



Original Article

# Legal Transformations under Globalisation and International Integration

Vu Thanh Ha\*

*Immigration Department, 44-46 Tran Phu, Ba Dinh, Hanoi, Vietnam*

Received 25 November 2019

Revised 15 December 2019; Accepted 19 December 2019

**Abstract:** Globalization and regional integration have become typical of the contemporary era. These processes have changed the interaction between a national legal system and the international one towards the dominance of the latter. Furthermore, globalization and regional integration are increasingly stimulating the proximity and interaction among a national legal system and other legal systems. This context requires relevant approaches to transforming laws towards the building of an effective legal system for each country's development as well as regional, international integration.

**Keywords:** Legal transformation, legal transplant, legal internalization.

---

\*Corresponding author.

*E-mail address:* [vuthanhha1610@gmail.com](mailto:vuthanhha1610@gmail.com)

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4262>



## Chuyên hóa pháp luật trong thời đại toàn cầu hóa và liên kết quốc tế, khu vực

Vũ Thanh Hà\*

*Cục Quản lý Xuất nhập cảnh, 44-46 Trần Phú, Ba Đình, Hà Nội, Việt Nam*

Nhận ngày 25 tháng 11 năm 2019

Chỉnh sửa ngày 15 tháng 12 năm 2019; Chấp nhận đăng ngày 19 tháng 12 năm 2019

**Tóm tắt:** Toàn cầu hoá và liên kết khu vực là những quá trình đặc trưng cho thời đại ngày nay. Các quá trình đó làm thay đổi sự tương tác của hệ thống pháp luật của một quốc gia với pháp luật quốc tế theo hướng bảo đảm tính trội của pháp luật quốc tế; đồng thời, toàn cầu hoá và khu vực cũng hàng ngày hàng giờ kích thích sự xích lại gần nhau, sự tương tác của pháp luật quốc gia với các hệ thống pháp luật khác. Bối cảnh đó đặt ra yêu cầu xác lập những cách thức chuyên hoá pháp luật hướng tới việc xây dựng hệ thống pháp luật hiệu quả đối với nhu cầu phát triển của mỗi quốc gia và nhu cầu liên kết quốc tế, khu vực.

*Từ khóa:* Chuyên hoá pháp luật, cấy ghép pháp luật, nội luật hoá, cơ chế thu hút, cơ chế áp dụng.

### 1. Sự tương tác mới của pháp luật quốc gia với pháp luật quốc tế

*Cơ sở lý luận và pháp lý của mối liên hệ pháp luật quốc gia - pháp luật quốc tế*

Kể từ khi hình thành hệ thống luật quốc tế thống nhất thì vấn đề về sự liên hệ và tương tác của nó với các hệ thống pháp luật quốc gia luôn luôn được đặt ra và quan điểm về vấn đề này cũng hết sức đa dạng và khác nhau. Tuy nhiên, nhìn chung lại thì đều tập trung ở hai trường phái với hai tên gọi đối lập nhau: trường phái nhất nguyên và trường phái nhị nguyên.

*Trường phái nhất nguyên* quan niệm không có sự khác nhau giữa luật quốc gia và luật quốc tế mà đó chẳng qua là hai yếu tố của một hệ thống. Tuy nhiên, tính nhất nguyên đó cũng lại được phân hóa thành 2 loại. Một quan điểm coi luật quốc gia có tính trội so với luật quốc tế, còn quan điểm khác, ngược lại, coi tính trội đó thuộc về luật quốc tế. Dựa vào tư tưởng của G. Heghen về quyền tuyệt đối [1, tr.15-16] trường phái nhất nguyên suy luận rằng, Nhà nước - người đại diện cho quốc gia - có quyền đặt ra và sửa đổi mọi thứ luật lệ “trong và ngoài quốc gia”. Việc suy luận quyền tuyệt đối của Nhà nước theo hướng đặt cả các quan hệ quốc tế vào tầm quyết định của một quốc gia đã được coi là đồng nghĩa với việc xem thường trật tự pháp luật quốc tế và lịch sử đã và đang cho thấy

\* Tác giả liên hệ.

Địa chỉ email: [vuthanhha1610@gmail.com](mailto:vuthanhha1610@gmail.com)

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4262>

những hệ lụy nguy hiểm của quan điểm đó. Quan điểm thứ hai của trường phái nhất nguyên mà đại diện là nhà luật học người Áo Hans Kelsen đặt luật quốc tế vào vị trí nổi trội so với luật của quốc gia. Trong hai tác phẩm nổi tiếng *Lý thuyết thuần túy về pháp luật* (1934) và *Các nguyên tắc của Luật quốc tế* (1952), H. Kelsen khẳng định mọi vấn đề trong nước đều là khách thể hiện tại hoặc tiềm tàng của luật quốc tế và do đó luật quốc tế đương nhiên có vai trò quyết định so với luật quốc gia [2, tr.368].

