

VAI TRÒ CỦA TẬP QUÁN VÀ CÁC NGUYÊN TẮC CỦA VIỆC ÁP DỤNG TẬP QUÁN TRONG THƯƠNG MẠI

Nguyễn Mạnh Thắng*

Bộ luật Dân sự 2005 và Luật Thương mại 2005 có các qui định về áp dụng tập quán. Tuy nhiên, việc áp dụng tập quán trong giải quyết các tranh chấp dân sự và tranh chấp thương mại chưa được quan tâm thích đáng bởi việc nghiên cứu tập quán nói chung và các nguyên tắc của việc áp dụng tập quán nói riêng chưa nhiều. Nhằm bảo đảm điều chỉnh hữu hiệu các quan hệ kinh tế thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa, Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về “*Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020*” đã lưu ý tới việc sử dụng tập quán. Định hướng quan trọng đó đặt ra nhiệm vụ nghiên cứu cho khoa học pháp lý. Bài viết này phân tích và làm rõ vai trò của tập quán trong đời sống xã hội và các nguyên tắc của việc áp dụng tập quán trong thực tiễn tư pháp.

1. Vai trò của tập quán

1.1. “Tập quán” với tư cách là một nguồn của pháp luật còn được gọi là “luật tục” hay “tục lệ”. Theo cách nhìn của những người nghiên cứu văn hóa, “luật tục về cơ bản là một kho tàng kiến thức bản địa về ứng xử và quản lý cộng đồng, tuy nhiên, ở đó còn chứa đựng những giá trị nhiều mặt: ngôn ngữ và tư duy, bản sắc văn hóa, văn học và chữ viết, tôn giáo, tín ngưỡng”¹

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

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

Hiểu một cách đơn giản, tập quán là thói quen ứng xử hình thành trong một cộng

ThS., Chủ tịch Hội đồng quản trị, Tổng Giám đốc Công ty cổ phần Đầu tư đô thị và Khu công nghiệp Sông Đà 7.

¹ Ngô Đức Thịnh, “Luật tục với việc phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam”, *Luật tục và phát triển*

nông thôn ở Việt Nam hiện nay, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 25.

đồng xác định, được áp dụng để giải quyết tranh chấp giữa các bên liên quan khi đã làm rõ được yếu tố vật chất và yếu tố tinh thần của nó.

1.2. Nói về vai trò của tập quán, Gustave Le Bon viết:

“Cái ngự trị con người chính là tư tưởng, tình cảm và tập tục, những điều nằm trong bản thân chúng ta. Còn các thể chế và luật pháp lại là sự biểu hiện của tâm hồn chúng ta, là sự biểu hiện những nhu cầu của nó. Thoát thai từ tâm hồn, những thể chế và luật pháp ắt sẽ không thể thay đổi tâm hồn ấy”²

Như vậy, theo Gustave Le Bon, tập quán hay các thói quen ứng xử của một cộng đồng gắn liền với tư tưởng và tình cảm tạo thành linh hồn của luật pháp và thể chế. Nói cách khác, tập quán là một yếu tố chi phối thể chế và pháp luật. Ông còn cho rằng, tập quán là một trong những yếu tố có ý nghĩa tạo thành tính cách chung của một dân tộc, vì thế: “Toàn thể những tính cách chung mà sự di truyền áp đặt cho mọi cá nhân của một chủng tộc, tạo thành tâm hồn của chủng tộc đó”³. Và ông nhấn mạnh: “... ở một chủng tộc chẳng có gì bền vững hơn nền tảng di truyền trong tư tưởng của nó”⁴. Nhiều học giả trên thế giới đồng quan điểm với ông. Amanda Perreau-Saussine và James Bernard Murphy nhận định: “Nhiều luật gia và nhiều triết gia lập luận rằng, các thói quen tập quán là tất cả những gì chúng ta có nhằm giải quyết các vấn đề thực tiễn: các nguyên tắc đạo đức, pháp luật thành văn, các học thuyết pháp lý, các công trình

triết học là tất cả những khớp nối của các tập quán đã tồn tại trước đó”⁵

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

Ở lĩnh vực luật học, René David và John E.C. Brierley (hai nhà luật học so sánh nổi tiếng thế giới) cho rằng: “Tập quán có vai trò ảnh hưởng lớn trong tất cả các hệ thống pháp luật; và trong quá trình phát triển và áp dụng pháp luật, các nhà làm luật, các thẩm phán hay các tác giả, như một vấn đề thực tế, nhiều hay ít đều bị dẫn dắt bởi ý tưởng và tập quán của cộng đồng. Hai ông còn cho rằng, trong quan niệm về pháp luật theo trường phái của Mác, tập quán cũng có vai trò tương tự bởi nội dung của pháp luật do điều kiện sinh hoạt vật chất tạo thành kết cấu hạ tầng quyết định”⁶

