



VNU Journal of Science: Legal Studies

Journal homepage: <https://js.vnu.edu.vn/LS>



Original Article

Trade Usage and Transnational Trade Usage: A Comparative Analysis

Trinh Thuc Hien*

*University of Economics and Law, Vietnam National University, Ho Chi Minh City, No.669 Do Muoi,
Quarter 6, Linh Xuan, Thu Duc, Ho Chi Minh City, Vietnam*

Received 10th August 2024

Revised 18th December 2024; Accepted 25th June 2025

Abstract: This paper discusses trade usages and transnational trade usages stipulated in the Law on Commerce 2005, comparing them with Anglo-American law and with reference to the United Nations Convention on International Sales and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. The result demonstrates that trade usage in general should be treated differently from legal custom. Particularly, trade usages and transnational trade usages should be applied based on the parties' explicit or implied consent, enabling their prior application over statutory rules, unless they are inconsistent with general principles of law or mandatory rules. Moreover, the scope of transnational trade usages should be expanded beyond those recognized or issued by international organizations.

Keywords: Law on Commerce, trade usage, transnational trade usage, Incoterms, UPICC, CISG.

* Corresponding author.

E-mail address: hientt@uel.edu.vn

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4686>

Tập quán thương mại và tập quán thương mại quốc tế: một tiếp cận so sánh

Trịnh Thục Hiền*

Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, Số 669 Đỗ Mười, Khu phố 6, Phường Linh Xuân, Thủ Đức, Thành phố Hồ Chí Minh, Việt Nam

Nhận ngày 10 tháng 8 năm 2024

Chỉnh sửa ngày 18 tháng 12 năm 2024; Chấp nhận đăng ngày 25 tháng 6 năm 2025

Tóm tắt: Bài viết thảo luận về tập quán thương mại và tập quán thương mại quốc tế quy định trong Luật Thương mại năm 2005 trên cơ sở so sánh với pháp luật Anh - Mỹ và trong tương quan với Công ước Liên Hiệp quốc về mua bán hàng hoá quốc tế và nguyên tắc hợp đồng thương mại quốc tế. Kết quả thảo luận cho thấy tập quán thương mại nói chung cần có sự điều chỉnh khác so với tập quán do đặc thù của hoạt động thương mại. Cụ thể là tập quán thương mại và tập quán thương mại quốc tế cần được áp dụng trên cơ sở sự thoả thuận minh thị hoặc ngụ ý của các bên để có thứ tự ưu tiên áp dụng trước khi có mâu thuẫn với luật, trừ trường hợp trái với nguyên tắc của luật hoặc luật có quy định bắt buộc. Ngoài ra, tập quán thương mại quốc tế cần mở rộng phạm vi ra khỏi những tập quán được tổ chức quốc tế ban hành hoặc thừa nhận.

Từ khóa: Tập quán thương mại, tập quán thương mại quốc tế, Incoterms, UPICC, CISG.

1. Dẫn nhập

Tập quán là nguồn thứ yếu của pháp luật với thứ tự ưu tiên áp dụng đứng sau văn bản quy phạm pháp luật (luật viết) [1, 2]. Sự phát triển của luật viết và luật án lệ đã lấn át các quy phạm tập quán trong duy trì trật tự xã hội và điều chỉnh hành vi của con người. Tuy nhiên, trong hoạt động thương mại, tập quán thương mại vẫn đóng một vai trò quan trọng. Trước hết, truyền thống tự lập quy trong giới thương nhân đã có từ lâu, làm cho họ có khả năng độc lập trong việc xây dựng các quy tắc ứng xử trong phạm vi ngành nghề hoặc lĩnh vực hoạt động của mình. Vì vậy, tập quán thương mại, với tư cách là các quy định do chính các thương nhân tạo lập nên, vẫn chưa thể bị thay thế hoàn toàn bởi các quy định pháp luật hiện đại.

Luật Thương mại năm 2005 (LTM) là đạo luật quan trọng trong hệ thống pháp luật Việt Nam, định hình khung pháp lý cho các hoạt động thương mại. Tập quán thương mại và tập quán thương mại quốc tế là hai khái niệm nằm trong phạm vi quy định của luật này. Bài viết tìm hiểu về quy chế của tập quán thương mại và tập quán thương mại quốc tế trong LTM với tiếp cận so sánh để xem liệu có các điểm bất hợp lý nào cần phải khắc phục.

1. Hiệu lực của tập quán thương mại

1.1. Điều kiện trở thành tập quán thương mại trong phạm vi của Luật Thương mại năm 2005

Khoản 4 Điều 3 LTM định nghĩa tập quán thương mại là “thói quen được thừa nhận rộng

* Tác giả liên hệ.

Địa chỉ email: hientt@uel.edu.vn

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4686>

rãi trong hoạt động thương mại trên một vùng, miền hoặc một lĩnh vực thương mại, có nội dung rõ ràng và được các bên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại”. Để áp dụng tập quán thương mại phù hợp với quy định của LTM, Điều 13 về nguyên tắc áp dụng tập quán trong hoạt động thương mại yêu cầu áp dụng tập quán không được trái với những nguyên tắc quy định trong LTM và Bộ luật Dân sự (BLDS). Các nguyên tắc được đưa ra trong hai đạo luật kể trên cũng là những nguyên tắc cơ bản của luật tư, có thể kể đến như nguyên tắc bình đẳng trước pháp luật, nguyên tắc tự do kết ước, nguyên tắc thiện chí và trung thực,...

Như vậy, một tập quán, để trở thành tập quán thương mại, cần có các điều kiện sau đây:

- Tính lặp đi lặp lại nhiều lần (thói quen);
- Được thừa nhận rộng rãi trong một phạm vi không gian hoặc trong một lĩnh vực thương mại cụ thể;
- Có nội dung rõ ràng về quyền và nghĩa vụ của các bên và được các bên thừa nhận về nội dung đó.

Về cơ bản, các điều kiện nêu trên đều thỏa mãn những yêu cầu chung về tính quy phạm bắt buộc. Về mặt khách quan, đó là yêu cầu về hành vi (usus) lặp đi lặp lại nhiều lần và tính phổ biến của hành vi đó trong một phạm vi không gian hoặc lĩnh vực [3, 4]. Về mặt chủ quan, các chủ thể, khi thực hiện hành vi, nhận thức được rằng mình đang thực hiện một nghĩa vụ, hay nói cách khác coi hành vi có tính bắt buộc phải thực hiện [3, 4].

Yêu cầu về mặt chủ quan là điểm căn bản phân biệt giữa tập quán là nguồn của pháp luật với tập quán thông thường. Tập quán thông thường cũng chứa đựng các yếu tố ứng xử lặp đi lặp lại và tính phổ biến, nhưng chủ thể khi thực hiện các hành vi ấy xuất phát từ sự thuận tiện, thiện chí hoặc phép lịch sự trong giao tiếp xã hội hơn là nhận thức về một nghĩa vụ phải thực hiện [4]. Hay nói cách khác, dù hành vi ấy là phổ biến trong đời sống xã hội, chủ thể vẫn có thể lựa chọn khác đi khi ở trong hoàn cảnh dự liệu của tập quán. LTM, về mặt từ ngữ, không đề cập đến

nhận thức về một nghĩa vụ phải thực hiện nhưng lại sử dụng cụm từ “có nội dung [...] về quyền và nghĩa vụ” phản ánh cách nhìn của người thực hiện tập quán về tính chất bắt buộc của tập quán.