*Trường phái nhị nguyên* về mối quan hệ giữa Luật quốc tế và luật quốc gia cũng ra đời vào khoảng thời gian cuối thế kỷ XIX đầu thế kỷ XX, cũng có khởi nguồn từ trường phái thực chứng pháp lý, tuy nhiên, quan niệm rằng, Luật quốc tế và Luật quốc gia là những hệ thống pháp luật riêng rẽ độc lập với nhau bởi chúng có khách thể điều chỉnh khác nhau: Luật quốc tế điều chỉnh quan hệ giữa các quốc gia, trong khi Luật của quốc gia điều chỉnh các vấn đề trong nước: giữa công dân với công dân, giữa Nhà nước với công dân của Nhà nước đó, không thể coi pháp luật quốc tế là công cụ để giải quyết các vấn đề nội tại của một quốc gia, luật của quốc gia không có hiệu lực trên phạm vi quốc tế, một Nhà nước không thể căn cứ vào pháp luật của mình trong việc giải quyết các vấn đề quốc tế [3, tr.152].

Học thuyết luật quốc tế hiện đại đặt cả luật quốc tế và luật của quốc gia vào trong một không gian pháp luật thống nhất, có đối tượng điều chỉnh, phạm vi ảnh hưởng và vai trò khác nhau nhưng hoàn toàn có thể có sự tương tác, thâm nhập lẫn nhau giữa các quan điểm, nguyên tắc cũng như các chế định và quy phạm pháp luật.

Nếu như pháp luật của quốc gia là kết quả của việc “đưa ý chí” của quốc gia đó lên thành luật thì pháp luật quốc tế là kết quả của sự tham vấn lẫn nhau, của sự thỏa thuận và thống nhất ý chí của các quốc gia với nhau. Vì vậy, một khi đã hình thành các nguyên tắc, các chế định và quy phạm của Luật quốc tế có vị trí chi phối đối với luật quốc gia trong mọi trường hợp có sự tương tác. Nguyên tắc tương tác đó đã được xác nhận tại Điều 27 *Công ước Viên năm 1969 về*

*Luật điều ước quốc tế (Vienna Convention on the Law of Treaties)*. Và đó chính là điều kiện cần thiết cho các quan hệ pháp lý quốc tế hiện đại và tiên bộ. Nội hàm của *Nguyên tắc Pacta sunt servanda* - một nguyên tắc nổi tiếng của luật quốc tế đã được xác định tại Công ước Viên năm 1969 với tính cách là nguyên tắc về hiệu lực của điều ước quốc tế. Điều kiện đầu tiên cho việc thực hiện nguyên tắc Pacta sunt servanda là quốc gia thành viên cần tạo dựng cơ chế thích hợp cho việc thực hiện các quy định của điều ước quốc tế. Theo đó, về mặt lý thuyết, có ba cơ chế phổ biến có thể áp dụng đối với quốc gia, gồm cơ chế chuyển hóa quy phạm luật quốc tế vào trong luật quốc gia (*transformation*), cơ chế thu hút điều ước quốc tế vào luật quốc gia (*incorporation*) và cơ chế áp dụng quy phạm luật quốc tế trong hoạt động thực tiễn trong nước (*implementation*).

*Cơ chế chuyển hóa* hay còn gọi là nội luật hóa cho kết quả là sự chuyển hóa tinh thần và nội dung của quy phạm luật quốc tế vào pháp luật quốc gia nhằm tạo ra một loại quan hệ pháp luật “trong nước” với các chủ thể pháp luật “trong nước”; kết quả là quy phạm luật quốc tế đã không còn tồn tại về mặt hình thức, mặc dù về nội dung có thể có sự giống nhau giữa quy phạm luật quốc tế ban đầu với quy phạm đã được chuyển hóa thành quy phạm pháp luật trong nước. Phương thức thực hiện việc chuyển hóa này phải là việc ban hành văn bản pháp luật của quốc gia. Chuyển hóa là để thực hiện cam kết trong điều ước quốc tế, nhưng phải trên cơ sở một “động tác” của Nhà nước có chủ quyền. Cơ chế chuyển hóa được diễn đạt bằng những cách khác nhau trong Hiến pháp của các nước tuân theo cơ chế này. Chẳng hạn, theo Hiến pháp các nước Bắc Âu thì các quy phạm pháp luật quốc tế được thừa nhận chung và các điều ước đã được ký kết không thể trở thành những quy định có hiệu lực trực tiếp để điều chỉnh các quan hệ mà phải được nội luật hóa vào nội dung của pháp luật trong nước. Vì vậy, trong quy trình lập pháp của các nước này đã hình thành một quy trình lập pháp như sau: cùng với việc chuẩn bị ký kết một điều ước quốc tế thì cơ quan soạn thảo của Chính phủ đệ trình Quốc

hội một dự án luật, theo đó dự kiến sẽ nội luật hóa điều ước này sau khi nó được ký kết. Hiến pháp Israel (Đ.108), Cộng hòa Nam Phi (Đ.112) cũng có quy định tương tự, rằng một điều ước quốc tế chỉ có thể điều chỉnh các quan hệ trong nước sau khi được nội luật hóa.

