiệp định thương mại tự do với nhiều nước trên thế giới. Trong quá trình hội nhập, hòa nhập pháp luật cũng là một vấn đề rất quan trọng.

- Gỡ được các bế tắc trong việc tìm kiếm giải pháp pháp lý hay là giải pháp lập pháp trong một số lĩnh vực mà Việt Nam thiếu kinh nghiệm (mang thai hộ, đánh thuế...). Đối với các vấn đề dạng này, kinh nghiệm nước ngoài giúp ích chúng ta rất nhiều.

Về những nhược điểm của việc chuyển hóa pháp luật:

- Trong việc tham khảo kinh nghiệm nước ngoài, nhược điểm lớn nhất là pháp luật đôi khi xa rời thực tiễn, điều mà các chuyên gia và báo chí đã nói là “Luật ở trên trời, cuộc đời dưới đất”, tức là luật chúng ta du nhập một cách cứng nhắc (ví dụ Hiến pháp năm 1980 nói về quyền có nhà ở của người dân là ảnh hưởng của pháp luật Xô Viết...).

- Khó thực hiện trong thực tiễn do không tương thích với đặc điểm pháp luật, văn hoá, truyền thống của Việt Nam (Ví dụ pháp luật về trọng tài kinh tế...). Thực tiễn về nhu cầu pháp luật ở Việt Nam rất lớn bởi tốc độ ban hành pháp luật tăng nhanh qua các năm, và đặc biệt là từ thời kỳ Đổi mới rất nhiều văn bản được thông qua. Một đạo luật của Việt Nam gồm rất nhiều nội dung, chính sách. Nhu cầu tham khảo luật nước ngoài của Việt Nam ngày càng lớn, nhất là trong nhiều lĩnh vực mới mà Việt Nam còn thiếu kinh nghiệm lập pháp và thi hành pháp luật như thể chế kinh tế, hội nhập, luật sở hữu trí tuệ.... Việc gia nhập các tổ chức quốc tế cũng đặt ra nhu cầu tham khảo pháp luật ngày càng tăng.

Thứ năm, bên cạnh những ưu điểm và nhược điểm, việc du nhập pháp luật nước ngoài ở Việt Nam cũng gặp những khó khăn nhất định như: Thiếu cách tiếp nhận và chọn lựa giữa những quốc gia phát triển hay những quốc gia có tính chất xã hội tương đồng; Các nhà lập pháp trong nhiều trường hợp không hiểu được cội nguồn văn bản nước ngoài; Việc chọn lựa giải pháp lập pháp có thể bị ảnh hưởng bởi quan điểm chủ quan bởi người soạn thảo.

Chính vì vậy, Hội thảo này là cơ hội để các đại biểu trao đổi, thảo luận, tìm hiểu, làm rõ những vấn đề như:

Thứ nhất, tìm hiểu các lý thuyết phổ biến trên thế giới và EU về việc chuyển hóa pháp luật để Việt Nam có thể tham khảo, nghiên cứu và ứng dụng những yếu tố hợp lý phục vụ việc hoàn thiện hệ thống pháp luật ở Việt Nam;

Thứ hai, tham khảo kinh nghiệm thực tiễn của các nước về du nhập và tiếp nhận pháp luật ở nước ngoài, thành công và thất bại của các nước đó;

Thứ ba, đánh giá một số trường hợp du nhập pháp luật nước ngoài tại Việt Nam và rút ra bài học thực tiễn;

Thứ tư, xem xét những nhân tố, yếu tố trực tiếp và gián tiếp ảnh hưởng và liên quan đến hoạt động chuyển hóa pháp luật nhất là trong giai đoạn soạn thảo và thông qua dự thảo luật để từ đó có những kiến nghị cho việc tham khảo tài liệu nước ngoài một cách hiệu quả.

NHỮNG PHƯƠNG THỨC TIẾP NHẬN VÀ XÍCH LẠI GẦN NHAU CỦA PHÁP LUẬT CÁC QUỐC GIA TRONG LỊCH SỬ VÀ HIỆN TẠI

Đào Trí Úc

Trong thời đại ngày nay - thời đại của toàn cầu hóa, mở cửa và hội nhập quốc tế, cho dù còn có sự tương đồng hay khác biệt nhất định thì sự tương tác và hợp tác pháp luật giữa các quốc gia là một tất yếu khách quan và trên cơ sở đó đã hình thành những con đường cho sự xích lại gần nhau hơn của các hệ thống pháp luật quốc gia, dân tộc.

Lịch sử hình thành và phát triển pháp luật trên thế giới và ở Việt Nam cho thấy sự xích lại gần nhau của pháp luật các nước thường chịu sự tác động to lớn từ các yếu tố lịch sử, các yếu tố chính trị, địa chính trị của quá trình hợp tác, hội nhập trong phạm vi khu vực và phạm vi toàn cầu. Sau đây, chúng ta sẽ xem xét cụ thể hơn những yếu tố đó đã thể hiện dưới những hình thức, phương thức cụ thể như thế nào.

I. SỰ TÁC ĐỘNG CỦA CÁC YẾU TỐ LỊCH SỬ, CHÍNH TRỊ VÀ ĐỊA CHÍNH TRỊ

Xét về mặt lịch sử, nhiều hệ thống pháp luật đã ra đời trên cơ sở các tập quán và tục lệ của cư dân tồn tại lâu đời trên các lãnh thổ của họ, trong số đó có thể kể đến các hệ thống pháp luật lớn hiện nay của các nước Anh, Đức, Ý, Tây Ban Nha - những hệ thống pháp luật được sinh ra từ các tập quán và tục lệ được hình thành và áp dụng tại các lãnh địa phong kiến cát cứ ở châu Âu. Trong trường hợp này vai trò của pháp luật bản địa là rất quan trọng và đã để lại những dấu ấn rất đậm nét

trong nội dung các chế định pháp lý, kể cả trong phương thức quản trị quốc gia, trong mối quan hệ phân quyền cho địa phương v.v.

Pháp luật của nhiều quốc gia cũng đã hình thành và phát triển dưới tác động các cuộc chiến tranh và mở rộng thuộc địa. Đằng sau tiếng vỗ ngựa và tiếng đại bác là sự áp đặt các quy tắc pháp lý. Bộ luật Dân sự của Hoàng đế Napoleon năm 1804 đã có tầm ảnh hưởng to lớn đến toàn bộ sự phát triển về sau này đến nền pháp luật và văn hóa pháp luật nhiều nước châu Âu. Người ta nói rằng, Bộ luật dân sự năm 1838 của Hà Lan là bản dịch nguyên vẹn từ tiếng Pháp sang tiếng Hà Lan. Nhiều nhà nghiên cứu Việt Nam cũng cho rằng, Bộ luật năm 1815 của Hoàng đế Gia Long dưới tên gọi khác là Hoàng Việt luật lệ là bản sao của Đại Thanh luật lệ có hiệu lực từ 1740 đến năm 1910 ở Trung Quốc, đã được triều đình Nguyễn Gia Long cho chỉnh sửa trên cơ sở tiếp nhận các quy tắc của Bộ luật Hồng Đức của Việt Nam thời kỳ thế kỷ XV - XVIII.

Sự ảnh hưởng lẫn nhau cũng như sự tiếp nhận pháp luật và các giá trị pháp luật còn là hệ quả của sự gần gũi của các yếu tố lịch sử, văn hóa, ngôn ngữ và lối sống của dân cư. Từ đó là sự tương đồng về văn hóa pháp lý, quan niệm và quan điểm về quản trị quốc gia, ý thức pháp luật và phương thức làm luật của các nhà cai trị. Ví dụ lịch sử vừa nêu về pháp luật Việt Nam thời Nguyễn Gia Long và pháp luật nhà Thanh ở Trung Quốc là một minh chứng cho điều này. Theo đó, cả hai nền pháp luật đều coi tư tưởng pháp luật Nho giáo là căn cứ lý luận chỉ đạo nguyên tắc lập pháp, cả hai nền chính trị đều lấy sự kết hợp tư tưởng chính danh của Khổng Tử với cơ chế gia đình, gia tộc trong cai trị. Có ý kiến rất xác đáng cho rằng, Nguyễn Gia Long đã không sao chép một cách máy móc Bộ luật của nhà Đại Thanh mà đã tiếp thu nó trên tinh thần Nho giáo một cách chủ động để xây dựng nền văn hóa cai trị sánh ngang với triều đình phong kiến Trung Quốc.

Những thí dụ tương tự có thể tìm thấy trong mối ảnh hưởng của pháp luật Liên Xô đối với hệ thống pháp luật các nước XHCN trước đây bởi các nước đó có cùng hệ tư tưởng Mác - Lê nin và phương thức đào tạo pháp luật; sự tương đồng về chế độ chính trị và kinh tế là động lực mạnh mẽ nhất cho sự tiếp nhận pháp luật. Mối quan hệ gần gũi của pháp luật các nước Scandinavia như Thụy Điển, Na-uy, Đan Mạch, nhất là sự giống nhau nhiều mặt trong lĩnh vực pháp luật của các nước đó về thương mại, vận tải biển, về tài chính - ngân hàng là điều kiện tự nhiên của sự giao thoa pháp luật.

Trong sự tương tác pháp luật thì yếu tố tác động đáng kể phải kể đến ảnh hưởng của quá trình hỗ trợ về pháp luật (“Legal assistance”). Trong quá trình hoạt động hỗ trợ này, sự hướng tới lẫn nhau đã có thể thấy rất rõ từ hai phía: phía các chuyên gia pháp luật nước ngoài và phía các nhà làm luật, các chuyên gia pháp luật của nước được hỗ trợ.

Theo đó, các chuyên gia từ các nước hay tổ chức hỗ trợ pháp luật, thường chia sẻ kinh nghiệm lập pháp của nước mình, mang đến cho nước sở tại những nguyên tắc, những chế định pháp lý nhằm cấy ghép vào hệ thống pháp luật hay các văn bản pháp luật của nước sở tại. Còn từ phía nước sở tại, cũng không hiếm các trường hợp các nhà lập pháp ở đó đã mong muốn được tiếp nhận một chế định của nước ngoài mà họ cho là cần thiết, thậm chí bê nguyên xi vào trong cơ thể pháp lý nước mình. Minh chứng cho điều đó là những thay đổi được coi là “chóng mặt” trong hệ thống tư pháp các nước Đông Âu sau Liên xô sụp đổ, hoặc sự ra đời nhanh chóng của các thiết chế mới như Tòa án Hiến pháp hoặc Hội đồng Hiến pháp ở một số nước v.v.

II. NHỮNG HÌNH THỨC TIẾP NHẬN VÀ XÍCH LẠI GẦN NHAU CỦA PHÁP LUẬT CÁC QUỐC GIA TRONG THỜI ĐẠI NGÀY NAY

2.1. Áp dụng quy phạm pháp luật xung đột

Nội dung chủ đạo của phương pháp áp dụng quy phạm pháp luật xung đột là tìm luật của một quốc gia để áp dụng cho việc điều chỉnh các giao dịch thương mại quốc tế trên cơ sở các quy phạm xung đột, tức là *quy phạm gián tiếp dẫn chiếu* tới luật quốc gia được áp dụng. Nhiều công ước quốc tế đã được ban hành làm cơ sở giúp các bên lựa chọn luật áp dụng, trong đó nổi bật nhất là Công ước Rome 1980 về luật áp dụng cho nghĩa vụ hợp đồng, Quy tắc Rome (The Rome I Regulation) thay thế Công ước Rome năm 1980, Công ước La Hay năm 1955 về luật áp dụng cho mua bán hàng hóa quốc tế, Công ước La Hay năm 1986 về luật áp dụng đối với hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, Công ước Liên Mỹ về luật áp dụng đối với các hợp đồng quốc tế, Luật Thương mại thống nhất của OHADA...

Xét về lý luận, sẽ là lý tưởng nhất nếu quốc gia có đầy đủ các quy phạm pháp luật để điều chỉnh tất cả các vấn đề nảy sinh trong các giao dịch thương mại quốc tế, hoặc chẳng hạn, nếu cộng đồng quốc tế hoặc khu vực có khả năng ban hành những điều ước quốc tế chung có khả năng bao quát mọi khía cạnh khác nhau của giao dịch quốc tế. Nhưng điều đó là không tưởng! Có chăng, chỉ là những văn bản có tính chất luật mẫu cho một số lĩnh vực thương mại quốc tế như: mua bán quốc tế, vận tải quốc tế, thanh toán quốc tế. Tuy nhiên, còn rất nhiều lĩnh vực thậm chí chưa có một quy tắc áp dụng chung nào, chẳng hạn lĩnh vực bảo hiểm. Mặt khác, nếu xem xét kỹ hơn chúng ta cũng sẽ thấy nhiều công ước quốc tế hiện hành cũng không điều chỉnh hết các vấn đề có liên quan, ví dụ Công ước Viên về mua bán hàng hóa quốc tế năm 1980.

Việc áp dụng quy phạm pháp luật xung đột cũng có hai mức độ khác nhau. Đối với các tòa án, việc áp dụng quy phạm pháp luật xung đột được thực hiện theo đúng quy định của quy phạm pháp luật trong nước hoặc của điều ước quốc tế liên quan đến việc áp dụng quy phạm pháp luật xung đột. Trong khi đó, các Trọng tài thương mại quốc tế có thể áp dụng các quy phạm pháp luật xung đột mà Hội đồng trọng tài cho là thích hợp trong quá trình tìm luật áp dụng. Điều 14 Luật Trọng tài Thương mại của Việt Nam, Điều 1946 Bộ luật Tố tụng Dân sự Pháp và Điều 1054 Bộ luật Tố tụng Dân sự Hà Lan đều quy định rằng, trong trường hợp các bên không có lựa chọn về luật áp dụng thì Trọng tài quyết định áp dụng quy phạm được cho là thích hợp, tức là không đòi hỏi trọng tài viên phải tìm kiếm các quy phạm pháp luật xung đột của pháp luật trong nước. Như vậy, thẩm quyền áp dụng quy phạm pháp luật xung đột là yếu tố khác biệt giữa tòa án và Trọng tài thương mại quốc tế. Đó cũng chính là xu hướng chung của Trọng tài thương mại quốc tế. Đây là biểu hiện cụ thể của học thuyết “Lex mercatoria” khẳng định một nguyên tắc lớn hơn là nguyên tắc về sự độc lập của các bên giao kết, thừa nhận quyền của các bên trong việc lựa chọn luật áp dụng đối với hợp đồng.

Điều 4 Bộ luật Dân sự 2005 và Điều 11 Luật Thương mại năm 2005 của Việt Nam coi quy định về nguyên tắc tự do, tự nguyện thỏa thuận là một trong những nguyên tắc cơ bản hàng đầu. Nguyên tắc về quyền của các bên tự do lựa chọn luật áp dụng được ghi nhận trong pháp luật của hầu hết các quốc gia trên thế giới và cũng là nguyên tắc nền tảng của các công ước quốc tế (Điều 3 Công ước Rome 1980 về luật áp dụng đối với các nghĩa vụ hợp đồng, phần 11 của Quy tắc Rome I thay thế cho Công ước Rome năm 1980 về luật áp dụng đối với các nghĩa vụ hợp đồng, Điều 7 Công ước La Hay năm 1986 về luật áp dụng đối với các hợp đồng mua bán hàng hóa...).

a. Lựa chọn của các bên về luật áp dụng

Các bên có thể lựa chọn luật áp dụng trước hoặc sau khi ký kết hợp đồng và sự lựa chọn ấy phải được thể hiện rõ ràng thông qua các điều kiện hợp đồng hoặc thông qua toàn bộ các tình tiết có liên quan đến hợp đồng. Thỏa thuận về luật áp dụng có thể là một điều khoản của hợp đồng, hoặc có thể được ghi nhận riêng một cách độc lập so với hợp đồng, cũng có thể bằng cách viện dẫn một văn bản khác, viện dẫn hợp đồng mẫu. Ví dụ, thực tiễn hàng hải quốc tế đã xuất hiện nhiều loại mẫu hợp đồng thông dụng như mẫu hợp đồng thuê tàu chuyển GENCON do BIMCO soạn thảo năm 1922, mẫu POLCOAL của Ba Lan phát hành năm 1971 dùng để thuê tàu chở than và mẫu AMWELSH phát hành năm 1993 dùng để chở than, mẫu EXONVOY, MOBIVoy 96, SHELLVOY do Mỹ phát hành dùng để thuê tàu chở dầu, mẫu CEMENCO của Mỹ phát hành năm 1922 để thuê tàu chở xi măng, mẫu NOGRAIN 89 của Hiệp hội môi giới và đại lý Mỹ dùng thuê chở ngũ cốc... Mẫu hợp đồng NORGRAIN 89 và mẫu AMWELSH 93 chở than đưa ra cách lựa chọn luật áp dụng như sau: “Tất cả mọi tranh chấp phát sinh từ hợp đồng sẽ được giải quyết bằng trọng tài tại London và theo luật của Anh, trừ phi các bên thỏa thuận ngay lập tức sử dụng trọng tài duy nhất và sẽ được giải quyết theo phán quyết cuối cùng của 2 trọng tài trong khu vực kinh doanh tại London là thành viên của Sở giao dịch thuê tàu và chuyên chở Baltic”.

Quan điểm chung là việc lựa chọn địa điểm giải quyết tranh chấp được coi như không có sự thỏa thuận của các bên về luật áp dụng và do đó thẩm quyền lựa chọn này thuộc về cơ quan tài phán. Tuy nhiên, cũng có ý kiến cho rằng, “việc các bên im lặng cần được hiểu là mặc nhiên lựa chọn luật áp dụng nếu đã có sự rõ ràng trong việc xác định thẩm quyền tài phán đối với vụ việc tranh chấp. Chẳng hạn, các bên diễn đạt như sau: “theo thẩm quyền xét xử tại thành phố Hamburg” có nghĩa là

mặc nhiên và im lặng thừa nhận luật áp dụng là luật của Đức, hoặc nếu các bên diễn đạt “mọi tranh chấp sẽ được giải quyết bởi Trọng tài tại London” có nghĩa đó là sự lựa chọn luật của Anh”¹. Khái niệm “luật áp dụng” luôn bao hàm luật hiện hành, đang có hiệu lực và loại trừ sự lựa chọn trừu tượng. Việc các bên đề xuất chọn một hệ thống pháp luật của một quốc gia không có trong thực tế tại thời điểm giao kết (chẳng hạn, luật của nước Phổ, Bộ luật Hồng Đức của Việt Nam v.v.), hoặc luật đã không còn hiệu lực cũng như những điều ước quốc tế chưa phát sinh hiệu lực hoặc các luật mẫu đều không có giá trị và do đó không được coi là sự lựa chọn luật áp dụng. Trường hợp này không bao gồm trong đó sự kế thừa hệ thống pháp luật, như trong trường hợp các bên chọn luật của Cộng hòa Dân chủ Đức, luật của Liên Xô trước đây khi các điều kiện khách quan cơ bản khác của hợp đồng bắt nguồn từ thời kỳ đó mà tới nay vẫn chưa chấm dứt.

Khái niệm “luật áp dụng” cũng thường được sử dụng cho trường hợp khi các bên không chọn luật của một quốc gia cụ thể nào hoặc không chọn các điều ước quốc tế mà lại chọn áp dụng “các nguyên tắc pháp lý chung” hoặc “thông lệ thương mại quốc tế”. Thực chất, đây là biểu hiện của học thuyết về “Luật thương mại” (Lex mercatoria) xem xét chủ yếu trên bình diện luật công bằng (ex aequo et bono). Theo học thuyết này, cơ sở để xác lập một trật tự pháp lý cho hoạt động kinh doanh quốc tế không thể là luật của một quốc gia hay các điều ước quốc tế, mà phải là các thông lệ thương mại quốc tế. Chính vì thế, Bộ Nguyên tắc Hợp đồng thương mại quốc tế năm 1994, sửa đổi vào các năm 2004 và 2010 (PICC) đã ra đời. Ngoài ra, còn có một bộ quy tắc tương tự Bộ Nguyên tắc Hợp đồng Thương mại châu Âu (PECL) năm 1998, theo đó, các bên chỉ cần thỏa thuận rằng, họ sẽ áp dụng “các

1 ¹ Konrad Zweigert và Hein Kotz: Einführung in Die Rechtsvergleichung au dem Gebiete des Privatrechts. J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1984, tr.95.

nguyên tắc pháp lý chung” thì tòa án và trọng tài có thể lấy căn cứ từ các nguyên tắc của Unidroit (PICC) hoặc PECL.

Như vậy, việc các bên được phép áp dụng luật của một quốc gia cho việc giải quyết tranh chấp thuộc quan hệ luật tư đã trở thành một nguyên tắc chủ đạo của Tư pháp quốc tế, được Văn phòng thường trực về Tư pháp quốc tế (tiền thân của Tòa án quốc tế của Liên hợp quốc) ghi nhận vào năm 1929 trên cơ sở kết quả giải quyết vụ tranh chấp giữa chính phủ Nam Tư và chính phủ Bra-xin về khoản vay tín dụng. Theo đó, “mọi hợp đồng, nếu như không phải là hợp đồng giữa các quốc gia với tính cách là chủ thể của Luật quốc tế, thì đều có thể tìm thấy căn cứ nằm trong pháp luật của một quốc gia nào đó”².

Việc lựa chọn luật áp dụng có thể là toàn phần hay từng phần đối với hợp đồng. Theo đó, quyền và nghĩa vụ của các bên có thể được xác định theo luật của một quốc gia này, còn trách nhiệm của các bên lại có thể được xác định theo luật của một quốc gia khác. Chẳng hạn, theo Điều 27 Bộ luật Dân sự Đức các bên có quyền lựa chọn luật cho cả hợp đồng hoặc theo từng phần của hợp đồng. Điều 1210 Bộ luật Dân sự Liên bang Nga cũng có quy định tương tự. Công ước Rome năm 1980 về luật áp dụng cho các nghĩa vụ hợp đồng và Quy tắc Roma I thay thế cho Công ước Rome năm 1980 về luật áp dụng cho các nghĩa vụ hợp đồng cũng đặt ra khả năng áp dụng luật theo từng phần của hợp đồng.

b. Lựa chọn của cơ quan tài phán về luật áp dụng

Công ước Rome 1980 (Điều 4), Quy tắc Rome I thay thế cho Công ước Rome năm 1980 xác định rằng khi các bên không chỉ rõ luật áp dụng, tòa án và trọng tài được quyền áp dụng *luật của quốc gia được coi là gần gũi nhất với các điều kiện của hợp đồng*. Quy tắc này (còn gọi là

2 Jessup. Transitional Law – Storrs on jurisprudence (Yale Law School, 1956, P.197).

Quy tắc về Luật thích hợp của Hợp đồng - “Proper Law of the Contract”) được áp dụng rộng rãi trong thực tiễn giải quyết tranh chấp hợp đồng tại các nước Anh-lô-Sắc-xông, về sau cũng rất phổ biến ở các quốc gia khác (trong Bộ luật Dân sự Đức, Bộ luật Dân sự Liên bang Nga, Bộ luật về Tư pháp quốc tế năm 1987 của Thụy Sĩ v.v.). Theo đó, quốc gia được coi là gần gũi với hợp đồng chính là quốc gia mà bên thực hiện nghĩa vụ hợp đồng đang cư trú. Tòa án và trọng tài cũng thường chú ý trước hết đến các yếu tố như: địa điểm trọng tài, ngôn ngữ của hợp đồng đã được sử dụng; địa điểm thực hiện hợp đồng; địa điểm tiến hành thanh toán và đồng tiền giao dịch; địa điểm hoạt động chính của các bên; tính ổn định và trình độ phát triển của hệ thống pháp luật, nhất là của các nguyên tắc pháp lý được áp dụng. Ví dụ, trong lĩnh vực hàng hải, các luật lệ của Anh về bảo hiểm vận tải biển được đặc biệt chú ý để lựa chọn trong giải quyết các vấn đề thương mại quốc tế, thêm vào đó là sự phổ biến của tiếng Anh cũng là căn cứ có trọng lượng cho sự lựa chọn luật của Anh³.

Nguyên tắc, hay còn gọi là công thức về luật gần gũi nhất là một bước đi xa hơn nguyên tắc truyền thống của thương mại quốc tế được xác lập theo Công ước Roma về Luật áp dụng đối với các nghĩa vụ hợp đồng (Điều 8). Theo đó, luật được ưu tiên lựa chọn là luật quốc gia của bên bán hàng. Tuy nhiên, vẫn có thể áp dụng luật quốc gia của bên mua hàng, nếu: a) Các cuộc thương thảo để đi đến giao dịch đã diễn ra ở quốc gia của bên mua hàng, hoặc b) Hợp đồng đã xác định rằng bên bán hàng phải thực hiện nghĩa vụ giao hàng đến quốc gia của bên mua hàng, hoặc c) Hợp đồng đã được ký kết theo hướng thiên về thỏa mãn những điều kiện của bên mua hàng.

3 Xem: Lord Templeman Sellman P. Law of International Trade – 1st ed – Old Bailay Press, 1977, P.202.

c. Luật áp dụng đối với các nghĩa vụ phụ

Bất kỳ một giao dịch nào, trong đó có các giao dịch thương mại quốc tế, cũng có thể xác định những nghĩa vụ bổ sung, phụ hoặc mang tính chất là những điều kiện bảo đảm, như cầm cố hàng hóa, ủy thác, thế chấp ngân hàng. Ở đây có hai khả năng có thể xảy ra:

a) Những nghĩa vụ phụ được đưa vào nội dung của hợp đồng chính. Hợp đồng mua bán quốc tế có thể có những điều khoản về cầm cố hàng tại bên bán với tư cách là bảo đảm đối với khoản vay ngân hàng trước khi bên mua thanh toán. Trong trường hợp này, luật áp dụng đối với phần nghĩa vụ phụ này đồng thời là luật áp dụng đối với hợp đồng chính.

b) Những nghĩa vụ phụ không được đưa vào hợp đồng chính mà được xác định bằng một bản hợp đồng khác, ví dụ: hợp đồng ủy thác giữa bên ủy thác và bên được ủy thác. Trường hợp này nhất thiết phải xác định rõ luật áp dụng đối với nghĩa vụ phụ. Theo đó, đối với hợp đồng ủy thác thì luật áp dụng là luật của bên ủy thác.

d. Luật áp dụng trong trường hợp thay đổi các bên giao dịch

Luật áp dụng trong trường hợp thay đổi các bên giao dịch thông qua việc nhượng quyền thương mại. Vấn đề xung đột pháp luật sẽ xảy ra khi bên nhượng quyền cho phép và yêu cầu bên nhận quyền tự tiến hành việc mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, như trong các trường hợp được quy định tại Mục 8 của Luật Thương mại Việt Nam năm 2005. Những trường hợp khi cả chủ nợ cũ và chủ nợ mới đều có những cơ sở hoạt động thương mại trên lãnh thổ của những quốc gia khác nhau, ví dụ: một thương nhân Việt Nam nhượng quyền thương mại của mình cho một doanh nhân Mỹ/cho một Công ty của Mỹ đang hoạt động ở Mỹ.

Unidroit đã ban hành Luật mẫu về Công khai thông tin nhượng quyền, theo đó người nhượng quyền phải công bố thông tin về điều khoản

luật áp dụng. Sở dĩ Luật mẫu yêu cầu công khai thông tin là do trong thực tế các hợp đồng nhượng quyền quốc tế, người nhượng quyền thương mại thường đưa vào các điều khoản liên quan tới các vấn đề trên. Hậu quả là luật áp dụng thường là luật của nước người nhượng quyền mang quốc tịch.

Pháp luật thương mại của nhiều nước trong trường hợp đó thường xác định công thức chung đối với hợp đồng nhượng quyền như sau:

- Luật áp dụng đối với hợp đồng nhượng quyền thương mại sẽ là luật do các bên thỏa thuận khi ký kết hợp đồng nhượng lại. Như vậy, hợp đồng nhượng quyền được coi là một hợp đồng độc lập và đương nhiên, quyền quyết định luật áp dụng là của các bên trong giao dịch nhượng quyền.
- Trường hợp không có thỏa thuận của các bên thì luật áp dụng là luật gần gũi với các điều kiện của hợp đồng nhượng quyền, và như vậy luật áp dụng thường là luật quốc gia của người nhượng trái quyền, tức là chủ nợ cũ.

Luật áp dụng trong trường hợp chuyển nghĩa vụ thương mại: Khi chuyển nghĩa vụ thương mại trong hợp đồng cũng có thể dẫn đến vấn đề xung đột pháp luật. Công thức phổ biến vẫn là công thức áp dụng luật như đối với bản hợp đồng chính. Trong các trường hợp nhượng quyền thì thỏa thuận về điều khoản trọng tài giữa chủ nợ cũ với bên nợ đương nhiên có thay đổi và theo đó, chủ nợ mới và bên nợ phải có thỏa thuận lại điều khoản trọng tài. Trong khi đó, trong trường hợp chuyển nghĩa vụ, thỏa thuận về điều khoản trọng tài vẫn giữ nguyên hiệu lực. Việc các bên hay cơ quan tài phán lựa chọn luật của một quốc gia đối với giao dịch không có nghĩa là luật đó sẽ điều chỉnh mọi vấn đề của giao dịch. Luật trong giao dịch thương mại quốc tế trước hết phải được hiểu là luật tư, nhưng vẫn có khả năng phải tuân theo

những quy phạm luật công, ví dụ các quy định về cấm hoặc hạn chế xuất, nhập khẩu. Tuân thủ những hạn chế mang tính hành chính như vậy được gọi là tuân thủ trật tự công và hoàn toàn không phụ thuộc vào luật áp dụng đối với giao dịch thương mại. Khoản 2 Điều 5 Luật Thương mại năm 2005 của Việt Nam quy định: “Các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được thỏa thuận áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế nếu pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam” cũng bao hàm nghĩa tương tự.

e. Các trường hợp khác

Các nước còn xác định luật áp dụng để điều chỉnh quan hệ tiền hợp đồng, như trường hợp thủ đắc tài sản không có căn cứ. Ví dụ, Điều 128 Bộ luật Tư pháp quốc tế Thụy Sĩ quy định: “Các khiếu nại về thủ đắc tài sản không có căn cứ có thể được điều chỉnh bởi luật điều chỉnh các quan hệ pháp lý đang hiện hữu hoặc các quan hệ pháp lý phụ thuộc mà việc thủ đắc tài sản phát sinh. Trường hợp không có một mối quan hệ pháp lý như vậy, các khiếu nại về thủ đắc tài sản có thể được điều chỉnh bởi luật của nước mà việc thủ đắc xảy ra; các bên có thể thỏa thuận luật của tòa án có thể áp dụng”.

Ngoài các nội dung trên, luật áp dụng còn điều chỉnh các vấn đề như quy chế nhân thân; quy chế về đại diện và ủy quyền; quy chế về hình thức của hợp đồng; quy chế vật quyền trong hợp đồng:

- Quy chế nhân thân trong giao dịch thương mại quốc tế được xác định theo pháp luật của nước mà cá nhân đó là công dân. Quy tắc này áp dụng cho thể nhân cũng như pháp nhân. Quy chế nhân thân thực chất là vấn đề năng lực hành vi dân sự của chủ thể giao dịch. Vì vậy, luật áp dụng để điều chỉnh những trường hợp này phải là luật quốc gia của bản thân chủ thể đó.

- Đối với quy chế về đại diện và ủy quyền, việc xác định luật áp dụng là rất quan trọng đối với nhiều trường hợp thường xảy ra trong thực tiễn thương mại quốc tế. Chẳng hạn, thư ủy quyền của thương nhân Việt Nam có thể bị từ chối ở nước của bên đối tác bởi lý do thư ủy quyền đã làm đúng theo quy định của Việt Nam nhưng không đúng với hình thức và nội dung được quy định tại nước sở tại. Trong khi đó, theo quy tắc phổ biến của thương mại quốc tế thì hình thức và nội dung của thư ủy quyền, phạm vi ủy quyền được xác định theo luật quốc gia của người ủy quyền.

2.2. Hình thức tiếp cận lẫn nhau, tạo sự giao thoa của các chế định và quy phạm pháp luật - hay còn gọi là sự tương tác của pháp luật.

Theo hướng này, sự xích lại gần nhau giữa các hệ thống pháp luật được thực hiện bởi các “công cụ pháp lý” sau đây:

- Tạo ra một chế độ pháp lý chung hoặc có tính phổ quát cho đối tượng điều chỉnh của pháp luật mỗi nước (ví dụ: về đầu tư, về các sắc thuế v.v.).
- Tạo ra một phạm vi và mức độ bình đẳng về các quyền của chủ thể quan hệ pháp lý (của các nhà đầu tư, của các thương nhân v.v.) của các quốc gia liên quan.
- Tạo ra những quy chuẩn giá trị (chuỗi giá trị) phổ biến (ví dụ, yêu cầu về hàng hóa, dịch vụ, môi trường v.v.).
- Tạo mặt bằng trong các bảo đảm pháp lý (ví dụ, về chế độ lưu trí, các khoản trợ cấp v.v.).
- Thừa nhận cho nhau các văn bằng (bằng đại học, chuyên gia v.v.).
- Xác lập các thủ tục tương đương.
- Hợp tác và tương trợ pháp luật.

- Tạo ra không gian pháp luật chung (ví dụ: trong quá trình phối hợp nghiên cứu khoa học, công nghệ, giáo dục hoặc thông qua việc thừa nhận và áp dụng giá trị của các văn kiện, các công ước).
- Thực hiện sự bảo hộ pháp lý như nhau và lẫn nhau.
- Áp dụng chung các loại chế tài đối với các vi phạm tương ứng.

Có thể nói rằng, đây là những hình thức phổ biến nhất trong quá trình khắc phục sự khác biệt giữa các hệ thống pháp luật và hài hòa hóa các chuẩn mực pháp lý chung. Có thể gọi đây là quá trình tạo ra một loại “kết cấu hạ tầng pháp lý” giữa các quốc gia với nhau. Trong số đó, vai trò nổi bật đã và đang thuộc về các định chế pháp lý quốc tế, các tổ chức toàn cầu như Liên hợp quốc, WTO, Ngân hàng thế giới, EU, ASEAN và các tổ chức khu vực khác.

2.3. Áp dụng các văn bản pháp luật mẫu

Trong vài thập niên trở lại đây chúng ta có thể thấy sự gia tăng tỉ trọng của một loại văn bản mới phản ánh mối liên hệ của các hệ thống pháp luật. Đó là loại văn bản mang tính khuyến nghị, hay còn gọi là văn bản mẫu, được hiểu là những văn bản có mức độ pháp điển cao các quy phạm, các chế định pháp luật, nhưng chỉ có giá trị tham khảo không có hiệu lực bắt buộc đối với nhà làm luật tại các quốc gia. Nó có thể là văn bản mẫu của Liên bang để nhà làm luật các bang trong cơ cấu Liên bang tham khảo; đó có thể là văn bản mẫu của tổ chức quốc tế hoặc khu vực để các quốc gia thành viên tham khảo như là những quy định mẫu, chuẩn áp dụng, Văn bản pháp luật mẫu cũng có thể do các cơ quan, tổ chức nghiên cứu xây dựng, phát hành và vì vậy mang tính học thuật.

Giá trị và ý nghĩa của các văn bản pháp luật mẫu đối với quá trình tương tác và xích lại gần nhau giữa các hệ thống pháp luật thể hiện ở

khả năng định hướng của chúng cho nhà làm luật các quốc gia có quan tâm, là cầu nối giữa các quy phạm pháp luật quốc tế với pháp luật quốc gia, chúng chứa đựng khả năng trở thành tế bào mới của “cơ thể” pháp lý quốc gia.

Điều thú vị và khá thuận lợi cho quá trình “xâm nhập”, “cấy ghép” này là ở chỗ, đa phần các quy phạm mẫu, các văn bản mẫu xét về mặt cấu trúc của đối tượng điều chỉnh cũng như hình thức văn bản là rất gần, rất giống các văn bản do các quốc gia ban hành. Chẳng hạn, Công ước về tự do lập hội và bảo vệ quyền lập hội, Bộ luật ứng xử của người thi hành công vụ trong quá trình duy trì trật tự pháp luật, Công ước về quan hệ lao động trong thực thi công vụ; các nguyên tắc cơ bản về chế độ độc lập của tòa án, các quy tắc tối thiểu của Liên Hợp quốc về hoạt động xét xử các vụ án vị thành niên, Hiến chương châu Âu về tự quản địa phương v.v.

Chủ thể ban hành các luật mẫu như vậy đa phần là các cơ quan, tổ chức quốc tế, các tổ chức liên nghị viện, liên chính phủ và được các quốc gia tiếp nhận với tinh thần tự nguyện nhận về mình các nghĩa vụ xuất phát từ văn bản đó. Nội dung các văn bản mẫu này bao gồm các nguyên lý, quan điểm pháp lý đối với việc điều chỉnh nhóm quan hệ có liên quan; nhiều quy phạm mang tính định nghĩa, khái niệm, phạm trù. Cũng có trường hợp văn bản mẫu được xác lập như một loại “luật mẹ” mà “luật con” sẽ là các văn bản của các quốc gia thành viên với nhiều sự lựa chọn và bảo lưu khác nhau sau khi được nghị viện của các quốc gia thành viên phê chuẩn hoặc ban hành văn bản của mình.

Như đã nêu ở trên, văn bản pháp luật mẫu cũng có thể là sản phẩm của các cơ quan nghiên cứu, của cá nhân các nhà nghiên cứu. Mặc dù vậy, trong nhiều trường hợp, những văn bản này đã có ảnh hưởng rất lớn đến việc tiếp nhận tại các quốc gia. Có thể nêu ví dụ về loại văn bản mẫu này như: Bộ luật hình sự mẫu của Hoa Kỳ, một sản phẩm khoa

học của Viện pháp luật Hoa Kỳ năm 1962. “Bộ luật chuẩn thế giới về thuế” do các chuyên gia thuộc Đại học Harvard xây dựng và giới thiệu năm 1992 với 591 điều, với nhiều khái niệm, nguyên tắc được xác định trong đó. Những văn bản như vậy đã có ảnh hưởng rất lớn đến hoạt động lập pháp của nhiều quốc gia. Hiệp ước về hài hòa Luật Thương mại châu Phi (OHADA) được xem như một hình mẫu về một khu vực có sự gắn kết cao nhất hiện nay trong lĩnh vực luật thương mại.

2.4. Thống nhất hóa, nhất thể hóa (unification) pháp luật

Sự khác biệt hoặc sự đa dạng của pháp luật từng quốc gia - lực cản cho việc hợp tác trong các lĩnh vực kinh tế, văn hóa và nhiều lĩnh vực khác - đã thôi thúc quá trình thống nhất hóa, nhất thể hóa pháp luật mà thực chất của nó là tạo ra các quy phạm, chế định pháp luật để xác lập phương thức điều chỉnh thống nhất cho một loại đối tượng thay vì các quy phạm hiện hữu của các quốc gia hoặc tạo cơ sở cho việc tìm được điều chung giữa các quy định cùng loại trong pháp luật các nước có liên quan.

Nhất thể hóa pháp luật có 3 dạng tiêu biểu:

- Thứ nhất, về mặt phạm vi nhất thể hóa, đó là loại nhất thể hóa có liên quan đến những quốc gia liền kề, hoặc các quốc gia trong một tổ chức khu vực, hoặc là thành viên của tổ chức liên chính phủ.
- Thứ hai, về mặt đối tượng nhất thể hóa, đó có thể là sự nhất thể pháp luật nội dung, cũng có thể là nhất thể hóa luật thủ tục, ví dụ thủ tục xét xử tại tòa án hoặc trọng tài trong việc giải quyết các tranh chấp thương mại có yếu tố nước ngoài.
- Thứ ba, về hình thức, kết quả của sự nhất thể hóa có thể được ghi nhận thông qua các hiệp định, các văn bản khuyến nghị, các hợp đồng mẫu v.v.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT: LÝ THUYẾT, HIỆN TƯỢNG, XU HƯỚNG VÀ CÁC YẾU TỐ LIÊN QUAN

Norbert Reich

Chủ đề mà tôi nói tới là một chủ đề lớn và gây nhiều tranh cãi. Đại hội quốc tế về Luật so sánh năm 2010 tổ chức tại Washington D.C. gồm có 36 báo cáo quốc gia (Việt Nam chỉ được đề cập đến trong phần bối cảnh trong báo cáo của Nhật Bản, Kaneko 2012, tr. 565-573) và được Giáo sư Sanchez-Cordero (2012) của Mexico kết luận rất đầy đủ. Cuốn Sổ tay về luật so sánh năm 2008 của Oxford bao gồm một tài liệu dài của Graziadei (2008) trong đó có nêu khái quát rất tốt về những khái niệm khác nhau, xu hướng và các vấn đề khó khăn của chuyển hóa pháp luật. Cuộc tranh luận về chủ đề này vẫn còn gây chia rẽ giữa hướng tiếp cận lạc quan của Watson (1993) – người có quan điểm lạc quan và tương đối thực dụng, và người có quan điểm pháp luật-văn hóa mang tính phê phán Legrand (1997) và Teubner (1998) – hai vị cho rằng một đạo luật trong một nền văn hóa pháp lý cụ thể nào đó không thể đơn giản được chuyển từ một nền văn hóa này sang một nền văn hóa khác mà không gây nên những sự bóp méo và bất tiện. Trong một số tình huống, một số nhà nghiên cứu thấy rằng chuyển hóa pháp luật là “quá phù hợp” (Siems 2014) hoặc họ gọi chuyển hóa pháp luật là “một hỗn hợp của các quy phạm và nguyên tắc” được phát triển theo thời gian (Graziadei, tr. 453; Bussani & Werro 2009, châu Âu; Yamamoto 2013, Nhật Bản).

Vậy chúng ta xử lý tình huống mâu thuẫn này như thế nào? Tôi thiên về hướng tiếp cận thực tế và đa dạng thông qua việc nhìn lại lịch sử

pháp luật và quan điểm xã hội học pháp lý trong một môi trường cụ thể. Theo quan điểm này, chuyển hóa pháp luật là một hiện tượng phổ biến và hầu như bình thường. Trong quá trình phát triển của pháp luật, đặc biệt là pháp luật dân sự hay luật tư – ngành luật mà tôi biết rõ (hợp đồng, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, công ty, giao dịch bảo đảm, luật gia đình và thừa kế...). Chuyển hóa pháp luật là một phạm trù của sự học hỏi và thay đổi. Nhiều cơ quan quốc tế đã rất tích cực trong việc tạo ra những luật mẫu, luật mềm hoặc dự thảo công ước... được dự liệu là sẽ được các nhà lập pháp quốc gia hoặc các cơ quan có thẩm quyền khác của quốc gia tiếp thu (bài tổng quan của Sanchez-Cordero trang. 14-15). Thậm chí ở châu Âu theo học thuyết tối thượng và tác động trực tiếp, rất nhiều “luật mềm”, “bộ luật không bắt buộc”, “khuôn khổ tham khảo”, khuyến nghị... tồn tại – và nhiều khi gây nên những tranh cãi lớn như đề xuất về một “Luật về bán hàng chung của châu Âu” không bắt buộc (Reich 2014, chương VI; 2014a). Một số tổ chức quốc tế như UNCITRAL và UNIDROIT có nhiệm vụ soạn thảo và “tiếp thị” cho hoạt động chuyển hóa pháp luật, đặc biệt là trong lĩnh vực quan hệ thương mại; Basedow (2013) đề cập đến “Luật về các hội mở” – một luật không thể vận hành được nếu không có chuyển hóa pháp luật.

Tôi xin bắt đầu với một nhận xét sơ lược ban đầu: Vấn đề của việc phát triển pháp luật trong những nền tài phán khác nhau (các quốc gia, tổ chức quốc tế, các cơ quan tự quản...) không phải là sự tồn tại của chuyển hóa pháp luật mà là làm thế nào để chuyển hóa pháp luật phù hợp với một trật tự pháp lý có sẵn. Nội dung này cần được cân nhắc kỹ lưỡng hơn về tính chính danh, sự thành công và cả nguy cơ thất bại mà tôi sẽ đề cập sau. Nhưng tôi phải bổ sung một khuyến cáo: Chủ đề này là đặc biệt phức tạp, và tôi chỉ có thể đưa ra một cái nhìn tổng quan dựa trên hướng tiếp cận lạc quan, ủng hộ đối với chuyển hóa pháp

luật. Tôi sẽ dựa trên kinh nghiệm cá nhân có được từ việc tham gia soạn thảo các luật, đặc biệt là ở những quốc gia trong thời kỳ chuyển đổi về luật hợp đồng, pháp điển hóa, các thực tiễn thương mại và bảo vệ người tiêu dùng.

1. Một định nghĩa sơ lược: chuyển hóa pháp luật như là sự tiếp nhận tự nguyện của nền tài phán nhận

Tiêu chuẩn đầu tiên và có lẽ quan trọng nhất của chuyển hóa pháp luật là sự tiếp nhận tự nguyện của nền tài phán nhận (thường là đồng nhất nhưng không phải trong mọi trường hợp đều đồng nhất là các quốc gia). Điều này ở mức độ nào đó tương phản với phân tích của Graziadei (2008, tr. 456-461) về những thay đổi của pháp luật. Graziadei cho rằng có 3 loại “yếu tố thay đổi” dẫn tới chuyển hóa pháp luật là:

- Sự áp đặt
- Uy tín
- Thành tích kinh tế

Trong khi tôi đồng ý với yếu tố thứ hai và thứ ba thì tôi cho rằng yếu tố thứ nhất là có vấn đề. Tất nhiên những thay đổi pháp luật được áp đặt bởi những cuộc chinh phục, quá trình thuộc địa hóa, vũ lực... nhưng tôi vẫn ngần ngại đưa yếu tố này vào trong bài phân tích của tôi. Trong những trường hợp đó, sự chuyển hóa được thực hiện mà không có sự đồng ý và tính chính danh của thực thể nhận – đó chỉ là vấn đề quyền lực và kiểm soát. Sự chuyển hóa pháp luật như thế sẽ bị bỏ đi khi mà yếu tố áp đặt từ bên ngoài (kẻ xâm lược, thực dân) không còn nữa. Hãy lấy trường hợp pháp luật xã hội chủ nghĩa tại Đông Âu và những quốc gia liên quan nằm trong quỹ đạo ảnh hưởng của Liên Xô làm ví dụ. Sau khi chủ nghĩa xã hội nhà nước tại Đông Âu và Liên Xô không còn tồn tại,

hầu hết những quốc gia này đã thay đổi pháp luật của họ theo hướng kinh tế thị trường, tự do hợp đồng, tự do sử dụng tài sản cá nhân, tự do thành lập và quản lý công ty, và việc đó được thực hiện thông qua sự tiếp nhận tự nguyện các yếu tố của pháp luật nước ngoài thuộc hệ thống luật thành văn (civil law) hoặc hệ thống thông luật (common law). Chuyển hóa pháp luật đóng vai trò quan trọng trong quá trình này – và điều rất quan trọng – đó là một quá trình tự nguyện chứ không phải là áp đặt. Có vẻ như Việt Nam đang là một phần của quá trình đó, như được minh họa bởi chính chủ đề của Hội thảo này (xem Kaneko, 2012, tr. 564-567).

Mặt khác, cần có một số tiêu chuẩn để hiểu được quá trình thay đổi pháp luật này. Như chúng ta còn nhớ, việc áp đặt Bộ luật dân sự của Pháp là một phần trong cuộc chinh phục của Napoleon sau khi Bộ luật này được thông qua năm 1804. Khi ấy, nhiều phần của châu Âu trong đó có phần tả sông Rhein của Đức, một số tỉnh của Italia, các lãnh thổ của Hà Lan... buộc phải tiếp nhận Bộ luật dân sự và những đạo luật khác của Napoleon. Sau khi đế chế Napoleon sụp đổ, Bộ luật dân sự không ngay lập tức mất giá trị pháp lý mà được tiếp tục áp dụng thành công ở nhiều (không phải tất cả) các lãnh thổ. Nó được pha trộn với “nền văn hóa” địa phương và tồn tại ở nhiều vùng của Đức cho đến năm 1900 khi bộ luật BGB ra đời, thậm chí là tồn tại kể cả sau đó với những tiền lệ phong phú và cách viết mang tính học thuyết. Bỏ có Bộ luật dân sự trong khi Hà Lan vẫn theo mô hình của Pháp thế kỷ XIX và chỉ sau khi chiến tranh thế giới thứ hai kết thúc, pháp luật Hà Lan mới hoàn toàn được hiện đại hóa và tái pháp điển hóa.

Một quá trình chuyển hóa “qua lại” diễn ra giữa Đức và Pháp: Khi nước Đức dưới thời Bismarck sáp nhập vùng Alsace-Lorraine năm 1871, bộ luật BGB sau đó được áp dụng tại vùng này vào năm 1900. Khi những lãnh thổ này trở lại thuộc về Pháp sau Hiệp ước Versailles năm 1918,

bộ luật BGB không tự động bị loại bỏ mà vẫn có hiệu lực trong nhiều lĩnh vực, đặc biệt là lĩnh vực luật bất động sản. Một tòa án phúc thẩm đặc biệt (Cour d'Appell) tại Colmar xét xử những vụ việc dựa trên đạo luật “Đức-Pháp” đó để làm hài lòng người dân khu vực này trước khi có Liên minh châu Âu; và tòa không có ý định loại bỏ luật này mà có lẽ chỉ sửa đổi để làm cho nó phù hợp hơn với hệ thống pháp luật của Pháp nói chung.

Luật quốc tế có thể áp đặt những thay đổi tại các nền tài phán nhận. Tất nhiên, yếu tố tiếp nhận tự nguyện được đáp ứng bằng thủ tục phê chuẩn. Công ước về mua bán hàng hóa quốc tế (CISG) là một công ước xác lập những quy định về hợp đồng bán hàng thương mại xuyên biên giới, khi được các bên phê chuẩn, các bên sẽ có thể sử dụng Công ước này cho các giao dịch của họ thông qua cơ chế được gọi là chọn bỏ (opt-out). Các nền tài phán không thông qua Công ước này thì được mở ra cơ chế chọn cho (opt-in). Công ước này có thể đóng vai trò như một sự chuyển hóa cho các luật địa phương, nếu những khái niệm trong công ước như “conformity” (sự phù hợp) và “fundamental breach of contract” (vi phạm cơ bản trong quan hệ hợp đồng) cũng được áp dụng cho các hợp đồng bán hàng nói chung. Điều này diễn ra tại Đức năm 2002 với sự cải cách bộ luật BGB và tại những quốc gia vùng Baltic trước đó như Estonia và Lit-va khi những nước này tiến hành pháp điển hóa pháp luật dân sự của mình (Reich in Bussani/Werro 2009). Mặc dù Liên minh châu Âu không phải là một bên tham gia CISG, Liên minh đã sử dụng một số khái niệm của công ước này khi soạn thảo và thông qua Chỉ thị về bán hàng số 1999/44/EC.

Trường hợp tái thống nhất nước Đức thì hơi khác một chút: Hiệp ước Hiến pháp giữa Cộng hòa Liên bang Đức (Tây Đức) và Cộng hòa dân chủ Đức (Đông Đức) thời đó về mặt nào đó là sự tiếp nhận áp đặt của các luật của Tây Đức, đặc biệt là việc từ bỏ luật ZGB của Đông Đức và

việc áp dụng luật BGB. Hiệp ước này sau đó đã được Quốc hội Đông Đức (lúc đó vẫn còn tồn tại) phê chuẩn. Như vậy đây có gọi là “chuyển hóa pháp luật” được không? Tôi không nghĩ thế: nó giống như là sự tái thống nhất về pháp luật của Đức; đó không có gì là “nước ngoài” đối với người dân Đông Đức, mà chỉ là văn bản pháp luật của một nước Đức mới thống nhất sau 40 năm chia rẽ.

2. Chuyển hóa pháp luật và “hiện đại hóa” pháp luật

Lập luận của tôi về tính chất tự nguyện của chuyển hóa pháp luật bởi nước tiếp nhận không giải thích tại sao người ta đưa ra sự tiếp nhận. Một trong những lý do phổ biến nhất là việc sử dụng pháp luật như một công cụ để hiện đại hóa xã hội. Đây tất nhiên là một chủ đề rất nhạy cảm và tôi xin giới hạn phần trình bày của mình vào các đạo luật về dân sự và thương mại. Các vấn đề của luật hiến pháp, đặc biệt là sự chuyển hóa các quyền cơ bản và việc phân xử về tính hợp hiến, thì phức tạp hơn nhiều và chỉ được đề cập sơ bộ cuối bài thuyết trình này. Trong bài thuyết trình kế tiếp tôi sẽ đưa ra các ví dụ thực tiễn tại ba nền tài phán châu Á là Nhật Bản, Ấn Độ và Trung Quốc.

Ví dụ được biết đến nhiều nhất là việc tiếp nhận Bộ luật dân sự Thụy Sĩ trong quá trình thế tục hóa (laicisation) ở Thổ Nhĩ Kỳ. Quá trình này được thực hiện thông qua một “acte de force” (hành động cưỡng chế) của chính quyền Atatürk vào thập niên 20 trong đó có vị Bộ trưởng Tư pháp được đào tạo tại Thụy Sĩ, người muốn chuyển biến xã hội Thổ Nhĩ Kỳ khỏi nền phong kiến và luật Hồi giáo Shariah sang một xã hội hiện đại. Người ta vẫn còn tranh luận liệu đây là một quá trình thành công hay thất bại. Tôi không phải là chuyên gia về chủ đề này, nhưng có vẻ như tới nay quá trình đó đã vận hành tốt, tất nhiên là có những cải cách và sự thích nghi cần thiết.

Trong bối cảnh đó, người ta đều biết “phong trào luật và phát triển” (Law and Development Movement) của Mỹ đã muốn đưa những ích lợi của tư duy pháp lý hiện đại của Mỹ tới Nam Mỹ vào thập niên 60 và 70. Phong trào này do các cơ quan chính phủ Mỹ bảo trợ và được các trường luật tinh hoa như Yale và Columbia ủng hộ (Trubek, 2004; Trubek & Santos, 2006; Dezelay & Garth, 2002; một đánh giá đã được thực hiện bởi Sachnez-Cordero, 2012 tr. 17) nhưng không có mấy liên quan tới công tác lập pháp bởi hầu hết các quốc gia Nam Mỹ lúc ấy đã mô phỏng các Bộ luật dân sự và thương mại của Pháp mặc dù với phong cách soạn thảo và tư duy phê phán mạnh hơn. Sự nổi lên của chính quyền độc tài tại các nước như Bra-xin, Ăc-hen-ti-na, Chi-lê, Pê-ru và Cô-lôm-bi-a sau đó đã giáng đòn chí mạng vào phong trào này và cho thấy một mâu thuẫn cố hữu: những quan niệm kinh tế tự do được đặt vào những thể chế nhà nước độc tài. Điều này dường như là một sự bóp méo ý tưởng chuyển hóa pháp luật thành công vốn yêu cầu có sự hiện diện của một nhà nước pháp quyền và sự độc lập tư pháp.

Những sự tiếp nhận mạnh mẽ diễn ra tại các nước XHCN trước đây nơi những trường phái chuyển hóa pháp luật được truyền cảm hứng từ truyền thống pháp điển hóa của châu Âu lục địa, đặc biệt là Bộ luật dân sự mới được ban hành của Hà Lan, bộ luật BGB của Đức và Bộ luật dân sự của Pháp, cạnh tranh với những khái niệm pháp luật kinh tế của Mỹ dựa trên triết lý thị trường tự do. Tiến trình này được ủng hộ mạnh mẽ bởi EU, các quốc gia thành viên (Đức, Pháp) hoặc các cơ quan phát triển của Mỹ. Trong tất cả các trường hợp, những sự chuyển hóa trong các lĩnh vực như hợp đồng thương mại, giao dịch bảo đảm đối với động sản, luật công ty, các dịch vụ tài chính đều trở thành một phần của “gói chuyển đổi” hướng đến kinh tế thị trường, nhưng cũng dẫn tới những khoảng cách giữa luật trên giấy và luật trên thực tế: những thể chế pháp lý hiện tại như tòa án, luật sư... ngay lập tức không thể

và chưa sẵn sàng để tiếp nhận chuyển hóa pháp luật vốn được một số chuyên gia nước ngoài đưa vào. Sự chuyển đổi đầy hỗn loạn của Nga từ chủ nghĩa xã hội nhà nước sang cái gọi là “kinh tế thị trường” vào thập kỷ 90 là một ví dụ tốt hơn là xấu, cho thấy những méo mó có thể có khi chuyển hóa pháp luật không được điều chỉnh cho phù hợp với môi trường kinh tế, xã hội của nước tiếp nhận, cho dù sự chuyển hóa pháp luật ấy đã có sự đồng ý của cơ quan hữu quan của nước tiếp nhận (xem bài tham luận của Bussani, 2009).

3. Chuyển hóa pháp luật như là những “bất tiện pháp lý”?

Những nhận xét trên đưa chúng ta tới chủ đề gây tranh cãi nhất trong cuộc tranh luận về những lợi thế và bất lợi của chuyển hóa pháp luật: việc chúng được “ngấm” - hay không được “ngấm” – vào nền văn hóa của nước tiếp nhận. Một số tác giả trở nên nổi bật khi kiên định với quan điểm về tính bất khả của chuyển hóa pháp luật trong vai trò là tác nhân chủ yếu của những thay đổi về pháp luật. Nhà xã hội học pháp lý người Pháp Legrand (1997) đã trở thành một tác giả nổi tiếng khi thách thức quan điểm cho rằng chuyển hóa pháp luật đóng góp tích cực cho những thay đổi hoặc cải cách pháp luật. Theo ông, pháp luật bị giới hạn bởi ngôn ngữ và văn hóa là hai thứ tạo ra hệ thống ý nghĩa mang tính bản địa. Một sự thay đổi quy định hoặc quy phạm đơn thuần không thay đổi được văn hóa. Ông cho rằng nếu ngành luật so sánh phớt lờ ý nghĩa của sự đa dạng và khác biệt về văn hóa, thì nó chỉ giúp tiếp cận vấn đề trên sách vở hoặc ở cấp độ kỹ thuật - một sự phê phán đối với quan điểm của Watson mà chúng tôi sẽ đề cập sau.

“Cho dù có ở khả năng tốt nhất, thứ có thể được chuyển từ một nền tài phán này sang một nền tài phán khác thực sự chỉ là hình thức chuyển từ ngữ vô nghĩa. Do đó thuật ngữ “chuyển hóa pháp luật” *nếu có ý nghĩa* thì là thứ không thể xảy ra (tr.120, in nghiêng là của tác giả).

Trong bối cảnh châu Âu, Legrand (1996) đã thách thức những lý thuyết về sự đồng quy pháp luật giữa hệ thống thông luật và hệ thống pháp luật thành văn được EU ủng hộ hướng tới việc hài hòa hóa pháp luật. Thông luật như được thể hiện trong địa vị pháp lý đặc biệt của các thẩm phán và luật sư Anh Quốc với việc sử dụng án lệ của họ, không thể được sáp nhập với loại hình áp dụng luật của các thẩm phán lục địa bởi vì các công chức nhà nước và luật sư với vai trò là người vận hành cơ quan tư pháp sử dụng phương pháp diễn giải một cách có hệ thống văn bản pháp luật.

“Các luật sư và người dân theo hệ thống thông luật (dù đã có luật của EU) tiếp tục có quan điểm khác nhau về thế nào là hiểu biết pháp luật và thế nào được coi là có kiến thức pháp luật” (tr.79).

Teubner, nhà xã hội học pháp lý người Đức/Anh theo những giảng dạy của Luhmann, ở một mức độ nào đó, đã tiếp nhận quan điểm mang tính phê phán của Legrand trong tác phẩm nổi tiếng và thường xuyên được trích dẫn của mình về “những yếu tố gây dị ứng pháp lý” (1998). Khởi đầu bằng khái niệm “ngay tình” (good faith) vốn được nhiều luật sư lục địa quen biết nhưng không phải là những luật sư theo hệ thống thông luật biết tới. Khái niệm này được đưa vào pháp luật của EU trong Chỉ thị về những điều khoản không công bằng trong hợp đồng tiêu dùng số 93/13/EEC. Nước Anh phải thực thi chỉ thị này và thực hiện việc đó bằng một công cụ pháp lý cụ thể, nhưng nước này vẫn coi mình nằm ngoài các khái niệm giao kết hợp đồng tự do vốn là điển hình trong luật thương mại, nơi mà mỗi bên phải chịu trách nhiệm đầy đủ đối với hành vi của mình theo luật và không đáng được sự bảo vệ đặc biệt xuất phát từ sự bảo vệ “sự ngay tình”. Theo quan điểm của tôi – và ý tôi là một sự phê phán - Teubner không thực sự phát triển một lý thuyết pháp lý mà là phát triển truyền thống đối lập của Anh đối với sự chuyển hóa những gì bắt nguồn từ lục địa vốn có thể bị tăng

lớp tinh hoa về pháp luật coi là nước ngoài. Nhưng đây cũng không nên được coi là những nhu cầu thay đổi do luật EU áp đặt. Theo thời gian, luật của Anh dần dần đã có thể làm mình hòa hợp với khái niệm ngay tình, tất nhiên có thể khác so với luật lục địa chỉ giới hạn đối với các giao dịch tiêu dùng mà không mở rộng sang các hợp đồng thương mại (Reich, 2014, Chương VII). Các án lệ của một cơ quan tài phán thống nhất như Tòa án Công lý châu Âu (ECJ) có thể giúp thực hiện tiến trình thay đổi và thích nghi vốn không thể đạt được đơn giản chỉ bằng luật trong sách vở này, song tiến trình đó cũng không thể bị loại trừ chỉ vì những phần khó chịu vốn có thể chỉ tồn tại tạm thời.

4. Chuyển hóa pháp luật và quá trình “tiếp biến văn hóa”

Trong báo cáo tổng hợp tại Đại hội Washington 2010, Sanchez-Cardero (2012) đã xây dựng khái niệm “văn hóa” như là yếu tố quyết định trong việc hiểu và nghiên cứu chuyển hóa pháp luật. Ông viết:

“Sự tiếp biến về văn hóa pháp luật chia sẻ những đặc trưng của tiếp biến văn hóa xã hội. Trong quá trình tiếp biến văn hóa xã hội, có thể xác định được những biến thể khác nhau của tiếp biến văn hóa pháp luật và trong quá trình đó thuật ngữ tiếp biến văn hóa pháp luật nảy sinh như là một trong những yếu tố phân tích mang tính bản chất” (trang 6).