Tuy nhiên, định nghĩa về tập quán thương mại trong LTM có mâu thuẫn khi đòi hỏi sự thừa nhận của các bên đối với nội dung về quyền và nghĩa vụ trong tập quán. Ở đây, sự thừa nhận tập quán thương mại phải trải qua hai phép thử: 1) sự thừa nhận rộng rãi, cho thấy tính phổ biến của tập quán về phương diện không gian hoặc lĩnh vực, 2) sự thừa nhận của chính các bên về nội dung tập quán. Như vậy, chỉ cần một bên không thừa nhận thì cho dù bên kia có chứng minh được tất cả các yếu tố cần phải có của một tập quán thì tập quán đó khó có thể thỏa mãn điều kiện của một tập quán thương mại theo LTM. Phải chăng nhà làm luật muốn gắn thêm cho tập quán thương mại hiệu lực của một thỏa thuận hợp đồng, vì ở đây hàm chứa sự thống nhất ý chí thông qua thừa nhận của các bên? Như phân tích ở tiêu mục tiếp theo, tập quán thương mại có quy chế tập quán pháp và vì thế, có hiệu lực ràng buộc không phụ thuộc vào bất cứ sự đồng thuận nào. Chúng ta không thể nói tập quán thương mại vừa có hiệu lực ràng buộc của luật vừa có hiệu lực của hợp đồng. Pháp luật nói chung luôn có tính cưỡng chế thi hành mà không phụ thuộc vào sự thừa nhận của chủ thể thực hiện về nội dung của nó.

Đối chiếu với Điều 5 BLDS 2015), tập quán được áp dụng không cần sự thừa nhận của các bên đối với nội dung của tập quán. Tập quán trong phạm vi của Điều 5 BLDS 2015 đòi hỏi phải có các điều kiện như sau:

- Nội dung rõ ràng để xác định quyền và nghĩa vụ trong một quan hệ dân sự cụ thể;
- Tính lặp đi lặp lại trong một thời gian dài;
- Tính phổ biến trong một phạm vi địa lý hoặc trong một lĩnh vực dân sự.

Không tính đến yêu cầu về sự thừa nhận của các bên về nội dung, tập quán thương mại được định nghĩa trong LTM có thể coi như là một tập con của tập quán nói chung định nghĩa trong Điều 5 BLDS 2015 khi đều đưa ra các yêu cầu về tính phổ biến, tính lặp đi lặp lại và nội dung rõ ràng.

1.2. Hiệu lực ràng buộc do luật định của tập quán thương mại trong Luật Thương mại năm 2005

Tập quán thương mại được áp dụng cho các hoạt động thương mại trong phạm vi điều chỉnh của LTM là nguyên tắc cơ bản được tuyên bố tại Điều 13 Luật này. Như vậy, tập quán thương mại được thừa nhận là nguồn của pháp luật thương mại nói chung.

Nguồn của pháp luật, hay còn gọi là hình thức bề ngoài hay bên ngoài của pháp luật, là những hình thức trong đó luật được diễn đạt hay tạo lập thành [5, 6]. Tập quán pháp, còn được gọi bằng các tên gọi khác nhau như luật tục [5] hay tục lệ [3], là một nguồn của pháp luật bên cạnh các nguồn luật khác là văn bản quy phạm pháp luật, án lệ và học thuyết khoa học pháp lý. Tập quán pháp là bộ phận pháp luật bao gồm các tập quán được nhà nước thừa nhận và đảm bảo thực hiện. Tập quán vốn dĩ là quy tắc xử sự điều chỉnh các mối quan hệ xã hội có từ lâu, nếu không muốn nói là trước khi có luật thành văn ra đời. Tuy nhiên, pháp luật đương đại chỉ thừa nhận một số tập quán có hiệu lực ràng buộc của luật, nghĩa là lúc này, tập quán trở thành căn cứ pháp lý để giải quyết tranh chấp tại tòa án và kết quả giải quyết tranh chấp được cưỡng chế thi hành.

Điều 13 LTM thừa nhận giá trị tập quán pháp của các tập quán thương mại phù hợp với định nghĩa mà luật này đưa ra. Việc áp dụng tập quán thương mại không phụ thuộc vào thoả thuận của các bên mà dựa trên hiệu lực chung của pháp luật và thứ tự ưu tiên áp dụng được Điều 13 chỉ ra. Theo đó, tập quán thương mại được áp dụng khi quan hệ thương mại không có pháp luật điều chỉnh, không có thoả thuận và không có thói quen đã được thiết lập giữa các bên quy định. Thứ tự hiệu lực kể trên về cơ bản phản ánh nguyên tắc chung của pháp luật dân sự - thương mại, đó là tôn trọng nguyên tắc tự do kết ước. Chính vì vậy, tập quán thương mại phải nhường bước cho thoả thuận hoặc thói quen đã được thiết lập trong hoạt động thương mại giữa các bên. Thoả thuận và thói quen là những mô thức hành vi hay các quy tắc xử sự được các bên tự tạo lập và xây dựng nên để điều chỉnh quan hệ thương

mại của mình, phù hợp nhất với điều kiện và hoàn cảnh của quan hệ ấy. Cho nên, thoả thuận và thói quen sẽ phản ánh được nhiều nhất ý chí và mong muốn của các bên trong quan hệ dân sự nói chung và thương mại nói riêng, là điều mà pháp luật hiện đại luôn tôn trọng và cam kết đối xử.

Có một điểm lưu ý về thứ tự của các loại quy định được ưu tiên áp dụng trước tập quán thương mại tại Điều 13 LTM. Thứ tự này cho thấy tất cả các loại quy định được liệt kê ra có hiệu lực áp dụng ưu tiên hơn so với tập quán thương mại. Tuy vậy, khó có thể cho đây là thứ tự ưu tiên giữa chúng với nhau khi pháp luật được đề cập trước cả thoả thuận và thói quen. Pháp luật, đặc biệt trong lĩnh vực dân sự - thương mại, thường xếp sau các thoả thuận nói chung của các bên vì nguyên tắc tự do kết ước, trừ những trường hợp pháp luật đặt ra các quy định bắt buộc mà các bên phải tuân theo. Điều 5 BLDS 2015, quy định về thứ tự áp dụng tập quán là khi “các bên không có thoả thuận và pháp luật không quy định”, đã đặt sự thoả thuận của các bên lên trên quy định pháp luật.

Áp dụng một điều luật điều chỉnh về hiệu lực áp dụng của tập quán để xác định thứ tự ưu tiên áp dụng các loại quy định khác, như pháp luật hay thoả thuận, sẽ không đúng, vì pháp luật nói chung và LTM cũng có đầy đủ các quy tắc chuyên biệt cho từng loại quy tắc xử sự mà không cần sự bổ khuyết từ một điều luật như Điều 13. Ví dụ như để thể hiện tính ưu tiên của sự thoả thuận, pháp luật thường sử dụng cụm từ “trừ trường hợp có thoả thuận khác”. Tuy nhiên, trên bình diện kỹ thuật lập pháp, để phù hợp với nguyên tắc tự do kết ước của luật tư và cũng là một trong nguyên tắc của LTM quy định ở khoản 1 Điều 11, thoả thuận và thói quen thiết lập giữa các bên nên đi trước pháp luật nói chung như cấu trúc của Điều 5 BLDS 2015.

Tất nhiên, thứ tự hiệu lực giữa tập quán thương mại và án lệ cũng chưa được giải quyết trong LTM vì lý do khách quan. Án lệ mới được công nhận chính thức là nguồn của pháp luật Việt Nam từ ngày 16 tháng 12 năm 2015. Nhìn vào Điều 6 BLDS 2015, tập quán có hiệu lực pháp lý cao hơn án lệ. Nghĩa là chỉ khi nào không có tập quán điều chỉnh, và phải sau khi không thể

áp dụng tương tự pháp luật thì mới đến áp dụng án lệ. Thứ tự hiệu lực như vậy không tương đồng với thứ tự hiệu lực của án lệ trong truyền thống pháp luật Anh - Mỹ. Sở dĩ so sánh với pháp luật Anh - Mỹ vì án lệ trong hệ thống này có hiệu lực bắt buộc tương tự như án lệ Việt Nam, trong khi án lệ Pháp không có tính ràng buộc [2,7, 8].

Khó có thể cho rằng LTM, nếu sửa đổi hoặc ban hành mới, có nên đi theo hướng của BLDS 2015 hay không xét trên tính hợp lý của việc sắp xếp thứ tự các nguồn pháp luật như tại Bộ luật Dân sự hiện tại. Tuy nhiên, câu trả lời đơn giản nhất là nên theo định hướng này để đảm bảo tính thống nhất giữa các đạo luật khác nhau, nếu vẫn coi tập quán thương mại là một nguồn pháp luật tương tự như tập quán nói chung thuộc phạm vi điều chỉnh của Bộ luật Dân sự.

