XÁC ĐỊNH NỘI DUNG PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI ĐỂ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP DÂN SỰ QUỐC TẾ BỞI TÒA ÁN

Đỗ Minh Tuấn*

Tóm tắt

Án lệ của Anh và các nước thuộc Khối Thịnh vượng chung đối xử với pháp luật nước ngoài như chứng cứ. Vì vậy, pháp luật nước ngoài chỉ được áp dụng khi đương sự khởi xướng áp dụng và chứng minh nội dung pháp luật nước ngoài. Trong trường hợp các đương sự không chứng minh được nội dung pháp luật nước ngoài thì luật nơi xét xử sẽ được áp dụng theo nguyên tắc suy đoán luật nước ngoài tương tự luật nơi xét xử. Các nước Châu Âu lục địa ban đầu cũng coi pháp luật nước ngoài là chứng cứ. Nhưng từ cuối thế kỷ 19, các quốc gia này lần lượt áp dụng học thuyết pháp luật. Theo đó, pháp luật nước ngoài được coi là luật và tòa án có nghĩa vụ áp dụng và xác định pháp luật nước ngoài mặc dù đương sự không khởi xướng và chứng minh pháp luật nước ngoài. Ban đầu, Hoa Kỳ cũng đối xử với pháp luật nước ngoài như chứng cứ. Tuy nhiên, đến năm 1966, Hoa Kỳ coi pháp luật nước ngoài là pháp luật. Nhưng, tòa án không áp dụng pháp luật nước ngoài nếu như đương sự không khởi xướng việc áp dụng và nghĩa vụ chứng minh nội dung pháp luật nước ngoài vẫn thuộc về đương sự. Pháp luật thực định và thực tiễn áp dụng pháp luật Việt Nam chưa có câu trả lời rõ ràng về việc nội dung pháp luật nước ngoài được xác định như thế nào ở Việt Nam. Vì vậy, cần xây dựng khung pháp luật về xác định nội dung pháp luật nước ngoài ở Việt Nam phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh thực tế của Việt Nam.

Từ khóa: *xác định nội dung pháp luật nước ngoài, khởi xướng pháp luật nước ngoài, chứng minh pháp luật nước ngoài, pháp luật nước ngoài*

Mã số: 67.010814; Ngày nhận bài: 01/08/2014; Ngày biên tập: 01/8/2014; Ngày duyệt đăng: 10/12/2014

Việc xác định nội dung luật nước ngoài để giải quyết tranh chấp dân sự quốc tế đóng vai trò quan trọng đối với tòa án. Cho đến nay trên thế giới tồn tại ba học thuyết chủ yếu về xác định nội dung của pháp luật nước ngoài. Học thuyết chứng cứ được áp dụng ở Anh, Australia và nhiều nước thuộc khối thịnh vượng chung. Học thuyết pháp luật được áp dụng ở các nước thuộc hệ thống pháp luật dân sự như Đức, Pháp, Ý, Nhật Bản. Học thuyết Hoa Kỳ được áp dụng ở các tòa án liên bang Hoa Kỳ và các tòa án ở nhiều tiểu bang của Hoa Kỳ. Trong khi đó, vấn đề này chưa được định hình rõ ràng trong luật thực định và thực tiễn tòa án ở Việt Nam. Vì vậy bài viết dưới đây nghiên cứu ba học thuyết về xác định nội

* Ths, Nghiên cứu sinh, Đại học Luật Hà Nội

dung luật nước ngoài và thực tiễn vấn đề này tại Việt Nam.

1. Các học thuyết xác định nội dung luật nước ngoài trên thế giới:

a. Học thuyết chứng cứ (fact doctrine)[1]

Trong thời kỳ Trung cổ (Middle Ages), nước Anh là nhà nước trung ương tập quyền, với hệ thống tư pháp tập trung có sự tham gia xét xử của bồi thẩm đoàn. Bồi thẩm đoàn được coi là tập hợp những người làm chứng. Bản án được đưa ra trên cơ sở sự hiểu biết về sự thật của vụ việc của bồi thẩm đoàn. Hội thẩm không thể biết được sự kiện xảy ra ngoài cộng đồng của họ. Vì vậy, tòa án không có thẩm quyền xét xử đối với vụ việc xảy ra một phần hoặc toàn bộ ở nước ngoài.[2] Án lệ được phát triển trong xã hội phong kiến Anh thiếu vắng những qui phạm điều chỉnh các hoạt động của thương nhân. Do đó, để giải quyết các tranh chấp thương mại, tòa án đặc thù ở Anh (không phải là tòa án common law[3]) phải áp dụng một hệ thống pháp luật không quen thuộc, đó chính là luật của thương nhân. Trong thế kỷ thứ 14, ở Anh đã xuất hiện tòa án hàng hải áp dụng pháp luật của các quốc gia, pháp luật về hàng hải và pháp luật của thương nhân có nguồn gốc từ bên ngoài, để chuyên giải quyết các tranh chấp về hàng hải. Đến thế kỷ 16, sự phát triển mạnh mẽ của tòa án hàng hải đã có tác động đến vị thế của tòa án common law. Điều này đòi hỏi phải mở rộng thẩm quyền của tòa án common law. Bước đầu tiên của sự mở rộng thẩm quyền là thay đổi bồi thẩm đoàn từ chức năng người làm chứng sang chức năng người xét xử. Và như vậy thẩm quyền của tòa án common law được mở rộng đến việc xét xử các vụ việc vốn chỉ thuộc thẩm quyền của tòa án hàng hải. Tòa án common law thống nhất áp dụng luật của thương nhân để giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, luật thương nhân không quen thuộc với tòa án. Do đó, tòa án coi luật của thương nhân là chứng cứ, các đương sự phải nêu ra và chứng minh về nội dung của luật của thương nhân.