Sau đó ông phân biệt giữa sự tiếp biến văn hóa “bị áp đặt” và “tự phát”, tiếp biến văn hóa pháp luật do hội nhập, đồng hóa pháp luật hay lai hóa pháp luật. Ông phê phán những hướng tiếp cận hình thức và kỹ thuật thuần túy như được phát triển bởi phong trào luật và kinh tế học/tài chính Mỹ:

“Từ góc nhìn này, các quy định, thể chế và thực tiễn pháp luật chỉ đơn thuần là một hình thức công nghệ, do đó có thể sử dụng hàng loạt

thuật ngữ ẩn ý mang tính tuyên truyền để mô tả như nhập khẩu, xuất khẩu, phát minh, thích nghi, chuyển giao, bắt chước, thiết kế, phần cứng và phần mềm pháp luật” (trang 19).

Tôi không phản đối những minh họa của nhà phê bình này, nhưng những vấn đề này cần được nêu ra đối với xã hội xuất khẩu pháp luật, chứ không phải là đối với xã hội tiếp nhận. Trong tiến trình hiện đại hóa, nước tiếp nhận có thể cần sử dụng chuyển hóa pháp luật. Việc này có thể dẫn tới một quá trình mang tính công nghệ thuần túy. Tiến trình này cũng không nhất thiết dẫn tới sự “phá hủy văn hóa” của nước tiếp nhận.

Theo ý kiến của tôi, hướng tiếp cận văn hóa do Sanchez-Cordero phát triển cũng như nhìn lại những tác giả nổi tiếng như Montesquieu (1914 được dẫn ở cuối bài) thường trở thành truyện viễn tưởng hơn là thực tế xã hội. Nó có thể dẫn tới cách tư duy ý thức hệ thù địch với những thay đổi pháp luật.

Graziadei đã đúng khi nêu ra quan điểm: *“Sau Montesquieu... ý tưởng về một mối quan hệ hữu cơ giữa pháp luật và đặc trưng của người dân trong xã hội đã trở nên rất phổ biến. Nó trở thành tiêu chuẩn cho tư duy pháp luật châu Âu. Thật không thể tin nổi là ý tưởng này lại được thừa nhận khi thế giới đang trải qua những làn sóng chuyển hóa pháp luật trên quy mô rộng lớn - mà nghịch lý ấy lại không được phát hiện”* (trang 465).

Sự phê phán mâu thuẫn cố hữu giữa hướng tiếp cận văn hóa phản đối chuyển hóa pháp luật và thực tiễn minh chứng cho chuyển hóa pháp luật như một hiện tượng phổ biến cũng có thể bị Sanchez-Cordero phản pháo thông qua việc xem xét lại một cách nghiêm túc tuyên bố của ông là “văn hóa pháp lý”... là “sự tích tụ của trí nhớ lịch sử và truyền thống” (trang 27). Sự phục hưng khái niệm văn hóa pháp lý này có nghĩa gì: có

phải nó không nói quá về yếu tố lịch sử của pháp luật vốn không thể bị phủ nhận thông qua việc xem xét các hệ thống pháp luật khác nhau như thông luật, hệ thống pháp luật thành văn. Khái niệm này dường như làm ngừng lại những cải cách pháp luật vượt quá những truyền thống được tuyên bố? Nó đến gần với những phê phán đối với chuyển hóa pháp luật như Legrand và Teubner đã phát triển. Nó có thể bị lạm dụng bởi các xu hướng bảo thủ chống lại những thay đổi và thích nghi pháp luật thông qua việc áp đặt những giới hạn lịch sử.

Hơn thế nữa, một lý thuyết “tiếp biến văn hóa pháp lý” như vậy dường như phớt lờ tuyên ngôn cơ bản của nhà lý thuyết pháp luật và thẩm phán Tòa án Tối cao Mỹ O.W. Holmes rằng “Sự sống của một đạo luật không phải là logic mà là kinh nghiệm” (được trích trong Reich, 1966, trang 45). Đây là một phê phán không chỉ đối với việc dẫn chiếu tới hệ thống pháp luật thành văn mà còn đối với các lý thuyết pháp luật như lý thuyết “Volksgeist” hay “văn hóa” theo cách hiểu nhân chủng học. “Kinh nghiệm” là một khái niệm rộng lớn hơn nhiều và không loại bỏ các yếu tố văn hóa, nhưng không đặt văn hóa vào vị trí trung tâm và chi phối. Trong bối cảnh đó, luật tất nhiên không thể thiếu truyền thống, nhưng được đặc trưng bởi yếu tố học hỏi, thay đổi và sửa đổi mang tính thí nghiệm và chuyển hóa pháp luật là một phần của yếu tố đó.

5. Chuyển hóa pháp luật - hướng tiếp cận mang tính công cụ hiện đại (xem xét lại lý thuyết của Watson)

Trong ấn bản lần thứ hai của cuốn sách về chuyển hóa pháp luật của mình, Watson (1993) cho rằng “việc chuyển hóa các quy định là dễ dàng xét về mặt xã hội” (trang 95). Quan điểm mang tính công cụ của ông cho thấy không có mối liên kết cố hữu nào tồn tại giữa pháp luật với xã hội mà trong đó pháp luật vận hành. Pháp luật về cơ bản là có

tính độc lập. Ông xây dựng lý thuyết của mình dựa trên căn cứ lịch sử là việc tiếp nhận luật La Mã tại châu Âu thời trung cổ và những giai đoạn sau này của thời kỳ khai sáng và phát triển kinh tế thị trường và trong sự thành công của hệ thống thông luật ngoài phạm vi nước Anh. Có vẻ như không có mối quan hệ gần gũi nào giữa văn hóa và pháp luật, mà là những yếu tố của sự cân nhắc và chọn lựa, tùy thuộc vào nền tài phán tiếp nhận. Điều này phủ nhận quan điểm tương phản của Montesquieu. Chuyển hóa pháp luật ít nhiều là một hiện tượng phổ biến trong quá trình phát triển pháp luật, đặc biệt là luật tư và được điều chỉnh theo môi trường thông qua những lựa chọn và sự ưa thích thực tế. Sự kết hợp giữa vay mượn pháp luật và nhu cầu quản lý tạo ra truyền thống pháp lý.

Watson đưa ra 13 “nhận xét tổng quát” mà tôi xin trích những yếu tố quan trọng nhất:

- Chuyển hóa các quy định đơn lẻ hay một phần lớn của một hệ thống pháp luật là rất phổ biến.
- Thực tế, chuyển hóa là nguồn màu mỡ nhất cho sự phát triển. Hầu hết những thay đổi trong hầu hết hệ thống pháp luật là kết quả của sự vay mượn.
- Quy tắc pháp luật di chuyển dễ dàng và được chấp nhận bởi một hệ thống khác mà không có những khó khăn quá lớn.
- Các quy định pháp luật không phải được thiết kế cho một xã hội đặc biệt mà trong đó nó vận hành và đây không phải là vấn đề đáng quan tâm nhiều.
- Sự tiếp nhận hoặc chuyển hóa tự nguyện luôn bao gồm một sự thay đổi về pháp luật.
- Không có lĩnh vực luật tư nào có thể được coi là hoàn toàn phản ứng với những thay đổi do ảnh hưởng từ nước ngoài.

- Việc tiếp nhận là có thể và vẫn dễ dàng khi xã hội tiếp nhận là kém phát triển hơn nhiều về vật chất và văn hóa.
- Giống như công nghệ, luật là kết quả của kinh nghiệm của con người (trang 95-101).

Tất nhiên Watson chịu sự phê phán, đặc biệt là từ các nhà xã hội học pháp lý như Friedman và Kahn-Freund (Sanchez-Cordero trang 21). Sự phê phán này phụ thuộc vào khái niệm văn hóa pháp lý mà tôi cũng nhìn nhận với những hoài nghi bởi vì bản chất ý thức hệ của nó. Tôi nghĩ rằng Watson đã đưa ra một quan điểm hiện thực chủ nghĩa về tính phổ biến của chuyển hóa pháp luật, điều làm cho lý thuyết của ông ngày nay vẫn hấp dẫn, đặc biệt là đối với những quốc gia đang phát triển như Việt Nam. Quan điểm này không đề cập đến phần nào của luật nên được chuyển hóa. Việc chuyển hóa sẽ thành công hay thất bại tùy thuộc vào thể chế của nước tiếp nhận, và pháp luật được tiếp nhận sẽ thay đổi và ăn khớp vào nền tài phán tiếp nhận (theo một nghĩa tương tự, xin hãy xem bài nghiên cứu của Rehm, 2008).

Đối với nghiên cứu của riêng tôi, những nhận xét trên là quan trọng khi nghiên cứu pháp luật dân sự Liên Xô và việc pháp điển “xã hội chủ nghĩa” đầu tiên năm 1922. Tôi có thể chỉ ra rằng, luật này, theo học thuyết Xô Viết được nhấn mạnh như là “nguồn đầu tiên và nguyên gốc của pháp luật dân sự xã hội chủ nghĩa tự chủ”, thực ra có nguồn là những dự thảo pháp điển hóa được thực hiện trước thời Sa Hoàng vốn chịu ảnh hưởng mạnh mẽ của bộ luật BGB của Đức và học thuyết Pandect (Reich, 1972, trang 155-156). Tuy nhiên, sự phát triển sau đó của pháp luật xã hội chủ nghĩa đã cố gắng phủ định hình thức chuyển hóa từ “lý thuyết pháp luật tư sản” và nhấn mạnh tính chất tự chủ của Bộ luật dân sự năm 1922 – điều này có ý nghĩa tuyên truyền nhiều hơn là một lý thuyết tốt.

Do đó, các luật gia nên có sự hoài nghi cao độ đối với lý thuyết - mà tôi gọi là một ý thức hệ - về sự tự chủ hoàn toàn về pháp luật mà không cần đến chuyển hóa pháp luật.

6. Chuyển hóa pháp luật và những giá trị hiến pháp

Thật không may là mối liên hệ giữa chuyển hóa pháp luật và những giá trị hiến pháp của nước tiếp nhận chưa thực sự được các nhà nghiên cứu luật so sánh chú ý tới. Theo lý thuyết của tôi, mối liên hệ này đã được thiết lập qua quá trình thích nghi: nó phải được chính danh hóa bằng trật tự hiến pháp của nước tiếp nhận, ví dụ như quá trình thích nghi được hình thành bởi luật quốc tế. Tôi loại bỏ những tình huống được tranh luận nhiều về “pháp luật tùy nghi” vận hành theo nguyên tắc lựa chọn của các bên và cạnh tranh điều tiết (Basedow 2013 trang 97-117); thậm chí trong tình huống như vậy, sự chuyển hóa pháp luật không có được tính chính danh thông qua hành động mang tính tự chủ của các bên, mà thông qua việc dẫn chiếu đến luật được chuyển hóa như trường hợp công ước CISG.

Siems (2014 trang 145) liệt kê ra 5 loại chuyển hóa thành công mà các nhà làm luật cần tôn trọng:

- *Một chính sách đặc biệt thuận lợi đối với điều kiện chính trị, văn hóa hoặc kinh tế-xã hội của nước thực hiện việc chuyển hóa pháp luật.*
- *Một sự kết hợp đặc biệt thuận lợi giữa luật mới và luật cũ.*
- *Một mục đích bổ sung mà việc chuyển hóa pháp luật đáp ứng được tại nước thực hiện việc chuyển hóa pháp luật.*
- *Các quy định và thể chế pháp luật được chuyển hóa tồn tại lâu bền hơn chính quy định tương ứng ở quốc gia xuất phát.*
- *Các ý tưởng cải cách pháp luật được thực hiện ở nước ngoài nhưng chưa được thực hiện ở quốc gia xuất phát ý tưởng đó.*

Mặt khác, có vẻ đối với tôi, theo các chuẩn mực quốc tế và hiến pháp, bất cứ sự chuyển hóa pháp luật nào liên quan đến pháp luật dân sự, đặc biệt là pháp luật hợp đồng cũng nên tôn trọng 4 nguyên tắc chung sau đây mà tôi xây dựng liên quan đến pháp luật dân sự của EU (Reich, 2014) và cũng chính là những nguyên tắc dễ dàng được khái quát hóa cho những nền tài phán như Việt Nam hiện đang phát triển theo hướng kinh tế thị trường:

- “Tự chủ có khuôn khổ”, tức là các bên trong giao dịch dân sự (hợp đồng, giao dịch bảo đảm, công ty, dịch vụ tài chính, xung đột luật) cần được hưởng một mức tự chủ hành động rộng, nhưng phải được hạn chế bằng những cân nhắc về chính sách công do quốc gia tiếp nhận ấn định trong Hiến pháp của mình mà không làm mất “bản chất tự chủ”.
- Bảo vệ bên yếu thế, đặc biệt là người tiêu dùng và khách hàng của những dịch vụ thiết yếu như năng lượng, nước và thông tin.
- Không phân biệt đối xử trong các quan hệ pháp luật dân sự, đặc biệt là vì lý do liên quan đến giới và giới tính, chủng tộc, dân tộc, tình trạng khuyết tật, xu hướng giới tính và mặc dù vấn đề khuyết tật có thể chấp nhận những hạn chế nhất định trong các quan hệ lao động.
- Yêu cầu về sự ngay tình trong các giao dịch dân sự, nhất là trong quan hệ với người tiêu dùng, và có thể yêu cầu này không được đặt cao trong các quan hệ thương mại.

Tôi đã tóm tắt những nguyên tắc này trong cuốn sách đề cập ở trên bằng những lời sau (trang 16):

- Các nguyên tắc về “tự chủ có khuôn khổ” về sự bảo vệ bên yếu thế và không phân biệt đối xử là một phần của pháp luật nội dung của EU, chủ yếu là pháp luật hợp đồng. Những nguyên tắc này ở mức

độ nào đó có thể mâu thuẫn và có thể cần được cân bằng lẫn nhau, đáng chú ý là giữa sự bảo đảm tính tự chủ của các bên với yêu cầu bảo vệ bên yếu thế hoặc yêu cầu tránh phân biệt đối xử trong giao kết hợp đồng. Những nguyên tắc này có thể đóng vai trò là sự chuyển hóa quy định của hiến pháp hoặc các chuyển hóa cơ sở lý thuyết cho những nền tài phán khác.

- *Nguyên tắc ngay tình có thể là một nguyên tắc đang gây sự chú ý. Nhưng theo ý tôi, đã có những yếu tố của nguyên tắc này mà một ngày nào đó sẽ phát triển thành một nguyên tắc nhất quán hơn, tùy thuộc vào sự phát triển hơn nữa của dân luật trong EU, đặc biệt là những án lệ của Tòa công lý châu Âu (ECJ). Nguyên tắc này, ở một mức độ nào đó cũng có thể đóng vai trò là một sự chuyển hóa pháp luật cho những nền tài phán khác, ít nhất là bởi vì chúng gần với truyền thống pháp luật dân sự hơn là thông luật. Điều này là đặc biệt quan trọng trong những hệ thống chuyển đổi, nơi mà đôi khi “chủ nghĩa tư bản hoang dã” phát triển mạnh như trường hợp của Nga trong những năm ngay sau sự sụp đổ của chủ nghĩa xã hội nhà nước như tôi chứng kiến.*

TÀI LIỆU THAM KHẢO

Adams, M. & Heirbaut, D. (eds.) (2014): The Method and Culture of Comparative Law – Essays in Honour of M. v. Hoecke.

Basedow, J. (2013): The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations – General Course on Private International Law of the Hague Academy of Int. Law, Vol. 360.

Baum/Bälz (Hrsg. 2011): Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht.

Berkowitz, D.; Pistor, K. & Richard, J.-Fr. (2003): The Transplant Effect, 51 AmJCompLaw 163.

Brügge-meier, G. (2011): Modernising Civil Liability Law in Europe, China, Brazil and Russia.

Brügge-meier, G. & Yan, Z. (2009): Entwurf für ein chinesisches Haftungsgesetz

Bu, Y. (ed. 2012): Deutsche und europäische Elemente des chinesischen Rechts.

Bu, Y. (2012): Einführung in das chinesische Recht.

Bu, Y. (ed. 2013): Chinese Civil Law.

Bussani, M. & Werro, Fr. (eds. 2009): European Private Law – A Handbook.

Chen, J. (2008): Chinese Law – Context and Transformation.

Chen, Z. (ed. 2009): Contemporary Chinese Law.

Cyrril Mathias Vincent, J. (2012): Legal Culture and Legal Transplants – the evolution of the Indian legal system, in: Sanchez-Cordero (2012), 401-478.

Dezelay, Y. & Garth, B. (2002): The Internationalisation of Palace Wars. Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin America.

Fedke, J. (2012): Legal Transplants, in: Smits (2012), pp. 550-554

Ginsburg, T. & al. (2014): Classics in Comparative Law, Vol. I: Methodology.

Graziadei, M (2008): Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, in: Reimann, M. & Zimmermann, R. (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 441-475

Harland, D. (1987): the UN Guidelines for Consumer Protection, JCP 1987, 245-266

Henning-Bodewig, F. (ed. 2013): International Handbook of Unfair Competition Law.

Kahn-Freund, O. (1974): On Use and Misuse of Comparative Law, 37 Modern Law Review 1. Also in: Ginsburg (2014), pp. 55-81.

Kaneko, Y. (2012): Accompanying Legal Transformation: Japanese Involvement in Legal and Judicial Reforms in Asia, in: Int. Congress (2010), 563.

Kitagawa, Z. (1970): Rezeption und Fortbildung des Europäischen Rechts in Japan.

Legrand, P. (1997): The Impossibility of Legal Transplants, 4 Maastricht Journal of European and Comparative Law, 111. Also published in: Ginsburg (2014) pp. 121-134.

Legrand, P. (1996): European Legal Systems are not Converging, 45 Int. & Comp.LQu. 52-81. Also

published in: Ginsburg (2014) pp. 312-344

Montesquieu, B. De (1914): De l'esprit des lois - The spirit of laws - 1748, Translated by Th. Nugent, J. V. Richard (eds.)

Nayak, R.K. (1987): Consumer Protection Act 1986: Law and Policy in India, JCP 1987, 417

Neelken, D. & Feest, J. (eds. 2001): Adapting Legal Culture.

Reich, N. (2014) : General Principles of EU Civil Law, 2014.

Reich, N. (2014a): Reflections on Hans Micklitz' Plea of a Movable System' (of Consumer Law) – Anything to Learn from the Experiences of Indian Consumer Law, in: Purnhagen/Rott (eds.), Varieties of European Economic Law and Regulation, Liber amicorum Hans Micklitz, 2014, 651-674.

Reich, N. (2013): 'Reflexive Contract Governance' – David Trubek's Contribution to a More Focused Approach to EU Contract Legislation, in: de Burca et al (eds.), Global Governance in a Critical Perspective - Liber amicorum David Trubek, Hart 2013, 273-294.

Reich, N. (2002): The US-American Federal Trade Commission (FTC) – A Model for Effective Consumer Protection in a Unifying European market? In: H.-W. Micklitz/Jürgen Keßler (eds.), Marketing Practices Regulation and Consumer Protection in the EC Member States and the US, 2002, 417-444.

Reich, N. (1972): Sozialismus und Zivilrecht.

Reich, N. (1966): Sociological Jurisprudence and Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas.

Sacco, R. (1992): La circulation des modèles juridiques, in : Rapport généraux au XIII Congrès International du droit comparé 1990, 1

Sanchez-Cordero, J. (ed. 2012). The Process of Legal Acculturation – A Mexican

Perspective, in : Legal Culture and Legal Transplants – International Congress of Comparative Law, Washington/DC 2010, 1-59.

Shijian Mo, J. (2012): Legal Culture and Legal Transplants – Convergence of Civil Law and Common Law Traditions of Chinese Private Law, in: Sanchez-Cordero, 205-221.

Siems, M. (2014): The Curious Case of Overfitting Legal Transplants, in: Adams & Heirbaut (2014), 133-146.

Singh, A.(2005): Law of Consumer Protection in India.

Smits, J. (2012): Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2nd ed.

Teubner, G. (1998): Legal Irritants – Good Faith in British Law, or: How Unifying Law Ends Up in New Divergencies, 61 Modern Law Review, 11

Trubek, D. & Santos, A. (eds. 2006): The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal.

Trubek, D. (2004): Law and Development, in: Int. Encyclopedia of the Social and Behavioural Sciences, 8443

Watson, A. (1993); Legal Transplants – An Approach to Comparative Law, 2nd ed.

Xanthaki, H. (2008), Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap, 57 Int. Comp.LQ 659.

v. Mehren, A. (1963): Law in Japan – The Legal Order in a Changing Society.

Yamamoto, K. (2013): Rechtswissenschaft und Rechtsvergleichung – Die Erfahrungen der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in Japan, in: Grundmann, St. (ed. 2015): Tagung für Rechtsvergleichung in Marburg 2013.

Yamamoto, K. (2013a): Die Entwicklung des Leistungsstörungenrechts seit 1900 – die japanischen Erfahrungen, Zeitschrift für japanisches Recht – Sonderheft 7.

THEORETICAL ISSUES ON LEGAL TRANSPLANTS: THEORIES, PHENOMENA, TRENDS AND RELEVANT FACTORS

Norbert Reich

The topic about which I'm supposed to talk is a huge and at the same time controversial one. The 2010 International Congress of Comparative Law held in Washington /DC consists of 36 national reports (Viet Nam is only mentioned in the context of the Japanese report, Kaneko 2012, 565-573!) with a comprehensive conclusion by Prof. Sanchez-Cordero (2012) from Mexico. The Oxford Handbook of Comparative Law of 2008 contains a long paper by Graziadei (2008) which gives a very good overview of the different concepts, trends, and problems of legal concepts. The general debate is still divided between the more optimistic/instrumentalist approach of Watson (1993) taking a positive and rather pragmatic view, and the legal-cultural critique of Legrand (1997) and Teubner (1998) insisting on the embeddedness of law in a specific legal culture which cannot simply be transferred from one order to another without causing irritations and distortions. Other researchers find in certain instances an "overfitting" of transplants (Siems 2014) or on the other hand a "mixture of norms and principles" (Graziadei, p. 453; Bussani & Werro 2009 for Europe; Yamamoto 2013 for Japan) which develop over time.

How are we going to solve this dilemma? I will prefer a pragmatic and differentiated approach looking at legal history and legal sociology in a specific environment. Legal transplants in this view are a rather common, almost normal phenomenon. In the evolution of law, in particular civil or private law which is most familiar to me (contracts, torts, companies,

secured interests, less family and succession law), transplants are a factor of learning and change. Many international bodies are active in creating model laws, soft laws, or draft conventions etc. which are proposed for take-over by national legislators or other competent institutions (overview Sanchez-Cordero at pp. 14-15). Even in EU law under the doctrines of supremacy and direct effect, a great number of “soft-law”, “optional codes”, “frames of reference”, recommendations etc. exist – sometimes giving raise to great controversies like the - now withdrawn - proposal on an optional “Common European Sales Law” (Reich 2014, Chap. VI; 2014a). Some international organisations like UNCITRAL and UNIDROIT have their task to draft and “market” legal transplants, especially in the sphere of commercial relations; Basedow (2013) talks of a “Law of Open societies” which could not function without legal transplants.

I can start with a first preliminary observation: The problem of legal evolution in the differentiated jurisdictions (states, international organisations, self-governing bodies etc.) is not the existence of transplants as such, but how they fit into a given legal order. This statement merits some further considerations on the legitimacy, successes and potential failures to which I will turn now. But I have to add a caveat: the topic is extremely complex, and I can only give an overview based on a generally positive, supportive approach to legal transplants. I will also use my personal experience as being involved in drafting legislation especially in transition countries, eg with regard to codification, contract law, trade practices, and consumer protection.

1. A preliminary definition: transplants as voluntary take-over by the receiving jurisdiction

The first and perhaps most important qualification to legal transplants consists in their voluntary take-over by the receiving jurisdiction,

mostly (but not exclusively) states. This contrasts to some extent the analysis of legal changes by Graziadei (2008, 456-461) who found 3 types of "factors of change" leading to legal transplants:

- Imposition
- Prestige
- Economic performance

While I agree with the second and third factor, the first one is more problematic. Of course, legal changes were imposed by conquests, colonisation, force etc., but I still would hesitate to include this in my analysis. In all these cases, the transformation has been done without consent of and legitimation by the receiving entity - it is just a matter of power and control and may simply be abandoned once the external source - the conqueror, the colonialisator - is gone. Take the imposition of socialist law in Eastern Europe and related countries due to the dominance of the Soviet Union. After the fall of socialism, most of these countries changed their laws in direction to more market economic patterns like freedom of contract, free use of private property and freedom to found and manage companies, and did so by voluntary taking over elements of foreign laws, whether of common or civil law origin; legal transplants played an important role in this process which - and that is very important - was not an imposed but a voluntary one. It seems that Viet Nam is part of this process, as documented by the very topic of the conference (see Kaneko, 2012, pp. 564-567).

On the other hand, some qualifications are necessary to understand this process of legal change. As will be remembered, the imposition of the French Civil Code was part of the Napoleonic conquests after its adoption in 1804, and many parts of Europe like the left Rhein part of Germany, some provinces in Italy, the territories of the Netherlands etc. had to take over the Code civil and other parts of Napoleonic

legislation. After the fall of the Napoleon dominance, the Code civil did not immediately lose its legal value but continued quite successfully in many (no all!) territories. It became amalgamated to the local “culture” and existed in many parts of Germany till the introduction of the BGB in 1900 and even later, with a rich case law and doctrinal writing having more or less left its origin as imposed law. Belgium still has the Code civil, while Dutch law first followed the French model in the 19th century and only after the Second World War was completely modernised and re-codified.

A “reverse” transplantation process happened between Germany and France: When Germany under Bismarck annexed Alsace-Lorraine in 1871 the BGB was introduced there in 1900. When these territories came back to France after the Versailles Treaty in 1918, the BGB was not automatically abolished but remained in force in many areas, in particular in real property law. A special Cour d’Appel in Colmar hears cases on “German-French” law which seems to function to the satisfaction of its citizens even before the EU, and there is no intention to abolish it, perhaps to only to modify to fit better into the general French legal system.

International law may impose legal change upon receiving jurisdictions. Of course the element of voluntary take-over is met by the process of ratification. The CISG is an international Treaty defining rules of cross-border commercial sales contracts; once ratified parties are able to use this instrument for their transactions by a so-called opt-out mechanism. It is even open to non-ratifying jurisdictions by an opt-in mechanism. Even more so, it can also serve as a legal transplants for local law if its concepts like “conformity” and “fundamental breach of contract” are also applied for sales transactions in general without any cross border dimension. This happened in Germany with the reform of the BGB in

2002 and in the former socialist Baltic countries Estonia and Lithuania when they codified their civil law (Reich in Bussani/Werro 2009). Even though the EU is not part of the CISG it used some of its concepts when drafting and adopting the Consumer Sales Directive 1999/44/EC.

Somewhat different is the case of German re-unification: The relevant Constitutional Treaty between at that time the Federal Republic of (West) Germany and the still existing DDR more or less imposed the take-over of “West”-German law to the DDR, in particular by abolishing the socialist ZGB and re-introducing the BGB. This Treaty was ratified by the then still existing Parliament of the DDR. Can this be called a “legal transplants”? I do not think so: it was really a sort of re-enactment of the former legal unity in Germany; it was nothing foreign to the people of the DDR, but a document of the newly won national unity after 40 years of artificial separation.

2. Legal transplants and “modernisation” of law

My insistence on the voluntary character of transplants by the receiving country does not explain why this consent was given. One of the most frequent reasons has been the use of law as an instrument of modernisation of society. This is of course a highly sensitive topic, and I will limit myself to civil and commercial law. The issues of constitutional law, in particular transplants of fundamental rights and constitutional adjudication, are much more complex and will only be treated briefly in the last section of this presentation. The next presentation concerns practical examples in three big Asian jurisdictions, namely Japan, India and China.

The best known example is the take-over of the Swiss Civil Code in the process of laicisation of Turkey (Atamer, 2008). This process was done by an “acte de force” of the Atatürk government of the twenties

with a Minister of Justice trained in Switzerland which wanted to lead Turkey *uno actu* into a more modern society beyond feudalism and Islamic sharia. There is still debate whether this was a successful or failed process; I'm not an expert on this, but it seems it has worked quite well so far which does not exclude some necessary reforms and adaptations. Atamer informs in detail about the different drafts for modification and amendment of 1971 and 1984 which became part of the new Turkish ZGB (Zivilgesetzbuch – Civil Code) of 22.11.2001, to enter in force on 1.1.2002. The modifications concerned mostly family law and related issues.

In this context, the US-American “law and development movement” is well known which wanted to bring the benefits of modern legal thinking to South America in the sixties and seventies. The movement sponsored by US development agencies and supported by elite law schools like Yale and Columbia (Trubek, 2004; Trubek & Santos, 2006; Dezelay & Garth, 2002; an assessment is given by Sachnez-Cordero, 2012 at p. 17) was however less concerned with legislation – most South American states had already adopted French like Civil and Commercial Codes – but with a more aggressive style of legal work and critical thinking. The rise of dictatorships in many countries like Brasil, Argentine, Chile, Peru and Colombia somewhat later seemed to give the death blow to this movement and demonstrated its inherent contradiction: liberal economic conceptions were placed into authoritarian regimes of state power – this seems to be a misfit distorting the very idea of successful legal transplants demanding a government of laws and independence of the judiciary.

Dramatic take-overs happened in the former socialist countries where competing transplants inspired by the continental codification tradition, in particular the newly adopted Dutch Civil Code but also the

BGB and the French Code civil, competed with US-American concepts of economic law based on liberal market philosophy; this process was strongly supported by either EU, national (German/French) or US development agencies. In all cases, these transplants in areas like commercial contracts, secured interests in movables, company law, financial services became part of a “transition package” towards market economies but also led to mismatches in particular between the law in the books and the law in action: the existing legal institutions like courts, lawyers etc. were not immediately able and not easily ready to take over the transplants which were put over their head by some foreign experts (see the self-assessment by Knieper, 2008). The chaotic Russian change-over from socialism to a so-called “market economy” in the nineties is a good - or rather bad - example showing the distortions which can be caused by transplants not adapted to the economic and social environment of the receiving country, despite its consent to a take-over (see the contributions in Bussani, 2009).

3. Legal transplants as “legal irritations”?

These observations lead us to the most controversial topic in the debate on the pros and cons of legal transplants: their embeddedness - or rather disembeddedness – in the culture of the receiving country. Some authors have become prominent on insisting on the impossibility of legal transplants in playing a major role in producing legal change. The French legal sociologist Legrand (1997) has become a well-known author to challenge legal transplants as positive contribution to legal change and reform. For him, law is bound to language and culture which produce indigenous systems of meaning. A mere change of rules or norms does not change culture. If comparative law ignores the significance of cultural diversity and difference, it can only approach

the matter in a bookish or technical fashion – a critique in particular voiced against Watson to which we will refer later.

“At best, what can be displaced from one jurisdiction to another is, literally, a meaningless form of words. To claim more is to claim too much. In any meaning-ful sense of the term, ‘legal transplants’, therefore cannot happen” (at p. 120; *italics author*).

In the European context, Legrand (1996) has in particular challenged theories of legal convergence between common and civil law as supported by EU institutional drive towards law harmonisation. Common law as being embedded in the special status of English judges and lawyers with their method of precedent cannot be merged with the continental type of law application by judges as state functionaries and lawyers as agents of the judiciary using the method of textual-systematic interpretation of codified law.

“Common lawyers and civilians continue (despite EU law, NR) to take a different view of what it is to have knowledge of the law, and what counts as legal knowledge” (p. 79).

Teubner, a German/English legal sociologist following the teaching of Luhmann, has more or less taken over the critical view of Legrand in his well-known and frequently cited paper on “legal irritants” (1998). He takes as his starting point the concept of “good faith” well familiar to continental but not to common lawyers which had been introduced into EU law by the so-called Unfair Terms in Consumer Contracts Directive 93/13/EEC. English law had to implement this directive and did so by a specific legal instrument, but it remained foreign to the liberal concepts of contracting which is typical to commercial law where each party has to take full responsibility of its dealings in law and does not deserve special protection by a good-faith defence. In my view – and this is

meant as a critique - Teubner is not really advancing a legal theory but more or less the traditional English opposition against transplants of continental origin which may be foreign to the legal elite, but which does not consider possible needs for change this time imposed by EU law. English law over time has been able to accommodate itself with the concept of good-faith, maybe somewhat differently than continental law limited to consumer transactions without extending it to commercial contracts (Reich, 2014, Chapter VII). Case law of a unifying jurisdiction like the European Court of Justice (ECJ) may help to implement this process of change and adaptation which cannot be achieved simply by the law in the books but should not be principally ruled out because of irritant parts which may exist only temporarily.

4. Legal transplants and the process of “acculturation”

In his general report to the Washington conference of 2010, Sanchez-Cardero (2012) develops the concept of “culture” as the deciding element in understanding and studying legal transplants. He writes:

“Legal acculturation shares distinct traits with social acculturation. Within the social acculturation processes, it is possible to identify different variants of legal acculturation, in which the terminology arises as one of the substantive elements of analysis” (p. 6).

He then distinguishes between “imposed” and “spontaneous” acculturation, legal acculturation by integration, legal assimilation, or legal hybridisation. He is critical of mere technocratic and formalistic approaches as advanced in particular by the US-American law and economics/finance movement:

“From this perspective, legal rules, institutions and practices are essentially a form of technology, propagating metaphors such as

importation, exportation, invention, adaptation, transfer, imitation, engineering, legal hardware and legal software” (p. 19).

I do not deny the justification of this critique, but it should be addressed to the dominant, not the receiving society. In a process of modernisation, the receiving country may have to use transplants fit for that purpose. This may amount to a mere technological process which should be evaluated on its own merits. This rhetoric does not necessarily lead to a “de-culturalisation” of the law of the receiving country.

In my opinion, the culturalist approach as advanced by Sanchez-Cordero and going back to such prominent authors like Montesquieu (translation 1914 cited at the end of the next presentation) amounts to a fiction rather than to social reality. It may lead to ideological thinking hostile to legal change.

Graziadei correctly points out:

“After Montesquieu..., the idea of an organic connection between law and the particular character of the people gained immense popularity. It became standard fare of European legal thought. Incredibly, this idea won recognition when the world was experiencing waves of legal transplants on an immense scale – without the paradox being noticed” (p. 465)

This critique of the inherent contradiction between the cultural approach opposing transplants and the reality evidencing them as a common phenomenon, can also be turned against Sanchez-Cordero by taking seriously his statement that “legal culture” ... is the “sediment of the historical memory and traditions” (p. 27). What does this revival of the concept of legal culture mean: doesn’t it overstate the historical element of law which cannot be denied by looking at such different legal systems like common law, codified law, but seems to put on halt

legal reforms going beyond acclaimed traditions? It comes close to the critique against transplants as advanced by Legrand and Teubner. It may be abused by conservative trends against legal change and adaptation by imposing historical limitations..

Even more, such a theory of “legal acculturation” seems to neglect the very fundamental statement of the US-American legal theorist and Supreme Court Justice O.W. Holmes that “the life of the law has not been logic but experience” (cited in Reich, 1966, p.45). This is a critique not only against the reference to codified law, but also to such theories of law as “Volksgeist” in the sense of Savigny, “culture” in an anthropological understanding. “Experience” is a much broader concept which does not exclude cultural elements but does not posit them as central and exclusive. In this context, law is certainly not devoid of traditions but is characterised by an experimental element of learning, change and modification. Legal transplants are part of it.

5. Legal transplants - a modern instrumentalist approach (Watson revisited)

In the second edition of his seminal book on legal transplants, Watson (1993) found that “the transplants of legal rules is socially easy” (p. 95). His instrumentalist view postulated that no inherent link existed between law and the society in which it operates. Law is largely autonomous. He based his theory on the history of the reception of Roman law in medieval Europe and in the later stages of enlightenment and developing market economies, and in the success of the Common law beyond England. There seemed to be no close relationship between culture and law, rejecting contrasting views of Montesquieu, but rather elements of choice and discretion, depending

on the receiving jurisdiction. Legal transplants are a more or less common phenomenon in the evolution of law in particular private law, and will be accommodated to the surrounding environment by pragmatic choice and preference. This conjunction of legal borrowing and the need for authority results in legal tradition.

Watson formulates 13 “general reflections” the most important ones which I will cite:

- Transplanting of individual rules or of a large part of a legal system is extremely common.
- Transplanting is, in fact, the most fertile source of development. Most changes in most systems are the result of borrowing.
- Legal rules move easily and accepted into a system without too great difficulty.
- Legal rules are not particularly devised for a particular society in which they now operate and also that this is not a matter for great concern.
- A voluntary reception or transplants almost always involves a change in the law.
- No area of private law can be designated as being extremely resistant to change as a result of foreign influence.
- Reception is possible and still easy when the receiving society is much less advanced materially and culturally.
- Law like technology is very much the fruit of human experience (pp. 95-101).

Obviously Watson has been subject to critique, in particular by legal sociologists like Friedmann and Kahn-Freund (Sanchez-Cordero at p.21). This critique is however subject to the concept of legal culture which I view with scepticism because of its ideological character. I

think that Watson gives quite a realistic view of the commonality of legal transplants which makes his theory attractive today, especially for countries in verge of development like Viet Nam. This says of course nothing what parts of law should be transplanted, whether transplants will successful or a failure depending on the institutions of the receiving country, how transplants will change and become accommodated in the host jurisdiction (in a similar sense see the paper by Rehm, 2008).

For my own research this statement became important when studying Soviet Civil law and its first “socialist” codification in 1922. I could show that this law which in Soviet doctrine was highlighted as the “first and original source of an autonomous socialist civil law” really had its sources in draft codifications which were undertaken in the prior Tsarist period and which again had been strongly influenced by the German BGB and by the Pandect doctrine (Reich, 1972, pp. 155-156). However, later development of Soviet law tried to deny these transplants from “bourgeois legal theory” and postulate an autonomous characteristic of the Civil Code of 1922 - this was more propaganda than good theory.

Lawyers should therefore be very sceptical towards the theory - I would call it an ideology - of a complete autonomy of law without the need to take recourse to transplants.

6. Legal transplants and constitutional values

The link between legal transplants and constitutional values of the receiving country unfortunately has not found much attention among researchers of comparative law. In my theory, this link is already established concerning the process of adaption as such: it must be legitimated by the constitutional order of the receiving country or other jurisdiction, eg one created by international law. I exclude the

much debated cases of so-called “optional laws” which function under principles party choice and regulatory competition (Basedow 2013 at pp. 97-117); even in such a case the transplants does not receive its legitimacy by an act of party autonomy but by making this reference possible in the transplanted legislation like in CISG.

Siems (2014 at p. 145) list five categories for a successful transplants which should be respected by law-makers:

- A policy which is particularly favourable to the political, cultural or socio-economic conditions of the transplants country
- A particularly favourable mix between old and new law
- An additional purpose that the transplants fulfils in the transplants country
- Legal rules and institutions which are more durable in the transplants than in the origin country
- Ideas about legal reform which have been adopted abroad but not in their countries of origin.

On the other hand, it seems to me that under international and constitutional standards, any transplants regarding civil and in particular contract law should respect the following four substantive general principles which I have developed with particular reference to EU civil law (Reich, 2014) but which can easily be generalised for a jurisdiction like Viet Nam which is developing in the direction of a market economy:

- “Framed autonomy”, meaning that parties in civil transactions (contracts, secured interests, companies, financial services, conflict of laws) should be granted a wide autonomy of action, but limited by considerations of public policy to be determined by the receiving jurisdiction in its Constitution without abolishing the “essence of autonomy”.

- Protection of weaker parties, in particular consumers but also clients of essential services like energy, water, and communication.
- Non-discrimination in civil law relations, in particular with regard to gender and sex, but also concerning race and ethnic origin, disability and sexual orientation, the latter perhaps limited to employment relations.
- The requirement of good faith in civil transactions, mostly with regard to consumer and less in commercial relations.

I have summarised these principles the above mentioned book with the following words (p. 16):

- The principles on “framed autonomy”, on protection of the weaker party and on non-discrimination are part of substantive EU law, mainly contract law. They may to some extent contradict and may need to be balanced against each other, notably the concept of autonomy vs. the need to protect the weaker party and to avoid discrimination in contracting. They may serve as a theoretical and constitutional transplants for other jurisdictions.
- The principle of “good faith” may only be an emerging principle. But there are already, in my opinion, elements to it that may one day develop into a more coherent principle, depending on the further development of EU civil law, in particular the case law of the ECJ. This principle could and should to a certain extent also serve as a transplants to other jurisdictions, at least insofar as they are closer to the civil than to the common law tradition. It is particularly important in transition systems where sometimes a “wild capitalism” is evolving like in Russia in the years after the fall of socialism, as I could witness myself.

SELECTED BIBLIOGRAPHY

Adams, M. & Heirbaut, D. (eds.) (2014): *The Method and Culture of Comparative Law – Essays in Honour of M. v. Hoecke*.

Basedow, J. (2013): *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations – General Course on Private International Law of the Hague Academy of Int. Law*, Vol. 360.

Baum/Bälz (Hrsg. 2011): *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*.

Berkowitz, D.; Pistor, K. & Richard, J.-Fr. (2003): *The Transplants Effect*, 51 *AmJCompLaw* 163.

Brüggemeier, G. (2011): *Modernising Civil Liability Law in Europe, China, Brazil and Russia*.

Brüggemeier, G. & Yan, Z. (2009): *Entwurf für ein chinesisches Haftungsgesetz*

Bu, Y. (ed. 2012): *Deutsche und europäische Elemente des chinesischen Rechts*.

Bu, Y. (2012): *Einführung in das chinesische Recht*.

Bu, Y. (ed. 2013): *Chinese Civil Law*.

Bussani, M. & Werro, Fr. (eds. 2009): *European Private Law – A Handbook*.

Chen, J. (2008): *Chinese Law – Context and Transformation*.

Chen, Z. (ed. 2009): *Contemporary Chinese Law*.

Cyrril Mathias Vincent, J. (2012): *Legal Culture and Legal Transplants – the evolution of the Indian legal system*, in: Sanchez-Cordero (2012), 401-478.

Dezelay, Y. & Garth, B. (2002): *The Internationalisation of Palace Wars. Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin America*.

Fedke, J. (2012): *Legal Transplants*, in: Smits (2012), pp. 550-554

Ginsburg, T. & al. (2014): *Classics in Comparative Law, Vol. I: Methodology*.

Graziadei, M (2008): *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in: Reimann, M. & Zimmermann, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 441-475

Harland, D. (1987): *the UN Guidelines for Consumer Protection*, JCP 1987, 245-266

Henning-Bodewig, F. (ed. 2013): *International Handbook of Unfair Competition Law*.

Kahn-Freund, O. (1974): *On Use and Misuse of Comparative Law*, 37 *Modern Law Review* 1. Also in: Ginsburg (2014), pp. 55-81.

- Kaneko, Y. (2012): Accompanying Legal Transformation: Japanese Involvement in Legal and Judicial Reforms in Asia, in: Int. Congress (2010), 563.
- Kitagawa, Z. (1970): Rezeption und Fortbildung des Europäischen Rechts in Japan.
- Legrand, P. (1997): The Impossibility of Legal Transplants, 4 Maastricht Journal of European and Comparative Law, 111. Also published in: Ginsburg (2014) pp. 121-134.
- Legrand, P. (1996): European Legal Systems are not Converging, 45 Int. & Comp.LQu. 52-81. Also published in: Ginsburg (2014) pp. 312-344
- Montesquieu, B. De (1914): De l'esprit des lois - The spirit of laws - 1748, Translated by Th. Nugent, J. V. Richard (eds.)
- Nayak, R.K. (1987): Consumer Protection Act 1986: Law and Policy in India, JCP 1987, 417
- Neelken, D. & Feest, J. (eds. 2001): Adapting Legal Culture.
- Reich, N. (2014): General Principles of EU Civil Law, 2014.
- Reich, N. (2014a): Reflections on Hans Micklitz' Plea of a Movable System' (of Consumer Law) – Anything to Learn from the Experiences of Indian Consumer Law, in: Purnhagen/Rott (eds.), Varieties of European Economic Law and Regulation, Liber amicorum Hans Micklitz, 2014, 651-674.
- Reich, N. (2013): 'Reflexive Contract Governance' – David Trubek's Contribution to a More Focused Approach to EU Contract Legislation, in: de Burca et al (eds.), Global Governance in a Critical Perspective - Liber amicorum David Trubek, Hart 2013, 273-294.
- Reich, N. (2002): The US-American Federal Trade Commission (FTC) – A Model for Effective Consumer Protection in a Unifying European market? In: H.-W. Micklitz/Jürgen Keßler (eds.), Marketing Practices Regulation and Consumer Protection in the EC Member States and the US, 2002, 417-444.
- Reich, N. (1972): Sozialismus und Zivilrecht.
- Reich, N. (1966): Sociological Jurisprudence and Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas.
- Sacco, R. (1992): La circulation des modèles juridiques, in : Rapport généraux au XIII Congrès International du droit comparé 1990, 1
- Sanchez-Cordero, J. (ed. 2012). The Process of Legal Acculturation – A Mexican Perspective, in: Legal Culture and Legal Transplants – International Congress of Comparative Law, Washington/DC 2010, 1-59.
- Shijian Mo, J. (2012): Legal Culture and Legal Transplants – Convergence of Civil Law and Common Law Traditions of Chinese Private Law, in: Sanchez-Cordero, 205-221.

- Siems, M. (2014): The Curious Case of Overfitting Legal Transplants, in: Adams & Heirbaut (2014), 133-146.
- Singh, A (2005): Law of Consumer Protection in India.
- Smits, J. (2012): Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2nd ed.
- Teubner, G. (1998): Legal Irritants – Good Faith in British Law, or: How Unifying Law Ends Up in New Divergencies, 61 Modern Law Review, 11
- Trubek, D. & Santos, A. (eds. 2006): The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal.
- Trubek, D. (2004): Law and Development, in: Int. Encyclopedia of the Social and Behavioural Sciences, 8443
- Watson, A. (1993); Legal Transplants – An Approach to Comparative Law, 2nd ed.
- Xanthaki, H. (2008), Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap, 57 Int. Comp.LQ 659.
- v. Mehren, A. (1963): Law in Japan – The Legal Order in a Changing Society.
- Yamamoto, K. (2013): Rechtswissenschaft und Rechtsvergleichung – Die Erfahrungen der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in Japan, in: Grundmann, St. (ed. 2015): Tagung für Rechtsvergleichung in Marburg 2013.
- Yamamoto, K. (2013a): Die Entwicklung des Leistungsstörungenrechts seit 1900 – die japanischen Erfahrungen, Zeitschrift für japanisches Recht – Sonderheft 7.

PHẦN 2
CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT:
THỰC TIỄN VIỆT NAM

PART 2
LEGAL TRANSPLANTS:
PRACTICE IN VIETNAM

NHU CẦU VÀ THỰC TIỄN THAM KHẢO KINH NGHIỆM PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI TRONG HOẠT ĐỘNG LẬP PHÁP Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Trần Ngọc Đường

I. NHU CẦU THAM KHẢO KINH NGHIỆM PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI TRONG HOẠT ĐỘNG LẬP PHÁP Ở VIỆT NAM

Trong điều kiện phát triển nền kinh tế thị trường, xây dựng nhà nước pháp quyền, chủ động mở cửa và hội nhập như ở Việt Nam hiện nay thì nhu cầu tham khảo kinh nghiệm lập pháp của nước ngoài rất lớn. Nhu cầu đó bắt nguồn từ những đòi hỏi sau đây:

- Phát triển nền kinh tế thị trường là kinh nghiệm của các nước có nền kinh tế thị trường hàng trăm năm nay. Trong khi đó, xây dựng và phát triển kinh tế thị trường ở Việt Nam được thực hiện từ sự chuyển đổi một nền kinh tế kế hoạch tập trung quan liêu bao cấp với hai thành phần kinh tế: sở hữu nhà nước và sở hữu tập thể giữ vai trò chủ đạo. Vì vậy, nhu cầu tham khảo pháp luật điều chỉnh các quan hệ kinh tế thị trường trở nên cấp thiết. Các luật về công ty, Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, Luật doanh nghiệp tư nhân, Luật Phá sản, Luật Các tổ chức tín dụng... ban hành trong thời kỳ đầu Đổi mới dường như phải sao chép luật của nước ngoài. Bởi ở Việt Nam lúc bấy giờ chưa có tiền đề kinh tế và xã hội và thực tiễn điều chỉnh các vấn đề này.

Xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của dân, do dân và vì dân cũng là một công việc mới mẻ. Trước đây, thế giới chia làm hai phe,

tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước Việt Nam theo mô hình Xô Viết, chịu ảnh hưởng của Hiến pháp năm 1977 của Liên bang Xô Viết. Ngày nay, chủ trương xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam, tất yếu phải nghiên cứu kinh nghiệm của nhân loại, trong đó có việc tham khảo pháp luật của các nước về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước để tìm kiếm các giá trị có thể kế thừa và phát triển phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội của Việt Nam. Các giá trị như công khai, minh bạch; thủ tục hành chính đơn giản, thuận tiện cho người dân; phân công, phân nhiệm một cách minh bạch nhiệm vụ, quyền hạn giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp; kiểm soát quyền lực nhà nước ... đều được từng bước vận dụng trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước. Ngay cả kỹ thuật lập hiến, lập pháp cũng có nhu cầu tham khảo từ kinh nghiệm lập hiến và lập pháp của các nước có truyền thống...

- Trong điều kiện chủ động mở cửa, hội nhập và xây dựng nhà nước pháp quyền việc đàm phán, ký kết và phê chuẩn các điều ước quốc tế cũng nảy sinh nhu cầu bức thiết phải nghiên cứu, tìm hiểu và tham khảo pháp luật của các tổ chức quốc tế, khu vực và các nước.

- Hiện nay sau gần 30 năm tiến hành công cuộc đổi mới, hệ thống pháp luật Việt Nam đã từng bước được xây dựng; trên nhiều lĩnh vực của đời sống kinh tế - xã hội đã có luật và bộ luật điều chỉnh. Tuy nhiên, là giai đoạn đầu của thời kỳ Đổi mới, do nhu cầu phải nhanh chóng chuyển đổi mô hình kinh tế và hội nhập kinh tế quốc tế nên chất lượng của các đạo luật được ban hành không cao, hiệu lực và hiệu quả điều chỉnh các quan hệ trên thực tế còn nhiều hạn chế. Vì vậy, nhu cầu hoàn thiện pháp luật trở nên cấp thiết. So sánh Luật là phương tiện đặc biệt quan trọng trong hoàn thiện pháp luật. Đó chính là nhu cầu so sánh luật nước ngoài đối với các dự án luật, hay các điều luật tương ứng với

luật trong nước. Theo đó, nhu cầu tham khảo luật nước ngoài để tiếp tục hoàn thiện pháp luật ở Việt Nam càng trở nên cấp thiết.

Như vậy, cả trước đây khi tiến hành công cuộc đổi mới, cho đến nay sau gần 30 năm, nhu cầu tham khảo kinh nghiệm pháp luật trong hoạt động lập pháp ở Việt Nam còn rất lớn để tiến hành xây dựng và hoàn thiện pháp luật.

II. THỰC TIỄN THAM KHẢO KINH NGHIỆM PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI

Thực tiễn tham khảo kinh nghiệm pháp luật nước ngoài trong hoạt động lập pháp ở Việt Nam từ trước tới nay cho thấy rằng mặc dù Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật không quy định bắt buộc phải tham khảo kinh nghiệm pháp luật của nước ngoài trong các công đoạn của quy trình lập pháp nhưng trong quá trình lập đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh; soạn thảo dự án luật, pháp lệnh; thẩm tra dự án luật, pháp lệnh các cơ quan có thẩm quyền đều có tổ chức nghiên cứu, thông tin, tư liệu về điều ước quốc tế mà nước ta là thành viên hoặc có kế hoạch gia nhập có liên quan đến dự án luật, pháp lệnh và việc điều chỉnh pháp luật của một số nước. Đồng thời cơ quan soạn thảo hoặc thẩm tra tổ chức các chuyến đi nghiên cứu kinh nghiệm một số nước về những vấn đề liên quan đến dự án luật, pháp lệnh thuộc chương trình xây dựng luật, pháp lệnh hàng năm, nhiệm kỳ của Quốc hội. Vì thế, về cơ bản các kinh nghiệm điều chỉnh bằng pháp luật của các nước tiên tiến đều được tham khảo, kế thừa phù hợp với điều kiện cụ thể ở Việt Nam, nhất là kinh nghiệm điều chỉnh bằng pháp luật trong các lĩnh vực mà từ trước tới nay ở Việt Nam chưa có pháp luật điều chỉnh hoặc điều chỉnh theo tư duy pháp lý của chủ nghĩa xã hội hiện thực. Đặc biệt trong lĩnh vực kinh tế, xã hội như Luật Thương mại, Luật Đầu tư, Luật

Công ty, Luật Các tổ chức tín dụng, Luật Sở hữu trí tuệ... Tuy thế, thực tiễn cũng đặt ra một số vấn đề sau đây:

- Nghiên cứu kinh nghiệm pháp luật nước ngoài để tiếp nhận những giá trị pháp lý có thể tiếp nhận được như thế nào cho đúng, cho phù hợp và sống được ở Việt Nam vẫn chưa được nghiên cứu thấu đáo nên thực tiễn đã chỉ ra trước đây vay mượn các khái niệm, các tư duy pháp lý của Liên Xô, hay những năm đầu đổi mới, tiếp thu pháp luật của các nước phương Tây một cách máy móc để xây dựng một số đạo luật, trong đó có Luật Phá sản đã chứng tỏ không có hiệu quả. Vấn đề là, nhu cầu tham khảo kinh nghiệm của nước ngoài là có thực, nhưng tham khảo như thế nào và tiếp nhận ra sao để có hiệu quả trong hoạt động lập pháp phù hợp với điều kiện của Việt Nam chưa được nghiên cứu và làm rõ nên trên thực tế có trường hợp “vay mượn máy móc” thiếu sự chọn lọc. Kinh nghiệm nhân loại chỉ ra rằng tiếp nhận pháp luật nước ngoài không đúng, không phù hợp dẫn đến “rủi ro cao độ”, “tiếp nhận mà không cân nhắc sẽ gặp những hiểm họa nghiêm trọng”. Vì thế, trên thực tế ở nước ta có hai xu hướng: một xu hướng coi trọng, tham khảo pháp luật nước ngoài và mong muốn sớm đổi mới, một khuynh hướng ngược lại tham khảo thì cứ tham khảo nhưng không tiếp thu với những lập luận rất đơn giản là không phù hợp với thực tiễn Việt Nam, ở Việt Nam chưa có tiền lệ.... Vì thế, việc tham khảo kinh nghiệm nước ngoài chủ yếu tiến hành ở giai đoạn soạn thảo và thẩm tra nhưng chất lượng tham khảo không cao, vừa tốn kém thời gian và tiền bạc cho những chuyến đi nước ngoài nhưng lúc về mỗi đoàn nhận thức khác nhau trên cùng một vấn đề nên tiếp thu không được bao nhiêu.

- Khoa học luật so sánh là phương tiện quan trọng trong việc nghiên cứu, tham khảo kinh nghiệm lập pháp của nước ngoài, nhưng ở Việt Nam phát triển rất chậm. Mới mấy năm gần đây, Luật so sánh mới được đưa vào nghiên cứu giảng dạy trong các trường Đại học Luật. Vì

vậy, không cung cấp được cơ sở lý luận và thực tiễn cho việc tham khảo kinh nghiệm pháp luật của nước ngoài phục vụ cho hoạt động lập pháp của Quốc hội.

III. KIẾN NGHỊ

Từ thực tiễn tham khảo kinh nghiệm pháp luật nước ngoài trong hoạt động lập pháp ở Việt Nam, nghĩ rằng để tham khảo có hiệu quả, thực chất mà không hình thức, ít tốn kém thời gian và công sức cần phải xây dựng cơ sở lý luận của vấn đề này. Theo đó, cần làm rõ các vấn đề lý luận cơ bản sau đây:

- Tham khảo kinh nghiệm pháp luật của nước ngoài trong hoạt động lập pháp nhằm mục đích gì? Có phải để tiếp nhận các giá trị của pháp luật nước ngoài vào pháp luật tương ứng của Việt Nam hay chỉ để biết thực tiễn điều chỉnh pháp luật của các nước đối với lĩnh vực cần tìm hiểu.

- Nội dung tham khảo kinh nghiệm pháp luật của nước ngoài tập trung vào những vấn đề gì? Những giá trị nào của pháp luật nước ngoài cần và có thể tiếp thu vào pháp luật Việt Nam? Các nguyên tắc và điều kiện cần và có thể tiếp nhận các giá trị của pháp luật nước ngoài là gì?

- Cần đẩy mạnh việc nghiên cứu luật so sánh làm công cụ đi trước một bước phục vụ cho việc tìm hiểu pháp luật nước ngoài trong hoạt động lập pháp. Đại biểu Quốc hội hơn ai hết là những người cần có những kiến thức nhất định về khoa học luật so sánh để tham gia vào quá trình lập pháp của Quốc hội.

- Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật cần bổ sung thêm quy định về việc tham khảo, đối chiếu kinh nghiệm điều chỉnh pháp luật của các nước, các nguyên tắc và cách thức tham khảo kinh nghiệm pháp luật nước ngoài trong các công đoạn của quy trình lập pháp.

KHỔNG GIÁO VÀ CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT Ở VIỆT NAM

Bùi Ngọc Sơn

Chuyển hóa pháp luật là một chủ đề phổ biến trong luật so sánh. Nó được hiểu như là sự di chuyển theo chiều ngang (từ quốc gia này sang quốc gia khác) hoặc theo chiều dọc (từ các tổ chức quốc tế đến quốc gia) của luật và các thể chế pháp lý; hình thức chuyển hóa có thể là áp đặt hay tự nguyện; phạm vi chuyển hóa có thể là cả một hệ thống pháp luật, các đạo luật, một số nguyên tắc pháp lý, hay học thuyết pháp lý.¹

Trong những năm gần đây, các dự án quốc tế nhằm hỗ trợ cải cách pháp luật và các chương trình quốc gia cải cách pháp luật ở châu Á, Đông Âu, châu Phi, và châu Mỹ Latinh, đều dựa trên một giả thuyết rằng chuyển hóa pháp luật (chủ yếu từ phương Tây) có thể giúp cải cách pháp luật để thúc đẩy phát triển.² Giả thuyết này cũng ảnh hưởng đến chương trình quốc gia cải cách pháp luật cũng như các dự án quốc tế hỗ trợ cải cách pháp luật ở Việt Nam.

Đầu tư tài chính cho chuyển hóa pháp luật từ các dự án quốc tế là rất lớn: ví dụ, riêng năm 2008, là 1.85 tỷ đô la Mỹ. Tuy nhiên, các nghiên cứu thực nghiệm cho thấy hiệu quả của các dự án hỗ trợ chuyển hóa pháp luật này không như những nhà hỗ trợ quốc tế mong muốn. Ví

1 John Gillespie, “Towards a Discursive Analysis of Legal Transfers into Developing East Asia,” 40 N.Y.U. Journal of International Law and Politics (2008): 662-63.

2 John Gillespie and Pip Nicholson, “Taking The Interpretation of Legal Transfers Seriously” in Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers, edited by John Gillespie and Pip Nicholson (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 1.

dự, một nghiên cứu về tương quan giữa chuyển hóa pháp luật và phát triển ở 6 nước Châu Á chứng minh rằng luật phản ánh chứ không phải kích thích phát triển kinh tế.³

Ở Việt Nam, chuyển hóa pháp luật có một lịch sử lâu đời. Luật Bắc thuộc, luật triều đại, luật thực dân, luật xã hội chủ nghĩa truyền thống đều diễn tiến với sự chuyển hóa pháp luật từ nước ngoài: Trung Quốc, Pháp, và Liên Xô. Đặc biệt, cải cách pháp luật trong bối cảnh đổi mới ở Việt Nam diễn tiến với quá trình chuyển hóa pháp luật từ một số nước phương Tây và các giá trị pháp lý toàn cầu. Tuy nhiên, cải cách pháp luật cũng không đạt kết quả như mong muốn. Dù nhiều luật được ban hành với sự chuyển hóa từ nước ngoài, nhưng học giả trong nước đã chỉ ra những hạn chế của luật như: “Chưa đồng bộ, thiếu thống nhất, tính khả thi thấp, chậm đi vào cuộc sống, tồn tại nhiều quy định khung, nhiều quy định thiếu cụ thể, thiếu minh bạch về quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ xã hội, khả năng phản ứng với những thay đổi của thực tiễn còn chậm chạp.”⁴ Bên cạnh đó, vai trò của pháp luật đối với phát triển kinh tế cũng là vấn đề khi Đảng Cộng sản Việt Nam nhận định rằng: “Kinh tế phát triển chưa bền vững, chất lượng, hiệu quả, sức cạnh tranh của nền kinh tế thấp.”⁵

Bài viết này đồng ý rằng một trong những nguyên nhân dẫn đến hiệu quả không như mong muốn của chuyển hóa pháp luật nằm ở chỗ các chương trình cải cách pháp luật quốc gia và chương trình quốc tế hỗ

3 K Pistor and P.A, Wellons, *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960-95* (Oxford: Oxford University Press, 1998).

4 Nguyễn Quốc Thắng, “Tiến trình Cải cách Lập pháp,” truy cập ngày 22 tháng 1 năm 2015, <http://www.na.gov.vn/60namqhvvn/www.na.gov.vn/60namqhvvn/thanhtuu/cai%20cach%20lap%20phap-so235.html>

5 Đảng Cộng Sản Việt Nam, “Nghị quyết Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI Đảng Cộng sản Việt Nam,” truy cập ngày 22 tháng 1 năm 2015, <http://www.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/NuocCHXHCNVietNam/ThongTinTongHop/noidungvankiendaihoidang?categoryId=10000716&articleId=10038365>

trợ cải cải pháp luật thông qua chuyển hóa pháp luật dựa trên một quan niệm chưa hợp lý về chuyển hóa pháp luật vốn đang phổ biến.

Bài viết chấp nhận lý thuyết giải thích xã hội như một khung lý thuyết hợp lý hơn cho việc nhận thức và thực hành chuyển hóa pháp luật. Bài viết áp dụng lý thuyết này để xem xét vai trò của Khổng giáo trong việc giải thích xã hội đối với việc du nhập các giá trị pháp luật nước ngoài tại Việt Nam.