2. Hiệu lực của tập quán thương mại quốc tế

Khác với tập quán thương mại, LTM coi tập quán thương mại quốc tế như một thỏa thuận, đòi hỏi các bên phải ghi nhận tập quán thương mại quốc tế là luật điều chỉnh hợp đồng. Khi nói đến tập quán thương mại quốc tế, nhiều bộ quy tắc phổ biến như Incoterms, Quy tắc thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ (UCP) và cả Nguyên tắc về Hợp đồng Thương mại Quốc tế của UNIDROIT (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts - PICC) có quy chế của tập quán thương mại hay không phụ thuộc vào pháp luật của các quốc gia và quan điểm áp dụng của cơ quan giải quyết tranh chấp. Mục này sẽ phân tích về các quan điểm của LTM đối với các vấn đề nêu trên.

2.2. Điều kiện trở thành tập quán thương mại quốc tế

Bên cạnh quy định về tập quán thương mại, LTM còn có quy định riêng về tập quán thương mại quốc tế tại Điều 5, nhưng không đưa ra định nghĩa thế nào là tập quán thương mại quốc tế. LTM không phải là đạo luật duy nhất quy định về áp dụng tập quán thương mại quốc tế.

Điều g khoản 2 Điều 3 Nghị quyết số

04/2012/NQ-HĐTP định nghĩa tập quán thương mại quốc tế là “thông lệ, cách làm lặp đi, lặp lại nhiều lần trong buôn bán quốc tế và được các tổ chức quốc tế có liên quan thừa nhận”. Định nghĩa này bỏ qua yếu tố nhận thức về tính bắt buộc mà chỉ đánh giá tính phổ biến của thông lệ và giới hạn nội dung của tập quán thương mại quốc tế trong lĩnh vực buôn bán quốc tế. Điểm đáng lưu ý ở đây là phép thử về tính phổ biến của thông lệ. Theo đó, thông lệ để trở thành tập quán cần được các tổ chức quốc tế có liên quan thừa nhận. Việc gắn liền tập quán thương mại quốc tế với sự thừa nhận của tổ chức quốc tế có liên quan làm thu hẹp phạm vi của các tập quán được coi là tập quán thương mại quốc tế, và đặt ra câu hỏi tiếp theo: những tổ chức nào được coi là tổ chức quốc tế? Cần lưu ý rằng Nghị quyết số 04/2012/NQ-HĐTP đã hết hiệu lực do văn bản hướng dẫn thi hành Bộ luật Tổ tụng dân sự năm 2004 (sửa đổi năm 2011) đã hết hiệu lực theo Quyết định số 126/QĐ-TANDTC ngày 05/4/2023 của Tòa án nhân dân tối cao. Mặc dù vậy, nghiên cứu Nghị quyết này vẫn có ý nghĩa trong việc tìm hiểu quan điểm về tập quán thương mại quốc tế tại Việt Nam và không loại trừ khả năng quan điểm này vẫn tiếp tục được duy trì trong văn bản mới.

Một số luật chuyên ngành khác tuy không đưa ra định nghĩa về tập quán thương mại quốc tế nhưng có xu hướng công nhận một số bộ quy tắc cụ thể là tập quán thương mại quốc tế. Luật Các tổ chức tín dụng năm 2024 tại khoản 1 Điều 3 quy định tập quán thương mại quốc tế do Phòng Thương mại quốc tế (International Chamber of Commerce - ICC) ban hành là luật áp dụng dựa trên sự thỏa thuận của các bên tham gia hoạt động ngân hàng không phân biệt hoạt động đó có tính quốc tế hay không. Khoản 2 Điều 6 Luật Các công cụ chuyển nhượng năm 2006 chỉ ra Quy tắc thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ (UCP), Quy tắc thống nhất về nhò thu (URC) của ICC là các tập quán thương mại quốc tế.

Án lệ số 13/2017/AL cho thấy phiên bản UCP 600 được áp dụng để giải quyết tranh chấp với tư cách của một tập quán thương mại quốc tế phù hợp với Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010. Các tòa án cũng đã áp dụng Incoterms và UCP

như là các tập quán thương mại quốc tế để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng [9].

Các thảo luận ở trên cho thấy xu hướng của pháp luật Việt Nam coi là ICC tổ chức quốc tế có đủ năng lực để bảo chứng cho tập quán thương mại quốc tế, ít nhất là trong phạm vi của các đạo luật kể trên. ICC không phải là một tổ chức quốc tế liên chính phủ nhưng có lịch sử lâu đời. Đây là tổ chức đại diện cho hơn 45 triệu công ty của hơn 100 nước, là nơi hình thành các quy tắc điều chỉnh nhiều lĩnh vực kinh doanh - thương mại để các bên trong giao dịch lựa chọn áp dụng cho hợp đồng [10]. Có thể nói, tính quốc tế của ICC không phải ở chỗ ICC là tổ chức do các quốc gia lập nên, mà ở phạm vi hoạt động và tầm ảnh hưởng rộng rãi trên toàn thế giới.

Các điều kiện thương mại trong Incoterms và các quy tắc trong UCP là những quy phạm phổ biến rộng rãi nhất trong lĩnh vực mua bán và tín dụng chứng từ tương ứng. Vai trò của ICC đối với thương mại quốc tế là không thể tranh cãi. Các quy tắc do cơ quan này biên soạn và phổ biến phù hợp với yêu cầu về sự thừa nhận của một tổ chức quốc tế như tại Nghị quyết số 04/2012/NQ-HĐTP. Các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành và thông lệ trong xét xử cho thấy sự thống nhất với nhau ở điểm này. Cách tiếp cận này cũng nhận được sự hưởng ứng trong khoa học pháp lý [11 - 13].

Cũng cần phải nhắc đến bộ Nguyên tắc về Hợp đồng thương mại quốc tế của UNIDROIT (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts - UPICC). Bộ quy tắc này nhận được nhiều tranh luận về tính pháp lý của nó, nói cách khác, liệu UPICC có phải là tập quán thương mại quốc tế hay không? UNIDROIT là một tổ chức quốc tế liên chính phủ với 63 thành viên tính đến ngày 12 tháng 12 năm 2024 [14], nhưng UPICC không phải là một điều ước quốc tế mà đích thực là một bộ quy tắc hỗ trợ cho các giao dịch quốc tế với vai trò là luật áp dụng cho hợp đồng do các bên lựa chọn. Tuy nhiên, bản thân UPICC cũng khuyến khích việc

thừa nhận bộ quy tắc này là luật áp dụng khi các bên trong hợp đồng thống nhất rằng hợp đồng sẽ được điều chỉnh bởi “thông lệ và tập quán của thương mại quốc tế”¹. Như vậy, cho dù các bên không minh thị lựa chọn UPICC là luật điều chỉnh hợp đồng, mà chỉ thoả thuận hợp đồng được điều chỉnh bởi “thông lệ và tập quán của thương mại quốc tế” thì cũng đã bao gồm cả UPICC ở trong đó.

Đối chiếu theo các tiêu chí của một tập quán thương mại quốc tế theo pháp luật Việt Nam như đã phân tích ở trên, điểm gây ra tranh luận nhất chính là các quy định trong UPICC được soạn thảo bởi một tổ chức quốc tế trên cơ sở của việc hài hoà các truyền thống pháp luật khác nhau, chứ không phải là kết quả của hệ thống hoá các thực tiễn được lặp đi lặp lại trong giao dịch quốc tế [11]. Đặc điểm này cũng khá tương đồng với tình trạng của bộ quy tắc Incoterms hoặc UCP hiện tại. ICC không chỉ đơn thuần ghi lại các tập quán sẵn có, mà còn phải dung hoà các khác biệt khi các tập quán này được áp dụng tại các vùng địa lý khác nhau, đồng thời phải liên tục cải tiến, thay đổi các quy tắc đang có, loại bỏ các quy tắc không còn phù hợp dựa trên các nghiên cứu và đánh giá của những người soạn thảo. Tuy vậy, cũng như Incoterms và UCP, cơ quan giải quyết tranh chấp ở một số nước trên thế giới và nhiều cơ quan trọng tài đã áp dụng UPICC như nguồn luật bổ sung cho CISG hoặc cho bộ quy tắc này quy chế tập quán thương mại quốc tế [15, 16].