Việc giải quyết các tranh chấp có yếu tố nước ngoài cũng đặt ra vấn đề áp dụng pháp luật nước ngoài. Luật nước ngoài cũng nằm ngoài sự hiểu biết của tòa án Anh. Do đó, các tòa án này hoặc là từ chối thẩm quyền khi vấn đề áp dụng pháp luật nước ngoài được đặt ra hoặc áp dụng án lệ để xét xử. Đến giữa thế kỷ 18, xuất phát từ những đòi hỏi trong những tình huống tranh chấp về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, theo đó người ta đã áp dụng luật nơi thực hiện hành vi, chính vì vậy luật nước ngoài cần được áp dụng để giải quyết các tranh chấp có yếu tố nước ngoài. Trong vụ Mostyn v. Fabrigas 1 Cowp. 161, 174, 98 Eng. Rep. 1021, 1028 (K.B. 1774), thẩm phán Mansfield đưa ra quan điểm: "Cách để biết luật nước ngoài là thừa nhận chúng được chứng minh như là các chứng cứ..."[4] Như vậy, luật

---

[1] Theo học thuyết chứng cứ, tòa án coi pháp luật nước ngoài là chứng cứ. Vì vậy, nội dung pháp luật nước ngoài do các đương sự nêu ra và chứng minh để áp dụng giải quyết tranh chấp.

[2] Stephen L. Sass, *Foreign law in civil litigation: a comparative survey*, The American Journal of Comparative Law, [Vol. 16; 1968], tr. 332 – 371, tr. 335.

[3] "Common law" được hiểu theo hai nghĩa: (1) Là hệ thống pháp luật có nguồn gốc từ Án lệ (Case law) và tập quán pháp (Custom law); (2). Là hệ thống pháp luật hình thành ở Anh, Mỹ có sự khác biệt với hệ thống Civil law. (Xem Bryan A. Garner (editor in chief) (2001), Black's Law Dictionary, Second pocket edition, West Group – A Thompson Company, tr. 114)

[4] Trích dẫn lại từ Anthony Gray, *Choice of Law: The presumption in the proof of foreign law*, UNSW Law Journal, Volume 31(1), 2008, tr. 136-157, tr. 140.

nước ngoài chỉ được coi như là chứng cứ và do các đương sự phải nêu ra và tự chứng minh. Tòa án không được phép nêu ra và chứng minh luật nước ngoài. Học thuyết chứng cứ được xây dựng bởi thẩm phán Mansfield vẫn được áp dụng ở Anh và nhiều nước thuộc khối thịnh vượng chung cho đến ngày nay.

Anh và nhiều nước thuộc khối thịnh vượng chung chấp nhận các nguồn chứng cứ phong phú bao gồm cả lời khai, báo cáo của chuyên gia.[5] Điều 4(2) Luật chứng cứ dân sự năm 1972 của Anh thừa nhận: (1). Các nội dung hoặc quyết định về luật nước ngoài được chứa đựng trong các nguồn có giá trị chứng minh; (2) bất kỳ sự viện dẫn các nội dung hoặc quyết định về luật nước ngoài nào được báo cáo hoặc ghi lại trừ trường hợp có chứng cứ ngược lại, miễn rằng thông tin hoặc quyết định được viện dẫn này không mâu thuẫn với nội dung hoặc quyết định khác được viện dẫn trong cùng một vụ việc. Nếu thông tin về nội dung pháp luật nước ngoài không cụ thể hoặc đương sự đề nghị tòa án giải thích pháp luật nước ngoài thì tòa án Anh lại giải thích pháp luật nước ngoài theo pháp luật Anh.

Các tòa án Anh và các nước thuộc khối thịnh vượng chung áp dụng nguyên tắc suy đoán luật nước ngoài tương tự luật nơi xét xử để dẫn đến áp dụng luật nơi xét xử (lex fori). "Nguyên tắc suy đoán pháp luật tương tự, nghĩa là việc áp dụng ngay luật nơi xét xử được lý giải bởi một hoặc các lý do sau: (1). Ngăn ngừa sự bất công phát sinh từ việc đình chỉ vụ việc khi mà luật nước ngoài khó được xác định và chứng minh trong hoàn cảnh cụ thể; (2). Ngăn ngừa sự bất công phát sinh từ việc đình chỉ vụ việc khi mà tòa án có cơ sở để nhận thấy luật nước ngoài có những điểm tối thiểu tương đồng với luật nơi xét xử…; (3). Vì luật nơi xét xử được xem xét bởi tòa án như là hệ thống pháp luật thay thế."[6] Trong vụ Neilson v Overseas Project Corporation of Victoria Ltd [2005] HCA 54, *29/9/2005*, Tòa án Tối cao Australia, với đa số phiếu, đã kết luận rằng khi không có chứng cứ ngược lại, thì luật nước ngoài được coi là có nội dung tương tự với luật nơi xét xử. Nguyên tắc suy đoán pháp luật tương tự không được áp dụng trong trường hợp liên quan đến luật về đánh bạc, tình trạng đa hôn nhân, chứng cứ và quyền sở hữu trí tuệ. Tòa án Scotland từ chối coi luật của Slotland tương tự luật của Anh trong một vụ việc về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng phát sinh từ vụ tai nạn xe hơi xảy ra ở Anh được đưa đến tòa án Scotland.[7] Nếu đương sự không chứng minh được nội dung của pháp luật nước ngoài và nguyên tắc suy đoán pháp luật tương tự không được áp dụng, thì vụ việc sẽ bị đình chỉ.

b. Học thuyết pháp luật (law doctrine)[8]

Khác với nước Anh, ở Châu Âu lục địa, luật La Mã với sự hấp thụ luật Giéc-manh và luật tôn giáo, là hệ thống pháp luật chi phối trên toàn bộ lục địa. Theo thời gian, ở mỗi

---

[5] Kirsty J. Hood, *Drawing inspiration? Reconsidering the procedural treatment of foreign law*, Journal of Private International Law, Vol. 2 No. 1, April 2006, tr. 181-193, tr. 184

[6] Yaad Rotem, Foreign law as a distinctive fact-to whom should the burden of proof be assigned? Chicago Journal of International Law, Vol 14 No. 2, 2014, tr. 625 – 651, tr. 630-631

[7] Anthony Gray, *Choice of Law: The presumption in the proof of foreign law*, UNSW Law Journal, Volume 31(1), 2008, tr. 136-157, tr. 148.