I. KHUNG LÝ THUYẾT

1.1. Luật độc lập với xã hội?

Các dự án quốc tế hỗ trợ cải cách pháp luật thông qua chuyển hóa pháp luật được truyền thông bởi lý thuyết của Alan Watson, một học giả luật so sánh nổi tiếng người Scotland, người lần đầu tiên đưa ra khái niệm “chuyển hóa pháp luật” (legal transplants).⁶ Lý thuyết của ông quan niệm pháp luật độc lập với xã hội. Theo học giả này, được định hướng bởi một nhóm nhỏ của giới tinh hoa thạo luật gồm các luật sư, luật vận hành độc lập với các nhu cầu xã hội và do vậy có thể chuyển hóa một cách tự do xuyên biên giới văn hóa.⁷ Theo ông, ngay cả luật đã từng phản ánh tinh thần của một dân tộc, quá trình quốc tế hóa lâu dài cũng sẽ làm tách rời sự gắn kết đó.⁸ Ông cho rằng:

Đa phần luật có một đời sống riêng; không có một mối quan hệ tất yếu, tự nhiên, hay một thiết giữa luật, cấu trúc pháp lý, công cụ, các quy tắc và nhu cầu, mong muốn, kinh tế chính trị của giới ưu tú lãnh đạo hoặc thành viên của một xã hội nhất định.⁹

6 Alan Watson, *Legal Transplants : an Approach to Comparative Law* (Athens: University of Georgia Press, 1993).

7 John, “Towards a Discursive Analysis of Legal Transfers,” 673.

8 Như trên.

9 Alan Watson, “Comparative Law and Legal Change,” 37 *Cambridge Law Journal* (1978): 314-15.

Dựa trên quan niệm về tính độc lập của luật với xã hội, Watson cho rằng sự phù hợp giữa hệ thống luật được chuyển hóa và hệ thống luật tiếp nhận không cần thiết cho một quá trình chuyển hóa pháp luật thành công. Ông tin rằng luật có thể phát triển bằng con đường chuyển hóa mà không cần xem xét đến các yếu tố kinh tế, chính trị, xã hội bản địa.¹⁰ Lý thuyết về tính độc lập của luật với xã hội dẫn đến những hệ quả sau đây:

Thứ nhất, làm luật là một sự lựa chọn lý tính (*rational choice*). Để có một hệ thống pháp luật tốt, các nhà lập pháp, giới thạo luật trong một nước, có thể lựa chọn, bằng tư duy pháp lý lý tính, những quy tắc pháp lý, nguyên tắc pháp lý, hay quan niệm, học thuyết pháp lý tốt nhất để áp dụng cho quốc gia mình. Các giải pháp cho sự lựa chọn sẽ chỉ là: chấp nhận hay từ chối.

Thứ hai, các chương trình hỗ trợ quốc tế và nỗ lực quốc gia trong cải cách pháp luật thông qua chuyển hóa pháp luật là đạo tạo một giới thạo luật có thể giải mã được ý nghĩa của các nguyên bản pháp lý toàn cầu. Các nỗ lực khác cũng bao gồm các chương trình tư vấn pháp lý từ các chuyên gia quốc tế, phổ biến kiến thức pháp luật vào các nước đang phát triển, các nước đang phát triển chủ động tìm hiểu, nghiên cứu, học tập, và ứng dụng pháp luật nước ngoài, qua các hoạt động như công du lập pháp, hội thảo quốc tế, đào tạo pháp luật...

Thứ ba, chuyển hóa pháp luật là một quá trình tập trung vào nhà nước. Do luật được quan niệm độc lập với xã hội, chuyển hóa pháp luật được thực hiện chủ yếu thông qua nhà nước, tác nhân chính của quá trình xây dựng và thực hiện pháp luật. Như vậy, các chương trình quốc tế và quốc gia để chuyển hóa pháp luật sẽ tập trung vào các nhân tố thể chế nhà nước chính thức như cơ quan lập pháp, tòa án...

10 John, "Towards a Discursive Analysis of Legal Transfers," 673.

Lý thuyết của Watson rất có ảnh hưởng trong luật so sánh. Đặc biệt, lý thuyết này đem lại một nền tảng lý thuyết cho các chương trình hỗ trợ quốc tế đối với cải cách pháp luật thông qua chuyển hóa pháp luật.

Nhìn theo lý thuyết luật độc lập với xã hội, Đạo Khổng có vẻ không có quan hệ đối với chuyển hóa pháp luật. Theo một hướng tích cực, sự khác biệt của văn hóa Khổng giáo với văn hóa phương Tây có vẻ không phải là một rào cản đối với chuyển hóa pháp luật vào các vùng văn hóa Khổng giáo, như Việt Nam. Theo một hướng tiêu cực, nếu coi làm luật như một quá trình lựa chọn lý tính pháp lý thuần túy, truyền thống Khổng giáo cổ xưa có vẻ không mấy có giá trị đối với quá trình lựa chọn pháp lý hiện đại.

Tuy nhiên, kết quả không như mong muốn của các nỗ lực quốc gia và quốc tế trong việc cải cách pháp luật thông qua chuyển hóa pháp luật hàm ý rằng lý thuyết của Watson có vấn đề. Vấn đề căn bản của nó là: nó bỏ qua việc xem xét luật trên thực tế được hiểu và thực hành như thế nào trong bối cảnh bản địa. Nó giả định rằng các luật có những ý nghĩa cố hữu và ý nghĩa này có thể được chuyển hóa sang các nước khác nhau bằng việc đào tạo những chuyên gia pháp lý để giải mã ý nghĩa đó. Theo cách tư duy này, hàng triệu đô la Mỹ được đổ vào châu Á để phát triển kỹ năng pháp lý ở đây. Tuy nhiên, các nghiên cứu thực nghiệm không cho thấy nhiều chứng cứ chứng tỏ rằng người tiếp nhận pháp luật có xu hướng giải mã và thực thi ý nghĩa cố hữu của nguyên bản pháp lý toàn cầu.¹¹ Kết quả của các nỗ lực chuyển hóa pháp luật chỉ có thể đem lại các luật giống nhau, các thể chế quản trị luật giống nhau, nhưng chúng được hiểu và thực thi rất khác nhau trong bối cảnh tiếp nhận. Sự tồn tại các luật và thể chế pháp lý giống nhau về hình

11 John Gillespie, "Relocating Global Scripts in Local Networks of Meaning," in *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, edited by John Gillespie and Pip Nicholson (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) 31.

thức không nói lên ý nghĩa của cải cách pháp luật, và vai trò thực tế của luật đối với phát triển. Lý thuyết luật độc lập với xã hội không đem lại một cách tiếp cận hợp lý đối với chuyển hóa pháp luật nói chung và vai trò của Khổng giáo đối với chuyển hóa pháp luật nói riêng.

1.2. Lý thuyết giải thích

John Gillespie ở Đại học Monash (Úc) dựa vào các lý thuyết giải thích xã hội (*social constructionism*) trong lĩnh vực khoa học xã hội để phát triển một lý thuyết giải thích đối với chuyển hóa pháp luật trong lĩnh vực luật học.

Theo John, các lý thuyết giải thích xã hội có các xu hướng khác nhau nhưng đều thống nhất ở điểm: Ý nghĩa gắn kết với một kiến thức được giải thích như là kết quả của một quá trình tương tác xã hội của con người. Áp dụng cách nhìn này trong lĩnh vực pháp luật, John chỉ ra rằng: các kiến thức pháp lý và thể chế pháp lý chủ yếu được giải thích thông qua một quá trình tương tác xã hội được định hình bởi thói quen, tập quán, và cách nghĩ của người dân trong nước tiếp nhận.¹² Lý thuyết giải thích có những đặc điểm sau đây:

Thứ nhất, nó không giả sử rằng luật có những ý nghĩa cố hữu và nguyên nghĩa phải được chuyển hóa. Nó cho rằng các tác nhân xã hội trong một bối cảnh bản địa phát triển cách hiểu của riêng họ về ý nghĩa của luật và thực thi luật dựa trên cách hiểu đó. Họ tiếp nhận các ý tưởng toàn cầu nhưng giải thích, hiểu chúng theo logic của riêng họ.¹³

Thứ hai, giải thích của xã hội đối với pháp luật là kết quả của một quá trình tương tác xã hội của các tác nhân xã hội khác nhau, không chỉ nhà nước. Các tác nhân xã hội gồm các cá nhân, các tổ chức xã hội, các tổ chức kinh

12 Như trên, 30.

13 Như trên.

tế, các cộng đồng dân cư, các thể chế nhà nước.... John giải thích điều này bằng việc viện dẫn đến lý thuyết hệ thống (*systems theory*). Giống như các cấu phần của một hệ thống, các tác nhân xã hội khác nhau có nhưng mục đích khác nhau, nhu cầu khác nhau nhưng cùng tồn tại và diễn tiến trong một hệ thống xã hội. Họ tương tác với nhau để xác định ý nghĩa của của một ý tưởng pháp luật được chuyển hóa.¹⁴

Thứ ba, như là một hệ quả của đặc điểm trên, lý thuyết giải thích tiếp cận chuyển hóa pháp luật như một quá trình từ dưới lên trên (*bottom-up*)- từ người dân, từ xã hội lên nhà nước, không phải quá trình từ trên xuống dưới (*top-down*)- từ các tổ chức quốc tế, từ nước ngoài, từ nhà nước xuống người dân, xã hội. Cách tiếp cận này coi nhu cầu của người dân, mong muốn của xã hội, lối sống và nhận thức của họ, và các tương tác của họ có ý nghĩa quyết định đối với quá trình chuyển hóa pháp luật và đối với việc làm luật và thực thi luật.

Lý thuyết giải thích đem lại một cách tiếp cận có triển vọng đối với chuyển hóa pháp luật và vai trò của Khổng giáo đối với chuyển hóa pháp luật ở Việt Nam. Lý thuyết được ủng hộ bởi các phân tích thực nghiệm, nên có tính chất thuyết phục cao về mặt thực tiễn. Về mặt khung lý thuyết, nó dựa trên các kiến thức phong phú của khoa học xã hội, như lý thuyết giải thích xã hội, lý thuyết hệ thống. Điều này bảo đảm phần nào tính logic và thuyết phục về mặt lý thuyết, đặc biệt trong một bối cảnh mà các khoa học đan xen nhau, và tiếp cận liên ngành trở nên là một phương pháp luận phổ biến.

Tuy nhiên, một vấn đề với khung lý thuyết của lý thuyết giải thích chuyển hóa pháp luật là nó dựa quá nhiều vào các lý thuyết khoa học xã hội mà bỏ qua các lý thuyết pháp lý liên quan. Cũng có thể, nhưng một lý thuyết pháp lý dựa hoàn toàn vào lý thuyết khoa học xã hội

14 39-40.

không luôn vững chắc. Khung pháp lý của nó có thể được củng cố thêm bằng việc bổ sung các lý thuyết pháp lý.

Ví dụ, lý thuyết văn hóa pháp lý của của Lawrence. M. Friedman ở Đại học Stanford có thể củng cố cách nhìn giải thích về chuyển hóa pháp luật. Friedman coi văn hóa pháp lý là các ý tưởng, giá trị, thái độ, quan niệm của người dân trong một xã hội đối với pháp luật và hệ thống pháp luật.¹⁵ Friedman cho rằng các tác nhân xã hội làm luật một cách gián tiếp. Các tác nhân xã hội (như chiến tranh, suy thoái, hay thay đổi công nghệ) thay đổi cách vận hành của xã hội, cách người dân nhìn nhận về xã hội, và những điều này đến lượt nó làm thay đổi văn hóa pháp lý hay cách người dân nhìn nhận về pháp luật.¹⁶ Lý thuyết văn hóa pháp lý củng cố luận điểm rằng ý nghĩa của pháp luật được xác định ở xã hội, ở các nhận thức, thái độ của người dân. Nhưng lý thuyết này bổ sung thêm một khía cạnh khác là các tác nhân xã hội có tính sự kiện thay vì thuần túy là các tác nhân con người.

Có lẽ quan hệ gần gũi với với lý thuyết giải thích chuyển hóa pháp luật là lý thuyết *luật như là sự giải thích* của Ronald Dworkin (1931 - 2013), một trong những triết gia pháp lý người Mỹ có ảnh hưởng nhất trong tư duy pháp lý đương đại. Ông quan niệm luật là kết quả của quá trình giải thích kiến tạo (*constructive interpretation*) của các thẩm phán. Các thẩm phán, tuy nhiên, không giải thích luật theo ý riêng của họ. Nguyên tắc về tính chính thể (*integrity*) của luật ràng buộc thẩm phán vào lịch sử, văn hóa, truyền thống của một dân tộc, về các tiền lệ được xác định bởi các thẩm phán khác.¹⁷ Nếu bỏ qua sự tập trung vào quyền cá nhân và vai trò thuần túy của thẩm phán, lý thuyết của

15 Lawrence. M. Friedman, "Is There a Modern Legal Culture?" 7 Ratio Juris (1994):118.

16 Như trên, 119.

17 Xem tổng quát, Ronald Dworkin, Law's Empire (Oxford: Hart Publishing, 2000).

Dworkin củng cố quan niệm rằng luật được giải thích về mặt xã hội, gắn kết với các yếu tố lịch sử, văn hóa, truyền thống của một dân tộc. Nguyên tắc chỉnh thể của luật mà nó đề xuất cũng tương thích với lý thuyết hệ thống. Theo đó, luật được chuyển hóa phải phù hợp với cấu trúc tổng quát của hệ thống pháp luật, cấu trúc chính trị, cấu trúc xã hội, xu hướng phát triển chính của một dân tộc.

Với những bổ sung cần thiết của các lý thuyết pháp lý liên quan, lý thuyết giải thích chuyển hóa pháp luật có thể được áp dụng như một khung lý thuyết cho việc xem xét vai trò của Khổng giáo đối với chuyển hóa pháp luật ở Việt Nam. Theo cách tư duy này, vấn đề cần xem xét là: Khổng giáo, với tư cách là một truyền thống văn hóa đã ăn sâu vào tâm thức của người dân Việt Nam hàng nghìn năm và còn tiếp tục những ảnh hưởng của nó trong xã hội hiện đại, đã đóng góp vào quá trình giải thích xã hội đối với các ý tưởng pháp luật ngoại sinh được chuyển hóa vào Việt Nam như thế nào trong bối cảnh đương đại.

Tuy nhiên, những nhận thức căn bản về Khổng giáo và sự du nhập và ảnh hưởng của nó ở Việt Nam là cần thiết, trước khi xem xét quan hệ của nó đối với giải thích xã hội đối với chuyển hóa pháp luật đương đại.

II. CĂN BẢN VỀ KHỔNG GIÁO

Khổng giáo, hay Nho giáo, được hình thành ở Trung Quốc từ cuối Xuân Thu (770-476 tr CN) đến thời Chiến Quốc (476-221 tr CN), một bối cảnh chiến tranh, loạn lạc kéo dài trong lịch sử Trung Quốc cổ đại. Khổng Tử thường được coi là người sáng lập ra Nho giáo, dù tư tưởng Nho giáo có trước ông. Những triết gia khác của Khổng giáo cổ điển là Mạnh Tử, và Tuân Tử.¹⁸

18 Xem tổng quan, Phùng Hữu Lan, Đại cương triết học sử Trung Quốc (Hà nội: NXB Thanh niên, 1999).

Kinh điển căn bản của Khổng giáo có 9 cuốn, gọi là Tứ Thư, Ngũ Kinh. Ngũ Kinh gồm: Kinh Thư, Kinh Thi, Kinh Dịch, Kinh Xuân Thu, và Kinh Lễ. Trừ Kinh Xuân Thu, ghi chép lịch sử nước Lỗ, được cho là do Khổng Tử trước tác, các kinh khác được cho rằng là ông san định, biên tập. Tứ Thư gồm Luận ngữ, cuốn sách ghi chép những lời dạy của Khổng Tử và các đối đáp của các học trò của ông; Mạnh Tử (hai tập); Đại học của Tăng Tử; và Trung Dung của Tử Tư.¹⁹

Về nội dung tư tưởng, Khổng giáo là một hệ thống triết học quan tâm đến những vấn đề căn bản về đạo đức, chính trị, xã hội. Nó đặc biệt nhấn mạnh đến đạo đức để làm người. Nó chủ trương rằng một trật tự chính trị tốt cần sự tu dưỡng đạo đức của cả người dân lẫn người cầm quyền. Đạo “Nhân” là nền tảng của Khổng giáo, chủ trương rằng con người chỉ trở thành người khi sống trong xã hội và quan tâm, yêu thương người khác. Nguyên tắc này chi phối các quan hệ vua-tôi, bố mẹ-con cái, anh-em, vợ-chồng, và bằng hữu.

Về chính trị, Khổng giáo chủ trương xây dựng một chính quyền chính danh (*zheng ming, rectification of names*).²⁰ Nội dung của chính quyền này như sau:

Thứ nhất, nó xuất phát từ mối lo lắng về chế độ chuyên chế. Những nhà kinh điển Khổng giáo đều lên án chế độ chuyên chế, một chế độ trong đó nhà cầm quyền theo đuổi lợi ích cá nhân, và chà đạp lên các giá trị công, đi ngược với những đòi hỏi của đạo Nhân. Những ông vua chuyên chế như vua Kiệt, vua Trụ bị lên án kịch liệt trong các kinh điển Khổng giáo.

Thứ hai, chính phủ chính danh được đề xuất như một mô hình thay thế chế độ chuyên chế. Chính phủ chính danh được hiểu là: nhà cầm

19 Như trên.

20 Tác giả phân tích cụ thể trong: Bui Ngoc Son, “Confucian Constitutionalism: Classical Foundations,” 37 Australian Journal of Legal Philosophy (2012): 61-98.

quyền phải hành động tuân theo các quy tắc truyền thống xác định quyền và nghĩa vụ của họ, và các giá trị đạo đức gắn cố hữu với vị trí mà họ đảm nhiệm.

Thứ ba, mục đích của chính phủ chính danh được xác định bằng nguyên tắc dân bản (*minben, people as basis*). Nguyên tắc này phát biểu rằng tính chính đáng (*legitimacy*) của chính phủ cuối cùng phụ thuộc vào việc chính phủ đó hành động và phục vụ lợi ích vật chất và tinh thần của người dân. Nguyên tắc dân bản yêu cầu chính phủ: (1) cung cấp những điều kiện vật chất cho sự phát triển của người dân; (2) dạy người dân các giá trị đạo đức, văn hóa.

Thứ tư, lễ (*rituals*) là hình thức xác định quyền, nghĩa vụ, và các giá trị đạo đức của nhà cầm quyền. Lễ trong Khổng giáo có một nội dung rộng và phức tạp. Trên phương diện chính trị, lễ là tập hợp các quy tắc, thể chế truyền thống xác định quyền, nghĩa vụ, và đức hạnh của nhà cầm quyền. Lễ, như vậy, có hai nội dung. Thứ nhất, lễ là các quy tắc và thể chế truyền thống phân phối quyền và nghĩa vụ của nhà cầm quyền. Trên phương diện này, lễ tương tự như cái mà nhà hiến pháp học người Anh A. V. Dicey gọi là “tập quán hiến pháp”.²¹ Thứ hai, lễ là một bộ luật đạo đức điều khiển cách cư xử của nhà cầm quyền.

Thứ năm, lễ được thực hiện bằng việc tự tu dưỡng đạo đức cá nhân của nhà cầm quyền và sự can gián, khuyên răn, giáo dục, và thảo luận công cộng của các học giả có đạo đức và kiến thức. Khổng giáo không dự trù những bảo đảm về mặt thể chế độc lập để thực thi các công cụ này. Thay vào đó, Khổng giáo dựa vào sức mạnh của truyền thống như một bảo đảm cho các công cụ này được thực thi.

21 A. V. Dicey, *Introduction to the Study of Law of the Constitution* (London: MacMillan and Co., Limited, 1920), 22.

Về pháp luật, Khổng giáo chủ trương quản trị người dân bằng luật truyền thống và đạo đức (lễ). Nó cho rằng luật truyền thống, được ban hành bởi các thánh vương cổ xưa phản ánh tốt hơn những yêu cầu của lễ phải. Nó cũng cho rằng quản trị người dân bằng đạo đức thì tốt hơn là bằng trừng phạt, bởi quản trị bằng đạo đức có thể làm người dân có liêm sỉ và trở thành người tốt, trong khi trừng phạt chỉ có thể làm người dân tránh sự trừng phạt nhưng không có liêm sỉ. Khổng giáo, trên quan niệm về sự hài hòa, chủ trương giải quyết các tranh chấp xã hội bằng hòa giải, đối thoại, thay vì kiện tụng. Khổng giáo không phản đối hoàn toàn nhưng coi luật hình sự và kiện tụng là bất đắc dĩ.

Khổng giáo có một lịch sử phức tạp. Lịch sử của Khổng giáo ở Trung Quốc chứng kiến những phiên bản khác nhau, và khác với Khổng giáo cổ điển, như: Hán Nho, Đường Nho, Tống Nho, Minh Nho, và Thanh Nho.

Theo một góc nhìn vĩ mô hơn, Đỗ Duy Minh, nhà nghiên cứu Khổng giáo nổi tiếng người Trung Quốc, cho rằng có 3 “kỷ nguyên” phát triển của Khổng giáo. Kỷ nguyên thứ nhất được đánh dấu bởi sự tiến triển của Khổng giáo từ quê hương Khúc Phụ của Khổng tử đến chỗ trở thành hệ tư tưởng chính của Trung Quốc. Thời kỳ này kéo dài từ thế kỷ thứ 6 Tr.CN đến thế kỷ thứ 3. Kỷ nguyên thứ hai chứng kiến sự mở rộng ảnh hưởng của Khổng giáo đến các vùng Đông Á khác như Nhật Bản, Hàn Quốc, Việt Nam, kết thúc vào khoảng giữa thế kỷ 19 dưới sự ảnh hưởng của văn minh phương Tây. Sự chuyển đổi của Khổng giáo trong thời hiện đại được coi là sự khởi đầu của kỷ nguyên thứ ba, được đặc trưng bởi việc Khổng giáo vượt khỏi ranh giới Đông Á để trở thành sự quan tâm có tính toàn cầu.²² Các nhà Khổng học mới (*new Confucianism*), như Đỗ Duy Minh, Chung-Ying Cheng, Neville, de Bary,

22 Xinzhong Yao and Wei-ming Tu, ed., *Confucian Studies* (London and New York: Routledge, 2011).

David L. Hall, Roger T. Ames, và nhiều người khác, đang có xu hướng đặt Khổng giáo vào các cuộc đối thoại triết học có tính chất toàn cầu.

III. DU NHẬP CỦA KHỔNG GIÁO VÀO VIỆT NAM

Vào khoảng năm 110 tr.CN đến năm 39, một phiên bản Hán Nho của Khổng giáo đã bắt đầu được truyền bá vào Việt Nam khi Trung Quốc đô hộ Việt Nam trong một thời kỳ lịch sử lâu dài được biết đến như là thời kỳ Bắc thuộc. Các nhà cai trị người Trung Quốc như Tích Quang, Nhâm Diên, Sĩ Nhiếp đã truyền vào vùng đô hộ những giáo lý về lễ nghĩa của Khổng giáo.²³ Sự du nhập của Khổng giáo làm xuất hiện ở Việt Nam hai lớp người (thầy giáo và học trò), thể chế trường học và chữ viết Trung Quốc, cùng với tập quán, phép ứng xử và lễ nghi, quy tắc đạo đức có nguồn gốc từ Khổng giáo.²⁴ Tuy nhiên, Khổng giáo chủ yếu ảnh hưởng đến tầng lớp trên của xã hội, chưa chiếm lĩnh tâm thức dân gian. Phong hoá người Việt thời kỳ này vẫn theo những chuẩn mực bản địa là chính.

Thời độc lập, tự chủ và thống nhất (905-1527), Khổng giáo dần chiếm lĩnh địa hạt giáo dục rồi địa hạt chính trị. Thời Lý-Trần, Phật giáo thịnh hành, nhưng các triều đại này đã có những nỗ lực thúc đẩy sự phát triển của Khổng giáo trong địa hạt giáo dục. Những sự kiện này chứng minh điều đó: Năm Canh Tuất (1070) triều đình Lý Thánh Tông (1054-1072) đã chấp thuận việc xây dựng Văn Miếu thờ Khổng tử, Chu Công, Tứ Phối (Nhan Uyên, Tăng Sâm, Tử Tư, Mạnh tử), Thất thập nhị hiền (72 học trò giỏi của Khổng tử) ngay tại kinh đô Thăng Long;

23 Nguyễn Hùng Hậu, chủ biên., Đại cương triết học Việt Nam (Huế, NXB Thuận Hoá, 2005), tr.63-64.

24 Nguyễn Khắc Thuần. Tiến trình văn hoá Việt Nam từ thời thuỷ đến thế kỷ thứ XIX. NXB Giáo dục, H, 2007, tr.135-136.

Năm ất Mão (1075) Nhà Lý đã mở khoa thi đầu tiên được coi là khởi đầu của lịch sử thi cử của các nhà Nho; Năm Bính Thìn (1076), nhà Lý cho xây Quốc tử giám ngay tại kinh thành Thăng Long, đại học đầu tiên của Việt Nam; Năm Nhâm Thìn (1232), Nhà Trần đã đặt ra học vị Thái học sinh, học vị đầu tiên cho chế độ thi cử Nho học ở Việt Nam; Năm Đinh Mùi (1247), Nhà Trần đặt lệ Tam Khôi (Trạng Nguyên, Bảng Nhãn, Thám Hoa, học vị riêng cho ba người đỗ đạt cao nhất của khoa thi Thái học Sinh); Năm Giáp Thìn (1304), nhà Trần đặt thêm học vị mới là Hoàng Giáp, học vị cao hơn học vị tiến sĩ, làm hoàn chỉnh hệ thống học vị cao cấp.²⁵

Vào thời nhà Lê Sơ, Khổng giáo chiếm lĩnh địa hạt chính trị, trở thành hệ tư tưởng chính thống của triều đại. Chế độ khoa cử được tổ chức để tuyển chọn quan lại. Kinh điển Khổng giáo là tài liệu học tập. Bộ Luật Hồng Đức (1483) được xây dựng theo tinh thần của Khổng giáo. Nhà Lê còn có nhiều biện pháp khác để phổ biến Khổng giáo trong dân chúng, như thường xuyên ban hành các điều lệnh và lễ giáo trong dân chúng (như về hôn nhân, về quan hệ vợ chồng, về tang lễ) buộc các quan chức địa phương phải giảng giải và theo dõi việc thực hiện. Giáo lý Khổng giáo cũng được đưa vào các huấn điều (24 huấn điều của Lê Thánh Tông) và các xã trưởng có nhiệm vụ hàng năm đọc và giảng cho xã dân.²⁶

Trong thời suy tàn của nền thống nhất quốc gia (1527-1801), Khổng giáo cũng trở nên suy thoái. Sau khi nhà Nguyễn thống nhất đất nước, Khổng giáo được phục hồi, tiếp tục là hệ tư tưởng chính thống của triều đại. Các ông vua đầu triều Nguyễn như Minh Mệnh, Thiệu

25 Những sự kiện này dẫn từ nguồn: Nguyễn Khắc Thuần. Tiến trình Văn hoá Việt Nam từ thời thuý đến thế kỷ thứ XIX (Hà nội: NXB Giáo dục, 2007), 1289-291.

26 Trương Hữu Quýnh, Đinh Xuân Lâm, Lê Mậu Hãn, chủ biên., Đại cương Lịch sử Việt Nam (toàn tập) (Hà nội: NXB Giáo dục, 2006), 330.

Trị, Tự Đức, đều là những người chịu ảnh hưởng mạnh mẽ của Khổng giáo. Chế độ thi cử dựa trên kinh điển Khổng giáo được tổ chức để tuyển chọn quan lại cho triều đình. Nó là sự thể chế hóa nguyên lý của Khổng giáo về việc chính phủ phải được điều hành bởi người tài đức. Chính phủ triều đại gồm các cơ quan như là sự thể chế hóa các nguyên tắc chính trị-đạo đức của Khổng giáo, như: Đô Sát Viện để can gián vua, Ngự sử đài để ghi chép lịch sử của triều đại và bao biếm (khen chê) các hành vi chính trị, Viện Tập hiền để giảng cho nhà vua và các quan lại cao cấp về những nguyên tắc quản trị tốt và đạo đức chính trị. Ngoài ra, Bộ luật Gia Long được ban hành như là một sự Khổng giáo hóa pháp luật.

Theo Nguyễn Khắc Thuần, Nho giáo ở Việt Nam chịu ảnh hưởng của cả Hán Nho, Đường Nho, Tống Nho trong đó khuynh hướng ảnh hưởng Tống Nho mạnh nhất.²⁷ Một trong những đặc trưng trên phương diện chính trị của Tống Nho là: *“Nho gia thời Tống có xu hướng tuyệt đối hoá chế độ quân chủ, tạo cho xã hội có cảm giác rằng mọi thần dân và quan lại các cấp đều chỉ là tín đồ hoặc giáo phẩm của một tôn giáo đặc biệt, mà đỉnh tối cao của tôn giáo đặc biệt ấy chính là Hoàng Đế. Là đấng đại thiên hành hoá, Hoàng Đế có quyền uy rộng lớn đến vô tận và vô thường.”*²⁸ Như vậy, Khổng giáo ảnh hưởng ở Việt Nam trong những thời kỳ thịnh hành của nó không phải là Khổng giáo cổ điển như là một truyền thống triết học mà là các phiên bản Khổng giáo đã trở thành ý thức hệ chính trị, trong đó một số nguyên tắc nguyên thủy đã bị xa rời đáng kể.

Khi Pháp đô hộ Việt Nam, ảnh hưởng của Khổng giáo dần dần suy giảm. Hệ thống pháp luật, thể chế, chế độ giáo dục thực dân làm suy giảm

27 Nguyễn Khắc Thuần. Tiến trình Văn hoá Việt Nam, 894.

28 như trên, tr.891.

ảnh hưởng của Khổng giáo, như phần nào biểu hiện trong một bài thơ mĩa mai, “Chữ Nho”, của Tú Xương:

Nào có ra gì cái chữ Nho

Ông Nghè, ông Cống cũng nằm co.

Chi bằng đi học làm Thầy Phán

Tối rượu sâm-banh, sáng sữa bò.

Tuy nhiên, nền giáo dục Khổng giáo vẫn tiếp tục được duy trì đến tận năm 1918 dưới thời vua Khải Định. Nền giáo dục Khổng giáo tiếp tục sản sinh ra các trí thức Khổng giáo yêu nước, chống thực dân, như Phan Bội Châu, Phan Chu Trinh, Huỳnh Thúc Kháng, và các nhà nho của trường Đông Kinh Nghĩa thực. Những Nhà nho yêu nước này ủng hộ các giá trị của phương Tây nhưng không từ bỏ những lý tưởng Khổng giáo. Khí phách của Nhà nho giúp họ tranh đấu cho những mục đích công cộng, như độc lập dân tộc và hiện đại hóa xã hội. Văn chương Khổng giáo được sử dụng để chuyển tải và truyền bá những kiến thức hiện đại. Những nhà Nho như Phan Bội Châu và Phan Chu Trinh vẫn tin tưởng vào ý nghĩa thời đại của Khổng giáo, và khả năng kết hợp Khổng giáo với tri thức hiện đại.²⁹

Trên phương diện khác, Khổng giáo gặp phải những phê bình gay gắt của trí thức hiện đại, như Phan Khôi. Phan Khôi cho rằng: “Cái đạo của ngài [Khổng tử] chẳng những không hợp thời, không dụng được trong thời nay, mà lại, những chỗ không hợp thời ấy, những chỗ không dụng được ấy, nếu còn vương víu trong óc chúng ta, là kẻ cần phải kiếm cách “sanh hoạt mới” ở đời này, thì cũng còn là không lợi cho ta vậy.”³⁰

29 Xem tổng quát, Vinh Sinh & Nicholas Wickenden, trans., *Overtaken Chariot: The Autobiography of Phan Bội Châu* (Honolulu: University of Hawaii Press, 1999); Vinh Sinh, trans & ed., *Phan Chau Trinh and His Political Writings* (Ithaca, New York: Cornell Southeast Asia Program Publications, 2009).

30 Phan Khôi, “Cái Ảnh hưởng của Khổng giáo ở Nước ta,” truy cập ngày 23 tháng 1 năm 2015, <http://lainguyenan.free.fr/pk1929/caianhhuong.html>

IV. ẢNH HƯỞNG CỦA KHỔNG GIÁO Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Dưới chế độ xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam, trước đây, các học giả mácxít có một thái độ khá tiêu cực với Nho giáo. Có một thời gian dài Viện Triết học lên án toàn bộ tư tưởng Khổng học.³¹ Tuy nhiên, ở Việt Nam xã hội chủ nghĩa, không có những phong trào hay cuộc vận động đả phá Khổng giáo như Cách mạng Văn hoá ở Trung Quốc. Hơn nữa, một học giả Thụy Điển, ông Borje Ljunggren, trong cuốn «Chùa và thần linh ở Việt Nam» có nhận xét: «Dường như là điều phi logic khi Khổng giáo lại mạnh hơn sau thắng lợi của Cách mạng xã hội chủ nghĩa (ở Việt Nam). Có thể giải thích bằng một lý do là chính bản thân Hồ Chí Minh và nhiều đồng chí lãnh đạo của ông xuất thân từ một giai cấp do truyền thống Khổng giáo đào tạo.»³² Đào Phan trong tác phẩm “Đạo Khổng trong Văn Báu Hồ” đã sưu tầm và phân tích nhiều phát biểu của Hồ Chí Minh trực tiếp hoặc gián tiếp phản ánh các giá trị Khổng giáo.³³ Trên phương diện chính trị, các quan niệm của Khổng giáo về chính phủ phục vụ người dân (dân bản) và nhà lãnh đạo phải tu dưỡng đạo đức cá nhân (tu thân) rất điển hình trong tư tưởng Hồ Chí Minh.³⁴

Từ giữa những năm 80 của thế kỷ trước, thế giới có cái nhìn khác về Khổng giáo sau sự thành công của các quốc gia có nền văn hóa Khổng giáo hoá như Nhật Bản, Hàn Quốc, Singapore. Nhiều hội nghị quốc tế đánh giá về Khổng giáo có tính khách quan hơn: không chỉ nghiêng về một chiều tiêu cực. Nhiều nhà nghiên cứu ở Việt Nam cũng đánh giá Nho giáo công bằng hơn, nhận ra cả ưu thế và nhược thế của nó

31 Hữu Ngọc, Lãng du trong Văn hoá Việt Nam (Hà nội: NXB Thanh niên, 2007), 554.

32 Dẫn theo Hữu Ngọc, Như trên, 552.

33 Đào Phan, Đạo Khổng Trong Văn Báu Hồ (Hà nội: Nhà Xuất bản Đại học Quốc gia, 2004).

34 Như trên.

trong thời đại mới.³⁵ Một nghiên cứu hiếm hoi trong ngành luật của Phó giáo sư Phạm Duy Nghĩa khai khác quan hệ tích cực của Khổng giáo đối với tương lai pháp luật ở Việt Nam.³⁶ Tuy nhiên, vẫn còn khá phổ biến trong các nghiên cứu pháp luật và chính trị một quan niệm coi Khổng giáo như là chứa đựng những tàn dư của “chế độ phong kiến” và cản trở quá trình xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam.³⁷

Các đánh giá về ảnh hưởng của Khổng giáo ở Việt Nam hiện nay thường không phân biệt các loại Khổng giáo khác nhau, và điều này dễ dẫn đến những cách đánh giá thiếu khách quan và phiến diện. Lịch sử phức tạp của Khổng giáo dẫn đến sự tồn tại của các loại Khổng giáo khác nhau. Không có một Khổng giáo. Các học giả phân loại Khổng giáo thành: (1) Khổng giáo Triết học (*Philosophical Confucianism*) hay Khổng giáo như một học thuyết triết học; (2) Khổng giáo Chính trị hóa (*Politicalized Confucianism*) hay Khổng giáo được sử dụng và lạm dụng như một hệ tư tưởng chính trị của một chế độ chính trị nhất định; (3) Khổng giáo

35 Vũ Khiêu, *Nho giáo và Phát triển ở Việt Nam* (Hà nội: Nhà Xuất bản Khoa Học Xã hội, 1997); Viện nghiên cứu Hán Nôm và Viện Harvard-Yenching., chủ biên, *Nho giáo ở Việt Nam* (Hà nội: Nhà Xuất bản Khoa Học Xã hội, 2006); Viện nghiên cứu Hán Nôm và Viện Harvard-Yenching., chủ biên, *Nghiên cứu Tư tưởng Nho gia từ hướng Tiếp cận Liên ngành* (Hà nội: Nhà xuất bản Thế giới, 2009).

36 Phạm Duy Nghĩa, *Pháp luật và những Yếu tố Tích cực của Nho giáo* (Hà nội: NXB Tư pháp, H, 2004); Phan Duy Nghĩa, “Confucianism and the Conception of Law in Vietnam” in *Asian Socialism and Legal Change: the Dynamics of Vietnamese and Chinese Reform*, edited by in John Gillespie and Pip Nicholson (Canberra, Australia: ANU E Press and Asia Pacific Press, 2005), 76-90.

37 Xem, ví dụ, Ngô Đức Minh, “Xây dựng Nhà nước Pháp quyền Xã hội chủ nghĩa Việt Nam - Những Yếu tố tác động từ Truyền thống và Hiện tại,” *Tạp chí Cộng Sản* (19:19’ 16/10/2014), truy cập ngày 23 tháng 1 năm 2015, <http://www.tapchicongsan.org.vn/Home/Xay-dung-nha-nuoc-phap-quyen/2014/29855/Xay-dung-Nha-nuoc-phap-quyen-xa-hoi-chu-nghia-Viet-Nam.aspx>. Hơn 10 năm trước đây, tác giả bài viết này cũng có một quan niệm tương tự. Nhân đây, tác giả thừa nhận cách nhìn phiến diện này của mình: Bùi Ngọc Sơn, “Ảnh hưởng của Nho Giáo đến việc Xây dựng Nhà nước Pháp quyền ở Việt Nam” 11 *Tạp chí Nhà nước và Pháp Luật* (2003).

Thể chế (*Institutional Confucianism*) hay các thể chế và pháp luật được hình thành trên cơ sở Khổng giáo triết học và Khổng giáo chính trị (như các cơ quan Ngự sử đài (*Historian House*), Đô sát viện (*Censorate*), Viện Tập hiền (*Imperial Lecture*), và các đạo luật Khổng giáo hóa); (4) và Khổng giáo xã hội (*Social Confucianism*) hay “Khổng giáo sống” (*Lively Confucianism*) là tập tục, sinh hoạt đời thường của người dân dựa trên các chuẩn mực đạo đức của Khổng giáo.³⁸

Khổng giáo Triết học chủ yếu ảnh hưởng đến một bộ phận nhỏ người nghiên cứu Khổng giáo ở Việt Nam. Triết học Khổng giáo vốn là một triết học hành động, là một triết lý sống. Do vậy, đối với một người nghiên cứu Khổng giáo, khó có thể tách bạch giữa Khổng giáo như một đối tượng nghiên cứu và như một đạo lý sống. Nói cách khác, những người nghiên cứu Khổng giáo ở các mức độ khác nhau sẽ cư xử một cách tự ý thức theo các giá trị Khổng giáo.

Khổng giáo Chính trị hóa không còn ở Việt Nam hiện nay. Khổng giáo không còn là một hệ tư tưởng chính trị ở Việt Nam. Hệ tư tưởng chính trị chính thống ở Việt Nam hiện nay là Chủ nghĩa Mác-Lênin và Tư tưởng Hồ Chí Minh.

Khổng giáo Xã hội còn những ảnh hưởng khá phổ biến trong xã hội Việt Nam đương đại. Giáo sư Phan Ngọc nhận định: «Không có một dấu vết nào của văn hoá Việt Nam mà không mang một biểu hiện có thể xem là có tính chất Nho giáo, dù đó là văn học, chính trị, phong tục, nghi lễ, nghệ thuật, tín ngưỡng. Cũng không có một người Việt Nam nào, dù chống Nho giáo đến đâu mà lại không chịu ảnh hưởng của Nho giáo.»³⁹ Giáo sư Vũ Khiêu cũng cho rằng: «Không thể phủ nhận được di sản của

38 Albert H.Y. Chen, “Is Confucianism Compatible with Liberal Constitutional Democracy?” 34 (2) *Journal of Chinese Philosophy* (2007): 189

39 Phan Ngọc, *Bản sắc văn hoá Việt Nam* (Hà nội: NXB Văn học, 2002), 201.

Nho giáo và ảnh hưởng của nó trong đầu óc của người Việt Nam hôm nay, mặc dù ít ai nghĩ rằng ý nghĩ và việc làm của họ lại chính là Nho giáo.”⁴⁰ Khổng giáo đã từng giữ vị thế chủ đạo trong nền văn hoá Việt Nam truyền thống, và đã ăn sâu vào tâm thức của người dân Việt Nam hàng thế kỷ, và họ cư xử theo các giá trị của Khổng giáo một cách vô thức. Nhà nghiên cứu Nguyễn Kim Sơn giải thích:

Thế kỷ 20, không còn chỗ dựa chính trị, lại không được lưu truyền qua hệ thống giáo dục khoa cử, Nho giáo đã mất đi những chỗ dựa hết sức quan trọng. Nho giáo một cách tự nhiên chuyển sang tìm chỗ dựa ở tâm thức dân chúng, ở những nhu cầu và giá trị văn hoá bền vững và ổn định mà nó đã từng tạo ra được trong truyền thống. Từ chỗ dựa này, nó vẫn có những cơ hội tái sinh. Thế kỷ 20 trong trạng thái ảnh hưởng mới - tự do và phân tán trong dân gian - Nho giáo có quá trình tác động ngược chiều so với quá trình từng diễn ra trước đó, tức với tư cách là thành tố của cơ tầng văn hoá, nó tác động ngược chiều tới các lĩnh vực thượng tầng như chính trị, đạo đức, tư tưởng. Sự chuyển hóa của nó chính là sự hiện diện từng mảng, từng yếu tố trong tất cả các lĩnh vực văn hoá mới được kiến lập sau sự giải thể của Nho giáo.”⁴¹

Hàng loạt các tập tục, truyền thống có nguồn gốc từ Khổng giáo vẫn được thực hành ở trong xã hội Việt Nam hiện nay, như truyền thống hiếu học, truyền thống tôn sư trọng đạo, tiên học lễ hậu học văn, có hiếu với bố mẹ, kính trọng người già, dù có những hiện tượng cho thấy những truyền thống này đang bị suy giảm. Trong đời thường, người Việt vẫn dùng các tiêu chí đạo đức có nguồn gốc từ Khổng giáo để nhận định, đánh giá về nhau, và đem lại ý nghĩa có các hành vi xã hội, mặc

40 Vũ Khiêu. Nho giáo và pháp triển ở Việt Nam, tr98

41 Nguyễn Kim Sơn, “Nho giáo trong Tương lai Văn hóa Việt Nam,” truy cập ngày 23 tháng 1 năm 2015, <http://www.talawas.org/talaDB/showFile.php?res=1153&rb=0305>

dù không tự ý thức về nguồn gốc Khổng giáo của các tiêu chí đó. Trong đời thường, các thuật ngữ “quân tử”, “tiểu nhân” với những nội hàm đạo đức Khổng giáo, các chuẩn mực đạo đức như “nhân nghĩa,” “hiếu”, “tín” vẫn được người Việt sử dụng và định hướng cách họ nhìn nhận, đánh giá về nhau, và về các hiện tượng xã hội. Trên phương diện pháp luật, trong nhiều trường hợp, vi phạm pháp luật không được xã hội đánh giá khắt khe như vi phạm đạo đức. Bên cạnh đó, hòa giải, thương lượng, vẫn là giải pháp giải quyết tranh chấp được ủng hộ. Kiện tụng không phải là một văn hóa giải quyết tranh chấp ưu thế ở Việt Nam. Trên phương diện chính trị, người Việt vẫn luôn coi đạo đức là yếu tố quan trọng đối với nhà lãnh đạo. Họ luôn mong chờ nhà lãnh đạo là các tấm gương đạo đức, và phục vụ người dân như “công bộc” họ.

Khổng giáo Thể chế không có ảnh hưởng phổ biến như Khổng giáo xã hội nhưng vẫn có những dấu ấn rời rạc trong đời sống thể chế và pháp luật Việt Nam hiện nay. Đương nhiên, các thể chế Khổng giáo như Ngự sử đài, Viện tập hiền, Đô sát viện không còn trong hệ thống thể chế cấu trúc của Việt Nam hiện nay. Tuy nhiên, các dấu ấn của Khổng giáo vẫn còn trong các quy định của Hiến pháp và pháp luật của Việt Nam. Dưới đây là những ví dụ:

Luật Hôn nhân và Gia đình phản ánh khá rõ những dấu ấn các chuẩn mực đạo đức Khổng giáo về gia đình. Cụ thể, đạo luật này xác lập nguyên tắc: “Cha mẹ có nghĩa vụ nuôi dạy con thành công dân có ích cho xã hội; con có nghĩa vụ kính trọng, chăm sóc, nuôi dưỡng cha mẹ; cháu có nghĩa vụ kính trọng, chăm sóc, phụng dưỡng ông bà; các thành viên trong gia đình có nghĩa vụ quan tâm, chăm sóc, giúp đỡ nhau.” (Điều 2). Nguyên tắc này phản ánh truyền thống đạo hiếu và truyền thống kính trọng người già của Khổng giáo.

Bộ luật hình sự (năm 1999, sửa đổi, bổ sung năm 2009) cũng bảo vệ các chuẩn mực đạo đức gia đình có nguồn gốc Khổng giáo khi nó coi là tội phạm các hành vi “ngược đãi hoặc hành hạ ông bà, cha mẹ, vợ chồng, con, cháu, người có công nuôi dưỡng mình (Điều 151). Một điển hình khác là liên quan đến tội không tố giác tội phạm. Trừ trường hợp không tố giác các tội xâm phạm an ninh quốc gia hoặc các tội khác là tội đặc biệt nghiêm trọng, Bộ luật hình sự không coi là một tội phạm nếu một người không tố giác một tội phạm là ông, bà, cha, mẹ, con, cháu, anh chị em ruột, vợ hoặc chồng của người phạm tội (Điều 22). Điều này phản ánh truyền thống đạo hiếu và nguyên tắc “phụ tử tương ẩn” (cha con che cho nhau) trong truyền thống Khổng giáo. Đương nhiên, Bộ luật hình sự không khuyến khích cha con che tội cho nhau nhưng không hình sự hóa việc cha mẹ không tố giác tội của con cái, trừ trường hợp không tố giác các tội phạm đã nêu. Điều này phản ánh dấu ấn của Khổng giáo trong pháp luật hình sự Việt Nam.

Luật hòa giải ở cơ sở và thủ tục hòa giải trong các tranh chấp dân sự cũng có thể là một sự phản ánh truyền thống “vô tỵ” (không kiện tụng) của Khổng giáo.

Dấu ấn của Khổng giáo, thậm chí cũng có thể tìm thấy trong Hiến pháp Việt Nam. Dưới đây là những ví dụ. Thứ nhất, câu đầu tiên của Lời nói đầu Hiến pháp Việt Nam khẳng định “nhân nghĩa”, một giá trị đạo đức chính trị điển hình của Khổng giáo Việt Nam, như một truyền thống đáng tự hào của Việt Nam. Thứ hai, dấu ấn của nguyên tắc dân bản Khổng giáo có thể tìm thấy trong Điều 8 của Hiến pháp: “Các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên chức phải tôn trọng Nhân dân, tận tụy phục vụ Nhân dân, liên hệ chặt chẽ với Nhân dân, lắng nghe ý kiến và chịu sự giám sát của Nhân dân; kiên quyết đấu tranh chống tham nhũng, lãng phí và mọi biểu hiện quan liêu, hách dịch, cửa quyền.”

Khi Khổng giáo không còn là một hệ tư tưởng chính trị chính thức của nhà nước, ảnh hưởng của Khổng giáo thể chế ở Việt Nam đương đại có tính rời rạc, và vô thức. Không thể tìm thấy một hệ thống các giá trị Khổng giáo trong thể chế và pháp luật Việt Nam hiện đại. Nhà lập pháp cũng không tự ý thức về việc tích hợp các giá trị Khổng giáo trong các đạo luật. Khổng giáo như một thứ văn hóa dân sự công cộng tác động một cách vô thức đến các hành vi lập pháp và xây dựng thể chế.

Tóm lại, Khổng giáo còn tồn tại ở Việt Nam dưới dạng phổ biến là *Khổng giáo xã hội*, một thứ văn hóa dân sự công cộng. Theo logic của Nguyễn Kim Sơn, nó tác động ngược trở lại đời sống thể chế, pháp luật, dẫn đến sự hiện diện những mảng rời rạc của Khổng giáo thể chế, như đã thấy trong Hiến pháp và một số đạo luật.

V. KHỔNG GIÁO VÀ CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT Ở VIỆT NAM

Do sự hiện diện có tính phổ biến của Khổng giáo xã hội ở Việt Nam, khi nói đến sự tác động của Khổng giáo đối với chuyển hóa luật ở Việt Nam, chúng ta chủ yếu nói đến vai trò của Khổng giáo xã hội. Khổng giáo xã hội vận hành như một cơ tầng văn hóa dựa trên đó các ý tưởng luật được chuyển hóa vào Việt Nam được giải thích lại về mặt xã hội. Văn hóa Khổng giáo - một thứ văn hóa dân sự công cộng (public civic culture) - gồm những thói quen, tập quán, quan niệm, tâm thức của người Việt liên quan đến gia đình, xã hội, công quyền, pháp luật, sẽ đóng góp vào quá trình phát triển những cách giải thích có tính chất bản địa ý nghĩa của một ý tưởng pháp luật được chuyển hóa vào Việt Nam.

Văn hóa Khổng giáo được đặc trưng bởi sự nhấn mạnh đến ý nghĩa của quan hệ xã hội, tình cảm, đạo đức, và nghĩa vụ. Những yếu tố này sẽ xác định lại ý nghĩa của pháp luật, của lập luận pháp lý lý tính, và của các

quyền pháp lý. Quan hệ, tình cảm, đạo đức, nghĩa vụ tác động đến mọi phương diện của đời sống chính trị, hành chính, pháp lý, từ các giao dịch dân sự, giao dịch thương mại, quan hệ tổ tụng, quan hệ công chức, và cả các quan hệ chính trị giữa cá nhân và nhà nước. Đây là một quan sát có ý nghĩa quan trọng đối với việc xác định vai trò của quan hệ, tình cảm, đạo đức, nghĩa vụ trong việc xác định ý nghĩa của luật, của các lập luận pháp lý duy lý, và của các quyền pháp lý trong các lĩnh vực luật khác nhau: từ luật hôn nhân gia đình, luật dân sự, luật lao động, luật kinh doanh, các luật tổ tụng, luật hành chính, và kể cả luật hiến pháp.

Trong khuôn khổ chuyên môn của tác giả, 3 ví dụ từ luật hiến pháp sẽ được viện dẫn, gồm: quyền con người, bầu cử, và bỏ phiếu tín nhiệm. Ba thể chế này đều là các thể chế pháp lý ngoại sinh được chuyển hóa vào Việt Nam. Ý nghĩa của chúng được giải thích lại về mặt xã hội ở Việt Nam trên cơ sở văn hóa Khổng giáo. Đương nhiên, điều này không có nghĩa văn hóa Khổng giáo là yếu tố duy nhất xác định ý nghĩa của các ý tưởng hiến pháp được chuyển giao. Nhiều yếu tố xã hội khác nhau đóng góp vào quá trình xác định ý nghĩa của các ý tưởng hiến pháp ngoại sinh, gồm đặc tính của hệ thống chính trị, hệ tư tưởng chính trị, xu hướng chính của kinh tế-chính trị Việt Nam hiện đại, truyền thống và văn hóa chính trị Việt Nam. Nhưng nói chung, các ý nghĩa của các ý tưởng hiến pháp được chuyển giao được giải thích lại phù hợp với truyền thống và văn hóa chính trị Việt Nam được định hình với ảnh hưởng quan trọng của Khổng giáo.

5.1. Khổng giáo và quyền con người.

Quan niệm về quyền con người hình thành ở phương Tây gắn liền với chủ nghĩa tự do (*liberalism*). Hai luận điểm căn bản của chủ nghĩa tự do là: cá nhân tự lập (*autonomous individuals*) và chính phủ trung lập (*neutral government*). Thứ nhất, chủ nghĩa tự do quan niệm cá nhân là một thực thể tự lập, độc lập, có những quyền tự nhiên, vốn có, không

ai có thể tước đoạt đi, và anh ta chỉ có thể trở thành con người thực sự, cảm nhận được phẩm giá con người, ý nghĩa cuộc sống khi anh ta được sống một cách độc lập, được tự do thực hiện các quyền vốn có của mình miễn là anh ta không xâm phạm đến các quyền tương tự của người khác. Định đề thứ hai của chủ nghĩa tự do liên quan đến xã hội, là hậu quả của định đề thứ nhất, phát biểu rằng: do cá nhân là thực thể độc lập, có các quyền tự do tự nhiên, cấu trúc chính trị-pháp lý của xã hội phải được kiến tạo theo một cách thức trung lập đối với các mục đích sống, các giá trị sống của cá nhân. Theo định đề này, công quyền chỉ nên tạo ra pháp luật cung cấp một nền tảng pháp lý trung lập để xác lập và bảo vệ các quyền tự do. Trong cách nhìn này, việc pháp luật hóa đạo đức, pháp luật hóa các chuẩn mực sống chung của một cộng đồng được cho là không chính đáng vì các cá nhân khác nhau có cách nhìn khác nhau về đạo đức, các chuẩn mực sống tốt đẹp, và họ có quyền chính đáng theo đuổi một lối tốt đẹp theo một cách tự lập đồng thời tôn trọng các lựa chọn tương tự của các cá nhân khác.⁴²

Chủ nghĩa hợp hiến tự do (*liberal constitutionalism*) ở phương Tây thực hành quyền con người theo một quan niệm tự do như vậy. Việt Nam tiếp nhận ý tưởng pháp lý về quyền con người của phương Tây nhưng giải thích lại về mặt xã hội ý nghĩa của nó trên nền tảng của văn hóa Việt Nam được định hướng với chủ nghĩa cộng đồng (*communitarianism*) của Khổng giáo.

Chủ nghĩa cộng đồng Khổng giáo phát triển hai luận điểm liên quan đến cá nhân và nhà nước đối lập với chủ nghĩa tự do. Thứ nhất, nó không coi độc lập cá nhân là nền tảng để con người trở thành người: ngược lại, nó coi cá nhân quan hệ (*relational individuals*) mới là con người thực sự. Một người, theo Khổng giáo, luôn tồn tại trong các mối

42 Về điển hình của chủ nghĩa tự do, xem John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1999).

quan hệ xã hội: là con, là cha, là bạn, là dân... Khi nó sống (không phải đóng vai trò) với các nghĩa vụ được xác định trong các quan hệ đó dựa trên định hướng của tình yêu thương và quan tâm, nó cảm nhận được ý nghĩa của cuộc sống, và nó trở thành con người thực sự (*Nhân*). Thứ hai, như là hệ quả của quan niệm trên, đối với Khổng giáo, nhà nước không thể trung lập về mặt đạo đức đối với lối sống của cá nhân. Sự hoàn thiện đạo đức của các cá nhân quan hệ sống với các nghĩa vụ xã hội của mình cần sự tham gia của nhà nước. Khổng giáo yêu cầu nhà nước phải định hướng các giá trị đạo đức cho người dân.⁴³

Các quan niệm trên của Khổng giáo ăn sâu vào tâm thức người Việt hàng nghìn năm. Giáo sư Trần Đình Hượu cho rằng con người trong văn hoá Nho giáo Việt Nam là con người chức năng, con người xã hội, là con người trọng nghĩa vụ, trọng cộng đồng.⁴⁴ Văn hóa này còn phổ biến trong xã hội Việt Nam hiện nay.

Văn hóa Khổng giáo này đóng góp vào quá trình giải thích lại ý nghĩa của quyền con người ở Việt Nam. Quyền con người được hiểu ở Việt Nam không phải như quyền tự nhiên của các nhân tự lập và là các giới hạn đối với nhà nước. Các quyền đó được xã hội hóa, theo nghĩa chúng được đặt trong một sự cân bằng với các nghĩa vụ xã hội, và được giới hạn bởi các mục tiêu cộng đồng, và đạo đức chung của xã hội. Nhà nước ở Việt Nam không trung lập với lối sống đạo đức của cá nhân. Nhà nước định hướng đạo đức xã hội và giới hạn việc thực thi các quyền cá nhân trái với đạo đức xã hội. Quan niệm này được khẳng định trong Hiến pháp Việt Nam. Điều 15 của Hiến pháp nhấn mạnh: “1. Quyền công dân không tách rời nghĩa vụ công dân. 2. Mọi người

43 Về điển hình của chủ nghĩa cộng đồng Khổng giáo, xem Roger T. Ames, *Confucian Role Ethics* (Hong Kong: The Chinese University Press, 2011).

44 Trần Đình Hượu, *Đến hiện đại từ Truyền thống* (Hà nội: NXB Văn hoá, 1995), 175.

có nghĩa vụ tôn trọng quyền của người khác. 3. Công dân có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ đối với Nhà nước và xã hội.” Điều 14 của Hiến pháp cho phép giới hạn quyền con người vì “đạo đức xã hội.” Đây có lẽ không phải là một giải thích đơn phương của nhà lập hiến đối với ý tưởng quyền hiến định được chuyển hóa. Sự giải thích này phù hợp với tổng thể chính trị, hệ ý thức chính trị, xu hướng phát triển chính, và văn hóa chính trị Khổng giáo trọng nghĩa vụ, trọng cộng đồng, và đề cao đạo đức xã hội ở Việt Nam.

5.2. Khổng giáo và Bầu cử.

Bầu cử trong các nền dân chủ tự do được hiểu phổ biến như một mô hình chế tài (*sanction model*). Mô hình bầu cử như một chế tài dựa trên giả định rằng nhà chính trị là những người thường theo đuổi các lợi ích cá nhân, và do vậy xung đột với lợi ích công cộng của cử tri. Bầu cử với tư cách là một chế tài được sử dụng như một hình thức để cử tri bảo đảm trách nhiệm của người đại diện đối với họ bằng việc kiểm soát chặt chẽ người đại diện, thưởng cho hành vi tốt (bầu) và trừng phạt những biểu hiện không tốt (không bầu).⁴⁵

Du nhập chế độ bầu cử từ các nền dân chủ phương Tây, Việt Nam tổ chức bầu cử Quốc hội lần đầu tiên ngày 6 tháng 1 năm 1946. Từ đó đến nay, Việt Nam thực hiện bầu cử đối với Quốc hội và Hội đồng nhân dân các cấp theo nguyên tắc phổ thông đầu phiếu. Tuy nhiên, ý nghĩa của bầu cử được giải thích trong bối cảnh Việt Nam không dựa theo mô hình chế tài như nguyên bản vốn thịnh hành ở các nền dân chủ phương Tây.

Bầu cử ở Việt Nam, về bản chất, không phải là một hình thức chế tài mà là một hình thức lựa chọn. Cách hiểu về bầu cử ở Việt Nam có

45 Jane Mansbridge, “A ‘Selection Model’ of Political Representation,” 17 *The Journal of Political Philosophy* (2009): 369.

phần tương thích với mô hình lý thuyết về bầu cử như một hình thức lựa chọn (*selection model*) do Jane Mansbridge, nhà chính trị học ở Đại học Harvard gần đây đề xuất.⁴⁶ Đương nhiên, cách hiểu về bầu cử ở Việt Nam không được truyền thông bởi lý thuyết của Mansbridge. Ý nghĩa của bầu cử được hiểu và giải thích ở Việt Nam như một hình thức lựa chọn được xác định bởi đặc tính tổng thể của chế độ chính trị, xu hướng chính trị chung, và truyền thống văn hóa chính trị Việt Nam được định hình bởi văn hóa Khổng giáo.

Theo đó, bầu cử ở Việt Nam về cơ bản được hiểu và áp dụng, không phải như một hình thức kiểm soát, thưởng phạt, và chế tài người đại diện, mà là một hình thức lựa chọn người có tài có đức hành động vì lợi ích chung của người dân. Luật bầu cử ở Việt Nam đặc biệt nhấn mạnh đến khả năng hành động vì lợi ích công cộng, và tư cách đạo đức của ứng cử viên. Ví dụ, Luật bầu cử Đại biểu Quốc hội yêu cầu Đại biểu Quốc hội phải có khả năng hành động vì “công cuộc đổi mới, vì sự nghiệp công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước, làm cho dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ, văn minh” và họ phải “có phẩm chất đạo đức tốt, cần kiệm liêm chính, chí công vô tư.” (Điều 3). Trong mỗi một cuộc bầu cử ở Việt Nam, người ta có thể thấy khẩu hiệu “Sáng suốt lựa chọn người đủ tài, đủ đức” treo ở nhiều nơi công cộng.

Cách hiểu bầu cử như một hình thức lựa chọn người có tài có đức ở Việt Nam phù hợp với truyền thống chính trị Khổng giáo. Trước tiên, sự giải thích này phù hợp với quan niệm của văn hóa chính trị Khổng giáo ở Việt Nam về bản chất của nhà chính trị. Nói chung, trong truyền thống văn hóa chính trị Việt Nam dưới sự ảnh hưởng của quan niệm Khổng giáo về nhân tính bản thiện, nhà chính trị được giả định là những người tốt. Dựa trên truyền thống này, bầu cử ở Việt Nam không giả định nhà

46 Như trên.

chính trị như những người chỉ theo đuổi lợi ích cá nhân. Thứ hai, cách hiểu của Việt Nam về bầu cử như sự lựa chọn cũng phù hợp với chủ nghĩa ưu tú (elitism) Khổng giáo vốn chủ trương những người có tài có đức nên tham gia lãnh đạo xã hội. Bầu cử, thay chế độ khoa cử, nhưng giống như chế độ khoa cử ở chỗ là một hình thức để lựa chọn người có tài, có đức để lãnh đạo xã hội. Thứ ba, cách hiểu của Việt Nam về bầu cử như một hình thức lựa chọn người hành động vì lợi ích công cộng phù hợp với truyền thống dân bản Khổng giáo, một truyền thống nhấn mạnh đến việc chính phủ phục vụ người dân như một điều kiện tiên quyết bảo đảm tính chính đáng chính trị.

