

**ĐẠI HỌC QUỐC GIA HÀ NỘI
KHOA LUẬT**

NGUYỄN MẠNH THẮNG

**ÁP DỤNG TẬP QUÁN
GIẢI QUYẾT CÁC TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI
Ở VIỆT NAM**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

HÀ NỘI - 2015

**ĐẠI HỌC QUỐC GIA HÀ NỘI
KHOA LUẬT**

NGUYỄN MẠNH THẮNG

**ÁP DỤNG TẬP QUÁN
GIẢI QUYẾT CÁC TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI
Ở VIỆT NAM**

Chuyên ngành : Luật kinh tế

Mã số : 62 38 01 07

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Người hướng dẫn khoa học: PGS.TS Ngô Huy Cương

HÀ NỘI - 2015

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan đây là công trình nghiên cứu của riêng tôi. Các số liệu nêu trong luận án là trung thực. Những kết luận khoa học của luận án chưa từng được ai công bố trong bất kỳ công trình nào khác.

TÁC GIẢ LUẬN ÁN

Nguyễn Mạnh Thắng

MỤC LỤC

	Trang
<i>Trang phụ bì</i>	
<i>Lời cam đoan</i>	
<i>Mục lục</i>	
MỞ ĐẦU	1
Chương 1: TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU ĐỀ TÀI	7
1.1. Tiền đề của việc đánh giá tổng quan tình hình nghiên cứu đề tài	7
1.2. Tình hình nghiên cứu ở trong nước	8
1.3. Tình hình nghiên cứu ở ngoài nước	23
1.4. Kế thừa và nghiên cứu phát triển trong khuôn khổ đề tài luận án	25
1.5. Câu hỏi nghiên cứu, giả thuyết nghiên cứu và sử dụng phương pháp nghiên cứu	28
Chương 2: NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN GIẢI QUYẾT CÁC TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI	34
2.1. Những khái niệm chủ yếu liên quan	34
2.2. Sự cần thiết áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại	51
2.3. Quan hệ giữa tập quán pháp với các loại nguồn khác của pháp luật	58
2.4. Các nguyên tắc của áp dụng tập quán	69
2.5. Kỹ thuật áp dụng tập quán	75
2.6. Tổ chức áp dụng tập quán	85
Chương 3: THỰC TRẠNG ÁP DỤNG TẬP QUÁN GIẢI QUYẾT CÁC TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM	91
3.1. Môi trường pháp lý liên quan tới áp dụng tập quán ở Việt Nam	91
3.2. Thực tiễn áp dụng tập quán ở Việt Nam hiện nay	110
3.3. Những bất cập chủ yếu liên quan tới áp dụng tập quán ở Việt Nam hiện nay và nguyên nhân của những bất cập đó	121

Chương 4: NHỮNG KIẾN NGHỊ LIÊN QUAN TỚI ÁP DỤNG	128
TẬP QUÁN GIẢI QUYẾT CÁC TRANH CHẤP	
THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM HIỆN NAY	
4.1. Kiến nghị về chính sách và những định hướng liên quan tới áp dụng tập quán	128
4.2. Kiến nghị những giải pháp cụ thể	131
KẾT LUẬN	143
DANH MỤC CÔNG TRÌNH KHOA HỌC CỦA TÁC GIẢ LIÊN QUAN ĐẾN LUẬN ÁN	146
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO	147

MỞ ĐẦU

1. Sự cần thiết nghiên cứu của đề tài

Có lẽ tập quán với tính cách là một tập hợp các qui tắc điều chỉnh các hành vi của con người được hình thành ngay từ khi con người biết tổ chức thành cộng đồng. Lịch sử chứng minh, ở Châu Âu lục địa, cho đến khi xuất hiện *jus commun*, tập quán vẫn là các qui tắc phổ biến được sử dụng tại các cơ quan tài phán [83, tr. 8-12], [89, tr. 2]. Và cho đến nay tập quán vẫn được xem là một loại nguồn bổ sung quan trọng của pháp luật, tuy mức độ có khác nhau ở các truyền thống pháp luật khác nhau, cũng như trong các hệ thống pháp luật khác nhau. Tập quán còn được biết đến với vai trò nền tảng của luật thương mại, có nghĩa là hầu hết các qui tắc của luật thương mại xuất phát từ các qui tắc tập quán của các thương nhân từ thời Trung cổ. Người ta còn biết rằng tập quán quốc tế là một loại nguồn quan trọng của công pháp quốc tế hiện đại. Hay nói cách khác, các qui tắc tập quán quốc tế là cơ sở của công pháp quốc tế hiện đại.

Dù ngày nay pháp luật thành văn được chú trọng, nhưng tập quán vẫn là một loại nguồn pháp luật bổ sung quan trọng ở hầu hết các nước, và góp phần to lớn vào việc xây dựng pháp luật nói chung bởi nó phần nào đó tạo lập nên nền tảng tâm lý của con người trong một cộng đồng nhất định.

Ở Việt Nam, một đất nước có nhiều dân tộc anh em cùng chung sống trong đa dạng văn hóa, tập quán pháp hay luật tục của mỗi dân tộc có sự khác biệt và có vai trò khác nhau trong mỗi cộng đồng dân tộc. Nhưng nói chung tập quán pháp dường như đã ăn sâu vào tiềm thức của mỗi người và trở thành tiêu chuẩn cho hành vi ứng xử của mỗi thành viên trong các cộng đồng dân tộc đó. Nó là một phần quan trọng trong kiến thức bản địa mà cần được lưu truyền và sử dụng một cách có cân nhắc. Đôi khi có thể

nhận định: loại kiến thức bản địa này ở các dân tộc Tây Nguyên có tác dụng lớn hơn trong việc bảo vệ môi trường tự nhiên so với các qui định của luật thành văn.

Thực tế Bộ luật Dân sự năm 2005 và Luật Thương mại năm 2005 của Việt Nam có xác định nguyên tắc áp dụng tập quán. Nguyên tắc này được xem là một nguyên tắc quan trọng trong việc điều tiết các quan hệ thuộc lĩnh vực luật tư. Kế tiếp đó, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành Nghị quyết số 04/2005/NQ-HĐTP ngày 17/9/2005 giải thích rõ hơn về khái niệm tập quán thương mại và cụ thể hóa nguyên tắc này. Trong các định hướng cải cách pháp luật và cải cách tư pháp, Bộ Chính trị Ban Chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam, tại Nghị quyết số 48-NQ/TW và Nghị quyết số 49-NQ/TW, nhấn mạnh tới định hướng cải cách phù hợp với các tập quán và thông lệ quốc tế.

Thế nhưng thực tiễn áp dụng tập quán ở Việt Nam hiện nay còn nhiều hạn chế bởi việc nhận thức về tập quán đã có phần mai một và ít được chú trọng. Các khiếm khuyết này có lẽ có lý do từ sự bộc lộ vật chất của tập quán không rõ ràng và kém đồng nhất so với các loại nguồn pháp luật khác như: văn bản qui phạm pháp luật, tiền lệ pháp, cũng như học thuyết pháp lý. Vì vậy việc chứng minh tập quán trước tòa án là một công việc đầy khó khăn và phức tạp.

Tuy nhiên việc xây dựng nền kinh tế thị trường đòi hỏi áp dụng tập quán bởi văn bản pháp luật không thể bao phủ toàn bộ các quan hệ đầy biến động trong đời sống xã hội. Mặt khác, hội nhập quốc tế khiến không thể từ chối áp dụng tập quán đối với những quan hệ pháp luật có yếu tố nước ngoài, nhất là trong lĩnh vực thương mại.

Vì vậy có sự xuất hiện nhu cầu khách quan và cấp thiết hiện nay là nghiên cứu thật kỹ lưỡng, sâu sắc, toàn diện và có hệ thống về tập quán và

vấn đề áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp thương mại trên cả phương diện lý luận và thực tiễn.

Bởi các lẽ đó tôi lựa chọn đề tài: "***Áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam***" làm đề tài cho Luận án tiến sĩ Luật học của mình.

2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu của đề tài luận án

Mục đích nghiên cứu của đề tài luận án là nghiên cứu toàn diện, sâu sắc và có hệ thống các vấn đề lý luận về áp dụng tập quán trong việc giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam mà chủ yếu là trong giai đoạn hiện nay. Trên cơ sở đó, luận án lý giải thực tiễn áp dụng tập quán ở Việt Nam và đưa ra các kiến nghị liên quan tới lý luận và thực tiễn về áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại trên cả bình diện lập pháp và tư pháp.

Để đáp ứng được mục đích nghiên cứu nêu trên, luận án có các *nhiệm vụ nghiên cứu* cụ thể dưới đây:

- Nghiên cứu những vấn đề lý luận về áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại, về mô hình và môi trường pháp lý liên quan;
- Phân tích và đánh giá thực trạng pháp luật và thực tiễn liên quan tới áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại;
- Tìm hiểu các khiếm khuyết của mô hình và môi trường pháp lý áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại, đồng thời tìm hiểu các nguyên nhân của các khiếm khuyết đó;
- Đưa ra một số kiến nghị về chính sách, định hướng và giải pháp xây dựng mô hình và môi trường pháp lý áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại.

3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu của đề tài luận án

Luận án tập trung nghiên cứu lý luận pháp luật chuyên sâu về áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam hiện nay,

thực trạng của pháp luật Việt Nam liên quan và môi trường pháp lý áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại.

Luận án tập trung nghiên cứu việc áp dụng các qui tắc tập quán với tính cách là các qui tắc của luật vật chất để giải quyết các tranh chấp thương mại. Luận án không nghiên cứu việc áp dụng các qui tắc tập quán với tính cách là các qui tắc của luật tố tụng. Mặc dù luận án có hướng tới hoạt động thực tiễn, nhưng không đi sâu vào các kỹ năng liên quan.

Luận án cũng không đi sâu vào nghiên cứu môi trường xã hội cho việc áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại.

Bởi trong khuôn khổ có hạn, luận án không xây dựng mô hình chi tiết hoàn toàn về lý luận, cũng như thực tiễn áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại tại Việt Nam, mà chỉ đề cập tới những nét lớn của mô hình.

Luận án cũng không nghiên cứu vấn đề áp dụng tập quán khi có xung đột tập quán, và không đi sâu nghiên cứu các tập quán thương mại quốc tế.

4. Phương pháp nghiên cứu

Luận án sử dụng các phương pháp nghiên cứu chung của khoa học xã hội và các phương pháp nghiên cứu đặc thù của luật học để nghiên cứu đề tài. Các phương pháp chủ yếu bao gồm: phương pháp mô tả; phương pháp phân tích qui phạm và phân tích vụ việc; phương pháp phân tích lịch sử; phương pháp trừu tượng hóa; phương pháp khái quát hóa, mô hình hóa; phương pháp so sánh pháp luật...

Việc sử dụng từng phương pháp cụ thể cho các vấn đề nghiên cứu khác nhau được luận giải tại Chương 1 của luận án này.

5. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của luận án

Các kết quả nghiên cứu của luận án cho thấy, luận án đã góp phần xây dựng lý luận chuyên sâu, toàn diện và hệ thống về việc áp dụng tập

quán nói chung và áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại nói riêng. Các vấn đề lý luận này có thể góp phần làm thay đổi nhận thức chung về tập quán và áp dụng tập quán, đặt nền móng cho việc phát triển các công trình nghiên cứu tiếp theo và hướng dẫn cho hoạt động thực tiễn. Luận án có thể trở thành tài liệu tham khảo có giá trị cho việc nghiên cứu, giảng dạy và hoạt động thực tiễn.

Các kết quả nghiên cứu cũng cho thấy, luận án đưa ra nhiều gợi ý có ý nghĩa rất thiết thực cho thực tiễn tư pháp, cho việc thực hành kinh doanh, thương mại, và cho việc hoạch định, thiết kế chính sách pháp luật liên quan. Trong một chừng mực nhất định, luận án có thể trích yếu và phát triển thành cẩm nang áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam hiện nay.

6. Tính mới của luận án

Trên cơ sở kế thừa các thành tựu của các công nghiên cứu đã công bố ở trong nước và quốc tế, luận án đạt được những kết quả nghiên cứu có tính mới như sau:

Về tổng quát: Luận án là công trình nghiên cứu đầu tiên ở Việt Nam xây dựng được mô hình lý luận tương đối chuyên sâu, toàn diện và hệ thống về tập quán pháp và áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp trong lĩnh vực luật tư nói chung và tranh chấp thương mại nói riêng. Luận án đồng thời cũng là công trình đầu tiên nghiên cứu khái quát về thực trạng môi trường pháp lý gắn với môi trường lịch sử cho việc áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam hiện nay. Và trên căn bản đó đưa ra các kiến nghị toàn diện từ chính sách, định hướng đến các giải pháp cụ thể nhằm tăng cường hiệu quả của việc áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam.

Về chi tiết: Luận án có một số điểm mới cụ thể nổi bật sau đây: *Thứ nhất*, luận án đã xây dựng được nền tảng lý luận rất sâu mang đậm chất

triết học pháp quyền về qui trình, thủ tục, kỹ thuật chứng minh và áp dụng các qui tắc tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại, cũng như về mối liên hệ giữa tập quán pháp và các loại nguồn pháp luật khác. *Thứ hai*, luận án đã thành công trong việc phân tích môi trường pháp lý gắn với môi trường lịch sử để tìm ra các bất cập của pháp luật Việt Nam hiện hành liên quan tới việc áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp luật tư nói chung và các tranh chấp thương mại nói riêng. *Thứ ba*, luận án đã đưa ra một số kiến nghị mới đồng bộ liên quan tới mô hình áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại. *Thứ tư*, luận án đã nghiên cứu sâu lý luận nền tảng của khái niệm tập quán nói chung, và khái niệm tập quán thương mại nói riêng, đồng thời tìm kiếm thành công sự phát triển logic từ các yếu tố vật chất và tinh thần của tập quán.

7. Kết cấu của luận án

Ngoài phần mở đầu, kết luận và danh mục tài liệu tham khảo, nội dung của luận án gồm 4 chương:

Chương 1: Tổng quan tình hình nghiên cứu đề tài.

Chương 2: Những vấn đề lý luận về áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại.

Chương 3: Thực trạng áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam.

Chương 4: Những kiến nghị liên quan tới áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam hiện nay.

Chương 1

TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU ĐỀ TÀI

1.1. TIỀN ĐỀ CỦA VIỆC ĐÁNH GIÁ TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU ĐỀ TÀI

Tổng quan tình hình nghiên cứu đề tài áp dụng tập quán nói chung, và đề tài "*Áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam*" nói riêng phải xuất phát từ các tiền đề sau: *Thứ nhất*, tập quán là các qui tắc xử sự hình thành tại các cộng đồng nhất định; và *thứ hai*, tập quán được áp dụng tại các nền tài phán riêng biệt.

Từ tiền đề thứ nhất, các hệ quả sau cần được lưu ý khi đánh giá tổng quan tình hình nghiên cứu đề tài: (1) Có sự khác biệt về tập quán của cộng đồng này so với tập quán của cộng đồng khác; và (2) có tính hỗn tạp của các qui tắc tập quán bởi sự thiếu rõ ràng và sự giao thoa giữa các cộng đồng mà các cộng đồng này có thể được phân chia theo lãnh thổ, theo nghề nghiệp, theo sắc tộc, theo lứa tuổi... (chẳng hạn: Qui tắc tập quán thương mại quốc tế có thể được áp dụng cho các quan hệ thương mại có yếu tố quốc tế, trong khi đó qui tắc tập quán tại nơi giao kết hợp đồng cũng có thể được áp dụng cho các tranh chấp về hình thức hợp đồng thương mại).

Từ tiền đề thứ hai, các hệ quả sau cần được lưu ý khi đánh giá tổng quan tình hình nghiên cứu đề tài: (1) Không có sự đồng nhất hoàn toàn trong việc áp dụng tập quán tại các nền tài phán khác nhau; và (2) phạm vi áp dụng tập quán có thể khác biệt trong từng nền tài phán (chẳng hạn: Ở Việt Nam dưới các chế độ cũ, tập quán của đồng bào thượng ở Tây Nguyên, hay đồng bào thiểu số ở Tây Bắc được ưu tiên áp dụng trên cả các qui định của luật thành văn; trong khi đó tập quán được áp dụng đồng đều ở Tiểu bang Louisiana, Hoa Kỳ).

Các tiền đề và hệ quả này cho thấy: không thể có một công trình nào nghiên cứu được tất cả vấn đề áp dụng tập quán trên thế giới, kể cả chỉ nghiên cứu riêng cho lĩnh vực thương mại. Hầu hết các công trình nghiên cứu áp dụng tập quán chỉ có thể đề cập tới lý thuyết chung về tập quán và việc áp dụng nó tại một nền tài phán cụ thể. Từ đó có thể hiểu: luôn luôn có khoảng trống nghiên cứu dành cho các đề tài về áp dụng tập quán, nhất là ở Việt Nam bởi ở nơi đây chưa phát triển mạnh quan hệ thương mại quốc tế, đồng thời hiện nay các luật gia hầu như dành hầu hết tâm trí của mình vào việc xây dựng và nghiên cứu thi hành, áp dụng các qui định của luật thành văn. Tuy nhiên các công trình nghiên cứu ở trong và ngoài nước liên quan tới tập quán có giá trị hết sức lớn đối với việc nghiên cứu áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam.

1.2. TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU Ở TRONG NƯỚC

1.2.1. Khái quát chung về tình hình nghiên cứu trong nước

Cho tới thời điểm này, phần lớn các công trình nghiên cứu liên quan tới tập quán đều nhìn nhận tập quán từ giác độ dân tộc học, sử học, văn hóa học hoặc phong tục học... Có một số lượng không nhiều các công trình nghiên cứu tập quán từ giác độ luật học. Số ít các công trình này, tuy nhiên rất tiêu biểu trong lĩnh vực luật học bởi đã tổng kết và phát triển được hầu hết các kết quả nghiên cứu liên quan đã có từ trước. Vì vậy khi nói tới tình hình nghiên cứu trong nước không thể không tìm hiểu các công trình đó.

Trước kia trong các chế độ cũ ở Việt Nam có một số luật gia nghiên cứu về tập quán pháp nói chung. Điển hình là Vũ Văn Mẫu với cuốn "*Dân-luật khái luận*" (Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1960) và cuốn "*Cổ luật Việt Nam thông khảo và tư pháp sử*" (Tập I và Tập II, Sài Gòn 1974). Các tư tưởng của Vũ Văn Mẫu đã được nhắc lại bởi một học giả

đương thời về vấn đề này - đó là Triệu Quốc Mạnh với cuốn "*Pháp luật và Dân luật đại cương*" (Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, 2000). Trong lĩnh vực pháp luật thương mại, nhóm nghiên cứu của Lê Tài Triển, Nguyễn Vạng Thọ và Nguyễn Tân với cuốn "*Luật thương mại Việt Nam dẫn giải, Quyển 1*" (Nhóm nghiên cứu và dự hoạch, Sài Gòn 1972) mà trong đó có nói về các tập quán thương mại.

Hiện nay có một số công trình nghiên cứu tương đối sâu về luật tục được thể hiện qua các xuất bản phẩm, mà có thể kể đến như: "*Luật tục và phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam*" của Viện Nghiên cứu văn hóa dân gian ở Việt Nam (thuộc Viện Hàn lâm Khoa học Xã hội Việt Nam) xuất bản tại Nxb Chính trị quốc gia (2000); "*Luật tục M'Nông (tập quán pháp)*" của Viện Nghiên cứu văn hóa dân gian ở Việt Nam (thuộc Viện Hàn lâm Khoa học Xã hội Việt Nam) xuất bản tại Nxb Chính trị quốc gia (1998). Các công trình này tập hợp khá kỹ lưỡng và đầy đủ các qui tắc tập quán của một số dân tộc anh em sinh sống trên đất nước Việt Nam. Trong đó người ta cũng tìm thấy khá nhiều những lý giải và bình luận về luật tục, và nhiều nhận định có tính khái quát cao nhằm duy trì luật tục trong đời sống xã hội. Tuy nhiên các công trình này và nhiều công trình tương tự được nghiên cứu công phu vào thập kỷ cuối của thế kỷ XX và thập kỷ đầu của thế kỷ XXI đều mang tính chất là các công trình nghiên cứu văn hóa hoặc lịch sử hay dân tộc học... Mặc dù các qui tắc luật tục này có ý nghĩa không nhỏ trong việc ứng dụng pháp lý. Tuy nhiên các vấn đề lý luận liên quan chung tới sử dụng tập quán pháp như một loại nguồn pháp luật còn bỏ ngỏ.

Có một số công trình điển hình của các luật gia liên quan tới tập quán pháp như: "*Luật tục, hương ước - Những giá trị văn hóa pháp luật cần được giữ gìn, kế thừa và phát triển*" của GS.TS Hoàng Thị Kim Quế

(trong cuốn: "*Văn hóa pháp luật - Những vấn đề lý luận cơ bản và ứng dụng chuyên ngành*" do GS.TS Hoàng Thị Kim Quế và PGS.TS Ngô Huy Cương đồng chủ biên, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2011); "*Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị*" của PGS.T. Ngô Huy Cương đăng tải trên Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 3+4 (164+165), tháng 2/2010; "*Luật hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án*" (Sách chuyên khảo) của PGS.TS Đỗ Văn Đại (Nxb Chính trị quốc gia, 2008); "*Pháp luật tố tụng dân sự và thực tiễn xét xử*" của Trương Duy Lượng (Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2009); "*Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay*", của Nguyễn Thị Tuyết Mai (Luận án tiến sĩ Luật học, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, 2014); "*Báo cáo nghiên cứu tập quán pháp - Thực trạng ở Việt Nam và một số đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam*" của TS. Nguyễn Thị Quỳnh, TS. Nguyễn Quốc Việt, và ThS. Nguyễn Hoàng Phương (Chính phủ Việt Nam - Chương trình phát triển Liên Hiệp Quốc, Dự án tăng cường tiếp cận công lý và bảo vệ quyền tại Việt Nam (00058492), 2013). Ngoài ra còn có nhiều bài viết đăng trong các kỷ yếu hội thảo hay tọa đàm khoa học. Các công trình này có nghiên cứu chuyên sâu về tập quán ở khía cạnh pháp lý. Bởi áp dụng tập quán là một qui trình phức tạp liên quan nhiều không chỉ tới lý luận pháp luật, mà còn liên quan rất sâu tới kỹ thuật pháp lý và các nguyên tắc, qui tắc tố tụng, cho nên khó nghiên cứu chuyên sâu, toàn diện và có hệ thống về áp dụng tập quán ở Việt Nam. Thế nhưng các công trình vừa nói có giá trị lý luận và thực tiễn sâu sắc đặt nền móng cho các công trình nghiên cứu tiếp theo. Nhìn từ góc độ áp dụng tập quán, công trình nghiên cứu của PGS.TS Ngô Huy Cương bao quát tương đối toàn diện các khía cạnh khác nhau của vấn đề áp dụng tập quán.

1.2.2. Tổng quan một số công trình nghiên cứu tiêu biểu, có tính bao quát rộng và có tính chuyên sâu

Trong nhiều công trình nghiên cứu về tập quán pháp ở trong nước, các công trình nghiên cứu được nói tới ở dưới đây là các công trình tiêu biểu, chuyên sâu và có độ bao phủ rộng, và đã tổng kết được phần lớn các kết quả nghiên cứu trong nước:

Thứ nhất, công trình "Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị".

Đây là một công trình nghiên cứu khá toàn diện về tập quán pháp của PGS. TS. Ngô Huy Cương được đăng tải trên Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 3+4 (164+165) tháng 2/2010. Công trình này đã đề cập tới các vấn đề lớn như: (1) Quan điểm phát triển tập quán pháp của Đảng Cộng sản Việt Nam trong công cuộc cải cách pháp luật; (2) khái niệm, các thành tố, ý nghĩa và chức năng của tập quán; (3) những bất cập lớn và chính yếu liên quan tới quan niệm về tập quán pháp ở Việt Nam hiện nay; (4) thực tiễn áp dụng tập quán ở Việt Nam hiện nay; (5) thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán; (6) chứng minh tập quán; (7) các mối liên hệ cơ bản của việc áp dụng tập quán; và (8) định hướng phát triển tập quán.

Về quan điểm phát triển tập quán pháp của Đảng Cộng sản Việt Nam trong công cuộc cải cách pháp luật, tác giả Ngô Huy Cương đã phân tích tiền đề của quan điểm phát triển tập quán pháp là việc thừa nhận quyền tự do hợp đồng nhằm mục đích bảo đảm sự ổn định xã hội, phát triển kinh tế và hội nhập quốc tế.

Tác giả Ngô Huy Cương xem tập quán pháp bao gồm các qui tắc xử sự được thiết lập trong các hoàn cảnh xã hội cụ thể, được tôn trọng và được những người liên quan xem là luật. Sau khi đã tập hợp và phân tích các quan niệm về tập quán ở Việt Nam và ở các nước khác, tác giả này đã đi

đến nhận định quan trọng là tập quán pháp có hai yếu tố là: (i) yếu tố vật chất; và (ii) yếu tố tinh thần. Tuy nhiên, có lẽ trong khuôn khổ của một bài viết, tác giả Ngô Huy Cương chưa phân tích thật chi tiết các yếu tố này nhằm tới việc sử dụng chúng trong việc tìm kiếm, chứng minh, đánh giá và áp dụng tập quán. Qui tắc tập quán được nhận biết như vậy, theo tác giả Ngô Huy Cương, để thực hiện hai chức năng, bao gồm: *Thứ nhất*, chức năng bù đắp cho những điều kiện trống vắng của hợp đồng khi các bên không thỏa thuận về các điều kiện đó; và *thứ hai*, chức năng giải thích cho các điều kiện của hợp đồng trong những chừng mực nhất định. Ở đây có thể nói, tác giả Ngô Huy Cương mới chỉ đề cập tới chức năng của tập quán trong lĩnh vực hợp đồng, có nghĩa là chưa đề cập tới các chức năng của tập quán liên quan tới các lĩnh vực khác như: hành vi pháp lý đơn phương; trách nhiệm ngoài hợp đồng... Tập quán có một ý nghĩa quan trọng mà tác giả Ngô Huy Cương đã làm bật lên - đó là tạo lập nguyên tắc áp dụng tập quán và thói quen ứng xử với khả năng lớn trong việc hạn chế mặt trái của tự do ý chí. Việc rút ra ý nghĩa này mới chỉ ở mức độ chung nhất, mà chưa đề cập tới các ý nghĩa trong các lĩnh vực pháp lý cụ thể, nhất là trong lĩnh vực thương mại nơi mà được cho là gắn hết sức chặt chẽ với tập quán pháp.

Những bất cập lớn và chính yếu liên quan tới quan niệm về tập quán pháp ở Việt Nam đã được tác giả Ngô Huy Cương phân tích từ định nghĩa tập quán trong các văn bản pháp luật hiện hành của Việt Nam và trong một số giáo trình giảng dạy đại học. Các quan niệm về tập quán nói trên có khác nhau đôi chút theo phân tích của tác giả Ngô Huy Cương, song đều chưa khái quát về tập quán ở mức độ cao. Nhận định chưa thật rõ như vậy, nhưng tác giả Ngô Huy Cương cho thấy cần phải có sự phân tích sâu hơn và khái quát cao hơn về định nghĩa khái niệm tập quán. Tác giả Ngô Huy chưa phân tích thật rõ sự khác biệt giữa các yếu tố của tập quán và các điều

kiện áp dụng tập quán, đồng thời chưa gắn kết giữa các yếu tố của tập quán với vấn đề chứng minh tập quán.

Trong công trình nghiên cứu này tác giả Ngô Huy Cương đã luận giải khá kỹ càng những bất cập lớn trong thực tiễn áp dụng tập quán ở Việt Nam hiện nay. Bất cập lớn nhất theo tác giả Ngô Huy Cương là vấn đề chứng minh, đánh giá tập quán, và xem xét điều kiện áp dụng tập quán. Có lẽ bao trùm lên tất cả là bất cập liên quan tới các hiểu biết về tập quán và áp dụng tập quán mà chưa được tác giả Ngô Huy Cương phân tích rõ ràng và đưa ra kiến nghị cụ thể.

Công trình nghiên cứu này đã nghiên cứu thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán ở nhiều nền tài phán khác nhau, tuy nhiên chưa đi đến kết luận xác định thứ tự ưu tiên như thế nào là hợp lý ở Việt Nam hiện nay. Chưa có kết luận như vậy, có lẽ tác giả Ngô Huy Cương chưa đặt vấn đề nghiên cứu nền tảng văn hóa, truyền thống, kinh tế - xã hội và pháp lý cho việc xác định thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán phù hợp với hoàn cảnh của Việt Nam hiện nay.

Vấn đề chứng minh tập quán được tác giả Ngô Huy Cương đề cập với đầy đủ các chi tiết như: nghĩa vụ chứng minh tập quán; phản chứng minh tập quán; các chi tiết cần chứng minh; các trường hợp chứng minh; thẩm tra tập quán; nhằm lần liên quan tới tập quán. Các vấn đề này có ý nghĩa rất lớn trong việc áp dụng tập quán. Tuy nhiên, tác giả Ngô Huy Cương chỉ dừng lại ở mức độ xây dựng tiền đề cho các hoạt động nghiên cứu tiếp theo. Ý đồ này của tác giả Ngô Huy Cương đã được nêu rõ trong công trình nghiên cứu đang nói của mình.

Mối liên hệ cơ bản của việc áp dụng tập quán theo tác giả Ngô Huy Cương là việc áp dụng tập quán có thể tạo ra tiền lệ pháp. Tuy nhiên trong tác phẩm của mình, tác giả này đã không có sự luận giải sâu về vấn đề này

mà chỉ gắn việc nhận định với vụ "Cây chà 19 tiếng" do tác giả đưa ra để bình luận.

Tác giả Ngô Huy Cương đã có công lớn đưa ra các câu hỏi nghiên cứu về tập quán chứa đựng các định hướng phát triển tập quán, đồng thời vạch ra các vấn đề liên quan tới đề tài nghiên cứu áp dụng tập quán. Các câu hỏi bao gồm: Ai phải chứng minh qui tắc tập quán và chứng minh như thế nào? Nếu có sự khác nhau trong việc chứng minh qui tắc tập quán giữa các bên liên quan, thì giải quyết như thế nào? Trong trường hợp có sự nhầm lẫn về tập quán pháp thì nhầm lẫn như vậy có được chấp nhận không và giải pháp cho các trường hợp nhầm lẫn là gì? Cần nhìn nhận như thế nào về tiền lệ được tạo ra từ việc áp dụng qui tắc tập quán để giải quyết một vụ tranh chấp? và Tập quán có thứ tự ưu tiên như thế nào trong các loại nguồn của pháp luật? Tác giả Ngô Huy Cương nhận định sự phát triển của tập quán rất đáng lưu tâm bởi sự gắn bó của nó với dân chủ và gắn gũi với đời sống con người.

Thứ hai, công trình "Luật hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án".

Đây là một cuốn sách chuyên khảo của PGS.TS Đỗ Văn Đại được ấn hành bởi Nxb Chính trị quốc gia vào năm 2008. Cuốn sách này nêu rõ nội dung của các vụ tranh chấp trong lĩnh vực hợp đồng và đưa ra những bình luận xuất phát từ lý luận, luật thực định, cũng như thực tiễn đời sống. Trong các vụ việc đưa ra bình luận, có hai vụ được giải quyết thông qua áp dụng các qui tắc tập quán. Tại vụ "Cây chà 19 tiếng", tác giả Đỗ Văn Đại đề cập tới quan niệm về tập quán, thực trạng áp dụng tập quán, và các điều kiện áp dụng tập quán.

Không phản biện các qui tắc của luật thành văn, tác giả Đỗ Văn Đại đã thừa nhận không bình luận định nghĩa khái niệm tập quán của Nghị

quyết số 04/2005/NQ-HĐTP ngày 17/09/2005 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Tác giả này đã phân chia tập quán thành tập quán chưa được ghi nhận bởi pháp luật, và tập quán đã được chuyển hóa thành pháp luật. Việc phân loại này có thể có tác dụng trong việc xem xét áp dụng qui tắc tập quán. Tuy nhiên tác giả này chưa đưa ra được sự phân biệt nào trong việc áp dụng hai loại qui tắc tập quán này.

Tác giả Đỗ Văn Đại đã đưa ra các đánh giá pháp lý đối với vụ "Cây chà 19 tiếng" để bình luận thực trạng áp dụng tập quán. Đây là phương pháp truyền thống đáng lưu ý liên quan tới áp dụng tập quán. Tuy nhiên tác giả Đỗ Văn Đại chưa xem xét một cách thỏa đáng tới các điều kiện áp dụng tập quán trong trường hợp này.

Việc đánh giá các điều kiện áp dụng tập quán trong vụ việc cụ thể này còn nhiều việc phải bàn. PGS.TS Ngô Huy Cương đã có lời bình luận sâu sắc về việc đánh giá các điều kiện áp dụng tập quán trong vụ việc này qua bài viết nói trên của mình. Tác giả Đỗ Văn Đại bình luận vụ án qua việc phân tích ba điều kiện là: *Thứ nhất*, tập quán không được áp dụng khi có pháp luật qui định; *thứ hai*, tập quán không được áp dụng khi các bên có thỏa thuận khác; và *thứ ba*, tập quán chỉ được áp dụng khi không trái với những nguyên tắc của pháp luật. Đáng tiếc là pháp luật Việt Nam cũng coi áp dụng tập quán là một nguyên tắc của pháp luật (Bộ luật Dân sự năm 2005, Luật Thương mại năm 2005...). Tác giả này đã không nhắc nhở tới vấn đề "không chống lại trật tự công cộng" và "thuần phong mỹ tục" trong các điều kiện áp dụng tập quán.

Về vụ tranh chấp giữa Công ty cổ phần xuất nhập khẩu thủy sản NT và Công ty SY, tác giả Đỗ Văn Đại đã đưa ra bình luận của mình về áp dụng tập quán thương mại quốc tế ở Việt Nam. Tác giả này đã bác bỏ cái gọi là "tập quán quốc tế về chọn luật áp dụng" được qui định tại Điều 4, Nghị định

60/CP ngày 06/6/1997, đồng thời xem UCP 500 là nơi tập hợp các tập quán quốc tế. Tác giả Đỗ Văn Đại đã xác định các điều kiện áp dụng tập quán quốc tế như sau: (1) Khi không có qui định của văn bản pháp luật của quốc gia hoặc điều ước quốc tế điều chỉnh; (2) việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam; và (3) chỉ khi vấn đề cần giải quyết không được hợp đồng giữa các bên điều chỉnh. Khi sử dụng các điều kiện này để bình luận, Đỗ Văn Đại đã đi đến nhận định tòa án áp dụng UCP 500 cho tranh chấp này là không đúng.

Đây là các bình luận gợi ý nghiên cứu quan trọng và rất đáng tham khảo bởi sự gắn liền với thực tiễn tư pháp của các vấn đề lý luận và giải thích pháp luật.

Thứ ba, công trình "Luật tục, hương ước - Những giá trị văn hóa pháp luật cần được giữ gìn, kế thừa và phát triển".

Tác phẩm này của GS.TS Hoàng Thị Kim Quế trong cuốn "*Văn hóa pháp luật - Những vấn đề lý luận cơ bản và ứng dụng chuyên ngành*" do GS.TS Hoàng Thị Kim Quế và PGS.TS Ngô Huy Cương đồng chủ biên được Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội ấn hành vào năm 2011. Đây là một công trình nghiên cứu đầy chất lý luận chung về luật tục của đồng bào Ê Đê và M'ông. Tác giả Hoàng Thị Kim Quế cho rằng luật tục thuộc phạm trù tập quán tồn tại dưới dạng truyền khẩu và thành văn bao gồm các qui tắc xử sự điều chỉnh mọi mặt đời sống cộng đồng. Các qui tắc xử sự này bao gồm cả các qui tắc của luật nội dung và của luật thủ tục. Các luật tục này, theo sự liệt kê của tác giả Hoàng Thị Kim Quế, không có các qui tắc liên quan tới thương mại, tuy nhiên có liên quan tới tài sản, quản lý và sử dụng đất đai, bảo vệ sản xuất và môi trường. Mặc dù có nhắc tới các qui tắc tổ tụng trong luật tục, nhưng tác giả Hoàng Thị Kim Quế chỉ tập trung phân tích các qui tắc của luật vật chất chứ không nêu ra các qui tắc của luật tố tụng.

Tác giả Hoàng Thị Kim Quế có công trong việc nghiên cứu luật tục dưới góc độ lý luận pháp luật và nêu bật được sự cần thiết phát triển luật tục.

Thứ tư, công trình "Luật tục và phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam".

Tác phẩm nổi tiếng này của Viện Nghiên cứu văn hóa dân gian ở Việt Nam thuộc Viện Hàn lâm Khoa học Xã hội Việt Nam được xuất bản tại Nxb Chính trị Quốc gia vào năm 2000. Đây là một tác phẩm tập hợp nhiều nhất các công trình nghiên cứu của các nhà khoa học trong và ngoài nước về tập quán pháp hay luật tục của nhiều dân tộc đang sinh sống tại Việt Nam. Phần lớn các công trình ở đây nhìn nhận tập quán (luật tục) dưới góc độ văn hóa, dân tộc học, hay lịch sử truyền thống. Tuy nhiên có những công trình xem xét luật tục của đồng bào Tây Nguyên khá toàn diện. Công trình nghiên cứu "*Nguồn gốc và bản chất luật tục Tây Nguyên*" của PGS.TSKH Phan Đăng Nhật giảng giải về khái niệm luật tục trong sự so sánh với quan niệm về pháp luật của phương Tây. Có sự khác biệt giữa chúng bởi ông cho rằng: luật tục có phạm vi rộng hơn bao gồm cả các qui phạm luân lý, đạo đức, phép ứng xử mà không đi kèm theo các công cụ đàn áp như nhà tù, trại giam, cảnh sát, quan tòa. Việc thi hành luật tục do các thành viên cộng đồng tổ chức theo hình thức Hội đồng thi hành. Và các thành viên này cùng nhau kiểm soát việc thi hành. Công trình "*Một số quan niệm và phương pháp tiếp cận luật tục*" của Nguyễn Thị Hiền đã đề cập tới các quan niệm khác nhau về tập quán pháp trên bình diện thế giới và nhấn mạnh tới các phương pháp tiếp cận tập quán pháp khác nhau như: Nhân loại học pháp luật, phương pháp chức năng, phương pháp của các nhà duy thực Hoa Kỳ, phương pháp nghiên cứu trường hợp, vụ án cụ thể. Đồng thời, tác giả này giới thiệu các nguồn tìm kiếm tập quán pháp như: Phỏng vấn người cung cấp thông tin, quan sát và tìm hiểu những tranh luận thực tế, thu thập văn

bản, ghi chép các vụ án. Mặc dù chỉ tổng kết lại những thông tin, kiến thức từ các công trình nghiên cứu khác ở trong và ngoài nước, nhưng công trình này đã tích hợp được rất nhiều thông tin có giá trị tham khảo cao. Tuy nhiên công trình này chưa đưa ra được những thông tin hoặc kiến thức về vấn đề áp dụng tập quán pháp. Công trình "*So sánh luật tục Êđê và luật tục M'nông với một số vấn đề trong pháp luật hiện hành*" của Trần Đình Long (Giám đốc Sở Tư pháp tỉnh Đắk Lắk) và công trình "*Luật tục và việc phát triển nông thôn hiện nay ở Kon Tum*" của Sở Tư pháp tỉnh Kon Tum đã đề cập tới các tập tục cụ thể ở các tộc người này, bao gồm cả các chế tài liên quan tới sự vi phạm các qui tắc tập tục. Đặc biệt có nhận định trong các công trình này về ý thức đối với luật tục của các thành viên tộc người này. Công trình "*Áp dụng luật tục vào cuộc sống của người M'nông*" của Điều Kâu (một thành viên của Xã Đắc Rung, Đắc Nông), tuy ngắn gọn, nhưng đã nói lên nhận thức của đồng bào nơi đây đối với pháp luật thành văn và tâm tư sâu nặng với luật tục. Đặc biệt công trình này đưa ra một số vụ việc cụ thể áp dụng luật tục. Công trình "*Đa dạng pháp luật*" của Keebet von Benda-Beckmann (một học giả đến từ Hà Lan) có đề cập tới vấn đề lựa chọn luật áp dụng và lựa chọn tài phán liên quan tới tập quán pháp trong đa dạng hóa pháp luật. Tác giả này mới chỉ dừng lại ở việc giới thiệu các quan điểm khác nhau về vấn đề lựa chọn đã nói trên thế giới và không đề cập tới trường hợp của Việt Nam. Công trình "*Một số vấn đề về luật tục và pháp luật ở Đắk Lắk hiện nay*" của GS.TS Hoàng Thị Kim Quế là một công trình có ý nghĩa rất lớn trong việc nhìn nhận luật tục Tây Nguyên từ góc độ lý luận chung về nhà nước và pháp luật. Liên quan tới vấn đề áp dụng luật tục, GS.TS Hoàng Thị Kim Quế đã nêu khá chi tiết các đặc điểm của các biện pháp xử phạt trong luật tục Êđê và M'nông. Tác giả của công trình này nhắc tới đối tượng điều chỉnh của luật tục Êđê và M'nông. Qua đây chúng ta có thể nhận thấy

khả năng áp dụng các luật tục này cho các tranh chấp thương mại là rất hiếm hoi bởi tính chất ít liên quan của luật tục tới các vấn đề thương mại ngoài một số điểm liên quan tới hành vi pháp lý, năng lực hành vi và sở hữu tài sản... Công trình này có đề cập rất tóm tắt, khái quát tới việc áp dụng luật tục tại tòa án trong việc giải quyết một số vụ án hình sự, hôn nhân và gia đình, tuy nhiên chưa bao quát hoàn toàn hoạt động áp dụng luật tục.