[8] Theo học thuyết pháp luật, pháp luật nước ngoài được thừa nhận là pháp luật và tòa án phải áp dụng mà không cần có sự đề xuất và chứng minh bởi đương sự. Tòa án phải tự mình xác định nội dung của pháp luật nước ngoài.

vùng lãnh thổ trên toàn lục địa, nhiều tập quán và các qui định mới được hình thành hoặc thay đổi so với các qui phạm pháp luật La Mã gốc. Sự đa dạng của các hệ thống pháp luật trên toàn lục địa dẫn đến qui phạm xung đột được hình thành rất sớm. Các luật gia Trung cổ phân định giữa các qui phạm pháp luật mà thẩm phán buộc phải biết và các qui phạm pháp luật không nằm trong sự hiểu biết của thẩm phán. Học thuyết *iura novit curia* (tòa án biết luật)[9] được hình thành. Học thuyết này được áp dụng cho luật thành văn có hiệu lực trong phạm vi lãnh thổ của nơi có tòa án. Như vậy, luật thành văn là nguồn luật chính. Tập quán pháp và các nguồn luật khác (bao gồm cả luật của vùng khác) được coi là nguồn luật bổ trợ. Để bảo đảm tính thượng tôn của luật thành văn, tập quán pháp và các nguồn luật khác chỉ được coi là chứng cứ.[10] Theo đó, tòa án chỉ áp dụng pháp luật của vùng khác do qui phạm xung đột dẫn chiếu và khi đương sự nêu ra và chứng minh, nếu không chứng minh được, tòa án sẽ áp dụng luật nơi xét xử. Học thuyết này cũng được áp dụng khi xem xét giá trị pháp lý của pháp luật nước ngoài. Cho đến cuối thế kỷ 19, các nước Châu Âu lục địa vẫn coi pháp luật nước ngoài chỉ là chứng cứ.

Hai học giả Đức là G.F Pucha (1798 - 1846) và Friedrich Carl von Savigny (1779 - 1861) là những học giả đầu tiên phê phán học thuyết chứng cứ. Pucha và Savigny cho rằng sự tồn tại của tập quán pháp, luật nước ngoài cũng như luật quốc nội thành văn không thuộc về bất kỳ một lợi ích riêng lẻ nào. Sự khác biệt duy nhất giữa luật quốc nội thành văn với tập quán pháp và luật nước ngoài là tập quán pháp và luật nước ngoài không buộc phải quen thuộc với thẩm phán, nên đương sự phải nêu ra và chứng minh. Vì lẽ đó, tập quán pháp và luật nước ngoài bị đối xử như chứng cứ. Nhưng rõ ràng với bản chất riêng, tập quán pháp và luật nước ngoài không thể được đánh đồng với chứng cứ. Trong khi chứng cứ không được cung cấp bởi thẩm phán, nhưng thẩm phán có thể và phải xác định tập quán pháp và luật nước ngoài dù rằng sự hiểu biết của thẩm phán về các nguồn này chỉ mang tính sự vụ. Hơn nữa, chứng cứ phải tuân theo những qui định về thời hạn và thủ tục thu thập và cung cấp nhất định, tập quán pháp và luật nước ngoài không thể bị ràng buộc về thời hạn, cũng như phương thức thu thập, cung cấp và chứng minh.[11] Quan điểm của hai học giả này được thể hiện trong Điều 293 Bộ luật tố tụng dân sự của Đức năm 1877. Savigny không dừng ở đây mà tiếp tục phát triển học thuyết của mình theo hướng pháp luật nước ngoài phải được áp dụng bắt buộc. Học thuyết này được nhiều học giả Châu Âu chấp nhận và phát triển. Tòa án Đức và tòa án của nhiều nước Châu Âu lục địa cũng áp dụng học thuyết này. Như vậy học thuyết pháp luật được hình thành.

Tobias Asser (1838-1913), luật gia Hà Lan, cũng là một trong những học giả Châu Âu

---

[9] Theo học thuyết này thẩm phán thực tế biết hoặc buộc phải biết luật mà họ được đào tạo trong các trường đại học luật La Mã và tra cứu trong các văn bản qui phạm pháp luật. (Xem Stephen L. Sass, *Foreign law in civil litigation: a comparative survey*, The American Journal of Comparative Law, [Vol. 16; 1968], tr. 332 – 371, tr. 349)

[10] Tlđd, tr. 349.

[11] Stephen L. Sass, *Foreign law in civil litigation: a comparative survey*, The American Journal of Comparative Law, [Vol. 16; 1968], tr. 332 – 371, tr. 357.