5.3. Khổng giáo và bỏ phiếu tín nhiệm.

Trong các chế độ nghị viện (parliamentarism) nơi tính chính đáng của Chính phủ dựa vào sự ủng hộ của Nghị viện, chế độ bỏ phiếu bất tín nhiệm (*vote of no confidence*) và bỏ phiếu tín nhiệm (*vote of confidence*) là hình thức để thay thế Chính phủ khi Chính phủ không còn nhận được sự ủng hộ của đa số Nghị viện. Khi Thủ tướng không còn sự ủng hộ của Nghị viện, một cuộc *bỏ phiếu bất tín nhiệm* sẽ được Nghị viện khởi xướng. Bản thân Chính phủ khi tự thấy không thể bảo đảm được sự ủng hộ của đa số trong nghị viện có thể khởi xướng việc *bỏ phiếu tín nhiệm*.⁴⁷

Chế độ bỏ phiếu tín nhiệm và bất tín nhiệm bắt đầu được du nhập vào Hiến pháp đầu tiên của Việt Nam năm 1946, theo đó: Nghị viện có thể biểu quyết về vấn đề tín nhiệm nội các khi Thủ tướng, Ban thường vụ hoặc một phần tư tổng số Nghị viện nêu vấn đề ấy ra; sau hai lần thảo luận và bỏ phiếu tại nghị viện, Nội các mất tín nhiệm phải từ chức

47 Joseph W. Robbins, “Presidentialism versus Parliamentaryism”, in 21st Century Political Science: A Reference Handbook, edited by John T. Ishiyama and Marijke Breuning (Thousand Oaks, CA: SAGE Publications, 2011), 11.

(Điều 54). Chế độ này chưa được thực hành ở Việt Nam. Ba hiến pháp tiếp theo được ban hành năm 1959, 1980, và 1992 bỏ chế độ này. Một sửa đổi đối với hiến pháp 1992 năm 2001 xác lập lại chế độ bỏ phiếu tín nhiệm, cho phép Quốc hội có thể bỏ phiếu tín nhiệm đối với tất cả những người do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn. Hiến pháp mới của Việt Nam được ban hành năm 2013 tiếp tục chế độ này.

Một Nghị quyết của Quốc hội (Nghị quyết 85/2014/QH13) quy định chi tiết thủ tục bỏ phiếu tín nhiệm. Theo đó, một thủ tục được bổ sung trước khi bỏ phiếu tín nhiệm được gọi là “lấy phiếu tín nhiệm”. Theo Nghị quyết này, “lấy phiếu tín nhiệm” được hiểu như việc cơ quan dân cử “thực hiện quyền giám sát và đánh giá mức độ tín nhiệm” đối với người do họ bầu hoặc phê chuẩn; trong khi, “bỏ phiếu tín nhiệm” được hiểu là “thể hiện sự tín nhiệm hoặc không tín nhiệm” của cơ quan dân cử đối với người do họ bầu hoặc phê chuẩn để làm cơ sở cho việc bãi nhiệm. (Điều 2). Mục đích của việc lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm là “nhằm nâng cao hiệu lực, hiệu quả hoạt động giám sát của Quốc hội, Hội đồng nhân dân; nâng cao chất lượng, hiệu quả hoạt động của bộ máy nhà nước; giúp người được lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm thấy được mức độ tín nhiệm của mình để phấn đấu, rèn luyện, nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động; làm cơ sở để cơ quan, tổ chức có thẩm quyền xem xét đánh giá cán bộ.” (Điều 3). Việt Nam chưa tiến hành một cuộc bỏ phiếu tín nhiệm nào, nhưng đã tổ chức lấy phiếu tín nhiệm hai lần, vào các năm 2013 và 2014.

Có thể thấy ý nghĩa của bỏ phiếu tín nhiệm được giải thích lại về mặt xã hội ở Việt Nam. Nó vẫn là một hình thức để cơ quan lập pháp bày tỏ thái độ đối với cơ quan hành pháp (và những người khác), nhưng không phải là một hình thức để thay thế cơ quan hành pháp. Bỏ phiếu tín nhiệm chưa phải là một chế tài gay gắt, mạnh mẽ, lập tức dẫn đến sự mất chức của một nhân viên công quyền. Nó là một hình thức giám

sát có tính chất đối thoại, xây dựng, và hài hòa. Điều này có thể được giải thích từ tính chất của hệ thống chính trị ở Việt Nam, nhưng cũng phản ánh văn hóa chính trị truyền thống Việt Nam được định hình bởi Khổng giáo- một văn hóa chính trị ủng hộ các quan hệ xã hội và chính trị dựa trên đối thoại, hợp tác, xây dựng, hài hòa hơn là những xung đột gay gắt và những chế tài nghiêm khắc. Lấy phiếu tín nhiệm và bỏ phiếu tín nhiệm tạo ra cơ hội đối thoại giữa cơ quan dân cử với người được bỏ phiếu, lấy phiếu tín nhiệm. Chế độ này giúp người được lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm “phấn đấu, rèn luyện, nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động.” Tính đối thoại và tính xây dựng tạo nên sự hài hòa trong quan hệ chính trị. Tất cả những điều này phản ánh văn hóa chính trị hài hòa, tích cực, đối thoại, vốn là những yếu tố đặc trưng của truyền thống Khổng giáo.

VI. NHẬN XÉT VÀ KẾT LUẬN

Bài viết này áp dụng lý thuyết giải thích xã hội đối với chuyển hóa pháp luật để xem xét vai trò của Khổng giáo trong việc giải thích ý nghĩa của các ý tưởng pháp luật được chuyển hóa vào Việt Nam. Bài viết kết luận với một số nhận xét sau đây:

Thứ nhất, trong một bối cảnh mà thế giới đang toàn cầu hóa không chỉ về mặt kinh tế mà còn cả về mặt pháp luật, sự tiến hành các cuộc đối thoại pháp lý xuyên quốc gia là một điều cần thiết và không thể tránh khỏi. Đối thoại pháp lý xuyên quốc gia và chuyển hóa pháp luật là cách để một quốc gia phát triển hệ thống pháp luật của mình. Những hiểu biết về luật so sánh và các giá trị pháp lý toàn cầu là cần thiết cho các cuộc đối thoại pháp lý xuyên quốc gia, chuyển hóa pháp luật, và cải cách pháp luật thành công.

Thứ hai, dù vậy, các cuộc đối thoại pháp lý xuyên quốc gia và chuyển hóa pháp luật nên là một quy trình có tính chất từ dưới lên (bottom-up) thay vì từ trên xuống. Theo đó, khởi điểm và trọng điểm của nhà lập pháp, khi tiến hành các cuộc đối thoại pháp lý xuyên quốc gia và các chương trình chuyển hóa pháp luật, sẽ là không phải là luật nước ngoài hay các giá trị pháp lý toàn cầu mà là nhu cầu xã hội bản địa, nguyện vọng của người dân trong nước, tính chất của các quan hệ xã hội trong nước, niềm tin, thói quen, lối sống, cảm nhận, cách suy nghĩ của người dân trong nước về pháp luật, hệ thống pháp luật, và về nhà nước. Những yếu tố xã hội bản địa này sẽ xác định ý nghĩa của cuộc đối thoại pháp lý xuyên quốc gia và các chương trình chuyển hóa pháp luật.

Thứ ba, các hỗ trợ quốc tế cho cải cách pháp luật ở Việt Nam sẽ cần tập trung vào không chỉ phát triển các kiến thức pháp lý so sánh và toàn cầu, mà còn nhận thức về tác động của các yếu tố xã hội bản địa đối với việc giải thích về mặt xã hội ý nghĩa của các ý tưởng pháp lý so sánh và toàn cầu.

Thứ tư, trong bối cảnh của Việt Nam, khi Khổng giáo xã hội còn hiện diện khá phổ biến và sẽ đóng góp vào việc giải thích xã hội đối với các ý nghĩa pháp lý trên các lĩnh vực luật khác nhau, các nỗ lực cải cách pháp luật trong nước cần được tiến hành với sự ý thức chủ động và cách tiếp cận hợp lý về vai trò và ảnh hưởng của Khổng giáo xã hội.

HIỆU QUẢ CỦA VIỆC DU NHẬP LUẬT NƯỚC NGOÀI VÀO LUẬT CẠNH TRANH TRÊN THỰC TẾ

Nguyễn Như Phát

1. Bối cảnh ban hành Luật Cạnh tranh

Từ khi mở cửa và hội nhập, trong đó có hội nhập về pháp luật, ở Việt Nam, luật học so sánh được xem như một trong những phương pháp quan trọng để xây dựng các văn bản pháp luật, trước hết là những văn bản luật. Dường như ở hầu hết các dự án luật, công tác nghiên cứu so sánh đều được đặt ra dưới khẩu hiệu “tìm hiểu kinh nghiệm nước ngoài” để soạn thảo pháp luật. Tuy nhiên có thể khẳng định rằng, khi nghiên cứu so sánh lập pháp, người nghiên cứu có thể chưa thực sự xuất phát từ lý thuyết về kỹ thuật và phương so sánh nên đôi khi những kết quả đem lại chưa có sức thuyết phục, chưa thực sự có cơ sở vững chắc và như thế, với những điều kiện tiền đề như nhau của pháp luật thì pháp luật Việt Nam vẫn có những “biến dị” so với pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới. Bởi lẽ, lập luận thông thường cho những trường hợp này là khi người ta chỉ nhìn thấy tính chất văn hóa hay chính trị của pháp luật (mà những hiện tượng này là có thể khác nhau) mà quên đi rằng, pháp luật có tính chân lý, pháp luật có giá trị xã hội và như thế nó cũng thể trở thành những chuẩn mực chung của nhân loại trong thế giới toàn cầu hóa.

Điều này cũng không bị loại trừ trong trường hợp của Luật Cạnh tranh. Khi nghiên cứu xây dựng Luật Cạnh tranh, Ban soạn thảo cũng đã cố gắng ứng dụng môn luật học so sánh để đi tìm những “chuẩn mực pháp

lý chung” của thế giới khi điều chỉnh pháp luật về cạnh tranh để một mặt, pháp luật cạnh tranh Việt Nam không bị lạc lõng so với pháp luật của các nước và mặt khác quan trọng hơn là học hỏi được kinh nghiệm điều chỉnh pháp luật cạnh tranh - một lĩnh vực hoàn toàn xa lạ với tư duy quản lý và pháp lý truyền thống ở Việt Nam. Mặc dù vậy, Luật Cạnh tranh Việt Nam đã một mặt tiếp thu những thông lệ của thế giới nhưng vẫn có những “biến dị” không cần thiết những mặt khác lại chưa phản ánh hết những điều kiện đặc thù của các quan hệ kinh tế ở Việt Nam.

Trong bối cảnh bước vào kinh tế thị trường mà chưa có pháp luật cạnh tranh - Hiến pháp của thị trường, thì việc ban hành Luật Cạnh tranh xuất phát từ nhu cầu cấp bách sau đây:

- Nhu cầu kiểm soát các hành vi gây hạn chế cạnh tranh hoặc dẫn đến việc gây hạn chế cạnh tranh, đặc biệt khi mở cửa thị trường để hội nhập kinh tế quốc tế.
- Nhu cầu bảo vệ quyền kinh doanh chính đáng của các doanh nghiệp, chống lại các hành vi cạnh tranh không lành mạnh.
- Nhu cầu tạo lập và duy trì một môi trường kinh doanh bình đẳng.
- Nhu cầu ngăn cản công quyền can thiệp làm sai lệch trật tự cạnh tranh- Đặc thù của các quốc gia như Việt Nam.

Dự án Luật Cạnh tranh bắt đầu được triển khai xây dựng từ năm 2000. Trong quá trình xây dựng đã có sự phối hợp chặt chẽ và sự tham gia của đại diện các cơ quan như: Ủy ban Kinh tế - Ngân sách của Quốc hội, Ủy ban Pháp luật của Quốc hội, Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Bộ Tài chính, Bộ Tư pháp, Văn phòng Chính phủ, Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam và một số Viện nghiên cứu, Trường Đại học.

Ban soạn thảo Luật Cạnh tranh đã tổ chức biên dịch luật cạnh tranh của chín nước (Trung Quốc, Thái Lan, Croatia, Bungari, Thổ Nhĩ Kỳ, Pháp, Hàn Quốc, Nhật Bản, Canada) và vùng lãnh thổ (Đài Loan), luật mẫu

của một số tổ chức quốc tế (UNCTAD, OECD) để làm tài liệu nghiên cứu, tham khảo. Đồng thời Ban soạn thảo cũng đã tiến hành rà soát, hệ thống hoá các quy định pháp luật của Việt Nam, tổ chức đánh giá thực trạng hệ thống các văn bản, xác định các quy định còn phù hợp với thực tiễn để kế thừa và nâng một số quy phạm lên thành luật.

Trong năm 2000, Ban soạn thảo đã tổ chức 2 hội thảo với các doanh nghiệp (ngày 8/9/2000 với doanh nghiệp khu vực phía Bắc và ngày 18-19/9/2000 với doanh nghiệp khu vực phía Nam) và 4 hội thảo quốc tế (ngày 5/9/2000 với các chuyên gia của Cơ quan cạnh tranh Pháp, ngày 30-31/10/2000 và ngày 29-30/6/2000 với các chuyên gia của Cơ quan cạnh tranh Hoa Kỳ, ngày 10-13/10/2000 với các chuyên gia của cơ quan cạnh tranh Nga, Đức, UNCTAD). Trong năm 2001, Ban soạn thảo đã tổ chức 3 hội thảo quốc tế với các chuyên gia của Cơ quan cạnh tranh các nước và vùng lãnh thổ như Đức, Nhật Bản, Hàn Quốc, Australia, Đài Loan vào các ngày 29-30/5, 4-5/6, 8-9/11. Trong năm 2002, Ban soạn thảo đã tổ chức 4 hội thảo quốc tế với các chuyên gia của Cơ quan cạnh tranh các nước và vùng lãnh thổ như Canada, Hoa Kỳ, Nhật Bản, Đài Loan vào các ngày 4-7/6, 24-25/6, 11-12/9, 26-27/11.

Điều đáng lưu ý là, nếu xem xét các quốc gia và vùng lãnh thổ trên đây thì luật học so sánh xếp họ vào những truyền thống pháp luật khác nhau. Vì vậy, nếu không quan tâm điều này thì khó có thể hiểu hết bản chất và giá trị đích thực của pháp luật của từng quốc gia.

2. Kết quả du nhập pháp luật nước ngoài vào Luật Cạnh tranh Việt Nam

a. Cơ cấu chung của Luật

Khi nghiên cứu so sánh tại nhiều quốc gia, người ta phát hiện ra rằng, nhìn chung ở nhiều trong số các quốc gia có pháp luật cạnh tranh, pháp

luật cạnh tranh thường tồn tại trong một hệ thống gồm nhiều văn bản pháp luật. Điều này tìm thấy đặc biệt là ở Hoa Kỳ, Cộng hòa liên bang Đức rồi sau đó là Nhật Bản, Hàn Quốc, Đài Loan... Tại đây, được coi là những bộ phận của pháp luật cạnh tranh không chỉ là những đạo luật hay nghị định riêng rẽ quy định trực tiếp những vấn đề liên quan đến cạnh tranh mà còn phải kể đến cả những quy định pháp luật nằm rải rác trong các văn bản pháp luật không có mục đích chủ yếu về điều chỉnh các vấn đề của cạnh tranh như Luật dân sự, thương mại...

Trong khi đó, ở Việt Nam các nhà làm luật đã chủ trương mô hình *nhất nguyên* - một đạo luật về cạnh tranh. Điều này đã gây tranh cãi trong Ban soạn thảo khi thiết kế Luật Cạnh tranh với cơ cấu như hiện nay.

Trên thực tế, Luật Cạnh tranh Việt Nam (ban hành ngày 3.12.2004 và có hiệu lực 1.7.2005) đã bao hàm những vấn đề cơ bản và chung nhất (theo thông lệ) những vấn đề cần thiết của hệ thống pháp luật cạnh tranh. Nói khác đi, một đạo luật của Việt Nam (chưa đi vào nội dung chi tiết) đã thực hiện được chức năng điều chỉnh của nhiều văn bản pháp luật ở các quốc gia trên thế giới với những nội dung cơ bản khá tương đồng. Đó là những vấn đề như:

- Quy định những hành vi cạnh tranh bị can thiệp, bao gồm:
 - + Các hành vi hạn chế cạnh tranh (theo cách gọi của người Đức).
 - + Những hành vi cạnh tranh không lành mạnh.
- Thiết lập một thiết chế để đảm bảo thực thi pháp luật cạnh tranh: Cơ quan quản lý cạnh tranh (bao gồm Cục Quản lý cạnh tranh và Hội đồng cạnh tranh).
- Quy định về trình tự và thủ tục để xem xét miễn trừ và xử lý về mặt hành chính đối với các hành vi vi phạm Luật cạnh tranh (tổ tụng cạnh tranh).

Tuy nhiên, tôi thấy rằng, quả là minh bạch, rõ ràng và thuận lợi hơn cho việc áp dụng pháp luật nếu như chúng ta ban hành nhiều văn bản pháp luật khác nhau về từng lĩnh vực khá độc lập trong cơ cấu chung của pháp luật về cạnh tranh. Song trong bối cảnh của tư duy và phương pháp xây dựng và thông qua văn bản luật ở Việt Nam như hiện nay, lại thêm năng lực và điều kiện (về thời gian) của Quốc hội Việt Nam trước yêu cầu khẩn trương hoàn chỉnh hệ thống pháp luật đáp ứng các yêu cầu hội nhập và của chính các quan hệ thị trường hiện nay thì đây là sự lựa chọn hợp lý nhất của Ban soạn thảo.

Điều đáng nói là, do không được chuẩn bị kỹ lưỡng về nhận thức mục đích và yêu cầu của từng nhóm quy phạm khác nhau trong một đạo luật nên đã gây khó khăn trong việc nhận thức và đặc biệt là trong cơ chế thi hành luật.

b. Phương pháp quy định các hành vi cạnh tranh bị cấm

Qua nghiên cứu so sánh người ta thấy rằng, khi quy định các hành vi cạnh tranh bị cấm (hạn chế cạnh tranh hay cạnh tranh không lành mạnh), pháp luật các nước đều có trên cơ sở quy định định nghĩa về các đặc trưng của hành vi mà đưa ra những quy định cấm đoán hay kiểm soát chung. Để cụ thể hóa, pháp luật cũng liệt kê một số loại hành vi điển hình. Tuy nhiên, vì các thủ thuật cạnh tranh của các đối thủ thuộc về phạm trù „sáng tạo“, luôn thay đổi và phát triển nên không thể có pháp luật nào liệt kê được. Do vậy, trên cơ sở của những quy định mang tính nguyên tắc chung mà các cơ quan áp dụng pháp luật (kể cả cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh) sẽ có thể vận dụng sáng tạo và giải thích luật trong những tình huống cụ thể.

Luật Cạnh tranh Việt Nam không thiết kế như vậy và cũng không được tư duy như vậy vì giải thích pháp luật chỉ thuộc về thẩm quyền của Ủy ban thường vụ Quốc hội. Sau khi liệt kê các hành vi bị cấm mà không có

quy định nguyên tắc, Luật để dành cho Chính phủ được „nối dài“ danh sách các hành vi bị cấm. Theo logic đó, Chính phủ dường như giữ vai trò của nhà lập pháp. Điều này là có vấn đề theo phương diện phân chia quyền lực và nhà nước pháp quyền.

c. Thiết chế và tổ tụng cạnh tranh

Tương đồng với pháp luật cạnh tranh của các quốc gia, Luật Cạnh tranh Việt Nam đã tạo cơ sở pháp lý để tổ chức và hoạt động của cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh. Tuy nhiên bất luận là nằm trong hệ thống nào, cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh, theo thông lệ phải là một cơ quan có địa vị pháp lý độc lập (tương tự như tòa án - song vẫn thuộc hành pháp) để thực hiện hai chức năng cơ bản là:

- 1 - Tham gia tích cực và việc hoạch định và thực thi chính sách cạnh tranh của quốc gia,
- 2 - Xử lý về phương diện hành chính các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh trên cơ sở xem xét và đánh giá các hành vi độc quyền hóa (hạn chế cạnh tranh) và đưa ra những quyết định phán xử.

Trong khi đó, ở Việt Nam, Cục Quản lý cạnh tranh là cơ quan nằm trong Bộ Công thương. Điều này theo tôi là không hệ trọng (như nhiều người vẫn quan niệm). Điều quan trọng là, dù thuộc Bộ Công thương nhưng nó là một cơ quan ra đời trên cơ sở của một đạo luật riêng rẽ (khác với việc thành lập các bộ phận khác trong một cơ quan bộ mà chỉ theo nghị định). Hơn thế nữa, vấn đề là các quy phạm luật cần thiết kể cho nó một địa vị pháp lý độc lập và bình đẳng trong hoạt động khi nó có quan hệ với mọi cơ quan nhà nước khác (thí dụ như các bộ chuyên ngành hay chính với Bộ Công thương) và có uy quyền trong quan hệ với mọi doanh nghiệp trong cơ cấu kinh tế.

Ở chức năng thứ nhất, Luật Cạnh tranh cũng như các văn bản hướng dẫn thi hành Luật đều không cho thấy một vai trò mạnh mẽ của Cục

Quản lý cạnh tranh trong quá trình tham gia hoạch định chính sách cạnh tranh thông qua các hoạt động tư vấn, giám sát hay khuyến nghị những vấn đề liên quan đến chính sách cạnh tranh hoặc thậm chí phát triển và hoàn thiện pháp luật cạnh tranh.

Trong chức năng thứ hai, Luật Cạnh tranh và các văn bản hướng dẫn thi hành Luật đều xuất phát từ nhận thức:

- Không phân biệt rõ về bản chất của hành vi cạnh tranh không lành mạnh và hạn chế cạnh tranh, và
- Coi hành vi cạnh tranh không lành mạnh là xâm phạm trật tự kinh tế (chứ không phải là xâm hại lợi ích của đối thủ) nên đã để cho Cục Quản lý cạnh tranh phạt hành chính về những hành vi này trong khi hậu quả trực tiếp của nó là thiệt hại của đối thủ. Trong khi đó, khả năng thiết lập lại lợi ích bị xâm hại của đối thủ bằng tòa án tư pháp lại khó có thể được thực hiện theo Bộ luật tố tụng dân sự.
- Ngoài ra, khác với cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh của nhiều quốc gia, Cục Quản lý cạnh tranh còn có chức năng về quản lý nhà nước và xử lý vụ việc chống bán phá giá, chống trợ cấp và áp dụng các biện pháp tự vệ đối với hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam.

3. Hiệu quả thi hành Luật Cạnh tranh

Theo số liệu của Cục quản lý cạnh tranh thì cho đến hết năm 2013 đã có 64 vụ việc hạn chế cạnh tranh bị điều tra sơ bộ. Trong đó có 10 vụ được điều tra chính thức và 4 vụ đã được chuyển đến Hội đồng cạnh tranh để xem xét quyết định. Các phán quyết của Hội đồng cạnh tranh, tuy có bị khiếu nại/khiếu kiện nhưng đều đã được thi hành.

Nhìn chung, đây là kết quả còn khá khiêm tốn so với thực tế hạn chế cạnh tranh trong các thị trường liên quan hiện nay bao gồm cả 3 lĩnh

vực: Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh; lạm dụng vị trí thống lĩnh hoặc lạm dụng vị trí độc quyền và tập trung kinh tế. Điều đáng lưu ý là, trong bối cảnh khủng hoảng và cơ cấu lại nền kinh tế, vẫn chưa có vụ việc tập trung kinh tế nào bị phát hiện và xử lý.

Nguyên nhân của thực trạng trên là xuất phát từ nhiều phía: (i) do nhận thức, hiểu biết pháp luật cạnh tranh của doanh nghiệp còn hạn chế; (ii) các quy định của Luật Cạnh tranh về vấn đề này còn nhiều hạn chế, bất cập như xác định thị trường liên quan, xác định doanh nghiệp thống lĩnh theo ngưỡng thị phần, xác định hành vi bị coi là lạm dụng và một số quy định liên quan đến biện pháp xử phạt và khắc phục hậu quả; (iii) sự hạn chế về nguồn lực (nhân lực, tài chính, thông tin) của cơ quan quản lý cạnh tranh... Tất cả các yếu tố này đều ảnh hưởng đến quá trình tổ chức thực thi các quy định về kiểm soát độc quyền hiện nay trên thị trường Việt Nam.

Về cạnh tranh tranh không lành mạnh có thể thấy rằng: hơn 8 năm kể từ ngày có hiệu lực thi hành, Luật Cạnh tranh đã phát huy vai trò tích cực trong việc giữ cho môi trường cạnh tranh lành mạnh, xử lý những hành vi làm cản trở cạnh tranh trên thị trường. Qua việc điều tra và xử lý các vụ việc cạnh tranh từ năm 2007 - 2013 cho thấy, Luật Cạnh tranh đã thể hiện được vai trò quan trọng trong việc giữ gìn môi trường cạnh tranh tại Việt Nam. Những kết quả đạt được từ việc xét xử và xử lý các vụ việc cạnh tranh cho thấy sự ra đời của Luật Cạnh tranh là cần thiết và kịp thời, những quy định trong luật đã tạo điều kiện cho cơ quan cạnh tranh có cơ sở pháp lý để tiến hành các hoạt động điều tra, xét xử các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh.

Bên cạnh những thành tựu đáng ghi nhận trong công tác tổ chức thực hiện và xử lý vi phạm pháp luật cạnh tranh của Cục Quản lý cạnh tranh trong thời gian qua, thì số lượng các vụ việc cạnh tranh bị điều tra, xử lý vẫn còn hạn chế, cơ quan quản lý cạnh tranh vẫn chưa thể phát huy

hết năng lực cũng như quyền hạn trong quá trình điều tra bởi nhiều nguyên nhân, có cả khách quan lẫn chủ quan. Qua thực tiễn công tác điều tra và xử lý các vụ việc cạnh tranh, có thể thấy cũng còn tồn tại một số hạn chế sau:

- Hiện tượng phản cạnh tranh diễn ra trên thị trường ngày càng phổ biến và tinh vi nhưng các vụ việc phát hiện, tiếp nhận, điều tra và xử lý của cơ quan quản lý cạnh tranh trong 8 năm qua còn rất khiêm tốn (148 vụ) và tập trung chủ yếu ở hành vi cạnh tranh không lành mạnh, còn hành vi vi phạm pháp luật về hạn chế cạnh tranh bị xử lý còn rất khiêm tốn.

- Trong hơn 8 năm thực thi Luật Cạnh tranh, có một số quy định về hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh chưa được áp dụng trên thực tế như xâm phạm bí mật kinh doanh (Điều 41), ép buộc trong kinh doanh (Điều 42), phân biệt đối xử của hiệp hội (Điều 47) và các hành vi về tập trung kinh tế. Kể từ khi thành lập cho đến nay, Cục Quản lý cạnh tranh chưa tiếp nhận bất kỳ đơn khiếu nại nào của doanh nghiệp liên quan đến xâm phạm bí mật kinh doanh có thể xuất phát từ những nguyên nhân: 1) Các doanh nghiệp gặp khó khăn trong việc chứng minh đối tượng bị xâm phạm đủ điều kiện là bí mật kinh doanh và chứng minh mình đã bảo mật đối tượng này bằng các biện pháp cần thiết; 2) Dạng hành vi này cũng không phải là một dạng hành vi phổ biến bởi cũng chỉ có một số ít doanh nghiệp sở hữu các bí mật kinh doanh có giá trị mà các doanh nghiệp khác muốn chiếm hữu (thường xảy ra trong ngành công nghệ thông tin, nhưng đối với ngành này thì các cách thức bảo mật cũng như cách thức tiếp cận với bí mật cũng sẽ rất đặc thù và tinh vi, khó phát hiện).

- Đối với quy định về hành vi phân biệt đối xử của hiệp hội hướng đến một đối tượng đặc biệt là các hiệp hội ngành hàng và hiệp hội nghề nghiệp. Ở nhiều quốc gia có nền kinh tế thị trường phát triển, các hiệp

hội mạnh có tầm ảnh hưởng lớn đến hoạt động thị trường và các quyết định của hiệp hội tác động đáng kể đến tương quan cạnh tranh, có thể tạo lợi thế cho một hoặc một số thành viên so với những đối thủ hoạt động trong cùng lĩnh vực và cùng tham gia hiệp hội khác, qua đó làm sai lệch cạnh tranh.

4. Nhu cầu hoàn thiện pháp luật cạnh tranh từ cách nhìn du nhập pháp luật

4.1. Về pháp luật nội dung

a. Hoàn thiện pháp luật kiểm soát hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh

- Cần bổ sung khái niệm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh vào trong Luật Cạnh tranh. Luật Cạnh tranh không đưa ra khái niệm về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh mà chỉ liệt kê các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Trên thực tế, các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh có thể rất đa dạng cùng với sự thay đổi với những diễn biến phức tạp của nền kinh tế.

- Cần phân loại các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều ngang và theo chiều dọc. Các nước đều có sự phân định thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thành hai nhóm: nhóm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều ngang và nhóm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc. Việc phân biệt thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều ngang và chiều dọc có ý nghĩa hết sức quan trọng trong việc thực thi Luật Cạnh tranh.

- Cần xem xét bổ sung quy định điều chỉnh hành vi của Hiệp hội các doanh nghiệp trong các vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

Mặc dù Hiệp hội ngành nghề không trực tiếp tham gia sản xuất kinh doanh trên thị trường nhưng hoạt động của Hiệp hội có thể tác động tới quá trình cạnh tranh của các doanh nghiệp trên thị trường. Ở Việt Nam trong thời gian qua, pháp luật cạnh tranh đã bỏ qua vai trò của

Hiệp hội trong các vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Qua thực tiễn kiểm soát hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong thời gian qua cho thấy, trong 04 vụ việc bị điều tra, thì có 02 vụ việc có liên quan trực tiếp đến tổ chức hiệp hội.

- Luật Cạnh tranh nên bổ sung một số hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh và bổ sung căn cứ để xác định thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thuộc diện bị cấm.

- Luật Cạnh tranh nên mở rộng đối với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm tuyệt đối. Vì trên thực tế có loại thỏa thuận mà xét về tính chất nguy hiểm và không thể xác định được thị phần kết hợp.

- Cần sửa đổi cách tiếp cận đánh giá thỏa thuận hạn chế cạnh tranh dựa trên tiêu chí duy nhất là thị phần. Qua tham khảo kinh nghiệm của các nước đi trước cho thấy, các nước trên thế giới khi ban hành các quy định cấm đối với hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh đều căn cứ vào bản chất gây hạn chế cạnh tranh của hành vi và thị phần chỉ là một trong các yếu tố để cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh có thể xem xét khi đánh giá về vụ việc.

- Bổ sung các quy định liên quan đến miễn trừ. Theo đó có quy định về điều kiện để miễn trừ „đương nhiên“ và miễn trừ được xem xét cũng như thời hạn miễn trừ.

b. Hoàn thiện quy định pháp luật về kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền

- Thứ nhất, cần bổ sung quy định về đặc tính của dịch vụ để làm căn cứ cho việc xác định thị trường sản phẩm liên quan đối với dịch vụ.

- Thứ hai, cần thay đổi cách thức xác định doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền. Theo đó, xóa bỏ cách thức đánh giá vị trí thống lĩnh thị trường theo tiêu chí duy nhất là thị phần và theo các

mức thị phần cố định như hiện nay; và cần bổ sung vào cụm từ “khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể” thành “khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường liên quan” và xây dựng bộ tiêu chí cụ thể để đánh giá vị trí thống lĩnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp.

- Thứ ba, cần quy định các tiêu chí đánh giá hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền. Hiện nay, Luật Cạnh tranh và các văn bản hướng dẫn thi hành chưa đưa ra định nghĩa hoặc các tiêu chí chung nhất để xác định như thế nào là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh/độc quyền mà chỉ mới liệt kê, mô tả các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường để xác định giới hạn của sự cấm đoán mà chưa xác định bản chất hành vi.

c. Hoàn thiện quy định pháp luật về tập trung kinh tế

- Thứ nhất, cần hoàn thiện các nguyên tắc điều chỉnh pháp luật cạnh tranh về tập trung kinh tế. Pháp luật cạnh tranh cần có những chuẩn mực hợp lý để phân tách những trường hợp tập trung kinh tế gây tổn hại thực sự cho môi trường cạnh tranh và những trường hợp có tác dụng tích cực cho nền kinh tế.

- Thứ hai, cần quy định kết hợp giữa thị phần và các tiêu chí khác để xác định ngưỡng thông báo tập trung kinh tế. Như đã trình bày ở trên, việc Luật Cạnh tranh sử dụng thị phần là tiêu chí duy nhất để xác định mức độ gây tổn hại đến cạnh tranh của hành vi sáp nhập, hợp nhất và mua lại doanh nghiệp đã tạo ra khó khăn nhất định cho cả doanh nghiệp và cơ quan quản lý nhà nước.

d. Hoàn thiện các quy định pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh

- Thứ nhất, cần mở rộng chủ thể áp dụng đối với các quy định về hành vi cạnh tranh không lành mạnh trong Luật Cạnh tranh là doanh nghiệp.

Việc quy định như vậy có thể được hiểu theo hai hướng: i) doanh nghiệp nước ngoài có hiện diện pháp lý tại Việt Nam; hoặc ii) doanh nghiệp nước ngoài không có hiện diện tại Việt Nam nhưng tổ chức hoạt động thương mại, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ trên lãnh thổ Việt Nam. Hai cách hiểu này dẫn đến hai phương án thực thi hoàn toàn khác nhau. Trên thực tế, một bộ phận khá lớn pháp luật cạnh tranh trên thế giới đều có phạm vi điều chỉnh xuyên biên giới và có đối tượng áp dụng là các doanh nghiệp nước ngoài có hoạt động kinh doanh gây ảnh hưởng đến môi trường cạnh tranh nội địa của các nước đó. Tuy nhiên, việc thực thi các điều khoản này còn rất hạn chế, có hiệu quả không cao, tốn nhiều nguồn lực của cơ quan quản lý cạnh tranh.

- Thứ hai, cần sửa đổi, bổ sung các quy định về hành vi cạnh tranh không lành mạnh để bảo đảm tính thống nhất, toàn diện và phù hợp với thực tiễn Việt Nam.

- Thứ ba, cần xem xét lại và hoàn thiện về mặt nội dung các quy định về phân biệt đối xử của hiệp hội trong Luật Cạnh tranh.

4.2. Các giải pháp hoàn thiện cơ chế đảm bảo thực thi pháp luật cạnh tranh

a. Đổi mới tổ chức và hoạt động của cơ quan quản lý cạnh tranh và cơ quan tố tụng cạnh tranh (Cục Quản lý cạnh tranh, Hội đồng cạnh tranh)

Khi Luật Cạnh tranh được sửa đổi, thì nên xây dựng mô hình cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh trực thuộc Chính phủ trên cơ sở xóa bỏ mô hình cũ, thành lập một mô hình mới trên cơ sở nhập Cục Quản lý cạnh tranh và Hội đồng cạnh tranh (như hầu hết các quốc gia) hiện nay bởi những lý do sau đây:

Thứ nhất, việc thành lập cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh độc lập trực thuộc Chính phủ sẽ tạo điều kiện cho việc huy động nguồn ngân

sách thông qua hoạt động một cách độc lập, tăng thêm tính tự chủ của cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh.

Thứ hai, cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh là một thiết chế để đảm bảo thực thi Luật Cạnh tranh. Trên thực tế, Luật Cạnh tranh thường xuyên được đề cập đến là luật khung, hoặc được xem là nguyên tắc cơ bản để xây các quy định chuyên ngành trong nền kinh tế thị trường hiện đại. Vì vậy, để thực thi chính sách cạnh tranh nói chung và pháp luật cạnh tranh nói riêng đòi hỏi phải có sự phối hợp nhịp nhàng, chặt chẽ với các cơ quan quản lý chuyên ngành.

Thứ ba, với vị trí độc lập của một cơ quan trực thuộc Chính phủ giúp đảm bảo và thúc đẩy việc tập trung chuyên môn, tính công chính, minh bạch và khả năng chịu trách nhiệm và giải trình của cơ quan này. Tự chủ về việc tuyển dụng, bổ nhiệm cũng như đào tạo nhân sự, cũng như tự chủ về mặt ngân sách hoạt động sẽ đảm bảo cho cơ quan cạnh tranh có thực quyền cao hơn.

Thứ tư, với xu hướng hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường và tăng cường hội nhập kinh tế quốc tế sâu rộng, sự cạnh tranh trên thị trường Việt Nam ngày càng gay gắt, vì vậy trong tương lai, chắc chắn số vụ vi phạm pháp luật cạnh tranh sẽ tăng lên một cách đáng kể. Điều này đòi hỏi quy mô của cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh phải được mở rộng và tăng cường về tài chính và nhân lực nhằm thực thi có hiệu quả các nhiệm vụ được giao.

b. Thiết lập cơ chế phối kết hợp giữa cơ quan quản lý cạnh tranh và các cơ quan hữu quan, đặc biệt là cơ quan quản lý ngành

Ở Việt Nam hiện nay, việc cung cấp thông tin phục vụ điều tra các vụ việc cạnh tranh, đặc biệt là vụ việc hạn chế cạnh tranh là rất khó khăn vì chưa có một cơ sở dữ liệu thật sự chuẩn xác về thị trường, về hàng hóa, về giá cả... Hệ thống dữ liệu ở Việt Nam trong lĩnh vực nào thường

chỉ do hệ thống cơ quan quản lý về lĩnh vực đó nắm giữ dẫn tới việc chưa có một nguồn tổng hợp chính xác. Điều này đặc biệt gây khó khăn cho các cơ quan điều tra các vụ việc cạnh tranh.

Bên cạnh đó, sự phối kết hợp giữa các cơ quan bộ ngành chỉ mới dừng lại ở mức tiền lệ, chưa có văn bản hợp tác chính thức. Cho nên, việc cung cấp thông tin của các cơ quan bộ ngành cho cơ quan quản lý cạnh tranh trong việc điều tra các vụ việc cạnh tranh, đặc biệt là vụ việc hạn chế cạnh tranh có tính chất vô cùng phức tạp vì phải cần đến những số liệu, thông tin mà chỉ có thể thu thập được thông qua các cơ quan quản lý chuyên ngành như quản lý thị trường, cơ quan thuế, công an kinh tế... vấn đề đặt ra ở đây là để có thể điều tra đi đến một kết luận chính xác về một vụ việc cạnh tranh làm cơ sở cho việc ra quyết định xử lý đúng pháp luật thì cơ quan có thẩm quyền điều tra phải có sự hợp tác, phối kết hợp với các cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác để xử lý tốt các vụ việc cạnh tranh cũng như dự báo được tình hình liên quan đến xu hướng thực hiện các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh.

PHẦN 3
CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT:
KINH NGHIỆM CHÂU ÂU VÀ CHÂU Á

PART 3
LEGAL TRANSPLANTS:
EXPERIENCES IN EUROPE AND ASIA

CHÍNH SÁCH CỦA CÁC NƯỚC CHÂU ÂU VỀ CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT

Helen Xanthaki

1. Định nghĩa ngắn gọn về chuyển hóa pháp luật

Thuật ngữ “chuyển hóa pháp luật” được sử dụng một cách lỏng lẻo để chỉ quá trình và sản phẩm của sự chuyển hóa một chính sách, khái niệm, ý tưởng pháp luật hoặc một giải pháp lập pháp từ một nền tài phán này sang một nền tài phán khác. Đây là một quá trình phổ biến về cải cách pháp luật thành công trong phạm vi châu Âu và cả phạm vi quốc tế nữa. Chuyển hóa pháp luật mang lại rất nhiều lợi ích nhưng cần được thực hiện một cách cẩn trọng.

Mục đích của bài trình bày này là nêu khái quát về chuyển hóa pháp luật với trọng tâm cụ thể là tại châu Âu. Châu Âu là một hình mẫu điển hình về chuyển hóa pháp luật ở hai cấp độ: giữa các nền tài phán (tức là từ một nước châu Âu này sang một nước châu Âu khác) và theo chiều dọc (từ Liên minh châu Âu xuống các quốc gia thành viên của Liên minh). Trong bối cảnh có sự đa dạng về hệ thống pháp luật, ngôn ngữ pháp lý, tư duy pháp lý và văn hóa tại châu Âu, sự thành công và khối lượng các luật được chuyển hóa ở châu Âu chứng tỏ cho tính hữu dụng của chuyển hóa pháp luật như là một công cụ cho cải cách pháp luật và sự điều chỉnh bằng pháp luật.

Vậy trước tiên, cần trả lời câu hỏi, tại sao cần chuyển hóa pháp luật? Có thể trả lời câu hỏi này như sau:

- Nghiên cứu các chính sách và giải pháp lập pháp của nước ngoài thực sự là một sự tưởng thưởng về trí tuệ.

- Nghiên cứu những chính sách và pháp luật xuyên quốc gia làm chúng ta ít chịu ảnh hưởng của tư tưởng dân tộc mình là trung tâm hơn. Việc nghiên cứu mở rộng hiểu biết của chúng ta và gợi ra khả năng khai sáng.
- Người thông thái là người học kinh nghiệm từ người khác.
- Để tiết kiệm chi phí: thay vì tự làm luật, hãy “mua” những luật đã làm sẵn ở những nơi khác.
- Tạo tính chính danh thông qua việc vay mượn từ những đạo luật được coi là uy tín (hiện đại, được làm tốt...).
- Tăng cường sự hợp tác giữa nền tài phán cho và nhận thông qua việc làm hài hòa hệ thống pháp luật (việc này có thể thúc đẩy hoạt động thương mại).

2. Những hệ thống pháp luật nào chúng ta có thể so sánh?

Có những sự chia rẽ nhất định trong niềm tin của những nhà nghiên cứu so sánh. Một trong những niềm tin đó là chỉ những hệ thống **đồng quy hay tương tự** mới có thể thu lợi từ kinh nghiệm của nhau, vì thế cần cố gắng mở rộng phạm vi của những hệ thống thuộc “*ius commune mới*” trong bối cảnh của một châu Âu mở rộng. Tuy nhiên, nhiều hệ thống trong quá trình chuyển tiếp lại nhìn sang và được truyền cảm hứng bởi những nền tài phán mà hệ thống pháp luật khác biệt với họ. Vậy nên lý giải những điều này như thế nào? Những mô hình đa dạng đó có thực sự hữu ích không? Xử lý những bất cập nảy sinh như thế nào?

Watson, một bậc tiền bối (guru) trong lĩnh vực chuyển hóa pháp luật¹, cho rằng các quy định pháp luật là tương tự nhau ở nhiều nơi, và rằng

1 Về phân tích thuật ngữ này, xin xem thêm E. Öcürü, “Critical Comparative Law: considering paradoxes for legal systems in transition” in [1999] 59 Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking; also see E. Öcürü, “Law as Transposition” [2002] 51 ICLQ 205-223, p.206.

“cho dù là nguồn gốc lịch sử của chúng có như thế nào, nhiều quy định của luật tư có thể tồn tại mà không có bất cứ liên hệ gần gũi với một dân tộc nào, một thời điểm nào hay một địa danh nào”. Ngài Basil Markesinis thúc giục các nền tài phán tăng cường tương tác tri thức và việc vay mượn từ nhau. Vì thế, người ta không cần quan tâm đến cuộc tranh luận giữa tính tương đồng hay khác biệt nữa: người ta có thể mượn mọi thứ từ bất cứ đâu.

Những học giả khác ủng hộ quan điểm cho rằng chỉ có những khác biệt mới giúp chúng ta có những bài học: chỉ có những khác biệt mới giúp tăng cường hiểu biết pháp luật trong xã hội.

Thể hiện quan điểm đứng giữa hai trường phái này, **Schlesinger** chỉ ra rằng “so sánh nghĩa là xem xét và giải thích những điểm tương đồng cũng như khác biệt” và do đó, người ta có thể nhấn mạnh những khác biệt hoặc những tương đồng. Ông đề cập đến những thời kỳ **so sánh “chắt lọc”** với việc nhấn mạnh vào những khác biệt và những thời kỳ được gọi là **so sánh “toàn diện”** tập trung vào những điểm tương đồng. Schlesinger đã đối lập khái niệm “luật so sánh toàn diện” với khái niệm “luật so sánh chắt lọc” và ông kết luận rằng tương lai thuộc về “luật so sánh toàn diện”.

Tại châu Âu, “những người chủ trương tìm kiếm một *ius commune*”, những người cố gắng để hội nhập các hệ thống pháp luật với nhau, đang hướng đến một thế giới pháp luật bao gồm những điểm tương đồng, ví dụ như Anh và Ai-len.

Nằm ở cực đối lập là Legrand - người cho rằng chuyển hóa pháp luật không có một chút hữu ích nào: bởi vì các đạo luật được làm để vận hành trong một môi trường pháp luật, văn hóa và xã hội của một nước và nó không thể nào vận hành tương tự ở một môi trường khác.

Zweigert và Kötz chỉ ra rằng Rudolf Jhering đã đưa ra một câu trả lời mang tính khẳng định đối với những ai phản đối việc du nhập các khái niệm nước ngoài khi nói rằng “Việc chấp nhận những thể chế pháp luật nước ngoài không phải là một vấn đề về tính dân tộc mà là vấn đề về **tính hữu dụng và nhu cầu**. Không ai lại đi bắt lấy một thứ từ xa khi họ đã có một thứ tốt bằng hoặc tốt hơn ở nước mình, nhưng cũng không ai lại đi từ chối cây ký ninh (quinine) chỉ bởi vì cây đó không mọc trong vườn sau nhà mình”. Vì thế khi nhìn vào câu hỏi về sự khác nhau giữa hệ thống thông luật và dân luật và nhấn mạnh đến tính hữu dụng, thì vấn đề thực sự ở đây không phải là từ chối cây ký ninh mà là dùng nó như thế nào. Dùng với nước? Với nước hoa quả? Trong một cái ly? Cái cốc? Hay nhai? Hay nuốt toàn bộ? Như vậy vấn đề là chấp nhận những gì và kỹ thuật chấp nhận như thế nào chứ không phải là nguyên tắc chấp nhận một quy định hay giải pháp mà không có cách nào để thương thảo, chẳng hạn như việc áp dụng một chỉ thị của EU.

Người ta có thể kết luận rằng chuyển hóa pháp luật có thể đặc biệt có lợi cho cả bên nhận và bên cho. Đối với bên nhận, chuyển hóa pháp luật mang đến khả năng nhìn thấy được kết quả của luật sẽ chuyển hóa mang lại và khả năng điều chỉnh để phù hợp. Tuy nhiên, thành công của chuyển hóa pháp luật thực sự phụ thuộc vào cách thức mà hệ thống pháp luật của nước tiếp nhận lựa chọn và chấp nhận. Như Kahn-Freund đã cảnh báo, chuyển hóa pháp luật có thể dễ dàng thành công nhưng có khi đơn giản chỉ là sự thất bại. Tính hữu dụng và sự cần thiết là những điều kiện trung tâm đối với việc nên vay mượn gì. Mặc dù Arvind đã đúng khi cho rằng không có hệ thống pháp luật nào là tù nhân của chính truyền thống của mình, những luật được nội luật hóa thành công có thể cho thấy là hiệu quả và chuyển hóa pháp luật không phải nhất thiết dẫn tới sự xóa bỏ hoàn toàn bản sắc quốc gia; tương lai thuộc về sự “thống nhất trong đa dạng” hơn là về “thống nhất thông qua đồng nhất và chuẩn hóa”.

3. Chúng ta có được sự giúp đỡ gì từ chuyển hóa pháp luật?

Đối với các nhà nghiên cứu theo quan điểm chuẩn tắc, việc nghiên cứu chính sách và pháp luật nước ngoài đóng vai trò như một **công cụ để phân loại các hiện tượng pháp luật** và để xác định liệu những hiện tượng giống nhau có thể được giải thích bằng những nguyên nhân giống nhau. Đối với nhiều luật sư, việc so sánh cung cấp một khuôn khổ mang tính phân tích để xác định những khác biệt về pháp luật và những điểm cụ thể.

Gần đây hơn, các so sánh giữa các quốc gia đóng vai trò như là những **công cụ để hiểu biết tốt hơn** những hệ thống, cấu trúc và thể chế pháp luật khác.

Sự phát triển của hướng tiếp cận thứ ba này trùng hợp với sự gia tăng hợp tác và xây dựng mạng lưới quốc tế và liên ngành về khoa học xã hội, vốn phát triển mạnh từ thập kỷ 1970 bởi nhiều sáng kiến trên khắp châu Âu. Ủy ban châu Âu đã xây dựng một số chương trình quy mô lớn, và nhiều mạng lưới và trung tâm quan sát đã được thành lập để theo dõi và báo cáo về những diễn biến của pháp luật, xã hội và kinh tế ở các quốc gia thành viên. Đồng thời, các cơ quan chính phủ và các cơ quan tài trợ nghiên cứu đã ngày càng quan tâm hơn đến các so sánh quốc tế, như là một công cụ để đánh giá các giải pháp được sử dụng để đối phó với những vấn đề chung hoặc để đánh giá khả năng chuyển giao các giải pháp này giữa các quốc gia thành viên.

4. Quá trình so sánh chính sách và pháp luật nước ngoài với trong nước để hiểu và cuối cùng là để chuyển hóa pháp luật là gì?

Phương pháp khảo sát hoặc mô tả vốn thường cho ra những kết quả đánh giá mới nhất, thường là giai đoạn đầu tiên trong bất cứ dự án

so sánh quốc tế quy mô lớn nào, chẳng hạn như những dự án do các mạng lưới và trung tâm quan sát châu Âu triển khai. Cách tiếp cận liệt kê để so sánh thường được sử dụng ở giai đoạn này: dữ liệu theo các tiêu chuẩn định trước được thu thập bởi các cá nhân hoặc nhóm từ những tài liệu hiện có hoặc các nghiên cứu tin cậy được liệt kê cạnh nhau thường xuyên mà không được so sánh một cách hệ thống. Một số dự án quy mô lớn được thiết kế để làm mẫu cho các dự án khác và do đó trọng tâm là vào mức độ có thể thay đổi được quan sát từ các tài liệu thu thập ở từng quốc gia.

Những dự án như vậy sử dụng một số phương pháp: **phương pháp quy nạp** bắt đầu từ việc đưa ra một giả thuyết được định nghĩa tương đối lỏng lẻo và tiến dần tới việc chứng minh giả thuyết đó; **phương pháp diễn dịch**, áp dụng một lý thuyết chung cho một trường hợp cụ thể để diễn giải những yếu tố nào đó; **phương pháp chứng minh**, được sử dụng để khẳng định và sàng lọc một lý thuyết. Thay vì việc một nhà nghiên cứu hoặc một nhóm các nhà nghiên cứu khảo sát bối cảnh của riêng nước mình và sau đó rút ra thông tin thì một nhà nghiên cứu hoặc một nhóm của một quốc gia sử dụng “hướng tiếp cận safari” để xác định vấn đề và giả thuyết nghiên cứu và tiến hành nghiên cứu ở nhiều quốc gia, sử dụng các mô hình thiết kế thử nghiệm để thu thập và phân tích những dữ liệu mới. Phương pháp này thường được sử dụng khi số quốc gia tham gia dự án là một nhóm nhỏ và nghiên cứu mang tính định tính, khi mà các nhà nghiên cứu xem xét các vấn đề đã được xác định rõ trong bối cảnh của hai hoặc nhiều hơn các quốc gia, và các nhà nghiên cứu cần có hiểu biết sâu về những nước mình tiến hành nghiên cứu. Cách làm bao gồm việc kết hợp các khảo sát, phân tích dữ liệu thứ cấp cùng với những quan sát cá nhân và diễn giải các kết quả tìm được trong những bối cảnh xã hội rộng lớn hơn.

5. Làm sao để xác định những khái niệm nào là chuyển hóa được? Các ví dụ về chuyển hóa pháp luật

Có ba loại khái niệm có thể chuyển hóa được: các khái niệm mở rộng, các khái niệm dựa trên chức năng và các khái niệm phổ biến.

Sự hình thành **khái niệm mở rộng** được thực hiện thông qua việc **liệt kê những yếu tố chung** của các chính sách và luật được nghiên cứu. Những yếu tố chung là những điểm chung được tìm thấy ở những quy định pháp luật khác nhau hoặc một phần của các quy định thuộc nhiều hệ thống khác nhau. Theo cách làm này, tập hợp các quy định của từng quốc gia có thể được xác định thông qua các thuật ngữ pháp lý, ví dụ như cụm từ “Wohnungseigentum” của Đức và “copropriété des immeubles bâtis” của Pháp. Hai khái niệm này có chung yếu tố là “apartment ownership” (sở hữu căn hộ) trong tiếng Anh. Ví dụ sau đây minh họa cho thông tin từ những khái niệm mở rộng. Nhà nghiên cứu so sánh có thể đặt cạnh nhau thuật ngữ của Đức “Diebstahl” và khái niệm “trộm cắp” (theft) của Anh “Bất cứ ai lấy động sản của một người khác với ý định sử dụng cho mình một cách bất hợp pháp sẽ bị trừng phạt ...”.² “Một người phạm tội trộm cắp nếu như người đó sử dụng tài sản thuộc về người khác một cách không trung thực nhằm mục đích lấy tài sản đó vĩnh viễn cho mình”. Trong câu đầu tiên, quy định pháp luật được xác định bằng cụm từ “Diebstahl” của Đức và trong câu thứ hai, quy định pháp luật được xác định bằng cụm từ “theft” trong luật của Anh. Những thành tố chủ quan và khách quan chung được xác định qua việc so sánh những quy định này: “tài sản” và “hành động lấy”

2 “Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird ... bestraft.”: Article 242 Strafgesetzbuch; see <http://sunsite.informatik.rwth-aachen.de/germlaws/stgb/p242.html>.

là những thành tố chung của hai khái niệm này và bỏ đi yếu tố “bất hợp pháp” và “không trung thực”. Như vậy có thể kết luận rằng thuật ngữ “Diebstahl” của Đức và “theft” của Anh có thể so sánh được với nhau và khái niệm mở rộng được sinh ra từ việc liệt kê những yếu tố chung.

Sự hình thành các **khái niệm dựa trên chức năng** diễn ra trong mối quan hệ với các vấn đề xã hội mà các quy định của pháp luật là một giải pháp để xử lý chúng. Theo quan điểm này, điểm khởi đầu cho việc so sánh không nằm trong luật mà ở trong chính vấn đề xã hội cần điều chỉnh. Ví dụ như “nhận nuôi hoàn toàn” và “nhận nuôi hạn chế” là những khái niệm có khả năng áp dụng để xử lý vấn đề trẻ em bị bỏ rơi. Các khái niệm dựa trên chức năng sinh ra từ cách nhìn nhận của khoa học xã hội. Quan điểm này nằm ngoài phạm vi các hệ thống pháp luật đang được bài viết này so sánh. Như vậy, việc chắt lọc từ khái niệm của các quốc gia cần được thực hiện. Các khái niệm dựa trên chức năng là để đề cập đến những quy định pháp luật mặc dù chúng nên độc lập hoàn toàn với các khái niệm pháp lý. Các khái niệm dựa trên chức năng liên quan tới những nhu cầu hay vấn đề thực tế ở những xã hội khác nhau. Theo quan điểm này, các quy định pháp luật thuộc các hệ thống khác nhau sẽ có tác động mang tính xã hội lên hành vi của con người để nhằm đáp ứng các nhu cầu của xã hội. Như thế, các nhà nghiên cứu so sánh cần phải xác định những nhu cầu hay vấn đề chung và những quy phạm pháp luật nào là giải pháp cho những vấn đề chung đó. Các quy phạm được coi sẽ là các giải pháp chứng minh cho những thông tin của khái niệm dựa trên chức năng. Những tiền đề nhấn mạnh hướng tiếp cận theo chức năng này đưa đến điểm khởi đầu cho việc so sánh: chẳng hạn như khái niệm “apartment ownership” nêu trên cho phép có sự so sánh quy định của những hệ thống pháp luật khác nhau liên quan đến cùng một vấn đề hay nhu cầu là thiếu nhà ở. Theo Zweigert và Kötz, việc xem xét chức năng xã hội là quan điểm chung mà các nhà

nguyên cứu cần có. Hai vị cho rằng quy định của các hệ thống pháp luật khác nhau có thể được so sánh nếu như chúng phục vụ cùng một chức năng. Các quy định pháp luật của mỗi xã hội đều cơ bản xử lý những vấn đề giống nhau. Thay vì đặt câu hỏi “Hiện có những quy định nào về hợp đồng bán hàng trong luật nước ngoài?” các vị này chủ trương đặt câu hỏi “Luật nước ngoài bảo vệ các bên khỏi những bất ngờ nảy sinh như thế nào?” Constantinesco phản đối quan điểm của Zweigert và Kötz. Theo Constantinesco, các khái niệm về chức năng của Zweigert và Kötz là quá rộng và không được định nghĩa tốt bởi vì chúng đề cập đến mối quan hệ nhân quả được ẩn giấu giữa các quy phạm pháp luật và việc giải quyết một vấn đề xã hội: tác động đối với xã hội của các quy định pháp luật là khó xác định được, tuy nhiên, như vậy trong hầu hết trường hợp, khái niệm về chức năng của Zweigert và Kötz khó được sử dụng thực tế. Sẽ có những giải thích thêm cho những lập luận bổ sung này. Sự hình thành các khái niệm dựa trên chức năng diễn ra liên quan đến những vấn đề xã hội chẳng hạn như thiếu nhà ở, và cụm từ “sở hữu căn hộ” là giải pháp chứa đựng hàm ý là các nhà lập pháp quan tâm tới việc xây dựng nhà chung cư. Như vậy, các nhà nghiên cứu so sánh cần khảo sát tác động đối với xã hội của những quy định khác nhau về “sở hữu căn hộ”, đặc biệt là cần khảo sát tất cả những tác động mong muốn và không mong muốn của các quy định pháp luật về “sở hữu căn hộ”. Một quy định như vậy có thể thúc đẩy hành vi của các nhà đầu tư trong một xã hội nhưng chưa chắc đã có tác động tích cực tương tự trong một xã hội khác vì có những rào cản đối với việc thực thi luật một cách hiệu quả. Một số thiếu sót của luật có thể ảnh hưởng đến việc ban hành luật đó và hành vi của các nhà đầu tư tiềm năng. Tỷ lệ hành vi tích cực của nhà đầu tư có thể thay đổi khác nhau trong những xã hội khác nhau được khảo sát. Tình trạng đó có thể làm cho việc xây dựng các khái niệm dựa trên chức năng trở thành một quyết

định tùy tiện. Bên cạnh đó, nhà nghiên cứu so sánh còn không hạn chế ở những khái niệm luật định về “sở hữu căn hộ” bởi vì theo Zweigert và Kötz, điểm khởi đầu cho việc so sánh không chỉ là việc so sánh văn bản luật. Nếu như có quy định khác có thể giải quyết vấn đề xã hội là thiếu nhà ở, thì nhà nghiên cứu so sánh phải mở rộng nghiên cứu tới những khái niệm dựa trên chức năng tương tự, ví dụ như các quy định về xây dựng. Những khảo sát mang tính so sánh về tác động của những nỗ lực lập pháp (sử dụng luật để điều chỉnh một vấn đề xã hội) cần được nghiên cứu ở nhiều xã hội khác nhau. Một nghiên cứu phức tạp như vậy phải xem xét triệt để các quy định pháp luật để có thể xác định rằng các hệ thống pháp luật khác nhau có thể so sánh bởi vì chúng phục vụ cùng chung một chức năng. Như đã đề cập ở trên, tác động đối với xã hội của quy phạm pháp luật là khó xác định được. Các khái niệm dựa trên chức năng của Zweigert và Kötz có những hạn chế của chúng bởi vì một mặt cách tiếp cận này dựa vào một số giả định đơn giản hóa liên quan đến mối quan hệ giữa nhu cầu hay vấn đề cần giải quyết của các xã hội khác nhau và mặt khác là những quy định của những hệ thống pháp luật khác nhau.

Sự hình thành các **khái niệm phổ biến** diễn ra là kết quả của **việc đơn giản hóa các khái niệm pháp lý quốc gia**. Các khái niệm phổ biến chỉ là những tiêu chuẩn về những đặc tính chung mà các khái niệm pháp lý quốc gia được so sánh cùng có. Một ví dụ của khái niệm phổ biến là “nhận nuôi”, một khái niệm bao hàm những đặc tính chung là nhận nuôi “hoàn toàn” hoặc “hạn chế”. Khái niệm phổ biến là những tiêu chuẩn về những đặc tính chung thông qua việc chắt lọc từ những đặc trưng quốc gia không có đặc trưng tương đương ở hệ thống pháp lý khác được nghiên cứu. Những chế tài cụ thể đối với những vi phạm pháp luật là những ví dụ của những đặc trưng quốc gia này. Ở đây cần chú ý rằng các khái niệm phổ biến là những khái niệm không dựa trên chức năng.

