

LỜI MỞ ĐẦU

Luật hợp đồng là nơi chứa đựng nhiều kỹ thuật pháp lý nhất trong khoa học pháp lý. Do đó việc học tập và nghiên cứu luật hợp đồng thực sự hữu ích cho việc phát triển tư duy pháp lý.

Hợp đồng là một phương tiện quan trọng để tạo lập nên đời sống của con người, giúp con người đáp ứng các nhu cầu vật chất và tinh thần của mình thông qua việc trao đổi các sản phẩm, dịch vụ và các lợi ích khác. Nó là một phương thức quan trọng để tổ chức đời sống chung và thúc đẩy kinh tế, xã hội phát triển. Vì vậy các qui định về hợp đồng luôn luôn chiếm đa phần trong các đạo luật thuộc lĩnh vực luật tư.

Đất nước ta đã trải qua nhiều truyền thống pháp luật trong suốt chiều dài lịch sử. Có thể chưa có một sự chấp nối và tinh lọc thật sự giữa các truyền thống pháp luật này hoặc chưa có sự lựa chọn tinh tế và khoa học giữa các truyền thống pháp luật đó, nên luật hợp đồng của Việt Nam hiện nay thiếu tính kế thừa và thiếu đồng bộ. Trước khi thực dân Pháp chiếm đóng, ở Việt Nam chưa phát triển lĩnh vực pháp luật hợp đồng. Các qui tắc liên quan tới hợp đồng thường dưới dạng các điều cấm theo truyền thống pháp luật Viễn Đông. Khi người Pháp xâm chiếm Việt Nam, pháp luật của Pháp theo đó mà xâm nhập. Luật hợp đồng được pháp điển hóa theo truyền thống Civil Law. Tới khi thống nhất đất nước, pháp luật hợp đồng của Việt Nam được pháp điển hóa theo truyền thống Sovietique Law. Hiện nay luật hợp đồng Việt Nam được thể hiện qua nhiều đạo luật. Những các đạo luật này chưa có một luận thuyết chung thống nhất, do đó có sự mâu thuẫn, chồng chéo gây khó khăn cho việc thi hành. Hơn nữa pháp luật hợp đồng của Việt Nam hiện nay thiếu nhiều qui định cụ thể và cũng thiếu nhiều qui tắc có tính cách tổng quát, nên gây khó khăn không nhỏ cho thực tiễn tư pháp, trong khi các quan hệ xã hội đang ngày càng phát triển theo định hướng kinh tế thị trường, hội nhập quốc tế và công nghiệp hóa, hiện đại hóa.

Suy ngẫm từ các vấn đề đó, giáo trình này hướng tới xây dựng một tư duy pháp lý có tính cách nền tảng cho người học để trên cơ sở đó góp phần xây dựng và hoàn thiện pháp luật về hợp đồng, và cải cách tư pháp ở Việt Nam.

Vì giáo trình này sử dụng cho đào tạo sau đại học chuyên ngành luật dân sự và chuyên ngành luật kinh tế, do đó không cung cấp các kiến thức thông thường mà tập trung vào việc cung cấp các kiến thức chuyên sâu, đặc biệt giới thiệu cách thức tiếp cận nghiên cứu và phương pháp nghiên cứu, đồng thời gợi mở cho người học các hướng nghiên cứu cụ thể. Giáo trình giúp cho người học có cái nhìn đa chiều và thấy được bức tranh toàn cảnh của luật hợp đồng nói chung từ quá khứ cho tới hiện tại và phần nào mừng tượng được bức tranh đó trong tương lai.

Tác giả của giáo trình này rất mong người đọc góp ý, phê bình để giáo trình được hoàn thiện hơn.

Hà Nội, ngày 01 tháng 07 năm 2013

Chương 1

KHÁI NIỆM HỢP ĐỒNG

Mục 1.1

Vai trò và ý nghĩa của hợp đồng

Nói không quá, nhìn từ góc độ pháp lý, cuộc sống của con người trong xã hội được tạo lập nên bởi các hợp đồng. Sắm đồ vật, mua dịch vụ, vay tiền, thuê nhân công, thuê tài chính, nhập lớp học, kết hôn, tham gia vào một hội hay thành lập công ty... đều được xem là hợp đồng. Thậm chí Hiến pháp cũng được coi như hợp đồng bởi nó là sự thống nhất ý chí của toàn dân tạo lập nên một cộng đồng chính trị nhất định (tuy nhiên hậu quả của nó có nhiều điểm khác biệt).

Trong cuộc sống hàng ngày, hợp đồng là một phương tiện quan trọng giúp con người thỏa mãn các nhu cầu sinh hoạt. Có nhận định đúng đắn rằng: “Việc phân phối hầu như tất cả các nhu cầu thiết yếu của con người đều dựa trên cơ sở của hợp đồng mua bán”, và “việc liên kết và sử dụng sức lao động không thể thực hiện được nếu không có sự đồng ý của các bên, nghĩa là không có hợp đồng thuê lao động”¹. Trong lĩnh vực kinh doanh, rõ ràng tất cả các toan tính làm ăn rất cuộc đều được thể hiện dưới dạng hợp đồng. Nói cách khác, hợp đồng là phương tiện để biến các dự định hoặc kế hoạch kinh doanh trở thành hiện thực. Một người có một ý tưởng kinh doanh, muốn biến nó thành hiện thực, trước hết cần phải nghiên cứu tính khả thi, sau đó phải tập hợp nhân, vật, tài lực cho việc thực hiện và lo đầu ra cho sản phẩm hay dịch vụ... Để làm được những việc đó, chủ nhân của ý tưởng có thể phải nhờ cậy tới hay tham dự vào rất nhiều hợp đồng như: thuê luật sư, thuê chuyên gia nghiên cứu, vay tiền, mua sắm tài sản, thuê trụ sở, thuê nhân công, tiếp thị, thiết lập các đại lý... Bởi vậy “Người ta thường nói rằng luật hợp đồng là nền tảng của luật kinh doanh và tìm hiểu luật hợp đồng là thiết yếu đối với những

¹ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 341

người mong muốn tiến hành kinh doanh”². Nhiều luật gia Australia khi nghiên cứu về lịch sử của pháp luật mua bán hàng hóa có nhận định: Tổ chức kinh doanh hiện đại đã được mô tả như “một mớ hợp đồng” (a bundle of contracts), và sản xuất và tiếp thị hàng hóa được tiến hành bởi các hợp đồng kế tiếp nhau³. Vậy có thể hiểu hợp đồng có vị trí quan trọng vô cùng trong kinh doanh ở các nước có nền kinh tế thị trường.

Nói đơn giản, kinh doanh luôn nhằm mục đích làm tăng trưởng khối tài sản của thương nhân. Do đó họ luôn luôn phải tính toán nhằm sử dụng số tài sản hiện có hoặc vay mượn một cách hiệu quả để kiếm lời. Đối với thương nhân, mọi tài sản đều cần thiết và quý giá, nhưng vì mục tiêu về một khối tài sản lớn hơn, nên có một số tài sản cụ thể cần phải được đưa ra để đầu tư hoặc chuyển dịch... Điều này khác hẳn với quan niệm: “Hợp đồng giải phóng các chủ thể khỏi các của cải không cần thiết đối với mình để đổi lấy tiền hoặc các của cải cần thiết cho mình”⁴. Qui kết được trích dẫn này có thể chỉ phù hợp với một nền kinh tế trao đổi sản phẩm trực tiếp hoặc trong một số trường hợp như bán phế liệu...?

Nhìn rộng hơn trên bình diện xã hội, con người cần phải biết hợp tác, chia sẻ và kiểm chế. Một trong những phương thức quan trọng để thực hiện sự hợp tác, chia sẻ và kiểm chế chính là hợp đồng. Vì vậy có thể nói hợp đồng là một phương thức tổ chức đời sống xã hội. Khi các bên giao kết hợp đồng, có nghĩa là họ đã mong muốn cùng nhau hợp tác để đáp ứng cho các nhu cầu của chính mình, cùng nhau chia sẻ các lợi ích, và cùng nhau kiểm chế không xâm phạm vào các lợi ích của nhau, của xã hội. Hợp đồng cho phép con người gánh chịu những trách nhiệm và sự tận tụy trên cơ sở có đi có lại, đưa ra lời hứa mà người khác có thể tin tưởng,

² Daniel Khoury, Yvonne S Yamouni, *Understanding contract law*, Butterworths, Sydney, Adelaide, Brisbane, Caberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989, p. 8

³ J. E. Smyth, D. A. Soberman, J. H. Telfer, R. Johanson, *Australian business law*, Prentice- Hall of Australia Pty. Ltd., Australia, 1980, p. 191

⁴ Học viện Tư pháp, *Giáo trình luật dân sự*, Nxb Công an Nhân dân, 2007, tr. 346

loại bỏ một số thứ không chắc chắn, và tạo lập những ước vọng hợp lý cho các công việc trong tương lai⁵.

Ở phạm vi quan hệ quốc tế, hợp đồng góp phần vào việc giữ gìn một nền hòa bình và ổn định, bởi xét cho cùng các điều ước hay thoả ước quốc tế có bản chất hợp đồng.

Còn trong khoa học pháp lý, từ thời cổ đại Gaius đã nhận định “Phạm nghĩa vụ đều do các khế ước hay các dân sự phạm phát sinh ra”⁶. Kế thừa sự đúng đắn này, ngày nay Bộ luật Dân sự 1808 của Tiểu bang Louisiana (Hoa Kỳ) định nghĩa: “Hợp đồng là một sự thoả thuận của hai hoặc nhiều người mà theo đó nghĩa vụ được tạo lập, sửa đổi hoặc huỷ bỏ”. Bộ luật Dân sự Đức 1900 qui định: “ Nhằm tạo lập nghĩa vụ bởi giao dịch pháp lý, và nhằm sửa đổi căn bản một nghĩa vụ, thì hợp đồng giữa các bên là cần thiết, trừ khi pháp luật qui định khác” (Điều 305). Điều đó có nghĩa là hợp đồng là một nguồn gốc quan trọng của nghĩa vụ, mà có thể hiểu: chính nó- nghĩa vụ, là một trọng đề của pháp luật, là một chế định (hay tiểu phân ngành luật) đứng ở vị trí trung tâm của luật tư. Các ngành luật khác ít hay nhiều đều có sự vay mượn các kỹ thuật pháp lý có được từ việc nghiên cứu hợp đồng. Nhấn mạnh hơn tới ý nghĩa pháp lý của hợp đồng, Boris Starck định nghĩa hợp đồng là sự thống nhất ý chí nhằm xác lập các nghĩa vụ hay chuyển giao các quyền sản nghiệp (như các quyền đối vật, quyền đối nhân hay quyền sở hữu trí tuệ hay các quyền vô hình khác) từ người này sang người khác⁷.

Có lẽ vì thế các luật gia trước hết phải có những tri thức căn bản và hệ thống về luật hợp đồng. Các thương nhân, cũng như các nhà kinh tế học cũng cần phải có tri thức về hợp đồng ở mức độ nhất định, bởi “hợp đồng là một bộ phận cấu thành của nền kinh tế thị trường”⁸. Để có được những thứ đó, đầu tiên cần phải nghiên cứu hợp đồng là gì. Tuy nhiên việc nghiên cứu khái niệm hợp đồng

⁵ Edward Younkins, *Freedom to contract*, Liberty Free Press, June 15, 2000, [<http://www.quebecoislibre.org/younkins25.html>], 2/2/2008

⁶ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 53

⁷ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p. 3

⁸ Edward Younkins, *Freedom to contract*, Liberty Free Press, June 15, 2000, [<http://www.quebecoislibre.org/younkins25.html>], 2/2/2008

nói riêng và việc nghiên cứu hợp đồng nói chung đối với trình độ sau đại học là một công việc nằm ngoài khuôn khổ của việc mô tả các qui định của pháp luật, mà việc mô tả này người ta thường thấy trong các giáo trình dành cho đào tạo cử nhân luật học.

Mục 1.2

Định nghĩa hợp đồng

Hợp đồng có những tên gọi khác như thỏa thuận, khế ước, giao kèo, thỏa ước, ước định, hiệp ước mặc dù rất gần gũi, thiết yếu và quen thuộc với tất cả mọi người, nhưng khi hỏi nó là gì thì không phải ai cũng có thể định nghĩa được về nó. Thậm chí các luật gia cũng có những định nghĩa khác nhau. Tuy nhiên tất cả các định nghĩa đó đều có chung một hạt nhân hợp lý.

Trong “Deluxe Black’s Law Dictionary” (cuốn từ điển pháp luật nổi tiếng của Hoa Kỳ) đưa ra hai định nghĩa khác nhau về hợp đồng. *Định nghĩa thứ nhất*: “Hợp đồng là một sự thỏa thuận giữa hai hoặc nhiều người mà tạo lập nên một nghĩa vụ làm hoặc không làm một việc cụ thể”. *Định nghĩa thứ hai*: “Hợp đồng là một sự hứa hẹn hoặc một tập hợp sự hứa hẹn mà đối với việc vi phạm nó, pháp luật đưa ra một chế tài, hoặc đối với sự thực hiện nó, pháp luật, trong một số phương diện, thừa nhận như là một trách nhiệm”⁹.

Bộ luật Dân sự Québec (Canada) 1994 định nghĩa: “Hợp đồng là một sự thỏa thuận của các ý chí mà bởi nó một hoặc một số người tự ràng buộc mình với một hoặc một số người khác để thực hiện một cam kết” (Điều 1378).

Theo Bộ luật Dân sự Pháp 1804, “Hợp đồng là sự thỏa thuận theo đó một hoặc nhiều người cam kết với một hoặc nhiều người khác chuyển giao một vật, làm hoặc không làm một việc nào đó” (Điều 1101). Với cách thức này, các Bộ luật Dân sự cũ của Việt Nam như Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 và Bộ luật Dân sự

⁹ *Deluxe Black’s Law Dictionary*, West Publishing Co, 1990

Trung Kỳ 1936 cũng có các định nghĩa tương tự tại Điều thứ 644 và Điều thứ 680 tương ứng¹⁰.

Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 cho rằng: “Hợp đồng được thừa nhận như một sự thoả thuận được giao kết bởi hai hoặc nhiều người về việc phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt các quyền và nghĩa vụ dân sự” (Điều 420, khoản 1).

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 định nghĩa: “Hợp đồng dân sự là sự thoả thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự” (Điều 388). Với định nghĩa này cần phải giải thích thêm, có lẽ (nhưng không chắc chắn¹¹) nhà làm luật Việt Nam đã sử dụng từ “dân sự” theo nghĩa rộng gắn vào trước thuật ngữ “hợp đồng” để chỉ tất cả các loại hợp đồng được điều chỉnh bởi luật tư, mặc dù chỉ riêng thuật ngữ “hợp đồng” đã đủ nói lên điều đó. Bình luận sâu hơn sẽ được đề cập tới ở các chương sau. Tuy nhiên chúng ta cũng có thể dễ dàng nhận thấy sự giống nhau giữa Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 và Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 trong cách thể hiện nhận thức về hợp đồng.

Có lẽ các định nghĩa ngắn nhất về hợp đồng được tìm thấy như sau: (1) Daniel Khoury và Yvonne S Yamouni viết: “Thực chất, hợp đồng là sự thoả thuận mà tòa án cưỡng chế thi hành”¹²; (2) Robert W. Emerson và John W. Hardwick cho rằng: “Hợp đồng là một thoả thuận có thể được thi hành về mặt pháp lý, rõ ràng hoặc ngầm định”¹³; (3) Thuật ngữ hợp đồng còn được hiểu là “một sự trao đổi các lời hứa bị ràng buộc pháp lý hoặc sự thoả thuận giữa các bên mà pháp luật cưỡng chế”¹⁴. Thuật ngữ “hợp đồng” ngày nay người ta có hai cách hiểu khác nhau. Cách hiểu thứ nhất xem “hợp đồng” như một “thỏa ước”, có nghĩa là sự thỏa

¹⁰ Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 định nghĩa: “*Khế ước là một hiệp ước của một người hay nhiều người cam đoan với một hay nhiều người khác để tặng cho, để làm hay không làm cái gì*” (Điều thứ 644, đoạn 2). Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 định nghĩa: “*Khế ước là một hiệp ước của một người hay nhiều người cam đoan với một hay nhiều người khác để chuyển giao, để làm hay không làm cái gì*” (Điều thứ 680, đoạn 2)

¹¹ Đây chỉ là phỏng đoán của tôi vì chưa tìm thấy một tài liệu nào đáng tin cậy để hiểu rõ ý đồ của nhà làm luật Việt Nam khi sử dụng thuật ngữ “hợp đồng dân sự” trong Bộ luật Dân sự 2005

¹² Daniel Khoury, Yvonne S Yamouni, *Understanding contract law*, Butterworths, Sydney, Adelaide, Brisbane, Caberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989, p. 7

¹³ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron’s educational series Inc., USA, 1997, p. 65

¹⁴ Wikipedia, the free encyclopedia, *Contract*, [<http://en.wikipedia.org/wiki/Contracts>], 7/10/2007

thuận. Cách hiểu thứ hai xem “hợp đồng” là một quan hệ pháp luật¹⁵. Tuy nhiên phải hiểu hợp đồng là một căn cứ hay nguồn gốc làm phát sinh ra quan hệ pháp luật hay hậu quả pháp lý. Thuật ngữ hậu quả pháp lý được hiểu là việc làm phát sinh, thay đổi hay chấm dứt một quyền lợi hoặc một quan hệ pháp luật hoặc quyền và nghĩa vụ giữa các bên.

Qua các khảo sát trên có thể thấy các định nghĩa hợp đồng đều thể hiện hai vấn đề lớn: *Thứ nhất*, sự trao đổi và thống nhất giữa các ý chí hay sự thoả thuận; *thứ hai*, việc tạo lập ra một hậu quả pháp lý. Vậy cần phải tìm hiểu hai vấn đề này để hiểu rõ hơn khái niệm hợp đồng.

Rất ngắn gọn, Robert W. Emerson và John W. Hardwick giải thích “Thoả thuận là một sự gặp gỡ của các ý chí”¹⁶. Sự ngắn gọn đó có thể đưa mọi người tới nhận thức rằng các bên trong một quan hệ cụ thể tự ý mình thống nhất với nhau nhằm tới một đối tượng cụ thể. Sự gặp gỡ này được xét tới ở hai thành tố là “đề nghị” và “chấp nhận” mà Chương 7 sẽ đề cập tới. Tại đây tạm thời chấp nhận, sự thoả thuận nếu đáp ứng được các điều kiện của pháp luật có thể tạo ra nghĩa vụ dân sự. Nhưng trước hết sự thoả thuận phải nhằm tới việc tạo ra một hậu quả pháp lý mới có khả năng tạo thành hợp đồng. Cơ quan hợp tác quốc tế Nhật Bản trong khi giảng giải về Bộ luật Dân sự Nhật Bản có đưa ra một giải thích khoa học rằng: “Hợp đồng là một hành vi pháp lý được tạo lập bởi sự thoả thuận dựa trên các tuyên bố ý chí tương hợp của nhiều bên mà có mục đích làm phát sinh ra một quan hệ trái vụ”¹⁷. Giải thích này cho thấy hợp đồng ít nhất có hai bên chủ động cùng nhau tạo lập một quan hệ nghĩa vụ pháp lý cụ thể. Vấn đề này sẽ được bàn luận thêm ở các chương sau. Nếu phân tích hợp đồng từ các lời hứa hay sự cam kết, thì hợp đồng có thể được xem là một phương thức mà theo đó người này thương lượng với người khác để có thể tạo ra sự bảo đảm rằng những lời hứa hay cam kết của họ có đời sống dài hơn so với những trạng thái dễ thay đổi trong suy nghĩ của

¹⁵ Quỹ pháp luật Châu Âu lục địa, *Các thuật ngữ hợp đồng thông dụng*, Nxb Từ điển bách khoa, tr. 24

¹⁶ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, p. 65

¹⁷ Japan International Cooperation Agency (JICA), *Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998)*, Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt, p. 184

họ¹⁸. Điều này tức là khi đã cam kết thực sự và mong muốn tạo lập ra một hậu quả pháp lý thực sự, những người cam kết bị ràng buộc vào cam kết của mình (trừ một số trường hợp đặc biệt) mà pháp luật gọi đó là nghĩa vụ.

Người La Mã cổ đại đã phân chia nghĩa vụ (quan hệ đối nhân) thành các loại: Nghĩa vụ đạo đức, nghĩa vụ tự nhiên và nghĩa vụ dân sự¹⁹. Nghĩa vụ tự nhiên không có tổ quyền trước toà án. Phỏng theo quan niệm này, Bộ luật Dân sự Bắc kỳ 1931 qui định:

“**Điều thứ 641.**- Nghĩa- vụ là mối liên- lạc về luật thực- tế hay luật thiên- nhiên, bó- buộc một hay nhiều người phải làm hay đừng làm sự gì đối với một hay nhiều người nào đó.

Người bị bó- buộc vào nghĩa- vụ gọi là người mắc nợ, người được hưởng nghĩa- vụ gọi là người chủ nợ.

Điều thứ 462- Nghĩa- vụ về luật thực- tế là những nghĩa- vụ mà có thể dùng các cách về luật- pháp và quan- pháp, nhất là cách tố- tụng trước toà án để bắt người mắc nợ phải thi- hành.

Nghĩa- vụ về luật thiên- nhiên thì không thể tố- tụng trước toà án được.

Luật- pháp không can- thiệp vào sự thi- hành các nghĩa- vụ về luân- lý cùng về tôn- giáo”.

Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 (Hoàng Việt Trung Kỳ Hộ Luật) cũng có các qui định tương tự tại Điều thứ 676 và Điều thứ 678. Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ cũng qui định tương tự như vậy tại các Điều thứ 650 và Điều thứ 651.

Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 qui định:

“**Điều thứ 676.** Nghĩa vụ là cái dây liên lạc về luật thực tế hay luật thiên nhiên, bó buộc một hay nhiều người phải làm hay đừng làm sự gì đối với một hay nhiều người nào đó.

¹⁸ Edward Younkins, *Freedom to contract*, Liberty Free Press, June 15, 2000, [<http://www.quebecoislibre.org/younkins25.html>], 2/2/2008

¹⁹ Vấn đề phân loại nghĩa vụ sẽ được đề cập tới cụ thể ở Chương 3

Người bị bó buộc vào nghĩa vụ gọi là người mắc nợ, người được hưởng lợi về nghĩa vụ gọi là người chủ nợ.

Điều thứ 678. Nghĩa vụ về luật thực tế là những nghĩa vụ mà có thể dùng các cách về luật pháp và quan lệnh như là các cách tổ tụng trước toà án để bắt người mắc nợ phải thi hành.

Nghĩa vụ về luật thiên nhiên thì không thể tổ tụng trước toà án được.

Luật pháp không can thiệp vào sự thi hành các nghĩa vụ về luân lý cùng về tôn giáo”.

Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ qui định:

“**Điều thứ 650.** Nghĩa vụ là sự liên lạc thuộc về luật thực tại buộc một hay nhiều người phải làm một việc gì hay không được làm một việc gì đó để làm lợi cho một người hay nhiều người khác.

Người bị bó buộc là người mắc nợ hay trái hộ; người được hưởng là chủ nợ hay trái chủ.

Điều thứ 651. Nghĩa vụ thuộc luật thực tại có thể cưỡng bách thi hành bằng một tố quyền; nghĩa vụ thuộc luật thiên nhiên là những nghĩa vụ không thể cưỡng bách thi hành”.

Các khảo sát này cho thấy, người Việt Nam trước đây, khi đã tách khỏi hệ thống pháp luật Viễn Đông, cũng quan niệm về nghĩa vụ giống với quan niệm của Họ pháp luật La Mã- Đức có nguồn gốc từ Luật La Mã. Quan niệm về nghĩa vụ hiện nay ở Việt Nam được thể hiện trong luật thực định, cũng như trong lý thuyết, nhìn một cách tổng quát, không khác biệt nhiều với các quan niệm nói trên.

Lý thuyết về nghĩa vụ tự nhiên được người La Mã cổ đại xây dựng trên căn bản sự thi hành các khế ước do nô lệ thiết lập. Về sau nghĩa vụ này được hiểu rộng ra, chẳng hạn trong trường hợp con nợ vì thua bạc đã tự ý trả nợ, thì không thể đòi lại bởi đã thi hành một nghĩa vụ tự nhiên; còn nếu con nợ thua bạc không trả nợ, thì chủ nợ không thể kiện đòi bởi không phải là trái quyền dân sự²⁰. Giải thích về

²⁰ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 47- 48

nghĩa vụ tự nhiên có ba quan điểm khác nhau. Quan điểm khách quan lập luận việc xác lập hay chấm dứt nghĩa vụ này không ảnh hưởng gì tới trật tự công cộng. Quan điểm chủ quan cho rằng nó mang tính đạo đức, ràng buộc về mặt tinh thần, nhưng không được thừa nhận về mặt pháp lý. Có quan điểm khác nhìn nhận nó là một nghĩa vụ pháp lý khiếm khuyết, có yếu tố nghĩa vụ thực hiện, nhưng thiếu yếu tố quyền thực hiện²¹.

Khác với loại nghĩa vụ này, nghĩa vụ dân sự được phát sinh từ hai nguồn gốc (căn cứ) là hành vi pháp lý (juridical acts) hoặc sự kiện pháp lý²² (juridical facts). Hành vi pháp lý²³ ngày nay được chia thành hai loại là hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương. Sự kiện pháp lý bao gồm các sự kiện, hoặc tự nguyện (như vi phạm) hoặc không tự nguyện (như chuẩn vi phạm hay gần như vi phạm), hoặc hợp pháp (như chuẩn hợp đồng hay gần như hợp đồng) hoặc bất hợp pháp (như vi phạm hoặc chuẩn vi phạm) mà hậu quả pháp lý cụ thể của chúng được xác định không phải bởi các bên mà bởi pháp luật. Ở đây cần lưu ý, tự nguyện trong sự kiện pháp lý chỉ là tự nguyện đối với hậu quả thiệt hại, chứ không tự nguyện đối với hậu quả pháp lý. Ngược lại với sự kiện pháp lý (việc làm phát sinh ra hậu quả pháp lý ngoài ý chí của đương sự), hành vi pháp lý bao gồm một tập hợp hoàn cảnh mà ý chí được bộc lộ ra bên ngoài của một bên hoặc các bên như nguồn gốc của nghĩa vụ²⁴.

Hành vi pháp lý là một sự thể hiện ý chí nhằm làm phát sinh ra một hậu quả pháp lý, có nghĩa là làm phát sinh, thay đổi hay chấm dứt một quyền lợi. Sự thể hiện ý chí có thể là đơn phương (như lập di chúc, thiết lập một công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, đơn phương chấm dứt một hợp đồng, đề nghị giao ết hợp

²¹ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 12- 13

²² **Lưu ý:** Thuật ngữ hành vi pháp lý và sự kiện pháp lý mà thế giới sử dụng trong nghiên cứu dân luật không đồng nghĩa với hành vi pháp lý và sự kiện pháp lý được nói tới trong lý luận chung về nhà nước và pháp luật của Việt Nam

²³ Bộ luật Dân sự 2005 của Việt Nam gọi hành vi pháp lý là giao dịch dân sự và qui định tại Điều 121 như sau: “*Giao dịch dân sự là hợp đồng hoặc hành vi pháp lý đơn phương làm phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự*”

²⁴ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 384

đồng, xác nhận lại một hợp đồng vô hiệu, nhận một đứa con ngoài giá thú...), hoặc có thể là đa phương, hay còn gọi là sự thống nhất ý chí, có nghĩa là sự thoả thuận, mà sự thoả thuận có mục đích xác lập, thay đổi hay chấm dứt quyền lợi được gọi là hợp đồng. Vậy hợp đồng thường được định nghĩa là sự thoả thuận giữa hai hay nhiều người nhằm xác lập, thay đổi hay chấm dứt quyền lợi (có nghĩa là nhằm làm phát sinh, thay đổi hay chấm dứt quan hệ pháp luật hoặc quyền và nghĩa vụ giữa các bên).

Hợp đồng thực sự là luật giữa các bên trong một quan hệ hợp đồng cụ thể. Christian Atias diễn giải nguyên lý này theo một cách khác:

“Hợp đồng là nguyên tắc pháp lý có đủ khả năng bắt buộc một người nào đó, theo giả thuyết, có năng lực tự định ra cách xử sự. Khi hợp đồng thì các bên thu hẹp quyền tự do của mình lại; họ cam kết làm, không làm một việc gì đó, hoặc chuyển giao quyền sở hữu một tài sản và tự cấm việc xoá bỏ lời giao ước mà không bị trừng phạt”²⁵.

Các vấn đề này diễn giải về ý chí giao kết hợp đồng. Khi giao kết hợp đồng, các bên biểu lộ và thống nhất ý chí về một đối tượng cụ thể nào đó. Mặc dù trong sự thoả thuận đó, có thể họ không bày tỏ rõ các qui tắc xử sự, không tuyên bố thu hẹp quyền tự do của mình cho lợi ích của người khác, hoặc không tuyên bố tự cấm mình vi phạm hay tự cấm mình phớt lờ lời hứa hoặc cam kết, hay tuyên bố chịu chế tài khi vi phạm hoặc phớt lờ lời hứa đó, nhưng với nhận thức của một con người bình thường ai ai cũng nhận thấy cần phải tôn trọng lời hứa, nên phải xử sự thích hợp với lời hứa của mình, và khi vi phạm cam kết hay lời hứa, thì việc phải gánh chịu một chế tài là hợp lẽ phải và thích đáng. Điều đó có nghĩa là khi giao kết hợp đồng, các bên đã ngầm chấp nhận những lẽ thông thường đó. Có thể các lẽ thông thường này được ghi nhận trong pháp luật hoặc trong tập quán. Lưu ý rằng pháp luật hay tập quán đúng đắn đều phải xuất phát từ những lẽ thông thường hay những nguyên lý tương tự như những lẽ thông thường đã nói. Có thể lỗi được suy

²⁵ Christian Atias, *Luật dân sự*, Nguyễn Thu Hồng dịch từ tiếng Pháp, Nxb Thế giới, 1993, tr. 112

đoán ra từ “reasonable man” thuộc Common Law có điểm xuất phát giống như vậy.

Bộ luật Dân sự Pháp 1804 đã thể hiện các tư tưởng trên trong các qui định:

“Điều 1134:

Hợp đồng giao kết hợp pháp có giá trị như luật đối với các bên giao kết.

Hợp đồng chỉ có thể huỷ bỏ theo thoả thuận chung hoặc theo những căn cứ do pháp luật qui định.

Hợp đồng phải được thi hành một cách thiện chí.

Điều 1135:

Hợp đồng có tính chất bắt buộc không chỉ về những gì đã được nói rõ, mà còn cả về những hậu quả mà sự công bằng, thông lệ hoặc pháp luật coi là thuộc về nghĩa vụ theo bản chất của nó”.

Việc tìm hiểu quan niệm được thể hiện qua Bộ luật Dân sự Pháp 1804 có ý nghĩa quan trọng trong việc hiểu biết một hình mẫu pháp luật dân sự mà gây được nhiều sự chú ý từ trước tới nay trên thế giới, và rất có ích cho việc cải cách pháp luật dân sự ở Việt Nam, bên cạnh đó còn giúp cho chúng ta hiểu sâu sắc hơn về lịch sử pháp luật Việt Nam trước khi thống nhất đất nước.

Trong một công trình nghiên cứu so sánh các nguyên tắc của luật hợp đồng của một số nước Châu Á, một học giả Pháp có kinh nghiệm về pháp luật Châu Á cho rằng: Nguyên tắc chủ đạo của pháp luật Việt Nam là tự do hợp đồng được thể hiện tại Điều 389, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 rằng “Tự do giao kết hợp đồng nhưng không được trái pháp luật và đạo đức xã hội” thể hiện quan điểm giống với quan điểm của pháp luật Pháp về tự do giao kết hợp đồng; tuy nhiên điều kiện “không được trái pháp luật và đạo đức xã hội” có thể tương ứng với khái niệm “trật tự công cộng và thuần phong mỹ tục” trong pháp luật của Pháp²⁶. Qua sự so sánh như vậy có thể thấy sự ảnh hưởng lẫn nhau giữa các hệ thống pháp luật, và những gì là sự khác biệt trong hệ thống pháp luật của Việt Nam so với các hệ

²⁶ Roland Amoussou- Guénou, “Triển vọng phát triển các nguyên tắc pháp luật hợp đồng Asean (hoặc Châu Á)”, *Hội thảo hợp đồng thương mại quốc tế- Tham luận*, Hội thảo do Nhà pháp luật Việt- Pháp tổ chức tại Hà Nội từ ngày 13- 14 tháng 12 năm 2004, tr. 10

thống pháp luật khác để nghiên cứu và giải thích sự khác biệt đó là sự hợp lý do nhà làm luật chủ động lựa chọn một cách có ý thức. Tuy nhiên phải nói thêm rằng cách thức viện dẫn các qui định của luật thực định để đánh giá các giải pháp được các quốc gia lựa chọn là chưa đầy đủ. Để đánh giá được một cách đầy đủ cần phải phân tích được các hoàn cảnh liên hệ hay sử dụng một cách đầy đủ các phương pháp và đáp ứng đầy đủ các điều kiện của luật so sánh.

Chương 2

TỰ DO Ý CHÍ- CƠ SỞ TRIẾT HỌC CỦA HỢP ĐỒNG

Mục 2.1

Khái niệm và nội dung của tự do ý chí

Trải qua gần 10 năm thi hành, Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 đã bộc lộ nhiều khiếm khuyết. Một trong những khiếm khuyết lớn nhất có tính tư tưởng hay tính triết lý của Bộ luật này là chưa thể hiện được đầy đủ, hay nói cách khác, chưa tiếp nhận được đầy đủ học thuyết tự do ý chí. Do đó khi xây dựng Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 thay thế, những người soạn thảo Bộ luật này có quan điểm xuyên suốt là: “Tăng cường quyền tự do hợp đồng thông qua việc các bên được quyết định về đối tác tham gia ký kết hợp đồng, hình thức, nội dung của hợp đồng và trách nhiệm của các bên đối tác khi có vi phạm”²⁷.

Hiểu rằng hợp đồng là một loại giao ước mà có đặc điểm chung là sự thống nhất ý chí. Vậy ý chí có vai trò cực kỳ quan trọng đối với hợp đồng. Nó được xem là cực kỳ quan trọng bởi nó là yếu tố cơ bản, không thể thiếu được để hình thành hợp đồng, từ đó làm phát sinh ra các nghĩa vụ pháp lý²⁸. Không thể nghi ngờ được rằng thương mại không thể phát triển nếu các thoả thuận được lập ra một cách tự do mà không được thi hành một cách bình thường²⁹. Vì vậy dù ở hệ thống pháp luật nào, người ta đều thừa nhận nền tảng của luật hợp đồng là tự do ý chí, có nghĩa tự do ý chí là vấn đề trọng yếu của hợp đồng.

Học thuyết tự do ý chí đã phát triển mạnh mẽ ở Pháp vào Thế kỷ XVIII, theo đó cá nhân chỉ có thể bị ràng buộc bởi ý chí của chính mình được tuyên bố một cách trực tiếp thông qua các hợp đồng hay gián tiếp thông qua pháp luật. Học thuyết này cho rằng pháp luật thể hiện ý chí chung của các cá nhân trong xã hội,

²⁷ Đinh Trung Tụng (Chủ biên), *Bình luận những nội dung mới của Bộ luật Dân sự năm 2005*, Nxb Tư pháp, Hà Nội 2005, tr. 175

²⁸ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p. 3

²⁹ Edward Younkins, *Freedom to contract*, Liberty Free Press, June 15, 2000, [<http://www.quebecoislibre.org/younkins25.html>], 2/2/2008

nên các qui định của pháp luật có giá trị thúc buộc chung mà các cá nhân đã gián tiếp ưng thuận. Học thuyết này nhằm tới mục đích công bằng giữa các cá nhân thông qua tự do thương thuyết, và phát triển kinh tế thông qua tự do cạnh tranh (*laissez faire*),³⁰ có nghĩa là “để cho muốn là gì thì làm”. Tư tưởng này được người ngày nay hiểu rằng, chủ nghĩa tự do kinh tế thời đó là một chế độ tự do không giới hạn mà tại đó sự công bằng là kết quả tự nhiên có được từ luật nghĩa vụ thích hợp được xây dựng trên nền tảng đặt biệt của sự bình đẳng thích hợp. Hệ quả là các lý thuyết về luật tư ở Thế kỷ XIX đều lấy tiền đề từ sự thống trị của quyền tự do cá nhân vô giới hạn³¹. Các tư tưởng từ đó đã ảnh hưởng lớn tới Bộ luật Dân sự Đức 1900. Như vậy cả hai Bộ luật Dân sự (Bộ luật Dân sự Pháp 1804 và Bộ luật Dân sự Đức 1900) mà làm hình mẫu cho các Bộ luật Dân sự khác đều bị ảnh hưởng sâu sắc bởi học thuyết tự do ý chí.

Với Common Law tự do hợp đồng là một học thuyết trung tâm của luật hợp đồng cổ điển. Học thuyết này nở rộ và phát triển đầy đủ vào khoảng nửa cuối Thế kỷ XIX. Tại đây pháp luật được tạo ra bởi các thẩm phán và các học thuyết pháp lý bị ảnh hưởng bởi: (1) Ý tưởng khế ước xã hội từ thời của Locke; (2) Tư tưởng kinh tế cổ điển; và (3) Quan niệm về sự liên kết tự nguyện giữa các chủ thể của quan hệ hợp đồng³². Học thuyết này có nguồn gốc từ Thời đại khai sáng với tư tưởng của Locke được thể hiện trong công trình “Hai luận thuyết về chính quyền” chống lại quyền lực tối thượng thần thánh của các nhà vua. Theo ông xã hội vận hành tốt nhất khi các khế ước xã hội đã được định rõ điều chỉnh hành vi của con người, và là cách thức tốt nhất để bảo vệ đời sống, tự do và tài sản của cá nhân họ mà được gọi là các quyền tự nhiên³³.

³⁰ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 84

³¹ Andreas Abegg and Annemarie Thatcher, “Review essay- Freedom of contract in the 19th Century: Mythology and silence of the sources”, *German Law Journal*, No. 1 (1 January 2004)

³² Lee Boldeman, *The Cult of the Market: Economic Fundamentalism and its Discontents*, [http://epress.anu.edu.au/cotm/mobile_devices/index.html], 2/7/2008

³³ Wikipedia, the free encyclopedia, *Freedom of contract*, [http://en.wikipedia.org/wiki/Freedom_of_contract], 2/2/2008

Các lý thuyết gia về hợp đồng ở thời kỳ cuối Thế kỷ XIX trong một sự nỗ lực đã tiến hành các quá trình trừu tượng hoá, khái quát hoá và hệ thống hoá các vấn đề liên quan tới hợp đồng để xây dựng nên một lý thuyết duy nhất dựa trên các giá trị đạo đức thay thế cho các tín ngưỡng truyền thống có nền tảng là đạo đức đang bị xói mòn. Kết quả là việc xem hợp đồng như luật giữa các cá nhân. Điều đó có nghĩa là họ quan niệm nghĩa vụ hợp đồng phát sinh từ các ý chí của các cá nhân trong một mối quan hệ hợp đồng cụ thể, chứ không phát sinh từ các chế định pháp lý đã được xây dựng có tính lịch sử và xã hội. Theo Lee Boldeman, các tư tưởng này rất giống với các tư tưởng của Locke về tài sản. Nghĩa vụ thực hiện lời hứa là vấn đề trung tâm của luật hợp đồng và cũng là trái tim của luật tự nhiên theo trường phái Locke, nhưng là một luật tự nhiên mà ngày càng làm mất đi nền tảng trừu tượng của nó³⁴.

Ở Hoa Kỳ vụ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) là một dấu mốc quan trọng đánh dấu phán quyết của Toà án Tối cao Hoa Kỳ hướng tới quyền tự do hợp đồng. Đây là một vụ việc gây tranh luận nhiều nhất trong lịch sử của Toà án Tối cao Hoa Kỳ. Nó tạo ra một kỷ nguyên được gọi là kỷ nguyên Lochner. Vào năm 1896, cơ quan lập pháp của Tiểu Bang New York nhất trí ban hành một đạo luật mang tên Bakeshop Act cấm các cá nhân làm việc tại các cửa hàng bánh mì làm việc hơn mười giờ một ngày hoặc hơn sáu mươi giờ một tuần. Năm 1899, Joseph Lochner (người chủ của một cửa hiệu bánh mì ở Unita) bị phạt 25 đô la Mỹ vì sử dụng một người lao động làm quá thời gian qui định nói trên. Lần vi phạm thứ hai vào năm 1901, ông ta bị phạt 50 đô la Mỹ tại Oneida County Court. Sau nhiều lần kháng cáo tại Toà án Tối cao của New York bị thất bại, ông ta đưa vụ việc lên Toà án Tối cao của Hoa Kỳ. Vụ việc này được xét xử trên căn bản “Bổ sung thứ mười bốn” của Hiến pháp Hoa Kỳ với nội dung: “...không một Tiểu bang nào được tước bỏ của bất kỳ người nào đời sống, tự do, hoặc tài sản mà không theo một qui trình pháp luật thích hợp”. Trải qua hàng loạt vụ việc trước đó, Toà

³⁴ Lee Boldeman, *The Cult of the Market: Economic Fundamentalism and its Discontents*, [http://epress.anu.edu.au/cotm/mobile_devices/index.html], 2/7/2008

án Tối cao Hoa Kỳ cho rằng nguyên tắc này không chỉ là một bảo đảm về luật thủ tục, mà còn là một giới hạn về luật vật chất cho các hành xử của chính quyền đối với người dân. Việc giải thích Hiến pháp này của Toà án Tối cao Hoa Kỳ đã in một dấu ấn chắc chắn vào các học thuyết pháp lý ở cuối Thế kỷ XIX. Trong vụ việc của mình, Lochner lập luận rằng quyền tự do hợp đồng là một quyền được bao hàm bởi qui trình thích đáng của luật vật chất. Mặc dù trước đó trong các vụ *Allgeyer v. Louisiana* (1897) và vụ *Holden v. Harly* (1898) Toà án Tối cao Hoa Kỳ đã thừa nhận tự do hợp đồng, nhưng trong vụ *Lochner v. New York* này Toà án Tối cao Hoa Kỳ phải đối diện với vấn đề rằng liệu Bakeshop Act có đưa ra được các hành xử hợp lý của chính quyền hay không. Rốt cuộc Toà án Tối cao Hoa Kỳ đưa ra phán quyết, việc giới hạn thời gian làm việc tại các cửa hiệu bánh mì không tạo nên các hành xử hợp pháp của quyền lực cảnh sát³⁵.

Ngày nay các điều kiện của hợp đồng được giải thích căn bản trên cơ sở học thuyết tự do ý chí. Người ta thừa nhận rằng: ý chí là tự do, và ý chí của các bên là yếu tố duy nhất hình thành hợp đồng và làm phát sinh các hậu quả pháp lý³⁶. Nhưng với sự phát triển của xã hội, vì đời sống chung của cộng đồng, nên tự do ý chí bị hạn chế trên các phương diện như ký kết, không ký kết, và xác lập hay thay đổi nội dung của hợp đồng. Tuy nhiên trong bất kể một công trình nghiên cứu nghiêm túc nào về hợp đồng vấn đề tự do hợp đồng hay tự do ý chí đều được đề cập đến một cách thích đáng. Cũng như vậy các đạo luật hay các bộ pháp điển hóa về hợp đồng đều có các qui định về nguyên tắc tự do hợp đồng hay tự do ý chí.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 định ra nguyên tắc: “Quyền tự do cam kết, thỏa thuận trong việc xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự được pháp luật bảo đảm, nếu cam kết, thỏa thuận đó không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội” (Điều 4). Tiếp đó Bộ luật này qui định cụ thể hơn “Tự do giao kết hợp đồng nhưng không được trái pháp luật, đạo đức xã hội” (Điều 389, khoản 1).

Luật Thương mại Việt Nam 2005 cũng có nguyên tắc:

³⁵ Wikipedia, the free encyclopedia, *Lochner v. New York*, [http://en.wikipedia.org/wiki/Lochner_v._New_York], 2/7/2008

³⁶ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p. 4

“Các bên có quyền tự do thỏa thuận không trái với các qui định của pháp luật, thuần phong mỹ tục và đạo đức xã hội để xác lập quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại. Nhà nước tôn trọng và bảo hộ các quyền đó” (Điều 11, khoản 1).

Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 qui định tại Điều 1.1 rằng: “Các bên được tự do giao kết hợp đồng và thỏa thuận nội dung của hợp đồng”. Cũng như vậy, nhưng có phần thận trọng hơn, Các Nguyên tắc của luật hợp đồng Châu Âu qui định: “Các bên tự do giao kết hợp đồng và xác định nội dung của hợp đồng, phụ thuộc vào các yêu cầu về thiện chí và công bằng, và các qui tắc bắt buộc được thiết lập bởi các Nguyên tắc này” (Điều 1.102).

Qua các qui định này, có thể nhận thấy tự do hợp đồng là một nguyên tắc hết sức quan trọng của luật hợp đồng mà nếu không có nó thì các thỏa thuận sẽ trở nên vô nghĩa vì không một quan hệ nghĩa vụ nào có thể được tạo thành. Tuy nhiên nguyên tắc này bị hạn chế trên một vài phương diện mà sẽ được nghiên cứu ở mục sau của Chương này.

Các học giả thường xem xét tự do ý chí trên ba phương diện: triết học, đạo đức, và kinh tế.

Về mặt triết học, học thuyết tự do ý chí dựa trên nền tảng của tự do cá nhân, có nghĩa là không ai có thể bị ép buộc làm hay không làm một việc gì đó ngoài ý muốn của họ.

Về mặt đạo đức, học thuyết tự do ý chí dựa trên quan niệm rằng không ai có thể bị ép buộc làm hay không làm một công việc mà không xuất phát từ lợi ích của họ. Do vậy, hợp đồng được xem là sản phẩm của ý chí được hình thành từ lợi ích của các bên tham gia giao kết.

Về mặt kinh tế, học thuyết tự do ý chí dựa trên nhận định rằng, lợi ích cá nhân là động lực thúc đẩy các hoạt động kinh tế. Do đó tự do ý chí phải được đề

cao để con người vì lợi ích của mình trong xã hội tự do cạnh tranh mang lại những lợi ích chung³⁷.

“Tự do hợp đồng là một tư tưởng mà theo đó các cá nhân được quyền tự do thỏa thuận giữa họ với nhau về các điều kiện của hợp đồng, không có sự can thiệp của chính quyền. Bất kể những gì khác hơn các qui định tối thiểu và thuế có thể xem là sự vi phạm nguyên tắc. Nó là trụ cột của học thuyết kinh tế tự do (the theory of laissez-faire economics). Các nhà kinh tế học xem xét nó như một lợi ích đối với xã hội bởi làm tăng sự lựa chọn và làm giảm thất nghiệp gây ra bởi các qui định chẳng hạn như tiền lương tối thiểu”³⁸.

Triết lý này được đề xuất bởi Adam Smith và Thomas Hobbes nhằm ủng hộ cho các cá nhân sử dụng xã hội như một công cụ để thủ đắc tài sản. Các ông xem nhà nước thông thường như một phương tiện để đạt mục đích, chứ không phải là “người qui định”, và phản đối sự kiểm chế nhân định đối với ý chí tự do của cá nhân trong việc theo đuổi lợi ích riêng của anh ta. Hobbes đã gọi tự do ý chí là luật tự nhiên tự do (liberal natural law)³⁹.

Học thuyết tự do ý chí đã dẫn đến một hệ quả trước tiên coi hợp đồng là một loại nguồn quan trọng nhất của nghĩa vụ pháp lý. Bởi vậy, hợp đồng có nhiệm vụ bảo đảm sự tự do và ngay thẳng của ý chí của các đương sự. Từ đó pháp luật về hợp đồng phải có các qui định loại bỏ những trường hợp không bảo đảm sự tự do và ngay thẳng của ý chí. Những người giao kết hợp đồng phải chín chắn về suy nghĩ và ở trạng thái minh mẫn bình thường. Các trường hợp giao kết hợp đồng do nhầm lẫn, do lừa dối hay do bạo lực sẽ làm cho hợp đồng vô hiệu. Do đó có thể nói chế định vô hiệu của hợp đồng hoàn toàn không trái với vấn đề tự do ý chí⁴⁰. Tuy nhiên, về sự vô hiệu của hợp đồng cũng được các nhà lập pháp nhìn từ góc độ của trật tự công cộng, có nghĩa là hợp đồng sẽ vô hiệu, nếu chống lại trật tự

³⁷ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p. 4-5

³⁸ Wikipedia, the free encyclopedia, *Freedom of contract*,
[http://en.wikipedia.org/wiki/Freedom_of_contract], 2/2/2008

³⁹ Wikipedia, the free encyclopedia, *Freedom of contract*,
[http://en.wikipedia.org/wiki/Freedom_of_contract], 2/2/2008

⁴⁰ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième Édition, Litec, 1989, p. 6

công cộng. Tuy nhiên nhận thức hay giải thích khái niệm trật tự công cộng cũng có những khác biệt nhất định trong các nền tài phán khác nhau, ở những thời điểm lịch sử khác nhau. Chẳng hạn: Trong Quốc Triều Hình Luật của Việt Nam trước kia, mặc dù đã có những qui định buộc thi hành hợp đồng (có nghĩa là có khuynh hướng tự do ý chí), nhưng cũng đã đưa ra nhiều qui định hạn chế tự do ý chí của các thân dân thể hiện tại Điều 41, Chương Tập luật với qui định “Người Kinh không được cho người Man Liêu vay nợ, trái luật thì xử *biếm* hai tư; số tiền cho vay phải xung công”.

Các qui định như vậy nhằm bảo đảm đời sống chung của cộng đồng, nhưng đôi khi được giải thích theo hai hướng khác nhau. Một khuynh hướng cho rằng sự duy trì các qui định như vậy nhằm hạn chế bớt một phần của tự do cá nhân vì một lợi ích lớn hơn là sự tồn tại và phát triển của xã hội. Một khuynh hướng khác lại lập luận, khái niệm trật tự công cộng được hình thành từ Thế kỷ XIX nhằm bảo đảm tự do cá nhân và sở hữu cá nhân trong trường hợp cần thiết.

Qua các nghiên cứu trên có đi đến nhận định học thuyết tự do ý chí có vai trò quan trọng trong việc hỗ trợ nhằm biến các dự định hoặc kế hoạch trở thành hiện thực- một trong những chức năng quan trọng của pháp luật nói chung, bởi học thuyết này giúp cho các chủ thể hợp đồng ý thức được sự cưỡng chế của toà án đối với các nghĩa vụ hợp đồng, do đó các dự định hay kế hoạch của các chủ thể đã được toan tính trước và thể hiện phần nào đó qua hợp đồng được thực hiện.

Mục 2.2

Những giới hạn và hệ quả của tự do ý chí

Dù sao cũng phải nói, học thuyết tự do ý chí có những nhược điểm nhất định. Nó không thể giải quyết được một cách thoả đáng những mối quan hệ xã hội phức tạp ngày nay khi mà con người sống trong sự phụ thuộc lẫn nhau, khi mà vị thế kinh tế, xã hội của mỗi người không hoàn toàn ngang bằng, khi mà một nền

kinh tế tự do hoàn toàn không thể duy trì được nữa. Chính vì vậy, nhà làm luật phải vào cuộc để đưa ra khá nhiều các qui định có tính chất bắt buộc, dù chúng điều tiết các quan hệ tư, có nghĩa là tự do ý chí bị hạn chế. Theo Boris Starck ngày nay nhiều loại hợp đồng thực chất được nhà làm luật soạn thảo như: hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng lao động, hợp đồng thành lập công ty..., có nghĩa là họ chi tiết hoá các điều kiện của hợp đồng tới mức có thể trong văn bản pháp luật và đòi hỏi sự tuân thủ của các bên giao kết⁴¹. Tỉ lệ những nghĩa vụ phát sinh từ nguồn gốc hợp đồng giảm xuống đáng kể so với những nghĩa vụ phát sinh từ các nguồn gốc khác như hành vi pháp lý đơn phương, vi phạm, nghĩa vụ pháp định. Người ta còn có nhận xét rằng, chủ nghĩa ưng thuận được xây dựng trên nền tảng của tự do ý chí xem sự thống nhất về ý chí là đủ để làm phát sinh nghĩa vụ, không kể tới hình thức của nó, đã phải nhường bước phần nào cho chủ nghĩa coi trọng hình thức. Có thể nói, hình thức văn bản của hợp đồng ngày nay được chú trọng ở Việt Nam, nhất là đối với các hợp đồng liên quan tới quyền sử dụng đất, bất động sản khác, cũng như thành lập công ty. Ngoài ra các hình thức ràng buộc khác cũng thường xuyên được tìm thấy hơn trong các đạo luật tư. Tuy nhiên đây là một vấn đề pháp lý vẫn còn được tranh luận khá sôi nổi không chỉ ở Việt Nam hiện nay, mà còn ở các nước khác trên thế giới.

Thuật ngữ “tự do ý chí” được viết bằng tiếng Anh là “will autonomy” mà trong đó từ “autonomy” có nguồn gốc từ tiếng Hy Lạp cổ đại bao gồm từ “*nomos*” có nghĩa là luật (một người định ra luật cho bản thân anh ta). Vì vậy “autonomy” thường được hiểu là quyền của một người tự điều chỉnh bản thân mình⁴². Thuật ngữ này được sử dụng trong các lĩnh vực đạo đức, triết học, luật học, và chính trị học. Tuy nhiên tự do ngày nay được nhắc tới với những hạn chế nhất định phụ thuộc vào sự tự nguyện của chính chủ thể, vào quyền lực lớn hơn hoặc khả năng thực hiện của chủ thể... Vì vậy tự do không có nghĩa tuyệt đối mà được giải thích phù hợp với hoàn cảnh. Nên hạn chế tự do ý chí cũng có nghĩa tương đối, nhưng là

⁴¹ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p. 9

⁴² Wikipedia, the free encyclopedia, *Autonomy*, [<http://en.wikipedia.org/wiki/Autonomy>], 2/2/2008

một lẽ phải trong nghĩa đối lập với tự do. Dù sao người ta cũng hy vọng ý chí được thể hiện ra một cách tối đa mà pháp luật quy định cho mỗi cá nhân. Song nói rằng ý chí là hoàn toàn độc lập thì điều đó có nghĩa là chúng ta đang sống mà không cần có pháp luật⁴³.

Trong việc phán xử vụ *Lochner v. New York* như trên vừa trình bày không phải tất cả các thẩm phán liên quan đều nhất trí với phán quyết rằng “Qui định của New York về thời gian làm việc của những người làm bánh mì không phải là sự hạn chế chính đáng quyền tự do hợp đồng theo Sửa đổi thứ mười bốn về bảo đảm tự do”. Người đưa ra ý tưởng cho phán quyết này là thẩm phán Rufus Wheeler Peckham. Ý tưởng được ủng hộ bởi các thẩm phán Melville Fuller, David Josiah Brewer, Henry Billings Brown, Joseph McKenna. Những thẩm phán bất đồng quan điểm bao gồm: thẩm phán John Marshall Harlan được ủng hộ bởi các thẩm phán Edward Douglass White và William R. Day. Thẩm phán Oliver Wendell Holmes bất đồng ý kiến theo hướng khác. Phán quyết được đưa ra với một phiếu chênh lệch⁴⁴, tức là không phải ai cũng sẵn sàng cho tự do kiểu đó, kể cả khi đã cân nhắc kỹ lưỡng. Điều đó cũng có thể được hiểu là có những ý tưởng hạn chế tự do ý chí tiềm ẩn ngay cả khi học thuyết này được thừa nhận rộng rãi nhất.

Đi khá xa khỏi trào lưu tự do hợp đồng vô giới hạn ở Thế kỷ XIX, quyền giao kết hợp đồng vẫn được duy trì như một nguyên tắc cơ bản ở Hoa Kỳ hiện nay, nhưng bị bao bọc bởi sự gia tăng các hạn chế do pháp luật qui định đối với tự do hợp đồng. Hai loại hợp đồng bị hạn chế tự do hợp đồng điển hình là hợp đồng lao động bị kiểm soát bởi pháp luật liên bang và pháp luật tiểu bang với các qui định về tiền lương tối thiểu, thời gian và điều kiện làm việc, và bảo hiểm xã hội; và hợp đồng bảo hiểm bị kiểm soát bởi các văn bản pháp luật với các qui định về các điều kiện của hợp đồng⁴⁵.

⁴³ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p. 8

⁴⁴ Wikipedia, the free encyclopedia, *Lochner v. New York*, [http://en.wikipedia.org/wiki/Lochner_v._New_York], 2/7/2008

⁴⁵ John D. Calamari, Joseph M. Perillo, *The Law of Contracts*, Third edition, West Publishing Co., USA, 1987, p. 6

Hạn chế tự do ý chí đồng nghĩa với sự can thiệp của nhà nước vào khu vực quyền lợi tư. Nhưng sự can thiệp này lại là một sự cần thiết trước hết vì đời sống chung của cộng đồng. Chủ nghĩa can thiệp còn được thể hiện trên một bình diện rộng hơn, đó là toàn bộ nền kinh tế. Đầu tiên, nhà lập pháp chỉ quy định việc bảo vệ đối với những người giao kết hợp đồng yếu thế trước các đối tác mạnh hơn họ. Những người làm công được trả lương, các bảo đảm đối với họ với tư cách là một tính chất của trật tự công được pháp luật về lao động quy định; sau đó tất cả mọi người đều được bảo hộ thông qua các hợp đồng đặc thù đối với từng lĩnh vực, chẳng như người thuê, người chủ trang trại, những người đi vay, những người được bảo đảm đối với các thảm họa tự nhiên⁴⁶.

Sự cần thiết hạn chế bớt tự do ý chí có thể được xem xét bởi ba lý do sau: *Lý do thứ nhất* là nhu cầu cân đối giữa lợi ích của cá nhân thông qua ý muốn của họ với lợi ích chung của cộng đồng, bởi (1) một mặt con người cần được tự do để phát triển đầy đủ và toàn diện đúng với mục đích sống của mình; (2) mặt khác cộng đồng cần phải được duy trì và phát triển để trở thành cái nôi nuôi dưỡng thực sự cho các ước vọng chung của con người và của mỗi cá nhân. *Lý do thứ hai* là nhu cầu bảo vệ những người yếu thế trong xã hội hay trong một giao dịch cụ thể. *Lý do thứ ba* là nhu cầu phát triển kinh tế có trật tự và đúng hướng theo sự lựa chọn chung. Tuy nhiên có quan điểm chỉ quan tâm tới lý do lợi ích công cộng trong việc hạn chế quyền tự do giao kết hợp đồng⁴⁷. Đây là một cách nghĩ đơn giản, thiếu thuyết phục về mặt khoa học cũng như về mặt tâm lý của con người.

Hạn chế tự do ý chí được nghiên cứu trên nhiều phương diện. Về phương diện pháp lý, người ta thường nghiên cứu hạn chế tự do ý chí trong vấn đề như tự do giao kết hợp đồng, tự do không giao kết hợp đồng, tự do ấn định nội dung của hợp đồng.

Hạn chế tự do giao kết hợp đồng

⁴⁶ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p. 10

⁴⁷ Phạm Duy Nghĩa, *Chuyên khảo luật kinh tế*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2004, tr. 401

Sự hạn chế này thường được nghiên cứu trong phạm vi của các hành vi pháp lý bao gồm hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương, và thể hiện rõ nét nhất qua chế định hành vi pháp lý vô hiệu. Trong pháp luật Việt Nam hiện nay, các qui định về hành vi pháp lý vô hiệu tập trung tại Chương VI của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Ngoài ra còn nhiều qui định khác nằm rải rác ở các chương khác của Bộ luật này và các văn bản pháp luật khác trong cả lĩnh vực luật công và luật tư.

Sự hạn chế trước tiên được diễn đạt dưới góc độ pháp lý là nhằm bảo vệ trật tự công cộng và đạo đức xã hội. Hiểu rằng linh hồn của pháp luật (giống như các học thuyết về xã hội) luôn luôn và bao giờ cũng có một hạt nhân quan trọng nhất hay một vấn đề duy nhất, suy cho cùng cần phải giải quyết- Đó là mối quan hệ giữa cá nhân và cộng đồng. Có học thuyết quá đề cao cộng đồng. Ngược lại có học thuyết quá đề cao cá nhân. Dù sao cộng đồng và cá nhân cùng phải được tồn tại và phát triển một cách lành mạnh và thích đáng. Vậy người ta cần phải cân đối giữa chúng, tuy nhiên rất khó và không hoàn toàn giống nhau ở mọi nơi, mọi lúc. Mối quan hệ này và sự cân đối này, về mặt hình thức, được thể hiện ở mối quan hệ và sự cân đối giữa nhà nước (đại diện cho cộng đồng) và cá nhân. Các nghiên cứu ở trên cho thấy, học thuyết tự do ý chí có nguồn gốc từ trường phái luật tự nhiên nhằm bảo vệ tự do của cá nhân con người chống lại sự can thiệp của nhà nước. Vậy nói tới sự hạn chế tự do ý chí đồng nghĩa với nói tới việc cân đối giữa cá nhân và cộng đồng. Nhưng sự hạn chế này chỉ chính đáng khi nhà nước (người đại diện cho cộng đồng) có được lý do chính đáng từ phía cộng đồng. Bảo đảm trật tự công cộng và đạo đức xã hội có lẽ là các lý do chính đáng đó.

Pháp luật Việt Nam hiện nay có lẽ nghi ngại thuật ngữ “trật tự công cộng”, có thể bởi tính trừu tượng của nó, nên đã làm cho phức tạp hơn trong việc sử dụng lý do chính đáng này. Điều 389, khoản 1, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định: “Tự do giao kết hợp đồng nhưng không được trái pháp luật và đạo đức xã hội”. Theo Roland Amoussou- Guénou điều kiện “không được trái pháp luật và đạo đức xã hội” trong tự do giao kết hợp đồng của các qui định này có thể tương ứng với

khái niệm “trật tự công cộng và thuần phong mỹ tục” trong pháp luật của Pháp⁴⁸. Có lẽ đó chỉ là cách phê phán bóng bẩy, bởi nhiều khi “trái” hay “khác” với các qui định pháp luật trong lĩnh vực luật tư không có nghĩa chống lại trật tự công cộng.