đầu tiên phân tích vấn đề đối xử bình đẳng giữa luật nơi xét xử với luật nước ngoài. Theo quan điểm của Asser thì thẩm phán phải tự thân mình áp dụng pháp luật nước ngoài bởi vì nghĩa vụ của thẩm phán là giải quyết các tranh chấp theo luật áp dụng kể cả luật áp dụng là luật nước ngoài mặc dù các đương sự không đề xuất [12]. Trong một thời gian dài, tòa án Pháp không chấp nhận học thuyết của Asser, mà vẫn coi luật nước ngoài là chứng cứ và chỉ được áp dụng nếu được đương sự nêu ra và chứng minh. Tuy nhiên, sang đến nửa cuối thế kỷ 20, quan điểm của tòa án Pháp có nhiều thay đổi thông qua các án lệ. Quyết định của tòa giám đốc thẩm (Cour de Cassation) trong vụ Bisbal[13] và vụ Compagnie Algérienne de Crédit et de Banque v. Chemouny[14] xác lập một nguyên tắc là tòa án Pháp không có nghĩa vụ áp dụng pháp luật nước ngoài theo qui phạm xung đột nếu như đương sự không đề xuất, nhưng tòa án được phép áp dụng pháp luật nước ngoài. Từ năm 1988, thông qua quyết định đối với hai vụ Rebouh v. Bennour[15] và Schule v. Phillipe[16], tòa giám đốc thẩm đã chuyển từ nguyên tắc tùy nghi áp dụng pháp luật nước ngoài sang nguyên tắc bắt buộc áp dụng pháp luật nước ngoài. Theo đó, tòa án Pháp bắt buộc phải áp dụng pháp luật nước ngoài theo sự dẫn chiếu của các qui phạm xung đột. Tuy nhiên, tại quyết định trong vụ Coveco v.Vesoul[17], tòa giám đốc thẩm lại áp dụng nguyên tắc tùy nghi trong việc áp dụng pháp luật nước ngoài. Nhưng đến quyết định trong vụ Maklouf v.Benal[18], nguyên tắc bắt buộc áp dụng pháp luật nước ngoài lại tiếp tục được thừa nhận bởi tòa giám đốc thẩm. Có thể nói cho đến nay, tòa án Pháp đã áp dụng nguyên tắc bắt buộc áp dụng pháp luật nước ngoài. Về phương thức chứng minh nội dung của pháp luật nước ngoài, tòa án Pháp chấp nhận văn bản báo cáo về pháp luật nước ngoài của người có hiểu biết về pháp luật nước ngoài. Trong trường hợp cần thiết, chuyên gia có thể được chỉ định để trình bày bằng văn bản về pháp luật nước ngoài cho tòa án.

Trước đây, Ý cũng chỉ coi pháp luật nước ngoài là chứng cứ và chỉ được áp dụng khi được đương sự nêu ra và chứng minh. Đến năm 1966, Tòa giám đốc thẩm mở rộng học thuyết *iura novit curia* áp dụng cho cả luật nước ngoài. Theo đó, pháp luật nước ngoài được coi là pháp luật, tòa án buộc phải tự xác định nội dung của pháp luật nước ngoài. Tuy nhiên, án lệ của Ý cũng không thực sự ổn định. Đôi khi tòa án lại chuyển nghĩa vụ đề xuất và chứng minh luật nước ngoài sang các đương

---

[12] Jacob Dolinger, *Application, proof, and interpretation of foreign law: A comparative study in private international law*, Arizona Journal of International and Comparative Law [Vol. 12, No. 1: 1995], tr. 225 – 276, tr. 226.

[13] Bản án ngày 12/5/1959 (Bisbal), Cass. civ. ire được đăng trên 49 Revue Critique de Droit International Privé [R.C.DI.P.] 62 (1960) (Fr.). (Trích dẫn lại từ tlđd, tr. 227)

[14] Bản án ngày 2/3/1960 (Compagnie Algérience de CrédIt et de Bangue v.chemouny), Cass. CIV. Ire, được đăng trên 49R.C.D.I.P 97 (1960) (Fr.) (Trích dẫn lại từ tlđd, tr. 227).

[15] Bản án ngày 11/10/1988 (Rebouh v. Bennour), Cass. civ. Ire, được đăng trên 78 R.C.D.I.P. 368 (1989) (Fr.). (Trích dẫn lại từ tlđd, tr. 229).

[16] Bản án ngày 18/10/1988 (Schule v. Phillipe), Cass. civ. Ire, được đăng trên 78 R.C.D.I.P. 368 (1989) (Fr.). (Trích dẫn lại từ tlđd, tr. 229).

[17] Bản án ngày 4/12/1990 (Coveco v. Vesoul), Cass. civ. Ire, được đăng tải trên 80 R.C.D.I.P. 558 (1991) (Fr.). (trích dẫn lại từ tlđd, tr. 231).

[18] Bản án ngày 18/11/1992 (Maklouf v. Benali), Cass. civ. Ire, được đăng tải trên 82 R.C.D.I.P. 276 (1993) (Fr.). (trích dẫn lại từ tlđd, tr. 231).

sự. Đến ngày 31/5/1995, Ý ban hành đạo luật số 218 sửa đổi toàn diện các nội dung về tư pháp quốc tế trong Bộ luật dân sự năm 1865 và các văn bản qui phạm pháp luật khác trong đó có nội dung về áp dụng pháp luật nước ngoài. Theo pháp luật hiện hành, thẩm phán bắt buộc phải tự mình xác định nội dung của pháp luật nước ngoài. Trong trường hợp khó khăn, tòa án có thể yêu cầu sự hỗ trợ của Bộ tư pháp, các chuyên gia và cuối cùng là sự hỗ trợ của các đương sự.[19]

Phần lớn các tòa án ở Châu Âu lục địa giải thích pháp luật nước ngoài bao gồm luật thành văn và án lệ theo đúng thực tiễn xét xử của tòa án nơi xuất xứ của luật nước ngoài. Tuy nhiên, các tòa án Ý lại chia luật nước ngoài thành luật nội dung và luật hình thức. Nếu luật nước ngoài là luật nội dung thì sẽ được giải thích theo các nguyên tắc pháp lý của Ý. Còn nếu luật nước ngoài là luật hình thức thì sẽ được giải thích theo đúng tinh thần của hệ thống pháp luật nguyên gốc. Trong trường hợp không chứng minh được pháp luật nước ngoài, các tòa án sẽ áp dụng luật nơi xét xử để giải quyết.

c. Học thuyết Hoa Kỳ (US. Model)