Nhiều luật gia ở Việt Nam hiện nay có quan điểm khá khác biệt. “*Giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật*” của Trường Đại học Luật Hà Nội một mặt thừa nhận “cơ sở hình thành pháp luật là các tập quán” ở nhiều nước, nhưng cho rằng “các tập quán nếu xét về nguồn gốc, nhìn chung đều được hình thành một cách tự phát, chậm thay đổi và thường có tính cục bộ (trong phạm vi hẹp), do đó nhận định: “Vì vậy, về mặt nguyên tắc hình thức tập quán pháp không có khả năng thể hiện được bản chất của pháp luật xã hội chủ nghĩa, không thể trở thành một hình thức cơ bản của pháp luật xã

² Gustave Le Bon, *Tâm lý học đám đông*, Nxb. Tri Thức, Hà Nội, 2006, tr. 17.

³ Gustave Le Bon, *Tâm lý học đám đông*, Nxb. Tri Thức, Hà Nội, 2006, tr. 15.

⁴ Gustave Le Bon, *Tâm lý học đám đông*, Nxb. Tri Thức, Hà Nội, 2006, tr. 24.

⁵ Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy, *The Nature of Customary Law- Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, 2007, tr. 1.

⁶ Ngô Huy Cương, *Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 3+4 (164+165), tháng 2/2010.

hội chủ nghĩa”⁷ Các nhà luật học so sánh cho rằng các luật gia thuộc Họ pháp luật xã hội chủ nghĩa theo trường phái thực chứng pháp lý. Trong khoa học pháp lý người ta hiểu: trường phái này cố gắng loại bỏ vai trò của tập quán, và quan niệm tập quán giờ đây chỉ chiếm một vị trí tối thiểu trong pháp luật được pháp điển hóa mà trong tương lai nó chỉ được nhận biết qua ý chí của nhà làm luật⁸. Tuy nhiên, có những bình luận của các luật gia Việt Nam về quan niệm pháp luật xuất phát từ bản chất giai cấp không hoàn toàn đồng ý với trường phái thực chứng pháp lý. Trong cuốn sách chuyên khảo “*Những vấn đề lý luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*” của Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật có nhận định: “Quan niệm như vậy về pháp luật thực chất là gắn liền với quan điểm pháp luật thực định: không thừa nhận những gì không chính thức thể hiện tư tưởng giai cấp rõ rệt của giai cấp thống trị”; và tiếp đó khẳng định: “Bên cạnh đó còn có nhiều quan điểm khác nhau về hiện tượng pháp luật”⁹ Quả nhiên, các nhà nghiên cứu văn hóa, dân tộc ở Việt Nam hiện nay có cái nhìn khác cho rằng: “Kinh nghiệm của ông cha cho biết, những qui chế trong quản lý cộng đồng chỉ có thể được cộng đồng chấp nhận và thực hiện một cách tự giác và nghiêm chỉnh, nếu chúng trở thành văn hóa, thành phong tục tập quán”¹⁰

Hiểu rõ vai trò và tầm quan trọng của tập quán trong đời sống xã hội nói chung và trong tiến trình xây dựng nền kinh tế thị trường, hội nhập quốc tế, Bộ Chính trị khẳng định: “Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng theo hướng tôn trọng thỏa thuận của các bên giao kết hợp đồng, không trái đạo đức xã hội, không xâm phạm trật tự công cộng, phù hợp với tập quán, thông lệ thương mại quốc tế”¹¹

Từ các khảo sát trên có thể thấy, tập quán nói chung có vai trò, tính chất nền tảng trong việc tổ chức đời sống xã hội. Trước hết, tập quán điều chỉnh các quan hệ xã hội thông qua sự tuân thủ tự nguyện của con người. Tập quán được thừa nhận rộng rãi bởi mỗi thành viên trong cộng đồng có tập quán đó ý thức được lợi ích của mình trong việc ứng xử phù hợp với ước muốn của thành viên khác và đổi lại, các thành viên khác cũng ứng xử phù hợp với ước muốn của anh ta trên nền tảng có đi có lại¹²

Tóm lại, tập quán có vai trò ổn định xã hội, tạo lập nên các đặc trưng văn hóa nói chung và văn hóa pháp lý nói riêng, ảnh hưởng tới cách thức tư duy, và là một trong các yếu tố tạo nên tâm hồn của một dân tộc.