Điều 6, Bộ luật Dân sự Pháp 1804 qui định: “Không thể, thông qua các giao ước cụ thể, làm trái với pháp luật liên quan tới trật tự công cộng và thuần phong mỹ tục”. Theo cách thức này Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 qui định: “Không ai được lấy tư- ước mà làm trái với pháp- luật thuộc về trật- tự và phong- tục chung” (Điều thứ 10). Trong khi đó Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 lại qui định: “Phàm dân ta giao- ước với nhau sự gì mà làm trái với pháp- luật, với trật- tự hay là với phong- tục đều cho là vô- hiệu” (Điều thứ 10). Các điều luật trích dẫn này có thể được phân làm hai loại khác nhau căn cứ vào nội dung của lý do ngăn cấm. Loại thứ nhất bao gồm các qui định trong Điều 6 của Bộ luật Dân sự Pháp 1804 và các qui định trong Điều thứ 10, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931. Trong loại này hạn chế tự do ý chí chỉ dừng lại ở lý do chống lại trật tự công cộng và thuần phong mỹ tục. Loại thứ hai bao gồm các qui định trong Điều 389, khoản 1, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 và các qui định trong Điều thứ 10, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936. Hai Bộ luật này (trong lời văn) đã mở rộng phạm vi hạn chế tự do ý chí bằng lý do “không cho phép làm trái với pháp luật”. Tuy nhiên Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 có phân loại rõ hơn các lý do hạn chế là “trái pháp luật”, “trái trật tự”, và “trái phong tục”. Còn Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không có sự phân biệt giữa “trái pháp luật” và “trái trật tự công cộng”. Nói cách khác, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không nhắc tới thuật ngữ “trật tự công cộng”. Chưa cần xét đến hoàn cảnh ra đời, có thể thấy lời văn của Điều thứ 10, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 bộc lộ sự bị áp bức, do đó “dân ta” bị hạn chế tối đa các quyền tự do.

Nhìn trong tổng thể, chúng ta thấy những người xây dựng Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chưa có tư tưởng nhất quán trong việc thể hiện nguyên tắc tự do ý

⁴⁸ Roland Amoussou- Guénou, “Triển vọng phát triển các nguyên tắc pháp luật hợp đồng Asean (hoặc Châu Á)”, *Hội thảo hợp đồng thương mại quốc tế- Tham luận*, Hội thảo do Nhà pháp luật Việt- Pháp tổ chức tại Hà Nội từ ngày 13- 14 tháng 12 năm 2004, tr. 10

chí và hạn chế tự do ý chí. Trong khi thu hẹp nguyên tắc tự do ý chí tại Điều 389, khoản 1, thì lại mở rộng tự do ý chí tối đa tại Điều 122, khoản 1⁴⁹ bằng cách thu hẹp tối thiểu lý do hạn chế tự do ý chí. Theo tinh thần của Điều 122, khoản 1 này, chúng ta có thể hiểu nhà làm luật chỉ tuyên bố vô hiệu đối với các giao dịch có “mục đích và nội dung” “vi phạm điều cấm của pháp luật” và “trái đạo đức xã hội”. Lẽ dĩ nhiên pháp luật chỉ cấm khi có khả năng chống lại trật tự công cộng. Điều luật này cho thấy chỉ “mục đích và nội dung” của giao dịch vi phạm điều cấm của pháp luật mới bị tuyên bố vô hiệu, còn các vấn đề khác của giao dịch chống lại điều cấm của pháp luật không thể bị tuyên bố vô hiệu. Điều luật này đã dẫn tới các giải pháp được qui định tại Điều 128 và các điều khoản khác của Bộ luật này. Chúng ta sẽ có dịp bàn lại vấn đề này ở Chương 7 và Chương 8 dưới đây.

Chưa bàn đến sự đúng sai, có thể thấy Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã dễ dàng định nghĩa điều cấm của pháp luật⁵⁰, và người dân dễ dàng biết được các điều cấm bởi các điều cấm thường được qui định một cách minh thị trong các văn bản pháp luật hoặc nếu không được chứa đựng trong các văn bản thì chúng luôn luôn được truyền bá công khai. Nhưng đối với “trật tự công cộng” thì khó có thể đưa ra một định nghĩa và cũng khó có thể nhận biết được một cách rõ ràng. Hội đồng Bảo hiến của Pháp thường nhắc tới trật tự công cộng, song chưa bao giờ định nghĩa nó. Tuy nhiên các giải thích về trật tự công cộng thông qua các phán quyết của Hội đồng Bảo hiến này rất dễ nắm bắt khiến bất cứ ai cũng hiểu mà không cần định nghĩa chính xác⁵¹. Vũ Văn Mẫu cho rằng Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 và Bộ luật Dân sự Pháp 1804 đã thừa nhận ý niệm trật

⁴⁹ Điều 122 qui định:

“1. Giao dịch dân sự có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau đây:

a) Người tham gia giao dịch có năng lực hành vi dân sự;
b) Mục đích và nội dung của giao dịch không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội;
c) Người tham gia giao dịch hoàn toàn tự nguyện.
2. Hình thức giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch trong trường hợp pháp luật có qui định”

⁵⁰ Điều 128, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 định nghĩa: “Điều cấm của pháp luật là những qui định của pháp luật không cho phép chủ thể thực hiện những hành vi nhất định”

⁵¹ Conseil constitutionnel, “The main criteria for restricting human rights in the judicial practice of constitutional law”, *Human Rights and Public Order*, Eighth seminar of constitutional courts, Erevan, 2 to 5 October 2003

tự công cộng và thuần phong mỹ tục mà các khế ước cá nhân cần phải tôn trọng, nhưng nhà làm luật không định nghĩa rõ ý niệm này, do vậy toà án sẽ có nhiệm vụ hoạch định giới hạn của hai ý niệm này tùy theo nhu cầu và tình trạng xã hội. Ông còn nói rõ, nhờ có quan niệm mềm dẻo như vậy án lệ của Pháp đã ngăn cản không để cho sự tự do kết ước của cá nhân xâm phạm tới lợi ích chung. Thực tế án lệ của Pháp có xu hướng mở rộng dần ý niệm trật tự công cộng, ngay cả những qui định liên quan tới tài chính và tín dụng công cộng đều được xem là trật tự công⁵². Các quyết định của Hội đồng Bảo hiến của Pháp có khuynh hướng xem trật tự công cộng như tấm lá chắn bảo vệ một số quyền tự do cơ bản nhất của con người và tuyên bố: “Ngăn chặn các vi phạm trật tự công cộng là cần thiết để bảo vệ các quyền hiến định”⁵³.

Đối với hạn chế tự do giao kết hợp đồng, ngoài vấn đề hạn chế bởi trật tự công cộng và thuần phong mỹ tục, việc hạn chế lựa chọn người giao kết hợp đồng cũng được chú ý nghiên cứu và thể hiện trong luật thực định. Thông thường người ta có quyền tự do lựa chọn người giao kết hợp đồng với mình. Tuy nhiên để bảo vệ người yếu thế hoặc người thứ ba, hoặc bởi các lý do khác, pháp luật có thể qui định ngăn cản việc giao kết hợp đồng với một số người nhất định hoặc phải ưu tiên giao kết hợp đồng với một số người nhất định. Chúng ta thường bắt gặp các qui định này trong các vấn đề pháp lý như ưu tiên mua nhà đang thuê, chuyển nhượng phần vốn góp trong các công ty đối nhân, bảo vệ cổ đông thiểu số hay bảo vệ người ít vốn trong các công ty, thuê mướn người lao động trong các doanh nghiệp cổ phần hoá, vận chuyển hành khách... Tuy nhiên các qui định như vậy ở Việt Nam chưa được chú ý đến một cách thích đáng với một ý tưởng xuyên suốt.

Hạn chế tự do không giao kết hợp đồng

⁵² Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 86

⁵³ Conseil constitutionnel, “The main criteria for restricting human rights in the judicial practice of constitutional law”, *Human Rights and Public Order*, Eighth seminar of constitutional courts, Erevan, 2 to 5 October 2003

Tự do hợp đồng được xem xét ở hai khía cạnh khác nhau của sự lựa chọn của chủ thể. Ở khía cạnh tích cực, chủ thể có quyền lựa chọn người giao kết hợp đồng với mình, và có quyền lựa chọn ấn định hay thay đổi các điều kiện của hợp đồng trong sự thoả thuận với bên kia. Ở khía cạnh tiêu cực, chủ thể có quyền lựa chọn không giao kết hợp đồng, và có quyền lựa chọn rút lui khỏi hợp đồng sau khi đã cân nhắc tới các hậu quả bất lợi cho việc đó (tuy nhiên đây có thể là một điểm tranh luận). Khi nói tới tự do hợp đồng là nói tới các khía cạnh đó. Nên nói tới hạn chế tự do hợp đồng thì phải nói tới sự hạn chế trên các khía cạnh đó. Tuy nhiên việc rút lui hay bỏ mặc hợp đồng luôn luôn bị hạn chế bằng các chế tài vi phạm hợp đồng để bảo đảm cho hợp đồng có nghĩa đúng với nó.

Việc từ chối giao kết hợp đồng bị hạn chế trong nhiều trường hợp. Đối với người cung cấp dịch vụ công cộng không được từ chối giao kết hợp đồng nếu còn khả năng cung cấp dịch vụ và phải mở ra cho tất cả mọi người đều có cơ hội như nhau trong việc mua hoặc sử dụng dịch vụ. Người giao kết hợp đồng không được từ chối giao kết hợp đồng vì lý do sắc tộc, tôn giáo hay quốc tịch... Thương nhân phải cung cấp hàng hoá hay dịch vụ đã quảng cáo⁵⁴.

Hạn chế tự do ấn định nội dung của hợp đồng

Tự do lựa chọn nội dung của hợp đồng bao gồm tự do ấn định các điều kiện của hợp đồng và tự do thay đổi các điều kiện của hợp đồng. Các tự do này ngày nay bị hạn chế rất rõ rệt. Sự phát triển của các hợp đồng gia nhập đã dẫn tới việc thủ tiêu phần lớn sự tự do thoả thuận các điều kiện của hợp đồng và dẫn tới cách thực hành tư pháp có sự khác biệt trong việc giải thích các điều kiện của hợp đồng nghiêng về phía người yếu thế về kinh tế. Pháp luật cũng đòi hỏi phải ấn định các điều kiện bắt buộc cho nhiều loại hợp đồng như: hợp đồng lao động, hợp đồng công ty, hợp đồng bảo hiểm, và các loại hợp đồng có đối tượng là quyền sử dụng đất... Trong việc thực hiện hợp đồng, nguyên tắc pacta sunt servanda cũng bị điều

⁵⁴ Phạm Duy Nghĩa, *Chuyên khảo luật kinh tế*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2004, tr. 401- 402

giảm với nhiều trường hợp liên quan tới khó khăn kinh tế của người thuê trái hoặc lưu cư đối với người thuê nhà⁵⁵...

Mục 2.3

Ý nghĩa của tự do ý chí

Có lẽ ai cũng nhận thức được rằng: trước khi có sự phát triển của chủ nghĩa tự do ý chí, hợp đồng (với tính cách là một chế định pháp lý và với tính cách là một phương tiện thực tiễn) đã tồn tại và phát triển theo suốt chiều dài lịch sử của xã hội loài người kể từ khi họ bắt đầu biết tổ chức thành cộng đồng; và ngày nay khi vai trò của tự do ý chí bị giảm sút, thì hợp đồng vẫn giữ một vị trí quan trọng và không giảm đi ý nghĩa to lớn của nó đối với đời sống con người. Vậy giá trị của tự do ý chí lắng đọng ở đâu? Có lẽ tự do ý chí có một giá trị nổi bật là hạn chế sự can thiệp của chính quyền vào tự do của công dân, bên cạnh những giá trị quan trọng khác. Ý tưởng tự do ý chí ra đời thực sự nhằm tới mục tiêu mở rộng tối đa các quyền tự do đối với tài sản và các lợi ích của tư nhân và thu hẹp tối đa sự can thiệp của chính quyền vào khu vực tư nhân. Theo Common Law tự do hợp đồng là quyền tự do tối đa của các chủ sở hữu trong việc quản lý và định đoạt những gì của họ⁵⁶. Từ đây chúng ta nên cân nhắc việc sử dụng học thuyết tự do ý chí một cách thích đáng phù hợp với hoàn cảnh của Việt Nam.

Thoát ra từ một nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, quan liêu bao cấp nơi mà nhà nước cố gắng can thiệp tối đa vào mọi quan hệ xã hội, Việt Nam hiện nay đang xây dựng nền kinh tế thị trường với những ý tưởng tốt đẹp về tự do kinh doanh. Cho nên đề cao tự do ý chí có ý nghĩa thực tiễn rất lớn trong việc xoá bỏ cơ chế kinh tế cũ, thúc đẩy tự do kinh doanh. Việc hạn chế tự do ý chí cần phải được

⁵⁵ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 90

⁵⁶ Harry N. Scheiber, *The State and the freedom of contract*, Stanford University Press, Stanford-California, USA, 1998, pp. 3; 123

cân nhắc một cách nghiêm túc, tỉ mỉ và chỉ sử dụng khi thật cần thiết, tránh chạy theo khuynh hướng của những nước phát triển. Tự do ý chí là một lĩnh vực thuộc tư tưởng luật tự nhiên- nền tảng của Nhà nước Pháp quyền (một mục tiêu mà Việt Nam đang hướng tới). Vậy việc sử dụng nó là một trong những nấc thang để vươn tới mục tiêu này. Ai cũng biết nhà nước vốn mạnh hơn nhiều so với cá nhân. Vì thế để bảo đảm cho cơ sở đạo đức của pháp luật (chính là sự bênh vực kẻ yếu thế hơn trong một quan hệ nhất định- cái triết lý sống ở đời), và hơn nữa xét từ cái logic thông thường cộng đồng được tạo dựng nên từ các cá nhân và pháp luật thì áp dụng cho tất cả mọi người, nên người ta thiết lập một hệ thống các phương tiện kiểm chế hay giới hạn quyền lực của nhà nước, trong đó có tự do ý chí. Do đó điểm quan trọng nhất cho cái cách pháp luật là nhận thức và thể hiện đầy đủ các phương thức của nhân dân giới hạn quyền lực của nhà nước để bảo đảm cho nhà nước thực sự của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân.

Dù là một nguyên tắc bao trùm, song tự do ý chí còn phụ thuộc vào một số ngoại lệ mà cũng được xem là các nguyên tắc. Chẳng hạn, các ngoại lệ được người Mỹ nhấn mạnh bao gồm thiện chí, chuyên cần, hợp lý và thận trọng, ngoài ra còn sự loại trừ những khác biệt dứt khoát và ngầm định giữa các qui tắc của luật thương mại và hợp đồng⁵⁷. Những nguyên tắc này phát triển hạn chế tự do ý chí khi mà xã hội công nghiệp và hậu công nghiệp thúc đẩy sự phát triển của các dạng hợp đồng gia nhập và đòi hỏi sự bảo đảm trật tự công cộng, đạo đức xã hội. Ý thức được một cách đầy đủ các nguyên tắc có tính cách khác biệt này là rất cần thiết và có ý nghĩa lớn trong việc tiếp nhận học thuyết tự do ý chí ở Việt Nam hiện nay.

Cùng với các nguyên tắc trên, pháp luật phải thể hiện được một cách nhuần nhuyễn nguyên tắc tự do kinh doanh. Tại Việt Nam, Hiến pháp 1992 tuyên bố nguyên tắc này trong Điều 57 và Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 cũng nhắc tới nó tại Điều 50, tuy nhiên có sự sai biệt đôi chút giữa chúng về sự nhận thức. Phải nhận định rõ rằng sự bảo đảm tự do kinh doanh bằng các tổ quyền chưa được nhắc

⁵⁷ Bradford Stone, *Uniform Commercial Code*, Third Edition, ST. Paul, Minn. West Publishing Co., 1989, p. 8

đến trong các luận giải của hai điều luật nói trên. Sự bảo đảm bằng tố quyền là đặc trưng quan trọng của pháp luật giúp cho các quyền được thực thi nghiêm chỉnh trên thực tế. Bên cạnh đó, nguyên tắc bình đẳng giữa các thành phần kinh tế có ý nghĩa rất thiết thực cho việc bảo đảm các nguyên tắc kể trên.

Tóm lại, cần lưu ý tới tự do ý chí một cách thích đáng phù hợp với hoàn cảnh và các mục tiêu của Việt Nam như đã phân tích ở trên, đồng thời có những qui định thích hợp hạn chế vừa đủ tự do ý chí nhằm bảo đảm trật tự công cộng và đạo đức xã hội. Tuy nhiên tự do kinh doanh và sự bình đẳng giữa các thành phần kinh tế phải được nhấn mạnh.

Chương 3

NGHĨA VỤ

Mục 3.1

Khái niệm và đặc điểm của nghĩa vụ

Vì hợp đồng là nguồn gốc của nghĩa vụ hay căn cứ phát sinh nghĩa vụ, nên việc nghiên cứu nghĩa vụ rất quan trọng và cần thiết cho việc hiểu sâu sắc về hợp đồng. Tuy nhiên truyền thống Civil Law và truyền thống Sovietique Law có sự khác biệt với truyền thống Common Law về luật nghĩa vụ. Common Law không có khái niệm luật nghĩa vụ. Dù vậy, nhưng ngày nay nhiều luật gia thuộc Common Law cho rằng law of obligation bao gồm law of contract, law of tort và law of restitution⁵⁸. Nếu xét từ cách nghiên cứu của các luật gia thuộc Họ pháp luật La Mã- Đức và các luật gia thuộc Họ pháp luật Xã hội chủ nghĩa, thì Họ pháp luật Anh- Mỹ không nghiên cứu tổng quát về nghĩa vụ nói chung mà nghiên cứu từng nguồn gốc cụ thể của nghĩa vụ. Do vậy họ có sự phân biệt tương đối rõ về các yếu tố cấu thành nên trách nhiệm pháp lý trong vi phạm hợp đồng với các các yếu tố cấu thành nên trách nhiệm pháp lý trong vi phạm khác.

Vấn đề cần nghiên cứu trước tiên ở đây là định nghĩa về nghĩa vụ. Điều này tưởng chừng đơn giản, nhưng thực tế lại có nhiều rắc rối riêng trong pháp luật Việt Nam hiện nay. Tuy nghĩa vụ có lẽ được hiểu không khác nhau về mặt nội dung, nhưng nó lại được định nghĩa đôi khi khác nhau không chỉ về ngôn từ, mà cả từ xuất phát điểm. Việc làm rõ định nghĩa về nghĩa vụ có ích cho việc hiểu rõ hơn các nguồn gốc của nghĩa vụ hay căn cứ phát sinh ra nghĩa vụ và có ích cho việc nghiên cứu các đặc điểm của nghĩa vụ.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 định nghĩa: “Nghĩa vụ dân sự là việc mà theo đó, một hoặc nhiều chủ thể (sau đây gọi chung là bên có nghĩa vụ) phải

⁵⁸ Andrew Burrows, *Understanding the Law of Obligation- Essays on Contract, Tort and Restitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 1-3

chuyển giao vật, chuyển giao quyền, trả tiền hoặc giấy tờ có giá, thực hiện công việc khác hoặc không được thực hiện công việc nhất định vì lợi ích của một hoặc nhiều chủ thể khác (sau đây gọi chung là bên có quyền)” (Điều 280).

Định nghĩa này đã nhắc tới các bên trong quan hệ nghĩa vụ và liệt kê các đối tượng của nghĩa vụ. Qua phân tích sơ bộ như vậy, có thể nói, định nghĩa này không mang tính khái quát cao. Nhưng điều đáng bình luận hơn là định nghĩa này không xuất phát từ việc xem nghĩa vụ là một quan hệ mà trong đó có hai loại chủ thể trái ngược nhau về mặt lợi ích: (1) Một bên có quyền yêu cầu; và (2) một bên khác (bên có nghĩa vụ) phải thực hiện yêu cầu của bên kia. Định nghĩa như Điều 280 nói trên chỉ xuất phát từ hành vi của bên phải thực hiện yêu cầu của bên kia. Sự định nghĩa thiếu chính xác này có lẽ là do sự nhầm lẫn về thuật ngữ. Nghĩa vụ có hai nghĩa. Một nghĩa chỉ hành vi phải thực hiện của một bên theo yêu cầu của bên kia (nghĩa hẹp). Một nghĩa khác chỉ một quan hệ mà theo đó một bên có quyền yêu cầu, còn bên kia phải thực hiện hành vi nhất định theo yêu cầu đó, có nghĩa là chỉ mối quan hệ giữa trái chủ và người thụ trái xác định (nghĩa rộng). Với nghĩa thứ hai này vì vậy khi nói hợp đồng là căn cứ phát sinh ra nghĩa vụ, thì có nghĩa là hợp đồng làm phát sinh ra quan hệ giữa trái chủ và người thụ trái xác định.

Nghĩa vụ mà tiếng Anh và tiếng Pháp đều viết là “obligation” có nguồn gốc từ danh từ “obligatio” của tiếng Latin. Nó có rất nhiều nghĩa khác nhau⁵⁹. Vì vậy khi sử dụng nó, cần thận trọng. Có thể khảo sát một số định nghĩa khác về nghĩa vụ để làm rõ hơn cho các bình luận nêu trên.

“Nghĩa vụ là một quan hệ pháp luật được xác lập giữa hai chủ thể theo đó một chủ thể (Chủ thể quyền- Người có quyền) có quyền yêu cầu chủ thể kia (Chủ thể nghĩa vụ- Người có nghĩa vụ) phải hoàn thành một yêu cầu nhất định”⁶⁰. Ở đây các đặc điểm chính của quan hệ nghĩa vụ được đề cập tới; và đối tượng của nghĩa vụ được trừu tượng hóa để làm rõ bản chất là yêu cầu. Cũng vậy trong khi bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896, Xaca Vacaxum và Tori Aritdumi

⁵⁹ *Deluxe Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., USA, 1990

⁶⁰ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hóa- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 11

nêu bật bản chất của nghĩa vụ là “quyền của một người nhất định yêu cầu một người khác thực hiện các hành vi nhất định”⁶¹. Cuốn từ điển pháp luật của Pháp mang tên “Petit Dictionnaire de Droit” định nghĩa: “Nghĩa vụ là một mối quan hệ pháp lý theo đó một người, được gọi là trái chủ, có thể sử dụng phương cách cưỡng chế của quyền lực công theo sự lựa chọn của anh ta để buộc người khác, người thụ trái xác định, chuyển giao tài sản, làm hoặc không làm việc gì đó”⁶².

Về pháp luật thực định, các đạo luật, nếu đưa ra định nghĩa về nghĩa vụ, đều định nghĩa như trên nhấn mạnh đến bản chất của nghĩa vụ là quyền yêu cầu. Bộ luật Dân sự Đức 1900 qui định:

“Hiệu lực của nghĩa vụ là việc trái chủ có quyền yêu cầu sự thực hiện từ người thụ trái. Sự thực hiện này có thể bao gồm việc không hành động” (Điều 241).

Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan 1992 cũng có qui định tương tự như Bộ luật Dân sự Đức 1900 như sau: “Bởi một nghĩa vụ, trái chủ có quyền yêu cầu sự thực hiện từ người thụ trái. Sự thực hiện có thể bao gồm việc không hành động” (Điều 194).

Chúng ta cũng bắt gặp các định nghĩa có cùng một xuất phát điểm trong nhiều công trình nghiên cứu của nhiều học giả Việt Nam. Ví dụ, trong cuốn “*Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*”, Vũ Văn Mẫu định nghĩa: “Nghĩa vụ là mối liên hệ pháp lý giữa hai người, nhờ đó một người là trái chủ (hay chủ nợ) có quyền đòi người kia là người phụ trái (hay con nợ) phải thi hành một cung khoản có thể trị giá bằng tiền”⁶³. “*Giáo trình Luật Dân sự Việt Nam*” của Học viện Tư pháp, mặc dù không nói thẳng, nhưng đã ngụ ý không đồng ý với định nghĩa tại Điều 280, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, và đã đưa ra

⁶¹ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 343

⁶² Roger Réau, Jean Rondepierre, Édouard Bourrel, Michel Lerolle, Maurice Esmein, Paul Sumien, *Petit Dictionnaire de Droit*, Librairie Dalloz, Paris, 1951

⁶³ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 13

một định nghĩa khác hẳn in chữ nghiêng để nhấn mạnh dù hơi dài và có phần gây tranh luận như sau:

“Nghĩa vụ dân sự được hiểu là quan hệ pháp luật về tài sản và nhân thân của các chủ thể, theo đó chủ thể mang quyền có quyền yêu cầu chủ thể mang nghĩa vụ phải chuyển giao một tài sản, thực hiện một việc hoặc không được thực hiện một việc vì lợi ích của mình hay lợi ích của người thứ ba, phải bồi thường một thiệt hại về tài sản hoặc nhân thân do có hành vi gây thiệt hại, vi phạm lợi ích hợp pháp của bên có quyền. Chủ thể mang nghĩa vụ dân sự có nghĩa vụ thực hiện quyền yêu cầu của chủ thể mang quyền. Các quyền dân sự và nghĩa vụ dân sự của các bên chủ thể trong quan hệ nghĩa vụ theo qui định của pháp luật hoặc theo thoả thuận của các bên xác lập quan hệ nghĩa vụ dân sự”⁶⁴.

Không thể đồng ý hoàn toàn với định nghĩa này (mà sẽ bàn tới sau), nhưng có thể nói nó là sự bộc lộ dẹt dẹt một phản ứng trong nhiều phản ứng đối với định nghĩa về nghĩa vụ dân sự tại Điều 280, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005.

Tuy nhiên có một số Bộ luật Dân sự của một số nước trên thế giới không đưa ra định nghĩa về nghĩa vụ mà chỉ nêu rõ đối tượng và nguồn gốc của nghĩa vụ. Chẳng hạn Bộ luật Dân sự Tây ban Nha 1889 qui định:

“**Điều 1088.** Mọi nghĩa vụ đều bao gồm chuyển giao, làm, hoặc không làm gì đó.

Điều 1089. Nghĩa vụ được xác lập bởi luật, bởi hợp đồng, bởi chuẩn hợp đồng, và bởi hành vi bất hợp pháp và sự quá thất hoặc bởi những hành vi mà trong đó bất kỳ loại lỗi hoặc sự cẩu thả nào xen vào”.

Bộ luật Dân sự Tây Ban Nha đã được áp dụng ở một số nước thuộc địa và ảnh hưởng đến một số thuộc địa khác. Theo hình mẫu này, có sự sửa đổi thích hợp, Bộ luật Dân sự Philippines 1950 qui định:

“**Điều 1156.** Nghĩa vụ là sự ràng buộc pháp lý nhằm chuyển giao, làm.

Điều 1157. Nghĩa vụ phát sinh từ:

(1) Luật;

⁶⁴ Học viện Tư pháp, *Giáo trình luật dân sự*, Nxb Công an Nhân dân, 2007, tr. 256

- (2) Hợp đồng;
- (3) Chuẩn hợp đồng;
- (4) Hành động hoặc sự quá thất bị trừng phạt bởi luật; và
- (5) Chuẩn vi phạm”.

Có thể có nhiều lập luận cho rằng định nghĩa tại Điều 280, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 kể trên là một sự kế tiếp truyền thống định nghĩa về nghĩa vụ đã từng có trong Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936, và Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995⁶⁵. Có ý tứ như vậy, sau khi đã phân tích các định nghĩa về nghĩa vụ của các Bộ luật Dân sự nói trên, “*Giáo trình luật dân sự Việt Nam*” của Trường Đại học Luật Hà Nội có một đoạn văn như sau: “Như vậy, nếu so sánh định nghĩa về nghĩa vụ dân sự của BLDS nước ta hiện nay với các bộ dân luật trước đây, chúng ta thấy rằng dù có khác nhau về ngôn từ nhưng các bộ luật đều có sự thống nhất khi nhìn nhận nghĩa vụ dân sự...”⁶⁶.

Điều thứ 676⁶⁷, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 định nghĩa: “Nghĩa vụ là cái dây liên lạc về luật thực tế hay luật thiên nhiên, bó buộc một hay nhiều người phải làm hay đừng làm sự gì đối với một hay nhiều người nào đó”. Điều thứ 641, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 định nghĩa: “Nghĩa- vụ là mối liên- lạc về luật thực- tế hay luật thiên- nhiên, bó- buộc một hay nhiều người phải làm hay đừng làm sự gì đối với một hay nhiều người nào đó”⁶⁸.

Thật đáng tiếc, qua hai điều luật định nghĩa vừa dẫn trên trong các Bộ luật Dân sự cũ, có thể dễ dàng thấy ngay khái niệm “nghĩa vụ” được định nghĩa trong đó được hiểu theo nghĩa rộng bao gồm cả nghĩa vụ dân sự và nghĩa vụ tự nhiên mà ai cũng hiểu rằng nghĩa vụ tự nhiên không thể mang ra tố tụng trước toà án. Điều

⁶⁵ Điều 285, Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 định nghĩa: “*Nghĩa vụ dân sự là việc mà theo qui định của pháp luật, thì một hoặc nhiều chủ thể (gọi là người có nghĩa vụ) phải làm một công việc hoặc không được làm một công việc vì lợi ích của một hoặc nhiều chủ thể khác (gọi là người có quyền)*”

⁶⁶ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 7

⁶⁷ Lưu ý “*Giáo trình luật dân sự Việt Nam*” (Nxb Công an Nhân dân, Hà Nội, 2007) tại Tập II, trang 6 đã cho rằng “Điều 675” của Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 định nghĩa về nghĩa vụ, nhưng thực ra là “Điều thứ 676” định nghĩa về nghĩa vụ, còn “Điều thứ 675” là Điều cuối cùng nói về quyền địa dịch.

⁶⁸ Xem các Điều liên quan của Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 đã dẫn tại Chương 1 của sách này

đó có nghĩa là không có sự cưỡng chế thực hiện nghĩa vụ tự nhiên. Việc này cũng đồng nghĩa với việc không có “chủ thể có quyền yêu cầu” trong quan hệ nghĩa vụ tự nhiên bởi sự cưỡng chế của toà án dành sự ủng hộ cho người có quyền hay lợi ích bị vi phạm. Vì thế không thể định nghĩa về nghĩa vụ theo nghĩa rộng như vậy với sự xuất phát từ bản chất của nghĩa vụ dân sự là quyền yêu cầu như trên đã phân tích, nên có lẽ những người xây dựng các Bộ luật Dân sự cũ ở Việt Nam mới đưa ra định nghĩa như vậy. Đáng tiếc hơn, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 gọi nghĩa vụ nói tới trong đó là “nghĩa vụ dân sự”, có nghĩa là đã loại bỏ nghĩa vụ tự nhiên ra khỏi sự quan tâm của nó, nhưng lại định nghĩa về “nghĩa vụ dân sự” giống với các Bộ luật Dân sự cũ đã nói. Để làm rõ hơn cho sự phân biệt giữa nghĩa vụ tự nhiên và nghĩa vụ dân sự trong pháp luật của các chế độ cũ ở Việt Nam, có thể khảo sát các giải nghĩa về chúng trong một cuốn từ điển thuật ngữ pháp lý Việt- Pháp đối chiếu và giải thích như sau:

“*Nghĩa vụ thiên nhiên* là một nghĩa vụ không do pháp luật bắt buộc thi hành mà vì lẽ công bằng người mắc nợ phải trả. Thí dụ: trả món nợ cờ bạc.

Nghĩa vụ dân sự là một nghĩa vụ mà pháp luật bắt buộc phải thi hành. Thí dụ nghĩa vụ cấp dưỡng”⁶⁹.

Tại đây cần nhấn mạnh thêm: khi xây dựng Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 có khá nhiều ý kiến của các nhà nghiên cứu cho rằng không nên sử dụng thuật ngữ “nghĩa vụ dân sự” mà nên sử dụng thuật ngữ “trái vụ” để thể hiện rõ hơn mối quan hệ giữa những trái chủ và người thụ trái xác định, nhưng những ý kiến này đã không được chấp nhận. Cuốn từ điển thuật ngữ pháp lý Việt- Pháp đối chiếu và giải thích nói trên đã nhấn mạnh tới một thuật ngữ có cùng nghĩa với thuật ngữ “nghĩa vụ” và cũng thường xuyên được sử dụng trong luật thực định và các công trình nghiên cứu- đó là “trái quyền”⁷⁰, và giải nghĩa: “Ta có thể gọi *nghĩa vụ* hay *trái quyền* mỗi quan hệ pháp lý giữa hai người theo đó người trái chủ có thể buộc

⁶⁹ Trần Thúc Linh, *Danh- từ pháp- luật lược- giải*, Nhà sách Khai trí, Sài Gòn, tr. 754

⁷⁰ Nếu xét “nghĩa vụ” theo nghĩa hẹp chỉ hành vi của người thụ trái phải thực hiện vì lợi ích của người khác, thì “trái quyền” là thuật ngữ đối lập với thuật ngữ “nghĩa vụ”, có nghĩa là mỗi trong số chúng chỉ một mặt đối lập trong một quan hệ xác định.

người phụ trái hoặc phải trả một khoản tiền, phải trao một món hàng hoặc phải làm việc gì hay không được làm việc gì”⁷¹.

Các định nghĩa về nghĩa vụ dân sự có tính cách khoa học thực sự xuất phát từ bản chất của nghĩa vụ dân sự là quyền yêu cầu cho thấy nghĩa vụ dân sự (sau đây gọi tắt là nghĩa vụ, trừ khi có yêu cầu đặc biệt trong việc dùng thuật ngữ) có ba đặc điểm quan trọng:

Thứ nhất, nghĩa vụ là một quan hệ pháp lý. Đặc điểm này nói lên sự cưỡng chế thi hành của pháp luật đối với nghĩa vụ và phân biệt nó với nghĩa vụ tự nhiên. Nó bao gồm hai thành tố: (1) Pháp luật công nhận; và (2) Có giá trị cưỡng bức thi hành.

Thứ hai, nghĩa vụ là một quan hệ đối nhân (quyền đối nhân). Đặc điểm này cho thấy quyền của trái chủ chỉ được thi hành đối với người thụ trái chứ không được thi hành trên bất kỳ tài sản cụ thể nào, có nghĩa là trái chủ chỉ có thể yêu cầu người thụ trái thực hiện nghĩa vụ. Ở đây cần phải phân biệt giữa quyền đối vật và quyền đối nhân. Sự phân biệt này ít được nói tới trong khoa học pháp lý Việt Nam hiện nay bởi hình mẫu của nó là Sovietique Law. Vấn đề về sự khác nhau giữa quyền đối vật và quyền đối nhân, một số học giả Nhật Bản nói: “Đối lập với quyền đối vật, quyền đối nhân là một quyền tương đối không có yếu tố loại trừ”⁷². Tại đây cần phải lưu ý quyền loại trừ được xem là xương sống của quyền sở hữu. Deluxe Black’s Law Dictionary giải nghĩa:

“Quyền đối nhân (*right in personam*) là một quyền áp đặt một nghĩa vụ đối với một người xác định. Quyền đối vật (*right in rem*) là một quyền áp đặt một nghĩa vụ đối với mọi người nói chung; có nghĩa là hoặc đối với tất cả thế giới hoặc đối với tất cả thế giới trừ một số người xác định. Như vậy, nếu tôi có quyền loại trừ tất cả mọi người từ một thửa đất xác định, thì tôi có quyền đối vật đối với thửa

⁷¹ Trần Thúc Linh, *Danh- từ pháp- luật lược- giải*, Nhà sách Khai trí, Sài Gòn, tr. 754

⁷² Japan International Cooperation Agency (JICA), *Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998)*, Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt, tr. 162

đất đó; và, nếu có một hoặc nhiều người, A, B, và C, mà tôi không có quyền loại trừ từ thửa đất đó, thì quyền của tôi vẫn là quyền đối vật”⁷³.

Từ điển pháp luật của Pháp định nghĩa: “Quyền đối nhân là quyền đối với một người xác định mà là người thụ trái trong quan hệ nghĩa vụ”; Còn “quyền đối vật là quyền có thể được thực hiện chống lại tất cả mọi người”⁷⁴.

Pháp luật dân sự ở Việt Nam trước kia⁷⁵ quan niệm:

“Quyền đối vật = quyền đem đối kháng được với mọi người, cho phép người chủ- tế hành xử quyền mình trên một tài sản. Thí dụ: quyền tư hữu, dụng ích, địa dịch.

Quyền đối vật phụ thuộc (*droit réel accessoire*) là quyền cho một trái chủ được bảo đảm trên một tài sản nào cho phép trái chủ ấy có ưu quyền và quyền truy tuý. Thí dụ: quyền để đương, thế chấp”⁷⁶.

Quyền đối nhân và quyền đối vật được phân biệt cụ thể hơn về chủ thể và đối tượng, có nghĩa là trả lời cho các câu hỏi tối thiểu về từng loại quyền này như: ai là người được thụ hưởng quyền, ai là người chịu sự tác động của quyền, và quyền đó nhằm tới cái gì.

Về chủ thể: Quyền đối nhân có hai loại chủ thể là trái chủ và người thụ trái. Họ là những người xác định trong từng quan hệ nghĩa vụ cụ thể mà trong đó trái chủ là loại chủ thể tích cực có quyền yêu cầu người thụ trái phải thi hành một nghĩa vụ nào đó; còn người thụ trái là loại chủ thể tiêu cực phải thi hành nghĩa vụ vì quyền lợi của trái chủ hoặc của người khác mà đã được xác định cụ thể trong quan hệ nghĩa vụ cụ thể. Việc yêu cầu và thực hiện yêu cầu dẫn tới hệ quả khác nhau đối với sản nghiệp của trái chủ và của người thụ trái. Đối với trái chủ, nghĩa vụ là phần làm tăng tài sản (tích sản). Còn đối với người thụ trái, nghĩa vụ là phần làm giảm tài sản (tiêu sản). Ví dụ: Trong quan hệ mua bán hàng hoá giữa Phình và

⁷³ Deluxe Black’s Law Dictionary, West Publishing Co, 1990

⁷⁴ Roger Réau, Jean Rondepierre, Édouard Bourrel, Michel Lerolle, Maurice Esmein, Paul Sumien, *Petit Dictionnaire de Droit*, Librairie Dalloz, Paris, 1951

⁷⁵ Pháp luật Việt Nam (ở cả nước trong thời kỳ Pháp thuộc, và ở Miền Nam trước khi thống nhất đất nước) theo truyền thống Civil Law và được xây dựng theo hình mẫu pháp luật Pháp

⁷⁶ Trần Thúc Linh, *Danh- từ pháp- luật lược- giải*, Nhà sách Khai trí, Sài Gòn

Phệt, người mua Phình có quyền yêu cầu người bán Phệt phải chuyển giao quyền sở hữu hàng hóa cho Phình. Vậy quan hệ này là phần làm tăng tài sản của Phình và làm giảm tài sản của Phệt. Ngược lại Phệt có quyền yêu cầu Phình phải trả tiền mua hàng hoá cho Phệt. Vì thế quan hệ ngược lại này là phần làm tăng tài sản của Phệt và làm giảm tài sản của Phình. Trong những hợp đồng hữu thường như vậy các bên đều có lợi ích về tài sản trong đó. Với đặc tính này, trái chủ chỉ được thi hành quyền của mình đối với người thụ trái, không được thi hành quyền của mình trên bất kỳ một tài sản cụ thể nào. Việc thi hành quyền yêu cầu của trái chủ phụ thuộc vào tài sản đang có hoặc sẽ có trong tương lai của người thụ trái. Vì vậy, nếu thiếu sự tin tưởng lẫn nhau, trái chủ thường đòi hỏi việc bảo đảm khoản nợ của mình bằng biện pháp đối vật hay đối nhân, mà trong đó bảo đảm đối vật là các vật quyền phụ thuộc, bao gồm cầm cố, thế chấp, để đương⁷⁷. Các vật quyền phụ thuộc này cho phép trái chủ được ưu tiên lấy nợ trên tài sản cụ thể đã dùng để bảo đảm. Nếu tài sản này đã bị chuyển nhượng, thì trái chủ vẫn có quyền yêu cầu sai áp hay tịch biên và bán đấu giá để lấy nợ. Tuy nhiên, quyền ưu tiên lấy nợ trên tài sản này còn phụ thuộc vào những đặc quyền (có nghĩa là những quyền ưu tiên cao hơn⁷⁸) bởi tính chất đặc biệt của những trái quyền như vậy của chủ nợ. Bảo đảm đối nhân được xem là bảo lãnh, có nghĩa là một người khác cam kết thi hành nghĩa vụ thay cho người thụ trái, nếu người thụ trái không thi hành được nghĩa vụ của mình.

Về đối tượng: Quyền đối nhân có ba loại đối tượng là chuyển giao tài sản, làm hoặc không làm một việc nào đó. Theo định nghĩa về nghĩa vụ tại Điều 280 của Bộ luật Dân sự 2005 của Việt Nam thì quyền đối nhân có năm đối tượng: (1) Chuyển giao vật; (2) chuyển giao quyền; (3) trả tiền hoặc giấy tờ có giá; (4) thực

⁷⁷ Thế chấp và để đương có sự khác nhau trong pháp luật Việt Nam dưới các chế độ cũ. Đối với thế chấp, có chuyển giao tài sản để trái chủ chiếm hữu thực tế hay danh nghĩa. Còn đối với để đương thì không có sự chuyển giao. Bên cạnh thuật ngữ thế chấp vẫn có thuật ngữ cầm cố, nhưng sử dụng khác nhau cho động sản và bất động sản. Trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, cầm cố và thế chấp không khác nhau rõ rệt, và không sử dụng thuật ngữ để đương.

⁷⁸ Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 hiện nay không có một chương hay một mục riêng dành cho các đặc quyền, mà các đặc quyền được qui định rải rác, thiếu thốn, đôi khi mâu thuẫn ở các văn bản pháp luật khác nhau

hiện công việc nào đó; (5) không được thực hiện công việc nào đó. Có thể nói, chuyển giao vật, chuyển giao quyền, trả tiền và giấy tờ có giá có các yêu cầu cụ thể khác nhau, nhưng ở mức độ trừu tượng cao hơn có thể nhóm hợp chúng trong cùng một nhóm. Suy nghĩ từ phân loại nghĩa vụ có thể thấy: Nếu phân loại nghĩa vụ theo đối tượng thành nghĩa vụ chuyển giao, nghĩa vụ làm (hành động), và nghĩa vụ không làm (không hành động), thì sự phân loại có tính khái quát cao hơn phân loại nghĩa vụ thành năm loại theo Điều 280 đã nói. Thông thường định nghĩa cần nêu được các vấn đề chung nhất để có thể phân biệt được khái niệm đang được định nghĩa với các khái niệm khác, chứ không thể diễn giải dài dòng, quá chi tiết các đặc điểm của khái niệm. Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 đã gần gũi với nhận thức chung về phân loại đối tượng của nghĩa vụ hơn khi qui định: “Đối tượng của nghĩa vụ dân sự có thể là tài sản, công việc phải làm hoặc không được làm” (Điều 287, khoản 1). Đặc biệt hơn, nhưng không đúng hơn, định nghĩa về nghĩa vụ trong “*Giáo trình Luật Dân sự Việt Nam*” đã nói của Học viện Tư pháp cho rằng nghĩa vụ có bốn đối tượng: (1) chuyển giao một tài sản; (2) thực hiện một việc; (3) không được thực hiện một việc; và (4) “bồi thường một thiệt hại về tài sản hoặc nhân thân do có hành vi gây thiệt hại, vi phạm lợi ích hợp pháp của bên có quyền” (định nghĩa có chứa đựng quan niệm bất thường này về các đối tượng của nghĩa vụ đã được nêu nguyên văn ở trên). Ba đối tượng đầu của nghĩa vụ trong quan niệm này không có gì khác lạ. Nhưng “bồi thường một thiệt hại về tài sản hoặc nhân thân do có hành vi gây thiệt hại, vi phạm lợi ích hợp pháp của bên có quyền” thật khác lạ. Sự khác lạ này thấy được bởi đó không phải là đối tượng của nghĩa vụ mà là một loại nghĩa vụ (nhưng sự mô tả của quan niệm này về loại nghĩa vụ đó không đầy đủ) có nguồn gốc phát sinh hay căn cứ phát sinh từ một sự kiện (không phải do ý chí của đương sự). Bản thân loại nghĩa vụ này cũng nhằm tới đối tượng là chuyển giao một tài sản, làm hoặc không làm một việc gì đấy như: trả tiền, xây lại bức tường bị đổ, không sử dụng tên thương mại nhất định... Bản thân sự liệt kê các đối tượng của nghĩa vụ trong định nghĩa này của “*Giáo trình Luật Dân sự Việt Nam*” đã nói của Học Viện Tư pháp cũng đã mâu thuẫn với ngay các giảng giải cụ

thể sau đó về đối tượng của nghĩa vụ. Định nghĩa của giáo trình ấy về nghĩa vụ trong khi cho rằng đối tượng của nghĩa vụ bao gồm cả những nghĩa vụ phát sinh không do ý chí của đương sự (cụ thể: bồi thường thiệt hại do vi phạm), thì ngay sau đó vài trang sách lại cho rằng: “Đối tượng của nghĩa vụ dân sự do các bên thoả thuận về giá trị, phạm vi, loại tài sản, loại công việc phải thực hiện hoặc công việc không được thực hiện”⁷⁹. Đoạn văn này dường như đã chỉ cho rằng những vấn đề liên quan tới đối tượng của nghĩa vụ phải do thoả thuận, mà đã quên mất vai trò của pháp luật trong việc giải thích các đối tượng cụ thể của các nghĩa vụ cụ thể, và cũng quên mất sự cưỡng chế của pháp luật đối với việc thực hiện các nghĩa vụ mà không có sự thoả thuận. Định nghĩa của giáo trình ấy về nghĩa vụ trong khi cho rằng đối tượng của nghĩa vụ bao gồm cả bồi thường thiệt hại do vi phạm, thì ngay sau đó lại chỉ phân tích ba đối tượng của nghĩa vụ nói tại Điều 182, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 là “tài sản”, “công việc phải thực hiện” và “công việc không được thực hiện”⁸⁰.

Khác với quyền đối nhân, quyền đối vật thi hành trực tiếp trên vật và luôn luôn là yếu tố làm tăng tài sản của chủ thể quyền. *Về chủ thể*, quyền đối vật bao giờ cũng xác định được chủ thể quyền còn chủ thể của nghĩa vụ là tất cả những người còn lại. Nghiên cứu này làm rõ thêm cho quyền loại trừ mà được xem là xương sống của quyền sở hữu. *Về đối tượng*, quyền đối vật có đối tượng là vật. Trong môn luật tài sản, vật được hiểu là một phạm trù của luật dân sự dùng để chỉ những bộ phận khác nhau của thế giới vật chất có khả năng đáp ứng nhu cầu vật chất hoặc tinh thần của con người và có những đặc tính căn bản như: đặc tính vật lý; và đặc tính đã được quan hệ xã hội hóa⁸¹.

Ở đây cần phải phân biệt quyền đối vật có mục đích là vật; còn quyền đối nhân có mục đích là một cam kết cụ thể mà người thụ trái phải thi hành, trong đó

⁷⁹ Học viện Tư pháp, *Giáo trình luật dân sự*, Nxb Công an Nhân dân, 2007, tr. 261

⁸⁰ Học viện Tư pháp, *Giáo trình luật dân sự*, Nxb Công an Nhân dân, 2007, tr. 256- 261

⁸¹ Vật là tài sản hữu hình bởi có đặc tính vật lý. Con người có thể nhận biết được vật bằng giác quan của mình hoặc bằng các phương tiện kỹ thuật hỗ trợ. Tuy nhiên chỉ được xem là vật theo quan niệm tài sản của luật dân sự khi đã được một hoặc nhiều người xác định chiếm hữu. Khác hơn quyền không có đặc tính vật lý và được xem là tài sản vô hình

có thể là chuyển giao tài sản, hoặc làm hoặc không làm một công việc nào đó. Do đó dẫn đến các hệ quả là sự chuyển giao nghĩa vụ khó khăn hơn chuyển giao vật quyền, bởi sự thay đổi trái chủ và người thụ trái không thể tùy tiện⁸². Nhưng dù sao sự phát triển của kinh tế, xã hội đã thúc đẩy việc chuyển giao quyền và chuyển giao nghĩa vụ, nhất là trong lĩnh vực thương mại. Điều đó tạo ra các điều kiện thuận lợi cho các giao dịch thị trường phát triển. Các vấn đề này cũng xảy ra ở Common Law. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có các qui định về chuyển giao quyền yêu cầu và chuyển giao nghĩa vụ tại các điều từ Điều 309 đến Điều 317. Quyền đối nhân là một loại quyền tương đối, khác với quyền đối vật là một loại quyền tuyệt đối, có nghĩa là quyền đối nhân không có hiệu lực đối với người thứ ba (có một số ngoại lệ) mà trái chủ chỉ có quyền yêu cầu người thụ trái, và chỉ trái chủ mới có được quyền như vậy. Sự khác biệt này dẫn tới cách thức khác nhau trong việc viết các qui phạm pháp luật liên quan tới quyền đối vật và viết các qui phạm pháp luật liên quan tới quyền đối nhân. Nhưng dù sao cũng vẫn cần nhấn mạnh rằng các quyền đối vật có tính cách hạn định hay phải do pháp luật qui định; còn các quyền đối nhân do ý chí của các bên xác lập. Từ đó, khi viết các qui định của đạo luật dân sự hay các đạo luật về quyền đối nhân, người ta không thể viết một cách dứt khoát mỗi bên có những quyền và nghĩa vụ cụ thể gì, mà chỉ nêu một số quyền lợi và nghĩa vụ cơ bản nhằm xác định rõ bản chất hay chủng loại của hợp đồng, và đồng thời đặt ra những sự giải thích cho ý chí của các bên trong trường hợp họ không thoả thuận trong hợp đồng giữa họ với nhau. Đây cũng được xem là đặc tính căn bản của luật tư.

Thứ ba, nghĩa vụ là một quyền sản nghiệp⁸³. Đặc điểm này xuất phát từ việc nghĩa vụ có thể trị giá được bằng tiền và liên quan tới các phân tích ở trên về việc tăng giảm tài sản của các chủ thể trong quan hệ nghĩa vụ. Khi thực hiện nghĩa

⁸² Vũ Văn Mẫu nói rằng: “Vì nghĩa vụ là một mối giây ràng buộc người phụ trái với người trái chủ cho nên sự chuyển dịch các nghĩa vụ không được hoàn toàn tự do, như đối với các quyền đối vật. Người ta không thể tự ý thay đổi trái chủ hay thay đổi người phụ trái” (*Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và kế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 21)

⁸³ Sử dụng thuật ngữ quyền sản nghiệp chính xác hơn thuật ngữ quyền tài sản. Sản nghiệp chỉ một mối quan hệ tài sản thuộc một người nào đó bao gồm cả tài sản có và tài sản nợ. Vì vậy nó phản ánh chính xác hơn tính chất của nghĩa vụ

vụ (kể cả những nghĩa vụ có đối tượng là làm hoặc không làm một việc gì đấy), thì người thụ trái cũng đều phải bỏ thời gian, công sức, chi phí tài sản hoặc cơ hội ra để thực hiện; trong khi đó trái chủ được hưởng các lợi ích từ việc thực hiện đó. Vậy nghĩa vụ là một quan hệ tài sản hay quyền sản nghiệp.

Nhận định về đặc điểm này của nghĩa vụ có phần khác biệt với quan niệm của Học viện Tư pháp thể hiện trong định nghĩa về nghĩa vụ đã dẫn của “*Giáo trình Luật Dân sự Việt Nam*” đã nói. Định nghĩa của giáo trình này cho rằng: “Nghĩa vụ dân sự được hiểu là quan hệ pháp luật về tài sản và nhân thân của các chủ thể...”⁸⁴. Có lẽ quan niệm này xuất phát từ việc phân tích một số qui định của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 liên quan tới việc bồi thường thiệt hại do danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm⁸⁵. Đây chỉ là sự phỏng đoán của riêng tác giả giáo trình này bởi suy nghĩ: đoạn văn vừa dẫn phù hợp với quan niệm “bồi thường một tài sản về thiệt hại hoặc nhân thân do có hành vi gây thiệt hại, vi phạm lợi ích hợp pháp của bên có quyền”⁸⁶ là đối tượng của nghĩa vụ được nêu ở đoạn văn sau đó của định nghĩa này về nghĩa vụ⁸⁷. Vậy cần khảo sát các qui định liên quan của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 để xem nhận định rút ra từ đó của Học viện Tư pháp có thực sự chính xác không. Điều 25, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định, khi quyền nhân thân của cá nhân bị xâm phạm thì người đó có quyền: (1) Tự mình cải chính; (2) Yêu cầu người vi phạm hoặc yêu cầu cơ quan, tổ chức có thẩm quyền buộc người vi phạm chấm dứt hành vi vi phạm, xin lỗi, cải chính công khai; (3) Yêu cầu người vi phạm hoặc cơ quan, tổ chức có thẩm quyền buộc người vi phạm bồi thường thiệt hại. Đây là nguyên tắc bảo vệ quyền nhân thân mà trong đó bồi thường thiệt hại là một biện pháp luật định cho phép người bị xâm phạm lựa chọn. Điều đó có nghĩa là nhà làm luật Việt Nam đã nghiêng về quan điểm lấy lợi ích vật chất để bù đắp phần nào nỗi đau tinh thần. Do đó Điều 307, khoản 3, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định cụ thể hơn “Người gây thiệt hại về tinh thần cho

⁸⁴ Học viện Tư pháp, *Giáo trình luật dân sự*, Nxb Công an Nhân dân, 2007, tr. 256

⁸⁵ Đây chỉ là phỏng đoán bởi tác giả của định nghĩa đó không phân tích rõ lý do đưa ra định nghĩa và quan niệm như vậy

⁸⁶ Học viện Tư pháp, *Giáo trình luật dân sự*, Nxb Công an Nhân dân, 2007, tr. 256

⁸⁷ Vấn đề đối tượng của nghĩa vụ đã được nghiên cứu ở trên

người khác do xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín của người đó thì ngoài việc chấm dứt hành vi vi phạm, xin lỗi, cải chính công khai còn phải bồi thường một khoản tiền để bù đắp tổn thất về tinh thần cho người bị thiệt hại”. Quan niệm thiệt hại về tinh thần có thể xác định được bằng tiền⁸⁸, nên Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có quy định như sau:

“1. Thiệt hại do danh dự, nhân phẩm, uy tín của cá nhân bị xâm phạm, thiệt hại do danh dự uy tín của pháp nhân, chủ thể khác bị xâm phạm bao gồm:

- a) Chi phí hợp lý để hạn chế, khắc phục thiệt hại;
- b) Thu nhập thực tế bị mất hoặc giảm sút.

2. Người xâm phạm danh dự, nhân phẩm, uy tín của người khác phải bồi thường thiệt hại theo quy định tại khoản 1 Điều này và một khoản tiền khác để bù đắp tổn thất tinh thần mà người đó gánh chịu. Mức bồi thường bù đắp tổn thất về tinh thần do các bên thỏa thuận; nếu không thỏa thuận được thì mức tối đa không quá mười tháng lương tối thiểu do Nhà nước quy định” (Điều 611).

Các quy định nói trên cho thấy việc bồi thường thiệt hại về tinh thần do tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm được phân biệt dứt khoát với việc chấm dứt hành vi vi phạm, xin lỗi, cải chính công khai do tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín bị xâm phạm. Việc bồi thường thiệt hại thuộc phạm vi của Phần nói về nghĩa vụ dân sự của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005; còn việc chấm dứt hành vi vi phạm, xin lỗi, cải chính công khai không thuộc phạm vi của Phần này. Cần hiểu rằng việc bồi thường này là một nghĩa vụ phát

⁸⁸ Có các quan điểm đối lập nhau về lợi ích vật chất và lợi ích tinh thần. Trước kia người ta có sự phân biệt rạch ròi giữa lợi ích vật chất và lợi ích tinh thần, nhưng nay các luật gia đã thỏa hiệp đem đồng nhất lợi ích vật chất và lợi ích tinh thần (Nguyễn Huy Đẩu, *Luật dân- sự tố- tụng Việt- Nam*, Sài Gòn, 1962, tr. 45). Tuy vậy có nhiều quan điểm cho rằng đau đớn không thể trị giá được bằng tiền, vì vậy khó xác định được thiệt hại về tinh thần, nên việc bù đắp thiệt hại về tinh thần gặp phải những khó khăn nhất định. Thông thường các nền tài phán dành việc bồi thường thiệt hại về tinh thần cho sự thẩm lượng của toà án trong từng trường hợp cụ thể. Nhưng pháp luật Việt Nam lại ấn định một mức bồi thường cụ thể cho tất cả các trường hợp nếu các bên không thỏa thuận được. Hiểu rằng hầu như ai bị thiệt hại đều đòi hỏi bồi thường cao hơn thực tế- đó là tâm lý chung. Nếu pháp luật ấn định một mức bồi thường cụ thể như Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 thì mức bồi thường đó có thể thường được áp dụng vì sự đòi hỏi của đương sự hầu như cao hơn mức đó. Còn vấn đề mà pháp luật phải đối diện là ai được bồi thường trong số những người sau: những người trực tiếp bị xâm hại, những người liên quan, những người thừa kế của những người này (Nguyễn Huy Đẩu, *Luật dân- sự tố- tụng Việt- Nam*, Sài Gòn, 1962, tr. 46)

sinh ngoài ý chí của đương sự và có đối tượng là việc chuyển giao tài sản. Vì vậy quan hệ nghĩa vụ như vậy không phải là một quan hệ nhân thân mà là một quyền sản nghiệp hay quan hệ tài sản. Việc xâm phạm nhân thân chỉ là một căn cứ phát sinh ra nghĩa vụ.

Các luật gia theo hình mẫu pháp luật Pháp cho rằng, nghĩa vụ liên quan đến quyền sản nghiệp- mà ở đây sản nghiệp được xem là một tập hợp tài sản có và tài sản nợ thuộc về một người nhất định, có nghĩa là một tập hợp các quan hệ tài sản của một người⁸⁹. Do đó trong định nghĩa của Vũ Văn Mẫu về nghĩa vụ nhắc tới đối tượng của nghĩa vụ là cung khoản có thể trị giá bằng tiền nhằm nhấn mạnh tới mối quan hệ về tài sản⁹⁰. Cần hết sức lưu ý rằng: nếu quan niệm nghĩa vụ là quan hệ nhân thân, thì không thể chuyển giao quyền yêu cầu và chuyển giao nghĩa vụ.

Có điểm khác biệt, Điều 399, Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896⁹¹ qui định đối tượng của nghĩa vụ có thể là những gì không xác định được bằng tiền. Thực tiễn áp dụng điều khoản này đã diễn ra tại một phiên toà ở Tokyo khi giải quyết tranh chấp liên quan tới việc một cha cố cam kết rửa tội cho con chiên có phải là nghĩa vụ hay không. Nhiều luật gia Nhật Bản cho rằng, các hành vi không được trị giá thành tiền không nhất thiết thuộc phạm trù đạo đức. Vì vậy qua vụ việc này, Toà án đã thừa nhận sự tồn tại của nghĩa vụ nói trên⁹².

Luận giải về tính chất tài sản của nghĩa vụ, có quan điểm được ủng hộ nhiệt thành ở Việt Nam xác định các vật quyền được luật dân sự điều chỉnh ở trạng thái tĩnh; còn khi các tài sản đó được lưu thông, thì chúng được xác định ở trạng thái

⁸⁹ Các nước theo Common Law cũng có quan niệm về sản nghiệp trong sự phân biệt với tài sản trong các vấn đề pháp lý về doanh nghiệp, thừa kế, phá sản..., tuy nhiên không thật sự rõ rệt. Cũng như vậy pháp luật Việt Nam cũng có phân biệt sản nghiệp và tài sản trong nhiều vấn đề pháp lý tương tự thể hiện qua các đạo luật như Bộ luật Dân sự 2005, Luật Phá sản 2004, Luật Doanh nghiệp 2005..., nhưng không rõ rệt và có phần làm xáo trộn các khái niệm này

⁹⁰ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 13

⁹¹ Điều 399, Bộ luật Dân sự Nhật Bản qui định: “Một trái quyền có thể có, đối với đối tượng của nó, thậm chí một vài thứ không thể ước lượng được bằng tiền”.

⁹² Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 347

động- đó là nội dung của trái quyền hay nghĩa vụ dân sự⁹³. Như vậy các quan hệ nghĩa vụ đều mang tính chất tài sản, có nghĩa là có thể trị giá bằng tiền. Tại đây đã xuất hiện một vấn đề về thuật ngữ là nên sử dụng thuật ngữ “tài sản” hay thuật ngữ “sản nghiệp” để chỉ tính chất của nghĩa vụ. Có lẽ thuật ngữ tài sản dễ bị nhầm lẫn, trong khi thuật ngữ sản nghiệp phản ánh được đầy đủ các khía cạnh của mối quan hệ này.

Hiện nay ở Việt Nam có một số luật gia còn đưa ra các quan niệm khác về đặc điểm của nghĩa vụ. Lê Nét cho rằng nghĩa vụ có bốn đặc điểm: (1) Nghĩa vụ là một ràng buộc pháp lý, phát sinh trên cơ sở thoả thuận hoặc luật định; (2) Quan hệ nghĩa vụ là một quan hệ pháp luật dân sự tương đối; (3) Quan hệ nghĩa vụ là một quan hệ trái quyền; và (4) Có chế tài dân sự cụ thể kèm theo khi bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ⁹⁴. Chưa đi sâu cũng có thể nói ngay đặc điểm thứ tư của nghĩa vụ theo quan niệm này không thật sự là một đặc điểm của nghĩa vụ vì bản thân nó bị bao hàm trong đặc điểm thứ nhất của nghĩa vụ theo quan niệm này. Chắc chắn phải hiểu rằng, nói tới sự ràng buộc pháp lý có nghĩa là nói tới sự cưỡng chế thi hành, và chế tài phải được nhắc đến trong sự cưỡng chế đó. Đặc điểm thứ ba của nghĩa vụ theo quan niệm này không phải là một đặc điểm của nghĩa vụ mà chính là sự mô tả quan hệ nghĩa vụ theo một cách thức khác bởi vì như trên đã phân tích quan hệ nghĩa vụ có thể gọi là quan hệ trái quyền. Đặc điểm thứ hai của nghĩa vụ theo quan niệm này được đặt tên không chuẩn xác vì quan hệ pháp luật dân sự tương đối là hệ quả của quyền đối nhân. Về đặc điểm này tác giả Lê Nét đã viết nguyên văn như sau:

“Quan hệ nghĩa vụ là một quan hệ pháp luật dân sự tương đối (tiếng latin là *in personam*). Có nghĩa là, chỉ có bên có nghĩa vụ mới phải thực hiện công việc

⁹³ Đào Trí Úc, *Một số vấn đề cơ bản về Bộ luật Dân sự Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, Số chuyên đề 1997, tr.25

⁹⁴ Nguyễn Xuân Quang- Lê Nét- Nguyễn Hồ Bích Hằng, *Luật dân sự Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2007, tr. 277

đối với bên có quyền. Bên có quyền và bên có nghĩa vụ trong quan hệ này được được xác định”⁹⁵.