Theo quan điểm này, điểm khởi đầu cho việc so sánh chính là việc tìm kiếm từ trong luật, chứ không phải trong các vấn đề xã hội. Những khái niệm phổ biến không phải là những khái niệm dựa trên chức năng, cũng không phải là những khái niệm mở rộng. Sự hình thành các khái niệm phổ biến không phải thông qua việc liệt kê các yếu tố chung được tìm thấy trong tập hợp các văn bản pháp luật khác nhau. Những khái niệm phổ biến không được sinh ra từ những yếu tố chung mà là từ những tiêu chuẩn được sử dụng phổ biến trong khái niệm của các quốc gia. Sự giống nhau về tiêu chuẩn trong các khái niệm phổ biến bao hàm khả năng có thể so sánh giữa các quy phạm pháp luật thuộc các hệ thống pháp luật khác nhau. Những khái niệm phổ biến của Eltzbacher là những khái niệm hoàn toàn không dựa trên chức năng và không trực tiếp tham chiếu đến các vấn đề xã hội. Eltzbacher không đòi hỏi một sự chặt lọc triệt để các khái niệm của các quốc gia. Ông muốn tìm kiếm các đặc trưng chung thông qua việc chặt lọc từ những đặc trưng quốc gia vốn không có điều tương đương trong hệ thống pháp luật khác đang được nghiên cứu. Ủng hộ việc chặt lọc không hoàn toàn này, Eltzbacher xây dựng các khái niệm phổ biến dựa trên những đặc trưng chung trong quy định pháp luật của những hệ thống khác nhau. Ví dụ như để chuẩn bị cho việc khảo sát khái niệm “nhận nuôi”, nhà nghiên cứu người Pháp này đã thừa nhận sự khác nhau giữa các khái niệm quốc gia “adoption plénière” và “adoption simple” để xác định phạm vi mà ông muốn so sánh từ những hệ thống khác nhau. Sự phân biệt này là cần có bởi vì khái niệm so sánh nhận nuôi hoàn toàn không dẫn chiếu đến các quy định pháp luật nước ngoài tương ứng với khái niệm “adoption simple” của Pháp hay là “nhận nuôi hạn chế”. Nếu đặt hai điều 356 và 364 của Bộ luật dân sự của Pháp, nhà nghiên cứu so sánh có thể thấy được mục đích của sự phân biệt này: “Nhận nuôi là việc trao cho một đứa trẻ một mối quan hệ cha mẹ và con bổ sung cho mối quan hệ cha mẹ và con ban đầu của đứa trẻ;

đưa trẻ được nhận nuôi tạm dừng không thuộc về gia đình hay dòng họ của mình, ..." và: "Một đứa con nuôi vẫn giữ được tất cả các quyền của mình trong gia đình hoặc nơi nuôi mình trước đó...". Câu đầu tiên đề cập đến những tác động của nhận nuôi hoàn toàn, câu thứ hai liên quan đến khái niệm nhận nuôi hạn chế. Những khái niệm này có những mức độ khác nhau ở mỗi quốc gia. Với việc lựa chọn mức độ của khái niệm nhận nuôi hoàn toàn, nhà nghiên cứu sẽ loại bỏ tất cả các hình thức nhận nuôi không chấm dứt tất cả các mối liên hệ của đứa trẻ với gia đình sinh ra mình. Hai khái niệm nhận nuôi hoàn toàn và nhận nuôi hạn chế là những khái niệm phổ biến có thể áp dụng ở pháp luật nước ngoài. Hơn nữa, những nhận định về khả năng có thể so sánh cần phải được kiểm chứng bởi vì những tác động cụ thể của các quy phạm pháp luật có thể là những đặc tính quốc gia mà không có điều tương đương trong hệ thống pháp luật được nghiên cứu khác. Việc không chọn những định nghĩa lập pháp gây khó khăn cho việc lựa chọn một khái niệm phổ biến nhằm xác định phạm vi mà nhà nghiên cứu có thể so sánh các hệ thống pháp luật khác nhau. Trong trường hợp đó, việc hình thành những khái niệm phổ biến phụ thuộc vào cấu trúc của các hệ thống khái niệm. Nếu những hệ thống này có cùng cấu trúc, thì khả năng là những khái niệm phổ biến có thể được tìm thấy. Tuy nhiên, các khái niệm phổ biến khó có thể được sử dụng nếu như thứ bậc trong các hệ thống pháp luật là quá khác nhau về khái niệm. So sánh vị trí của các khái niệm trong hệ thống thứ bậc của chúng là quan trọng để xác định mối quan hệ giữa các khái niệm này, song những thứ bậc tương tự không bảo đảm bất kỳ sự tương ứng về khái niệm để bảo đảm khả năng có thể so sánh giữa các quy định của các hệ thống pháp luật khác nhau. Một đặc tính chung sẽ không thể được tìm thấy nếu như các ngành luật không cho thấy có sự tương ứng ở mức độ nào đó. Ví dụ như cụm từ "real property" (bất động sản) trong tiếng Anh và cụm từ "biens immeubles" trong tiếng Pháp là không có đặc tính chung vì khái niệm của Anh chú trọng vào thủ tục trong khi khái niệm

của Pháp chú trọng vào tính vật chất. Thực tế này cản trở nhà nghiên cứu so sánh trong việc tìm kiếm đặc tính chung trong thứ bậc khái niệm của những hệ thống pháp luật tương ứng. Một ví dụ nữa là không thể tìm thấy đặc tính chung trong khái niệm “chattel mortgage” của Anh và khái niệm “hypothèque mobilière” của Pháp. Nhà nghiên cứu gặp khó khăn khi tìm kiếm một khái niệm tương đương bởi vì hai khái niệm “chattel mortgage” của Anh và “hypothèque mobilière” của Pháp thuộc về hai ngành luật khác nhau. Thực tế này hàm ý rằng những khái niệm phổ biến không sử dụng được trong trường hợp này và nhà nghiên cứu so sánh có thể cần đến những khái niệm dựa trên chức năng.

6. Sử dụng luật chuyển hóa của nước ngoài như thế nào?

Các luật chuyển hóa được sử dụng như là các nghiên cứu tình huống. Tiến hành một nghiên cứu tình huống là khảo sát một điều gì đó có ý nghĩa vượt ra ngoài các ranh giới của nó. Các nghiên cứu tình huống được sử dụng như là cơ sở cho một lập luận hay một kết luận có thể được áp dụng ở nhiều hơn một hệ thống pháp luật. Như thế, việc coi CSA như một nghiên cứu tình huống bao gồm việc xem xét các thể chế của khái niệm này có thể khuyến khích hành động ở những nền tài phán khác.

Có 5 loại hình nghiên cứu tình huống: nghiên cứu tình huống mang tính **đại diện, điển hình mới, khác biệt, đặc biệt** và **hình mẫu**.

Nghiên cứu tình huống mang tính đại diện là hình thức phổ biến nhất bao gồm việc xem xét những ví dụ điển hình và chuẩn mực: chẳng hạn như việc nghiên cứu về Tòa án sơ thẩm của Pháp. Nghiên cứu tình huống mang tính đại diện thường được sử dụng để thu thập thông tin về mức độ hài hòa hóa luật quốc gia của các quốc gia thành viên Liên minh châu Âu.

Những nghiên cứu tình huống mang tính điển hình mới được kỳ vọng là sẽ chuyển thành tính đại diện: nhiều luật sư của EU nghiên cứu sự phát triển của Tòa án liên bang Mỹ như một cách để diễn giải cho tư duy năng động của Tòa án Công lý châu Âu (EJC). Những nghiên cứu tình huống mang tính điển hình mới được sử dụng như là công cụ để nhìn thấy trước một hiện tượng khác sẽ phát triển như thế nào. Tuy nhiên nó chứa đựng những rủi ro bởi vì những bối cảnh khác chưa chắc đã cho ra đời một điển hình tương tự. Mặc dù rủi ro như vậy có thể trở thành một thảm họa đối với nhà nghiên cứu, các bài học có thể được rút ra từ những nhà nghiên cứu khác, những người cố gắng tìm hiểu những yếu tố nào dẫn tới sự thay đổi khác nhau trong kết quả của nghiên cứu ban đầu.

Những nghiên cứu tình huống mang tính khác biệt bao gồm việc xem xét những tình huống ngoại lệ và không điển hình. Ví dụ như việc nghiên cứu các tòa án hành chính của Pháp, Italia và Hy Lạp. Những tình huống khác biệt thường dẫn tới những kết luận về tại sao sự khác biệt lại tồn tại và về khả năng chuyển hóa những hiện tượng khác biệt vào các hệ thống pháp luật khác.

Những nghiên cứu tình huống đặc biệt được sử dụng để xác nhận liệu một lý thuyết là có phù hợp hay không khi các kết luận ít mang tính phù hợp nhất. Phương pháp này ít được sử dụng trong luật, nhưng có thể xảy ra khi một nhà nghiên cứu muốn xác nhận liệu lý thuyết về tư duy năng động của ECJ là có phù hợp không.

Những nghiên cứu tình huống hình mẫu bao gồm việc xem xét những tình huống mà ban đầu được coi là mang tính đại diện nhưng sau đó trở thành tình huống đi đầu trong loại hình của mình. Bộ luật dân sự của Pháp ban đầu được coi là một trong những bộ luật của các quốc gia theo hệ thống dân luật. Tuy nhiên, sau khi được các hệ thống dân luật (như Italia và Hy Lạp) sao chép, bộ luật này đã trở thành hình mẫu.

Điều đáng chú ý cần nhớ về các tình huống hình mẫu là chúng có thể được sử dụng tham khảo cho việc diễn giải một hiện tượng, nhưng chúng không thể được sử dụng để kiểm chứng một lý thuyết.

Vì thế nhà nghiên cứu cần xác định loại hình tình huống chuyển hóa là gì và sau đó đưa ra kết luận.

7. Những vấn đề mà nhà nghiên cứu về chuyển hóa pháp luật gặp phải

- *Lựa chọn quốc gia*: Những chuyển đổi theo hướng tiếp cận mang tính diễn giải và chịu ảnh hưởng của văn hóa có nghĩa là những yếu tố **ngôn ngữ** và **văn hóa** cùng với những khác biệt trong **truyền thống nghiên cứu** và **cấu trúc hành chính** không thể bị xem nhẹ. Nếu những vấn đề này không được giải quyết, chúng có thể ảnh hưởng đến chất lượng của toàn dự án bởi vì nhà nghiên cứu có khả năng mất kiểm soát đối với việc xây dựng và phân tích những biến số chủ chốt.

- *Tiếp cận dữ liệu*: Việc thu thập dữ liệu bị ảnh hưởng mạnh mẽ bởi các tập quán quốc gia. Nguồn dữ liệu, mục đích thu thập dữ liệu, tiêu chuẩn được sử dụng và phương pháp thu thập có thể thay đổi đáng kể giữa các quốc gia, và tiêu chuẩn để mã hóa dữ liệu có thể thay đổi theo thời gian. Trong một số lĩnh vực, những lưu trữ của nhà nước không tồn tại hoặc không có được nhiều. Đối với một số chủ đề, thông tin có thể được thu thập thường xuyên qua các khảo sát được chỉnh sửa cho phù hợp ở một số quốc gia trong khi lại khá hạn chế ở một số nước khác bởi vì chủ đề đó không được nhà làm chính sách ở nước đó chú ý cho lắm. Những số liệu thống kê chính thức có thể được tổng hợp quá cô đọng và có thể không được thu thập một cách hệ thống theo thời gian. Trong nhiều nghiên cứu đa quốc gia, người ta dành nhiều thời gian và nỗ lực để thu hẹp việc phân loại vào cùng một cơ sở chung.

- *Các khái niệm và những thông số nghiên cứu:* Mặc dù có những tiến bộ đáng kể trong việc xây dựng những cơ sở dữ liệu quốc tế quy mô lớn được hài hòa hóa chẳng hạn như Eurostat, mang lại ấn tượng rằng nghiên cứu định lượng không còn là vấn đề nữa thì những nỗ lực so sánh xuyên quốc gia vẫn thường được coi là không hiệu quả vì thiếu một sự hiểu biết chung về những khái niệm trung tâm và bối cảnh xã hội của hiện tượng. Ngôn ngữ có thể là một rào cản lớn đối với hoạt động hợp tác quốc tế hiệu quả bởi vì chúng không đơn giản là phương tiện truyền tải khái niệm mà là một phần của hệ thống khái niệm, phản ánh những thể chế, quá trình tư duy, giá trị và ý thức hệ; đồng thời việc tiếp cận một chủ đề cũng như diễn giải chủ đề đó sẽ thay đổi tùy theo ngôn ngữ biểu đạt. Mặc dù xác định một khoảng thời gian có vẻ như là một vấn đề đơn giản đối với một nghiên cứu về tuổi thọ, nhưng có vô vàn vấn đề nảy sinh khi các bộ dữ liệu quốc gia được sử dụng. Những vấn đề này sẽ phức tạp hơn khi so sánh được dựa trên những phân tích thứ cấp từ những bộ dữ liệu quốc gia hiện có, bởi vì không phải lúc nào cũng có thể áp dụng những tiêu chuẩn đã được thống nhất một cách đồng nhất.

Mặc dù có những rào cản đối với việc so sánh và chuyển hóa pháp luật xuyên quốc gia, so sánh có nhiều lợi ích:

- So sánh có thể dẫn tới những hiểu biết tươi mới, thú vị và sâu hơn về vấn đề trọng tâm được quan tâm ở những quốc gia khác nhau. So sánh có thể dẫn tới việc xác định những khoảng trống trong kiến thức và có thể chỉ ra những hướng đi có thể mà nhà nghiên cứu trước đây chưa biết tới. So sánh cũng có thể làm cho phân tích vấn đề được trọng tâm hơn vì có những góc nhìn mới.
- Những dự án xuyên quốc gia mang lại cho nhà nghiên cứu một công cụ xác định và minh họa những điểm tương đồng và khác biệt, không chỉ ở những đặc tính được quan sát của một thể chế, hệ thống hay cách làm nào đó mà còn ở sự tìm kiếm những giải

thích có thể xét trên khía cạnh ưa thích hay không ưa thích của quốc gia. Các nhà nghiên cứu so sánh xuyên quốc gia buộc phải cố gắng áp dụng những cách nhìn khác nhau về văn hóa để hiểu được cách nghĩ của một nền văn hóa khác và để quan sát nền văn hóa đó từ quan điểm của người bản địa để rồi nhìn lại vào nước mình từ góc nhìn của một người quan sát từ bên ngoài có kỹ năng.

8. Kết luận

- Chuyển hóa pháp luật là một quá trình và một sản phẩm của việc mượn các khái niệm, giải pháp và pháp luật từ một nền tài phán nước ngoài.
- Chuyển hóa pháp luật rất phổ biến, đặc biệt trong phạm vi châu Âu và cả ở ngoài châu Âu nữa.
- Các nền tài phán có thể mượn từ bất cứ quốc gia và hệ thống pháp luật nào, miễn là chúng có chung nhu cầu và tính hữu dụng: nói cách khác, miễn là hai nền tài phán đang cố gắng xử lý cùng một hiện tượng xã hội, và giải pháp mà nước cho đạt được cũng hữu ích tương tự ở nước tiếp nhận.
- Chuyển hóa pháp luật là vấn đề khó nghiên cứu, xác định và thực hiện.
- Nhưng những lợi ích của việc mượn một chính sách, giải pháp lập pháp đã cho thấy là rất hiệu quả trên thực tế.
- Như thế, chuyển hóa pháp luật là mặt trận hàng đầu của công cuộc cải cách pháp luật trên thế giới.
- EU có kinh nghiệm phong phú về chuyển hóa pháp luật và là một hình mẫu cho việc vay mượn lẫn nhau theo chiều dọc và giữa các quốc gia một cách thành công.

EUROPEAN COUNTRIES' POLICIES ON LEGAL TRANSPLANTS

Helen Xanthaki

1. A cursory definition of legal transplants

The term “legal transplant” is loosely used to express the process and product of transfer of a policy concept, a legal notion, or a legislative solution from one jurisdiction to another. It is highly popular process of successful law reform both within Europe but also internationally. It carries enormous benefits but must be undertaken with care.

The aim of this presentation is to provide an overview on legal transplants with specific focus on Europe. Europe is a prime model for legal transplants at two levels: cross-jurisdictional (namely from one European country to another) but also vertically (from the EU to its Member States). In view of the diversity of legal systems, legal languages, and legal mentalities and cultures within Europe, the success and volume of legal transplants in Europe constitutes evidence of the utility of legal transplants as a tool of law reform and legislative regulation.

Why do it?

- Studying foreign policies and legislative solutions is highly rewarding intellectually.
- Studying cross-national foreign policy and legislation make us less ethno-centric. It broadens our horizons and make us, potentially, more enlightened.

- Wise is one who learns from the experience of others.
- To save cost: instead of making own laws, let's buy ready-made laws from elsewhere
- To generate legitimacy by borrowing laws considered prestigious [modern, well made etc.]
- To enhance cooperation between the lending and borrowing jurisdictions through harmonisation of legislation [this can promote trade].

2. Which legal systems can we compare?

There is a division of belief among comparatists. One belief is that **only convergent or similar** systems can benefit from each others' experience; hence the attempts to enlarge the catchment area of systems covered by the "new ius commune" within the context of a wider Europe. However, many systems in transition look at and are inspired by jurisdictions whose legal systems are different from their own. How can this be explained? Can such diverse models really help? What about the ensuing mismatch between model and recipient?

Watson, the guru of transplants, claims that legal rules are equally at home in many places, that "whatever their historical origins may have been, rules of private law can survive without any close connection to any particular people, any particular period of time or any particular place". Sir Basil Markesinis urges jurisdictions to increase intellectual interaction and borrowing. Thus, one **does not need to bother with the debate** between different and similar: one can borrow anything from anywhere.

Others support the view that only **differences** teach us lessons: differences enhance our understanding of law in a given society.

Taking the middle ground on this debate **Schlesinger** points out that “to compare means to observe and to explain similarities as well as differences”: thus, emphasis can be placed **both** on differences and on similarities. He talks of periods of “**contractive**” **comparison** with the emphasis on differences, alternating with periods of what might be called “**integrative**” **comparison**, i.e., comparison placing the main accents on similarities. Thus Schlesinger contrasts “integrative comparative law” with “contractive or contrastive comparative law”. His conclusion is that the future belongs to “integrative comparative law”. Within Europe the “*ius commune seekers*”, trying to integrate legal systems, are looking at a legal world which includes similars, i.e. the UK and Ireland.

On the other extreme lies Legard who fails to see the utility of legal transplants altogether: since law is made and functions within the legal, cultural and social environment of the jurisdiction of origin, it can never function equally well in a different environment.

Zweigert and Kötz point out that Rudolf Jhering gave the conclusive answer to those who object to the foreignness of importations when he said: “The reception of foreign legal institutions is not a matter of nationality, but of **usefulness and need**. No one bothers to fetch a thing from afar when he has one as good or better at home, but only a fool would refuse quinine just because it didn’t grow in his back garden.” So, reduced to the common law/civil law divergence question and claims as to the futility of integration, it must be assumed that **the real questions** cannot be about refusing quinine, but how one takes it. With water? With another juice? In a thimble? A cup? Chewed? Swallowed whole? Thus, the obstacle of *mentalité* must be to the structure of what is accepted and the technique of **how it is accepted**, rather than to the principle of the acceptance of a rule or solution on

which, on the whole, there is no room for negotiation, such as in the case of putting into practice an EU directive.

And so one can conclude that legal transplants can be exceptionally beneficial both for the borrower but also for the lender. For the borrower in specific they offer a unique insight in the results produced by the transplants at the country of origin, thus affording the opportunity to fine tune as needed. But the success of transplants really depends on the manner in which they are selected and received by the borrowing legal system. As Kahn-Freund warns, transplants may be successfully injected or they can simply fail. Usefulness and need are central qualifiers in what can be borrowed and if it will be successful. Although Arvind is right in stating that no legal system is entirely a prisoner of its own traditions, successfully “nationalised” transplants can work wonders With a caveat: transplants do not necessarily lead to a complete erasure of national eccentricities and national identities; **the future lies in “unity in diversity” rather than “unity through uniformity and standardisation”.**

3. What type of help do we derive from legal transplants?

For researchers adopting a normative perspective, the study of foreign policies and laws have served as **a tool for developing classifications of legal phenomena** and for establishing whether shared phenomena can be explained by the same causes.

For many lawyers comparisons have provided an **analytical framework** for examining (and explaining) legal differences and specificity.

More recently cross-national comparisons have served increasingly as **a means of gaining a better understanding** of different legal systems, their structures and institutions.

The development of this third approach has coincided with the growth in interdisciplinary and international collaboration and networking in the social sciences, which has been encouraged since the 1970s by a number of European-wide initiatives. The European Commission has established several large-scale programmes, and observatories and networks have been set up to monitor and report on legal, social and economic developments in member states. At the same time, government departments and research funding bodies have shown a growing interest in international comparisons, often as a means of evaluating the solutions adopted for dealing with common problems or to assess the transferability of solutions between member states.

4. What is the process of comparing the foreign and home policies or laws in order to understand it and ultimately transplants it?

The descriptive or survey method, which will usually result in a state of the art review, is generally the first stage in any large-scale international comparative project, such as those carried out by the European observatories and networks. A **juxtaposition approach** is often adopted at this stage: data gathered by individuals or teams, according to agreed criteria, and derived either from existing materials or new empirical work, are presented side by side frequently without being systematically compared. Some large-scale projects are intended to be explanatory from the outset and therefore focus on the degree of variability observed from one national sample to another.

Such projects may draw on several methods: the **inductive method**, starting from loosely defined hypotheses and moving towards their verification; the **deductive method**, applying a general theory to a specific case in order to interpret certain aspects; and the **demonstrative**

method, designed to confirm and refine a theory. Rather than each researcher or group of researchers investigating their own national context and then pooling information, a single researcher or single-nation team of researchers using the “**safari**” **approach** – may formulate the problem and research hypotheses and carry out studies in more than one country, using replication of the experimental design, generally to collect and analyse new data. The method is often adopted when a smaller number of countries is involved and for more qualitative studies, where researchers are looking at a well-defined issue in two or more national contexts and are required to have intimate knowledge of all the countries under study. The approach may combine surveys, secondary analysis of national data, and also personal observation and an interpretation of the findings in relation to their wider social contexts.

5. How do I identify transplantable concepts? Examples of transplants

There are three forms of transplantable concepts: **extensional concepts, functional concepts and immanent concepts**.

The formation of **extensional concepts** is the **listing of common elements** that are present in the policies or laws under study. These common elements are to be found at the intersection of different sets of legal rules, or parts of rules, belonging to different systems. In this view, the national sets of rules could be identified by means of legal terms, e.g. the German “Wohnungseigentum” and the French “copropriété des immeubles bâtis”. Without choosing any intension for the comparative concept, the extensional concept of “apartment ownership” refers to the common elements at the intersection. The following example will illustrate the formation of extensional concepts. The comparatist may juxtapose the following rules of German “Diebstahl” and of English

“theft”, respectively: “Whoever takes moveable property not his own from another with the intention of unlawfully appropriating it to himself shall be punished ...”, and: “A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it.” The first rule has been identified by the German legal term “Diebstahl” and the second one by the term “theft” in the English Theft Acts. The common elements have to be found at the intersection of these rules. The comparatist may decide that “property” and “appropriation” are common elements, intuitively excluding “unlawfully” and “dishonestly”. One may conclude that the German “Diebstahl” and the English “theft” are comparable since extensional concepts result from the listing of common elements.

The formation of **functional concepts** occurs in relation to **social problems** to which legal rules are a solution. In this view, the starting point for comparison is not to be found in law itself but in social problems. For instance, different rules of “full adoption” and of “limited adoption” will be regarded as a means of solving the problems of neglected children. Functional concepts arise from the perspective of social science. This perspective is external to the legal systems under comparison. Correspondingly, the complete abstraction from national concepts must be achieved. Functional concepts are expected to refer to legal rules although functional concepts should be completely independent of legal concepts. Functional concepts are related to factual needs or problems of different societies. In this view, the legal rules of different systems would produce social effects on human behaviour which, in its turn, is expected to meet the needs of societies. Correspondingly, the comparatist has to identify common needs or common problems and has to determine which legal rules are solutions to these common problems. Legal rules considered to be solutions justify the formation of the functional concept. These

premises underlying the functional approach lead to the starting point for comparison: the functional concept, e.g. “apartment ownership”, permits the comparison of rules of different legal systems in respect of similar needs or problems such as housing shortage. According to **Zweigert and Kötz**, a **social function is the common perspective** the researcher needs. They state that rules of different legal systems can be compared if they serve the same function. In their view, the legal rules of every society essentially face the same problems. Thus instead of asking, “What formal requirements are there for sales contracts in foreign law?”, they prefer to ask “How does foreign law protect parties from surprise?”. Constantinesco rejects the standpoint held by Zweigert and Kötz. According to Constantinesco, Zweigert and Kötz’s functional concepts are too broad and ill-defined. In order to test the comparability assumption containing the functional concept, the causal relation between legal rules and the resolution of a social problem needs to be established. The social effect of legal rules is difficult to determine, however, so in most cases Zweigert and Kötz’s functional concepts have no empirical use. A further explanation will be given to clarify these additional arguments. The formation of functional concepts occurs in relation to social problems such as housing shortage, to which, for instance, the rules of “apartment ownership” are solutions assuming that the legislator cares about the building of apartments. Consequently, the comparatist has to investigate the societal impact of different sets of rules of “apartment ownership”. Specifically, one has to investigate every desirable or undesirable effect of the legal rules of “apartment ownership”. Such rules may promote the conforming behaviour of investors in one society, but may not have the same positive consequences in a different society because of impediments to the law’s effective functioning. Illustrating one of the most important impediments, some ignorance of the law may intervene between the

promulgation of the law and the behaviour of potential investors. The rate of conforming behaviour may vary greatly in the societies under investigation; this circumstance turns the formation of functional concepts into an almost arbitrary decision. Besides, the comparatist is not limited to those rules legally defined as rules of “apartment ownership” since, according to Zweigert and Kötz, the starting point of comparison should not be found in law itself. If different rules may solve the social problem of housing shortage, the comparatist has to expand his research to functional equivalents such as building regulations. Comparative investigation of the effects of legislative attempts to use law to solve a social problem requires research in various societies. This complex research must show complete conformity to the rules of law in order to establish that different legal systems can be compared since they serve the same function. As intimated earlier, the social consequences of legal rules are difficult to determine. Zweigert and Kötz’s functional concepts have their drawbacks since their functional approach rests upon several simplifying assumptions concerning the relationship between needs or problems of different societies on the one hand, and rules of different legal systems on the other.

The formation of **immanent concepts** occurs as a result of **simplifying national legal concepts**. Immanent concepts are only criteria for the common characteristics shared by the national concepts being compared. An example of an immanent concept is “adoption”, a concept which exclusively contains the shared characteristics of “full” and “limited” adoption. Immanent concepts are criteria for common characteristics by abstracting from national characteristics which do not have counterparts in the other legal system under investigation. Specific sanctions connected to violations of legal rules are examples of such national characteristics. It should be pointed out here that

immanent concepts are non-functional concepts. The formation of immanent concepts does not require complete abstraction from national concepts. In this view, the starting point for comparison should be found in law itself, not in social problems. Immanent concepts are neither functional concepts nor extensional concepts. As regards the second distinction, the formation of immanent concepts is not the listing of common elements to be found at the intersection of different sets of legal rules. Immanent concepts do not result from common elements but from criteria commonly used by national concepts. The sameness of intension of immanent concepts entails the comparability of legal rules belonging to different systems. Eltzbacher's immanent concepts are purely non-functional concepts without reference to social problems. Eltzbacher does not require the complete abstraction from national concepts. He prefers to look for common characteristics by abstracting from those national characteristics which do not have counterparts in the other legal system under investigation. Preferring this partial abstraction, Eltzbacher bases the formation of immanent concepts on common features within the legal regulation of different legal systems. Preparing an empirical investigation concerning "adoption", the French researcher, for example, has to recognize the distinction between the national concepts "adoption plénière" and "adoption simple" in order to determine the respect in which he wants to compare different legal systems. This distinction must be made since the comparative concept of full adoption does not refer to foreign legal rules corresponding to the French "adoption simple" or limited adoption. Juxtaposing articles 356 and 364 of the French Civil Code may help the comparatist to find the intension for this distinction: "Adoption confers on the child a filiation which substitutes for its original filiation; the adopted child ceases to belong to its family of blood, ..."; and: "An adopted child remains in his family of origin and conserves all its rights

therein, ...". The first sentence refers to the effects of full adoption, the second one concerns limited adoption. Different legal effects establish the distinction between full adoption and limited adoption within the French system. These national concepts have different intensions. Choosing the intension of full adoption, the researcher will exclude those forms of adoption which do not terminate all legal ties between the child and his biological family. The two intensions of full and of limited adoption are immanent concepts applicable to foreign rules. Further, the comparability assumption has to be tested since specific effects connected to legal rules could be national characteristics without counterparts in the other legal system under investigation. The absence of legislative definitions makes it difficult to choose an immanent concept in order to determine the respect in which the researcher can compare different legal systems. In a case of absence of these definitions, the formation of immanent concepts depends on the structure of the conceptual systems in which these concepts have been embedded. If these systems show almost the same structures, there is an indication that immanent concepts can be found. However, immanent concepts are of no empirical use if the hierarchies of legal systems are too divergent conceptually. Comparing the positions of concepts within their respective hierarchies is important to determine the relationship of these concepts but similar positions do not guarantee any conceptual correspondence fixing the comparability of the rules of different legal systems. A common characteristic cannot be found if branches of law do not show sufficient correspondence at higher and lower levels. E.g. "real property" in English law and "biens immeubles" in French law are branches of law missing a common characteristic at a higher, more general, level: while "real property" looks to procedure, "biens immeubles" looks to substance. This fact impedes the comparatist in his search for a shared characteristic at

a lower, more specific, level in the conceptual hierarchies of the respective legal systems. A common characteristic cannot be found for the English concept of “chattel mortgage” on the one hand, and the French concept of “hypothèque mobilière” on the other. The researcher is confronted with a gap when looking for a conceptual equivalent since the English “chattel mortgage” and the French “hypothèque mobilière” belong to different branches of law. The lack of a common characteristic at a higher, more general, level makes the structure of the conceptual systems being compared too divergent. This fact implies that immanent concepts are of no empirical use in this case. Exceptionally, the researcher could prefer functional concepts.

6. How can I use foreign transplants?

Transplants are used as case-studies. To conduct a case-study is to investigate something which has significance beyond its boundaries. In contrast to cases, which have significance within their own legal system only, case studies can be used as the basis of an argument or conclusion which may apply in more than one legal systems. Thus, using the CSA as a case-study involves examining an institution which due to its originality may be the source of action in other jurisdictions.

There are five types of case-studies: **representative**, **prototypical**, **deviant**, **crucial** and **archetypal**.

Representative are the most common form of case study and they involve the examination of a **typical and standard example of a wider category**: such as the study of the French Court of First Instance. Representative cases are often used to collect information on the level of harmonisation of the national laws of the Member States.

Prototypical are cases which are expected to become representative: many EU lawyers study the development of the Federal Court of the US as a means of interpreting the activism of the ECJ. Prototypical cases are often used as a means of foreseeing how another phenomenon may evolve. However, they are rather risky as other parameters may not allow a development similar to the prototype. Although this mistake in research could be catastrophic for the researcher, lessons can be learnt from other researchers who may even attempt to understand which factor/s led to the variation in the result of the initial research.

Deviant cases involve the examination of the exceptional and untypical. Thus, it is interesting to examine the administrative courts of France, Italy and Greece. Deviant cases often lead to conclusions on why the deviation exists and on the possibility of transplantation of this deviant phenomenon in other legal systems.

Crucial cases are used in order to verify whether a theory is valid when conditions are least favourable to validity. It is rarely used in law, but it may occur when for example a researcher wishes to verify if the theory of the activism of the ECJ is valid even in the notoriously minimalist area of CFSP.

Archetypal cases involve the examination of cases which, although they were initially considered representative, develop as a leader in their category. The French Civil Code was initially seen as one of the codes in civil law countries. However, having been copied by a number of civilian legal systems (like the Italian and the Greek), it has become archetypal. What is important to remember about archetypal cases is that they can be used as a point of reference for the interpretation of the phenomena which they bear, but they cannot be used as a means of testing a theory.

And so the researcher needs to identify what type of case study the transplants is. And then draw conclusions on that basis.

7. Problems encountered by researchers of legal transplants

- *Choice of countries:* The shift in orientation towards a more interpretative, culture-bound approach means that **linguistic** and **cultural** factors, together with **differences in research traditions** and **administrative structures** cannot be ignored. If these problems remain unresolved, they are likely to affect the quality of the results of the whole project, since the researcher runs the risk of losing control over the construction and analysis of key variables.

- *Access to data:* Data collection is strongly influenced by national conventions. Their source, the purpose for which they were gathered, the criteria used and the method of collection may vary considerably from one country to another, and the criteria adopted for coding data may change over time. In some areas, national records may be non-existent or may not go back very far. For certain topics, information may be routinely collected in tailor-made surveys in a number of the participating countries, whereas in others it may be more limited because the topic has attracted less attention among policy-makers. Official statistics may be produced in too highly aggregated a form and may not have been collected systematically over time. In many multinational studies, much time and effort is expended on trying to reduce classifications to a common base.

- *Concepts and research parameters:* Despite considerable progress in the development of large-scale harmonised international databases, such as Eurostat, which tend to give the impression that quantitative

comparisons are unproblematic, attempts at cross-national comparisons are still too often rendered ineffectual by the lack of a common understanding of central concepts and the societal contexts within which phenomena are located. Agreement is therefore difficult to reach over research parameters and units of comparison. Language can present a major obstacle to effective international collaboration, since it is not simply a medium for conveying concepts, but part of the conceptual system, reflecting institutions, thought processes, values and ideology, and implying that the approach to a topic and interpretations of it will differ according to the language of expression. Although defining a time span may appear to be a simple matter for a longitudinal study, innumerable problems can arise when national datasets are being used. These problems are compounded when comparisons are based on secondary analysis of existing national datasets, since it may not always be possible to apply agreed criteria uniformly.

Although the obstacles to successful cross-national comparisons and legal transplants may be considerable, so are the benefits:

- Comparisons can lead to fresh, exciting insights and a deeper understanding of issues that are of central concern in different countries. They can lead to the identification of gaps in knowledge and may point to possible directions that could be followed and about which the researcher may not previously have been aware. They may also help to sharpen the focus of analysis of the subject under study by suggesting new perspectives.
- Cross-national projects give researchers a means of confronting findings in an attempt to identify and illuminate similarities and differences, not only in the observed characteristics of particular

institutions, systems or practices, but also in the search for possible explanations in terms of national likeness and unlikeness. Cross-national comparativists are forced to attempt to adopt a different cultural perspective, to learn to understand the thought processes of another culture and to see it from the native's viewpoint, while also reconsidering their own country from the perspective of a skilled, external observer.

8. To conclude

- Legal transplants is the process and product of borrowing concepts, solutions, and laws from foreign jurisdictions.
- They are very common, especially within Europe but also outside of Europe.
- Jurisdictions may borrow from any country and any legal system, provided that they share the same need and usefulness: in other words, provided that the two jurisdictions are attempting to address the same social phenomenon and that the solutions reached by a lending system are equally useful in the borrowing system.
- Legal transplants are difficult to research, identify, and transplant.
- But the benefit of borrowing a policy or legislative solution with real evidence of how it has worked in practice is really exceptional.
- As a result, legal transplants are at the forefront of law reform worldwide.
- The EU has immense experience in legal transplants and constitutes an excellent model of successful cross-border and vertical borrowing.

KINH NGHIỆM CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT TRONG HOẠT ĐỘNG LẬP PHÁP Ở CHÂU ÂU

Helen Xanthaki

Các nhà soạn thảo luật mượn các thể chế, giải pháp lập pháp và văn bản pháp luật của các cơ quan tài phán nước ngoài (cấp quốc gia, EU và quốc tế) như một công cụ để thúc đẩy và xây dựng pháp luật một cách nhanh chóng và hiệu quả. Tuy nhiên, những lý thuyết pháp luật so sánh đã được xác lập về tính chính đáng hay những hạn chế của chuyển hóa pháp luật vẫn chưa được chú ý đầy đủ. Báo cáo này sử dụng những lý thuyết thịnh hành về luật so sánh vào việc soạn thảo pháp luật. Mục đích là nhằm thông tin cho các nhà soạn thảo pháp luật về những cách làm tốt nhất về chuyển hóa pháp luật cũng như đưa ra những gợi ý liên quan đến những hạn chế đối với nhà soạn thảo, góp phần vào hoạt động lập pháp hiệu quả của các nền kinh tế đang phát triển.

1. Khi nào chuyển hóa pháp luật được sử dụng trong quy trình lập pháp?

Khi dự thảo các đạo luật, nhà làm chính sách và nhà soạn thảo sử dụng kinh nghiệm nước ngoài như một công cụ xác nhận hoặc phủ nhận mối liên hệ nhân quả giữa lựa chọn chính sách đang được cân nhắc với kết quả của việc áp dụng lựa chọn chính sách đó ở một nơi nào đó.¹ Mục đích của việc làm này bao gồm việc hài hòa hóa pháp luật, cải cách

1 Xem thêm J.H.M. van Erp, “The use of comparative law in the legislative process”, Netherlands Reports to the 15th International Congress of Comparative Law, Bristol 1998, <http://www.library.uu.nl/publarchief/jb/congres/01809180/n15/b3.pdf>, p36.

pháp luật, thúc đẩy những chuyển biến về kinh tế, xã hội, tìm kiếm các giải pháp đối với những vấn đề cụ thể của luật trong nước, xóa đi những khác biệt giữa các hệ thống pháp luật ở những khu vực xung đột, hoặc tìm kiếm những góc nhìn mới đối với luật trong nước hoặc các chuẩn mực lý thuyết.² Trong quá trình tìm kiếm những lựa chọn chính sách tốt nhất để đối phó với tình trạng tắc nghẽn ở các trung tâm đô thị, các nhà soạn thảo luật nước ngoài đã cân nhắc phí chống tắc nghẽn khu vực Luân Đôn và sử dụng kinh nghiệm của Anh trong việc áp dụng khoanh vùng tắc nghẽn ở Luân Đôn. Mục đích của họ là để chứng minh cho hoặc phản bác những nhận định ban đầu đối với việc áp dụng phí tắc nghẽn nhằm làm giảm tắc nghẽn ở khu vực trung tâm của các đô thị. Yêu cầu chứng minh cho những nhận định này có thể dẫn đến việc chuyển hóa các quy định về áp dụng phí tắc nghẽn như là một lựa chọn chính sách, mà về phần mình lựa chọn chính sách đó lại có thể dẫn tới việc chuyển hóa khái niệm cũng như pháp luật của Anh ở nước ngoài.

2. Những hệ thống luật nào có thể được sử dụng như là nguồn của chuyển hóa pháp luật?

Trong thực tiễn hoạt động lập pháp tại phương Tây hiện nay, khi phải soạn thảo các định hướng đối với các luật mới, các nhóm soạn thảo thường nhìn sang những quốc gia mà hệ thống pháp luật, ngôn ngữ và truyền thống pháp lý quen thuộc với họ, chủ yếu như một cách thức để đánh giá mức độ hài hòa hóa của những giải pháp đã được chọn lựa so với thực tiễn quốc tế.³ Do đó, các quốc gia phát triển phương Tây có

2 Xem thêm S. Corcoran, “Comparative Corporate Law Research Methodology” [1996] 3 Canberra Law Review, pp. 54-61, at 56.

3 Xem thêm J.H.M. van Erp, “The use of comparative law in the legislative process”, <http://www.library.uu.nl/publarchief/jb/congres/01809180/15/b3.pdf>, pp.36-37.

xu hướng lựa chọn phương pháp chuyển hóa tạo được tính chính danh của Miller (legitimacy generating transplants).⁴ Ở những quốc gia đang phát triển hiện tại, các nhóm soạn thảo có xu hướng chấp nhận kỹ thuật lập pháp do các nhà tài trợ nước ngoài giới thiệu.⁵ Nói cách khác, họ có xu hướng lựa chọn hoặc là phương pháp chuyển hóa tiết kiệm chi phí của Miller hoặc phương pháp chuyển hóa chịu ảnh hưởng của bên ngoài của Miller (Miller's externally dictated transplants).⁶ Ai đó có thể tự hỏi liệu một nhóm soạn thảo có thể đi xa đến đâu trong việc truy dấu một lựa chọn chính sách, một khái niệm hay một đạo luật được chuyển hóa một phần hoặc toàn bộ trong trật tự pháp luật quốc gia.

Câu trả lời cho câu hỏi này có thể được tìm thấy trong các lý thuyết luật so sánh, tuy nhiên những lý thuyết này không giúp đưa ra được một câu trả lời hoàn thiện. Watson, một bậc tiền bối (guru) trong lĩnh vực chuyển hóa pháp luật⁷, cho rằng các quy định pháp luật là tương tự nhau ở nhiều nơi, và rằng “cho dù là nguồn gốc lịch sử của chúng có như thế nào, nhiều quy định của luật tư có thể tồn tại mà không có bất cứ liên hệ gần gũi với một dân tộc nào, một thời điểm nào hay một địa

4 Xem thêm J. M. Miller, “A typology of legal transplants: using sociology, legal history and argentine examples to explain the transplant process” [2003] 51 American Journal of Comparative Law, pp.842-885, at 849 and 854.

5 Xem thêm E. Öcürü, “Law as transposition” [2000] 52 International and Comparative Law Quarterly, pp.205-223, at 219.

6 Xem thêm J. M. Miller, op.cit., pp.845 and 847.

7 Về phân tích thuật ngữ này, xin xem thêm E. Öcürü, “Critical Comparative Law: considering paradoxes for legal systems in transition” in [1999] 59 Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking; also see E. Öcürü, “Law as Transposition” [2002] 51 ICLQ 205-223, p.206.

danh nào”.⁸ Legrand,⁹ Kahn Freund¹⁰ và nhóm Seidmans¹¹ lại phản đối việc áp dụng chuyển hóa pháp luật.

Tương tự như vậy, một số nhà luật học so sánh lập luận rằng chỉ có những hệ thống đồng nhất hoặc tương tự nhau có thể được hưởng lợi từ kinh nghiệm của nhau. Những quốc gia giống nhau thì phải được so sánh với nhau.¹² Những quốc gia giống nhau được định nghĩa là những quốc gia đang ở trong giai đoạn phát triển giống nhau.¹³ Một nhóm lớn hơn các nhà luật học so sánh đương đại ủng hộ quan điểm rằng chỉ có những khác biệt mới giúp tăng cường hiểu biết pháp luật trong xã hội.¹⁴

Thể hiện quan điểm đứng giữa hai trường phái này, Schlesinger chỉ ra rằng “so sánh nghĩa là xem xét và giải thích những điểm tương đồng cũng như khác biệt” và do đó, người ta có thể nhấn mạnh những khác biệt hoặc những tương đồng. Schlesinger kết luận rằng tương lai thuộc

8 Xem thêm A. Watson, “Legal Transplants and Law Reform” 92 [1976] LQR 79, at 80; also see A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (1974, Scottish Academic Press, Edinburgh); Alan Watson, “Legal transplants and European private law”, *Ius Commune Lectures on European Private Law*, no 2.

9 Xem thêm P. Legrand, “The Impossibility of Legal Transplants” [1997] *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111.

10 Xem thêm O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, 37 [1974] *Mod. L. Rev.* 1, at 7.

11 Xem thêm A. and R. Seidman, *State and Law in the Developing Process: Problem Solving and Institutional Change in the Developing World* (1994, Macmillan Publishers, UK), pp.44-46.

12 Xem thêm H. Gutteridge, *Comparative Law* (1949, Cambridge University Press, Cambridge), p.73; also see Buckland and McNair, *Roman Law and Common Law* (1936, Cambridge University Press, Cambridge).

13 C. Schmidhoff, “The Science of Comparative Law” [1939] *Cambridge Law Journal* p.94, at 96.

14 See F. Teubner, “Legal Irritants: Good faith in British law or how unifying law wends up in new divergences” [1998] 61 *MLR* 11; also see JWF Allison, *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law* (1996, Clarendon Press, Oxford), p.16.

về luật so sánh mang tính toàn diện (integrative comparative law) và đưa ra *ius commune* (tên của đạo luật mà các khu vực của châu Âu đều có trước khi diễn ra phong trào pháp điển hóa – ND) của EU như là ví dụ về sự tích hợp của các hệ thống luật giống và khác nhau.¹⁵ Jhering, Zweigert và Kötz¹⁶ xem xét câu hỏi về khả năng so sánh thông qua lăng kính tương đối của khả năng áp dụng.¹⁷ “Việc chấp nhận những thể chế pháp luật nước ngoài không phải là một vấn đề về tính dân tộc mà là vấn đề về tính hữu dụng và nhu cầu. Không ai lại đi bắt lấy một thứ từ xa khi họ đã có một thứ tốt bằng hoặc tốt hơn ở nước mình, nhưng cũng không ai lại đi từ chối cây ký ninh (quinine) chỉ bởi vì cây đó không mọc trong vườn sau nhà mình”.¹⁸

Chính lý thuyết về khả năng áp dụng có vẻ như đang phục vụ cho các nhóm soạn thảo trong giai đoạn toàn cầu hóa về pháp luật mang tính hội nhập hiện nay, mặc dù hiện nay việc sử dụng các phân tích mang tính xã hội trong hoạt động lập pháp được giảm thiểu.¹⁹ Trong thời đại mà các nghị viện đều có chương trình làm việc dày đặc và các nhà soạn thảo được yêu cầu phải ra được bản dự thảo với tốc độ nhanh chưa từng có, thì các nhóm soạn thảo phải được trang bị khả năng tìm kiếm những giải pháp đã có sẵn với kết quả đã được chứng minh ở một nơi

15 Xem thêm Schlesinger “The common core of legal systems: an emerging subject of comparative study” in K. Nadelmann, A. von Mehren and J. Hazard (eds.) *XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honour of Hessel E. Yntema* (1961); also see Schlesinger “Research on the general principles of law recognised by civilised nations” [1957] 51 *Am.J.Int.L.* 734.

16 See Zweigert, K. und H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. neubearbeitete Auflage (1996, J.C.B. Mohr, Tübingen).

17 Xem K. Zweigert and K. Sier, “Jhering’s influence on the development of comparative legal method” [1971] 19 *Am.J.Comp.Law* 215-231.

18 Xem K. Jhering, *Geist des römischen Rechts* (1955, Volume 1), pp.8-9.

19 Xem J. Brown, A. Kudan and K. McGeeney, “Improving legislation through social analysis: a case study in methodology from the water sector in Uzbekistan” 5 [2005] *Sustainable Development Law and Policy* 49-57, at 49.

nào đó, trong các hệ thống pháp luật tương tự hoặc khác biệt với nước mình. Kỷ nguyên toàn cầu hóa về pháp luật mang tính hội nhập hiện nay,²⁰ được đặc trưng bởi các vấn đề xuyên quốc gia và đòi hỏi những giải pháp xuyên quốc gia, thì những hướng tiếp cận xuyên quốc gia mang tính tích hợp không còn là những giải pháp mang tính xa xỉ nữa mà đã là giải pháp thực tế. Việc buôn bán các bộ phận cơ thể người, tội phạm có tổ chức, khủng bố, hay tội ác nhi đã xuyên qua các biên giới quốc gia và do đó cần những giải pháp xuyên quốc gia. Việc mượn các phương pháp đã được áp dụng ở đâu đó chỉ đơn giản giúp nhóm soạn thảo đề xuất hoặc sử dụng những chính sách hoặc giải pháp lập pháp mà họ có thể thấy rõ được kết quả dự kiến. Như thế, việc đi vay mượn có thực sự còn là vấn đề nữa không?

Không phải là trên nguyên tắc. Tuy nhiên, một lý thuyết phù hợp với hướng tiếp cận tự do của Watson là lý thuyết về khả năng áp dụng của Zweigert và Kotz. Điều quan trọng khi lựa chọn một hệ thống pháp luật để xem xét thực hiện chuyển hóa pháp luật không phải là tính tương đồng của những đặc trưng của hệ thống đó với hệ thống pháp luật của nước tiếp nhận mà chính là khả năng áp dụng của đề xuất lập pháp đó. Nếu như chính sách, khái niệm hay một đạo luật của một hệ thống pháp luật nước ngoài có thể giúp ích cho nước tiếp nhận thì khi đó nguồn gốc của luật được chuyển hóa đó chẳng còn nhiều ý nghĩa nữa.²¹ Miễn là việc chuyển hóa pháp luật có thể phục vụ những nhu cầu xã hội cần giải quyết, thì luật được chuyển hóa có thể vận hành tốt trong môi trường pháp luật mới. Trên thực tế, việc chuyển hóa pháp

20 Xem L. A. Mistelis, "Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform – Some Fundamental Observations" 34 [2000] 3 International Lawyer 1059.

21 Xem S. Zhuang, "Legal Transplantation in the People's Republic of China: A Response to Alan Watson" [2006] European Journal of Law Reform, pp. 215-236, at 223.

luật nước ngoài vào bối cảnh quốc gia có thể thúc đẩy vai trò bản địa hóa của những luật được chuyển hóa như là những rào cản chống lại quá trình toàn cầu hóa hoang dại hay chủ nghĩa thực dân về pháp luật hiện đại.²²

Không nói đến việc giải quyết những vấn đề mà nhà soạn thảo gặp phải thì những người đưa ra lý thuyết về khả năng áp dụng này muốn có câu trả lời cho một câu hỏi tương đối khó là: nhu cầu xã hội nào mà dự luật sẽ điều chỉnh? Trong một quy trình lập pháp lý tưởng, trong đó có những định hướng về việc xác định những vấn đề trong xã hội cần điều chỉnh và những cuộc thảo luận để đưa ra các giải pháp khác nhau,²³ nhà soạn thảo ngay lập tức có thể kết nối hiện tượng cần giải quyết với giải pháp được lựa chọn. Trong trường hợp khi mục đích của đạo luật ban đầu đã được giải thích rõ ràng trong các tài liệu giải trình, vấn đề khả năng áp dụng có thể được giải quyết dễ dàng. Tuy vậy, quy trình lập pháp không phải lúc nào cũng là lý tưởng. Thường thì những định hướng soạn thảo là để nói tới giải pháp mà các nhà làm chính sách đã chọn hơn là để giải quyết nhu cầu xã hội. Trong nhiều trường hợp, nhu cầu xã hội được ẩn đi và chỉ xuất hiện trong các tài liệu giải trình và những tài liệu này thì không hẳn đã được sử dụng rộng rãi.²⁴ Trong những tình huống đó, nhiệm vụ của nhà soạn thảo là xác định nhu cầu xã hội bị ẩn giấu đó và xem xét việc giải quyết nhu cầu đó như một tiêu chuẩn cho tính phù hợp với hệ thống pháp luật nước mình cũng như

22 Xem R. Petrella, "Globalization and Internationalization: The Dynamics of the Emerging World Order" in R. Boyer and D. Drache (eds.), *States against Markets: the Limits of Globalization* (1996, Routledge, London and New York), p.132.

23 D. E. Elliott, "Getting better instructions for legislative drafting", Just Language Conference, 21 October 1992, Victoria, British Columbia, <http://www.davidelliott.ca/papers/getting.htm#8>.

24 G. Bowmann, "Legislation and Explanation" [2000] Loophole, www.opc.gov.au/calc/docs/calc-june/audience.htm.

để bảo vệ cho việc áp dụng luật chuyển hóa có vẻ như sẽ phức tạp, đặc biệt là nếu như nhà soạn thảo bị chi phối bởi những người là luật sư thuần túy.²⁵

3. Những giải pháp lập pháp có thể áp dụng chuyển hóa pháp luật được xác định như thế nào?

Trong quá trình lập pháp, nhà soạn thảo có thể áp dụng chuyển hóa những giải pháp chính sách, khái niệm hay văn bản luật. Nói cách khác, một hệ thống pháp luật thiếu những đạo luật về rửa tiền hay tham nhũng có thể quyết định mượn khái niệm từ những hệ thống luật khác và chấp nhận khái niệm rửa tiền hay tham nhũng của những hệ thống đó. Trong quá trình mượn khái niệm từ các hệ thống luật nước ngoài vốn được soạn bằng tiếng nước ngoài, các nhà soạn thảo có thể đưa ra những lựa chọn và quyết định có đưa vào hay bỏ ra những thuật ngữ nước ngoài. Việc làm này bao hàm quá trình lựa chọn những thuật ngữ, khái niệm được sử dụng ở những nơi khác trong quá trình chuyển hóa. Ví như quyết định về việc liệu có nên cân nhắc đạo luật Diebstahl của Đức khi soạn thảo về Luật chống trộm cắp (theft) của Anh là một lựa chọn như thế. Mục đích của lựa chọn này là tạo ra một khái niệm mang tính so sánh tổng quát mà các nhà soạn thảo có thể sử dụng để thực hiện những phân tích so sánh có ý nghĩa.

4. Vay mượn định nghĩa hay khái niệm bằng cách nào?

Các định nghĩa hay khái niệm có thể được vay mượn bằng cách so sánh giữa trật tự pháp luật nước ngoài với trật tự pháp luật nước mình.

25 For an analysis of causality in sociological research see C. Ragin and D. Zaret, "Theory and method in comparative research: two strategies" 61 [1983] *Social Forces* 731-754.

Tức là xác định những thành tố trong khái niệm của luật nước ngoài và việc những thành tố này sẽ được sử dụng như thế nào cho luật trong nước. Một cách làm nữa là liệt kê những thành tố giống nhau xuất hiện trong khái niệm của một số hệ thống pháp luật khác nhau.²⁶ Chúng ta xem xét lại ví dụ về thuật ngữ của Đức “Diebstahl” và khái niệm “ăn trộm” (theft) của Anh. “Bất cứ ai lấy động sản của một người khác với ý định sử dụng cho mình một cách bất hợp pháp sẽ bị trừng phạt ...”.²⁷ “Một người phạm tội ăn trộm nếu như người đó sử dụng tài sản thuộc về người khác một cách không trung thực nhằm mục đích lấy tài sản đó vĩnh viễn cho mình”. Trong câu đầu tiên, quy định pháp luật được xác định bằng cụm từ “Diebstahl” của Đức và trong câu thứ hai, quy định pháp luật được xác định bằng cụm từ “theft” trong luật của Anh. Những thành tố chủ quan và khách quan chung được xác định qua việc so sánh những quy định này: “tài sản” và “hành động lấy” là những thành tố chung của hai khái niệm này. “Bất hợp pháp” và “không trung thực” không phải là những thành tố chung và do đó không được đưa vào danh sách những thành tố cần thiết cho việc xem xét để xây dựng khái niệm. Vậy kết quả của việc phân tích so sánh các khái niệm Diebstahl và Theft là gì? Trước hết, trên cơ sở những đặc tính chung của chúng, có hai khái niệm để chỉ cùng một vi phạm: một quy phạm chuyển hóa không nhất thiết phải giống như khái niệm được nêu trong hai hệ thống tài phán này. Nhưng việc điều chỉnh luật quốc gia có thể là cần thiết để xử lý những thành tố không giống nhau của các khái niệm.

26 See C. Van Laer, “The applicability of comparative concepts” 2 [1998] EJCL, <http://www.ejcl.org/22/art22-1.html>.

27 “Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird... bestraft.”: Article 242 Strafgesetzbuch; see <http://sunsite.informatik.rwth-aachen.de/germlaws/stgb/p242.html>.

Một cách khác để đánh giá một luật được chuyển hóa là thông qua việc xác định các vấn đề xã hội mà quy định của pháp luật là một giải pháp cho những vấn đề đó.²⁸ Do đó, điểm khởi đầu cho việc so sánh không nằm trong các quy phạm pháp luật hay thuật ngữ pháp lý và ở nguyên nhân logic xã hội của hiện tượng cần điều chỉnh. Van Laer sử dụng các ví dụ “nhận nuôi hoàn toàn” và “nhận nuôi hạn chế” như là những khái niệm có khả năng áp dụng để xử lý vấn đề trẻ em bị bỏ rơi. Nguồn gốc của các khái niệm này bắt nguồn từ Zweigert và Kötz, những người coi chức năng xã hội như là một cách nhìn nhận vấn đề phổ biến mà các nhà nghiên cứu cần có.²⁹ Hai vị cho rằng quy định trong các hệ thống pháp luật khác nhau có thể được so sánh nếu chúng có cùng chức năng. Các khái niệm dựa trên chức năng như thế đưa chúng ta quay trở lại vấn đề tính tương thích của các quy định pháp luật. Nói cách khác, các hệ thống pháp luật có thể vay mượn từ nhau cho dù mức độ phức tạp ở mỗi quốc gia là khác nhau, miễn là chúng xử lý cùng một vấn đề. Quan điểm này nằm ngoài phạm vi các hệ thống pháp luật đang được bài viết này so sánh. Như vậy, việc chặt lọc từ khái niệm của các quốc gia cần được thực hiện.³⁰ Trong phạm vi các khái niệm dựa trên chức năng mang tính điển giải,³¹ người ta có thể xử lý các vấn đề phức tạp của quốc gia thông qua các quy phạm pháp luật mang tính

28 Xem C.J.P. van Laer, “Comparative Concepts and connective integration”, Fifth Benelux-Scandinavian Conference on Legal Theory: European Legal Integration and Analytical Legal Theory, Maastricht, 28-29.10.2002.

29 Xem K. Zweigert and H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (1996, J.C.B. Mohr, Tübingen), p. 11.

30 Xem Drobnič, “Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie” *RabelsZ* [1953] 295-308.

31 See O. Pfersmann, “Le droit comparé comme interpretation et comme théorie du droit” [2001] *Rev. int. dr. comp.*, pp. 275-288; also see A. Peters and H. Schwenke, “Comparative Law beyond Post-Modernism” [2000] 49 *ICLQ* 800, at 833.

đổi mới được xây dựng trong nước: trong trường hợp này, chuyển hóa pháp luật được coi là không có tác dụng. Tuy nhiên, các hiện tượng xã hội khu vực hay quốc tế có thể được xử lý thành công nhờ việc tham chiếu đến các luật chuyển hóa của nước ngoài. Lý thuyết này dường như ủng hộ cho thực tiễn lập pháp hiện nay, khi mà các giải pháp pháp lý được tìm kiếm, chủ yếu là một cách tự động, thông qua việc tham chiếu đến các văn kiện pháp lý khu vực và quốc tế. Như thế, khi tìm hiểu việc xây dựng các luật chống rửa tiền tại Hy Lạp, các nhà soạn thảo luật của Hy Lạp đã lập tức tham chiếu đến các công cụ pháp lý của EU và Liên hợp quốc để có được các giải pháp mang tính phổ biến. Như thế, rõ ràng các khái niệm dựa trên chức năng có lợi thế của chúng.³² Trước hết, những khái niệm này đề cập đến cách thức xử lý vấn đề đòi hỏi có giải pháp lập pháp quốc gia. Thứ hai, chúng khuyến khích việc khảo sát tất cả những lựa chọn chính sách và lập pháp có thể có và giúp nhà soạn thảo tránh được các định kiến đến từ sự thân thuộc hay thuận tiện. Do đó chúng có thể mang lại những lựa chọn chính sách và pháp luật có tính đổi mới. Thứ ba, chúng thúc đẩy những quy trình lập pháp lý tưởng thông qua việc bảo đảm rằng các định hướng lập pháp sẽ xác định các vấn đề xã hội cần giải quyết và để nhà soạn thảo xây dựng các khái niệm pháp lý. Điểm thứ ba này giúp chúng ta thấy rằng thời điểm lý tưởng của việc áp dụng các khái niệm dựa trên chức năng ở giai đoạn đầu của quy trình lập pháp, khi mà các nhà làm chính sách đang đưa ra những định hướng soạn thảo.

32 Xem J. Reitz, "How to do Comparative Law" [1998] 46 Am. J. Comp. L. 620-623, at 617; M. Reimann, "The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century" [2003] 50 Am. J. Comp. L. 671; M. Ancel, "Le problème de la comparabilité et la méthode fonctionnelle en droit comparé" in R. H. Graveson et I. Zajtay (eds.), *Festschrift für Imre Zajtay* (1982, Mohr, Switzerland), at pp.1-6; H. Collins, "Methods and Aims of Comparative Contract Law" [1989] 11 OJLS 396, at 399; H. Kötz, "Comparative Law in Germany Today" [1999] 51 Rev. int. dr. comp. 753, at 755; P. G. Monateri, "Critique et différence: Le droit comparé en Italie" [1999] 51 Rev. int dr. comp. 989, at 991.

Các khái niệm dựa trên chức năng cũng có những hạn chế của chúng. Theo Constantinesco, các khái niệm về chức năng của Zweigert và Kötz là quá rộng và không được định nghĩa tốt bởi vì chúng đề cập đến mối quan hệ nhân quả được ẩn giấu giữa các quy phạm pháp luật và việc giải quyết một vấn đề xã hội: tác động đối với xã hội của các quy định pháp luật là khó xác định được, tuy nhiên, như vậy trong hầu hết trường hợp, khái niệm về chức năng của Zweigert và Kötz khó được sử dụng thực tế. Các khái niệm dựa trên chức năng là nhằm xử lý các hiện tượng xã hội ẩn mà các nhà làm chính sách xác định, những người mà nhiệm vụ của họ là tìm câu trả lời cho những nhu cầu của xã hội.

5. Chuyển hóa pháp luật - các loại hình

Thành công của chuyển hóa pháp luật cũng liên quan đến sự phân loại chúng và việc sử dụng nó với nhiều tính chất khác nhau. Các giải pháp từ nước ngoài mang **tính đại diện** (representative) là những ví dụ về những xu hướng quốc tế chủ đạo có thể được sử dụng để làm hài hòa pháp luật của một nước với nhiều nước khác: điều này thúc đẩy hợp tác và hoạt động thương mại. Các giải pháp từ nước ngoài mang tính **điển hình mới** (prototype) được kỳ vọng sẽ mang tính đại diện và hữu ích khi hệ thống pháp luật của nước tiếp nhận cần tiến hành làm luật ngay hiện tại nhằm điều chỉnh các vấn đề không chỉ cho hiện tại mà cả trong tương lai gần khi mà luật quốc tế có sự thay đổi. Các giải pháp **khác biệt** (deviant) đến từ nước ngoài sẽ là tuyệt vời nếu như đặc thù quốc gia không cho phép áp dụng các giải pháp đại diện, và một giải pháp như vậy cũng có thể mang tính đổi mới nữa. Các giải pháp đến từ nước ngoài mang tính **hình mẫu** (archetype) mang đến cơ hội áp dụng những giải pháp đi đầu trong tương lai nhưng chúng cũng chứa đựng những rủi ro của những tính toán sai: chẳng hạn như việc quyết định

phải đưa ra thị trường loại điện thoại nào có thể sẽ bị những sự kiện trong tương lai chứng minh là sai lầm.

Làm sao để nhà soạn thảo có thể quyết định lựa chọn loại giải pháp nào là đúng? Mọi người đồng ý rằng việc phân loại hiện tượng theo từng loại hình giải pháp là lựa chọn mang tính chủ quan của nhà soạn thảo. Việc nên chọn Bộ luật dân sự của Pháp hay của Đức như là một giải pháp của nước ngoài mang tính đại diện của luật tư phụ thuộc vào lựa chọn nội bộ của các nhà soạn thảo. Do đó, việc sử dụng những loại hình giải pháp nêu trên ẩn chứa những rủi ro của sự chủ quan. Tương tự như vậy, Bộ luật Dân sự của Pháp là một giải pháp mang tính đại diện hay mang tính điển hình mới là tùy thuộc vào ý kiến chủ quan của nhà soạn thảo. Tuy nhiên, trình độ chuyên môn về luật trong nước và luật quốc tế của các nhà soạn thảo có thể bảo đảm ở một mức độ nào đó tính khách quan của những nhận định của họ.