Tác phẩm "*Luật tục và phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam*" nói trên bỏ ngỏ phần lớn vấn đề áp dụng luật tục, mà hầu như tập trung vào việc đánh giá giá trị của luật tục trong đời sống xã hội hiện tại của Việt Nam và kiến nghị việc nên chú ý tới luật tục để điều chỉnh các quan hệ xã hội tại cộng đồng nơi có luật tục đó.

Thứ năm, công trình "*Luật tục M'Nông (tập quán pháp)*".

Đây là một công trình khá dày công nghiên cứu của Viện nghiên cứu văn hóa dân gian ở Việt Nam thuộc Viện Hàn lâm Khoa học Xã hội Việt Nam được xuất bản tại Nxb Chính trị Quốc gia vào năm 1998. Công trình này được chia thành hai phần. Phần thứ nhất giới thiệu khái quát về cộng đồng người M'Nông và luật tục M'Nông. Phần thứ hai ghi nhận các qui tắc luật tục M'Nông bằng tiếng Việt và tiếng M'Nông. Các nghiên cứu trong công trình này về luật tục ở góc độ văn hóa và dân tộc học, do đó không đề cập tới việc tổ chức và hoạt động áp dụng luật tục.

Thứ sáu, công trình "*Việt Nam phong tục*".

Tác phẩm này là một công trình nghiên cứu khá nổi tiếng của Phan Kế Bính do Nxb Văn hóa thông tin ấn hành vào năm 2005. Các kết quả nghiên cứu của công trình này đã được công bố từ khá lâu. Công trình cũng nhìn nhận tập quán hay phong tục của Việt Nam dưới góc độ văn hóa, dân tộc học và phong tục học. Trong công trình hiếm thấy có sự đánh giá phong tục, tập quán về mặt pháp lý.

Thứ bảy, công trình "Dân luật khái luận".

Tác phẩm này của Vũ Văn Mẫu do Bộ quốc- gia giáo- dục thuộc chính quyền Sài Gòn cũ xuất bản năm 1960. Tại đây tác giả Vũ Văn Mẫu đã đưa ra các dấu hiệu để phân biệt tập quán với các qui tắc xử sự khác và các yếu tố của tập quán, đồng thời nói tới giá trị của tập quán trong pháp luật của Việt Nam từ xa xưa cho tới thời kỳ đó. Tại đây không có kết quả nghiên cứu việc áp dụng tập quán ở Việt Nam.

Thứ tám, công trình "Pháp luật và Dân luật đại cương".

Cuốn sách này do Triệu Quốc Mạnh viết và được Nxb Thành phố Hồ Chí Minh xuất bản năm 2000. Cuốn sách giới thiệu tập quán với quan niệm, phạm vi và cách thức theo tư tưởng của Vũ Văn Mẫu. Đặc biệt ấn phẩm này sơ lược nói thêm về nghĩa vụ chứng minh tập quán và trường hợp nhằm lẫn về tập quán. Các vấn đề về áp dụng tập quán cũng không được nghiên cứu tại đây.

Thứ chín, công trình "Báo cáo nghiên cứu tập quán pháp - Thực trạng ở Việt Nam và một số đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam".

Công trình này của ba tác giả là Nguyễn Thị Quỳnh, Nguyễn Quốc Việt, và Nguyễn Hoàng Phương thực hiện năm 2013 trong khuôn khổ Dự án tăng cường tiếp cận công lý và bảo vệ quyền tại Việt Nam (00058492) do Chính phủ Việt Nam - Chương trình phát triển Liên Hiệp Quốc đồng tài trợ. Công trình nghiên cứu này đã lược giải khái niệm tập quán pháp theo quan niệm của "Từ điển Bách khoa toàn thư Việt Nam 2005", và "Giáo trình lý luận chung về Nhà nước và Pháp luật" của Trường Đại học Luật Hà Nội năm 2011. Nhóm tác giả này phân biệt giữa khái niệm tập quán và tập quán pháp. Họ cho rằng tập quán pháp được xây dựng trên cơ sở tập quán. Khi Nhà nước cần điều chỉnh một quan hệ xã hội nào đó, nếu đã có qui tắc

tập quán điều chỉnh mà phù hợp với mục tiêu điều chỉnh quan hệ xã hội của Nhà nước, thì Nhà nước thừa nhận làm cho tập quán đó trở thành qui tắc xử sự bắt buộc chung được Nhà nước bảo đảm thực hiện. Xuất phát từ đó nhóm tác giả này cho rằng ở Việt Nam hiện nay tập quán pháp được thừa nhận thông qua việc ban hành các văn bản qui phạm pháp luật. Theo đó nhóm tác giả này liệt kê các qui định của các văn bản pháp luật Việt Nam qua các thời kỳ có ghi nhận các tập quán, đồng thời phân tích thực trạng áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam tại các tòa án của Việt Nam hiện nay. Công trình nghiên cứu này nhấn mạnh vào việc áp dụng các qui tắc tập quán đã được các văn bản qui phạm pháp luật ghi nhận.

Thứ mười, công trình "Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay".

Công trình này được trình bày trong Luận án tiến sĩ Luật học của Nguyễn Thị Tuyết Mai bảo vệ tại Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh năm 2014. Luận án đã xây dựng được khái niệm riêng của tác giả Luận án về tập quán nói chung. Luận án đã đề cập tới một số tiêu chí phân loại tập quán bao gồm: (1) dựa vào phạm vi lãnh thổ để phân biệt tập quán giữa tập quán trong nước và tập quán quốc tế; (2) dựa vào lĩnh vực điều chỉnh của tập quán để phân biệt tập quán dân sự và tập quán kinh doanh - thương mại; (3) dựa vào tính phù hợp với pháp luật, đạo đức và sự tiến bộ xã hội để phân biệt tập quán lạc hậu và tập quán tiến bộ; và (4) dựa vào yếu tố cấu thành nội dung của tập quán để phân biệt tập quán không mang tính qui phạm và tập quán mang tính qui phạm. Luận án lược giải lịch sử áp dụng tập quán ở Việt Nam và giới thiệu một số thông tin về việc áp dụng tập quán với tính cách là một loại nguồn của pháp luật ở một số nước trên thế giới, đồng thời liệt kê có chỉ dẫn các nguyên tắc của tổ tụng dân sự liên quan. Luận án nhấn mạnh tới điều kiện chính trị, pháp lý, văn hóa, điều

kiện về chủ thể áp dụng tập quán, và điều kiện đảm bảo từ sự am hiểu về tập quán của nhân dân. Luận án đã giới thiệu cấu trúc hệ thống tòa án có ảnh hưởng tới việc áp dụng tập quán, đồng thời giới thiệu một số vụ việc điển hình mới đây có áp dụng tập quán để giải quyết tranh chấp. Luận án có phân tích các thành công và bất cập của việc áp dụng tập quán để giải quyết các vụ việc tại tòa án nhân dân hiện nay, đồng thời luận giải các nguyên nhân của các bất cập đó. Cuối cùng luận án đã xây dựng quan điểm bảo đảm áp dụng tập quán bao gồm: bảo đảm pháp chế xã hội chủ nghĩa; định hướng xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam; đảm bảo sự bình đẳng giữa các dân tộc, vùng, miền, cộng đồng; đảm bảo quyền, lợi ích chính đáng của các bên trong quan hệ dân sự; và đảm bảo sự tôn trọng, bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức, quốc gia. Trên căn bản đó luận án kiến nghị các giải pháp liên quan tới lý luận, hoàn thiện hệ thống pháp luật, báo cáo thống kê, nâng cao nhận thức về tập quán.

Thứ mười một, công trình "Pháp luật tố tụng dân sự và thực tiễn xét xử".

Là một công trình chuyên khảo, tác giả Trương Duy Lượng đã đề cập đến phần nào nghĩa vụ chứng minh và kỹ thuật xác nhận tập quán trong vụ án dân sự. Xuất phát từ việc coi tập quán là chứng cứ mà Bộ luật Tố tụng dân sự Việt Nam 2004 qui định, tác giả này lập luận rõ nghĩa vụ chứng minh tập quán thuộc về người nại ra tập quán, và nêu rõ yêu cầu xác nhận tập quán để chuyển hóa tập quán thành chứng cứ nhằm chứng minh cho yêu cầu của nguyên đơn. Thông qua đó tác giả của công trình chuyên khảo này đã bình luận về vụ việc "cây chà 19 tiếng". Tác giả cũng đã phân tích khái niệm tập quán theo các định nghĩa tại các văn bản pháp luật Việt Nam hiện nay. Công trình chuyên khảo này là một ấn phẩm do Nxb Chính trị quốc gia xuất bản năm 2009 tại Hà Nội.

1.3. TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU Ở NGOÀI NƯỚC

1.3.1. Một số công trình nghiên cứu tiêu biểu, chuyên sâu và mang tính bao quát rộng của các học giả nước ngoài về tập quán pháp

Hầu hết các hệ thống pháp luật đều xây dựng trên nền tảng tập quán và xem tập quán là một loại nguồn của pháp luật. Do đó không thể nói tập quán pháp nói chung hay việc áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ít được nghiên cứu. Tuy nhiên các công trình nghiên cứu về tập quán và vấn đề áp dụng tập quán ở Việt Nam rất hiếm.

Có nhiều công trình rất lớn nghiên cứu chung về tập quán pháp mà điển hình là các công trình của các học giả nổi tiếng thế giới được tập hợp trong tác phẩm "*The Nature of Customary Law - Legal, History and Philosophical Perspective*" chủ biên bởi Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy do Cambridge University Press ấn hành năm 2007. Các công trình này đặt nền móng cho các quan điểm nhìn nhận tập quán pháp từ khái niệm, các đặc điểm, các mối liên hệ cho tới nhận thức có tính triết lý. Đây là một nền tảng lý luận quan trọng cho việc nghiên cứu các đề tài liên quan.

Khi nói tới sự tác động qua lại giữa tập quán pháp và kinh tế nói chung, hay mối liên hệ giữa tập quán pháp và thương mại nói riêng không thể không kể đến một ấn phẩm mới xuất bản năm 2014 tại Edward Elgar Publishing Limited (UK) và Edward Elgar Publishing, Inc. (USA) mang tên "*Customary Law and Economics*". Ấn phẩm này là một tập hợp các công trình nghiên cứu tiêu biểu của những học giả nổi tiếng do giáo sư Lisa Bernstein và giáo sư Francesco Parisi đồng chủ biên. Ấn phẩm này tuy nhiên là một công trình nghiên cứu chuyên sâu về cách tiếp cận kinh tế tới pháp luật (economic approaches to law). Trong ấn phẩm này bao gồm các công trình nghiên cứu lịch sử của tập quán pháp, luật tập quán thương mại

đương thời, và luật tập quán quốc tế (international customary law). Đặc biệt trong ấn phẩm này có những công trình nghiên cứu liên quan tới mô hình tổ chức áp dụng tập quán pháp ngoài hệ thống pháp luật của quốc gia. Các công trình đó có giá trị tham khảo cao, tuy nhiên khó có thể cấy ghép vào Việt Nam hiện nay bởi sự khác biệt về hoàn cảnh xã hội và tư tưởng pháp lý.

Công trình "*Major Legal Systems in the World Today*" của René David and John E.C. Brierley được xuất bản bởi The Free Press vào năm 1975 đưa ra các nhận định và minh chứng về tập quán pháp được thừa nhận tại các họ pháp luật khác nhau và giá trị của chúng trong các họ pháp luật đó.

Công trình "*Nguyên lý và thực hành luật thương mại, luật kinh doanh*" của Francis Lemeunier do Nxb Chính trị quốc gia dịch từ tiếng Pháp ra tiếng Việt và ấn hành năm 1993 đã đề cập tới việc ưu tiên áp dụng tập quán thương mại tại Pháp trong trường hợp giải quyết tranh chấp giữa thương nhân với thương nhân và giữa thương nhân với phi thương nhân.

Công trình "*Comparative Legal Traditions in a Nutshell*" của Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, và Colin B. Picker do Thomson West phát hành năm 2008 có đánh giá về việc ưu tiên áp dụng tập quán tại truyền thống Common Law và truyền thống Civil Law. Tại đây cũng tìm thấy một vài nét về việc chứng minh tập quán và điều kiện áp dụng tập quán.

1.3.2. Một số công trình nghiên cứu tiêu biểu của người nước ngoài về tập quán pháp ở Việt Nam

Có lẽ hầu hết các công trình nghiên cứu của người nước ngoài về tập quán pháp ở Việt Nam đều được công bố từ khá lâu. Khởi đầu phải nói là công trình ghi chép luật tục Tây Nguyên của Léopold Sabatier được xuất bản tại Hà Nội năm 1927. Tiếp theo cuốn sách này lần lượt có năm cuốn sách khác được xuất bản theo tổng kết của GS.TSKH Phan Đăng Nhật. Các

công trình này chủ yếu ghi chép lại luật tục của một số tộc người ở Việt Nam nhằm mục đích đưa quan niệm và tổ chức phương Tây vào thực thể bản địa theo nghiên cứu của GS.TSKH Phan Đăng Nhật [45, tr. 65-69]. Và thực tiễn các qui tắc của luật tục đã được áp dụng tại các tòa án của Việt Nam dưới các chế độ cũ. Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 chứa đựng các qui định về việc ưu tiên áp dụng luật tục.

1.4. KẾ THỪA VÀ NGHIÊN CỨU PHÁT TRIỂN TRONG KHUÔN KHỔ ĐỀ TÀI LUẬN ÁN

1.4.1. Những thành tựu nghiên cứu được kế thừa

Tình hình nghiên cứu tổng quan được luận giải ở trên cho thấy các công trình nghiên cứu ở trong và ngoài nước đã xây dựng được nền móng lý luận hết sức vững chắc liên quan tới tập quán pháp nói chung. Các công trình nghiên cứu ở nước ngoài rất nhiều và đa dạng liên quan tới tập quán nói chung và áp dụng tập quán nói riêng, kể cả tập quán thương mại. Tuy nhiên như Mục 1.1 đã nói, việc áp dụng tập quán có sự khác nhau ở các nền tài phán bởi có sự khác biệt giữa chúng với nhau từ việc thừa nhận tập quán như một loại nguồn pháp luật, thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán, tổ chức áp dụng tập quán, thẩm quyền áp dụng tập quán và trình tự, thủ tục áp dụng tập quán, môi trường xã hội và pháp lý cho việc áp dụng tập quán, vai trò của tập quán đối với việc phát triển các loại nguồn pháp luật khác, kỹ thuật chứng minh các qui tắc tập quán được chấp nhận, mô hình áp dụng tập quán... Vì vậy các công trình nghiên cứu liên quan tới tập quán của nước ngoài hay của quốc tế chỉ có giá trị tham khảo, so sánh, gợi ý các giải pháp... cho Việt Nam, chứ không có ý nghĩa áp đặt hay loại bỏ sự nghiên cứu vấn đề này ở Việt Nam. Tuy nhiên, đặc biệt các công trình nghiên cứu của các học giả nước ngoài đã rất thành công trong việc nghiên cứu nền tảng triết học của tập quán pháp và nêu bật được một số mô hình áp dụng

tập quán pháp ở một số nước trên thế giới. Đây là những thành tựu nghiên cứu quan trọng luôn luôn được kế thừa chung đối với bất kỳ công trình nghiên cứu nào về tập quán pháp.

Hầu hết các công trình nghiên cứu về tập quán pháp của Việt Nam dường như tập trung vào việc ghi chép lại tập quán, giảng giải các nội dung, thừa nhận giá trị xã hội của tập quán và kiến nghị việc sử dụng tập quán. Có một số ít công trình nghiên cứu chuyên sâu về áp dụng tập quán mà điển hình là các công trình nghiên cứu của Vũ Văn Mẫu, Nguyễn Mạnh Bách, Hoàng Thị Kim Quế, Ngô Huy Cương, Đỗ Văn Đại, Trương Duy Lượng và Nguyễn Thị Tuyết Mai... Thế nhưng các công trình của các tác giả này vẫn còn bỏ những khoảng trống nhất định cho việc nghiên cứu tiếp theo. Các công trình này đã có những thành tựu quan trọng như sau:

Thứ nhất, nêu bật vai trò và ý nghĩa xã hội cũng như pháp lý của tập quán;

Thứ hai, xác định một cách cơ bản yếu tố vật chất và yếu tố tinh thần của qui tắc tập quán;

Thứ ba, nêu ra ý tưởng về thứ tự áp dụng qui tắc tập quán trong việc giải quyết tranh chấp;

Thứ tư, xác định chủ thể có nghĩa vụ chứng minh tập quán;

Thứ năm, nêu một cách sơ lược các tình tiết phải chứng minh tập quán để áp dụng trong việc giải quyết tranh chấp;

Thứ sáu, tìm kiếm và phân tích một số vụ tranh chấp được áp dụng tập quán;

Thứ bảy, xác định được phần nào sự ảnh hưởng của tập quán tới sự phát triển các loại nguồn khác của pháp luật;

Thứ tám, phân tích một số hạn chế trong việc áp dụng tập quán ở Việt Nam hiện nay; và

Thứ chín, đưa ra một số kiến nghị về việc tăng cường áp dụng tập quán và bảo đảm áp dụng đúng đắn tập quán.

1.4.2. Những vấn đề chưa được nghiên cứu

Các thành tựu của các công trình nghiên cứu nói trên cho thấy còn có một số vấn đề chưa được nghiên cứu như:

(1) Môi trường xã hội và môi trường pháp lý ở Việt Nam để áp dụng tập quán nói chung và để áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại nói riêng;

(2) Nền tảng lý luận của việc xác định các tình tiết cần phải chứng minh đối với các qui tắc tập quán pháp;

(3) Nguyên tắc về hiệu lực của tập quán trong việc áp dụng tập quán;

(4) Lý luận về kỹ thuật áp dụng tập quán;

(5) Phân biệt chuyên sâu về tập quán thương mại và tập quán dân sự;

(6) Lý luận về thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán pháp và vai trò của việc áp dụng tập quán pháp trong việc phát triển các loại nguồn pháp luật khác ở Việt Nam hiện nay;

(7) Lý luận về mô hình áp dụng tập quán;

(8) Các kiến nghị có tính hệ thống đối với mô hình áp dụng tập quán nói chung và áp dụng tập quán giải quyết tranh chấp thương mại nói riêng ở Việt Nam hiện nay.

Có thể do những năm tháng trước đây khi Việt Nam đang phát triển mạnh hệ thống pháp luật theo truyền thống Sovietique Law, việc áp dụng tập quán không phải là một nhu cầu cấp thiết của hệ thống pháp luật Việt Nam, vì vậy chưa có nhiều công trình nghiên cứu về tập quán pháp nói chung và áp dụng tập quán pháp nói riêng. Việc nghiên cứu tập quán pháp hay luật tục có chăng trước đây chỉ là kết quả của sự lan tỏa tinh thần nghiên cứu có tính chất bảo tồn văn hóa hoặc tìm hiểu lịch sử? Sự bỏ ngỏ

những vấn đề lớn như vậy chưa được nghiên cứu hoàn toàn có thể hiểu được từ các lý do nói trên.

1.4.3. Những vấn đề luận án kế thừa và nghiên cứu mới

Là một công trình nghiên cứu chuyên sâu trong một lĩnh vực hẹp, tuy nhiên không phải là một lĩnh vực độc lập, luận án không thể không kế thừa hoàn toàn các thành tựu nghiên cứu ở trong và ngoài nước như đã được luận giải ở tiểu mục 1.4.1 ở trên.

Bởi mục tiêu nghiên cứu và nhiệm vụ nghiên cứu của đề tài, luận án tiếp tục nghiên cứu mới các vấn đề mà các công trình nghiên cứu trước ở Việt Nam vẫn còn bỏ ngỏ như đã nêu tại tiểu mục 1.4.2 nói trên. Tuy nhiên trong phạm vi nghiên cứu của đề tài, luận án không bao quát và đi sâu hoàn toàn vào các nội dung trên. Luận án chủ yếu đi sâu vào nghiên cứu: nền tảng lý luận của việc xác định các tình tiết cần chứng minh đối với các qui tắc tập quán pháp, nguyên tắc áp dụng tập quán pháp, thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán pháp trong việc giải quyết các tranh chấp thương mại, kỹ thuật chứng minh tập quán trong việc giải quyết các tranh chấp thương mại, mô hình áp dụng tập quán, môi trường pháp lý áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại, và kiến nghị một số vấn đề liên quan tới mô hình áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam hiện nay.

1.5. CÂU HỎI NGHIÊN CỨU, GIẢ THUYẾT NGHIÊN CỨU VÀ SỬ DỤNG PHƯƠNG PHÁP NGHIÊN CỨU

1.5.1. Câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu

Từ việc xác định các tiền đề nghiên cứu (bao gồm: (1) tập quán là các qui tắc xử sự hình thành tại các cộng đồng nhất định; và (2) tập quán được áp dụng tại các nền tài phán riêng biệt), và dựa trên nền tảng triết học, cũng như nhu cầu áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại,

và tình hình nghiên cứu, luận án đã xác định các câu hỏi nghiên cứu và các giả thuyết nghiên cứu tập trung vào ba vấn đề lớn mà đề tài luận án cần nghiên cứu - đó là lý luận, thực trạng và kiến nghị liên quan tới vấn đề áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại ở Việt Nam.

* *Câu hỏi nghiên cứu chung*: Hiện ở Việt Nam đã có mô hình lý luận áp dụng tập quán giải quyết tranh chấp thương mại chưa? Chúng bao gồm những vấn đề gì, và cần chi tiết hóa hay làm rõ chúng như thế nào? Thực trạng áp dụng tập quán giải quyết tranh chấp thương mại ở Việt Nam hiện nay có những bất cập gì và tại sao? Và làm thế nào để khắc phục những bất cập liên quan để bảo đảm mô hình chuẩn?

* *Giả thuyết nghiên cứu chung*: Việt Nam hiện chưa có mô hình lý luận chuẩn về áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại. Do đó thực trạng pháp luật áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại còn nhiều bất cập mà nguyên nhân chính là thiếu tri thức về vấn đề này. Hiện nay cần có các giải pháp đồng bộ để khắc phục các bất cập liên quan.

Để trả lời các câu hỏi nghiên cứu chung và làm rõ giả thuyết nghiên cứu chung, Luận án phải trả lời các câu hỏi nghiên cứu cụ thể và làm rõ các giả thuyết nghiên cứu cụ thể trong các mảng nghiên cứu sau:

Thứ nhất, đối với vấn đề nghiên cứu lý luận

Câu hỏi nghiên cứu cụ thể về lý luận: Các khái niệm "tập quán", "tranh chấp thương mại", và "áp dụng tập quán" được hiểu như thế nào? Áp dụng tập quán có vai trò và ý nghĩa như thế nào đối với phát triển thương mại? Làm thế nào để áp dụng được tập quán để giải quyết tranh chấp thương mại? Tập quán pháp có mối liên hệ như thế nào đối với các loại nguồn pháp luật khác?

Giả thuyết nghiên cứu cụ thể về lý luận: Các khái niệm "tập quán", "tranh chấp thương mại", và "áp dụng tập quán" chưa được diễn giải đầy đủ

ở Việt Nam. Hiện chưa xây dựng được mô hình lý luận liên quan tới vai trò, ý nghĩa, qui trình, thủ tục và kỹ thuật của việc áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại, cũng như mối quan hệ giữa tập quán pháp với các loại nguồn pháp luật khác.

Thứ hai, đối với vấn đề nghiên cứu thực trạng pháp luật

Câu hỏi nghiên cứu cụ thể về thực trạng: Môi trường xã hội và môi trường pháp lý ở Việt Nam có bảo đảm tốt cho việc áp dụng tập quán giải quyết tranh chấp thương mại không? Các bất cập của pháp luật hiện hành liên quan tới áp dụng tập quán giải quyết tranh chấp thương mại là những gì, và nguyên nhân của chúng là gì?

Giả thuyết nghiên cứu cụ thể về thực trạng: Môi trường xã hội và môi trường pháp lý hiện tại chưa đáp ứng tốt cho việc áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại. Có nhiều bất cập trong các qui định pháp luật hiện hành liên quan mà phần lớn là do nguyên nhân chủ quan.

Thứ ba, đối với các kiến nghị liên quan

Câu hỏi nghiên cứu cụ thể về kiến nghị cải cách: Có cần các kiến nghị đồng bộ về các cải cách liên quan không, và các kiến nghị đó bao gồm những gì?

Giả thuyết nghiên cứu cụ thể về kiến nghị cải cách: Rất cần các kiến nghị đồng bộ về cải cách liên quan và các kiến nghị đó liên quan tới việc xây dựng mô hình áp dụng tập quán giải quyết tranh chấp thương mại phù hợp với hoàn cảnh của Việt Nam hiện nay.

1.5.2. Sử dụng các phương pháp nghiên cứu

Từ việc xác định những câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu chung và cụ thể tại tiểu mục trên, luận án sử dụng các phương pháp nghiên cứu để tiến hành nghiên cứu các vấn đề cụ thể như sau:

(1) Phương pháp mô tả

Phương pháp này được sử dụng chủ yếu ở Chương 3 của luận án để mô tả các qui định pháp luật và các vụ việc liên quan. Thông qua đó, Luận án tạo dựng nên bức tranh chân thực của thực tại. Tùy theo ý đồ nghiên cứu, hoàn cảnh, phương pháp mô tả được sử dụng theo hai hướng: sao lại; và phản ánh. Phương pháp này cũng được sử dụng để nói về các kết quả nghiên cứu của các công trình nghiên cứu trước đó.

(2) Phương pháp phân tích

Phương pháp được sử dụng chủ yếu để tìm kiếm các tình tiết cần phải chứng minh trong quá trình chứng minh tập quán thương mại. Phương pháp này cũng được sử dụng để tìm hiểu các qui định của pháp luật, cũng như các vụ việc liên quan tới việc xác định ngữ nghĩa và hoạt động tố tụng liên quan tới tập quán. Phương pháp này cũng được sử dụng để tìm hiểu môi trường xã hội và môi trường pháp lý cho hoạt động áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại.

(3) Phương pháp phân loại

Phương pháp này được sử dụng để phân biệt giữa qui tắc tập quán thương mại và các qui tắc tập quán khác, đồng thời xác định nguồn chứa đựng các qui tắc tập quán thương mại.

(4) Phương pháp trừu tượng hóa

Phương pháp này dùng để tìm kiếm những điểm chung giữa các qui tắc tập quán và các qui tắc của luật thành văn và khái quát nên các nguyên tắc của việc áp dụng tập quán nói chung và chứng minh tập quán nói riêng.

(5) Phương pháp phân tích lịch sử

Phương pháp này được sử dụng để tìm hiểu tổng quát văn hóa pháp lý ở Việt Nam trước kia liên quan tới việc hình thành và sử dụng phong tục, tập quán và rút ra các bài học lịch sử.

(6) Phương pháp khái quát hóa, mô hình hóa

Phương pháp này được sử dụng để xác định mô hình môi trường pháp lý áp dụng tập quán ở Việt Nam hiện nay. Phương pháp này được sử dụng chủ yếu để nghiên cứu các vấn đề lý luận tại Chương 2 và xây dựng mô hình áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại tại Chương 4 của luận án.

(7) Phương pháp so sánh pháp luật

Phương pháp này được sử dụng chủ yếu để làm rõ các vấn đề của pháp luật Việt Nam nhằm đưa ra các kiến nghị phù hợp. Phương pháp so sánh được sử dụng không triệt để trong Luận án bởi khuôn khổ có hạn và bởi so sánh pháp luật không phải là mục tiêu của đề tài luận án.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

Xuất phát từ hai tiền đề quan trọng: tập quán là các quy tắc xử sự hình thành tại các cộng đồng nhất định; và tập quán được áp dụng tại các nền tài phán riêng biệt, Chương 1 đã đưa ra các tiêu chuẩn để đánh giá tổng quan về tình hình nghiên cứu đề tài luận án. Các công trình nghiên cứu trong và ngoài nước đã có các nghiên cứu sâu và có tầm bao phủ lớn và có các thành tựu khoa học rất lớn mà không thể không kể thừa. Tuy nhiên các công trình nghiên cứu ngoài nước chỉ có giá trị tham khảo, so sánh, gợi ý các giải pháp... cho Việt Nam, chứ không có ý nghĩa áp đặt hay loại bỏ sự nghiên cứu vấn đề này ở Việt Nam bởi có sự khác biệt giữa các nền tài phán về các vấn đề pháp lý như: việc thừa nhận tập quán như một loại nguồn pháp luật, thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán, tổ chức áp dụng tập quán, thẩm quyền áp dụng tập quán và trình tự, thủ tục áp dụng tập quán, môi trường xã hội và pháp lý cho việc áp dụng tập quán, vai trò của tập quán đối với việc phát triển các loại nguồn pháp luật khác, kỹ thuật chứng minh các quy tắc tập quán được chấp nhận, mô hình áp dụng tập quán... Tuy nhiên, đặc biệt các

công trình nghiên cứu của các học giả nước ngoài đã rất thành công trong việc nghiên cứu nền tảng triết học của tập quán pháp và nêu bật được một số mô hình áp dụng tập quán pháp ở một số nước trên thế giới cần được kế thừa.

Các công trình nghiên cứu của các học giả Việt Nam có nhiều thành tựu quan trọng có ý nghĩa rất lớn về cả lý luận và thực tiễn, song do nhu cầu áp dụng tập quán chưa có tính cấp thiết cao, do đó còn để nhiều khoảng trống cho các công trình nghiên cứu tiếp theo.

Bởi các lẽ đó, luận án xác định hướng nghiên cứu mới liên quan tới các vấn đề như: nền tảng lý luận của việc xác định các tình tiết cần chứng minh đối với các qui tắc tập quán pháp, nguyên tắc áp dụng tập quán pháp, thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán pháp trong việc giải quyết các tranh chấp thương mại, kỹ thuật chứng minh tập quán trong việc giải quyết các tranh chấp thương mại, môi trường pháp lý áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại, và kiến nghị một số vấn đề liên quan tới mô hình áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại.

Luận án từ đó đặt ra các câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu chung và các câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu cụ thể liên quan tới lý luận, thực trạng và kiến nghị về áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại. Bằng các phương pháp đã được lựa chọn luận án tìm ra các vấn đề mới cả về phương diện lý luận, thực trạng và kiến nghị đồng bộ liên quan tới luận án chủ yếu đi sâu vào nghiên cứu: nền tảng lý luận của việc xác định các tình tiết cần chứng minh đối với các qui tắc tập quán pháp, nguyên tắc áp dụng tập quán pháp, thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán pháp trong việc giải quyết các tranh chấp thương mại, kỹ thuật chứng minh tập quán trong việc giải quyết các tranh chấp thương mại, môi trường pháp lý áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại, và kiến nghị một số vấn đề liên quan tới mô hình áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại.

Chương 2

NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ ÁP DỤNG TẬP QUÁN GIẢI QUYẾT CÁC TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI

2.1. NHỮNG KHÁI NIỆM CHỦ YẾU LIÊN QUAN

2.1.1. Khái niệm tập quán

"Tập quán" với tư cách là một loại nguồn của pháp luật, còn được gọi là "luật tục" hay "tục lệ". Để phân biệt với các loại nguồn pháp luật khác, trong ngôn ngữ pháp lý hiện đại, người ta thường sử dụng thuật ngữ "tập quán pháp" mà tiếng Anh gọi là "customary law" để chỉ một tập hợp các qui tắc tập quán.

Theo cách nhìn của những người nghiên cứu văn hóa, "luật tục về cơ bản là một kho tàng kiến thức bản địa về ứng xử và quản lý cộng đồng, tuy nhiên ở đó còn chứa đựng những giá trị nhiều mặt: ngôn ngữ và tư duy, bản sắc văn hóa, văn học và chữ viết, tôn giáo tín ngưỡng" [62, tr. 25]. Mặc dù cách nhìn nhận này không thiên về pháp lý, nhưng sự mô tả này đã cho thấy bản chất của tập quán là những hiểu biết và thực tiễn ứng xử của các thành viên cộng đồng nhằm tới sự bình ổn của cộng đồng. Như vậy có thể nói, dù khai thác tập quán ở giác độ nào, người ta cũng không thể bỏ qua bản chất "điều chỉnh hành vi" của tập quán.

Tập quán là sản phẩm của mối quan hệ giữa con người với con người, và không thể không xuất hiện khi lợi ích của con người luôn luôn tiềm ẩn nguy cơ tranh chấp mà đòi hỏi phải được giải quyết thỏa đáng để làm bình ổn lại các quan hệ xã hội bị phá vỡ bởi tranh chấp. Sản phẩm ấy được tạo thành và tồn tại ở những cộng đồng xác định trong một thời gian dài và mang sắc thái riêng của từng cộng đồng. Vì vậy tập quán là đối tượng nghiên cứu của nhiều môn học khác nhau như: văn hóa, lịch sử, xã hội học,

luật học... Ở chuyên môn luật học, người ta thường chú ý tới các qui tắc xử sự ở tập quán mà trong đó chứa đựng các giải pháp cho việc giải quyết tranh chấp giữa các bên liên quan. Ở đây cần lưu ý rằng, cách thức mà con người cư xử với nhau trong một cộng đồng nhất định mang đậm dấu ấn riêng biệt của văn hóa, truyền thống lịch sử và môi trường xã hội của cộng đồng đó. Do đó nếu pháp luật có chức năng gìn giữ hòa bình [10, tr. 188], có nghĩa là bảo đảm sự bình ổn của cộng đồng, thì không thể không duy trì hay bị ảnh hưởng của những dấu ấn riêng biệt đó.

Phân tích kỹ lưỡng về phương diện pháp lý, thuật ngữ "tập quán" có sự khác biệt với các thuật ngữ "luật tục", và "tục lệ". Theo một nghiên cứu, tập quán ngụ ý về "thói quen ứng xử" bao gồm trong đó quyền và nghĩa vụ của các bên liên quan, và chỉ trở thành "tục lệ" hay "luật tục" nếu có sự bắt buộc về mặt tinh thần [40, tr. 295-296]. Bộ luật Dân sự năm 2005 (Điều 3) và Luật Thương mại năm 2005 (Điều 13) có qui định về nguyên tắc áp dụng tập quán trong việc giải quyết tranh chấp dân sự và tranh chấp thương mại. Thuật ngữ "tập quán" tại các Đạo luật này dùng để chỉ một khái niệm hẹp hơn khái niệm "thói quen". Luật Thương mại năm 2005 đưa ra định nghĩa: "Tập quán thương mại là thói quen được thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại trên một vùng, miền hoặc một lĩnh vực thương mại, có nội dung rõ ràng được các bên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại" (Điều 3, khoản 4). Chưa nói tới sự chính xác về mặt học thuật của định nghĩa khái niệm này, nhưng nó cho thấy mối liên hệ logic giữa khái niệm tập quán và khái niệm thói quen, có nghĩa là thói quen là khái niệm loài, còn tập quán là khái niệm giống. Vậy chỉ có thuật ngữ "tập quán pháp" mới đồng nghĩa cả về mặt pháp lý và cả về mặt ngôn ngữ với các thuật ngữ "luật tục" hay "tục lệ". Có quan niệm cho rằng có sự phân biệt giữa "tập tục" và "luật tục", nên viết "những qui

tắc được cộng đồng đó tuân thủ qua nhiều thế hệ, khi được quyền lực nhà nước thừa nhận và cưỡng chế thi hành, thì những tập tục đó trở thành *luật tục*" [46, tr. 7]. Nói cho đúng các qui tắc tập quán thương mại trên thế giới là các qui tắc của thương nhân hình thành trong cộng đồng nghề nghiệp đó và được áp dụng theo một cơ chế riêng tại các hội chợ. Cũng như vậy luật tục của đồng bào Tây Nguyên được tự nguyện tuân thủ bởi bất kỳ thành viên nào trong cộng đồng của họ. Vì vậy để phù hợp với cách thức sử dụng thuật ngữ hiện nay ở Việt Nam, luận án này vẫn sử dụng thuật ngữ tập quán trừ khi có ngữ cảnh đặc biệt.

Điều 38 của Quy chế Tòa án Công lý Quốc tế coi "tập quán quốc tế là bằng chứng về một thói quen chung được chấp nhận như luật" (nguyên văn: international custom, as evidence of a general practice accepted as law). Trong luật quốc tế, thuật ngữ tập quán (custom) và thuật ngữ thói quen (usage) đôi khi được sử dụng thay thế cho nhau nhưng có nghĩa khác nhau. Ian Brownlie cho rằng "usage" là thói quen thực hành chung mà không mang lại một nghĩa vụ pháp lý nào, ví dụ như chào hỏi có tính chất nghi lễ ở trên biển và thói quen miễn trừ cho các phương tiện ngoại giao ở những nơi cấm đỗ [82, tr. 4-5]. Ở Việt Nam cũng có quan niệm tương tự, chẳng hạn xác định rằng việc tặng thêm tiền cho lái xe taxi không thể coi là một tục lệ mặc dù đó là một thói quen [40, tr. 296]. Các quan niệm này cho thấy, những thói quen chung của một cộng đồng không cung cấp một giải pháp pháp lý nào cho các tranh chấp, hay nói cách khác không tạo ra quyền và nghĩa vụ cho các bên liên quan. Chẳng hạn: khi hành khách không tặng thêm tiền cho người lái xe taxi thì không có nghĩa là hành khách đã vi phạm nghĩa vụ pháp lý; và trong trường hợp này người lái xe taxi không thể kiện đòi tiền tặng. Lưu ý rằng: cần phân biệt giữa thói quen chung của cộng đồng với thói quen hình thành giữa các bên trong một quan hệ pháp lý

cụ thể. Trong lĩnh vực luật tư, thói quen ứng xử giữa các bên có thể cung cấp giải pháp pháp lý cho tranh chấp, chẳng hạn trong quan hệ hợp đồng thói quen ứng xử có chức năng bổ sung cho những gì mà hợp đồng không qui định [11]. Như vậy không phải bất kỳ một qui tắc ứng xử nào thuộc thói quen đều được áp dụng trong việc giải quyết tranh chấp pháp lý giữa các bên. Để áp dụng một qui tắc tập quán người ta phải phân tích các yếu tố của nó.

Một qui tắc tập quán bao gồm hai yếu tố: (1) Yếu tố vật chất (hay còn gọi là yếu tố thực tại); và (2) yếu tố tinh thần (hay còn gọi là yếu tố ý thức hay yếu tố tâm lý). Cách thức phân tích này được hình thành là một tất yếu khách quan dựa trên nền tảng triết học được các triết gia thừa nhận, có nghĩa là nó xuất phát từ sự phản ánh khái quát nhất các vấn đề của vũ trụ trong hai phạm trù triết học là vật chất và ý thức. Tuy nhiên để làm rõ hai yếu tố này của qui tắc tập quán, người ta phải phân tích các chi tiết cấu tạo nên từng yếu tố đó. Các luật gia trên thế giới đều tiến hành nghiên cứu các qui tắc tập quán theo cách thức như vậy.

Chẳng hạn:

(i) Theo Catherine Roche và Aurélie Potot-Nicol, tập quán quốc tế có hai yếu tố để nhận biết là yếu tố vật chất và yếu tố ý thức, mà trong đó yếu tố vật chất là sự tồn tại một thực tiễn áp dụng phổ biến, nghĩa là sự lặp đi lặp lại trong một thời gian dài những hành động, sự việc, tuyên bố hay những hành vi tích cực hoặc tiêu cực của các chủ thể pháp luật quốc tế, và yếu tố ý thức là sự tin chắc của chủ thể luật quốc tế về việc bắt buộc phải xử sự như vậy vì có qui định pháp luật như vậy [7, tr. 17-18].