Thuật ngữ *in personam* ở đây phải được dịch là đối nhân trong nghĩa đối lập với *in rem* là đối vật. Và hệ quả: quyền đối nhân là một quan hệ pháp luật dân sự tương đối; còn quyền đối vật là quan hệ pháp luật dân sự tuyệt đối. Phải nhắc thêm, sự lý giải về đặc điểm thứ nhất của nghĩa vụ mà tác giả Lê Nết đưa ra trong công trình nghiên cứu của mình là chưa thoả đáng bởi lẽ tác giả đã xuất phát từ quan niệm cổ của các luật gia La Mã coi nguồn gốc của nghĩa vụ là sự thoả thuận (hợp đồng) hoặc luật định. Vai trò của ý chí đơn phương chưa được nhắc tới một cách có ý thức tại đó.

Mục 3.2

Nguồn gốc của nghĩa vụ và phân loại nghĩa vụ

I. Nguồn gốc của nghĩa vụ

Luật La Mã đã chỉ ra hai nguồn gốc căn bản của nghĩa vụ. Nói cách khác, nghĩa vụ phát sinh từ hai nguồn gốc. *Thứ nhất*, hành vi pháp lý hay hợp đồng (*obligatio ex contractu*), còn được gọi là nguyên nhân hợp pháp. *Thứ hai*, sự kiện pháp lý hay sự vi phạm (*obligatio ex delicto*), còn được gọi là nguyên nhân bất hợp pháp. Cách thức phân loại nguồn gốc của nghĩa vụ này đã ảnh hưởng tới các Bộ luật Dân sự của các nước thuộc Họ pháp luật La Mã- Đức.

Trước tiên cần tìm hiểu từ “nguồn gốc” để hiểu tại sao các luật gia Việt Nam trước kia thường sử dụng thuật ngữ “nguồn gốc của nghĩa vụ” mà không sử dụng thuật ngữ “căn cứ phát sinh nghĩa vụ” như Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 và các công trình nghiên cứu của các luật gia Việt Nam hiện nay thường sử dụng. Aristote (triết gia Hy Lạp cổ đại) cho rằng từ “nguyên nhân” dùng để chỉ nhiều ý nghĩa khác nhau. Chẳng hạn đối với chiếc giường thì “nguyên nhân mục đích” là

⁹⁵ 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. 277

sự nghỉ ngơi; “nguyên nhân tác thành” là người thợ mộc; “nguyên nhân thể chất” là gỗ; “nguyên nhân mô thể” là hình thức khiến đồ vật là cái giường khác với các loại đồ vật khác. Bởi vậy nói tới “nguồn gốc của nghĩa vụ” là nói tới nguyên nhân tác thành nên nghĩa vụ. Và thuật ngữ này được sử dụng trong Luật La Mã cổ đại⁹⁶. Vậy việc sử dụng thuật ngữ nguồn gốc của nghĩa vụ gần gũi hơn với sự phân biệt giữa nghĩa vụ được tạo lập nên bởi ý chí của đương sự và nghĩa vụ được tạo lập nên bởi ý chí của nhà làm luật.

Tiếp nhận Luật La Mã, Bộ luật Dân sự Đức 1900 chia nguồn gốc của nghĩa vụ thành hai loại căn bản là hợp đồng và những nguồn gốc khác. Nguồn gốc thứ hai này được chia thành nhiều loại khác nhau như: vi phạm, chuẩn hợp đồng và thực hiện công việc không có uỷ quyền. Những nghĩa vụ phát sinh từ nguồn gốc thứ hai này được coi là những nghĩa vụ pháp định⁹⁷. Pháp luật của Pháp quan niệm có năm nguồn gốc của nghĩa vụ là hợp đồng, vi phạm, chuẩn hợp đồng, chuẩn vi phạm và nghĩa vụ pháp định⁹⁸. Quan niệm này giống với quan niệm của Bộ luật Justinian.

Nguồn gốc của nghĩa vụ được dùng làm một loại căn cứ để phân loại nghĩa vụ. Cách thức phân loại này thích hợp với pháp điển hoá. Về mặt khoa học, người ta có thể chia ra hai loại nghĩa vụ. *Thứ nhất*, nghĩa vụ hợp đồng được tạo nên bởi ý chí chung của các đương sự. *Thứ hai*, nghĩa vụ ngoài hợp đồng phát sinh ngoài ý chí của các đương sự. Loại nghĩa vụ này lại được phân thành hai loại: (1) Nghĩa vụ phát sinh ra bởi sự kiện của người thụ trái như vi phạm và chuẩn vi phạm, có nghĩa là những hành động cố ý hay vô ý gây thiệt hại cho người thứ ba; và chuẩn hợp đồng, tức là có nghĩa vụ phát sinh như khi có một hợp đồng, nhưng thực tế không có hợp đồng; (2) Nghĩa vụ do luật định phát sinh ngoài những hành vi hay sự kiện của người thụ trái.

⁹⁶ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 47

⁹⁷ Nigel Foster, *German Law & Legal System*, Blackstone Press Limited, London, 1993, p. 214.

⁹⁸ Louis Bach, *Droit Civil- Tome 1*, 13e Édition, Sirey, p. 493

Bộ luật Dân sự của Pháp 1804, Bộ luật Dân sự Đức 1900 và các Bộ luật Dân sự của một số nước Châu Âu cùng ra đời trong kỷ nguyên của chủ nghĩa tự do cá nhân vô giới hạn. Do đó ở chúng diễn đạt tư tưởng hạn chế sự can thiệp của nhà nước vào sự lựa chọn của cá nhân và các quyền tự do của cá nhân⁹⁹. Chương trên đã nói rõ các Bộ luật Dân sự này được xây dựng trên nền tảng học thuyết tự do ý chí. Học thuyết này đã thống trị các luật gia Châu Âu và Hoa Kỳ suốt thế kỷ XIX với quan niệm cá nhân chỉ bị ràng buộc bởi ý chí của chính mình, vì thế đã dẫn tới một hệ quả vô cùng quan trọng là xem hợp đồng là nguồn gốc quan trọng nhất của nghĩa vụ¹⁰⁰. Cho nên chế định này bao giờ cũng chiếm một vị trí lớn trong các Bộ luật Dân sự. Hợp đồng thường được giải thích trong các điều kiện của tự do ý chí. Bởi vậy ý chí được coi là căn bản của nghĩa vụ. Tuy nhiên, pháp luật cũng có thể đặt ra nghĩa vụ buộc cá nhân phải thi hành như đã nghiên cứu ở Chương trên. Từ đó, có thể thấy ngoài nguồn gốc hợp đồng của nghĩa vụ, các nguồn gốc khác của nghĩa vụ đều do luật định, nên việc chia chúng thành vi phạm, chuẩn vi phạm, chuẩn hợp đồng và nghĩa vụ pháp định không thật xác đáng về mặt học thuật. Ngoài ra, còn phải thấy ý chí đơn phương cũng là một nguồn gốc quan trọng làm phát sinh nghĩa vụ.

Ngày nay người ta phân loại các nguồn gốc của nghĩa vụ thành: (1) Hành vi pháp lý (juridical acts), hay còn gọi là giao dịch pháp lý¹⁰¹; và (2) sự kiện pháp lý (juridical facts). Cần lưu ý: Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 tại Chương VI không sử dụng thuật ngữ “hành vi pháp lý” hay “giao dịch pháp lý” để chỉ hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương, mà sử dụng thuật ngữ “giao dịch dân sự” để chỉ chung hai loại hành vi này. Việc sử dụng thuật ngữ “giao dịch dân sự” trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 là chưa chuẩn xác bởi lẽ người ta thường sử dụng

⁹⁹ Nigel Foster, *German Law & Legal System*, Blackstone Press Limited, London, 1993

¹⁰⁰ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p.5

¹⁰¹ Lưu ý trong cuộc sống thường nhật, mọi người thường sử dụng từ “giao dịch” để diễn đạt sự giao tiếp, trao đổi với nhau về một vấn đề gì đó. Nhiều khi họ thường thêm tính từ vào đó để phân biệt loại giao tiếp hay trao đổi về vấn đề này với giao tiếp hay trao đổi vấn đề khác (ví dụ như “giao dịch thương mại”, “giao dịch kinh doanh”, “giao dịch buôn bán”...). Nhưng trong lĩnh vực pháp lý, thuật ngữ “giao dịch” chỉ một nguyên nhân làm phát sinh ra hậu quả pháp lý. Nên thuật ngữ “giao dịch pháp lý” được dùng ở đây để phân biệt giữa giao dịch với tính cách là một thuật ngữ pháp lý với một từ ngữ đời thường.

thuật ngữ “giao dịch dân sự” hay “hành vi dân sự” để phân biệt với “giao dịch thương mại” hay “hành vi thương mại” trong khi đó Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 áp dụng cho cả quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại và lao động (Điều 1, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005). Phải thấy rằng ở những nước có sự phân biệt giữa luật dân sự và luật thương mại, và pháp điển hoá luật dân sự và luật thương mại một cách riêng rẽ, thì đạo luật về dân sự vẫn là nền tảng của hệ thống luật tư và vẫn được áp dụng cho các quan hệ thương mại khi luật thương mại không có giải pháp. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định các nguồn gốc của nghĩa vụ tại Điều 281. Tuy nhiên tại điều luật này cần lược bỏ từ “dân sự” ra khỏi các thuật ngữ “nghĩa vụ dân sự” và “hợp đồng dân sự” bởi vì như trên đã nói phần nghĩa vụ trong bất kể bộ luật dân sự nào cũng đều được sử dụng chung cho các quan hệ dân sự và quan hệ thương mại; và không chỉ “hợp đồng dân sự” mới làm phát sinh nghĩa vụ. Các Bộ luật Dân sự của nhiều nước trên thế giới dùng các thuật ngữ “nghĩa vụ”, “hợp đồng” mà không thêm từ “dân sự” vào đó đều không xảy ra câu chuyện xáo trộn hay hiểu nhầm trong hệ thống pháp luật của họ. Có thể có ý kiến cho rằng từ “dân sự” thêm vào thuật ngữ “nghĩa vụ” để phân biệt giữa “nghĩa vụ dân sự” và “nghĩa vụ tự nhiên”. Song câu chuyện không hẳn như vậy bởi trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 từ “dân sự” cũng được thêm vào thuật ngữ “hợp đồng” trong khi đó người ta không có khái niệm “hợp đồng tự nhiên”, mà người ta chỉ làm như vậy để phân biệt “hợp đồng dân sự” với “hợp đồng thương mại”.

Nhiều luật gia Nhật Bản khi trao đổi về chuyên môn với các luật gia Việt Nam thông qua dự án JICA cho rằng: (1) Trong đời sống của con người, pháp luật không cần thiết can thiệp vào mọi quan hệ, mọi hành vi, tuy nhiên, mặt khác, cần can thiệp để ngăn cấm, hoặc bảo vệ và hỗ trợ cho các quan hệ của con người trong đời sống xã hội; (2) pháp luật thường can thiệp bằng các qui định theo kiểu “khi có một điều kiện xác định, thì một hậu quả xác định kéo theo” (các điều kiện đó gọi là điều kiện pháp lý, và hậu quả đó gọi là hậu quả pháp lý); (3) các điều kiện có thể bao gồm hành vi của con người, sự kiện, và thời hiệu). Họ chia hành vi pháp lý

thành ba loại căn cứ vào số lượng người tuyên bố ý chí: hành vi đơn phương (individual act), hợp đồng, và hành vi tập thể (joint act). Hợp đồng và hành vi tập thể được họ phân biệt bằng sự tuyên bố ý chí đối lập của hai hay nhiều người (hợp đồng) và bằng sự tuyên bố ý chí hướng tới một mục đích (hành vi tập thể)¹⁰². Có thể thấy sự phân loại này không thật chính xác ngay từ căn cứ phân loại (có nghĩa là căn cứ vào số lượng người tuyên bố ý chí) bởi đối với hợp đồng và hành vi tập thể thì đều có hai hoặc nhiều người cùng tuyên bố ý chí. “*Giáo trình luật dân sự Việt Nam*” của Học viện Tư pháp đã có đôi điều bình luận về sự phân biệt giữa hợp đồng và hành vi tập thể, tuy quan điểm của người phân biệt và quan điểm của người bình luận không có sự phân tách rõ ràng, khó xác định đâu là quan điểm của người phân biệt và đâu là quan điểm của người bình luận. Cũng có ý niệm về hành vi tập thể, Xaca Vacaxum và Tori Aridumi trong khi bình luận Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 cho rằng còn một loại hành vi nữa gần với hợp đồng, đồng thời cũng gần với hành vi tập thể. Hành vi loại này (ví dụ thoả ước lao động tập thể) xét dưới giác độ ký kết thì gần với hợp đồng, còn xét về hậu quả pháp lý thì gần gũi hơn với các giao dịch tập thể¹⁰³. Vậy có thể nói dường như hai học giả này chia hành vi pháp lý thành bốn loại: hành vi pháp lý đơn phương, hợp đồng, hành vi tập thể, và “hành vi lưỡng tính”¹⁰⁴.

Tiếp cận theo cách thức mới với tầm khái quát cao, Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 chia các nguồn gốc phát sinh nghĩa vụ thành ba loại tại Điều 307, khoản 2 như sau: “Các nghĩa vụ phát sinh từ sự thoả thuận, từ sự gây thiệt hại, hoặc theo các căn cứ khác được qui định tại Bộ luật này”. Trong khi đó Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 lại liệt kê chi tiết các nguồn gốc của nghĩa vụ như sau:

“Nghĩa vụ dân sự phát sinh từ các căn cứ sau đây:

1. Hợp đồng dân sự;

¹⁰² Japan International Cooperation Agency (JICA), *Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998)*, Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt, pp. 110- 111

¹⁰³ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 117- 118

¹⁰⁴ Lưu ý “hành vi lưỡng tính” là tên do tôi (Ngô Huy Cương) đặt cho loại hành vi theo quan điểm của Xaca Vacaxum và Tori Aridumi để tạo thuận lợi cho việc bình luận và trao đổi

2. Hành vi pháp lý đơn phương;
3. Thực hiện công việc không có uỷ quyền;
4. Chiếm hữu, sử dụng tài sản hoặc được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật;
5. Gây thiệt hại do hành vi trái pháp luật;
6. Những căn cứ khác do pháp luật qui định” (Điều 281).

Điều luật này cho thấy sự thiếu nhất quán trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Một mặt, Bộ luật này qui định điều tiết cả các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại và lao động (Điều 1); nhưng mặt khác, lại vẫn phân biệt giữa hợp đồng dân sự với các loại hợp đồng khác, trong khi đó đối với hành vi pháp lý đơn phương lại không có sự phân biệt giữa “hành vi pháp lý đơn phương dân sự” và “hành vi pháp lý đơn phương thương mại”, và cũng không có sự phân biệt giữa dân sự với thương mại đối với các căn cứ phát sinh nghĩa vụ khác. Thực ra nghiên cứu nguồn gốc của nghĩa vụ hay căn cứ phát sinh nghĩa vụ là nghiên cứu có tính chất chung cho cả quan hệ có tính chất dân sự và quan hệ có tính chất thương mại. Suy cho cùng luật thương mại là một nhánh của luật nghĩa vụ. Nói cách khác luật nghĩa vụ là nền tảng của luật thương mại bởi luật thương mại thường được định nghĩa là một ngành luật tư điều tiết các quan hệ của các thương nhân hay hành vi thương mại, mà hành vi thương mại thực sự là hành vi pháp lý có tính chất thương mại. Giả sử bỗng một hôm nào đó có một quyết định hợp nhất luật dân sự và luật thương mại để qui định trong một đạo luật, thì cái gọi là luật thương mại như người ta vẫn thường quan niệm sẽ nằm gọn trong phần nói về nghĩa vụ của đạo luật đó.

Nhân đây cần lưu ý: Luật Thương mại Việt Nam 1997 sử dụng thuật ngữ “hành vi thương mại” phù hợp với truyền thống của pháp luật Việt Nam và cũng phù hợp với hệ thống thuật ngữ pháp lý của Việt Nam. Nhưng đáng tiếc, Luật Thương mại Việt Nam 2005 đã sử dụng thuật ngữ “hoạt động thương mại” thay cho thuật ngữ “hành vi thương mại”. Do đó nhiều người đã chưa hiểu hết cái gọi là “hoạt động thương mại” chính là “hành vi thương mại” mà nó cũng phải chịu sự

điều tiết chung của các qui định về hành vi pháp lý hay cái gọi là giao dịch dân sự của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005.

Đạo luật thương mại mới này (với một kỹ thuật viết luật lạ lùng) qui định tại Điều 1, khoản 1 như sau: “*1. Hoạt động thương mại thực hiện trên lãnh thổ nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam*”. Đoạn trích dẫn này khiến chúng ta không hiểu nổi nó nói gì hay qui định về cái gì, bởi người làm luật đã biến tiêu đề của điều luật thành nội dung của điều luật. Vậy là từ nay trở đi khi cần trích dẫn một khoản cũng không được mà phải trích dẫn cả tiêu đề¹⁰⁵ của điều luật như sau:

“Điều 1. Phạm vi điều chỉnh

1. Hoạt động thương mại thực hiện trên lãnh thổ nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam”.

Trích dẫn như trên giúp chúng ta hiểu (nhưng không biết có đúng ý của nhà làm luật không!?) rằng Đạo luật thương mại này điều tiết hoạt động thương mại (ở đây nhớ phải ngầm hiểu là “hành vi thương mại”).

Cách viết luật này nguy hiểm đối với những qui định cấm. Đôi khi người ta không biết cấm hay cho phép nếu không có sự giải thích theo logic của cả điều luật hoặc thậm chí của cả đạo luật. Điều đó cũng có nghĩa là các qui định cấm trong đạo luật mới này không rõ ràng. Chẳng hạn Luật Doanh nghiệp 2005 của Việt Nam qui định:

“Điều 11. Các hành vi bị cấm

1. Cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho người không đủ điều kiện hoặc từ chối cấp Giấy chứng nhận đăng lý kinh doanh cho người đủ điều kiện theo qui định của Luật này; gây chậm trễ, phiền hà, cản trở, sách nhiễu người yêu cầu đăng ký kinh doanh và hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

2. Hoạt động kinh doanh dưới hình thức doanh nghiệp mà không đăng ký kinh doanh hoặc tiếp tục kinh doanh khi đã bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

¹⁰⁵ Thông thường tiêu đề hay tên gọi của điều luật được sử dụng để tra cứu, chứ không phải là nội dung của điều luật.

3. Kê khai không trung thực, không chính xác nội dung hồ sơ đăng ký kinh doanh; kê khai không trung thực, không chính xác, không kịp thời những thay đổi trong nội dung hồ sơ đăng ký kinh doanh.

4. Kê khai không vốn đăng ký, không góp đủ và đúng hạn số vốn như đã đăng ký; cố ý định giá tài sản góp vốn không đúng giá trị thực tế.

5. Hoạt động trái pháp luật, lừa đảo; kinh doanh các ngành, nghề cấm kinh doanh.

6. Kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh có điều kiện khi chưa đủ các điều kiện kinh doanh theo quy định của pháp luật.

7. Ngăn cản chủ sở hữu, thành viên, cổ đông của doanh nghiệp thực hiện các quyền theo quy định của Luật này và Điều lệ công ty.

8. Các hành vi bị cấm khác theo qui định của pháp luật”.

Thôi thì với điều luật được viết như trên, người có học thông cảm cho nhà làm luật, nên cứ tự tiện thêm vào trước mỗi khoản một chữ “cấm”, và sau mỗi dấu chấm phẩy (;) cũng một chữ “cấm”. Nhưng đối với khoản 8 của điều luật này thì thêm chữ gì? hay là không thêm? Thôi đành cứ tự tiện không thêm chữ gì cả, bởi thêm vào lập tức làm xáo trộn cả hệ thống văn bản pháp luật. Nếu thêm chữ “cấm” vào khoản 8 này thì câu văn sẽ thành như sau: “Cấm các hành vi bị cấm khác theo qui định của pháp luật”. Vài năm gần đây Quốc hội đã thông qua rất nhiều các đạo luật có cách viết như vậy.

Điều 281, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã dẫn ở trên cho thấy nhà làm luật đã phân biệt rõ ràng giữa hành vi pháp lý đơn phương và thực hiện công việc không có uỷ quyền, trong khi đó lại không có giải thích cho sự khác nhau giữa chúng và cũng không có một chương hay một mục nào qui định riêng cho hành vi pháp lý đơn phương, mà lại có một chương riêng qui định về thực hiện công việc không có uỷ quyền (Chương XIX, từ Điều 594 đến Điều 598). Vì vậy các học giả Việt Nam buộc phải đưa ra sự phân biệt mà không biết đúng hay sai. Điển hình “*Giáo trình luật dân sự Việt Nam*” của Trường Đại học Luật Hà Nội giải nghĩa: “Hành vi pháp lý đơn phương là giao dịch trong đó thể hiện ý chí của một bên

nhằm làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự”¹⁰⁶, rồi tiến tới phân biệt như sau:

“Nhìn vào hình thức thì thực hiện công việc không có uỷ quyền giống như hành vi pháp lý đơn phương. Tuy nhiên, đối với hành vi pháp lý đơn phương thì chưa xác định được chủ thể bên kia và có thể không hình thành quan hệ nghĩa vụ. Nhưng thực hiện công việc của người khác¹⁰⁷ bao giờ cũng phát sinh quan hệ nghĩa vụ đối với các chủ thể được xác định”¹⁰⁸.

Hai đoạn văn trích dẫn này của cùng một giáo trình nhưng mâu thuẫn với nhau. Đoạn trích dẫn thứ nhất cho thấy bất kể việc tuyên bố ý chí đơn phương nào mà tạo lập ra một hậu quả pháp lý đều được xem là hành vi pháp lý đơn phương. Đoạn trích dẫn thứ hai lại cho thấy một sự tuyên bố ý chí đơn phương chỉ được xem là hành vi pháp lý đơn phương khi hội đủ hai điều kiện là: (1) chưa xác định được dứt khoát chủ thể bên kia; và (2) có thể không hình thành quan hệ nghĩa vụ. Chưa bàn đến sự đúng sai của hai quan niệm này, nhưng có thể nói đây chính là một khiếm khuyết của việc nhiều người cùng viết chung một giáo trình¹⁰⁹.

Quan điểm về sự phân biệt giữa hành vi pháp lý đơn phương và thực hiện công việc không có uỷ quyền của đoạn văn thứ hai này cần phải được nghiên cứu bằng cách xem xét hành vi pháp lý đơn phương là gì. Tuy nhiên phải nói ngay, nếu không có sự phân biệt như trên thì việc nghiên cứu hành vi pháp lý đơn phương lúc nào cũng rất cần thiết trong các công trình nghiên cứu tổng quát về hợp đồng bởi lẽ chính nó có tác dụng quan trọng trong việc hiểu biết sâu sắc về đề nghị giao kết hợp đồng vì chính đề nghị giao kết hợp đồng là một hành vi pháp lý đơn phương.

¹⁰⁶ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 1*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2006, tr. 141

¹⁰⁷ Đoạn văn này được viết trong mục “*Thực hiện công việc không có uỷ quyền*”, nên sự diễn đạt “thực hiện công việc của người khác” chính là sự diễn đạt thực hiện công việc không có uỷ quyền

¹⁰⁸ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 20

¹⁰⁹ Giáo trình này cho biết: Đoạn văn thứ nhất là của TS. Bùi Đăng Hiếu và ThS. Kiều Thị Thanh; còn đoạn văn thứ hai của TS. Phạm Văn Tuyết

Trong một công trình nổi tiếng giới thiệu về luật tư của Québec (Canada), John E.C. Brierley và Roderick A. Macdonald khẳng định: luật tư của xứ sở này qui định cam kết đơn phương (hành vi pháp lý đơn phương) cho phép một người xác lập một hậu quả pháp lý, và bao gồm di chúc, thừa nhận cha đối với con, từ bỏ quyền thừa kế, khước từ chính thức một vật quyền, quyền chuộc lại trong hợp đồng mua bán, quyền chọn trong nghĩa vụ lựa chọn, phê chuẩn hợp đồng của vị thành niên, thực hiện công việc không có uỷ quyền, xác nhận lại một hợp đồng vô hiệu. Các hành vi pháp lý đơn phương không phụ thuộc vào một chế độ pháp lý đồng nhất. Dù vậy chúng vẫn mang đến một hiệu lực pháp lý bắt buộc¹¹⁰. Vì không thể thiết lập một qui chế pháp lý chung cho hành vi pháp lý đơn phương bởi tính phong phú của nó, nên các Bộ luật Dân sự vẫn phải thiết lập các qui chế pháp lý khác nhau cho từng nguồn gốc của nghĩa vụ theo cách thức của Luật La Mã. Điều này lý giải cho việc tại sao không có một phần riêng hay một chương riêng cho hành vi pháp lý đơn phương trong các Bộ luật Dân sự, trong khi Bộ luật Dân sự nào cũng có phần riêng hay chương riêng dành cho hợp đồng. Điều này cũng cho thấy khó có thể xây dựng một lý thuyết chung cho hành vi pháp lý đơn phương giống như lý thuyết chung cho hợp đồng. Vậy xét cho cùng, bằng ý muốn của chính bản thân mình (tự nguyện), một người tạo lập ra một hậu quả pháp lý thì được xem là hành vi pháp lý đơn phương. Nên thực hiện công việc không có uỷ quyền là việc một người tự nguyện gánh vác công việc của người khác mà anh ta không có nghĩa vụ như vậy và làm phát sinh ra một hậu quả pháp lý, mà theo pháp luật Việt Nam bao gồm:

(1) *Đối với người thực hiện*: phải thực hiện công việc phù hợp với khả năng điều kiện của mình, như công việc của chính mình, phù hợp với ý định của người có công việc (nếu biết hoặc đoán trước được ý định của người đó); phải thông báo cho người có công việc về việc thực hiện công việc nếu có yêu cầu; phải tiếp tục thực hiện công việc trong trường hợp người có công việc chết cho đến khi có sự

¹¹⁰ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 429

tiếp nhận của người thừa kế hoặc người đại diện của người có công việc; phải thông báo cho người có công việc, hoặc người đại diện hay người thân thích của người có công việc, hoặc có thể nhờ người khác thực hiện nếu không thể đảm nhận công việc (Điều 595, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005);

(2) *Đối với người có công việc*: phải tiếp nhận công việc khi người thực hiện bàn giao; phải thanh toán chi phí hợp lý cho người thực hiện kể cả trong trường hợp kết quả công việc không đạt như mong muốn; phải trả thù lao cho người thực hiện khi công việc được thực hiện chu đáo, có lợi cho người có công việc (Điều 596, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005).

Trong pháp luật của Pháp thực hiện công việc không có uỷ quyền (*gestion d'affaires*) hay phê chuẩn việc thực hiện công việc không có uỷ quyền (*la ratification de la gestion d'affaires*) được xem là hành vi pháp lý đơn phương. Theo Boris Starck hành vi pháp lý đơn phương không đòi hỏi thống nhất về mặt ý chí (ví dụ việc thừa nhận một đứa con ngoài giá thú, không cần thiết sự đồng ý của người con), nên bao gồm: di chúc, tuyên bố nhận thừa kế, từ bỏ một dịch quyền, xác nhận hành vi pháp lý vô hiệu, dừng hợp đồng thuê, đơn phương huỷ bỏ hợp đồng lao động, đề nghị giao kết hợp đồng, hứa thưởng, thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên¹¹¹... Giải thích thuật ngữ phê chuẩn trong luật dân sự, một cuốn từ điển đối chiếu và giải thích thuật ngữ pháp lý Việt- Pháp cũ nói:

“Về Dân luật, phê chuẩn là một hành vi đơn phương do đó một người nhận mọi quyền lợi và chịu mọi nghĩa vụ về một việc gì được một người khác tuy không được uỷ quyền mà nhân danh mình đã làm.

Thí dụ: quản lý sự vụ¹¹² hay những hành vi mà người được uỷ quyền đã làm ngoài phạm vi khế ước uỷ quyền”¹¹³.

Qua các lược khảo trên có thể nói: trong các hệ thống pháp luật của Pháp, Québec (Canada), Việt Nam trước kia (theo truyền thống Pháp) đều nhận định

¹¹¹ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, pp. 16- 17

¹¹² Lưu ý: Từ điển “*Danh- từ pháp- luật lược- giải*” của Trần Thúc Linh gọi thực hiện công việc không có uỷ quyền là quản lý sự vụ

¹¹³ Trần Thúc Linh, *Danh- từ pháp- luật lược- giải*, Nhà sách Khai trí, Sài Gòn

thực hiện công việc không có uỷ quyền hay quản lý sự vụ là một hành vi pháp lý đơn phương. Các nhà làm luật của ta và “*Giáo trình luật dân sự Việt Nam*” của Trường Đại học Luật Hà Nội đã đưa ra sự phân biệt không mấy thuyết phục giữa hành vi pháp lý đơn phương và thực hiện công việc không có uỷ quyền. Có lẽ sự không thuyết phục là ở chỗ họ và cái giáo trình đó đã lồng ghép hai cách phân loại nguồn gốc của nghĩa vụ khác nhau vào làm một (được thể hiện trong Điều 281, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005): Một cách phân loại theo hợp đồng và ngoài hợp đồng; và cách kia theo ý chí và ngoài ý chí. Bộ luật Dân sự Pháp 1804 đã không nhầm lẫn như vậy và đã thiết kế các qui định theo cách phân loại thứ nhất thể hiện cụ thể ở Quyển thứ ba (Các phương thức khác nhau thủ đắc quyền sở hữu), Thiên III (Hợp đồng hay nghĩa vụ hợp ước nói chung) và Thiên IV (Ước định tạo lập ngoài hợp ước).

Mục đích của nghĩa vụ phải tuân thủ một số các điều kiện nhất định như tính hợp pháp, tính có thể thực hiện được và tính có thể xác định được. Đáng lưu ý rằng, trong tính hợp pháp của mục đích chuyển giao vật quyền, các bên không được thiết lập những vật quyền khác hơn các vật quyền do pháp luật qui định. Ở bên trên chúng ta đã bàn rằng, các quyền đối vật là các quyền bị giới hạn bởi pháp luật. Nói cách khác, chỉ pháp luật mới được thiết lập các vật quyền. Do đó việc thiết lập các vật quyền khác với các qui định của pháp luật bị coi là bất hợp pháp. Pháp luật ở các nước đều xác định các vật quyền theo truyền thống Luật La Mã và đều không cho phép các chủ thể của nghĩa vụ tự ý thiết lập các vật quyền. Chẳng hạn Điều 175 của Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 qui định: “Không một vật quyền nào có thể được tạo lập khác hơn những vật quyền được qui định trong Bộ luật này hoặc trong những đạo luật khác”. Truyền thống Common Law có quan niệm khác hơn về việc tạo lập vật quyền. Nhưng Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không đưa ra khái niệm về vật quyền, nhưng cũng có lướt qua cách phân loại vật quyền phỏng theo Luật La Mã cổ đại. Bộ luật này qui định:

“Điều 173. Các quyền của người không phải là chủ sở hữu đối với tài sản

1. Người không phải là chủ sở hữu chỉ có quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản không thuộc sở hữu của mình theo thoả thuận với chủ sở hữu tài sản đó hoặc theo qui định của pháp luật.

2. Các quyền của người không phải là chủ sở hữu đối với tài sản bao gồm:

a) Quyền sử dụng đất;

b) Quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề;

c) Các quyền khác theo thoả thuận hoặc theo qui định của pháp luật.

3. Việc chủ sở hữu chuyển quyền sở hữu tài sản cho người khác không phải là căn cứ để chấm dứt các quyền của người không phải là chủ sở hữu đối với tài sản đó qui định tại khoản 2 Điều này.

4. Các quyền đối với tài sản của người không phải là chủ sở hữu được bảo vệ theo qui định tại Điều 261 của Bộ luật này.

5 Các quyền của người không phải là chủ sở hữu đối với tài sản phải đăng ký bao gồm quyền sử dụng đất, quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề theo thoả thuận và các quyền khác theo qui định của pháp luật”.

Xét về mặt khoa học, Bộ luật này chỉ qui định khoảng chín vật quyền. Đó là quyền sở hữu, quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền địa dịch, quyền cầm cố, quyền thế chấp, quyền sử dụng đất, quyền thuê dài hạn, quyền lưu cư. Từ đây có thể suy luận theo hai phương hướng: (1) hoặc Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không cấm việc sáng tạo ra các vật quyền từ những chủ thể của nghĩa vụ; (2) hoặc Bộ luật này chỉ xác định chín vật quyền đã nói. Nếu theo phương hướng thứ nhất, thì quyền sở hữu không thể là một quyền chắc chắn. Còn nếu theo phương hướng thứ hai, thì các giao lưu dân sự bị bó hẹp. Tuy nhiên các quyền luôn luôn gắn với sự phát triển kinh tế, xã hội như một qui luật. Nên các chủ thể của nghĩa vụ vẫn luôn tìm cách xác lập chúng. Vì vậy, như cách qui định của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 hiện nay, và trong điều kiện chưa sử dụng án lệ, quyền sở hữu- một vật quyền thống trị- sẽ không còn là một quyền chắc chắn, trong khi xã hội hiện đại luôn luôn đòi hỏi bảo vệ nó, nhất là trong nền kinh tế thị trường. Bởi lẽ các vật quyền khác (dịch quyền) luôn luôn gây ảnh hưởng tới quyền sở hữu, nên việc tự

do sáng tạo ra chúng là hành vi nằm ngoài sự bảo đảm của pháp luật đối với quyền sở hữu. Còn đặc tính có thể xác định được không có nghĩa là chỉ cho phép chuyển giao những tài sản hiện có, mà có thể chuyển giao những tài sản sẽ có trong tương lai, nhưng có thể có căn cứ để tin rằng chúng sẽ trở thành hiện thực.

II. Phân loại nghĩa vụ

Đối với nghĩa vụ, có nhiều cách phân loại khác nhau dựa trên nhiều căn cứ khác nhau. Những cách phân loại tinh tế nhất được tìm thấy trong luật nghĩa vụ. Tuy nhiên có những cách phân loại được đưa vào các đạo luật. Trong khi đó còn nhiều cách phân loại khác được phát triển bởi thực tiễn tư pháp và thông qua nghiên cứu chưa được phản ánh trong các đạo luật. Theo John E.C. Brierley và Roderick A. Macdonald cho rằng những cách phân loại này được phát triển trong suốt thế kỷ XX và đã trở thành những phương tiện cho cải cách pháp luật¹¹⁴. Phân loại là phần cốt yếu của khoa học pháp lý. Dựa vào từng phân loại, người ta có thể xây dựng các qui chế pháp lý khác nhau, đưa ra các giải pháp khác nhau cho các trường hợp thực tiễn. Do đó khi thực tiễn xảy ra tình huống mà nhà làm luật không dự liệu trước được thì người ta lại tìm cách phân loại để tìm ra giải pháp cho tình huống thực tiễn đó.

Các căn cứ để phân loại thường thấy trong luật nghĩa vụ bao gồm: (1) Hiệu lực; (2) nguồn gốc; (3) đối tượng, và (4) “mức độ”¹¹⁵. Ngoài ra còn nhiều căn cứ phân loại khác như chế tài, phương thức...

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã sử dụng phân loại nghĩa vụ để thiết lập các qui chế khác nhau cho việc thực hiện đối với mỗi loại nghĩa vụ. Ý tưởng này đã được thể hiện trong Mục 2, Chương XVII, Phần thứ ba của Bộ luật này. Có lẽ dựa vào các căn cứ khác nhau, tuy không nêu rõ trong Bộ luật, nhà làm luật hiện nay của Việt Nam đã phân chia nghĩa vụ thành nhiều loại khác nhau như: (1)

¹¹⁴ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 381

¹¹⁵ Lưu ý: Việc sử dụng thuật ngữ “mức độ” ở đây chưa thật sự chính xác. Tuy nhiên thuật ngữ này sẽ được giải thích sau. “Mức độ” được dịch từ thuật ngữ “intensity” (tiếng Anh)

Nghĩa vụ giao vật (Điều 289); (2) nghĩa vụ trả tiền (Điều 290); (3) nghĩa vụ thực hiện một công việc (Điều 291); (4) nghĩa vụ không được thực hiện một công việc (Điều 291); (5) nghĩa vụ định kỳ (Điều 292); (6) nghĩa vụ có điều kiện (Điều 294); (7) nghĩa vụ có đối tượng tùy ý lựa chọn (Điều 295); (8) nghĩa vụ thay thế được (Điều 296); (9) nghĩa vụ riêng rẽ (Điều 297); (10) nghĩa vụ liên đới (Điều 298); (11) nghĩa vụ phân chia được theo phần (Điều 300); (12) nghĩa vụ không phân chia được theo phần (Điều 301); và (13) nghĩa vụ hoàn lại (Điều 298).

Đặc biệt, mặc dù không thật rõ ràng, Luật Thương mại Việt Nam 2005 có sự phân chia nghĩa vụ thành nghĩa vụ mẫn cán trung thực¹¹⁶ (còn được gọi là nghĩa vụ cấp phương tiện hay nghĩa vụ cần mẫn tổng quát) và nghĩa vụ thành quả với nội dung như sau:

“Điều 79. Nghĩa vụ của bên cung ứng dịch vụ theo kết quả công việc

Trừ trường hợp có thoả thuận khác, nếu tính chất của loại dịch vụ được cung ứng yêu cầu bên cung ứng dịch vụ phải đạt được một kết quả nhất định thì bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện cung ứng dịch vụ với kết quả phù hợp với các điều khoản và mục đích của hợp đồng. Trong trường hợp hợp đồng không có qui định cụ thể về tiêu chuẩn kết quả cần đạt được, bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện việc cung ứng dịch vụ với kết quả phù hợp với tiêu chuẩn thông thường của loại dịch vụ đó.

Điều 80. Nghĩa vụ của bên cung ứng dịch vụ theo nỗ lực và khả năng cao nhất

Trừ trường hợp có thoả thuận khác, nếu tính chất của loại dịch vụ được cung ứng yêu cầu bên cung ứng dịch vụ phải nỗ lực cao nhất để đạt được kết quả mong muốn thì bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện nghĩa vụ cung ứng dịch vụ đó với nỗ lực và khả năng cao nhất”.

Cách phân loại nghĩa vụ này chưa được đề cập cụ thể trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Vì vậy khi nghiên cứu về phân loại nghĩa vụ, không nên chỉ dừng lại ở các cách thức phân loại nghĩa vụ của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, mà phải

¹¹⁶ Vũ Văn Mẫu gọi loại nghĩa vụ này là nghĩa vụ cần mẫn tổng quát

nguyên cứu việc phân loại chúng trong cả các văn bản pháp luật khác, và trong thực tiễn tư pháp, cũng như trong các công trình nghiên cứu.

Trong khi các văn bản pháp luật của Việt Nam phân loại nghĩa vụ tương đối đầy đủ như các Đạo luật của nhiều nước trên thế giới, thì các giáo trình giảng giải về các văn bản này lại đưa ra một cách thiếu thốn các phân loại nghĩa vụ. “*Giáo trình luật dân sự Việt Nam*” của Trường Đại học Luật Hà Nội chỉ nói tới việc chia nghĩa vụ thành: “nghĩa vụ dân sự riêng rẽ”, “nghĩa vụ dân sự liên đới”, “nghĩa vụ dân sự được phân chia theo phần”, “nghĩa vụ hoàn lại”, “nghĩa vụ bổ sung”¹¹⁷. “*Giáo trình luật dân sự*” của Học viện Tư pháp cũng đưa ra các phân loại tương tự như giáo trình của Trường Đại học Luật Hà Nội¹¹⁸. Khá giản lược, Lê Nết trong cuốn “*Luật dân sự Việt Nam*” chỉ phân loại nghĩa vụ thành “nghĩa vụ riêng rẽ”, “nghĩa vụ liên đới”, “nghĩa vụ bổ sung”, và “nghĩa vụ hoàn lại”. Đặc biệt tác giả này còn nhấn mạnh: “Để phân tích cách thức thực hiện nghĩa vụ, người ta phân loại nghĩa vụ theo nhiều cách thức khác nhau”. Tiếp đó ông nhận định: “Ứng với mỗi loại nghĩa vụ có cách thực hiện khác nhau”, rồi đưa ra lời khuyên: “Vì vậy một khi đã phân tích các loại nghĩa vụ, thì người đọc cũng phải tham khảo phần “thực hiện nghĩa vụ””¹¹⁹. Vậy đối với Lê Nết phân loại nghĩa vụ chỉ có tác động tới việc thực hiện nghĩa vụ?

1. Phân loại nghĩa vụ theo hiệu lực

Cách phân loại nghĩa vụ theo hiệu lực rất gần gũi với truyền thống pháp luật Việt Nam và cũng gần gũi với một số luật gia hiện nay ở Việt Nam. Ở trên đã phân tích thuật ngữ nghĩa vụ hiểu theo nghĩa rộng bao gồm nghĩa vụ tự nhiên và nghĩa vụ dân sự mà trong đó nghĩa vụ tự nhiên không thể mang tố tụng trước toà án. Điều đó có nghĩa là nghĩa vụ được thừa nhận về mặt pháp lý rất rộng. Song nhiều trong số chúng không bị phụ thuộc và một chế độ pháp lý nhất định. Vì vậy

¹¹⁷ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 27- 35

¹¹⁸ Học viện Tư pháp, *Giáo trình luật dân sự*, Nxb Công an Nhân dân, 2007, tr. 274- 284

¹¹⁹ 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. 282- 287

nhiều luật gia đã đưa ra cách phân loại nghĩa vụ thành nghĩa vụ đạo đức, nghĩa vụ tự nhiên và nghĩa vụ dân sự (nghĩa vụ dân sự đôi khi được gọi là nghĩa vụ pháp lý¹²⁰). Cách phân loại này hoàn toàn không xa lạ với pháp luật Việt Nam vì các Bộ luật Dân sự của các chế độ cũ đã thể hiện cách phân loại như vậy¹²¹. Trong số các nghĩa vụ này chỉ có nghĩa vụ dân sự mới có hiệu lực pháp lý. Tuy nhiên các loại nghĩa vụ khác có những ý nghĩa nhất định, nhất là trong việc giải quyết tranh chấp giữa các bên trong quan hệ nghĩa vụ.

Nghĩa vụ đạo đức không có hiệu lực pháp lý mà chỉ đơn thuần là nghĩa vụ lương tâm. Chẳng hạn một người làm từ thiện đóng góp tiền nuôi những đứa trẻ mồ côi. Khoản tiền đóng góp hay thời gian đóng góp hoặc chính sự đóng góp phụ thuộc hoàn toàn vào khả năng và lòng hảo tâm của người làm từ thiện.

Các luật gia La Mã còn đưa ra một loại nghĩa vụ nằm giữa loại nghĩa vụ dân sự và nghĩa vụ đạo đức- đó là nghĩa vụ tự nhiên. Mặc dù không có định nghĩa chính thức về loại nghĩa vụ này, nhưng để phân biệt nó với các loại nghĩa vụ khác, người ta chia nghĩa vụ tự nhiên thành hai loại:

Loại thứ nhất là các nghĩa vụ ban đầu là nghĩa vụ dân sự, sau đó trở thành nghĩa vụ tự nhiên (có nghĩa là trở nên không có hiệu lực pháp lý nữa). Chẳng hạn nghĩa vụ chi trả một khoản nợ đã hết thời hiệu hay nghĩa vụ của người vỡ nợ được giải phóng.

Loại thứ hai là những nghĩa vụ đạo đức đúng đắn đặc biệt rõ ràng và thúc buộc. Chẳng hạn nghĩa vụ trợ giúp những người nghèo khó trong gia đình, hoặc bù

¹²⁰ Sử dụng thuật ngữ “nghĩa vụ pháp lý” là thoả đáng đối với cách phân loại nghĩa vụ theo hiệu lực, nhưng nó dễ bị nhầm lẫn với “nghĩa vụ pháp định” mà tiếng Pháp gọi là “obligation légale” với tính cách là một nguồn gốc của nghĩa vụ. Vũ Văn Mẫu phê bình thuật ngữ nghĩa vụ pháp định không chính xác, bởi các loại nghĩa vụ phát sinh ngoài ý chí của đương sự (nếu chia theo nguồn gốc) đều có thể gọi là nghĩa vụ pháp định vì chỉ có pháp luật mới có thể thừa nhận hiệu lực thúc buộc của nghĩa vụ khi người thụ trái không tự nguyện thi hành nghĩa vụ. Nói cách khác, thuật ngữ nghĩa vụ pháp định phải được dùng cho các nghĩa vụ dân sự phạm, chuẩn dân sự phạm và nghĩa vụ chuẩn khế ước (Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật học khảo-Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 25)

¹²¹ Chương 1 của Giáo trình này đã dẫn một số điều khoản của Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 và Bộ luật Dân sự 1972 của Việt Nam Cộng hoà

đắp những thiệt hại gây ra mà không có lỗi về mặt pháp lý, hoặc thực hiện những dịch vụ đã cam kết mà thiếu nguyên nhân hay nghĩa vụ đối ứng có giá trị¹²².

Ngày nay khi nói câu chuyện này với các luật gia mới ở Việt Nam, người ta có cảm giác dường như họ tiếp nhận một cách thờ ơ, có lẽ không chỉ bởi họ cho rằng văn bản pháp luật không qui định nên nằm ngoài tầm quan tâm của người học luật, mà họ còn cho rằng đây là một câu chuyện lý thuyết xa xôi, thiếu thực tiễn. Nhưng vấn đề không hẳn như vậy. Có một thực tế mà không ai có thể phủ nhận- đó là luật dân sự luôn luôn gắn bó với đời sống thường nhật của con người (có nghĩa là luật dân sự điều chỉnh các quan hệ thường nhật của con người đối với nhau, và đối với vật) và cuộc sống thường nhật thì luôn luôn biến động, nhiều vấn đề mới nảy sinh từng ngày, trong khi nhà làm luật lại không thể dự liệu hết các trường hợp có thể xảy ra trong đời sống thường nhật đó, nhưng các tranh chấp thì vẫn luôn luôn cần được giải quyết tại toà án. Vì vậy học thuyết pháp lý là một loại nguồn không thể thiếu của luật dân sự. Người ta có thể tìm kiếm được các giải pháp ở đó để giải quyết các tranh chấp xảy ra, nếu các loại nguồn có thứ tự ưu tiên cao hơn không có gợi ý gì về các giải pháp cho trường hợp đó.

Ở Chương I của cuốn Giáo trình này đã đề cập tới một số ví dụ về nghĩa vụ tự nhiên. Đối với loại nghĩa vụ này, nếu người thụ trái đã tự nguyện thực hiện thì không thể đòi lại. Điều đó có nghĩa là sự tự nguyện thực hiện đó đã ràng buộc về mặt pháp lý đối với người thụ trái. Từ đó có thể hiểu pháp luật đã cấp hiệu lực cho trường hợp này vì khi nghĩa vụ đã được thực hiện thì người thụ trái không thể nại ra rằng không có một nghĩa vụ để đòi lại những gì mà mình đã thực hiện. Nói cách khác, người thụ trái trong nghĩa vụ tự nhiên không bị pháp luật cưỡng bức thực hiện nghĩa vụ, nhưng nếu đã thực hiện thì pháp luật công nhận nghĩa vụ đó và vì vậy người thụ trái không thể đòi lại bằng cách nại ra là không có nghĩa vụ, tức là người được thực hiện có quyền từ chối trả lại sự thực hiện. Nghĩa vụ tự nhiên có thể biến đổi thành nghĩa vụ dân sự bởi người thụ trái bằng việc cam kết thực hiện

¹²² John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 382

đáp ứng các yêu cầu nhất định (ví dụ về nguyên nhân hoặc nghĩa vụ đối ứng hoặc về hình thức). Người ta còn biết đến việc bảo đảm đối nhân cho một nghĩa vụ tự nhiên.

Qua đây có thể nhận xét Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chưa quan tâm đầy đủ tới tất cả các khía cạnh của nghĩa vụ. Trong khi đưa ra định nghĩa “nghĩa vụ dân sự” không chính xác tại Điều 280 (có nghĩa là định nghĩa rộng hơn khái niệm nghĩa vụ dân sự) mà bao gồm cả nghĩa vụ tự nhiên trong định nghĩa đó¹²³, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 lại không thể hiện được đầy đủ các khía cạnh đáng quan tâm về mặt pháp lý đối với nghĩa vụ tự nhiên như các nghiên cứu nói trên.

2. Phân loại nghĩa vụ theo nguồn gốc

Trước hết phải nói, phân loại nghĩa vụ theo nguồn gốc là cách phân loại căn bản luôn được phản ánh trong các Bộ luật Dân sự, tuy có thể khác nhau. Cách thức phân loại này ảnh hưởng lớn tới kết cấu của các Bộ luật Dân sự, chỉ ít là tới phần nói về nghĩa vụ. Chẳng hạn Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, sau khi tuyên bố các nguồn gốc của nghĩa vụ tại Điều 281, Phần thứ ba của Bộ luật này, đã thiết lập các qui chế riêng cho từng loại nguồn gốc của nghĩa vụ như: hợp đồng; thực hiện công việc không có uỷ quyền; nghĩa vụ hoàn trả do chiếm hữu, sử dụng tài sản, được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật; bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ, sau khi tuyên bố nghĩa vụ phát sinh ra bởi khế ước, sự đắc lợi vô căn cứ, sự thiệt hại bất công do sự vô tình hay cố ý gây ra, và pháp luật¹²⁴, đã thiết lập các qui chế pháp lý riêng cho khế ước, sự đắc lợi vô căn cứ, sự thiệt hại vô tình hay cố ý gây ra, nghĩa vụ pháp định. Bộ luật Dân sự Pháp 1804 đã chia ra hai loại qui chế pháp lý cho nghĩa vụ hợp đồng và nghĩa vụ ngoài hợp đồng.

Cách thức phân loại nghĩa vụ này có từ thời La Mã cổ đại và được các luật gia thời đó xem là phân loại căn bản (*summa divisio*) bởi họ tin tưởng rằng sự

¹²³ Mục trên đã bình luận định nghĩa về nghĩa vụ dân sự của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005

¹²⁴ Điều thứ 652

phân loại này có thể giải thích được tất cả các qui tắc chi phối mỗi loại nghĩa vụ¹²⁵. Theo luật La Mã, nghĩa vụ phát sinh ra bởi các nguồn gốc như hợp đồng, chuẩn hợp đồng, vi phạm, chuẩn vi phạm, và các nghĩa vụ pháp định. Ứng với mỗi nguồn gốc này là mỗi loại nghĩa vụ được giải thích như sau:

Thứ nhất, nghĩa vụ hợp đồng (contractual obligation) bao gồm toàn bộ các nghĩa vụ được tạo lập một cách tự nguyện từ sự thoả thuận của hai hoặc nhiều người.

Thứ hai, nghĩa vụ chuẩn hợp đồng (quasi- contractual obligation) là nghĩa vụ phát sinh giữa các bên như hậu quả của một hành vi hợp pháp của một bên, nhưng thiếu sự thoả thuận. Trong loại này bao gồm cả thực hiện công việc không có uỷ quyền.

Thứ ba, nghĩa vụ dân sự phạm (delictual obligation) là nghĩa vụ phát sinh từ hành vi cố ý gây thiệt hại cho người khác.

Thứ tư, nghĩa vụ chuẩn dân sự phạm (quasi- delictual obligation) là nghĩa vụ phát sinh từ hành vi vô ý do sơ suất hoặc thiếu thận trọng gây thiệt hại cho người khác.

Thứ năm, nghĩa vụ pháp định là nghĩa vụ pháp sinh thuần túy từ pháp luật độc lập với ý chí của các bên hoặc bất kỳ hành vi nào từ phía họ¹²⁶.

Cách thức phân loại nghĩa vụ theo nguồn gốc tuy là một cách thức phân loại căn bản và được ghi nhận trong hầu hết các Bộ luật Dân sự, nhưng đã không thể bao quát được tất cả các nghĩa vụ, nhất là nghĩa vụ phát sinh ra bởi hành vi pháp lý đơn phương. Thuật ngữ chuẩn hợp đồng được sử dụng gượng ép bởi không thể định được rõ ràng các tiêu chuẩn chung của các nghĩa vụ loại này. Còn thuật ngữ nghĩa vụ pháp định không hoàn toàn chính xác bởi ngoài nghĩa vụ phát sinh do ý chí của đương sự thì chỉ pháp luật mới có thể thừa nhận hiệu lực thúc

¹²⁵ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 23

¹²⁶ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 383

buộc của nghĩa vụ (nếu người thụ trái không tự ý thi hành)¹²⁷. Ngày nay để cố gắng khắc phục những khiếm khuyết ấy, Bộ luật Dân sự Québec (Canada) 1994 qui định nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng hoặc từ bất kỳ hành vi hay sự kiện nào mà hiệu lực của nghĩa vụ bị ràng buộc bởi pháp luật (Điều 1372).

3. Phân loại nghĩa vụ theo đối tượng

Căn cứ vào đối tượng, nghĩa vụ được chia thành ba loại là nghĩa vụ chuyển giao, nghĩa vụ hành động, và nghĩa vụ không hành động ứng với cách phân loại đối tượng của nghĩa vụ. Cách phân loại này là một cách phân loại theo truyền thống mà chúng ta thường thấy trong các công trình nghiên cứu về nghĩa vụ. Tuy nhiên có nhiều luật gia Việt Nam gọi đây là các khách thể của quan hệ pháp luật nghĩa vụ. Vấn đề này có thể gây tranh luận, nhưng sẽ được nói sau.

Theo truyền thống, các nghĩa vụ trên được giải nghĩa như sau:

+ Nghĩa vụ chuyển giao là loại nghĩa vụ buộc người thụ trái chuyển giao vật, và được chia thành hai loại là: chuyển giao vật cả về mặt chất liệu và về mặt pháp lý cho trái chủ (ví dụ trong trường hợp mua bán, người bán phải chuyển giao vật và quyền sở hữu cho người mua); hoặc chỉ chuyển giao vật về mặt chất liệu cho trái chủ (ví dụ trong trường hợp thuê, người cho thuê phải chuyển giao quyền chiếm hữu vật cho người thuê)¹²⁸. Ở đây cần lưu ý rằng theo truyền thống Civil Law, chiếm hữu được xem là một quan hệ thực tế, khác với pháp luật Việt Nam hiện nay quan niệm quyền chiếm hữu là một trong những quyền năng thuộc nội dung của quyền sở hữu.

+ Nghĩa vụ hành động là loại nghĩa vụ buộc người thụ trái phải thực hiện một việc gì đó cho trái chủ. Loại nghĩa vụ này thường thấy trong các loại hợp đồng dịch vụ (chẳng hạn: giặt là quần áo, cắt tóc gội đầu, xây dựng, chuyên chở...).

¹²⁷ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 25

¹²⁸ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 385

+ Nghĩa vụ không hành động là loại nghĩa vụ buộc người thụ trái kiểm chế không làm một việc gì đó. Có thể tìm thấy loại nghĩa vụ này trong các vấn đề như bảo mật thông tin, hạn chế cạnh tranh, không vi phạm dịch quyền... John E. C. Brierley và Roderick A. Macdonald cho rằng nghĩa vụ loại này bao gồm toàn bộ nghĩa vụ vi phạm và nghĩa vụ chuẩn vi phạm, bởi đối tượng của chúng là không được gây thiệt hại cho người khác trong những điều kiện pháp lý nhất định¹²⁹.

Cách phân loại nghĩa vụ này cũng đã được Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đề cập đến tại Điều 280 (định nghĩa về nghĩa vụ dân sự), và tiếp đó là Điều 289 (nghĩa vụ giao vật), Điều 291 (nghĩa vụ thực hiện hoặc không thực hiện một công việc). Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã cố gắng trình bày quan niệm của một số luật gia Việt Nam về mặt học thuật thông qua các qui định của Điều 280 và Điều 282, nên đã làm rắc rối và mâu thuẫn cho việc hiểu và phân loại nghĩa vụ theo đối tượng. Với Điều 280 này thì “nghĩa vụ dân sự là việc mà theo đó mà một hoặc nhiều chủ thể (sau đây gọi chung là bên có nghĩa vụ) phải chuyển giao vật, chuyển giao quyền, trả tiền hoặc giấy tờ có giá, thực hiện công việc khác hoặc không được thực hiện công việc nhất định...”. Một số luật gia Việt Nam cho rằng những gì mà người có nghĩa vụ phải thực hiện là khách thể của quan hệ nghĩa vụ hướng tới đối tượng của nghĩa vụ là tài sản phải giao, công việc phải làm hoặc không được làm. Do đó Điều 282, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định: “Đối tượng của nghĩa vụ dân sự có thể là tài sản, công việc phải thực hiện hoặc không được thực hiện”. Theo cách tư duy như vậy, Lê Nết phát biểu:

“Đối tượng của nghĩa vụ là tài sản phải giao, công việc phải làm hay không được phép làm. Trái với khách thể là lợi ích mà các bên mong muốn đạt được trong hợp đồng, thì đối tượng của nghĩa vụ là cái mà các bên tác động vào”¹³⁰.

Trước hết phải thấy, đối tượng hay khách thể trong tiếng Anh đều được gọi là “object”¹³¹. Và Deluxe Black’s Law Dictionary giải nghĩa “object” là mục đích

¹²⁹ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 385

¹³⁰ 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. 281

được hướng tới. Không khác hơn, từ điển thuật ngữ pháp lý Việt- Pháp giải nghĩa thuật ngữ “objet” như sau: “Đối tượng của một nghĩa vụ là chủ đích của nghĩa vụ đó”. Sau đó phải hiểu nếu nghiên cứu về nghĩa vụ nói chung thì không thể chỉ cho rằng “khách thể là lợi ích mà các bên mong muốn đạt được trong hợp đồng”, bởi hợp đồng chỉ là một loại nguồn gốc của nghĩa vụ. Tiếp nữa cần lưu ý rằng cái gọi là “đối tượng của nghĩa vụ” không thể tách rời cái gọi là “khách thể của nghĩa vụ”. Nếu chúng tách rời, thì không tạo ra một ý nghĩa pháp lý nào cả.

4. Phân loại nghĩa vụ theo mức độ

Ở trên đã nói Luật Thương mại Việt Nam 2005 đã nhắc tới cách phân loại nghĩa vụ thành nghĩa vụ thành quả và nghĩa vụ miễn cản trung thực, trong khi Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có tiếng là đặt nền tảng lý luận cho toàn bộ hệ thống luật tư lại không có ý đồ phân loại nghĩa vụ như vậy. Tất nhiên việc phân loại nghĩa vụ như vậy trong Luật Thương mại Việt Nam 2005 đã tỏ ra thực sự tiên bộ. Đánh giá này là đúng đắn bởi cách phân loại như vậy được hầu hết các công trình nghiên cứu nghĩa vụ trong vài thập kỷ vừa qua nhắc tới. Tuy nhiên các Bộ luật Dân sự được xây dựng trong Thế kỷ XIX và thời kỳ đầu của Thế kỷ XX không đề cập tới cách thức phân loại đó.

Khi phân loại nghĩa vụ theo đối tượng, người ta có nhận xét, việc chia nghĩa vụ thành nghĩa vụ chuyển giao, nghĩa vụ hành động, nghĩa vụ không hành động thường xuất hiện trong khoa học pháp lý, nhưng không mang lại nhiều ích lợi như việc chia nghĩa vụ thành nghĩa vụ miễn cản trung thực và nghĩa vụ thành quả¹³¹. Cách thức phân loại nghĩa vụ theo mức độ này mang lại sự khác biệt lớn về gánh nặng chứng minh sự vi phạm nghĩa vụ. Nó được sáng tạo ra bởi Demongue- một luật gia Pháp- vào khoảng đầu Thế kỷ XX. Và kể từ đó trở đi nó trở thành cách thức phân loại nghĩa vụ quan trọng trong khoa học pháp luật dân sự. Trong cách phân loại này, quan hệ giữa các bên trong bất kỳ nghĩa vụ nào được xem như

¹³¹ Hữu Ngọc, *Sổ tay người dịch tiếng Anh*, Nxb Giáo dục, 1996, tr. 68, 70

¹³² Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 28

có sự tham dự của một trong ba mức độ là: “sự cần mẫn” (yếu tố này cũng được coi là “phương tiện”); “kết quả”; và “sự bảo đảm”¹³³.

Trong nghĩa vụ mẫn cán trung thực, người thụ trái chỉ cam kết thi hành nghĩa vụ một cách mẫn cán, trung thực nhưng không cam kết mang đến một kết quả nhất định nào. Trong loại này người trái chủ phải chứng minh người thụ trái không thực hiện nghĩa vụ, cũng như không hành động cẩn trọng. Còn trong nghĩa vụ thành quả, người thụ trái cam kết về một kết quả xác định. Trong loại nghĩa vụ này người thụ trái phải chứng minh sự không thực hiện nghĩa vụ là do một sự kiện ngẫu nhiên hoặc do một nguyên nhân được miễn giảm trách nhiệm nào khác.

5. Các cách phân loại khác về nghĩa vụ

Các cách thức phân loại nêu trên là các cách phân loại rất cơ bản mà thường thấy trong khoa học pháp luật dân sự. Tuy nhiên, người ta còn có nhiều cách phân loại khác nữa. Mỗi cách thức phân loại có một tiện ích riêng, nhưng không bao quát được đầy đủ.

Có thể căn cứ vào chế tài hoặc vào các dạng thức, người ta còn phân chia nghĩa vụ thành các loại khác nhau. Các cách phân loại này có tính chất thực dụng hơn so với các cách phân loại truyền thống trong vấn đề thực hiện và cưỡng bức thi hành nghĩa vụ.