Những gì thực sự quan trọng đối với nhà soạn thảo trong giai đoạn này là bảo đảm rằng mỗi loại hình giải pháp lựa chọn được sử dụng để đưa ra những kết luận đúng. Do đó, những giải pháp trong quá trình lập pháp chỉ có thể được chọn thông qua phương pháp lựa chọn dựa trên thông tin của Flyvbjerg.³³ Giải pháp mang tính đại diện là hình thức phổ biến nhất được sử dụng vì chúng có thể dẫn đến những kết luận phù hợp về các giải pháp được đưa ra³⁴ bởi nhiều hệ thống pháp luật khác nhau. Vì thế, người ta có thể cho rằng bình đẳng giới trong luật gia đình và thừa kế với mức độ được quy định trong Bộ luật dân sự của Pháp chiếm ưu thế trong hầu hết các nền tài phán châu Âu theo

33 Xem B. Flyvbjerg, “Five Misunderstandings About Case-Study Research” in C. Seale, G. Gobo, J. F. Gubrium and D. Silverman (eds.), *Qualitative Research Practice* (2004, Sage, London and Thousand Oaks, CA.), 420-434.

34 Xem B. G. Peters, *Comparative Politics: Theories and Methods* (1998, New York University Press).

hệ thống dân luật. Do đó, việc áp dụng mức độ bình đẳng giới tương tự sẽ là khôn ngoan. Những giải pháp mang tính hình mẫu có thể giúp nhà soạn thảo có được mức độ đảm bảo cao hơn, bởi vì lựa chọn đó đã được những nước khác trong cùng nhóm làm theo. Các giải pháp điển hình mới hàm chứa yếu tố tư duy chủ quan vì chúng phụ thuộc vào diễn biến trong tương lai. Không quan trọng là loại hình nào, dù là các giải pháp đại diện, hình mẫu hay điển hình mới thì cuối cùng điều quan trọng là tính hữu dụng phổ biến của chúng đối với nhà soạn thảo: chúng là nguồn của những lựa chọn chính sách, các khái niệm và giải pháp lập pháp. Chúng có thể được sử dụng một cách tự do ở những mức độ khác nhau như là những hình mẫu,³⁵ miễn là chúng thuộc về nhóm mà nước tiếp nhận là thành viên.

Đối lập với những lựa chọn này, những lựa chọn khác biệt phải được sử dụng một cách hết sức cẩn trọng. Những giải pháp này cung cấp cho nhà soạn thảo sự phân tích mang tính tương phản để xác nhận cho đúng những kết luận ban đầu. Các giải pháp khác biệt sẽ đặc biệt hữu ích khi nhà soạn thảo phải đối mặt với một vấn đề mà các giải pháp trong nước không thể xử lý được: thông qua việc xem xét các tình huống/giải pháp khác biệt, nhà soạn thảo có thể có được những ý tưởng mang tính đổi mới và đôi khi là những giải pháp hoàn toàn mới. Hơn nữa, những giải pháp mang tính khác biệt có thể đưa đến sự tự tin cho những kết luận ban đầu.³⁶

Các giải pháp đặc biệt (crucial) có thể khó được áp dụng đối với việc soạn thảo luật. Bởi vì mục tiêu của nhà soạn thảo là điều chỉnh, nên

35 Xem R. Rose, "Comparing Forms of Comparative Analysis" [1991] 39 *Political Studies*, pp.446-462, at 49.

36 Xem A. Kazancigil, "The Deviant Case in Comparative Analysis: High Stateness in Comparative Analysis" in M. Dogan and A. Kazancigil, *Comparing Nations: Concepts, Strategies, Substance* (1994, Blackwell, London), pp. 213-38, at 214.

việc kiểm nghiệm xem giải pháp điều chỉnh được lựa chọn trong kịch bản xấu nhất chỉ có thể được cân nhắc khi kịch bản xấu nhất đó có thể có tác hại lớn đến mức chúng cần được xem xét một cách chi tiết.

6. Kết luận

Xu hướng toàn cầu hóa pháp luật hiện tại ở cấp độ khu vực và quốc tế tạo điều kiện thuận lợi cho việc chuyển hóa pháp luật không chỉ từ khu vực của nước tiếp nhận mà xa hơn thế. Sự tương thích có thể và có lẽ không nên còn bị đánh đồng với sự quen thuộc hay thuận lợi đối với nhà soạn thảo, nhất là sự quen thuộc đó lại là từ kinh nghiệm của những thành viên nào đó của một cơ quan soạn thảo. Các lựa chọn chính sách, khái niệm, thuật ngữ và giải pháp lập pháp có thể được mượn từ những hệ thống pháp luật khác, từ các nước láng giềng hay xa hơn. Tiêu chuẩn của sự tương thích hiện nay chính là khả năng áp dụng. Các khái niệm chuyển hóa có thể có khả năng áp dụng trong những giai đoạn đầu của quá trình soạn thảo. Những khái niệm được mở rộng hoặc phổ biến có thể hữu dụng trong những giai đoạn sau của quá trình soạn thảo. Những khái niệm phổ biến sẽ là phù hợp nhất khi việc chuẩn hóa luật xuất phát từ một hệ thống pháp luật tương tự.

Để hoàn thiện luật được chuyển hóa, việc sử dụng các chính sách, khái niệm và giải pháp lập pháp của nước ngoài cần được thực hiện trong bối cảnh phù hợp. Các giải pháp mang tính đại diện, hình mẫu và điển hình mới có thể đóng vai trò là những hình mẫu cho chuyển hóa pháp luật. Giải pháp khác biệt có thể đóng vai trò cung cấp những ý tưởng hoàn toàn mới. Các giải pháp đặc biệt có thể đóng vai trò như một cơ chế kiểm soát trong trường hợp có những hiện tượng rất đặc biệt xảy ra.

Tôi không đồng ý với quan điểm cho rằng những nỗ lực so sánh luôn thiếu mục đích.³⁷ Những nỗ lực so sánh (luật) đang ngày càng có ý nghĩa trong thời đại của những yêu cầu soạn thảo pháp luật mới. Việc này được thực hiện ở mức độ và tần suất cao tới mức mà việc đưa ra những giới hạn và quy định cần phải được xác định như những ưu tiên hàng đầu.

37 Xem G. Sartori, “Comparing and Miscomparing” [1991] 3 Journal of Theoretical Politics, pp. 243-257, at 243.

LESSON-DRAWING FROM LEGAL TRANSPLANTS ACTIVITIES IN EUROPE

Helen Xanthaki

Legislative drafters borrow institutions, legal solutions and legislative texts from foreign jurisdictions [national, EU and international] as a means of promoting and developing legislation quickly and effectively. Nonetheless, little attention is paid to established theories of comparative law on the legitimacy of legal transplants and the constraints for drafters' choices. This report applies the prevailing theories of comparative law to legislative drafting. The aim is to alert drafters to best practice in legal transplants and to provide guidelines on constraints for drafters, thus contributing to effective legislation in developing economies.

1. When are transplants used in the legislative process?

When drafting legislation, the policy maker and the drafting team utilise foreign experiences as a means of falsifying or verifying the relationship between the policy choice under consideration and the results of the application of that policy choice elsewhere.¹ Objectives of such an exercise include law harmonisation, law reform, promotion of economic and social change, search for solutions to specific problems in domestic law, bridging differences between legal systems in conflict

1 See J.H.M. van Erp, "The use of comparative law in the legislative process", Netherlands Reports to the 15th International Congress of Comparative Law, Bristol 1998, <http://www.library.uu.nl/publarchief/jb/congres/01809180/n15/b3.pdf>, p36.

areas, or the quest for perspectives on domestic law and theoretical norms.² In their quest for the best policy choice to counteract congestion in inner cities, drafting teams abroad consider the London Congestion Charge and utilise the British experience in the results produced by the application of the congestion zone in London. Their aim is to verify or falsify their initial assessment that the introduction of congestion charges eases congestion in inner cities. Verification of this assessment may lead to the transplant of congestion charging zones as a policy choice, which in turn may lead to the transplant of the concept and the relevant UK legislation abroad.

2. Which legal systems can be used as sources of legislative transplants?

In current Western legislative practice, when faced with drafting instructions for new legislation, drafting teams tend to turn to countries whose legal system, language and legal tradition is familiar to their own, mainly as a means of assessing harmonisation of the chosen solutions with international practice.³ Thus, Western developed countries tend to opt for Miller's entrepreneurial or legitimacy generating transplants.⁴ In current developing countries, drafting teams tend to receive with great gratitude legislation offered by foreign donors.⁵ In other words

2 See S. Corcoran, "Comparative Corporate Law Research Methodology" [1996] 3 Canberra Law Review, pp. 54-61, at 56.

3 See J.H.M. van Erp, "The use of comparative law in the legislative process", <http://www.library.uu.nl/publarchief/jb/congres/01809180/15/b3.pdf>, pp.36-37.

4 See J. M. Miller, "A typology of legal transplants: using sociology, legal history and argentine examples to explain the transplant process" [2003] 51 American Journal of Comparative Law, pp.842-885, at 849 and 854.

5 See E. Özücü, "Law as transposition" [2000] 52 International and Comparative Law Quarterly, pp.205-223, at 219.

they tend to opt either for Miller's cost saving or for Miller's externally dictated transplants.⁶ One wonders how far away a drafting team can reach in order to trace a policy choice, a concept or a legislation that can be transplanted in part or in whole in the national legal order.

A response to this question can be traced in the theories of comparative law, which, however, fail to provide a definite answer. Watson, the guru of transplants⁷, claims that legal rules are equally at home in many places, that "whatever their historical origins may have been, rules of private law can survive without any close connection to any particular people, any particular period of time or any particular place".⁸ Legrand,⁹ Kahn Freund¹⁰ and the Seidmans¹¹ object rather radically to the utility of legal transplants altogether.

Similarly, some comparatists argue that only convergent or similar systems can benefit from each others' experience. Like must be compared with like.¹² Like is defined as countries in the same

6 See J. M. Miller, *op.cit.*, pp.845 and 847.

7 For an analysis of the term see E. Öcürü, "Critical Comparative Law: considering paradoxes for legal systems in transition" in [1999] 59 *Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*; also see E. Öcürü, "Law as Transposition" [2002] 51 *ICLQ* 205-223, p.206.

8 See A. Watson, "Legal Transplants and Law Reform" 92 [1976] *LQR* 79, at 80; also see A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (1974, Scottish Academic Press, Edinburgh); Alan Watson, "Legal transplants and European private law", *Ius Commune Lectures on European Private Law*, no 2.

9 See P. Legrand, "The Impossibility of Legal Transplants" [1997] *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111.

10 See O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, 37 [1974] *Mod. L. Rev.* 1, at 7.

11 See A. and R. Seidman, *State and Law in the Developing Process: Problem Solving and Institutional Change in the Developing World* (1994, Macmillan Publishers, UK), pp.44-46.

12 See H. Gutteridge, *Comparative Law* (1949, Cambridge University Press, Cambridge), p.73; also see Buckland and McNair, *Roman Law and Common Law* (1936, Cambridge University Press, Cambridge).

evolutionary stage.¹³ A larger group of contemporary comparatists support the view that only differences enhance our understanding of law in a given society,¹⁴

Taking the middle ground on this debate Schlesinger points out that “to compare means to observe and to explain similarities as well as differences”: thus, emphasis can be placed both on differences and on similarities. Periods of contractive comparison with emphasis on differences alternate with periods of integrative comparison with emphasis on similarities. Schlesinger concludes that the future belongs to integrative comparative law and puts forward the EU’s *ius commune* as an example of integration of similar and different legal systems.¹⁵

Jhering, Zweigert and Kötz¹⁶ view the question of comparability through the relative prism of functionality.¹⁷ “The reception of foreign legal institutions is not a matter of nationality, but of usefulness and need. No one bothers to fetch a thing from afar when he has one as good or better at home, but only a fool would refuse quinine just because it didn’t grow in his back garden”.¹⁸

13 C. Schmidthoff, “The Science of Comparative Law” [1939] Cambridge Law Journal p.94, at 96.

14 See F. Teubner, “Legal Irritants: Good faith in British law or how unifying law wends up in new divergences” [1998] 61 MLR 11; also see JWF Allison, *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law* (1996, Clarendon Press, Oxford), p.16.

15 See Schlesinger “The common core of legal systems: an emerging subject of comparative study” in K. Nadelmann, A. von Mehren and J. Hazard (eds.) *XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honour of Hessel E. Yntema* (1961); also see Schlesinger “Research on the general principles of law recognised by civilised nations” [1957] 51 Am.J.Int.L. 734.

16 See Zweigert, K. und H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. neubearbeitete Auflage (1996, J.C.B. Mohr, Tübingen).

17 See K. Zweigert and K. Sier, “Jhering’s influence on the development of comparative legal method” [1971] 19 Am.J.Comp.Law 215-231.

18 See K. Jhering, *Geist des römischen Rechts* (1955, Volume 1), pp.8-9.

It is the theory of functionality that seems to serve drafting teams in the current period of integrative legal globalisation, although currently the use of social analysis in legislation is minimal.¹⁹ In an era of tight parliamentary schedule where drafters are asked to produce bills at unprecedented speed, drafting teams must be afforded the luxury of seeking ready solutions with proven results elsewhere, in similar and different legal systems. The current era of integrative legal globalisation,²⁰ characterised by transnational problems requesting urgent transnational solutions, integrative transnational approaches seem to be no longer a luxury but a realistic response. Trade in human organs, organised crime, terrorism, paedophilia cross national borders and therefore require a-national solutions. Borrowing methods applied elsewhere simply offers the drafting team the opportunity to propose and apply policy and legislative responses with unprecedented insight to the results produced. Does it really matter where these responses are borrowed from?

Not in principle. However, a qualifier to Watson's liberal approach can be introduced via Zweigert and Kotz's functionality theory. What matters when selecting a legal system for comparative examination in the process of legal transplantation is not the similarity of its characteristics with that of the receiving legal order, but the functionality of the proposal. If the policy, concept or legislation of a foreign legal system can serve the receiving system well, then the origin of the transplant is irrelevant to its success.²¹ As long as the transplant can serve the social

19 See J. Brown, A. Kudan and K. McGeeney, "Improving legislation through social analysis: a case study in methodology from the water sector in Uzbekistan" 5 [2005] Sustainable Development Law and Policy 49-57, at 49.

20 See L. A. Mistelis, "Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform – Some Fundamental Observations" 34 [2000] 3 International Lawyer 1059.

21 See S. Zhuang, "Legal Transplantation in the People's Republic of China: A Response to Alan Watson" [2006] European Journal of Law Reform, pp. 215-236, at 223.

need to be addressed, the transplant can work well in the new legal ground. In fact, it is this transfer of the transplant to national contexts that promotes indigenization of positive transplants as a block to indiscrete globalisation and modern legal colonialism.²²

Far from resolving the drafting team's problems, the qualifier of functionality demands an answer to a rather difficult question: which is social need that the draft law addresses? In an ideal legislative process, which involves drafting instructions with the identification of the social problem to be addressed and a discussion of various solutions,²³ the drafting team can immediately link the phenomenon to be addressed with the selected solution. In cases where the purpose of the original law is clearly explained in explanatory materials, the issue of functionality as a qualifier for compatibility can be easily resolved. However, legislative practice is not necessarily ideal. Often drafting instructions refer to the solution opted by policy makers rather than to the social need to be addressed. More often than not, the social need to be addressed is hidden and may only appear in explanatory materials, whose use is by no means wide.²⁴ Under such circumstances the task of the drafting team to identify the underlying social need and to use it as a criterion of comparability and a safeguard for transplants seems rather intricate, especially if one takes into account the dominance of pure lawyers in drafting teams.²⁵

22 See R. Petrella, "Globalization and Internationalization: The Dynamics of the Emerging World Order" in R. Boyer and D. Drache (eds.), *States against Markets: the Limits of Globalization* (1996, Routledge, London and New York), p.132.

23 D. E. Elliott, "Getting better instructions for legislative drafting", Just Language Conference, 21 October 1992, Victoria, British Columbia, <http://www.davidelliott.ca/papers/getting.htm#8>.

24 G. Bowmann, "Legislation and Explanation" [2000] Loophole, www.opc.gov.au/calc/docs/calc-june/audience.htm.

25 For an analysis of causality in sociological research see C. Ragin and D. Zaret, "Theory and method in comparative research: two strategies" 61 [1983] *Social Forces* 731-754.

3. How are transplantable legislative solutions identified?

During the legislative process drafting teams can transplant policy options, concepts or legal texts. In other words, a legal system lacking legislation on money laundering or corruption may decide to borrow the concept from other legal systems thus receiving the concept of money laundering or corruption from them. In the process of borrowing from foreign legal systems drafted in foreign languages, the drafting team makes choices and decisions of inclusion or exclusion of foreign terms. This involves the intellectual process of selecting terms and concepts utilised elsewhere in the transplant process. The decision on whether the German legislation of Diebstahl is to be taken into account when drafting the English Theft statute is such a choice. The aim of this choice is to create a generic comparative concept that the drafting team can utilise in order to conduct meaningful comparative analysis.

4. How can I borrow definitions or concepts?

Definitions or concepts are borrowed by means of a juxtaposition between the foreign legal order and the own one. This identifies what the elements of the foreign legal concept are, and how they can be received.

One way, via an extensional concept, is the listing of common elements which may be present in several legal systems.²⁶ Take the examples the German “Diebstahl” and English “theft”. “Whoever takes moveable property not his own from another with the intention of unlawfully

26 See C. Van Laer, “The applicability of comparative concepts” 2 [1998] EJCL, <http://www.ejcl.org/22/art22-1.html>.

appropriating it to himself shall be punished ...".²⁷ "A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it." The first rule has been identified by the German legal term "Diebstahl" and the second one by the term "theft" in the English Theft Acts. Their subjective and objective common elements are identified through the juxtaposition of these rules. Thus, "property" and "appropriation" are common elements. "Unlawfully" and "dishonestly" are not common and are therefore excluded from the list of necessary elements for the extensional concept. What is the result of the comparative analysis of Diebstahl and Theft? First, on the basis of their many common characteristics these are two concepts refer to the same offence: a transplant may not be necessary as the same concept exists in both jurisdictions. But fine tuning of the national legislation may be required for the purposes ting the uncommon elements.

Another manner of assessing a transplant is via the identification of the social problems to which legal rules are a solution.²⁸ Thus, the starting point for comparison lies not in legal rules and legal terms but in the sociological cause of the phenomenon to be addressed. Van Laer uses the examples of "full adoption" and "limited adoption" as functional concepts addressing the problems of neglected children. The roots of this category of concepts lies with Zweigert and Kötz, who

27 "Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird ... bestraft.": Article 242 Strafgesetzbuch; see <http://sunsite.informatik.rwth-aachen.de/germlaws/stgb/p242.html>.

28 See C.J.P. van Laer, "Comparative Concepts and connective integration", Fifth Benelux-Scandinavian Conference on Legal Theory: European Legal Integration and Analytical Legal Theory, Maastricht, 28-29.10.2002.

regards a social function as the common perspective the researcher needs.²⁹ They state that rules of different legal systems can be compared if they serve the same function. Functional concepts bring us back to the issue of comparability of legal rules by revisiting the qualifier of the same social need. In other words, legal systems can borrow from one another irrespective of national intricacies, as long as they aim to address the same social problem. This perspective is external to the legal systems under comparison. Correspondingly, complete abstraction from national concepts must be achieved.³⁰ Within the realm of interpretative³¹ functional concepts one can therefore address national intricacies via nationally devised innovative legal rules: in this case a transplant is considered counterproductive. However, regional or indeed international social phenomena can be successfully addressed by reference to foreign transplants either at the regional or the international level. This theory seems to support current legislative practice where legal solutions are sought, almost automatically, by reference to regional and international instruments. Thus, when exploring the introduction of money laundering legislation in Greece, Greek drafting teams turned immediately to EU and UN instruments as a means of seeking inspiration for common solutions put forward. There is little doubt that functional concepts present

29 See K. Zweigert and H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (1996, J.C.B. Mohr, Tübingen), p. 11.

30 See Drobnig, “Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie” *RabelsZ* [1953] 295-308.

31 See O. Pfersmann, “Le droit comparé comme interpretation et comme théorie du droit” [2001] *Rev. int. dr. comp.*, pp. 275-288; also see A. Peters and H. Schwenke, “Comparative Law beyond Post-Modernism” [2000] 49 *ICLQ* 800, at 833.

advantages.³² First, they look at the route of the regulation issue by addressing the problem that lies at the source of the request for national legislation. Second, they encourage the survey of all possible policy and legislative options for addressing the problem ridding the drafter from prejudices of familiarity and convenience. Thus, they enable innovative choices of policy and law. Third, they promote ideal legislative processes by ensuring that drafting instructions identify the social problem to be addressed and leaving the drafter to deal with the formulation of legal concepts. This last point leads us to the timing of functional concepts as ideal for the first stage of the legislative drafting process where policy makers draft drafting instructions.

There are drawbacks to functional concepts too. According to Constantinesco, Zweigert and Kötz's functional concepts are too broad and ill-defined as they refer to the hidden causal relation between legal rules and the resolution of a social problem: the social effect of legal rules is difficult to determine, however, so in most cases Zweigert and Kötz's functional concepts have no empirical use. Functional concepts address the underlying social phenomenon as identified by policy makers whose task, supported by their multi-disciplinary qualifications, is to find answers to society's needs.

32 See J. Reitz, "How to do Comparative Law" [1998] 46 Am. J. Comp. L. 620-623, at 617; M. Reimann, "The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century" [2003] 50 Am. J. Comp. L. 671; M. Ancel, "Le problème de la comparabilité et la méthode fonctionnelle en droit comparé" in R. H. Graveson et I. Zajtay (eds.), *Festschrift für Imre Zajtay* (1982, Mohr, Switzerland), at pp.1-6; H. Collins, "Methods and Aims of Comparative Contract Law" [1989] 11 OJLS 396, at 399; H. Kötz, "Comparative Law in Germany Today" [1999] 51 Rev. int. dr. comp. 753, at 755; P. G. Monateri, "Critique et différence: Le droit comparé en Italie" [1999] 51 Rev. int dr. comp. 989, at 991.

5. Transplants as case studies

The success of the transplant also relates to their classification and consequent correct use as representative, prototypical, deviant, crucial or archetypal case studies. **Representative** foreign solutions are examples of prevalent trends internationally and can be used for the purposes of harmonising the law with that of most foreign jurisdictions: this promotes cooperation, and trade. **Prototypical** foreign solutions are expected to become representative and are useful when the borrowing legal system needs to legislate right now for the purposes of regulating not only now but in the near future when international laws are about to change. **Deviant** foreign solutions are excellent if a national eccentricity prevents the adoption of a representative foreign solution, but also as an example of innovation elsewhere. **Archetypal** foreign solutions offer the opportunity to adopt the future's leading solution but they carry dangers of false calculations: for example deciding what type of telephony must be introduced carries the danger of being proven wrong by future events.

How can the drafting team ensure that the correct type of case study has been selected? It must be accepted that the classification of phenomena under one type of case-study or another is a primarily a subjective choice of the team. Whether it is the French or German Civil Codes that one can use as a representative case-study of civil law jurisdiction in private law, must be decided internally in the drafting team. Thus, the use of case-studies carries an inherent danger of subjectivity. Similarly, whether the French Civil Code is a representative or prototypical case-study is a matter of opinion within the drafting team whose assessment is mainly subjective. Nonetheless, the level of expertise in national and foreign laws within the drafting team can guarantee some degree of objectivity in inevitably unilateral assessments.

What is crucially important for the drafter at this stage is to ensure that each case study selected is used to draw appropriate conclusions. Thus, case studies in the legislative drafting process can only be undertaken via Flyvbjerg's information-oriented selection.³³ Representative case studies are the most common forms used and they may lead to legitimate conclusions on solutions offered³⁴ by a large group of legal systems represented by the case study. Thus, one can assume that gender equality in family law and succession to the extent offered by the French Civil Code prevails in most civil law European jurisdictions. Thus, the choice to award similar levels of equality domestically would be rather wise. Archetypal case-studies can offer the drafting team a higher level of security in the soundness of the solutions borrowed, as their choice has been followed by the leader in the group and has been established in the group to which they belong. Prototypical case studies involve an extra element of subjectivism as their evolution to prevalent in their group lies with the future. Here assistance from multidisciplinary sources is of immense assistance when securing that choices and solutions borrowed by that case study will fall in line with others in the group in the future. Irrespective of the classification of a case-study as representative, archetypal or prototypical, at the end of the day what matters is their common utility to drafters: they can serve as sources of policy choices, concepts and legislative options. They can be used freely as models,³⁵ in varying degrees, provided of course that they belong in the same group as the receiving country.

33 See B. Flyvbjerg, "Five Misunderstandings About Case-Study Research" in C. Seale, G. Gobo, J. F. Gubrium and D. Silverman (eds.), *Qualitative Research Practice* (2004, Sage, London and Thousand Oaks, CA.), 420-434.

34 See B. G. Peters, *Comparative Politics: Theories and Methods* (1998, New York University Press).

35 See R. Rose, "Comparing Forms of Comparative Analysis" [1991] 39 *Political Studies*, pp.446-462, at 49.

In contrast to them, deviant and crucial case-studies must be used with extreme caution. They are there to offer the drafter a contrast for analysis as a possible means of verifying initial conclusions. Deviant case-studies can be extremely helpful when the drafting team is faced with a problem where the current domestic solution is not working: by looking at deviant case-studies drafters can acquire new, innovative, often extreme ideas about possible fresh solutions. Moreover, deviant case-studies offer welcome confidence to the initial conclusions.³⁶

Crucial case-studies tend to be difficult to use in the context of legislative drafting. Since the aim of the team is to regulate, testing the selected regulation option against the worst possible scenario can only be perceived when the worst possible scenario can be so detrimental that it has to be considered in detail.

6. Conclusions

The current trend of legal globalisation at the regional and international levels creates fertile ground for transplants from legal systems not only within the region of the country of reception but also further afield. Comparability can and should no longer be synonymous to convenience or familiarity, much less so if this refers to familiarity at random based on experience of the particular members of each drafting team. Policy choices, concepts, terms and legislative solutions can be borrowed from other legal systems, neighbouring and further afar. The criterion of comparability now is that of functionality.

36 See A. Kazancigil, “The Deviant Case in Comparative Analysis: High Stateness in Comparative Analysis” in M. Dogan and A. Kazancigil, *Comparing Nations: Concepts, Strategies, Substance* (1994, Blackwell, London), pp. 213-38, at 214.

Transplant concepts can be functional in the first stages of the drafting process as a Generic Transplant Concept, or it can be extensional or immanent in the later stages of the drafting process. Immanent concepts are best suited when the transplant stems from a similar legal system.

For the completion of the transplant, the use of foreign policies, concepts and legislative choices must be undertaken with the context of a suitable case-study. Representative, archetypal and prototypical case-studies can serve as models for transplants. Deviant case-studies may serve as fresh fountains of innovative ideas. Crucial case-studies may serve as a control mechanism for extreme phenomena within the phenomenon under analysis.

I disagree with the view that the comparative endeavour suffers from loss of purpose.³⁷ This could not be further from the truth. The comparative endeavour is gaining ground in a new area, that of legislative drafting. And this is undertaken at such high speed and frequency, that boundaries and rules must be set as a matter of extreme priority.

37 See G. Sartori, "Comparing and Miscomparing" [1991] 3 *Journal of Theoretical Politics*, pp. 243-257, at 243.

THỰC TIỄN CHUYỂN HÓA PHÁP LUẬT TẠI MỘT SỐ NƯỚC CHÂU Á: HIỆN TƯỢNG, CÁC VẤN ĐỀ PHÁT SINH, KHÓ KHĂN VÀ XU HƯỚNG PHÁT TRIỂN

Norbert Reich

Trong phần thuyết trình kế tiếp này, tôi xin trình bày về một số nước châu Á. Đây thực sự là vấn đề khó đối với tôi. Tôi không phải là chuyên gia về châu Á, hay về nhiều nước khác nhau của lục địa châu Á, cũng không phải là chuyên gia về nhiều ngôn ngữ - ngoại trừ tiếng Anh, tiếng Đức và tiếng Pháp và cũng không phải chuyên gia về những thay đổi mạnh mẽ về chính trị, xã hội và kinh tế diễn ra tại khu vực này. Vì thế, tôi đã phải thu hẹp chủ đề của mình xét về lãnh thổ, phạm vi vấn đề và thời điểm.

Tôi có sự liên hệ gần gũi với sự phát triển của Nhật Bản bởi vì tôi có nhiều liên hệ về khoa học pháp lý và cá nhân mà tôi sẽ đề cập sau. Nước thứ hai là Ấn Độ, nơi tôi có cơ hội tiến hành một nghiên cứu sâu về tình hình luật và thực tiễn về tiêu dùng (Reich, 2014a). Cuối cùng, Trung Quốc cũng gần gũi với tôi vì nhiều chuyến thăm và nhiều mối liên hệ. Lĩnh vực mà tôi quan tâm nhiều nhất tất nhiên là luật dân sự nói chung như luật hợp đồng và bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, cũng như các chủ đề cụ thể như các quy định về thực tiễn thương mại (quảng cáo, tiếp thị, cạnh tranh) - và trách nhiệm sản phẩm, hai lĩnh vực rất quan trọng đối với các nền kinh tế thị trường mới nổi, nơi mà luật của EU đóng vai trò đáng kể trong nhiều nền tài phán được đề cập ở đây như là một hình mẫu về chuyển hóa pháp luật. Nhưng tôi sẽ không đề cập chi tiết vì những giới hạn về không gian, thời gian.

Chuyển hóa pháp luật trong các nền tài phán được đề cập là một hiện tượng phổ biến và nó ít nhiều khẳng định cho những gì tôi nói khi trích dẫn Watson: luật di chuyển khá dễ dàng từ một nền tài phán này sang một nền tài phán khác, và ngoại trừ lĩnh vực truyền thống là luật gia đình, nước tiếp nhận có nhiều lựa chọn mà ít nhiều phù hợp với những mục tiêu chính sách pháp luật của mình, đặc biệt là hiện đại hóa hệ thống pháp luật hoặc thích nghi với những yêu cầu của nền kinh tế thị trường hiện đại. Tất nhiên chuyển hóa pháp luật cũng không loại trừ những căng thẳng, những điều không phù hợp, những nhu cầu “cải cách chỉ để mà cải cách”... Làm luật luôn là một quá trình học hỏi mà những quốc gia châu Á mà tôi nghiên cứu cũng không là ngoại lệ. Không bao giờ có một giải pháp “tốt nhất và lý tưởng”, nhưng luôn có những ý tưởng để thí nghiệm, thử nghiệm và sai lầm, hay sự thích nghi, tái thích nghi và không thích nghi. Xin trích lại lời của Thẩm phán Tòa án Tối cao Hoa Kỳ Oliver Holmes: *“sự sống của luật không phải ở logic mà là ở kinh nghiệm”*. Gần đây hơn, tri thức của những luật sư và chuyên gia luật hàng đầu từ nước ngoài, chủ yếu từ châu Âu và Mỹ - đã được sử dụng một cách có tính toán trong quá trình hiện đại hóa và soạn thảo những luật mới về các vấn đề của luật dân sự, không phải chủ yếu bởi “chuyển hóa pháp luật”, mà là sự nổi lên của kinh nghiệm trong những nền tài phán hiện đại. Trung Quốc là một ví dụ tốt về sự “lai hóa” chuyển hóa pháp luật.

1. Nhật Bản: Chuyển hóa pháp luật dân sự của Đức và sau đó là quá trình “Nhật Bản hóa”

Giáo sư luật dân sự nổi tiếng và là thành viên của ủy ban cải cách Bộ luật dân sự của Nhật bản, GS. Yamamoto (2013) đã đánh giá quá trình phát triển của nước mình trong lĩnh vực chuyển hóa pháp luật trong một tài liệu được trình bày tại hội nghị về luật so sánh của Đức năm 2013:

“Mọi người đều biết rằng việc tiếp nhận luật phương Tây diễn ra tại Nhật Bản vào thế kỷ 19 và 20, song những “luật bản địa” của cộng đồng vẫn có hiệu lực trong xã hội Nhật Bản như những “luật sống”. Điều gây tranh cãi là những “luật bản địa” này của Nhật Bản cần được hiểu như thế nào, có nên coi chúng như những luật tiền hiện đại - xét theo các lý thuyết về sự tiến hóa và văn hóa – hoặc luật tự nhiên hay không, hay nó cần được giải thích như là kết quả của những khác biệt về điều kiện thể chế hay nó mang ý nghĩa phổ biến của “luật sống”. Như vậy có thể nói rằng sự tiếp nhận luật phương Tây là thành công ở Nhật Bản vì “luật sống” vẫn vận hành hiệu quả và luật được tiếp nhận bao gồm những cơ chế nhất định mà “luật sống” có thể được hấp thụ và cuối cùng bởi vì nhiều hình thức luật mềm được áp dụng. Trong những năm 90 và những năm đầu thiên niên kỷ mới, Nhật Bản đã trải qua khủng hoảng kinh tế sâu sắc và nhiều cải cách tân tự do đã được tiến hành. Do những không gian được bảo vệ tồn tại trước đây của “luật sống” bị phá hủy, nhiệm vụ hiện nay là thiết lập một hệ thống pháp luật trong đó cho phép “luật sống” cùng tồn tại”.

Chúng ta cũng biết rằng, sau khi triều đại Minh Trị nắm quyền sau sự sụp đổ của đế chế *Tokugawa-Shogunate* năm 1868, quá trình cải cách và hiện đại hóa sâu rộng đã diễn ra tại Nhật Bản dựa trên sự chuyển hóa pháp luật dân sự phương Tây. Ban đầu Bộ luật dân sự Pháp - sau đó trở thành bộ luật hiện đại nhất của thế giới - đã đóng vai trò là hình mẫu. Năm 1873 giáo sư Gustave Emile Boissonade đã được mời để làm một đạo luật dân sự hiện đại, chỉ giới hạn vào các vấn đề liên quan đến kinh tế. Boissonade không chỉ tham chiếu đến luật của Pháp mà cả luật dân sự của các nước khác và những ý tưởng của riêng ông. Luật dân sự do ông soạn thảo được hoàn thành năm 1890 và hiện nay nó được gọi là “luật dân sự cũ” (*kyū-minpō*).

Dự thảo này dự kiến có hiệu lực vào năm 1893 nhưng đã chịu chỉ trích nặng nề vì những lý do chính trị và ý thức hệ. Những khác biệt lớn đã

tồn tại giữa trường phái Pháp và trường phái thông luật cũng như giữa các trường phái luật lịch sử và tự nhiên. Chính vì những lý do này, dự luật đã bị rút lại và không có hiệu lực.

Năm 1893, một Ủy ban mới được thành lập để soạn thảo Bộ luật Dân sự. Dự thảo cũ được lấy làm cơ sở, nhưng một dự thảo mới hơn của luật BGB đã được sử dụng rộng rãi. Hệ thống Pandect với 5 phần – phần chung, phần về tài sản, luật nghĩa vụ, luật gia đình, luật thừa kế – đã được nghiên cứu tiếp nhận. Năm 1896, ba phần đầu tiên được xuất bản và năm 1898 là hai phần còn lại. Tất cả các phần đó của Bộ luật dân sự có hiệu lực từ năm 1898 (hai năm trước khi bộ luật BGB bắt đầu có hiệu lực từ ngày 1/1/1900).

Có một cuộc tranh luận về lý thuyết pháp lý Nhật Bản, tức là bộ luật ZGB năm 1898 được chuyển hóa vào bộ luật BGB với mức độ như thế nào. Theo Yamamoto trường hợp này không phải như vậy vì có rất nhiều điều khoản từ luật của Pháp đã được tiếp nhận. Các điều khác đến từ các hệ thống pháp luật khác, không nhất thiết là từ luật Đức. Bộ luật Dân sự Nhật Bản cần được coi như một sự tiếp nhận mang tính pha trộn, trong đó luật của Pháp và của Đức là chủ đạo. Sau khi Bộ luật Dân sự được ban hành, đa số các tác giả Nhật Bản đề nghị giải thích nó theo những nguồn được cho là từ Đức và vì thế luật được chuyển hóa ban đầu đã được chỉnh sửa do sự giải thích lý thuyết thuần Đức. Mỗi quan hệ của nó với các nguồn ban đầu đã bị đánh mất như Yamamoto (2013a) đã giải thích về luật vi phạm hợp đồng. Chỉ đến sau này, các học giả và thẩm phán Nhật Bản mới quan tâm đến luật địa phương. Mỗi quan tâm tập trung vào những điểm cụ thể của “luật sống” của Nhật Bản vốn được cho là không chính thức và được “luật hóa” bằng các ví dụ của châu Âu và Mỹ (Baum/Bälz 2011 tr. 18).

Trong khi đó những kiện tụng pháp lý và sự “luật sư hóa” ngày càng trở nên quan trọng tại Nhật Bản. Điều này có thể là kết quả áp dụng mô hình nền kinh tế đề cao việc xuất khẩu và nhu cầu thích nghi với những thực tiễn pháp lý về giao dịch quốc tế hiện đại, chủ yếu là với Mỹ và châu Âu. Nhiều cải cách đã được thực hiện, một dự luật dân sự hoàn toàn mới được lên kế hoạch nhưng nó chưa được ban hành vì những quan điểm đối lập nhau trong xã hội Nhật Bản.

Dưới tác động của phong trào tiêu dùng quốc tế, một Luật về hợp đồng tiêu dùng đã được thông qua ngày 12/5/2000. Luật này - học theo các tiền lệ của EU - là về quyền hủy bỏ hợp đồng sau khi đã giao kết căn cứ trên một số điều khoản không hợp lệ trước khi giao kết hợp đồng, đặc biệt là các điều khoản về miễn trừ. Để cải thiện vị trí pháp lý của người mua, luật cho phép người mua quyền rút lại những giao dịch nhất định và để củng cố lại những điều khoản hợp đồng không công bằng thông qua việc đưa chúng vào cái gọi là “danh sách đen”, theo mô hình của Đức.

Có một câu hỏi gây tranh cãi trong luật Nhật Bản chưa được các nhà lập pháp quyết định về việc liệu có tích hợp luật hợp đồng tiêu dùng vào một Bộ luật dân sự được cải cách hay không như trường hợp cải cách luật BGB của Đức năm 2002 hay là tách riêng những quy định của luật này vào một bộ luật đặc biệt “Code de la consommation” (Bộ luật về tiêu dùng) như mô hình của Pháp.

2. Ấn Độ - những điểm vênh nhau giữa thông luật và luật chuyển hóa trong lĩnh vực pháp luật bảo vệ người tiêu dùng

Có rất nhiều khó khăn trong việc chúng ta thảo luận về chuyển hóa pháp luật của Ấn Độ. Bộ thuộc địa của Anh chưa bao giờ cố gắng áp đặt các quy định theo thông luật lên nhiều nền tài phán bản địa của Ấn

Độ và cũng không đề xuất bất cứ loại hình pháp điển nào như truyền thống luật lục địa. Họ chỉ đơn giản thành lập một hệ thống đánh giá lại luật ở Ấn Độ và chấm dứt Hội đồng Cơ mật vốn bị ràng buộc bởi một khái niệm chung về *“công lý, công bằng và lương tâm”*. Năm 1947, Nghị viện Anh đã thông qua Luật về độc lập của Ấn Độ theo đó Ấn Độ được tách ra và trở nên độc lập. Điều này không có nghĩa là thông luật ngay lập tức mất hiệu lực trong những lĩnh vực trước đây nó điều chỉnh, ví dụ như các giao dịch thương mại. Ngược lại, các thẩm phán Ấn Độ tiếp tục dẫn chiếu tới các vụ việc của Anh để hoặc là giải thích luật của Ấn Độ hoặc coi đó như một nguồn luật chính khi cần quyết định một vụ việc trên tinh thần *“công lý, công bằng và lương tâm”*. Nhưng cũng có một xu hướng tiếp cận mới. Có khá nhiều vụ việc Tòa án Tối cao Ấn Độ đã bất đồng với hướng tiếp cận kiểu Anh và đôi khi các tòa án Ấn Độ cũng dẫn chiếu tới các vụ việc từ những nền tài phán khác (Cyril Mathias Vincent 2012 tr. 465-466).

Hướng tiếp cận này không dựa trên lý thuyết về “chuyển hóa pháp luật”, mà dựa trên sự tích hợp của luật “nước ngoài” (như luật Anh chẳng hạn) vào nền văn hóa pháp lý địa phương, ít nhất là trong những lĩnh vực liên quan đến giao dịch thương mại. Có vẻ như hướng tiếp cận này không phù hợp chút nào với phong trào bảo vệ người tiêu dùng đang lớn mạnh được các chương trình và thỏa thuận quốc tế ủng hộ. Cần có những cải cách thông qua việc xem xét lại tình trạng luật hiện có theo những mục tiêu chính sách pháp luật và phát triển những cơ chế nội dung và thủ tục mới cho việc bảo vệ hiệu quả người tiêu dùng (Ấn Độ) ngoài phạm vi của hệ thống luật hiện tại theo học thuyết *“công lý, công bằng và lương tâm”*.

Do đó, Luật Bảo vệ người tiêu dùng năm 1986 của Ấn Độ (sau đây gọi là CPA) cần được coi như sự thể hiện của tầm quan trọng ngày càng tăng của phong trào bảo vệ người tiêu dùng trên toàn thế giới ở thời điểm

nó được thông qua. Theo như một nhận định của Nayak (1987 tr. 423) được viết không lâu sau khi CPA được ban hành “tại Ấn Độ, chủ nghĩa tiêu dùng chưa trở thành một phong trào của người dân... Luật này là một bước tiến khả quan hướng tới đạt được chủ nghĩa đó.”

Văn bản quan trọng nhất để tham khảo thời kỳ đó là Hướng dẫn của Liên hợp quốc về bảo vệ người tiêu dùng mà giáo sư luật người Úc David Harland (1987) đã có những đánh giá. Văn bản Hướng dẫn đó - vốn không có tính ràng buộc pháp lý và được dành cho các thành viên Liên hợp quốc - bao gồm 7 lĩnh vực cần có những hành động xa hơn. Trong bối cảnh của nghiên cứu này, có 2 hướng dẫn cần quan tâm:

- Thúc đẩy và bảo vệ các lợi ích kinh tế của người tiêu dùng (đoạn 13-23): hoạt động tiếp thị và bán hàng cần được định hướng bởi nguyên tắc “đối xử công bằng với người tiêu dùng”; việc tiếp thị làm sai lệch nhận thức của người tiêu dùng cần bị cấm; thông tin cho người tiêu dùng cần được tăng cường (Harland, tr. 253-254).
- Các biện pháp cho phép người tiêu dùng nhận được đền bù (đoạn 28-30): nhấn mạnh tầm quan trọng của việc tiếp cận pháp luật, ám chỉ việc tiếp cận tòa án thông thường không phải là một giải pháp thực tế đối với hầu hết người tiêu dùng. “Theo đó, chính phủ nên thiết lập và duy trì các biện pháp pháp lý và/hoặc hành chính để cho phép người tiêu dùng (hoặc tổ chức liên quan khi phù hợp) nhận được đền bù theo các thủ tục chính thức và không chính thức, nhanh chóng, không tốn kém và có thể tiếp cận được (Harland, trang. 256).”

Trọng tâm của CPA là việc thiết lập một hệ thống tương đương giải quyết khiếu nại của người tiêu dùng bên ngoài hệ thống tòa án thông thường. Đây là một phong trào khá cấp tiến và đi theo “triết lý” của bản Hướng dẫn của Liên Hợp quốc. Đó cũng là kết quả của những chỉ

trích rộng rãi về sự vận hành của hệ thống tư pháp tại Ấn Độ, vốn bị coi là cự tuyệt khả năng tiếp cận của người tiêu dùng “bình thường” hay người nghèo nói riêng. Những cải cách dần dần như được thực hiện tại nhiều nền tài phán theo hệ thống thông luật được cho là chưa đủ. Do đó, CPA đã thiết lập một hệ thống bán tư pháp hoàn toàn mới, bao gồm 3 cấp độ là:

- Các diễn đàn bồi hoàn cho người tiêu dùng cấp quận.
- 35 ủy ban cấp bang.
- Một ủy ban quốc gia.

CPA năm 1986 được cải cách năm 2002 cũng đưa ra một khái niệm nội dung mới vào trong luật hợp đồng và thương mại được tiếp nhận từ Ủy ban Thương mại liên bang Mỹ (Reich 2002), tức là khái niệm hành vi thương mại không công bằng (UTP). Khái niệm này không chỉ được sử dụng cho việc phòng ngừa đối với hành vi quảng cáo gian dối hoặc cách bán hàng không công bằng trên thị trường, và cũng là giải pháp về bồi hoàn cho người tiêu dùng vượt ra ngoài phạm vi của những giải pháp theo hệ thống thông luật hiện có. Theo Điều 12 (1) của CPA việc bồi hoàn có thể được thực hiện tại một “Diễn đàn cấp quận” liên quan tới “bất cứ hàng hóa nào đã được bán hoặc chuyển tới hoặc đã được thỏa thuận bán hoặc chuyển tới hoặc bất cứ dịch vụ nào đã được cung cấp hoặc đã được thỏa thuận cung cấp...” Định nghĩa này không bao gồm cụm từ “hành vi thương mại không công bằng” trước khi giao kết hợp đồng. Khái niệm về người tiêu dùng theo Điều 2 (d) của CPA là bất cứ người nào:

(i) Mua bất cứ hàng hóa nào đã được trả tiền hoặc cam kết trả hoặc đã trả một phần hoặc cam kết trả một phần... mà không phải là mua hàng hóa đó để bán lại.

(ii) (thuê - mua)

Vấn đề của định nghĩa này về hành vi thương mại không công bằng vốn được tiếp nhận từ luật so sánh, cụ thể là từ mô hình của Mỹ và EU và đã được (Reich, 2014a) nghiên cứu trong một bối cảnh khác, cho thấy một sự hiểu lầm cố hữu trong chính sách chuyển hóa pháp luật. Ban đầu nó được xây dựng để điều tiết các hành vi trên thị trường nhằm chống lại những hành vi sai trái *trước khi* chúng đến khách hàng. Trong bối cảnh của CPA, chúng được sử dụng như một giải pháp cá nhân để bồi thường cho người tiêu dùng sau khi họ đã bị tổn thương bởi hành vi giao kết hợp đồng không công bằng. Chúng dự kiến được thay thế cho những giải pháp theo hệ thống thông luật truyền thống vốn được coi là chưa đủ để điều chỉnh các giao dịch với khách hàng, nhưng đã thiếu tính rõ ràng và gây ra những thận trọng đáng ngạc nhiên của cơ quan phân xử các vụ việc của khách hàng. Điều này gây nên những thủ tục rườm rà như được chứng minh trong nhiều nghiên cứu phê phán hướng tiếp cận của CPA. Do đó việc chuyển hóa các đặc trưng về nội dung - khái niệm hành vi thương mại không công bằng như một cơ sở cho giải pháp bồi hoàn khách hàng - cần phải phù hợp với những thủ tục thực thi - hệ thống mới hình thành về bồi hoàn cho khách hàng - có vẻ như là không phù hợp tại Ấn Độ. Tác giả đã đưa ra nhiều giải pháp để cải thiện (Reich 2014a, tr. 669-672) nhưng những đề xuất này rõ ràng không phù hợp để được thảo luận trong nghiên cứu này.

3. Trung Quốc - sự mâu thuẫn trong chuyển hóa

Tôi nghĩ rằng quý vị tham gia Hội thảo này biết nhiều hơn tôi về quá trình hiện đại hóa kinh tế của Trung Quốc nên tôi sẽ không bình luận thêm. Thế còn về hệ thống pháp luật mà cụ thể hơn là “Luật dân sự Trung Quốc” chủ đề có nhiều nghiên cứu toàn diện chủ yếu được thực hiện bởi các tác giả Trung Quốc (Bu 2013; Chen 2008)? Chuyển hóa

pháp luật là một hiện tượng phổ biến và là một phần của chiến lược hiện đại hóa của Trung Quốc, ít nhất là trong lĩnh vực quan hệ kinh tế như luật hợp đồng và bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Những lĩnh vực khác như sở hữu đất đai vẫn được xây dựng dựa trên các quan niệm xã hội chủ nghĩa vốn không phải là một phần của nghiên cứu này. Tuy nhiên, khái niệm “chuyển hóa” đã thay đổi mà tôi sẽ bàn thêm phần sau.

Khác với các nền tài phán dân luật khác, Trung Quốc chưa thông qua một bộ luật dân sự hiện đại toàn diện mặc dù đã có nhiều nỗ lực theo hướng này (xem phân tích chi tiết hơn của J. Chen, 2008, tr. 331-340). Trong thời kỳ xã hội chủ nghĩa và kinh tế kế hoạch hóa đã có một vài dự án về soạn thảo một bộ luật như vậy, nhưng kết quả chỉ là “Những nguyên tắc chung của luật dân sự” được thông qua ngày 12/4/1986 cho thấy một số dấu hiệu tự do hóa. Năm 2002, một dự thảo Bộ luật Dân sự đã được chuẩn bị gồm 9 phần, bao gồm:

- Những quy định chung.
- Luật về quyền đối với tài sản.
- Luật Hợp đồng.
- Luật về quyền cá nhân.
- Luật Hôn nhân.
- Luật Con nuôi.
- Luật Thừa kế.
- Luật Trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.
- Luật Tư pháp quốc tế.

Tuy nhiên, thay vì thực hiện một Bộ luật Dân sự toàn diện, các nhà lập pháp Trung Quốc đã quyết định ban hành những luật riêng rẽ như:

- Luật Hợp đồng ngày 15/3/1999, có hiệu lực từ 1/10/1999.

- Luật về vật quyền ngày 16/3/2007, có hiệu lực từ 1/10/2007.
- Luật Chứng khoán ngày 30/6/1995, có hiệu lực từ 1/10/1995.
- Luật Trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng ngày 26/12/2009, hiệu lực từ 1/7/2010.
- Luật Thừa kế ngày 4/10/1985, có hiệu lực từ 1/10/1985.
- Luật Hôn nhân ngày 10/9/1980, có hiệu lực từ 1/1/1981.
- Luật Con nuôi ngày 29/12/1991, có hiệu lực từ 1/4/1992.

Trong phạm vi nghiên cứu của chúng tôi về chuyển hóa pháp luật, tôi chỉ quan tâm về luật hợp đồng và bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Những nguyên tắc chung về tự do giao kết hợp đồng, bình đẳng về các quyền dân sự và ngay tình đã có thể được tìm thấy tại Điều 3 và 4 trong “Các nguyên tắc chung về luật dân sự”, tuy nhiên chúng không được nêu trực tiếp và chúng không phải là những nguyên tắc chủ đạo. Một đạo luật hợp đồng hiện đại cần phải được ban hành sau khi luật hợp đồng kiểu xã hội chủ nghĩa năm 1985-1987 được làm trong bối cảnh kinh tế kế hoạch hóa tập trung và theo mô hình Xô Viết đã mất dần tác dụng trong thời kỳ cải cách (Reich, 1972). Cơ quan lập pháp Trung Quốc đã quyết định ngay từ đầu thập niên 90 việc ban hành một luật hợp đồng chung. Ủy ban Pháp luật thuộc Ủy ban thường vụ Đại hội đại biểu nhân dân toàn quốc bắt đầu chuẩn bị một luật hợp đồng thống nhất vào năm 1993. Các học giả và chuyên gia pháp luật đến từ các trường luật hàng đầu được mời để tham gia công việc soạn thảo luật hợp đồng. Dự thảo này chính là cơ sở của văn bản luật hợp đồng cuối cùng được thông qua. Năm 1998, một dự thảo đã được trình Ủy ban thường vụ và được công bố để công chúng bình luận. Một cuộc thảo luận sâu rộng đã diễn ra, trong đó có nhiều đề xuất thay đổi mà ít nhiều đã được đưa vào bản dự thảo cuối cùng được thông qua ngày 15/3/1999. Nó thay thế cho 3 đạo luật về hợp đồng thời kỳ 1985-1987.

TS. Chen (2008, tr.458), giáo sư về luật Trung Quốc của Đại học La Trobe (Úc) bình luận về đạo luật này như sau:

“Không còn nghi ngờ gì nữa, việc ban hành Luật Hợp đồng năm 1999 là một nỗ lực sâu rộng nhằm hài hòa với một “nền kinh tế thị trường XHCN” đang phát triển nhanh của Trung Quốc, cũng như để bảo đảm rằng hướng tiếp cận của Trung Quốc về giao kết hợp đồng phù hợp hơn với các chuẩn mực quốc tế. Đó không đơn giản chỉ là một nỗ lực nhằm tổ chức lại các luật hợp đồng của Trung Quốc mà là một sự thiết kế lại có hệ thống hình thức và bối cảnh của toàn bộ luật hợp đồng của Trung Quốc... Đó có vẻ là một quyết định đúng đắn theo luật hợp đồng thống nhất theo các nguyên tắc hợp đồng thương mại quốc tế của UNIDROIT... Tuy nhiên điều khó hiểu là sự miễn cưỡng của các nhà lập pháp Trung Quốc trong việc thể hiện rõ ràng nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng. Sự miễn cưỡng này rõ ràng không khớp với những khẳng định thường xuyên rằng kinh tế thị trường cơ bản dựa trên sự tự do giao kết hợp đồng và bình đẳng kinh tế.”

TS. Funing Huang (2013, tr. 34), thành viên của Ủy ban quản lý ngân hàng Trung Quốc, bình luận về bộ luật dân sự mới với nhiều lời lẽ lạc quan hơn:

“...quá trình soạn thảo một số dự thảo Bộ luật Dân sự đã tạo nên những cuộc tranh luận nóng bỏng... Bộ luật Dân sự đã loại bỏ những sự đối xử khác nhau không chỉ giữa luật dân sự và thương mại mà còn giữa hợp đồng trong nước và nước ngoài... Bộ luật này cũng loại bỏ những khác nhau giữa các luật hợp đồng trước đó và đưa ra những quy định nhất quán, trong đó có khái niệm hợp đồng, những yêu cầu chính thức của một hợp đồng, việc thực hiện hợp đồng và quy định nghĩa vụ liên quan đến việc phá vỡ hợp đồng. Duy trì sự cân bằng giữa tự do hợp đồng và sự can thiệp của chính phủ là một vấn đề khác. Với mục đích thúc đẩy

nền kinh tế định hướng thị trường, Bộ luật Dân sự đã tái khẳng định và tăng cường những nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng. Theo luật này, các bên tham gia hợp đồng có địa vị pháp lý bình đẳng trong đó không bên nào được áp đặt ý chí lên bên còn lại... Theo Bộ luật dân sự, các bên giao kết hợp đồng có quyền tham gia hợp đồng, lựa chọn bên đối tác, xác định nội dung hợp đồng và sửa đổi, kết thúc hợp đồng. Bộ luật này đã bỏ những quy định về theo dõi hợp đồng và không còn cho phép các cơ quan chính quyền ban hành các quy định thực hiện. Luật cũng thu hẹp phạm vi của các hợp đồng vô hiệu... Câu hỏi đặt ra là làm sao để các quy định của luật hợp đồng trở nên thực tiễn và cụ thể hơn... (Cuối cùng), Bộ luật Dân sự đã bao gồm nhiều khái niệm và học thuyết pháp lý từ các hệ thống pháp luật nước ngoài, pháp luật quốc tế, trong đó có cả trách nhiệm trước hợp đồng, các nghĩa vụ ngẫu nhiên, các quy định về chuyển quyền sở hữu, rủi ro hàng hóa... để hiện đại hóa pháp luật hợp đồng tại Trung Quốc.”

Quá trình thông qua luật mới về trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng diễn ra lâu hơn và chỉ kết thúc vào ngày 26/12/2009 khi được Ủy ban thường vụ Đại hội đại biểu nhân dân toàn quốc thông qua. Dự thảo đầu tiên được trình năm 2002 như là một phần của việc pháp điển hóa toàn diện luật dân sự đã được lập kế hoạch nhưng sau đó đã bị dừng lại vì thất bại của dự án pháp điển hóa.

Việc trì hoãn là do phải đợi sự thông qua của Luật về vật quyền năm 2007. Một dự thảo chính thức mới đã được hoàn thiện vào tháng 12/2008 và được công bố năm 2009 để thu thập ý kiến công chúng. Một đồng nghiệp người Đức tại khoa luật, Đại học Bremen của tôi, GS. Brüggemeier cũng đã trình một dự thảo và được xem xét nhưng không được tiếp thu bởi các nhà lập pháp (Brüggemeier and Yan, 2009). Văn bản luật mới đã được in trong công trình của Brüggemeier (2011, tr. 167-181). Điều 1 đưa ra mục tiêu của luật mới:

Luật này được ban hành để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể dân sự, xác định rõ trách nhiệm thiệt hại, ngăn ngừa và trừng phạt những hành vi gây thiệt hại và thúc đẩy sự hài hòa và ổn định xã hội.

Brügge-meier nhận xét về luật này với những lời sau (tr. 195-196):

“Luật Trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng cho thấy những vấn đề học thuyết gây tranh cãi không còn nữa. Những vấn đề này để dành cho giới học giả, không phải là dành cho cơ quan lập pháp nữa... Logic mang tính xây dựng của các hình mẫu cải cách luật trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng của châu Âu đã không được áp dụng một cách có dụng ý. Thuật ngữ thiệt hại (delict/tort) cũng đôi khi gây nên những phê phán. Cơ quan lập pháp Trung Quốc ban đầu muốn có những giải pháp thực dụng cho các vấn đề bức xúc của kinh tế thị trường xã hội chủ nghĩa của hôm nay tại Trung Quốc. Chính vì tính mở của các diễn biến pháp luật châu Âu hiện đại, ban đầu cơ quan này xem xét liệu luật hiện hành của Trung Quốc có phù hợp không, đặc biệt là bộ “Những nguyên tắc chung của luật dân sự và những hướng dẫn liên quan của Tòa án nhân dân cao nhất của Trung Quốc. Những quy định ra đời có những điểm tốt và xấu của chúng. Những quy định chi tiết về trách nhiệm sản phẩm và sự điều tiết mang tính đổi mới về trách nhiệm liên quan đến dược phẩm đã được bàn thảo. Trách nhiệm về môi trường vẫn còn rất sơ khai trong luật này. Luật về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng là chưa hoàn thiện. Thời hiệu cho việc khởi kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại vẫn còn thiếu...”

Liệu những làn sóng mới của việc làm luật dân sự ít nhiều có theo mô hình của Đức hay không (xem Bu, 2012, tr.7-11) hay liệu nó phải được gọi là một sự pha trộn giữa các truyền thống dân luật và thông luật vẫn là câu hỏi mở. Tôi có xu hướng ủng hộ tác giả thứ hai khi nói về một “sự đồng quy của dân luật và thông luật từ năm 1978” – điều tương phản

với lý thuyết của Legrand (1996) được đề cập ở trên. Truyền thống luật dân sự - đặc biệt là luật Đức - tồn tại vì những lý do lịch sử nhưng có vẻ như đang mất dần ảnh hưởng. Việc Trung Quốc muốn pháp điển hóa - mặc dù cuối cùng không thành công - là do truyền thống dân luật. Điều này cũng đúng đối với việc sử dụng nhiều khái niệm từ hệ dân luật. Mặt khác, nhiều nguyên tắc thông luật có thể được tìm thấy trong luật của Trung Quốc, ví dụ như luật hợp đồng, bảo vệ người tiêu dùng và trách nhiệm đối với sản phẩm. Tuy nhiên, cuối cùng “Trung Quốc cơ bản vẫn là một quốc gia dân luật” (Shijian Mo tr. 219).

4. Kết luận: từ chuyển hóa tới việc sử dụng luật so sánh một cách có phê phán và thực dụng – nhìn lại Montesquieu

Kết quả của bài tổng quan ngắn và còn bước đầu về ba nền tài phán lớn và phức tạp là Nhật Bản, Ấn Độ và Trung Quốc của tôi liên quan đến quá trình hiện đại hóa luật dân sự như thế nào? Kết quả rõ thấy nhất là sự khác biệt lớn trong cách tiếp cận cải cách pháp luật của họ. Trong khi Nhật Bản bắt đầu làm thực hiện việc chuyển hóa pháp luật đầu tiên vào thế kỷ 19 thích nghi với những yêu cầu hiện đại vốn làm cho những đạo luật được chuyển hóa này mất đi tính chất ban đầu của nó là “đạo luật được chuyển hóa”. Ấn Độ và Trung Quốc lại theo một cách hoàn toàn khác. Ấn Độ đã thay thế cho hướng tiếp cận theo thông luật ban đầu của mình theo học thuyết “công lý, công bằng và lương tâm” bởi một hệ thống song song mới của các giải pháp về nội dung cũng như thủ tục liên quan đến người tiêu dùng. Tuy nhiên đã có những sự vênh nhất định giữa khái niệm được chuyển hóa (chẳng hạn, hành vi thương mại không công bằng) và việc không thể đạt được công bằng cho người tiêu dùng nhanh chóng. Trung Quốc cuối cùng đã phải

xây dựng lại hoàn toàn hệ thống luật dân sự của mình không phải theo truyền thống pháp điển hóa của lục địa mà bằng việc xây dựng nhiều luật mới về vấn đề cần giải quyết trong một xã hội và hệ thống pháp luật đang chuyển đổi. Hướng tiếp cận này kết hợp các kết quả của các nghiên cứu luật so sánh với nhu cầu cụ thể của đất nước trong một khoảng thời gian và tình hình kinh tế - chính trị nhất định. Vẫn còn quá sớm để đánh giá về kết quả của sự thay đổi này.

Nghiên cứu về 3 quốc gia cho thấy ý tưởng của Watson và những người theo ông cũng như những người phê phán ông về khía cạnh nào đó đã mất dần ý nghĩa. Việc tiếp nhận đơn giản toàn văn các luật hoặc chỉ một số khái niệm pháp lý của nước tiếp nhận được thông qua một quá trình thích nghi, thông tin và thực hiện phức tạp hơn và ít trực tiếp hơn và sự sáp nhập giữa những “mảnh nhỏ” của luật trong nước và luật nước ngoài. Sự *“lai hóa” nhất định về cải cách và thay đổi pháp luật* là kết quả của quá trình này. Kết quả của quá trình này chứ không phải nguồn gốc của nó mới là quyết định.