(ii) Nhiều luật gia Việt Nam phân tích: (1) Thói quen hay tập quán phải có tính tổng quát và lâu dài, có nghĩa là cộng đồng đã cùng nhìn nhận, sử dụng tập quán đó như qui tắc ứng xử và giải quyết tranh chấp, và nó đã

được hình thành dần trong thời gian có tính cách lặp đi lặp lại; và (2) Mọi người trong cộng đồng ý thức về sự cần thiết không thể thiếu được tập quán đó [39, tr. 153-154].

Yếu tố vật chất thường bao gồm các thành tố như: tồn tại theo thời gian, tính ổn định, tính lặp đi lặp lại và tính phổ biến của qui tắc tập quán xác định. Yếu tố tinh thần (*opinio juris sive necessitatis*) nói đến sự nhận thức của mọi thành viên cộng đồng về sự cần thiết ứng xử theo qui tắc đó [80].

Tập quán có sự khác biệt với thói quen được hình thành giữa các bên ở hai khía cạnh liên quan tới không gian và thời gian. Tập quán được hình thành trong một cộng đồng nhất định, trong khi đó thói quen chỉ hình thành giữa các bên trong một hoặc một số hoạt động cụ thể. Tập quán là sản phẩm của thời gian [30, tr. 52], được lặp đi lặp lại nhiều lần, còn thói quen ứng xử có thể được áp dụng khi chứng minh được trong cùng một hoàn cảnh trước đó các bên ứng xử theo cùng một cách [11, tr. 74].

Hiểu một cách đơn giản, tập quán là qui tắc ứng xử hình thành trong một cộng đồng xác định trong một khoảng thời gian dài và có thể được áp dụng để giải quyết tranh chấp giữa các bên liên quan khi đã làm rõ được yếu tố vật chất và yếu tố tinh thần của nó.

Tuy nhiên có một vài tác giả thuộc truyền thống Civil Law đã đưa ra luận thuyết cho rằng những án lệ ổn định là tập quán pháp. Nhưng quan điểm đó không được chính thức công nhận [86, tr. 131].

Trong lĩnh vực pháp luật, các tập quán có thể được phân loại theo ngành luật. Ví dụ trong luật tư, tập quán được phân loại thành tập quán dân sự và tập quán thương mại. Vì vậy khi nghiên cứu việc áp dụng tập quán pháp, người ta không thể không nhắc tới việc phân loại như vậy, nhất là ở những nước có truyền thống phân loại luật tư thành luật dân sự và luật thương mại. Khi nói tới vấn đề áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp

thương mại có nghĩa là đã nói tới sự phân biệt giữa luật dân sự và luật thương mại. Do đó không thể không nói tới tập quán thương mại bởi các qui tắc pháp lý đầu tiên cần xem xét để áp dụng cho tranh chấp thương mại trước hết phải là các qui tắc thương mại.

Tập quán thương mại là một loại tập quán được phân loại theo ngành luật, và được xác định bởi hai nhóm vấn đề: *Thứ nhất*, nguồn gốc phát sinh ra tập quán; và *thứ hai*, phân loại pháp lý của qui tắc tập quán. Tuy nhiên hai vấn đề này không có ranh giới rõ rệt mà chúng phải dựa vào nhau trong việc xác định tập quán thương mại. Sự phân biệt giữa tập quán dân sự và tập quán thương mại có cùng một cơ sở lý luận với sự phân biệt giữa tranh chấp dân sự và tranh chấp thương mại. Đó chính là cơ sở lý luận của việc phân biệt giữa luật dân sự và luật thương mại bởi sự phân biệt giữa tập quán dân sự với tập quán thương mại và sự phân biệt giữa tranh chấp dân sự với tranh chấp thương mại đều căn cứ vào sự phân chia các ngành luật. Luận án sẽ trình bày những điểm mấu chốt nhất của cơ sở phân loại này và sự phân biệt giữa tập quán dân sự với tập quán thương mại tại Tiểu mục 1.1.2 dưới đây. Tuy nhiên trong khuôn khổ có hạn và phạm vi nghiên cứu đã xác định, luận án không nghiên cứu sâu về vấn đề này mà chỉ trình bày những điểm lý luận cơ bản tối thiểu để góp phần làm rõ thêm cho các khái niệm liên quan mật thiết tới đề tài Luận án.

2.1.2. Khái niệm tranh chấp thương mại

Tranh chấp thương mại là một loại tranh chấp pháp lý trong lĩnh vực thương mại. Nói đơn giản đây là tranh chấp liên quan tới quyền và nghĩa vụ được điều tiết bởi luật thương mại. Nói cách khác tranh chấp thương mại là tranh chấp phát sinh từ hành vi thương mại. Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 có xác định hai dấu hiệu nhận biết tranh chấp kinh doanh, thương mại bao gồm: *thứ nhất*, chủ thể là thương nhân và *thứ hai*, mục tiêu

lợi nhuận tại Điều 29, khoản 1. Có thể hiểu đây là các tranh chấp phát sinh từ hành vi thương mại do bản chất. Việc xác định các dấu hiệu này là một gợi ý quan trọng cho việc nghiên cứu lý luận về sự phân biệt giữa luật dân sự và luật thương mại, hay giữa hành vi dân sự và hành vi thương mại. Hiểu rằng: nghiên cứu sự phân biệt như vậy có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định phạm vi tác động của nguyên tắc áp dụng tập quán thương mại và nguyên tắc áp dụng thói quen thương mại được tuyên bố tại Điều 12 và Điều 13 của Luật Thương mại năm 2005, chứ không chỉ đơn thuần có ý nghĩa cho việc phân biệt tranh chấp dân sự và tranh chấp thương mại.

Trong khoa học pháp lý, nhất là ở truyền thống Civil Law, người ta thường có sự phân biệt giữa luật dân sự và luật thương mại, do đó buộc phải phân loại các hành vi pháp lý thành hành vi dân sự và hành vi thương mại. Sự phân biệt này vấp phải nhiều rắc rối mà đôi khi gây khó khăn trong việc áp dụng pháp luật. Tuy nhiên các luật gia thuộc truyền thống Civil Law đã cố gắng đưa ra một số cách phân biệt hành vi dân sự và hành vi thương mại. Trong pháp điển hóa luật thương mại các cách thức phân biệt này được sử dụng phần nào đó. Về mặt học thuật, để phân biệt hành vi dân sự và hành vi thương mại, người ta thường đi từ việc phân tích lịch sử phát sinh ra các qui tắc của luật thương mại, rồi sau đó đề cập tới các cách thức phân biệt hành vi dân sự và hành vi thương mại.

Nguồn gốc lịch sử của luật thương mại

Roger Houin và Michel Pédamon cho rằng: luật thương mại không thể tự nhiên xuất hiện mà chúng chỉ có thể được hình thành khi có vài điều kiện lịch sử nhất định, và các yếu tố hợp nhất lại để hình thành điều kiện lịch sử cho việc ra đời của luật thương mại là khi có một khối lượng nhất định về sản xuất và trao đổi, khi quan hệ quốc tế trở nên sôi động và khi có một sự tự do vừa đủ cho các thương gia [9, tr. 44-46].

Vào thế kỷ thứ XII và XIII các quy tắc thương mại được hình thành ở Miền Bắc Italy khi thương mại và hàng hải phát triển. Cùng thời, ở Châu Âu đã hình thành một trung tâm thương mại thứ hai trong các thành phố của Flandre như Bruges, Anwers, Amsterdam với sự phát triển nghề sản xuất len và vải. Các chế định của luật thương mại xuất hiện ở khắp nơi trong các hội chợ lớn để phục vụ cho việc phân phối hàng hóa khác ở Châu Âu.

Khi công nghiệp và thương mại có sức lớn nhất định nhiều Đạo dụ được các nhà vua ban hành để điều tiết quan hệ thương mại. Chẳng hạn: Ở Pháp có Chỉ dụ năm 1563; Đạo dụ năm 1673 (còn được gọi là Bộ luật Savary); Đạo dụ năm 1681 về luật hàng hải. Các Đạo dụ này đánh dấu sự ra đời của luật thương mại với tư cách là một ngành luật. Đặc biệt năm 1801, một ủy ban gồm 7 thành viên bao gồm các thẩm phán và thương gia soạn thảo Bộ luật Thương mại Pháp và Bộ luật này được ban hành vào năm 1807 [9, tr. 44-46]. Đây là bộ pháp điển hóa đầu tiên của thế giới về luật thương mại. Ở nước Đức vào cuối thế kỷ thứ 19 đã xây dựng hai bộ luật là: Bộ luật Dân sự năm 1900 và Bộ luật Thương mại năm 1897. Luật thương mại đã được nhiều luật gia quan niệm có một con đường hình thành riêng. Nhưng cũng có luật gia cho rằng nó được hình thành trên nền tảng của luật dân sự.

Các luật gia trên thế giới đều thừa nhận rằng các qui tắc của luật thương mại có con đường phát triển riêng biệt với các qui tắc của luật dân sự. Hầu hết các qui tắc của luật thương mại là các qui tắc tập quán của các thương nhân. Do đó luật thương mại còn được gọi là luật thương nhân (merchant law). Chủ thể thông thường của luật thương mại là các thương nhân lấy hành vi thương mại làm nghề nghiệp của mình [16, tr. 18].

Ở nước Anh - quê hương của truyền thống Common Law, đã gắn luật thương nhân thành một phần của thông luật (common law). Và chính

bản thân thông luật cũng được phát triển từ các tập quán từ thời Trung cổ của các bộ lạc người Giéc-manh sinh sống tại nước Anh, và thực tiễn xét xử. Các quy tắc thương mại của Common Law thực chất là các quy tắc tập quán của các thương nhân người Italy du nhập vào nước Anh.

Ở Việt Nam vào năm 1864, thực dân Pháp đem Bộ luật Thương mại Pháp áp dụng tại Nam Kỳ và năm 1888 áp dụng tại Bắc Kỳ. Vào năm 1942, Triều đình Huế ban hành Bộ luật Thương mại áp dụng tại Trung Kỳ. Vào thời kỳ đổi mới, Việt Nam cũng xây dựng các đạo luật thương mại (Luật Thương mại năm 1997 và Luật Thương mại năm 2005) trên căn bản học tập kinh nghiệm từ truyền thống Civil Law và Common Law.

Như vậy có thể nói luật thương mại có tính đồng nhất cao hơn và tính quốc tế rộng lớn hơn so với luật dân sự. Và hầu hết các qui tắc của luật thương mại dù được pháp điển hóa trong các bộ luật thì đều là các qui tắc có nguồn gốc từ tập quán thương mại xuất hiện từ thời kỳ trung cổ.

Phân biệt hành vi thương mại và hành vi dân sự

Đạo luật Mẫu về Thương mại Điện tử do Ủy ban Liên hiệp Quốc về Luật Thương mại soạn thảo có đưa ra định nghĩa:

Thuật ngữ "thương mại"/commerce/cần được diễn giải theo nghĩa rộng để bao quát các vấn đề nảy sinh ra từ mọi mối quan hệ mang tính chất thương mại, dù có hay không có hợp đồng. Các mối quan hệ mang tính thương mại /commercial/ bao gồm, nhưng không phải chỉ bao gồm, các giao dịch sau đây: bất cứ giao dịch thương mại nào về cung cấp hoặc trao đổi hàng hóa hoặc dịch vụ; thỏa thuận phân phối; đại diện hoặc đại lý thương mại; ủy thác hoa hồng (factoring), cho thuê dài hạn (leasing); xây dựng các công trình; tư vấn; kỹ thuật công trình (engineering); đầu tư; cấp vốn; ngân hàng; bảo hiểm; thỏa thuận khai thác hoặc

tô nhượng; liên doanh và các hình thức khác về hợp tác công nghiệp hoặc kinh doanh; chuyên chở hàng hóa hay hành khách bằng đường biển, đường không, đường sắt hoặc đường bộ [70].

Luật Thương mại năm 2005 của Việt Nam xây dựng một định nghĩa tổng quát về hoạt động thương mại như sau: "Hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác" (Điều 3, khoản 1).

Tuy nhiên việc phân biệt hành vi dân sự và hành vi thương mại, cũng như định nghĩa hành vi thương mại không đơn giản. Các nền tài phán ít khi đưa ra định nghĩa về hành vi thương mại, nhưng có những cách thức không khác nhau nhiều về việc xác định hành vi thương mại bằng cách phân loại. Điển hình là Pháp - nước pháp điển hóa luật thương mại theo kiểu hiện đại đầu tiên trên thế giới, xác định hành vi thương mại bao gồm ba loại:

(1) Hành vi thương mại do bản chất, bao gồm: *Thứ nhất*, các hành vi được coi là hành vi thương mại ngay cả khi chúng được thực hiện một cách riêng rẽ; *thứ hai*, các hành vi chỉ được coi là hành vi thương mại trong trường hợp do thương nhân thực hiện.

(2) Hành vi thương mại do hình thức, bao gồm: Các hành vi được coi là hành vi thương mại ngay cả khi chúng được những người không phải là thương nhân thực hiện như hành vi lập hối phiếu, hành vi của các công ty thương mại...

(3) Hành vi thương mại do phụ thuộc, bao gồm: Các hành vi mà bản chất là hành vi dân sự nhưng phụ thuộc vào hoạt động thương mại hoặc các thương nhân [21, tr. 20-24].

Theo pháp luật của Pháp, các hành vi thương mại riêng rẽ bao gồm:

- Việc mua động sản để bán lại không kể tới việc có gia công, sửa chữa, hoàn thiện hoặc làm tăng thêm giá trị hay không;

- Việc mua bán bất động sản để bán lại hoặc mua để xây dựng lại rồi bán toàn bộ hay từng phần;

- Hoạt động làm trung gian để mua hoặc bán các bất động sản, cơ sở kinh doanh, cổ phần của công ty kinh doanh bất động sản;

- Hoạt động môi giới thương mại;

- Hoạt động ngân hàng hay hối đoái.

Hệ thống pháp luật này xác định các hành vi thông qua doanh nghiệp bao gồm:

- Các doanh nghiệp cho thuê động sản;

- Các doanh nghiệp hoạt động chế tạo hay các nhà công nghiệp;

- Các doanh nghiệp hoạt động cung ứng hàng hóa, nguyên, nhiên, vật liệu...;

- Các doanh nghiệp hoạt động biểu diễn công cộng như tổ chức biểu diễn ca nhạc, xiếc kịch... và các nhà xuất bản;

- Các doanh nghiệp hoạt động ủy thác;

- Các cửa hàng bán đấu giá;

- Các hãng đại lý và các văn phòng kinh doanh;

- Các hãng bảo hiểm, các hãng điện ảnh, các hãng quảng cáo, thông tin.

Ngoài ra, hoạt động khai thác mỏ luôn luôn được coi là hành vi thương mại.

Bộ luật Thương mại Pháp quy định những hành vi thương mại do hình thức gồm có hành vi lập hối phiếu và các công ty thương mại; những hành vi thương mại do phụ thuộc là những hành vi phụ thuộc vào hoạt động thương mại. Ví dụ các giao dịch của thương nhân với nhau. Điều này dẫn đến hệ quả rằng hành vi của thương nhân trong hoạt động kinh doanh

đều được xem là các hành vi thương mại dù bên đối tác có phải là thương nhân hay không trừ khi có chứng minh các hành vi đó không được thực hiện vì nhu cầu thương mại. Tuy nhiên, các giao dịch về sở hữu công nghiệp là giao dịch dân sự và cũng được coi là hành vi dân sự đối với các hành vi nhằm sở hữu bất động sản [47].

Điều 633, Bộ luật Thương mại Pháp liệt kê các hành vi thương mại thuần túy trong lĩnh vực hàng hải bao gồm:

- Tất cả doanh nghiệp đóng tàu và tất cả việc mua, bán tàu đi sông, đi biển;
- Tất cả việc chuyên chở hàng hải;
- Tất cả việc bán buôn tàu và các dụng cụ phụ thuộc; tất cả dụng cụ và đồ tiếp tế trên tàu;
- Tất cả việc thuê tàu và cho vay mạo hiểm;
- Tất cả hợp đồng bảo hiểm và các hợp đồng khác liên quan tới thương mại hàng hải;
- Tất cả các hợp đồng về tiền công của thủy thủ đoàn;
- Tất cả các hợp đồng của thủy thủ làm việc cho những tàu buôn.

Pháp luật của Đức xác định về hành vi thương mại gắn liền với thương nhân [22, tr. 22].

Ở các nước theo truyền thống Common Law ít khi có sự phân biệt giữa hành vi dân sự và hành vi thương mại. Chẳng hạn: (1) Anh và xứ Wales không có sự phân biệt hành vi dân sự và hành vi thương mại, trừ một luật thuế và một số văn bản pháp luật liên quan tới bảo vệ người tiêu dùng; (2) Hoa Kỳ trừ mục đích bảo vệ người tiêu dùng, bất kỳ một người hay thực thể nào ký kết một hợp đồng đều phụ thuộc cùng một ngành luật không kể có hay không có một bên hoạt động thương mại [85, tr. 2]; (3) Scotland không có sự phân biệt giữa luật hợp đồng dân sự và hợp đồng thương mại.

Việc xác định hành vi thương mại trước hết là để áp dụng các quy tắc của luật thương mại (mà trong đó có các tập quán) cho các hành vi đó. Tuy nhiên các nghiên cứu trên cho thấy việc phân biệt tập quán thương mại với các tập quán khác, nhất là tập quán dân sự là vô cùng phức tạp, dường như phụ thuộc vào việc xác định tập quán nào phát sinh từ hành vi thương mại và tập quán nào không phát sinh từ đó. Nhưng cách xác định này rất thiếu tin cậy bởi hai lẽ: *Thứ nhất*, bản thân việc phân biệt các hành vi thương mại và các hành vi dân sự hoàn toàn không rõ ràng; *thứ hai*, nhiều chế định của luật thương mại dẫn chiếu sang luật dân sự, chẳng hạn trong pháp luật Việt Nam hiện nay, đặc biệt là các qui định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng và hợp đồng vô hiệu...

Sự phân biệt này còn khó hơn khi nghiên cứu về các hành vi thương mại phụ thuộc. Có hai loại hành vi thương mại phụ thuộc: *Thứ nhất* là hành vi có bản chất dân sự nhưng do thương nhân thực hiện do nhu cầu nghề nghiệp của mình nên trở thành hành vi thương mại (loại này cần được gọi là hành vi thương mại chủ quan vì phụ thuộc vào tư cách của người thực hiện thương nhân); *Thứ hai* là hành vi có bản chất dân sự do thương nhân thực hiện nên trở thành hành vi thương mại vì phụ thuộc vào một hành vi thương mại khác (loại này cần được gọi là hành vi phụ thuộc vì liên quan tới một hành vi thương mại khác) [47]. Luật thực định ở Việt Nam đã từng rất quan tâm tới hành vi thương mại phụ thuộc. Điều 8 của Bộ luật Thương mại Trung kỳ định nghĩa: "Những hành vi dân sự của một thương gia làm ra nhân việc buôn bán của mình đều là những hành vi thương mại".

Từ sự phân biệt hành vi dân sự và hành vi thương mại còn dẫn đến một loại hành vi mà hoàn toàn mất ranh giới giữa dân sự và thương mại. Đó là hành vi dân sự và thương mại hỗn hợp. Loại hành vi này được qui định tại Điều 1, khoản 3 của Luật Thương mại năm 2005 của Việt Nam.

Loại hành vi này có tính chất thương mại với một bên (thương nhân), nhưng lại có tính chất dân sự với bên kia (bên phi thương nhân). Hậu quả là ở một số nền tài phán người ta cho bên phi thương nhân chọn việc giải quyết tranh chấp tại tòa dân sự hay tòa thương mại tùy ý; còn bên thương nhân chỉ có thể kiện bên phi thương nhân tại tòa dân sự. Luật Thương mại 2005 của Việt Nam rất khác biệt, cho bên phi thương nhân chọn việc áp dụng luật dân sự hay luật thương mại tùy ý (Điều 1, khoản 3). Như vậy càng làm phức tạp thêm cho việc xác định đâu là tập quán thương mại để áp dụng cho các quan hệ thương mại.

Vì những lẽ đó tập quán thương mại có thể được hiểu là tập quán điều tiết các hành vi thương mại, hoặc được áp dụng cho việc giải quyết các tranh chấp thương mại. Tuy nhiên việc xác định các tranh chấp thương mại phụ thuộc vào luật thực định của mỗi quốc gia hay sự thẩm định của cơ quan tài phán.

Từ các nghiên cứu trên có thể chia tập quán thương mại thành hai loại:

(1) Loại thứ nhất là *tập quán thương mại thuần túy*, có nghĩa là tập quán phát sinh từ mối quan hệ giữa các thương nhân với nhau hay từ hoạt động nghề nghiệp của thương nhân hoặc từ hành vi thương mại thuần túy. Các tập quán thương mại loại này thường được tìm thấy trong các bộ tập hợp các qui tắc tập quán thương mại, chẳng hạn như Incoterms do Phòng Thương mại Quốc tế (ICC) tập hợp và giải thích.

(2) Loại thứ hai là *tập quán được áp dụng trong thương mại*, có nghĩa là tập quán không phải là tập quán thương mại thuần túy nhưng được áp dụng trong quan hệ thương mại hay tranh chấp thương mại do đương sự viện dẫn và được tòa án chấp nhận.

Tuy nhiên cách chia này có lẽ chỉ có tính cách lý thuyết, song không phải là không có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định thứ tự ưu

tiên áp dụng các qui tắc tập quán. Qui tắc tập quán thương mại thuần túy về nguyên lý phải được ưu tiên áp dụng trước. Thứ tự này được suy diễn ra từ mối quan hệ giữa luật chung và luật chuyên ngành.

2.1.3. Khái niệm áp dụng tập quán

Áp dụng tập quán thực chất là việc áp dụng các qui tắc xử sự hình thành từ tập quán, và là một phần của áp dụng pháp luật. Do đó nhận thức chung về áp dụng pháp luật có ý nghĩa quan trọng trong việc tiếp cận nghiên cứu vấn đề áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại.

Theo cuốn từ điển "Deluxe Black's Law Ditionary", áp dụng các qui tắc (application of rules) được xem là một lĩnh vực thực hành được điều chỉnh bởi các qui tắc tổ tụng và không phụ thuộc vào án lệ (common law) hay văn bản pháp luật (statutory law) [79, tr. 99]. Định nghĩa này cho thấy, áp dụng các qui tắc của luật vật chất nói chung và các qui tắc tập quán (với tính cách là các qui tắc của luật vật chất) nói riêng là vấn đề của luật tổ tụng, có nghĩa là liên quan tới vấn đề thẩm quyền áp dụng, và trình tự, thủ tục áp dụng.

Ở Việt Nam hiện nay thuật ngữ áp dụng pháp luật không được hiểu đồng nhất. Trong một cuốn chuyên khảo về nhà nước và pháp luật, Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật đưa ra định nghĩa: "Áp dụng pháp luật là toàn bộ những việc làm, những hoạt động, những phương thức nhằm thực hiện những yêu cầu đặt ra trong pháp luật trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội", và tiếp đó cho rằng, áp dụng pháp luật được thể hiện ra thông qua những hình thức (phương pháp) như: (1) Tuân thủ pháp luật; (2) thi hành pháp luật (chấp hành pháp luật); và (3) vận dụng pháp luật (sử dụng pháp luật) [76, tr. 227-228]. Trong khi đó "*Giáo trình Lý luận chung về nhà nước và pháp luật*" của Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội quan niệm: "Áp dụng pháp luật là hoạt động thực hiện pháp luật của các cơ quan

nhà nước. Nó vừa là một hình thức thực hiện pháp luật, vừa là cách thức nhà nước tổ chức cho các chủ thể thực hiện pháp luật" [35, tr. 373].

Như vậy khác với quan niệm của Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội xác định "áp dụng pháp luật" là khái niệm giống trong mối quan hệ với "thực hiện pháp luật" là khái niệm loài. Thực hiện pháp luật, theo quan niệm này, được thể hiện ra các hình thức như: (1) tuân thủ pháp luật; (2) thi hành pháp luật; (3) sử dụng pháp luật; và (4) áp dụng pháp luật; và áp dụng pháp luật khác với các hình thức thực hiện pháp luật khác ở chỗ: chủ thể áp dụng pháp luật là chủ thể đặc biệt (nhà nước); còn mọi chủ thể của pháp luật đều là chủ thể của các hình thức thực hiện pháp luật khác ngoài áp dụng pháp luật [35, tr. 370-371].

Xét từ giác độ luật tư, các chủ thể của luật tư hoàn toàn tự do thỏa thuận và tự định đoạt. Điều đó có nghĩa là họ có thể thỏa thuận với nhau không trùng khít với các qui định của pháp luật hoặc ngay cả khi pháp luật không qui định, miễn là không chống lại các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, và họ có quyền định đoạt tất cả mọi thứ thuộc về mình, miễn là không chống lại điều cấm của pháp luật, không trái với đạo đức xã hội và không gây thiệt hại cho người thứ ba... Tuy nhiên họ phải tuân thủ hay thi hành những điều đã cam kết và gánh chịu hậu quả của hành vi tự định đoạt của mình. Việc không tuân thủ hay không thi hành hoặc gây thiệt hại do hành vi tự định đoạt là một sự kiện khiến cho họ phải chịu một chế tài do cơ quan nhà nước có thẩm quyền hay do một định chế khác (ví dụ như: trọng tài thương mại) phán quyết. Việc ra phán quyết như vậy là kết quả của hoạt động áp dụng pháp luật. Vậy có thể nói, áp dụng pháp luật không bao gồm trong nó việc thi hành hay tuân thủ pháp luật. Áp dụng pháp luật liên quan tới sự xem xét hành vi vi phạm pháp luật và áp đặt cho người vi phạm một hoặc nhiều chế tài do luật định hoặc do các bên tự thỏa thuận.

Việc quan niệm đơn thuần pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội mà không nhìn pháp luật trong những phân loại cụ thể có thể dẫn đến sai lầm trong nhận thức về các khái niệm.

Việc đánh giá các bên trong quan hệ đang tranh chấp có quyền và nghĩa vụ gì liên quan, nghĩa vụ nào bị vi phạm, và chế tài nào được áp dụng phải căn cứ vào các qui tắc xử sự mà các qui tắc này có thể được chứa đựng trong các loại nguồn pháp luật khác nhau, như văn bản qui phạm pháp luật, tiền lệ pháp, tập quán pháp... Việc tìm kiếm qui tắc tập quán và căn cứ vào đó để đưa ra phán quyết theo đúng thẩm quyền và trình tự, thủ tục là việc áp dụng tập quán.

Áp dụng tập quán có các đặc điểm sau:

Thứ nhất, áp dụng tập quán được tiến hành bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc bởi các định chế khác được nhà nước thừa nhận. Thông thường tòa án là cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp thương mại. Nhưng do tính chất đặc biệt của các quan hệ pháp luật thương mại, các chủ thể của các quan hệ này có thể thỏa thuận thiết lập cơ chế giải quyết tranh chấp ngoài tòa án. Các cơ chế giải quyết tranh chấp ngoài tòa án có thể bao gồm: thương lượng, hòa giải, trọng tài, tiểu xét xử, hòa giải-trọng tài, xét xử bởi thẩm phán tư, xét xử bởi bồi thẩm đoàn giản lược [17]. Trừ hòa giải và thương lượng, các cơ chế giải quyết tranh chấp khác ngoài tòa án đều là các định chế được nhà nước thừa nhận có khả năng áp dụng tập quán.

Thứ hai, việc áp dụng tập quán phải đáp ứng các đòi hỏi khắt khe hơn so với các đòi hỏi đối với việc áp dụng các qui tắc chứa đựng trong các văn bản qui phạm pháp luật có lẽ bởi các qui tắc tập quán thường khó tìm kiếm hơn, thiếu rõ ràng hơn so với các qui tắc của văn bản qui phạm pháp luật và không phản ánh rõ nét ý chí của nhà làm luật. Các đòi hỏi của pháp

luật đối với việc áp dụng tập quán nói chung và tập quán thương mại nói riêng có thể bao gồm: đòi hỏi về tìm kiếm, chứng minh, giải thích, đánh giá... qui tắc tập quán.

Mặc dù việc áp dụng qui tắc tập quán rất phức tạp, song việc áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp thương mại có ý nghĩa vô cùng quan trọng trong việc thúc đẩy sự gia tăng của các quan hệ thương mại và qua đó thúc đẩy kinh tế, xã hội phát triển.

Hiện nay Bộ luật Dân sự năm 2005 và Luật Thương mại năm 2005 xác định áp dụng tập quán như một nguyên tắc. Điều đó đang đặt ra nhiệm vụ cho luật tố tụng về việc xây dựng mô hình áp dụng tập quán.

2.2. SỰ CẦN THIẾT ÁP DỤNG TẬP QUÁN GIẢI QUYẾT CÁC TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI

2.2.1. Vai trò của tập quán trong đời sống xã hội và đời sống thương mại

Trong tác phẩm "*Tâm lý học đám đông*", Gustave Le Bon viết:

Cái ngự trị con người chính là tư tưởng, tình cảm và tập tục, những điều nằm trong bản thân chúng ta. Còn các thể chế và luật pháp lại là sự biểu hiện của tâm hồn chúng ta, là sự biểu hiện những nhu cầu của nó. Thoát thai từ tâm hồn, những thể chế và luật pháp ắt sẽ không thể thay đổi tâm hồn ấy [23, tr. 17].

Như vậy theo Gustave Le Bon, tập quán hay các thói quen ứng xử của một cộng đồng gắn liền với tư tưởng và tình cảm tạo thành linh hồn của pháp luật và thể chế. Nói cách khác, tập quán là một yếu tố chi phối thể chế và pháp luật. Ông còn cho rằng tập quán là một trong những yếu tố có ý nghĩa tạo thành tính cách chung của một dân tộc, vì thế nói: "Toàn thể những tính cách chung mà sự di truyền áp đặt cho mọi cá nhân của một chủng tộc, tạo thành tâm hồn của chủng tộc đó" [23, tr. 15]. Và ông nhấn

manh: "... ở một chủng tộc chẳng có gì bền vững hơn nền tảng di truyền trong tư tưởng của nó" [23, tr. 24].

Rất nhiều học giả nổi tiếng trên thế giới đồng quan điểm với Gustave Le Bon. Amanda Perreau-Saussine và James Bernard Murphy nhận định:

Nhiều luật gia và nhiều triết gia lập luận rằng các thói quen tập quán là tất cả những gì chúng ta có nhằm giải quyết các vấn đề thực tiễn: các nguyên tắc đạo đức, pháp luật thành văn, các học thuyết pháp lý, các công trình triết học là tất cả những khớp nối của các tập quán đã tồn tại trước đó [77, tr. 1].

Như vậy tập quán và thói quen ứng xử có vai trò rất to lớn không chỉ trong việc điều tiết các quan hệ xã hội, mà còn trong việc chi phối các nền tảng của tư duy con người.

Ở lĩnh vực luật học, René David và John E.C. Brierley (hai nhà luật học so sánh nổi tiếng thế giới) cho rằng:

Tập quán có vai trò ảnh hưởng lớn trong tất cả các hệ thống pháp luật; và trong quá trình phát triển và áp dụng pháp luật, các nhà làm luật, các thẩm phán hay các tác giả, như một vấn đề thực tế, nhiều hay ít đều bị dẫn dắt bởi ý tưởng và tập quán của cộng đồng. Hai ông còn cho rằng, trong quan niệm về pháp luật theo trường phái của Mác, tập quán cũng có vai trò tương tự bởi nội dung của pháp luật do điều kiện sinh hoạt vật chất tạo thành kết cấu hạ tầng quyết định [11, tr. 75].

Nhiều luật gia ở Việt Nam hiện nay có quan điểm khá khác biệt. "*Giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật*" của Trường Đại học Luật Hà Nội một mặt thừa nhận "cơ sở hình thành pháp luật là các tập quán" ở nhiều nước, nhưng cho rằng các tập quán nếu xét về nguồn gốc, nhìn chung

đều được hình thành một cách tự phát, chậm thay đổi và thường có tính cục bộ (trong phạm vi hẹp), do đó nhận định: "Vì vậy, về mặt nguyên tắc hình thức tập quán pháp không có khả năng thể hiện được bản chất của pháp luật xã hội chủ nghĩa, không thể trở thành một hình thức cơ bản của pháp luật xã hội chủ nghĩa" [68, tr. 354]. Các nhà luật học so sánh cho rằng các luật gia thuộc Họ pháp luật xã hội chủ nghĩa theo trường phái thực chứng pháp lý. Trong khoa học pháp lý người ta hiểu: trường phái này cố gắng loại bỏ vai trò của tập quán, và quan niệm tập quán giờ đây chỉ chiếm một vị trí tối thiểu trong pháp luật được pháp điển hóa mà trong tương lai nó chỉ được nhận biết qua ý chí của nhà làm luật [87, tr. 118]. Tuy nhiên có những bình luận của các luật gia Việt Nam về quan niệm pháp luật xuất phát từ bản chất giai cấp không hoàn toàn đồng ý với trường phái thực chứng pháp lý. Trong cuốn sách chuyên khảo "*Những vấn đề lý luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*" của Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật có nhận định: "Quan niệm như vậy về pháp luật thực chất là gắn liền với quan điểm pháp luật thực định: không thừa nhận những gì không chính thức thể hiện tư tưởng giai cấp rõ rệt của giai cấp thống trị"; và tiếp đó khẳng định: "Bên cạnh đó còn có nhiều quan điểm khác nhau về hiện tượng pháp luật" [76, tr. 121]. Quả nhiên, các nhà nghiên cứu văn hóa, dân tộc ở Việt Nam hiện nay có cái nhìn khác cho rằng: "Kinh nghiệm của ông cha cho biết, những qui chế trong quản lý cộng đồng chỉ có thể được cộng đồng chấp nhận và thực hiện một cách tự giác và nghiêm chỉnh, nếu chúng trở thành văn hóa, thành phong tục tập quán" [59, tr. 15].

Hiểu rõ vai trò và tầm quan trọng của tập quán trong đời sống xã hội nói chung và trong tiến trình xây dựng nền kinh tế thị trường, hội nhập quốc tế, Đảng Cộng sản Việt Nam chỉ đạo: "Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng theo hướng tôn trọng thỏa thuận của các bên giao kết hợp đồng,

không trái đạo đức xã hội, không xâm phạm trật tự công cộng, phù hợp với tập quán, thông lệ thương mại quốc tế" [19].

Từ các khảo sát trên có thể thấy tập quán nói chung có vai trò, có tính chất nền tảng trong việc tổ chức đời sống xã hội. Trước hết tập quán điều chỉnh các quan hệ xã hội thông qua sự tuân thủ tự nguyện của con người. Tập quán được thừa nhận rộng rãi bởi mỗi thành viên trong cộng đồng có tập quán đó ý thức được lợi ích của mình trong việc ứng xử phù hợp với ước muốn của thành viên khác và đôi lại các thành viên khác cũng ứng xử phù hợp với ước muốn của anh ta trên nền tảng có đi có lại [11, tr. 76]. Vì thế tập quán ăn sâu vào tiềm thức của con người tạo thành linh hồn của một dân tộc, ảnh hưởng tới cách thức tư duy của con người, văn hóa pháp lý. Nghiên cứu luật học so sánh chúng ta có thể thấy rất rõ sự ảnh hưởng của tập quán tới cách thức tư duy pháp lý và văn hóa pháp lý. Chẳng hạn các luật gia thuộc họ pháp luật Anh - Mỹ được xây dựng trên truyền thống Common Law có cách thức tư duy khác với các luật gia thuộc họ pháp luật La Mã- Đức được xây dựng trên truyền thống Civil Law. Các luật gia Common Law đi từ các trường hợp cụ thể tới nguyên tắc hay tư duy theo kiểu qui nạp, thích thực tế. Các luật gia Civil Law đi từ nguyên tắc tới các trường hợp cụ thể hay tư duy theo kiểu diễn dịch, ưa trừu tượng. Các luật gia Common Law theo chủ nghĩa kinh nghiệm. Còn các luật gia Civil Law theo chủ nghĩa duy lý [14].

Trong thực tiễn thương mại quốc tế, các thương nhân không thể không quan tâm tới *Incoterm* (International Commerce Terms - Các điều kiện thương mại quốc tế) hoặc UCP (The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits - Quy tắc và Thực hành Thống nhất Tín dụng chứng từ) là nơi tập hợp các qui tắc tập quán thương mại quốc tế do ICC (International Commerce Chamber - Phòng Thương mại Quốc tế) tiến hành

giúp cho nền thương mại quốc tế ổn định và phát triển. Ở trong nước thời gian gần đây, nhiều tranh chấp thương mại được tòa án giải quyết thông qua các giải pháp lấy từ các tập quán thương mại. Chẳng hạn: Bản án số 1034/DSST ngày 08/07/2002 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh sử dụng tập quán chiết khấu tại các ngân hàng thương mại Việt Nam; Bản án số 2392/ DSPT ngày 30/12/2002 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh sử dụng tập quán mua bán vàng tại các cửa hàng vàng tư nhân; Bản án số 02/2009/DSST ngày 01/10/2009 của Tòa án nhân dân tỉnh Đắk Lắk sử dụng tập quán chốt giá cà phê [38, tr. 96-97].

Tóm lại, tập quán có vai trò bảo đảm sự ổn định xã hội, tạo lập nên các đặc trưng văn hóa nói chung và văn hóa pháp lý nói riêng, ảnh hưởng tới cách thức tư duy, và là một trong các yếu tố tạo nên tâm hồn của một dân tộc. Thực tiễn sử dụng tập quán đã chứng minh điều đó.

2.2.2. Tính chất tập quán của luật thương mại và lẽ tất yếu của việc áp dụng tập quán giải quyết tranh chấp thương mại

Sự gia tăng nhanh chóng của các hoạt động trao đổi và mua bán hàng hóa giữa các vùng, các khu vực trên thế giới nhất là ở Châu Âu vào thời kỳ Trung cổ đã kéo theo sự gia tăng các hoạt động tín dụng, ngân hàng, hàng hải, thương nhân trung gian... và hình thành các trung tâm buôn bán lớn, các hội chợ. Từ đó nhu cầu điều chỉnh các giao dịch thương mại phát sinh, trong khi đó Luật La Mã đã không dự liệu trước cho nhu cầu như vậy. Bởi thế các thương nhân đã tạo lập nên một hệ thống các qui tắc và tổ chức tài phán riêng của họ. Các qui tắc này được xem như các qui tắc tập quán [86, tr. 27].

Nghiên cứu lịch sử có thể thấy, các qui tắc của luật thương mại được phát triển thông qua các hội chợ. Các quy tắc của nó mang tính quốc tế, đòi hỏi về sự nhanh chóng của các giao dịch và tăng cường tín dụng.

Còn các qui tắc của luật dân sự mang nặng tính hình thức. Có lẽ vì vậy Luật La Mã không đủ sức đáp ứng. Hoạt động của các thương nhân gắn liền với hội chợ và có sự tin tưởng, nhờ cậy lẫn nhau. Do đó có câu: "La paix des foires". Điều đó có nghĩa là sự bảo đảm tới hội chợ và quay về; tài phán đặc biệt và nhanh chóng; bảo đảm công việc kết thúc; cách thức thi hành ngắn gọn...[9, tr. 45].

Việc các thương nhân tự nhóm họp thành các phường hội và thiết lập nên các quy chế phường hội cũng thúc đẩy cho các tập quán thương mại phát triển.

Chỉ dụ (Edit) năm 1563 Pháp, Nhà vua Charles IX tuyên bố: trả lại đơn của các thương nhân từ Paris gửi tới để giảm bớt chi phí và buộc họ phải cùng nhau thương lượng một cách đầy thiện chí, không bị ràng buộc vào sự tinh tế của Luật hay Đạo dụ. Như vậy công quyền không can thiệp vào hoạt động của thương nhân khiến cho việc tự tạo lập các qui tắc càng phát triển.

Sau này việc soạn thảo Bộ luật Thương mại Pháp cũng là một minh chứng cho tính chất tập quán của Bộ luật này. Vào năm 1801, ở Pháp người ta thành lập một ủy ban bao gồm 7 thành viên trong đó có ba thẩm phán và bốn thương nhân xây dựng dự thảo Bộ luật Thương mại để thông qua vào năm 1807 và có hiệu lực từ ngày 1/1/1808. Bộ luật này gồm có 608 điều mà trong đó gần như tập hợp hóa các qui tắc tập quán của các thương nhân. Người đời sau phê bình Bộ luật này là bộ luật của mấy bà hàng xén, bởi thiếu tính học thuật [65, tr. v]. Sau Bộ luật này một loạt các nước ban hành luật thương mại không có sự khác biệt nhiều về qui tắc bởi các qui tắc của luật thương mại có tính quốc tế rộng lớn.