Phân loại nghĩa vụ theo chế tài

Thông thường pháp luật các nước chia ra ba loại chế tài truyền thống đối với vi phạm nghĩa vụ: *Thứ nhất*, bồi thường thiệt hại; *thứ hai*, buộc thực hiện nghĩa vụ; và *thứ ba*, buộc thực hiện nghĩa vụ thay thế. Có thể gọi đây là ba dạng thức cưỡng chế thi hành nghĩa vụ. Tuy nhiên còn nhiều vấn đề về chế tài cần phải nghiên cứu trong một chương dưới đây. Tương ứng với các chế tài này là các loại nghĩa vụ.

¹³³ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 386

Phân loại nghĩa vụ theo dạng thức

Trong cách thức phân loại này còn nhiều căn cứ phân loại nhỏ. Căn cứ vào thời điểm thực hiện, người ta phân loại nghĩa vụ thành nghĩa vụ thực hiện ngay (như nghĩa vụ trong mua bán trao tay) và nghĩa vụ sẽ được thực hiện trong tương lai (như nghĩa vụ trả tiền vay, trả tiền thuê hoặc có điều kiện). Căn cứ vào số lượng đối tượng, người ta phân loại nghĩa vụ thành nghĩa vụ lựa chọn, nghĩa vụ nối tiếp và nghĩa vụ ngẫu nhiên. Căn cứ vào số lượng chủ thể, người ta phân loại nghĩa vụ thành nghĩa vụ phân chia được, nghĩa vụ không phân chia được, nghĩa vụ liên đới và nghĩa vụ không liên đới. Căn cứ vào sự chấm dứt và chuyển giao nghĩa vụ, người ta lại có thể phân loại nghĩa vụ thành nghĩa vụ được chấm dứt bởi hành động của người thụ trái (như nghĩa vụ được người thụ trái thực hiện), nghĩa vụ được chấm dứt bởi hành động của trái chủ (như nghĩa vụ được chuyển giao, được làm mới, được giải trừ), và nghĩa vụ được chấm dứt bởi hiệu lực của pháp luật (như bồi thường, hết thời hiệu, không thể thực hiện được). Thông thường những cách thức phân loại này không phải là trung tâm của các đạo luật về dân sự¹³⁴. Tuy nhiên chúng có tác dụng không nhỏ trong những trường hợp cụ thể.

Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 dành toàn bộ Chương III để nói về các thể thức của nghĩa vụ. Điều thứ 730 của Bộ luật này qui định:

“Tùy theo nghĩa- vụ thuộc về một hạng nào liệt- kê dưới này, thì hiệu- lực có đổi khác đi:

1) Nói về sự lập-thành nghĩa-vụ, thì nghĩa- vụ hoặc là thuần- túy giản- dị, hoặc là có kỳ- hạn hay có điều- kiện;

2) Nói về sự- vật của nghĩa- vụ, thì nghĩa- vụ có thể hoặc là đấp- đổi, hoặc là tùy- ý;

3) Nói về số người chủ nợ hay người mắc nợ, thì nghĩa- vụ hoặc là giản- đơn, hoặc là phiền- phức;

¹³⁴ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 388

4) Nói về thể-cách hay sự thi- hành của nghĩa- vụ, thì nghĩa- vụ có thể hoặc phân- cát, hoặc không phân- cát được”.

Tương tự như vậy, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 cũng dành cả Chương III để nói về các thể thức của nghĩa vụ. Điều thứ 781 của Bộ luật này qui định:

“Tùy theo nghĩa- vụ thuộc về một hạng nào liệt kê dưới này, thời hiệu lực có đôi khác đi:

1) Nói về sự lập- thành nghĩa- vụ, thời nghĩa- vụ hoặc gián dị hoặc là có kỳ hạn hay có điều kiện;

2) Nói về sự vật của nghĩa- vụ, thời nghĩa- vụ có thể hoặc là đắp đổi, hoặc là tùy ý;

3) Nói về số người chủ nợ hay người mắc nợ, thời nghĩa- vụ hoặc là can hệ đến một người, hoặc là can hệ đến nhiều người ;

4) Nói về thể cách hay sự thi- hành của nghĩa- vụ, thời nghĩa- vụ có thể hoặc phân- cát, hoặc không phân- cát được”.

Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ qui định về các dạng thức của nghĩa vụ tại Thiên hai, Quyển thứ bốn. Điều thứ 747 của Bộ luật này viết:

“Nghĩa vụ phát sinh hậu quả khác nhau tùy theo:

1) Nghĩa- vụ có tính cách đơn thường hay có kỳ- hạn hoặc có điều- kiện;

2) Nghĩa- vụ có tính cách luân- lưu, hay có tính cách thể- nhiệm;

3) Nghĩa- vụ có điều- khoản dự phạt;

4) Nghĩa- vụ có đơn số hay đa số trái chủ và trái hộ”.

Các Bộ luật Dân sự của các chế độ cũ ở Việt Nam bị ảnh hưởng lớn của cách thức phân loại nghĩa vụ theo dạng thức của Bộ luật Dân sự Pháp 1804, và chúng kế thừa nhau để đưa ra các qui tắc thực hiện hợp lý trong từng dạng thức.

Khác hẳn với cách phân loại nghĩa vụ theo dạng thức mà các Bộ luật Dân sự của các chế độ cũ ghi nhận, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định phân loại nghĩa vụ dân sự (chủ yếu theo dạng thức) tại Mục 2 nói về thực hiện nghĩa vụ thuộc Chương XVII (nói về những qui định chung) của Phần thứ ba nói về nghĩa vụ dân sự và hợp đồng dân sự. Vì vậy nhiều luật gia của Việt Nam hiện nay dường

như đã cho rằng phân loại nghĩa vụ chỉ có tác dụng trong việc thực hiện nghĩa vụ, và dường như chỉ quan tâm tới phân loại nghĩa vụ theo dạng thức.

Theo dạng thức, dân luật của Việt Nam trước kia có phân loại trong các Bộ luật Dân sự vừa nói trên. Các phân loại này có nghĩa như sau:

(1) Nghĩa vụ đơn thường là nghĩa vụ khi mới được tạo lập đã chắc chắn và có thể bắt thi hành ngay.

(2) Nghĩa vụ có kỳ hạn là nghĩa vụ mà theo đó trái chủ chỉ có thể yêu cầu thi hành sau một thời gian định trước hoặc khi một sự kiện xác định chắc chắn được dự liệu trước xảy ra.

(3) Nghĩa vụ có điều kiện là nghĩa vụ chỉ phát sinh hay giải trừ phụ thuộc vào một sự kiện đến sau không chắc chắn do ước định hoặc luật định. Điều kiện phát sinh được gọi là điều kiện đình chỉ. Còn điều kiện kia được gọi là điều kiện giải trừ.

(4) Nghĩa vụ có đối tượng tùy ý lựa chọn là nghĩa vụ có nhiều đối tượng khác nhau để người thụ trái tùy ý lựa chọn thực hiện. Việc lựa chọn cũng có thể dành cho trái chủ tùy thuộc vào sự thỏa thuận. Về loại nghĩa vụ này Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 định nghĩa: “Nghĩa vụ dân sự có đối tượng tùy ý lựa chọn là nghĩa vụ mà đối tượng là một trong nhiều tài sản hoặc công việc khác nhau và bên có nghĩa vụ có thể tùy ý lựa chọn, trừ trường hợp có sự thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định dành quyền lựa chọn cho bên có quyền” (Điều 295, khoản 1). Loại nghĩa vụ này còn được gọi là nghĩa vụ luân lưu hay nghĩa vụ đáp đổi.

(5) Nghĩa vụ nhiệm ý hay nghĩa vụ tùy ý thuộc về đồ vật mắc nợ là nghĩa vụ chính buộc người thụ trái vào một đối tượng nhất định, nhưng người thụ trái có thể thực hiện nghĩa vụ với một đối tượng khác theo thỏa thuận.

Không giống hoàn toàn với quan niệm trên, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có định nghĩa về nghĩa vụ dân sự thay thế được như sau: “Nghĩa vụ dân sự thay thế được là nghĩa vụ mà bên có nghĩa vụ không thực hiện được nghĩa vụ ban đầu thì có thể thực hiện một nghĩa vụ khác đã được bên có quyền chấp nhận để thay thế nghĩa vụ dân sự đó” (Điều 296).

(6) Nghĩa vụ đơn số là nghĩa vụ trong đó chỉ có một trái chủ và một người thụ trái. Nghĩa vụ này còn có tên gọi là nghĩa vụ giản đơn hay nghĩa vụ giản dị.

(7) Nghĩa vụ đa số là nghĩa vụ có nhiều trái chủ hay nhiều người thụ trái ngay từ lúc phát sinh. Trường hợp trái chủ hay người thụ trái qua đời có nhiều người thừa kế di sản cũng làm phát sinh ra nghĩa vụ đa số. Nghĩa vụ này còn được gọi là nghĩa vụ phiền phức. Loại nghĩa vụ này được chia thành nghĩa vụ cộng đồng (còn được gọi là nghĩa vụ chung hay nghĩa vụ cộng hiệp), nghĩa vụ liên đới, nghĩa vụ khả phân, nghĩa vụ bất khả phân. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 gọi nghĩa vụ khả phân và nghĩa vụ bất khả phân tương ứng là nghĩa vụ dân sự phân chia được theo phần và nghĩa vụ dân sự không phân chia được theo phần. Còn đối với nghĩa vụ cộng đồng, Bộ luật Dân sự này gọi là nghĩa vụ dân sự riêng rẽ.

Nghĩa vụ cộng đồng là nghĩa vụ có sự cộng đồng giữa các trái chủ hay người thụ trái mà theo đó phần mỗi trái chủ có thể yêu cầu hay mỗi người thụ trái có thể phải thực hiện tùy thuộc vào sự thoả thuận hay tùy thuộc vào tình trạng thực tế mà ấn định. Bộ luật Dân sự 2005 Việt Nam giải nghĩa: “Khi nhiều người cùng thực hiện một nghĩa vụ dân sự, nhưng mỗi người có một phần nghĩa vụ nhất định và riêng rẽ với nhau thì mỗi người chỉ phải thực hiện phần nghĩa vụ của mình” (Điều 297). Có thể thấy, Bộ luật Dân sự này chỉ chú ý đến sự thực hiện nghĩa vụ của người thụ trái, mà không chú ý tới sự yêu cầu của bên có quyền. Qua đây cũng có thể nhận xét Bộ luật Dân sự này dường như không đề cập tới trường hợp cộng đồng của các trái chủ.

Nghĩa vụ liên đới cũng được chia thành hai loại là nghĩa vụ liên đới giữa các trái chủ với nhau và nghĩa vụ liên đới giữa các người thụ trái đối với nhau.

Liên đới giữa các trái chủ là một tình trạng pháp lý cho phép mỗi trái chủ được yêu cầu người thụ trái phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ, và khi đã thực hiện nghĩa vụ như vậy thì người thụ trái hết nghĩa vụ đối với tất cả các trái chủ, không kể đến trái quyền có thể phân chia hay không thể phân chia giữa các trái chủ.

Nghĩa vụ liên đới giữa các người thụ trái với nhau là nghĩa vụ mà theo đó tất cả các người thụ trái bị ràng buộc chung vào một nghĩa vụ dẫn đến việc mỗi

người thụ trái phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ, và khi có một người thụ trái đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ, thì tất cả các người thụ trái hết nghĩa vụ đối với trái chủ.

Bộ luật Dân sự 2005 Việt Nam định nghĩa: “Nghĩa vụ dân sự liên đới là nghĩa vụ do nhiều người cùng phải thực hiện và bên có quyền có thể yêu cầu bất cứ ai trong số những người có nghĩa vụ phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ” (Điều 298, khoản 1); và “Nghĩa vụ dân sự đối với nhiều người có quyền liên đới là nghĩa vụ mà theo đó mỗi người trong số những người có quyền đều có thể yêu cầu bên có nghĩa vụ thực hiện toàn bộ nghĩa vụ” (Điều 299, khoản 1).

Nghiên cứu về phân loại nghĩa vụ theo dạng thức của dân luật Việt Nam ở dưới các chế độ cũ cho thấy việc phân loại nghĩa vụ như vậy có nhiều tiện ích. Nhưng ngày nay Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không thực sự qui định riêng về phân loại theo dạng thức mà chỉ đề cập tới cách thức phân loại này ở khía cạnh nhỏ của việc yêu cầu thực hiện nghĩa vụ. Có lẽ những người viết giáo trình về luật dân sự Việt Nam của các cơ sở đào tạo luật chỉ quan tâm tới việc diễn giải Bộ luật Dân sự ra lời lẽ thông thường nên bỏ qua cấu trúc bên trong của pháp luật- Đó chính là phân phân loại ở nhiều cấp độ khác nhau.

Mục 3.3

Hiệu lực của nghĩa vụ

Một nghĩa vụ dân sự khi đã được xác lập hợp pháp, bất kể do nguồn gốc nào, đều có hiệu lực. Trong sự phân biệt với hiệu lực của hợp đồng trên một vài khía cạnh, hiệu lực của nghĩa vụ nói chung được hiểu là sự thúc buộc người thụ trái thực hiện yêu cầu của trái chủ.

Sự thoả mãn quyền yêu cầu của trái chủ trong quan hệ nghĩa vụ chỉ có thể được đáp ứng bởi việc thực hiện hành vi xác định của người thụ trái, bởi quan hệ nghĩa vụ được xác lập giữa trái chủ và người thụ trái xác định với đối tượng nhất

định¹³⁵. Nếu người thụ trái tự nguyện thực hiện, thì trái chủ có quyền tiếp nhận trên cơ sở quyền của mình. Việc tiếp nhận của trái chủ không trên cơ sở quyền của mình làm phát sinh ra các hậu quả pháp lý khác. Chẳng hạn trong qui tắc chung về thực hiện nghĩa vụ trả nợ, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 qui định: “Nợ giả thì nghĩa- vụ hết. Có nợ thì mới phải giả, không nợ mà giả thì được phép đòi lại” (Điều thứ 788). Qui tắc này được Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 thừa hưởng trọn vẹn và có phát triển tại Điều thứ 849. Điều luật này bổ sung thêm hai nguyên lý quan trọng là: “Trả nợ là khi đã giao một sự vật hay làm một việc gì mà mình phải giao hay phải làm”; và “đối với nghĩa- vụ tự- nhiên mà tự ý mình trả thì không đòi lại được”. Ngày nay Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có các qui định được lợi về tài sản mà không có căn cứ pháp luật gây thiệt hại cho người khác tại Điều 599, khoản 2. Người được lợi như vậy có nghĩa vụ hoàn trả khoản lợi đó cho người bị thiệt hại, trừ thủ đắc quyền sở hữu do thời hiệu. Trong khi bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896, Xaca Vacaxum và Tori Aritdumi cho rằng “nghĩa vụ thực tế được công nhận là hợp pháp trong mọi trường hợp, trừ trường hợp thu lợi vô căn cứ”, và nghĩa vụ thực tế được quan niệm là “nghĩa vụ trong đó chủ nợ tiếp nhận hành vi được người mắc nợ tự nguyện thực hiện, không được yêu cầu cưỡng chế thực hiện bằng quyền lực Nhà nước”¹³⁶.

Tuy nhiên pháp luật đã dự liệu các phương cách và giải pháp bảo vệ quyền lợi của trái chủ trong trường hợp người thụ trái không thực hiện hoặc thực hiện không đúng hay không đầy đủ nghĩa vụ của mình, có nghĩa là cưỡng bức thực hiện nghĩa vụ. Từ thời La Mã cổ đại, trong quan hệ hợp đồng, khi người thụ trái không thi hành nghĩa vụ của mình thì phải chịu trách nhiệm vì lỗi hợp đồng nói chung như làm mất đồ vật là đối tượng của nghĩa vụ (ví dụ trong nghĩa vụ coi giữ- *custodia*), có khi chỉ vì thi hành chậm trễ (*mora*)¹³⁷. Nhưng việc cưỡng bức thực

¹³⁵ Đối tượng nhất định không có nghĩa là phải chỉ dứt khoát ngay lập tức tại thời điểm xác lập nghĩa vụ. Ví dụ: Đối với nghĩa vụ hợp đồng, đối tượng có thể do người thụ trái tùy ý lựa chọn.

¹³⁶ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 366

¹³⁷ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 65

hiện nghĩa vụ ngày nay bị hạn chế trên một vài phương diện như vấn đề liên quan tới nhân thân của người thụ trái hoặc buộc phải thực hiện một công việc có tính chất đặc biệt. Có thể thấy việc không tự nguyện thực hiện nghĩa vụ và trách nhiệm pháp lý có mối quan hệ trong việc bảo đảm cho trái quyền. Thông thường pháp luật đặt ra hai phương cách đối với trường hợp không tự nguyện thực hiện nghĩa vụ: *Thứ nhất*, buộc thực hiện nghĩa vụ; *thứ hai*, bồi thường thiệt hại¹³⁸. Phương cách thứ hai này dựa trên căn bản một trái quyền có thể chuyển đổi thành một yêu cầu về tiền. Và yêu cầu về tiền thay thế này không được người thụ trái đáp ứng, thì trái chủ có quyền với sự hỗ trợ của pháp luật bắt giữ tài sản của người thụ trái để lấy nợ. Luật dân sự thường xác định việc cưỡng bức thực hiện nghĩa vụ trên cơ sở tài sản của người thụ trái mặc dù người thụ trái chỉ phải thực hiện một hoặc một số đối tượng nhất định của nghĩa vụ¹³⁹. Điều đó có nghĩa là toàn bộ tài sản của người thụ trái được mang ra bảo đảm cho nghĩa vụ của người thụ trái. Thể hiện nguyên lý này, Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ quy định: Tất cả các tài sản hiện có hoặc sẽ có trong tương lai của người thụ trái đều là vật bảo đảm chung cho các trái chủ và được phân chia cho các trái chủ theo tỷ lệ trái quyền của mỗi người, trừ khi có trái chủ có quyền đặc ưu (Điều thứ 1415 và Điều thứ 1416). Nguyên lý này không được thể hiện trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Tuy nhiên không phải tất cả các tài sản của người thụ trái đều phải mang ra trả nợ, pháp luật phải trừ các tài sản thiết yếu cho đời sống của người thụ trái. Liên quan tới tài sản bảo đảm chung cho các trái chủ, pháp luật còn dự liệu trường hợp người thụ trái không cố gắng duy trì trách nhiệm tài sản của mình hoặc cố ý làm giảm trách nhiệm tài sản của mình.

Ngoài ra pháp luật còn dự liệu trường hợp hiệu lực bên ngoài của nghĩa vụ liên quan tới người thứ ba gây thiệt hại cho đối tượng của nghĩa vụ hoặc cản trở việc thực hiện nghĩa vụ. Án lệ và các học thuyết pháp lý coi các hành vi như vậy

¹³⁸ Chế tài đối với vi phạm hợp đồng sẽ được bàn luận ở một chương dưới đây

¹³⁹ Việc thúc buộc thực hiện nghĩa vụ liên quan đến thân thể của người thụ trái không được pháp luật hiện đại chấp nhận

của người thứ ba là hành vi vi phạm, và phụ thuộc vào qui chế bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng¹⁴⁰.

Khái quát lại, Bộ luật Dân sự của Tiểu bang Louisiana của Hoa Kỳ qui định về hiệu lực chung của nghĩa vụ như sau:

“Điều 1758. Hiệu lực chung

A. Một nghĩa vụ có thể cho trái chủ quyền:

(1) Yêu cầu sự thực hiện những gì mà người thụ trái bị ràng buộc phải tiến hành;

(2) Yêu cầu thực hiện bằng cách để người khác tiến hành với chi phí của người thụ trái;

(3) Được bồi thường thiệt hại bởi người thụ trái không thực hiện, hoặc thực hiện không đúng, hoặc thực hiện chậm trễ.

B. Một nghĩa vụ có thể cho người thụ trái quyền:

(1) Giải trừ hợp pháp khi đã thực hiện đầy đủ;

(2) Chống lại các hành động của trái chủ khi nghĩa vụ đã bị huỷ bỏ hoặc sửa đổi bởi một lý do pháp lý”.

Vậy có thể nghiên cứu hiệu lực của nghĩa vụ ở khía cạnh thực hiện nghĩa vụ (tự nguyện và không tự nguyện) và tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ, cùng các biện pháp cưỡng bức thực hiện nghĩa vụ bởi pháp luật, cũng như vấn đề giải trừ nghĩa vụ và các phản kháng hợp pháp của người thụ trái đối với trái chủ.

Không đồng nhất hoàn toàn, Bộ luật Dân sự Pháp 1804 xếp các qui tắc thực hiện nghĩa vụ vào phần chấm dứt nghĩa vụ, có nghĩa là việc thực hiện nghĩa vụ là căn cứ hay nguyên nhân của việc chấm dứt nghĩa vụ. Với hiệu lực của nghĩa vụ dân sự, Bộ luật này đề cập tới các nghĩa vụ căn bản của người thụ trái trong các phân loại nghĩa vụ theo đối tượng của nghĩa vụ (nghĩa vụ chuyển giao vật, nghĩa vụ hành động, và nghĩa vụ không hành động), cùng với chế tài bồi thường thiệt hại do không thực hiện nghĩa vụ, giải thích hợp đồng và hiệu lực của hợp đồng đối với

¹⁴⁰ Japan International Cooperation Agency (JICA), *Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998)*, Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt, p. 165

người thứ ba. Có thể hiểu Bộ luật Dân sự Pháp không nghiên cứu chung các nguyên tắc và qui tắc của nghĩa vụ dân sự mà nghiên cứu nghĩa vụ hợp đồng. Có quan điểm cho rằng người Pháp đã qui định trong phạm vi hợp đồng cả vấn đề hiệu lực hợp đồng và hiệu lực của nghĩa vụ¹⁴¹. Trong khi đó Bộ luật Dân sự Đức 1900 nghiên cứu hiệu lực của nghĩa vụ thông qua việc thực hiện nghĩa vụ (nghĩa vụ thực hiện), có nghĩa là sự cưỡng chế thực hiện nghĩa vụ.

I. Thực hiện nghĩa vụ

Có thể hiểu, thực hiện nghĩa vụ là việc người thụ trái làm thoả mãn các yêu cầu của trái chủ trong một quan hệ nghĩa vụ xác định với một hoặc nhiều đối tượng xác định theo đúng sự thoả thuận hoặc qui định của pháp luật. Đó là nhận thức chung của các luật gia Việt Nam hiện nay về vấn đề thực hiện nghĩa vụ. Đây là vấn đề trọng tâm của chế định nghĩa vụ, nên Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã dành một số lượng điều khoản thích đáng bao gồm 19 điều từ Điều 283 tới Điều 301 để qui định các nguyên tắc và qui tắc chủ yếu về thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên so với các Bộ luật Dân sự khác thì đó là một số lượng nhỏ.

Nguyên tắc chung liên quan tới hiệu lực của nghĩa vụ được qui định trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 là: “Các bên phải nghiêm chỉnh thực hiện nghĩa vụ dân sự của mình và tự chịu trách nhiệm về việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ, nếu không tự nguyện thực hiện thì có thể bị cưỡng chế thực hiện theo quy định của pháp luật” (Điều 7). Tiếp đó Điều 283 qui định hiệu lực bắt buộc của nghĩa vụ dân sự và nguyên tắc thực hiện nghĩa vụ của người thụ trái là “Bên có nghĩa vụ dân sự phải thực hiện nghĩa vụ của mình một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác, đúng cam kết, không trái pháp luật, đạo đức xã hội”. Tuy nhiên các nguyên tắc thực hiện nghĩa vụ được nêu ra trong điều luật này có phần nghiêng về nghĩa vụ hợp đồng.

¹⁴¹ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 242

Ở mức độ khái quát cao hơn, Bộ luật Dân sự Đức 1900 qui định người thụ trái bị ràng buộc thi hành nghĩa vụ phù hợp với các yêu cầu về thiện chí và cân nhắc tới tập quán chung (Điều 242).

Có thể nói, thực hiện nghĩa vụ là điểm cốt yếu của nghĩa vụ. Nó thể hiện sự hợp tác thiện chí, trung thực giữa các bên trong quan hệ nghĩa vụ, đồng thời bảo đảm cho dự định hoặc kế hoạch của các bên biến thành hiện thực, có nghĩa là mục tiêu của việc thiết lập quan hệ nghĩa vụ đạt được. Có quan niệm cho rằng “Thực hiện đúng và đầy đủ nghĩa vụ là căn cứ xác định quan hệ bình đẳng giữa các chủ thể trong quan hệ pháp luật dân sự nói chung và trong quan hệ nghĩa vụ dân sự nói riêng”¹⁴². Quan niệm này có vẻ hơi ngược, bởi chính tính chất quan hệ bình đẳng của các chủ thể luật tư nói chung và luật dân sự nói riêng tạo lập nên các chế định và các qui phạm của chúng nói chung và tạo lập nên các nguyên tắc và qui tắc của việc thực hiện nghĩa vụ nói riêng. Các nguyên tắc và qui tắc của luật tư phải thể hiện được mối quan hệ bình đẳng giữa các chủ thể của luật tư. Các lập luận ở đây không hướng tới câu chuyện “con gà, quả trứng”, mà mong muốn có một sự nhìn nhận xác đáng hơn đối với các qui tắc của luật tư.

Theo tinh thần của Điều 283, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, việc thực hiện nghĩa vụ phải tuân thủ các nguyên tắc: (1) Trung thực; (2) Theo tinh thần hợp tác; (3) Đúng cam kết; (4) Không trái pháp luật; và (5) Không trái đạo đức xã hội. Nhà làm luật đã không đưa ra bất kỳ sự giải thích nào hay tiêu chí nào để giải thích cho các nguyên tắc được thiết lập trong điều luật này. Chắc hẳn điều luật này đã dành chỗ cho các giải thích tư pháp trong các trường hợp tranh chấp cụ thể về sau. Tuy nhiên có thể nhận xét sơ bộ về các nguyên tắc này:

Thứ nhất, các nguyên tắc này được thiết lập cho các nghĩa vụ nói chung, không kể phát sinh từ nguồn gốc nào, có nghĩa là được thiết lập cho cả nghĩa vụ phát sinh từ hành vi pháp lý và nghĩa vụ phát sinh từ các sự kiện hoặc nghĩa vụ phát sinh do hiệu lực của luật. Thế nhưng trong đó có đề cập đến một nguyên tắc áp dụng cho các nghĩa vụ phát sinh từ hành vi pháp lý- đó là thực hiện đúng cam

¹⁴² Học viện Tư pháp, *Giáo trình luật dân sự*, Nxb Công an Nhân dân, 2007, tr. 285

kết. Trong khi đó nhà làm luật Việt Nam lại có sự phân biệt rõ ràng giữa các nguyên tắc thực hiện nghĩa vụ và các nguyên tắc thực hiện hợp đồng. Và hai bộ nguyên tắc này được nhà làm luật thiết kế khác biệt. Đối với nguyên tắc thực hiện hợp đồng, Điều 412, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định:

“Việc thực hiện hợp đồng phải tuân theo các nguyên tắc sau đây:

1. Thực hiện đúng hợp đồng, đúng đối tượng, chất lượng, số lượng, chủng loại, thời hạn, phương thức và các thỏa thuận khác;
2. Thực hiện một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác và có lợi nhất cho các bên, đảm bảo tin cậy lẫn nhau;
3. Không được xâm phạm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác”.

Hai bộ nguyên tắc này, khi được sử dụng, có lẽ phải được giải thích trong sự gắn kết với với các bộ nguyên tắc khác theo cấp độ của từng bộ phận khác nhau trong một hệ thống các nguyên tắc. Liên quan tới vấn đề đang bàn ở đây có thể thấy có mấy bộ nguyên tắc như: bộ nguyên tắc của luật dân sự nói chung; bộ nguyên tắc thực hiện nghĩa vụ; bộ nguyên tắc giao kết hợp đồng; bộ nguyên tắc thực hiện hợp đồng; và bộ nguyên tắc của hành vi thương mại được thiết lập trong Luật Thương mại Việt Nam 2005, chưa kể tới các nguyên tắc được tạo dựng bởi các đạo luật khác.

Thứ hai, bộ nguyên tắc thực hiện nghĩa vụ dân sự được nêu tại Điều 283 kể trên không đề cập tới việc tuân thủ tập quán chung trong việc thực hiện nghĩa vụ dân sự. Trong khi đó Luật Thương mại Việt Nam 2005 qui định các nguyên tắc của hành vi thương mại bao gồm nguyên tắc bình đẳng, nguyên tắc tự do, tự nguyện, nguyên tắc áp dụng thói quen, nguyên tắc áp dụng tập quán, nguyên tắc bảo vệ lợi ích chính đáng của người tiêu dùng, nguyên tắc thừa nhận giá trị pháp lý của thông điệp dữ liệu (Điều 10 đến Điều 15). Tuy nhiên nếu giải thích các nguyên tắc thực hiện nghĩa vụ dân sự trong tổng thể các nguyên tắc của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, thì nguyên tắc cân nhắc tới tập quán trong thực hiện nghĩa vụ dân sự là một nguyên tắc rất căn bản và quan trọng. Điều 8, Bộ luật Dân sự

Việt Nam 2005 qui định: “Việc xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự phải đảm bảo giữ gìn bản sắc dân tộc, tôn trọng và phát huy phong tục, tập quán, truyền thống tốt đẹp, tình đoàn kết, tương thân, tương ái, mỗi người vì cộng đồng, cộng đồng vì mỗi người và các giá trị đạo đức cao đẹp của các dân tộc cùng sinh sống trên đất nước Việt Nam”. Việc tôn trọng tập quán là một nguyên tắc bắt buộc đối với bất kỳ ai tham gia vào các quan hệ pháp luật dân sự. Tập quán theo nguyên tắc này phải được giải thích dựa trên cơ sở đạo đức và truyền thống tốt đẹp của dân tộc, bởi nguyên tắc tôn trọng, phát huy phong tục, tập quán trong quan hệ dân sự là một bộ phận cấu thành của nguyên tắc tôn trọng đạo đức, truyền thống tốt đẹp của dân tộc. Trong việc giải quyết các tranh chấp liên quan tới thực hiện nghĩa vụ, tập quán được áp dụng nếu pháp luật không có qui định và các bên không có thoả thuận, tuy nhiên với điều kiện là tập quán được áp dụng không trái với các nguyên tắc của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 (Điều 3, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005), có nghĩa là không trái với đạo đức và truyền thống tốt đẹp của dân tộc. Điều kiện áp dụng tập quán thương mại cũng được qui định tương tự tại Điều 13, Luật Thương mại Việt Nam 2005.

Đáng tiếc khi diễn giải các nguyên tắc thực hiện nghĩa vụ dân sự, “*Giáo trình luật dân sự*” của Học viện Tư pháp chỉ cho rằng có năm nguyên tắc¹⁴³ theo đúng Điều 283, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Đồng quan điểm, “*Giáo trình luật dân sự Việt Nam*” của Trường Đại học Luật Hà Nội cũng chỉ đề cập tới năm nguyên tắc¹⁴⁴ thực hiện nghĩa vụ dân sự được qui định tại Điều 283, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Tuy nhiên giáo trình của Trường Đại học Luật Hà Nội có đề cập tới các nguyên tắc tôn trọng đạo đức, truyền thống được nêu tại Điều 8, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, nhưng chỉ quan niệm nguyên tắc này như một cơ sở để giải thích thế nào là thực hiện nghĩa vụ không trái với đạo đức xã hội¹⁴⁵. Lê Nét có khác hơn đôi chút cho rằng thực hiện nghĩa vụ dân sự có bốn nguyên tắc, bởi

¹⁴³ Học viện Tư pháp, *Giáo trình luật dân sự*, Nxb Công an Nhân dân, 2007, tr. 285- 290

¹⁴⁴ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 36- 40

¹⁴⁵ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 40

tác giả này đã gộp cụm từ “không trái pháp luật, đạo đức xã hội” của Điều 283 để tạo ra một nguyên tắc¹⁴⁶. Tóm lại các công trình này đã không đề ý tới nguyên tắc tôn trọng tập quán trong việc thực hiện nghĩa vụ dân sự. Có lẽ cách qui định bất từng phần của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã làm cho người nghiên cứu không nhìn thấy tổng thể và logic của Bộ luật.

Mặc dù chưa tách biệt giữa nghĩa vụ dân sự nói chung và nghĩa vụ hợp đồng, nhưng Bộ luật Dân sự Pháp 1804 đề cập tới nguyên tắc thiện chí trong thực hiện nghĩa vụ hợp đồng (Điều 1134), và nguyên tắc tôn trọng lẽ công bằng, tập quán, pháp luật (Điều 1135). Như vậy đối với thực hiện nghĩa vụ, cả Bộ luật Dân sự Pháp và Bộ luật Dân sự Đức 1900 đều xem tôn trọng tập quán như một nguyên tắc quan trọng. Điều này có được có thể do chính tính chất của luật dân sự quyết định. Hiểu rằng luật dân sự là một ngành luật tư điển hình điều tiết các quan hệ phát sinh trong cuộc sống thường nhật, mang tính ổn định cao, ít bị ảnh hưởng bởi các trào lưu chính trị, tư tưởng nhất thời. Do đó tập quán trong một cộng đồng nhất định không những là một loại nguồn quan trọng của luật dân sự, mà còn là một tiêu chuẩn để đánh giá các cách ứng xử trong cộng đồng đó.

Về nguyên tắc người thụ trái là người phải tự mình thực hiện nghĩa vụ. Trái chủ chỉ có quyền yêu cầu người thụ trái thực hiện nghĩa vụ đối với mình. Tuy nhiên người thụ trái có thể uỷ quyền cho người thứ ba thực hiện nghĩa vụ với điều kiện phải được sự đồng ý của trái chủ. Nếu người được uỷ quyền vi phạm nghĩa vụ, thì người thụ trái vẫn phải chịu trách nhiệm về sự vi phạm đó. Nguyên tắc thực hiện nghĩa vụ thông qua người thứ ba này được Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định rõ tại Điều 293.

Nghĩa vụ có thể được thực hiện theo định kỳ, có nghĩa là việc thực hiện được phân chia theo từng thời gian nhất định. Việc nghĩa vụ được thực hiện một lần hay nhiều lần với thời hạn cụ thể hay theo những khoảng thời gian nhất định do các bên thoả thuận hoặc do pháp luật qui định. Việc chậm thực hiện nghĩa vụ

¹⁴⁶ 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. 288

trong những khoảng thời gian như vậy cũng được xem là vi phạm nghĩa vụ. Điều 292, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chỉ đề cập tới việc thực hiện nghĩa vụ theo định kỳ. Thực ra các phương thức thực hiện nghĩa vụ khác như thực hiện một lần vào một thời điểm nhất định là một phương thức hết sức thông thường mà qui tắc thực hiện nó thể hiện trong hầu hết các qui định.

Trong việc thực hiện nghĩa vụ người ta có thể chia thành ba loại căn bản để thiết kế các qui chế pháp lý khác nhau cho từng loại như thực hiện nghĩa vụ chuyển giao, thực hiện nghĩa vụ hành động và thực hiện nghĩa vụ không hành động. Các qui chế pháp lý thiết lập cho từng loại thực hiện nghĩa vụ nói trên, ngoài việc phụ thuộc vào các nguyên tắc thực hiện nghĩa vụ dân sự, còn phụ thuộc vào một số qui tắc chung như địa điểm, và thời hạn thực hiện nghĩa vụ dân sự.

Địa điểm thực hiện nghĩa vụ do các bên thoả thuận. Tuy nhiên trong trường hợp không có sự thoả thuận về địa điểm thực hiện nghĩa vụ, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã đưa ra qui tắc xác định: (1) Nếu đối tượng của nghĩa vụ là bất động sản, thì địa điểm thực hiện nghĩa vụ là nơi có bất động sản; (2) nếu đối tượng của nghĩa vụ không phải là bất động sản, thì địa điểm thực hiện nghĩa vụ là nơi cư sở của trái chủ (Điều 284).

Thời hạn thực hiện nghĩa vụ được xác lập trên nguyên tắc thoả thuận hoặc theo qui định của pháp luật. Trong trường hợp không có việc xác lập như trên thì người thụ trái có thể thực hiện nghĩa vụ vào bất kể lúc nào, hoặc trái chủ có thể yêu cầu người thụ trái thực hiện nghĩa vụ vào bất kể lúc nào, với điều kiện phải thông báo trước cho người kia trong một khoảng thời gian hợp lý (Điều 285, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005). Tại đây nhà làm luật Việt Nam đã dành việc giải thích thế nào là một khoảng thời gian hợp lý cho thực tiễn xét xử. Điều này là hợp lý, bởi trong từng vụ việc cụ thể có các yêu cầu riêng về việc xem thế nào là khoảng thời gian hợp lý. Việc xác định tính hợp lý có thể dựa trên tiêu chí về đối tượng của nghĩa vụ, không gian diễn ra sự thực hiện nghĩa vụ, hoàn cảnh xã hội vào lúc thực hiện nghĩa vụ, khả năng của các bên... (Chẳng hạn: giao một yến gạo khác với giao một tấn gạo; giao giữa Thái Bình và Hà Nội khác với giao giữa Việt

Nam và Hoa Kỳ; giao trong thời bình khác với giao trong thời chiến; giao bởi một người là nông dân đơn thuần khác với giao bởi một công ty...). Người thụ trái phải thực hiện nghĩa vụ theo đúng thời hạn- đó là nguyên tắc. Tuy nhiên Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, cũng như pháp luật về dân sự trong các nền tài phán khác nhau, đã dự liệu các trường hợp không theo đúng thời hạn thực hiện nghĩa vụ dân sự:

Thứ nhất, trường hợp thực hiện trước thời hạn: (1) Về nguyên tắc, việc thực hiện trước thời hạn chỉ được tiến hành khi được sự đồng ý của trái chủ; (2) trường hợp không có sự đồng ý như vậy mà người thụ trái đã thực hiện nghĩa vụ, nếu được sự tiếp nhận của trái chủ, thì nghĩa vụ được xem như thực hiện đúng thời hạn (Điều 285). Các giải pháp được nhà làm luật lựa chọn trong Điều luật này là hợp lý phản ánh được các nguyên lý thực sự của dân luật.

Thứ hai, trường hợp chậm thực hiện nghĩa vụ: (1) Được coi là thực hiện chậm nghĩa vụ, nếu hết thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà nghĩa vụ chưa được thực hiện hoặc mới được thực hiện một phần; (2) người thụ trái phải thông báo ngay cho trái chủ về việc đó. Tại đây theo tinh thần của Điều 286, nhà làm luật đã coi chậm thực hiện nghĩa vụ như việc thực hiện nghĩa vụ không đúng thời hạn. Việc thực hiện không đúng nghĩa vụ dẫn tới việc người thụ trái phải chịu trách nhiệm dân sự theo tinh thần của Điều 302.

Thứ ba, trường hợp hoãn thực hiện nghĩa vụ: (1) Về nguyên tắc, người thụ trái chỉ được hoãn thực hiện nghĩa vụ, nếu được sự đồng ý của trái chủ; (2) khi không thể thực hiện được nghĩa vụ đúng thời hạn, thì người thụ trái phải thông báo ngay cho trái chủ biết và đề nghị được hoãn thực hiện nghĩa vụ; (3) nếu đã được phép hoãn, thì việc thực hiện nghĩa vụ đúng thời hạn hoãn vẫn được coi là thực hiện đúng thời hạn; (4) nếu thực hiện không đúng thời hạn được phép hoãn, thì việc thực hiện nghĩa vụ bị coi là thực hiện không đúng thời hạn. Việc tự ý hoãn thực hiện nghĩa vụ coi như thực hiện nghĩa vụ không đúng thời hạn. Tuy nhiên về vấn đề hoãn thực hiện nghĩa vụ, Điều 287 chưa qui định thật rành mạch về việc vi

phạm thời hạn được phép hoãn, cũng như chưa qui định rành mạch về gọi tên hành vi vi phạm các qui tắc về hoãn thực hiện nghĩa vụ để buộc chịu trách nhiệm dân sự.

Chậm tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ dân sự là hành vi của trái chủ không tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ của người thụ trái khi người thụ trái thực hiện nghĩa vụ đúng thời hạn. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không phân biệt chậm tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ với không tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ. Đối với chậm tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ, Bộ luật này qui định nghĩa vụ và quyền của người thụ trái. Nếu chậm tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ mà đối tượng của nghĩa vụ là tài sản, thì người thụ trái phải áp dụng các biện pháp cần thiết để bảo quản tài sản và có quyền yêu cầu được thanh toán chi phí hợp lý. Trường hợp tài sản có nguy cơ bị hư hỏng (chẳng hạn như thực phẩm tươi sống), người thụ trái có quyền bán tài sản đó và trả tiền thu được từ việc bán đó cho trái chủ sau khi trừ đi chi phí hợp lý để bảo quản và bán tài sản đó (Điều 288, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005).

Sau ba qui tắc chung này, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 thiết lập các qui chế pháp lý cụ thể cho các phân loại thực hiện nghĩa vụ dân sự.

a) Thực hiện nghĩa vụ chuyển giao

Việc thực hiện loại nghĩa vụ này được chia nhỏ thành nghĩa vụ giao vật, nghĩa vụ trả tiền.

Trong việc thực hiện nghĩa vụ giao vật, người thụ trái phải: (1) Bảo quản, giữ gìn vật cho tới khi giao; (2) giao đúng vật ở trong tình trạng đã cam kết (nếu là vật đặc định) hoặc phải giao đúng số lượng và chất lượng như đã thoả thuận (nếu là vật đồng loại); trường hợp không có thoả thuận về chất lượng thì giao vật có chất lượng trung bình; và giao đồng bộ (nếu là vật đồng bộ); và (4) chịu mọi chi phí về việc giao vật, trừ khi có thoả thuận khác (Điều 289, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005). Các qui định này nghiêng về nghĩa vụ hợp đồng và phản ánh một cách vắn tắt các nguyên lý pháp lý liên quan.

Bộ luật Dân sự Pháp 1804 phân tích trong nghĩa vụ chuyển giao vật bao gồm nghĩa vụ giao vật và nghĩa vụ bảo quản, giữ gìn vật trước khi giao. Vì thế người có nghĩa vụ giao vật phải bảo quản, giữ gìn vật như tài sản thuộc sở hữu của mình dù vì lợi ích của bất kỳ ai. Tuy nhiên nghĩa vụ này có phạm vi không hoàn toàn đồng nhất đối với các loại hợp đồng khác nhau. Nghĩa vụ giao vật có hoàn toàn bởi sự thoả thuận của các bên đối ước. Hậu quả của nghĩa vụ giao vật là trái chủ có quyền sở hữu và chịu mọi rủi ro từ thời điểm giao vật. Tuy nhiên nếu đã bị đốc thúc giao vật nhưng người thụ trái không giao thì người thụ trái phải gánh chịu rủi ro đối với vật. Trong trường hợp vật phải chuyển giao cho hai hoặc nhiều người, thì người nào chiếm hữu vật ngay tình trên thực tế được ưu tiên và trở thành chủ sở hữu, dù rằng danh nghĩa là chiếm hữu sau (Điều 1136- Điều 1141). Các qui tắc tổng quát về giao vật này tuy còn phụ thuộc vào các qui tắc cụ thể trong từng loại hợp đồng, nhưng đã đưa ra các điều kiện ràng buộc đối với người thụ trái trong nghĩa vụ giao vật, đồng thời xác định các quyền của trái chủ là bên đối ước. Trong khi đó Bộ luật Dân sự Đức 1900 đưa ra hai nguyên tắc cho nghĩa vụ có đối tượng là vật đồng loại: (1) Người thụ trái phải giao vật với loại và giá trị trung bình; và (2) nếu người thụ trái đã tiến hành bất kể những gì là cần thiết về phần mình để giao vật ấy thì nghĩa vụ của người thụ trái được giới hạn tới vật đó (Điều 243). Các nguyên tắc này đã nghiêng hẳn về cách thức thực hiện nghĩa vụ khi cần thiết giải thích cho ý chí của các đương sự.

Đặc biệt văn tắt, Điều 290, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 buộc người thụ trái phải thực hiện nghĩa vụ trả tiền theo hai nguyên tắc sau: (1) Thực hiện đầy đủ, đúng thời hạn, đúng địa điểm và phương thức thoả thuận; và (2) trả cả nợ gốc và nợ lãi, trừ khi có thoả thuận khác.

Bộ luật Dân sự Đức 1900 đã giải thích cặn kẽ hơn cho việc thực hiện nghĩa vụ trả tiền trong các trường hợp: (1) Nếu khoản nợ bằng tiền được qui định rõ ràng bằng tiền nước ngoài mà có thể chi trả trong nước, thì việc chi trả có thể thực hiện bằng tiền trong nước, trừ khi việc chi trả bằng tiền nước ngoài được qui định rõ ràng; và việc chuyển đổi theo tỷ giá tại nơi chi trả; (2) nếu khoản nợ bằng tiền

thuộc một loại tiền đặc biệt mà không còn được lưu hành nữa, thì việc chi trả phải được tiến hành như thể loại tiền đó không được qui định (Điều 244, Điều 245).

Đối với khoản lãi liên quan tới khoản nợ, Bộ luật Dân sự Đức 1900 qui định: (1) Nếu bởi pháp luật hoặc giao dịch pháp lý qui định khoản nợ phải gánh chịu lãi xuất, thì lãi xuất bốn phần trăm một năm phải được chi trả, trừ khi có qui định cụ thể về mức lãi xuất khác; (2) nếu mức lãi xuất cao hơn sáu phần trăm một năm được thoả thuận, thì người thụ trái có thể, sau khi mãn hạn sáu tháng, đưa thông báo chi trả nợ gốc; (3) thoả thuận lập trước với nghĩa lãi chồng lãi bị vô hiệu (Điều 246 đến Điều 248). Tại đây Bộ luật này cũng có các qui định loại trừ việc áp dụng các qui tắc này đối với hoạt động tài chính, ngân hàng. Khuynh hướng này bảo vệ người yếu thế trong quan hệ vay, mượn. Vậy bình đẳng và tự do ý chí ở đây không thể hiểu theo nghĩa đơn thuần là pháp luật phải bảo vệ đồng đều cho các bên trong quan hệ hợp đồng và các bên có thể tự ý muốn thoả thuận như thế nào cũng được. Sự bình đẳng một mặt bảo đảm cho các bên bước vào quan hệ tư một cách ngang bằng, mặt khác phải bảo đảm cho bất kể ai, nhất là người yếu thế, cũng có khả năng tồn tại một cách bình thường trong cộng đồng. Vì thế pháp luật phải ngăn chặn những hành vi có khả năng làm tổn thương tới những người yếu thế.

Điều 280, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có đề cập tới nghĩa vụ chuyển giao quyền hoặc giấy tờ có giá. Nhưng trong phần nói về thực hiện nghĩa vụ lại không đề cập tới hai loại nghĩa vụ này. Tuy nhiên có thể hiểu việc chuyển giao ở đây có tính chất tượng trưng.

b) Thực hiện nghĩa vụ hành động hoặc không hành động

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không đưa ra các qui tắc khái quát cho việc thực hiện hay không thực hiện một công việc mà chỉ giải nghĩa khái niệm nghĩa vụ phải thực hiện hoặc không được thực hiện một công việc tại Điều 291. Tuy nhiên qua các giải nghĩa này có thể hiểu: trong nghĩa vụ phải thực hiện một công việc,

người thụ trái phải thực hiện đúng công việc đó; và trong nghĩa vụ không được thực hiện một công việc, người thụ trái không được thực hiện công việc đó.

Cũng về vấn đề này, Bộ luật Dân sự Pháp 1804 đã nêu ra các phương thức cưỡng chế thực hiện nghĩa vụ: (1) Người thụ trái phải bồi thường, nếu không thực hiện nghĩa vụ; (2) nếu việc thực hiện trái cam kết, trái chủ có thể yêu cầu hoặc tự ý huỷ bỏ việc thực hiện với chi phí của người thụ trái hoặc có thể được bồi thường thiệt hại (nếu có); và (3) trái chủ có thể tự mình thực hiện với chi phí của người thụ trái, nếu người thụ trái không thực hiện nghĩa vụ (Điều 1142- 1144).

c) Thực hiện các dạng thức nghĩa vụ

Việc thực hiện từng loại nghĩa vụ theo dạng thức có các qui định riêng bởi đặc điểm của từng loại nghĩa vụ đó. Dường như Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chú ý hơn đến việc thực hiện các loại nghĩa vụ này, tuy việc phân loại có thể còn thiếu sót.

Thực hiện nghĩa vụ có kỳ hạn

Việc thực hiện loại nghĩa vụ này đã được nói tới ở trên trong thời hạn thực hiện nghĩa vụ. Trái chủ không thể yêu cầu người thụ trái phải thực hiện nghĩa vụ trước kỳ hạn. Tuy nhiên nghĩa vụ có thể thực hiện trước kỳ hạn theo các qui tắc pháp luật liên quan. Trong trường hợp người thụ trái đã mất năng lực rõ ràng hoặc đã hành động là giảm bớt những bảo đảm đã cam kết với trái chủ, thì trái chủ có quyền yêu cầu toà án truất đoạt quyền hưởng kỳ hạn của người thụ trái. Các qui tắc này đã bảo vệ công bằng cho cả trái chủ và người thụ trái, bằng cách truất đoạt quyền hưởng kỳ hạn thực hiện nghĩa vụ của người thụ trái khi có căn cứ xác đáng về nguy cơ không thực hiện hay không thể thực hiện nghĩa vụ của người thụ trái, và mặt khác không cho phép trái chủ tự ý truất đoạt quyền này của người thụ trái. Các qui tắc này có vai trò quan trọng trong hoạt động vay nợ hiện nay, nhất là với thế lực to lớn của các ngân hàng. Các Bộ luật Dân sự của các chế độ cũ ở Việt

Nam có đưa ra các nguyên tắc như vậy. Các qui tắc này không tìm thấy trong Mục thực hiện nghĩa vụ dân sự của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005.

Điều thứ 734, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 qui định:

“Khi người mắc nợ đã công-nhiên là vô-tự-lực, hoặc đã tự mình làm kém mất những khoản đảm-bảo hứa cho người chủ nợ trong khế-ước, thì không thể yêu-cầu được hưởng lợi về kỳ-hạn nữa.

Sự truất quyền hưởng-lợi về kỳ-hạn không phải là sự đương-nhiên; phải thỉnh-cầu ở tòa án mới được”.

Điều thứ 786, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 qui định:

“Khi người mắc nợ đã hiển nhiên trở nên vô-lực, hoặc đã tự mình làm kém mất những khoản đảm bảo hứa cho người chủ nợ trong khế-ước, thời không thể yêu cầu được hưởng lợi về kỳ hạn nữa.

Sự truất quyền hưởng lợi về kỳ hạn không phải tự nhiên mà được; phải thưa ở tòa- án mới được”.

Điều thứ 751, Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ qui định:

“Trái hộ có thể bị truất kỳ hạn, nếu đã công- tri trở thành vô tư lực hoặc nếu đã tự mình hành- động làm giảm bớt những bảo- đảm đã ưng thuận cho chủ nợ.

Sự truất kỳ hạn phải do toà- án quyết- định”.

Luật La Mã đã nói tới nghĩa vụ có kỳ hạn, và quan niệm kỳ hạn là một sự kiện hay biến cố tương lai và chắc chắn. Kỳ hạn được chia thành kỳ hạn đình chỉ (*dies a quo*) và kỳ hạn tiêu huỷ (*dies ad quem*). Kỳ hạn đình chỉ là sự kiện tương lai khởi đầu cho việc thi hành nghĩa vụ. Nghĩa vụ hợp đồng phát sinh ngay khi giao kết hợp đồng, nhưng chỉ đến kỳ hạn mới phải thi hành (chẳng hạn như hợp đồng giao hàng sau). Kỳ hạn tiêu huỷ bị *jus civile* cấm, nhưng được sử dụng trong án lệ¹⁴⁷. Kỳ hạn này là sự kiện tương lai làm tiêu huỷ nghĩa vụ. Nhưng trước đó nghĩa vụ đã phát sinh và có hiệu lực như những nghĩa vụ thông thường khác.

¹⁴⁷ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 131

Phân loại nghĩa vụ này ảnh hưởng tới Bộ luật Dân sự Pháp 1804. Chẳng hạn Điều 1186, Bộ luật này qui định: “Không thể đòi hỏi thực hiện một nghĩa vụ có kỳ hạn trước khi đến kỳ hạn đó; nhưng những gì đã thực hiện trước thời hạn thì không thể đòi trả lại”. Điều 1187 đặt ra nguyên tắc giải thích kỳ hạn có lợi cho người thụ trái, trừ khi có qui định hoặc có tình huống cho thấy thoả thuận có lợi cho trái chủ.

Thực hiện nghĩa vụ có điều kiện

Chỉ những gì có thể có được, không chống lại trật tự công cộng, thuần phong mỹ tục, và không chống lại điều cấm của pháp luật mới có thể trở thành điều kiện trong nghĩa vụ có điều kiện. Và tất nhiên hệ quả của nó là pháp luật vô hiệu hoá tất cả các điều kiện không đáp ứng được các tiêu chuẩn như vậy. Điều này dẫn tới hợp đồng phụ thuộc vào điều kiện đó cũng vô hiệu.

Luật La Mã đã nói tới loại hợp đồng có điều kiện, và quan niệm là một sự kiện tương lai không chắc chắn, đồng thời chia các điều kiện thành điều kiện đình chỉ và điều kiện giải tiêu. Điều kiện đình chỉ là điều kiện mà nghĩa vụ chỉ phát sinh khi điều kiện đó xảy ra. Điều kiện giải tiêu là điều kiện mà khi xảy ra làm mất hiệu lực của nghĩa vụ đã phát sinh như trên đã phân tích.

Bộ luật Dân sự Pháp 1804 phân biệt: kỳ hạn khác với điều kiện ở chỗ không đình chỉ cam kết mà chỉ làm chậm lại việc thực hiện cam kết (Điều 1185). Vũ Tam Tư cho rằng dân luật Pháp kế thừa vấn đề kỳ hạn và điều kiện của Luật La Mã nói chung và đã không có thay đổi gì đáng kể từ năm 1804 đến giờ¹⁴⁸. Hệ quả là các Bộ luật Dân sự Việt Nam của các chế độ cũ cũng bị ảnh hưởng sâu sắc của Luật La Mã thông qua luật dân sự Pháp.

Thực hiện nghĩa vụ có đối tượng tùy ý lựa chọn

¹⁴⁸ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 132

Nghĩa vụ có đối tượng tùy ý lựa chọn không phải là nghĩa vụ đơn thường, bởi người thụ trái chỉ được coi là đã thực hiện xong nghĩa vụ khi đã thực hiện một trong các đối tượng của nghĩa vụ mà người này có quyền lựa chọn hoặc do trái chủ chỉ định (nếu quyền lựa chọn thuộc về trái chủ). Người thụ trái có thể chọn một trong các đối tượng để thực hiện, nhưng phải thực hiện trọn vẹn một đối tượng, không thể thực hiện một phần đối tượng này và một phần đối tượng khác.

Nghĩa vụ này có thể được xem là nghĩa vụ đơn thường trong các trường hợp sau:

Thứ nhất, chỉ một trong số các đối tượng có thể là đối tượng của nghĩa vụ;

Thứ hai, một trong hai đối tượng bị tiêu hủy, mất mát hay hư hỏng;

Thứ ba, cả hai đối tượng bị tiêu hủy, mất mát hay hư hỏng.

Đối với trường hợp thứ hai kể trên: (1) Nếu người thụ trái có quyền lựa chọn, kể cả trường hợp người thụ trái có lỗi, thì phải thực hiện đối tượng còn lại, không thể đem giá tiền của đối tượng kia để trả; (2) nếu không do lỗi của người thụ trái và trái chủ có quyền lựa chọn, thì trái chủ chỉ có quyền yêu cầu thực hiện đối tượng còn lại; (3) nếu do lỗi của người thụ trái và trái chủ có quyền lựa chọn, thì trái chủ có quyền yêu cầu thực hiện đối tượng còn lại hoặc yêu cầu giá tiền của đối tượng kia.

Đối với trường hợp thứ ba kể trên: (1) Nếu người thụ trái có quyền lựa chọn và có lỗi, thì phải trả giá tiền đối tượng bị tiêu hủy, mất mát hay hư hỏng sau cùng; (2) nếu người thụ trái không có lỗi và sự kiện xảy ra trước khi bị đốc thúc thực hiện nghĩa vụ, thì nghĩa vụ bị giải trừ; (3) nếu quyền lựa chọn thuộc về trái chủ và người thụ trái có lỗi trong việc tiêu hủy, mất mát hay hư hỏng một hoặc cả hai đối tượng, thì trái chủ có quyền lựa chọn đòi giá tiền một trong hai đối tượng ấy.

Các qui tắc này không được Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 quan tâm tới, có nghĩa là không thiết lập các qui tắc cho các trường hợp này, trừ việc đưa ra một giải pháp thiếu thốn tại Điều 295, khoản 3 như sau: “Trong trường hợp chỉ còn một tài sản hoặc một công việc thì bên có nghĩa vụ phải giao tài sản đó hoặc thực hiện công việc đó”. Việc không thiết lập các qui tắc khác nhau cho các trường hợp

và không xây dựng án lệ sẽ gây khó khăn lớn cho việc giải quyết các tranh chấp. Lưu ý rằng các trường hợp nêu trên là hoàn toàn có thể xảy ra ngoài ý muốn của nhà làm luật. Vậy sự không tiên liệu được tất cả vấn đề phức tạp trong thực tiễn.

Đối với loại nghĩa vụ này có thể có hai trường hợp xảy ra. Nhưng hai trường hợp này không được Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 dự liệu. Trường hợp thứ nhất là đối tượng chính của nghĩa vụ bị tiêu huỷ mà người thụ trái không có lỗi. Trường hợp thứ hai là đối tượng chính của nghĩa vụ bị tiêu huỷ do lỗi của người thụ trái. Đối với hai trường hợp này, các Bộ luật Dân sự của Việt Nam dưới các chế độ cũ đều có cùng các giải pháp. Đối với trường hợp thứ nhất, người thụ trái được miễn trách. Đối với trường hợp thứ hai, người thụ trái phải trả giá trị của đối tượng và bồi thường, tuy nhiên vẫn có thể xin thực hiện nghĩa vụ với một đối tượng khác thay thế¹⁴⁹.

Điểm khác biệt giữa Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 với các Bộ luật Dân sự của Việt Nam trước đó về loại nghĩa vụ này ở chỗ: Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 xác định có hai nghĩa vụ là nghĩa vụ chính và nghĩa vụ thay thế, có nghĩa là khi nghĩa vụ ban đầu không thực hiện được do bất kể nguyên do gì, thì có thể thực hiện một nghĩa vụ khác thay thế nếu được trái chủ chấp nhận; còn các Bộ luật Dân sự cũ của Việt Nam đều chỉ cho thấy có một nghĩa vụ xuất hiện nhưng có đối tượng chính và nếu đối tượng này bị tiêu huỷ do lỗi của người thụ trái, thì người này có thể xin thực hiện đối tượng thay thế đã được các bên dự liệu trước. Quan niệm cũ hợp lý hơn bởi nghĩa vụ mà nó đề cập tới là một loại nghĩa vụ có đặc tính riêng bởi đối tượng. Còn Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 cho thấy cả hai nghĩa vụ mà nó đề cập tới đều không có đặc điểm gì khác biệt với nghĩa vụ thông thường.

Thực hiện nghĩa vụ riêng rẽ

Như trên đã giới thiệu nghĩa vụ riêng rẽ trước kia được gọi là nghĩa vụ cộng đồng. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đưa ra định nghĩa ngắn ngủi và nguyên tắc

¹⁴⁹ Điều thứ 755, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ; Điều thứ 809 & 810, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ; Điều thứ 770, Bộ luật Dân sự 1972

thực hiện đơn giản cho loại nghĩa vụ này. Đặc điểm của loại nghĩa vụ này là có nhiều người thụ trái cùng thực hiện một nghĩa vụ, nhưng mỗi người trong số họ có một phần nghĩa vụ xác định và riêng rẽ với nhau, do vậy mỗi trong số họ chỉ phải thực hiện phần nghĩa vụ của mình (Điều 297).

Cụ thể hơn sau khi phân loại nghĩa vụ đa số thành các loại nghĩa vụ khác nhau dựa trên các đặc điểm về mối liên hệ giữa chủ thể với đối tượng của nghĩa vụ, các Bộ luật Dân sự cũ của Việt Nam đều xác định cách thức thực hiện nghĩa vụ và cách thức xác định kỷ phần của mỗi chủ thể. Kỷ phần của mỗi trái chủ có thể yêu cầu hay mỗi người thụ trái có thể phải thực hiện được xác định theo hợp đồng hoặc theo tình trạng thực tế. Nếu không thể xác định được theo các căn cứ trên thì trái quyền được chia đều trên số chủ thể.

Thực hiện nghĩa vụ liên đới

Ở trên đã giới thiệu nghĩa vụ liên đới được chia thành hai trường hợp là liên đới giữa các trái chủ và liên đới giữa các người thụ trái. Do vậy khi nghiên cứu về thực hiện nghĩa vụ liên đới cần phải nghiên cứu việc thực hiện nghĩa vụ trong từng trường hợp này.

Đối với nghĩa vụ liên đới giữa các trái chủ, thì người thụ trái có quyền lựa chọn thực hiện nghĩa vụ đối với trái chủ liên đới nào cũng được, trừ khi người thụ trái đã bị đốc thúc thực hiện nghĩa vụ. Trong trường hợp một trái chủ liên đới miễn việc thực hiện nghĩa vụ cho người thụ trái, thì việc đó chỉ có giá trị đối với kỷ phần của trái chủ đó. Các Bộ luật Dân sự cũ của Việt Nam còn dự liệu trường hợp việc gián đoạn thời hiệu¹⁵⁰ đối với một trái chủ liên đới thì cũng có lợi cho tất cả các trái chủ liên đới khác, có nghĩa là thời hiệu cũng bị gián đoạn đối với những trái chủ này¹⁵¹. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không quan tâm đến việc người thụ trái đã bị đốc thúc thực hiện nghĩa vụ hay không mà chỉ qui định nguyên tắc người

¹⁵⁰ Thời hiệu ở đây được hiểu là thời hiệu tiêu diệt hay thời tiêu, có nghĩa là thời hiệu là cho tổ quyền của chủ nợ đối với con nợ vô hiệu vì đã không hành xử trong thời hạn luật định (Trần Thúc Linh, *Danh-từ pháp- luật lược- giải*, Nhà sách Khai trí, Sài Gòn, tr. 868)

¹⁵¹ Xem Điều thứ 760, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ, Điều thứ 818, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ, Điều thứ 781, Bộ luật Dân sự 1972

thụ trái có thể lựa chọn thực hiện nghĩa vụ của mình đối với bất kỳ trái chủ liên đới nào (Điều 299, khoản 2). Qui định như vậy là không thích hợp bởi khi đã có một trái chủ liên đới thúc thực hiện nghĩa vụ, thì người thụ trái phải thực hiện yêu cầu của trái chủ này, vì về nguyên tắc mỗi trong số các trái chủ liên đới đều có quyền yêu cầu người thụ trái phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ. Điều đó có nghĩa là khi có một trái chủ liên đới thúc hay yêu cầu người thụ trái thực hiện nghĩa vụ thì người thụ trái không còn quyền lựa chọn việc thực hiện nghĩa vụ đối với ai.