Ưu điểm của cơ chế chuyên hóa nội dung và tinh thần của pháp luật quốc tế vào luật quốc gia là sự khẳng định rõ ràng về chủ quyền lập pháp của quốc gia. Đồng thời, cơ chế đó không dẫn đến xung đột giữa quy phạm của pháp luật trong nước với quy phạm của Điều ước quốc tế bởi nó đã được xem xét kỹ trong quá trình nội luật hóa. Tuy nhiên, nhiều ý kiến của các chuyên gia pháp luật quốc tế cho rằng, trong điều kiện thay đổi nhanh chóng của các vấn đề quốc tế và cường độ của sự hội nhập quốc tế giữa các quốc gia trong thời đại toàn cầu hóa và khu vực hóa, cơ chế này đã bộc lộ những hạn chế của nó bởi cần đến một quy trình chuyên quy phạm luật quốc tế vào nguồn của pháp luật trong nước theo các thủ tục của việc nội luật hóa như đã nêu ở trên. Theo các chuyên gia này, nếu nói về chủ quyền thì phải chăng gia nhập điều ước quốc tế, chấp nhận các cam kết và điều kiện của điều ước đó đã chính là biểu hiện không thể tranh cãi của chủ quyền lập pháp quốc gia [4, tr.152].

*Cơ chế thu hút (incorporation)* xác định rằng, các quy phạm luật quốc tế có thể tự động trở thành một phần của pháp luật quốc gia mà không cần bất kỳ một động tác lập pháp nào của cơ quan có thẩm quyền tương ứng của quốc gia đó. Như vậy, thu hút đồng nghĩa với việc coi Điều ước quốc tế là nguồn pháp luật trực tiếp của quốc. Việc xác lập cơ chế thu hút được thực hiện bằng quy định hoặc ở tầm Hiến pháp, hoặc ở tầm một đạo luật. Về mặt lịch sử, cơ chế này hình thành từ khá sớm trên cơ sở thực tiễn xét xử của các Tòa án nước Anh vào các thế kỷ XVIII-XIX khi chủ trương coi các quy phạm tập quán quốc tế là một phần của Thông luật và đương nhiên được áp dụng trong quá trình xét xử các vụ việc trong nước [5, tr.242]. Hoa Kỳ đã ngay lập tức vận dụng cơ chế này cho hệ thống pháp luật của mình thông qua điều khoản được gọi là “điều khoản tối thượng”

(*Superemacy Clause*) của Hiến pháp năm 1787: “*Bản Hiến pháp này nhằm thực thi Hiến pháp của Hoa Kỳ, cũng như các điều ước mà chính quyền Hoa Kỳ đã và sẽ ký kết, là pháp luật cao nhất của đất nước, và do vậy, các Thẩm phán tại mỗi tiểu bang có nghĩa vụ thực hiện quy định này kể cả khi Hiến pháp hoặc pháp luật ở tiểu bang có những quy định trái và khác*” (Điều VI phần 2 Hiến pháp Hoa Kỳ) [6, tr.72]. Hiến pháp nhiều nước khác như CHLB Đức, Tây Ban Nha, Pháp, Hà Lan, Thụy Sĩ, Nhật Bản, Ai Cập, Argentina v.v.. cũng quy định theo hướng này.

Hiến pháp năm 1993 của Liên bang Nga (Khoản 4 Điều 15) còn xác định một nguyên tắc có tính khái quát cao hơn: “Các nguyên tắc và các quy phạm luật quốc tế được thừa nhận chung và các điều ước quốc tế của Liên bang Nga là một phần của hệ thống pháp luật. Nếu điều ước quốc tế của LB Nga có quy định khác với quy định của pháp luật thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế”. Điều khác biệt được cho là “đi xa hơn” ở đây chính là hai yếu tố mà Hiến pháp LB Nga quy định. Thứ nhất, đó không chỉ là các điều ước quốc tế của LB Nga (tức là những điều ước quốc tế mà LB Nga tham gia) mà còn là các nguyên tắc pháp luật quốc tế, các quy phạm luật quốc tế được thừa nhận chung; thứ hai, những yếu tố quốc tế đó, theo Hiến pháp, không chỉ đơn thuần được đưa vào các văn bản pháp luật của Nhà nước Nga mà đương nhiên là “một phần của hệ thống pháp luật”. Quy định như vậy đã chỉ rõ, cũng như nhiều nước đã nêu ở trên, LB Nga đã chọn con đường thu hút pháp luật quốc tế.