Các qui tắc tập quán của thương nhân hình thành từ hoạt động thương mại, nhưng sự không bó hẹp của nó bởi công quyền giúp cho thương mại

bành trướng ra khắp thế giới. Ở Việt Nam hiện nay phần nhiều luật gia trong lĩnh vực luật tư có quan niệm cởi mở cho rằng: nói đến nguồn của luật thương mại không thể không nói đến tập quán thương mại [67, tr. 69]. Có thể hiểu tập quán thương mại không thể tách rời luật thương mại. Nói cách khác luật thương mại đầy tính tập quán.

Tuy nhiên Jean-Claude Ricci cho rằng tập quán không dân chủ và không có tính mềm dẻo bởi nó không xuất phát từ nhân dân mà xuất phát từ tầng lớp quý tộc trong pháp luật (các luật sư, giáo sư luật và công chứng viên...) và bởi nó kéo dài quá lâu. Ông cho rằng thay đổi luật dễ hơn thay đổi tập quán [30, tr. 52]. Nhận định này khó có tính thuyết phục bởi lẽ, như trên đã nghiên cứu, tập quán thương mại không bắt nguồn từ tầng lớp "quý tộc" trong pháp luật, mà bắt nguồn từ những thương nhân do nhu cầu nghề nghiệp của họ. Jean- Claude Ricci đã quên mất rằng xã hội vừa có sự ổn định, vừa có sự thay đổi, do đó bên cạnh sự thay đổi phù hợp với thời cuộc, còn cần thiết giữ gìn sự ổn định.

Ở truyền thống Civil Law, tập quán (custom) dưới hình thức của tập quán thương mại (trade usage) có vai trò lớn hơn trong luật thương mại và luật lao động so với luật dân sự nói chung [86, tr. 131]. Vì vậy việc áp dụng các tập quán thương mại là rất cần thiết, không thể chối bỏ, nhất là trong thương mại quốc tế. Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 giải thích: Khi các bên trong hợp đồng thương mại quốc tế không thỏa thuận lựa chọn một luật quốc gia cụ thể nào làm luật áp dụng cho hợp đồng, thì hợp đồng đó sẽ được điều chỉnh bởi "*những nguyên tắc chung của pháp luật*", bởi các "*thói quen và tập quán trong thương mại quốc tế*", bởi "*lex mercatoria*", v.v... [69, tr. 35-36].

Như vậy sự cần thiết áp dụng tập quán thương mại là một nhận thức chung của thế giới.

2.3. QUAN HỆ GIỮA TẬP QUÁN PHÁP VỚI CÁC LOẠI NGUỒN KHÁC CỦA PHÁP LUẬT

2.3.1. Thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán

Nói một cách đơn giản, nguồn của pháp luật là nơi chứa đựng các qui tắc pháp luật hay các giải pháp pháp lý để áp dụng cho các trường hợp tranh chấp xảy ra trong tương lai. Nguồn của pháp luật được xem là hình thức biểu hiện bên ngoài của pháp luật [35, tr. 345]. Các luật gia Việt Nam quan niệm hình thức pháp luật là cách thức mà giai cấp thống trị sử dụng để thể hiện ý chí của giai cấp mình thành pháp luật, và nhận định: "Trong lịch sử đã có ba hình thức được các giai cấp thống trị sử dụng để nâng ý chí của giai cấp mình thành pháp luật là tập quán pháp, tiền lệ pháp và văn bản qui phạm pháp luật" [68, tr. 353]. Khi nghiên cứu nguồn của pháp luật, người ta không thể quên nghiên cứu vai trò của từng loại nguồn trong việc tìm ra các giải pháp pháp lý áp dụng cho tranh chấp. Vai trò của từng nguồn pháp luật không hoàn toàn nói về số lượng các qui tắc pháp luật hay các giải pháp pháp lý được chứa đựng trong loại nguồn đó so với các loại nguồn khác, mà còn nói về thứ tự ưu tiên áp dụng loại nguồn đó.

Trong thế giới hiện đại, người ta vẫn xác định rằng công pháp quốc tế hiện nay có ba loại nguồn chính là điều ước quốc tế, các nguyên tắc chung của pháp luật được thừa nhận bởi các dân tộc văn minh và luật tập quán quốc tế, mà trong đó luật tập quán quốc tế có vai trò nổi bật mặc dù có một vài sự kêu gọi làm giảm vai trò của loại nguồn này [78, tr. 3]. Thế nhưng Điều 38 của qui chế Tòa án Công lý Quốc tế không chỉ rõ thứ tự ưu tiên các loại nguồn của luật quốc tế. Khuyến nghị gần đây nhất được thông qua phù hợp với học thuyết truyền thống xác định thứ tự ưu tiên như sau: (1) điều ước; (2) luật tập quán; và (3) các nguyên tắc chung của pháp luật [78, tr. 270]. Các nghiên cứu này cũng cho thấy thứ tự ưu tiên từng loại nguồn pháp luật

phụ thuộc vào ngành luật hay sự phân loại pháp luật. Trong lĩnh vực luật tư của quốc gia, có quan niệm rộng rãi hơn về nguồn của pháp luật, nên khó khăn hơn trong việc xác định thứ tự ưu tiên áp dụng. Các loại nguồn pháp luật này có thể bao gồm:

- (1) Văn bản pháp luật: văn bản lập pháp và văn bản lập pháp ủy quyền;
- (2) Tiên lệ pháp: báo cáo pháp luật và án lệ;
- (3) Tập quán pháp;
- (4) Thói quen ứng xử;
- (5) Hợp đồng giữa các bên;
- (6) Học thuyết pháp lý;
- (7) Lễ công bằng.

Các loại nguồn này có thể được gộp lại trong hai loại lớn hơn - Đó là nguồn pháp luật thành văn và nguồn pháp luật bất thành văn. Văn bản qui phạm pháp luật hay các văn bản lập pháp và các văn bản lập pháp ủy quyền được xem là nguồn pháp luật thành văn. Các nguồn còn lại được xếp vào nguồn pháp luật bất thành văn vì chúng không được ban hành vào một thời điểm cụ thể bởi một cơ nhà nước có thẩm quyền nào đó. Nhiều khi thuật ngữ "thành văn" hay "bất thành văn" khiến người ta liên tưởng tới việc thể hiện bằng văn bản hoặc không thể hiện bằng văn bản của các qui tắc pháp luật. Nhưng thực chất theo nghĩa pháp lý, luật thành văn là một tập hợp các qui tắc xử sự được ghi nhận hay qui định trong một hình thức văn bản nhất định do một cơ quan nhà nước có thẩm quyền nhất định ban hành theo đúng trình tự và thẩm quyền tại một thời điểm xác định. Các qui tắc xuất hiện thiếu một trong các đặc tính như vậy được xem là luật bất thành văn. Tập quán pháp là một trong những loại nguồn pháp luật bất thành văn, nhưng nhiều khi được người ta tập hợp và ghi chép lại dưới dạng văn bản, chẳng hạn như những sách nói về luật tục của đồng bào các

dân tộc ít người hay những sách ghi chép các qui tắc tập quán thương mại do một hoặc một số tác giả nghiên cứu, sưu tập và xuất bản,...

Theo một cách phân loại khác dựa trên vai trò của các loại nguồn trong các hệ thống pháp luật cụ thể, nguồn pháp luật có thể được phân loại thành nguồn chính thức và nguồn bổ sung. Nguồn chính thức có vai trò chính yếu và thường xuyên trong việc cung cấp các qui tắc pháp luật hay các giải pháp cho hoạt động xét xử. Nguồn bổ sung chỉ cung cấp các giải pháp cho việc giải quyết các tranh chấp khi các giải pháp như vậy không được tìm thấy tại các nguồn chính thức và bị ràng buộc vào những điều kiện áp dụng chặt chẽ và thường không thể vượt qua được các nguyên tắc đã được đặt ra bởi các nguồn chính thức. Tuy nhiên việc sử dụng các loại nguồn dù chính thức hay bổ sung đều phải bảo đảm sự công bằng. Do đó việc sử dụng các loại nguồn cần có sự linh động.

Trong các truyền thống pháp luật và trong các hệ thống pháp luật cụ thể, việc chấp nhận các loại nguồn pháp luật và thứ tự ưu tiên các loại nguồn có thể khác nhau. Tuy nhiên, tập quán pháp được xem là một loại nguồn pháp luật ở hầu hết các nền tài phán. Tập quán pháp có thể được xem là loại nguồn chính thức trong hệ thống pháp luật này, nhưng có thể được xem là loại nguồn bổ sung trong hệ thống pháp luật khác. Có những nhà luật học so sánh phân loại pháp luật của các nước trên thế giới thành các hệ thống pháp luật như: Civil Law System, Common Law System, Islamic Law System, Customary Law System và Mixed Legal System [10, tr. 227]. Theo cách phân loại này, tập quán pháp là loại nguồn quan trọng và phổ biến trong các nước có hệ thống pháp luật tập quán (Customary Law System).

Ở các nước thuộc Họ pháp luật xã hội chủ nghĩa theo truyền thống Sovietique Law thường chỉ xem văn bản qui phạm pháp luật là nguồn của pháp luật. Vì vậy các luật gia thuộc họ pháp luật này đôi khi phân biệt giữa

pháp luật và tập quán. Bên cạnh đó cũng có quan điểm cho rằng trong thời kỳ quá độ đi lên chủ nghĩa xã hội, có những tập quán tiến bộ thể hiện truyền thống và đạo đức dân tộc được nhà nước xã hội chủ nghĩa vẫn tôn trọng và tạo điều kiện cho chúng phát huy tác dụng [68, tr. 354]. Vì vậy các luật gia ở Việt Nam thường định nghĩa: "Pháp luật là hệ thống các qui tắc xử sự do nhà nước ban hành (hoặc thừa nhận) và bảo đảm thực hiện, thể hiện ý chí của giai cấp thống trị trong xã hội, là yếu tố điều chỉnh các quan hệ xã hội nhằm tạo ra trật tự và ổn định trong xã hội" [35, tr. 226]. Các qui tắc pháp luật tập quán chính là các qui tắc pháp luật được nhà nước thừa nhận để điều chỉnh các quan hệ xã hội. Như vậy các qui tắc tập quán vẫn có thể được áp dụng như một loại nguồn pháp luật bổ sung tại Việt Nam. Thực tế hiện nay một số đạo luật trong lĩnh vực luật tư đặt ra các nguyên tắc áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp. Và trong thực tiễn tư pháp, tòa án đã áp dụng một số tập quán để giải quyết các tranh chấp, nhất là các tranh chấp thương mại có yếu tố nước ngoài. Truyền thống Sovietique Law chỉ xem tập quán có vai trò trong chừng mực có ích cho việc giải thích hay áp dụng pháp luật thành văn hoặc trong rất ít trường hợp bản thân tập quán hay thói quen ứng xử được pháp luật thành văn đề cập tới [87, tr. 254].

Theo Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker, về mặt lý thuyết, trong truyền thống Civil Law, tập quán là loại nguồn pháp luật đầu tiên, nhưng bị coi thường trong thực tiễn [86, tr. 131]. Tuy nhiên tập quán trong truyền thống pháp luật này có vai trò lớn hơn vai trò của tập quán trong truyền thống Sovietique Law. Các chế độ cũ ở Việt Nam trong thời kỳ Pháp thuộc và trước khi thống nhất đất nước cũng theo truyền thống Civil Law. Do đó Vũ Văn Mẫu đã giải thích về vai trò và thứ tự ưu tiên của tập quán pháp như sau:

Ở trong nền pháp luật Tây phương, tục lệ được coi là một nguồn gốc của dân luật để bổ khuyết những chỗ thiếu sót trong luật pháp. Vì vậy, nguồn gốc này chỉ có tính cách bổ sung, và chỉ áp dụng khi không có điều khoản nào trong luật pháp. Nó không thể đi trái với các điều khoản của luật pháp [40, tr. 295].

Thực tế, quan niệm về vai trò và thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán pháp có sự khác biệt giữa các hệ thống pháp luật trong Họ pháp luật La Mã - Đức. Theo René David: Các luật gia Pháp xem một phần nào đó của tập quán đã lỗi thời với tư cách là một nguồn của pháp luật kể từ khi tính vượt trội không thể chối cãi được của văn bản lập pháp được thừa nhận; Ở Ý và Áo chỉ áp dụng tập quán khi các qui định của văn bản lập pháp qui định rõ ràng; Còn ở Đức, Thụy Sĩ và Hy Lạp, xuất phát từ việc xem pháp luật là sản phẩm của lương tâm phổ biến, nên có khuynh hướng coi văn bản lập pháp và tập quán là hai loại nguồn pháp luật ngang bằng nhau [87, tr. 119].

Mặc dù đều coi trọng pháp điển hóa và xây dựng các bộ luật mà mỗi bộ luật cố gắng bao quát toàn bộ các qui tắc của cả một ngành luật, nhưng việc áp dụng các bộ luật trong sự cân đối với áp dụng các tập quán cũng có sự khác nhau ở các nước thuộc Civil Law.

Ở Tây Ban Nha có nhiều xứ mà tại đó tập quán được ưu tiên áp dụng trên cả Bộ luật Dân sự [11, tr. 77]. Tại xứ Catalonia của Tây Ban Nha, Bộ luật Dân sự không áp dụng đối với những vấn đề đã được luật tập quán địa phương điều chỉnh. Hệ thống pháp luật Đức cho phép ưu tiên áp dụng tập quán trên cả luật thành văn trong một số trường hợp. Còn hệ thống pháp luật Pháp cũng coi tập quán là một loại nguồn pháp luật bổ sung nhưng không loại trừ luật thành văn [86, tr. 131].

Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ năm 1931 tại Điều thứ 1453 cho phép duy trì một số phong tục, tập quán riêng biệt của các dân tộc ít người ở phía

Bắc, có nghĩa là tập quán pháp trong chừng mực nào đó theo Bộ luật này có thứ tự ưu tiên áp dụng cao hơn đạo luật [11, tr. 77]. Điều 1, Bộ luật Thương mại Czech năm 1996 qui định thứ tự ưu tiên áp dụng pháp luật cho các tranh chấp thương mại cụ thể như sau:

- (1) *Ưu tiên số một*: áp dụng các qui định cụ thể của Bộ luật Thương mại;
- (2) *Ưu tiên số hai*: áp dụng các qui định của Bộ luật Dân sự (nếu không thể giải quyết được tranh chấp theo các qui định của Bộ luật Thương mại);
- (3) *Ưu tiên số ba*: áp dụng thói quen hay tập quán thương mại (nếu không thể giải quyết được tranh chấp theo các qui định của Bộ luật Dân sự)
- (4) *Ưu tiên số bốn*: áp dụng các nguyên tắc của Bộ luật Thương mại (nếu không có thói quen hoặc tập quán thương mại liên quan).

Bộ luật Thương mại Nhật Bản năm 1899 đưa ra thứ tự ưu tiên các loại nguồn khác với Bộ luật Thương mại Czech năm 1996. Theo Bộ luật này: nếu một tranh chấp thương mại được đưa ra giải quyết thì trước hết áp dụng các qui định của Bộ luật này; nếu không có các qui định như vậy thì áp dụng tập quán thương mại; và nếu không có một tập quán như vậy thì áp dụng các qui định của Bộ luật Dân sự [11, tr. 75].

Các khảo sát trên cho thấy ở những nước Civil Law xây dựng hai bộ luật (Bộ luật Dân sự và Bộ luật Thương mại) phải cân nhắc tới thứ tự ưu tiên áp dụng giữa Bộ luật Thương mại, Bộ luật Dân sự và tập quán thương mại. Do đó việc áp dụng luật trở nên phức tạp, hơn nữa gây khó khăn cho việc áp dụng các qui tắc tập quán. Việc áp dụng pháp luật ở những nước Civil Law xây dựng một bộ luật áp dụng cho cả quan hệ dân sự và quan hệ thương mại có sự khác biệt. Chẳng hạn Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan qui định tại Điều 4 liên quan tới vấn đề áp dụng luật và thứ tự ưu tiên các loại nguồn như sau:

Luật phải được áp dụng đối với tất cả các vụ việc nằm trong phạm vi chữ và nghĩa của bất kỳ qui định nào của nó.

Khi không có qui định có thể áp dụng, vụ việc phải được quyết định phù hợp với tập quán địa phương.

Nếu không có tập quán như vậy, vụ việc phải được quyết định bởi áp dụng tương tự với qui định gần gũi nhất có thể áp dụng được, và, nếu không có qui định như vậy thì áp dụng tương tự với các nguyên tắc chung của pháp luật [4].

Việc không có thêm một Bộ luật tham gia vào quá trình chia sẻ thứ tự ưu tiên áp dụng làm cho các tầng nấc hay các lược đồ áp dụng luật cho các vụ việc cụ thể trở nên đỡ phức tạp hơn, do đó việc áp dụng luật có thể chính xác hơn. Tuy nhiên hiện nay các nước theo thuyết nhất nguyên không nhiều, bao gồm: Ý, Hà Lan, Thái Lan, Québec (Canada), Nga, Thụy Sĩ...

Các nước theo truyền thống Common Law có lịch sử hình thành, phát triển và cấu trúc hệ thống pháp luật không giống với các nước theo truyền thống Civil Law. Common Law được phát triển trên nền tảng các tập quán của các bộ lạc Giéc Manh sinh sống tại Anh Quốc từ thời kỳ Trung cổ và các tập quán địa phương. Tập quán thương mại hay tập quán của các thương nhân cũng đã xâm nhập vào common law (với tư cách là một nguồn pháp luật) [14]. Tuy nhiên luật của Anh không phải là luật tập quán. Tập quán được xem là loại nguồn thứ ba bổ sung cho văn bản lập pháp và tiền lệ pháp [87, tr. 358].

Pháp luật Hoa Kỳ được xây dựng trên hình mẫu pháp luật Anh, tuy nhiên có điểm riêng biệt liên quan tới vấn đề pháp điển hóa. Bộ luật Thương mại Nhất thể (UCC) của Hoa Kỳ tuyên bố chính sách khuyến nghị các Tiểu bang thông qua như sau: (1) Đơn giản hóa, minh bạch hóa và hiện đại hóa pháp luật điều chỉnh các giao dịch thương mại; (2) cho phép mở rộng hoạt động thương mại thông qua tập quán, thói quen ứng xử và thỏa thuận giữa các bên; và (3) nhất thể hóa pháp luật giữa các nền tài phán

khác nhau (Điều 1-102). Tập quán thương mại ở đây được không những được chú ý, mà còn được coi trọng và có thứ tự ưu tiên cao.

Ở các nước theo pháp luật Hồi giáo (Islamic Law hay Muslim Law) người dân hay tín đồ đã và đang sống phù hợp với tập quán trong khi thừa nhận các giá trị và quyền lực của pháp luật Hồi giáo mặc dù tập quán không bao giờ trở thành một bộ phận của hệ thống pháp luật này. Tuy nhiên, ngoại lệ, pháp luật Hồi giáo được bổ sung thêm một số qui tắc tập quán mà trong đó có cả tập quán thương mại [87, tr. 432-433].

Các nước Châu Phi có đời sống pháp lý phụ thuộc vào luật tục của tổ tiên và tự nguyện tuân thủ nó bởi tư tưởng mỗi người có nghĩa vụ sống như tổ tiên của người đó đã từng sống [87, tr. 505]. Trong một hệ thống pháp luật tập quán như vậy, bản thân thủ tục giải quyết các tranh chấp cũng tuân thủ các qui tắc tập quán mà hầu hết là qui tắc liên quan tới việc giải quyết thân ái giữa các bên. Khuynh hướng giải quyết tranh chấp như vậy hiện có tại luật tục ở Tây Nguyên (Việt Nam).

Trong thương mại quốc tế, Unidroit xuất phát từ quan niệm: tập quán (nếu được áp dụng) ràng buộc các bên như các điều khoản ngầm định trong hợp đồng, do đó xem tập quán có giá trị áp dụng cao hơn những qui định của Bộ nguyên tắc về hợp đồng thương mại quốc tế [69, tr. 66]. Theo nghĩa này, tập quán có thứ tự ưu tiên áp dụng cao hơn các qui định của luật thành văn, bởi lẽ khi có một tranh chấp xảy ra giữa các bên trong quan hệ hợp đồng thì hợp đồng phải là nguồn pháp luật đầu tiên được xem xét rút ra các giải pháp để giải quyết tranh chấp.

2.3.2. Vai trò của tập quán trong việc phát triển các nguồn pháp luật

Tập quán có vai trò không thể phủ nhận trong việc phát triển văn bản qui phạm pháp luật, nhất là các đạo luật về thương mại. Các qui tắc tập

quán của các thương nhân ngày nay đã được pháp điển hóa thành các đạo luật về thương mại ở hầu hết các nước.

Khi nghiên cứu về luật tục ở Việt Nam, có khuynh hướng cho rằng: "Nhà nước lựa chọn, thừa nhận các qui phạm xã hội mang tính phổ biến, khái quát của Luật tục, "đề lên thành luật" các qui phạm đó. Đây là hình thức qua con đường lập pháp để chuyển các qui phạm xã hội thành qui phạm pháp luật" [61].

Qui tắc của luật tục theo quan niệm trên được xem là qui tắc xã hội đơn thuần, nhưng có vai trò trong việc phát triển các qui tắc pháp luật bởi tính khái quát và phổ biến của nó. Bên cạnh đó có quan niệm đầy đủ và sát hợp hơn với mối quan hệ giữa luật tục và nguồn văn bản qui phạm pháp luật, như sau:

Luật tục không thuần túy là "luật", và tất nhiên cũng không phải hoàn toàn là "tục", mà nó là hình thức *trung gian, chuyển tiếp giữa luật và tục*; hay nói cách khác, nó là *hình thức phát triển cao của phong tục, tục lệ và là hình thức sơ khai, hình thức tiền luật pháp*. Chính vì thế, hình thức luật tục này phù hợp với các *xã hội tiền công nghiệp*, phù hợp với các *cộng đồng nhỏ gắn với từng nhóm tộc người, từng địa phương cụ thể*. Đặc trưng này của luật tục không chỉ cung cấp tư liệu thực tế, giúp cho các nhà nghiên cứu lịch sử pháp luật, mà còn là cơ sở thực tiễn cho việc kế thừa luật tục trong xây dựng pháp luật và ngược lại "luật pháp hóa luật tục" như một số người quan niệm [63].

Mặc dù có thể nói các nhận thức trên về luật tục trong mối quan hệ với pháp luật đều xuất phát từ quan niệm pháp luật theo trường phái thực chứng pháp lý cực đoan, có nghĩa là chỉ thừa nhận một loại nguồn của pháp luật là văn bản qui phạm pháp luật do nhà nước ban hành, nhưng lại cho

thấy một cách nhìn nhận rất đáng lưu ý về vai trò lớn của tập quán hay luật tục trong việc phát triển nguồn văn bản qui phạm pháp luật. Bên cạnh quan điểm này, có quan điểm của luật gia cho rằng: "Luật pháp thường là các qui tắc xử sự được khái quát hóa từ tập tục, thói quen của những cộng đồng người", tuy nhiên lại phát triển tiếp cho rằng khi có sự can thiệp của nhà nước thì tập tục mới biến thành "luật tục" [46, tr. 7].

Thực tế trong lĩnh vực thương mại, các qui tắc tập quán có vai trò rất rộng lớn và có tính quốc tế cao, không chỉ dừng lại trong một cộng đồng nhỏ có tính cách địa phương. Do đó chúng có vai trò lớn hơn rất nhiều trong việc xây dựng các văn bản qui phạm pháp luật. Bởi thế Luật Thương mại năm 2005 của Việt Nam đề cao nguyên tắc áp dụng tập quán. Nếu không sự đề cao này thì sẽ khó khăn trong việc giao thương quốc tế. Nhưng nếu đề cao rồi mà các qui tắc tập quán thương mại khác hẳn hay trái ngược với các nguyên tắc và các qui tắc cơ bản khác của luật thành văn, thì việc đề cao đó không thành hiện thực. Vì vậy việc làm hài hòa hóa các qui tắc tập quán và các qui tắc của luật thành văn là rất cần thiết. Nói cách khác cần xem xét tới các qui tắc tập quán trong việc xây dựng văn bản qui phạm pháp luật.

Tập quán nói chung và tập quán thương mại nói riêng còn có vai trò quan trọng trong việc thúc đẩy sự phát triển của tiền lệ pháp. Nghiên cứu pháp luật Anh, người ta thấy vai trò không nhỏ của các tập quán thương mại trong việc hình thành nên các quyết định xét xử với ý nghĩa là một loại nguồn phổ biến ở Anh Quốc và các nước khác theo truyền thống Common Law. Trong công trình nghiên cứu về tập quán pháp, Ngô Huy Cương cho rằng:

Khi áp dụng tập quán có thể tạo ra tiền lệ, chẳng hạn phán quyết của tòa án trong vụ "Cây chà 19 tiếng" có thể tạo ra tiền lệ

cho vấn đề đại diện- một chế định được xem là trung tâm của luật tư mà nhà làm luật Việt Nam có khuynh hướng kiểm soát chặt chẽ bằng các qui định của văn bản qui phạm pháp luật để bảo vệ quyền của người được đại diện. Vì vậy khi áp dụng tập quán thẩm phán cần có tầm nhìn rộng ra cả các chế định pháp luật khác [11, tr. 74].

Tập quán hay luật tục còn có tầm ảnh hưởng tới các học thuyết pháp lý - một loại nguồn của pháp luật. Khi nghiên cứu luật tục nhiều học thuyết pháp lý được hình thành và có ảnh hưởng tới đời sống pháp lý. Chẳng hạn các học thuyết về dân chủ cơ sở, tổ hòa giải, qui ước nông thôn mới, và học thuyết sử dụng tập quán thương mại...

Ở một khía cạnh nhất định, tập quán còn tác động tới nhận thức và lý giải về lẽ công bằng (với tính cách là một nguồn của pháp luật, được áp dụng khi không tìm được các giải pháp giải quyết tranh chấp từ các loại nguồn khác). Đây được xem là nguồn pháp luật ở tầng sâu nhất liên quan đến các nhận thức và quan điểm về pháp luật nói chung [15]. Và theo một nghĩa nào đó các nhận thức và các quan điểm này bị chi phối bởi các tập quán.

Tóm lại, tập quán không chỉ bù đắp các khiếm khuyết của luật thành văn trong việc điều tiết các quan hệ thương mại, mà còn có vai trò quan trọng trong việc phát triển các loại nguồn pháp luật khác như văn bản qui phạm pháp luật, tiền lệ pháp, học thuyết pháp lý và lẽ công bằng. Ở đây phải nói lẽ công bằng nhiều khi không được nhận thức hoàn toàn đồng nhất ở mọi nơi trên thế giới. Có lẽ phần nhiều nhận thức này được hình thành trên cơ sở một tâm hồn dân tộc có nền tảng là cách ứng xử theo một loại tập quán nhất định.

2.4. CÁC NGUYÊN TẮC CỦA ÁP DỤNG TẬP QUÁN

2.4.1. Nguyên tắc về hiệu lực của tập quán

Có một nguyên tắc chung trong pháp luật quốc tế về hiệu lực của tập quán rằng:

Để ràng buộc với một tập quán, không nhất thiết quốc gia phải trực tiếp tham gia vào việc hình thành tập quán hoặc đã chấp nhận rõ ràng tập quán đó. Khi chứng minh được có sự tồn tại của các yếu tố vật chất và ý thức của một qui phạm tập quán, thì có thể suy đoán là qui phạm đó đã được toàn thể các quốc gia chấp nhận [7, tr. 19].

Như vậy các qui tắc tập quán có hiệu lực đối với một quan hệ pháp luật nào đó phụ thuộc vào hai yếu tố: *Thứ nhất*, có sự tồn tại của qui tắc tập quán; và *thứ hai*, các bên trong quan hệ thuộc cộng đồng có sự tồn tại của qui tắc tập quán đó.

Tuy nhiên trong thương mại, yếu tố thứ hai nêu trên có thể có ngoại lệ. Ví dụ: Pháp luật của Pháp chia ra hai trường hợp liên quan tới việc áp dụng tập quán thương mại: *Trường hợp thứ nhất*, nếu hai bên đương sự trong quan hệ hợp đồng làm cùng một ngành nghề kinh doanh mà không dẫn chứng được rõ ràng một qui tắc tập quán thì mặc nhiên được xem là căn cứ vào đó; và *trường hợp thứ hai*, nếu họ không làm cùng một ngành nghề, thì lý lẽ của bên này cho rằng không biết tới tập quán của bên kia có thể được chấp nhận, trừ khi bên kia xuất trình trước tòa án giấy xác nhận của Phòng thương mại hoặc của nghiệp đoàn về thói quen ứng xử liên quan [11, tr. 74]. Ví dụ này cho thấy tập quán thương mại có thể có hiệu lực đối với quan hệ mà một bên thuộc cộng đồng nơi có sự tồn tại của qui tắc tập quán đang xem xét. Tương tự như vậy, Đạo luật của Vương quốc Anh về Tổ chức tư pháp và Áp dụng pháp luật (cho Tanzania) qui định:

Tập quán pháp có thể được áp dụng đối với các vụ việc có bản chất dân sự và các tòa án phải xét xử phù hợp với tập quán pháp trong các vụ việc có bản chất dân sự:

(a) Giữa các thành viên của một cộng đồng mà tại đó các qui tắc của tập quán pháp có liên quan tới vụ việc được thiết lập và chấp nhận; hoặc giữa thành viên của một cộng đồng với một thành viên của một cộng đồng khác nếu các qui tắc của tập quán pháp của cả hai cộng đồng qui định tương tự đối với vụ việc đó;

(b) liên quan tới bất kỳ vấn đề qui chế của hoặc kế vị một người đang hoặc đã là thành viên thành viên của một cộng đồng mà qui tắc của tập quán pháp liên quan tới vụ việc được thiết lập và chấp nhận; hoặc

(c) trong bất kỳ trường hợp nào mà, bởi lý do có sự liên hệ với bất kỳ vấn đề liên quan nào tới bất kỳ quyền hoặc nghĩa vụ nào theo tập quán, nó được xem là thích đáng rằng bị đơn được đối xử như một thành viên của cộng đồng mà quyền hoặc nghĩa vụ đó dành cho và nó được xem là phù hợp và đúng đắn rằng vụ việc được giải quyết phù hợp với tập quán pháp thay vì luật mà nhẽ ra trong trường hợp khác có thể được áp dụng... (Điều 11, khoản 1).

Giống với hiệu lực của các qui tắc của luật thành văn, qui tắc tập quán mặc nhiên được xem là có hiệu lực đối với các bên trong quan hệ, tuy nhiên còn phụ thuộc vào vấn đề chứng minh. Ngô Huy Cương cho rằng:

Ở mức độ khái quát, tập quán và thói quen ứng xử có hai phương diện hoạt động liên quan tới hợp đồng: *Một mặt* chúng bù đắp cho những khoảng trống trong các hợp đồng cụ thể, có nghĩa là chúng được xem như các điều kiện của hợp đồng khi các bên trong quan hệ hợp đồng đó không có thỏa thuận liên quan; *mặt khác* chúng giải thích cho các điều kiện của hợp đồng trong một chừng mực nào đó [11, tr. 69].

Các tập quán thương mại được dẫn chiếu vào hợp đồng đương nhiên có hiệu lực ràng buộc các bên giao kết hợp đồng bởi hiệu lực của hợp đồng. Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 có qui định:

1. Các bên trong hợp đồng bị ràng buộc bởi những tập quán mà họ đã thỏa thuận và các thói quen đã được xác lập giữa họ.

2. Các bên trong hợp đồng bị ràng buộc bởi những tập quán phổ biến trong thương mại quốc tế và thường được áp dụng giữa các bên cho các hợp đồng trong ngành nghề kinh doanh có liên quan, trừ khi việc áp dụng chúng là không hợp lý [69, Điều 1.9].

Theo Unidroit, tập quán thương mại có nguồn gốc từ quốc gia hoặc địa phương không có hiệu lực đối với các giao dịch có tính chất quốc tế. Tuy nhiên có một số ngoại lệ, tập quán có nguồn gốc từ quốc gia hoặc địa phương được áp dụng đối với các giao dịch quốc tế ngay cả khi các bên không dẫn chiếu đến, chẳng hạn như tập quán tồn tại trong các sàn giao dịch hàng hóa, hội chợ triển lãm hoặc hải cảng nếu chúng thường xuyên được tuân thủ ngay cả đối với người nước ngoài, hoặc tập quán tại nơi thương nhân nước ngoài nào đó đã ký kết nhiều hợp đồng tương tự tại đó [69, tr. 66-67].

Hiện nay, ở phạm vi thế giới, Phòng Thương mại Quốc tế (ICC) tập hợp các tập quán của một số khía cạnh của thương mại trong Incoterms. Nhiều luật gia giải thích:

"Sở dĩ Incoterms được thừa nhận như một nguyên tắc mặc nhiên phải tuân thủ trong thương mại quốc tế, do nó giúp người bán chào giá trong đó có sự phân bổ rõ ràng về chi phí và rủi ro trong chuyên chở quốc tế giữa người bán và người mua. Trách nhiệm bảo hiểm và thủ tục hải quan cũng được nêu trong Incoterms" [6, tr. 74].

Vấn đề cần lưu ý: Incoterms cần phải được các bên trong quan hệ hợp đồng dẫn chiếu tới, có nghĩa là nó phải được các bên thỏa thuận áp dụng, chứ không đương nhiên có hiệu lực đối với tất cả các giao dịch liên quan.

Tuy nhiên ở Việt Nam hiện nay các một số tác giả cho rằng, tập quán có thể được áp dụng với tính cách là một nguồn của luật dân sự khi có đủ các điều kiện: (1) đã thành thông dụng, được đông đảo mọi người sinh sống trên cùng địa bàn hoặc cùng hành nghề trên cùng một lĩnh vực thừa nhận; (2) không trái với nguyên tắc được qui định trong Bộ luật Dân sự; và (3) chỉ được áp dụng nếu quan hệ pháp luật đó chưa được pháp luật qui định hoặc các bên trong quan hệ đó không có thỏa thuận [49, tr. 28].

2.4.2. Nguyên tắc không chống lại trật tự công cộng và không chống lại đạo đức hay thuần phong mỹ tục

Pháp luật, theo quan niệm phổ biến của các luật gia Việt Nam hiện nay, có hai chức năng: (1) Chức năng điều chỉnh các quan hệ xã hội; và (2) chức năng tác động lên ý thức của con người (chức năng giáo dục của pháp luật) [76, tr. 130]. Gắn liền với quan niệm này là sự nhìn nhận về mục tiêu của điều chỉnh pháp luật như sau: "*Điều chỉnh chung của pháp luật* là việc trật tự hóa và tổ chức các quan hệ xã hội thông qua hình thức ban hành, sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ các qui phạm pháp luật, xác định phạm vi của pháp luật về mặt thời gian, không gian và loại nguồn" [76, tr. 216]. Như vậy có thể hiểu pháp luật có mục tiêu chung là thiết lập và bảo vệ trật tự công cộng, có nghĩa là trật tự chung của cộng đồng.

Khác với quan niệm trên, các luật gia ở hầu hết các nước khác cho rằng pháp luật có bốn chức năng: (1) Chức năng gìn giữ hòa bình; (2) chức năng ấn định hay thi hành các tiêu chuẩn xử sự và duy trì trật tự; (3) chức năng tạo điều kiện dễ dàng cho các dự định hay kế hoạch; và (4) chức năng thúc đẩy công bằng xã hội [10, tr. 188-189]. Việc tiếp cận các chức năng

của pháp luật như vậy đã xác định mục tiêu rõ ràng của việc điều chỉnh pháp luật là thiết lập và duy trì trật tự công cộng.

Vậy có thể nói: trật tự công cộng là mục tiêu điều chỉnh quan trọng nhất của pháp luật, và từ đó làm phát sinh ra nguyên tắc không thể điều chỉnh pháp luật chống lại trật tự công cộng. Tập quán pháp là một loại nguồn của pháp luật, vì vậy phải tuân thủ nguyên tắc này.

Bên cạnh nguyên tắc kể trên khi áp dụng các qui tắc tập quán nói chung và qui tắc tập quán thương mại nói riêng cần phải tuân thủ nguyên tắc không chống lại đạo đức và thuần phong mỹ tục.

Một cộng đồng chỉ có thể tồn tại và phát triển trên nền tảng đạo đức nhất định. Hầu hết các luật gia đều thừa nhận đạo đức có mối liên hệ chặt chẽ với pháp luật, có thể còn là căn nguyên của pháp luật. Có một cách thức phân chia các hệ thống pháp luật trên thế giới thành các họ pháp luật căn cứ vào căn nguyên của pháp luật: Tôn giáo, luân lý, và công lý [14]. Họ pháp luật Viễn Đông (mà hệ thống pháp luật Việt Nam trước kia thuộc họ này) có căn nguyên là luân lý, theo Khổng Giáo. Có thể nói, trong một chừng mực nhất định truyền thống này vẫn ảnh hưởng tới các tư tưởng pháp lý ở Việt Nam hiện nay. Do vậy nguyên tắc không chống lại đạo đức trong việc áp dụng tập quán lại càng có vai trò quan trọng.

Nói chung dù họ pháp luật nào thì sự ảnh hưởng của đạo đức tới pháp luật là đáng kể. Có luật gia quan niệm: "Trong mối quan hệ với pháp luật, với văn hóa, đạo đức có sứ mệnh, vai trò, công năng rộng lớn và thường trực: đạo đức là cơ sở của pháp luật và văn hóa" [46, tr. 79].

Trong kinh doanh, đạo đức của thương nhân luôn nhận được sự chú ý của mọi người. Các vấn đề đạo đức của thương nhân được bàn luận và quan tâm nhất hiện nay liên quan tới người tiêu dùng và môi trường, cũng như cạnh tranh. Các vấn đề này đã được pháp luật chú ý và qui định. Tuy

nhiên pháp luật không thể bao quát đầy đủ mọi vấn đề của cuộc sống. Hơn nữa việc tuân thủ pháp luật còn phụ thuộc vào đạo đức của thương nhân. Nếu thương nhân không có đạo đức thì luôn luôn tìm cách trốn tránh pháp luật, lợi dụng các kẽ hở của pháp luật để trục lợi bất chính. Không thể chối cãi được rằng thương nhân có khả năng tác động xấu tới xã hội và cộng đồng hơn bất kể người thường nào khác bởi thương nhân có tiềm lực kinh tế, có khả năng chuyên môn và có khả năng cung cấp một khối lượng lớn hàng hóa và dịch vụ cho cộng đồng. Trên thế giới người ta đều quan niệm hễ người nào có khả năng tác động lớn tới cộng đồng thì lời hứa của họ (gắn với đạo đức) cần phải được xem xét cẩn trọng. Vì vậy lời hứa của chính trị gia và của thương nhân luôn được chú ý. Từ các lẽ đó việc áp dụng tập quán thương mại không thể chống lại đạo đức.

Khi nghiên cứu văn hóa tổng quát, người ta thường bao gồm trong đó cả các phong tục. Theo Phan Kế Bính, mỗi nước có một phong tục riêng, và có thể hiểu phong tục là thói quen của một cộng đồng dân tộc [1, tr. 7]. Phong tục là một khái niệm rộng hơn khái niệm tập quán pháp hay luật tục. Phong tục bao gồm các thói quen trong cuộc sống thường nhật của một cộng đồng nhất định, ví dụ như: cúng giỗ tổ tiên; xem ngày, chọn giờ động thổ; cưới hỏi... Phong tục chi phối mối quan hệ, giao tiếp giữa con người với nhau. Trong những phong tục có những phong tục tốt đẹp, thuần khiết được gọi là thuần phong mỹ tục. Pháp luật nói chung và tập quán pháp nói riêng có nhiệm vụ bảo vệ các thuần phong mỹ tục. Do đó chỉ áp dụng các qui tắc tập quán không chống lại thuần phong mỹ tục được xem như một nguyên tắc quan trọng. Chẳng hạn ở Việt Nam có phong tục đón Tết cổ truyền, phong tục thờ cúng gia tiên, nên không áp dụng các qui tắc tập quán chống lại các phong tục này.

Tuy nhiên phải thấy trật tự công cộng, đạo đức và thuần phong mỹ tục là các khái niệm trừu tượng, khó xác định nội hàm và không rõ ràng về nội dung. Pháp luật không thể đưa ra định nghĩa cụ thể về các khái niệm này. Thế nhưng chúng lại thường xuyên được nhắc đến trong việc xây dựng và thi hành pháp luật. Bởi vậy các nền tài phán thường giải thích các khái niệm này trong từng hoàn cảnh tranh chấp cụ thể.