2.2. Tính thoả thuận của tập quán thương mại quốc tế

Điều 5 LTM xác định rõ ràng hiệu lực của tập quán thương mại quốc tế phát sinh từ thoả thuận giữa các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài. Hiệu lực dựa trên thoả thuận của tập quán thương mại quốc tế rõ ràng khác hẳn với hiệu lực ràng buộc do luật định của tập quán thương mại.

¹ Nguyên văn “usages and customs of international trade” ở phần Bình luận Preamble 4(b) trong UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

- Điều 5 cũng bộc lộ các điều kiện cho thoả thuận chọn tập quán thương mại quốc tế như sau:

- Giao dịch giữa các bên phải là giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài;
- Tập quán được chọn phải là tập quán thương mại quốc tế;

Tập quán thương mại quốc tế được chọn không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Điều kiện về tính quốc tế của tập quán thương mại và các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam đã được thảo luận phần trên. Nhưng LTM không có quy định thế nào là giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài. Bản thân thuật ngữ “giao dịch thương mại” cũng chỉ xuất hiện thêm một lần tại khoản 11 Điều 3 luật này². Về yếu tố nước ngoài, LTM có một số quy định liên quan đến tính quốc tế hoặc nước ngoài của hoạt động thương mại, ví dụ như mua bán hàng hoá quốc tế³, cung ứng dịch vụ, bao gồm cung ứng dịch vụ cho người không cư trú tại Việt Nam sử dụng tại Việt Nam, cung ứng ra nước ngoài, hoặc sử dụng dịch vụ tại Việt Nam do người không cư trú tại Việt Nam cung ứng, sử dụng dịch vụ tại nước ngoài⁴ và các quy định về quá cảnh hàng hoá⁵. Yếu tố nước ngoài trong các hoạt động thương mại khác không được LTM đề cập đến minh thị hoặc ngụ ý. Tuy nhiên, những hoạt động đó hoàn toàn có thể có các yếu tố nước ngoài, nếu đối chiếu với BLDS 2015 xác định về các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Hoạt động thương mại nói chung có thể làm phát sinh quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài, hay nói cách khác, quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài theo nghĩa rộng, khi có một trong các yếu tố sau:

- Có ít nhất một bên là cá nhân hoặc pháp nhân nước ngoài;
- Quan hệ dân sự được xác lập, thay đổi, thực hiện hoặc chấm dứt ở nước ngoài;
- Đối tượng của quan hệ dân sự ở nước ngoài.

BLDS 2015 có sự thay đổi cách tiếp cận với tập quán quốc tế và sự thay đổi này khá tương đồng với LTM. BLDS 2015 tại Điều 5 coi tập quán là nguồn của pháp luật trong khi tại Điều 666 quy định tập quán quốc tế áp dụng cho quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài ràng buộc trên cơ sở sự thoả thuận của các bên. Trước đây, trong Bộ luật Dân sự năm 2005, tập quán quốc tế có quy chế của tập quán pháp với thứ tự ưu tiên sau văn bản quy phạm pháp luật, điều ước quốc tế và thoả thuận của các bên với thứ tự hiệu lực từ thấp tới cao như quy định tại khoản 4 Điều 759. Như vậy, quan điểm mới trong BLDS 2015, một mặt phù hợp với nhiều luật chuyên ngành quy định về quyền chọn tập quán quốc tế nói chung⁶, trong đó có LTM, mặt khác cho thấy sự thừa nhận chính thức về quyền chọn này trong một văn bản đóng vai trò là luật chung [9, 12].

Tuy nhiên, nếu chỉ dừng lại ở một tuyên bố thừa nhận về quyền chọn tập quán thương mại quốc tế cho các bên trong thương mại quốc tế thì Điều 5 LTM không có vai trò quá quan trọng. Như đã khẳng định, pháp luật hiện đại ở Việt Nam tôn trọng nguyên tắc tự do kết ước. Các bên trong giao dịch thương mại quốc tế từ lâu đã lựa chọn tập quán thương mại, cho dù tồn tại dưới dạng tập quán thương mại thông thường hay dưới dạng các điều kiện tiêu chuẩn như Incoterms hay UCP, để điều chỉnh một số nghĩa vụ trong giao dịch của mình bằng cách công khai nêu ra hoặc dùng kỹ thuật dẫn chiếu đến. Là một thoả thuận, tập quán thương mại một khi đã được hợp đồng dẫn chiếu tới, về cơ bản sẽ được ưu tiên điều chỉnh hợp đồng so với pháp luật nói chung, trừ khi nội dung hoặc hậu quả của việc áp dụng đi ngược lại nguyên tắc của pháp luật, hoặc bản thân pháp luật có quy định bắt buộc và không cho phép sự thoả thuận. Ví dụ như các bên trong hợp đồng dẫn chiếu đến Incoterms 2020 để giải thích cho điều kiện giao hàng CIF thì các quy định có liên quan trong Incoterms 2020 sẽ được áp dụng để xác định nghĩa vụ giao hàng, phân

² “Các hoạt động trung gian thương mại là hoạt động của thương nhân để thực hiện các giao dịch thương mại cho một hoặc một số thương nhân được xác định, ...”.

³ Điều 27, 28, 29 Luật Thương mại năm 2015.

⁴ Điều 75 Luật Thương mại năm 2015.

⁵ Điều 241-253 Luật Thương mại năm 2015.

⁶ Xem Khoản 2 Điều 5 Bộ luật Hàng hải năm 2015; Khoản 4 Điều 3 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010; Khoản 2 Điều 6 Luật Các công cụ chuyển nhượng năm 2005.

chia chi phí và rủi ro. Tòa án khi giải quyết tranh chấp phát sinh từ các vấn đề trên sẽ áp dụng các quy định đó trong Incoterms 2020, và nếu có, tìm xem pháp luật có quy định bắt buộc nào hạn chế khả năng thoả thuận của các bên hay không. Tòa án ít có xu hướng đánh giá xem Incoterms có phải là một tập quán thương mại quốc tế được LTM cho phép các bên thoả thuận áp dụng giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng.

3. Tiếp cận so sánh về tập quán thương mại và tập quán thương mại quốc tế

Pháp luật Việt Nam có sự khác biệt tương đối về quan niệm tập quán và tập quán thương mại, hiệu lực của tập quán thương mại và bản chất pháp lý của Incoterms, UCP so với một số quốc gia, cũng như cách hiểu chung trên phương diện quốc tế. Mục này sẽ phân tích so sánh các vấn đề trên. Pháp luật so sánh được chọn là pháp luật Anh - Mỹ, Công ước Liên hiệp quốc về Mua bán hàng hoá quốc tế (CISG), và UPICC.

3.1. Sự phân biệt giữa tập quán thương mại (*usage*) và tập quán (*custom*)

Quy chế của tập quán thương mại theo LTM là tập quán pháp, có hiệu lực ràng buộc như luật khi các bên không có thoả thuận và pháp luật không có điều chỉnh. Không có mấy sự khác biệt về mặt bản chất giữa tập quán thương mại và tập quán pháp thông thường, ngoại trừ yếu tố khur trú tập quán thương mại vào các hoạt động thương mại như quy định tại khoản 4 Điều 13.

Tuy nhiên, trong truyền thống thông luật, tập quán và tập quán thương mại được hưởng các quy chế pháp lý khác nhau. Trong tác phẩm “Law in the Making”, C. K. Allen đã gọi tập quán là *legal custom*, hoặc có khi đơn giản là *custom* (để phân biệt với các tập quán thông thường không phải là nguồn của pháp luật, gọi là *social custom*), và tập quán thương mại là *usage* [7]. Tương tự, Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ (UCC) tại §1-205(2) cũng dùng cụm từ

usage of trade để chỉ bất cứ hành vi hay cách thức giao dịch nào có được sự tuân thủ thường xuyên. CISG và UPICC cũng sử dụng từ *usage* để chỉ tập quán thương mại áp dụng trong các quan hệ hợp đồng quốc tế.