Có lẽ, cuối cùng thì có lẽ Montesquieu (1914) đã không sai trong phân tích của mình năm 1748:

“Các luật dân sự và chính trị của mỗi dân tộc nên được làm thích nghi với người dân của nơi mà chúng điều chỉnh theo tinh thần: Nói chung, các luật của một quốc gia phải tương thích với nhau. Các luật này phải liên quan đến bản chất và nguyên tắc của mỗi chính quyền dù là các luật này làm hình thành lên chính quyền với tư cách là các luật công, hay những luật này ủng hộ chính quyền trong trường hợp là những thể chế dân sự. Chúng phải liên quan đến khí hậu của mỗi quốc gia, đến chất lượng đất, vị trí và phạm vi, đến sự chiếm đóng đầu tiên của người bản địa... chúng phải liên quan đến mức độ tự do mà hiến pháp sẽ quy định; tới tôn giáo của các cư dân, tới xu hướng của họ, tới hoạt động

thương mại, tập quán... Vì luật dân sự phụ thuộc vào thể chế chính trị, vì chúng được làm ra cho một xã hội tương tự, bất cứ khi nào có một mong muốn làm theo luật dân sự của một nước khác thì sẽ là hợp lý khi xem xét trước liệu hai nước có cùng các thể chế và cùng luật chính trị hay không”.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

- Adams, M. & Heirbaut, D. (eds.) (2014): *The Method and Culture of Comparative Law – Essays in Honour of M. v. Hoecke*.
- Basedow, J. (2013): *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations – General Course on Private International Law of the Hague Academy of Int. Law*, Vol. 360.
- Baum/Bälz (Hrsg. 2011): *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*.
- Berkowitz, D.; Pistor, K. & Richard, J.-Fr. (2003): *The Transplant Effect*, 51 *AmJCompLaw* 163.
- Brügge-meier, G. (2011): *Modernising Civil Liability Law in Europe, China, Brazil and Russia*.
- Brügge-meier, G. & Yan, Z. (2009): *Entwurf für ein chinesisches Haftungsgesetz*
- Bu, Y. (ed. 2012): *Deutsche und europäische Elemente des chinesischen Rechts*.
- Bu, Y. (2012): *Einführung in das chinesische Recht*.
- Bu, Y. (ed. 2013): *Chinese Civil Law*.
- Bussani, M. & Werro, Fr. (eds. 2009): *European Private Law – A Handbook*.
- Chen, J. (2008): *Chinese Law – Context and Transformation*.
- Chen, Z. (ed. 2009): *Contemporary Chinese Law*.
- Cyrrill Mathias Vincent, J. (2012): *Legal Culture and Legal Transplants – the evolution of the Indian legal system*, in: Sanchez-Cordero (2012), 401-478.
- Dezelay, Y. & Garth, B. (2002): *The Internationalisation of Palace Wars. Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin America*.
- Fedke, J. (2012): *Legal Transplants*, in: Smits (2012), pp. 550-554
- Ginsburg, T. & al. (2014): *Classics in Comparative Law, Vol. I: Methodology*.
- Graziadei, M (2008): *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in: Reimann, M. & Zimmermann, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 441-475
- Harland, D. (1987): *the UN Guidelines for Consumer Protection*, JCP 1987, 245-266
- Henning-Bodewig, F. (ed. 2013): *International Handbook of Unfair Competition Law*.

Kahn-Freund, O. (1974): On Use and Misuse of Comparative Law, 37 Modern Law Review 1. Also in: Ginsburg (2014), pp. 55-81.

Kaneko, Y. (2012): Accompanying Legal Transformation: Japanese Involvement in Legal and Judicial Reforms in Asia, in: Int. Congress (2010), 563.

Kitagawa, Z. (1970): Rezeption und Fortbildung des Europäischen Rechts in Japan.

Legrand, P. (1997): The Impossibility of Legal Transplants, 4 Maastricht Journal of European and Comparative Law, 111. Also published in: Ginsburg (2014) pp. 121-134.

Legrand, P. (1996): European Legal Systems are not Converging, 45 Int. & Comp.LQu. 52-81. Also

published in: Ginsburg (2014) pp. 312-344

Montesquieu, B. De (1914): De l'esprit des lois - The spirit of laws - 1748, Translated by Th. Nugent, J. V. Richard (eds.)

Nayak, R.K. (1987): Consumer Protection Act 1986: Law and Policy in India, JCP 1987, 417

Neelken, D. & Feest, J. (eds. 2001): Adapting Legal Culture.

Reich, N. (2014): General Principles of EU Civil Law, 2014.

Reich, N. (2014a): Reflections on Hans Micklitz' Plea of a Movable System' (of Consumer Law) – Anything to Learn from the Experiences of Indian Consumer Law, in: Purnhagen/Rott (eds.), Varieties of European Economic Law and Regulation, Liber amicorum Hans Micklitz, 2014, 651-674.

Reich, N. (2013): 'Reflexive Contract Governance' – David Trubek's Contribution to a More Focused Approach to EU Contract Legislation, in: de Burca et al (eds.), Global Governance in a Critical Perspective - Liber amicorum David Trubek, Hart 2013, 273-294.

Reich, N. (2002): The US-American Federal Trade Commission (FTC) – A Model for Effective Consumer Protection in a Unifying European market? In: H.-W. Micklitz/Jürgen Keßler (eds.), Marketing Practices Regulation and Consumer Protection in the EC Member States and the US, 2002, 417-444.

Reich, N. (1972): Sozialismus und Zivilrecht.

Reich, N. (1966): Sociological Jurisprudence and Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas.

Sacco, R. (1992): La circulation des modèles juridiques, in : Rapport généraux au XIII Congrès International du droit comparé 1990, 1

Sanchez-Cordero, J. (ed. 2012). The Process of Legal Acculturation – A Mexican Perspective, in: Legal Culture and Legal Transplants – International Congress of Comparative Law, Washington/DC 2010, 1-59.

Shijian Mo, J. (2012): Legal Culture and Legal Transplants – Convergence of Civil Law and Common Law Traditions of Chinese Private Law, in: Sanchez-Cordero, 205-221.

Siems, M. (2014): The Curious Case of Overfitting Legal Transplants, in: Adams & Heirbaut (2014), 133-146.

Singh, A.(2005): Law of Consumer Protection in India.

Smits, J. (2012): Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2nd ed.

Teubner, G. (1998): Legal Irritants – Good Faith in British Law, or: How Unifying Law Ends Up in New Divergencies, 61 Modern Law Review, 11

Trubek, D. & Santos, A. (eds. 2006): The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal.

Trubek, D. (2004): Law and Development, in: Int. Encyclopedia of the Social and Behavioural Sciences, 8443

Watson, A. (1993); Legal Transplants – An Approach to Comparative Law, 2nd ed.

Xanthaki, H. (2008), Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap, 57 Int. Comp.LQ 659.

v. Mehren, A. (1963): Law in Japan – The Legal Order in a Changing Society.

Yamamoto, K. (2013): Rechtswissenschaft und Rechtsvergleichung – Die Erfahrungen der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in Japan, in: Grundmann, St. (ed. 2015): Tagung für Rechtsvergleichung in Marburg 2013.

Yamamoto, K. (2013a): Die Entwicklung des Leistungsstörungenrechts seit 1900 – die japanischen Erfahrungen, Zeitschrift für japanisches Recht – Sonderheft 7.

PRACTICES ON LEGAL TRANSPLANTATION IN SOME ASIAN COUNTRIES: PHENOMENON, ARISING ISSUES, DIFFICULTIES AND TREND FOR DEVELOPMENT

Norbert Reich

This presentation is devoted to Asian countries. This is particularly difficult for me. I'm neither an expert on Asia or rather the many very different countries of the Asian continent, nor on the many languages - unless English, German or French are used, nor on the rather dramatic political, social and economic changes which happened in this region. So I had to restrict my topic territorially, with regard to subject matters and time.

The development of Japan is close to me and to Germany because of many legal-scientific and personal contacts to which I will turn later. The next candidate is India where I had the chance to do an intense study on the state of consumer law and practice (Reich, 2014a). Finally, China has been close to me due to a number of visits and other contacts. The areas of law which I'm mostly concerned with are, of course general civil law like contracts and torts, but also such specific topics like trade practices regulation (advertising, marketing practices, not anti-trust law) and product liability – both areas very important for emerging market economies where especially the law of the EU has played a remarkable role and serviced in many of the jurisdictions mentioned here as a model for legal transplants. But I cannot go into details due to time and space restrictions.

Legal transplants in the jurisdictions mentioned are a rather common phenomenon and they confirm more or less what I said in the previous presentation quoting Watson: law moves quite easily from jurisdiction to jurisdiction, and with the exception of such traditional areas like family law the receiving country has available a number of choices which may fit more or less to its legal-policy objectives, especially modernisation of its law or/and its adaptation to the requirements of modern market economies. This of course does not exclude tensions, mismatches, “reform of reform”-needs etc. Law has always been a learning process, and the Asian countries which I could study are no exception. There is never a “best and ideal” solution, but always an element of experimentation, of trial and error, or adaptation, re-adaptation, de-adaptation. To quote again the US-American Supreme Court Justice Oliver Holmes: *the life of law had not been logic – it has been experience*. More recently the expertise of prominent lawyers and law professors from foreign countries – mostly Europe and the US – had been deliberately used in the process of modernising and drafting new legislation in civil law matters, not so much by “legal transplantation”, but by merging the experiences in modern jurisdictions with the ongoing reform work in the home legislation. China is a particularly good example for that “hybridisation” of legal transplants.

1. Japan: The implant of the German Civil Code and its later “Japanisation”

The well-known Japanese civil law professor and member of the actual reform commission of the Japanese Civil Code, Prof. Yamamoto (2013) has evaluated the development in his country with regard to legal transplants in a paper presented at the German comparative law meeting of 2013:

“It is well known that a reception of Western law took place in Japan in the 19th and 20th century but that nevertheless a communitarian “indigenous law” remained effective in Japanese society as “living law”. However, it is controversial how this “indigenous law” of Japan is to be understood, and indeed whether it is to be regarded as pre-modern law or – with regard to the theories of evolution and culture – as natural law, or whether it is to be explained as result of differences in institutional conditions or rather has universal meaning as “living law”.

As a result, it can be said that the reception of Western law has been successful in Japan because this “living law” worked effectively, the received law included certain mechanisms with which the “living law” could be absorbed, and finally because various forms of soft law are applied. In the 1990s and the first years of the new millennium Japan experienced a profound economic crisis so that a series of neoliberal reforms have been carried out. Since the previously existing protected spaces of the “living law” were destroyed, the task now is to create a legal system again in which it is possible for the “living law” to coexist”.

It is also known that, after the *Meiji* government came to power after the fall of the *Tokugawa-Shogunat* in 1868, an intense reform and modernisation process occurred in Japan, based on transplants from Western civil law. At first the French Code civil – then the most modern legislation in the world – served as a model. Prof. Gustave Emile Boissonade was invited in 1873 to create a modern civil law, restricted to economic related matters. Boissonade referred not only to French law but also to civil legislation of other countries and ideas of his own. His draft civil law was finished in 1890; it is called “the old civil law” (*kyû-minpô*).

This draft which was supposed to enter into force in 1893 was subject to heavy critique based on political and ideological reasons. Heavy differences existed between the French and the Common Law school,

as well as between adherents of the historical and the natural law schools. As a result of these conflicts, the draft had to be withdrawn - it did not enter into force.

In 1893 a new Commission was established to draft a Civil law. The old draft was taken as a basis, but the recent draft of the German BGB was widely used. The Pandect system with five books – general part, property law, law of obligations, family law, law of succession – was taken over. 1896 the first three books were published, in 1898 the last two ones. All parts of the Civil Code entered into force in 1898 (two years before the BGB entered into force on 1 Jan. 1900).

There is a debate in Japanese legal theory how far the ZGB of 1898 is a simple transplant of the BGB. According to Yamamoto this is not the case because many provisions from French law were taken over. Others came from different legal orders, not necessarily German law. The Japanese Civil Code must be regarded as result of a mixed reception, whereby French and German law take a central position. After the publication of the Civil Code the majority of Japanese authors insisted on interpreting it according to its alleged German sources; the original mixed transplant was modified by a pure German theoretical interpretation. The relationship to its original sources was lost, as Yamamoto (2013a) explained with regard to the law of breach of contract. Only later Japanese scholars and judges developed an interest for local law. Interest focused also on the specifics of Japanese “living law” (“lebendes Recht” in the sense of legal sociology) which was said to be much less formal and “legalised” than the European or US-American examples (Baum/Bälz 2011 at p. 18 et seq.).

In the meantime legal litigation and “lawyering” has gained more importance in Japan, which is probably a result of the export

orientation of its economy and the need to adapt legal practice to modern international transactions, notably with the US and the EU. A number of reforms were enacted; a total new civil codification is planned but has not yet been achieved because of contrasting views in Japanese society.

Under the impact of the international consumer movement, a Consumer Contract Law was enacted on 12 May 2000. It is – loosely following EU precedents – concerned with a right to cancellation of contracts after having been concluded on grounds of dissimulation, and the invalidity of certain pre-formulated clauses, particularly exemption clauses. It is at the moment in a process of change, in order to improve the legal position of the consumer by giving him/her a general right of withdrawal in certain types of transactions, and to tighten the provisions on unfair contract terms by putting them into a so-called “black list”, thus following the German model.

It is a controversial question in Japanese law not yet decided by the legislator on whether to integrate consumer contract law into a reformed Civil Code like in the German BGB reform of 2002, or to separate its provisions into a special “Code de la consommation” like the French model.

2. India - mismatches between common law and transplants in consumer law

Indian law fits in our discussion of legal transplants only with great difficulty. The British colonial offices never tried to impose common law provisions upon the many indigenous jurisdictions in India, nor did they propose any type of codification like in the continental law tradition. They simply set up a review system of law in India, ending at

the Privy Council which was bound by the general concept of “*justice, equity and good conscience*”. In 1947 the British Parliament passed the Indian Independence Act by which India was declared to be a separate and independent Dominion. This however did not mean that common laws lost immediately its relevance in areas previously covered by it like commercial transactions. Quite to the contrary, Indian judges continually make references to English case law either to interpret the Indian statutes, or as a residuary source of law wherever need has been felt to decide a case according to “*justice, equity and good conscience*” as the main reference point. But there is a judicial tendency to strike a new line with this approach. There have been quite a few cases where the Supreme Court of India has dissented from the English approach and from time to time Indian courts also refer to cases from other jurisdictions (Cyril Mathias Vincent 2012 at pp. 465-466).

This approach is not based on a theory of “legal transplant”, but rather on the integration of seemingly “foreign” (i.e. English) law into the local legal culture, at least in certain areas relating to commercial transactions: It was felt however that this approach didn’t fit at all with the growing relevance of the consumer movement supported by international agreements and programmes. Reform was necessary here by reconsidering the state of the existing law under legal-policy objectives and by developing new substantive and procedural mechanisms for effectively protecting (Indian) consumers beyond the state of existing common law under the “justice, equity and good conscience” doctrine.

The Indian Consumer Protection Act of 1986 (in the following: CPA) therefore must be seen as an expression of the growing importance of the consumer protection movement worldwide at the time of its adoption. According to a remark by Nayak (1987 at p. 423) written

shortly after the adoption of the CPA, “(i)n India, consumerism is yet to become a people’s movement... The Act is a positive step towards achieving this.”

The most important document of the time to take reference from had been the UN Guidelines for Consumer Protection which found a sympathetic assessment in a paper by the Australian law professor David Harland (1987). The Guidelines – which had no binding legal force and were addressed to UN members – contained seven areas for further action. In the context of this study, two sets of Guidelines are of interest:

- *Promotion and protection of consumers’ economic interests (paras 13-23): promotional marketing and sales practices should be guided by the principles of “fair treatment of consumers”; misleading marketing practices should be banned, information for consumers improved (Harland at pp. 253-254).*
- *Measures enabling consumers to obtain redress (paras 28-30): this stresses the importance of access to law, implying that access to the normal courts is not a realistic option for most consumers. “Accordingly, Governments should establish or maintain legal and/or administrative measures to enable consumers or, where appropriate relevant organisations to obtain redress through formal or informal procedures that are expeditious, fair, inexpensive, and accessible (Harland at p. 256).”*

The main focus of the CPA was the establishment of a parallel system of resolving consumer complaints outside the regular court system. This is quite a radical move but follows clearly the “philosophy” of the UN Guidelines. It is also the result of a widespread critique of the functioning of the judicial system in India which was said to deny

access to law to “normal”, in particular poor consumers. Incremental reforms like undertaken in many other common law jurisdictions were regarded as insufficient. The CPA therefore established a completely new quasi-judicial system, consisting of three tiers, namely

- District Consumer Redressal Fora
- 35 State Commissions
- One National Commission.

The CPA of 1986 with its reform of 2002 also brought a new substantive concept into contract and trade practice law taken over from the US Federal Trade Commission (Reich 2002), namely that of an Unfair Trade Practice (UTP). This concept was not only used for preventive justice against deceptive advertising or other unfair selling methods on the market, but also as a remedy for consumer compensation beyond the existing common law and equitable remedies. Under Sec. 12 (1) CPA compensation is possible before a District Forum in relation to “any goods sold or delivered or agreed to be sold or delivered or any service provided or agreed to be provided...” This definition does however not cover the pre-contractual phase of an UTP. The concept of consumer under Sec. 2 (d) CPA means any person who

(iii) buys any goods for a consideration which has been paid or promised or partly paid and partly promised, or under any system of deferred payment and includes any user of such goods other than the person who buys such goods for consideration paid or promised or partly paid or partly promised, or under any system of deferred payment, when such use is made with the approval of such person, but does not include a person who obtains such goods for resale

(iv) (hire-purchase)

The problem of this definition of a UTP which has been taken over from comparative law, in particular US and EU models and has been studied in a different context (Reich, 2014a), shows the misunderstandings inherent in the policy of legal transplants itself. It was originally developed to regulate trade practices on the market in order to combat them *before* they reach the individual consumer. In the context of the CPA, they are used for an individual remedy to compensate the consumer *after* having been injured by unfair contracting. They are meant to substitute the traditional common law remedies which are regarded to be insufficient for consumer transactions, but do so at the price of lacking clarity which results in a surprising discretion of proceedings before the bodies hearing a consumer case. This again provokes intolerably lengthy proceedings, as had been shown in many studies criticising the approach of the CPA. Transplants of substantive character – the concept of UTP as basis for a consumer remedy – therefore must match with the procedural enforcement mechanism – the newly created consumer redressal system – which does not seem to be the case in India. This author has made a number of proposal for improvement (Reich 2014a, pp. 669-672) which however cannot be discussed in the context of this study.

3. China - the ambivalence of legal transplants

The process of economic modernisation of the People's Republic of China (PRCh) is better known to the participants of this seminar than to me, and therefore I need not comment on it. What about the legal system or, more specifically, “Chinese Civil Law” where we have a comprehensive volume of studies by mostly Chinese authors (Bu 2013; Chen 2008)? Legal transplants are a common phenomenon and have

been part of a modernisation strategy of China, at least in areas which relate to economic relations like contracts and torts. Other areas like property of land are still characterised by a dominance of socialist or post-socialist conceptions which are not part of this study. But the concept of “transplant” has changed, as we will develop later.

Unlike other civil law jurisdictions, the PRCh has not yet enacted a comprehensive modern civil code despite many attempts in this direction (see the detailed analysis by J. Chen, 2008, pp. 331-340). There had been several projects on drafting such a code already in socialist times of the planned economy, but they resulted only in “General Principles of Civil Law” (GPCL) enacted on 12 April 1986 showing already some signs of liberalisation. In 2002, a draft civil code was prepared consisting of nine parts, namely

- General provisions.
- Law of real rights.
- Law of contract.
- Law of personality rights.
- Law of marriage.
- Law of adoption.
- Law of succession.
- Law of tort liability.
- Private international law.

However, instead of adopting a comprehensive Civil Code, the Chinese legislator decided to enact special legislation namely on:

- Contract law (CL) of 15 March 1999, effective from 1 October 1999.
- Real rights law of 16 March 2007/1 October 2007.
- Security law of 30 June 1995/1 October 1995.

- Law on Tort liability of 26 December 2009/1 July 2010.
- Succession law of 4 October 1985/1 October 1985.
- Marriage law of 10 September/1 January 1981.
- Adoption law of 29 December 1991/1 April 1992.

In the context of our study on legal transplants, we are only interested in contract and tort legislation. The general principles of freedom of contract, equality of civil rights, and good faith can already be found in Art. 3 and 4 of the GPCL, however more indirectly and not as overarching general principles. A modern contract law had to be set up after the old socialist type of contract law legislation of 1985-1987 enacted in the context of a planned economy and following the Soviet model (Reich, 1972) lost its relevance during the reform process. The Chinese legislature decided in the beginning of the nineties to adopt a coherent contract law. The Commission for legal affairs of the SCNPC (Standing Committee of the National People's Congress) began to prepare a uniform contract act in October 1993. Legal scholars and experts from prominent law school were invited to participate in the legislation work program in order to formulate an advisory draft of the contract law. This draft would constitute the basis for the final version of the contract law passed. In 1998 the draft was presented to the SCNPC and published for public comments. An intense public debate resulted, including many proposals for change which were more or less introduced into the final text of the CL adopted on 15 March 1999. It replaced the original 3 contract laws of 1985-1987. Dr. Chen (2008, p.458), Professor of Chinese law at La Trobe University/Australia comments this law as follows:

“There is no doubt that the making of the 1999 Contract Law is a far-reaching effort to wrestle with China’s rapidly developing ‘socialist market economy’, as well as to ensure that China’s approach to

contracts corresponds more closely to international norms. It is not simply an attempt to reorganise China's range of contract legislation, but a systematic redesigning of the form and context of the whole body of Chinese contract law...It also seems to be a sound decision to model uniform contract law on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts ...It is however difficult to understand the reluctance of the Chinese law-makers to explicitly provide the principle of freedom of contract. This reluctance is particularly at odds with the frequent assertion that a market economy is fundamentally based on freedom of contract and economic equality."

Dr. Funing Huang (2013, p. 34), Member of the Chinese Banking Regulatory Commission, comments the new CL with the following somewhat more optimistic words:

"...the process of drafting several versions of the CL caused heated debates. ..The CL abolishes the differential treatment not only between civil and commercial contracts, but also between domestic and foreign contracts. ... The CL also eliminates differences between previous contract laws and sets out coherent rules, including the concept of a contract, the formal requirements of a contract, the performance of a contract, and the liability rule for a breach of a contract. Managing the balance between contractual freedom and government intervention was another issue. With the purpose of bolstering a market-oriented economy, the CL reaffirms and strengthens the principle of freedom of contract. The CL insists that contract parties enjoy equal legal standing in which neither party may impose its will on the other party. ...According to the CL, contracting parties have the right to enter into a contract, to select the contracting party, to determine the content of a contract, and to amend or terminate a contract. The CL removes the provisions about contract administration and no longer authorizes government

agencies to promulgate rules of implementation. The CL also narrows the scope of invalid contracts....The question was raised as how to make the rules of contract law more practical and scientific...(Finally), the CL adopted a number of legal concepts and doctrines from foreign legal systems or international conventions, including pre-contractual liabilities, incidental obligations, rules on the transfer of ownership, and risk of goods, in order to modernise contract law in China.”

The process of adoption of a new Law on Tort Liability (LTL) took much longer and ended only on 26 December 2009 with its adoption by the SCNPC. A first draft was presented in 2002 as part of the then planned comprehensive civil law codification but had to be dropped due to the failure of the codification project. Deliberations were postponed to await the adoption of the real property law in 2007. A new official draft was finalised in December 2008 and published in 2009 to solicit public opinions. A German colleague of my Bremen law faculty, Prof. Brüggemeier, presented a draft which was considered but not adhered to by the legislator (Brüggemeier and Yan, 2009). The text of the new law is printed in Brüggemeier (2011, pp. 167-181). Art. 1 sets out the objectives of the new Act:

In order to protect the legitimate rights and interests of civil subjects, clarify tort liability, prevent and punish tortious conduct and promote social harmony and stability, this Law is formulated.

Brüggemeier characterised the LTL with the following words (pp. 195-196):

“The LTL shows that it remains free of doctrinal matters of controversy. These are left to the academics not the legislature...The constructive logic of the European models of reform of liability law ... are purposely not followed. The terminology (‘delict/tort’) also occasionally gives rise to criticism. The Chinese legislature wanted first and foremost

to provide pragmatic solutions for the pressing problems of today's socialist (?NR) market society in the PRC. For all the openness to modern European legal developments, first of all it considered whether existing Chinese law was a good fit, particularly the GPCL and the related Guidances of the Highest People's Court. The resulting rules have both their good and their bad points. The detailed provisions on product liability and the innovative regulation of medical liability are to be commended... Environmental liability remains rudimentary in this Act. The law of damages is incomplete. Limitation periods for liability claims are absent..."

It is still an open question among Chinese legal scholars whether the new wave of civil legislation follows more or less the German model (see Bu, 2012, pp.7-11) or whether it must be called a mixture between civil and common law traditions (Shijian Mo, 2012, pp. 214-219) . I tend to follow the second author who talks of a “convergence of civil law and common law since 1978” – quite in contrast to the theory of Legrand (1996) mentioned above. The civil law – especially German law – tradition persists due to historical reasons but seems to have lost influence. The insistence on codification in China – even though in the end not successful – is owed to the civil law tradition. The same is true with the use of many concepts from civil law. On the other hand, many common law principles can be found in Chinese law, eg on contract law, consumer protection, and product liability. But in the end, “China is largely a Civil law country” (Shijian Mo at p. 219).

4. Conclusion: from transplants to critical and pragmatic use of comparative law - Montesquieu revisited

What is the result of this short and to some extent rather superficial overview of three great and complex jurisdictions with regard to their

modernisation of civil law, namely Japan, India and China? The most obvious result is the great difference in their approach to law reform. While Japan is about to adapt its original transplant of the 19th century legislation to modern requirements which therefore loses its original character as a “transplant” *strictu sensu*, India and China have gone completely different ways. India has substituted the original common law approach to contracting under the doctrine of “*justice, equity and good conscience*” by a new parallel system of substantive remedies and procedures for consumers; however, this leads to a mismatch between the transplanted concept (the UTP) and its inability to attain speedy consumer justice. China finally had to completely rebuild its civil law system which it did not by following the continental codification tradition but by creating a number of legislative acts attached to the problem to be regulated in a transition society and legal system. This approach combines the results of comparative law studies with the specific needs of the country in a given time and economic-political situation. It is too early to judge on the results of this change.

The study of the three countries undertaken in this context clearly shows that the ideas of Watson and his followers as well as his critiques have to some extent lost their significance. The simple take-over of a body of laws or even only some legal concepts by the receiving jurisdiction has been overcome by a more complex, less straightforward process of adaptation, information, implementation and merger of different national and foreign law “bits and pieces”. A certain “*hybridisation*” of law reform and legal change is the result. Its outcome, not its origin is decisive.

Maybe, in the end Montesquieu (1748) wasn’t so wrong in his analysis of 1748:

“The political and civil laws of each nation should be adapted in such a manner to the people for whom they are framed that it should be a

great chance if those of one nation suit each other. They should be in relation to the nature and principle of each government, whether they form it, as may be said of public laws; or whether they support it, as in the case of civil institutions. They should be in relation to the climate of each country, to the quality of its soil, to its situation and extent, to the principal occupation of the natives...they should have relation to the degree of liberty which the constitution will bear; to the religion of the inhabitants, to their inclination, riches, numbers, commerce, manner and customs. As the civil laws depend on the political institutions, because they are made for the same society, whenever there is a design of adopting the civil law of another nation, it would be proper to examine beforehand whether they have both the same institutions and the same political law”.

SELECTED BIBLIOGRAPHY

Adams, M. & Heirbaut, D. (eds.) (2014): The Method and Culture of Comparative Law – Essays in Honour of M. v. Hoecke.

Basedow, J. (2013): The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations – General Course on Private International Law of the Hague Academy of Int. Law, Vol. 360.

Baum/Bälz (Hrsg. 2011): Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht.

Berkowitz, D.; Pistor, K. & Richard, J.-Fr. (2003): The Transplant Effect, 51 AmJCompLaw 163.

Brüggemeier, G. (2011): Modernising Civil Liability Law in Europe, China, Brazil and Russia.

Brüggemeier, G. & Yan, Z. (2009): Entwurf für ein chinesisches Haftungsgesetz

Bu, Y. (ed. 2012): Deutsche und europäische Elemente des chinesischen Rechts.

Bu, Y. (2012): Einführung in das chinesische Recht.

Bu, Y. (ed. 2013): Chinese Civil Law.

Bussani, M. & Werro, Fr. (eds. 2009): European Private Law – A Handbook.

Chen, J. (2008): Chinese Law – Context and Transformation.

Chen, Z. (ed. 2009): Contemporary Chinese Law.

Cyrril Mathias Vincent, J. (2012): Legal Culture and Legal Transplants – the evolution of the Indian legal system, in: Sanchez-Cordero (2012), 401-478.

Dezelay, Y. & Garth, B. (2002): The Internationalisation of Palace Wars. Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin America.

Fedke, J. (2012): Legal Transplants, in: Smits (2012), pp. 550-554

Ginsburg, T. & al. (2014): Classics in Comparative Law, Vol. I: Methodology.

Graziadei, M (2008): Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, in: Reimann, M. & Zimmermann, R. (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 441-475

Harland, D. (1987): the UN Guidelines for Consumer Protection, JCP 1987, 245-266

Henning-Bodewig, F. (ed. 2013): International Handbook of Unfair Competition Law.

Kahn-Freund, O. (1974): On Use and Misuse of Comparative Law, 37 Modern Law Review 1. Also in: Ginsburg (2014), pp. 55-81.

Kaneko, Y. (2012): Accompanying Legal Transformation: Japanese Involvement in Legal and Judicial Reforms in Asia, in: Int. Congress (2010), 563.

Kitagawa, Z. (1970): Rezeption und Fortbildung des Europäischen Rechts in Japan.

Legrand, P. (1997): The Impossibility of Legal Transplants, 4 Maastricht Journal of European and Comparative Law, 111. Also published in: Ginsburg (2014) pp. 121-134.

Legrand, P. (1996): European Legal Systems are not Converging, 45 Int. & Comp.LQu. 52-81. Also published in: Ginsburg (2014) pp. 312-344

Montesquieu, B. De (1914): De l'esprit des lois - The spirit of laws - 1748, Translated by Th. Nugent, J. V. Richard (eds.)

Nayak, R.K. (1987): Consumer Protection Act 1986: Law and Policy in India, JCP 1987, 417

Neelken, D. & Feest, J. (eds. 2001): Adapting Legal Culture.

Reich, N. (2014): General Principles of EU Civil Law, 2014.

Reich, N. (2014a): Reflections on Hans Micklitz' Plea of a Movable System' (of Consumer Law) – Anything to Learn from the Experiences of Indian Consumer Law, in: Purnhagen/Rott (eds.), Varieties of European Economic Law and Regulation, Liber amicorum Hans Micklitz, 2014, 651-674.

Reich, N. (2013): 'Reflexive Contract Governance' – David Trubek's Contribution to a More Focused Approach to EU Contract Legislation, in: de Burca et al (eds.), Global Governance in a Critical Perspective - Liber amicorum David Trubek, Hart 2013, 273-294.

Reich, N. (2002): The US-American Federal Trade Commission (FTC) – A Model for Effective Consumer Protection in a Unifying European market? In: H.-W. Micklitz/Jürgen Keßler (eds.), Marketing Practices Regulation and Consumer Protection in the EC Member States and the US, 2002, 417-444.

Reich, N. (1972): Sozialismus und Zivilrecht.

Reich, N. (1966): Sociological Jurisprudence and Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas.

Sacco, R. (1992): La circulation des modèles juridiques, in : Rapport généraux au XIII Congrès International du droit comparé 1990, 1

Sanchez-Cordero, J. (ed. 2012). The Process of Legal Acculturation – A Mexican Perspective, in : Legal Culture and Legal Transplants – International Congress of Comparative Law, Washington/DC 2010, 1-59.

- Shijian Mo, J. (2012): Legal Culture and Legal Transplants – Convergence of Civil Law and Common Law Traditions of Chinese Private Law, in: Sanchez-Cordero, 205-221.
- Siems, M. (2014): The Curious Case of Overfitting Legal Transplants, in: Adams & Heirbaut (2014), 133-146.
- Singh, A (2005): Law of Consumer Protection in India.
- Smits, J. (2012): Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2nd ed.
- Teubner, G. (1998): Legal Irritants – Good Faith in British Law, or: How Unifying Law Ends Up in New Divergencies, 61 Modern Law Review, 11
- Trubek, D. & Santos, A. (eds. 2006): The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal.
- Trubek, D. (2004): Law and Development, in: Int. Encyclopedia of the Social and Behavioural Sciences, 8443
- Watson, A. (1993); Legal Transplants – An Approach to Comparative Law, 2nd ed.
- Xanthaki, H. (2008), Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap, 57 Int. Comp.LQ 659.
- v. Mehren, A. (1963): Law in Japan – The Legal Order in a Changing Society.
- Yamamoto, K. (2013): Rechtswissenschaft und Rechtsvergleichung – Die Erfahrungen der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in Japan, in: Grundmann, St. (ed. 2015): Tagung für Rechtsvergleichung in Marburg 2013.
- Yamamoto, K. (2013a): Die Entwicklung des Leistungsstörungenrechts seit 1900 – die japanischen Erfahrungen, Zeitschrift für japanisches Recht – Sonderheft 7.

BÌNH LUẬN NGẮN VỀ KHẢ NĂNG VÀ KHÓ KHĂN TRONG VIỆC CHUYỂN HÓA VĂN HÓA PHÁP LÝ

Higuchi Yoichi

Trước khi đi vào chủ đề chính là “chuyển hóa pháp luật” thì một điểm trước hết cần làm rõ. Sự cần thiết phải làm rõ điểm này là đương nhiên, và tôi nghĩ đây là một cơ hội tốt. Đó là, pháp luật có 2 phương diện. Phương diện thứ nhất là yếu tố công nghệ của pháp luật, được hiểu là một công cụ để điều hành xã hội bằng phương pháp duy lý. Một phương diện nữa là yếu tố văn hóa của pháp luật khi coi pháp luật là ý tưởng cơ bản về con đường đưa người dân đến hạnh phúc chung.

Vì vậy, rất cần nắm rõ phương diện công nghệ của pháp luật, và đối với người Nhật Bản chúng tôi thì việc được hợp tác thường xuyên trong một dự án đầy tham vọng về cải cách thể chế mà các bạn Việt Nam đang thực hiện là một điều vô cùng hạnh phúc.

Trong khi đó, văn hóa pháp lý lại làm phát sinh vấn đề. Đó là vì văn hóa pháp lý một mặt nhấn mạnh những thứ mang tính phổ quát - mặt khác, lại phải thỏa hiệp giữa tính phổ quát này với bản sắc riêng có của mỗi nền văn hóa. Chính vì vậy, cần tiếp tục có những đối thoại liên nền văn hóa. Đó chính là điều mà tôi lấy làm xuất phát điểm để bắt đầu phần trình bày của mình trong buổi hôm nay.

1. Phác họa bước đầu về diễn tiến văn hoá pháp lý khởi nguồn từ Tây Âu - 4 năm 89

Trong nền dân chủ, pháp luật không còn là mệnh lệnh áp đặt một chiều từ trên xuống. Pháp luật bao gồm các qui phạm được ban hành bởi nghị viện (quốc hội) do nhân dân bầu ra, và các qui tắc dưới luật, hoặc các khế ước được ký kết giữa các bên đương sự và được tòa án thừa nhận. Bên cạnh đó, trật tự của hệ thống pháp luật được tạo ra trong một quốc gia như thế này được qui định bởi đạo luật nền tảng là Hiến pháp. Với ý nghĩa này thì ta có thể hình dung hệ thống pháp luật có hình kim tự tháp mà đỉnh là Hiến pháp. Chính vì vậy, điều tôi nói đến ngày hôm nay sẽ chủ yếu tập trung vào văn hóa hiến pháp.

Vậy thì, “Văn hóa hiến pháp” là gì? Ở đây, tôi xin đưa ra câu trả lời có giá trị mặc dù xét về bề ngoài thì có vẻ cũ kỹ. Đó là về định nghĩa của từ “Hiến pháp” được ghi nhận trong Điều 16 Hiến chương nhân quyền của Pháp năm 1789. Cụ thể là “Nếu không có phân chia quyền lực, không có bảo đảm quyền lợi, thì trong xã hội không có Hiến pháp tồn tại”. Văn hóa hiến pháp này đã được phổ biến ra bên ngoài như thế nào? Tôi xin tham khảo và chỉ ra định thức “4 năm 89” - định thức vẽ ra một loạt các sự kiện chuyển hóa quan điểm hiến pháp kể trên - để trả lời cho câu hỏi này.

Vậy định thức này đề cập đến những vấn đề gì? Trước hết là năm 1789. Khi mà Tuyên ngôn nhân quyền nổi tiếng của cách mạng Pháp được công bố, Tuyên ngôn này đã công thức hóa một cách hết sức tinh tế nguyên tắc hiện đại của văn hóa hiến pháp. Có nghĩa là, tuyên ngôn nhân quyền này một mặt qui định nhà nước là một thể thống nhất được ủy thác về chủ quyền, mặt khác coi cá nhân được giải phóng khỏi các hạn chế của chế độ phong kiến là người đảm nhận các quyền con người. Năm 1689, vừa đúng 1 thế kỷ trước đó, Tuyên ngôn nhân quyền (Bill of Rights) của

nước Anh đã mở ra lịch sử của hiến pháp hiện đại. Tuy nhiên tuyên ngôn này áp dụng truyền thống trung cổ ngược về thời Magna Carta, tương phản với Tuyên ngôn nhân quyền của Pháp năm 1789.

Tiếp theo, chúng ta hãy thử xem năm 89 thứ ba. Đó là vào năm 1889. Vào thời điểm đó, Nhật Bản - vốn là một quốc gia có văn hóa bắt nguồn từ truyền thống không phải Tây Âu, đã lấy hiến pháp làm công cụ để hiện đại hóa đất nước. Hiến pháp Đại đế quốc Nhật Bản đã được ban hành vào năm 1889, và được thi hành năm 1890. Năm 89 cuối cùng là năm 1989 khi Bức tường Béclin sụp đổ với tính cách như một dấu mốc bắt đầu sự dân chủ hóa vượt qua biên giới Đông Tây. Ngay ở tại Việt Nam, các quý vị hiện cũng đang thực hiện một quá trình chuyển đổi vĩ đại.

Có thể nói rằng, khi nhìn xuyên suốt 4 năm 89 này, chúng ta có thể nhận ra quá trình mà văn hóa hiến pháp lan rộng và bắt rễ ra khắp thế giới. Tuy nhiên, ngay cả ở các nước đã tạo ra văn hóa hiến pháp, thì việc phổ biến văn hóa hiến pháp này cũng đã trải qua nhiều khó khăn và ghềnh thác. Theo suy nghĩ của tôi, việc rút ra bài học từ quá trình này để có được triển vọng cho tương lai chính là mục tiêu nỗ lực chung của chúng ta, và tôi cho rằng kinh nghiệm của xã hội Nhật Bản có thể đóng góp phần nào đó cho điều này. Từ nửa cuối thế kỷ 19, Nhật Bản vừa du nhập văn hóa pháp lý bắt nguồn từ Tây Âu, vừa theo đuổi con đường hiện đại hóa, có lúc thành công nhưng cũng có lúc thất bại.

2. Văn hóa hiến pháp: “Nhà nước” pháp quyền

Ở đây có lẽ cần định nghĩa chính xác hơn về nội dung của thứ mà tôi gọi là “văn hóa hiến pháp”. Có thể các quý vị đa phần đã nghĩ tới hai khái niệm chìa khóa là “nhà nước pháp quyền” (“Etat de droit” trong tiếng Pháp) và “cai trị bởi pháp luật” (“rule of law” trong tiếng Anh) được Liên minh châu Âu (EU) sử dụng như những khái niệm đồng nhất.

Khi chúng ta nói về “nhà nước pháp quyền”, trước hết cần phải nói về nhà nước. Chúng ta cần nhấn mạnh rằng sự dịch chuyển ngày càng mạnh mẽ của các quan điểm chính trị văn hóa vượt khỏi biên giới quốc gia là điều không tránh khỏi, song cũng cần phải nhấn mạnh tới khía cạnh quốc gia là một tập thể dân chúng, “thứ mang tính công cộng” (*res publica*) - khởi nguồn của từ republic - có chủ quyền và tự chủ. Trong những tập thể dân chúng này, quan trọng nhất chính là thứ được gọi là “nhà nước”.

Trên thực tế, con người liên tục ủy thác cho nhà nước một công việc khó khăn - mà cụ thể là kiểm hãm nhiều thế lực khác nhau mà lúc nào cũng có thể “tràn” ra. Cụ thể là con người ủy thác cho nhà nước một loạt các biện pháp như kiểm soát kinh tế để đối phó với sức mạnh vạn năng của đồng tiền, tách bạch nhà nước với tôn giáo (chính giáo phân ly - laicite) theo nghĩa xây dựng một hệ thống bao dung chống lại sự cai trị của tôn giáo đối với chính trị, nhằm bảo vệ các dân tộc thiểu số khỏi sự thù địch giữa các dân tộc.

Tôi xin phép không đưa ra bình luận về cách thức nào các bạn có thể làm để vừa có nhà nước mang tính dân chủ nhưng lại đồng thời có đủ sức mạnh cai quản xã hội. Thay vào đó, tôi xin đề cập về những lý giải chung. Trước hết, tôi muốn bắt đầu từ việc thừa nhận một sự thật. Đó là cho dù dân tộc thiểu số có thành công trong việc có quốc gia của riêng mình đi nữa, nhưng một khi trong quốc gia đó luôn tồn tại một dân tộc thiểu số khác thì sẽ không thể có chuyện mỗi tập thể dân tộc hình thành một quốc gia của riêng mình. Để thoát khỏi vòng luẩn quẩn này, cần phải chấp nhận rằng nhà nước không phải được hình thành dựa trên các điều kiện tự nhiên sinh ra từ đặc tính (bản sắc) dân tộc, mà được hình thành dựa trên nền tảng của sự ưng thuận một cách duy lý mặc dù mỗi một đặc tính (bản sắc) dân tộc có thể và cần phải phát triển đầy đủ trong phạm trù văn hóa đa dạng, trong nội bộ của một quốc gia.

3. Văn hóa hiến pháp: Nhà nước “pháp trị”

Tôi đã giải thích về “nhà nước” - yếu tố thứ nhất của “nhà nước pháp quyền”. Ở đây, tôi xin giải thích về một yếu tố nữa là “pháp luật”.

Vào những năm 1990, tôi có cơ hội được cùng làm việc với một Ủy ban thường được gọi là Ủy ban Venice được thành lập dựa trên sự hậu thuẫn của Hội đồng châu Âu để ủng hộ cải cách thể chế ở các nước Đông Âu. Ủy ban này được gọi với tên chính thức là “Ủy ban vì dân chủ dựa trên pháp luật và quyền con người”.

Vì vậy, “nhà nước pháp quyền” được định nghĩa như là nền dân chủ gắn với việc thượng tôn pháp luật và bảo đảm quyền con người. Có thể nói việc đạt được dân chủ không dựa trên nền tảng tôn trọng pháp luật và bảo đảm quyền con người sẽ dễ dàng hơn so với việc có được nền dân chủ dựa trên những cơ sở đó. Chúng ta hãy cùng nhìn lại lịch sử hiện đại Nhật Bản như một ví dụ cho điều này. Nhật Bản, nước bắt đầu hiện đại hóa vào nửa cuối thế kỷ XIX, đã tiến hành một loạt các hoạt động để du nhập pháp luật bắt nguồn từ Tây Âu cơ bản theo mô hình châu Âu lục địa.

Trong lĩnh vực hiến pháp, Hiến pháp Đại đế quốc Nhật Bản năm 1889 không phải được quyết định bởi nghị viện lập hiến hay thông qua bỏ phiếu của nhân dân. Nó được ban ra bởi Hoàng đế - người nắm chủ quyền. Tuy nhiên, cần phải đề cập đến tầm quan trọng của phong trào dân chủ trước và sau năm 1880 đòi thành lập nghị viện do nhân dân bầu ra. Nghị viện được thành lập theo Hiến pháp năm 1889 đã không quay lưng lại với hơi thở của phong trào dân chủ nổi ra trước khi ban hành Hiến pháp Đại đế quốc Nhật Bản. Nghị viện đã ngày càng có tiếng nói trong đời sống chính trị của Nhật Bản. Trong các năm 1924 và 1925, có 2 yếu tố chủ yếu kích hoạt nền dân chủ trở thành hiện thực. Một là việc xác lập trách nhiệm của chính phủ đối với nghị viện như một hành

động thực tế chứ không phải chỉ dừng lại ở một nguyên tắc được văn bản hóa; Hai là việc thực hiện bầu cử phổ thông, dù chỉ trong phạm vi đối tượng là nam giới.

Vậy thì, tình trạng các lĩnh vực quyền lực khác vào thời đó như thế nào? Nói về quyền tư pháp, năm 1891 - một năm sau khi Hiến pháp Đại đế quốc Nhật Bản được thi hành, đã xuất hiện một cơ hội để thể hiện sự độc lập của lý luận pháp luật đối với chủ nghĩa nhà nước là số một.

Nhân viên cảnh vệ phục vụ Thái tử nước Nga đã gây ra một vụ việc chấn động là gây thương tích cho người tương lai sẽ trở thành Hoàng đế Nikolai của triều đại Romanop. Đứng trước vụ việc này, Chính phủ Nhật Bản đã công khai gây áp lực mạnh lên Chánh án Tòa án tối cao để đòi áp dụng hình phạt cao nhất là tử hình. Theo Luật Hình sự thời bấy giờ thì hình phạt cao nhất cho tội trong vụ việc này là tù chung thân. Chính phủ Nhật Bản lo sợ đế quốc Nga hùng mạnh trả thù nên mong muốn tìm cách xoa dịu phản ứng đó. Kết quả là Chánh án tòa án tối cao đã kháng cự đến cùng và sự độc lập của tư pháp đã được bảo vệ một cách tuyệt vời.

Tuy nhiên, mặc cho sự gia tăng sức mạnh của nghị viện và sự củng cố tính độc lập của tư pháp, nền dân chủ ở Nhật Bản đã không thể cản được một loạt các cuộc tấn công vào Trung Quốc Đại lục và sự gia tăng của chủ nghĩa quân phiệt bài ngoại, và kết cục là dẫn đến cuộc chiến tranh toàn diện đối với phe các nước đồng minh.

Để hiểu được, vì sao, một nền dân chủ rất hấp dẫn, nhưng đã bốc hơi, rất cần đọc lại các cuốn sách của nhà tư tưởng thuộc phong trào tự do và dân quyền, được viết ra trước khi Hiến pháp 1889 ra đời. Đó là Nakae Chomin, người còn được gọi là Ruso (Rousseau) của châu Á. Cuốn “Hỏi đáp về chính quyền của ba người say” được xuất bản vào năm 1887 trước khi Hiến pháp được ban hành, dù trong con mắt tác giả bản Hiến pháp không làm ông thỏa mãn. Chomin đã chỉ ra hai

phương pháp để đạt được quyền lợi cho người dân thông qua người lớn tuổi nhất trong ba người “say”. Thứ nhất là quyền lợi giành lại được nhờ sự nỗ lực của chính nhân dân, và thứ hai là quyền lợi được ban cho từ trên xuống như một thứ quà tặng của hoàng đế. Chomin đã tiếp tục như thế này: “Mặc dù số lượng bị hạn chế nhưng quyền lợi được ban cho, về mặt bản chất, không khác mấy so với quyền lợi giành lại được. Vì vậy, hãy làm giàu những quyền lợi được ban cho này bằng sức ảnh hưởng phi thường của nguyên tắc đạo đức, biến chúng thành một thứ dung dịch giàu dinh dưỡng. Thứ dung dịch này có vai trò như bước rèn luyện đầu tiên vậy. Tiếp theo đó, phải mở rộng hơn nữa những quyền lợi được ban cho này về cả mặt phạm vi và nội dung ứng với sự phát triển của thời đại và bước đi của lịch sử, và xây dựng nó trở thành pháp luật của quốc gia dân chủ. Chính điều này mới thật sự là lý luận tiến hóa”. Nhờ có “sức ảnh hưởng của nguyên tắc đạo đức” và “dung dịch giàu dinh dưỡng” mà “lý luận tiến hóa thực sự” được hiện thực hóa. Sự phát triển của lịch sử đã chỉ ra rõ những sáng suốt cũng như điểm yếu trong dự đoán của Chomin. Sáng suốt ở chỗ: chủ nghĩa lạc quan của Chomin đã được tuyên bố trước sự thành công của “nền dân chủ học hỏi” - được thực hiện cho đến đầu những năm 1930. Điểm yếu thể hiện ở chỗ: sức mạnh của “nguyên tắc đạo đức” và sự tích lũy của “những học hỏi” này cuối cùng đã không chống lại được cơn sóng thần ngược chiều. Bởi vì sự ngược chiều này đã chiến thắng tất cả.

Tại sao lại có điểm yếu này? Lý do là vì Chomin đã cố ý thu nhỏ tới mức tối thiểu sự khác biệt “về bản chất” giữa quyền lợi mà nhân dân giành lại được từ dưới lên với quyền lợi được ban cho từ trên xuống. Từ đó, ông dự báo một cách lạc quan về tương lai của quyền lợi được ban cho. Tuy nhiên, một vấn đề quan trọng mang tính quyết định lại xuất hiện ở đây. Có nghĩa là ông bàn luận về “số lượng”, nhưng liệu tổng số về lượng của những quyền này có giúp quốc gia gia nhập vào quốc gia có đầy đủ các quyền “của quốc gia dân chủ” một cách thực chất không?

Để có thể trả lời một cách thực chất câu hỏi này, cần phải chờ tới giai đoạn đầu của việc tái dân chủ hóa mà Nhật Bản đã thực hiện sau năm 60. Khi ấy, không chỉ đơn giản là sự biến đổi về lượng được tính bằng những con “số”, mà điều được cho là đặc biệt cần thiết là sự biến đổi về chất, đặc biệt là sự biến đổi về “bản chất”. Sau bại chiến năm 1945, việc tái dân chủ hóa đã được thực hiện, nhưng không dừng lại ở tái xây dựng nền dân chủ, mà bảo đảm quyền con người cũng là thứ không thể nhượng bộ được tuyên bố rõ ràng, và một cơ chế đảm bảo điều đó bằng chế độ xét xử hiến định phải được thực hiện.

Thực tế là chúng ta đang đối mặt với khác biệt về mức độ “khả năng du nhập” của văn hóa hiến pháp theo từng lĩnh vực.

Nguyên tắc phân quyền giữa các cơ quan chính trị là thứ có thể hấp thụ tương đối dễ dàng. Tuy nhiên, thượng tôn pháp luật và bảo đảm quyền con người lại là một vấn đề khác. Điều này liên quan đến nguyên tắc về giá trị.

Nói cách khác, đây không phải đơn giản chỉ là vấn đề về bình đẳng, mà là vấn đề về nội dung trong bình đẳng ấy. Nếu nói một cách chính xác về vấn đề nội dung thì với từng nền văn hóa lại có những cách nói khác nhau. Như vậy, chúng ta đang đối mặt với một sự căng thẳng cần có, tồn tại giữa tính phổ biến của văn hóa hiến pháp với tính đa dạng của văn hóa nói chung.

4. Tính phổ biến của văn hóa hiến pháp và tính đa dạng của văn hóa nói chung - vì một chủ nghĩa phổ biến mang tính phê phán

Chúng ta cần tránh hai điều. Thứ nhất là chủ nghĩa tương đối văn hóa vẫn thường đóng vai trò là hình thức áp đặt giá trị bên trong biên giới quốc gia dưới tên gọi là bản sắc quốc gia/dân tộc. Thứ hai là chủ nghĩa phổ quát giản đơn mang nguy cơ phá hoại nền văn hóa dân tộc.

Điều thứ nhất chính là ở chỗ: chủ nghĩa tương đối văn hóa luôn có khuynh hướng nảy sinh sự tự mâu thuẫn. Đó là sự mâu thuẫn khi vừa cấm đoán các loại quan điểm của chủ nghĩa tương đối trong phạm trù triết học của chính nó, vừa cự tuyệt chủ nghĩa phổ biến văn hóa hiến pháp mà áp dụng chủ nghĩa tương đối văn hóa. Mặt khác, ngay cả trong văn hóa hiến pháp cũng tồn tại một khu tối trong quá khứ của chính nó. Thế nhưng trái với người theo chủ nghĩa phổ quát, phạm vi áp dụng chủ nghĩa này lại chỉ giới hạn trong chính quốc, còn ở các thuộc địa rộng lớn thì lại không hề có bóng dáng của quyền con người.

Như vậy, nếu không thể dựa vào chủ nghĩa tương đối văn hóa lẫn chủ nghĩa phổ quát giản đơn, thì lựa chọn còn lại chỉ có chủ nghĩa phổ quát mang tính phê phán mà thôi. Phê phán trong nghĩa này không chỉ đơn giản là phê phán sự chệch hướng sẽ xảy ra mà còn là khảo sát mang tính phê phán ngay cả với một số nguyên tắc của văn hóa hiến pháp này.

Tôi đã nói là “sự chệch hướng sẽ xảy ra”, với hàm ý chỉ khoảng cách giữa nguyên tắc của văn hóa hiến pháp và hiện thực. Với ý nghĩa đó, thì các quý vị Việt Nam chính là nhân chứng tốt nhất. Tuyên ngôn độc lập của Việt Nam năm 1945 đã trích dẫn 2 tuyên ngôn nhân quyền thể hiện quan điểm của văn hóa hiến pháp là Tuyên ngôn độc lập của nước Mỹ năm 1776 và Tuyên ngôn nhân quyền của nước Pháp năm 1789, để phản đối “sự chệch hướng sẽ xảy ra”. Chính các quý vị đã buộc phải phản đối trực diện sự chệch hướng này một cách dũng cảm thông qua cuộc kháng chiến giành độc lập.

Tôi sẽ nói thêm về cả “tính có vấn đề” trong chính bản thân nguyên tắc. Một trong những trụ cột chính của quan điểm về bảo đảm quyền con người được tạo nên bởi niềm tin rằng, mỗi người bất kể là nam hay nữ đều có năng lực tự quyết định. Tuy nhiên, khi đối mặt với kết quả của một loạt các quyết định dẫn đến sự hủy diệt môi trường hàng loạt, hay

các vấn đề mang tính đạo đức sinh học, thì tôi có cảm giác ngày càng mất sự tin tưởng vào năng lực của con người. Vậy thì làm thế nào để thoát khỏi sự hoài nghi đáng sợ này? Trên cơ sở tôn trọng giá trị phổ quát của văn hóa hiến pháp, các kinh nghiệm của nền dân chủ cũ cần phải hợp tác với nền dân chủ mới để tìm ra một câu trả lời.

A BRIEF COMMENT ON THE POSSIBILITY AND THE DIFFICULTIES OF TRANSPLANTATION OF LEGAL CULTURE

Higuchi Yoichi

Before discussing our subject “Transplantation of law”, it would be appropriate, even necessary, to clarify one thing. The law contains two aspects: technological element, more specifically as a tool to operate a society in a rational way and cultural elements, namely idea according to which each society should continue its path to the happiness of the people all together.

Therefore, it is necessary to control this technological element of law for which we Japanese are happy to be going to continue to cooperate with you in your ambitious reform of institutions.

Meanwhile, legal culture poses a problem, since it turns to something universal on one hand, and we must reconcile this universality with the identity of each culture, in other hand. Thus it imposes a series of inter-cultural dialogue, and that’s what I want to start today.

1. Brief outline of the development of legal culture, especially the Occidental Origin through the World

FOUR EIGHTY-NINE

In democracy, the right is no longer a mandatory unilaterally imposed from the above. The right consists either standards legislated by an elected assembly that gives legal status to various subordinate rules or contracts between individuals and approbated by the judge.

This whole system of law in a State must be ordered by a fundamental law, that means a constitution. It is in this sense, we can imagine that the Constitution is on the top of pyramid.

This is why I speak today constitutional culture essentially.

What is the “constitutional culture”? I give here an answer that is seemingly mundane but effective enough: this is the definition of “constitution” made in Article 16 of the Declaration of Human and of Civic Rights of 1789 that is saying: “Any society in which no provision is made for guaranteeing rights or for the separation of powers, has no *Constitution*.”

How this constitutional culture was spread? Allow me to answer this question by referring to the formula of “four Eighty-nine” that outlines a series of “transplants” of the constitutional idea.

What is it?

Firstly, in 1789 the famous Declaration formulated the principle using the excellence of modern constitutional culture: the unified and indivisible nation with sovereignty, on the one hand, and the individual released from all feudal constraints, as the bearer of human rights, on the other hand.

Just a century before, namely in 1689, the English Bill of Rights inaugurated the modern constitutional history, while invoking, unlike 1789, the medieval tradition of constitutionalism dating back to the Magna Carta of 1215.

Then comes the third eighty-nine. In 1889, a country having the culture of extra-Western origin adopts a Constitution as a tool for its modernization. It is the Japanese Imperial Constitution, promulgated in 1889 and implemented in 1890.

Finally 1989. The destruction of the Berlin Wall symbolizes the beginning of democratization beyond the boundaries between the world of the West and the East, as well as between the North and the South. Here in Vietnam, you are yourself now in this great historical current.

Through these four Eighty-nine we see the process of global expanding and entrenchment of constitutional culture. This process was accompanied, however many detours and difficulties, even in the nations which gave the birth of constitutional culture. If we draw a lesson from this process and get a perspective for the future, my opinion is that the goal of our joint efforts on the experience of the Japanese society would have something productive.

It is all the more likely, Japan continues its path of modernization, since the second half of 19th century, by transplanting of the legal system of Western origin, and that it shows as well, sometimes success and sometimes failure.

2. Constitutional Culture: The “State” of Right

It is now necessary to clarify a little more the content of what I call “constitutional culture”. You hear perhaps the two key words used synonymously by the EU: *Etat de droit* in French state of law, and rule of law in English.

If we talk about *the state of law*, we have to talk about *state* first. While stressing that it is inevitable and desirable that the cross-border flow of political and cultural ideas will intensify, it is necessary to confirm that it is vital that a public body of a nation, *res publica*, remains as a unit of the autonomy group of men and women. In addition, most important of these jurisdictions is called the state.

Indeed, we continue to entrust the government of the difficult task of containing the forces that are likely to be overflowing: the regulation of the economy against the omnipotence of money, secularism or tolerance system against domination of religion on politics, a series of measures to protect minorities against the inter-ethnic antagonism, etc.

I can only abstain voluntarily to make concrete order of comments regarding what you need to do for having a state that is both democratic and governable. Let me, instead, make a finding of general application. We must begin by accepting a truth: it is impossible that each ethnic unit has a state, given that there will be necessarily always an ethnic minority within the minority that will be able to have its own state. To get out of this circle that may be infernal, we must admit that the state is something built on the basis of a rational consent, not a natural given from the ethnic identity that could and should develop fully in various cultural fields.

3. Constitutional Culture: The State of “Right”

That was the STATE, the first element forming the concept of the rule of law.

Now here is the other component: the right.

In the 1990s I had the opportunity to cooperate with the so-called Venice Commission organized under the auspices of the Council of Europe to support the institutional development of the countries of Eastern Europe following the demolition of the Berlin Wall. This commission is officially called the Commission for democracy through law and human rights.

The rule of law is therefore defined as the democracy combined with the respect of the law and of human rights. Democracy is, plainly speaking, less difficult to acquire than the observation of the law and human rights.

The modern history of Japan is an example. At the beginning of its modernization in the second half of the 19th century, Japan has conducted a series of transplantation of Western origins laws, mostly European-continental type.

In the constitutional field, the text of 1889 has not been ratified neither by a constituent assembly, nor by a referendum but granted in the name of the Sovereign Emperor. However, it must be noted the importance of democratic movements that have arisen around 1880, claimed the establishment of an elected parliament. The parliament inaugurated by the Constitution of 1889 does not betray the aspirations of democratic movements preceding the grant of the basic Imperial law, and will weigh more and more heavily in the country's political life. In 1924-25, the two essential factors for the functioning of democracy become realities; the practice, the written rule in other word, of the government being responsible to parliament and the universal male suffrage.

What was then the situation of the other branch of government? The judiciary has had occasion, in 1891, i.e. only one year after the entry into force of the Constitution, to demonstrate actually the logic of law against the reason of State. In confrontation with a shocking case in which a police officer charged with escorting the Russian Prince Dauphin had done an injury to the future Emperor Nicolas II. The Japanese government has openly exerted a strong pressure on the Chairman of the Supreme Court in order to obtain the capital punishment, unfolding of the section of the Penal Code according to which the maximum penalty was, in this case, the indefinite prison term. The government feared reprisals from the powerful Russian Empire and wanted at all costs to appease its reaction. Finally, the President of the Supreme Court resisted to the end, and the Independence of Justice got away unharmed.

However, despite the increase in the strength of the elected parliament and the glorious episode of the independence of justice, the democracy has not been able to prevent the rise of a chauvinistic militarism and a series of attacks on Chinese mainland that will lead a whole Japan to a total war against the Allies.

To understand why an advanced, compelling at first view, democracy was eventually evaporated, it is indispensable to reread a masterpiece written by one of masters to think of freedom movement and the right of the people before the granting of the Constitution of 1889. This is NAKAE Chomin, said Rousseau in Asia.

The writing of Chomin, "A Discourse by Three Drunkards on Government" was published in 1887, waiting for the granting of the Constitution that will not be satisfactory to the author's eyes. Chomin has expressed by the dean of the three "drunkards", certainly the alter ego of the author himself, to distinguish two ways of acquiring the rights of the people; rights restored by the efforts of the citizens themselves, and rights granted came from above as a gift of monarch. It continued all the same: "the rights granted, although their number is limited, are not so different, in their essence of restituted rights. Thus enriching these rights granted with the tremendous influence of moral principles and the leaning as nutritious liquid. Then, our granted rights will grow up extensively and in substance with the progress of time and the march of history, to join the democratic rights of nations. This is the bona fide evolutionary logic. "

The «Real evolutionary logic» should be realized by the «influence of moral principles» and the «leaning as nutritious liquid».

The course of history will demonstrate both foresight and weakness of the forecast given by Chomin. Foresight: because of his optimism announced in advance, the success of the «learning democracy» up

to the early 1930s. Weakness: because the force of «moral principles» and the accumulation of «the learning » were ultimately not able to resist the tsunami of counter-current that will carry everything away.