Các nước thường có qui định các điều kiện để áp dụng tập quán. Chẳng hạn ở Anh Quốc việc xác định một qui tắc tập quán được áp dụng phải thỏa mãn các điều kiện như: (1) không được bất hợp lý; (2) phải chắc chắn; và (3) đã tồn tại từ xa xưa [11, tr. 72]. Sự bất hợp lý ở đây được giải thích liên quan tới trật tự công cộng và đạo đức...

2.5. KỸ THUẬT ÁP DỤNG TẬP QUÁN

2.5.1. Luận chung về chứng minh tập quán

Chứng cứ được xem là "linh hồn" của tố tụng dân sự, còn chứng minh là quá trình tìm ra và xác định đầy đủ các chứng cứ [27, tr. 165]. Trong quá trình này, nếu phân tách rạch ròi, có thể thấy hai công đoạn là: tìm kiếm, xác định hay nghiên cứu chứng cứ; và đánh giá chứng cứ. Tuy nhiên, "thực chất về mặt tư duy thì nghiên cứu chứng cứ, đánh giá chứng cứ có thể xen kẽ nhau, là một quá trình liên tục của tư duy" [37, tr. 189]. Quá trình này có ý nghĩa quyết định đối với hoạt động xét xử. Là nơi tập hợp chủ yếu các nguyên tắc và qui tắc về tố tụng áp dụng cho cả việc giải quyết các vụ việc dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, và lao động, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 (sửa đổi và bổ sung năm 2011- sau đây gọi là Bộ luật Tố tụng dân sự) có quan niệm chung rằng tập quán là một nguồn chứng cứ (Điều 82, khoản 7), và là chứng cứ nếu được cộng đồng nơi có tập quán đó thừa nhận (Điều 83, khoản 7). Tuy nhiên tập quán cần phải được chứng minh có thể bởi tính thiếu rõ ràng của nó. Bộ luật Tố

tụng dân sự không nói rõ ai có nghĩa vụ chứng minh tập quán và cách thức chứng minh nó như thế nào.

Trong tranh chấp người muốn bảo vệ lợi ích của mình có nghĩa vụ chứng minh. Về vấn đề này, Trương Duy Lượng lập luận như sau:

Vì sao pháp luật tố tụng dân sự lại đặt ra nghĩa vụ chứng minh cho đương sự? Sở dĩ như vậy là vì quan hệ dân sự là quan hệ riêng tư của các bên, do các bên tự quyết định, tự giải quyết là chủ yếu và chỉ khi các bên không tự giải quyết được thì họ cũng tự quyết định có yêu cầu Nhà nước hỗ trợ hay không? Mặt khác, các bên đương sự là những người hiểu rõ vụ việc của mình nhất, thường biết rõ tài liệu, chứng cứ liên quan đến vụ việc của mình có những gì và đang ở đâu. Do đó, khi các bên đã đưa việc tranh chấp của họ ra Tòa, thì Tòa án chỉ là người trọng tài, giúp các bên giải quyết tranh chấp một cách khách quan và đúng pháp luật chứ Tòa án không thể làm thay, chứng minh thay cho đương sự với những yêu cầu của họ [37, tr. 190-191].

Từ nguyên tắc này có thể suy luận ra nghĩa vụ chứng minh tập quán thuộc về người nại ra tập quán bởi suy cho cùng người nại ra qui tắc tập quán thực sự muốn dựa vào đó để bảo vệ lợi ích của mình. Ngược lại, người phản đối lợi ích đó có nghĩa vụ chứng minh để bảo vệ lợi ích của mình liên quan tới sự phản đối. Tuy nhiên quyền thẩm định có tập quán như vậy hay không, và tập quán đó có được áp dụng hay không lại thuộc về thẩm phán hay người có trách nhiệm giải quyết tranh chấp liên quan. Các hoạt động của người bảo vệ lợi ích của mình và của người thẩm định tập quán đều phải dựa vào việc phân tích các yếu tố của tập quán hay các tình tiết cần phải chứng minh.

Qui tắc chứng minh tập quán trước hết do các yếu tố nội tại của tập quán quyết định, có nghĩa là phải chứng minh được các yếu tố nội tại của nó. PGS.TS Ngô Huy Cương chỉ ra các tình tiết phải chứng minh liên quan tới tập quán như sau: (1) Tồn tại liên tục trong một khoảng thời gian nhất định; (2) được thiết lập trên cơ sở ưng thuận; (3) được một cộng đồng nhất định thừa nhận; (4) có khả năng xác định quyền và nghĩa vụ giữa các bên trong một hoàn cảnh nhất định; (5) hợp lý; (6) phù hợp với các qui tắc tập quán khác; và (7) không chống lại các qui định của văn bản pháp luật [11, tr. 74].

Bất kỳ một qui tắc tập quán nào đều bao gồm hai yếu tố như trên đã đề cập: (1) Yếu tố vật chất (hay còn gọi là yếu tố thực tại); và (2) yếu tố tinh thần (hay còn gọi là yếu tố ý thức hay yếu tố tâm lý).

Yếu tố vật chất của tập quán tới lượt nó bao gồm hai hợp phần quan trọng: *một* là có sự tồn tại một qui tắc xử sự; và *hai* là có không gian và thời gian tồn tại của qui tắc đó. Qui tắc xử sự này được hình thành trong thực tiễn đời sống mà có khả năng xác định quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ, có nghĩa là nó có khả năng điều chỉnh hành vi thực tế của các bên. Pháp luật nói chung và điều kiện áp dụng tập quán theo pháp luật Anh nói riêng (như trên đã dẫn) gọi đây là tính xác định của tập quán. Hợp phần thứ nhất này khẳng định có một sự vật hay sự việc nhất định mà có khả năng xác định được dứt khoát quyền và nghĩa vụ của các bên trong một quan hệ nhất định. Quy tắc hay sự vật, sự việc này phải tồn tại hay vận động trong một không gian nhất định, có nghĩa là nó tồn tại hay vận động trong một cộng đồng nhất định theo lãnh thổ, theo nghề nghiệp, theo tộc người, hoặc theo sinh hoạt trong các lĩnh vực khác nhau như văn hóa, nghệ thuật, thể thao... Và nó đã tồn tại trong một khoảng thời gian dài, có nghĩa là nó đã được cộng đồng sử dụng lặp đi lặp lại nhiều lần mà có khả năng ảnh hưởng tới tâm lý chung của cộng đồng đó.

Yếu tố tinh thần của tập quán bao gồm hai hợp phần không thể thiếu. Đó là: nhận thức, và ý chí. Sự tồn tại của qui tắc tập quán trong cộng đồng đòi hỏi mọi thành viên trong cộng đồng biết tới qui tắc tập quán đó (yếu tố lý trí), có nghĩa là biết tới quyền và nghĩa vụ của mình khi tham gia quan hệ xã hội liên quan. Và mọi thành viên của cộng đồng này đều mong muốn hay tự nguyện tuân thủ qui tắc đó (yếu tố ý chí). Điều đó có nghĩa là: người có quyền ý thức được quyền lợi của mình có được từ quan hệ đó, cho nó là chính đáng và mong muốn hưởng quyền lợi đó; còn người có nghĩa vụ ý thức được nghĩa vụ của mình phát sinh từ quan hệ đó và coi việc đáp ứng quyền yêu cầu của người có quyền như một bổn phận không thể chối cãi của mình.

Từ việc xác định các yếu tố này, có thể hình thành nên qui tắc chứng minh tập quán như sau:

Thứ nhất, qui tắc chung về chứng minh tập quán.

Việc chứng minh tập quán thực chất là quá trình tìm câu trả lời cho các câu hỏi như: (1) có qui tắc tập quán nhất định tồn tại không? (2) nếu có thì nó có liên quan tới vụ việc tranh chấp không? và (3) liệu nó có thể được áp dụng hay không? Việc xác định có tồn tại qui tắc tập quán hay không phụ thuộc hoàn toàn vào việc chứng minh các yếu tố của tập quán, có nghĩa là phải chứng minh có sự tồn tại của qui tắc xử sự trong một cộng đồng nhất định, được sử dụng lặp đi lặp lại trong một khoảng thời gian đủ dài mà được mọi thành viên của cộng đồng đó biết đến và mong muốn tuân thủ nó. Việc xác định qui tắc tập quán này có liên quan tới vụ việc tranh chấp hay không phụ thuộc vào việc phân tích các tình tiết pháp lý của vụ việc tranh chấp. Nếu các tình tiết cho thấy quan hệ bị phá vỡ bởi tranh chấp phù hợp với nội dung và hướng điều tiết của qui tắc tập quán thì có thể kết luận qui tắc tập quán đó có liên quan. Cuối cùng việc thẩm định qui tắc tập quán đó

có thể đem ra áp dụng hay không phụ thuộc vào các điều kiện như: (1) hiện không có qui định pháp luật nào cung cấp giải pháp giải quyết tranh chấp đang được xem xét; (2) qui tắc tập quán này không chống lại trật tự công cộng; và (3) qui tắc tập quán này không chống lại đạo đức hay thuần phong mỹ tục.

Xét từ phương diện chứng cứ, các chứng minh trên thực chất làm rõ cho ba thuộc tính của chứng cứ là tính khách quan, tính liên quan và tính hợp pháp của chứng cứ [34, tr. 218-220], [66, tr. 84-86], có nghĩa là qui tắc tập quán được đem ra áp dụng tồn tại ngoài ý muốn chủ quan của các bên tranh chấp và những người liên quan, có khả năng xác định dứt khoát quyền và nghĩa vụ của các bên, và đáp ứng đầy đủ các yêu cầu của pháp luật về nại ra, chứng minh và điều kiện áp dụng.

Thứ hai, qui tắc chứng minh riêng tính chất thương mại của tập quán.

Ở Việt Nam hiện nay tập quán thương mại có thể được hiểu là các tập quán được áp dụng cho việc giải quyết các tranh chấp thương mại xuất phát từ việc có sự phân biệt giữa hành vi dân sự và hành vi thương mại, cũng như có sự phân biệt giữa tranh chấp dân sự và tranh chấp thương mại như đã được phân tích ở Mục 2.1.2 ở trên. Luật Thương mại năm 2005 của Việt Nam xây dựng một định nghĩa tổng quát về hoạt động thương mại như sau: "Hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác" (Điều 3, khoản 1). Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 cho rằng: tranh chấp thương mại là tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau và đều nhằm mục tiêu lợi nhuận (Điều 29, khoản 1). Do đó khi áp dụng tập quán thương mại, người ta có thể chia chúng thành hai loại: (1) Loại thứ nhất là *tập quán thương mại thuần túy*, có nghĩa là tập quán phát

sinh từ mối quan hệ giữa các thương nhân với nhau hay từ hoạt động nghề nghiệp của thương nhân hoặc từ hành vi thương mại thuần túy. (2) Loại thứ hai là *tập quán được áp dụng trong thương mại*, có nghĩa là tập quán không phải là tập quán thương mại thuần túy nhưng được áp dụng trong quan hệ thương mại hay tranh chấp thương mại do đương sự viện dẫn và được tòa án chấp nhận.

Do đó ngoài việc xác định tập quán theo qui tắc chung về chứng minh tập quán cần phải xác định tính chất thương mại của tập quán để bảo đảm nguyên tắc áp dụng tập quán thương mại qui định tại Điều 13, Luật Thương mại năm 2005. Nếu tập quán được xác định là tập quán thương mại thuần túy thì việc áp dụng nó là một nguyên tắc luật định. Còn nếu tập quán có thể được áp dụng trong tranh chấp thương mại thì phải chứng minh việc áp dụng nó không chống lại hay làm mất đi tính chất thương mại của tranh chấp. Tính chất thương mại ở đây cần phải được giải thích từ sự đòi hỏi của thương trường, ví dụ như: quay vòng vốn, thời hiệu ngắn, tăng cường tín dụng, bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, sự thành thật của thương nhân...

2.5.2. Kỹ thuật chứng minh tập quán

Do quan hệ xã hội và tranh chấp ngày càng phức tạp, phạm vi tranh chấp có thể trên cả bình diện quốc tế, và kỹ thuật giải quyết tranh chấp ngày một chi tiết, nên hoạt động giải quyết tranh chấp hiện nay có nhiều khác biệt với thời kỳ sử dụng tập quán tại các cộng đồng địa phương. Ở các địa phương Việt Nam xưa kia, các qui tắc tập quán được người phán xử tuyên dẫn. Học giả Ngô Đức Thịnh nhận định: "Do luật tục được lưu truyền bằng miệng, trước khi được văn bản hóa, nên nhiều người chuyên xử kiện thuộc lòng nó" [62, tr. 28]. Cũng như vậy ở Anh quốc từ xa xưa khi có tranh chấp xảy ra, người già cả nhất trong bộ lạc đứng ra tuyên bố đâu là các qui tắc tập quán [14]. Kỹ thuật xét xử như vậy không thể phù hợp với

sự phức tạp của quan hệ xã hội, sự phong phú của nguồn luật và sự hội nhập quốc tế hiện nay. Hơn nữa xét về tính chất của luật tố tụng dân sự là luật của luật sư, có nghĩa là thẩm phán chỉ có vai trò trọng tài cho các bên tranh chấp, và nguyên lý người nào bảo vệ quyền lợi của mình, người đó phải chứng minh, thì việc người giải quyết tranh chấp chứng minh và tuyên bố qui tắc tập quán là không thích hợp.

Trong xét xử các tranh chấp về luật tư, tòa án đóng vai trò trọng tài, còn luật sư của các bên là những người tranh tụng. Các bên phải dẫn chứng tập quán. Việc dẫn chứng này có một kỹ thuật khá phức tạp và tinh tế.

Trước hết cần lưu ý: Việc dẫn chứng tập quán nói chung và tập quán thương mại nói riêng gắn liền với việc giải thích tập quán. Giải thích tập quán cũng là giải thích pháp luật. Theo quan niệm tương đối phổ biến ở Việt Nam "Giải thích pháp luật là làm sáng tỏ về mặt tư tưởng và nội dung của các qui phạm pháp luật, đảm bảo cho sự nhận thức và thực hiện nghiêm chỉnh, thống nhất pháp luật", và được chia thành giải thích không chính thức và giải thích chính thức, trong đó giải thích chính thức là một hoạt động của những cơ quan nhà nước có thẩm quyền [35, tr. 383-384]. Quan niệm này nghiêng nhiều về giải thích các qui phạm pháp luật chứa đựng trong các văn bản pháp luật. Như vậy sẽ là khó khăn khi áp quan niệm này vào việc giải thích các tập quán. Giải thích không chính thức các qui tắc tập quán có thể được tiến hành bởi các nhà xã hội học, phong tục học, văn hóa học, dân tộc học, lịch sử học... Giải thích không chính thức như vậy xem xét các qui tắc tập quán ở các góc độ chuyên môn khác nhau, nhưng giúp ích không nhỏ cho các luật gia trong việc giải thích chính thức các qui tắc tập quán để áp dụng trong việc giải quyết tranh chấp. Nó cho thấy qui tắc tập quán cụ thể trong một bức tranh tổng quát và gợi ý hoàn cảnh đích thực nào qui tắc cụ thể đó được áp dụng, đồng thời gợi ý cách hiểu

đúng đắn nhất về ngữ nghĩa cũng như tư tưởng của qui tắc đó. Giải thích chính thức các qui phạm tập quán có những điểm khác biệt với giải thích chính thức các qui phạm pháp luật theo quan niệm được diễn giải ở trên như sau:

Thứ nhất, giải thích các qui tắc tập quán gắn liền với việc dẫn chứng tập quán. Do đó người có nghĩa vụ giải thích là người nại ra tập quán hay người dẫn chứng tập quán, và việc giải thích này phải được cơ quan hay định chế áp dụng pháp luật chấp nhận.

Thứ hai, giải thích tập quán phải phù hợp với hoàn cảnh của tranh chấp và logic với đời sống thương mại trong một phạm vi nhất định.

Dẫn chứng tập quán là việc làm rõ hay chứng minh sự tồn tại của tập quán, hiệu lực của tập quán đó và việc đáp ứng các điều kiện để tập quán đó được áp dụng. Khi chứng minh phải làm rõ các tình tiết liên quan tới qui tắc tập quán như đã được phân tích ở trên.

Việc thẩm định tập quán thương mại nói riêng và tập quán nói chung của những người có thẩm quyền giải quyết tranh chấp phải bao quát các tình tiết phải chứng minh nêu trên, phải xác định rõ qui tắc tập quán đó có phù hợp với nội dung tranh chấp hay không, đồng thời phải xác định các qui tắc tập quán được chứng minh có chống lại trật tự công cộng và chống lại đạo đức, thuần phong mỹ tục hay không. Qui tắc tập quán đã được thẩm định như vậy chỉ có thể đem áp dụng khi không có một qui định pháp luật nào liên quan tới tranh chấp, và hợp lý. Tính hợp lý của qui tắc tập quán nói ở đây được hiểu ở hai khía cạnh: *thứ nhất*, bản thân nó phải phù hợp với các chứng cứ khác; và *thứ hai*, không có sự phản chứng minh nào phù hợp hơn đối với tranh chấp.

Khi tập quán đáp ứng đầy đủ các yêu cầu nói trên có thể được xem xét theo đúng thủ tục tố tụng để rút ra các giải pháp giải quyết tranh chấp.

2.5.3. Tìm kiếm qui tắc tập quán

Luật tập quán dù không rõ ràng bằng luật thành văn, song nếu có thật, nó phải được thể hiện hay lưu giữ trong một hay nhiều dạng vật chất nhất định. Nếu thiếu sự thể hiện hay lưu giữ như vậy thì không thể chứng minh được sự tồn tại của nó (kể cả về mặt tư tưởng lẫn nội dung).

Học giả Ngô Đức Thịnh nhận định: luật tục ở Việt Nam được thể hiện dưới ba dạng: (1) Lời nói vẫn truyền miệng; (2) thành văn; và (3) thực hành xã hội [62, tr. 28]. Lưu ý rằng thuật ngữ "thành văn" được sử dụng tại đây không theo nghĩa pháp lý mà hoàn toàn có nghĩa là việc ghi chép luật tục thành tư liệu.

Phân loại kỹ lưỡng hơn, các luật gia công pháp quốc tế nhận định: Tập quán quốc tế được thể hiện qua nhiều vỏ bọc vật chất khác nhau như: thư từ ngoại giao, việc tuyên bố chính sách, xuất bản phẩm, ý kiến của các cố vấn pháp lý, sổ tay pháp lý, sổ tay luật quân sự, các quyết định và thực tiễn thi hành... [82, tr. 5].

Tóm lại, tập quán pháp được thể hiện dưới dạng: (1) được ghi chép lại thành tư liệu; (2) được truyền miệng; và (3) được thi hành qua thực tiễn. Việc phân loại này có ý nghĩa trong việc tìm kiếm và chứng minh các qui tắc tập quán pháp.

Hiểu tầm quan trọng của tập quán thương mại, hiện nay các nhà luật học, thương nhân, các Phòng thương mại và công nghiệp, các hiệp hội ngành hàng... sưu tập và xuất bản chúng, điển hình có thể nói tới là Incoterms. Phòng Thương mại Quốc tế với suy xét rằng: nhiều khi các bên giao kết hợp đồng không biết rõ những tập quán thương mại của nước bên kia gây ra những hiểu lầm dẫn tới tranh chấp, kiện tụng lãng phí thời gian và tiền bạc, vì vậy lần đầu tiên năm 1936 xuất bản bộ qui tắc này giải thích các điều kiện thương mại [28, tr. 129]. Bộ qui tắc này được sửa đổi và bổ sung

vào các năm 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000, và 2010. Bộ qui tắc này có vai trò rất lớn trong mua bán hàng hóa quốc tế, tuy nhiên chỉ trong phạm vi điều kiện giao hàng hóa.

Các qui tắc của tập quán pháp còn có thể tìm thấy trong các phán quyết của các tòa án khi giải quyết các vụ việc tranh chấp cụ thể. Phán quyết của tòa án áp dụng qui tắc của tập quán pháp cũng được xem là tư liệu ghi chép tập quán.

Việc nghiên cứu và sưu tập các qui tắc tập quán đòi hỏi nhiều thời gian và công sức. Ngoài việc tìm kiếm có tính cách tìm hiểu xã hội trong một giai đoạn nhất định, các công việc tìm kiếm của các luật gia thường xuất phát từ nhu cầu giải quyết các tranh chấp mà chính hệ thống pháp luật đòi hỏi và cho phép áp dụng các qui tắc như vậy. Để thẩm định việc có qui tắc tập quán hay không, thông thường người ta phải tìm tới các nguồn của nó. Các tư liệu ghi chép các qui tắc của tập quán pháp không hoàn toàn là các xuất bản phẩm chuyên về các qui tắc tập quán. Có thể tìm thấy các qui tắc tập quán tại các tư liệu khác ngoài các xuất bản phẩm hoặc các tư liệu không thuần túy ghi chép chúng. Nếu các qui tắc được tìm thấy trong các tư liệu khác các xuất bản phẩm chuyên về tập quán pháp, thì cần phải xem xét các qui tắc đó phù hợp với các chứng cứ khác về sự tồn tại của chúng.

Trong việc tìm kiếm và chứng minh các qui tắc của tập quán pháp, phương pháp phỏng vấn chuyên gia có ý nghĩa rất quan trọng. Các chuyên gia ở đây không hoàn toàn là những người chuyên nghiên cứu và sưu tập tập quán, mà còn có cả những thương nhân trong cùng lĩnh vực kinh doanh với các bên tranh chấp. Đặc biệt lưu ý rằng: cũng giống như các qui tắc của luật thành văn, các qui tắc của tập quán pháp cũng có sự thay đổi theo thời gian bởi yêu cầu thực sự của xã hội hoặc nghề nghiệp. Do đó các ý kiến của chuyên gia có thể làm cho việc tìm kiếm chính xác các qui tắc tập quán pháp, tránh sự lỗi thời.

Khai thác tập quán đơn thuần dưới dạng chứng cứ, Tưởng Duy Lượng viết:

Đối với tập quán muốn trở thành chứng cứ trong một vụ án cụ thể thì Thẩm phán phải yêu cầu đương sự trình bày rõ nguồn gốc của tập quán đó và chứng minh tập quán đó bằng cách ghi nhận nó bằng văn bản thể hiện việc cả cộng đồng dân cư nơi có tập quán đó thừa nhận và làm theo như một "qui ước chung" của cộng đồng, văn bản này có thể là bản xác nhận của cộng đồng nơi có tập quán đó và chứng thực của Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn về chữ ký của những người xác nhận và có thể có cả ý kiến của Ủy ban nhân dân về tập quán đó. Nếu không chứng minh được tính qui ước chung của cộng đồng trong cái gọi là "tập quán" thì nó sẽ không có giá trị chứng cứ [37, tr. 185].

Chỉ dẫn này của Tưởng Duy Lượng có lẽ chỉ phần nào đó có giá trị cho các tranh chấp dân sự ở Việt Nam, khó có thể đáp ứng được các yêu cầu áp dụng tập quán thương mại, nhất là các tập quán thương mại tồn tại trong các cộng đồng ngành nghề kinh doanh và các tập quán thương mại quốc tế. Tập quán xuất phát từ nhân dân, nên việc can thiệp của chính quyền vào việc chứng minh tập quán là không hợp lý. Tuy nhiên việc xác nhận tập quán từ tất cả các thành viên của cộng đồng là không khả thi. Vì vậy việc tìm kiếm tập quán từ nhiều nguồn khác nhau, và việc không gò ép chứng minh tập quán theo một khuôn mẫu nhất định hoàn toàn phù hợp với bản chất và xuất xứ của các tập quán.

2.6. TỔ CHỨC ÁP DỤNG TẬP QUÁN

Áp dụng tập quán pháp có thể diễn ra tại tòa án hoặc các cơ quan tài phán khác của nhà nước, và tại các cơ chế giải quyết tranh chấp khác ngoài

tòa án như: thương lượng; hòa giải; tiểu xét xử; xét xử bởi bồi thẩm đoàn giản lược; trọng tài; hòa giải - trọng tài; và xét xử tư [13, tr. 57].

Về nguyên lý, khi có sự thừa nhận các bên trong tranh chấp có quyền lựa chọn cơ chế giải quyết tranh chấp ngoài tòa án, thì gần như đồng nghĩa với việc các bên trong tranh chấp hoặc định chế giải quyết tranh chấp ngoài tòa án có quyền lựa chọn giải pháp giải quyết tranh chấp từ bất kể nguồn pháp luật nào miễn là không chống lại trật tự công cộng, đạo đức hay thuần phong mỹ tục bởi các bên trong tranh chấp luật tư có quyền tự do thỏa thuận và tự định đoạt. Như vậy việc áp dụng tập quán hoàn toàn nằm trong phạm vi lựa chọn của các bên hoặc các định chế giải quyết tranh chấp ngoài tòa án khi tiến hành giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên các cơ chế giải quyết tranh chấp ngoài tòa án hiện nay chưa thực sự phát triển ở Việt Nam. Chúng còn được các luật gia gán cho những tên gọi khác nhau như "giải quyết tranh chấp lựa chọn", "giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng", và đặc biệt là "giải quyết tranh chấp thay thế" [25, tr. 15]. Nhưng phải hiểu rằng tất cả sự gán ghép đó đều xuất phát từ việc dịch thuật từ thuật ngữ "Alternative Disputes Resolution" ra tiếng Việt. Do đó sự khoáng đạt của các cơ chế giải quyết tranh chấp ngoài tòa án có nền tảng mang tính quốc tế cao. Ngay tự thân cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại ngoài nhà nước trong lịch sử đã thúc đẩy sự ra đời của các qui tắc tập quán thương mại, và ngày nay vẫn có những qui tắc mới phát sinh từ đó [84, tr. 225-227]. Vấn đề cần quan tâm nhất là việc áp dụng tập quán pháp tại các cơ quan tài phán thuộc nhà nước.

Mô hình áp dụng tập quán pháp tại các cơ quan tài phán thuộc nhà nước có thể được chia thành hai loại: *loại thứ nhất*, không tổ chức cơ quan tài phán chuyên biệt áp dụng tập quán pháp; *loại thứ hai*, có tổ chức cơ quan tài phán chuyên biệt áp dụng tập quán pháp. Loại mô hình thứ nhất là

thông thường và phổ biến, có điểm lợi là dễ dàng hơn trong việc phân chia và xác định thẩm quyền liên quan tới những vụ việc áp dụng tập quán, nhưng có bất lợi hơn là không thực sự chuyên nghiệp trong việc áp dụng tập quán pháp. Loại mô hình thứ hai hiếm gặp, thường xuất hiện ở những nơi mà tập quán pháp có tính nổi trội và riêng biệt. Mô hình này đề cao tính chuyên nghiệp trong việc áp dụng tập quán pháp, nhưng lại rất phức tạp trong việc xác định thẩm quyền liên quan tới việc áp dụng tập quán pháp.

Như vậy rõ ràng việc lựa chọn mô hình có tổ chức cơ quan tài phán chuyên biệt áp dụng tập quán pháp hay không hoàn toàn phụ thuộc vào hoàn cảnh, điều kiện và truyền thống riêng của mỗi nước. Ở Nhật Bản hiện có tòa án do nhà nước thành lập áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp liên quan tới mua bán cá trong khu vực một chợ cá. Tòa án đó được gọi là "The Tuna Court" [81, tr. 282]. Có lẽ do cá là món ăn ưa thích của người Nhật, do nhu cầu giải quyết tranh chấp lớn và có đòi hỏi riêng biệt, cho nên việc thành lập tòa án như vậy là phù hợp.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

Với tính cách là một phần nội dung chuyên về các vấn đề lý luận, Chương 2 của luận án này đã xuất phát từ việc nghiên cứu các khái niệm cơ bản, rồi mở rộng tới việc nghiên cứu nền tảng lý luận của các vấn đề pháp lý liên quan trong khuôn khổ của đề tài luận án. Các kết quả nghiên cứu chủ yếu của chương này có thể được tóm tắt như sau:

Thứ nhất, thuật ngữ "tập quán pháp" đồng nghĩa cả về mặt pháp lý và cả về mặt ngôn ngữ với các thuật ngữ "luật tục" hay "tục lệ". Một qui tắc tập quán bao gồm hai yếu tố: (1) Yếu tố vật chất (hay còn gọi là yếu tố thực tại); và (2) yếu tố tinh thần (hay còn gọi là yếu tố ý thức hay yếu tố tâm lý). Cách thức phân tích này được hình thành là một tất yếu khách quan dựa trên nền tảng triết học được các triết gia thừa nhận, có nghĩa là nó

xuất phát từ sự phản ánh khái quát nhất các vấn đề của vũ trụ trong hai phạm trù triết học là vật chất và ý thức. Tập quán có sự khác biệt với thói quen được hình thành giữa các bên ở hai khía cạnh liên quan tới không gian và thời gian. Tập quán được hình thành trong một cộng đồng nhất định, trong khi đó thói quen chỉ hình thành giữa các bên trong một hoặc một số hoạt động cụ thể. Trong luật tư, tập quán được phân loại thành tập quán dân sự và tập quán thương mại. Tập quán thương mại là một loại tập quán được phân loại theo ngành luật, và được xác định bởi hai nhóm vấn đề: *Thứ nhất*, nguồn gốc phát sinh ra tập quán; và *thứ hai*, phân loại pháp lý của qui tắc tập quán. Sự phân biệt giữa tập quán dân sự và tập quán thương mại có cùng một cơ sở lý luận với sự phân biệt giữa tranh chấp dân sự và tranh chấp thương mại.

Thứ hai, tranh chấp thương mại là một loại tranh chấp pháp lý trong lĩnh vực thương mại. Nói đơn giản đây là tranh chấp liên quan tới quyền và nghĩa vụ được điều tiết bởi luật thương mại. Nói cách khác tranh chấp thương mại là tranh chấp phát sinh từ hành vi thương mại.

Thứ ba, áp dụng tập quán thực chất là việc áp dụng các qui tắc xử sự hình thành từ tập quán, và là một phần của áp dụng pháp luật. Do đó nhận thức chung về áp dụng pháp luật có ý nghĩa quan trọng trong việc tiếp cận nghiên cứu vấn đề áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại. Áp dụng tập quán có các đặc điểm sau: (1) áp dụng tập quán được tiến hành bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc bởi các định chế khác được nhà nước thừa nhận; (2) việc áp dụng tập quán phải đáp ứng các đòi hỏi khắt khe hơn so với các đòi hỏi đối với việc áp dụng các qui tắc chứa đựng trong các văn bản qui phạm pháp luật có lẽ bởi các qui tắc tập quán thường khó tìm kiếm hơn, thiếu rõ ràng hơn so với các qui tắc của văn bản qui phạm pháp luật và không phản ánh rõ nét ý chí của nhà làm luật.

Thứ tư, tập quán nói chung có vai trò có tính chất nền tảng trong việc tổ chức đời sống xã hội. Tập quán được thừa nhận rộng rãi bởi mỗi thành viên trong cộng đồng có tập quán đó ý thức được lợi ích của mình trong việc ứng xử phù hợp với ước muốn của thành viên khác và đòi lại các thành viên khác cũng ứng xử phù hợp với ước muốn của anh ta trên nền tảng có đi có lại. Tập quán có vai trò bảo đảm sự ổn định xã hội, tạo lập nên các đặc trưng văn hóa nói chung và văn hóa pháp lý nói riêng, ảnh hưởng tới cách thức tư duy, và là một trong các yếu tố tạo nên tâm hồn của một dân tộc. Có thể hiểu tập quán thương mại không thể tách rời luật thương mại. Nói cách khác luật thương mại đầy tính tập quán. Sự cần thiết áp dụng tập quán là một nhận thức chung của thế giới.

Thứ năm, thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán pháp có sự khác biệt ở các truyền thống pháp luật khác nhau, thậm chí ở các nền tài phán khác nhau theo cùng một truyền thống pháp luật. Có không ít hoàn cảnh mà tại đó tập quán pháp được ưu tiên áp dụng trên cả luật thành văn.

Thứ sáu, tập quán không chỉ bù đắp các khiếm khuyết của luật thành văn trong việc điều tiết các quan hệ thương mại, mà còn có vai trò quan trọng trong việc phát triển các loại nguồn pháp luật khác như văn bản qui phạm pháp luật, tiền lệ pháp, học thuyết pháp lý và lẽ công bằng.

Thứ bảy, tập quán pháp là một loại nguồn của pháp luật, vì vậy phải tuân thủ nguyên tắc bảo đảm trật tự công cộng, và thuần phong mỹ tục.

Thứ tám, việc chứng minh tập quán thực chất là quá trình tìm câu trả lời cho các câu hỏi như: (1) có qui tắc tập quán nhất định tồn tại không; (2) nếu có thì nó có liên quan tới vụ việc tranh chấp không; và (3) liệu nó có thể được áp dụng hay không.

Thứ chín, Việc dẫn chứng tập quán nói chung và tập quán thương mại nói riêng gắn liền với việc giải thích tập quán. Giải thích tập quán cũng là giải thích pháp luật.

Thứ mười, tập quán pháp được thể hiện dưới dạng: (1) được ghi chép lại thành tư liệu; (2) được truyền miệng; và (3) được thi hành qua thực tiễn. Việc phân loại này có ý nghĩa trong việc tìm kiếm và chứng minh các qui tắc tập quán pháp.

Thứ mười một, giải quyết tranh chấp ngoài tòa án có khả năng áp dụng tập quán pháp lớn. Tuy nhiên, việc áp dụng tập quán pháp tại các cơ quan tài phán thuộc nhà nước phụ thuộc nhiều vào sự lựa chọn của hệ thống pháp luật. Sự lựa chọn mô hình có tổ chức cơ quan tài phán chuyên biệt áp dụng tập quán pháp hay không hoàn toàn phụ thuộc vào hoàn cảnh, điều kiện và truyền thống riêng của mỗi nước.

Chương 3
THỰC TRẠNG ÁP DỤNG
TẬP QUÁN GIẢI QUYẾT CÁC TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI
Ở VIỆT NAM

3.1. MÔI TRƯỜNG PHÁP LÝ LIÊN QUAN TỚI ÁP DỤNG TẬP QUÁN
Ở VIỆT NAM

3.1.1. Khái quát chung về môi trường lịch sử pháp lý ở Việt
Nam liên quan tới áp dụng tập quán

Có lẽ Việt Nam là một nước có sự thay đổi hình mẫu pháp luật nhiều so với các nước khác trên thế giới. Trước năm 40 sau công nguyên, Việt Nam có thể có một hệ thống pháp luật riêng biệt, nhưng tới nay không có bằng chứng lịch sử nào rõ ràng về hệ thống pháp luật đó. Trong suốt thời kỳ Bắc thuộc và tới mãi khi người Pháp xâm chiếm, Việt Nam có hình mẫu là truyền thống pháp luật Viễn Đông. Xâm chiếm Việt Nam, thực dân Pháp chia Việt Nam thành ba xứ: Bắc, Trung, Nam để đô hộ và áp đặt pháp luật của Pháp theo truyền thống Civil Law vào cả ba xứ của Việt Nam. Sau khi hòa bình lập lại 1954, Miền Bắc xây dựng pháp luật theo hình mẫu pháp luật Xô Viết, còn Miền Nam vẫn duy trì pháp luật theo hình mẫu pháp luật của Pháp. Sau thống nhất đất nước 1975, cả nước xây dựng hệ thống pháp luật theo truyền thống Sovietique Law [12, tr. 252]. Vì vậy nghiên cứu lịch sử việc áp dụng tập quán nói chung phải chia lịch sử ra thành hai thời kỳ: Thời kỳ Bắc thuộc và thời kỳ Pháp thuộc.

Môi trường áp dụng tập quán ở thời kỳ Bắc thuộc

Trong pháp luật thời kỳ này "Ngoài những Bộ luật đã được ban hành, ngoài những chỉ dụ, sắc chỉ của nhà vua, còn một phạm vi rất rộng lớn của cổ luật gồm các tục lệ, và những nghi lễ bắt nguồn ở Khổng giáo và

do quan niệm nhân trị chi phối" [41, tr. 133]. Nhận định đó cho thấy tập quán pháp có vai trò quan trọng và to lớn trong đời sống xã hội Việt Nam trước kia. Từ xa xưa người Việt Nam có câu: "*Phép vua thua lệ làng*". Đời sống nông nghiệp trong các làng xã là một đặc trưng văn hóa của Việt Nam. Việc hình thành làng xã xuất phát từ nhu cầu khai khẩn đất đai của các gia đình hoặc dòng họ. Những thành viên của làng xã thường có quan hệ huyết thống và quan hệ với nhau dựa trên truyền thống. Tính truyền thống thể hiện ở lệ làng qui định về các hành vi ứng xử của các thành viên trong cộng đồng làng xã [26, tr. 10-12]. Như vậy so với pháp luật của các triều đại phong kiến, tập quán hay tục lệ mang tính trội và trở thành phổ biến trong việc điều tiết các quan hệ xã hội. Tuy nhiên lễ thói ở các làng xã có thể khác nhau do sự đóng khung trong phạm vi sinh hoạt cộng đồng nhỏ, nhưng vẫn mang những nét chung của nông thôn Việt Nam.

Các tập quán ở các làng xã Việt Nam nói chung chủ yếu là các tập quán thuộc lĩnh vực dân sự. Có số ít tập quán liên quan tới thương mại. Hội bách nghệ, hội tư cấp và vấn đề thu chi tài chính ở các làng xã là các tập quán có liên hệ ít nhiều tới thương mại đã được Phan Kế Bính nghiên cứu và công bố trong xuất bản phẩm mang tên "*Việt Nam phong tục*" (1915).

Hội bách nghệ bao gồm những người làm chung một nghề trong làng xã. Người nào làm nghề nào vào hội ấy. Mỗi hội cử một người làm trưởng hội hoặc mỗi năm mọi người luân phiên nhau làm trưởng hội một lần. Trưởng hội là người lo công việc của hội. Các công việc này bao gồm: "một là để giữ gìn công việc cho nhau, hai là để liên lạc tình nghĩa với nhau, ba là để bênh vực nhau, cứu giúp nhau". Hội có người giữ sổ sách, giữ tiền như một xã hội thu nhỏ [1, tr. 235-236]. Những hội này tuy có sự khác biệt với phường hội trong kinh doanh. Nhưng các qui tắc của nó gần gũi với phường hội.

Hội tư cấp là hội giúp đỡ lẫn nhau về vốn. Có nhiều loại hội tư cấp như họ mua bán, họ hiếu, họ hỉ, họ ăn tết, nhưng trong đó họ mua bán là gần gũi với thương mại nhất. Họ mua bán có người cầm cái mời mọi người nhập hội và thu tiền. Những người trong hội ghi tên vào sổ họ và giao ước với nhau mỗi tháng mỗi người đóng tiền vào họ cho tới khi hết họ. Mức tiền tùy theo thỏa thuận. Tới ngày ấn định hàng tháng những hội viên tới nhà người cầm cái mua bán với nhau bằng cách gắp thăm. Ai trúng thăm thì được lấy họ theo một mức ấn định khoảng bằng 80% của bát họ. Phần còn lại của bát họ chia lãi cho những người chưa mua và chi phí cho họp họ và công chủ nhà. Người mua họ rồi phải ký vào sổ. Những tháng sau những người chưa mua lại họp và mua bán. Người cầm cái có quyền được lấy không một tháng họ [1, tr. 231-232].

Nhiều làng xã không có sổ thu chi hàng năm. Việc lập sổ thu chi thường có năm khoản như sau cho số nhập và số xuất:

Số nhập: (1) Công điền, cho người lãnh canh lấy lợi; (2) công ngân phóng tức lấy lợi; (3) tiền nộp lệ như lệ lan nhai, lệ tổng chung, lệ vọng ngôi thứ, vọng chức dịch, vọng chức sắc..., (4) tiền bán nhiều, bán xã, bán hậu, bán thủ từ, bán đang cai..., và (5) tiền đóng góp.

Số xuất: (1) Việc tế tự; (2) việc ăn uống; (3) việc sắm sửa đồ thờ, sửa sang đình miếu; (4) việc khai báo; (5) việc nuôi tuần, nuôi lính, và chu cấp cho lý trưởng [1, tr. 218-219].

Các tập quán này gần gũi với qui chế thương nhân, tuy nhiên rất sơ sài, thể hiện sự thiếu quan tâm tới thương mại. Thực tế trong các xã hội cũ ở Việt Nam, các tầng lớp xã hội được xếp theo thứ bậc "sĩ, nông, công, thương". Thương nhân không được coi trọng.