Đối với nghĩa vụ liên đới giữa các người thụ trái, nếu một người thụ trái đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ, thì toàn bộ các người thụ trái khác được giải thoát khỏi nghĩa vụ đối với trái chủ, bởi các người thụ trái liên đới cùng bị ràng buộc vào một nghĩa vụ. Người thụ trái đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ đó có quyền đòi mỗi người thụ trái khác phải bồi hoàn lại cho mình phần mà người thụ trái này đã thực hiện trong khối nghĩa vụ chung. Người thụ trái đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ này được thế quyền trái chủ, có nghĩa là có các đặc quyền như trái chủ cũ. Tuy nhiên đối với việc thực hiện nghĩa vụ liên đới giữa nhiều người thụ trái có nhiều trường hợp pháp luật cần dự liệu.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, ngoài các nguyên tắc thực hiện nghĩa vụ liên đới giữa các người thụ trái nêu trên (trừ việc xác định sự thế quyền trái chủ), chỉ dự liệu thêm có hai trường hợp: *Thứ nhất*, trái chủ đã chỉ định một người thụ trái liên đới thực hiện toàn bộ nghĩa vụ, nhưng sau đó lại miễn việc thực hiện cho người đó; và *thứ hai*, trái chủ chỉ miễn việc thực hiện nghĩa vụ cho một trong số những người thụ trái liên đới không phải thực hiện phần nghĩa vụ của của người đó. Trường hợp thứ nhất, nhà làm luật đã đưa ra giải pháp những người thụ trái còn lại cũng được miễn thực hiện nghĩa vụ. Và trong trường hợp thứ hai, nhà làm luật vẫn bắt những người thụ trái còn lại vẫn phải liên đới thực hiện phần nghĩa vụ của họ. Các trường hợp và các giải pháp phù hợp này được dự liệu trong Điều 298, khoản 3 và khoản 4.

Theo quan niệm của các Bộ luật Dân sự cũ của Việt Nam, nghĩa vụ có thể được xem là liên đới giữa các người thụ trái kể cả trường hợp các người thụ trái

này bị ràng buộc vào nghĩa vụ này theo cách thức khác nhau, chẳng hạn người bị ràng buộc kỳ hạn, người không, người bị ràng buộc điều kiện, người không. Khi một người thụ trái liên đới bị đốc thúc thực hiện toàn bộ nghĩa vụ, thì người này có quyền xin yêu cầu các người thụ trái khác tham dự vào thủ tục để bảo vệ quyền lợi chung hoặc để xác định kỷ phần của mỗi người thụ trái liên đới. Trong trường hợp đối tượng của nghĩa vụ liên đới bị tiêu huỷ do lỗi của một hay nhiều người thụ trái liên đới hoặc sau khi họ đã bị đốc thúc thực hiện nghĩa vụ, những người thụ trái khác vẫn phải trả giá tiền của đối tượng, nhưng không phải bồi thường. Trách nhiệm bồi thường trong trường hợp này do người thụ trái có lỗi hoặc đã bị đốc thúc thực hiện nghĩa vụ gánh chịu. Trái chủ nếu đã khởi kiện một người thụ trái liên đới thì vẫn có quyền khởi kiện những người thụ trái liên đới khác, và thời hiệu bị đình chỉ đối với những người thụ trái liên đới khác.

Thực hiện nghĩa vụ phân chia được theo phần

Nghĩa vụ phân chia được theo phần là nghĩa vụ có đối tượng có thể chia được theo phần để thực hiện. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định, đối với loại nghĩa vụ này, người thụ trái có thể thực hiện nghĩa vụ theo từng phần, trừ khi có thoả thuận khác (Điều 300, khoản 2). Các bên trong quan hệ nghĩa vụ có thể thoả thuận khác trong việc thực hiện nghĩa vụ phân chia được theo phần có nghĩa là dù đối tượng của nghĩa vụ có thể phân chia theo phần nhưng các bên vẫn thoả thuận thực hiện như nghĩa vụ không phân chia được theo phần. Ở đây xuất hiện sự khác biệt về quan niệm nghĩa vụ phân chia được theo phần giữa Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 và các Bộ luật Dân sự cũ của Việt Nam. Theo tinh thần Điều 300, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 thì định nghĩa về nghĩa vụ phân chia được theo phần dường như dựa trên tiêu chuẩn vật lý của đối tượng. Điều đó có nghĩa là bất kể khi nào đối tượng của nghĩa vụ có thể phân chia được theo phần thì nghĩa vụ đó đều được coi là nghĩa vụ phân chia được theo phần. Trong khi đó các Bộ luật Dân sự cũ của Việt Nam lại quan niệm nghĩa vụ phân chia được theo phần dựa trên cả hai tiêu chuẩn: vật lý và pháp lý. Do đó đối với nghĩa vụ mà đối tượng của nó có thể

phân chia được theo phần theo tiêu chuẩn vật lý vẫn được xem là nghĩa vụ không phân chia được theo tiêu chuẩn pháp lý, tức là trong trường hợp các bên có thỏa thuận việc thực hiện nghĩa vụ không thể phân chia hoặc nghĩa vụ không thể thực hiện một phần được và phải áp dụng qui chế đối với việc thực hiện nghĩa vụ không phân chia được theo phần¹⁵².

Về nguyên tắc nghĩa vụ phân chia được theo phần vẫn phải thực hiện như nghĩa vụ không phân chia được theo phần trong mối quan hệ giữa trái chủ và người thụ trái. Các Bộ luật Dân sự cũ của Việt Nam chỉ cho phép thực hiện theo phần đối với những người thừa kế của trái chủ hay của người thụ trái, có loại trừ. Chẳng hạn Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ qui định:

“Nguyên tắc trên đây chỉ bị loại trừ đối với thừa kế của trái hộ trong những trường hợp sau này:

- 1) Nếu món nợ, có để đương.
- 2) Nếu sở vật của món nợ là một vật thực thể.
- 3) Nếu chỉ riêng một thừa kế đã được văn tự giao cho việc thi thành nghĩa vụ.
- 4) Nếu bản chất của sự cam kết, hay mục đích của sự cam kết, bó buộc phải thi hành toàn vẹn, không thể phân chia làm nhiều lần.

Người thừa kế giữ tài sản bị để đương hay giữ sở vật của món nợ, trong hai trường hợp đầu, người được chỉ định để thi hành nghĩa vụ trong trường hợp thứ ba và mỗi thừa kế trong trường hợp chót đều có thể bị truy sách về toàn phần món nợ, nhưng có quyền đòi các thừa kế khác phải bồi hoàn” (Điều thứ 804).

Thực hiện nghĩa vụ không phân chia được theo phần

Nghĩa vụ không chia được theo phần là nghĩa vụ có đối tượng là một vật phải giao một lúc hoặc công việc phải thực hiện một lần. Do đó dẫn đến hệ quả nhiều người đã cùng cam kết về một nghĩa vụ không phân chia được theo phần, thì

¹⁵² Xem Điều thứ 776, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ, Điều thứ 836, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ, Điều thứ 799- 801, Bộ luật Dân sự 1972

mỗi người phải chịu trách nhiệm về toàn bộ nghĩa vụ dù không phải là nghĩa vụ liên đới. Và những người thừa kế của những người này cũng phải chịu trách nhiệm như vậy.

Trong nghĩa vụ có nhiều trái chủ hay nhiều người thụ trái, quan hệ giữa mỗi trái chủ và người thụ trái rất đa dạng với nhiều hình thức khác nhau, nhưng Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 chỉ qui định bốn hình thức là trái quyền có thể phân chia, trái quyền không phân chia, nghĩa vụ liên đới, và nghĩa vụ bảo lãnh¹⁵³.

II. Trách nhiệm dân sự- Khái quát chung

1) Khái niệm và đặc điểm của trách nhiệm dân sự

Trong mỗi quan hệ với trách nhiệm dân sự, việc có hay không sự thực hiện nghĩa vụ và mức độ của sự thực hiện nghĩa vụ ra sao, nói cách khác, việc có hay không sự vi phạm nghĩa vụ và mức độ vi phạm ra sao là cơ sở quan trọng của việc xác định trách nhiệm dân sự. Luật dân sự Nhật Bản có sự phân biệt các hình thức không thực hiện nghĩa vụ dân sự tương đối cụ thể, rành mạch: (1) Thực hiện chậm; (2) thực hiện không đầy đủ; và (3) không thể thực hiện¹⁵⁴. Bộ luật Dân sự của Tiểu bang Louisiana của Hoa Kỳ chia ra ba hình thức vi phạm nghĩa vụ là không thực hiện, hoặc thực hiện không đúng, hoặc thực hiện chậm trễ nghĩa vụ (Điều 1758). Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 nêu rõ hai hình thức được xem là vi phạm nghĩa vụ bao gồm: không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ (Điều 302, khoản 1). Và việc vi phạm này phải chịu trách nhiệm dân sự. Tuy nhiên Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 ngay sau đó tại Điều 305 có các qui định về trách nhiệm dân sự do chậm thực hiện nghĩa vụ dân sự. Điều đó có nghĩa là chậm thực hiện cũng được xem là vi phạm nghĩa vụ. Vậy buộc phải hiểu rằng chậm thực hiện nghĩa vụ theo Bộ luật này là một hình thức của thực hiện không đúng nghĩa vụ.

¹⁵³ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 408- 409; Japan International Cooperation Agency (JICA), *Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998)*, Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt, p. 170

¹⁵⁴ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 374

Trách nhiệm dân sự luôn luôn được các luật gia Việt Nam hiện nay xem là một loại trách nhiệm pháp lý được nghiên cứu tổng quát trong môn lý luận chung về nhà nước và pháp luật. Trách nhiệm pháp lý được cho là việc một chủ thể phải gánh chịu những hậu quả bất lợi theo qui định của pháp luật do có hành vi vi phạm pháp luật¹⁵⁵. Nghĩa vụ dân sự là một quan hệ pháp lý giữa trái chủ và người thụ trái xác định, tại đó người thụ trái bị pháp luật cưỡng chế thực hiện nghĩa vụ. Nên việc vi phạm nghĩa vụ được xem như vi phạm pháp luật. Về điểm này, Bộ luật Dân sự Pháp 1804 qui định “hợp đồng giao kết hợp pháp có giá trị như luật đối với các bên giao kết” (Điều 1134), tức là nghĩa vụ hợp đồng cũng có giá trị như luật. Vì vậy người vi phạm nghĩa vụ phải gánh chịu hậu quả bất lợi là trách nhiệm dân sự- một loại trách nhiệm pháp lý mà, theo nghiên cứu riêng của một học giả Việt Nam hiện nay, có các đặc điểm : (1) Là hậu quả pháp lý của hành vi vi phạm; (2) Luôn luôn được thực hiện trong phạm vi quan hệ giữa Nhà nước và bên vi phạm; (3) Được xác định bằng trình tự đặc biệt do pháp luật qui định bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền; (4) Được thực hiện trong phạm vi văn bản đã có hiệu lực pháp luật đối với người vi phạm; (5) Có thể áp dụng đối với cả pháp nhân đối với vi phạm ngoài luật hình sự¹⁵⁶.

Khác với quan điểm này của Lê Văn Cẩm, và có phần cô đọng hơn, một số học giả khác của Việt Nam cho rằng trách nhiệm dân sự cũng có các đặc điểm như trách nhiệm pháp lý, bao gồm: (1) Chỉ được áp dụng khi có hành vi vi phạm pháp luật và chỉ áp dụng đối với người có hành vi vi phạm đó; (2) là một hình thức cưỡng chế nhà nước và do cơ nhà nước có thẩm quyền áp dụng; và (3) luôn mang đến hậu quả bất lợi cho người có hành vi vi phạm pháp luật¹⁵⁷.

¹⁵⁵ 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. 307

¹⁵⁶ Đại học Quốc gia Hà Nội, Khoa Luật, *Giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2005, tr. 551- 552

¹⁵⁷ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 45

Có tác giả cho rằng việc phân biệt giữa trách nhiệm dân sự và trách nhiệm pháp lý cũng không ít quan điểm khác nhau, tuy nhiên nhiều ý kiến đồng nhất về các đặc điểm của trách nhiệm dân sự như sau:

Thứ nhất, trách nhiệm dân sự là quan hệ luật tư giữa hai chủ thể độc lập có địa vị pháp lý bình đẳng, và bên vi phạm phải gánh chịu trực tiếp trước bên có quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm chứ không phải chịu trách nhiệm trước nhà nước hoặc người khác, trừ trường hợp chế tài vô hiệu hợp đồng do chống lại trật tự công cộng và đạo đức xã hội;

Thứ hai, trách nhiệm dân sự bao giờ cũng là trách nhiệm tài sản;

Thứ ba, trách nhiệm dân sự được áp dụng đối với bên vi phạm phải tương xứng với hậu quả của hành vi vi phạm, tức là tương xứng với mức độ tổn thất về vật chất hoặc tinh thần mà người thiệt hại phải gánh chịu;

Thứ tư, trách nhiệm dân sự phải được áp dụng thống nhất và như nhau đối với các chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự¹⁵⁸.

Khi khái quát các ý kiến chung của các luật gia về các đặc điểm của trách nhiệm dân sự như trên, người khái quát không chỉ rõ đó là ý kiến chung của các luật gia trên thế giới thuộc các họ pháp luật khác nhau hay chỉ thuộc một họ pháp luật, hay đó là ý kiến chung của các luật gia Việt Nam hiện nay. Tuy nhiên bản thân người khái quát như vậy cũng tự nhận thấy có quá nhiều điểm ngoại lệ với so với các đặc điểm được khái quát, chẳng hạn liên quan tới phạt vi phạm hợp đồng, tới vô hiệu hoá các hợp đồng chống lại trật tự công cộng và đạo đức xã hội.

Trước hết nói tới đặc điểm thứ ba trong nghiên cứu khái quát trên. Mức độ tổn thất về tinh thần khó có thể vật chất hoá, do đó khó có thể xác định được mức độ tương xứng về bồi thường vật chất. Nên thông thường trong việc xâm phạm quyền nhân thân, hầu hết các nền tài phán đều kết hợp nhiều loại chế tài đối với người vi phạm mà trong đó bù đắp tổn thất chỉ là một trong số đó. Điều 611, khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có nhắc tới việc bù đắp tổn thất về tinh

¹⁵⁸ Nguyễn Ngọc Khánh, *Chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 347- 350

thần cho người bị vi phạm, tuy nhiên không hề bày tỏ tinh thần bù đắp tương xứng với thiệt hại về tinh thần, nên tự đưa ra một giới hạn tối đa cho khoản bù đắp đó là không quá mười tháng lương tối thiểu do Nhà nước qui định, trong trường hợp các bên không thể thỏa thuận được mức bồi thường.

Khi đưa ra đặc điểm thứ ba nêu trên, tác giả của nó cũng đã phân vân và lập luận rằng: (1) Pháp luật có thể qui định những trường hợp ngoại lệ mà trách nhiệm dân sự không nhất thiết phải phù hợp và tương xứng với mức độ tổn thất về vật chất và/hoặc tổn thất về tinh thần do hành vi vi phạm gây ra; và (2) phạt vi phạm hợp đồng theo thỏa thuận là một minh chứng cho ngoại lệ này; và (3) “tuy nhiên, điều cần lưu ý là ngay cả đối với một số dạng, loại hợp đồng có thỏa thuận phạt vi phạm, qui tắc “phù hợp và tương xứng” vẫn được áp dụng ở mức độ nào đó”, và “điển hình là qui định về mức phạt vi phạm tại Điều 301 Luật Thương mại Việt Nam 2005”¹⁵⁹. Về các lập luận này, có thể nói ngay, chưa kể đến sự đúng sai, nhưng khác hẳn với tinh thần của Điều 301, Luật Thương mại Việt Nam 2005, một mức phạt không giới hạn được Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 cho phép trong Điều 422 như sau:

“1. Phạt vi phạm là sự thỏa thuận giữa các bên trong hợp đồng, theo đó bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp một khoản tiền cho bên bị vi phạm.

2. Mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận.

3. Các bên có thể thỏa thuận về việc bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải nộp phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại; nếu không có thỏa thuận trước về mức bồi thường thiệt hại thì phải bồi thường toàn bộ thiệt hại.

Trong trường hợp các bên không có thỏa thuận về bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm”.

Tại một hội thảo quốc tế lớn về hợp đồng thương quốc tế, trong phần tham luận của mình, Bernado M. Cremades nhận định: các điều khoản qui định việc bồi

¹⁵⁹ Nguyễn Ngọc Khánh, *Chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 349- 350

thường thiệt hại trong trường hợp không thực hiện hợp đồng, cũng như các điều khoản phạt vi phạm là những điều khoản thông dụng trong một số loại hợp đồng quốc tế (thuê, vay, thực hiện dịch vụ định kỳ...). Ông chỉ rõ điểm khác biệt cơ bản giữa điều khoản bồi thường và điều khoản phạt ở chỗ: điều khoản phạt nhằm mục đích bảo đảm thực hiện hợp đồng, còn điều khoản bồi thường thiệt hại nhằm mục đích xác định khoản bồi thường khi một bên không thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên các nền tài phán có cách nhìn nhận rất khác nhau về điều khoản phạt. Chẳng hạn toà án Anh Quốc coi điều khoản phạt là có tính chất trừng phạt, do đó không có hiệu lực; còn điều khoản bồi thường chỉ hợp lệ khi mức bồi thường thiệt hại được các bên thoả thuận thực sự thể hiện được mức thiệt hại ước lượng do vi phạm hợp đồng, với điều kiện phải thoả mãn tiêu chí là khoản bồi thường đã được các bên đánh giá hoặc dự kiến hợp lý bù trừ công bằng cho việc không thực hiện hợp đồng hoặc khó có thể xác định được chắc chắn về mức bồi thường. Trong khi đó một số hệ thống pháp luật lại cho phép thiết lập các điều khoản phạt vi phạm hợp đồng như một biện pháp răn đe. Chẳng hạn luật dân sự Tây ban Nha thừa nhận chế tài khép vừa phạt vi phạm, vừa bồi thường thiệt hại¹⁶⁰.

Các phân tích này cho thấy đặc điểm thứ ba của trách nhiệm dân sự được khái quát nêu trên không thoả đáng, bởi không mang tính khái quát cao. Tuy nhiên nó cũng phần nào phản ánh được ước vọng thiết lập nên một nguyên tắc công bằng trong quan hệ hợp đồng hay quan hệ nghĩa vụ.

Phản ánh quan điểm của hầu hết các luật gia Nga mà được nhiều luật gia Việt Nam theo trường phái Nga tán thưởng, O. S. Ioffe đưa ra định nghĩa; “Trách nhiệm dân sự- đó là những chế tài đối với vi phạm nghĩa vụ mà việc áp dụng những chế tài đó sẽ dẫn đến hậu quả pháp lý bất lợi cho bên vi phạm dưới hình thức tước quyền dân sự (như tước quyền sở hữu, tước quyền thừa kế...) và/hoặc bằng hình thức đặt ra cho họ những nghĩa vụ mới hoặc nghĩa vụ bổ sung như

¹⁶⁰ Bernado M. Cremades, “Bồi thường thiệt hại theo thoả thuận trong trường hợp không thực hiện hợp đồng, điều khoản phạt vi phạm và cơ chế bồi thường thiệt hại mang tính chất răn đe trong các hợp đồng quốc tế”, *Hội thảo hợp đồng thương mại quốc tế- Tham luận*, Hội thảo do Nhà pháp luật Việt- Pháp tổ chức tại Hà Nội từ ngày 13- 14 tháng 12 năm 2004, tr. 166- 167

nghĩa vụ bồi thường thiệt hại, nộp phạt vi phạm hoặc trả tiền lãi đối với khoản nợ chậm trả”¹⁶¹. Dường như định nghĩa này đã đồng nhất giữa trách nhiệm dân sự với chế tài dân sự, và cho rằng trách nhiệm dân sự chỉ áp dụng cho vi phạm nghĩa vụ. Trong khi đó một số luật gia Nhật Bản phân tích: trách nhiệm được thể hiện bằng hình thức cưỡng chế thực hiện nghĩa vụ đối với tài sản của người mắc nợ; tuy nhiên có thể có trường hợp trách nhiệm không có nghĩa vụ, chẳng hạn trách nhiệm áp dụng đối với người bảo lãnh, người thứ ba sở hữu tài sản thế chấp¹⁶². Vậy không phải bất kể trường hợp nào bị áp dụng chế tài cũng đều có sự vi phạm nghĩa vụ. Pháp luật dân sự Nhật Bản ấn định gánh nặng tương đương lên người bảo lãnh như người thụ trái chính trong nghĩa vụ bảo đảm. Khi có một bảo lãnh đối với một nghĩa vụ chuyển giao mà không thay thế, thì nó được xem như một điều kiện đình chỉ chuyển đổi thành nghĩa vụ chi trả bồi thường bởi sự không thực hiện nghĩa vụ chính¹⁶³.

Dưới chế độ cũ ở Việt Nam có luật gia quan niệm: “Trách nhiệm dân sự là một nguồn gốc của nghĩa vụ căn cứ vào hành vi mà Dân luật coi như là trái luật (illicite). Do đó dân luật đã bắt buộc người làm ra hành vi trái luật phải bồi thường cho người bị thiệt hại. Tóm lại trách nhiệm dân sự phát sinh ra nghĩa vụ bồi thường đối với người nào đã làm ra một hành vi gì trái luật mà gây tổn thất cho người khác”¹⁶⁴. Quan niệm này có phản ánh được đầy đủ các khía cạnh của trách nhiệm dân sự hay không là một câu trả lời không quá khó. Tuy nhiên đâu là điểm hợp lý của định nghĩa này và chúng phát xuất từ đâu thì cần phải tìm hiểu.

Luật La Mã xác định, ngoài các nguyên nhân hợp pháp như hợp đồng và chuẩn hợp đồng, nghĩa vụ còn phát sinh ra bởi nguyên nhân bất hợp pháp như vi phạm (*delictum*) và chuẩn vi phạm (*quasi ex delicto*). Vi phạm được chia thành hai loại là tội hình sự và dân sự phạm. Đối với dân sự phạm, nạn nhân có thể kiện ra

¹⁶¹ Nguyễn Ngọc Khánh, *Chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 346- 347

¹⁶² Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 367- 368

¹⁶³ Japan International Cooperation Agency (JICA), *Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998)*, Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt, tr. 174

¹⁶⁴ Trần Thúc Linh, *Danh- từ pháp- luật lược- giải*, Nhà sách Khai trí, Sài Gòn, tr. 997

toà xin bồi thường. Dân sự phạm (*damnum injuria*) là sự thiệt hại gây ra một cách bất chính đáng cho người khác, làm nghèo cho nạn nhân nhưng không làm giàu thêm cho người vi phạm¹⁶⁵. Vi phạm được qui định bởi luật *Aquilia*. Tuy nhiên các luật gia La Mã chưa bao giờ đạt tới nguyên tắc chung rằng mọi người phải chịu trách nhiệm đối với các thiệt hại mà mình gây ra cho người khác. Mãi tới Thế kỷ XVII và XVIII, nó mới được đưa ra bởi các luật gia thuộc trường phái luật tự nhiên, tiêu biểu là Grotius và Domat, rồi được ghi nhận trong các bộ luật của Châu Âu¹⁶⁶. Ngày nay, Bộ luật Dân sự Pháp 1804 có qui định nguyên tắc tổng quát: “Bất cứ hành vi nào của một người mà gây thiệt hại cho người khác, thì người đã gây ra thiệt hại do lỗi của mình phải bồi thường thiệt hại” (Điều 1382). Tuy nhiên nhiều hệ thống pháp luật thuộc Họ pháp luật La Mã- Đức ngày nay đã tiếp nhận các thành tựu của Luật La Mã liên quan tới lỗi *Aquilia*, tố quyền Paulus, chuẩn vi phạm... Các vi phạm do luật *Aquilia* điều chỉnh bao gồm: (1) Giết bất hợp pháp nô lệ hay gia súc bốn chân; (2) một chủ nợ phụ tha cho con nợ làm thiệt hại cho chủ nợ chính; và (3) những thiệt hại nhỏ gây ra cho nô lệ hoặc gia súc. Theo luật *Aquilia* hành vi gây thiệt hại có hai đặc tính là bất hợp pháp và do chính người vi phạm gây ra. Chế tài đối với những vi phạm này có cả tính hình sự và dân sự như tù giam, bồi thường thiệt hại. Án lệ La Mã đã chuyển hoá từ quan niệm việc làm trái pháp luật (*injuria*) sang lỗi (*culpa*). Lỗi này được xem là hành động cố ý gây thiệt hại hoặc bất cẩn đáng chê trách (lỗi *Aquilia*). Người La Mã lúc này đã phân biệt giữa lỗi và sự vô tình (*casus*). Lúc đầu thiệt hại do vi phạm gây ra được tính theo năm trước khi xảy ra thiệt hại. Lâu dần được tính toàn bộ thiệt hại, kể cả lợi tức để bồi thường. Luật La Mã tại đây đã phát hiện ra hai vấn đề pháp lý quan trọng là sự thiệt hại phát sinh và khoản lời bị mất. Hai vấn đề này được tiếp nhận vào Điều 1149, Bộ luật Dân sự Pháp 1804¹⁶⁷: “Những thiệt hại phải bồi thường

¹⁶⁵ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 143

¹⁶⁶ Konrad Zweigert and Hein Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 597

¹⁶⁷ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 144- 148

cho người có quyền gồm những khoản mà họ mất và món lợi mà họ không được hưởng, ngoại trừ những biệt lệ và sửa đổi dưới đây”. Nguyên lý này cũng được phản ánh trong Điều 307, khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005: “Trách nhiệm bồi thường về vật chất là trách nhiệm bù đắp tổn thất vật chất thực tế, tính được thành tiền do bên vi phạm gây ra, bao gồm tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút”. Trong các dân sự phạm, theo Luật La Mã, có một vi phạm đặc biệt làm phát sinh ra tố quyền *Paulus*¹⁶⁸. Người thụ trái không có khả năng trả nợ, nếu có hành vi gian trá tẩu tán tài sản làm ảnh hưởng tới khả năng trả nợ của mình, thì tố quyền *Paulus* được áp dụng. Về nguyên tắc tất cả các tài sản của con nợ là bảo đảm chung cho các chủ nợ. Nguyên tắc này đã được phản ánh vào Điều 2092, Bộ luật Dân sự Pháp 1804 rằng: “Người nào bị ràng buộc vào một nghĩa vụ cá nhân thì phải thực hiện nghĩa vụ bằng tất cả tài sản của mình, động sản và bất động sản, hiện có và sẽ có”. Do vậy khi người thụ trái tẩu tán tài sản của mình gây thiệt hại cho trái chủ, thì tố quyền *Paulus* là biện pháp bảo toàn tài sản cho trái chủ bằng cách cho phép trái chủ kiện gián tiếp hành vi tẩu tán tài sản nhằm buộc người thứ ba trả lại tài sản cho người thụ trái. Tố quyền này cũng được ghi nhận vào Bộ luật Dân sự Pháp 1804¹⁶⁹: “Người có quyền cũng có thể, nhân danh cá nhân, khởi kiện chống lại các hành vi mà người có nghĩa vụ đã thực hiện một cách gian lận, có hại đến quyền của mình” (Điều 1167). Sự tiếp nhận các nguyên lý pháp lý này từ Luật La Mã cũng được tìm thấy trong các Bộ luật Dân sự Đức 1900, Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896, Bộ luật Dân sự Québec (Canada) 1994, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan 1992 và dĩ nhiên là các Bộ luật Dân sự cũ ở Việt Nam.

Ngày nay về học thuật người ta bàn tới việc hợp nhất lý thuyết về trách nhiệm hợp đồng và trách nhiệm ngoài hợp đồng¹⁷⁰. Theo pháp luật dân sự Pháp

¹⁶⁸ Các luật gia cũ gọi là tố quyền truất bãi

¹⁶⁹ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 149- 152

¹⁷⁰ Jean- Louis Baudouin, *La Responsabilité Civile*, 4e édition, Les Éditions Yvon Blais Inc., Québec (Canada), 1994, p. 16

các trách nhiệm này đều có các thành tố giống nhau, tuy nhiên khác nhau về nguồn gốc phát sinh, nên cũng khác nhau về nghĩa vụ chứng minh.

Ở Common Law người ta quan niệm luật hợp đồng liên quan tới các thoả thuận bị ràng buộc. Vấn đề phát sinh từ đây là: “ràng buộc là gì?”. Ràng buộc có nghĩa là nếu một bên trong quan hệ hợp đồng không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, thì toà án, khi bên bị vi phạm yêu cầu, ấn định các điều kiện đối với bên vi phạm. Và các điều kiện này có mục đích định ra một chế tài, nhưng không phải là một hình phạt đối với bên vi phạm. Trong luật hợp đồng các chế tài được thiết kế để bồi thường, không phải để phạt¹⁷¹. Trách nhiệm dân sự (civil liability) được các luật gia thuộc Common Law coi là sự chịu trách nhiệm trước tổ quyền dân sự đối lập với tổ quyền hình sự; tìm kiếm các chế tài tư hoặc thi hành các quyền đối nhân trên cơ sở hợp đồng, vi phạm ngoài hợp đồng (tort)¹⁷².

Vũ Văn Mẫu khẳng định: Trách nhiệm dân sự là một nguồn gốc của nghĩa vụ không căn cứ vào ý chí của đương sự, tức là nguồn gốc bất hợp pháp; vì vậy trách nhiệm dân sự làm phát sinh ra nghĩa vụ bồi thường đối với người đã làm một hành vi trái luật gây tổn thiệt cho một người khác¹⁷³.

Từ các nghiên cứu trên đây về khái niệm trách nhiệm dân sự, có thể rút ra được một số đặc điểm của trách nhiệm dân sự như sau:

Trước hết, trách nhiệm dân sự là một loại trách nhiệm pháp lý, khác với trách nhiệm đạo đức, mà ở đây trách nhiệm pháp lý có mục đích xác lập các chế tài cụ thể.

Thứ hai, trách nhiệm dân sự không phải là một sự trừng phạt mà là một biện pháp buộc người có hành vi vi phạm pháp luật vào nghĩa vụ bồi thường cho người bị tổn hại do hành vi đó gây ra. Trách nhiệm dân sự khác với trách nhiệm hình sự ở chỗ: trách nhiệm hình sự tập trung sự chú ý vào hành vi; còn trách nhiệm dân sự tập trung sự chú ý vào thiệt hại hay hậu quả của hành vi. Do đó

¹⁷¹ Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, p. 156

¹⁷² Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, Third edition, Barron's Educational Series, INC, USA, 1991, p. 73

¹⁷³ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 431

trong trách nhiệm dân sự, dù có hành vi vi phạm nhưng không có sự thiệt hại, thì không dẫn tới nghĩa vụ bồi thường. Tuy nhiên trong trách nhiệm hình sự người ta cũng quan tâm tới hậu quả ở mức độ nhất định. Và trong trách nhiệm dân sự đôi khi người ta (ở một số nền tài phán) cũng chỉ chú ý tới hành vi trong một dạng trách nhiệm nhất định nào đó. Trách nhiệm hình sự thể hiện sự phản ứng của xã hội đối với kẻ phạm tội trên cơ sở suy diễn hành vi bị trừng phạt đó chống lại sự bình ổn chung của cộng đồng. Ngược lại trách nhiệm dân sự không phải là sự phản ứng của xã hội đối với người vi phạm mà là sự hỗ trợ của pháp luật đối với người bị thiệt hại do vi phạm gây ra để khôi phục lại tình trạng tài chính của người này như khi không có sự vi phạm. Vì vậy các chế tài dân sự mang tính chất tư, chứ không mang tính chất công như chế tài hình sự. Dù sao có những vi phạm xảy ra làm phát sinh cả trách nhiệm hình sự, trách nhiệm dân sự và trách nhiệm lương tâm.

Thứ ba, trách nhiệm dân sự được chia thành trách nhiệm hợp đồng và trách nhiệm ngoài hợp đồng. Có tác giả chia trách nhiệm ngoài hợp đồng thành trách nhiệm dân sự phạm và trách nhiệm chuẩn dân sự phạm¹⁷⁴. Trách nhiệm hợp đồng phát sinh khi hợp đồng không được thực hiện gây thiệt hại cho bên bị vi phạm và bên bị vi phạm đòi bồi thường. Trách nhiệm ngoài hợp đồng phát sinh khi một người có lỗi gây thiệt hại cho một người khác và người bị thiệt hại đòi hỏi sự bồi thường. Trách nhiệm hợp đồng hay trách nhiệm ngoài hợp đồng giống nhau ở chỗ đều phát sinh từ việc vi phạm nghĩa vụ, nhưng được phân biệt bởi nghĩa vụ bị vi phạm phát sinh từ hợp đồng hoặc từ pháp luật. Tuy nhiên sự phân biệt có ý nghĩa trong việc chứng minh. Ở đây cần phải phân biệt thêm rằng, trách nhiệm hợp đồng là một nguồn gốc phát sinh nghĩa vụ khác với hợp đồng. Nghĩa vụ hợp đồng phát sinh trên cơ sở sự thống nhất ý chí của các đương sự hay hành vi pháp lý. Còn nghĩa vụ bồi thường phát sinh ngoài ý chí của đương sự, có nghĩa là do luật định. Quan niệm này có thể còn phải tranh luận, ví dụ trong hợp đồng có thể qui định về

¹⁷⁴ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 433

chế tài vi phạm hợp đồng, và khi hợp đồng bị vi phạm, bên vi phạm tự nguyện thi hành. Nhưng cũng có ý kiến phân tích: khi hợp đồng bị vi phạm thì người vi phạm không mong muốn phải gánh chịu chế tài như vậy? Tuy nhiên cần phải hiểu rằng nếu các bên đặt ra các giải pháp và tự thi hành trong việc vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, thì không dẫn tới tranh chấp pháp lý, do đó không cần thiết sự cưỡng chế thi hành. Nên đặt vấn đề nghĩa vụ trong trường hợp này ít có ý nghĩa.

2) Đặc điểm của trách nhiệm hợp đồng và ý nghĩa của việc phân biệt nó với trách nhiệm ngoài hợp đồng

Việc phân biệt giữa trách nhiệm hợp đồng và trách nhiệm ngoài hợp đồng có một vài ý nghĩa pháp lý quan trọng, nhất là trong việc xác định nghĩa vụ chứng minh. Đối với trách nhiệm ngoài hợp đồng, nguyên đơn có nghĩa vụ chứng minh lỗi của bị đơn đã gây thiệt hại cho nguyên đơn. Khác hơn, trong trách nhiệm hợp đồng, nguyên đơn không phải chứng minh lỗi của bị đơn. Ngược lại bị đơn phải chứng minh sự vi phạm hợp đồng không do lỗi của bị đơn nếu bị đơn không muốn gánh chịu chế tài.

Đối với trách nhiệm ngoài hợp đồng, pháp luật đã đặt ra nghĩa vụ cẩn trọng tổng quát, có nghĩa là trong bất kể trường hợp nào mỗi người phải hành xử một cách cẩn trọng tránh gây thiệt hại cho người khác. Bộ luật Dân sự 2005 Việt Nam đã đưa ra ý niệm về nguyên tắc này tuy không thật rõ ràng trong các Điều 9, Điều 10 và Điều 11. Trong đời sống xã hội, khi xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ, mỗi người phải tôn trọng và không được xâm phạm tới lợi ích của người khác, lợi ích công cộng và lợi ích của nhà nước, và phải tuân thủ pháp luật. Pháp luật tôn trọng và bảo vệ các quyền dân sự của mọi người và mỗi người. Khi các quyền dân sự bị xâm phạm thì chủ thể có quyền tự bảo vệ hay yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền bảo vệ. Hệ quả tất yếu của các nguyên tắc này là: “Người nào có lỗi cố ý hoặc vô ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín, tài sản, quyền, lợi ích hợp pháp khác của cá nhân, xâm phạm danh dự, uy tín, tài sản của pháp nhân hoặc chủ thể khác mà gây thiệt hại thì phải bồi thường” (Điều 604,

khoản 1, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005). Điều luật này cho thấy yếu tố lỗi là trọng yếu trong việc xác định trách nhiệm bồi thường. Tuy nhiên theo học thuyết rủi ro, điều kiện về lỗi bị phủ nhận. Học thuyết này cho rằng khi một người vì hoạt động của mình tạo ra một rủi ro gây tai nạn cho một người khác, thì nạn nhân có thể đòi bồi thường mà không phải chứng minh lỗi của bị đơn¹⁷⁵.

Thế nhưng đối với trách nhiệm hợp đồng, có sự phức tạp riêng, trước hết bởi tính chất đa dạng của các quan hệ nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng. Phân loại nghĩa vụ đã nói tới một cách phân loại có ý nghĩa rất lớn trong việc chứng minh sự vi phạm, mà Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không đề cập tới, chỉ được đề cập tới một cách không thật sự rõ ràng trong Luật Thương mại Việt Nam 2005- đó là nghĩa vụ miễn cản trung thực và nghĩa vụ thành quả. Trong thực tiễn tư pháp của Pháp, vụ Bác sĩ Nicolas kháng kiện vợ chồng Mercier là một vụ có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định những nội dung của cách thức phân loại nghĩa vụ này. Vụ việc này đã ảnh hưởng sâu sắc tới nền tư pháp của Việt Nam dưới các chế độ cũ mà đã được Trần Thúc Linh và Nguyễn Văn Thọ trích dịch trong cuốn *“Những án- lệ quan- trọng, Dân- luật, Luật nghĩa- vụ”* xuất bản tại Viện Đại học Huế 1962.

Vợ chồng Mercier kiện đòi bác sĩ Nicolas bồi thường 200.000 franc vì thiệt hại do bác sĩ gây ra cho bà Mercier khi chữa bệnh cho bà bằng tia X mà không sử dụng các biện pháp phòng ngừa nguy hiểm (1929). Bác sĩ yêu cầu tòa sơ thẩm Marseille bác đơn vì cho rằng: kiện về tội bất cẩn gây thương tích, nên tố quyền đã hết thời hiệu ba năm theo tố tụng hình sự. Tòa Sơ thẩm, rồi đến tòa Thượng thẩm Aix (1931) đã bác lý lẽ của Nicolas và chấp nhận đơn của vợ chồng Mercier. Bác sĩ Nicolas chống án với lý do: (1) Tòa án đã coi tố quyền này là tố quyền đòi bồi thường do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, theo đó bác sĩ phải chăm sóc bệnh nhân “chuyên cần, sáng suốt và thận trọng”; (2) nhưng theo bác sĩ, thực chất sự bất cẩn của bác sĩ là một vi phạm ngoài hợp đồng bởi bác sĩ chỉ cam đoan với bệnh nhân chữa bệnh để lấy thù lao, còn không qui định điều gì rõ ràng, không có sự bảo đảm

¹⁷⁵ Trần Thúc Linh, *Danh- từ pháp- luật lược- giải*, Nhà sách Khai trí, Sài Gòn, tr. 998

mọi tai nạn vô ý gây ra, nên tố quyền đã hết thời hiệu. Tòa Phá án đã buộc bệnh nhân phải chứng minh bác sĩ vi phạm nghĩa vụ chăm sóc bệnh nhân, tức là chứng minh lỗi của bác sĩ. Tại đây có vấn đề phát sinh là: một mặt tòa án Pháp đã công nhận giữa bác sĩ và bệnh nhân có quan hệ hợp đồng, và vi phạm của bác sĩ là vi phạm nghĩa vụ hợp đồng; mặt khác bệnh nhân (trái chủ) lại có nghĩa vụ chứng minh lỗi của bác sĩ (người thụ trái) giống như trong trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng¹⁷⁶.

Xung quanh việc phân loại nghĩa vụ này, theo Vũ Văn Mẫu, khi nguyên đơn yêu cầu bồi thường vì bị đơn đã vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, vấn đề cần xem xét trước tiên là bị đơn có thật vi phạm vào nghĩa vụ mà bị đơn phải thi hành không. Và để giải quyết được vấn đề này thì cần phải biết rõ nghĩa vụ ấy thuộc loại nào. Nếu nghĩa vụ đó là nghĩa vụ miễn cán trung thực thì nguyên đơn có nghĩa vụ chứng minh như đối với trách nhiệm ngoài hợp đồng là bị đơn đã phạm lỗi¹⁷⁷. Dĩ nhiên đối với nghĩa vụ thành quả hay nghĩa vụ xác định, thì nguyên đơn không cần phải chứng minh lỗi của bị đơn, bởi việc không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng đã được xem là có lỗi- “lỗi hợp đồng”. Nghĩa vụ miễn cán trung thực mà người Pháp gọi là nghĩa vụ cấp phương tiện được giải thích trên căn bản: người thụ trái cam kết sử dụng mọi phương tiện để mang lại kết quả, chứ không cam kết mang lại một kết quả cụ thể, do đó người ta không xem đến kết quả ra sao mà chỉ xem xét tới người thụ trái đã sử dụng mọi phương tiện cần thiết hay chưa để thực hiện nghĩa vụ, và từ đó xác định có hay không sự vi phạm của người thụ trái¹⁷⁸.

Giải thích về sự khác biệt đối với nghĩa vụ chứng minh trong trách nhiệm hợp đồng và trách nhiệm ngoài hợp đồng (trách nhiệm vi phạm và chuẩn vi phạm), có ý kiến cho rằng: nguyên đơn trong trách nhiệm ngoài hợp đồng có nghĩa vụ chứng minh, còn trong trách nhiệm hợp đồng được miễn nghĩa vụ này là do chính

¹⁷⁶ Trần Thúc Linh, Nguyễn Văn Thọ, *Những án- lệ quan- trọng, Dân- luật, Luật nghĩa- vụ*, Viện Đại- học Huế, 1962, tr. 44- 49

¹⁷⁷ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 435

¹⁷⁸ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 106

tính chất của nghĩa vụ. Các nghĩa vụ hợp đồng phần lớn là các nghĩa vụ thành quả hay nghĩa vụ xác định. Vì vậy kết quả mong đợi không đạt được do sự không thực hiện nghĩa vụ của người thụ trái, thì trái chủ có quyền yêu cầu bồi thường mà không cần phải chứng minh lỗi của người thụ trái. Ngược lại trong vi phạm và chuẩn vi phạm, pháp luật đã dự liệu nghĩa vụ cần trọng tổng quát. Nên nguyên đơn muốn đòi bồi thường thì phải chứng minh lỗi của bị đơn¹⁷⁹. Lý giải này gợi ý cho việc hiểu sâu sắc hơn trong nghĩa vụ cần mẫn trung thực hay nghĩa vụ cấp phương tiện phát sinh do hợp đồng, nếu nguyên đơn muốn yêu cầu bồi thường cũng phải chứng minh lỗi của bị đơn.

Khác hơn các vấn đề được nghiên cứu ở đây, Luật Thương mại Việt Nam 2005 đã buộc bị đơn (bên vi phạm hợp đồng) phải chứng minh mình không có lỗi để được hưởng chế độ miễn trách nhiệm trong bất kể sự vi phạm nghĩa vụ hợp đồng nào kể cả nghĩa vụ mẫn cán trung thực, mặc dù trong đạo luật này có đề cập tới việc phân loại nghĩa vụ thành nghĩa vụ thành quả và nghĩa vụ mẫn cán trung thực như đã trình bày ở trên. Điều 294, khoản 2 của đạo luật này qui định “bên vi phạm hợp đồng có nghĩa vụ chứng minh các trường hợp miễn trách nhiệm”. Vì vậy việc phân biệt giữa nghĩa vụ thành quả và nghĩa vụ mẫn cán trung thực theo pháp luật Việt Nam hiện nay không có ý nghĩa thực tế nào cả.

Trách nhiệm hợp đồng và trách nhiệm ngoài hợp đồng về lý thuyết còn có sự khác biệt về một số phương diện như thẩm quyền của toà án giải quyết vụ việc, thời hiệu, phạm vi đòi bồi thường và mức độ bồi thường. Bên cạnh việc qui định về thẩm quyền khác nhau của toà án đối với các vụ việc liên quan đến trách nhiệm hợp đồng và trách nhiệm ngoài hợp đồng, và qui định thời hiệu khác nhau đối với chúng, pháp luật trước kia còn qui định trách nhiệm vi phạm và chuẩn vi phạm là những loại trách nhiệm có tính cách toàn ngạch, có nghĩa là giống như trách nhiệm liên đới, có lợi cho nạn nhân bởi họ không phải kiện tất cả các người đồng phạm

¹⁷⁹ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 457- 458

để bắt mỗi người bồi thường thiệt hại theo từng phần¹⁸⁰. Pháp luật Việt Nam hiện nay có điểm phân biệt như trên, nhưng cũng có sự xóa nhòa ranh giới giữa trách nhiệm hợp đồng và trách nhiệm ngoài hợp đồng ở một vài điểm. Có thể lấy các ví dụ sau:

Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 của Việt Nam qui định về nguyên tắc toà án có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về dân sự và thương mại là toà án nơi nơi bị đơn cư trú, làm việc (nếu bị đơn là cá nhân) hoặc nơi bị đơn có trụ sở (nếu bị đơn là cơ quan, tổ chức) (Điều 35, khoản 1, điểm a). Tuy nhiên Bộ luật này còn đưa ra các qui tắc khác biệt theo sự lựa chọn của các đương sự hoặc nguyên đơn. Trong khi đó pháp luật của các chế độ cũ ở Việt Nam có khuynh hướng qui định toà án có thẩm quyền đối với trách nhiệm dân sự phạm là toà án nơi xảy ra sự thiệt hại hoặc nơi cư sở của bị đơn, còn đối với hợp đồng thương mại là toà án nơi đã thiết lập hợp đồng hoặc nơi giao đồ vật hay nơi trả tiền¹⁸¹.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định thời hiệu khởi kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng là hai năm kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn bị xâm phạm (Điều 607) và thời hiệu khởi kiện để yêu cầu giải quyết tranh chấp hợp đồng dân sự cũng là hai năm kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn bị xâm phạm (Điều 427). Thời hiệu khởi kiện đối với hợp đồng thương mại cũng là hai năm theo Điều 319, Luật Thương mại Việt Nam 2005. Riêng đối với kinh doanh dịch vụ logistics, Luật Thương mại Việt Nam 2005 qui định thời hiệu chín tháng kể từ ngày giao hàng (Điều 237). Thời hiệu đối với trách nhiệm hợp đồng theo Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 là 20 năm (Điều thứ 857) và theo Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 là 10 năm (Điều thứ 935). Pháp luật của các chế độ cũ của Việt Nam xây dựng theo mô hình của Pháp còn đưa ra nguyên tắc thời hiệu khởi kiện đối với trách nhiệm dân sự bị phụ thuộc vào thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự nếu sự kiện gây ra sự tổn thất vừa có tính cách

¹⁸⁰ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 459

¹⁸¹ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 458

hình sự, vừa có tính cách dân sự. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có nguyên tắc “thiệt hại phải được bồi thường toàn bộ và kịp thời” (Điều 605), và tiếp sau qui định cụ thể: “Trong trường hợp nhiều người cùng gây thiệt hại thì những người đó phải liên đới bồi thường cho người bị thiệt hại. Trách nhiệm bồi thường của từng người cùng gây thiệt hại được xác định tương ứng với mức độ lỗi của mỗi người; nếu không xác định được mức độ lỗi thì họ phải bồi thường thiệt hại theo phần bằng nhau” (Điều 616). Khác hơn, trong trách nhiệm hợp đồng, sự bồi thường được phân bổ đều cho những người thụ trái, trừ khi những người này cam kết rõ ràng trong hợp đồng chịu trách nhiệm liên đới¹⁸².

¹⁸² Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 459

Chương 4

KHÁI NIỆM, ĐẶC ĐIỂM VÀ CHỨC NĂNG CỦA LUẬT HỢP ĐỒNG

Mục 4.1

Khái niệm luật hợp đồng

Có lẽ chúng ta đều biết luật điều tiết quan hệ hợp đồng hay luật hợp đồng là một loại luật truyền thống đã được dày công nghiên cứu qua nhiều thế hệ. Tuy nhiên sự thay đổi của xã hội ngày qua ngày đã mang đến cho luật hợp đồng nhiều biến đổi. Trước hết, do nhu cầu sinh hoạt kinh tế, văn hoá, xã hội đòi hỏi, nên nhiều loại hợp đồng mới xuất hiện, chẳng hạn như sinh nở thuê (ở người), tặng cho các bộ phận của cơ thể, thuê tài chính trong cấu trúc của thuê khai thác, nhượng quyền thương mại... Tiếp đến nó kéo theo sự thay đổi trong nhận thức về hợp đồng, và do đó giải pháp của luật hợp đồng cũng không phải là bất biến. Chẳng hạn trước kia trong thời kỳ kinh tế kế hoạch hoá, tập trung quan liêu bao cấp, Việt Nam đã xây dựng một chế độ hợp đồng kinh tế mà tại đó các hợp đồng được giao kết bằng văn bản dựa trên chỉ tiêu pháp lệnh của Nhà nước, do đó sự tự do thoả thuận của các chủ thể hợp đồng hầu như bị thủ tiêu. Nhưng ngày nay chế độ hợp đồng đó bị xoá bỏ bởi Việt Nam đã chuyển sang xây dựng nền kinh tế thị trường.

Robert W. Emerson và John W. Hardwick khẳng định luật hợp đồng là nền tảng của nhiều lĩnh vực khác nhau của luật kinh doanh như công ty (corporations), đại diện, lao động, hợp danh (partnerships), mua bán, thương phiếu và giao dịch bảo đảm; là khuôn khổ bảo đảm cho các mong ước hợp pháp được đáp ứng hoặc cung cấp các chế tài¹⁸³. Trong một công trình lớn, nổi tiếng về luật thương mại của Roy Goode- một học giả nổi tiếng của Anh Quốc về luật thương mại, có câu: “Luật thương mại, như chúng ta đã biết từ trước, được xây dựng dựa trên nền tảng

¹⁸³ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, p. 65

hợp đồng”¹⁸⁴. Luật thương mại bao gồm hai mảng vấn đề lớn là thương nhân và hành vi thương mại mà thực chất phần lớn là hợp đồng, còn lại là hành vi pháp lý đơn phương. Ở Việt Nam hiện nay nhiều luật gia xem xét luật công ty hay luật doanh nghiệp (luật về thương nhân) tách rời khỏi luật hợp đồng, bởi họ chỉ nhìn công ty với tính cách là thực thể kinh doanh hay chủ thể của pháp luật. Cách nhìn như vậy là cách nhìn của người đứng bên ngoài nhìn vào công ty. Nó chỉ cho thấy công ty như một pháp nhân trọn vẹn mà không nhìn thấy các thành tố tạo lập nên pháp nhân đó. Rất đáng tiếc luật công ty ở bất cứ nơi đâu đều được thiết lập theo một cách nhìn khác với cách nhìn của các luật gia nói trên. Cụ thể, luật công ty là luật về mối quan hệ nội bộ của công ty, có nghĩa là nhìn công ty từ bên trong, do đó các thành tố tạo lập của công ty là vấn đề quan trọng của luật này. Khi công ty đã được tạo lập và tham gia vào các quan hệ với các thực thể khác, thì hoạt động của nó thuộc phạm vi điều tiết của các lĩnh vực pháp luật khác, không phải luật công ty. Chẳng hạn: Khi công ty mua bán hàng hóa, thì thuộc phạm vi điều tiết của chế định hợp đồng mua bán hàng hoá trong luật thương mại; khi công ty thuê nhà ở cho nhân viên, thì thuộc phạm vi điều tiết của luật dân sự; khi công ty buôn lậu, thì thuộc phạm vi điều tiết của luật hành chính hoặc hình sự... Nhìn từ bên trong thì công ty thực chất là một hợp đồng, bởi nó là sự thoả thuận của các thành viên tạo lập nên công ty. Khi giải quyết các tranh chấp giữa các thành viên của công ty với nhau hoặc giữa thành viên của công ty với công ty và ngược lại, người ta phải tìm kiếm các giải pháp giải quyết tranh chấp từ điều lệ của công ty, từ các văn bản nội bộ của công ty, từ luật thương mại, rồi tới tiểu phân ngành luật nghĩa vụ và hợp đồng... Riêng công ty một thành viên được xem là hành vi pháp lý đơn phương. Do đó có thể nhận thức ngay được rằng, các nhận định nói trên của Roy Goode, của Robert W. Emerson và John W. Hardwick rất xác đáng, rất cơ bản và có ý nghĩa lớn trong khoa học pháp lý.

Theo Lee Boldeman, các lý thuyết gia pháp lý ở cuối Thế kỷ XIX xem luật hợp đồng là một ngành luật nguyên mẫu của những gì được xem là khoa học pháp

¹⁸⁴ Roy Goode, *Commercial Law*, Second edition, Penguin Books, 1995, p. 69

lý mà ở trong nó bao hàm một sự cố gắng hệ thống hoá những học thuyết khác nhau, cũng như các quyết định của toà án tạo nên một lý thuyết logic và phù hợp về các vấn đề liên quan tới hợp đồng. Trong lý thuyết này các qui tắc pháp lý liên quan tới hợp đồng phải được suy luận từ các khái niệm chung giống như đối với tài sản¹⁸⁵.

Ở nước ta khi phân loại hợp đồng, người ta thường dựa vào việc phân chia các ngành luật để chia hợp đồng thành hợp đồng dân sự, hợp đồng kinh tế hay hợp đồng thương mại. Đó là hậu quả của việc phân chia luật tư thành luật dân sự, luật kinh tế¹⁸⁶ hay luật thương mại. Đặc biệt trong một giai đoạn khá dài khoảng vài thập kỷ với cách hiểu chưa đúng đắn về nguồn của pháp luật, chúng ta đã xây dựng hai chế độ hợp đồng gần như tách biệt hẳn với nhau- đó là hợp đồng dân sự và hợp đồng kinh tế- tồn tại cùng hai hệ thống tài phán khác nhau, mặc dù về mặt kỹ thuật pháp lý chúng đều có một nền tảng giống nhau, và hợp đồng kinh tế có rất ít đặc thù (có thể xử lý một cách không quá khó). Tới năm 1997, Việt Nam lại ban hành Luật Thương mại càng làm rắc rối hơn cho câu chuyện phân chia ngành luật ở Việt Nam. Gần như có ba chế độ hợp đồng rất ít quan hệ với nhau (về mặt hình thức) cùng tồn tại mà mỗi trong số chúng đều tranh chấp với nhau về thẩm quyền. Quan niệm phân loại hợp đồng như trên đã được tiết giảm phần nào kể từ khi người ta hô hào hợp nhất luật hợp đồng và nhất là từ khi Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 ra đời. Sự chấm dứt hiệu lực của Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989 của Việt Nam vào đầu năm 2006 đã đánh dấu một bước tiến mới trong nhận thức của nhiều luật gia Việt Nam về nguồn của pháp luật hợp đồng. Bước tiến này cho thấy quan niệm Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 là nền tảng chung của luật hợp đồng, còn các đạo luật khác có thể đề cập tới các đặc thù của các loại hợp đồng chuyên biệt trong các lĩnh vực khác nhau. Vì vậy Luật Thương mại Việt Nam 2005 không qui định

¹⁸⁵ Lee Boldeman, *The Cult of the Market: Economic Fundamentalism and its Discontents*, [http://epress.anu.edu.au/cotm/mobile_devices/index.html], 2/7/2008

¹⁸⁶ Ở đây cần lưu ý rằng: Luật kinh tế XHCH không thể xếp vào khu vực luật tư, bởi bản thân nó không chỉ điều tiết quyền lợi tư, và hơn nữa truyền thống Sovietique Law không có sự phân biệt giữa luật công và luật tư

các vấn đề chung về hợp đồng mà chỉ đưa ra một số qui định có tính cách đặc thù. Cũng như vậy đối với các đạo luật khác trong khu vực luật tư.

Giống như các Bộ luật Dân sự của Việt Nam trước kia theo mô hình của Pháp, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có Phần thứ ba mang tên “Nghĩa vụ dân sự và hợp đồng dân sự”. Điều đó có nghĩa là người làm luật đã đưa ra một lý thuyết chung về nghĩa vụ nhân dịp nghiên cứu các hợp đồng¹⁸⁷. Tuy nhiên cần phải hiểu rằng nghĩa vụ còn phát sinh ra từ các nguồn gốc khác với nguồn gốc hợp đồng. Và các nguồn gốc khác này cũng được qui định trong Phần thứ ba của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005.

Luật hợp đồng là một lĩnh vực pháp luật thuộc luật nghĩa vụ. Cứ tưởng tượng rằng, bỗng một hôm có một quyết định hợp nhất luật dân sự và luật thương mại để chỉ xây dựng một bộ luật áp dụng chung cho cả các quan hệ dân sự và các quan hệ thương mại. Có lẽ lúc đó nhà làm luật buộc phải xếp các qui định về thương mại vào phần nghĩa vụ trong bộ pháp điển đó (tất nhiên không tuyệt đối). Câu chuyện như vậy đã diễn ra ở Quebec (Canada), Ý, Hà Lan, Thái Lan. Ở Thụy Sĩ bên cạnh Bộ luật Dân sự, người ta xây dựng một Bộ luật Nghĩa vụ áp dụng chung cho cả quan hệ dân sự và quan hệ thương mại.

Vậy có thể hiểu: Luật hợp đồng là một lĩnh vực pháp luật thuộc luật nghĩa vụ bao gồm các qui tắc điều tiết các quan hệ giữa các bên trong sự thoả thuận nhằm làm phát sinh ra một hậu quả pháp lý.

Định nghĩa như vậy, cùng với các nghiên cứu về vai trò của hợp đồng trong đời sống xã hội và thực tế đã cho thấy luật hợp đồng là một lĩnh vực pháp luật rất rộng lớn. Do đó ở nhiều nước, không riêng ở Việt Nam, các qui định về hợp đồng nằm ở nhiều đạo luật khác nhau. Các qui định về hợp đồng ở Việt Nam được chứa đựng trong các đạo luật hiện hành như: Bộ luật Dân sự, Luật Thương mại, Luật Kinh doanh bảo hiểm, Bộ luật Hàng hải, Luật Hàng không Dân dụng, Luật Du lịch,

¹⁸⁷ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 55

Luật Doanh nghiệp, Luật Chứng khoán... Vì vậy việc tìm hiểu các quan điểm về pháp điển hóa luật hợp đồng là rất quan trọng trong việc nghiên cứu pháp luật.

Hiện nay có nhiều ý kiến khác nhau về vấn đề này. Nhưng ở Việt Nam đa số ý kiến cho rằng cần thống nhất hóa pháp luật hợp đồng. Giao lưu quốc tế rõ ràng đã mang lại những lợi ích to lớn không chỉ cho lĩnh vực kinh tế mà còn cho nhiều lĩnh vực khác. Tuy nhiên, bên cạnh đó, nó phần nào cũng làm cho nhiều người có cái nhìn nghiêng hẳn về một phía có sức hấp dẫn kinh tế lớn hơn. Những năm đầu của Thế kỷ XXI, nhiều luật gia Việt Nam có ý tưởng xây dựng một đạo luật thống nhất về hợp đồng cho cả dân sự và thương mại. Việc hợp nhất luật dân sự và luật thương mại không phải là chuyện xa lạ đối với các luật gia trên thế giới. Nhưng ý tưởng xây dựng một đạo luật thống nhất về hợp đồng nói trên được lập luận là sự học tập kinh nghiệm của Trung Quốc.

Nhìn nhận bao quát các hệ thống pháp luật lớn trên thế giới, hai nhà luật học so sánh có tên tuổi là René David và John E.C Brierley nhận định, luật nghĩa vụ là yếu tố thống nhất và nổi bật trong Họ Pháp luật La Mã- Đức- một họ pháp luật lớn nhất thế giới và có đặc trưng lớn nhất là pháp điển hoá¹⁸⁸. Trong khi đó các nước thuộc Họ Pháp luật Anh- Mỹ có hai môn luật riêng biệt là luật hợp đồng (law of contract) và luật trách nhiệm ngoài hợp đồng (law of tort), và không coi trọng pháp điển hoá. Từ đó có thể nói, cách thức tư duy pháp lý, các quan điểm pháp lý và thực tiễn lập pháp ở Việt Nam gần gũi với các nước thuộc Họ Pháp luật La Mã- Đức hơn. Nếu cứ cho là kinh nghiệm của Trung Quốc đang được nhấn mạnh, thì cũng cần tìm hiểu thêm rằng, Trung Quốc chưa có một bộ luật dân sự đầy đủ mà mới chỉ có “Các Quy định Chung về Luật Dân sự” với 156 điều khoản và từ đó được bổ sung thêm bằng các đạo luật. Đầu Thế kỷ XXI nước này có thông qua một vài phần của bộ luật dân sự trong tương lai. Ngoài ra, tại nước này, các luận thuyết pháp lý giữ vai trò quan trọng như một nguồn bổ sung cho các qui tắc cơ sở mà các đạo luật không qui định. Trong các luận thuyết như vậy thường

¹⁸⁸ René David, 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. 80

đề cập đầy đủ tới các nguyên tắc và lý thuyết của một bộ luật dân sự hoàn chỉnh, bao gồm cả lý thuyết về nghĩa vụ, và coi hợp đồng chỉ là một căn cứ phát sinh nghĩa vụ. Tuy nhiên đáng lưu ý: có lẽ Trung Quốc theo khuynh hướng hợp nhất luật dân sự và luật thương mại¹⁸⁹, nên trước khi bộ luật dân sự ra đời, thì bước đầu tiên của họ là hợp nhất các đạo luật về hợp đồng mà trong đó có cả đạo luật về hợp đồng kinh tế. Các thông tin này cho thấy chế định hợp đồng không thể tách rời khỏi luật nghĩa vụ ở các nước theo truyền thống pháp điển hoá.