1.3. Trong mối liên hệ với các loại nguồn pháp luật khác, tập quán có vai trò không thể phủ nhận trong việc phát triển văn bản qui phạm pháp luật, nhất là các đạo luật về thương mại. Các qui tắc tập quán của các thương nhân ngày nay đã được pháp

⁷ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2009, tr. 354.

⁸ René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, Second Edition, The Free Press, New York. London. Toronto. Sydney. Tokyo. Singapore, 1975, p. 118.

⁹ Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật, *Những vấn đề lý luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 121.

¹⁰ Nguyễn Duy Quý, “Luật tục và chiến lược phát triển nông thôn ở Việt Nam”, *Luật tục và phát triển*

nông thôn ở Việt Nam hiện nay, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 15.

¹¹ Bộ Chính trị, Ban Chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam, *Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020*.

¹² Ngô Huy Cương, *Cu thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 3+4 (164+165), tháng 2/2010.

diễn hóa thành các đạo luật về thương mại ở hầu hết các nước.

Khi nghiên cứu về luật tục ở Việt Nam, có khuynh hướng cho rằng:

“Nhà nước lựa chọn, thừa nhận các qui phạm xã hội mang tính phổ biến, khái quát của luật tục, “đề lên thành luật” các qui phạm đó. Đây là hình thức qua con đường lập pháp để chuyển các qui phạm xã hội thành qui phạm pháp luật”¹³

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

“Luật tục không thuần túy là “luật”, và tất nhiên cũng không phải hoàn toàn là “tục”, mà nó là hình thức *trung gian, chuyển tiếp giữa luật và tục*; hay nói cách khác, nó là *hình thức phát triển cao của phong tục, tục lệ và là hình thức sơ khai, hình thức tiền luật pháp*. Chính vì thế, hình thức luật tục này phù hợp với các *xã hội tiền công nghiệp*, phù hợp với các *cộng đồng nhỏ gắn với từng nhóm tộc người, từng địa phương cụ thể*. Đặc trưng này của luật tục không chỉ cung cấp tư liệu thực tế, giúp cho các nhà nghiên cứu lịch sử pháp luật, mà còn là cơ sở thực tiễn cho việc kế thừa luật tục trong xây dựng pháp luật và ngược lại, “luật pháp hóa luật tục” như một số người quan niệm”¹⁴

¹³ Lê Hồng Sơn, “Khái niệm, vị trí, vai trò và một số nội dung chính của luật tục từ góc độ nghiên cứu pháp luật”, *Tọa đàm Luật tục trong mối quan hệ với Luật dân sự*, Hà Nội, 22/02/2001.

¹⁴ Ngô Đức Thịnh, “Luật tục và luật pháp”, *Tọa đàm Luật tục trong mối quan hệ với Luật dân sự*, Hà Nội, 22/02/2001.

Mặc dù có thể nói, các nhận thức trên về luật tục trong mối quan hệ với pháp luật đều xuất phát từ quan niệm pháp luật theo trường phái thực chứng pháp lý cực đoan, có nghĩa là chỉ thừa nhận một loại nguồn của pháp luật là văn bản qui phạm pháp luật do nhà nước ban hành, nhưng lại cho thấy một cách nhìn nhận rất đáng lưu ý về vai trò lớn của tập quán hay luật tục trong việc phát triển nguồn văn bản qui phạm pháp luật.