Nhìn chung, tập quán (*custom*) chỉ các thói quen phổ biến có tính địa phương, tức là nhấn mạnh tới phạm vi không gian; trong khi tập quán thương mại (*usage*) là thói quen trong thương mại, nghề nghiệp hoặc ngành nghề, tức là nhấn mạnh tới phạm vi lĩnh vực [4]. Tập quán thương mại cũng không đòi hỏi phải có điều kiện hình thành lâu đời như tập quán thông thường, mặc dù thời gian cũng là một yếu tố được xét đến [7, 16 - 18].

Sự phân biệt quan trọng nhất giữa tập quán và tập quán thương mại chính là nhận thức của chủ thể đối với hiệu lực của chúng. Một thói quen phổ biến được thực hiện dựa trên nhận thức về tính nghĩa vụ của nó sẽ là một tập quán. Trong khi đó, thói quen trong thương mại bao gồm cả tập quán thương mại, chỉ ràng buộc khi các bên có thoả thuận, công khai hoặc ngụ ý [4, 7]. Cần phải lưu ý thêm, các văn bản như CISG và UPICC có các quy định khác nhau cho thói quen (*practice*) và tập quán thương mại (*usage*), hay nói cách khác có sự phân biệt giữa chúng, tương tự như trong LTM. Thói quen được hiểu là những hành vi lặp đi lặp lại nhiều lần giữa các bên trong một giao dịch và được coi là mặc nhiên ràng buộc các bên⁷.

Có một điểm lưu ý là ít khi nào thấy thuật ngữ *usage* lại đi chung với một tính từ để chỉ tính quốc tế trong các văn bản pháp luật. UCC là một luật mẫu thống nhất cho hoạt động thương mại áp dụng trước tiên trong nội địa Hoa Kỳ không có quy định nào gắn tính quốc tế vào tập quán thương mại. CISG và UPICC là những văn bản điều chỉnh giao dịch thương mại quốc tế cũng không dùng một cụm từ “tập quán thương mại quốc tế” như trong LTM. Có vẻ như nền luật học Việt Nam sẽ gặp khó khăn khi tìm cách chuyển ngữ thuật ngữ “tập quán thương mại quốc tế” sao cho có thể bộc lộ hết cách hiểu phổ biến tại Việt Nam, cả trong học thuật lẫn trong pháp luật [19].

⁷ Xem Comment 2 Article 1.9 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 tr. 24; Xem Điều

9.1 Công ước Liên Hiệp quốc về mua bán hàng hoá quốc tế; Điều 12 LTM.

Tuy nhiên, vẫn có sự phân biệt giữa tập quán thương mại có tính địa phương và tập quán thương mại có tính quốc tế trong án lệ và các công trình nghiên cứu. Roy Good và hai tác giả Schlechtriem và Schwenzer trong các công trình của mình dùng thuật ngữ “international trade usage” để phân biệt với các tập quán thương mại có tính địa phương [4, 16]. CISG nhấn mạnh vào sự hình thành của tập quán thương mại là để điều chỉnh giao dịch thương mại quốc tế, và UPICC cũng quy định tương tự như vậy nhằm hạn chế hiệu lực ràng buộc của tập quán thương mại điều chỉnh giao dịch thương mại nội địa đến giao dịch thương mại quốc tế⁸. Một tập quán thương mại quốc tế như vậy không cần phải có tính phổ biến toàn cầu [16]. Schlechtriem và Schwenzer cho rằng tập quán thương mại quốc tế phổ biến trong phạm vi địa phương hay khu vực cũng có thể được chấp nhận, tuy nhiên cần phải đánh giá liệu tập quán đó có “được biết đến rộng rãi và thường xuyên tuân thủ” hay không [16]. Nhận định này cũng tương tự với cách tiếp cận của UPICC⁹. Một tập quán thương mại được phát triển tại địa phương để điều chỉnh giao dịch thương mại quốc tế trong một ngành nghề cụ thể, được các thương nhân nước ngoài đến giao dịch ở đây biết đến và thường xuyên tuân thủ thì tập quán đó vẫn là tập quán thương mại quốc tế.

3.2. Tính ưu tiên của tập quán thương mại (usage) so với pháp luật

Roy Good cho rằng bản chất của tập quán thương mại được quyết định trên một trong hai lý thuyết sau đây. Một lý thuyết cho rằng tập quán thương mại có hiệu lực ràng buộc khi có sự kết hợp của hai yếu tố hành vi (usus) và nhận thức (opinio juris) giống như tập quán pháp quốc tế (international customary law) [4]. Điều 38.1 và Điều 36.1 Quy chế Tòa án Công lý Quốc tế lần lượt quy định tập quán quốc tế (international

custom) là nguồn luật để giải quyết tranh chấp giữa các quốc gia và các tranh chấp đó liên quan đến Hiến chương Liên hiệp quốc hoặc các điều ước quốc tế đang có hiệu lực. Lý thuyết kia coi hiệu lực của tập quán thương mại như một thoả thuận ngụ ý giữa các bên [4].

Mỗi một quốc gia sẽ lựa chọn những tiếp cận khác nhau đối với tập quán thương mại. Như đã phân tích ở các phần trên, điều kiện có hiệu lực ràng buộc do luật định của tập quán thương mại theo LTM có yếu tố hành vi (usus) và trong chừng mực nào đó yếu tố nhận thức (opinio juris). Trong khi đó, CISG lại tiếp nhận lý thuyết về hiệu lực của tập quán thương mại dựa trên thoả thuận.

UCC tại mục 1-303(c) định nghĩa tập quán thương mại là “bất cứ thói quen hay cách thức giao dịch nào có được sự tuân thủ thường xuyên ở tại một địa điểm, trong hoạt động nghề nghiệp hoặc trong thương mại đến mức có thể biện minh cho sự trông đợi rằng thói quen đó cũng được tuân thủ trong giao dịch đang được đề cập”¹⁰. Định nghĩa này bỏ qua yếu tố *opinion juris* mà chỉ tập trung vào *usus*, nói cách khác nhìn vào yếu tố phổ biến của thói quen trong một phạm vi không gian hoặc lĩnh vực, qua đó cho thấy một thoả thuận ngụ ý mà dựa vào đó một bên trong giao dịch có quyền trông đợi bên kia phải tuân thủ thói quen đó.

Điều 9.2 trong CISG có cùng một tinh thần với UCC mặc dù về mặt kỹ thuật lập pháp có vẻ phức tạp hơn [4]: “Các bên được xem như, trừ khi có thoả thuận khác, áp dụng ngụ ý cho hợp đồng hoặc giao kết hợp đồng một tập quán thương mại mà các bên đã biết hoặc buộc phải biết, và tập quán đó trong thương mại quốc tế được biết một cách rộng rãi và thường xuyên tuân thủ bởi các bên trong các hợp đồng cùng loại trong ngành thương mại cụ thể này”¹¹. Ở đây, yếu tố nhận thức (opinio juris) không

⁸ Điều 9.2 CISG; Comment 4, Article 1.9 UNIDROIT Principles 2016.

⁹ Comment 4 Article 1.9 UNIDROIT Principles 2016 tr. 25.

¹⁰ 23 §1-303: A “usage of trade” is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question.

¹¹ CISG Điều 9.2: The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.

được đề cập đến. Việc các bên thực hiện tập quán thương mại không phải xuất phát từ nhận thức về một nghĩa vụ phải thực hiện, mà từ một thoả thuận, cho dù thoả thuận này chỉ cần là ngụ ý hơn là minh thị. Bên phải thực hiện tập quán thương mại có thể trên thực tế không biết đến tập quán, nhưng do họ hoạt động trong ngành thương mại đó nên họ được trông đợi là phải biết và đồng ý thực hiện. Điều 9.2 cũng cho thấy thứ tự hiệu lực của giữa hợp đồng và tập quán thương mại, trong đó cái trước có hiệu lực ưu tiên hơn cái sau. Nhưng hiệu lực giữa tập quán thương mại và các quy định trong CISG thì tập quán chiếm ưu thế do tập quán có hiệu lực của hợp đồng [15]. CISG Điều 6 cho phép các bên loại trừ áp dụng CISG toàn bộ hoặc tránh hoặc sửa đổi nội dung của bất kỳ điều luật nào trong Công ước. Có nghĩa là bằng hợp đồng, các bên có thể thoả thuận khác đi. Tương tự như cách tiếp cận của CISG, UCC §1-303(e) cũng đặt ra thứ tự hiệu lực, được xếp từ ưu thế cao đến thấp nhất như sau: các thoả thuận minh thị, quá trình của các hành vi thực hiện hợp đồng, quá trình thực hiện của các giao dịch trước đó và tập quán thương mại.