Mặc dù không nhấn mạnh tới pháp điển hoá và tới việc phân chia các ngành luật, nhưng các luật gia ở các nước thuộc Họ Pháp luật Anh- Mỹ, về mặt học thuật, cũng có quan niệm về luật nghĩa vụ mà trong đó bao gồm ba bộ phận cấu thành là luật hợp đồng (law of contract), luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (law of tort), và luật bồi hoàn (law of restitution)¹⁹⁰.

Sự tiếp nhận *jus commune* được xây dựng trên cơ sở của Luật La Mã (nhất là Corpus Juris Civilis) có khác nhau ở các nước Tây Âu, nhưng luật nghĩa vụ của người La Mã đã trở thành môn khoa học pháp lý chính ở các nước thuộc Họ Pháp luật La Mã- Đức và cũng là phần cơ bản, trung tâm của luật dân sự. Nó nghiên cứu khi nào và hoàn cảnh nào nghĩa vụ xuất hiện; các qui tắc cụ thể nào mà nghĩa vụ bị phụ thuộc; các hậu quả của việc không thực hiện nghĩa vụ; và nghĩa vụ được thực hiện và thanh toán như thế nào¹⁹¹. Các vấn đề của luật nghĩa vụ được trình bày hết sức công phu, đầy đủ và hệ thống trong hai Bộ luật Dân sự điển hình của họ pháp luật này là Bộ luật Dân sự 1804 của Pháp và Bộ luật Dân sự 1900 của Đức. Các Bộ luật này đều có ảnh hưởng rất lớn tới luật tư của các nước. Bộ luật Dân sự Pháp 1804 đã được tiếp nhận tại Bỉ, Hà Lan và ảnh hưởng rất lớn tới Tây Ban Nha, Bồ Đào Nha, Ý và nhiều nước thuộc địa cũ của những nước này. Trong

¹⁸⁹ William C. Jones, *Basic Principles of Civil Law in China*, M. E. Sharpe, Inc- Armonk. New York. London, 1989, pp. XV, 135; 196- 199; Xin Chunying, *Chinese Legal System & Current Legal Reform*, KAS – Schriftenreihe, 1999, pp. 394-500.

¹⁹⁰ Andrew Burrows, *Understanding the Law of Obligations- Essays on Contract, Tort and Restitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 1-3

¹⁹¹ René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, Secon Edition, The Free Press, New York . London. Toronto. Sydey. Tokyo. Singapore, 1975, p. 80

khi đó, Bộ luật Dân sự Đức 1900 và kỹ thuật pháp điển hoá của nó gây ảnh hưởng lớn tới Nga, Nhật Bản...Tuy nhiên kỹ thuật pháp điển hoá này không gây được cảm tình của Thuy Sỹ, Hung- ga- ri...

Những nghiên cứu này đã làm sáng tỏ phần nào con đường dẫn tới nhận định, kể từ khi thoát khỏi sự chi phối của Hệ thống Pháp luật Viễn Đông, luật dân sự ở Việt Nam vẫn quanh quẩn đâu đó xung quanh cái gốc Luật La Mã, dù người ta có cố gắng lý giải nó đầy đặc tính Việt Nam. Việc nêu bật đặc tính dân tộc trong luật dân sự là rất đáng lưu ý. Tuy nhiên những điểm riêng biệt của hoàn cảnh mà không phản ánh truyền thống dân tộc và cũng không đặt trên cơ sở một học thuyết hay không được mài dũa trong thực tiễn đã đưa vào bộ luật, thì quả thật không nên. Việc tiếp nhận khoa học pháp lý từ bên ngoài không phải và không thể là một điều xấu. Thực tiễn đã chứng minh rằng, Hiến pháp hiện nay của Việt Nam đang phản ánh các quan điểm của truyền thống pháp luật Soviet. Trung Quốc đang thực hiện một công cuộc cải cách pháp luật hướng tới Họ Pháp luật La Mã- Đức mà tại đó nước này đang trăn trở về việc nên theo khuynh hướng xây dựng hai bộ luật (dân sự và thương mại) như Pháp, Đức, Nhật hay xây dựng một bộ luật dân sự (cho cả quan hệ dân sự và quan hệ thương mại) như Ý, Hà Lan, và nên theo kỹ thuật pháp điển của Pháp hay của Đức khi xây dựng bộ luật dân sự¹⁹². Mặc dù dựa vào quan niệm của học thuyết Marx rằng, các qui tắc của luật dân sự chỉ là sự diễn đạt các điều kiện của đời sống kinh tế xã hội dưới dạng luật¹⁹³, nhưng những luận thuyết về luật dân sự- có thể được dùng như một loại nguồn của pháp luật ở nước này- vẫn trình bày giống với các luận thuyết của các nước Châu Âu Lục địa. Điều đó minh chứng rằng, khoa học pháp luật dân sự phát xuất từ một gốc chung. Nên để đánh giá một bộ luật dân sự, cần phải đi từ cái gốc chung đó.

Quan niệm về hợp đồng của các hệ thống pháp luật không khác nhau. Chẳng hạn người Anh cho rằng điểm cốt yếu của hợp đồng là sự gặp gỡ của các ý

¹⁹² Xin Chunying, *Chinese Legal System & Current Legal Reform*, KAS – Schriftenreihe, 1999, pp. 486-500

¹⁹³ William C. Jones, *Basic Principles of Civil Law in China*, M. E . Sharpe, Inc- Armonk. New York. London, 1989, p. 3

chí của các bên trong việc thoả thuận cuối cùng và đầy đủ¹⁹⁴. Tuy nhiên, cho tới năm 1765, Blackstone- một người có công lao vô cùng to lớn trong việc phát triển pháp luật Anh và pháp luật Hoa Kỳ- viết cuốn sách nổi tiếng mang tên *Commentaries on Laws of England* đề cập vô cùng ít ỏi tới hợp đồng. Trong khi dành 380 trang sách cho bất động sản, thì ông chỉ dành cho hợp đồng 28 trang, nhưng lại coi hợp đồng như một trong những phương pháp khác thủ đắc quyền sở hữu động sản và chỉ phân biệt nó với tặng cho. Đối với ông, hợp đồng không gì khác hơn là một tiểu phân ngành của luật tài sản¹⁹⁵. Ngược lại, luật hợp đồng ở các nước Châu Âu Lục địa là di sản của Luật La Mã.

Sự hợp nhất hay không hợp nhất luật dân sự và luật thương mại có thể dẫn đến sự khác nhau trong kết cấu của bộ luật dân sự. Một trong những khác biệt lớn nhất là phần qui định các loại hợp đồng cụ thể.

Ngoài thiếu sót này, nếu như Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 cần được sửa đổi theo hướng hợp nhất luật dân sự và luật thương mại, rất nhiều dạng hợp đồng thương mại cần phải xem xét đưa vào Bộ luật Dân sự tương lai. Vấn đề này dẫn đến cả việc thống nhất chế tài vi phạm hợp đồng mà lớn hơn thế là cơ cấu lại hệ thống chế tài dân sự và thương mại. Vô hiệu hoá các công ty không đủ tiêu chuẩn là một chế tài đặc trưng của luật thương mại cũng cần đưa vào Bộ luật Dân sự tương lai. Nhưng việc này chỉ có thể làm được khi có các qui định về hợp đồng thành lập công ty.

Việc pháp điển hoá ở các nước có truyền thống pháp điển hoá thường theo công thức là chất lọc ra từ trong lý thuyết và các công trình nghiên cứu pháp lý các qui tắc và nguyên tắc pháp lý, rồi đem gọt dũa cho phù hợp với thực tiễn¹⁹⁶. Có lẽ công thức pháp điển hoá được khởi đầu từ một đạo luật nào đó của nước ngoài, nhất là của nước không có một truyền thống pháp lý được chú ý của cộng đồng

¹⁹⁴ Sir William R. Anson, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, Twenty- second edition, Oxford at the Clarendon Press, 1965, p. 4

¹⁹⁵ Sir William R. Anson, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, Twenty- second edition, Oxford at the Clarendon Press, 1965, p. 1

¹⁹⁶ 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, pp. 87- 88

quốc tế, thì không bao giờ tìm kiếm được sự hưởng ứng của xã hội, cho dù được tuyên truyền tốt kém. Cái yếu nhất của của Bộ luật Dân sự Việt Nam hiện nay có lẽ là do chưa có được một cơ sở học thuyết rõ ràng, hợp lý và logic, thêm nữa lại chưa được cọ sát với thực tiễn và chưa được lôi kéo bởi một định hướng rõ ràng. Nhà thiết kế ở đây cần dày công hơn nữa, trước tiên là để thấu hiểu cặn kẽ cái logic bên trong của dân luật.

Ngày nay có nhận thức về hợp đồng cho rằng: Lý luận sâu sa về hiện tượng trên lắng đọng ở chỗ cần nghiên cứu nhằm tìm ra một sự hợp tác đa dạng, mềm dẻo thậm chí trong các nước có nền kinh tế tập thể để tiến tới pháp luật được xây dựng trên cơ sở đàm phán sẽ dần có xu hướng thay thế cho pháp luật có tính áp đặt. Ý tưởng về việc coi hợp đồng là một cách thức tốt để xây dựng pháp luật đã dần được các Chính phủ quan tâm. Họ đã mời các đối tác trong xã hội (nhà kinh tế, nhà xã hội học) tham gia vào việc định nghĩa, sửa đổi, bổ sung các quan hệ hợp đồng, nhận thức các quá trình xã hội và những biến đổi nhanh chóng của công nghệ. Chẳng hạn như trong lĩnh vực lao động, sự tham gia đàm phán, đối thoại giữa Nhà nước, giới chủ và người làm công ăn lương đã dẫn đến những quy định linh hoạt của pháp luật trong lĩnh vực thời giờ làm việc để giải quyết những vấn đề nổi cộm về việc làm hay vấn đề nợ chồng chất của các Quỹ bảo hiểm xã hội. Nhà làm luật sẽ không quy định một cách chi tiết về những vấn đề này mà nhường chỗ lại cho các nhóm đại diện tự đàm phán để tìm ra một giải pháp đồng thuận chung. Người ta gọi đó là *chính sách về hợp đồng*¹⁹⁷.

Các văn bản pháp luật quy định về vấn đề hợp đồng ngày càng mở rộng phạm vi điều chỉnh của mình. Hợp đồng truyền thống mang tính chất cá nhân, thậm chí chủ thể ký kết là các công ty, pháp nhân song về mặt hình thức vẫn không thay đổi. Ngày nay, có nhiều loại hợp đồng mới, phức tạp hơn bởi vì chúng phải đáp ứng yêu cầu của một nền kinh tế phát triển ngày càng mạnh mẽ, các chủ thể tham gia đa dạng, có quy mô lớn. Đó không phải chỉ là các cá nhân mà là các

¹⁹⁷ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p. 13

nhóm, các cộng đồng như các doanh nghiệp, các tập đoàn doanh nghiệp với nhau và với Nhà nước¹⁹⁸.

Mục 4.2

Đặc điểm của luật hợp đồng

Luật hợp đồng là một tiểu phân ngành luật quan trọng có các đặc điểm khác biệt với phần còn lại của hệ thống pháp luật. Nó bao gồm ba đặc điểm chủ yếu được phân tích dưới đây.

1. Đặc điểm thứ nhất: *Luật hợp đồng mang tính chất luật tư điển hình.*

Việc phân loại pháp luật thành luật tư và luật công là một trong những đặc trưng nổi bật của Hệ pháp luật La Mã- Đức. Cách thức phân loại này hiện nay cũng được các hệ pháp luật khác tiếp nhận, bởi những tiện ích của nó không chỉ cho công tác nghiên cứu, xây dựng pháp luật, mà còn cho cả hoạt động thực tiễn pháp lý, và giáo dục, phổ biến, tuyên truyền pháp luật. Người La Mã cổ đại đã có ý tưởng về cách thức phân loại này, nhưng chưa đi tới cùng. Cho tới khi trường phái luật tự nhiên xuất hiện, cách thức phân loại này mới thực sự được chú ý và có ý nghĩa to lớn về mặt lý luận, cũng như thực tiễn.

Hạt nhân của việc phân loại này là quyền lợi được chia thành quyền lợi công và quyền lợi tư. Pháp luật xác lập và giới hạn quyền lợi công được gọi là luật công. Còn pháp luật xác lập và giới hạn quyền lợi tư được gọi là luật tư.

Hợp đồng là một phương tiện quan trọng chuyển dịch tài sản giữa những người có vị thế ngang bằng. Họ chính bằng tài sản của mình tham dự vào hợp đồng bằng ý chí của chính mình để nhằm tới những lợi ích của họ, và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của họ. Vì vậy luật hợp đồng thuộc lĩnh vực luật tư, và mang tính điển hình bởi nhà nước đặt ra nhằm hướng dẫn, hỗ trợ và bảo vệ cho các quyền lợi của tư nhân và chỉ giới hạn các quyền lợi này khi có lý do thật sự chính

¹⁹⁸ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p. 14

đáng từ phía cộng đồng. Ý niệm này được thể hiện rất rõ qua nguyên tắc tự do ý chí và nguyên tắc tự chịu trách nhiệm của luật dân sự. Sự can thiệp của nhà nước vào quyền lợi hợp đồng, tức là giới hạn quyền lợi hợp đồng, nhằm bảo vệ trật tự công cộng và đạo đức- hai vấn đề quan trọng nhất nhằm bảo đảm cho sự tồn tại và ổn định của cộng đồng.

Luật dân sự là một ngành luật tư điển hình mang đầy tính triết lý đại chúng khác với luật hành chính mang đầy thiết nhân tính. Luật dân sự có truyền thống lâu đời, luôn gắn bó với đời sống thường nhật của con người và ít bị ảnh hưởng nhất bởi các trào lưu chính trị. Bộ luật Dân sự Pháp 1804, Bộ luật Dân sự Đức 1900 và Bộ luật Dân sự Tây Ban Nha 1889 là các minh chứng hùng hồn cho sức sống vượt trên các biến động chính trị ở xứ sở của chúng và ngay cả ở các xứ sở khác du nhập chúng. Có thể dễ dàng nhận thấy hai tiểu phân ngành lớn của luật dân sự là luật tài sản và luật nghĩa vụ không có sự biến đổi nhiều về phần kỹ thuật pháp lý so với thời La Mã cổ đại. Xét về phương diện tinh thần thì luật dân sự có sự biến đổi quan trọng trong việc bảo vệ quyền lợi của tư nhân. Tuy nhiên các trào lưu chính trị không tác động thường xuyên tới nó như đối với các ngành luật công.

Do đó đặc tính này của luật dân sự nói chung và của luật hợp đồng nói riêng dẫn tới hệ quả rất quan trọng trong việc xây dựng pháp luật. Bởi luật tư điều tiết các quan hệ xã hội có độ ổn định cao, nên cách thức pháp điển hoá luật tư khác với cách thức làm các văn bản hành chính mà các cơ quan quản lý nhà nước của Việt Nam thường làm. *Trước hết*, việc pháp điển hóa luật dân sự cần tối thiểu hóa sự ảnh hưởng của chính trị, chú trọng hơn vào kỹ thuật pháp lý. *Thứ hai*, các qui tắc luật dân sự cần được thiết lập theo hướng khái quát cao từ đời sống thường nhật của con người và trùu tượng hơn các qui tắc của luật hành chính.

Những lẽ này không hề làm giảm tầm quan trọng của luật dân sự dưới con mắt của nhà cầm quyền, bởi bất kể khuynh hướng chính trị lãnh mạnh nào cũng nhằm bảo đảm cho cuộc sống thường nhật của con người, có nghĩa là bảo đảm cho sự bình ổn của cộng đồng.

2. Đặc điểm thứ hai: Luật hợp đồng là một luật hỗ trợ.

Khi giao kết hợp đồng, các bên thiết lập luật giữa họ với nhau. Quan điểm này được cho là nhấn mạnh tới tính “thiên liêng thần thánh” chặt chẽ của hợp đồng¹⁹⁹. Khi hợp đồng đã được thiết lập, các bên trong quan hệ hợp đồng đó phải tuân thủ các qui tắc xử sự mà họ đã đặt ra với nhau. Nếu vi phạm qui tắc xử sự đó, thì hợp đồng là nguồn đầu tiên để giải quyết tranh chấp, và toà án có thể áp dụng chế tài đối với người vi phạm. Do đó luật hợp đồng chỉ nên được xem là một luật hỗ trợ. Tuy nhiên không có sự hỗ trợ này thì hợp đồng không còn là hợp đồng đúng với nghĩa của nó, có nghĩa là sẽ rất khó khăn trong việc giải thích và thi hành hợp đồng. Có thể ví (không hoàn toàn chuẩn xác) luật hợp đồng là “luật làm luật” của các bên trong quan hệ hợp đồng với nhau.

Sự hỗ trợ của luật hợp đồng được biểu hiện qua cách thức tác động của luật hợp đồng vào quan hệ hợp đồng được thiết lập bởi các bên trong quan hệ hợp đồng. Sự hỗ trợ này có thể được nghiên cứu tổng quát ở bốn khía cạnh: *Thứ nhất*, tạo lập hợp đồng; *thứ hai*, thi hành các hợp đồng; *thứ ba*, giải thích ý chí của các bên tham gia quan hệ hợp đồng; và *thứ tư*, kiểm chế hoặc bảo đảm cho việc biểu lộ ý chí.

Chỉ xuất phát từ sự kiểm soát hay từ ý chí thống trị của nhà nước, “*Giáo trình Luật dân sự Việt Nam*” của Trường Đại học Luật Hà Nội quan niệm:

“Hợp đồng dân sự (nghĩa chủ quan) và pháp luật về hợp đồng dân sự (nghĩa khách quan) là hai khái niệm không đồng nhất với nhau. Hợp đồng dân sự theo nghĩa chủ quan là một quan hệ xã hội được hình thành từ sự thoả thuận của các bên để thoả mãn nhu cầu trao đổi trong giao lưu dân sự. Còn pháp luật về hợp đồng dân sự là sự thừa nhận, là yêu cầu của nhà nước đối với các giao lưu dân sự đó”²⁰⁰.

¹⁹⁹ Roland Amoussou- Guénou, “Triển vọng phát triển các nguyên tắc pháp luật hợp đồng Asean (hoặc Châu Á)”, *Hội thảo hợp đồng thương mại quốc tế- Tham luận*, Hội thảo do Nhà pháp luật Việt- Pháp tổ chức tại Hà Nội từ ngày 13- 14 tháng 12 năm 2004, tr. 7

²⁰⁰ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 93

Quan niệm này không cho thấy luật hợp đồng là một luật hỗ trợ, mặc dù đã đề cập tới việc thừa nhận và cho thi hành các hợp đồng. Có lẽ quan điểm xem pháp luật như một công cụ để quản lý xã hội đã gây một áp lực nặng nề lên tư duy pháp lý của nhiều luật gia Việt Nam hiện nay. Ở Trung Quốc ngày nay, dù cũng có quan niệm cứng về pháp luật gắn với Việt Nam, song luật hợp đồng của họ đã có những hỗ trợ nhất định để giải quyết tranh chấp trong trường hợp hợp đồng thiếu vắng hoặc qui định không rõ ràng các điều kiện²⁰¹. Một số tác giả Nhật Bản cho rằng, điểm đặc trưng của hợp đồng là được pháp luật thừa nhận và tạo điều kiện thực hiện²⁰².

Luật hợp đồng chỉ có tính chất giải thích cho ý chí của các bên trong quan hệ hợp đồng cụ thể khi họ thoả thuận không đầy đủ, không rõ ràng hoặc phần thoả thuận nào đấy trái với qui định của pháp luật mà có nguy cơ dẫn tới phần đó bị vô hiệu. Nói một cách bóng bẩy luật hợp đồng là luật hỗ trợ hay bổ sung cho việc làm luật giữa các tư nhân với nhau. Khi giảng giải về Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 tại Việt Nam, các luật gia Nhật Bản nhấn mạnh, Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 chỉ bao gồm các qui định về 13 dạng hợp đồng điển hình nhất. Các qui định này đưa ra tiêu chuẩn nhằm bổ sung và giải thích cho nội dung hợp đồng giữa các bên khi không rõ ràng hoặc không đầy đủ²⁰³.

Ngoài sự hỗ trợ bằng cách làm rõ thêm cho ý chí của các bên trong quan hệ hợp đồng như vừa nói, luật hợp đồng còn hỗ trợ bằng các cách thức khác như: vạch ra phương thức thiết lập các điều kiện của hợp đồng; khuyến nghị cách thức thực hiện hợp đồng; đưa ra các giải pháp giải quyết tranh chấp; và thiết lập những khu vực mà hợp đồng không được xâm phạm. Mặc dù Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 cũng có các qui định trùng với các ý niệm trên, nhưng có lẽ đó chỉ là sự trùng hợp ngẫu nhiên giữa sự cóp nhặt các qui định của một hình mẫu Bộ luật Dân

²⁰¹ Guiguo Wang, *Business Law of China- Cases, Texts and Commentery*, Butterworths Asia, Hongkong-Singapore- Malaysia, 1993, p. 77

²⁰² Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 114

²⁰³ Japan International Cooperation Agency (JICA), *Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998)*, Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt, p. 184

sự cụ thể nào đó với sự bỏ qua các nhận thức thực sự về luật hợp đồng. Chẳng thế mà Điều 462, và nhiều điều khoản tại mục qui định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, nhiều điều qui định về chủ thể của luật dân sự, về đại diện, về các loại hợp đồng cụ thể của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005... không phản ánh các nhận thức truyền thống về luật hợp đồng.

Đối với việc vạch ra phương thức thiết lập các điều kiện của hợp đồng, luật hợp đồng thường sử dụng các qui phạm tùy nghi để các bên lựa chọn cách thức ứng xử của họ với nhau. Ví dụ: Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 của Việt Nam qui định: “Thoả thuận về giá có thể là mức giá cụ thể hoặc một phương pháp xác định giá...” (Điều 431, khoản 3); hoặc qui định trong mục về hợp đồng gửi giữ tài sản như sau: “Bán tài sản gửi giữ có nguy cơ bị hư hỏng hoặc tiêu huỷ nhằm bảo đảm lợi ích cho bên gửi, báo việc đó cho bên gửi và trả cho bên gửi khoản tiền thu được do bán tài sản, sau khi trừ chi phí hợp lý để bán tài sản” (Điều 563, khoản 4).

Đối với việc khuyến nghị cách thức thực hiện hợp đồng, luật hợp đồng thường phân loại các tình huống trong quá trình thực hiện hợp đồng để hướng dẫn các bên lựa chọn cách xử sự sao cho tránh gây tranh chấp hoặc tổn hại tới quyền lợi của nhau. Chẳng hạn: Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 của Việt Nam qui định:

“Trong trường hợp tài sản đã được chuyển đến địa điểm trả tài sản đúng hạn nhưng không có bên nhận thì bên vận chuyển có thể gửi số tài sản đó tại nơi nhận gửi giữ và phải báo ngay cho bên thuê vận chuyển hoặc bên nhận tài sản. Bên thuê vận chuyển hoặc nhận tài sản phải chịu chi phí hợp lý phát sinh từ việc gửi giữ tài sản.

Nghĩa vụ trả tài sản hoàn thành khi tài sản đã được gửi giữ đáp ứng các điều kiện đã thoả thuận và bên thuê vận chuyển hoặc bên nhận tài sản đã được thông báo về việc gửi giữ” (Điều 543, khoản 3).

Đối với việc đưa ra các giải pháp giải quyết tranh chấp, luật hợp đồng dự liệu cách thức xử sự khi có việc vi phạm hợp đồng và các chế tài vi phạm hợp đồng. Ví dụ; Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 của Việt Nam qui định: “Trong trường hợp bên nhận gia công chậm giao sản phẩm thì bên đặt gia công có thể gia

hạn; nếu hết thời hạn đó mà bên nhận gia công vẫn chưa hoàn thành công việc thì bên đặt gia công có quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại” (Điều 555, khoản 1).

Đối với việc thiết lập các khu vực mà hợp đồng không được xâm phạm, luật hợp đồng chỉ ra dứt khoát các khu vực hoặc các trường hợp hợp đồng không được hoặc không nên can dự tới; nếu can dự tới có thể phải chịu một chế tài. Các qui định về vấn đề này giúp cho hợp đồng tránh khỏi các nguy cơ bị phản ứng của xã hội. Chẳng hạn, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 của Việt Nam qui định: “Tự do giao kết hợp đồng nhưng không được trái pháp luật; đạo đức xã hội” (Điều 389, khoản 1); hoặc “Trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng theo mẫu, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì điều khoản này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thoả thuận khác” (Điều 407, khoản 3). Tuy nhiên ta thấy cái đuôi của Điều luật về hợp đồng gia nhập vừa dẫn cần phải được xem xét kỹ lưỡng.

Trong bất kể văn bản pháp luật về hợp đồng nào ở phạm vi quốc gia cũng như quốc tế cũng có các cách thức hỗ trợ này. Chẳng hạn để thực hiện việc hỗ trợ cho các bên các vấn đề của hợp đồng liên quan tới giá, *Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004* qui định tại Điều 5.1.7 như sau:

“1. Khi một hợp đồng không ấn định hoặc không qui định về việc xác định giá, thì các bên trong hợp đồng được xem như, nếu như không có chỉ dẫn ngược lại, đã ám chỉ tới giá được tính chung tại thời điểm giao kết hợp đồng để thực hiện trong hoàn cảnh có thể so sánh được trong ngành nghề liên quan hoặc nếu không có giá như vậy có giá trị, thì là một giá hợp lý.

2. Khi giá phải được xác định bởi một bên và việc xác định đó bất hợp lý rõ ràng, thì giá hợp lý phải được thay thế bất kể điều kiện nào của hợp đồng trái lại.

3. Khi giá phải được ấn định bởi người thứ ba, và người đó không thể hoặc không phải làm như vậy, thì giá phải là giá hợp lý.

4. Khi giá phải được ấn định bởi sự đề cập tới các yếu tố mà các yếu tố này không tồn tại hoặc đã chấm dứt tồn tại hoặc chấm dứt sử dụng, thì yếu tố tương đương gần nhất phải được xem xét như một yếu tố thay thế”²⁰⁴.

Luật hợp đồng cung cấp một cơ chế để các chủ thể có thể, trong một chừng mực nhất định, dự đoán, kiểm soát, và ổn định hoá tương lai²⁰⁵.

Đối lập lại các qui định hợp lý này là các qui định tùy tiện như đã nói tới ở các phần trên. Do không có ý niệm nên có đâu sự trung thành với ý niệm. Nhà làm luật đã nhảy từ thái cực này sang thái cực khác một cách bất thường. Một ví dụ đau lòng nhất là tại Điều 318, khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có qui định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự được chia thành bảo đảm bởi hợp đồng và bảo đảm bởi pháp luật. Thế nhưng Điều 323, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 lại buộc cả bảo đảm theo pháp luật, kể cả bảo đảm theo bản án của tòa án (có nghĩa là bảo đảm bởi tư pháp- là một giải pháp quan trọng trong phân chia tài sản đã từng được áp dụng tại Việt Nam) phải đi đăng ký cái gọi là “đăng ký giao dịch bảo đảm”, trong khi bản chất thực sự là đăng ký quyền bảo đảm hay đăng ký vật quyền bảo đảm bất kể nó phát sinh từ nguồn gốc nào. Nhưng điều này có lẽ liên quan tới một cơ quan của Bộ Tư pháp? Chưa kể đến chính sách liên quan tới bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự không thể xem là thỏa đáng.

Đặc tính này dẫn tới hệ quả rất quan trọng là phải xác định đúng các khái niệm pháp lý và phân loại tối đa nhất để các giải pháp hỗ trợ cần thiết. Chẳng hạn trong việc hỗ trợ tạo lập hợp đồng cần phải có các qui định về qui trình biểu lộ và thống nhất ý chí, hình thức chứng cứ và nội dung của ý chí, biểu lộ ý chí qua người khác, và điều kiện để làm phát sinh ra hậu quả pháp lý. Trong qui trình biểu lộ và thống nhất ý chí cần qui định về khái niệm, bản chất, điều kiện, hiệu lực của đề nghị và chấp nhận...v...v.

²⁰⁴ Điều luật này được dịch có đôi chỗ khác với bản dịch do Nhà xuất bản Tư pháp xuất bản tại Hà Nội năm 2005 với tên gọi “*Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004*”

²⁰⁵ Edward Youngkins, *Freedom to contract*, Liberty Free Press, June 15, 2000, [<http://www.quebecoislibre.org/youngkins25.html>], 2/2/2008

3. Đặc điểm thứ ba: *Luật hợp đồng là một luật không đầy đủ.*

Hợp đồng được tạo lập nên bởi ý chí của các bên, nên phạm vi của hợp đồng rất rộng lớn. Nhà làm luật không thể dự liệu được tất cả các loại hợp đồng, trong khi các dạng hợp đồng ngày một nhiều lên và phức tạp dần theo thời gian. Vì vậy người ta phân loại hợp đồng thành hợp đồng hữu danh và hợp đồng vô danh. Khi nghiên cứu về luật hợp đồng của các nước Phương Tây, các luật gia Xô Viết cũ đã phải nhận định sự phát triển của luật hợp đồng gắn liền với sự phát triển của nền kinh tế tư bản chủ nghĩa và đi theo hai hướng là hiệu lực của luật hợp đồng được mở rộng, bởi thường xuyên xuất hiện các dạng hợp đồng mới, và xuất hiện một qui trình “phi dân sự hoá” (*Lưu ý: Thuật ngữ “phi dân sự hoá” được tôi mượn từ một cuốn sách khác của các luật gia tư bản và sử dụng ở đây để tổng hợp ý kiến của các luật gia Xô Viết- tác giả Ngô Huy Cương*) một số loại hợp đồng, bởi có nhiều dạng hợp đồng mới xuất hiện và nhiều dạng hợp đồng được cấu thành nên bởi các dạng hợp đồng khác nhau²⁰⁶. Do vậy luật hợp đồng không thể chứa đựng được tất cả các dạng hợp đồng và cũng khó phân loại được chúng một cách đầy đủ. Khi viết về Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 các luật gia Nhật Bản cũng đã phân loại hợp đồng thành hai loại là hợp đồng hữu danh hay hợp đồng điển hình (named contracts or typical contracts), và hợp đồng vô danh hay hợp đồng không điển hình (unnamed contracts or non-typical contracts)²⁰⁷. Hợp đồng hữu danh là loại hợp đồng mà nhà làm luật dự liệu được và qui định trong các đạo luật về hợp đồng. Còn hợp đồng vô danh là loại hợp đồng mà nhà làm luật không dự liệu được nên không qui định trong các đạo luật về hợp đồng. Do vậy đối với hợp đồng vô danh thực chất các bên tự làm ra luật cho bản thân mình. Và như vậy khi tranh chấp xảy ra trong quan hệ hợp đồng này, người ta phải giải quyết trên nền tảng của tự do ý chí, và dựa vào các giải pháp được rút ra từ chính hợp đồng và lẽ công bằng... Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 của Việt Nam chỉ qui định về

²⁰⁶ Trường Đại học Tổng hợp hữu nghị giữa các dân tộc Mát-xcơ-va, *Những qui định chung của luật hợp đồng ở Pháp, Đức, Anh, Mỹ*, Bản dịch ra tiếng Việt của Phạm Thái Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1993, tr. 5-6

²⁰⁷ Japan International Cooperation Agency (JICA), *Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998)*, Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt, p. 184

“Hợp đồng dân sự thông dụng” tại Phần thứ ba, Chương XVIII. Các dạng hợp đồng chuyên biệt được qui định tại các đạo luật chuyên ngành, nhưng dù sao các đạo luật dù chung hay chuyên ngành cũng không bao giờ bao quát được tất cả các dạng hợp đồng.

Các bên có liên quan có thể bằng một thoả thuận chung để loại ra hay đưa vào hợp đồng một nội dung khác hay một hệ quả khác với những gì mà pháp luật quy định. Họ cũng có thể sáng tạo ra các hợp đồng mà pháp luật không quy định²⁰⁸.

Đặc điểm này dẫn tới hệ quả rất đáng lưu ý về nguồn của luật hợp đồng, và vấn đề áp dụng luật hợp đồng. Việc giải quyết các tranh chấp về hợp đồng không thể chỉ căn cứ vào các đạo luật mà phải lấy giải pháp từ các nguồn khác như tiền lệ pháp, tập quán pháp, học thuyết pháp lý và lẽ công bằng.

Mục 4.3

Chức năng của luật hợp đồng

Một số học giả nghiên cứu hợp đồng dưới góc độ thương mại cho rằng chức năng đầu tiên của luật hợp đồng là tạo điều kiện thuận lợi cho việc trao đổi các lợi ích bằng cách cung cấp sự bảo đảm hợp lý rằng các bên phải giữ đúng các cam kết của mình²⁰⁹. Vai trò của luật hợp đồng bị giảm thiểu trong những giao dịch mà người Việt gọi là “tiền trao, cháo múc” bởi sau đó không còn gì giữa các bên để thực hiện. Theo nghĩa pháp lý, hợp đồng bị thanh lý ngay lập tức sau khi thực hiện. Tuy nhiên những hợp đồng như vậy vẫn có mối liên hệ quan trọng tới luật hợp đồng. Chẳng hạn trong trường hợp có khiếm khuyết trong việc thực hiện hợp đồng (như: giao hàng không đúng chất lượng...) hoặc hợp đồng chống lại một trong các điều kiện có hiệu lực. Như vậy xét tổng thể, luật hợp đồng có những chức năng chủ yếu sau:

²⁰⁸ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p. 5- 6

²⁰⁹ Roy Goode, *Commercial Law*, Second edition, Penguin Books, London, 1995, p. 70

1. Chức năng thứ nhất của luật hợp đồng: Bảo vệ tự do hợp đồng.

Konrad Zweigert and Hein Koetz khẳng định rằng ở một cách nhìn nhất định, nhiệm vụ trước tiên của hệ thống pháp luật là bảo vệ tự do cá nhân và bảo đảm quyền tự định đoạt của cá nhân²¹⁰. Hạt nhân thực sự của khái niệm tự do của con người là quyền lựa chọn và tự định đoạt của họ. Hợp đồng, như các Chương trên đã phân tích, xuất phát từ tự do; và tới lượt nó lại củng cố cho tự do. Vậy có thể nói luật hợp đồng nằm ở trung tâm của hệ thống pháp luật bởi chính nó liên quan một cách trực tiếp tới quyền lựa chọn và tự định đoạt của con người. Điều đó, nhìn nhận một cách lành mạnh, nói lên rằng luật hợp đồng trước hết có chức năng bảo vệ quyền tự do lựa chọn và tự định đoạt của con người.

Trong thời kỳ nền kinh tế tập trung quan liêu bao cấp, luật hợp đồng có một bộ phận rất lớn liên quan tới đời sống kinh tế của toàn xã hội dường như đã loại khỏi nó chức năng này bởi các cơ sở của sự lựa chọn đáp ứng các nhu cầu kinh tế của bản thân mỗi con người và các tổ chức của con người bị phế bỏ.

Những người trong qui trình soạn thảo Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 khẳng định: “Một trong các sửa đổi, bổ sung trọng tâm thể hiện quan điểm xây dựng xây dựng BLDS thành Bộ luật chung, là nền tảng của pháp luật dân sự theo nghĩa rộng đó là *sửa đổi, bổ sung các qui định về hợp đồng dân sự*, cụ thể: Trong nền kinh tế thị trường, chế định hợp đồng là *một trong các chế định có ý nghĩa đặc biệt quan trọng*, giúp cho các bên tự điều chỉnh các quan hệ của họ một cách phù hợp thông qua sự thoả thuận, miễn sao không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội”²¹¹. Tuy không phải là một nhận định xuất sắc về hợp đồng, nhưng đoạn văn trên đã cho thấy nhận thức của cơ quan soạn thảo Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 về tầm quan trọng của pháp luật hợp đồng trong tiến trình xây dựng nền kinh tế thị trường ở Việt Nam. Tư tưởng này cũng cho thấy chúng ta

²¹⁰ Konrad Zweigert and Hein Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 325

²¹¹ Đinh Trung Tụng (Chủ biên), *Bình luận những nội dung mới củ Bộ luật Dân sự năm 2005*, Nxb Tư pháp, Hà Nội 2005, tr. 16

đã chuyển đổi thái cực từ việc kiểm soát hợp đồng chặt chẽ đến nổi dường như đánh mất quyền tự do hợp đồng trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, quan liêu bao cấp sang chế độ “phi điều chỉnh” hợp đồng ở mức độ khác biệt trong một nền kinh tế chuyển đổi. Quan niệm “phi điều chỉnh” này được thể hiện qua rất nhiều qui định về hợp đồng của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 và Luật Thương mại Việt Nam 2005. Trong khi đó ở Pháp có một qui trình dường như ngược lại. Bộ luật Dân sự Pháp 1804 của họ được xây dựng căn bản trên học thuyết tự do ý chí. Nhưng nay vai trò của học thuyết này có phần mờ nhạt vì phải nhường bước phần nào cho các quan điểm nghiêng về cộng đồng. Corinne Renault- Brahinsky viết: “Hiện có một hệ thống quan điểm lý luận truyền thống về căn cứ xác lập hợp đồng: Thuyết tự do ý chí. Tuy nhiên, hiện nay thuyết này không còn phổ biến như trước nữa”²¹².

Các quan điểm xây dựng pháp luật hợp đồng của Việt Nam ngày nay không phải là mới mẻ, không phải là sự sáng tạo riêng biệt, nhưng rõ ràng là có giá trị trong một nền kinh tế đang chuyển đổi mà đòi hỏi hạn chế bớt sự can thiệp của Nhà nước vào các quyền lợi tư. Có làm được như vậy kinh tế thị trường mới có thể phát triển, và mục tiêu “*dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh*”²¹³ mới có khả năng trở thành hiện thực. Các quan điểm này của Việt Nam ngày nay đã từng có từ trước ở Việt Nam và đã được thể hiện rất rõ trong Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931. Điều thứ 645, Bộ luật này tuyên bố: “Người lập- ước được tự- do giao- ước với nhau, miễn là đừng ước- định điều gì trái với luật- pháp, với phong- tục hay trật- tự chung”. Điều thứ 681, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 cũng tuyên bố: “Người lập ước được tự do giao ước với nhau, miễn là đừng ước định điều gì trái với pháp luật, với phong hóa hay trật tự công chúng”. Như vậy có thể nói: Việc khẳng định lại những giá trị đã từng tồn tại trong lịch sử là cần thiết để tiếp thu một cách có chọn lọc.

²¹² Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 5

²¹³ Các mục tiêu này do Đảng Cộng sản Việt Nam khởi xướng cho tiến trình xây dựng đất nước

Chương nói về cơ sở triết học của hợp đồng đã nhận định, việc đề cao học thuyết tự do ý chí có vai trò quan trọng đối với Việt Nam hiện nay. Nó góp phần ngăn cản sự can thiệp bất chính đáng của chính quyền vào quan hệ hợp đồng của các tư nhân. Sở dĩ hiện nay học thuyết này vẫn giữ vai trò quan trọng số một đối với Việt Nam bởi Việt Nam đang còn ở giai đoạn đầu của quá trình xây dựng kinh tế thị trường, và công nghiệp hoá, hiện đại hóa đất nước. Chức năng này được thể hiện trong toàn bộ nội dung của luật hợp đồng, nhất là chế định giao kết hợp đồng.

2. Chức năng thứ hai của luật hợp đồng: Bảo đảm thực hiện các cam kết.

Không phải chỉ khi có học thuyết tự do ý chí ra đời và có sự tiếp nhận học thuyết này ở các quốc gia, người ta mới buộc thi hành các hợp đồng. Trước đó việc thi hành các hợp đồng ở các nước theo truyền thống Civil Law dựa trên các giải pháp của Luật La Mã; còn ở các nước theo truyền thống Common Law dựa trên căn bản tố quyền được gọi là “writ of assumpsit”²¹⁴.

Do vậy bảo đảm thực hiện các cam kết là chức năng đầu tiên của luật hợp đồng. Bản thân các cam kết tự nó đã có yếu tố thi hành, nên mới đòi hỏi có pháp luật về hợp đồng. Luật hợp đồng được xây dựng trên cơ sở của một câu nói rất quen thuộc từ thời La Mã cổ đại cho tới nay là *pacta sunt servanda*²¹⁵. Chúng ta cũng thường bắt gặp câu nói này như một nguyên tắc của luật quốc tế hiện đại.

Khi con người có nhu cầu về vật chất hoặc tinh thần mà bản thân không thể đáp ứng được nếu không có sự hợp tác của người khác, họ tìm tới người đang cần cái mà họ có. Vậy là sự hợp tác, trao đổi diễn ra, và hợp đồng xuất hiện. Do đó đòi hỏi thi hành các cam kết là tất yếu, bởi trước tiên chúng là các phương tiện giúp cho việc thoả mãn các nhu cầu vật chất và tinh thần của con người. Chức năng này của luật hợp đồng còn bảo đảm cơ sở đạo đức cho các bên. Nó được thể hiện trong toàn bộ nội dung của luật hợp đồng, nhất là phần chế tài vi phạm hợp đồng.

²¹⁴ James Gordley, “Contract. Property, and the Will- The Civil Law and Common Law Tradition”, Harry N. Scheiber, *The State and Freedom of Contract*, Stanford University Press, Stanford- California, 1998, p. 68

²¹⁵ Wikipedia, the free encyclopedia, *Contract*, [<http://en.wikipedia.org/wiki/Contracts>], 7/10/2007

3. Chức năng thứ ba: Vô hiệu hoá các thoả thuận không đủ tiêu chuẩn.

Nói tới luật hợp đồng là nói tới tự do ý chí, có nghĩa là nói tới vấn đề con người chỉ bị ràng buộc bởi ý chí của chính mình. Quả thật luật hợp đồng của các nước trong thế giới văn minh ngày nay, cũng như các văn kiện pháp lý quốc tế đều ghi nhận vấn đề này. Tuy nhiên học thuyết tự do ý chí nhằm mục đích bảo vệ tự do của cá nhân con người, mà con người vốn dĩ là một sinh vật xã hội, sống dựa vào nhau, và sự đáp ứng nhu cầu của mỗi cá thể phụ thuộc hoàn toàn vào cộng đồng, cho nên sự tự do thái quá của cá thể chống lại cộng đồng- cái nôi sinh sống của từng thành viên- hay chống lại lợi ích chính đáng của cá thể khác cần bị ngăn cản. Bên cạnh đó việc thể hiện ý chí của cá thể không thực sự phù hợp với ý chí thật của cá nhân hay không phù hợp với tính ngay thẳng của ý chí có thể bị ngăn cản để bảo đảm cho hạt nhân của tự do ý chí là: con người chỉ bị ràng buộc bởi ý chí của chính mình và định đoạt tất cả những gì thuộc về mình. Vì vậy chế tài làm vô hiệu hợp đồng có giá trị quan trọng trong tự do ý chí. Tuy nhiên cần lưu ý rằng, học thuyết tự do ý chí mới chỉ xuất hiện một vài thế kỷ gần đây, nhưng nó đã le lói cùng với sự cưỡng chế thi hành hợp đồng từ thừa xa xưa trong tất cả các truyền thống pháp luật hay các nền tài phán.

Chức năng này của luật hợp đồng góp phần quan trọng vào bảo vệ trật tự chung của cộng đồng và sự hợp tác giữa các cá nhân với nhau, giữa các thực thể khác với nhau hoặc giữa cá nhân và thực thể khác với nhau trong cộng đồng. Nó là yếu tố đối lập quan trọng của các chức năng bảo đảm thực hiện các cam kết và bảo đảm tự do ý chí của luật hợp đồng.

Chức năng này được thể hiện trong toàn bộ các qui định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng và hợp đồng vô hiệu, cũng như hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu.

4. Chức năng thứ tư: Cung cấp các giải pháp cho việc giải quyết tranh chấp giữa các bên.

Việc xung đột quyền lợi là một vấn đề không thể tránh khỏi trong sự hợp tác của con người. Chúng ta hiểu theo một nghĩa nào đó, hợp đồng là phương tiện pháp lý quan trọng của sự hợp tác giữa con người với nhau. Quyền lợi của các bên phụ thuộc vào việc tiến hành giao kết và thực hiện hợp đồng. Từ việc hiểu khác nhau một từ ngữ hay một điều kiện nào đấy trong hợp đồng, cho tới việc không thực hiện, thực hiện không đúng hay không đầy đủ nghĩa vụ theo hợp đồng đều có thể dẫn đến tranh chấp. Vậy tranh chấp hợp đồng là không thể tránh khỏi, và diễn ra rất đa dạng và nhiều khi rất phức tạp.

Để bảo vệ quyền lợi cho các bên trong quan hệ hợp đồng, dàn xếp những xung đột, tái lập trật tự, pháp luật về hợp đồng phải dự liệu về các tranh chấp và cung cấp các giải pháp cho các trường hợp tranh chấp có thể xảy ra trong tương lai. Nói đơn giản, luật hợp đồng thực chất là một tập hợp các giải pháp được dự liệu trước cho các trường hợp tranh chấp cụ thể xảy ra trong tương lai. Các chức năng trên của luật hợp đồng khó có thể thực hiện được nếu luật hợp đồng không thực hiện được chức năng này.

5. Chức năng thứ năm: Hỗ trợ cho việc bảo vệ quyền lợi của các bên.

Mục nói về đặc điểm của luật hợp đồng đã phân tích các cách thức hỗ trợ của luật hợp đồng đối với các bên trong quan hệ hợp đồng. Nhờ cậy vào luật hợp đồng mà các bên có thể không phải mất nhiều thời gian cho các giao dịch. Họ chỉ cần biểu lộ ý chí và thống nhất ý chí hướng tới một đối tượng cụ thể và cùng nhau bày tỏ bản chất pháp lý của giao dịch là đã có thể được luật hợp đồng hỗ trợ thi hành quyền lợi của mỗi bên trong quan hệ hợp đồng đó. Tuy nhiên luật hợp đồng cũng có thể đặt ra nhiều yêu cầu hơn thế đối với hợp đồng của các bên khi đối tượng mà các bên hướng tới hoặc bản chất pháp lý của hợp đồng đòi hỏi.

6. Chức năng thứ sáu: Bảo đảm cho sự công bằng giữa các bên.

Fouillée - một triết gia ở thế kỷ thứ 19 đã tuyên bố: “*Người nào nói đến hợp đồng là nói đến sự công bằng*”²¹⁶. Đây là sự diễn giải ngắn gọn về cơ sở pháp lý của hợp đồng, có nghĩa là hợp đồng chỉ có thể được tạo lập bởi các bên hoàn toàn bình đẳng và có quyền tự do ý chí. Thông qua hợp đồng các bên trao đổi các lợi ích. Do đó sự ngang bằng lợi ích là cái mà mọi người đều hướng tới. Vì vậy luật hợp đồng không thể không bảo đảm sự công bằng giữa các tư nhân như vậy.

7. Chức năng thứ bảy: Tạo điều kiện dễ dàng cho việc giao kết, thực hiện hợp đồng và giải quyết tranh chấp hợp đồng.

Vì có ý nghĩa quan trọng trong đời sống của con người và trong việc phát triển kinh tế, xã hội, do đó hợp đồng luôn luôn được nhà làm luật chú ý thúc đẩy phát triển. Tăng cường giao lưu dân sự, loại bỏ “ngăn sông, cấm chợ” là các tư tưởng chỉ đạo quan trọng trong việc xây dựng Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 và Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Để thúc đẩy các quan hệ hợp đồng, luật hợp đồng của hầu hết các nền tài phán đều đưa ra các qui định tạo điều kiện thuận lợi và dễ dàng cho việc xác lập hợp đồng, thực hiện hợp đồng và giải quyết các tranh chấp liên quan tới hợp đồng. Ngày nay các nước theo kinh tế thị trường không chỉ tạo điều kiện như vậy qua các qui định trực tiếp liên quan tới hợp đồng, mà còn tạo lập ra các định chế liên quan khác thúc đẩy sự phát triển hợp đồng, chẳng hạn như: Sở giao dịch hàng hóa, sở giao dịch chứng khoán, các hình thức trung gian thương mại và dịch vụ mua bán hàng hóa khác, hòa giải, trọng tài thương mại...

²¹⁶ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p. 5

Chương 5

CÁC NGUYÊN TẮC CƠ BẢN CỦA LUẬT HỢP ĐỒNG

Mục 5.1

Khái quát chung về các nguyên tắc của luật hợp đồng

Ở các nước có truyền thống pháp điển hoá, các qui tắc pháp lý thông thường được tập hợp trong những đạo luật nhất định, ngoài ra có thể được tập hợp trong những văn bản lập pháp uỷ quyền. Các nhà làm luật ở các nước theo truyền thống pháp điển hoá luôn cố gắng xây dựng các bộ luật lớn mà mỗi trong số chúng bao quát toàn bộ một ngành luật hay một lĩnh vực pháp luật nào đó. Tuy nhiên việc phân chia giữa các ngành luật vẫn còn gây ra nhiều tranh luận.

Ở Việt Nam trước kia sự phân chia giữa ngành luật dân sự và ngành luật kinh tế đã mang đến hậu quả là có sự phân biệt giữa hợp đồng dân sự và hợp đồng kinh tế. Sự phân chia như vậy không phải là điều quá đặc biệt cần phải nói. Nhưng việc có sự tồn tại song song hai tiểu hệ thống pháp luật khá tách biệt nhau để điều tiết hai chủng loại hợp đồng này mới là điều đáng nói. Mỗi tiểu hệ thống bao gồm đầy đủ các qui định về mọi vấn đề của hợp đồng. Tiểu hệ thống pháp luật kinh tế (đặc biệt được thể hiện trong Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989) có các qui định riêng bao gồm từ nguyên tắc, cho tới các vấn đề như giao kết, điều kiện có hiệu lực, thực hiện, giải trừ, chấm dứt, và chế tài vi phạm hợp đồng, thậm chí cả các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Trong khi đó luật dân sự đã có các qui định khá bao quát về hợp đồng dân sự. Vì vậy có ý kiến hơi quá rằng: “Việc một thẩm phán viện dẫn các qui định chung về nghĩa vụ dân sự để giải quyết các tranh chấp hợp đồng kinh tế, thương mại ở Việt Nam là điều dường như chưa xảy ra”²¹⁷. Mặc dù có việc xây dựng pháp luật thành hai hệ thống như trên và

²¹⁷ Phạm Duy Nghĩa, *Tìm hiểu luật thương mại Việt Nam*, Tái bản có sửa chữa bổ sung, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 92- 93

nhiều quan điểm coi luật thương mại là một lĩnh vực của luật kinh tế²¹⁸, nhưng thực chất Luật Thương mại Việt Nam 1997 đã đề cập tới việc áp dụng Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 cho một số quan hệ thương mại. Ví dụ: Điều 140 qui định: “Việc thương nhân kinh doanh dịch vụ đấu giá hàng hoá được thực hiện theo qui định của Bộ luật dân sự và qui chế đấu giá hàng hoá do Chính phủ qui định”; Điều 3 qui định: “Các hoạt động thương mại phải tuân theo các qui định của Luật này và các qui định pháp luật khác có liên quan”. Vì vậy chắc rằng thẩm phán không thể từ chối việc áp dụng các qui định của Bộ luật Dân sự cho các tranh chấp kinh tế. Tuy nhiên để tiến tới sự đúng đắn hơn như bất kể nước nào trên thế giới, Bộ luật Dân sự phải được xem là nền tảng của hệ thống luật tư.

Trước đây ít lâu có sự đua nhau giữa các nhà luật học ở Việt Nam trong việc đòi hỏi thống nhất luật hợp đồng. Đến nỗi không hiểu ý tưởng này có xuất phát điểm từ đâu và từ ai? Cũng theo truyền thống pháp điển hoá cộng thêm ý tưởng nói trên, vừa qua Việt Nam đã ban hành Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 mà trong đó chứa đựng các vấn đề cốt lõi của luật hợp đồng, dĩ nhiên trước hết phải là các nguyên tắc cơ bản.

Có thể xếp các nguyên tắc cơ bản của luật hợp đồng Việt Nam thành ba nhóm.

- *Nhóm thứ nhất* bao gồm tất cả các nguyên tắc chung cho toàn bộ các vấn đề của luật dân sự như: (1) Nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thoả thuận; (2) Nguyên tắc bình đẳng; (3) Nguyên tắc thiện chí, trung thực; (4) Nguyên tắc chịu trách nhiệm dân sự; (5) Nguyên tắc tôn trọng đạo đức, truyền thống tốt đẹp; (6) Nguyên tắc tôn trọng, bảo vệ quyền dân sự; (7) Nguyên tắc tôn trọng lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác; (8) Nguyên tắc tuân thủ pháp luật; (9) Nguyên tắc hoà giải. Ngoài ra căn cứ xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự cũng được Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 coi là một nguyên tắc.

²¹⁸ Phạm Duy Nghĩa, *Tìm hiểu luật thương mại Việt Nam*, Tái bản có sửa chữa bổ sung, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 26

Các nguyên tắc này được qui định tại Chương II, Phần thứ nhất của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 (từ Điều 4 tới Điều 13).

- *Nhóm thứ hai* bao gồm các nguyên tắc về giao kết hợp đồng như: (1) Tự do giao kết hợp đồng; (2) Tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng. Các nguyên tắc này được qui định tại Điều 389, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005.

- *Nhóm thứ ba* bao gồm các nguyên tắc về thực hiện hợp đồng như: (1) Thực hiện đúng hợp đồng, đúng đối tượng, chất lượng, số lượng, chủng loại, thời hạn, phương thức và các thoả thuận khác; (2) Thực hiện một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác và có lợi nhất cho các bên, bảo đảm tin cậy lẫn nhau; (3) Không được xâm phạm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác. Các nguyên tắc này được qui định tại Điều 412, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005.

Việc qui định và sắp xếp các nguyên tắc như trên của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 cho thấy có những nguyên tắc xuyên suốt toàn bộ ngành luật dân sự mà bất kể chế định nào hay qui phạm nào cũng phải tuân thủ và thể hiện. Ngoài các nguyên tắc cơ bản này, mỗi tiểu phân ngành luật, cũng như mỗi chế định pháp luật đều có các nguyên tắc riêng của mình. Tuy nhiên có thể nhận xét, trong Bộ luật Dân sự này, giữa các nguyên tắc của chế định pháp luật với các nguyên tắc của ngành luật có sự trùng lặp trong cách diễn đạt, và có quá nhiều nguyên tắc. Trong khi khó có thể thấy nguyên tắc nào ở tầng cao nhất, có tính cách chung nhất bao trùm toàn bộ ngành luật dân sự hay luật tư, và nguyên tắc nào dành cho các tiểu phân ngành luật cụ thể và nguyên tắc nào dành cho chế định pháp luật cụ thể trong ngành luật dân sự.

Nghiên cứu pháp luật Nhật Bản, có thể thấy ngay các nguyên tắc cơ bản hay chung nhất của pháp luật dân sự được ghi nhận hoàn toàn ngay tại Điều 1 của Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896. Điều luật này viết:

“(Thực hiện các quyền lợi tư)”

Điều 1. Tất cả các quyền lợi tư phải phù hợp lợi ích công cộng.

2. Việc thực hiện các quyền lợi và thi hành các nghĩa vụ phải được tiến hành ngay tình và phù hợp với các nguyên tắc của lòng tin.

3. Không được phép lạm dụng các quyền lợi.

(Cơ sở để giải thích)

Điều 1-2. Bộ luật này phải được giải thích từ quan điểm về nhân phẩm của cá nhân và sự bình đẳng giới thực sự”.

Bình luận về các nguyên tắc này, Xaca Vacaxum và Tori Aridumi khẳng định: “Nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự hiện hành là nguyên tắc tự do của con người, và cơ cấu của ngành luật này xuất phát từ quyền con người”²¹⁹. Các học giả này cho rằng từ tư tưởng đó Điều 1 của Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 đã đưa ra các nguyên tắc như: (1) Sự thực hiện các quyền của cá nhân phải phù hợp với lợi ích chung của cộng đồng (nguyên tắc này xuất phát từ đặc điểm xã hội của quyền con người); (2) Việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ phải ngay tình, không lừa dối, lợi dụng lòng tin của người khác (nguyên tắc này được sử dụng để giải thích các qui định của Bộ luật Dân sự, và nó được xem là phạm trù cơ bản trong việc giải quyết nội dung quan hệ pháp lý giữa các bên); (3) Không được lạm dụng các quyền (nguyên tắc này có tư tưởng chủ đạo là có trường hợp một hành vi nào đó tưởng như để thực hiện quyền, nhưng thực tế lại đối lập với đặc điểm xã hội của các quyền, thì pháp luật không thể thừa nhận hành vi đó là hợp pháp để thực hiện các quyền); (4) Loại trừ bất cứ hạn chế nào về quyền con người (nguyên tắc này làm căn cứ cho việc giải thích Bộ luật Dân sự và còn làm chuẩn mực cho việc giải thích toàn bộ pháp luật tư)²²⁰.

Như vậy chúng ta thấy, người Nhật chỉ đưa ra bốn nguyên tắc cơ bản cho cả ngành luật dân sự, trong khi Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đưa ra tới mười nguyên tắc. Có thể có lập luận cho rằng việc đưa ra nhiều nguyên tắc như vậy cụ thể hơn và sâu sát hơn cho việc thiết lập và thi hành Bộ luật Dân sự. Tuy nhiên đã

²¹⁹ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 15

²²⁰ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 18- 20

gọi là nguyên tắc thì phải là phần chung nhất, trừu tượng nhất của một tập hợp các qui định nào đấy, và chúng cần phải được giải thích phù hợp với hoàn cảnh trong từng thời kỳ. Việc đạt trình độ trừu tượng hoá cao giúp cho các nguyên tắc hay qui tắc trở thành chung cho mọi hoặc nhiều trường hợp.

Khi đang còn là dự thảo, có học giả bình luận nguyên tắc trung thực và ngay thẳng của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 dường như nhằm tăng cường cho nguyên tắc thiện chí trong việc giao kết hợp đồng theo pháp luật Việt Nam²²¹. Vì vậy có thể ở đây chúng ta chỉ nên tập trung vào một số nguyên tắc chính của luật hợp đồng.

Mục 5.2

Những nguyên tắc cụ thể

1. Nguyên tắc tự do hợp đồng

Nguyên tắc tự do hợp đồng thường được hiểu là các bên được tự do giao kết hợp đồng, tự do ấn định các điều kiện của hợp đồng. Theo Konrad Zweigert và Hein Koetz, tự do hợp đồng (freedom of contract) có thể được xem xét trên nền tảng tự do cá nhân (individual autonomy) hoặc lợi ích công²²². Hai ông cho rằng tự do hợp đồng thể hiện tự do ý chí (học thuyết ý chí- will theory) hay tự do cá nhân, và nhiệm vụ trước tiên của hệ thống pháp luật là bảo vệ tự do cá nhân và bảo đảm quyền tự định đoạt của cá nhân²²³. Vậy phần nào có thể hiểu tự do hợp đồng như một sự thể hiện của tự do ý chí trong lĩnh vực luật hợp đồng.

Đối với pháp luật Việt Nam hiện nay, “Bảo vệ tự do hợp đồng là định hướng quan trọng nhất trong việc sửa đổi các qui định về hợp đồng. Trong BLDS năm 1995, nguyên tắc này đã được ghi nhận, tuy nhiên chưa được thể hiện rõ

²²¹ Roland Amoussou- Guénou, “Triển vọng phát triển các nguyên tắc pháp luật hợp đồng Asean (hoặc Châu Á)”, *Hội thảo hợp đồng thương mại quốc tế- Tham luận*, Hội thảo do Nhà pháp luật Việt- Pháp tổ chức tại Hà Nội từ ngày 13- 14 tháng 12 năm 2004, tr. 11

²²² Konrad Zweigert and Hein Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 327

²²³ Konrad Zweigert and Hein Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 326- 327

trong một số qui định cụ thể. Ví dụ: một số điều về hiệu lực của hợp đồng, hình thức hợp đồng, các nội dung chủ yếu của hợp đồng và hợp đồng vô hiệu... Để bảo vệ trật tự xã hội, Nhà nước vẫn phải can thiệp vào quan hệ hợp đồng nhưng chỉ trong trường hợp cần thiết, theo đó, Nhà nước tôn trọng mọi thoả thuận và chỉ không bảo hộ với các thoả thuận có mục đích, nội dung trái pháp luật, trái đạo đức xã hội”²²⁴. Với nhận định này của người trực tiếp tham gia soạn thảo Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 và Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, có thể hiểu: Việt Nam coi tự do hợp đồng là nguyên tắc quan trọng nhất của luật hợp đồng, nhưng có những hạn chế nhất định. Tư tưởng đó chi phối toàn bộ các qui định của tiểu phân ngành luật này, tuy nhiên phải được giải thích cùng với các nguyên tắc khác.

Khi phân tích các qui tắc chung về nghĩa vụ dân sự, các luật gia Việt Nam trước kia khẳng định hiệu lực thúc buộc của nghĩa vụ cũng căn cứ vào nguyên tắc tự do ý chí, tuy nhiên còn phải tôn trọng lợi ích chung và trật tự công cộng. Vì vậy hiệu lực thúc buộc của nghĩa vụ đôi khi cũng bị hạn chế²²⁵. Như vậy nguyên tắc tự do hợp đồng là một nguyên tắc xuyên suốt của luật hợp đồng, tuy nhiên phải nhường bước cho trật tự công cộng, đạo đức và tính ngay thẳng của ý chí. Các nội dung liên quan của nguyên tắc này đã được nghiên cứu tại Chương 2 nói về tự do ý chí ở trên.

2. Nguyên tắc thiện chí

Thiện chí là một thuật ngữ trừu tượng gắn chặt với hoàn cảnh cụ thể của một ứng xử cụ thể. Các luật gia hiểu, nhưng khó định nghĩa về nó. Thiện chí mà tiếng Anh gọi là “good faith” được dịch ra từ tiếng La tinh “*bona fide*”²²⁶. Khái niệm này trong tiếng Việt còn được gọi là “thiện ý”, “thành ý”, “thiện tâm”, “thực tâm” hay “thành tâm”. Nó trên thế giới đã được sử dụng rất nhiều trong một thời

²²⁴ Đinh Trung Tụng (Chủ biên), *Bình luận những nội dung mới củ Bộ luật Dân sự năm 2005*, Nxb Tư pháp, Hà Nội 2005, tr. 17

²²⁵ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 243

²²⁶ Answer.com, *Legal Encyclopa- Good Faith*, [<http://www.answer.com/topic/good-faith>], 4/3/2007

gian rất dài. Nhưng cho tới nay vẫn không có một cách hiểu thống nhất về nó. Mỗi nền tài phán có cách giải thích riêng của mình về khái niệm thiện chí.

