

CHỨNG MINH TẬP QUÁN THƯƠNG MẠI

Nguyễn Mạnh Thắng*

Tóm tắt: Bài viết phân tích và làm rõ: i) Khái niệm và các thành tố của tập quán thương mại; ii) Quy tắc chung về chứng minh tập quán; iii) Chứng minh tính chất thương mại của tập quán; iv) Kỹ thuật chứng minh tập quán.

Abstract: The article analyses and clarifies: i) the concept and components of commercial custom; ii) General principle on proof of custom; iii) Proving commercial character of custom; iv) Techniques to prove custom.

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 cứ¹. 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 2004 (sửa đổi 2011) 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 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. Bài viết này sẽ làm rõ những vấn đề đó.

1. Khái niệm và các thành tố của tập quán thương mại

Tập quán là đối tượng nghiên cứu của nhiều lĩnh vực khác nhau như: văn hóa, lịch sử, xã hội học, luật học... Dưới góc độ luật học, người ta thường chú ý tới các qui tắc

xử sự của tập quán mà trong đó chứa đựng các giải pháp cho việc giải quyết tranh chấp giữa các bên liên quan. Luật Thương mại 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).

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 cần phải chứng minh được 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).

Yếu tố vật chất của tập quán bao gồm hai hợp phần quan trọng: Thứ nhất, có sự tồn tại một qui tắc xử sự; và thứ hai, có không gian và thời gian tồn tại của qui tắc đó. Qui tắc xử sự này được hình thành do thói quen và có khả năng xác định được 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. Quy tắc này phải tồn tại trong một không gian nhất

* NCS., Công ty Cổ phần Đầu tư đô thị và Khu công nghiệp Sông Đà 7.

¹ Học viện Tư pháp. *Giáo trình Luật tố tụng dân sự*, Nxb. Công an Nhân dân, 2007, tr. 165

định, có nghĩa là nó tồn tại 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 đã được cộng đồng sử dụng lặp đi lặp lại nhiều lần và 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 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; và mọi thành viên của cộng đồng đều mong muốn tuân thủ qui tắc.

2. Qui tắc chung về chứng minh tập quán

Trong tranh chấp, người muốn bảo vệ lợi ích của mình có nghĩa vụ chứng minh. Từ nguyên tắc này có thể suy luận ra: nghĩa vụ chứng minh tập quán thuộc về người nại tập quán, bởi 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 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.

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 việc tranh chấp không; và (3) Liệu nó có 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 liên quan tới 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: *thứ nhất*, hiện không có qui định pháp luật nào cung cấp giải pháp giải quyết tranh chấp đang được xét xử; *thứ hai*, qui tắc tập quán này không chống lại trật tự công cộng; và *thứ ba*, qui tắc tập quán này không chống lại 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.

3. Chứng minh tính chất thương mại của tập quán

Luật Thương mại 2005 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 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. 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 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...

4. 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”². Cũng như vậy, ở Anh từ xa xưa khi có tranh chấp xảy ra, người già cả nhất trong bộ lạc đứng ra tuyên bố đầu là các qui tắc tập quán³. 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.

Trong xét xử các tranh chấp về luật tư, tòa án đóng vai trò trọng tài, còn chính 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 phụ thuộc phần lớn vào các tính tiết của đối tượng chứng minh.

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 thương mại 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 chính, 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 cơ quan nhà nước có thẩm quyền⁴. Quan niệm này nghiêng nhiều về giải thích các qui phạm pháp luật chứa đựng trong các văn bản pháp luật. Như

² Ngô Đức Thịnh, *Luật tục và phát triển nông thôn ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 28.

³ Ngô Huy Cương, *Luật so sánh*, Bài giảng điện tử.

⁴ Khoa Luật - Trường đại học Tổng hợp Hà Nội, *Giáo trình lý luận chung về Nhà nước và Pháp luật*, Hà Nội, 1993, tr. 383 - 384.

vậy sẽ khó khăn khi áp dụng quan niệm này vào việc giải thích các tập quán thương mại. 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, giúp ích 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 tắc tập quán thương mại 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 thương mại 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 thương mại phải phù hợp với hoàn cảnh của tranh chấp và logic với đời sống thương mại trong một phạm vi nhất định.

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

Theo học giả Ngô Đức Thịnh: 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 hội⁵. Lưu ý rằng, thuật ngữ “thành văn” được sử dụng tại đây không theo nghĩa pháp lý mà có nghĩa là việc ghi chép luật tục thành tư liệu.

Các luật gia công pháp quốc tế nhận định: Tập quán quốc tế được thể hiện qua nhiều vô số vật chất khác nhau như: thư từ ngoại giao, tuyên bố chính sách, xuất bản phẩm, ý kiến của các cố vấn pháp lý, sở tay pháp lý, các quyết định và thực tiễn thi hành...⁶.

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, 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 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 đã xuất bản Bộ qui tắc giải thích các điều kiện thương mại, 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.

(Xem tiếp trang 45)

⁵ Ngô Đức Thịnh, *Luật tục và phát triển nông thôn ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 28.

⁶ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, 1999, p. 5.

2,1%/tháng trong các tháng tiếp theo. Có nhiều ý kiến cho rằng, việc đưa ra mức tiền phạt nặng là gián tiếp “bức tử” doanh nghiệp; vô hình trung làm tăng gánh nặng tài chính vốn đã rất khó khăn cho doanh nghiệp. Tuy nhiên, nếu nhìn từ chiều ngược lại, việc tăng tiền phạt khiến cho doanh nghiệp phải cân nhắc lợi ích thiệt hơn trước khi vi phạm. Thêm vào đó, những doanh nghiệp nào nợ lớn sẽ buộc phải sớm phá sản để tránh tình trạng nợ chồng nợ, không thể cố tình kéo dài thời gian; và từ góc độ kinh

tế, việc chấm dứt sớm hoạt động của các doanh nghiệp kém hiệu quả là cách tốt để giảm đáng kể chi phí xã hội, bảo vệ lợi ích của người lao động.

Như vậy, với thực trạng nợ, chậm và trốn đóng tiền BHXH của các doanh nghiệp hiện nay thì việc tiến hành và áp dụng đồng bộ các biện pháp trên sẽ đem lại hiệu quả quản lý cho cơ quan BHXH và tạo sự an tâm của người lao động khi làm tại doanh nghiệp đó.

(Tiếp theo trang 39 – Chứng minh tập quán ...)

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 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. Có thể tìm thấy các qui tắc tập quán tại các tư liệu khác ngoài các xuất bản phẩm chuyên về tập quán pháp, và

trong trường hợp này cần phải xem xét các qui tắc đó trên cơ sở 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 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 các qui tắc tập quán pháp chính xác, tránh lỗi thời.