Ở các dân tộc ít người các tục lệ rất phong phú. Có một số luật tục điển hình vẫn còn giữ được tới ngày nay. Việc áp dụng các luật tục này

trong đời sống xã hội hiện đại ở Việt Nam có nhiều vấn đề xung đột nảy sinh, song không bị loại bỏ bởi nhiều đạo luật vẫn coi tập quán pháp là một loại nguồn quan trọng, nhất là trong việc điều tiết các quan hệ thuộc lĩnh vực luật tư.

Môi trường áp dụng tập quán ở thời kỳ Pháp thuộc

Trong thời kỳ này, tập quán pháp hay còn gọi là tục lệ được xem là một loại nguồn bổ sung của pháp luật để bù đắp cho những thiếu hụt trong pháp luật. Tục lệ chỉ được áp dụng khi không có điều khoản nào của pháp luật liên quan và không thể trái với các điều khoản của pháp luật. Tục lệ được nhận biết qua hai yếu tố: (1) Yếu tố thực thể hay yếu tố tập quán, có nghĩa là biện pháp ứng xử được nhiều người làm theo trong một khoảng thời gian nhất định, miễn là không gây ảnh hưởng đến quyền lợi của người khác; và (2) yếu tố tinh thần hay ý thức về sự cần thiết của tập quán đó [11, tr. 71].

Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ năm 1931 có qui định:

Khi nào không có điều luật thi-hành được, thì quan Thẩm-phán xử theo tập-quán phong-tục, và nếu không có phong-tục, thì xử theo lẽ phải và sự công-bằng, cùng là châm-chước tục riêng, thói quen và tình-ý của người đương-sự.

Quan Thẩm-phán sẽ giải quyết theo luật-học và án-lệ [2, Điều thứ 4].

Các qui định cho thấy tập quán có vai trò quan trọng đứng sau luật thành văn. Dù các loại nguồn của pháp luật được liệt kê, song thẩm phán có quyền rất lớn trong việc xác định và lựa chọn nguồn của pháp luật khi xét xử, kể cả việc xác định thứ tự ưu tiên áp dụng các loại nguồn ngoài luật thành văn. Tuy nhiên các việc xác định và lựa chọn này phải dựa trên cơ sở luật học và án lệ. Điều luật này cho thấy rõ tính linh động trong việc áp

dụng các loại nguồn của pháp luật và việc xây dựng qui phạm có tính cách hướng dẫn hơn là áp đặt.

Bộ luật Dân sự Trung Kỳ năm 1936 được xây dựng trên nền tảng sửa đổi lại một số điều khoản của Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ năm 1931. Do đó nội dung Điều 4 của Bộ luật Dân sự Trung Kỳ hoàn toàn giống Điều 4 của Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ như trên vừa dẫn. Tuy nhiên trong "Lời trình" Bộ luật Dân sự Trung Kỳ có một đoạn văn như sau:

Tình ý về việc toàn tu này là cốt để sửa-sang bộ-luật ở xứ Trung-Kỳ cho được rõ-ràng và thích-hiệp, điều nào có thể theo y luật hộ hiện thi-hành ở Bắc-Kỳ thời đều theo cả nhưng trước hết cũng theo ý kiến của nhân-dân trong nước đã trả lời các câu hỏi về phong-tục và ý-nguyện của dân. Có một vài điều-khoản lại phải dựa theo thể-lệ hiện-hành mà biên tập vào luật này. Nều chỗ lối văn này có hơi dài là cố ý làm cho được rõ-ràng để cho quan tòa và người đương-sự dễ hiểu và tiện hành dụng [36].

Đoạn văn này cho thấy Bộ luật Dân sự Trung Kỳ rất chú ý tới tập quán pháp và việc đơn giản hóa cách diễn đạt các qui tắc pháp lý. Việc chú ý tới phong tục tập quán khiến cho có thể lưu giữ lại được truyền thống dân tộc dù rằng dân tộc đó đang bị đô hộ bởi ngoại xâm. Nội dung của các Điều 4 này được cóp lại và đưa vào Bộ luật Dân sự năm 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ (Điều thứ 9).

Bên cạnh các Điều luật nói về việc thừa nhận tập quán pháp như một loại nguồn bổ sung quan trọng cho luật thành văn, các Bộ luật Dân sự ở dưới các chế độ cũ ở Việt Nam còn theo mô hình Bộ luật Dân sự Pháp năm 1804 có nguyên tắc cấm thẩm phán từ chối xét xử với lý do không có qui định của luật hay luật tối nghĩa, thiếu sót (Điều thứ 5 của Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ; Điều thứ 5 của Bộ luật Dân sự Trung Kỳ; và Điều thứ 8, Bộ

luật Dân sự năm 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ). Vì vậy trong trường hợp luật thành văn có những thiếu sót như trên, các thẩm phán vẫn phải tìm giải pháp để giải quyết các tranh chấp. Con đường tốt nhất để có được giải pháp dễ được chấp nhận nhất là tìm tới các qui tắc của tập quán hay phong tục bởi các qui tắc đó gần gũi nhất với người dân, với các cộng đồng nơi xảy ra các tranh chấp đó.

Với các qui tắc tổng quát về tập quán pháp nêu trên trong Bộ luật Dân sự dẫn tới việc không cần thiết nhắc lại các nguyên tắc áp dụng tập quán hay thói quen ứng xử trong Bộ luật Thương mại nữa bởi luật dân sự là nền tảng đầy chất lý luận của hệ thống luật tư [10, tr. 324-325]. Các Bộ luật Thương mại của các chế độ cũ ở Việt Nam đều nêu rõ mối liên hệ giữa luật dân sự và luật thương mại, do đó chỉ nói về tập quán chuyên biệt (nếu có) trong từng chế định riêng biệt chứ không nêu nguyên tắc tổng quát về áp dụng tập quán như trong Bộ luật Dân sự.

3.1.2. Các qui định pháp luật hiện hành về áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp thương mại

Bộ luật Dân sự 2005 qui định:

Trong trường hợp pháp luật không qui định và các bên không có thỏa thuận thì có thể áp dụng tập quán; nếu không có tập quán thì áp dụng qui định tương tự của pháp luật. Tập quán và qui định tương tự của pháp luật không được trái với những nguyên tắc qui định trong Bộ luật này [54, Điều 3].

Các qui định này cho thấy pháp luật Việt Nam chú trọng tới việc áp dụng các qui tắc của tập quán pháp để giải quyết các tranh chấp giữa các bên. Các qui tắc của tập quán pháp có thứ tự ưu tiên chỉ sau văn bản qui phạm pháp luật (mà được gọi là "pháp luật") và thỏa thuận giữa các bên liên hệ. Tuy nhiên các qui tắc được áp dụng không thể trái với các nguyên

tắc của Bộ luật Dân sự năm 2005. Vì vậy khi diễn đạt các qui định này bằng lối nói thông thường, một số luật gia Việt Nam cho rằng:

Tập quán có thể được áp dụng với tính cách là một nguồn của luật dân sự khi có đủ các điều kiện: (1) đã thành thông dụng, được đông đảo mọi người sinh sống trên cùng địa bàn hoặc cùng hành nghề trên cùng một lĩnh vực thừa nhận; (2) không trái với nguyên tắc được qui định trong Bộ luật Dân sự; và (3) chỉ được áp dụng nếu quan hệ pháp luật đó chưa được pháp luật qui định hoặc các bên trong quan hệ đó không có thỏa thuận [49, tr. 28].

Điều kiện không trái với các nguyên tắc của Bộ luật Dân sự nói trên là một điều kiện khá khó xác định bởi Bộ luật Dân sự năm 2005 tuyên bố khá nhiều nguyên tắc ở các tầng nấc khác nhau và đôi khi khó giải thích chúng trong mối liên hệ với nhau. Chẳng hạn tại Điều 4, Bộ luật Dân sự năm 2005 tuyên bố nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận có một phần nội dung rằng: "Quyền tự do cam kết, thỏa thuận trong việc xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự được pháp luật bảo đảm, nếu cam kết, thỏa thuận đó không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội". Thế nhưng tại Điều 11, Bộ luật Dân sự 2005 tuyên bố nguyên tắc tuân thủ pháp luật như sau: "Việc xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự phải tuân theo qui định của Bộ luật này và các qui định khác của pháp luật". Trong khi đó hầu như các luật gia hiểu rằng: "Tuân thủ pháp luật là hình thức thực hiện pháp luật, trong đó các chủ thể pháp luật kiềm chế, không tiến hành những hoạt động mà pháp luật cấm" [20, tr. 15]. Tự do hợp đồng có nghĩa là các bên có quyền tự do lựa chọn đối tác, tự do biểu lộ và thống nhất ý chí để tạo lập ra quyền và nghĩa vụ giữa họ với nhau. Vấn đề này đã được đề cập tới tại Điều 4 của Bộ luật Dân sự năm 2005 nêu trên. Tự do hợp đồng chỉ bị cản trở bởi các điều cấm của pháp luật và đạo đức xã hội.

Ngoài ra các bên có thể thỏa thuận khác với các qui định của pháp luật. Theo lý luận và cách hiểu của hầu hết các luật gia Việt Nam, vấn đề tuân thủ pháp luật đã được diễn đạt tại Điều 4 của Bộ luật Dân sự năm 2005. Vậy việc đặt ra thêm nguyên tắc tuân thủ pháp luật tại Điều 11 của Bộ luật Dân sự năm 2005 làm hẹp lại tự do hợp đồng một cách không chính đáng. Nói theo cách khác, Điều 4 và Điều 11 của Bộ luật Dân sự năm 2005 có sự mâu thuẫn.

Luật Thương mại năm 2005 qui định hai nguyên tắc áp dụng thói quen thương mại và áp dụng tập quán thương mại. Việc đưa ra các nguyên tắc này có thể có tính đến các đặc thù của luật thương mại (một ngành luật phát triển trên căn bản các qui tắc tập quán của các thương nhân). Thực tiễn đời sống thương mại luôn biến động, trong khi đó luật thành văn khó theo kịp, nhưng các tranh chấp vẫn xảy ra hàng ngày đòi hỏi sự giải quyết. Vì vậy hai nguyên tắc này có giá trị không chỉ đáp ứng các đòi hỏi như vậy của thương mại, mà còn góp phần làm thay đổi nhận thức chung về các loại nguồn của pháp luật.

Điều 12, Luật Thương mại năm 2005 qui định: "Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, các bên được coi là mặc nhiên áp dụng thói quen trong hoạt động thương mại đã được thiết lập giữa các bên đó mà các bên đã biết hoặc phải biết nhưng không được trái với qui định của pháp luật". Điều 13, Luật Thương mại 2005 qui định: "Trường hợp pháp luật không qui định, các bên không có thỏa thuận và không có thói quen đã được thiết lập giữa các bên thì áp dụng tập quán thương mại nhưng không được trái với những nguyên tắc qui định trong Luật này và trong Bộ luật Dân sự".

Các điều luật này cho thấy thứ tự ưu tiên áp dụng các loại nguồn pháp luật như sau:

Thứ nhất, luật thành văn;

Thứ hai, thỏa thuận giữa các bên;

Thứ ba, thói quen thương mại; và

Thứ tư, tập quán thương mại.

Thứ tự này có sự khác biệt với thứ tự được diễn đạt tại Điều 3, Bộ luật Dân sự năm 2005. Sự khác biệt ở chỗ có thêm một loại nguồn là thói quen thương mại (thói quen ứng xử). Thế nhưng cả Bộ luật Dân sự năm 2005 và Luật Thương mại năm 2005 đều có chung một vấn đề cần phải xem xét lại - Đó là vấn đề coi hợp đồng giữa các bên là loại nguồn đứng sau luật thành văn.

Thói quen thương mại và tập quán thương mại được pháp luật Việt Nam hiện nay phân biệt khá rõ ràng. Luật Thương mại năm 2005 quan niệm: "*Thói quen trong hoạt động thương mại* là qui tắc xử sự có nội dung rõ ràng được hình thành và lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài giữa các bên, được các bên mặc nhiên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng thương mại" (Điều 3, khoản 3); và "*Tập quán thương mại* là thói quen được thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại trên một vùng, miền hoặc một lĩnh vực thương mại, có nội dung rõ ràng được các bên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại" (Điều 3, khoản 4). Theo quan niệm này, thói quen thương mại là một khái niệm rộng hơn khái niệm tập quán thương mại. Tuy nhiên quan niệm này không thực sự thỏa đáng để áp dụng vào đời sống thương mại. Có quan niệm khác cho rằng: Đối với thói quen ứng xử giữa các bên trong quan hệ hợp đồng, việc chứng minh là đủ khi làm rõ được trước đó trong cùng hoàn cảnh các bên ứng xử theo cùng một cách [11, tr. 74]. Như vậy thói quen thương mại chỉ phát sinh trong mối quan hệ giữa các bên xác định trong một quan hệ hợp đồng xác định. Còn tập quán thương mại là thói quen của một cộng đồng trong lĩnh vực thương

mai. Việc Luật Thương mại năm 2005 đưa ra các định nghĩa khái niệm tập quán thương mại và thói quen thương mại như trên không theo thứ tự ABC, có nghĩa là ngụ ý về mối quan hệ logic giữa chúng. Quan niệm này có lẽ cần phải xem xét lại. Sau khi Bộ luật Dân sự 2005 và Luật Thương mại 2005 được ban hành, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao có Nghị quyết số 04/2005/NQ- HĐTP ngày 17-9-2005 định nghĩa: "Tập quán là thói quen đã thành nếp trong đời sống xã hội, trong sản xuất và sinh hoạt thường ngày, được cộng đồng nơi có tập quán thừa nhận và làm theo như một qui ước chung của cộng đồng". Định nghĩa này đã khắc phục được nhược điểm coi thói quen thương mại và tập quán thương mại có mối quan hệ thứ bậc. Tuy nhiên nó không đề cập tới tính rõ ràng của qui tắc tập quán [11, tr. 70], tức là không đề cập tới yếu tố vật chất của tập quán pháp. Vì vậy có một câu hỏi đặt ra: Cái gì có thể xác định dứt khoát quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ được điều chỉnh bằng qui tắc tập quán đó?

Việc phân biệt tập quán thương mại với tập quán dân sự hiện nay dường như phụ thuộc hoàn toàn vào các qui định của Luật Thương mại năm 2005 và Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 bởi ở đây có các qui định nhằm phân biệt giữa hành vi dân sự và hành vi thương mại, nói rộng hơn, phân biệt giữa luật dân sự và luật thương mại. Luật Thương mại năm 2005 qui định: "*Hoạt động thương mại* là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm các mục đích sinh lợi khác" (Điều 3, khoản 1). Định nghĩa này được viết theo cách thức vừa chỉ rõ phạm vi của khái niệm, vừa liệt kê giải thích các hoạt động cụ thể có bản chất thương mại, tuy nhiên chưa gắn được hoạt động thương mại với thương nhân. Không xác định trực tiếp vào hoạt động thương mại, Bộ luật Tố tụng dân sự 2004 định nghĩa:

Điều 29. Những tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án

1. Tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận bao gồm:

- a) Mua bán hàng hóa;
- b) Cung ứng dịch vụ;
- c) Phân phối;
- d) Đại diện, đại lý;
- đ) Ký gửi;
- e) Thuê, cho thuê, thuê mua;
- g) Xây dựng;
- h) Tư vấn, kỹ thuật;
- i) Vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường sắt, đường bộ, đường thủy nội địa;
- k) Vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường hàng không, đường biển;
- l) Mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá khác;
- m) Đầu tư, tài chính, ngân hàng;
- n) Bảo hiểm;
- o) Thăm dò, khai thác.

2. Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có mục đích lợi nhuận.

3. Tranh chấp giữa công ty với các thành viên của công ty, giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ty.

4. Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có qui định [53].

Điều luật này thực chất mô tả các tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại (hành vi thương mại). Nó có điểm khác với định nghĩa khái niệm "hoạt động thương mại" trong Luật Thương mại năm 2005 ở chỗ gắn hoạt động thương mại với thương nhân (những cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh). Các hành vi thương mại được liệt kê khá cụ thể. Từ đó người ta dễ dàng hơn trong việc xác định đâu là các tranh chấp thương mại và tập quán nào là tập quán có liên quan để được xem là tập quán thương mại. Tuy nhiên các hành vi thương mại này hầu hết là các hành vi thương mại do bản chất. Do vậy việc gắn chúng với tư cách của thương nhân làm phát sinh mâu thuẫn. Chẳng hạn người mua bán chứng khoán, người giao kết hợp đồng vận chuyển với tư cách là hành khách hay người gửi hàng hóa, người đầu tư không nhất thiết là thương nhân.

Ở tầm thấp hơn của pháp luật Việt Nam hiện nay có các qui định cụ thể cho một vài trường hợp áp dụng tập quán. Điều 409, khoản 4 và khoản 5, Bộ luật Dân sự năm 2005 qui định:

4. Khi hợp đồng có điều khoản hoặc ngôn từ khó hiểu thì phải được giải thích theo tập quán tại địa điểm giao kết hợp đồng.

5. Khi hợp đồng thiếu một số điều khoản thì có thể bổ sung theo tập quán đối với loại hợp đồng đó tại địa điểm giao kết hợp đồng [54].

Các qui định này, chưa nói tới việc có hoàn toàn đi vào đời sống thương mại được hay không, nhưng có sự khác biệt với các qui định có tính nguyên tắc nêu trên của Bộ luật Dân sự năm 2005 và Luật Thương mại năm 2005 về vai trò của các qui tắc tập quán pháp và thứ tự ưu tiên áp dụng các nguồn của pháp luật. Theo các qui định của Điều 409 vừa dẫn, tập

quán có vai trò bổ sung cho các hợp đồng trong trường hợp hợp đồng không qui định hoặc qui định không rõ. Các qui định này đã phản ánh được hai chức năng cơ bản của các qui tắc của tập quán pháp (theo một quan niệm) rằng:

Một mặt chúng bù đắp cho những khoảng trống trong các hợp đồng cụ thể, có nghĩa là chúng được xem như các điều kiện của hợp đồng khi các bên trong quan hệ hợp đồng đó không có thỏa thuận liên quan; *mặt khác* chúng giải thích cho các điều kiện của hợp đồng trong một chừng mực nào đó [11, tr. 69].

Như vậy về mặt lý thuyết tập quán thương mại là một loại nguồn có thứ tự ưu tiên áp dụng cao hơn cả luật thành văn trong một số trường hợp. Tuy nhiên có thể nói thứ tự ở đây do chính Bộ luật Dân sự năm 2005 (một nguồn luật thành văn chính yếu) qui định.

Luật Thương mại năm 2005 trong khi qui định cụ thể hơn về vấn đề áp dụng tập quán thương mại, song lại gây nên sự chông chéo nhất định. Điều 12 và Điều 13 của Đạo luật này (đã trích dẫn ở trên) có đưa ra nguyên tắc áp dụng thói quen thương mại và nguyên tắc áp dụng tập quán thương mại, và qui định về thứ tự ưu tiên áp dụng các loại nguồn pháp luật (đã phân tích ở trên). Trước đó tại Điều 4 và Điều 5 của Đạo luật này đã qui định vấn đề áp dụng luật như sau:

Điều 4. Áp dụng Luật Thương mại và pháp luật có liên quan

1. Hoạt động thương mại phải tuân theo luật thương mại và pháp luật có liên quan.

2. Hoạt động thương mại đặc thù được qui định trong luật khác thì áp dụng qui định của luật đó.

3. Hoạt động thương mại không được qui định trong Luật thương mại và trong các luật khác thì áp dụng qui định của Bộ luật Dân sự.

Điều 5. Áp dụng điều ước quốc tế, pháp luật nước ngoài và tập quán thương mại quốc tế

1. Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có qui định áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế hoặc có qui định khác với qui định của Luật này thì áp dụng các qui định của điều ước quốc tế đó.

2. 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 [56].

Các điều luật này thực chất vẫn qui định về các nguyên tắc áp dụng luật nhưng tách hẳn khỏi các nguyên tắc áp dụng luật qui định tại các Điều 12 và Điều 13 đã nói. Các qui định tại Điều 4 và Điều 5 nói trên có đề cập tới các đạo luật chuyên ngành trong mối tương quan với Luật Thương mại năm 2005 và Bộ luật Dân sự năm 2005, và mối tương quan giữa tập quán thương mại quốc tế với điều ước quốc tế, với hợp đồng giữa các bên và với pháp luật Việt Nam, trong khi đó Điều 12 và Điều 13 đã nói không nhắc tới các đạo luật chuyên ngành mà chỉ nói tới Luật Thương mại năm 2005 và Bộ luật Dân sự năm 2005, và cũng không đề cập tới mối tương quan giữa tập quán thương mại quốc tế với điều ước quốc tế, hợp đồng giữa các bên và pháp luật Việt Nam. Đặc biệt, qua các điều luật vừa dẫn, có thể nhận thấy: mối tương quan giữa tập quán thương mại quốc tế và tập quán thương mại trong nước không được Luật Thương mại năm 2005 đề cập tới.

Điều 4 và Điều 5 của Luật Thương mại năm 2005 ghi nhận và sửa đổi các qui định của Điều 4, Luật Thương mại năm 1997. Các điều luật (cả cũ và mới) đặt nguyên tắc: (1) Ưu tiên áp dụng các điều ước quốc tế; (2) và

các bên trong hợp đồng có yếu tố nước ngoài được quyền chọn luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế để áp dụng cho quan hệ hợp đồng, với điều kiện chúng không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Các vấn đề được đặt ra ở đây bao gồm: Đây là các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam? Tiêu chuẩn nào để đánh giá là trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam? Khi lựa chọn luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng là lựa chọn một hệ thống pháp luật hay lựa chọn một chế định hay qui định cụ thể? Nếu lựa chọn tập quán thương mại quốc tế thì có phải mô tả và chứng minh cụ thể tập quán đó không? Nếu hợp đồng lựa chọn trái rồi thì hợp đồng đó có vô hiệu không? Nếu lựa chọn trái rồi, nhưng hợp đồng đã thực hiện rồi và không xảy ra tranh chấp thì phải giải quyết nó như thế nào?...

Các câu hỏi này có lẽ được trả lời một cách vắn tắt nhất tại Điều 4, Bộ luật Hàng hải Việt Nam 2005 như sau:

Điều 4. Quyền thỏa thuận trong hợp đồng

1. Các bên tham gia trong hợp đồng liên quan tới hoạt động hàng hải có quyền thỏa thuận riêng, nếu Bộ luật này không hạn chế.

2. Các bên tham gia trong hợp đồng liên quan tới hoạt động hàng hải mà trong đó có ít nhất một bên là tổ chức hoặc cá nhân nước ngoài thì có quyền thỏa thuận áp dụng luật nước ngoài hoặc tập quán hàng hải quốc tế trong quan hệ hợp đồng và chọn Trọng tài, Tòa án ở một trong hai nước hoặc ở một nước thứ ba để giải quyết tranh chấp.

3. Trong trường hợp Bộ luật này có qui định hoặc các bên có thỏa thuận trong hợp đồng, luật nước ngoài có thể được áp dụng tại Việt Nam đối với các quan hệ hợp đồng liên quan đến

hoạt động hàng hải, nếu luật đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam [57].

Vấn đề trước tiên có thể nhận thấy là hành vi hàng hải là một hành vi thương mại do bản chất, có nghĩa là Bộ luật Hàng hải Việt Nam có thể xem là một đạo luật chuyên ngành trong lĩnh vực thương mại. Thế nhưng các qui định về lựa chọn luật áp dụng và thứ tự ưu tiên của các loại nguồn pháp luật ở Bộ luật này khác với các qui định như vậy trong Luật Thương mại năm 2005. Từ đây có thể nhận xét các nguyên tắc về áp dụng pháp luật và thứ tự ưu tiên các loại nguồn được qui định tại Luật Thương mại năm 2005 không đủ sức khái quát, nói cách khác, chưa hoàn toàn thỏa đáng. Tại đây cần lưu ý thêm rằng Bộ luật Hàng hải Việt Nam là một bộ luật phức hợp bao gồm cả các qui định của luật tư và luật công. Nhưng các qui định về luật tư trong lĩnh vực hàng hải, trừ các qui định liên quan tới quyền sở hữu tàu biển, bồi thường dân sự và lao động, còn lại hầu hết là các qui định về thương mại hàng hải. Vậy tập quán hàng hải phần lớn là tập quán thương mại.

Các qui định tại Điều 4, Bộ luật Hàng hải năm 2005 lấy quyền tự do hợp đồng là nguyên tắc cho các qui định của luật tư trong đó. Vấn đề này được thể hiện thông qua quyền tự do thiết lập các điều kiện của hợp đồng mà được gọi là quyền thỏa thuận riêng. Nó còn được thể hiện thông qua việc các bên tự do thỏa thuận áp dụng luật nước ngoài, tập quán hàng hải quốc tế và cơ chế giải quyết tranh chấp, cũng như cơ quan tài phán. Theo nguyên tắc của tư pháp quốc tế, quyết định phán xử của cơ quan tài phán nước ngoài, dù theo pháp luật nào, thì có thể được thi hành tại Việt Nam nếu không chống lại trật tự công cộng hoặc đạo đức. Các bên hợp đồng cũng có thể thỏa thuận áp dụng luật nước ngoài hoặc tập quán quốc tế tại Việt Nam (có nghĩa là cơ quan tài phán Việt Nam xét xử). Việc từ chối áp

dụng luật nước ngoài hoặc tập quán quốc tế tại Việt Nam thuộc sự lựa chọn của các cơ quan tài phán Việt Nam khi luật nước ngoài hoặc tập quán quốc tế chống lại trật tự công cộng hoặc đạo đức ở Việt Nam. Việc lựa chọn áp dụng pháp luật nước ngoài và tập quán thương mại quốc tế không cần thiết phải chỉ rõ và chứng minh chúng trong hợp đồng.

Khuyến hướng đáng lưu ý hiện nay được Unidroit ghi nhận trong tài không nhất thiết phải tuân theo pháp luật của một quốc gia nào, do đó khuyến các bên trong quan hệ hợp đồng có yếu tố nước ngoài rằng: đồng thời với việc lựa chọn Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế làm luật áp dụng, nên lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp là trọng tài thương mại, tuy nhiên không quên nhắc nhở rằng: quốc gia cũng có thể có các qui phạm bắt buộc đối với quan hệ hợp đồng dù hợp đồng được điều chỉnh theo bất kỳ luật nào [69, tr. 34-35].

Ngoài các qui định tiêu biểu nói trên các đạo luật chuyên ngành thương mại khác cũng có các qui định về áp dụng tập quán thương mại. Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000 qui định:

Điều 2. Áp dụng Luật kinh doanh bảo hiểm, pháp luật có liên quan, điều ước quốc tế, tập quán quốc tế

1. Tổ chức và hoạt động kinh doanh bảo hiểm trên lãnh thổ Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam phải tuân thủ qui định của Luật này và các qui định khác của pháp luật có liên quan.

2. Trong trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ký kết hoặc tham gia có qui định khác với các qui định của Luật này thì áp dụng qui định của điều ước quốc tế đó.

3. Các bên tham gia bảo hiểm có thể thỏa thuận áp dụng tập quán quốc tế, nếu tập quán đó không trái với pháp luật Việt Nam [52].

Các qui định này không chia các hợp đồng bảo hiểm thành các hợp đồng có yếu tố nước ngoài và các hợp đồng không có yếu tố nước ngoài, mà đặt ra các qui chung cho việc áp dụng pháp luật đối với bất kỳ loại hợp đồng bảo hiểm nào. Tuy nhiên các qui định này không nói rõ việc áp dụng pháp luật và tập quán cho các quan hệ hợp đồng mà chỉ nói tới áp dụng cho tổ chức và hoạt động kinh doanh bảo hiểm ở Việt Nam. Thực chất Luật Kinh doanh bảo hiểm bao gồm các qui định về ba mảng vấn đề lớn của kinh doanh bảo hiểm. Đó là thị trường bảo hiểm, giao dịch bảo hiểm và kiểm soát bảo hiểm. Có lẽ qua định nghĩa về kinh doanh bảo hiểm tại Điều 3, khoản 1 của Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000, thì người ta có thể suy luận ra việc áp dụng tập quán trong kinh doanh bảo hiểm chủ yếu cho các quan hệ hợp đồng bảo hiểm, tức là hợp đồng được giao kết giữa doanh nghiệp bảo hiểm và người mua bảo hiểm vì quyền lợi của người được bảo hiểm.

Luật Đầu tư năm 2005, tại Điều 5, khoản 4 cũng có các qui định về việc áp dụng tập quán với nội dung như sau:

Đối với hoạt động đầu tư nước ngoài, trong trường hợp pháp luật Việt Nam chưa có qui định, các bên có thể thỏa thuận trong hợp đồng việc áp dụng pháp luật nước ngoài và tập quán đầu tư quốc tế nếu việc áp dụng pháp luật nước ngoài và tập quán đầu tư quốc tế đó không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam [55].

Các qui định này có quan niệm khác với hầu hết quan niệm hiện thời ở Việt Nam và các nước trên thế giới về tập quán, tức là chúng không đặt ra điều kiện đối với các qui tắc tập quán được áp dụng mà đặt ra điều kiện đối với "việc áp dụng" tập quán. Thông thường các qui tắc tập quán có thể được áp dụng nếu không chống lại trật tự công cộng hay đạo đức hoặc các nguyên tắc cơ bản của pháp luật. Tuy nhiên cũng có thể giải thích việc

áp dụng tập quán là trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam nếu áp dụng các qui tắc mà không được phép áp dụng; và các qui tắc không được phép áp dụng là các qui tắc trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Cách giải thích này là miễn cưỡng bởi sự không chính xác của các qui định nêu trên.

Ngoài các qui định của các luật vật chất nêu trên, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 cũng có nhiều qui định đề cập tới tập quán. Tuy nhiên các qui định này đều xem tập quán với tính cách là chứng cứ hoặc nguồn chứng cứ. Điều 82, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 được sửa đổi, bổ sung năm 2011 tại khoản 7 coi tập quán là một nguồn chứng cứ. Tiếp đó Điều 83, khoản 7 của Bộ luật này có qui định: "Tập quán được coi là chứng cứ nếu được cộng đồng nơi có tập quán đó thừa nhận". Qui định này thực chất đã đưa ra một định nghĩa về tập quán trên căn bản một yếu tố - Đó là yếu tố tâm lý. Qui định này dường như xuất phát từ việc yếu tố vật chất của tập quán là đương nhiên. Như vậy có thể dẫn đến một câu hỏi: Liệu người nại ra tập quán có phải chứng minh yếu tố vật chất của qui tắc tập quán không? Nếu không có yếu tố này thì không thể có qui tắc tập quán. Một qui phạm định nghĩa như trên không chỉ gây khó khăn cho thực tiễn tư pháp mà còn làm mâu thuẫn trong bản thân hệ thống pháp luật và gây mâu thuẫn giữa các qui định của pháp luật với lý luận pháp luật.

Tóm lại, các qui tắc tập quán phát sinh trong các giao dịch giữa người này với người khác. Do đó hầu hết các luật liên quan tới hợp đồng đều đề cập tới việc áp dụng các tập quán nếu như nền tài phán ở nơi ban hành các luật đó thừa nhận tập quán pháp là một loại nguồn của pháp luật. Các hệ quả phát sinh từ vấn đề áp dụng tập quán bao gồm: thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán; các điều kiện áp dụng tập quán; cách thức áp dụng tập quán và việc nhất thể hóa các vấn đề nêu trên trong các đạo luật liên quan tới

hợp đồng. Việc áp dụng tập quán thương mại là một vấn đề pháp lý không chỉ được quan tâm bởi các luật vật chất, mà còn là đối tượng của sự quan tâm của cả luật tố tụng.

3.2. THỰC TIỄN ÁP DỤNG TẬP QUÁN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

3.2.1. Thực tiễn áp dụng luật tục

Nói về luật tục và việc áp dụng luật tục Tây Nguyên, PGS.TSKH. Phan Đăng Nhật tóm tắt:

Luật tục do toàn thể cộng đồng xây dựng nên nội dung các điều luật. Hội đồng thi hành luật tục do nhân dân trực tiếp cử lên và cũng chính tập thể cộng đồng trực tiếp kiểm soát việc thi hành luật tục, ngăn ngừa những sai phạm và khuyến khích việc ứng xử tốt [45, tr. 63].

Qua đây ta không chỉ thấy tính dân chủ trong việc thiết lập, cũng như thi hành các qui tắc của tập quán pháp, mà còn cho thấy sức sống và cách thức áp dụng tập quán pháp một cách hữu hiệu, có nghĩa là tập quán pháp có con đường riêng của nó, phần nào độc lập với sự cưỡng chế thi hành của nhà nước. Đây có thể là một gợi ý quan trọng cho việc thiết lập cơ chế thi hành tập quán pháp ở Việt Nam hiện nay.

Luật tục hiện vẫn được áp dụng tại một số nơi ở Việt Nam, điển hình là ở Tây Nguyên. Theo nghiên cứu của Y Nha, Nguyễn Lộc và Y Phi, hợp đồng theo luật tục Ê đê được giao kết bằng lời nói. Nếu hợp đồng có giá trị lớn thì mỗi bên cử một đại diện mà thường là người họ hàng thân thích nhà vợ. Người đại diện có ba chức năng: *Thứ nhất*, cam kết thực hiện nghĩa vụ hợp đồng cho các bên; *thứ hai*, nhân chứng; và *thứ ba*, giải quyết tranh chấp giữa các bên. Tuy nhiên người đại diện không có nghĩa vụ thực hiện hợp đồng [42]. Trong tục lệ này người đại diện phần nào đó có vai trò của người bảo lãnh làm cho các bên tin tưởng mà giao kết hợp đồng, nhưng

lại không có vai trò gì trong việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng khi mà nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm bởi bên giao kết hợp đồng. Như vậy có thể nói quan hệ gần gũi và gói gọn trong dòng họ và cộng đồng khiến cho qui tắc này có giá trị. Tuy nhiên sẽ là không thích hợp, nếu sử dụng qui tắc này cho các quan hệ thương mại phức tạp hoặc ngoài phạm vi cộng đồng.

Khi tranh chấp hợp đồng, Y Nha, Nguyễn Lộc và Y Phi tóm lược thủ tục xét xử theo luật tục Ê đê như sau: Đại diện của các bên tranh chấp thương lượng với nhau để hai bên tự thỏa thuận. Nếu thỏa thuận không thành, thì các đại diện xem xét để đưa ra quyết định về tranh chấp và áp dụng chế tài. Nếu không thỏa mãn với quyết định này thì một trong các bên có thể yêu cầu già làng hoặc trưởng buôn giải quyết. Trong trường hợp các bên tự thỏa thuận thành thì thỏa thuận đó có hiệu lực thi hành. Sau thỏa thuận thành, đại diện các bên bắt các bên cam kết thi hành đúng nội dung đã thỏa thuận và không được quyền khiếu nại hay kiện lên già làng hoặc trưởng buôn nữa. Nếu bên nào vi phạm thì bị phạt gấp đôi giá trị tranh chấp. Trong trường hợp già làng hoặc trưởng buôn giải ra quyết định giải quyết tranh chấp thì quyết định đó có hiệu lực thi hành ngay. Thông thường hình thức ra quyết định bằng lời nói và nói rõ nội dung gì không được khiếu nại. Nếu vẫn khiếu nại các nội dung này sẽ bị phạt [43]. Các qui tắc tổ tụng này cho thấy một lần nữa sự chung sống gần gũi và vai trò lòng tin của đồng bào Ê đê. Tuy nhiên các qui tắc tổ tụng này khó có thể chứa đựng nổi các tranh chấp thương mại trong đời sống hiện đại.

3.2.2. Thực tiễn áp dụng tập quán tại tòa án

Các vụ việc có áp dụng tập quán thương mại không nhiều, nếu có thì chủ yếu là các vụ việc có liên quan tới các tranh chấp về thương mại có yếu tố nước ngoài. Trong thực tiễn xét xử của tòa án, có hai vụ việc sau khá nổi tiếng được nhiều người quan tâm.

*** Vụ việc thứ nhất**

Vụ "cây chà 19 tiếng" là một vụ việc được Tòa án nhân dân tối cao áp dụng tập quán trong nước, mang tính điển hình mà một số học giả đã có những bình luận sâu sắc, nhưng trái ngược nhau. Tuy nhiên vụ việc này nhiều người cho rằng chỉ liên quan ít nhiều tới hoạt động thương mại, chứ không hẳn là một tranh chấp mang tính chất thương mại thuần túy. Theo Quyết định số 93/GĐT-DS ngày 27/5/2002 của Tòa dân sự Tòa án nhân dân tối cao (quyết định giám đốc thẩm), đây là vụ tranh chấp quyền sở hữu cây chà và đòi lại quyền khai thác địa điểm đánh bắt hải sản tại địa điểm đã đặt cây chà ở lãnh hải. Nội dung vụ việc như sau:

Bà Chiêm Thị Mỹ Loan là chủ sở hữu một tàu đánh bắt hải sản thuê ông Trang Văn Hường (tức Huệ) làm tài công của con tàu này. Ông Hường đã dùng cây dừa, đá, sọt tre và dây nhựa... để đặt một "cây chà" cách bờ biển huyện Long Hải 19 tiếng đồng hồ nên gọi là "cây chà 19 tiếng" để làm dấu khu vực độc quyền đánh bắt hải sản từ năm 1992. Sau khi ông Hường nghỉ, ông Trần Văn Hùng được thuê làm tài công. Đến năm 1999, bà Loan phát hiện ra ông Hùng đã cho ông La Văn Thanh cây chà này. Vì vậy bà kiện đòi ông Thanh trả lại cây chà, cũng như đòi lại quyền khai thác hải sản ở khu vực này.

Tòa án nhận định vụ việc này như sau:

Bà Loan đòi ông Thanh trả lại cây chà nhưng không chứng minh được việc ông Thanh đang chiếm giữ tài sản thuộc sở hữu của bà Loan. Ông Hùng là người đã đặt chà và khai thác cây chà xác định khi ông nhượng địa điểm đánh bắt cho ông Thanh thì cây chà không còn. Chính bà Loan thừa nhận chi phí làm chà đã được trừ vào chi phí mỗi chuyến đi biển. Do vậy, dù cây chà có tồn tại khi ông Thanh tiếp nhận điểm đánh bắt thì cũng không thuộc sở hữu của bà Loan.

Về quyền ưu tiên khai thác điể đánh bắt hải sản: Đây là vùng biển xa bờ, pháp luật chưa quy định về quyền ưu tiên khai thác nên quyền ưu tiên phải được xác định theo tập quán. Theo xác minh ở chính quyền địa phương và cơ quan chuyên môn (Ban Hải sản thị trấn Long Hải) thì tài công là người có quyền chọn và cho người khác điể đánh bắt; địa điể đã bị bỏ hơn ba tháng không khai thác thì có quyền khai thác. Như vậy, việc ông Thanh sử dụng điể đánh bắt hải sản hiện nay (địa điể tranh chấp) là phù hợp với tập quán, không trái pháp luật, không vi phạm quyền lợi hợp pháp của bà Loan.

Vì vậy Tòa án quyết định:

Hủy án dân sự phúc thẩm số 46 ngày 14/12/2000 của Tòa án nhân dân tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu, giữ nguyên án dân sự sơ thẩm số 94 ngày 13/10/2000 của Tòa án nhân dân huyện Long Điền xử việc tranh chấp điể đánh bắt hải sản giữa nguyên đơn Chiêm Thị Mỹ Loan và bị đơn La Văn Thanh [64].

PGS. TS Đỗ Văn Đại bình luận rằng:

Về vấn đề "yêu cầu đòi lại quyền khai thác địa điể đặt chà". Khi xét xử Tòa án đã áp dụng tập quán. Cụ thể, theo Tòa án, "đây là vùng biển xa bờ, pháp luật chưa quy định về quyền ưu tiên khai thác nên quyền ưu tiên phải được xác định theo tập quán. Theo xác minh ở chính quyền địa phương và cơ quan chuyên môn (Ban hải sản thị trấn LH) thì tài công là người có quyền chọn và cho người khác điể đánh bắt; địa điể đã bị bỏ hơn ba tháng không khai thác thì có quyền khai thác. Như vậy, việc ông Th. sử dụng điể đánh bắt hải sản hiện nay (địa điể tranh chấp) là phù hợp với tập quán, không trái pháp luật, không vi phạm quyền lợi hợp pháp của bà L. [18, tr. 20].

Phân tích nội dung của tập quán, PGS. TS Đỗ Văn Đại đưa ra mấy lý lẽ sau: *Thứ nhất*, tài công là người có quyền chọn điểm đánh bắt hải sản; *thứ hai*, tài công là người có quyền cho người khác điểm đánh bắt; và *thứ ba*, địa điểm đã bị bỏ hơn ba tháng không khai thác thì có quyền khai thác [18, tr. 21].