Deluxe Black's Law Ditionary giải nghĩa: Thiện chí là một đức tính trừu tượng và mơ hồ không có nghĩa chặt chẽ về luật pháp hoặc không có định nghĩa bởi luật, và nó bao gồm, trong mối liên hệ với các vấn đề khác, một sự tin tưởng thành thật, không có sự ác ý, không có dự định lừa dối hoặc tìm kiếm lợi ích không hợp lý²²⁷. Có một giải thích khác ngắn gọn hơn rằng: “Thiện chí là một thuật ngữ trừu tượng và bao quát diễn đạt sự tin tưởng hoặc động cơ thành thật mà không có bất kỳ sự ác ý hoặc mong muốn lừa dối người khác nào”²²⁸.

Thiện chí là một nguyên tắc ứng xử rất quan trọng không chỉ trong quan hệ hợp đồng mà còn trong tổ chức đời sống xã hội. Nó là một trong những vấn đề căn bản để duy trì sự tồn tại và phát triển chung của cộng đồng. Bởi con người sinh ra vốn rất cần đến nhau và sự hợp tác, và sự hợp tác chỉ có được khi các bên đều có thiện chí, do đó không chỉ trong luật hợp đồng nguyên tắc này mới được đề cao, mà ngay cả trong Hiến pháp nguyên tắc này cũng được đặt ra và nhấn mạnh để bảo đảm đời sống chung của cộng đồng.

Điều 9, Hiến pháp Thụy Sĩ năm 2002 tuyên bố: “Mọi người có quyền được đối xử không chuyên quyền và thiện chí bởi các định chế nhà nước”. Nếu xét từ học thuyết khế ước xã hội, thì nhà nước là đối tượng được tạo lập nên bởi sự thống nhất ý chí của toàn dân, và chính nhà nước là người thụ trái hay con nợ (mà ở nước ta gọi là công bộc) của dân, đồng thời là trái chủ của dân (ví dụ trong trường hợp thu thuế). Do đó nhà nước phải đối xử với dân trên tinh thần thiện chí. Có như vậy cộng đồng mới tồn tại và phát triển lành mạnh.

Đối với pháp luật nói chung, thiện chí là một yêu cầu không thể thiếu khi có vấn đề thủ đắc quyền và giải phóng nghĩa vụ của một ai đó, cũng như việc xác định quyền của một người đang chiếm hữu tài sản của người khác. Riêng đối với lĩnh vực hợp đồng, nguyên tắc thiện chí được giải thích rất gần gũi với tự do ý chí,

²²⁷ Deluxe Black's Law Dictionary, West Publishing Co, 1990, tra từ good faith

²²⁸ Answer.com, Legal Encyclopa- Good Faith, [<http://www.answer.com/topic/good-faith>], 4/3/2007

có nghĩa là việc xác lập hợp đồng và các điều kiện của nó phụ thuộc vào ý chí của các bên. Nguyên tắc này cũng được đề cao trong các ứng xử liên quan tới tranh chấp hợp đồng, và được xem là vấn đề chủ yếu, then chốt của hợp đồng²²⁹.

Các nguyên tắc của luật hợp đồng Châu Âu qui định chúng phải được giải thích và phát triển đáp ứng sự cần thiết thúc đẩy thiện chí và xử sự ngay thẳng, chắc chắn trong quan hệ hợp đồng và tính thống nhất trong việc áp dụng (Điều 1.106), và đưa ra nguyên tắc ràng buộc các bên trong quan hệ hợp đồng phải hành động thiện chí và xử sự ngay thẳng (Điều 1.201). Như vậy luật hợp đồng Châu Âu đã đặt vấn đề thiện chí bên cạnh vấn đề xử sự ngay thẳng trong quan hệ hợp đồng. Điều đó có thể hiểu thiện chí và tính ngay thẳng trong xử sự hay trung thực được giải thích không tách rời nhau, và không thể bị hạn chế hay loại trừ (theo qui định của các điều luật này). Cùng nhận thức đó, Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế cũng có qui định các bên trong quan hệ hợp đồng phải hành động thiện chí và trung thực, và không được loại trừ hoặc hạn chế nghĩa vụ này (Điều 1.7).

Thiện chí và trung thực như vậy đã được xem là một nghĩa vụ bắt buộc dù các bên trong quan hệ hợp đồng có hoặc không qui định hoặc cùng nhau loại trừ hay hạn chế nó. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã không dưới hai lần nhắc tới nguyên tắc thiện chí, trung thực với các cách thức khác nhau ở những phần khác nhau. Khi nói tới các nguyên tắc cơ bản của luật dân sự, Điều 6, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có qui định: “Trong quan hệ dân sự, các bên phải thiện chí, trung thực trong việc xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự, không bên nào được lừa dối bên nào”. Các qui định này cho thấy nhà làm luật Việt Nam đã quan tâm rất nhiều tới thiện chí, trung thực trong quan hệ pháp luật dân sự. Tuy nhiên sức khái quát của các qui định vừa nói chưa đủ lớn bởi tranh chấp giữa các bên và các trường hợp đặc biệt khác chưa được đề cập tới. Các qui định này còn cho thấy nhà làm luật Việt Nam nghiêng về giải thích thiện chí, trung thực theo hướng phi lừa dối, có nghĩa là nhấn mạnh tới cách thức hành xử, chứ không nhấn mạnh vào động

²²⁹ Wikipedia, the free encyclopedia, *Good faith*, [http://en.wikipedia.org/wiki/Bona_fide], 4/3/2007

cơ, mục đích của hành vi. Tiếp đó theo một cách diễn đạt khác có vẻ thiếu thốn, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 trong khi nói về thực hiện nghĩa vụ có qui định: “Bên có nghĩa vụ dân sự phải thực hiện nghĩa vụ của mình một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác, đúng cam kết, không trái pháp luật, đạo đức xã hội” (Điều 283). Tại điều luật này thuật ngữ thiện chí bị lược bỏ trong khi vẫn giữ nguyên thuật ngữ trung thực. Nhưng khi nói về nguyên tắc giao kết hợp đồng, Điều 389, khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 lại qui định việc giao kết hợp đồng phải tuân theo các nguyên tắc “tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng”. Điều luật này bên cạnh nguyên tắc thiện chí, trung thực đã xen vào nhiều nguyên tắc nữa. Đặc biệt vấn đề “trung thực” đã được tách biệt với vấn đề “ngay thẳng” bởi nhà làm luật đã sử dụng cụm từ “trung thực và ngay thẳng”, có nghĩa là trong “trung thực” theo nhà làm luật vẫn thiếu tính “ngay thẳng”, và ngược lại trong “ngay thẳng” vẫn thiếu tính “trung thực”? Các khảo cứu trên cho thấy Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chưa có một nhận thức nhất quán về nguyên tắc thiện chí, trung thực. Tuy nhiên nó đã khẳng định thiện chí, trung thực như một nghĩa vụ bắt buộc đối với các bên tham gia quan hệ pháp luật dân sự. Vấn đề còn lại là các cơ quan tài phán đã nhận thức và sử dụng nguyên tắc này như thế nào.

Vũ Văn Mẫu cho rằng một sự thành ý không thể trái với lẽ công bằng; và một sự thi hành quá lợi cho trái chủ và quá thiệt cho người thụ trái là không công bằng và không thành ý²³⁰.

Luật La Mã phân biệt hai loại hợp đồng là hợp đồng thuộc nghiêm chính pháp và hợp đồng thành ý (thiện chí). Hợp đồng thành ý là hợp đồng mà người thụ trái phải thi hành không có sự gian dối. Theo Vũ Văn Mẫu, Bộ luật Dân sự Pháp 1804 đưa ra tuyên bố tại Điều 1134, khoản 3 chỉ để khẳng định trong dân luật Pháp không còn loại hợp đồng theo nghiêm chính pháp và tất cả các loại hợp đồng đều là hợp đồng thành ý²³¹. Tuy nhiên qua các thông tin này có thể thấy nguyên

²³⁰ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 250

²³¹ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 250- 251

tắc thành ý hay thiện chí từ cổ luật La Mã đã được hiểu là nguyên tắc thể hiện mối quan hệ thành thật, không có sự dối trá.

Hợp đồng theo Luật La Mã có hai loại thông dụng là hợp đồng đơn phương theo nghiêm chính pháp và hợp đồng song phương thành ý hay ngay tình. Hợp đồng trong nghiêm chính pháp bao gồm những hợp đồng trọng hình thức và hợp đồng *mutuum*. Hợp đồng đơn phương đặt nghĩa vụ lên một bên trong quan hệ hợp đồng. Đối với loại hợp đồng này thẩm phán chỉ có vai trò giải thích các từ ngữ của hợp đồng.

Hợp đồng trọng hình thức (*stipulatio hay verbis*) là loại hợp đồng được giao kết một cách long trọng và coi trọng hình thức. Theo Vũ Tam Tư thì đây là loại hợp đồng có tính tổng quát và trừu tượng, không chỉ rõ nguyên nhân của hợp đồng. Tại đây có hai bên: bên hỏi hay yêu cầu (*stipulator*); và bên thưa hay hứa (*promissor*). Loại hợp đồng này dùng để mua bán, cho vay hay xác định sự liên đới giữa nhiều chủ nợ hoặc nhiều con nợ²³². Các bên phải xuất hiện trước người có thẩm quyền để hỏi và hứa. Việc hỏi và hứa phải thực hiện bằng lời nói không được dùng các hình thức khác.

Trong hợp đồng *mutuum* là hợp đồng cho mượn để tiêu dùng, theo đó người cho vay trao vật đồng loại và chuyển quyền sở hữu vật đó cho người vay, ngược lại người vay phải trả lại đúng chủng loại và số lượng sau một thời hạn nhất định. Đây là loại hợp đồng giao vật.

Hợp đồng song phương thành ý lại được chi thành hai loại: (1) Hợp đồng ưng thuận hoàn hảo, bao gồm: mua đứt bán đoạn, cho thuê đồ vật xác định, uỷ quyền và công ty. Loại hợp đồng này không coi trọng hình thức truyền thống mà chỉ chú trọng tới các bên kết ước mà thôi. (2) Hợp đồng giao vật ngay tình, bao gồm: gửi giữ, cho mượn, và cầm cố, thế chấp.

²³² Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 79

O'Connor đã xem thiện chí như nguyên tắc căn bản sinh ra từ qui tắc *pacta sunt servada*, và các qui tắc pháp lý khác, liên hệ rõ ràng và trực tiếp đến sự thành thật, công bằng và hợp lý, việc áp dụng nó được xác định tại một thời điểm cụ thể bởi tiêu chuẩn thành thật, công bằng và hợp lý đang phổ biến trong cộng đồng mà được cân nhắc một cách thích hợp để công thức hoá các qui tắc pháp lý mới hay sửa đổi²³³. Cách thức định nghĩa này gắn thiện chí với qui tắc pháp lý và đưa ra tiêu chuẩn cho nó, tuy nhiên vẫn còn rất mơ hồ. Vì vậy, có lẽ không nên tìm cách định nghĩa thiện chí mà tốt nhất nên để cho các luật sư và thẩm phán xác định nghĩa của nó trong từng giai đoạn khi hoàn cảnh yêu cầu²³⁴. Ngày nay các tòa án có khuynh hướng tiếp cận nguyên tắc thiện chí theo giác độ “công bằng” và “kinh tế”²³⁵.

Mặc dù theo Điều 6 của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, thiện chí, trung thực là một nghĩa vụ bắt buộc đối với mọi quan hệ dân sự, nhưng do tính trừu tượng, khó xác định và sự thiếu các dấu hiệu pháp lý của nó, nên dường như các tòa án Việt Nam hiện nay không mặn mà với việc giải thích nó trong thực tiễn xét xử. Tuy nhiên với sự phức tạp ngày càng tăng của các quan hệ xã hội, sự gia tăng của các vụ tranh chấp dân sự, kinh doanh, thương mại và sự thiếu một cách tương đối các giải pháp pháp lý trong các đạo luật, có lẽ nguyên tắc thiện chí, trung thực sẽ trở nên hữu ích cho việc làm bình ổn lại các quan hệ xã hội bị phá vỡ bởi các tranh chấp.

3. Nguyên tắc áp dụng tập quán và thói quen ứng xử

Luật Thương mại Việt Nam 2005 đưa ra hai nguyên tắc cơ bản của luật thương mại là nguyên tắc áp dụng thói quen trong hoạt động thương mại được thiết lập giữa các bên (Điều 12) và nguyên tắc áp dụng tập quán trong hoạt động

²³³ William Tetley, *Good Faith in Contract Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering*, [<http://tetley.law.mcgill.ca/comparative/goodfaith.pdf>], p. 4

²³⁴ William Tetley, *Good Faith in Contract Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering*, [<http://tetley.law.mcgill.ca/comparative/goodfaith.pdf>], p. 3

²³⁵ Emily Houh, *The doctrine of good faith in contract law: A (nearly) empty vessel?*, [http://paper.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=622982], 4/3/2007

thương mại (Điều 13). Đạo luật này đã rõ ràng tách biệt giữa thói quen ứng xử và tập quán. Trong khi đó Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chỉ đề cập tới nguyên tắc áp dụng tập quán tại Điều 3. Đây là các vấn đề pháp lý rất lớn cần được khảo cứu, chí ít là trong mối liên hệ với hợp đồng.

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. Tuy nhiên các học giả trên thế giới đã có những tranh luận không ít xung quanh mâu thuẫn giữa việc áp dụng các qui tắc tập quán và thói quen ứng xử trong việc phán xử các tranh chấp hợp đồng với vấn đề tự do ý chí của các bên trong quan hệ hợp đồng hay hiệu quả kinh tế của hợp đồng²³⁶. Thế nhưng các nguyên tắc này vẫn tồn tại bên cạnh nhau. Và nguyên tắc áp dụng tập quán và thói quen ứng xử, trong một chừng mực nào đó, có vai trò như các phương tiện hạn chế phần nào đó mặt trái của tự do ý chí.

Theo Luật Thương mại Việt Nam 2005, Điều 3, khoản 3, thói quen ứng xử (hay cụ thể hơn là “*thói quen trong hoạt động thương mại*”) được xem là qui tắc ứng xử khi đáp ứng đủ các điều kiện sau: (1) có một nội dung rõ ràng, có thể hiểu là chứa đựng rõ quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ và minh bạch; (2) được lặp lại nhiều lần giữa các bên, có thể hiểu là các bên đã từng hơn một lần thực hiện các quyền và nghĩa vụ như vậy trong các hoàn cảnh tương tự; và (3) được các bên mặc nhiên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của mình, có thể hiểu là các bên mong muốn có các quyền và nghĩa vụ như vậy. Tập quán (hay cụ thể hơn là “*tập quán thương mại*”) được Điều 3, khoản 4, Luật Thương mại Việt Nam 2005 xác định là thói quen ứng xử mà có các điều kiện sau: (1) được thừa nhận rộng rãi trên một vùng, miền hoặc một lĩnh vực nhất định; (2) có nội dung rõ

²³⁶ Ch. Pamboukis, “The concept and function of usages in the United Nation Convention on the International Sale of Goods”, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25:107, pp. 107- 131, p. 107

ràng; và (3) được các bên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của mình. Mặc dù có thể có khác biệt nhau đôi chút về câu chữ thể hiện trong các định nghĩa về “*thói quen trong hoạt động thương mại*” và “*tập quán thương mại*” nêu trên, nhưng có lẽ đối với Luật Thương mại Việt Nam 2005 thì giữa thói quen và tập quán khác nhau chỉ ở phạm vi tác động của qui tắc được tạo thành trong đó.

Sau khi Đạo luật này ra đời, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao có Nghị quyết số 04/2005/NQ- HĐTP ngày 17- 9- 2005 định nghĩa rằng: “Tập quán là thói quen đã thành nếp trong đời sống xã hội, trong sản xuất và sinh hoạt thường ngày, được cộng đồng nơi có tập quán thừa nhận và làm theo như một qui ước chung của cộng đồng”. Định nghĩa này và định nghĩa tại Điều 3, khoản 4, Luật Thương mại Việt Nam 2005 có đôi điểm khác biệt. Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao dường như chỉ cho rằng tập quán là thói quen ứng xử đã thành nếp nghĩ, nếp làm chung của toàn bộ cư dân tại một cộng đồng nhất định và được mọi thành viên cộng đồng nơi có tập quán đó tự nguyện tuân thủ. Quan niệm này không đề cập tới tính rõ ràng của qui tắc tập quán.

Trong lĩnh vực pháp lý, khi nói tới tập quán người ta thường liên hệ tới một loại nguồn của pháp luật hay tập quán pháp mà ở đó bao gồm các qui tắc ứng xử được thiết lập trong các hoàn cảnh xã hội cụ thể. Tập quán pháp (customary law) có điều kiện tồn tại là khi có một thói quen pháp lý chắc chắn được tôn trọng và những người liên quan xem nó là luật²³⁷. Giải thích tường tận hơn về hai điều kiện này các nhà luật học so sánh Canada nói: một thói quen chỉ trở thành qui tắc tập quán pháp khi nó đáp ứng được cả hai điều kiện mà một có tính cách vật chất và một có tính cách tâm lý. Tính cách vật chất được thể hiện bằng việc thói quen đó tồn tại lâu dài, ổn định, công khai và phổ biến khiến cho nó có khả năng biểu đạt rõ ràng như một qui tắc pháp lý. Tính cách tâm lý thể hiện ở việc những người thực hiện nó với sự tin chắc rằng đó là một nghĩa vụ²³⁸. Tính công khai, minh bạch

²³⁷ Wikipedia, the free encyclopedia, *Custom (law)*, [[http://en.wikipedia.org/wiki/Custom_\(law\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Custom_(law))], 10/18/2009

²³⁸ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 119

của các qui tắc tập quán là một đặc tính quan trọng khiến cho chúng trở thành các qui tắc của tập quán pháp. Tập tục bán gã con cái, đòi nợ bằng bạo lực hay các qui tắc ngầm định của xã hội đen dù được thừa nhận rộng rãi và tự nguyện tuân thủ ở một cộng đồng nào đó không thể được xem xét như một qui tắc tập quán. Xã hội Việt Nam hiện nay còn tồn tại nhiều hủ tục ở đâu đó, song trong nhận thức chung của đại đa số người dân các hủ tục đó cần phải được xóa bỏ.

Tuy nhiên tính công khai của các qui tắc tập quán không có nghĩa là mọi người đều biết. Nhưng sự hiểu biết của các thành viên cộng đồng nơi có qui tắc đó là cần thiết. Nói một cách khái quát, các qui tắc tập quán bộc lộ khi có một trong hai hoàn cảnh: (1) hoặc là chúng mang tính phổ biến, có nghĩa là chúng phản ánh thói quen hay tập quán của thường dân; (2) hoặc là chúng được nhận biết, có nghĩa là chúng được bộc lộ qua hoạt động tổ tụng hay tác nghiệp của các chuyên gia pháp lý²³⁹.

Trong các chế độ cũ ở Việt Nam, tập quán pháp hay còn gọi là tục lệ được xem là một loại nguồn bổ sung của pháp luật để bù đắp cho những thiếu hụt trong pháp luật. Tục lệ chỉ được áp dụng khi không có điều khoản nào của pháp luật liên quan và không thể trái với các điều khoản của pháp luật. Tục lệ được nhận biết qua hai yếu tố: (1) Yếu tố thực thể hay yếu tố tập quán, có nghĩa là biện pháp ứng xử được nhiều người làm theo trong một khoảng thời gian nhất định, miễn là không gây ảnh hưởng đến quyền lợi của người khác; và (2) yếu tố tinh thần hay ý thức về sự cần thiết của tập quán đó²⁴⁰. Ngày nay vẫn có những luật gia còn giữ lại được quan niệm như vậy thông qua sự thể hiện rõ ràng trong ấn phẩm “*Pháp luật và dân luật đại cương*”²⁴¹.

Trong thực tiễn tư pháp, các tòa án của Việt Nam hiện nay không ngần ngại nhiều khi áp dụng tập quán để xét xử các tranh chấp, tuy nhiên còn để lại nhiều vấn đề cần phải được tranh luận thực sự. Một vụ việc điển hình về việc áp dụng

²³⁹ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 118

²⁴⁰ Vũ Văn Mẫu, *Dân- luật khái- luận*, In lần thứ hai, Bộ quốc- gia giáo- dục xuất bản, Sài Gòn, 1960, tr. 295- 296

²⁴¹ Triệu Quốc Mạnh, *Pháp luật và dân luật đại cương*, Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, 2000, tr. 153-154

tập quán mà đã được nhiều luật gia bàn luận có nội dung như sau: Bà Chiêm Thị Mỹ Loan là chủ tàu đánh bắt hải sản đã thuê ông Trang Văn Hường (tức Huệ) làm tài công một tàu đánh bắt hải sản. Ông Hường đã lập một “cây chà” bằng các vật liệu như dừa, đá, sọt tre và dây nhựa... cách bờ biển Huyện Long Hải 19 tiếng đồng hồ nên gọi là “cây chà 19 tiếng”, và khai thác đánh bắt hải sản tại khu vực này từ năm 1992. Sau khi ông Hường nghỉ, ông Trần Văn Hùng được thuê làm tài công. Đến năm 1999, bà Loan phát hiện ra ông Hùng đã cho ông La Văn Thanh cây chà này và kiện đòi ông Thanh trả lại cây chà, cũng như đòi lại quyền khai thác địa điểm đã đặt chà. Tòa dân sự- Tòa án nhân dân tối cao đã xác định trong Quyết định giám đốc thẩm số 93/GDDT-DS ngày 27/5/2002 rằng đây là một yêu cầu về quyền tài sản thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án và nhận xét:

“Bà Loan đòi ông Thanh trả lại cây chà nhưng không chứng minh được việc ông Thanh đang chiếm giữ tài sản thuộc sở hữu của bà Loan. Ông Hùng là người đã đặt chà và khai thác cây chà xác định khi ông nhượng địa điểm đánh bắt cho ông Thanh thì cây chà không còn. Chính bà Loan thừa nhận chi phí làm chà đã được trừ vào chi phí mỗi chuyến đi biển. Do vậy, dù cây chà còn tồn tại khi ông Thanh tiếp nhận điểm đánh bắt thì cũng không thuộc sở hữu của bà Loan.

Về quyền ưu tiên khai thác điểm đánh bắt hải sản: Đây là vùng biển xa bờ, pháp luật chưa qui định về quyền ưu tiên khai thác nên quyền ưu tiên phải được xác định theo tập quán. Theo xác minh ở chính quyền địa phương và cơ quan chuyên môn (Ban Hải sản thị trấn Long Hải) thì tài công là người có quyền chọn và cho người khác điểm đánh bắt; địa điểm đã bị bỏ hơn ba tháng không khai thác thì có quyền khai thác. Như vậy, việc ông Thanh sử dụng điểm đánh bắt hải sản hiện nay (địa điểm tranh chấp) là phù hợp với tập quán, không trái pháp luật, không vi phạm quyền lợi hợp pháp của bà Loan”.

Qua đó Tòa dân sự- Tòa án nhân dân tối cao quyết định: “Hủy án dân sự phúc thẩm số 46 ngày 14-12-2000 của Tòa án nhân dân tỉnh Bà Rịa- Vũng Tàu, giữ nguyên án dân sự sơ thẩm số 94 ngày 13-10-2000 của Tòa án nhân dân huyện Long Đất xử tranh chấp điểm đánh bắt hải sản giữa nguyên đơn Chiêm Thị Mỹ

Loan và bị đơn La Văn Thanh”²⁴². Như vậy tòa án đã áp dụng tập quán để giải quyết tranh chấp khu vực đánh cá nêu trên.

Có lẽ trong phần bình luận của mình, TS. Đỗ Văn Đại cho rằng việc áp dụng tập quán như vậy là phù hợp với nội dung của vụ tranh chấp, và cho rằng việc tòa án áp dụng tập quán như vậy là đúng đắn bởi đáp ứng đầy đủ các điều kiện như: *Thứ nhất*, văn bản qui phạm pháp luật chưa qui định quyền ưu tiên đánh bắt hải sản ở vùng biển xa bờ; *thứ hai*, các bên không có thỏa thuận gì khác; và *thứ ba*, tập quán không trái với pháp luật và đạo đức xã hội²⁴³.

Việc xem tập quán pháp là một nguồn bổ sung quan trọng của pháp luật là đúng đắn. Tuy nhiên việc xác định các điều kiện để áp dụng tập quán và vấn đề đánh giá có đáp ứng được các điều kiện áp dụng tập quán hay không cần phải được suy xét hết sức thận trọng.

Có lẽ việc áp dụng tập quán trong vụ “Cây chà 19 tiếng” như trên là trái với nguyên lý căn bản của luật tài sản của Việt Nam. Tòa án, trong quyết định của mình, *một mặt* thừa nhận quyền loại trừ của người lập cây chà đối với bất kỳ người nào từ việc khai thác thủy sản tại khu vực đặt cây chà hay nói cách khác thừa nhận quyền đối kháng của người lập cây chà với cả thế giới từ việc khai thác hải sản tại khu vực đó (mà tòa án cho rằng đó là quyền theo tập quán chung tại địa phương đó), nên *mặt khác* thừa nhận quyền tự do khai thác địa điểm đặt cây chà cụ thể của ông Thanh bởi ông Hùng đã từ bỏ hay định đoạt quyền loại trừ của mình hơn ba tháng theo tập quán. *Lưu ý*: quyền đánh cá trong vụ *Matamajaw Salmon Club v. Duchaine (1921)* liên quan tới truyền thống Civil Law ở Québec (Canada) được Hội đồng cơ mật Anh Quốc xem là đối tượng của quyền sở hữu mà nhiều học giả bình luận rằng, đó sự xâm nhập của học thuyết về luật tài sản của Common Law vào luật tài sản của truyền thống Civil Law, và là quyền loại trừ để

²⁴² Tòa án nhân dân tối cao- Tòa dân sự, *Quyết định giám đốc thẩm số 93/GDDT-DS ngày 27/5/2002 về vụ tranh chấp địa điểm đánh bắt hải sản giữa bà Loan và ông Thanh ở Bà Rịa- Vũng Tàu*

²⁴³ Đỗ Văn Đại, *Luật hợp đồng Việt Nam- Bản án và bình luận bản án (Sách chuyên khảo)*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2008, tr. 21- 23

tiến hành một hoạt động²⁴⁴. Hiểu rằng quyền loại trừ là xương sống của quyền sở hữu, có nghĩa là khi một người thủ đắc quyền sở hữu thì người này có quyền loại trừ hay chống lại mọi người từ việc tiếp cận tới đối tượng thuộc sở hữu của mình. Nói cách khác chủ sở hữu có quyền thống trị trên tài sản của mình. Tòa án Việt Nam thừa nhận quyền loại trừ của một người được thiết lập theo tập quán như vậy trên tài sản thuộc sở hữu toàn dân hay tài sản chung phải chăng là hợp lý? Giả sử ở một làng nọ có một cánh đồng cỏ là tài sản chung của cộng đồng làng. Nhưng có một gia đình đông con trai thường xuyên chăn trâu bò trên một khu vực cỏ non và ngon nhất của cánh đồng ấy. Bất kỳ ai đến thả trâu bò đều bị đuổi, trong khi gia đình này không bỏ chi phí gì ra để tôn tạo khu vực đó. Như vậy có thể nói đó là một sự bất công, có nghĩa là lấy một lợi ích chung cho một cá nhân. Đặc biệt trong vụ án “Cây chà 19 tiếng này” còn nhiều vấn đề cần phải đặt ra đối với việc xác định có hay không một tập quán như vậy (mà sẽ được đề cập phần nào dưới đây).

Trong Pháp luật Anh, vụ *Mercer v. Denne* (1905), luôn được nhắc đến khi nói tới tập quán pháp, có một cách thức tiếp cận ngược lại là bảo vệ lợi ích chung của cộng đồng được xem trọng hơn. Bị đơn có quyền sở hữu một khu vực bãi biển mà là nơi các ngư dân địa phương Walmer đã dùng để phơi lưới trong một thời gian dài. Bị đơn muốn xây dựng nhà trên thửa đất đó, nhưng bị chống lại²⁴⁵. Tòa án đã thừa nhận quyền phơi lưới có tính cách riêng biệt của các ngư dân nói trên xuất phát từ việc xem phơi lưới như vậy là một tập quán của địa phương. Tuy nhiên việc xác định một qui tắc tập quán được áp dụng trong pháp luật Anh phải thỏa mãn các điều kiện như: (1) không được bất hợp lý; (2) phải chắc chắn; và (3) đã tồn tại từ xa xưa²⁴⁶. Cách thức tiếp cận như vậy có được trong việc phán quyết các vụ án trước đó ở Anh Quốc như trong các vụ *Millechamp v. Jordan* (1740); *Mounsey v. Ismay* (1865)...

²⁴⁴ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, pp. 274- 275

²⁴⁵ Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, p. 10; House of Lords, *Judgments- Oxfordshire County Council (Respondents) v. Oxford City Council (Appellants) and another (Respondent) (2005) and others*, [http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060524/oxf-4.htm]

²⁴⁶ Philip S. James, *Introduction to English Law*, Twelfth edition, Butterworths, London, 1989, p. 22

Việc áp dụng các qui tắc tập quán hay thói quen ứng xử liên quan tới việc chứng minh các qui tắc đó. Trong vụ “Cây chà 19 tiếng” tòa án đã chấp nhận qui tắc tập quán qua ý kiến của Phạm Công Thanh Hà- người của Ban Hải sản Thị trấn Long Hải, Huyện Long Đất, Tỉnh Bà Rịa- Vũng Tàu. Tuy nhiên tòa án đã không xem xét một cách thỏa đáng việc chứng minh tập quán ngược lại của nguyên đơn. “Biên bản xác minh” được lập giữa Kiểm sát viên Trần Thị Kim Cương và Phạm Công Thanh Hà vào ngày 14/10/2000 thể hiện có một tập quán trong việc đánh bắt hải sản bằng lưới rút tại địa phương là tài công ghe đánh bắt hải sản có quyền lựa chọn vị trí bỏ cây chà và định đoạt việc đánh bắt hải sản, còn chủ ghe chỉ có quyền định đoạt đối với những công việc trên bờ như buôn bán cá, chứ không có quyền buộc tài công phải đánh bắt ở điểm này hay điểm khác. Thế nhưng trong đơn xin tái thẩm sau khi có Quyết định giám đốc thẩm số 93/GĐT- DS ngày 27/5/2002, nguyên đơn Chiêm Thị Mỹ Loan cho rằng tòa án áp dụng tập quán không đúng với lập luận như sau:

“Tập quán địa phương không hề có tập quán “tài công là người có quyền chọn và cho người khác điểm đánh bắt cá” mà chỉ có tập quán ăn chia lợi nhuận, phương thức đầu tư của chủ ghe, tạo thành một thông lệ quan hệ giữa người đầu tư (chủ ghe) và tài công, ngư dân (bạn ghe). Vì nếu có một tập quán tài công muốn cho ai thì cho, muốn bán cho ai địa điểm đánh bắt cá... thì sẽ không còn chủ ghe nào đầu tư, không còn ai dám mướn tài công. Giả thiết rằng một người có 5 ghe, mướn 5 tài công rồi do mâu thuẫn, 5 tài công này đem cho hoặc bán cho 5 địa điểm đánh bắt cá thì chủ ghe chỉ còn đường sạt nghiệp... quan hệ xã hội, quan hệ làm ăn từ đó mâu thuẫn triền miên, nhất là tạo một tiền lệ nguy hiểm về sau”.

Thực trạng trên cho thấy có các vấn đề pháp lý cần phải đặt ra như sau: Ai phải chứng minh qui tắc tập quán và chứng minh như thế nào? Nếu có sự khác nhau trong việc chứng minh qui tắc tập quán giữa các bên liên quan, thì giải quyết như thế nào? Trong trường hợp có sự nhầm lẫn về tập quán pháp thì nhầm lẫn như vậy có được chấp nhận không và giải pháp cho các trường hợp nhầm lẫn là gì? Cần nhìn nhận như thế nào về tiền lệ được tạo ra từ việc áp dụng qui tắc tập quán

để giải quyết một vụ tranh chấp? và Tập quán có thứ tự ưu tiên như thế nào trong các loại nguồn khác của pháp luật?

Có một nhận định đáng lưu ý là khó có thể hiểu được cơ sở của tập quán bởi nó xuất phát từ thực tiễn và nhiều khi nó có khuynh hướng ngược lại với một thói quen nào đó cũng được coi là tập quán²⁴⁷. Vì vậy việc chứng minh hay viện dẫn tập quán gặp phải những khó khăn nhất định ở nước ta hiện nay trong tình trạng không có những khảo cứu tương đối đầy đủ và kỹ lưỡng về các tập quán. Nếu có các công trình nghiên cứu về tập quán nào đó thì chúng có thể mang nặng hơi hướng của các công trình nghiên cứu lịch sử hoặc dân tộc học..., chứ không phải hướng tới tập quán pháp. Tuy nhiên kinh nghiệm lịch sử và kinh nghiệm từ bên ngoài về pháp luật có thể cho chúng ta những gợi ý đáng kể.

Thông thường bên viện dẫn sự tồn tại của bất kỳ qui tắc tập quán hay thói quen ứng xử nào có nghĩa vụ chứng minh nó²⁴⁸. Việc chứng minh này có thể dựa vào các tài liệu lưu giữ tập quán, dựa vào nhân chứng hay các giám định viên hoặc chuyên gia²⁴⁹. Khi chứng minh phải làm rõ được rằng qui tắc tập quán đó đáp ứng được các điều kiện sau: (1) Tồn tại liên tục trong một khoảng thời gian nhất định; (2) được thiết lập trên cơ sở ưng thuận; (3) được một cộng đồng nhất định thừa nhận; (4) có khả năng xác định quyền và nghĩa vụ giữa các bên trong một hoàn cảnh nhất định; (5) hợp lý; (6) phù hợp với các qui tắc tập quán khác; và (7) không chống lại các qui định của văn bản pháp luật. Các điều kiện phải được làm thỏa mãn khi chứng minh như vậy là hệ quả tất yếu của các đặc tính hay yếu tố của tập quán pháp mà đã được nghiên cứu ở trên. Đối với thói quen ứng xử giữa các bên trong quan hệ hợp đồng, Ch. Pamboukis có dẫn rằng việc chứng minh là đủ khi làm rõ được trước đó trong cùng hoàn cảnh các bên ứng xử theo cùng một cách²⁵⁰. Tuy nhiên nếu bên chứng minh tập quán bị phản chứng thì cần có một cơ chế để

²⁴⁷ Jean- Claude Ricci, *Nhập môn luật học*, Nxb Văn hóa- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 52

²⁴⁸ Ch. Pamboukis, "The concept and function of usages in the United Nation Convention on the International Sale of Goods", *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25:107, pp. 124- 125

²⁴⁹ Triệu Quốc Mạnh, *Pháp luật và dân luật đại cương*, Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, 2000, tr. 162

²⁵⁰ Ch. Pamboukis, "The concept and function of usages in the United Nation Convention on the International Sale of Goods", *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25:107, p. 125

xác định việc có hay không qui tắc tập quán như vậy. Kinh nghiệm của pháp luật Pháp có thể cho chúng ta một gợi ý nào đó. Về việc áp dụng tập quán thương mại, pháp luật của Pháp chia ra hai 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 *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 thương mại hoặc của nghiệp đoàn về thói quen ứng xử liên quan²⁵¹. Vấn đề chứng minh và phản chứng minh còn liên quan tới các điều kiện mà bên dẫn chứng tập quán phải làm thỏa mãn trong hoạt động chứng minh của mình. Việc nại ra tập quán hay thói quen ứng xử có thể được tự do, nhưng việc thẩm tra của tòa án là hết sức cần thiết. Như vậy qua các nghiên cứu này có thể thấy trong vụ “Cây chà 19 tiếng”, tòa án chưa xem xét một cách thỏa đáng qui tắc tập quán được áp dụng.

Trong các giao dịch, nhầm lẫn có thể phải kể cả trường hợp nhầm lẫn về luật. Nhiều trường hợp nhầm lẫn về các qui tắc tập quán có thể xảy ra. Sự nhầm lẫn này trong hầu hết các nền tài phán không có hiệu lực bởi thi hành nguyên tắc *ignorantia juris haud excusat* (có nghĩa là không ai được xem là không biết luật). Unidroit hiện nay có suy tính rằng: các hệ thống pháp luật hiện đại ngày càng phức tạp gây khó khăn lớn cho thương mại quốc tế, nên định hướng là: sự nhầm lẫn về tình tiết của hợp đồng hoặc về pháp luật dẫn tới việc hình dung sai về tương lai của hợp đồng thì các qui định về nhầm lẫn được áp dụng²⁵². Như vậy sự nhầm lẫn này có thể vẫn phải tính đến, tuy nhiên phụ thuộc vào sự phân loại tập quán. Gánh nặng chứng minh trong trường hợp này do người nại ra sự nhầm lẫn chịu.

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

²⁵¹ Francis Lemeunier, *Nguyên lý và thực hành luật thương mại, luật kinh doanh*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội 1993, tr. 17

²⁵² 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. 172

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.

Vấn đề cuối cùng đặt ra ở đây có lẽ là vấn đề còn nhiều tranh luận trên thế giới, mặc dù không nền tài phán nào không phải đối diện thường xuyên với vấn đề đó. Khi giới thiệu về luật tư ở Québec (Canada) các nhà luật học so sánh có tiếng nhận định rằng khó có thể tuyên bố vắn tắt vị trí của tập quán pháp trong thứ tự các loại nguồn pháp luật tại đây²⁵³. Các nền tài phán khác nhau cũng có những quan niệm khác nhau về vấn đề thứ tự như vậy. Bộ luật Thương mại Czech 1991 tại Điều 1 có các qui định về phạm vi của Bộ luật Thương mại và thứ tự ưu tiên các loại nguồn như sau:

“(1) Bộ luật này qui định về qui chế thương nhân, quan hệ hợp đồng thương mại, và một số quan hệ khác liên quan tới các hành vi thương mại.

(2) Các quan hệ pháp lý được đề cập tới tại khoản 1 nói trên phụ thuộc vào các qui định của Bộ luật này. Nếu chứng minh được không thể giải quyết vấn đề nào đó theo các qui định của Bộ luật này, thì giải quyết theo các qui định của Bộ luật Dân sự. Nếu vấn đề như vậy không thể được giải quyết theo các qui định của Bộ luật Dân sự, thì phải được xem xét phù hợp với thói quen thương mại, và trong trường hợp không có thói quen đó, thì phải theo các nguyên tắc của Bộ luật này”.

Bộ luật Thương mại Nhật Bản 1896 tại Điều 1 đưa ra một thứ tự ưu tiên các loại nguồn khác với quan niệm trên của Cộng hòa Czech. Điều luật này xác định nếu vấn đề thương mại mà không được Bộ luật Thương mại qui định thì áp dụng luật tập quán thương mại; và nếu không có một luật tập quán như vậy thì áp dụng các qui định của Bộ luật Dân sự. Các qui định này có lẽ xuất phát từ việc phân biệt khá rõ giữa luật dân sự và luật thương mại, và coi các qui tắc của luật thương mại là tổng thể các qui tắc được chứa đựng trong các loại nguồn khác nhau (có nghĩa là

²⁵³ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 119

văn bản qui phạm do cơ quan lập pháp làm ra và tập quán pháp). Bộ luật Thương mại Cộng hòa Czech 1991 có lẽ có khuynh hướng coi tập quán hay thói quen thương mại chỉ là một loại nguồn bổ sung cho các văn bản qui phạm pháp luật, và đề cao mối quan hệ rất gần gũi giữa đạo luật dân sự và đạo luật thương mại. Quan niệm của Cộng hòa Czech gần gũi với quan niệm của nhiều học giả Việt Nam hiện nay. “*Giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật*” của Trường Đại học Luật Hà Nội, sau khi luận giải về nguồn gốc và vai trò của tập quán pháp, cho rằng: “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 hội chủ nghĩa”. Bên cạnh đó Giáo trình này cũng nhắc tới trong thời kỳ quá độ đi lên chủ nghĩa xã hội, có những tập quán tiến bộ thể hiện truyền thống và đạo đức dân tộc được nhà nước xã hội chủ nghĩa vẫn tôn trọng và tạo điều kiện cho chúng phát huy tác dụng²⁵⁴.

Tuy nhiên các nhà luật học so sánh ở Hoa Kỳ tóm lược, trong học thuyết về nguồn của pháp luật theo truyền thống Civil Law, tập quán pháp thường được xếp là một loại nguồn chính yếu của pháp luật, nhưng bị xem nhẹ trong thực tiễn²⁵⁵. Vấn đề là luật thương mại có nguồn gốc từ các qui tắc tập quán của các thương nhân. Nhưng khi được pháp điển hóa phần nào, người ta vô tình đã quên đi nguồn gốc của các qui tắc đó và cả các qui tắc tập quán khác. Hai nhà luật học so sánh lớn là René David và John E.C. Brierley đã nhắc nhở 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

²⁵⁴ 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

²⁵⁵ Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, Third edition, Thomson West, 2008, p. 131

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 định²⁵⁶.

Kinh nghiệm về luật thương mại của Hoa Kỳ cho thấy vai trò to lớn của tập quán pháp trong việc phát triển thương mại. Mục đích, chính sách và hướng giải thích của Bộ luật Thương mại Nhất thể (UCC) ở xứ sở này là: (1) Đơn giản hóa, minh bạch hóa và hiện đại hóa pháp luật điều chỉnh các giao dịch thương mại; (2) cho phép mở rộng hoạt động thương mại thông qua tập quán, thói quen ứng xử và thỏa thuận giữa các bên; và (3) nhất thể hóa pháp luật giữa các nền tài phán khác nhau²⁵⁷. Như vậy tập quán và thói quen ứng xử ở Hoa Kỳ có vai trò là một chính sách lớn trong việc thúc đẩy thương mại. Nó được kết hợp nhuần nhuyễn với pháp luật hiện đại trong một chỉnh thể để bổ khuyết cho nhau một mặt nhằm đáp ứng các nhu cầu của xã hội hiện đại, mặt khác giữ vững sự ổn định. Ngày nay có nhiều công trình nghiên cứu về tập quán pháp ở tầm cỡ lý luận lớn và chuyên sâu. Tiêu biểu Bruce L. Benson đã phân chia pháp luật thành hai loại là độc đoán pháp và tập quán pháp. Loại thứ nhất ấn định từ trên xuống bởi cơ quan lập pháp hoặc những người có thẩm quyền khác và thường yêu cầu sự trợ giúp của thiểu số có quyền lực để thi hành. Loại thứ hai (tập quán pháp) được phát triển từ dưới lên yêu cầu sự thừa nhận rộng rãi²⁵⁸. Tập quán pháp 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. Như vậy tập quán pháp phát triển trên nền tảng có đi có lại²⁵⁹. Điều đó cho thấy tập quán mang trong mình nó yếu tố dân chủ sâu sắc hơn luật thành văn, và đưa ra những gợi ý rất hữu ích cho việc xây

²⁵⁶ 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

²⁵⁷ Bradford Stone, *Uniform Commercial Code*, Third Edition , ST. Paul, Minn. West Publishing Co., 1989, p. 5

²⁵⁸ Bruce L. Benson, Customary Law with Private Means of Resolving Disputes and Dispensing Justice: “A Description of a Modern System of Law and Order without State Coercion”, *The Journal of Libertarian Studies*, Vol. IX, No. 2, 1990; See Mark Sulkowski, *Customary Law*, [<http://jim.com/custom.htm>], 10/18/2009

²⁵⁹ See Mark Sulkowski, *Customary Law*, [<http://jim.com/custom.htm>], 10/18/2009

dựng văn bản qui phạm pháp luật. Muốn cho các qui định của văn bản pháp luật đi vào đời sống hay được sự thừa nhận của người dân thì việc xây dựng chúng cần dựa trên những chính sách pháp luật cân đối tối đa các lợi ích của mỗi và mọi người mà phần nào đó thể hiện dưới dạng đồng thuận xã hội, và bản thân chính sách đó chỉ có thể có được khi mọi người dân đều có thể tham gia vào qui trình đưa ra sáng kiến và thiết kế chính sách. Để thấy rõ hơn vai trò của tập quán trong mối liên hệ với đạo luật có thể đề cập tới nhận định rằng một khi tập quán có giải pháp ngược lại với đạo luật thì có thể xem đạo luật đó đã lỗi thời²⁶⁰, có nghĩa là khi đạo luật lỗi thời thì tập quán lên tiếng.

Thứ bậc ưu tiên áp dụng của tập quán pháp nhiều khi còn vượt trên văn bản pháp luật. Chẳng hạn ở một số địa phương của Tây Ban Nha không áp dụng Bộ luật Dân sự đối với những vấn đề mà đã được tập quán địa phương điều tiết²⁶¹. Thực tiễn áp dụng Công ước Viên về mua bán hàng hóa Quốc tế 1980 cho thấy trong một số trường hợp tập quán và thói quen thương mại được ưu tiên áp dụng hơn các qui định của Công ước quốc tế²⁶². Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 tại Điều thứ 1453 đã cho phép duy trì một số phong tục, tập quán riêng biệt của các dân tộc ít người ở phía Bắc, có nghĩa là tập quán pháp trong chừng mực nào đó theo Bộ luật này có thứ tự ưu tiên áp dụng cao hơn đạo luật.

²⁶⁰ Triệu Quốc Mạnh, *Pháp luật và dân luật đại cương*, Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, 2000, tr. 158

²⁶¹ Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, Third edition, Thomson West, 2008, p. 131

²⁶² Ch. Pamboukis, “The concept and function of usages in the United Nation Convention on the International Sale of Goods”, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25:107, p. 109

Chương 6

PHÂN LOẠI HỢP ĐỒNG

Mục 6.1

Khái quát chung về phân loại hợp đồng

Mặc dù các hợp đồng có thể rất khác nhau do được tạo nên bởi ý chí của các bên, nhưng người ta có thể xếp chúng trong những phân loại nhất định để áp đặt cho chúng những qui chế khác nhau do tính chất của chúng đòi hỏi. Các Bộ luật Dân sự thường đưa ra phân loại hợp đồng. Nhưng không phải tất cả các Bộ luật Dân sự đều có các qui định về phân loại hợp đồng. Cách phân loại hợp đồng có sự khác nhau giữa các Bộ luật có lẽ do nhu cầu và cách thức tiếp cận khác nhau. Vấn đề phân loại trong các Bộ luật còn khác với phân loại trong học thuật trên hai phương diện: *Thứ nhất*, phân loại trong các Bộ luật thường không đầy đủ, chỉ tập trung vào một vài phân loại theo sự lựa chọn của nhà làm luật, và cách phân loại đó đã trải qua nhiều thử nghiệm; *thứ hai*, phân loại trong các Bộ luật thường lược bỏ phần nào học thuật ra khỏi cách phân loại. Tuy nhiên hiện nay ở Việt Nam, nhiều người theo trường phái thực chứng pháp lý cực đoan cho rằng cách phân loại hợp đồng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 là chuẩn xác, đúng đắn và khoa học nhất. Họ thậm chí không hài lòng khi ai đó đưa ra cách phân loại khác với cách phân loại được qui định trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Thông thường phân loại trong các đạo luật được chú ý nhiều nhất ở bất kỳ quốc gia nào và phải áp dụng trong thực tiễn tư pháp bởi ở các đạo luật đó đã có các qui chế cho các phân loại cụ thể hoặc chí ít cũng có các nguyên tắc để giải quyết chung đối với từng phân loại. Nhưng mọi người đều hiểu rằng nhà làm luật không thể nghĩ thay cho tất cả và không thể buộc cuộc sống phải đi theo hướng khác với xu thế phát triển của nó. Và ở trên đã có nhận thức rằng, nguồn của luật dân sự có nhiều loại và không chỉ là văn bản qui pháp pháp luật, mà trong đó tập quán, học thuyết pháp lý đóng vai trò rất quan trọng. Vậy các cách thức phân loại theo tập quán, theo học

thuật cần phải được quan tâm một cách thích đáng mới bảo đảm cho việc giải quyết thích đáng các tranh chấp phát sinh trong đời sống xã hội vốn dĩ rất phức tạp, sôi động và luôn nảy nở thêm những vấn đề khác lạ. Quả đúng khi Trường Đại học Luật Hà Nội đánh giá:

“Trong BLDS, Điều 406 có định nghĩa một số hợp đồng cơ bản. Tuy nhiên, trong thực tiễn có rất nhiều loại hợp đồng, ta có thể dựa vào các căn cứ khác nhau để phân biệt các loại hợp đồng”²⁶³.

Ở đây cần lưu ý thêm rằng trong đời sống thực tiễn người ta còn đưa ra nhiều cách thức phân loại hợp đồng khác nhau do đòi hỏi của việc quản trị hợp đồng. Chẳng hạn để thi hành nghĩa vụ của mình theo Đạo luật về An toàn và sức khoẻ nghề nghiệp năm 2000 (NSW), trường Đại học Wollongong cam kết cung cấp nơi làm việc an toàn và sức khoẻ cho nhân viên, sinh viên và khách đến thăm, do đó, nhằm quản trị hợp đồng cho mục đích nói trên, đã phân loại hợp đồng (ký kết với các đối tác) thành các loại như sau: (1) Những loại hợp đồng lớn như hợp đồng xây dựng; hợp đồng bảo dưỡng sửa chữa; làm việc trong những khu vực hạn chế; làm việc tại những nơi có độ cao hơn 02 mét; làm công việc phá dỡ; làm việc có tiếp xúc với ami-ăng; làm việc liên quan tới gas, điện; làm việc có sử dụng các chất nguy hiểm; làm việc đào bới, khai quật; công việc có sử dụng nhà thầu phụ; và (2) những hợp đồng nhỏ liên quan tới công việc có mức độ rủi ro thấp đối với an toàn và sức khoẻ của con người²⁶⁴.

Vậy có thể nói việc phân loại hợp đồng tùy thuộc vào mục đích học thuật, xây dựng pháp luật hoặc thực tiễn pháp lý hay kinh doanh. Tuy nhiên giáo trình này thiên về trình bày vấn đề phân loại hợp đồng nhằm mục đích học thuật, xây dựng pháp luật và thực tiễn tư pháp.

Việc phân loại về mặt học thuật thường có những căn cứ sau: (1) Căn cứ vào hình thức, người ta chia hợp đồng thành hợp đồng ưng thuận, hợp đồng trọng hình thức, hợp đồng thực tế; (2) căn cứ vào nội dung của hợp đồng, người ta chia

²⁶³ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 101

²⁶⁴ University of Wollongong, *Contractor safety guidelines*, pp. 2 & 5-6

hợp đồng thành hợp đồng thương lượng và hợp đồng gia nhập, hợp đồng cá nhân và hợp đồng cộng đồng; (3) căn cứ vào mối quan hệ giữa các bên trong hợp đồng, người ta chia hợp đồng thành hợp đồng đơn vụ và hợp đồng song vụ, hợp đồng có đền bù và hợp đồng không có đền bù, hợp đồng chắc chắn và hợp đồng may rủi, hợp đồng tức thì và hợp đồng kéo dài; (4) căn cứ vào việc giải thích hợp đồng, người ta chia hợp đồng thành hợp đồng hữu danh và hợp đồng vô danh... Ngoài ra người ta còn có nhiều căn cứ khác để phân loại. Những cách thức phân loại hợp đồng như trên ít được tìm thấy trong các đạo luật. Nhưng đó lại là một cơ sở lý thuyết quan trọng trong lập pháp dân sự và thực tiễn xét xử. Từ việc phân loại như vậy người ta thiết kế các qui chế khác nhau áp dụng cho từng loại hợp đồng. Chẳng hạn ngày nay vai trò của tự do ý chí bị giảm sút, việc quay trở lại với chủ nghĩa hình thức thông qua hợp đồng trọng thức²⁶⁵ hoặc làm tăng vai trò của hợp đồng gia nhập trở thành một vấn đề quan trọng của pháp luật hợp đồng. Tuy nhiên trong lập pháp và thực tiễn xét xử, người ta thường nhìn nhận một cách khắt khe hơn đối với những loại hợp đồng không được giải thích nhiều dựa trên các điều kiện của tự do ý chí.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chia các hợp đồng thành các loại sau (tại Điều 406): (1) Hợp đồng song vụ là hợp đồng mà mỗi bên đều có nghĩa vụ đối với nhau; (2) Hợp đồng đơn vụ là hợp đồng mà chỉ một bên có nghĩa vụ; (3) Hợp đồng chính là hợp đồng mà hiệu lực không phụ thuộc vào hợp đồng phụ; (4) Hợp đồng phụ là hợp đồng mà hiệu lực phụ thuộc vào hợp đồng chính; (5) Hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba là hợp đồng mà các bên giao kết hợp đồng đều phải thực hiện nghĩa vụ và người thứ ba được hưởng lợi ích từ việc thực hiện nghĩa vụ đó; (6) Hợp đồng có điều kiện là hợp đồng mà việc thực hiện phụ thuộc vào việc phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt một sự kiện nhất định. Ngoài ra Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 còn nhắc tới một loại hợp đồng nữa là hợp đồng theo mẫu tại Điều 407. Hợp đồng theo mẫu được Bộ luật này giải thích là hợp đồng gồm những điều khoản do một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý;

²⁶⁵ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, tr. 11

nếu bên được đề nghị trả lời chấp nhận thì coi như chấp nhận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu mà bên đề nghị đưa ra. Nhiều người cho rằng dạng hợp đồng này được gọi là hợp đồng gia nhập, tuy nhiên chúng ta phải xem xét và đánh giá lại.

Gần đây Lê Nét đã đề cập tới nhiều phân loại hợp đồng theo cách thức hỗn tạp (trộn lẫn giữa Civil Law, Sovietique Law và Common Law) để giảng dạy luật dân sự Việt Nam. Ông còn phê phán ý niệm và tư duy phân loại hợp đồng. Tuy nhiên ông vẫn cho rằng hợp đồng có thể chia thành: hợp đồng có đền bù và không đền bù; hợp đồng ưng thuận và hợp đồng thực tế; hợp đồng chính và hợp đồng phụ; hợp đồng đơn vụ và hợp đồng song vụ; hợp đồng dân sự và hợp đồng kinh tế; hợp đồng viết và hợp đồng miệng; hợp đồng thông dụng và hợp đồng không thông dụng; hợp đồng xác định và hợp đồng chưa xác định; hợp đồng ấn định người thực hiện và không ấn định người thực hiện; hợp đồng có điều khoản theo mẫu và hợp đồng do hai bên cùng soạn; hợp đồng khung; hợp đồng có yếu tố nước ngoài; hợp đồng có điều kiện; hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba; hợp đồng phức tạp; hợp đồng hỗn hợp²⁶⁶.

Bộ luật Dân sự Pháp 1804 đã sử dụng hầu hết chương mở đầu trong Thiên nói về nghĩa vụ hợp đồng để qui định về phân loại hợp đồng (từ Điều 1102 tới Điều 1107). Điều này đã nói lên nhận thức của những người xây dựng Bộ luật Dân sự Pháp 1804 về tầm quan trọng của việc phân loại hợp đồng. Tuy nhiên Bộ luật này đã không nói rõ căn cứ phân loại. Theo Bộ luật này hợp đồng được chia thành: (1) Hợp đồng song vụ và hợp đồng đơn vụ; (2) hợp đồng trao đổi (ngang giá hay chắc chắn) và hợp đồng may rủi (không chắc chắn); (3) hợp đồng từ thiện (vô thường hay cho không hay hảo tâm) và hợp đồng có đền bù; (4) hợp đồng có tên (hữu danh) và hợp đồng không có tên (vô danh); và (5) hợp dân sự và hợp đồng thương mại. Cách phân loại này cho thấy, nhà làm luật đã dựa vào các căn cứ khác nhau để phân loại hợp đồng, và mỗi phân loại đều có từng cặp hợp đồng đối lập

²⁶⁶ Nguyễn Xuân Quang- Lê Nét- Nguyễn Hồ Bích Hằng, *Luật dân sự Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2007, tr. 313- 322

nhau (ví dụ: hợp đồng song vụ và hợp đồng đơn vụ, hay hợp đồng hữu danh và hợp đồng vô danh...). Cách phân loại này ảnh hưởng rất lớn tới việc nghiên cứu về phân loại hợp đồng của nhiều học giả và việc xây dựng pháp luật hợp đồng của nhiều nước trên thế giới. Các Bộ luật Dân sự của các chế độ cũ ở Việt Nam cũng bị ảnh hưởng rất lớn của cách thức phân loại này. Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 phân loại hợp đồng thành các nhóm mà trong mỗi nhóm có các loại hợp đồng đối lập nhau, bao gồm:

(1) Hợp đồng hai hoặc nhiều phương diện là hợp đồng mà khi kết ước có cam kết lẫn với nhau; và hợp đồng một phương diện là hợp đồng mà khi một hay nhiều người kết ước cam kết với một hay nhiều người khác trong khi những người này không phải cam kết lại gì (Điều thứ 646).

(2) Hợp đồng hữu thường hay hữu lợi là hợp đồng mà khi mỗi bên chịu thiệt để làm lợi cho bên kia hoặc cho người ngoài; và hợp đồng vô thường hay hảo tâm là hợp đồng mà khi một bên nhận một khoản lợi của bên kia trong khi không phải trả lại gì (Điều thứ 647).

(3) Hợp đồng ý hợp (hiệp ý) là hợp đồng mà mọi bên đồng ý với nhau là thành; và hợp đồng thực sự (thực tế) là hợp đồng mà khi ngoài sự đồng ý, còn phải giao đồ vật làm chủ đích cho việc kết ước (Điều thứ 648).

(4) Hợp đồng nhất định (chắc chắn) là hợp đồng mà khi mỗi bên hoà hợp rồi thì hợp đồng thành và có hiệu lực chắc chắn; và hợp đồng không nhất định (không chắc chắn) là hợp đồng mà việc ước thành và hiệu lực của nó còn phụ thuộc vào một sự kiện ngẫu nhiên (Điều thứ 649).

(5) Hợp đồng chính là hợp đồng không phụ thuộc vào hợp đồng khác; và hợp đồng phụ là hợp đồng phụ thuộc và hợp đồng khác (Điều thứ 650).

Phỏng theo cách phân loại như trên, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 phân chia hợp đồng thành các cặp loại sau: (1) Hợp đồng hai phương diện và hợp đồng một phương diện; (2) hợp đồng tổn của và hợp đồng không tổn của; (3) hợp đồng ý hợp và hợp đồng thật sự; (4) hợp đồng nhất định và hợp đồng không nhất định; (5) hợp đồng chính và hợp đồng phụ (Điều thứ 682 tới Điều thứ 686). Đồng nhất

với hai Bộ luật Dân sự trước, Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ cũng phân loại như vậy nhưng với các tên gọi như: khế ước song vụ và khế ước đơn vụ; khế ước hữu thường và khế ước vô thường; khế ước hiệp ý và khế ước giao nạp; khế ước chắc chắn và khế ước may rủi; khế ước chính yếu và khế ước phụ thuộc (Điều thứ 655 tới Điều thứ 659). Tuy nhiên hai Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 và Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ còn có sự phân biệt giữa các hợp đồng dân sự và hợp đồng thương mại, bởi bên cạnh các Bộ luật này còn có các Bộ luật Thương mại mà tại đó chứa đựng nhiều giao dịch thương mại khác nhau.

Thế kỷ XX các học thuyết pháp lý đã phát triển thêm các cách thức phân loại mới ngoài các cách thức phân loại đã được đưa ra trong Bộ luật Dân sự Pháp 1804 và các Bộ luật theo hình mẫu Pháp. Các cách phân loại đó bao gồm: Hợp đồng cá nhân và hợp đồng cộng đồng; hợp đồng công và hợp đồng tư; hợp đồng thương lượng và hợp đồng gia nhập; và hợp đồng dân sự, hợp đồng thương mại và hợp đồng tiêu dùng²⁶⁷. Tuy nhiên các cách thức phân loại này có ý nghĩa lý luận và thực tiễn rất lớn mà hiện nay chúng đã dần dần được ghi nhận trong các đạo luật.

Qua các thông tin trên có thể thấy các cách thức phân loại hợp đồng có sự tiến triển nhất định kể từ thời Bộ luật Dân sự Pháp 1804 ra đời, và đã được tiếp nhận ở nhiều nơi trên thế giới. Khi nghiên cứu về truyền thống pháp luật của Pháp ở Québec (Canada), người ta nhận xét Civil Code of Lower Canada không đưa ra cách phân loại tỷ mỉ như Bộ luật Dân sự 1804 của Pháp. Tuy nhiên nhiều sự phân loại ngầm định trong luật và các công trình nghiên cứu ở sứ sở này dựa trên nền tảng logic phân loại của luật nghĩa vụ nói chung và vay mượn rất nhiều từ các luật gia của Pháp. Người ta biết tới nhiều phân loại khác với các phân loại được chính thức qui định trong Bộ luật Dân sự Pháp 1804 mà các phân loại này được phát triển qua nghiên cứu và thực tiễn như: Hợp đồng ưng thuận và hợp đồng thực tế;

²⁶⁷ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 398

hợp đồng tức thì và hợp đồng kéo dài; hợp đồng cá nhân và hợp đồng cộng đồng; hợp đồng thoả thuận và hợp đồng gia nhập; hợp đồng dân sự và hợp đồng tiêu dùng; hợp đồng tư nhân và hợp đồng chính quyền²⁶⁸. Chúng ta bắt gặp nhiều công trình nghiên cứu hay giới thiệu luật hợp đồng đưa ra các phân loại nhiều hơn so với các phân loại trong các đạo luật²⁶⁹. Vì vậy thông thường người ta phải lựa chọn cách phân loại nào cần thiết để pháp điển hoá. Nhưng điều đó không có nghĩa là chỉ có các phân loại được qui định trong đạo luật là đúng đắn và khoa học. Chất lọc các cách phân loại nêu trên, các Bộ luật Dân sự của Việt Nam dưới các chế độ cũ đã đưa ra các phân loại hợp đồng phong phú hơn các phân loại hợp đồng của Bộ luật Dân sự Pháp 1804. Vài thập kỷ gần đây có một số Bộ luật Dân sự mới ra đời ở một số nước có đưa ra một vài phân loại mới lạ, có thể đã xuất phát từ thực tiễn hoặc nghiên cứu, rút kinh nghiệm từ việc áp dụng các Bộ luật Dân sự ra đời trước đó. Chẳng hạn Bộ luật Dân sự Liên Bang Nga 1994 (là một Bộ luật Dân sự rất gần gũi với nhiều luật gia Việt Nam hiện nay, nhưng chưa được khai thác bao nhiêu) đã đưa ra các phân loại (từ Điều 420 đến Điều 430) như: (1) Hợp đồng song phương và hợp đồng đa phương; (2) hợp đồng đơn giản và hợp đồng hỗn hợp; (3) hợp đồng có đền bù và hợp đồng không có đền bù; (4) hợp đồng thông thường và hợp đồng công cộng; (5) hợp đồng theo mẫu và hợp đồng không theo mẫu; (6) hợp đồng ưng thuận và hợp đồng gia nhập; (7) hợp đồng sơ bộ và hợp đồng cơ sở; và (8) hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba. Đây là cách thức phân loại đã có sự suy tính rất nhiều đến các đặc thù của nền kinh tế chuyển đổi từ nền kinh tế tập trung quan liêu bao cấp sang nền kinh tế thị trường, nên đã nhấn mạnh tới phân loại hợp đồng công cộng, hợp đồng hỗn hợp, hợp đồng sơ bộ và hợp đồng cơ sở.