Trong Điều 1.9 của UPICC, từ ngữ đơn thuần chỉ thể hiện các bên “bị ràng buộc bởi tập quán thương mại được biết đến rộng rãi và thường xuyên tuân thủ trong thương mại quốc tế bởi các bên trong một lĩnh vực thương mại cụ thể”, mà không có bất cứ một quy định cho thấy tập quán thương mại có bản chất hiệu lực như thế nào. Tuy nhiên, ở phần bình luận (comment 6 article 1.9), những nhà soạn thảo UPICC chỉ rõ tập quán ưu tiên hơn các quy định trong bộ nguyên tắc này nếu chúng có nội dung mâu thuẫn nhau, do tập quán có hiệu lực như một thoả thuận ngụ ý giữa các bên.

Cho dù hiệu lực ràng buộc do luật định và hiệu lực dựa trên thoả thuận có bản chất khác nhau, thì hậu quả về tính ràng buộc của tập quán thương mại trên cơ sở hợp đồng quy định trong CISG, UPICC và UCC không khác biệt mấy so với hiệu quả ràng buộc do luật định, bởi vì chúng đều bỏ qua yếu tố về ý định thực sự của các bên. Bằng việc cho rằng các bên ngụ ý thoả thuận áp dụng tập quán thương mại, CISG và UCC được coi là can thiệp đến ý chí thực sự của các bên,

nhất là khi một bên có khả năng trên thực tế không biết đến một tập quán thương mại nào đó, và khi đó hiệu lực của tập quán không khác gì hiệu lực ràng buộc của luật [15].

Điểm khác biệt chủ yếu và đáng kể giữa hai cách tiếp cận này chính là thứ tự ưu tiên áp dụng giữa tập quán và luật viết (văn bản quy phạm pháp luật) khi chúng có các quy định mâu thuẫn nhau. Coi tập quán thương mại có hiệu lực dựa trên thoả thuận và bằng kỹ thuật lập pháp mặc nhiên coi như các bên có thoả thuận ngụ ý về áp dụng tập quán thương mại, nghĩa là đặt ưu tiên áp dụng tập quán thương mại lên trên pháp luật nói chung, trừ khi luật viết đưa ra các quy phạm có tính bắt buộc hoặc nội dung của tập quán đi ngược lại các nguyên tắc chung của luật.

Cách tiếp cận về tập quán thương mại quốc tế hiện nay ở Việt Nam, thể hiện qua các phân tích trên, cho thấy có những điểm gần với khái niệm “usage” trong CISG hoặc “usage of trade” trong UCC. Sự tương đồng thể hiện trước tiên ở việc loại bỏ điều kiện về nhận thức (opinion juris), và tập quán thương mại có hiệu lực ràng buộc trên cơ sở hợp đồng. Điểm khác biệt lớn nhất chính là LTM không du nhập kỹ thuật ấn định một ngụ ý về thoả thuận áp dụng tập quán thương mại quốc tế, và có vẻ như pháp luật Việt Nam nghiêng về những tập quán thương mại được biểu hiện trong các bộ quy tắc phổ biến như của ICC.

3.3. Quy chế của Incoterms và UCP trong pháp luật Anh - Mỹ

Tính phổ biến của các bộ quy tắc như Incoterms hay UCC có lẽ do các hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế hoặc thư tín dụng thường xuyên dẫn chiếu đến, cũng như sự ảnh hưởng có tính toàn cầu của ICC. Mặc dù vậy, không phải mọi nền tư pháp đều coi đây là các tập quán thương mại. Tại Anh, cả Incoterms và UCP đều không được coi là các tập quán thương mại (trade usage), và hai bộ quy tắc này chỉ áp dụng khi được các bên minh thị tích hợp vào hợp đồng [20, 21]. Cần phải lưu ý rằng các quy phạm trong hai bộ quy tắc này đã tồn tại dưới dạng các tập quán thương mại (trade usages) trước khi các ấn

bản đầu tiên của Incoterms và UCP được ban hành. Các điều kiện thương mại truyền thống như FOB và CIF thường được giải thích không thống nhất ở các cảng biển khác nhau [20, 22].

Incoterms được coi như một biểu hiện bằng văn bản của các điều kiện thương mại liên quan đến giao hàng, phân bổ chi phí và rủi ro, và là một nỗ lực để thống nhất cách giải thích về các điều kiện thương mại đang tồn tại dưới dạng tập quán thương mại [23]. Anh, và cả Hoa Kỳ, có cách giải thích của riêng họ đối với các điều kiện thương mại. Thông luật Anh đã phát triển các quy phạm pháp luật cho bốn loại hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, đó là ex-work, FOB, CIF và ex-ship, và sau này cho dù đã có Incoterms, vẫn được áp dụng khi hợp đồng không dẫn chiếu đến Incoterms [21, 24]. UCC ở Phần 2 về mua bán cũng có quy định về các điều kiện thương mại như F.O.B, F.A.S, C.I.F, C&F và ex-ship¹². Chính vì vậy, để áp dụng Incoterms, hợp đồng phải công khai dẫn chiếu đến hoặc trở thành một điều khoản ngụ ý trong hợp đồng như một tập quán quốc tế [23]. Ấn lệ Hoa Kỳ cho thấy Incoterms thường được xem như một tập quán thương mại (usage) được ngụ ý tích hợp vào hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế theo Điều 9(2) của CISG, nếu CISG là luật điều chỉnh cho hợp đồng [15]. Như vậy, trong mua bán hàng hoá quốc tế, Hoa Kỳ có xu hướng coi Incoterms là một tập quán thương mại phù hợp với mục đích và phạm vi điều chỉnh của Điều 9(2) CISG.

Đối với UCP, cho dù Hoa Kỳ cũng có các quy định cho tín dụng chứng từ trong luật nội địa¹³, hồ nghị liệu bộ quy tắc này có quy chế của tập quán thương mại hay không thường ít khi xảy ra, vì trên thực tế, dẫn chiếu đến bộ quy tắc này đã trở thành thông lệ trong ngành ngân hàng [22]. UCP được đánh giá có sự thành công toàn cầu vì sự phổ biến của bộ quy tắc này trong mọi giao dịch tín dụng chứng từ [20].

Bối cảnh của Việt Nam hoàn toàn khác với Anh - Mỹ, khi trong luật nội địa không có quy định các điều kiện thương mại, ví dụ như FOB hay CIF, hoặc không có các quy định chi tiết và toàn diện cho giao dịch thư tín dụng như trong

UCP, hay nhờ thu như trong URC. Sự thừa nhận công khai trong luật coi UCP hay URC là những tập quán thương mại quốc tế trong giao dịch ngân hàng sẽ tránh được các tranh luận về quy chế của bộ quy tắc này, và cũng phù hợp với thực tế giao dịch cũng như sự phổ biến của các bộ quy tắc trong ngành ngân hàng ở phạm vi quốc tế. Đối với Incoterms, chưa có một văn bản quy phạm pháp luật nào chính thức thừa nhận Incoterms là tập quán thương mại quốc tế, ngoại trừ trong hoạt động xét xử như đã phân tích ở trên. Tuy nhiên, học thuật Việt Nam vẫn có các quan điểm không thống nhất. Trong quyển giáo trình *Textbook on International Trade and Business Law*, do trường Đại học Luật Hà Nội biên soạn, Incoterms được cho là tập quán thương mại quốc tế [19]. Một giáo trình khác của cùng cơ sở đào tạo, *Giáo trình Luật Thương mại quốc tế*, Incoterms được phân tích đúng với bản chất ban đầu, là bộ tiêu chuẩn do một tổ chức ban hành và nhấn mạnh vào khía cạnh cần phải được dẫn chiếu trong hợp đồng để có hiệu lực [17]. Tuy nhiên, việc coi áp dụng Incoterms là tập quán thương mại quốc tế sẽ không có trở ngại gì, trước hết vì sự phổ biến và sau đó là tính thuyết phục, dễ hiểu và dễ áp dụng của bộ quy tắc này.