Về điều kiện áp dụng tập quán, PGS. TS Đỗ Văn Đại lập luận: *Thứ nhất*, vấn đề này chưa được pháp luật qui định; *thứ hai*, các bên không có thỏa thuận khác; và *thứ ba*, tập quán được áp dụng không trái với những nguyên tắc của pháp luật và đạo đức xã hội [18, tr. 21-23].

Không đồng tình với phán quyết và lời bình nói trên, PGS.TS Ngô Huy Cương nhận xét:

Có lẽ việc áp dụng tập quán trong vụ "Cây chà 19 tiếng" như trên là trái với nguyên lý căn bản của luật tài sản của Việt Nam. Tòa án, trong quyết định của mình, *một mặt* thừa nhận quyền loại trừ của người lập cây chà đối với bất kỳ người nào từ việc khai thác thủy sản tại khu vực đặt cây chà hay nói cách khác thừa nhận quyền đối kháng của người lập cây chà với cả thế giới từ việc khai thác hải sản tại khu vực đó (mà tòa án cho rằng đó là quyền theo tập quán chung tại địa phương đó), nên *mặt khác* thừa nhận quyền tự do khai thác địa điểm đặt cây chà cụ thể của ông Thanh bởi ông Hùng đã từ bỏ hay định đoạt quyền loại trừ của mình hơn ba tháng theo tập quán [11, tr. 72].

Tiếp theo PGS.TS Ngô Huy Cương nhận xét và đặt vấn đề:

Hiểu rằng quyền loại trừ là xương sống của quyền sở hữu, có nghĩa là khi một người thủ đắc quyền sở hữu thì người này có quyền loại trừ hay chống lại mọi người từ việc tiếp cận tới đối tượng thuộc sở hữu của mình. Nói cách khác chủ sở hữu có

quyền thống trị trên tài sản của mình. Tòa án Việt Nam thừa nhận quyền loại trừ của một người được thiết lập theo tập quán như vậy trên tài sản thuộc sở hữu toàn dân hay tài sản chung phải chăng là hợp lý? [11, tr. 72].

Trong vụ việc trên Tòa án nhân dân tối cao chỉ căn cứ vào lời khai của một cán bộ trong Ban hải sản của thị trấn Long Hải để đi đến kết luận là có một tập quán như Quyết định số 93/GĐT-DS ngày 27/5/2002 của Tòa dân sự Tòa án nhân dân tối cao dẫn giải và không xem xét đến chứng minh ngược lại của nguyên đơn Chiêm Thị Mỹ Loan được đưa ra trong Đơn xin tái thẩm. Trong đơn này có một đoạn lập luận như sau:

Tập quán địa phương không hề có tập quán "tài công là người có quyền chọn và cho người khác điễm đánh bắt cá" mà chỉ có tập quán ăn chia lợi nhuận, phương thức đầu tư của chủ ghe, tạo thành một thông lệ quan hệ giữa người đầu tư (chủ ghe) và tài công, ngư dân (bạn ghe). Vì nếu có một tập quán tài công muốn cho ai thì cho, muốn bán cho ai địa điễm đánh bắt cá... thì sẽ không còn chủ ghe nào đầu tư, không còn ai dám mượn tài công. Giả thiết rằng một người có 5 ghe, mượn 5 tài công rồi do mâu thuẫn, 5 tài công này đem cho hoặc bán cho 5 địa điễm đánh bắt cá thì chủ ghe chỉ còn đường sạt nghiệp... quan hệ xã hội, quan hệ làm ăn từ đó mâu thuẫn triền miên, nhất là tạo một tiền lệ nguy hiểm về sau.

Không quan tâm đến phản chứng minh và hiểu sai lệch về bản chất pháp lý, cũng như bản chất kinh tế của hành vi đặt cây chà, cũng như không quan tâm tới điều kiện áp dụng tập quán, người làm thực tiễn xét xử liên quan tới vụ việc này viết như sau:

Tập quán nói trên đã cung cấp ba căn cứ quan trọng. *Một là:* khi tài công đã "làm cây trà" để cho cá trú ngụ thì tài công đó có quyền khi thác địa điễm đánh bắt này, các thuyền đánh bắt hải sản

khác phải tôn trọng. *Hai là*: tài công có quyền bỏ hoặc cho người khác khai thác địa điểm này và lập một địa điểm mới chưa có người lập trà để tạo dựng một "cây trà" mới làm địa điểm khai thác. *Ba là*: dù tài công không cho ai nhưng nếu bỏ "cây trà" hơn ba tháng không khai thác thì người khác có quyền khai thác. Dựa trên tập quán đó quyết định giám đốc thẩm đã hủy bản án phúc thẩm, giữ nguyên bản án sơ thẩm bác yêu cầu của bà Loan [37, tr. 187].

Qua vụ việc trên và các bình luận liên quan, có thể thấy áp dụng tập quán nói chung và áp dụng tập quán thương mại nói riêng bao hàm cả các vấn đề của luật vật chất và cả các vấn đề của luật tố tụng. Điều đó đòi hỏi thẩm phán phải có trình độ năng lực chuyên môn giỏi, phẩm chất tốt và hiểu biết rộng. Tòa án đã sai lầm khi đưa ra phán quyết dựa trên cái gọi là "tập quán". Sai lầm này có nguyên nhân chủ yếu do không nắm chắc nghĩa vụ chứng minh tập quán, cũng như kỹ thuật chứng minh tập quán. Do chỉ dựa trên kết quả điều tra, chứng minh chưa đạt chuẩn của kiểm sát viên trong khi không xem xét tới phản chứng của nguyên đơn, nên đã vi phạm nghiêm trọng cả về luật vật chất lẫn luật tố tụng: *Thứ nhất*, các tình tiết cần phải chứng minh trong hoạt động chứng minh tập quán bị bỏ qua bởi không xác định được không gian và thời gian tồn tại của qui tắc tập quán đó, cũng như không xác định được các thành viên trong cộng đồng ngư nghiệp địa phương có biết tới tập quán đó hay không và có tự nguyện tuân thủ nó hay không (giả định rằng có qui tắc vật chất của tập quán tồn tại trong một không gian và thời gian nhất định); *Thứ hai*, nếu chứng minh được có một qui tắc tập quán như vậy tồn tại thì nó cũng không thể được áp dụng bởi qui tắc tập quán như vậy chống lại nguyên tắc căn bản của pháp luật về tài sản của Việt Nam liên quan tới việc cho bên đặt cây chà quyền loại trừ người khác trong vùng biển thuộc sở hữu toàn dân.

*** Vụ việc thứ hai**

Đây là một vụ việc áp dụng tập quán quốc tế. Nội dung vụ việc được mô tả trong Bản án số 02/2005/KT-ST ngày 22/8/2005 của Tòa án nhân dân tỉnh Khánh Hòa như sau:

Công ty cổ phần xuất nhập khẩu Thủy sản NT có đơn xin bảo lãnh và yêu cầu mở thư tín dụng (L/C) vào các ngày 14 đến ngày 17-7-1995 do ông Phạm Ngọc M. - Giám đốc công ty ký với lý do để thực hiện hợp đồng kinh tế số 04-95 ngày 12-7-1995 về việc nhập dây chuyền và công nghệ sản xuất sứ vệ sinh cao cấp giữa Công ty cổ phần xuất nhập khẩu Thủy sản NT với Công ty SY trị giá 1.250.000 USD. VCB NT do ông Lê Ngọc H. - Phó giám đốc đã ký văn bản chấp thuận ngày 25-7-1995 bảo lãnh số tiền mua bán của hợp đồng 04-95, đồng thời cùng ngày mở L/C số 015060 029 ULC 0575. Khi ngân hàng mở L/C thì Công ty cổ phần xuất nhập khẩu Thủy sản NT chưa đủ điều kiện để được bảo lãnh, cụ thể: Công ty cổ phần xuất nhập khẩu Thủy sản NT chưa có giấy phép nhập khẩu lô hàng (đến ngày 23-11-1995) Công ty cổ phần xuất nhập khẩu Thủy sản NT mới có giấy phép nhập khẩu lô hàng); chưa có tiền ký quỹ 5% như quy định (đến ngày 11-8-1995 tức 16 ngày sau khi mở L/C thì Công ty cổ phần xuất nhập khẩu Thủy sản NT mới đủ tiền ký quỹ).

Như vậy, theo Pháp lệnh hợp đồng kinh tế thì giao dịch bảo lãnh của đương sự nói trên bị vô hiệu từ khi ký kết do không bảo đảm các điều kiện để mở L/C.

Thư tín dụng (L/C) số C075 được mở là L/C không hủy ngang. Theo quy định quốc tế về thực hiện thư tín dụng tại điểm d Điều 9 UCP 500 thì L/C không hủy ngang chỉ được sửa đổi hoặc hủy bỏ khi có sự đồng ý của cả bốn bên: ngân hàng phát hành hối phiếu, ngân hàng bảo lãnh, người trả tiền và người hưởng tiền. Ngày 03-8-1995, ngân hàng phát hành

là Ngân hàng KEB tại Manila đã phát hành hối phiếu trị giá 1.250.000USD gửi cho VCB NT kèm theo bộ chứng từ theo quy định. VCB NT đã chuyển hối phiếu và toàn bộ chứng từ cho bên mua hàng là Công ty NT xem xét, đối chiếu. Ngày 14-8-1995, Giám đốc Công ty NT đã ký nhận vào sau hối phiếu. Việc ký xác nhận vào hối phiếu trên có nghĩa là Công ty NT chấp nhận thanh toán số tiền 1.250.000USD cho KEB. Sau khi Giám đốc Công ty NT ký nhận hối phiếu, VCB NT đã báo cho KEB là Công ty NT đã nhận nợ. Là một giám đốc Công ty xuất nhập khẩu, ông Phạm Ngọc M. phải nhận thức được ý nghĩa của việc ký vào hậu hối phiếu và phải biết rằng đây là loại L/C không hủy ngang, nhưng ngày 16-4-1996, Công ty NT lại tự ý trả lại hàng cho SY và ngày 17-4-1996, Công ty lại tự ý thỏa thuận hủy L/C với Công ty SY mà không hề xin ý kiến hoặc báo cho VCB NT biết. Như vậy, việc trả lại hàng cho bên bán, hủy L/C là do Công ty NT tự thực hiện, nên công ty NT phải gánh chịu trách nhiệm về khoản tiền mà đối tác nước ngoài đã chiếm dụng.

Công ty NT cho rằng, ngày 24-4-1996 công ty có báo cho VCB NT biết việc công ty NT đã hủy L/C và ông Phó giám đốc VCB NT đã đồng ý cho hủy nên Công ty NT không có trách nhiệm thanh toán tiền lại cho VCB NT. Theo UCP 500, mặc dù VCB NT có đồng ý hủy L/C đi chăng nữa thì L/C không hủy ngang cũng không được hủy khi chưa có sự đồng ý của Ngân hàng phát hành (KEB). Do đó không thể cho rằng việc VCB NT đồng ý cho hủy L/C đồng nghĩa với việc chấm dứt nghĩa vụ thanh toán của Công ty cổ phần xuất nhập khẩu Thủy sản NT.

Trong vụ án này, công ty V là công ty mua lại hàng của Seaprodex NT. Quan hệ này giữa Seaprodex NT và Công ty TV là quan hệ nội thương không ảnh hưởng đến L/C đã mở. sau khi mọi việc đổ bể, VCB NT đã nỗ lực tìm mọi cách để thu hồi vốn nên ngày 04-02-1999 đã có cuộc họp giữa

Seaprodex NT, VCB NT và TV để bàn về trả nợ. Tại cuộc họp, Công ty TV đồng ý nhận nợ kèm theo một số điều kiện mà VCB NT không thể chấp nhận được. Việc công ty TV đồng ý nhận nợ là sự tự nguyện chứ không thể buộc được vì quá trình mở L/C cũng hư trả lại hàng hóa cho SY chỉ một mình Seaprodex NT quyết định và thực hiện. Đến nay, công ty không nhận trách nhiệm thanh toán nên không có cơ sở buộc Công ty TV phải chịu trách nhiệm thanh toán tiền cho VCB N được.

Tại phiên tòa, đại diện VCB NT đã nhận thức được các lỗi của mình trong quá trình mở L/C cho Seaprodex nên chỉ yêu cầu Tòa án buộc Seaprodex NT phải thanh toán lại cho VCB NT tiền gốc mà VCB NT đã trả cho nước ngoài là 875.000USD, các loại phí và lãi VCB NT không yêu cầu. Đây là sự tự nguyện của nguyên đơn, đúng pháp luật nên Tòa chấp nhận.

Đối với số tiền 62.500USD mà Seaprodex NT đã ký quỹ, khi Tòa án TP có quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời số 767/BPTT-KT ngày 03-6-1997 buộc VCB NT trả lại cho Seaprodex số tiền 62.500USD, VCB NT đã chấp hành quyết định của Tòa án TP và số tiền ký quỹ 62.500USD. VCB NT đã trả lại cho Seaprodex NT để Seaprodex NT thanh toán L/C 0602. Như vậy, số tiền ký quỹ 62.500USD đã không còn nên Seaprodex NT phải trả cho VCB NT toàn bộ số tiền 875.000USD là có căn cứ.

Tòa án nhân dân tỉnh Khánh Hòa đã ra phán quyết: "Chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn VCB NT. Công ty cổ phần xuất nhập khẩu Thủy sản NT phải thanh toán cho VCB NT số tiền bảo lãnh mở thư tín dụng là 875.000USD" [18, tr. 24-29].

Như vậy Tòa án đã áp dụng các qui tắc tập quán thương mại quốc tế được tập hợp lại trong bộ UCP 500 (Bản quy tắc và Thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ phiên bản 500) do Phòng Thương mại Quốc tế phát hành.

Vụ việc này cho thấy việc lựa chọn và áp dụng tập quán, tuy đã được tập hợp và hướng dẫn khá chi tiết, nhưng đầy khó khăn bởi việc xác định quan hệ đang tranh chấp. Vấn đề chứng minh tập quán vẫn được đặt ra. Song việc chứng minh tập quán được thuận lợi và dễ dàng hơn do các qui tắc tập quán đã được tập hợp hóa trong những văn kiện nhất định. Đây là một bài học quan trọng cho việc tìm kiếm, sưu tập và tập hợp các qui tắc tập quán ở Việt Nam hiện nay. Tuy nhiên phải thấy rằng việc tuân theo chỉ dẫn về việc thu thập tập quán và chứng minh tập quán của nhà thực tiễn xét xử Trương Duy Lượng đã nêu ở tiểu mục 2.5.3. không thích hợp với việc áp dụng tập quán trong vụ việc này.

Thông qua các diễn giải của Trương Duy Lượng, có thể thấy những người soạn thảo Bộ luật Tố tụng dân sự 2004 không mặn mà với việc xem tập quán là chứng cứ, nhưng do thực tiễn xét xử trong một vài vụ việc nên đã xác định như vậy: "Sở dĩ, Bộ luật Tố tụng dân sự đã ghi nhận tập quán cũng chứa đựng chứng cứ là xuất phát từ thực tiễn xét xử bởi lẽ, trong thời gian qua Tòa án đã gặp những tình huống như vậy" [37, tr. 186].

Điều này nói lên rằng thực tiễn xét xử ở Việt Nam có sự ảnh hưởng phần nào đó đến xây dựng văn bản pháp luật. Tuy nhiên nếu chỉ vướng phải một vài vụ việc mà chưa khái quát đầy đủ và chưa nghiên cứu kỹ lưỡng đã đưa vào xây dựng luật thì có thể sẽ dẫn tới những khó khăn khác chưa lường trước được. Đối với các tranh chấp pháp lý, các bên có thể không từ chối sự kiện nhưng không thừa nhận quyền hoặc nghĩa vụ pháp lý đã phát sinh từ sự kiện đó [15]. Tập quán trong trường hợp này có vai trò xác định quyền và nghĩa vụ của các bên liên quan tới tranh chấp. Do đó nó cần phải được xem xét theo một qui trình đặc biệt hơn so với các loại chứng cứ khác.

3.3. NHỮNG BẤT CẬP CHỦ YẾU LIÊN QUAN TỚI ÁP DỤNG TẬP QUÁN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY VÀ NGUYÊN NHÂN CỦA NHỮNG BẤT CẬP ĐÓ

3.3.1. Những bất cập chủ yếu liên quan tới áp dụng tập quán ở Việt Nam hiện nay

Các qui tắc tập quán hình thành trong đời sống xã hội Việt Nam rất đa dạng và phong phú. Pháp luật Việt Nam trước kia đã tạo ra một môi trường pháp lý đầy đủ để áp dụng các tập quán. Tuy nhiên các tập quán hình thành ở Việt Nam liên quan đến hoạt động thương mại không nhiều bởi các điều kiện phát triển thương mại thiếu thốn. Việc giao thương quốc tế hiện nay là không thể tránh khỏi do xu thế toàn cầu hóa chi phối. Vì vậy để chủ động hội nhập, Nhà nước đã ban hành nhiều đạo luật mà trong đó làm bật lên nguyên tắc áp dụng tập quán thương mại bởi trong giao thương quốc tế các qui tắc tập quán có vai trò rất lớn chi phối các hoạt động thương mại. Thế nhưng trên thực tế các đạo luật và thực tiễn áp dụng tập quán hiện nay có rất nhiều bất cập.

Thứ nhất, như trên đã phân tích nguyên tắc áp dụng tập quán được qui định ở hầu hết các đạo luật về dân sự và thương mại. Nhưng các đạo luật đó lại diễn đạt khá khác nhau về nguyên tắc này. Việc này có thể gây nên khó khăn và phức tạp trong việc lựa chọn, chứng minh, đánh giá và áp dụng các qui tắc tập quán đối với các tranh chấp cụ thể, trong khi các đạo luật này bao gồm các qui tắc của hai ngành luật có mối liên hệ với nhau như mối liên hệ giữa cái chung và cái riêng, và bao gồm các qui tắc của các chế định khác nhau trong một ngành luật cũng có mối quan hệ giữa cái chung và cái riêng như vậy. Chẳng hạn đầu tư, bảo hiểm, hàng hải thương mại đều là các hành vi thương mại do bản chất, là các chế định của luật thương mại và được thể hiện trong các đạo luật tương ứng là Luật Đầu tư năm 2005, Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000, Bộ luật Hàng hải năm

2005. Nhưng các đạo luật này lại diễn đạt nguyên tắc áp dụng tập quán không hoàn toàn giống nhau về mặt nội dung và đôi khi khác với cách diễn đạt của Luật Thương mại năm 2005.

Thứ hai, khái niệm tập quán chưa được các đạo luật làm rõ và làm đồng nhất. Trước hết có thể thấy các khái niệm về tập quán trong Bộ luật Dân sự năm 2005, Luật Thương mại năm 2005 và Nghị quyết số 04/2005/NQ-HĐTP ngày 17/9/2005 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao không đồng nhất. Bên cạnh đó các quy định của luật vật chất và các quy định của luật tố tụng liên quan tới tập quán cũng có những mâu thuẫn nhất định không chỉ ở định nghĩa khái niệm tập quán mà là ở xuất phát điểm của quan niệm về tập quán. Chẳng hạn như đã phân tích ở trên: Bộ luật Dân sự năm 2005, Luật Thương mại năm 2005, Bộ luật Hàng hải năm 2005, Luật Đầu tư năm 2005, Luật Kinh doanh Bảo hiểm năm 2000... đều coi tập quán như một loại nguồn bổ sung quan trọng của pháp luật, trong khi đó Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 lại coi tập quán như một loại chứng cứ mà "Tòa án dùng làm căn cứ để xác định yêu cầu hay phản đối của đương sự là có căn cứ và hợp pháp hay không cũng như những tình tiết khác cần thiết cho việc giải quyết đúng đắn vụ việc dân sự" (Điều 81, Bộ luật Tố tụng dân sự 2004). Tiếp đến định nghĩa khái niệm mà các đạo luật đã nói đưa ra không phản ánh thật đầy đủ yếu tố vật chất và yếu tố tâm lý của qui tắc tập quán pháp. Vì vậy không ít luật gia nhận thức không hoàn toàn đầy đủ về khái niệm tập quán pháp. Từ đó dẫn đến một hệ quả là việc viện dẫn và chứng minh tập quán pháp rất khó khăn trước tòa án hoặc các cơ quan tài phán khác bởi các tình tiết hay các vấn đề cần phải chứng minh không được làm rõ.

Thứ ba, hiện có rất ít các công trình nghiên cứu về lý luận và thực tiễn liên quan tới tập quán nói chung và áp dụng tập quán thương mại nói riêng. Nếu có các công trình như vậy thì phần lớn là các công trình thuộc

các lĩnh vực khoa học khác như sử học, dân tộc học, phong tục học, văn hóa... Vì vậy hầu như không có những tài liệu tập hợp hay tuyển chọn, sưu tập các qui tắc tập quán được công bố. Điều này cũng gây khó khăn không nhỏ cho việc áp dụng các tập quán, nhất là khâu tìm kiếm và chứng minh các tập quán.

Thứ tư, các điều kiện áp dụng tập quán chưa thỏa đáng. Thông thường các nền tài phán ấn định: tập quán sẽ không được áp dụng nếu chống lại trật tự công cộng, hoặc đạo đức. Các đạo luật của Việt Nam hiện nay thường qui định điều kiện không áp dụng qui tắc tập quán nếu qui tắc đó trái với pháp luật hoặc chống lại các nguyên tắc cơ bản của pháp luật. Qui định này gây khó khăn cho việc áp dụng tập quán bởi bản thân luật tư (ví dụ như luật về hợp đồng) chỉ mang tính chất giải thích cho ý chí của các đương sự trong trường hợp pháp luật không qui định hoặc qui định mập mờ, mâu thuẫn hoặc phần nào đó trong thỏa thuận của các đương sự bị vô hiệu. Thỏa thuận của các đương sự, cũng như tập quán có thể khác với qui định của pháp luật (không phải là các điều cấm). Việc này có thể xem là trái với pháp luật không? Nếu chỉ xem trái với pháp luật có nghĩa là trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật thì cũng đã là một điều kiện rất khó giải thích bởi các đạo luật của Việt Nam hiện nay đặt ra quá nhiều nguyên tắc. Chẳng hạn, Bộ luật Dân sự năm 2005 đưa ra tới 10 nguyên tắc cơ bản, chưa kể tới các phần và các chương cũng có những nguyên tắc riêng; Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 đưa ra tới 22 nguyên tắc cơ bản; Luật Thương mại năm 2005 đưa ra 6 nguyên tắc cơ bản.

Thứ năm, pháp luật cũng như học thuật thiếu các hướng dẫn cần thiết để áp dụng tập quán nói chung và áp dụng tập quán thương mại nói riêng, trong khi hiểu biết và kỹ năng của thẩm phán và luật sư còn nhiều hạn chế trong lĩnh vực này.

Thứ sáu, các đạo luật phân biệt giữa hành vi thương mại và hành vi dân sự chưa thỏa đáng. Như trên đã phân tích Luật Thương mại năm 2005 có xuất phát điểm khác quan trọng trong việc phân biệt hành vi dân sự và hành vi thương mại trong khi đó Bộ luật Tố tụng dân sự 2004 lại xuất phát từ tiêu chuẩn hình thức để phân biệt hành vi dân sự và hành vi thương mại. Điều đó có nghĩa là Luật Thương mại năm 2005 xuất phát từ mục đích của hành vi, còn Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 xuất phát từ cả mục đích của hành vi và tư cách của chủ thể hành vi. Sự khác biệt này gây khó khăn hơn cho việc xác định các qui tắc tập quán thương mại.

3.3.2. Nguyên nhân của những bất cập chủ yếu liên quan tới áp dụng tập quán ở Việt Nam hiện nay

Qua phân tích lịch sử và phân tích thực trạng môi trường pháp lý cho việc áp dụng các tập quán thương mại, có thể tìm thấy các nguyên nhân của những bất cập chủ yếu đã phân tích ở trên như sau:

Nguyên nhân thứ nhất: Pháp luật Việt Nam hiện nay thiếu một mô hình chuẩn. Do đó các đạo luật tách bạch với nhau, không tạo thành một chỉnh thể. Hơn nữa việc xây dựng pháp luật thiếu tính gắn kết. Cơ quan nào soạn thảo đều cài cắm quyền lợi cục bộ của cơ quan mình vào đó và không xác định vị trí của đạo luật đang soạn thảo trong cơ cấu của cả hệ thống pháp luật. Việc thẩm tra các dự án luật giao cho các cơ quan khác nhau của Quốc hội, nên thiếu sự thống nhất trong khâu thẩm tra, nhất là tính hệ thống. Tóm lại do thiếu mô hình hệ thống và một qui trình làm luật thích hợp là nguyên nhân chủ yếu dẫn đến sự thiếu đồng nhất trong các văn bản qui phạm pháp luật hiện nay ở Việt Nam. Việc thiếu mô hình chuẩn xuất phát từ việc thay đổi liên tục các hình mẫu pháp luật trong suốt chiều dài lịch sử của dân tộc.

Nguyên nhân thứ hai: Pháp luật Việt Nam hiện nay thiếu một nhận thức thích hợp về tập quán pháp và áp dụng tập quán pháp. Chẳng hạn việc thiếu nhận thức về chức năng của tập quán pháp sẽ dẫn đến việc sắp đặt thứ tự ưu tiên của các loại nguồn của pháp luật thiếu thỏa đáng; hay việc thiếu nhận thức về các thành tố của tập quán pháp sẽ dẫn đến việc khó xác định các qui tắc tập quán pháp, khó xác định các chi tiết phải chứng minh trong việc nại ra và áp dụng tập quán. Việc thiếu nhận thức này có lẽ xuất phát từ việc thiếu chú trọng nghiên cứu tập quán pháp cả trên phương diện lý luận cũng như thực tiễn.

Nguyên nhân thứ ba: Các cơ quan tài phán ngại áp dụng các qui tắc tập quán để bảo đảm công lý và giải quyết thích hợp các vụ tranh chấp. Đồng thời các luật sư ít chú ý tới việc tìm tòi và nại ra các qui tắc tập quán đòi hỏi áp dụng. Sự chú ý thực sự của các cơ quan tài phán trong việc áp dụng, cũng như sự chú ý tìm kiếm và nại ra của các luật sư chắc hẳn sẽ làm cho việc áp dụng tập quán phát triển đáp ứng nhu cầu của xã hội.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

Việt Nam, cũng như bất kỳ đất nước nào, đã và đang hình thành một môi trường xã hội và môi trường pháp lý cho việc áp dụng tập quán nói chung và áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại nói riêng.

Đời sống nông nghiệp trong các làng xã là một đặc trưng văn hóa của Việt Nam. Do đó tập quán hay tục lệ mang tính trội và trở thành phổ biến trong việc điều tiết các quan hệ xã hội. Tuy nhiên lễ thói ở các làng xã có thể khác nhau do sự đóng khung trong phạm vi sinh hoạt cộng đồng nhỏ, nhưng vẫn mang những nét chung của nông thôn Việt Nam. Các tập quán ở các làng xã Việt Nam nói chung chủ yếu là các tập quán thuộc lĩnh vực dân sự. Có số ít tập quán liên quan tới thương mại bởi không phát triển thương mại và có sự phân biệt các tầng lớp xã hội xếp theo thứ bậc "sĩ,

nông, công, thương". Thương nhân không được coi trọng. Ở các dân tộc ít người, tục lệ rất phong phú. Có một số luật tục điển hình vẫn còn giữ được tới ngày nay, điển hình là luật tục Tây Nguyên.

Trong thời kỳ Pháp thuộc, tập quán pháp hay còn gọi là tục lệ được xem là một loại nguồn bổ sung của pháp luật để bù đắp cho những thiếu hụt trong pháp luật. Tục lệ chỉ được áp dụng khi không có điều khoản nào của pháp luật liên quan và không thể trái với các điều khoản của pháp luật. Các Bộ luật Thương mại của các chế độ cũ ở Việt Nam đều nêu rõ mối liên hệ giữa luật dân sự và luật thương mại, do đó chỉ nói về tập quán chuyên biệt (nếu có) trong từng chế định riêng biệt chứ không nêu nguyên tắc tổng quát về áp dụng tập quán như trong Bộ luật Dân sự 2005.

Các qui tắc tập quán phát sinh trong các giao dịch giữa người này với người khác. Do đó hầu hết các đạo luật hiện nay liên quan tới hợp đồng đều đề cập tới việc áp dụng các tập quán nếu như nền tài phán ở nơi ban hành các luật đó thừa nhận tập quán pháp là một loại nguồn của pháp luật. Các hệ quả phát sinh từ vấn đề áp dụng tập quán bao gồm: thứ tự ưu tiên áp dụng tập quán; các điều kiện áp dụng tập quán; cách thức áp dụng tập quán và việc nhất thể hóa các vấn đề nêu trên trong các đạo luật liên quan tới hợp đồng. Việc áp dụng tập quán là một vấn đề pháp lý không chỉ được quan tâm bởi các luật vật chất, mà còn là đối tượng của sự quan tâm của cả luật tố tụng.

Các nghiên cứu về tập quán pháp ở Việt Nam cho thấy không chỉ tính dân chủ trong việc thiết lập, cũng như thi hành các qui tắc của tập quán pháp, mà còn cho thấy sức sống và cách thức áp dụng tập quán một cách hữu hiệu.

Để chủ động hội nhập, Nhà nước đã ban hành nhiều đạo luật mà trong đó làm bật lên nguyên tắc áp dụng tập quán bởi trong giao thương

quốc tế các qui tắc tập quán có vai trò rất lớn chi phối các hoạt động thương mại. Thế nhưng trên thực tế các đạo luật và thực tiễn áp dụng tập quán hiện nay có rất nhiều bất cập như: (1) các đạo luật về thương mại và dân sự đều qui định nguyên tắc áp dụng tập quán nhưng lại diễn đạt khá khác nhau về nguyên tắc này; (2) khái niệm tập quán chưa được các đạo luật làm rõ và làm đồng nhất; (3) hiện có rất ít các công trình nghiên cứu về lý luận và thực tiễn liên quan tới tập quán; (4) các điều kiện áp dụng tập quán chưa thỏa đáng; (5) pháp luật cũng như học thuật thiếu các hướng dẫn cần thiết để áp dụng tập quán trong khi hiểu biết và kỹ năng của thẩm phán và luật sư còn nhiều hạn chế trong lĩnh vực này; và (6) các đạo luật phân biệt giữa hành vi thương mại và hành vi dân sự chưa thỏa đáng.

Các bất cập này có thể do ba nguyên nhân chủ yếu sau: *Nguyên nhân thứ nhất*: Pháp luật Việt Nam hiện nay thiếu một mô hình chuẩn; *Nguyên nhân thứ hai*: Pháp luật Việt Nam hiện nay thiếu một nhận thức thích hợp về tập quán pháp và áp dụng tập quán pháp; và *Nguyên nhân thứ ba*: Các cơ quan tài phán ngại áp dụng các qui tắc tập quán để bảo đảm công lý và giải quyết thích hợp các vụ tranh chấp.

Chương 4

NHỮNG KIẾN NGHỊ LIÊN QUAN TỚI ÁP DỤNG TẬP QUÁN GIẢI QUYẾT CÁC TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

4.1. KIẾN NGHỊ VỀ CHÍNH SÁCH VÀ NHỮNG ĐỊNH HƯỚNG LIÊN QUAN TỚI ÁP DỤNG TẬP QUÁN

4.1.1. Kiến nghị về chính sách

Tập quán pháp là một loại nguồn bổ sung quan trọng gắn liền với văn hóa và truyền thống của dân tộc. Nó phản ánh thói quen, tình cảm và tâm lý của người dân và rất gần gũi trong việc điều tiết các hành vi của con người không chỉ trong đời sống làng xã, mà còn trong đời sống công nghiệp hiện đại trên phạm vi cả nước và phạm vi quốc tế. Có học giả nước ngoài nhận định: "Nền thương mại quốc tế đã hình thành các hệ thống qui định chuẩn mực mà thông qua các hợp đồng, buôn bán chứng khoán và các nhóm trung gian, đã được áp dụng khá rộng rãi bên ngoài luật nhà nước và tòa án quốc gia" [31, tr. 771].

Do đó việc phát huy các tập quán hay áp dụng các tập quán có ý nghĩa rất lớn không chỉ trong việc bảo đảm an toàn cho các quan hệ thương mại và góp phần thúc đẩy các quan hệ thương mại trong nước, cũng như giao thương quốc tế phát triển, mà còn gìn giữ các nguồn lực cho sự phát triển bền vững. Việc quản lý và bảo vệ tài nguyên thiên nhiên hiện nay trong quá trình công nghiệp hóa và hiện đại hóa là một vấn đề cấp thiết hơn bao giờ hết. Bên cạnh nhiều chính sách, có những đề nghị rất đáng lưu tâm là "... khai thác và kế thừa những tri thức và kinh nghiệm phong phú của ông cha chứa đựng trong kho tàng luật tục" [62, tr. 39], có nghĩa là kiến

thức bản địa rất gần gũi với các ứng xử giữa con người với con người và giữa con người với tự nhiên.

Ở khía cạnh thương mại đơn thuần, các tập quán thương mại làm nhẹ bớt gánh nặng và sự lo lắng cho thương nhân. Người ta không phải mất nhiều thì giờ, công sức, tiền của để tìm hiểu những qui tắc ứng xử xa lạ. Vì vậy Điều 1-102 của Bộ luật Thương mại Nhất thể (UCC) của Hoa Kỳ định ra chính sách "cho phép mở rộng hoạt động thương mại thông qua tập quán, thói quen ứng xử và thỏa thuận giữa các bên" (khoản 2). Việc cho phép mở rộng các tập quán thương mại góp phần làm đơn giản hóa các hoạt động thương mại, giải phóng sức sản xuất và thúc đẩy thương mại phát triển. Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 đã chỉ rõ: "Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng theo hướng tôn trọng thỏa thuận của các bên giao kết hợp đồng, không trái đạo đức xã hội, không xâm phạm trật tự công cộng, phù hợp với tập quán, thông lệ thương mại quốc tế" [19].

Như trên đã nghiên cứu, áp dụng tập quán thương mại đòi hỏi phải xây dựng cả các qui định của luật vật chất và cả các qui định của luật tố tụng. Chính sách pháp luật nêu trên đã xác định được tầm quan trọng và ý nghĩa của việc sử dụng tập quán thương mại như một loại nguồn bổ sung quan trọng của luật vật chất góp phần thúc đẩy phát triển thương mại. Tuy nhiên trong điều kiện ở Việt Nam hiện nay, với các bất cập của pháp luật bởi các nguyên nhân chủ yếu đã nêu trong Mục 3.3 ở trên, chính sách pháp luật ở đây cần phải chú ý tới cả khía cạnh tố tụng.

Do đó chính sách pháp luật cần phải được tuyên bố như sau: *Khuyến khích phát triển thương mại thông qua các tập quán thương mại và các tập quán khác; xây dựng các qui định pháp luật cả về nội dung và tố*

tung đồng bộ bảo đảm cho nguyên tắc áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại.

4.1.2. Kiến nghị về những định hướng

Các định hướng chiến lược gắn liền với chính sách phát huy các tập quán thương mại được Nghị quyết số 48-NQ/TW đưa ra như sau: "Xuất phát từ thực tiễn Việt Nam, đồng thời tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm quốc tế về xây dựng và tổ chức thi hành pháp luật; kết hợp hài hòa bản sắc văn hóa, truyền thống tốt đẹp của dân tộc và tính hiện đại của hệ thống pháp luật" (điểm 2.3, Mục I); và "Nghiên cứu về khả năng khai thác, sử dụng án lệ, tập quán (kể cả tập quán, thông lệ thương mại quốc tế) và qui tắc của các hội nghề nghiệp, góp phần bổ sung và hoàn thiện pháp luật" (điểm 1.7, Mục III). Các định hướng này có tầm khái quát lớn cho cả hệ thống pháp luật. Khi nghiên cứu để triển khai xây dựng pháp luật riêng cho việc áp dụng tập quán thì cần phải cụ thể hóa các định hướng này gắn với thực trạng pháp luật và lý luận liên quan.

Các bất cập của pháp luật liên quan tới môi trường áp dụng tập quán thương mại ở Việt Nam trước hết do nguyên nhân không có một mô hình chuẩn về hệ thống pháp luật. Vấn đề này nếu không được khắc phục sẽ dẫn tới các cải cách pháp luật về áp dụng tập quán thương mại vẫn giậm chân tại chỗ. Vì vậy kiến nghị:

Định hướng thứ nhất: Nghiên cứu mô hình pháp luật chuẩn mà trong đó tập quán pháp là một nguồn bổ sung quan trọng.

Việc xây dựng các qui định pháp luật cụ thể, cũng như hoạt động thực tiễn tư pháp đòi hỏi được dẫn dắt bởi nhận thức sâu sắc và đúng đắn. Việc không hiểu đúng tập quán pháp là gì, các thành tố của nó ra sao và các điều kiện áp dụng nó như thế nào sẽ dẫn tới các qui định không có hiệu quả và thực tiễn áp dụng tập quán khó khăn. Vì vậy kiến nghị:

Định hướng thứ hai: Nghiên cứu đầy đủ và kỹ lưỡng tập quán và áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại cả về mặt lý luận và thực tiễn nhằm xây dựng các qui định pháp luật liên quan và hướng dẫn thực tiễn.

Hầu hết được giáo dục trong một nền tài phán theo truyền thống pháp luật Sovietique, nơi dường như chỉ chấp nhận một loại nguồn pháp luật duy nhất là văn bản qui phạm pháp luật, các luật gia Việt Nam hiện nay không quen sử dụng bất cứ loại nguồn pháp luật nào khác hơn văn bản qui phạm pháp luật. Các loại nguồn khác khó sử dụng hơn bởi nhiều lý do như đã phân tích ở các chương trên.

Định hướng thứ ba: Xây dựng các hướng dẫn chi tiết về chứng minh, xác định các tập quán, và kỹ năng áp dụng tập quán.

Các định hướng này bao trùm cả nghiên cứu lý luận, xây dựng pháp luật và hoạt động thực tiễn. Chúng đòi hỏi các giải pháp cụ thể tương ứng.

4.2. KIẾN NGHỊ NHỮNG GIẢI PHÁP CỤ THỂ

4.2.1. Kiến nghị các giải pháp lập pháp

Giải pháp thứ nhất: Xây dựng mô hình hệ thống pháp luật theo truyền thống Civil Law mà trong đó có sự phân biệt tương đối rõ giữa các ngành luật với nhau và các chế định pháp luật với nhau.

Từ khi ra khỏi truyền thống pháp luật Viễn Đông được xây dựng trên căn bản Khổng Giáo, pháp luật của các chế độ cũ ở Việt Nam theo truyền thống Civil Law (cụ thể là mô hình pháp luật Pháp) tại đó có sự phân tách giữa luật dân sự và luật thương mại. Hai ngành luật này được pháp điển hóa trong hai bộ luật tương ứng là Bộ luật Dân sự và Bộ luật Thương mại. Trong các Bộ luật này có sự phân tách giữa hành vi dân sự và hành vi thương mại. Mặc dù là hai ngành luật riêng rẽ nhưng vẫn là các bộ phận cấu thành nên một chỉnh thể pháp luật. Do đó chúng có mối liên hệ

với nhau theo mỗi quan hệ giữa cái chung và cái riêng. Bộ luật Dân sự bao giờ cũng được xem là gốc. Còn Bộ luật Thương mại dựa trên gốc dân sự, nên rất nhiều vấn đề có tính chất chung, nên tảng mà Bộ luật Thương mại không nhắc tới (ví dụ: các nguyên tắc và qui tắc chung về nghĩa vụ và hợp đồng; các nguyên tắc và qui tắc chung về pháp nhân...). Nếu có tranh chấp xảy ra thì các qui định có tính chất chung đó của Bộ luật Dân sự vẫn được xem xét áp dụng. Việc xây dựng pháp luật Việt Nam hiện nay vẫn có khuynh hướng như vậy, biểu hiện cụ thể ở hai vấn đề: *Thứ nhất*, bên cạnh Bộ luật Dân sự 2005, vẫn có nhiều đạo luật về thương mại hoặc nhiều đạo luật liên quan nhiều tới thương mại như Luật Thương mại năm 2005, Luật Doanh nghiệp năm 2005, Luật Kinh doanh Bảo hiểm năm 2000, Luật Đầu tư năm 2005, Bộ luật Hàng hải năm 2005...; và *thứ hai*, Bộ luật Dân sự năm 2005 tại Điều 1 có tuyên bố Bộ luật này áp dụng cho cả các quan hệ dân sự, hôn nhân gia đình, lao động và kinh doanh, thương mại. Tuy nhiên Bộ luật này không đáp ứng được nhu cầu điều chỉnh riêng các quan hệ thương mại. Trong khi đó Luật Thương mại năm 2005 lại không bao quát được các chế định cơ bản của ngành luật thương mại. Chẳng hạn như chế định thương nhân lại qui định trong Luật Doanh nghiệp năm 2005... Giải pháp này đưa ra cho phép hoạch định lại các ngành luật và các chế định pháp luật để bảo đảm cho việc xây dựng pháp luật đồng bộ trong một hệ thống có kết cấu logic và hợp lý. Chính trong kết cấu này các nguyên tắc và qui tắc liên quan tới tập quán và áp dụng tập quán trở nên đồng bộ.