Từ ngày 1/7/1966, với việc bổ sung Qui tắc 44.1 trong Bộ qui tắc tố tụng dân sự liên bang Hoa Kỳ (Federal Rules of Civil Procedures) ban hành năm 1938, ở cấp liên bang, Hoa Kỳ chuyển từ học thuyết chứng cứ sang học thuyết riêng, gọi là học thuyết Hoa Kỳ[20]. Học thuyết Hoa Kỳ vừa có những đặc điểm của học thuyết chứng cứ, vừa có đặc điểm của học thuyết pháp luật.[21] Pháp luật nước ngoài được coi là pháp luật không đồng nghĩa với việc tòa án bắt buộc phải áp dụng pháp luật nước ngoài khi đương sự không khởi xướng (nêu ra). Thông báo việc khởi xướng áp dụng pháp luật nước ngoài cho bên đối tụng là nghĩa vụ bắt buộc. Nếu đương sự khởi xướng vi phạm nghĩa vụ này, vụ việc sẽ được giải quyết bởi luật quốc nội. Trong trường hợp không bên đương sự nào khởi xướng áp dụng pháp luật nước ngoài, tòa án suy đoán rằng các bên từ bỏ quyền yêu cầu áp dụng pháp luật nước ngoài.[22] Như vậy, đương nhiên luật nơi xét xử được áp dụng. Trong vụ Clarkson Co. v. Shaheen, 660 F.2d 506, 512 n.4 (2d Cir. 1981), tòa án áp dụng luật của bang New York vì không đương

---

[19] Irene Grassi, *The Reform of Italian Private International Law*, European Journal of Law Reform, Vol. 1, No. 1/2, 1999, tr. 153 – 162, tr. 158.

[20] Vì hệ thống tòa án liên bang và hệ thống tòa án tiểu bang độc lập với nhau, nên tòa án cấp bang của Hoa Kỳ không phải tuân theo qui tắc 44.1, có bang vận dụng một phần hoặc toàn bộ qui tắc 44.1 để xây dựng qui tắc của riêng mình. Bang Massachuchetts cũng ban hành qui tắc 44.1 (có hiệu lực ngày 1/7/1974) trong bộ qui tắc tố tụng dân sự của tiêu bang với nội dung tương tự qui tắc 44.1 của liên bang. (Xem http://www.mass.gov/courts/case-legal-res/rules-of-court/civil-procedure/mrcp44-1.html). Bang Arkansas cũng vận dụng qui tắc 44.1 của liên bang để xây dựng qui tắc 44.1 của bang thay thế qui chế Ark. Stat. Ann. 27-2504 (Supp. 1975). Về nội dung thì qui tắc 44.1 của Arkansas tương tự qui tắc 44.1 của liên bang nhưng có một số thay đổi về từ vựng để phù hợp với thực tiễn của tiểu bang này. (Xem https://courts.arkansas.gov/rules-and-administrative-orders/court-rules/rule-441-determination-foreign-law).

[21] Qui tắc 44.1 qui định: "Đương sự mong muốn khởi xướng pháp luật nước ngoài phải thông báo bằng một văn thư tố tụng (pleading) hoặc một văn bản dưới hình thức khác. Trong việc xác định pháp luật nước ngoài, tòa án có quyền xem xét bất kỳ tài liệu hoặc nguồn nào bao gồm cả lời khai được cung cấp bởi đương sự hoặc được thừa nhận bởi qui tắc liên bang về chứng cứ. Việc xác định nội dung của pháp luật nước ngoài của tòa án phải được coi là việc xác định nội dung pháp lý.".

[22] Matthew J. Wilson, Improving the process: *Transnational litigation and the application of private foreign law in U.S. courts*, International Law and Politics, [Vol. 45: 2013], tr. 1111 – 1150, tr. 1125.

sự nào đặt vấn đề luật của Canada được áp dụng để giải quyết vụ việc.

Theo Qui tắc 44.1, nghĩa vụ chứng minh nội dung pháp luật nước ngoài vẫn thuộc về đương sự. Đương sự chứng minh nội dung pháp luật nước ngoài bằng cách đệ trình lên tòa án báo cáo của chuyên gia. Pháp luật của Mỹ không có tiêu chuẩn về chuyên gia, chuyên gia có thể là giáo sư luật, thẩm phán về hưu, chuyên gia pháp lý, những người được cấp phép hoạt động pháp lý hoặc thậm chí là chuyên gia ngành. Tòa án sẽ dựa trên tính khách quan và độ tin cậy trong báo cáo của chuyên gia để chấp nhận hoặc không chấp nhận báo cáo của chuyên gia. Vụ Pazcoguin v. Radcliffe, 292 F.3d 1209, 1216 (9th Cir. 2002) cho thấy tòa án có thể không thừa nhận kết luận trong báo cáo của chuyên gia[23]. Trong thực tiễn, tòa án dựa vào sự tranh tụng giữa các bên đương sự để xác định được tính khách quan và độ tin cậy của nội dung pháp luật nước ngoài do các bên đưa ra[24]. Ngoài ra, tòa án liên bang có quyền nhưng không có nghĩa vụ tự xác định nội dung pháp luật nước ngoài bằng các nguồn riêng của mình mà không phụ thuộc vào các báo cáo của chuyên gia do các đương sự cung cấp. Việc tự mình xác định nội dung pháp luật nước ngoài giúp cho tòa án kiểm chứng độ tin cậy của các báo cáo chuyên gia do đương sự cung cấp. Tòa án có thể tham chiếu các bài báo học thuật, các luận án, hướng dẫn hành chính, bình luận khoa học pháp lý, quan điểm của tòa án nước ngoài để tìm hiểu luật nước ngoài. Thẩm phán cũng có thể tham vấn ý kiến của các cá nhân có hiểu biết về pháp luật nước ngoài như các giáo sư luật, chuyên gia pháp lý hoặc các thẩm phán khác. Thực tiễn cho thấy, tòa án thường tự mình nghiên cứu và thu thập nội dung của pháp luật nước ngoài nếu pháp luật nước ngoài được ban hành bằng tiếng Anh, từ các nước thuộc hệ thống common law và dễ dàng tiếp cận. Ngược lại nếu pháp luật nước ngoài được ban hành bằng ngôn ngữ khác và có nguồn gốc từ hệ thống pháp luật xa lạ với tòa án thì tòa án sẽ dựa vào sự tranh tụng giữa các bên để xác định nội dung của pháp luật nước ngoài.

