

LỜI MỞ ĐẦU

I. 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 [59, tr. 8 – 12; 61, tr. 2]. Và cho đến nay tập quán vẫn được xem là một 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 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 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 thức 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 2005 và Luật Thương mại 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 17/09/2005 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 đã nhấn mạnh tới định hướng cải cách phù hợp với các tập quán và thông lệ quốc tế tại Nghị quyết số 48 và Nghị quyết số 49.

Thế nhưng thực tế 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 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.

II. 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.

III. 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 về vấn đề áp dụng tập quán khi có xung đột tập quán.

IV. 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; 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.

V. 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 về việc áp dụng tập quán giải quyết tranh chấp thương mại ở Việt Nam hiện nay.

VI. 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 việc áp dụng tập quán pháp để giải quyết các tranh chấp luật tư nói chung và tranh chấp thương mại nói riêng ở Việt Nam hiện nay.

Về chi tiết: Thứ nhất, điểm mới nổi bật nhất của Luận án là xây dựng được nền tảng lý luận về qui trình, thủ tục, kỹ thuật chứng minh và áp dụng các qui tắc tập quán pháp 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 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 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.

VII. Bố cục nội dung của Luận án

Luận án bao gồm các phần có thứ tự sau đây: Mục lục, Lời mở đầu, Phần nội dung nghiên cứu chủ yếu, Kết luận, và Danh mục tài liệu tham khảo.

Phần nội dung nghiên cứu chủ yếu của Luận án được chia thành các chương như sau:

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 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 tộc người, 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 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 xứ sở này chưa phát triển mạnh quan hệ thương mại quốc tế, đồng thời hiện nay ở nơi đây các luật gia hầu như dành hầu hết tâm trí 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 các giá trị hết sức lớn cho các công trình 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 góc 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 góc 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. Vì vậy khi nói tới tình hình nghiên cứu trong nước không thể không tìm hiểu các công trình đó.

1.2.2. Tổng quan một số công trình nghiên cứu tiêu biểu

1.2.2.1. “Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48 – NQ/TW của Bộ chính trị”

1.2.2.2. “Luật hợp đồng Việt Nam- Bản án và bình luận bản án”

1.2.2.3. “Luật tục, hương ước- Những giá trị văn hóa pháp luật cần được giữ gìn, kế thừa và phát triển”

1.2.2.4. “Luật tục và phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam”

1.2.2.5. “Luật tục M’Nông (tập quán pháp)”

1.2.2.5. “Việt Nam phong tục”

1.2.2.6. “Dân- luật khái- luận”

1.2.2.7. “Pháp luật và Dân luật đại cương”

1.3. Tình hình nghiên cứu ở ngoài nước

1.3.1. Một số công trình nghiên cứu tiêu biểu của các học giả nước ngoài về tập quán pháp

Có lẽ 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 nghiên cứu về đề tài này liên quan tới Việt Nam có lẽ rất hiếm hoi.

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.

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

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.

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 yếu tố 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 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) 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.

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.

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

* *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 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 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*
- (2) Phương pháp phân tích*
- (3) Phương pháp phân loại*
- (4) Phương pháp trừu tượng hóa*
- (5) Phương pháp phân tích lịch sử*
- (6) Phương pháp khái quát hóa, mô hình hóa*
- (7) Phương pháp so sánh pháp luật*

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 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.

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.

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.

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) [53, 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.

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

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 đổi lại các thành viên khác cũng ứng xử phù hợp với ước muốn của anh ta trên nền tảng có đi có lại [4, tr. 76].

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.

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 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 [56, tr. 27].

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

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 [44, 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 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

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

2.5. Kỹ thuật áp dụng tập quán

2.5.1. Luận chung về chứng minh tập quán

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).

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.

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

2.5.2. Kỹ thuật chứng minh tập quán

Thứ nhất, giải thích các qui tắc tập quán gắn liền với việc dẫn chứng tập quán.

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.

2.5.3. Tìm kiếm qui tắc tập quán

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.

2.6. Tổ chức áp dụng tập quán

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.

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

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

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

3.2.2. Thực tiễn áp dụng tập quán tại tòa án

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

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.

Thứ hai, khái niệm tập quán chưa được các đạo luật làm rõ và làm đồng nhất.

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.

Thứ tư, các điều kiện áp dụng tập quán chưa thỏa đáng.

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.

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

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 nài ra của các luật sư chắc hẳn sẽ làm cho việc áp dụng tập quán phát triển đáp ứng nhu cầu của xã hội.

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

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 tổ tụng 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

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 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.

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.

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.

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

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

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 theo thứ tự: 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 lễ công bằng.

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

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

Giải pháp thứ bảy: Thay điều kiện áp dụng tập quán là không trái với 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.

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.

Giải pháp thứ chín: Tìm tòi, sưu tập và nghiên cứu 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.

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

KẾT LUẬN CHUNG

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.

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, truyền thống Civil Law, rồi đến truyền thống Sovietique Law. Trừ mô hình pháp luật được xây dựng trên 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 và các cơ quan tài phán ngại áp dụng tập quán.

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./.

**CÁC CÔNG TRÌNH NGHIÊN CỨU
CỦA NGHIÊN CỨU SINH
ĐÃ CÔNG BỐ LIÊN QUAN TỚI ĐỀ TÀI LUẬN ÁN**

(1) “Legal Environment of commercial usage application in Viet Nam”, *Journal of US-China Public Administration*, (Vol 10, No.4)/2013.

(2) “Vai trò của tập quán và các nguyên tắc của việc áp dụng tập quán trong thương mại”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, Số 9 (293)/2012.

(3) “Các nguyên tắc và kỹ thuật áp dụng tập quán thương mại”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, Số 1(297)/2013.

(4) “Chứng minh tập quán thương mại”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, Số 8(316)/2014.

(5) “Mối quan hệ giữa tập quán thương mại với các nguồn pháp luật khác”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, Số 18 (226)/2012.

(6) “Môi trường pháp lý liên quan tới việc áp dụng tập quán thương mại ở Việt Nam”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, Số 2+3 (234+235)/2013.

(7) “Khái niệm và sự cần thiết áp dụng tập quán thương mại”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, Số 15 (271)/2014.

(8) “Phương thức chứng minh tập quán”, *Tạp chí Kiểm sát*, Số 19/2014.