Đi xa hơn Hiến pháp LB Nga là Hiến pháp các nước như Áo (Đ.9), Hungari (Đ.7), Ireland (Đ.29), Estonia (Đ.3), Somali (Đ.19), Uzbekistan (Lời nói đầu), theo đó, không chỉ các nguyên tắc, các quy phạm pháp luật quốc tế được thừa nhận chung và các điều ước của các quốc gia đó mà các tập quán quốc tế cũng có tính trội so với luật trong nước.

Những trường hợp vừa nêu trên đây có thể được diễn giải theo một cách khái quát rằng, bằng cách coi các yếu tố của luật pháp quốc tế mà chủ yếu là các điều ước mà các quốc gia

tham gia, kể đó là các nguyên tắc, các quy phạm luật quốc tế “được thừa nhận chung” hoặc kể cả các tập quán quốc tế, là một phần của hệ thống pháp luật của quốc gia; các quốc gia đó đã làm cho các yếu tố của luật pháp quốc tế có hiệu lực điều chỉnh trực tiếp đối với các quan hệ xã hội tương ứng phát sinh trong lãnh thổ của mình mà không cần bất kỳ một động tác lập pháp nào khác, ngoại trừ việc phê chuẩn điều ước đã được ký kết.

Cơ chế áp dụng pháp luật quốc tế (Implementation) không nhằm “hóa thân” quy phạm luật quốc tế vào trong phạm vi luật trong nước thông qua việc coi các điều ước quốc tế là “một phần” của hệ thống pháp luật quốc gia mà đặt ra vấn đề về sự công nhận hiệu lực của quy phạm đó và tổ chức thực hiện nó. Nói cách khác, đây là một hệ thống các giải pháp thực tiễn với mục đích rất rõ ràng là để thực hiện các cam kết quốc tế hoặc các quy phạm khác của luật quốc tế mà không hề làm thay đổi bản chất, nội dung của quy phạm đó. Văn bản duy nhất mà quốc gia có thể ban hành trong trường hợp này là văn bản công nhận hiệu lực của điều ước và đề ra những giải pháp nhằm thực hiện điều ước quốc tế. Với nghĩa đó, quy phạm của điều ước quốc tế về bản chất vẫn tiếp tục là quy phạm luật quốc tế, không chuyển hóa thành yếu tố của luật trong nước mà chỉ là vấn đề thực hiện nó khi quốc gia có đầy đủ những điều kiện cần thiết để áp dụng trong thực tế.

Cơ chế thu hút và cơ chế áp dụng đòi hỏi làm rõ hai loại điều ước quốc tế là điều ước áp dụng trực tiếp và điều ước không áp dụng trực tiếp. Việc phân biệt này là cần thiết, xuất phát từ nhu cầu của việc tôn trọng luật pháp quốc tế và từ đó, các quốc gia phải bằng những nỗ lực cần thiết đưa vào trong hệ thống pháp luật của mình các quy phạm của luật quốc tế. Bởi lẽ, những cơ chế vừa nêu trên đây trong việc chuyển quy phạm của điều ước quốc tế vào luật quốc gia chỉ có thể được thực hiện trong thực tiễn khi các cơ quan áp dụng pháp luật trong nước biết rõ quy phạm của điều ước nào phù hợp cho cơ chế nào.

Tại các nước theo hệ thống luật lục địa, theo cách mà Tòa án châu Âu sử dụng, thường

có các khái niệm như “áp dụng trực tiếp” (direct application); “hiệu lực trực tiếp” (direct effect), “có khả năng áp dụng trực tiếp” (direct applicability), hoặc “có hiệu lực đối với mọi đối tượng” (binding on all persons). Đó là những khái niệm để chỉ những điều ước được áp dụng trực tiếp. Trong khi đó, các nước thuộc hệ thống Thông luật thường chỉ sử dụng từ ngữ “hợp nhất” (incorporation) để chỉ trường hợp áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế và từ ngữ “chuyên hóa” (transformation) để chỉ trường hợp quy phạm không thể áp dụng trực tiếp như đã nêu ở trên. Các quốc gia châu Âu thường hay lý giải về điều kiện của một quy phạm điều ước quốc tế có thể được áp dụng trực tiếp bởi một điều kiện rất khái quát là: nếu quy phạm đó có khả năng như một điều luật trong nước. Trong khi đó, các nước Thông luật, trước hết là Hoa Kỳ, xác định cụ thể rằng, quy phạm luật quốc tế đó phải có khả năng tạo ra quyền và nghĩa vụ chủ thể mà chủ thể đó có thể được yêu cầu bảo vệ trước Tòa án khi cần thiết [7, tr.425].