4. Hoàn thiện quy định về tập quán thương mại và tập quán thương mại quốc tế

4.1. *Lập luận về yêu cầu sự thừa nhận của các bên về nội dung tập quán thương mại*

Tập quán thương mại trong LTM có thể nói được quy định khá tương đồng với tập quán nói chung trong BLDS 2015, ngoại trừ yêu cầu về sự thừa nhận của các bên về nội dung tập quán. Điều kiện về sự thừa nhận của các bên về nội dung tập quán thương mại làm cho cho yêu cầu về sự thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại trở nên vô nghĩa và gia tăng gánh nặng chứng minh cho phía viện dẫn tập quán thương mại. Điều kiện này cũng hoàn toàn xa lạ với quan niệm về tập quán trên cả phương diện lý luận lẫn pháp luật hiện hành, chẳng hạn như định nghĩa về tập quán

¹² Bộ luật Thương mại Thống nhất Hoa Kỳ (UCC) § 2-319-322.

¹³ Xem UCC Phần 5 về Thư tín dụng.

nói chung trong BLDS 2015. Vì vậy, rất cần thiết phải bỏ qua yêu cầu về sự thừa nhận của các bên đối với nội dung tập quán để công nhận một tập quán nào đó là tập quán thương mại. Khi khả năng sửa đổi LTM còn bỏ ngỏ, các toà án có thể vận dụng kỹ thuật “ngụ ý” để khẳng định sự thừa nhận của các bên về nội dung tập quán dựa trên cơ sở tính phổ biến của tập quán và tính chuyên nghiệp của thương nhân khi tham gia vào các hoạt động thương mại.

4.2. Mở rộng phạm vi của tập quán thương mại quốc tế

Ý niệm về tập quán thương mại quốc tế đã tồn tại từ rất lâu ở Việt Nam. Sự phân biệt giữa tập quán thương mại và tập quán thương mại quốc tế qua việc vẫn dùng tách biệt hai thuật ngữ này nên được duy trì, không chỉ trong học thuật và mà cả trong pháp luật, như một bản sắc văn hoá pháp lý ở Việt Nam. Mặc dù vậy, sự phân biệt này nên duy trì theo hướng không áp dụng các tập quán thương mại điều chỉnh các giao dịch nội địa cho các giao dịch thương mại quốc tế, trừ khi các bên có thoả thuận.

Tập quán thương mại quốc tế cũng cần được hiểu là các tập quán thương mại hình thành và phát triển để điều chỉnh các giao dịch thương mại quốc tế, được biết đến rộng rãi và thường xuyên tuân thủ, hơn là giới hạn tính phổ biến ở trong sự thừa nhận của tổ chức quốc tế có liên quan. Cách tiếp cận này sẽ tương đồng với cách tiếp cận của CISG và UPICC. Việt Nam là quốc gia đang có sự phát triển mạnh mẽ về giao thương quốc tế nên có thể trong quá trình giao dịch lâu dài đã hình thành nên các tập quán thương mại điều chỉnh các giao dịch với thương nhân nước ngoài. Những tập quán như vậy cần có quy chế của tập quán thương mại quốc tế để tạo thuận lợi không chỉ với các giao dịch nói chung mà cả với thương nhân Việt Nam, đóng góp chung vào sự phát triển của luật về giao dịch thương mại quốc tế.

4.3. Lựa chọn giữa hiệu lực ràng buộc do luật định và hiệu lực như hợp đồng cho tập quán thương mại

Như đã phân tích ở trên, sự phân biệt giữa tập quán thương mại với tập quán thương mại quốc

tế chỉ nên dừng ở mục đích tránh áp dụng tập quán thương mại thuần túy nội địa cho các giao dịch thương mại quốc tế mà không có sự thoả thuận của các bên. Vì vậy, câu hỏi đặt ra là có nên cho tập quán thương mại nói chung quy chế của một thoả thuận hợp đồng và tiếp thu kỹ thuật của CISG và UPICC. Nghĩa là mặc nhiên coi các bên ngụ ý thoả thuận áp dụng tập quán thương mại khi họ không minh thị thể hiện thoả thuận ấy. Kỹ thuật này dẫn đến kết quả về sự ràng buộc không khác gì hiệu lực của luật của quy định hiện tại, nhưng hậu quả pháp lý khác biệt rất nhiều. Đó chính là thứ tự ưu tiên áp dụng khi có xung đột với quy định của văn bản quy phạm pháp luật, theo đó tập quán thương mại có hiệu lực của thoả thuận hợp đồng sẽ ưu tiên hơn.

Khi tiếp thu một điểm pháp lý mới, cái cốt lõi là phải đánh giá xem điểm pháp lý ấy có hoà hợp với tổng thể pháp luật hiện tại hay không. CISG và UPICC ấn định một thoả thuận ngụ ý áp dụng tập quán thương mại mà không xem xét đến liệu có ý chí thật sự của các bên đối với việc áp dụng hay không là do tinh thần của các bộ quy tắc này là đề cao nguyên tắc chung về tính hợp lý (reasonableness). Cụ thể, đối với CISG, việc giải thích các tuyên bố hoặc hành vi của một bên trước tiên phải dựa trên việc bên kia phải biết hoặc buộc phải biết ý định thật sự của tuyên bố hay hành vi đó. Mặc dù vậy, khi không thể xác định được ý định thực sự thì hành vi hay tuyên bố sẽ được giải thích theo cách hiểu của một người có lý trí với cùng điều kiện và trong cùng hoàn cảnh với phía bên kia. Như vậy, ấn định một sự thoả thuận về áp dụng tập quán thương mại phải song hành với nguyên tắc hợp lý, bởi vì nó được biện giải trên cơ sở bên viện dẫn tập quán thương mại đã trông đợi phía bên kia, khi hoạt động trong một lĩnh vực hay ngành nghề thương mại, cũng phải có các hành vi tương tự như những thương nhân trong cùng lĩnh vực hoặc ngành nghề ấy [16]. UPICC ở Article 4.1, 4.2 và các bình luận tương ứng cũng cho thấy cách tiếp cận tương đồng.

Trong khi đó, nếu áp dụng Điều 404 BLDS 2015 về giải thích hợp đồng, khó có một quy định nào trong điều luật này giống như quy định về tính hợp lý trong giải thích hợp đồng như

CISG hay UPICC. Điều 404 BLDS 2015 nhấn mạnh rằng ý chí của các bên sẽ quyết định việc giải thích nội dung của một điều khoản không rõ ràng chứ không phải là ngôn từ vốn là cái biểu hiện ra bên ngoài. Nếu điều khoản mà ngôn từ có thể được hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau thì mục đích và tính chất của hợp đồng sẽ là cơ sở để giải thích. Mục đích và tính chất của hợp đồng có thể được coi như một tiêu chí tương đối khách quan nhưng vẫn chưa thật gần với nguyên tắc hợp lý trong CISG và UPICC. Sự trông đợi hợp lý của một bên đối với hành vi của bên kia, cụ thể là thực hiện một tập quán thương mại mà không có thoả thuận minh thị từ trước, sẽ thiếu đi cơ sở pháp lý vững chắc do pháp luật Việt Nam chưa tiếp thu đầy đủ nguyên tắc hợp lý trong giải thích hợp đồng. Mặt khác, xét trên phương diện văn hoá pháp lý, Việt Nam chưa thật quen thuộc với các kỹ thuật liên quan đến ấn định một ngụ ý cho hành vi và tuyên bố của một bên hay các bên trong giao dịch.