Trên thực tế, pháp luật nước ngoài vẫn có nguy cơ không được áp dụng. Trong trường hợp pháp luật nước ngoài không rõ ràng hoặc có sự mâu thuẫn giữa các nguồn thông tin về pháp luật nước ngoài do các đương sự cung cấp, tòa án liên bang Mỹ rất dè dặt trong việc sử dụng hiểu biết của chính mình để giải quyết tranh chấp. Hậu quả là tòa án sẽ áp dụng luật nơi xét xử hoặc đình chỉ vụ việc dựa trên cơ sở *forum non conveniens*[25]. Nếu nội dung của pháp luật nước ngoài không được chứng minh, cũng giống như các tòa án Anh, tòa án Mỹ áp dụng nguyên tắc suy đoán các hệ thống pháp luật tương tự. Trong vụ Loebig v. Larucci 572 F.2d 81 (2d Cir. 1978), cả nguyên đơn và bị đơn đều là công dân Mỹ, nguyên đơn gặp tai

---

[23] Trích dẫn lại từ tlđd, tr. 1131.

[24] Roger M. Michalski, *Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading*, Buffalo Law Review [Vol. 59: 2011], tr. 1248

[25] Đây là một học thuyết mà theo đó một tòa án, mặc dù có thẩm quyền theo qui định của pháp luật, vẫn từ chối giải quyết một vụ việc nếu xét thấy rằng vì tiện lợi cho các đương sự và người làm chứng, vụ việc này cần được giải quyết bởi một tòa án khác. (Xem Bryan A. Garner (editor in chief) (2001), Black's Law Dictionary, Second pocket edition, West Group – A Thompson Company, tr. 290-291).

nạn tại Đức khi đang là hành khách trên xe mô tô được sở hữu và vận hành bởi bị đơn. Mặc dù trong trường hợp này tòa án xác định luật áp dụng là luật Đức. Tuy nhiên, do cả hai bên không thể chứng minh được nội dung của pháp luật Đức nên thẩm phán đã hướng dẫn bồi thẩm đoàn áp dụng pháp luật của bang New York.[26]

2. Vấn đề xác định nội dung pháp luật nước ngoài ở Việt Nam

a. Việc áp dụng và xác định nội dung pháp luật nước ngoài ở Việt Nam trong thời gian vừa qua

Về mặt lý thuyết, một số học giả Việt Nam cho rằng tòa án có trách nhiệm tự tìm hiểu và xác định nội dung của pháp luật nước ngoài. "Ở Việt Nam, để đảm bảo lợi ích của các bên đương sự một cách chính đáng và giữ gìn trật tự pháp luật của Nhà nước, các cơ quan tư pháp và tòa án có trách nhiệm tìm hiểu nội dung đích thực của luật pháp nước ngoài cần áp dụng (nghiên cứu luật nước ngoài, thực tiễn xét xử của họ, tập quán luật, thông lệ, án lệ và các tài liệu pháp lý trong và ngoài nước của các viện nghiên cứu v.v..). Trong quá trình tố tụng các bên đương sự cũng có quyền đưa ra các bằng chứng về luật nước ngoài trước tòa để bảo vệ quyền lợi của mình, song việc xác định nội dung luật nước ngoài vẫn là nhiệm vụ chính của cơ quan xét xử…và các cơ quan này phải có cơ sở xác đáng để quyết định nội dung pháp luật phù hợp để áp dụng…"[27] Viện khoa học pháp lý-Bộ Tư pháp cũng có quan điểm tương tự như quan điểm của Trường Đại học Luật Hà Nội.[28] PGS.TS. Đỗ Văn Đại và GS.TS. Mai Hồng Quỳ cũng cho rằng: "Khi các bên yêu cầu áp dụng pháp luật nước ngoài mà quy phạm xung đột dẫn chiếu đến hay khi chính cơ quan xét xử tự áp dụng quy phạm xung đột trên, thiết nghĩ nên quy định là cơ quan xét xử có nghĩa vụ tìm kiếm nội dung pháp luật nước ngoài. Cơ quan xét xử có thể yêu cầu sự trợ giúp của các đương sự nhưng nghĩa vụ tìm kiếm nội dung pháp luật nước ngoài vẫn thuộc cơ quan xét xử."[29] Quan điểm nêu trên cho rằng trong trường hợp đã sử dụng các biện pháp cần thiết mà vẫn không thể xác định nội dung luật nước ngoài để áp dụng thì tòa án phải áp dụng luật nơi xét xử để giải quyết. Có thể thấy ở Việt Nam cũng có một số nhà nghiên cứu đã có cách tiếp cận tương tự như học thuyết pháp luật của các nước thuộc hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa.

Tuy nhiên luật thực định của Việt Nam lại chưa qui định về vấn đề này. Trong toàn bộ nội dung phần VII của BLDS năm 2005, Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011) không có nội dung nào đề cập đến nghĩa vụ và phương thức xác định nội dung pháp luật nước ngoài, hậu quả pháp lý của việc không xác định được nội

---

[26] Yolanda Marie Morentin, Failure to Prove Foreign Law in U.S. Court, Arizona Journal of International and Comparative Law, 1988, tr. 228-243, tr. 239

[27] Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình tư pháp quốc tế, Nhà xuất bản công an nhân dân, Hà Nội, năm 2013, tr. 61-62

[28] Viện khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp, PGS.TS. Hoàng Thế Liên (chủ biên), *Bình luật khoa học Bộ luật dân sự năm 2005 (tập III)*, Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia – Sự thật, Hà Nội, năm 2013, tr. 547.