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

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

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

cho vấn đề đại diện một chế định được xem là trung tâm của luật tư mà nhà làm luật Việt Nam có khuynh hướng kiểm soát chặt chẽ bằng các qui định của văn bản qui phạm pháp luật để bảo vệ quyền của người được đại diện. Vì vậy, khi áp dụng tập quán thẩm phán cần có tầm nhìn rộng ra cả các chế định pháp luật khác”¹⁵

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

Ở một khía cạnh nhất định, tập quán còn tác động tới nhận thức và lý giải về lẽ công bằng (với tính cách là một nguồn của pháp luật, được áp dụng khi không tìm được các giải pháp giải quyết tranh chấp từ các loại nguồn khác). Đây được xem là nguồn pháp luật ở tầng sâu nhất liên quan đến các nhận thức và quan điểm về pháp luật nói chung¹⁶. Và theo một nghĩa nào đó, các nhận thức và các quan điểm này bị chi phối bởi các tập quán.

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

2. Các nguyên tắc của việc áp dụng tập quán thương mại

¹⁵ Ngô Huy Cương, *Cu thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 3+4, (164+165) tháng 2/2010.

¹⁶ Ngô Huy Cương, *Pháp luật nghĩa vụ cho cao học*, Bài giảng điện tử.

Áp dụng tập quán thực chất là việc áp dụng các qui tắc xử sự hình thành từ tập quán, và là một phần của áp dụng pháp luật. Việc áp dụng tập quán có những nguyên tắc nhất định của nó.

2.1. Hiệu lực của tập quán

Có một nguyên tắc chung trong pháp luật quốc tế về hiệu lực của tập quán được diễn giải như sau:

“Để ràng buộc với một tập quán, không nhất thiết quốc gia phải trực tiếp tham gia vào việc hình thành tập quán hoặc đã chấp nhận rõ ràng tập quán đó. Khi chứng minh được có sự tồn tại của các yếu tố vật chất và ý thức của một qui phạm tập quán, thì có thể suy đoán là qui phạm đó đã được toàn thể các quốc gia chấp nhận”¹⁷

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

Tuy nhiên, trong thương mại, yếu tố thứ hai nêu trên có thể có ngoại lệ. Ví dụ, pháp luật của Pháp chia ra hai trường hợp liên quan tới việc áp dụng tập quán thương mại: *Trường hợp thứ nhất*, nếu hai bên đương sự trong quan hệ hợp đồng làm cùng một ngành nghề kinh doanh mà không dẫn chứng được rõ ràng một qui tắc tập quán thì mặc nhiên được xem là căn cứ vào đó; và *trường hợp thứ hai*, nếu họ không làm cùng một ngành nghề, thì lý lẽ của bên này cho rằng không biết tới tập quán của bên kia có thể được chấp nhận, trừ khi bên kia xuất trình trước tòa án giấy xác nhận của Phòng

¹⁷ Catherine Roche và Aurélie Potot-Nicol, *Những nội dung cơ bản của công pháp quốc tế và pháp luật về quan hệ quốc tế*, Nxb. Văn hóa-Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 19.

thương mại hoặc của nghiệp đoàn về thói quen ứng xử liên quan¹⁸ Ví dụ này cho thấy, tập quán thương mại có thể có hiệu lực đối với quan hệ mà một bên thuộc cộng đồng nơi có sự tồn tại của qui tắc tập quán đang xem xét. Tương tự như vậy, Đạo luật của Vương Quốc Anh về Tổ chức tư pháp và áp dụng pháp luật (cho Tanzania) qui định:

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

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

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

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

Giống với hiệu lực của các qui tắc của luật thành văn, qui tắc tập quán mặc nhiên được xem là có hiệu lực đối với các bên trong quan hệ, tuy nhiên còn phụ thuộc vào vấn đề chứng minh. TS. Ngô Huy Cương cho rằng: “Ở mức độ khái quát, tập quán và thói quen ứng xử có hai phương diện hoạt động liên quan tới hợp đồng: *Một mặt*, chúng bù đắp cho những khoảng trống trong các hợp đồng cụ thể, có nghĩa là chúng được xem như các điều kiện của hợp đồng khi các bên trong quan hệ hợp đồng đó không có thỏa thuận liên quan; *mặt khác*, chúng giải thích cho các điều kiện của hợp đồng trong một chừng mực nào đó”¹⁹

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

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

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

Theo Unidroit, tập quán thương mại có nguồn gốc từ quốc gia hoặc địa phương không có hiệu lực đối với các giao dịch có tính chất quốc tế. Tuy nhiên, có một số ngoại lệ, tập quán có nguồn gốc từ quốc gia hoặc địa phương được áp dụng đối với các giao dịch quốc tế ngay cả khi các bên không

¹⁸ Ngô Huy Cương, *Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 3+4 (164+165), tháng 2/2010.