## 2. Toàn cầu hóa và sự tiếp nhận pháp luật nước ngoài vào hệ thống pháp luật của quốc gia

### 2.1. Nhu cầu và tính khả thi của chuyển hóa pháp luật

Trong quá trình toàn cầu hóa pháp luật, không chỉ có sự thay đổi mạnh mẽ trong mối tương tác giữa luật quốc tế và luật quốc gia theo hướng bảo đảm tính trội của các chuẩn mực pháp lý quốc tế mà toàn cầu hóa còn tạo ra động lực to lớn cho sự tương tác, xích lại gần nhau giữa các hệ thống pháp luật của các quốc gia. Nếu nhìn từ góc độ nhu cầu của hệ thống pháp luật quốc gia thì đó là quá trình mỗi quốc gia kiếm tìm cho mình một cách có chủ đích những cách thức điều chỉnh pháp luật tốt nhất của các quốc gia khác đối với các vấn đề của quá trình phát triển kinh tế xã hội, chính trị, văn hóa; không chỉ nhằm bảo đảm nhu cầu của quá trình liên kết kinh tế mà còn nhằm điều chỉnh có hiệu quả của những vấn đề trong nước. Bởi

trong quá trình toàn cầu hóa và liên kết đa phương thì cái gọi là “biên giới pháp lý quốc gia” càng ngày càng giảm vai trò do sự cần thiết của chính các quốc gia phải cùng nhau tìm kiếm, xác lập những quy chuẩn hành vi chung trong các lĩnh vực kinh tế, chính trị, văn hóa và từ đó mà bước vào sân chơi quốc tế chung.

Trong lý luận pháp luật hiện đại, quá trình tương tác, ảnh hưởng và tiếp nhận lẫn nhau giữa các hệ thống pháp luật được gọi là quá trình *chuyển hóa pháp luật (legal transplant)*. Một số khái niệm đồng nghĩa cũng được sử dụng với một vài sự khác nhau không lớn, gồm các từ ngữ như “du nhập pháp luật”, “cấy ghép pháp luật”, “tham khảo luật nước ngoài”,... Có thể nói một cách khái quát nhất rằng chuyển hóa pháp luật là *quá trình chuyển hóa một chính sách pháp luật, hay một khái niệm, ý tưởng pháp luật, quy phạm pháp luật, chế định pháp luật cũng như các giải pháp lập pháp hay áp dụng pháp luật từ một hệ thống pháp lý này sang một hệ thống pháp lý khác*.

Lịch sử chuyển hóa pháp luật trên thế giới diễn ra theo hai kênh khác nhau, nếu xét từ góc độ ý chí của “bên chuyển” và “bên nhận” pháp luật. Đó là “chuyển hóa áp đặt” và “chuyển hóa tự nguyện”. *Về chuyển hóa áp đặt*, các nhà nghiên cứu phương Tây thường nêu ví dụ về sự áp đặt pháp luật của người Norman ở Anh bắt đầu từ thời trị vì của Hoàng đế người Norman William Đệ Nhất (1066-1087) với sự hình thành hệ thống Thông luật (*Common Law*) [8, tr.3], trường hợp tiếp nhận Bộ luật Dân sự Pháp năm 1804 ở một vùng rộng lớn các quốc gia châu Âu trong suốt thế kỷ XIX cũng được gắn với cuộc chinh phục của quân đội Napoleon [9] về phía Đông châu Âu nhất là các quốc gia như Bỉ, Luxemburg, Hà Lan, phần tả sông Rhein của nước Đức, một số vùng đất của Italia [10, tr.47]. Sự ra đời của các bộ luật dân sự ở Việt Nam vào những năm 20-30 của thế kỷ XX cũng nằm trong quỹ đạo của quá trình khai thác thuộc địa của thực dân Pháp ở Việt Nam. Như vậy, sự áp đặt pháp luật đã diễn ra cùng với các yếu tố như các cuộc chinh phục, quá trình thực dân hóa và chiếm đóng lãnh thổ. Sự chuyển hóa có tính áp đặt bao giờ cũng xuất phát từ mục

đích và lợi ích của bên chuyển, cho dù quá trình tiếp theo sau đó có thể đã diễn ra trong sự cọ xát giữa các nền văn hóa và tập quán khác nhau.