Why this weakness? Chomin has dared to minimize, probably quite consciously, the difference in “its essence” between the rights restored from below by the people themselves and the rights granted from above, and this is for having an encouraging perspective for the future of the granted rights. A crucial question is imposed, yet: by the argument on the «number», the quantitative sum, of rights, can we effectively reach to «joining the rights of the democratic nations»?

To answer this question essentially at the beginning of the re-democratization of the country 60 years later, it had to have a change not only in quantitative «number», but mainly qualitative in «the essence». During the re-democratization following the defeat in 1945, it should not only reconstruct democracy, but above all to proclaim the inalienable rights of man and introduce constitutional justice.

We are in fact in front of a certain difference of the degree of «transplantable» of constitutional culture depending on fields.

The rules, written or unwritten, on the distribution of powers between the political organs are relatively easily assimilated. But the situation for the rule of law and human rights is not the same. It is not only about rules on the distribution of power in the narrow sense of the word, i.e. rules of procedures. It is also and above all rules on the merits, that is to say on the value.

In other words, it is not only the problem of the container, but also the contents. To be exact on the latter, it is each culture. We are thus facing with a possible tension between the universality of the constitutional culture and plurality of cultures in general.

4. University of Constitutional Culture and Cultural Diversity in General for Critical Universalism

We must avoid two pitfalls: the absolute cultural relativism which, in the name of national or ethnic identity, often play an oppressive role in borders on the one hand, the risk of being naive universalism in any ethnocide way in the other hand.

The first pitfall is also used to cause a contradiction: it invokes a certain cultural relativism to deny constitutional culture describing themselves as universal, while prohibiting any relativistic thinking within the meaning of the empire of his own philosophy. The Constitutional culture in its turn, in its past of great shadow, in the sense that, in spite of its great cause as universalist, it applied only in the metropolis and the vast colonial empire had nothing to do with the rights of man.

If we are not able to join neither the absolute relativism, nor naive universalism, there remains the critical universalism. Critique in the sense that not only put in doubt of possible deviations, but also some principles of this constitutional culture.

I say possible deviations, to designate the gap between principle and reality of the constitutional culture. You are yourself the best witness in this meaning since your 1945 Declaration of Independence cited the two statements of 1776 of America and 1789 of France that are embodying the idea of the constitutional culture. Yet, paradoxically, you had the object to oppose courageously to counter just these two countries by the War of Independence.

I say the issue of principle as well.

One of the pillars of the idea of human rights was the belief in the ability of each and everyone to decide. Now, in facing the results of a series of decisions of the massive destruction of the environment in bioethics, we are less sure of this human capacity. How to get out of this redoubtable skepticism? By clinging to the universal value of the constitutional culture, old and new democracies must work all together to seek an answer.

PHẦN 4
KHUYẾN NGHỊ CHO VIỆT NAM

PART 4
RECOMMENDATIONS FOR VIETNAM

NHÌN LẠI LÝ THUYẾT VÀ KINH NGHIỆM TIẾP NHẬN PHÁP LUẬT

Phạm Duy Nghĩa

Các luận điểm dưới đây góp phần điểm lại lý thuyết tiếp nhận pháp luật, điều kiện giúp tiếp nhận pháp luật thành công, giải thích lý do thất bại trong tiếp nhận pháp luật, cũng như chia sẻ một vài thiện ý nhận diện thách thức đối với tiếp nhận pháp luật ở Việt Nam trong vài thập kỷ tới.

[1] Khái niệm tiếp nhận pháp luật: Trong hội thảo này, dù nhiều thuật ngữ khác nhau đã được sử dụng (*chuyển hóa pháp luật, tiếp nhận pháp luật, du nhập pháp luật, tham khảo kinh nghiệm pháp luật nước ngoài, tiếp thu luật nước ngoài*), song các diễn giả đều thống nhất ở một điểm: quan niệm và kinh nghiệm lập pháp không bị bó hẹp trong ranh giới quốc gia dân tộc. Ngược lại, chúng thường lan tỏa từ các quốc gia tiên tiến sang các quốc gia kém phát triển hơn. Có rất nhiều kênh thúc đẩy trao đổi và tiếp nhận pháp luật, từ giao lưu giữa học giả, đào tạo luật học mang tính quốc tế, sự cung cấp dịch vụ của các hãng luật toàn cầu, cho tới các hiệp định song và đa phương.¹ Quan niệm học thuật, các nguồn luật, kinh nghiệm lập pháp, cách thức tổ chức thi hành luật, ngôn ngữ pháp luật, thói quen và kinh nghiệm hành nghề... tất cả các giá trị đó đều có thể lan tỏa, có ảnh hưởng vượt ra ngoài biên giới quốc gia.

[2] Tiếp nhận pháp luật trong lịch sử: Tiếp nhận pháp luật là một hiện tượng có từ cổ xưa. Sự lan tỏa của cổ luật La Mã ở phương Tây là một

1 Tiếp nhận pháp luật là một chương sách đã được bàn luận trong Phạm Duy Nghĩa (2004), Chuyên khảo Luật kinh tế (Chương trình sau đại học), NXB ĐHQG HN.

minh chứng rõ nét về tiếp nhận pháp luật theo hai chiều không gian và thời gian (luật của thế hệ trước có thể gây cảm hứng cho các thế hệ sau; luật của quốc gia này có thể gây cảm hứng cải cách cho các quốc gia, dân tộc khác). Ở Việt Nam, pháp luật từ triều Lê tới triều Nguyễn đều chịu ảnh hưởng đáng kể của pháp luật Trung Hoa, từ đời Đường cho tới đời Thanh.² Trong thời kỳ thuộc địa, một làn sóng du nhập pháp luật đã diễn ra ở tất cả các thuộc địa. Sau đó, thế kỷ XX đã chứng kiến sự lan tỏa của hệ thống pháp luật Xô-Việt vào hầu hết các quốc gia xã hội chủ nghĩa, mặc dù mức độ ráo riết và tính triệt để trong tiếp thu pháp luật Xô-Việt ở các quốc gia có khác nhau.

[3] Góc nhìn từ nhu cầu pháp luật: Có nhiều lý thuyết về tiếp nhận pháp luật (legal transplant), song có thể lý giải hiện tượng này từ góc nhìn về nhu cầu đối với pháp luật (from the demand side for law). Hàng hóa, tư bản, công nghệ và lao động di chuyển ngày càng tự do, chúng cần tới một khuôn khổ pháp lý tương đồng (convergence) giữa các quốc gia. Các nhân tố mới trong thị trường thúc đẩy sự tương đồng đó. Mua bán quốc tế đòi hỏi pháp luật hợp đồng tương ứng. Đầu tư nước ngoài đòi hỏi các hình thức bảo hộ và lựa chọn mô hình doanh nghiệp tương ứng. Chuyển giao công nghệ cần tới sự tương thích của pháp luật về sở hữu trí tuệ. Để minh họa, có thể quan sát nhân tố thị trường mới nổi lên gần đây của Taxi Uber, mô hình kinh doanh này chỉ có thể xuất hiện nếu có sự tương thích của pháp luật về thẻ tín dụng, về thanh toán. Suy cho cùng, cũng như hạ tầng viễn thông hay Internet, pháp luật như một thứ hạ tầng, cần đạt tới những chuẩn mực tương đồng thì giao dịch mới có thể diễn ra trên thị trường toàn cầu. Thị trường mang tính toàn cầu thì hạ tầng pháp luật cũng trở nên toàn cầu, sự tiếp nhận pháp luật xuất hiện vì có nhu cầu cho sự hài hòa hóa, tương đồng hóa, thậm chí nhất thể hóa pháp luật.

2 Xem thêm: Nguyen Ngoc Huy and Ta Van Tai (1987), *The Le Code: Law in traditional Vietnam*, Ohio University Press.

[4] Góc nhìn từ nguồn cung pháp luật: Hiện tượng tiếp nhận pháp luật có thể được quan sát từ các nguồn cung pháp luật. Khi nhu cầu xuất hiện, các nhà lập pháp phải tìm kiếm ý tưởng từ các nguồn cung cấp khác nhau, trong đó có cả nguồn cung từ nước ngoài. Họ tìm kiếm ý tưởng từ các luật mẫu (ví dụ của UNCITRAL, UNIDROIT, các Uniform Law của Viện Luật Hoa Kỳ). Họ tìm kiếm ý tưởng từ kinh nghiệm lập pháp và thực thi pháp luật nước ngoài, từ các học thuyết, quan niệm và cách điều chỉnh, ví dụ “poison pill” trong thôn tính công ty mang tính thù địch (hostile takeover) của Hoa Kỳ được nhiều quốc gia Đông Á, trong đó có Nhật, Hàn nhanh chóng tiếp nhận. Các hiệp định, điều ước quốc tế, các viện nghiên cứu chuyên sâu về hài hòa hóa, nhất thể hóa pháp luật cũng như luật so sánh là những kênh giúp các quốc gia tiệm cận dễ dàng hơn các nguồn cung pháp luật. Thậm chí, bản án và các phát triển luật pháp bởi thẩm phán nước ngoài cũng dần trở nên một nguồn cung cấp ý tưởng sáng tạo ra pháp luật.

[5] Các lý do quyết định sự lựa chọn nguồn tiếp nhận: Luật pháp có thể quan sát từ nhiều góc nhìn khác nhau, bắt đầu từ các nguyên lý tự nhiên mang tính phổ quát, tựa như triết lý pháp luật (philosophy of law, nature of law), cho tới luật trong quan niệm, ý tưởng (law in concept, law in idea), cho tới luật được ghi nhận trên giấy, được tuyên bố trong các cam kết của nhà nước (law in book), và cuối cùng là luật thực tiễn ở ngoài đời (law in action). Các loại luật này hiển nhiên là khác nhau, thậm chí khác xa nhau. Khi xuất hiện một nhu cầu tiếp nhận pháp luật, các nhà lập pháp sẽ lựa chọn những nguồn tiếp nhận mà họ cảm thấy thuận tiện nhất, phù hợp với họ nhất, hy vọng có thể mang lại hiệu quả điều chỉnh mong đợi nhất, hoặc vì các lý do khác mà họ tự tin để chọn nhất. Thông thường, khi tiếp nhận triết lý, quan niệm pháp luật, người ta cần tới một hệ quy chiếu (paradigm) gần gũi với quốc gia có nguồn cung pháp luật, điều này thường xuất hiện qua các kinh nghiệm cá

nhân và nền học vấn được đào tạo của các nhà lập pháp. Người học ở Hoa Kỳ về sẽ gần gũi với cách tiếp cận của người Mỹ, người học ở Đức, Pháp về sẽ gần gũi với cách tiếp cận từ châu Âu, người học từ Nhật hay Hàn tương tự sẽ có mối quan hệ gắn bó với những giá trị ở quốc gia mà mình được đào tạo. Khi tiếp nhận luật trên giấy, người ta phải vượt qua rào cản ngôn ngữ. Tiếng Anh đã trở nên ngôn ngữ thông dụng toàn cầu, vì thế không ngạc nhiên khi luật Anh-Mỹ trở thành một nguồn cung mang tính phổ biến cho các quốc gia khác tiếp nhận. Đôi khi sự dễ dàng tiệm cận của nguồn cung, ví dụ được tài trợ bởi các quốc gia phát triển, cũng là một lý do lựa chọn nguồn tiếp nhận. Cuối cùng, điều kiện kinh tế, xã hội, các triết lý và ý thức hệ quyết định đáng kể sự lựa chọn của nhà lập pháp. Điều này lý giải sự tương đồng đáng kinh ngạc giữa pháp luật Trung Hoa và Việt Nam trong trong 30 năm vừa qua, mặc dù từ 1979 tới 2009 mối giao lưu về hợp tác pháp luật giữa hai quốc gia này không hề đáng kể, nếu so với sự hỗ trợ liên tục của Cộng hòa liên bang Đức, Hoa Kỳ hoặc Nhật Bản.

[6] Các điều kiện để tiếp nhận thành công: Tiếp nhận pháp luật là hiện tượng đa dạng, có chủ động tiếp nhận, song cũng có tiếp nhận cưỡng bức, có tiếp nhận thành công, song cũng có vô số cuộc tiếp nhận thất bại tuyệt vọng, có những cuộc tiếp nhận thành thực, song cũng không thiếu những cuộc tiếp nhận đôi khi chỉ là hình thức, đánh tráo khái niệm, dùng cùng một thuật ngữ song gửi vào đó những quan niệm và giá trị khác biệt, thậm chí đối nghịch. Pháp luật Cộng hòa Pháp được du nhập vào Việt Nam cuối thế kỷ XIX đầu thế kỷ XX, về cơ bản đã không thành công. Khi người Pháp rút đi, di sản 80 năm pháp luật thực dân mau chóng tan biến. Pháp luật Xô-Việt, về thực chất mới chỉ được du nhập vào Việt Nam một cách ráo riết trong các năm 70-80 của thế kỷ XX, vẫn để lại dư âm mạnh mẽ cho đến ngày nay, kể cả khi Liên-xô đã tan rã từ lâu. Như vậy, thành công hay không phụ thuộc vào sự tương

thích với cấu trúc xã hội và các thể chế có sẵn trong quốc gia tiếp nhận pháp luật. Nếu giới tinh hoa, dẫn dắt dân tộc có cùng một hệ nhận thức, nếu trong xã hội có các nhân tố có thể khai thác, hưởng lợi được từ sự tiếp nhận pháp luật, thì như Acemoglu (2012) nhận xét, mầm mống của một thể chế dung hợp, trao quyền (inclusive institution) trong một thời khắc quyết định (critical juncture), khi được du nhập có thể tạo ra những vòng xoáy lan rộng, trao thêm quyền cho người dân, từ đó mới dần làm bền chặt thành công của tiếp nhận pháp luật.³

[7] Giải thích thất bại trong tiếp nhận pháp luật: Theo quan sát của Weingast (2008), trong gần 200 quốc gia trên thế giới này, chỉ có vài chục quốc gia trở thành quốc gia công nghiệp, có nền quản trị quốc gia minh bạch, pháp luật nghiêm minh, tuân thủ chế độ pháp quyền.⁴ Các quốc gia còn lại đều trầy trật trong tiếp nhận những thể chế văn minh đó. Như vậy, mong ước là một chuyện, tiếp nhận thành công hay không là một chuyện rất khác, và thông thường phần lớn các quốc gia đi sau sẽ thất bại khi du nhập pháp luật nước ngoài. Để minh chứng, hầu hết các quốc gia đều công nhận tuyên ngôn về nhân quyền và các quyền chính trị dân sự của Liên hợp quốc, song sau khi tiếp nhận các cam kết đó trên giấy, việc thực thi chúng trên thực tế mới đầy bí ẩn, và thông thường dẫn tới thất bại. Nguyên nhân dẫn tới thất bại rất đa dạng, theo Watson (1974) có thể bao gồm: (i) thiếu các quan niệm, ý thức hệ, giá trị hỗ trợ cho pháp luật được du nhập, (ii) các quan niệm pháp luật được du nhập, song bị đánh tráo khái niệm, gắn với cùng một tên gọi những nội dung khác, với mục đích khác, (iii) thiếu các thể chế hỗ trợ giúp thực thi, lan rộng ý tưởng của pháp luật, làm cho số

3 Acemoglu and Robinson (2012), Vì sao các quốc gia thất bại, NXB Trẻ.

4 Barry R Weingast 2010, Why Developing Countries Prove So Resistant to the Rule of Law, in James J. Heckman, Robert L. Nelson, Lee Cabatingan, Global Perspectives on the Rule of Law. (New York: Routledge-Cavendish, 2010).

đông dân chúng được tham gia nhiều hơn, được hưởng lợi nhiều hơn, được trao quyền nhiều hơn từ pháp luật tiếp nhận.⁵

[8] Một cách lý giải khác của Seidman: Cũng có thể áp dụng công thức ROCCIPI của Seidman (2004) để lý giải các hành vi thực tế ngoài đời (law in action).⁶ Lý do thất bại có thể do quy định chưa rõ ràng, tự mâu thuẫn (Rules), có thể do cơ hội của các bên liên quan khai thác pháp luật cho riêng mình (Opportunities), có thể do năng lực của các đối tượng liên quan, hoặc chấp hành hoặc thi hành pháp luật (Capacities), cũng có thể do truyền thông, diễn đạt luật quá kém (Communication), có thể do lợi ích (Interest), có thể do quy trình thực thi pháp luật (Process) và cuối cùng do ý thức hệ thống trị trong xã hội (Ideology). Các góc nhìn này đều có thể giúp lý giải vì sao tiếp nhận luật trên giấy thì khá dễ, song tiếp nhận luật trên thực tế, để luật đó sống trong thực tiễn, mới nan giải hơn, và phần lớn các quốc gia đều thất bại trong những nỗ lực này.

[9] Góc nhìn từ chức năng của pháp luật: Để hiểu rõ hơn sự tương thích hay đối kháng của các thể chế xã hội ở quốc gia tiếp nhận, Milhaupt và Pistor (2008) đưa ra góc nhìn về các thể chế có chức năng hỗ trợ, thay thế, bổ khuyết cho chức năng của pháp luật.⁷ Suy cho cùng, pháp luật có mấy chức năng như chức năng bảo hộ (Protecting Right/Endowment), chức năng tổ chức, điều phối (Coordinating), chức năng phát tín hiệu (Signal to the Market) và chức năng tạo ra niềm tin giữa người dân/doanh nghiệp với nhà nước (Creating Credibility). Thông thường, một quan niệm mới khi được tiếp nhận, cần được hậu

5 Alan Watson (1974), *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Chatto and Windus, London.

6 Ann Seidman (2004), *Xem xét dự án luật: Cẩm nang cho các nhà lập pháp*, NXB CTQG.

7 C. Milhaupt, K. Pistor (2008), *Law and Capitalism*, University of Chicago.

thuần bởi các thể chế chính thức hoặc phi chính thức có sẵn trong quốc gia tiếp nhận để một hay nhiều trong bốn chức năng kể trên của pháp luật có thể được thực thi. Nếu thiếu các thể chế hỗ trợ đó, thậm chí thể chế có sẵn ở quốc gia tiếp nhận cản trở thực thi các chức năng đó, thì có thể dự báo sự tiếp nhận pháp luật sẽ thất bại.

[10] Góc nhìn từ tổ chức của pháp luật: Milhaupt và Pistor (2008) cũng đưa ra góc nhìn về cách thức tổ chức pháp luật, tức là pháp luật được làm ra và được thực thi bởi những nhân tố nào. Có thể chế toàn trị, pháp luật được ban hành bởi nhóm quyền lực kiểm soát các thể chế mang tính khai thác, bóc lột (*extractive institutions*), khi đó pháp luật được ban hành một cách tập trung, từ trên xuống, thiếu sự tham gia từ dưới lên và của người dân. Cũng có những thể chế mang tính dung hợp, phi tập trung, ví dụ: luật sư, người dân, thẩm phán, chính quyền địa phương, doanh nghiệp... đều có quyền tham gia vào quá trình sáng tạo ra pháp luật. Cách thứ hai đảm bảo cho pháp luật được sáng tạo và thi hành từ tương quan lực lượng thực tiễn, dẫn tới sự trao quyền, sự tham gia, phân bổ lợi ích giữa nhân tố liên quan. Cách thức tổ chức pháp luật ở từng quốc gia sẽ góp phần giải thích sự thành công hay thất bại khi tiếp nhận pháp luật.

[11] Tiếp nhận pháp luật ở Việt Nam trong 20 năm sắp tới: Bản Hiến pháp 2013 trên thực tế đã dự phóng tầm nhìn của người Việt Nam trong 20 năm sắp tới. Các giá trị nhân quyền, mong ước có chế độ thượng tôn pháp luật và hy vọng vào một nền công lý đã được tuyên bố trong bản Hiến pháp này. Một mặt, gia nhập quốc tế sâu rộng hơn buộc pháp luật Việt Nam phải hòa đồng với chuẩn mực phổ quát trên thế giới. Mặt khác các thể chế, quan niệm, giá trị và ý thức hệ cũ, các lợi ích ngày càng xiết chặt những thể chế khai thác, có tính chất kiểm soát và phân phối các nguồn lực trong quốc gia, tất cả những điều này vẫn còn y nguyên như cũ. Điều này dẫn tới dự báo cuộc tiếp nhận pháp

luật trên giấy vẫn tiếp tục gia tăng, ghi nhận ngày càng nhiều những chuẩn mực pháp luật tiên tiến, song luật trong quan niệm và ý thức (law in idea, in concept), và luật ngoài đời (law in action) có thể không thay đổi đáng kể. Việt Nam đã bị hạn chế trong các thể chế pháp luật kém hiệu quả, thể chế phi chính thức lấn át thể chế chính thức. Có thể dự báo điều này tiếp tục diễn ra trong vài chục năm nữa, nếu Việt Nam chưa nhận thấy sức ép phải thay đổi luật chơi hiện hành.

[12] Thay cho lời kết: Chúng ta có thể làm được gì? Luật tốt + Thi hành tốt = Phát triển và thịnh vượng. Đây là một công thức lý tưởng, song tìm ở đâu ra luật tốt và thi hành luật tốt ở một xứ đang chuyển đổi như đất nước chúng ta. Vay luật trên giấy tựa như mua giống cây trồng tốt, song toàn bộ thể chế xã hội hiện hữu tựa như địa khí hậu không tương thích sẽ làm cho giống tốt đó mau chóng lụi tàn. Bởi vậy, trước khi tiếp nhận pháp luật, cần phải làm một cuộc khám nghiệm để nhận diện hết thảy điểm mạnh yếu của các thể chế xã hội hiện hữu, đo lường chúng với các chuẩn mực dân chủ, trao quyền, bảo vệ quyền, tạo liên kết và tin tưởng hoặc những chức năng khác của pháp luật. Sau đó, cần lựa chọn những cải cách pháp luật nho nhỏ được hậu thuẫn bởi thể chế hiện hữu. Từng bước một, cách tiếp nhận pháp luật này dần dần tạo ra hiệu ứng lan tỏa và mới hy vọng có thể thành công.

KHUYẾN NGHỊ CÁC GIẢI PHÁP XỬ LÝ VẤN ĐỀ TIẾP THU KINH NGHIỆM PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI TRONG BỐI CẢNH VIỆT NAM¹

Nguyễn Văn Cương

I. KHÁI QUÁT VỀ HIỆN TƯỢNG TIẾP THU KINH NGHIỆM PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI Ở VIỆT NAM

Đối với giới nghiên cứu pháp luật so sánh quốc tế, việc tiếp thu kinh nghiệm pháp luật nước ngoài hay còn gọi là tiếp nhận pháp luật nước ngoài, cấy ghép pháp luật, hay ở Hội thảo này là “chuyển hóa pháp luật nước ngoài” (legal transplants) đã được nghiên cứu rất bài bản với những lý thuyết gia rất nổi tiếng như Alan Watson,² Otto Kahn Freund,³ Gunther Teubner,⁴ William Twining,⁵ A. Seidman,⁶

1 Gắn với việc sửa đổi, bổ sung Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008.

2 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2d ed. (Athens, GA: University of Georgia Press, 1993). Ấn bản đầu tiên của cuốn sách này được xuất bản vào năm 1974.

3 O. Kahn-Freund, “On Uses and Misuses of Comparative Law” (1974) 37 *Mod. L. Rev.* 1.

4 Gunther Teubner, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences” (1998) 61 *Mod L. Rev.* 11.

5 William Twining, “Diffusion of Law: A Global Perspective” (2004) 49 *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 1.

6 Ann Seidman & Robert B. Seidman, “Not a Treasure Chest, a Tool Box: Lessons from a Chinese Legislative Drafting Project” in Ann Seidman, Robert Seidman & Janice Payne, eds., *Legislative Drafting for Market Reform: Some Lessons from China* (London: Macmillan Press, 1997) 1.

David Nelken⁷ v.v. Cuộc tranh luận ấy lại càng có ý nghĩa trong bối cảnh khi nhiều quốc gia trên thế giới tiến hành cuộc chuyển đổi từ cơ chế kế hoạch hóa tập trung sang cơ chế thị trường từ cuối thập niên 1980 và đầu thập niên 1990 kéo theo việc nhập khẩu một phần đáng kể mô hình quản trị xã hội của các nước phương Tây vào các nước tiến hành chuyển đổi.

Thực ra, ngay từ thế kỷ 18, Montesquieu, cha đẻ của luật học so sánh hiện đại đã đưa ra luận đề như một lời cảnh báo cho những người chủ trương tiếp nhận pháp luật nước ngoài rằng *“pháp luật nên được xem là sản phẩm đặc thù của một cộng đồng người và sẽ chỉ là điều ngẫu nhiên nếu pháp luật nước này lại có thể phù hợp với nhu cầu của nước kia. Pháp luật phụ thuộc vào các phẩm chất vật lý của quốc gia, khí hậu nóng, lạnh hay ôn hòa, địa thế và quy mô lãnh thổ, phương thức sống của cộng đồng người (họ là nông dân, thợ săn hay người làm vườn), vào mức độ tự do mà hiến pháp của cộng đồng ấy ghi nhận, vào tôn giáo của cư dân, sở thích, sự giàu có, số lượng, hoạt động thương mại, phong tục và tập quán của họ.”*⁸ Về sau này, O. Kahn-Freund (1974) nói gọn lại luận đề này rằng *“chỉ trong những trường hợp cực kỳ ngoại lệ thì mới có chuyện thể chế của nước này được sinh ra để phúc đáp nhu cầu của nước khác”*.⁹ Chính vì thế, theo O. Kahn-Freund, du nhập pháp luật nước ngoài vào nước mình để giải quyết các vấn đề của nước mình không phải là giải pháp khôn ngoan bởi các quy phạm “ngoại nhập” luôn luôn chịu rủi ro của sự đào thải từ chính hệ thống pháp luật bản

7 David Nelken, “The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers” (2001) 19 Windsor Y.B. Access Just. 349.

8 Trích dẫn trong Robert Launay, “Montesquieu: The Specter of Despotism and the Origins of Comparative Law” in Annelise Riles, ed., *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Oxford: Hart. 2001) 22.

9 O. Kahn-Freund, “On Uses and Misuses of Comparative Law” (1974) 37 Mod. L. Rev. 1 at 6.

địa. Theo O. Kaln-Freund thì việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài thành công chỉ là trường hợp rất ngoại lệ và phải có nhiều điều kiện kèm theo trong đó có điều kiện về sự tương thích của quy phạm ngoại nhập với điều kiện chính trị, văn hóa pháp lý của quốc gia nhập khẩu.

A. Seidman and R. Seidman, hai chuyên gia đã dành hàng thập kỷ nghiên cứu về cách thay đổi công nghệ xây dựng pháp luật để giúp các quốc gia nghèo kiến tạo quá trình phát triển của mình cũng luôn cảnh báo rằng việc sao chép pháp luật có hiệu lực cao của các nước phát triển sang các nước đang phát triển sẽ luôn dẫn tới sự thất bại. Thêm vào đó, theo hai chuyên gia này, cách làm này không những không mang lại điều gì tốt đẹp cho các quốc gia đang phát triển mà còn mang lại những điều nguy hại. Lý do là, hành vi của con người là sản phẩm của nhiều yếu tố tác động và quy phạm pháp luật chỉ là một yếu tố bên cạnh hàng loạt các yếu tố khác thuộc về lịch sử, văn hóa, truyền thống, xã hội. Chính vì thế quy phạm giống nhau nhưng ở hai quốc gia khác nhau sẽ mang lại hai kết quả hoàn toàn khác nhau. Con đường đúng đắn là những nhà lập pháp của các nước đang phát triển phải áp dụng tư duy giải quyết vấn đề (problem-solving methodology), nhận diện cho rõ hiện trạng, vấn đề của đất nước mình, xác định rõ nguyên nhân (nhất là nguyên nhân thuộc về hành vi của con người) để tìm ra giải pháp cho sự thay đổi.¹⁰

Học giả Pierre Legrand (người Pháp) thậm chí cực đoan hơn khi cho rằng, việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài là hiện tượng không có thật

10 Robert B. Seidman, *The State, Law and Development* (New York: St. Martin's Press, 1978) at 34; Ann Seidman & Robert B. Seidman, "Not a Treasure Chest, a Tool Box: Lessons from a Chinese Legislative Drafting Project" in Ann Seidman, Robert Seidman & Janice Payne, eds., *Legislative Drafting for Market Reform: Some Lessons from China* (London: Macmillan Press, 1997) 1 at 9; Ann Seidman & Robert Seidman, *State and Law in the Development Process: Problem-solving and Institutional Change in the Third World* (London: St. Martin's Press, 1994) at 44.

về mặt bản chất. Theo P. Legrand, ngôn từ pháp lý có thể nhập khẩu nhưng ý nghĩa đích thực của ngôn từ ấy lại không thể dịch chuyển nổi bởi lẽ ý nghĩa của ngôn từ pháp lý do mối liên hệ giữa ngôn từ pháp lý ấy với cả một nền văn hóa pháp lý quyết định. Với P. Legrand, mỗi quy phạm pháp luật chỉ là thành tố, một mắt xích trong cả hệ thống pháp luật và truyền thống, văn hóa pháp lý của mỗi nước. Nội dung, ý nghĩa của mỗi quy phạm ấy do chính nền văn hóa pháp lý quy định. Bởi vậy, khi tiếp nhận pháp luật nước ngoài, cái mà bên tiếp nhận nhận được chỉ là vỏ ngôn ngữ mà thôi chứ ý nghĩa, tác động thực sự của quy phạm ấy thì không hề được tiếp nhận.¹¹

Ngược lại với những cách nhìn nhận có phần “bi quan” trên về việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài, Alan Watson (1974) lại cho rằng việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài (hoặc cấy ghép pháp luật) là “*đặc biệt phổ biến. Điều này đúng cả với thời cổ đại và thời hiện nay. Cấy ghép pháp luật nước ngoài là nguồn chủ yếu nhất của sự phát triển pháp luật. Những thay đổi chủ yếu nhất của các hệ thống pháp luật đều là sản phẩm của sự vay mượn pháp luật*”.¹² Nhận định này được Alan Watson mô phỏng (kế thừa) từ nhận định của nhà xã hội học pháp luật nổi tiếng đầu thế kỷ 20 Roscoe Pound rằng “*lịch sử phát triển của một hệ thống pháp luật là lịch sử của sự vay mượn chất liệu từ hệ thống pháp luật khác và sự đồng hóa những chất liệu có nguồn gốc từ bên ngoài ấy*”.¹³

Ở giữa những thái cực kể trên là quan điểm cho rằng, việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài vào một quốc gia là có thể làm được tuy nhiên,

11 Pierre Legrand, “The Impossibility of Legal Transplants” (1997) 4 M.J.E.C.L 111 at 77; see also, Pierre Legrand, “How to Compare Now” (1996) 16 L.S. 232.

12 Alan Watson, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 2d ed. (Athens, GA: University of Georgia Press, 1993) at 95.

13 Alan Watson, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 2d ed. (Athens, GA: University of Georgia Press, 1993) at 22.

mọi sự tiếp nhận đều cần có sự chỉnh sửa, thay đổi cần thiết chứ không thể sao chép máy móc. Bản thân nguồn gốc “ngoại” của quy phạm pháp luật không phải là rào cản đối với sự tiếp nhận. Ngay bản thân các hệ thống pháp luật chứa đựng những giải pháp “nội” do các nhà lập pháp “nội” tự nghĩ ra cũng không chắc mọi giải pháp “nội” đều vận hành tốt. Việc thay đổi các quy định, thiết chế có nguồn gốc “ngoại nhập” như thế nào sẽ do điều kiện cụ thể của quốc gia tiếp nhận quyết định. Tuy nhiên, trước khi tiến hành việc tiếp nhận, điều quan trọng là các nhà lập pháp cần xác định xem giải pháp “ngoại nhập” có ăn khớp với hệ thống pháp luật hiện tại, với văn hóa pháp lý bản địa hay không. Thêm vào đó, sau khi được tiếp nhận, các quy phạm có nguồn gốc “ngoại” có thể sẽ bị tiếp biến để trở thành phiên bản mới không nhất thiết trùng khớp với các hiểu ban đầu ở nước “xuất khẩu”.¹⁴

Như vậy, có thể nói, dù có nhiều quan điểm khác nhau, nhưng đọng lại trong các lập luận kể trên là *quan điểm cho rằng, đưa ra giải pháp pháp lý phù hợp để giải quyết vấn đề phát triển phải là sản phẩm của quá trình cân nhắc kỹ lưỡng, là sản phẩm của sự chọn lựa/quyết định có đầy đủ thông tin* (informed decision making).

Với giới nghiên cứu luật Việt Nam, hiện tượng tiếp nhận pháp luật nước ngoài còn ít được nghiên cứu với chiều sâu cần thiết về lý luận.¹⁵ Thêm vào đó, từ việc nghiên cứu để nhận diện cho đúng bản chất của

14 K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3d ed., trans. By Tony Weir (Oxford: Clarendon Press, 1998) at 16-17; see also, Zentaro Kitagawa, “Development of Comparative Law in East Asia” in Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006) 237 at 254.

15 Tuy nhiên, có thể kể tới các công trình nghiên cứu của John Gillespie, Pip Nicholson v.v. Ví dụ: John S. Gillespie, *Transplanting Commercial Law Reform: Developing a “Rule of Law” in Vietnam* (Farnham, UK: Ashgate, 2006); Penelope (Pip) Nicholson, *Borrowing Court Systems: The Experience of Socialist Vietnam* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007).

hiện tượng tiếp thu kinh nghiệm pháp luật nước ngoài ở Việt Nam để đưa ra những khuyến nghị về xây dựng pháp luật, hòng tìm ra những giải pháp lập pháp hợp lý vẫn đang là mảnh đất cần tiếp tục khai phá của giới nghiên cứu khoa học pháp lý.

Tuy nhiên, không chờ tới khi người Việt đưa ra được lý thuyết phù hợp về việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài thì hiện tượng tiếp nhận pháp luật nước ngoài vẫn cứ diễn ra. Ngay bản thân Bộ luật Hồng Đức ở thế kỷ 15, Bộ luật được xem là niềm tự hào của người Việt một thời cũng hàm chứa không ít có nội dung thực ra là kế thừa kinh nghiệm lập pháp của một số triều đại ở Trung Quốc. Nhìn rộng ra, việc du nhập các giá trị văn hóa từ nước ngoài đã được người Việt tiến hành thậm chí hàng thiên niên kỷ trước đó. Không thừa nhận chuyện ấy chúng ta sẽ không thể lý giải được vì sao Đạo Phật, Nho Giáo v.v. lại có mặt trong nền văn hóa Việt Nam và góp phần làm sâu sắc thêm, giàu có thêm nền văn hóa và tâm hồn người Việt. Tiếp nhận pháp luật nước ngoài cũng không phải chỉ diễn ra trong thời kỳ đổi mới. Cơ chế kế hoạch hóa tập trung, mô hình nhà nước theo thuyết tập quyền, chắc chắn, có phần quan trọng về nguồn gốc từ các nước xã hội chủ nghĩa trước đây chứ không hẳn chỉ là sự tự sáng tạo của người Việt. Nhắc tới điều đó cũng *không nên coi là điều gì đó đáng ngại bởi lẽ một trong quy luật phát triển của các nền văn hóa là quy luật về giao lưu, tiếp biến các giá trị văn hóa*. Nếu xem pháp luật như một bộ phận trong văn hóa quốc gia thì chuyện giao lưu, tiếp biến các giá trị pháp lý của các hệ thống pháp luật cũng là điều bình thường. Câu chuyện ấy xảy ra ở nhiều nơi, bao gồm cả Nhật,¹⁶ Hàn Quốc,¹⁷ Trung Quốc, Malaysia, Singapore, Thái Lan v.v.

16 Hiroshi Oda, *Japanese Law*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2011).

17 Hyunah Yang (ed.), *Law and Society in Korea* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013); Korea Legislation Research Institute (ed.), *Introduction to Korean Law* (New York: Springer, 2013).

Nhưng 3 thập niên cải cách, đổi mới vừa qua cũng là 3 thập niên mà hiện tượng tiếp nhận pháp luật nước ngoài diễn ra thật sự rõ nét. Điều đó, trước hết là xuất phát từ nhu cầu nội tại của Việt Nam khi tiến hành chuyển đổi cơ chế kinh tế và đổi mới hệ thống chính trị. Quá trình tiếp nhận pháp luật nước ngoài ấy cũng được thực hiện bằng nhiều con đường khác nhau:

- Có trường hợp, do nhu cầu nội tại của Việt Nam mà nhà nước Việt Nam đã chủ động cử cán bộ Việt Nam học tập kinh nghiệm quốc tế để tìm ra giải pháp phù hợp cho Việt Nam. Lời kể sau đây của nguyên Thống đốc Ngân hàng Cao Sỹ Kiêm (giữ chức Thống đốc ngân hàng nhà nước từ năm 1989 đến năm 1997) là một ví dụ: *“Thời điểm tôi chính thức nhận nhiệm vụ, ngành ngân hàng chưa hề chuẩn bị cho đổi mới, kinh tế bị bao vây, trì trệ, lạm phát lên tới 700%. Con người hoàn toàn bao cấp. Nhưng tôi có tấm lòng và nhiệt huyết của tuổi trẻ. Tôi dành ra 6 tháng để gặp đội ngũ làm ngân hàng ở khắp các tỉnh, nghe họ đóng góp ý kiến, đồng thời cử 6 đoàn đi học nước ngoài. Tự bản thân tôi cũng đi tất cả những nước mà tôi cho rằng cần phải học hỏi như Nhật Bản hay các nước châu Âu. Nói thật là khi đó, khoảng cách giữa họ và chúng ta là một trời một vực. Tất cả những gì chúng tôi có thể làm là học hỏi và lắng nghe. Tôi chủ trương cho anh em cái gì chưa biết thì hỏi. Và tôi cho rằng cái quan trọng nhất mà chúng ta học được từ họ là bài học phải đổi mới dựa trên việc áp dụng nguyên tắc thị trường và đi theo nguyên tắc này. Hai pháp lệnh ngân hàng ra đời ngay sau đó, là nền tảng đầu tiên để chúng ta hoạt động theo nguyên tắc thị trường.”*¹⁸

Bản thân qua quan sát của tôi với gần 20 năm gắn bó với công tác nghiên cứu và xây dựng pháp luật cũng cho thấy, trước khi xây dựng bất

18 <<http://vietnamnet.vn/vn/kinh-te/216514/minh-phung---epco--bai-hoc-cuoc-doi-cuu-thong-doc-cao-sy-kiem.html>>

cứ dự án luật lớn nào của nước ta, các cơ quan chủ trì soạn thảo cũng cử các đoàn cán bộ đi thăm quan, nghiên cứu, học tập kinh nghiệm của nước ngoài. Trong đợt sửa đổi, bổ sung Hiến pháp vừa qua, tôi biết hàng chục bản Hiến pháp của các nước đã được dịch thuật, nghiên cứu, so sánh, đối chiếu để cung cấp chất liệu cho Ban Biên tập, Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp tiến hành công việc của mình. Đi kèm với việc nghiên cứu kinh nghiệm quốc tế ấy là việc các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam phối hợp với các đối tác của Đức, Pháp, Nhật Bản tổ chức hàng chục hội thảo, tọa đàm chia sẻ kinh nghiệm quốc tế trong việc xử lý các vấn đề trong quá trình xây dựng Hiến pháp.

- Có trường hợp, thông qua hợp tác quốc tế, Việt Nam đã chủ động mời các chuyên gia nước ngoài vào Việt Nam để tư vấn, đào tạo, hỗ trợ Việt Nam tiến hành các hoạt động cải cách pháp luật, cải cách phương pháp quản lý nhà nước. Chẳng hạn, trong lĩnh vực quản lý đất đai, việc hợp tác quốc tế để xây dựng hệ thống quản lý đất đai hiện đại ở Việt Nam đã rất được coi trọng từ năm 1991 khi mà Việt Nam vẫn còn đang ở thế bị bao vây, cấm vận. Chẳng hạn, từ năm 1991, Tổng cục đất đai đã hợp tác với Bộ Đất đai bang West Australia để nghiên cứu về hệ thống quản lý đất đai ở Việt Nam, sau đó UNDP đã tài trợ cho Chính phủ Việt Nam triển khai hoạt động này. Các hình thức trao đổi chuyên gia, đi thăm quan, học hỏi, nghiên cứu kinh nghiệm của các nước (Úc, Thụy Điển) v.v. Các chương trình hợp tác sau đó cũng rất sâu với trị giá hợp tác lên tới hàng triệu USD (chẳng hạn chương trình SEMLA của Thụy Điển về tăng cường năng lực quản lý đất đai và môi trường do Chính phủ Thụy Điển tài trợ tới 25 triệu USD.¹⁹ Trong lĩnh vực pháp luật dân sự, bồi thường nhà nước, bóng dáng của nhà tài trợ đến từ Nhật Bản

19 TS. Nguyễn Đình Bồng (chủ biên), Mô hình quản lý đất đai hiện đại ở một số nước và kinh nghiệm cho Việt Nam (Hà Nội: NXB Chính trị quốc gia, 2014) tr. 240-266.

(JICA), Pháp (nhất là thông qua thiết chế nhà pháp luật Việt - Pháp) luôn rõ nét. Có thể nói, cả 3 lần Việt Nam xây dựng Bộ luật dân sự, là 3 lần các chuyên gia Nhật Bản rất nhiệt tình giúp đỡ và hàng chục đoàn thăm quan, tìm hiểu, nghiên cứu về pháp luật dân sự của Việt Nam đã được cử sang Nhật Bản và các nước phát triển để học tập kinh nghiệm. Trong lĩnh vực về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, không thiếu sự hỗ trợ của MUTRAPs, CUTS, USAID, v.v.

- Ngoài ra, việc đàm phán các hiệp định thương mại với các đối tác cũng tạo ra thêm động lực, thậm chí là “sức ép” để quá trình tiếp nhận pháp luật nước ngoài (hoặc tiếp nhận các chuẩn mực quốc tế) diễn ra nhanh hơn. Chẳng hạn, việc ký kết hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ (năm 2001), việc đàm phán gia nhập WTO đã góp phần thúc đẩy mạnh việc Việt Nam cải cách các quy định liên quan tới bảo hộ đầu tư nước ngoài, bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ và bảo vệ cạnh tranh, chống độc quyền trên thị trường. Luật Cạnh tranh năm 2004 (với nhiều nét đáng nhắc mô phỏng mô hình kiểm soát cạnh tranh kiểu châu Âu và Hoa Kỳ), Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, Luật Đầu tư năm 2005 là những sản phẩm như vậy. Việc cam kết minh bạch hóa hệ thống pháp luật khi Việt Nam gia nhập WTO (năm 2007) cũng là một trong những yếu tố tác động trực tiếp để Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008 đưa ra quy định về công khai và đăng tải dự thảo văn bản quy phạm pháp luật (do các cơ quan trung ương ban hành) trên Internet trong thời gian lên tới 60 ngày trước khi các cơ quan có thẩm quyền ra quyết định về việc ban hành hay không ban hành văn bản ấy.

Bên cạnh đó, khi Việt Nam đã ký kết hoặc gia nhập các điều ước quốc tế, nghĩa vụ tôn trọng các cam kết quốc tế (*pacta sunt servanda*) cũng thường đi tới việc nội luật hóa các cam kết quốc tế của Việt Nam. Đó cũng là một trong những con đường để việc du nhập pháp luật nước ngoài hoặc các chuẩn mực quốc tế vào hệ thống pháp luật Việt Nam.

Chẳng hạn, trong lần sửa đổi, bổ sung Hiến pháp vừa qua, nhiều quy định của Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (Việt Nam gia nhập từ năm 1982) đã được thể hiện trong các quy định về quyền con người trong Hiến pháp năm 2013. Chẳng hạn Khoản 1 Điều 6 Công ước này có quy định *“Mọi người đều có quyền cố hữu là được sống. Quyền này phải được pháp luật bảo vệ. Không ai có thể bị tước mạng sống một cách tùy tiện.”* Tinh thần ấy đã được Điều 19 Hiến pháp năm 2013 thể hiện như sau *“Mọi người có quyền sống. Tính mạng con người được pháp luật bảo hộ. Không ai bị tước đoạt tính mạng trái luật.”* Điều 7 của Công ước nói trên quy định *“Không ai có thể bị tra tấn, đối xử hoặc trừng phạt một cách tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm. Đặc biệt, không ai có thể bị sử dụng để làm thí nghiệm y học hoặc khoa học mà không có sự đồng ý tự nguyện của người đó.”*²⁰ Tinh thần của quy định ấy đã được thể hiện trong Điều 20 Hiến pháp năm 2013 như sau *“Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về thân thể, được pháp luật bảo hộ về sức khỏe, danh dự và nhân phẩm; không bị tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử nào khác xâm phạm thân thể, sức khỏe, xúc phạm danh dự, nhân phẩm... Việc thử nghiệm y học, dược học, khoa học hay bất kỳ hình thức thử nghiệm nào khác trên cơ thể người phải có sự đồng ý của người được thử nghiệm.”* v.v. Bản thân tôi đã đọc nhiều tờ trình dự án Luật trong đó cơ quan trình dự án luật đã nêu rõ một trong những lý do phải bổ sung các quy định mới hoặc sửa đổi, bổ sung Luật cũ là nhằm bảo đảm sự tương thích của pháp luật Việt Nam với các điều ước quốc tế.

Như vậy, có thể khái quát lại, việc du nhập pháp luật nước ngoài hoặc các chuẩn mực pháp lý vốn đã tồn tại ở ngoài lãnh thổ Việt Nam vào

20 <http://hcrc.hcmulaw.edu.vn/index.php?option=com_content&view=article&id=11:cong-c-quc-t-v-cac-quyn-dan-s-chinh-tr-1966&catid=6:b-lut-nhan-quyn-quc-t&Itemid=20>

hệ thống pháp luật Việt Nam là hiện tượng có thực. Việc tiếp nhận pháp luật ấy được thực hiện bằng nhiều phương thức khác nhau như bằng sự chủ động học hỏi của những người, những cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam (có hoặc không có sự hỗ trợ về kỹ thuật của các dự án hợp tác quốc tế) hoặc bằng việc nội luật hóa các cam kết quốc tế mà Việt Nam đã ký kết hoặc gia nhập. Tuy nhiên, theo quan sát của cá nhân tôi, sự du nhập như vậy, trước hết là do nhu cầu nội tại từ quá trình cải cách, đổi mới của đất nước ta, xuất phát từ lợi ích của Việt Nam và được thực hiện ở tâm thế “chủ động”.

II. CƠ SỞ THỰC TIỄN CỦA VIỆC TIẾP NHẬN PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI Ở VIỆT NAM

Chúng ta hay được nghe nói, sự nghiệp đổi mới ở nước ta, dù là đổi mới về kinh tế hay pháp lý, thì cũng được xem là hiện tượng chưa có tiền lệ trong lịch sử. Nói chưa có tiền lệ, tức là nhấn mạnh tới tính “mới” của nó. Sau 3 thập niên đổi mới, chúng ta có thể thấy một bước tiến dài trong tư duy chỉ đạo phát triển kinh tế và tư duy quản trị quốc gia của giới lãnh đạo nước ta. Điều đó thể hiện rõ nét trong việc chuyển đổi mô hình phát triển kinh tế và mô hình quản trị nhà nước như bản mô tả dưới đây:

	Trước đổi mới	Hiện tại (sau 30 năm đổi mới)
Mô hình kinh tế	Kế hoạch hóa tập trung (công hữu về tư liệu sản xuất)	Kinh tế thị trường định hướng XHCN (đa dạng các hình thức sở hữu, hình thức tổ chức kinh doanh v.v.)
Mô hình quản trị nhà nước	Nhà nước chuyên chính vô sản	Nhà nước pháp quyền XHCN

Xét về tổng thể, mô hình kinh tế Việt Nam là kinh tế thị trường định hướng XHCN đúng là chưa từng tồn tại ở Việt Nam trong lịch sử. Xem trong các tài liệu quốc tế mà tôi tiếp cận được thì cũng chưa từng tồn tại mô hình nền kinh tế thị trường định hướng XHCN. Ở Trung Quốc, người ta xây dựng nền kinh tế thị trường XHCN (và được hiểu như một kiểu kinh tế thị trường mang đặc sắc Trung Quốc). Mặc dù vậy, đi vào từng thành tố, không phải mọi thứ đều là “chưa có tiền lệ”, đều là “mới”. Kinh tế thị trường định hướng XHCN thì trước hết cũng phải là kinh tế thị trường, nền kinh tế mà sự phân bổ các nguồn lực cơ bản, chủ yếu trong nền kinh tế ấy gồm có đất đai, lao động, vốn, công nghệ, hàng hóa, dịch vụ tiêu dùng đều được thực hiện thông qua quan hệ cung cầu của thị trường. Đó cũng phải là nền kinh tế mà cạnh tranh trở thành yếu tố then chốt chi phối cơ chế phân bổ nguồn lực và cơ chế tiếp cận, tận dụng các cơ hội đầu tư, kinh doanh. Xét về khía cạnh ấy, sẽ là không hợp lý nếu chúng ta nói, đó đều là những trải nghiệm “chưa có tiền lệ”, hay là những trải nghiệm duy nhất mà chỉ có người Việt mới trải qua. Bởi vậy, nói cho đúng, việc xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng XHCN ở nước ta là công việc có sự đan xen giữa những cái đã có tiền lệ (kinh tế thị trường) với những cái chưa có tiền lệ (định hướng XHCN; khi kinh tế thị trường gắn với định hướng XHCN). Chỉ có cách nhận thức như thế, chúng ta mới lý giải được tại sao việc học tập kinh nghiệm nước ngoài là công việc có cơ sở mang tính khoa học, đồng thời, chúng ta mới lý giải được vì sao việc học tập kinh nghiệm nước ngoài nhưng vẫn phải là học tập “có chọn lọc”.

Cũng tương tự, với nhà nước pháp quyền XHCN, việc quá nhấn mạnh rằng đây là mô hình quản trị nhà nước hoàn toàn không có tiền lệ cũng dễ đưa tới quan niệm cho rằng, Việt Nam không thể học được gì từ thế giới bên ngoài. Sự thực là, nhà nước pháp quyền XHCN thì trước hết cũng phải là nhà nước pháp quyền, mà ở đó, yêu cầu đầu tiên đó là sự

thượng tôn pháp luật, ở nơi đó, pháp luật không chỉ là công cụ để nhà nước quản lý xã hội mà còn là công cụ để nhân dân kiểm soát việc thực thi quyền lực nhà nước, bảo đảm quyền lực nhà nước thực sự được thực hiện, vận hành vì lợi ích công. Nhà nước ấy cũng chia sẻ mối ưu tư trong kinh nghiệm ngàn đời của những nền quản trị vững mạnh là làm sao để giữ sự ngay thẳng, liêm chính không chỉ trong dân chúng mà trước tiên phải là giữ được sự ngay thẳng, liêm chính trong đội ngũ cầm quyền và lực lượng thân hữu của đội ngũ ấy. Điều ấy chỉ có thể có được khi yếu tố kiểm soát quyền lực phải là một trong những yếu tố cốt lõi trong nguyên lý tổ chức quyền lực nhà nước.

Vậy nên, thật không ngạc nhiên khi chúng ta thấy, quá trình đổi mới ở nước ta cũng là quá trình mà sự học hỏi của Việt Nam về thế giới bên ngoài lại nhiều đến vậy. Sự học hỏi ấy không chỉ để chúng ta có hiểu biết cho đúng về thế giới bên ngoài để chúng ta ứng xử cho phù hợp với thế giới bên ngoài ấy mà sự học hỏi ấy còn góp phần giúp chúng ta giải quyết những vấn đề nội địa của đất nước mình. Thêm vào đó, càng trong quá trình hội nhập, mở cửa, chúng ta càng thấy rõ thực tế là các nhà đầu tư, người lao động trong và ngoài nước càng ngày càng có nhiều chọn lựa trong việc tìm kiếm nơi đầu tư, nơi làm việc, nơi sinh sống của mình. Quá trình lưu chuyển con người, lưu chuyển dòng vốn, lưu chuyển hàng hóa, dịch vụ mang tính quốc tế ấy luôn đi kèm với việc nhà đầu tư, người lao động, cư dân của các nước so sánh, tìm hiểu, đánh giá về môi trường pháp lý của đất nước mà mình có quan hệ. Bởi vậy, thiết kế ra hệ thống pháp luật quá khác biệt, không thân thiện, không gần gũi với nhu cầu của các nhà đầu tư sẽ không phải là chọn lựa khôn ngoan để thu hút đầu tư quốc tế. Thực tế ấy đang đặt ra yêu cầu việc xây dựng hệ thống pháp luật của chính Việt Nam không nên chỉ theo lăng kính của người thực hiện công việc quản lý nhà nước mà còn thông qua lăng kính của người thụ hưởng hệ thống pháp luật.

III. KHUYẾN NGHỊ GIẢI PHÁP VỀ TIẾP NHẬN PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI TRONG BỐI CẢNH VIỆT NAM

Ở Việt Nam, việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài được thực hiện chủ yếu thông qua công tác xây dựng pháp luật. Tất nhiên, từ thực tiễn tham gia công tác xây dựng pháp luật của cá nhân tôi, tôi nhận thấy khá rõ thực tế những người làm công tác xây dựng pháp luật khi tham khảo kinh nghiệm quốc tế *không phải hướng tới mục tiêu làm sao luật của Việt Nam giống với luật của nước A hay nước B*. Chúng ta có nhu cầu đổi mới, phát triển đất nước, để các mục tiêu về phát triển kinh tế, an sinh xã hội, bảo vệ môi trường ngày càng sớm được hiện thực hóa, theo đó, Việt Nam tiến từ quốc gia kém phát triển, đến quốc gia có mức thu nhập trung bình thấp, vươn dần lên thoát khỏi bẫy thu nhập trung bình. Vấn đề chính mà những người xây dựng pháp luật lưu tâm chính là làm sao để pháp luật Việt Nam phù hợp với thực tế Việt Nam, giải quyết được các vấn đề của Việt Nam. Mặc dù vậy, vẫn có không ít trường hợp, pháp luật Việt Nam được ban hành chưa đáp ứng được yêu cầu đã nêu. Tình trạng nhiều văn bản pháp luật Việt Nam bị sửa đổi, bổ sung liên tục hoặc không ít quy định trong pháp luật Việt Nam khá kém hiệu lực là một bằng chứng cho thấy sự tồn tại của khoảng cách lớn giữa pháp luật trên giấy với yêu cầu, thực tiễn cuộc sống ở Việt Nam. Việc sửa đổi, bổ sung Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật hiện nay là nhằm góp phần khắc phục vấn đề như vậy. Một trong những điểm sửa đổi căn bản và đáng chú ý vào bậc nhất là việc đề cao yêu cầu về phân tích, hoạch định chính sách trước khi tiến hành quy phạm hóa. Điều này có nghĩa rằng, Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật mới đặt ra yêu cầu cao hơn cho những người làm công tác xây dựng pháp luật, đối với những cơ quan đề xuất xây dựng pháp luật. Chẳng hạn, trước khi muốn đề xuất xây dựng một Luật mới hoặc sửa

đổi, bổ sung một đạo luật hiện hành thì chủ thể đề xuất ấy phải làm rõ: vấn đề gì của thực tiễn đang đòi hỏi phải được giải quyết bằng cách ban hành luật mới hoặc sửa đổi, bổ sung đạo luật hiện hành? Vấn đề ấy do nguyên nhân nào gây ra (nhất là do nhóm hành vi của chủ thể/nhóm chủ thể nào gây ra) và liệu nguyên nhân ấy có thể thay đổi được bằng cách ban hành luật mới hoặc sửa đổi, bổ sung luật hiện hành không? Có những phương án nào để xử lý vấn đề ấy? Tác động về chi phí/lợi ích của từng phương án ra sao? Phương án nào là phương án tối ưu v.v. Nói cách khác, việc đổi mới quy trình xây dựng pháp luật lần này là hướng tới việc thiết lập quy trình xây dựng pháp luật với tư cách là một quá trình ra quyết định dựa trên bằng chứng thực tiễn (evidence-based decision making), bảo đảm mọi quyết định được đưa ra là quyết định có đầy đủ thông tin (informed choice).

Gắn với các lý thuyết về tiếp nhận pháp luật nước ngoài thì có vẻ lần này cách tiếp cận của A. Seidman và R. Seidman đang được ưa chuộng hơn. Cá nhân tôi thì cho rằng, đó là một hướng đi đúng.²¹ Mặc dù vậy, tôi vẫn cho rằng, kinh nghiệm quốc tế là rất quan trọng. Nếu chứng minh được rằng, chúng ta gặp vấn đề tương tự như các nước đã từng gặp phải và quốc tế đã có kinh nghiệm xử lý thì việc tham khảo kinh nghiệm quốc tế là điều rất đáng thực hiện. Kinh nghiệm quốc tế ấy cần phải được đưa vào từ công đoạn hoạch định chính sách. Chính vì thế, sẽ là lý tưởng nếu trong thực tiễn, bên cạnh các loại tài liệu mà Luật Ban hành văn bản yêu cầu khi chuẩn bị một đề xuất xây dựng luật hoặc khi chuẩn bị một dự thảo luật, rất nên có báo cáo nghiên cứu kinh nghiệm quốc tế trong việc xử lý vấn đề tương tự. Đây là điều trong thực tế, nhiều cơ quan soạn thảo đã làm nhưng do thiếu phương pháp

21 Cuong Nguyen, The Drafting of Vietnam's Consumer Protection Law: An Analysis from Legal Transplantation Theories <<https://dspace.library.uvic.ca/handle/1828/3404>>.

xây dựng nên các báo cáo này chỉ thiên về khía cạnh cung cấp một số thông tin mang tính khá tản mạn về pháp luật nước ngoài (và thường chỉ là pháp luật trên giấy chứ không phải là những câu chuyện về thành công và thất bại trong thực tiễn áp dụng). Một nghiên cứu kinh nghiệm quốc tế được trang bị bằng phương pháp luận luật so sánh phù hợp dựa trên những hiểu biết đúng đắn về lý thuyết tiếp nhận pháp luật nước ngoài sẽ là nguồn thông tin quan trọng trong quá trình hoạch định chính sách. Tuy nhiên, cần tránh đối xử với kinh nghiệm quốc tế theo kiểu: Kinh nghiệm quốc tế nào giống hương mà cơ quan trình dự án luật định luận giải thì làm thật đậm lên còn kinh nghiệm quốc tế nào khác với hương mình định luận giải thì bỏ qua hoặc chỉ đề cập một cách mờ nhạt.

Thêm vào đó, để có được phương pháp luận đúng khi tiếp nhận pháp luật nước ngoài, công tác tập huấn về phương pháp nghiên cứu, phân tích kinh nghiệm quốc tế trong quá trình xây dựng pháp luật cũng nên được các cơ quan có thẩm quyền quan tâm thực hiện. Công tác đào tạo về pháp luật so sánh hiện nay ở các cơ sở đào tạo cũng cần được đổi mới, cập nhật cho kịp thời, không nên chỉ dừng lại ở việc thông tin về sự giống và khác nhau giữa các truyền thống pháp luật về một số vấn đề cơ bản (sở hữu, hợp đồng, thừa kế, hình sự, tố tụng, hiến pháp v.v.) mà cần quan tâm hơn tới việc tìm hiểu, truyền bá các lý thuyết về tiếp thu kinh nghiệm pháp luật nước ngoài (legal transplantation theories) và cách ứng dụng các lý thuyết ấy vào công tác xây dựng pháp luật. Làm được như thế, tôi tin rằng sẽ góp một phần quan trọng đối với việc tiếp tục cải thiện chất lượng công tác lập pháp nói riêng và công tác xây dựng pháp luật nói chung ở nước ta hiện nay.



THƯ VIỆN QUỐC HỘI



CHỨC NĂNG

Thư viện Quốc hội có chức năng thu thập, lưu trữ, bổ sung, xử lý nghiệp vụ vốn tài liệu và tổ chức cung cấp thông tin, dịch vụ nghiên cứu để phục vụ nhu cầu tham khảo của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Hội đồng dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, các đại biểu Quốc hội

(Điều 23, Quyết định số 401/QĐ-VPQH ngày 23/04/2014)



MỤC TIÊU PHÁT TRIỂN

“Thư viện Quốc hội mong muốn trở thành trung tâm tri thức khoa học lập pháp, cung cấp thông tin, tài liệu và dịch vụ nghiên cứu một cách đầy đủ, tin cậy, khách quan và kịp thời phục vụ nhu cầu thông tin của các cơ quan của Quốc hội, các đại biểu Quốc hội, cán bộ, chuyên viên Văn phòng Quốc hội nhằm nâng cao chất lượng hoạt động của Quốc hội”.

CƠ CẤU TỔ CHỨC



DỊCH VỤ

- Cung cấp các dịch vụ thư viện truyền thống và thư viện số, đáp ứng nhu cầu tra cứu, tiếp cận thông tin thường xuyên của các đại biểu Quốc hội và các cơ quan phục vụ hoạt động của Quốc hội;
- Cung cấp thông tin theo yêu cầu của đại biểu Quốc hội trực tiếp và trực tuyến thông qua Hệ thống Hỗ trợ tức thì (<http://hht.quochoi.vn>);
- Tổ chức nghiên cứu, biên dịch và tổng hợp thông tin tham khảo phục vụ các hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và các đại biểu Quốc hội;
- Tổ chức khảo sát, điều tra dư luận xã hội, thống kê số liệu phục vụ nhu cầu tham khảo cho các cơ quan của Quốc hội và các đại biểu Quốc hội;

- Tổ chức hội nghị, hội thảo, tọa đàm, sự kiện giới thiệu sách để cung cấp, phổ biến thông tin tới các đại biểu Quốc hội;
- Tổ chức các hoạt động hợp tác quốc tế trong lĩnh vực thư viện và dịch vụ nghiên cứu;
- Quản trị, đăng tải và tổng hợp ý kiến nhân dân về các dự thảo luật, pháp lệnh, dự thảo nghị quyết trên trang điện tử Dự thảo Online (<http://duthaoonline.quochoi.vn>)
- Lưu trữ các ấn phẩm đặc sắc, các bộ sưu tập đặc thù phục vụ bạn đọc;
- Số hoá các tài liệu nội sinh của Quốc hội và các nguồn tài liệu sẵn có.

Mọi thông tin chi tiết xin liên hệ:

Thư viện Quốc hội – Văn phòng Quốc hội

Địa chỉ: Nhà Quốc hội, đường Độc Lập, quận Ba Đình, Hà Nội

Email: thuvienquochoi@qh.gov.vn hoặc thuvienquochoi@gmail.com

Điện thoại: 080.41950