¹⁹ Ngô Huy Cương, *Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 3+4 (164+165), tháng 2/2010.

dẫn chiếu đến, chẳng hạn như tập quán tồn tại trong các sản giao dịch hàng hóa, hội chợ triển lãm hoặc hải cảng nếu chúng thường xuyên được tuân thủ ngay cả đối với người nước ngoài, hoặc tập quán tại nơi thương nhân nước ngoài nào đó đã ký kết nhiều hợp đồng tương tự tại đó²⁰

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

“Sở dĩ Incoterms được thừa nhận như một nguyên tắc mặc nhiên phải tuân thủ trong thương mại quốc tế, do nó giúp người bán chào giá trong đó có sự phân bổ rõ ràng về chi phí và rủi ro trong chuyên chở quốc tế giữa người bán và người mua. Trách nhiệm bảo hiểm và thủ tục hải quan cũng được nêu trong Incoterms”²¹

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

Tuy nhiên, ở Việt Nam hiện nay, một số tác giả cho rằng, tập quán có thể được áp dụng với hình thức là một nguồn của Luật dân sự khi có đủ các điều kiện: (1) Đã thành thông dụng, được đông đảo mọi người sinh sống trên cùng địa bàn hoặc cùng hành nghề trên cùng một lĩnh vực thừa nhận; (2) Không trái với nguyên tắc được qui định trong Bộ luật Dân sự; và (3) Chỉ được áp

dụng nếu quan hệ pháp luật đó chưa được pháp luật qui định hoặc các bên trong quan hệ đó không có thỏa thuận²²

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

Pháp luật, theo quan niệm phổ biến của các luật gia Việt Nam hiện nay, có hai chức năng: (1) Chức năng điều chỉnh các quan hệ xã hội; và (2) Chức năng tác động lên ý thức của con người (chức năng giáo dục của pháp luật)²³ Gắn liền với quan niệm này là sự nhìn nhận về mục tiêu của điều chỉnh pháp luật như sau: “*Điều chỉnh chung của pháp luật* là việc trật tự hóa và tổ chức các quan hệ xã hội thông qua hình thức ban hành, sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ các qui phạm pháp luật, xác định phạm vi của pháp luật về mặt thời gian, không gian và loại nguồn”²⁴. Như vậy, có thể hiểu pháp luật có mục tiêu chung là thiết lập và bảo vệ trật tự công cộng, có nghĩa là trật tự chung của cộng đồng.

Khác với quan niệm trên, các luật gia ở hầu hết các nước khác cho rằng, pháp luật có bốn chức năng: (1) Chức năng gìn giữ hòa bình; (2) Chức năng ấn định hay thi hành các tiêu chuẩn xử sự và duy trì trật tự; (3) Chức năng tạo điều kiện dễ dàng cho các dự định hay kế hoạch; và (4) Chức năng thúc đẩy công bằng xã hội²⁵ Việc tiếp cận các chức

²² Nguyễn Xuân Quang - Lê Nết - Nguyễn Hồ Bích Hằng, *Luật dân sự Việt Nam*, Nxb. Đại học quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2007, tr. 28.

²³ Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật, *Những vấn đề lý luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 130.

²⁴ Viện Nghiên cứu Nhà nước và Pháp luật, *Những vấn đề lý luận cơ bản về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 216.

²⁵ Ngô Huy Cương, *Góp phần bàn về cải cách pháp luật ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2006, tr. 188-189.

²⁰ Unidroit, *Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004*, bản dịch tiếng Việt với sự tài trợ của Tổ chức quốc tế Pháp ngữ, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2005, tr. 66-67.

²¹ Bộ môn Luật kinh tế - Trường Đại học kinh tế quốc dân, *Giáo trình Luật thương mại quốc tế*, Nxb. Khoa học và Kỹ thuật, Hà Nội, 1999, tr. 74.