*Chuyển hóa tự nguyện*, như tên gọi của nó, là sự “trao” và “nhận” pháp luật một cách tự nguyện, trước hết là sự tự nguyện của nền tài phán nhận, theo đó, nền tài phán “chuyển” đã chứng tỏ được uy tín và những tính chất vượt trội hoặc đại diện cho những nền kinh tế, chính trị, xã hội mà “bên nhận” cho là đáng học hỏi. Vì vậy, tác giả Norbert Reich - Giáo sư Trường Đại học Luật Bremen, CHLB Đức, đã hết sức có lý khi gọi “chuyển hóa pháp luật là một phạm trù của sự học hỏi và thay đổi” [11, tr.44], xuất phát từ nhu cầu của bên nhận trong việc cải cách, sửa đổi pháp luật nhằm thúc đẩy những chuyển biến về kinh tế, xã hội, tìm kiếm các giải pháp cho những vấn đề trong nước. Ví dụ về sự tiếp nhận pháp luật một cách căn bản, có hệ thống nhất và thành công nhất là sự du nhập pháp luật phương Tây, trong đó có hai bộ luật chủ đạo nhất là Bộ luật dân sự Pháp năm 1804 và Bộ luật dân sự Đức năm 1896 tại Nhật Bản trong thời Minh Trị kể từ những năm cuối thế kỷ XIX [12, tr.56-62]. Trong thời đại ngày nay, ví dụ về sự chuyển hóa pháp luật thành công và mang lại hiệu quả cao về kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội là quá trình hình thành và phát triển không gian pháp luật của Liên minh châu Âu. Sự thành công này chứng tỏ tính hữu dụng của việc chuyển hóa pháp luật trong quá trình cải cách pháp luật.

Mặc dù vậy, trong các giới nghiên cứu pháp luật vẫn tồn tại hai luồng quan điểm khác biệt nhau về tính khả thi của chuyển hóa pháp luật. Một số ý kiến cho rằng, chuyển hóa pháp luật là điều hoàn toàn cần thiết và khả thi, một số khác, ngược lại, xem đó là điều không thể và thậm chí là vô nghĩa, là độc hại! Tuy nhiên, những ý kiến bi quan và cực đoan như trên không phổ biến trong giới nghiên cứu luật học so sánh. Ngược lại với quan điểm đó là quan điểm khẳng định rằng, chuyển hóa pháp luật là điều “đặc biệt phổ biến” cả trong lịch sử và cả trong thời đại ngày nay. Theo Alan Watson, nhà nghiên cứu lịch sử pháp luật và luật so sánh nổi

tiếng người Scotland thì “*vay mượn, cấy ghép pháp luật nước ngoài là nguồn chủ yếu nhất của sự phát triển pháp luật*” và “*những thay đổi chủ yếu nhất của các hệ thống pháp luật đều là sản phẩm của sự vay mượn pháp luật*” [13, tr.95]. A.Watson còn cho rằng, trong luật tư thì “cho dù là nguồn gốc lịch sử của các quy định, chế định pháp luật ấy có như thế nào thì nhiều quy định có thể tồn tại mà không cần có bất kỳ một sự liên hệ gần gũi mang tính dân tộc nào, một thời gian hay địa điểm nào” [14].

Nhiều nhà nghiên cứu và chuyên gia pháp luật cho rằng sự khác biệt của các hệ thống pháp luật là động lực quan trọng cho việc tìm kiếm và vay mượn pháp luật. Thậm chí họ còn khẳng định rằng, chỉ có khác biệt mới giúp có được những bài học và để truyền cảm hứng học hỏi [15, tr.16]. Giáo sư Alan Watson cho rằng, “có thể vay mượn mọi thứ từ bất cứ đâu” [16, tr.80]. Ông cho rằng, điều quan trọng ở đây không phải là sự tương đồng hay khác biệt giữa các hệ thống pháp luật mà là *tính hữu dụng* của quy phạm hay chế định được chuyển đổi và tiếp nhận, đặc biệt là trong thời đại toàn cầu hóa, khi mà những vấn đề chung của nhiều quốc gia đòi hỏi tìm kiếm kịp thời những quy tắc pháp lý cho nhiều vấn đề mới nảy sinh, chưa có tiền lệ. Nhiều ý kiến khác cũng đã lập luận cho yếu tố “*tính hữu dụng*”. Việc tiếp nhận pháp luật nước ngoài không phải là vấn đề có tính dân tộc mà là vấn đề về tính hữu dụng và nhu cầu, khả năng áp dụng những giải pháp đã có sẵn với kết quả đã được chứng minh ở một nơi nào đó trong các hệ thống pháp luật tương tự hoặc khác biệt [17]. Những quy định trong các hệ thống pháp luật khác nhau có thể được nghiên cứu tiếp thu nếu chúng có cùng chức năng, hoặc nói cách khác, các hệ thống pháp luật có thể vay mượn từ nhau cho dù giữa các quốc gia có thể có nhiều điểm khác nhau, miễn là những quy định pháp luật đó cùng xử lý một vấn đề. Một ví dụ rõ nhất là việc nhiều quốc gia đã tham khảo và tiếp nhận nội hàm khái niệm “*rửa tiền*” do Liên Hợp quốc và Liên minh châu Âu đưa ra bởi khái niệm đó liên quan đến những hành vi rửa tiền phổ biến ở nhiều quốc gia [18, tr.28-29].