Giải pháp thứ hai: Xây dựng mô hình áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại.

Khung cảnh sinh hoạt kinh tế ở Việt Nam hiện nay cho thấy các quan hệ kinh tế không quá nhộn nhịp và phức tạp để thúc ép quyết liệt sự cải cách mô hình áp dụng tập quán giải quyết tranh chấp thương mại. Do

đó gắn bó chặt chẽ hơn với cải cách tư pháp hiện nay ở Việt Nam là tư pháp hình sự.

Việt Nam có nền văn minh lúa nước. Trên 80% dân số Việt Nam hiện nay là nông dân. Cộng đồng làng xã là nét văn hóa đặc thù của Việt Nam. Chính sách xuất khẩu lúa gạo nói riêng và xuất khẩu nông sản, ngư sản và lâm sản nói chung đang được đề cao và gắn với đời sống của hầu hết nông dân. Hiện tượng thương lái ép giá gây thiệt hại cho bà con nông dân và gây ảnh hưởng không nhỏ tới chính sách thương mại hóa các sản phẩm ngoài công nghiệp rất đáng lo ngại. Việc hiểu biết của bà con nông dân đối với pháp luật do Nhà nước ban hành hạn chế. Việc tiếp cận tư pháp khó khăn do thủ tục phức tạp, chi phí cao. Trong khi có thể có nhiều tập quán liên quan tới nông lâm ngư nghiệp vẫn đang tồn tại mà không được áp dụng.

Việc phát triển thương mại và hội nhập kinh tế quốc tế đang đặt ra nhu cầu rất lớn về việc nghiên cứu áp dụng tập quán quốc tế và tập quán trong nước giải quyết các tranh chấp thương mại tại các tòa án và trọng tài thương mại ở Việt Nam. Trong khi đó sự hiểu biết và kỹ năng áp dụng các tập quán còn rất hạn chế.

Vì vậy cần xây dựng mô hình áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại bao gồm các yếu tố cơ bản sau:

- Tổ chức một số tòa án chuyên biệt áp dụng tập quán tại một số địa phương để giải quyết các tranh chấp liên quan tới mua bán, cung ứng dịch vụ liên quan tới nông lâm ngư nghiệp;

- Tổ chức viện nghiên cứu tập quán mà tại đó sưu tập, nghiên cứu và hướng dẫn sử dụng các tập quán quốc tế và trong nước;

- Xây dựng thủ tục áp dụng tập quán phù hợp tại các tòa chuyên biệt áp dụng tập quán.

Giải pháp thứ ba: Làm các luật vật chất trước các luật tố tụng.

Theo truyền thống Civil Law và truyền thống Sovietique Law, luật vật chất quyết định luật tố tụng. Thế nhưng trong thời gian qua Việt Nam lại xây dựng Bộ luật Tố tụng dân sự trước Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại, có nghĩa là làm luật tố tụng trước luật vật chất. Việc làm ngược này, do đó dẫn đến tình trạng Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 quan niệm về tập quán từ xuất phát điểm khác với xuất phát điểm của quan niệm về tập quán được đưa ra trong Bộ luật Dân sự 2005 và trong Luật Thương mại năm 2005. Như vậy vừa mất tính đồng bộ của pháp luật, vừa gây khó khăn không nhỏ cho việc áp dụng tập quán nói chung và áp dụng tập quán thương mại nói riêng như đã phân tích tại Chương 3 của luận án.

Giải pháp thứ tư: Xây dựng hệ thống pháp luật có các loại nguồn và thứ tự ưu tiên các loại nguồn thống nhất và hợp lý.

Các loại nguồn và việc áp dụng nên theo thứ tự ưu tiên như sau: hợp đồng, thói quen ứng xử, pháp luật quốc tế, pháp luật quốc gia, trong đó: pháp luật quốc tế bao gồm điều ước quốc tế, tiền lệ pháp, tập quán; pháp luật quốc gia bao gồm văn bản qui phạm pháp luật, tiền lệ pháp, tập quán pháp, học thuyết pháp lý và lẽ công bằng. Tuy nhiên cần quan niệm linh động trong việc sử dụng các loại nguồn này và thứ tự ưu tiên của chúng.

Hiện nay có nhiều quan niệm tương đối khác nhau về thứ tự ưu tiên các loại nguồn pháp luật được diễn đạt bởi các luật gia ở Việt Nam trong một số giáo trình dạy luật. "*Giáo trình luật thương mại quốc tế*" của Trường Đại học kinh tế quốc dân trình bày các loại nguồn theo thứ tự: (1) Điều ước quốc tế; (2) tập quán thương mại quốc tế; (3) tiền lệ pháp về thương mại; và (4) luật quốc gia [6, tr. 72-76]. "*Giáo trình luật thương mại quốc tế*" của Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội xếp các nguồn pháp luật

theo thứ tự khác: (1) Pháp luật trong nước; (2) điều ước quốc tế; (3) các tập quán quốc tế; và (4) án lệ [33, tr. 34-44]. Đặc biệt giáo trình này lại xếp tập quán quốc tế và phạm vi của điều ước quốc tế theo thứ tự: các điều ước quốc tế đa phương; các điều ước quốc tế song phương; và các tập quán quốc tế [33, tr. 35-43]. "*Giáo trình luật thương mại Việt Nam*" của Khoa Luật-Đại học Quốc gia Hà Nội lại có một quan niệm về thứ tự các loại nguồn pháp luật khác: *Thứ nhất*, điều ước quốc tế; *thứ hai*, luật quốc gia; và *thứ ba*, thông lệ thương mại quốc tế [32, tr. 133-138]. "*Giáo trình luật thương mại*" của Đại học Luật Hà Nội quan niệm nguồn của luật thương mại bao gồm các loại nguồn theo thứ tự sau: (1) Pháp luật quốc gia; (2) điều ước quốc tế; (3) tập quán thương mại; và (4) điều lệ của thương nhân [67, tr. 65-72].

Giải pháp thứ năm: Phân biệt hành vi dân sự và hành vi thương mại dựa trên căn bản phân loại pháp luật.

Hiện nay có ba cách thức định nghĩa chính về hành vi thương mại mà người ta thường sử dụng: (1) Định nghĩa với mức độ khái quát cao theo kiểu logic hình thức; (2) định nghĩa theo kiểu liệt kê; và (3) định nghĩa theo kiểu kết hợp của hai cách định nghĩa trên. Tại cách định nghĩa thứ hai lại được chia ra làm hai loại: (1) Liệt kê có hạn định; và (2) Liệt chỉ dẫn. Liệt kê có hạn định là việc liệt kê đầy đủ nhất, theo ý chí chủ quan của người tiến hành liệt kê, các hành vi thương mại và chỉ có chúng mới được xem là hành vi thương mại. Liệt kê chỉ dẫn là việc kết hợp giữa phương pháp liệt kê và mở ra cho việc nhìn nhận tới các hành vi tương tự khác cũng được xem là hành vi thương mại [47]. Luật Thương mại năm 2005 và Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 có cách thức khác nhau trong việc xác định hành vi thương mại như đã phân tích tại Chương 3 của luận án. Cách thức này cần phải thay đổi dựa trên phân loại và liệt kê. Có thể phân loại hành vi thương

mại thành hành vi thương mại thuần túy (có kèm theo liệt kê) và hành vi thương mại phụ thuộc được phân biệt bằng chỉ dẫn. Việc phân loại này tiện lợi cho việc xác định các tập quán thương mại.

Giải pháp thứ sáu: Xác định tập quán từ hai yếu tố: vật chất (thực thể) và tâm lý (tinh thần).

Yếu tố vật chất của tập quán bao gồm: tính xác định, thời gian, không gian. Còn yếu tố tinh thần bao gồm nhận thức và ý chí. Các yếu tố này giúp cho việc áp dụng tập quán được đúng đắn và dễ dàng. Các yếu tố này cần qui định một cách hợp lý trong các đạo luật và phổ biến về mặt nhận thức.

Trước hết cần xây dựng định nghĩa tập quán bao gồm đầy đủ các yếu tố này như sau: "Tập quán là các qui tắc xử sự có khả năng xác định quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ được hình thành trong một cộng đồng nhất định, đã được thực hiện trong một khoảng thời gian dài, và được các thành viên trong cộng đồng đó biết và tự nguyện tuân thủ".

Khi chứng minh tập quán phải chứng minh đầy đủ các yếu tố này với các tình tiết liên quan. Việc qui định chi tiết các yếu tố này trong các đạo luật là không thật cần thiết. Tuy nhiên trong học thuật, khi phổ biến kiến thức và khi thực hành cần phải xem xét tới các chi tiết đó.

Các yếu tố này liên quan tới việc giải thích tập quán khi áp dụng. Có thể việc giải thích tập quán cũng phải theo định hướng điều tiết của pháp luật nói chung hoặc tuân theo chính sách áp dụng tập quán đã được tuyên bố. Nhưng khi giải thích tập quán không thể xa rời nguồn gốc hình thành tập quán, sự phát triển của tập quán qua các giai đoạn lịch sử khác nhau, tâm lý chung của cộng đồng, và hoàn cảnh cụ thể của tranh chấp. Việc không giải thích được tập quán một cách chi tiết khó có sức thuyết phục trong áp dụng qui tắc tập quán đó.

Giải pháp thứ bảy: Thay điều kiện áp dụng tập quán là không trái với pháp luật hay không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật bằng điều kiện không trái với trật tự công cộng hoặc đạo đức.

Trật tự công cộng là một thuật ngữ chung của thế giới, được dùng để diễn đạt nguyên tắc bảo đảm trật tự công cộng hay không trái trật tự công cộng. Nguyên tắc này cho phép người giải quyết tranh chấp bảo vệ công đồng thông qua việc loại bỏ một hoặc một số giải pháp không phù hợp với một hoàn cảnh tranh chấp cụ thể.

Ngày nay trong bối cảnh các quan hệ xã hội ngày càng phức tạp và có nhiều đặc thù. Do đó nhà làm luật khó có thể dự liệu được hoàn toàn các giải pháp bảo vệ công đồng. Nguyên tắc không trái với trật tự công cộng là một giải pháp tổng quát nhất, quan trọng nhất và linh động nhất mà nhà làm luật nghĩ tới để thực hiện nhiệm vụ bảo vệ công đồng cùng với nguyên tắc không trái với đạo đức, thuần phong mỹ tục. Trong hoàn cảnh của Việt Nam hiện nay nguyên tắc này càng trở nên quan trọng. Dự án sửa đổi, bổ sung Bộ luật Dân sự 2005 hiện có nhắc tới nguyên tắc này nhưng thay đổi thuật ngữ trật tự công cộng bằng thuật ngữ "trật tự công".

Không trái với trật tự công cộng là một điều kiện cần phải được thẩm lượng trong từng trường hợp cụ thể. Do đó đòi hỏi người giải thích phải có hiểu biết sâu và rộng về kiến thức. Điều kiện không trái với đạo đức cũng đòi hỏi phải được giải thích khi áp dụng tập quán. Đạo đức ở đây có thể là đạo đức theo quan niệm của một cộng đồng nhất định, chứ không phải là đạo đức theo quan niệm chung của toàn xã hội. Chẳng hạn đạo đức của luật sư, đạo đức của thương nhân...

Như đã phân tích tại Chương 3 của luận án, "nguyên tắc không trái với pháp luật hay không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật" được qui định hiện nay trong các văn bản pháp luật liên quan tới áp dụng

tập quán có thể tạo điều kiện dễ dàng cho việc loại bỏ áp dụng tập quán mà không cần chứng minh mà chỉ cần dẫn chiếu bởi có rất nhiều tầng nấc nguyên tắc khác nhau trong một văn bản pháp luật. Việc qui kết áp dụng tập quán trái với trật tự công cộng luôn luôn đòi hỏi người qui kết phải chứng minh. Thiếu vắng sự thuyết phục trong chứng minh sẽ khó có sự đồng tình. Vì vậy việc thay thế điều kiện áp dụng tập quán là không trái với pháp luật hay không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật bằng điều kiện không trái với trật tự công cộng hoặc đạo đức là cần thiết để hỗ trợ cho chính sách tăng cường áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại.

4.2.2. Kiến nghị các giải pháp thi hành

Giải pháp thứ tám: Thẩm phán chỉ thẩm lượng tính hợp lý và các điều kiện áp dụng tập quán.

Trong vụ "cây chà 19 tiếng", việc chứng minh tập quán do Viện kiểm sát tiến hành. Nhẽ ra việc nài ra tập quán thuộc về đương sự và tất nhiên nghĩa vụ chứng minh thuộc về đương sự. Thẩm phán có vai trò trong việc xem xét tính hợp lý của chứng minh và phản chứng minh hay dẫn chứng ngược lại của các bên, rồi sau đó xác định tập quán từ các điều kiện để áp dụng nó. Tuy nhiên việc thẩm lượng của thẩm phán phải xuất phát từ việc phân loại tập quán và thủ tục hay cách thức chứng minh để thẩm lượng. Nếu tập quán được chứng minh là tập quán dân sự thì việc chứng minh có thể xuất phát từ cộng đồng địa phương nơi tồn tại tập quán và được xác nhận bởi chính quyền địa phương nơi đó. Nhưng nếu tập quán được chứng minh là tập quán thương mại thì việc chứng minh có thể xuất phát từ cộng đồng nghề nghiệp và có thể xác nhận bởi phòng thương mại và công nghiệp liên quan. Tập quán có thể được dẫn chiếu từ các tập hợp các qui tắc tập quán do cơ quan, tổ chức hay cá nhân sưu tập một cách khoa

học, đúng đắn và khách quan, chẳng hạn như các bộ tập hợp các qui tắc tập quán thương mại quốc tế của ICC...

Giải pháp thứ chín: Tìm tòi, sưu tập và nghiên cứu các tập quán thương mại.

Việc sưu tập các tập quán thương mại trong các bộ sưu tập có ý nghĩa quan trọng trong việc giúp các thương nhân dẫn chứng các tập quán khi xảy ra tranh chấp. Tuy nhiên việc sưu tập này là kết quả của sự chủ động tìm tòi các qui tắc tập quán trong cộng đồng thương nhân nói chung và trong từng cộng đồng nghề nghiệp thương mại nói riêng. Trên thế giới đã có nhiều công trình rất hữu ích góp phần thúc đẩy thương mại toàn cầu như Incoterms và UCP như đã đề cập ở các chương trên. Việc tiến hành tìm tòi, sưu tập và nghiên cứu các tập quán thương mại ở Việt Nam bởi các luật gia cần phải được tiến hành càng sớm càng tốt. Việc này có ý nghĩa rất lớn đối với thực tiễn giải quyết các tranh chấp thương mại. Qua việc sưu tập và nghiên cứu, nên xuất bản những ấn phẩm hướng dẫn chi tiết việc áp dụng các tập quán thương mại.

Giải pháp thứ mười: Tập huấn việc áp dụng tập quán thương mại cho các luật sư và các thẩm phán, cũng như các trọng tài viên.

Vụ "cây chà 19 tiếng" và vụ áp dụng tập quán thương mại quốc tế đã phân tích ở Chương 3 nói trên cho thấy việc áp dụng tập quán còn nhiều hạn chế và là một vấn đề phức tạp. Vì vậy để nâng cao năng lực tìm tòi, chứng minh và xác định tập quán thương mại cần thường xuyên tập huấn cho các luật sư, thẩm phán và trọng tài viên. Hiện nay nhận thức về tập quán và áp dụng tập quán có nhiều vấn đề phải bàn. Gần đây trong một công trình nghiên cứu được tài trợ bởi Chính phủ Việt Nam và Chương trình phát triển Liên Hợp Quốc thông qua Dự án tăng cường tiếp cận công lý và bảo vệ quyền tại Việt Nam (00058492), một nhóm tác giả quan niệm

phân tách rạch ròi giữa tập quán và tập quán pháp [60, tr. 10-11] và cho rằng khi Nhà nước ban hành qui phạm pháp luật điều chỉnh quan hệ xã hội nào đó mà quan hệ xã hội ấy đang được điều chỉnh bởi qui phạm tập quán và nếu sự điều chỉnh của qui phạm tập quán phù hợp với mục tiêu điều chỉnh của Nhà nước, thì Nhà nước thừa nhận tập quán đó [60, tr. 11]. Nhóm tác giả này nhận định: Ở Việt Nam tập quán pháp được Nhà nước thừa nhận thông qua việc ban hành văn bản qui phạm pháp luật và như vậy phù hợp với nguyên tắc pháp chế, một nguyên tắc cốt lõi trong tổ chức Nhà nước và pháp luật xã hội chủ nghĩa [60, tr. 16]. Thực ra tập quán là một thuật ngữ chung dùng để chỉ: (1) bản thân các qui tắc xử sự tự nó hình thành trong xã hội trong mỗi tác động qua lại giữa các thành viên trong một cộng đồng nhất định; và (2) chỉ một nơi chứa đựng các giải pháp mà có thể được sử dụng bởi cơ quan tài phán để giải quyết các tranh chấp. Do đó khi nói tới tập quán pháp là nói tới ý nghĩa thứ hai như trên của tập quán. Quan niệm như vậy thì mới phát sinh ra nhu cầu chứng minh tập quán (có nghĩa là chứng minh có qui tắc tập quán tồn tại và có sự tự nguyện tuân thủ của các thành viên nơi tập quán đó tồn tại), và cần phải thiết lập điều kiện để áp dụng qui tắc tập quán đã được chứng minh (đó là quan hệ xã hội đang có tranh chấp xảy ra chưa được pháp luật điều chỉnh trực tiếp, và việc áp dụng qui tắc tập quán không chống lại trật tự công cộng và đạo đức). Nếu qui tắc tập quán được văn bản qui phạm pháp luật ghi nhận vào trong văn bản đó thì nó đã trở thành qui định pháp luật (nhưng có nguồn gốc từ tập quán, chẳng hạn như các qui định của hầu hết các bộ luật thương mại trên thế giới có nguồn gốc từ các qui tắc tập quán của thương nhân). Và nếu qui tắc tập quán đã được sử dụng để xét xử thì nó có thể trở thành tiền lệ cho các vụ việc tương tự xảy ra về sau. Bộ luật Dân sự năm 2005, Luật Thương mại năm 2005 và các đạo luật khác đưa ra nguyên tắc áp dụng tập quán thực

chất là việc thừa nhận thêm một loại nguồn bổ sung quan trọng cho pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội mà bản thân các văn bản qui phạm pháp luật không thể dự liệu được đầy đủ hoặc không thể bao phủ hết bởi tính đa dạng và phong phú của quan hệ xã hội.

Giải pháp thứ mười một: Duy trì và phát huy các luật tục của các dân tộc thiểu số.

Việc áp dụng luật tục của các dân tộc có vai trò to lớn trong việc ổn định đời sống của đồng bào thiểu số. Hệ thống kiến thức bản địa đó đóng góp nhiều cho sự bảo vệ môi trường, bản sắc văn hóa riêng biệt của mỗi dân tộc. Do đó việc duy trì và phát huy các luật tục là cần thiết trong việc xây dựng đất nước hiện nay trong điều kiện toàn cầu hóa và phát triển nền kinh tế tăng trưởng xanh. Sự dung dưỡng luật tục của các đồng bào thiểu số có ý nghĩa nhất định trong việc xây dựng nền tảng của việc áp dụng tập quán nói chung mà trong đó có cả việc áp dụng tập quán để giải quyết tranh chấp thương mại. Một số qui tắc của luật tục có khả năng rút ra các giải pháp giải quyết các tranh chấp liên quan tới nông lâm ngư nghiệp có tính chất thương mại. Hơn nữa việc duy trì luật tục có ý nghĩa tác động vào ý thức tôn trọng các qui tắc tập quán.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 4

Phát huy các tập quán hay áp dụng các tập quán có ý nghĩa rất lớn không chỉ trong việc bảo đảm an toàn cho các quan hệ thương mại và góp phần thúc đẩy các quan hệ thương mại trong nước, cũng như giao thương quốc tế phát triển, mà còn gìn giữ các nguồn lực cho sự phát triển bền vững. Ở khía cạnh thương mại đơn thuần, các tập quán thương mại làm nhẹ bớt gánh nặng và sự lo lắng cho thương nhân. Người ta không phải mất nhiều thì giờ, công sức, tiền của để tìm hiểu những qui tắc ứng xử xa lạ.

Do đó chính sách pháp luật cần phải được tuyên bố như sau: *Khuyến khích phát triển thương mại thông qua các tập quán thương mại; xây dựng các qui định pháp luật cả về nội dung và tổ tụng đồng bộ bảo đảm cho nguyên tắc áp dụng tập quán thương mại.*

Từ đó pháp luật nên được hoàn thiện theo các định hướng sau: *định hướng thứ nhất*, nghiên cứu mô hình pháp luật chuẩn mà trong đó tập quán pháp là một nguồn bổ sung quan trọng; *định hướng thứ hai*, nghiên cứu đầy đủ và kỹ lưỡng tập quán thương mại và áp dụng tập quán thương mại cả về mặt lý luận và thực tiễn nhằm xây dựng các qui định pháp luật liên quan và hướng dẫn thực tiễn; và *định hướng thứ ba*, xây dựng các hướng dẫn chi tiết về chứng minh và xác định các tập quán. Theo các định hướng này, việc hoàn thiện pháp luật cần có các giải pháp bảo đảm đồng bộ kể cả về lập pháp cũng như thực tiễn thi hành.

KẾT LUẬN

Hầu hết các nền tài phán đều coi tập quán pháp là một loại nguồn của pháp luật. Tập quán được xem là thói quen ứng xử đã hình thành trong một cộng đồng nhất định qua một thời gian dài, có khả năng xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong một loại quan hệ xác định, và mọi thành viên trong cộng đồng biết và tự nguyện tuân thủ. Khi một quy tắc tập quán được đem ra áp dụng để giải quyết tranh chấp giữa các bên, nó phải được bên nại ra chứng minh và không được bất hợp lý, không chống lại trật tự công cộng hay thuần phong mỹ tục, có nghĩa là phải đáp ứng các điều kiện áp dụng được qui định bởi hệ thống pháp luật tương ứng.

Việc áp dụng tập quán có kỹ thuật riêng. Các tình tiết phải chứng minh đối với tập quán được chất lọc ra từ các yếu tố chủ yếu của tập quán bao gồm: Yếu tố vật chất và yếu tố tinh thần. Như vậy cần phải trả lời các câu hỏi như: Có một qui tắc tập quán có khả năng qui định dứt khoát quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ không? Tập quán đó tồn tại ở đâu? Nó đã tồn tại trong bao lâu? Mọi người trong cộng đồng nơi nó tồn tại có biết tới nó không? Nó có được mọi người tự nguyện tuân thủ không? Qui tắc tập quán được áp dụng chỉ khi đáp ứng được các điều kiện áp dụng theo qui định của pháp luật nơi áp dụng.

Nhiều quốc gia có tổ chức những cơ quan tài phán chuyên biệt áp dụng tập quán (kể cả Nhật Bản hiện nay) tùy theo nhu cầu của từng quốc gia và sự lựa chọn mô hình áp dụng tập quán ở quốc gia đó.

Việt Nam đã trải qua nhiều mô hình pháp luật khác nhau trong lịch sử từ mô hình pháp luật riêng biệt, đến truyền thống pháp luật Viễn Đông, truyền thống Civil Law, rồi đến truyền thống Sovietique Law. Trừ mô hình

pháp luật được xây dựng theo truyền thống Sovietique Law, các mô hình pháp luật khác đều coi tập quán pháp là một loại nguồn pháp luật quan trọng. Với 55 dân tộc anh em cùng sinh sống ở Việt Nam, luật tục rất phong phú. Cho đến nay nhiều luật tục vẫn còn được duy trì và áp dụng. Xây dựng nền kinh tế thị trường, công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước và hội nhập quốc tế, pháp luật của Việt Nam hiện nay đã đổi mới theo hướng coi áp dụng tập quán thương mại là một nguyên tắc quan trọng. Tuy nhiên do tính chất phức tạp và thiếu rõ ràng của các qui tắc tập quán pháp, nên các qui định pháp luật liên quan còn nhiều bất cập, việc áp dụng tập quán còn nhiều lúng túng do các nguyên nhân cơ bản như thiếu một mô hình nhất quán của hệ thống pháp luật, thiếu nhận thức thích hợp về tập quán và áp dụng tập quán. Các cơ quan tài phán ở Việt Nam ngày nay ngại áp dụng tập quán. Từ nhận thức chưa phù hợp về tập quán do đó có những bất cập trong việc áp dụng tập quán mà điển hình là vụ "cây chà 19 tiếng".

Vì vậy cần cải cách pháp luật đồng bộ: Trước hết phải hoạch định chính sách áp dụng tập quán nói chung và áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại nói riêng; tiếp đó nghiên cứu các định hướng cải cách; và để trên cơ sở đó đưa ra được các giải pháp thích hợp cả về lập pháp lẫn thực tiễn thi hành. Đặc biệt cần chú ý tới mô hình áp dụng tập quán giải quyết các tranh chấp thương mại.

Luận án đã kiến nghị về chính sách áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp thương mại, kiến nghị các định hướng cụ thể cải cách pháp luật Việt Nam liên quan tới việc áp dụng tập quán để giải quyết các tranh chấp thương mại, và kiến nghị mười một giải pháp cải cách cụ thể.

Những vấn đề cần nhấn mạnh tại đây bao gồm: (1) nghiên cứu mô hình lý luận thật đầy đủ về tập quán và áp dụng tập quán để bảo đảm sự

nhận thức về các vấn đề này; (2) nghiên cứu và giáo dục kỹ lưỡng về kỹ thuật áp dụng tập quán; (3) qui định đồng bộ về nguyên tắc áp dụng tập quán trong các văn bản qui phạm pháp luật; và (4) xây dựng một số tòa án chuyên biệt áp dụng tập quán. Đây là các điểm mấu chốt gia tăng hiệu lực và hiệu quả của việc áp dụng tập quán nói chung và áp dụng tập quán để giải quyết tranh chấp thương mại nói riêng.

DANH MỤC CÔNG TRÌNH KHOA HỌC CỦA TÁC GIẢ LIÊN QUAN ĐẾN LUẬN ÁN

1. Nguyễn Mạnh Thắng (2012), "Vai trò của tập quán và các nguyên tắc của việc áp dụng tập quán trong thương mại", *Nhà nước và pháp luật*, 9(293), tr. 47-54, 67.
2. Nguyễn Mạnh Thắng (2012), "Mối quan hệ giữa tập quán thương mại với các nguồn pháp luật khác", *Nghiên cứu lập pháp*, 18(226), tr. 59-64.
3. Nguyễn Mạnh Thắng (2013), "Các nguyên tắc và kỹ thuật áp dụng tập quán thương mại", *Nhà nước và pháp luật*, 1(297), tr. 49-55.
4. Nguyễn Mạnh Thắng (2013), "Môi trường pháp lý liên quan tới việc áp dụng tập quán thương mại ở Việt Nam", *Nghiên cứu lập pháp*, 2+3(234+235), tr. 111-116.
5. Nguyễn Mạnh Thắng (2014), "Khái niệm và sự cần thiết áp dụng tập quán thương mại", *Nghiên cứu lập pháp*, 15(271), tr. 29-32, 18.
6. Nguyễn Mạnh Thắng (2014), "Chứng minh tập quán thương mại", *Nhà nước và pháp luật*, 8(316), tr. 36-39, 45.
7. Nguyễn Mạnh Thắng (2014), "Một số bất cập trong việc áp dụng tập quán thương mại ở Việt Nam hiện nay", *Nhà nước và pháp luật*, 12(320), tr. 42-49, 59.
8. Nguyễn Mạnh Thắng (2014), "Phương thức chứng minh tập quán", *Kiểm sát*, (19), tr. 40-44.
9. Nguyen Manh Thang (2013), "Legal Environment of commercial usage application in Viet Nam", *Journal of US-China Public Administration*, (Vol 10, No.4), tr. 432-438.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

TIẾNG VIỆT

1. Phan Kế Bính (2005), *Việt Nam phong tục*, Nxb Văn hóa thông tin, Hà Nội.
2. *Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ*, (1931).
3. *Bộ luật Dân sự Trung Kỳ*, (1936).
4. *Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan* (1995), Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội.
5. *Bộ luật Thương mại của Việt Nam Cộng hòa* (1972).
6. Bộ môn Luật kinh tế - Trường Đại học Kinh tế quốc dân (1999), *Giáo trình Luật thương mại quốc tế*, Nxb Khoa học và Kỹ thuật, Hà Nội.
7. Catherine Roche và Aurélia Potot-Nicol (2002), *Những nội dung cơ bản của công pháp quốc tế và pháp luật về quan hệ quốc tế*, Nxb Văn hóa thông tin, Hà Nội.
8. Trần Chung (1973), *Bộ dân luật*, Nhà in Trần Chung, Sài Gòn.
9. Ngô Huy Cương (2000), “Luật thương mại: Cơ sở kinh tế - xã hội hình thành, phát triển và các chức năng”, *Nghiên cứu lập pháp*, (4), tr. 44-56.
10. Ngô Huy Cương (2006), *Góp phần bàn về cải cách pháp luật ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.
11. Ngô Huy Cương (2010), “Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị”, *Nghiên cứu lập pháp*, số 3+4(164+165), tr. 68-77.
12. Ngô Huy Cương (2011), "Some features of commercial law in Vietnam", *Khoa học (Luật học)*, Tập 27, (4), tr. 252-258.
13. Ngô Huy Cương (2012), "Pháp luật giải quyết tranh chấp nội bộ công ty: Nhận thức, thực trạng và cải cách", *Nhà nước và pháp luật*, 11(295), tr. 48-58, tr. 82.

14. Ngô Huy Cương (2012), *Luật so sánh*, Bài giảng điện tử.
15. Ngô Huy Cương (2012), *Pháp luật nghĩa vụ cho cao học*, Bài giảng điện tử.
16. Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình luật thương mại - Phần chung và Thương nhân*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
17. Ngô Huy Cương (2013), *Giải quyết tranh chấp ngoài tòa án*, Bài giảng điện tử.
18. Đỗ Văn Đại (2008), *Luật hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án* (Sách chuyên khảo), Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
19. Đảng Cộng sản Việt Nam (2005), *Nghị quyết 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020*, Hà Nội.
20. Nguyễn Minh Đoan (2009), *Thực hiện và áp dụng pháp luật ở Việt Nam*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
21. Francis Lemeunier (1993), *Nguyên lý và thực hành luật thương mại, luật kinh doanh*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
22. Friedrich Kuebler & Juergen Simon (1992), *Mấy vấn đề pháp luật kinh tế Cộng hòa Liên bang Đức*, Nxb Pháp lý, Hà Nội.
23. Gustave Le Bon (2006), *Tâm lý học đám đông*, Nxb Tri thức, Hà Nội.
24. Lê Hồng Hạnh (dịch) (1993), *Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
25. Dương Quỳnh Hoa (2012), *Xây dựng và hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp đối với các quan hệ thương mại trong giai đoạn hiện nay ở nước ta*, Luận án tiến sĩ Luật học, Học viện Khoa học Xã hội - Viện Hàn lâm Khoa học Việt Nam, Hà Nội.
26. Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh (1998), *Cộng đồng làng xã Việt Nam hiện nay*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
27. Học viện Tư pháp (2007), *Giáo trình luật tố tụng dân sự*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.

28. ICC (2000), *Incoterms 2000*, In tại Công ty In Khoa học Kỹ thuật, Hà Nội, Giấy phép xuất bản số 56/QĐ-CXB do CXB cấp ngày 21/3/2000.
29. Jan Ramberg (2000), *Hướng dẫn sử dụng Incoterms 2000 của ICC- Tìm hiểu Incoterms và thực tiễn áp dụng*, ICC và VCCI.
30. Jean Claude Ricci (2002), *Nhập môn luật học*, Nxb Văn hóa thông tin, Hà Nội.
31. Keebet von Benda-Beckmann (2000), "Đa dạng pháp luật", Trong sách: *Luật tục và phát triển nông thôn ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 767- 813.
32. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội (1998), *Giáo trình Luật thương mại Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
33. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội (2005), *Giáo trình Luật thương mại quốc tế*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
34. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội (2013), *Giáo trình Luật tố tụng hình sự*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
35. Khoa Luật - Trường Đại học Tổng hợp Hà Nội (1993), *Giáo trình Lý luận chung về Nhà nước và pháp luật*, Hà Nội.
36. *Lời trình Hoàng Việt Trung Kỳ Hộ Luật* (1936).
37. Trương Duy Lượng (2009), *Pháp luật tố tụng dân sự và thực tiễn xét xử*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
38. Nguyễn Thị Tuyết Mai (2014), *Áp dụng tập quán trong giải quyết các vụ việc dân sự của tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay*, Luận án tiến sĩ Luật học, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, Hà Nội.
39. Triệu Quốc Mạnh (2000), *Pháp luật và Dân luật đại cương*, Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, Thành phố Hồ Chí Minh.
40. Vũ Văn Mẫu (1960), *Dân luật khái luận*, In lần thứ hai, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn.

41. Vũ Văn Mẫu (1974), *Cổ luật Việt Nam thông khảo và tư pháp sử*, Quyển thứ nhất, tập nhất, Sài Gòn.
42. Y Nha, Nguyễn Lộc và Y Phi (2001), "Giải quyết tranh chấp về dân sự trong luật tục Ê đê - M'Nông", Tọa đàm: *Luật tục trong mối quan hệ với luật dân sự*, Hà Nội.
43. Y Nha, Nguyễn Lộc và Y Phi (2001), "Hiệu lực của luật tục Ê đê trong đời sống dân sự hiện đại", Tọa đàm: *Luật tục trong mối quan hệ với luật dân sự*, Hà Nội.
44. Nhà Pháp luật Việt - Pháp (1998), *Bộ luật Dân sự Cộng hòa Pháp*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
45. Phan Đăng Nhật (2000), "Nguồn gốc và bản chất luật tục Tây nguyên", Trong sách: *Luật tục và phát triển nông thôn ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 61-101.
46. Phạm Duy Nghĩa (2004), *Chuyên khảo luật kinh tế (Chương trình sau đại học)*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
47. Nguyễn Như Phát, Ngô Huy Cương (2004), *Những khác biệt giữa luật thương mại Việt Nam và các chế định pháp luật thương mại các nước*, Dự án UNDP - Bộ Thương mại.
48. Phòng Thương mại Quốc tế (2007), *Bản quy tắc và thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ phiên bản 500*, (Tài liệu dịch), Hà Nội.
49. Nguyễn Xuân Quang - Lê Nét - Nguyễn Hồ Bích Hằng (2007), *Luật dân sự Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia Hồ Chí Minh, Thành phố Hồ Chí Minh.
50. Hoàng Thị Kim Quế (2011), "Văn hóa pháp luật và đạo đức", *Văn hóa pháp luật - Những vấn đề lý luận cơ bản và ứng dụng chuyên ngành*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, tr. 79-101.
51. Quốc hội (1995), *Bộ luật Dân sự*, Hà Nội.
52. Quốc hội (2000), *Luật Kinh doanh bảo hiểm*, Hà Nội.
53. Quốc hội (2004), *Bộ luật Tố tụng dân sự*, Hà Nội.

54. Quốc hội (2005), *Bộ luật Dân sự*, Hà Nội.
55. Quốc hội (2005), *Luật Đầu tư*, Hà Nội.
56. Quốc hội (2005), *Luật Thương mại*, Hà Nội.
57. Quốc hội (2005), *Bộ luật Hàng hải*, Hà Nội.
58. Quốc hội (2011), *Bộ luật Tố tụng dân sự (sửa đổi bổ sung)*, Hà Nội.
59. Nguyễn Duy Quý (2000), "Luật tục và chiến lược phát triển nông thôn ở Việt Nam", Trong sách: *Luật tục và phát triển nông thôn ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.
60. Nguyễn Thị Quỳnh, Nguyễn Quốc Việt, và Nguyễn Hoàng Phương (2013), *Báo cáo nghiên cứu tập quán pháp - Thực trạng ở Việt Nam và một số đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng tập quán pháp ở Việt Nam*, Chính phủ Việt Nam - Chương trình phát triển Liên Hợp Quốc, Dự án tăng cường tiếp cận công lý và bảo vệ quyền tại Việt Nam (00058492).
61. Lê Hồng Sơn (2001), "Khái niệm, vị trí, vai trò và một số nội dung chính của luật tục từ góc độ nghiên cứu pháp luật", Tọa đàm: *Luật tục trong mối quan hệ với luật dân sự*, ngày 22/02/2001, Hà Nội.
62. Ngô Đức Thịnh (2000), "Luật tục với việc phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam", Trong sách: *Luật tục và phát triển nông thôn ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 25-52.
63. Ngô Đức Thịnh (2001), "Luật tục và luật pháp", Tọa đàm: *Luật tục trong mối quan hệ với luật dân sự*, ngày 22/02/2001, Hà Nội.
64. Tòa án nhân dân tối cao, *Quyết định số 93/GĐT-DS ngày 27/5/2002 của Tòa dân sự Tòa án nhân dân tối cao*, Hà Nội.
65. Lê Tài Triển, Nguyễn Vạng Thọ, Nguyễn Tân (1972), *Luật thương mại Việt Nam dẫn giải, Quyển 1*, Nhóm nghiên cứu và dự hoạch, Sài Gòn.
66. Trường Đại học Luật Hà Nội (1999), *Giáo trình Luật tố tụng dân sự Việt Nam*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.

67. Trường Đại học Luật Hà Nội (2007), *Giáo trình Luật thương mại*, Tập 1, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.
68. Trường Đại học Luật Hà Nội (2009), *Giáo trình Lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.
69. Unidroit (2005), *Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004*, (Bản dịch tiếng Việt với sự tài trợ của Tổ chức quốc tế Pháp ngữ), Nxb Tư pháp, Hà Nội.
70. Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (2000), *Đạo luật Mẫu về Thương mại Điện tử của Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại soạn thảo*, (Tài liệu dịch tham khảo), Hà Nội.
71. Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (2000), *Đạo luật của Vương quốc Anh về Tổ chức tư pháp và Áp dụng pháp luật (cho Tanzania)*, (Tài liệu dịch tham khảo), Hà Nội.
72. Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (2001), *Bộ luật Dân sự Cộng hòa Liên bang Đức*, (Tài liệu dịch tham khảo), Hà Nội.
73. Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (2002), *Bộ luật Thương mại Cộng hòa Czech*, (Tài liệu dịch tham khảo), Hà Nội.
74. Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (2002), *Bộ luật Dân sự Quebec (Canada)*, (Tài liệu dịch tham khảo), Hà Nội.
75. Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (2003), *Bộ luật Thương mại Nhật Bản*, (Tài liệu dịch tham khảo), Hà Nội.
76. Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật (1995), *Những vấn đề lý luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.

TIẾNG ANH

77. Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy (2007), *The Nature of Customary Law- Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press.

78. Brian D. Lepard (2010), *Customary International Law - A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press.
79. *Deluxe Black's Law Dictionary* (1990), Sixth Edition, St. Paul, Minn. West Publishing Co.
80. Encyclopedia Britanica (2014), *International Law*.
81. Eric A. Feldman (2014), "The Tuna Court: Law and Norms in the World's Premier Fish Market", *Customary Law and Economics*, Edited by Lisa Bernstein & Francesco Parisi, Edward Elgar Publishing Limited (UK) & Edward Elgar Publishing, Inc. (USA), (pp. 313 - 345).
82. Ian Brownlie (1999), *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Oxford University Press.
83. John Henry Merryman, Rogelio Pérez-Perdomo (2007), *The Civil Law Tradition - An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Third Edition, Stanford University Press, California, USA.
84. Lisa Bernstein (2014), "Merchant Law in Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms", *Customary Law and Economics*, Edited by Lisa Bernstein & Francesco Parisi, Edward Elgar Publishing Limited (UK) & Edward Elgar Publishing, Inc. (USA), (pp. 224-280).
85. Lynda L. Laing (1984), *The Commercial Law of United States*, Oceana Publication, INC., 1984.
86. Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker (2008), *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, Third edition, Thomson West.
87. René David and John E.C. Brierley (1975), *Major Legal Systems in the World Today*, Secon Edition, The Free Press, New York. London. Toronto. Sydney. Tokyo. Singapore.
88. Uniform Commercial Code.
89. R. C. Van Caenegem (1992), *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge University Press (UK).