[29] TS. Đỗ Văn Đại & PGS.TS. Mai Hồng Quỳ, *Tư pháp quốc tế Việt Nam – Quan hệ dân sự, lao động, thương mại có yếu tố nước ngoài (sách chuyên khảo)*, Nhà xuất bản chính trị Quốc gia, Hà Nội, năm 2010, tr. 228.

dung của pháp luật nước ngoài. Điều 5 Nghị định số 138/2006/NĐ-CP ngày 15/11/2006 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành các qui định của Bộ luật dân sự về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài có qui định đương sự có trách nhiệm chứng minh nội dung pháp luật nước ngoài. Trường hợp không chứng minh được nội dung pháp luật nước ngoài thì pháp luật Việt Nam được áp dụng. Tuy nhiên, điều đáng tiếc là qui định này chỉ áp dụng cho các trường hợp sau: (1). Áp dụng pháp luật đối với người có nhiều quốc tịch nước ngoài hoặc không có quốc tịch thuộc trường hợp qui định tại Điều 760 BLDS năm 2005; (2). Áp dụng pháp luật của nước có nhiều hệ thống pháp luật khác nhau. Vì vậy, Điều 5 Nghị định số 138/2006/NĐ-CP không thể được áp dụng cho mọi trường hợp xác định nội dung pháp luật nước ngoài.

Trong thực tiễn xét xử, các tòa án Việt Nam hầu như chưa áp dụng pháp luật nước ngoài để giải quyết các tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài.[30] Vì vậy, việc xem xét nội dung pháp luật nước ngoài cũng chưa được đặt ra trong thực tiễn xét xử.

b. Một số kiến nghị nhằm hoàn thiện khung pháp lý về xác định nội dung pháp luật nước ngoài ở Việt Nam

Ở Việt Nam, để pháp luật nước ngoài được áp dụng khi giải quyết tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài, cần thiết phải xây dựng khung pháp lý về xác định nội dung pháp luật nước ngoài với nội dung sau:

Thứ nhất, Việt Nam không nhất thiết phải quay trở lại học thuyết chứng cứ. Bởi vì pháp luật nước ngoài và pháp luật Việt Nam đều do các nhà nước có địa vị pháp lý ngang nhau ban hành ra và bảo đảm thi hành. Mặc dù hiệu lực của pháp luật nước ngoài bị giới hạn trong phạm vi lãnh thổ nơi ban hành. Nhưng khi qui phạm xung đột của Việt Nam dẫn chiếu đến luật nước ngoài thì có nghĩa là pháp luật Việt Nam gián tiếp thừa nhận hiệu lực của pháp luật nước ngoài để điều chỉnh quan hệ pháp luật đang được tòa án Việt Nam giải quyết. Vì vậy, Việt Nam cần ban hành các qui định theo đó pháp luật nước ngoài phải được tòa án Việt Nam nhìn nhận với tư cách là pháp luật, chứ không phải chứng cứ.

Thứ hai, các nước theo học thuyết pháp luật buộc tòa án phải áp dụng pháp luật nước ngoài mà không cần có sự khởi xướng của đương sự. Trong tương lai xa Việt Nam có thể xem xét theo cách tiếp cận này. Tuy nhiên, trong giai đoạn này khi mà thẩm phán Việt Nam chưa thực sự quen thuộc với pháp luật nước ngoài. Các nguồn thông tin về pháp luật nước ngoài ở trong nước chưa thể đáp ứng

---

[30] Trong một vụ ly hôn giữa một người Việt Nam định cư ở nước ngoài với một công dân Việt Nam cư trú tại Việt Nam có liên quan đến tài sản ở Cộng hòa Séc, tòa án Việt Nam áp dụng pháp luật Việt Nam để giải quyết quan hệ tài sản của họ ở Cộng hòa Séc (Bản án số 103/2008/HNGĐ-PT ngày 13/5/2008 của Tòa phúc thẩm TANDTC tại Hà Nội). Trong vụ tranh chấp hợp đồng vận chuyển container giữa Công ty TTC TRANS COMBI CORGO LOGISTICS GMBH (quốc tịch Đức) với Công ty PHILIP ORIENT LINES Việt Nam, tòa án không xem xét liệu pháp luật nước ngoài có được áp dụng hay không mà áp dụng ngay pháp luật Việt Nam để giải quyết tranh chấp (Bản án số 171/2006/KT-PT ngày 06/9/2006 của Tòa phúc thẩm TANDTC tại Hà Nội). Tòa án cũng áp dụng ngay pháp luật Việt Nam để giải quyết một tranh chấp về hợp đồng gia công giữa một doanh nghiệp có trụ sở tại Đài Loan với một doanh nghiệp Việt Nam, mà không giải quyết câu hỏi liệu pháp luật của Đài Loan hoặc nước khác có được áp dụng không (Bản án số **36/2006/KDTMPT Ngày 09 tháng 5 năm 2006 của** Tòa phúc thẩm TANDTC tại TP. Hồ Chí Minh).

được nhu cầu xét xử của tòa án. Hơn nữa, các nguồn dữ liệu pháp luật nước ngoài được công bố bởi các cơ quan của nước ngoài lại không bằng tiếng Việt, muốn sử dụng thì phải được dịch sang tiếng Việt, gây tốn kém chi phí. Việc tòa án yêu cầu cơ quan nước ngoài hỗ trợ cũng không phải lúc nào cũng thuận lợi. Hơn nữa, sự tham gia của các chuyên gia mặc dù hiệu quả nhưng khá tốn kém chi phí và nhiều khi độ tin cậy của thông tin do chuyên gia cung cấp phụ thuộc vào trình độ và đạo đức của chuyên gia. Do đó, nếu buộc tòa án phải áp dụng pháp luật nước ngoài khi qui phạm xung đột dẫn chiếu đến mà không cần có sự khởi xướng của đương sự sẽ tạo áp lực rất lớn cho tòa án trong việc xác định nội dung pháp luật nước ngoài, gây tốn kém nhiều chi phí và mất nhiều thời gian. Trong khi đó sự khó khăn trong việc xác định nội dung pháp luật nước ngoài có thể dẫn đến hậu quả là pháp luật Việt Nam sẽ được áp dụng. Vì vậy Việt Nam nên theo hướng pháp luật nước ngoài chỉ được xem xét áp dụng khi đương sự khởi xướng (nêu ra) và có qui phạm xung đột dẫn chiếu đến. Nếu đương sự không khởi xướng việc áp dụng pháp luật nước ngoài, tòa án có quyền mặc nhiên suy đoán là các đương sự chọn pháp luật Việt Nam và tòa án áp dụng pháp luật Việt Nam để giải quyết.