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

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

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

Một cộng đồng chỉ có thể tồn tại và phát triển trên nền tảng đạo đức nhất định. Hầu hết các luật gia đều thừa nhận đạo đức có mối liên hệ chặt chẽ với pháp luật, có thể còn là căn nguyên của pháp luật. Có một cách thức phân chia các hệ thống pháp luật trên thế giới thành các họ pháp luật căn cứ vào căn nguyên của pháp luật: Tôn giáo, luân lý, và công lý.²⁶ Họ pháp luật Viễn đông (mà hệ thống pháp luật Việt Nam trước kia thuộc họ này) có căn nguyên là luân lý, theo Khổng giáo. Có thể nói, trong một chừng mực nhất định truyền thống này vẫn ảnh hưởng tới các tư tưởng pháp lý ở Việt Nam hiện nay. Do vậy, nguyên tắc không chống lại đạo đức trong việc áp dụng tập quán lại càng có vai trò quan trọng.

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

và văn hóa”²⁷

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

Khi nghiên cứu văn hóa tổng quát, người ta thường bao gồm trong đó cả các phong tục. Theo Phan Kế Bính, mỗi nước có một phong tục riêng, và có thể hiểu phong tục là thói quen của một cộng đồng dân tộc.²⁸ Phong tục là một khái niệm rộng

(Xem tiếp trang 67)

²⁷ Hoàng Thị Kim Quế, “Văn hóa pháp luật và đạo đức”, *Văn hóa pháp luật - những vấn đề lý luận cơ bản và ứng dụng chuyên ngành*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, 2011, tr. 79.

²⁸ Phan Kế Bính, *Việt Nam phong tục*, Nxb. Văn hóa - Thông tin, 2005, tr. 7.

²⁶ Ngô Huy Cương, *Luật so sánh*, Bài giảng điện tử.

thâm quyền đối với giao dịch chuyển nhượng BĐS và hoạt động kinh doanh BĐS. Quy định rõ và tăng cường trách nhiệm, quyền hạn của các Bộ, ngành, các cấp chính quyền trong việc kiểm tra, giám sát, theo dõi “*sát sao*” các hoạt động kinh doanh BĐS, giao dịch BĐS: Quy định cụ thể việc đăng ký tiến độ đầu tư và theo dõi tiến độ thi công từng dự án BĐS; giám sát chặt chẽ việc doanh nghiệp trong việc huy động vốn đầu tư dự án BĐS là vốn góp của các tổ chức, cá nhân về điều kiện huy động,

mức huy động, thời điểm huy động và việc sử dụng vốn góp cho đầu tư dự án; kiểm tra các hợp đồng chuyển nhượng BĐS theo mẫu được ký kết giữa doanh nghiệp và khách hàng mua BĐS để bảo vệ quyền lợi về vốn cho khách hàng. Xử lý nghiêm các trường hợp doanh nghiệp vi phạm pháp luật trong kinh doanh BĐS như chậm trễ thi công dự án, đầu cơ đất đai; lừa đảo xâm phạm lợi ích của khách hàng nhận chuyển nhượng BĐS.

(Tiếp theo trang 54 - Vai trò của tập quán...)

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

Tuy nhiên, phải thấy trật tự công cộng, đạo đức và thuần phong mỹ tục là các khái niệm trừu tượng, khó xác định nội hàm và

không rõ ràng về nội dung. Pháp luật không thể đưa ra định nghĩa cụ thể về các khái niệm này. Thế nhưng chúng lại thường xuyên được nhắc đến trong việc xây dựng và thi hành pháp luật. Bởi vậy các nền tài phán thường giải thích các khái niệm này trong các hoàn cảnh tranh chấp cụ thể.

Các nước thường qui định các điều kiện để áp dụng tập quán. Chẳng hạn, ở nước Anh việc xác định một qui tắc tập quán được áp dụng phải thỏa mãn các điều kiện như: (1) Không được bắt hợp lý; (2) Phải chắc chắn; và (3) Đã tồn tại từ xa xưa²⁹. Sự bắt hợp lý ở đây được giải thích liên quan tới trật tự công cộng và đạo đức.

Tập quán cần được áp dụng để giải quyết các tranh chấp. Song việc áp dụng tập quán khó khăn và phức tạp hơn nhiều so với áp dụng luật thành văn. Vì vậy, bất luận trong trường hợp nào đều không thể xa rời các nguyên tắc nền tảng nói trên.

²⁹ Ngô Huy Cương, Cụ thể hóa quan điểm về tập quán pháp theo Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 3+4 (164+165), tháng 2/2010.