## 2.2. Những yếu tố của pháp luật có thể chuyển hóa

*Chuyển hóa, tiếp nhận các thuật ngữ, khái niệm pháp lý* là hình thức chuyển hóa pháp luật ở mức cụ thể thường thấy trong hoạt động lập pháp và áp dụng pháp luật của các nước. Chẳng hạn, khái niệm *rửa tiền* đã được pháp luật nhiều nước tiếp nhận từ Liên minh châu Âu, về sau được Liên hợp quốc sử dụng và bổ sung trên cơ sở kinh nghiệm của Hoa Kỳ trong đấu tranh với các tội phạm tổ chức.

Ở mức độ cao hơn so với việc chuyển hóa và tiếp nhận các khái niệm pháp lý là *chuyển hóa và tiếp nhận các chế định pháp luật*. Chẳng hạn, trước năm 1986 Ấn Độ không hề có chế định bảo vệ người tiêu dùng. Trong bối cảnh đó, khi có những vụ việc liên quan đến quyền lợi người tiêu dùng thì các thẩm phán Ấn Độ - nước theo truyền thống Thông luật của Anh - đã chỉ dựa vào khái niệm chung về *công lý, công bằng và lương tâm (Justice, equity and good conscience)*, nhưng trong nhiều trường hợp thì điều đó không đủ để giải quyết những tranh chấp phức tạp ngày một tăng ở Ấn Độ nhất là các tranh chấp của người tiêu dùng bình dân. Trước sức ép của người tiêu dùng đã trở thành một phong trào rộng lớn, Quốc hội Ấn độ đã ban hành Luật bảo vệ người tiêu dùng vào năm 1986 dựa trên việc tiếp nhận chế định này từ pháp luật của Liên minh châu Âu và vay mượn một số khái niệm từ mô hình bảo vệ người tiêu dùng của Mỹ, nhằm khắc phục những thiếu hụt do áp dụng thông luật [19, tr.187].

*Chuyển hóa và tiếp nhận các loại nguồn pháp luật* thường được thực hiện ở tầm các hệ thống pháp luật lớn trên thế giới. Nói khác đi, pháp luật của các quốc gia thuộc truyền thống Luật lục địa, Thông luật và Luật Hồi giáo đã có sự thay đổi lớn trong cách nhìn nhận, đánh giá vai trò của các nguồn luật được áp dụng rộng rãi và có hiệu quả tại các quốc gia khác truyền thống. Từ đó, chúng ta có thể hiểu việc các quốc gia thuộc hệ thống luật lục địa đã thừa nhận và áp dụng rộng rãi hơn Ấn lệ của Tòa án vốn là nguồn pháp luật chủ đạo của hệ thống Thông luật. Do vậy, hàng năm tại các quốc gia châu Âu như Pháp, Đức, Thụy Sĩ, Italia,... một

khối lượng lớn các *tập án lệ* được ban hành. Các nước châu Âu đều đồng nhất quan điểm pháp lý về giá trị bắt buộc áp dụng phán quyết của Tòa án Hiến pháp đối với các Tòa án [20, tr.132-186]. Ngược lại, các nước thuộc truyền thống Thông luật cũng đã quen dần và ban hành ngày càng nhiều hơn các văn bản pháp luật trước nhu cầu của chính quốc gia mình cũng như nhu cầu áp dụng pháp luật trong liên kết kinh tế, giải quyết các vấn đề chung toàn cầu và khu vực. Chẳng hạn, ở Anh, quốc gia đặc trưng của hệ thống Thông luật, Nghị viện đã ngày càng coi trọng hơn việc ban hành các đạo luật nhằm lấp những “lỗ hổng” của Thông luật, với tên gọi là *Disabling Acts* hoặc để bổ sung, bãi bỏ một nội dung nào đó của Thông luật (*Enabling Acts*), nhất là để điều chỉnh các lĩnh vực cần nhiều hơn sự can dự và vai trò ngày càng tăng của Nhà nước như lĩnh vực chính sách xã hội, y tế, khoa học công nghệ, giáo dục,... Nếu nhìn vào hệ thống pháp luật của nước Anh ngày nay, chúng ta có thể thấy sự ra đời các văn bản pháp luật của Nhà nước nhiều hơn bao giờ hết [21, tr.86-89].