Thứ ba, việc xác định nội dung pháp luật nước ngoài phải là nghĩa vụ của tòa án dù việc áp dụng pháp luật nước ngoài do đương sự hay chính tòa án khởi xướng. Tòa án có quyền yêu cầu sự trợ giúp của các đương sự, chuyên gia, các trường đại học luật, viện nghiên cứu pháp luật, các cơ quan nhà nước của nước ngoài. Nhưng người chịu trách nhiệm cuối cùng trong việc xác định nội dung pháp luật nước ngoài là tòa án "Tuy nhiên, cần thừa nhận đây chỉ là nghĩa vụ phương tiện. Nếu cơ quan xét xử tìm kiếm và có yêu cầu sự trợ giúp của các bên đương sự nhưng không có kết quả thì pháp luật Việt Nam được áp dụng."[31]

Thứ tư về nguồn xác định nội dung pháp luật nước ngoài, pháp luật nên cho phép tòa án được sử dụng tất cả các nguồn thông tin để tra cứu, tìm hiểu nội dung của pháp luật nước ngoài. Nhưng tòa án phải chịu trách nhiệm vệ mức độ tin cậy và chính xác của các nguồn thông tin này. Trong tương lai, cũng cần khuyến khích tòa án Việt Nam hợp tác với các tòa án nước ngoài trong việc trao đổi thông tin pháp luật và thực tiễn xét xử, cũng như hỗ trợ nhau đào tạo kiến thức pháp luật cho thẩm phán. Về lâu dài, việc Việt Nam tham gia các điều ước quốc tế song phương và đa phương về tương trợ thông tin pháp luật nước ngoài sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho thẩm phán trong việc xác định nội dung pháp luật nước ngoài.

Kết luận: Pháp luật nước ngoài không thực sự quen thuộc với thẩm phán. Tuy nhiên không vì lý đó mà tòa án lẩn tránh việc áp dụng pháp luật nước ngoài. Khi vấn đề áp dụng pháp luật nước ngoài được đặt ra (do đương sự hoặc chính tòa án khởi xướng), tòa án phải trả lời câu hỏi nội dung pháp luật nước ngoài được xác định như thế nào, ai chịu trách

[30] TS. Đỗ Văn Đại & PGS.TS. Mai Hồng Quỳ, *Tư pháp quốc tế Việt Nam – Quan hệ dân sự, lao động, thương mại có yếu tố nước ngoài (sách chuyên khảo)*, Nhà xuất bản chính trị Quốc gia, Hà Nội, năm 2010, tr. 229

nhiệm xác định nội dung của pháp luật nước ngoài và nếu nội dung pháp luật nước ngoài không được xác định thì hậu quả pháp lý như thế nào. Để giúp tòa án có được những câu trả lời trên, một khung pháp lý về xác định nội dung pháp luật nước ngoài là rất cần thiết.❑

Tài liệu tham khảo

1. Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình tư pháp quốc tế*, Nhà xuất bản công an nhân dân, Hà Nội, năm 2013
2. Viện khoa học pháp lý – Bộ Tư pháp, PGS.TS. Hoàng Thế Liên (chủ biên), *Bình luật khoa học Bộ luật dân sự năm 2005 (tập III*), Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia – Sự thật, Hà Nội, năm 2013
3. TS. Đỗ Văn Đại & PGS.TS. Mai Hồng Quỳ, *Tư pháp quốc tế Việt Nam – Quan hệ dân sự, lao động, thương mại có yếu tố nước ngoài (sách chuyên khảo)*, Nhà xuất bản chính trị Quốc gia, Hà Nội, năm 2010
4. Stephen L. Sass, *Foreign law in civil litigation: a comparative survey*, The American Journal of Comparative Law, [Vol. 16; 1968], tr. 332 – 371
5. Kirsty J. Hood, *Drawing inspiration? Reconsidering the procedural treatment of foreign law*, Journal of Private International Law, Vol. 2 No. 1, April 2006, tr. 181-193
6. Yaad Rotem, *Foreign law as a distinctive fact-to whom should the burden of proof be assigned?* Chicago Journal of International Law, Vol 14 No. 2, 2014, tr. 625 – 651
7. Anthony Gray, *Choice of Law: The presumption in the proof of foreign law*, UNSW Law Journal, Volume 31(1), 2008, tr. 136-157
8. Jacob Dolinger, *Application, proof, and interpretation of foreign law: A comparative study in private international law*, Arizona Journal of International and Comparative Law [Vol. 12, No. 1: 1995], tr. 225 – 276
9. Irene Grassi, *The Reform of Italian Private International Law*, European Journal of Law Reform, Vol. 1, No. 1/2, 1999, tr. 153 – 162
10. Matthew J. Wilson, Improving the process: *Transnational litigation and the application of private foreign law in U.S. courts*, International Law and Politics, [Vol. 45: 2013], tr. 1111 – 1150
11. Roger M. Michalski, *Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading*, Buffalo Law Review [Vol. 59: 2011]
12. Yolanda Marie Morentin, *Failure to Prove Foreign Law in U.S. Court*, Arizona Journal of International and Comparative Law, 1988, tr. 228-243.