Nhưng nếu nhìn nhận ở một góc độ khác, sự trông đợi hợp lý hàm ý trong quy định về áp dụng tập quán thương mại của CISG và UPICC cho thấy sự khác biệt rõ rệt giữa tập quán thương mại và tập quán nói chung. Thương nhân, chủ thể thực hiện tập quán thương mại, thường được xem như là những người hoạt động chuyên nghiệp và phải có sự cẩn trọng hợp lý. Vì vậy, họ biết và buộc phải biết các tập quán thương mại trong lĩnh vực và phạm vi địa phương mà mình hoạt động, và đối tác của họ có quyền trông đợi họ hành động phù hợp. Ngoài ra, tập quán thương mại sẽ gần với giao dịch trong một lĩnh vực thương mại hay ngành nghề cụ thể so với pháp luật nói chung. Ví dụ như tập quán trong ngành lúa gạo sẽ gần với giao dịch của ngành này hơn là các quy định của pháp luật hợp đồng. Vì vậy, có cơ sở thoả đáng để đặt tập quán thương mại ở vị trí ưu tiên hơn so với văn bản quy phạm pháp luật bằng việc ấn định một ngụ ý về thoả thuận áp dụng tập quán thương mại.

Với tình trạng hiện tại của LTM, cụ thể là Điều 13 quy định về việc áp dụng tập quán thương mại chỉ khi không có quy định của pháp luật, rất khó để mở rộng việc áp dụng tập quán thương mại lên trước pháp luật dựa trên hiệu lực

của tập quán thương mại như hợp đồng và kỹ thuật ngụ ý rằng các thương nhân “biết hoặc buộc phải biết”. Vì vậy, vẫn cần phải có sự sửa đổi liên quan đến nguyên tắc áp dụng tập quán thương mại, và cả tập quán thương mại quốc tế, theo cách tiếp cận mà CISG và UPICC giới thiệu.

5. Kết luận

Quy định về tập quán thương mại trong của LTM bộc lộ các điểm chưa thoả đáng trong định nghĩa. Quy chế tập quán pháp dành cho tập quán thương mại trong chừng mực nào đó xa rời với các tiêu chuẩn chung đang được thể hiện trong UPICC và CISG, nếu chúng ta cùng đồng ý rằng UPICC và CISG là những bộ quy tắc mẫu mực cho hoạt động thương mại nói chung.

Trong khi đó, tập quán thương mại quốc tế dù được điều chỉnh trong LTM, không có định nghĩa rõ ràng. Nghiên cứu mở rộng ra các văn bản quy phạm pháp luật khác cho thấy xu hướng coi trọng và nhìn nhận các tập quán thương mại quốc tế được các tổ chức quốc tế như ICC ban hành hoặc thừa nhận.

Từ những điểm còn chưa thoả đáng về tập quán thương mại và tập quán thương mại quốc tế, các đề nghị được đưa ra để hoàn thiện hơn định nghĩa về tập quán thương mại để giảm bớt gánh nặng chứng minh về sự thừa nhận của các bên về nội dung của tập quán, mở rộng phạm vi của tập quán thương mại quốc tế ra khỏi những điều kiện thương mại được ICC quy định. Hiệu lực của tập quán thương mại và tập quán thương mại quốc tế này được đề xuất xây dựng trên cơ sở hiệu lực hợp đồng và ấn định một thoả thuận ngụ ý áp dụng trong trường hợp các bên không công khai thoả thuận.

Bất kì một quy định pháp lý nào cũng có thể có những điểm hợp lý và bất hợp lý. Vấn đề ở đây là liệu lợi ích từ các điểm hợp lý có bù đắp được các thiếu sót từ các điểm bất hợp lý hay chưa. Sẽ là tào bạo nếu sửa đổi LTM theo hướng coi tập quán thương mại có hiệu lực trên cơ sở hợp đồng và tiếp thu kỹ thuật của CISG và UPICC để ràng buộc các bên kể cả khi họ không có thoả thuận minh thị. Như vậy, bản thân LTM

cũng phải bổ sung thêm các quy định về giải thích hợp đồng trên cơ sở nguyên tắc hợp lý. Lý do là bản thân hoạt động thương mại có các đặc thù so với các hoạt động dân sự thông thường, đó là đòi hỏi chủ thể của hoạt động thương mại phải có sự cẩn trọng hợp lý và yêu cầu về tính chuyên nghiệp. Các sửa đổi đó sẽ làm cho Luật Thương mại có trình độ và chất lượng tiệm cận với thế giới, trang bị cho thương nhân Việt Nam nhận thức và ứng xử tương xứng với sự vai trò kinh tế đang lên của Việt Nam trong chuỗi giá trị toàn cầu.

Tài liệu tham khảo

- [1] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1994, pp. 101.
- [2] J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker, *Principles of French law*, Oxford University Press, 2008, pp. 25 - 32.
- [3] V. V. Mẫu, *Pháp luật Nhập môn*, Sài Gòn, 1973, tr. 82 - 87.
- [4] R. Goode, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1997, 46 (1), pp. 7 - 16.
- [5] Đ. T. Úc, *Những vấn đề lý luận cơ bản về pháp luật*, NXB Khoa học Xã hội, 1993, tr. 54 - 66.
- [6] N. M. Doan, *Giáo trình Lý luận về nhà nước và pháp luật*, NXB. Chính trị Quốc gia Sự thật, 2020, tr. 103.
- [7] C. K. Allen, *Law in the Making*, Clarendon Press, 1927, pp. 42, 43, 91, 92, 209.
- [8] T. T. Hiền, *Ấn lệ Việt Nam: Một biến thể của văn bản quy phạm pháp luật?*, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, 2019, số 5 (373), tr. 9 - 14.
- [9] Đ. V. Đại, *Bình luận Khoa học: Những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015*, tái bản lần thứ hai, NXB. Hồng Đức, 2016, tr. 598, 597.
- [10] ICC International Chamber of Commerce, *Who we are*, <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/>, (accessed on December 14th, 2024).
- [11] Đ. V. Đại, *Luật Hợp đồng Việt Nam: Bản án và bình luận bản án*, tập 1, NXB. Hồng Đức, 2017, tr. 72.
- [12] N. V. Cừ, T. T. Huệ, *Bình luận Khoa học Bộ luật Dân sự năm 2015 của nước Cộng hoà Xã hội Chủ nghĩa Việt Nam*, NXB. Công an Nhân dân, 2017, tr. 1042, 597.
- [13] H. T. Liên, *Bình luận Khoa học Bộ luật Dân sự năm 2005*, tập 2, NXB. Chính trị Quốc gia, 2010, tr. 518.
- [14] <https://www.unidroit.org/aboutunidroit/membership> (accessed on December 14th, 2024).
- [15] C. Pamboukis, *The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, *Journal of Law and Commerce*, 2005, No.25, pp. 109 - 130.
- [16] I. Schlechtriem và U. Schwenzer, *Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2010, pp. 187 - 196.
- [17] Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật thương mại quốc tế*, tái bản lần thứ 12, NXB. Công an Nhân dân, 2017, tr. 32 - 33.
- [18] D. A. Sơn, L. T. B. Thọ, N. V. Luyện, *Giáo trình Luật hợp đồng thương mại quốc tế*, NXB. Đại học Quốc gia TP. HCM, 2007, tr. 27.
- [19] Hanoi Law University, *Textbook on International Trade and Business Law*, Youth Publishing House, <http://pltmqt.hlu.edu.vn/Images/Post/files/Khoa%20PLTMQT/GT%20LTMTQT%20SONG%20NGU-2017.pdf>, (accessed on December 14th, 2024).
- [20] C. Murray, D. Holloway, D. Timson-Hunt, *Schmitthoff the Law and Practice of International Trade*, Sweet&Maxwell, 2012, pp. 191.
- [21] I. Carr, *International Trade Law*, Routledge, 2014, pp. 438.
- [22] H. V. Houtte, *The Law of International Trade*, Sweet&Maxwell, 2002, pp. 171.
- [23] J. A. Spanogle, *Incoterms and UCC Article 2- Conflicts and Confusions*, *The International Lawyer*, 1997, No. 31(1), pp. 113, 273.
- [24] J. N. Adams, H. Macqueen, P. S. Atiyah, *Atiyah's Sale of Goods*, Pearson, 2010, pp. 6 - 48.