*Chuyển hóa, tiếp thu kinh nghiệm trong cách giải thích pháp luật, kinh nghiệm xét xử* là cách mà các thiết chế tài phán thường hay sử dụng và đó chắc chắn cũng là một cách chuyển hóa pháp luật thực tế nhất mà nhiều khi chưa cần đến chuyển hóa các quy phạm hay các chế định pháp luật. Tác giả Cyril Mathias Vincent cho biết, khi chưa ban hành vào năm 1986 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, các Thẩm phán Ấn Độ đã không thể “xoay xở” trong khuôn khổ của các phạm trù của Thông luật về “công lý, công bằng và lương tâm” khi giải quyết các vụ việc tranh chấp và đã phải dẫn chiếu tới kinh nghiệm xét xử từ các nước thuộc hệ thống luật lục địa về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng [22, tr.401- 478].

### 3. Kết luận

Trong quá trình toàn cầu hóa sự tiếp nhận và chuyển hóa lẫn nhau giữa pháp luật của các quốc gia diễn ra với một cường độ lớn dưới ảnh hưởng của sự hợp tác và liên kết với những

hình thức khác nhau. Quá trình này đến lượt nó tác động đến các quy phạm, chế định làm mới cấu trúc các nguồn luật, làm thay đổi nhận thức về pháp luật, làm xuất hiện những khái niệm pháp lý mới, những chế định pháp luật mới trong mỗi hệ thống pháp luật.

Toàn cầu hóa làm thay đổi nội dung, phương thức và mục tiêu tương tác giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia trong quá trình cùng điều chỉnh các vấn đề pháp lý toàn cầu trên cơ sở nguyên tắc về tính trội của pháp luật quốc tế.

Pháp luật của mỗi quốc gia cần thích nghi và thay đổi nhanh nhạy với những vấn đề toàn cầu, phù hợp để hơn và tiếp nhận các yếu tố của hệ thống pháp luật khác trong bối cảnh liên kết, hợp tác và phụ thuộc lẫn nhau trong thời đại toàn cầu hóa.

### Tài liệu tham khảo

- [1] Houlgate Stephen, *The Opening of Hegel's Logic: From Being to Infinity*, Purdue University Press, 2005.
- [2] Jabloner, Clemens, Hans Kelsen and His Circle: *The Viennese Years*, *European Journal of International Law*, 1998.
- [3] M.N. Shaw, *International Law*, Fourth Edition, Cambridge, 1997, P.105, Bederman.
- [4] D.J. Bederman, *International Law Framework*, New York, 2001.
- [5] T. Ingham, *The English Legal Process*, Blackstone Press, 1996.
- [6] E. Allan Farnsworth, *Introduction to the Legal System of the United States*, Oceana - London - Rome - New York, 2<sup>nd</sup> ed., 1991.
- [7] J. Winter, *Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, *Common Market Law Review*, Vol.9, 1972.
- [8] A.R. Kiralfy, *The English Legal System*. 7<sup>th</sup> ed., London: Sweet and Maxwell, 1984.
- [9] Amos, *The Code Napoleon and the Modern World* 10 *J. Comp. leg.* 222, 1928.
- [10] Norbert Reich, *Theoretical Issues on Legal Transplant: Theories, Phenomena, Trends and Relevant Factors, Challenges and Practices of Legal Transplants in Vietnam: Sharing European Experience*, Hong Duc Publishing House, Hanoi 2016.



- [11] A. Mehren, *Law in Japan - The Legal Order in a Changing Society*, 1963; Kichisaburo Nakamura, *The Formation of Modern Japan*, Honolulu, East West Press Center, 1964.
- [12] Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2<sup>nd</sup> ed, Athens, GA: University of Georgia Press, 1993.
- [13] Alan Watson, *Legal Transplants and European Private Law*, in *Commune Lecture on European Private Law*, No.2.
- [14] JWF Allison, *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- [15] Alan Watson, *Legal Transplants and Legal Reform*, 92 ,1976, LQR 79.
- [16] L.A. Mistelis, *Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform - Some Fundamental Observations*, No, 34, *International Lawyer*, 2000.
- [17] C.J.P. Van Laer, *Comparative Concepts and Connective Integration*, Fifth Benelux - Scandinavian Conference on Legal Theory: *European Legal Integration and Analytical Legal Theory*, Maastrich, 10-2002.
- [18] A. Singh, *Law of Consumer Protection in India*, New Deli, 2005.
- [19] Schemidhauser, *Comparative Judicial Systems. Challenging Frontiers in Conceptual and Empirical Analysis*, 1987.
- [20] J. Sauverplanne, *The Role of Courts and Legislators in Civil and Common Law Systems*, Amsterdam, 2012.
- [21] Cyril Mathias Vincent, *Legal Culture and Legal Transplants - the Evolution of the Indian Legal System*, *Legal Culture and Legal Transplants*, International Congress of Comparative Law, Washington DC, 2010.