Ở thập kỷ 80 của Thế kỷ trước, xuất phát từ hiệu lực của hợp đồng, Bộ luật Dân sự Cộng hoà Hồi giáo Iran 1983 đã dành sáu điều để qui định về phân loại

²⁶⁸ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 393

²⁶⁹ Ví dụ trong hai cuốn sách sau mà người Việt Nam dễ tìm đọc có các phân loại hợp đồng tương đối phong phú hoòp với các đạo luật: Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 24- 26; Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963; tr. 61- 82

hợp đồng từ Điều 184 tới Điều 189. Theo Bộ luật này, hợp đồng được chia thành các loại sau: (1) Hợp đồng ràng buộc là hợp đồng không thể vi phạm bởi các bên trừ trường hợp trong hoàn cảnh đặc biệt; (2) Hợp đồng có thể huỷ ngang là hợp đồng có thể bị huỷ bỏ bởi một trong các bên bất kể khi nào bên đó muốn; (3) Hợp đồng có thể ràng buộc một bên nhưng có thể huỷ ngang bởi bên kia; (4) Hợp đồng tùy ý lựa chọn là hợp đồng có thể bị huỷ bỏ bởi một trong các bên, bởi các bên hoặc bởi bên thứ ba; (5) Hợp đồng không điều kiện là hợp đồng mà, trong ý chí của các bên lập ước, không phụ thuộc vào bất kỳ sự kiện bên ngoài nào; (6) Ngược lại là hợp đồng có điều kiện.

Do không có truyền thống pháp điển hoá, ở Common Law xuất phát từ yêu cầu của thực tiễn, người ta căn cứ vào cách thức tạo lập, nội dung và hiệu lực của hợp đồng để phân chia hợp đồng thành các phân loại như: hợp đồng đúng qui cách (express contract); hợp đồng mặc nhiên hay hợp đồng thực tế (implied contract); hợp đồng có điều kiện và hợp đồng không có điều kiện; hợp đồng song phương và hợp đồng đơn phương; hợp đồng có giá trị; hợp đồng vô hiệu; hợp đồng có thể vô hiệu; và hợp đồng không thể thi hành²⁷⁰. Tuy nhiên theo cách thức nghiên cứu khác, các luật gia thuộc Common Law còn đưa ra nhiều cách thức phân loại khác.

Mục 6.2

Một số phân loại hợp đồng cụ thể

Phân loại hợp đồng chẳng những có ý nghĩa quan trọng về mặt học thuật, mà còn có tác dụng quan trọng đối với thực tiễn. Trong xây dựng pháp luật hợp đồng, người ta thường khảo sát các phân loại hợp đồng theo các cách thức phân loại khác nhau để thiết kế các qui tắc chung thích hợp nhất mà có thể áp dụng cho tất cả các phân loại. Ngoài ra bên cạnh các qui chế pháp lý riêng biệt cho từng chủng loại hợp đồng (như hợp đồng mua bán, hợp đồng tặng cho, hợp đồng thuê,

²⁷⁰ Henry N. Butler, *Legal environment of business- Government regulation and public policy analysis*, South- western publishing co., Cincinnati, Ohio, USA, 1987, p. 206

hợp đồng vận chuyển, hợp đồng gia công, hợp đồng bảo hiểm...), người ta còn phải chú ý tới các đặc thù của từng phân loại để có thể đưa ra các qui chế riêng biệt tương ứng hoặc xác định nguyên tắc áp dụng luật đối với các tranh chấp liên quan tới từng phân loại tương ứng. Không thể kể hết, trong thực tiễn giải quyết tranh chấp hợp đồng, tính công bằng hay tính đúng đắn của việc giải quyết tranh chấp phụ thuộc vào việc xác định hợp đồng đang tranh chấp nằm ở phân loại nào, chưa kể đến những loại hợp đồng hỗn hợp hay hợp đồng vô danh. Tuy vậy Lê Nét nhận định việc phân loại hợp đồng mang tính học thuật nhiều hơn thực tiễn. Và tác giả này còn nói (mà không chứng minh) rằng cách nghiên cứu luật bằng cách phân loại ngày nay bị phê phán nhiều vì nó chỉ quan tâm đến hiện tượng mà không đi thẳng vào bản chất của vấn đề- là phân tích ý chí của các bên²⁷¹. Thật đáng tiếc nếu không sử dụng phương pháp phân loại, thì không có một qui chế pháp lý nào được thiết lập và không một giải pháp pháp lý nào được tìm ra để giải quyết tranh chấp, và cũng không thể giải thích cho ý chí của các bên trong hợp đồng. Ngó qua bất kỳ Bộ luật Dân sự nào từ cổ cho tới gần đây nhất, người ta đều thấy ngay điều đó, có nghĩa là phân loại là phần căn bản nhất, là nền tảng, là cốt lõi của Bộ luật xét từ góc độ kỹ thuật pháp lý. Để hiểu nhiều hơn ý nghĩa của phân loại hợp đồng, cần phải khảo sát một số nội dung chủ yếu của một số phân loại cụ thể.

1. Hợp đồng hữu danh và hợp đồng vô danh, hợp đồng hỗn hợp

Vũ Văn Mẫu quan niệm căn cứ vào vấn đề giải thích hợp đồng, có thể phân loại hợp đồng thành các hợp đồng hữu danh và các hợp đồng vô danh²⁷². Trong khi đó John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald cho rằng xuất phát từ quan điểm cấu trúc người ta đã phân loại như vậy, và sự phân biệt giữa hợp đồng hữu danh và hợp đồng vô danh là sự phân biệt quan trọng nhất đối với việc phân tích

²⁷¹ Nguyễn Xuân Quang- Lê Nét- Nguyễn Hồ Bích Hằng, *Luật dân sự Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2007, tr. 313

²⁷² Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 80

hợp đồng²⁷³. Biết rằng hợp đồng được tạo lập trên cơ sở gặp gỡ của các ý chí tự do, vì vậy có rất nhiều hợp đồng khác nhau được sáng tạo ra trong đời sống của con người do chính đời sống đòi hỏi. Nhà làm luật không thể tiên liệu hết được các hợp đồng để thiết lập các qui chế riêng cho chúng. Nhưng họ có thể chất lọc ra những điểm chung nhất của các hợp đồng để tạo ra một qui chế chung cho chúng. Ngoài ra nhà làm luật còn phải phân tích các hợp đồng đang tồn tại để nhóm hợp chúng trong từng phân loại với các đặc điểm riêng để điều tiết riêng. Chẳng hạn các loại hợp đồng có đối tượng là vật và tạo ra nghĩa vụ chuyển giao vật khác với các loại hợp đồng có đối tượng là một công việc và tạo ra nghĩa vụ phải thực hiện một công việc. Các hợp đồng có những đặc điểm riêng giống nhau được nhà làm luật đặt cho chúng một tên riêng. Ví dụ những hợp đồng mà bên này phải chuyển giao quyền sở hữu một tài sản cho bên kia, và bên được chuyển giao phải trả lại cho bên chuyển giao một khoản tiền thì người ta gọi là hợp đồng mua bán. Nếu bên chuyển giao cam kết không nhận lại gì từ bên được chuyển giao thì người ta gọi là hợp đồng tặng cho. Còn trong hợp đồng mua bán người ta lại có thể căn cứ vào đối tượng, chủ thể, không gian, thời gian của mua bán để phân loại tiếp thành nhiều tiểu phân loại khác nhau như mua bán hàng hoá, mua bán bất động sản, mua bán trái quyền, mua bán hàng hoá tương lai, mua bán qua biên giới... Một phân loại hoặc tiểu phân loại như vậy được nhà làm luật gán cho một cái tên riêng và thiết lập cho nó một qui chế pháp lý riêng. Khi một tranh chấp hợp đồng xảy ra, toà án phải áp dụng các qui định của pháp luật để giải quyết. Lẽ dĩ nhiên, theo Vũ Văn Mẫu, muốn biết áp dụng điều khoản nào của trong luật, thì trước hết toà án phải định danh hợp đồng²⁷⁴. Cũng như vậy Nguyễn Ngọc Điện nhấn mạnh tới lợi ích của việc “đặt tên” cho hợp đồng là “Khi hợp đồng được các bên gọi bằng một tên nhất định và tên này được ghi nhận trong luật, thì toàn bộ chế độ pháp lý của hợp đồng đó được áp dụng để chi phối các mối quan hệ kết ước liên quan mà

²⁷³ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 395

²⁷⁴ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 81

không cần sự bày tỏ ý chí rành mạch của các bên”²⁷⁵. Tuy nhiên cần phải nhắc nhở rằng, khi thiết lập hợp đồng nếu các bên chọn nhầm tên hoặc đặt một cái tên không có trong “danh mục” của nhà làm luật, thì toà án phải xác định rõ “tên gọi theo pháp luật” của hợp đồng để áp dụng luật. Ở Pháp và Việt Nam dưới các chế độ cũ, về việc định danh hợp đồng, các bản án phải chịu sự kiểm soát của Toà Phá án²⁷⁶. Nhưng vấn đề đặt ra là sẽ giải quyết như thế nào đối với trường hợp các bên tranh chấp hợp đồng mà hợp đồng đó xét ra không có các đặc điểm giống hoàn toàn với các loại hợp đồng mà nhà làm luật đã tiên liệu trong các đạo luật, có nghĩa là hợp đồng đó không có tên. Chẳng hạn:

Na và Lúu đều ở xa gia đình, lấy nhau đã lâu năm, mới sinh được một mụn con trai và rất yêu quý nó. Thăng bé luôn luôn quấy khóc ban đêm làm Na và Lúu không thể ngủ được. Gần sáng thăng bé thường thôi quấy khóc. Lúc đó Na và Lúu mới thiếp đi được. Nhưng thật không may, ngay sát nhà Na và Lúu có một xưởng mộc nhỏ đã từ lâu năm cứ bảy giờ sáng là bắt đầu làm việc để tránh cái nắng lúc gần trưa. Tiếng cưa máy, tiếng đục đẽo làm Na và Lúu không ngủ tiếp được, nên sinh ốm. Hai vợ chồng sang thoả thuận với bác thợ mộc, trả cho bác một khoản tiền hàng tháng để bác bắt đầu làm việc từ tám giờ sáng (không làm việc từ bảy giờ sáng nữa) trong khoảng thời gian sáu tháng. Bác thợ mộc vui vẻ nhận tiền và cùng ký vào bản thoả thuận với vợ chồng Na Lúu. Một tháng sau, do nhiều người đặt hàng, bác thợ mộc thuê thêm nhân công và lại tiếp tục bắt đầu làm việc từ bảy giờ sáng. Hai bên tranh chấp.

Thực sự giữa vợ chồng Na Lúu và bác thợ mộc đã có một hợp đồng tạo lập nên nghĩa vụ không hành động của bác thợ mộc và nghĩa vụ trả tiền của vợ chồng Na Lúu. Chưa xét tới toà án Việt Nam hiện nay nhìn nhận như thế nào về vụ việc này (chẳng hạn có cho đây là tranh chấp hợp đồng không, hay hợp đồng đó có căn cứ pháp lý không...), nhưng về mặt học thuật thì đây là hợp đồng gì và áp dụng

²⁷⁵ Nguyễn Ngọc Điện, *Bình luận các hợp đồng thông dụng trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb Trẻ, TP. Hồ Chí Minh, 2001, tr. 7- 8

²⁷⁶ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 81

qui chế pháp lý nào đối với tranh chấp này là cả một vấn đề lớn cần xem xét. Cũng như vậy có nhiều tranh chấp rất bất ngờ ở các nước trên thế giới. Một cha cố cam kết rửa tội cho một con chiên, sau đó không thực hiện lời hứa, bị kiện ra toà. Và kết quả là Toà án ở Tokyo đã tuyên cha cố vi phạm nghĩa vụ²⁷⁷. Chúng ta còn bắt gặp cả những hợp đồng rất khó chịu như: hợp đồng thuê, hợp đồng thụ tinh cho súc vật, hợp đồng mua bán bộ phận cơ thể người, hợp đồng chung sống có thời hạn giữa nam và nữ...

Để giải quyết sự phức tạp nêu trên, các luật gia đã chia hợp đồng thành hợp đồng hữu danh và hợp đồng vô danh. Hiểu một cách đơn giản hợp đồng hữu danh là loại hợp đồng được đặt tên chính thức và có qui chế pháp lý riêng để giải thích ý chí của các bên trong trường hợp các bên không ấn định hoặc ấn định không rõ ràng các điều kiện của hợp đồng; ngược lại là hợp đồng vô danh. Có tác giả tin tưởng rằng:

“Cũng có trường hợp tên gọi của hợp đồng do các bên lựa chọn không phù hợp với tính chất của hợp đồng; nhưng thẩm phán lại không tìm được bất kỳ một tên gọi nào khác được ghi trong luật, tương ứng với tính chất đó. Ta nói rằng hợp đồng trong trường hợp này có tính chất riêng và không được đặt tên, chịu sự chi phối của luật chung về hợp đồng”²⁷⁸.

Những hợp đồng giữa các bên mà không tìm được một tên gọi nào của luật để gắn cho nó được xếp vào loại hợp đồng vô danh. Cũng có thể hiểu, người ta rất khó tìm một qui định cụ thể của pháp luật để áp dụng cho các tranh chấp phát sinh từ nó. Điều đó không có nghĩa là nó nằm ngoài khuôn khổ của các qui định chung về hợp đồng. Nguyên tắc áp dụng tương tự, cũng như các loại nguồn khác của pháp luật được cân nhắc để tìm kiếm giải pháp cho các tranh chấp như vậy. Tuy nhiên, đứng trước thực tế này, nhiều nhà làm luật đã cố gắng tìm kiếm giải pháp cho các hợp đồng vô danh. Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 là một điển hình.

²⁷⁷ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 347- 348

²⁷⁸ Nguyễn Ngọc Điện, *Bình luận các hợp đồng thông dụng trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb Trẻ, TP. Hồ Chí Minh, 2001, tr. 8- 9

Tại Điều 421, Bộ luật này đã xuất phát từ tiền đề rất quan trọng là quyền tự do hợp đồng để sau đó diễn giải các hệ quả tiếp theo là mọi người đều có quyền thiết lập hợp đồng dù pháp luật có hay không qui định về loại hợp đồng đó, rồi đưa giải pháp cho các hợp đồng vô danh bằng việc qui định về hợp đồng hỗn hợp và các giải pháp cho hợp đồng hỗn hợp. Điều luật này viết:

“1. Các công dân và các pháp nhân được tự do giao kết hợp đồng. Việc cưỡng bức giao kết hợp đồng không thể được chấp nhận, ngoại trừ một số trường hợp khi nghĩa vụ giao kết hợp đồng được qui định bởi Bộ luật này, bởi pháp luật hoặc bởi nghĩa vụ được tạo ra một cách tự nguyện.

2. Các bên có quyền giao kết hợp đồng dù luật hay các văn bản pháp lý khác có qui định hay không qui định.

3. Các bên có quyền giao kết hợp đồng mà trong đó chứa đựng các yếu tố của các hợp đồng khác nhau (hợp đồng hỗn hợp) được qui định bởi luật hoặc các văn bản pháp lý khác. Đối với các quan hệ giữa các bên trong hợp đồng hỗn hợp phải áp dụng các qui tắc của các phần tương ứng về các hợp đồng mà các yếu tố của chúng được chứa đựng trong hợp đồng hỗn hợp, trừ khi có sự khác biệt theo thoả thuận của các bên hoặc theo bản chất của hợp đồng hỗn hợp.

4. Các điều kiện của hợp đồng được xác định bởi sự lựa chọn của các bên, ngoại trừ các trường hợp khi nội dung của điều kiện tương ứng được qui định bởi luật hoặc bởi các văn bản pháp lý khác (Điều 422). Trong trường hợp khi điều kiện hợp đồng đã được ấn định bởi qui phạm, được áp dụng trong chừng mực nó không bị qui định khác bởi thoả thuận của các bên (qui phạm hướng dẫn), thì các bên có thể bởi sự thoả thuận của mình loại trừ việc áp dụng nó, hoặc có thể đưa ra qui định khác biệt đối với qui phạm đó. Nếu không có sự thoả thuận như vậy, thì điều kiện hợp đồng được xác định bởi qui phạm hướng dẫn đó.

5. Trừ khi điều kiện của hợp đồng đã được xác định bởi các bên hoặc bởi qui phạm hướng dẫn, các qui định tương ứng được xác định bởi tập quán thông thường được áp dụng cho quan hệ của các bên”.

Điều luật này đã ngụ ý về hợp đồng hữu danh và hợp đồng vô danh và đưa ra giải pháp cho hợp đồng vô danh. Có thể hiểu rằng khi người ta có quyền tự do hợp đồng và luật hợp đồng chỉ mang tính chất giải thích cho các ý chí của đương sự, thì việc tạo lập nên các điều kiện của hợp đồng khác với qui định của pháp luật về hợp đồng (trong một số trường hợp) là đương nhiên (nhưng không được chống lại các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng). Do đó dẫn tới một số hợp đồng được tạo lập nằm ngoài sự dự liệu của pháp luật mà trong đó có những hợp đồng được lai ghép giữa các yếu tố của các loại hợp đồng mà pháp luật đã qui định cụ thể, nhưng cũng có những hợp đồng mới hẳn so với các qui định của pháp luật. Với hai trường hợp này người ta đã lựa chọn giải pháp sau: Khi tranh chấp xảy ra đối với những hợp đồng nằm ngoài sự dự liệu của pháp luật, thì (1) đối với những hợp đồng hỗn hợp (có sự lai ghép của nhiều yếu tố của các loại hợp đồng hữu danh), người ta áp dụng các phần tương ứng của pháp luật về từng loại hợp đồng hữu danh có yếu tố nằm trong hợp đồng hỗn hợp để giải quyết tranh chấp, trừ khi không thể làm được như vậy bởi các bên đã có thoả thuận khác hoặc bản chất của hợp đồng hỗn hợp không cho phép làm như vậy; (2) đối với những hợp đồng mới hẳn so với các qui định của pháp luật hoặc những ngoại trừ nói trên, người ta phải lựa chọn các giải pháp từ cách thức áp dụng khác hoặc từ các loại nguồn khác như tập quán, thói quen thương mại hoặc lý thuyết pháp lý hoặc lẽ công bằng. Tất cả các giải pháp này không phải sự sáng tạo gần đây mà ở Việt Nam đã có học giả nhắc tới chúng từ vài thập kỷ trước. Vũ Văn Mẫu chỉ rõ: nếu hợp đồng vô danh là sự kết hợp của nhiều hợp đồng hữu danh khác, thì phân tích hợp đồng vô danh đó thành các hợp đồng hữu danh có yếu tố trong hợp đồng vô danh đó; còn nếu là hợp đồng vô danh mà không thể phân tích ra thành các hợp đồng hữu danh, thì nên mượn các qui định về loại hợp đồng hữu danh gần nhất để giải quyết²⁷⁹. Khi giới thiệu về Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896, các luật gia Nhật bản cũng đã đề cập tới

²⁷⁹ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 81

loại hợp đồng mà chứa đựng nội dung của một số loại hợp đồng hữu danh và được gọi là hợp đồng hỗn hợp (mixed contract)²⁸⁰.

Qua đây có thể thấy việc phân loại hợp đồng có giá trị thực tiễn rất lớn mà không chỉ phần nhiều là lý thuyết như ai đó đã từng phát biểu. Qua đây cũng có thể thấy việc không phân loại về hợp đồng hữu danh và hợp đồng vô danh, hợp đồng hỗn hợp trong pháp luật và trong các giáo trình luật dân sự ở Việt Nam hiện nay gây khó khăn không nhỏ cho việc phát triển tư duy pháp lý và thực tiễn pháp lý. Cũng có thể thấy việc xác định căn cứ để phân loại hợp đồng thành hợp đồng hữu danh và hợp đồng vô danh của Vũ Văn Mẫu và John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, dù không đồng nhất về câu chữ, nhưng đồng nhất về ý tưởng. Vũ Văn Mẫu xuất phát từ tính chất của luật hợp đồng để xác định căn cứ phân loại. Còn John E. C. Brierley và Roderick A. Macdonald xuất phát từ nguồn văn bản của luật hợp đồng để xác định căn cứ phân loại. Ý tưởng như vậy của hai luật gia nổi tiếng ở nước ngoài này được khẳng định rõ trong công trình nghiên cứu của mình qua đoạn văn sau:

“Bởi vì các bên có quyền tự do đi trạch khỏi hầu hết các qui tắc về bất kể hợp đồng hữu danh nào đã nói (tất nhiên trừ những qui tắc cơ bản của hợp đồng), hoặc tạo ra bất kỳ loại hợp đồng nào tại đó vẫn duy trì phần lớn các thoả thuận mà Bộ luật không qui định các qui tắc chi tiết về nội dung. Những hợp đồng vô danh này chỉ bị điều chỉnh bởi các qui tắc chung về nghĩa vụ hợp đồng có trong bộ luật và, mỗi khi có nhu cầu, bởi sự suy luận trên cơ sở các qui tắc của hợp đồng hữu danh cụ thể gần gũi”²⁸¹.

Nhiều luật gia Việt Nam hiện nay cho rằng bất kỳ giao dịch nào hoặc hợp đồng nào từ giao kết, thực hiện, thay đổi và chấm dứt đều phải tuân thủ pháp luật. Và họ xem nguyên tắc tuân thủ pháp luật qui định tại Điều 11, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 như một nguyên tắc bất biến. Do đó nhiều hợp đồng do các đương sự

²⁸⁰ Japan International Cooperation Agency (JICA), *Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998)*, Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt, p. 184

²⁸¹ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 395

thiết lập mà không được pháp luật qui định cụ thể (hợp đồng vô danh) khiến cho nhiều trong số họ cho rằng không có “căn cứ pháp lý” và rất lúng túng trong việc giải quyết, trong khi kinh tế thị trường biến động và hội nhập quốc tế luôn luôn đòi hỏi phải năng động. Trước hết cần phải giải thích các nguyên tắc trong tổng thể các nguyên tắc và tính tới thứ bậc của các nguyên tắc phù hợp với tranh chấp xảy ra mà không thể chối bỏ việc giải quyết. Tuân thủ pháp luật là quan trọng khiến cho pháp luật có giá trị thực tiễn trong đời sống xã hội. Nhưng nguyên tắc tuân thủ pháp luật trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 được xếp dưới nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết thoả thuận. Và có thể hiểu nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thoả thuận theo tinh thần Điều 4, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 khẳng định bất kỳ ai cũng có quyền tự do xác lập hợp đồng, và pháp luật bảo đảm cho quyền tự do đó, với điều kiện không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội, vì vậy có nghĩa là sự sáng tạo ra các loại hợp đồng ngoài các qui định của pháp luật là đã tuân thủ pháp luật (miễn là không chống lại điều cấm của pháp luật và đạo đức xã hội). Như thế các qui tắc về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chỉ mang tính hướng dẫn hoặc giải thích cho ý chí của các bên trong quan hệ hợp đồng khi ý chí của họ không rõ ràng. Tính chất này của luật hợp đồng khác với tính chất của luật công. Tuy nhiên có một số ít các qui định mang tính áp đặt. Bởi vậy việc phân chia hợp đồng thành hợp đồng hữu danh và hợp đồng vô danh phải được nhận thức là rất quan trọng.

2. Hợp đồng song vụ và hợp đồng đơn vụ

Luật dân sự Việt Nam từ trước tới nay tỏ ra đồng nhất trong việc coi phân loại hợp đồng song vụ và hợp đồng đơn vụ là phân loại đầu tiên được nhắc tới trong các Bộ luật Dân sự. Đó là các loại hợp đồng thông dụng theo quan niệm của Luật La Mã (luật nghiêm chính), theo đó hợp đồng đơn phương chỉ làm phát sinh nghĩa vụ đối với một bên trong hợp đồng (diễn hình là hợp đồng vay mượn), cho nên gắn với nó là tổ quyền *condictio*- tổ quyền đòi lại đồ vật từ con nợ. Ngược lại hợp đồng song phương làm phát sinh hiệu lực với cả các bên đối ước, tức là họ có

quyền và nghĩa vụ đối với nhau, nên gắn với nó là tố quyền *judicia bonae fides*²⁸².

Ngày nay Bộ luật Dân sự Québec (Canada) 1994 định nghĩa :

“Hợp đồng là ràng buộc hai bên, hay song phương, khi các bên tự ràng buộc mình một cách qua lại, mỗi bên đối với bên kia, để nghĩa vụ của một bên tương ứng với nghĩa vụ của bên kia.

Khi một bên tự ràng buộc mình với bên kia mà bên kia không có bất kỳ một nghĩa vụ nào về phần mình, thì hợp đồng đó là hợp đồng đơn phương” (Điều 1380).

Phân loại này cũng ảnh hưởng tới các hệ thống pháp luật thuộc Common Law. Henry N. Butler đã giải nghĩa căn kẽ về phân loại này như sau: Tất cả các hợp đồng ít nhất bao gồm hai bên, có người đề nghị và người được đề nghị. Người đề nghị luôn luôn cam kết làm hoặc không làm việc gì đó, nên được gọi là người cam kết. Như vậy phân loại hợp đồng thành hợp đồng song phương và hợp đồng đơn phương dựa trên cái gì mà người được đề nghị phải làm để chấp nhận đề nghị. Nếu có yêu cầu một sự cam kết đáp lại, thì hợp đồng đó là hợp đồng song phương và từ đó cả hai bên đều là người cam kết. Ông lấy ví dụ: Một người thợ sơn đề nghị sơn nhà cho một chủ nhà để lấy 1000 đô la, và chủ nhà cam kết trả 1000 đô la, thì đó là sự trao đổi cam kết và tạo ra hợp đồng song phương. Nhưng nếu đề nghị nói đại loại rằng người được đề nghị có thể chấp nhận chỉ bằng sự thực hiện, thì hợp đồng đó là hợp đồng đơn phương. Và ông đưa ra các công thức đơn giản như sau: hợp đồng song phương là “lời hứa vì một lời hứa”, và hợp đồng đơn phương là “lời hứa vì một hành động”²⁸³. John D. Calamari và Joseph M. Perillo đã giải thích cụ thể hơn về hợp đồng đơn phương qua ví dụ sau: Nếu A nói với B rằng “Nếu anh đi bộ qua Brooklyn Bridge, tôi hứa trả anh 10 đô la”, và ngay sau đó A đã thiết lập văn bản nhưng A đã không đòi hỏi B hứa đáp lại; sau đó A đòi hỏi B thực hiện hành động, thì không có một cam kết thực hiện hành động nào cả; và

²⁸² Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 75- 76

²⁸³ Henry N. Butler, *Legal environment of business- Government regulation and public policy analysis*, South- western publishing co., Cincinnati, Ohio, USA, 1987, p. 207

như vậy A đã đưa ra một đề nghị về một hợp đồng đơn phương mà phát sinh khi và nếu B thực hiện hành động. Còn nếu A nói với B “Nếu anh hứa đi bộ qua Brooklyn Bridge, tôi hứa trả anh 10 đô la”, và B cam kết, thì hợp đồng song phương phát sinh khi điều kiện cần thiết là cam kết đáp lại của B được đưa ra. Các ông còn nói rõ nếu hợp đồng có hơn hai bên, thì hợp đồng được xem là song phương khi một bên vừa là người hứa (promisor) và vừa là người được hứa (promisee)²⁸⁴. Deluxe Black’s Law Dictionary định nghĩa: “Hợp đồng đơn phương là một hợp đồng mà trong đó một bên đưa ra lời hứa rõ ràng hoặc cam kết thực hiện mà không nhận lại bất kỳ một lời hứa rõ ràng hoặc cam kết thực hiện nào từ bên khác”; và “Hợp đồng song phương (hay có đi có lại) là hợp đồng mà bởi nó các bên tuyên bố một cách rõ ràng lời hứa với nhau, như hợp đồng mua bán hoặc hợp đồng cho thuê”. Tuy nhiên Bộ luật Thương mại Nhất thể của Hoa Kỳ đã lảng tránh việc sử dụng thuật ngữ hợp đồng song phương và hợp đồng đơn phương. Đây là một trong những sự cố gắng làm mềm đi sự sơ cứng của một vài hậu quả xuất phát từ việc áp dụng máy móc sự tách bạch của hai loại hợp đồng này²⁸⁵.

Hiện nay các luật gia Nhật Bản vẫn đánh giá: “Cách phân loại này có ý nghĩa quan trọng để áp dụng quyền yêu cầu đồng thời thực hiện nghĩa vụ hoặc áp dụng nguyên tắc phân chia rủi ro do tài sản bị tiêu hủy (các Điều từ 533 đến 536 của Bộ luật Dân sự)”²⁸⁶. Quả thật sự phân loại này có nhiều ý nghĩa quan trọng trong thực tiễn mà các luật gia vẫn thừa nhận. Hợp đồng song vụ có những vấn đề pháp lý sau thường xuất hiện bởi xuất phát từ chính tính chất ràng buộc có đi có lại của nó: (1) Một bên có quyền từ chối thực hiện nghĩa vụ nếu bên kia không thực hiện nghĩa vụ; (2) Một bên có thể huỷ bỏ hợp đồng khi bên kia không thực hiện nghĩa vụ; (3) Một bên không còn bị ràng buộc bởi hợp đồng nếu bên kia do gặp phải trường hợp bất khả kháng mà không thực hiện được nghĩa vụ. Xuất phát

²⁸⁴ John D. Calamari, Joseph M. Perillo, *The Law of Contracts*, Third edition, West Publishing Co., USA, 1987, p. 18

²⁸⁵ John D. Calamari, Joseph M. Perillo, *The Law of Contracts*, Third edition, West Publishing Co., USA, 1987, p. 18

²⁸⁶ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 496

từ đặc điểm các bên trong hợp đồng song vụ đều là trái chủ và người thụ trái của nhau, còn trong hợp đồng đơn vụ một bên chỉ có thể là trái chủ hoặc là người thụ trái, do đó dẫn tới hệ quả là đối với hợp đồng song phương, nếu hợp đồng được lập thành văn bản, thì phải lập làm sao để mỗi bên giữ một bản làm bằng chứng cho quyền yêu cầu của mình; còn đối với hợp đồng đơn vụ, nếu lập thành văn bản, thì có thể chỉ cần lập văn bản để trái chủ giữ. Hệ quả thứ hai này thường gặp hợp đồng vay giữa các cá nhân ở Việt Nam mà tại đó bên vay viết một “giấy biên nhận” để làm bằng giao cho bên cho vay khi nhận tiền vay.

Hợp đồng song vụ còn có thể chia ra thành loại: Một loại nghĩa vụ qua lại giữa các bên phát sinh ngay từ đầu; loại khác phát sinh nghĩa vụ qua lại sau khi hợp đồng được giao kết. Về loại thứ hai này, Vũ Văn Mẫu đã đưa ra một ví dụ như sau: Một khế ước ký thác vô thường giữa hai người mà theo đó người thụ thác phải giữ đồ vật đã giao cho anh ta không lấy tiền công, nhưng nếu trong khi giữ đồ vật phải chi phí bảo quản đồ vật, thì có thể đòi lại chi phí ấy. Trường hợp này được gọi là khế ước song phương bất toàn. Tuy nhiên có tính chất trung gian giữa khế ước song phương và đơn phương²⁸⁷.

Các hợp đồng đơn phương có sự khác biệt căn bản với hành vi pháp lý đơn phương ở chỗ hợp đồng đơn phương vẫn phải tạo lập trên cơ sở thống nhất ý chí. Hợp đồng đơn phương có thể bao gồm: Hợp đồng tặng cho, hợp đồng cho vay, hợp đồng gửi giữ, hợp đồng cầm cố, hợp đồng uỷ quyền không lấy tiền, cho thuê tiêu dùng, cho thuê sử dụng²⁸⁸. Nó bao gồm cả những hợp đồng mà các bên đều có nghĩa vụ nhưng không phải là nghĩa vụ có đi có lại theo nghĩa trao đổi²⁸⁹. “*Giáo trình luật dân sự Việt Nam*” của trường Đại học Luật Hà Nội đã có một nhận thức

²⁸⁷ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 73- 74

²⁸⁸ Quan niệm các hợp đồng này là quan niệm của nhiều hệ thống pháp luật và của các luật gia trên thế giới được ghi nhận tại các tài liệu sau: John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 396; Japan International Cooperation Agency (JICA), *Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998)*, Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt, p. 185

²⁸⁹ Japan International Cooperation Agency (JICA), *Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998)*, Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt, p. 185

khác biệt so với nhận thức chung và cho rằng hợp đồng gửi giữ không có thù lao là hợp đồng song vụ, được thể hiện trong đoạn văn sau đây: “có nhiều hợp đồng song vụ nhưng không mang tính chất đền bù như hợp đồng gửi giữ không có thù lao”²⁹⁰. Quay trở lại hợp đồng song phương có thể thấy các nghĩa vụ phát sinh từ đó vừa có tính quan hệ, vừa có tính phụ thuộc lẫn nhau (có nghĩa là mỗi nghĩa vụ là nguyên nhân của nghĩa vụ tương ứng- tính tương thuộc²⁹¹). Qua đây có thể nhận xét định nghĩa hợp đồng song vụ tại Điều 406, khoản 1, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chưa hoàn toàn thoả đáng, bởi nếu chỉ định nghĩa “hợp đồng song vụ là hợp đồng mà mỗi bên đều có nghĩa vụ đối với nhau”, thì mới chỉ cho thấy tính quan hệ, chứ chưa cho thấy tính phụ thuộc lẫn nhau của các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng song vụ.

3. Hợp đồng có đền bù và hợp đồng không có đền bù

Hợp đồng có đền bù và hợp đồng không đền bù có những tên gọi khác trong tiếng Việt như: khế ước hữu thường và khế ước vô thường, hay khế ước hữu lợi và khế ước hảo tâm. Sự phân biệt giữa hợp đồng có đền bù và hợp đồng không có đền bù là một đặc điểm cơ bản nổi bật của luật hợp đồng thuộc truyền thống Civil Law, có nghĩa là cho thi hành các thoả thuận mà nguyên nhân (cause) hay khoản đối ứng (consideration) không mang ý nghĩa kinh tế²⁹².

Luật dân sự Việt Nam từ trước tới nay đưa ra các định nghĩa về hợp đồng có đền bù và hợp đồng không có đền bù hợp lý và tương đối nhất quán trong việc nêu bật các đặc trưng quan trọng của hai loại hợp đồng này. Mục trên đã nói tới định nghĩa của Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 về chúng. Kế thừa nó, Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ định nghĩa: “Khế ước có tính cách hữu thường khi nào mỗi bên cùng phải mất một quyền lợi gì cho bên kia, hay cho một người

²⁹⁰ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 104

²⁹¹ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 74

²⁹² John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 395

đệ tam hưởng”, và “Khế ước có tính cách vô thường khi nào chỉ làm lợi cho một bên trong hai người kết ước” (Điều thứ 556). Trong khi đó Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 Định nghĩa: “Hợp đồng mà bởi nó mỗi bên nhận được sự thanh toán hoặc sự đền bù khác trả lại cho việc thực hiện nghĩa vụ của mình được gọi là hợp đồng có đền bù”, và “Hợp đồng được xem là không có đền bù nếu bởi nó mà một bên gánh chịu nghĩa vụ cung cấp cho người khác cái gì đó mà không nhận lại từ đó sự thanh toán hoặc sự đền bù khác trả lại ” (Điều 423, khoản 1 và 2). Nhận thức của một số luật gia Việt Nam hiện nay giống với quan niệm của người Nga về loại hợp đồng có đền bù. “*Giáo trình luật dân sự Việt Nam*” của Trường Đại học Luật Hà Nội định nghĩa: “Hợp đồng có đền bù là loại hợp đồng mà trong đó mỗi bên chủ thể sau khi đã thực hiện cho bên kia một lợi ích sẽ nhận được từ bên kia một lợi ích tương ứng”²⁹³. Cũng đồng quan điểm này, Lê Nét lý giải ngắn gọn hơn: “ Hợp đồng có đền bù là hợp đồng mà cả hai bên đều nhận được lợi ích (*consideration*) từ việc thực hiện hợp đồng”²⁹⁴. Các định nghĩa của Trường Đại học Luật Hà Nội và của Lê Nét dù có hơi hướng theo kiểu Nga hay kiểu Anh- Mỹ, thì cũng không bao quát đầy đủ về mặt pháp lý như định nghĩa trong các Bộ luật Dân sự cũ của Việt Nam, bởi ở đó đã đề cập tới cả lợi ích của người thứ ba trong nhiều loại hợp đồng như bảo hiểm, vận chuyển... Xaca Vacaxum và Tori Aridumi coi tất cả các hợp đồng song phương là hợp đồng có đền bù. Tuy nhiên các vị này giải thích khái niệm hợp đồng có đền bù rộng hơn hợp đồng song phương, bởi hợp đồng có đền bù có thể bao gồm cả hợp đồng đơn phương, ví dụ hợp đồng cho vay có lấy lãi²⁹⁵.

Bộ luật Dân sự Tây Ban Nha 1889 xác định: “Trong hợp đồng có đền bù, cam kết hoặc lời hứa về một tài sản hoặc dịch vụ của bên kia được hiểu như một khoản đối ứng cho mỗi bên; trong hợp đồng đền bù, thì dịch vụ hoặc lợi ích được

²⁹³ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 103

²⁹⁴ Nguyễn Xuân Quang- Lê Nét- Nguyễn Hồ Bích Hằng, *Luật dân sự Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2007, tr. 314

²⁹⁵ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 496

đền đáp, và trong hợp đồng thuần túy từ thiện, thì chỉ là món quà của người hảo tâm” (Điều 1274). Điều này được ghi nhận đầy đủ tại Điều 1350 của Bộ luật Dân sự Philippines 1950. Định nghĩa như vậy trong hai bộ luật này gắn một cách logic với một trong các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng (đó là điều kiện nguyên nhân của nghĩa vụ được xác lập- nguyên nhân của hợp đồng). Cần lưu ý rằng khoản đối ứng trong Điều luật kể trên được xem là nguyên nhân của hợp đồng.

Đối với hợp đồng không có đền bù, người thụ trái phải làm một hoặc một số việc gì đấy, hoặc chuyển giao quyền sở hữu tài sản vì lợi ích của trái chủ mà không nhận lại được một lợi ích vật chất nào. Các hợp đồng không có đền bù phát sinh ra nghĩa vụ mà người thụ trái phải làm một hoặc một số việc gì đấy vì lợi ích của trái chủ trước hết bao gồm bốn loại hợp đồng hữu danh có nguồn gốc từ Luật La Mã là hợp đồng uỷ quyền, hợp đồng vay, hợp đồng gửi giữ, và hợp đồng bảo lãnh, nhưng sau này được mở rộng tới nhiều loại hợp đồng vô danh khác. Còn hợp đồng tặng cho là dạng điển hình của hợp đồng không có đền bù làm phát sinh nghĩa vụ mà người thụ trái phải chuyển giao quyền sở hữu một hoặc một số tài sản nào đấy cho trái chủ²⁹⁶. Tuy nhiên cần lưu ý, đối với một số loại hợp đồng được xem là có đền bù hay không có đền bù phụ thuộc vào việc xác lập các điều kiện của các bên trong hợp đồng. Ví dụ hợp đồng gửi giữ hay hợp đồng vay tùy thuộc vào điều kiện có lấy tiền công hay có lấy lãi hay không. Đặc biệt Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 có các qui định có tính chất nhận lại gì đó từ người thụ tặng: “Tặng- dữ là để làm phúc, hoặc để đền công, hoặc để thưởng- tứ, hoặc để phải làm lại việc gì” (Điều thứ 865).

Thông thường trong tư tưởng của các luật gia, hợp đồng không có đền bù phải gánh chịu một qui chế pháp lý ngặt nghèo hơn so với hợp đồng có đền bù. Chẳng hạn pháp luật qui định các điều kiện rất chặt chẽ cho việc giao kết hợp đồng này như về hình thức hợp đồng, về đối tượng của hợp đồng, về các trường

²⁹⁶ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 396

hợp không có năng lực giao kết hợp đồng²⁹⁷... Xuất phát từ nhận xét rất đời thường nhưng đầy tính triết lý rằng, người khách được mời cơm không thể kiện người mời để đòi lại tiền đi taxi khi anh ta tới nhà người mời, nhưng người mời đi vắng, cũng như vậy người con không thể kiện cha khi ông ta nuốt lời hứa thưởng khi con học giỏi hay giúp ông ta việc gia đình, Konrad Zweigert and Hein Koetz lý giải, các lời hứa có tính chất xã giao hay gia đình không có hiệu lực. Do đó hai ông đặt vấn đề, các luật gia thừa nhận một cách rộng rãi rằng hầu hết các lời hứa có ý định ràng buộc đều được lập ra nhằm đổi lại cái gì đó²⁹⁸. Vậy một hợp đồng có hiệu lực cần được cân nhắc thận trọng và thể hiện ý định ràng buộc nghiêm túc. Việc này đã dẫn tới các hệ quả pháp lý nhất định đối với hợp đồng không có đền bù được nói tới dưới đây. Tuy nhiên cần lưu ý rằng các hậu quả pháp lý này, đối với hợp đồng không có đền bù, không có ở các loại hợp đồng thương mại hoặc ngược lại các qui tắc của các hợp đồng thương mại không được áp dụng cho các hợp đồng không có đền bù, bởi luật thương mại là luật của thương nhân áp dụng cho các hành vi thương mại (các hành vi có mục tiêu lợi nhuận), có nghĩa là các hợp đồng thương mại đều là các hợp đồng có đền bù.

Trước hết các loại hợp đồng đều được xem là hợp đồng có đền bù có lẽ xuất phát từ sự suy diễn rằng con người chỉ hành động khi có lợi ích thúc buộc, vì vậy người ta chỉ chịu sự ràng buộc hoặc chịu mất mát khi có một lợi ích nào đó được họ nhắm tới, và ý chí chỉ ràng buộc khi là một ý chí nghiêm túc. Bởi thế ngược lại hợp đồng không có đền bù không được xem là đương nhiên mà cần phải có một qui chế pháp lý đã được thiết lập. Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 tại Điều 423, khoản 3 tuyên bố: “Mọi hợp đồng đều được coi là hợp đồng có đền bù, trừ khi có sự khác biệt bởi luật, hoặc theo các văn bản pháp lý khác, hoặc theo nội dung hoặc bản chất của hợp đồng”. Điều luật này cho thấy hợp đồng không có đền

²⁹⁷ Trong cuốn sách phổ thông nhất về hợp đồng, khi nói về phân loại hợp đồng này, người ta cũng thường giảng giải ngắn gọn về các qui chế pháp lý ngặt nghèo đối với nó. Chẳng hạn: Đoàn Bá Lộc, *Dân- luật thực- hành*, Sài Gòn 1961, tr. 127- 128; Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002

²⁹⁸ Konrad Zweigert and Hein Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 389

bù phụ thuộc vào sự nhận biết rõ ràng, và có thể là hợp đồng hữu danh hoặc có thể là hợp đồng vô danh.

Về hình thức, nhiều nền tài phán đòi hỏi hình thức đặc biệt của hợp đồng tặng cho. Bộ luật Dân sự Pháp 1804, tại Điều 931 qui định: “Mọi chứng thư tặng cho lúc còn sống phải được lập trước mặt công chứng viên, theo hình thức thông thường của các hợp đồng và phải lưu bản chính, nếu không vô hiệu”. Có tính chất mềm mỏng hơn, Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 qui định: “Hợp đồng tặng cho không bằng văn bản có thể bị huỷ bỏ bởi một trong các bên; tuy nhiên qui định này không được áp dụng đối với bất kỳ phần nào mà việc thực hiện đã được hoàn tất” (Điều 550).

Sự nhầm lẫn về người trong hợp đồng hảo tâm là một nguyên nhân dẫn đến vô hiệu của hợp đồng. Chẳng hạn tặng cho đứa con ngoài giá thú, nhưng sau đó phát hiện ra đó không phải là con mình. Tuy nhiên có hợp đồng không phải là hợp đồng hảo tâm nhưng sự nhầm lẫn về chủ thể cũng là nguyên nhân làm cho hợp đồng vô hiệu. Khi người thụ trái giao kết hợp đồng với người khác làm tiêu tán tài sản của mình gây ảnh hưởng tới quyền của trái chủ, thì trái chủ có quyền xin tiêu huỷ giao dịch đó, nhưng phải chứng minh sự gian dối đã được bày đặt giữa người thụ trái và thứ ba, nếu là hợp đồng có đền bù, còn với hợp đồng không có đền bù thì không cần phải chứng minh như vậy mà vẫn có thể xin tiêu huỷ hợp đồng. Liên quan tới vấn đề này, Luật Phá sản 2004 của Việt Nam có qui định tại Điều 43, khoản 1 như sau:

“Các giao dịch sau đây của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản được thực hiện trong khoản thời gian ba tháng trước ngày Toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản bị coi là vô hiệu:

- a) Tặng cho động sản hoặc bất động sản cho người khác;
- b) Thanh toán hợp đồng song vụ trong đó có phần nghĩa vụ của doanh nghiệp, hợp tác xã rõ ràng là lớn hơn phần nghĩa vụ của bên kia;
- c) Thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn;
- d) Thực hiện việc thế chấp, cầm cố tài sản đối với các khoản nợ;

đ) Các giao dịch khác với mục đích tẩu tán tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã”.

Trong thực tiễn xét xử, toà án thường xem xét trách nhiệm của người thụ trái trong hợp đồng không có đền bù nhẹ nhàng hơn so với trách nhiệm của người thụ trái trong hợp đồng có đền bù²⁹⁹.

Đối với hợp đồng tặng cho, truyền thống Common Law xem là loại hợp đồng thiếu “consideration” nhiều khi phải chịu một chế độ thuế đặc biệt. Chẳng hạn ở Hoa Kỳ việc nhận quà tặng bị loại trừ khỏi tổng thu nhập của người thụ tặng nhưng chủ tặng có thể bị phụ thuộc vào một chế độ thuế đặc biệt³⁰⁰.

4. Hợp đồng thương lượng và hợp đồng gia nhập

Về lý thuyết thuần túy, hợp đồng phải có sự tự do thương lượng trên cơ sở bình đẳng giữa các bên. Tuy nhiên trong thực tế có nhiều hợp đồng sự tự do thương lượng bị thủ tiêu hay hạn chế. Song những hợp đồng như vậy (nếu chính đáng) lại trở nên rất cần thiết cho sự phát triển kinh tế, xã hội. Chẳng hạn những hợp đồng cung cấp điện, nước, dịch vụ điện thoại, dịch vụ internet, vận chuyển thường lệ bằng tàu bay, vận chuyển hành khách bằng xe buýt, mua bán hàng hoá ở siêu thị... Vì vậy sự phân biệt giữa hợp đồng thương lượng và hợp đồng gia nhập, theo suy luận thông thường, chắc hẳn là cần thiết, bởi đối với loại hợp đồng mà sự tự do thương lượng bị thủ tiêu thì cần phải được điều tiết bằng một qui chế khác biệt. Từ đây có thể hiểu, đối với cách phân loại này, người ta thường tập trung hơn vào hợp đồng gia nhập bởi tính khác biệt của nó. Nhà nghiên cứu Nguyễn Như Phát đã lý giải sự trùng nhau giữa khái niệm hợp đồng gia nhập với khái niệm điều kiện thương mại chung mà theo ông đã xuất hiện như đứa con của cuộc cách mạng công nghiệp vào Thế kỷ 19 khi sản xuất và cung cấp các sản phẩm và dịch vụ mang tính hàng loạt và liên tục cho vô số khách hàng đã đặt vấn đề cho việc tiêu chuẩn hoá các điều khoản của hợp đồng mua bán. Ông giải nghĩa: “Nhu vậy, điều

²⁹⁹ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963

³⁰⁰ Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, Third edition, Barron's Educational Series, INC, 1991, p. 207

kiện thương mại chung được hiểu là tất cả những điều kiện hợp đồng, qui tắc bán hàng được soạn thảo trước bởi một bên trong quan hệ hợp đồng và được sử dụng trong khi ký kết hợp đồng với nhiều khách hàng khác nhau”³⁰¹. Thuật ngữ hợp đồng gia nhập mà tiếng Anh gọi là *adhesion contract* có nguồn gốc từ luật dân sự Pháp, nhưng không được học thuyết pháp lý của Hoa Kỳ chấp nhận cho tới khi tạp chí luật học của Đại học Harvard công bố vào năm 1919 công trình của Edwin W. Patterson, và ngay sau đó được phần lớn các toà án Mỹ chấp nhận và sử dụng³⁰².

Hợp đồng gia nhập, theo *Deluxe Black's Law Dictionary*, là một dạng hợp đồng được tiêu chuẩn hoá để đề nghị tới người tiêu dùng hàng hoá và dịch vụ dựa chủ yếu trên cơ sở “chọn nó hoặc từ bỏ nó”, không cho người tiêu dùng cơ hội thực tế để thoả thuận và theo những điều kiện rõ ràng rằng người tiêu dùng không thể có được sản phẩm hoặc dịch vụ trừ khi chấp nhận hợp đồng theo mẫu³⁰³. Định nghĩa này đã xác định một phạm vi rộng hơn so với định nghĩa tại Điều 407, khoản 1, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 rằng: “Hợp đồng theo mẫu là hợp đồng gồm những điều khoản do một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý; nếu bên được đề nghị trả lời chấp nhận thì coi như chấp nhận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu mà bên đề nghị đã đưa ra”. Định nghĩa hợp đồng này có lẽ chỉ đề cập tới loại hợp đồng mà trong đó bên đề nghị giao kết hợp đồng gửi đề nghị giao kết hợp đồng tới bên được đề nghị giao kết hợp đồng với thời hạn trả lời chấp nhận được xác định bởi tính hợp lý, và nếu bên được đề nghị giao kết hợp đồng chấp nhận toàn bộ các điều kiện trong khoảng thời gian hợp lý đó, thì hợp đồng được mới coi là giao kết. Có thể nhà làm luật có ý đồ khác, nhưng Điều luật đó chỉ nói lên như vậy. Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 cho rằng: “Hợp đồng gia nhập phải được xem là hợp đồng mà các điều kiện của nó đã được xác định bởi một của các bên trong bản liệt kê chính thức hoặc trong dạng tiêu chuẩn và có thể đã được chấp nhận bởi bên khác chỉ bằng cách tham gia vào

³⁰¹ Nguyễn Như Phát và Lê Thị Thu Thủy (đồng chủ biên), *Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về pháp luật hợp đồng ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Công an Nhân dân, Hà Nội, 2003, tr. 7- 8

³⁰² Wikipedia, the free encyclopedia, *Standard form contract*, [http://en.wikipedia.org/wiki/Standard_form_contract] 8/8/2007

³⁰³ *Deluxe Black's Law Dictionary*, West Publishing Co, 1990, tr. 23

toàn bộ hợp đồng đã được đề nghị” (Điều 428, khoản 1). Đạo luật về hợp đồng gia nhập của Hàn Quốc 2005 định nghĩa: “Thuật ngữ hợp đồng gia nhập có nghĩa là những điều khoản và điều kiện chung của hợp đồng, không kể tới tên, loại, hoặc phạm vi của nó, được chuẩn bị trước bởi một bên trong một hình thức nào đó nhằm mục đích giao kết hợp đồng với nhiều người” (Điều 2, khoản 1). Như vậy có thể hiểu một cách nôm na: hợp đồng gia nhập là hợp đồng do một bên thiết lập các điều kiện của hợp đồng nhằm giao kết với nhiều người trên cơ sở các điều kiện đã được thiết lập đó. Bên chấp nhận ký kết hợp đồng với các điều kiện đó gọi là bên gia nhập. Đáng tiếc là Điều 407, khoản 1, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không đề cập tới tính chất “gia nhập” của bên không thiết lập các điều kiện của hợp đồng, có nghĩa là không nêu tính chất “đại chúng” của các điều kiện mẫu. Cần lưu ý rằng, Bộ luật dân sự Liên bang Nga 1994 có hai điều nói về hai vấn đề khác nhau: Điều 427 nói về các qui tắc hợp đồng mẫu; và Điều 428 nói về hợp đồng gia nhập. Điều 427 đề cập tới trường hợp hợp đồng qui định các điều kiện riêng biệt của nó được xác định bởi hợp đồng mẫu đã được soạn thảo tỉ mỉ cho các loại hợp đồng tương ứng và được xuất bản. Còn Điều 428 đề cập tới loại hợp đồng mà thế giới gọi là hợp đồng gia nhập hoặc hợp đồng mẫu tiêu chuẩn (*standard form contract*) hoặc hợp đồng dựng sẵn (*boilerplate contract*). Xét từ đó có thể nhận định Điều 407, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không nói về hợp đồng gia nhập. Nhận định này có thể khác với nhận thức của một số tác giả. Chẳng hạn Lê Nét viết nguyên văn như sau:

“Cách phân loại này dựa trên cách soạn thảo hợp đồng. Theo đó hợp đồng được phân thành hợp đồng dân sự theo mẫu (*standard form contract*) và hợp đồng do hai bên cùng soạn. Điều 407 khoản 1 BLDS qui định: “Hợp đồng theo mẫu là hợp đồng gồm những điều khoản do một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý; nếu bên được đề nghị trả lời chấp nhận thì coi như chấp nhận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu mà bên đề nghị đã đưa ra”. Trên

thực tế, loại hợp đồng này rất thông dụng (hợp đồng li- xăng phần mềm, hợp đồng hứa thưởng BMW cho người khai chai bia Tiger thắng cuộc)”³⁰⁴.

Ngày nay thực tế văn bản hợp đồng gia nhập rất ít được người ta đọc bởi các điều khoản và điều kiện của nó dài dòng, in chữ nhỏ và sử dụng ngôn ngữ phức tạp. Chúng ta có thể tìm kiếm được một cách rất dễ dàng những văn bản dựng sẵn như vậy tại bưu điện, công ty bảo hiểm, hoặc tại các công ty dịch vụ công cộng... Các điều khoản của các hợp đồng như vậy không mấy thích hợp. Khách hàng rất ít khi tìm kiếm được các thông tin hữu ích tại đó, và nếu có gì cần mặc cả thì không có cơ hội, bởi chúng được dựng lên trên cơ sở “chọn nó hoặc từ bỏ nó” (take it or leave it)³⁰⁵.

Ở Việt Nam vào những năm đầu của Thế kỷ XXI có một câu chuyện khiến nhiều người không khỏi băn khoăn. Câu chuyện này đã được nhà nghiên cứu Nguyễn Như Phát đã nhắc tới trong công trình nghiên cứu của mình về “điều kiện thương mại chung và nguyên tắc tự do khế ước”³⁰⁶. Bưu điện đòi hỏi những chủ thuê bao các số điện thoại thay đổi số điện thoại theo yêu cầu của Bưu điện. Điều này dĩ nhiên làm cho mọi người đều khó chịu bởi ảnh hưởng tới công chuyện làm ăn, cũng như quan hệ giao tiếp với những người khác... Đài truyền hình đã phỏng vấn hai luật sư (một nam, một nữ) thuộc đoàn luật sư Hà Nội về vấn đề này. Hai luật sư đều nói như đinh đóng cột rằng: bưu điện làm như vậy là không đúng và yêu cầu bưu điện phải đàm phán trực tiếp và thoả thuận riêng với từng chủ thuê bao, bởi hai vị luật sư này cho rằng hợp đồng là sự thoả thuận, nên cần phải thương lượng cụ thể về các điều kiện của hợp đồng. Đúng là pháp luật Việt Nam lúc đó chưa có các qui định thật cụ thể chung về hợp đồng gia nhập, và các giáo trình dạy luật cũng không giảng giải rõ về hợp đồng gia nhập. Thậm chí cho tới hôm nay, “*Giáo trình luật dân sự Việt Nam*” của Trường Đại học Luật Hà Nội,

³⁰⁴ 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. 320

³⁰⁵ Wikipedia, the free encyclopedia, *Standard form contract*,
[http://en.wikipedia.org/wiki/Standard_form_contract] 8/8/2007

³⁰⁶ Nguyễn Như Phát và Lê Thị Thu Thủy (đồng chủ biên), *Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về pháp luật hợp đồng ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Công an Nhân dân, Hà Nội, 2003, tr. 6

“*Giáo trình luật dân sự*” và giáo trình “*Nghiệp vụ của luật sư về tư vấn pháp luật, tư vấn hợp đồng*” của Học viện Tư pháp cũng vẫn chưa đề cập tới hợp đồng gia nhập trong phần phân loại hợp đồng của các giáo trình này³⁰⁷. Tuy nhiên trong nhiều đạo luật chuyên ngành đều có các qui định ít nhiều liên quan tới dạng hợp đồng gia nhập mà chuyên ngành đó thường gặp phải. Chẳng hạn như hợp đồng vận chuyển thường lệ hành khách bằng đường hàng không, hợp đồng bảo hiểm... Có lẽ những người viết các giáo trình vừa nêu cho rằng pháp luật chỉ đóng khung trong các qui định thật cụ thể và rõ ràng của các đạo luật lớn? Việc đòi hỏi của bưu điện như trên là đúng hay sai chưa xét đến. Ở đây chỉ đề cập tới vấn đề là liệu bưu điện có phải hoặc có nên mời hay tới gặp từng chủ thuê bao để đàm phán và thoả thuận từng hợp đồng dịch vụ như vậy hay không. Chắc hẳn là bưu điện không thể cung cấp dịch vụ cho mỗi chủ thuê bao với mỗi điều kiện khác nhau. Nếu như vậy, có nguy cơ lên tới hàng triệu dịch vụ khác nhau. Và nếu điều này xảy ra thì có lẽ không chủ thuê bao nào có thể chịu nổi giá dịch vụ. Còn nếu do độc quyền trong việc cung cấp dịch vụ bưu chính, viễn thông mà bưu điện muốn thay đổi các điều kiện dịch vụ như thế nào cũng được thì vấn đề nằm ở chỗ khác: có thể cần tới sự cạnh tranh trong việc cung cấp dịch vụ như vậy, xét về mặt kinh tế; có thể cần tới sự kiểm soát của pháp luật đối với các điều kiện thương mại chung, xét về mặt pháp lý; hoặc cần một thái độ phục vụ nghiên túc, xét về mặt tổ chức cán bộ hoặc về mặt văn hoá kinh doanh. Câu chuyện này có thể phần nào cho thấy sự cần thiết của loại hợp đồng gia nhập mặc dù có ai đó rất khó chịu về tính thiếu vắng sự thoả thuận và bình đẳng của loại hợp đồng này.

Konrad Zweigert and Hein Koetz cho rằng các điều kiện tiêu chuẩn của loại hợp đồng này giúp cho việc hợp lý hoá các hoạt động kinh doanh lớn³⁰⁸. Nhà nghiên cứu Nguyễn Như Phát cho rằng việc thiết lập các điều kiện thương mại chung có các lợi ích như: (1) Hợp lý hoá việc bán hàng; (2) tiết kiệm thời gian, sức

³⁰⁷ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007; Học viện Tư pháp, *Giáo trình luật dân sự*, Nxb Công an Nhân dân, 2007; Học viện Tư pháp, *Nghiệp vụ của luật sư về tư vấn pháp luật, tư vấn hợp đồng*, Nxb Thống kê, Hà Nội 2008

³⁰⁸ Konrad Zweigert and Hein Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 333

lực trong đàm phán và thoả thuận của cả hai bên- người bán và người mua; (3) thông qua việc thiết lập các qui tắc bán hàng thống nhất các nhà cung cấp cùng với các hiệp hội nghề nghiệp của mình phát triển nhiều chủng loại hợp đồng cụ thể mà nhà làm luật chưa nghĩ tới³⁰⁹.

Điều đáng lưu ý đối với hợp đồng gia nhập không phải ở chỗ nó có hiệu lực thi hành hay không mà vấn đề là ở chỗ qui chế pháp lý đặc biệt gì người ta thường áp đặt cho nó. Dù là hợp đồng gia nhập có sự thủ tiêu thương lượng và thiếu sự bình đẳng, nhưng nó cũng là một loại hợp đồng đứng bên cạnh hợp đồng thương lượng, nên có hiệu lực ràng buộc đối với các bên. Tuy nhiên đối với hợp đồng gia nhập, nhà làm luật thường can thiệp sâu hơn nhằm bảo vệ người yếu thế trong quan hệ hợp đồng, hạn chế tác hại của độc quyền và bảo đảm cho việc cung cấp các dịch vụ công cộng. Ngày nay nhiều học giả thậm chí cho rằng nhà làm luật dường như đã soạn thảo sẵn các điều kiện của hợp đồng gia nhập trong các đạo luật bằng nhiều cách khác nhau mà trong đó có việc ấn định các điều kiện tối thiểu cho hợp đồng. Ở Hoa Kỳ, Bộ luật Thương mại nhất thể đưa ra các qui định cụ thể về hợp đồng gia nhập, và buộc loại hợp đồng này phải chịu sự kiểm soát đặc biệt³¹⁰. Pháp luật bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng ở Việt Nam, đã phân nào đi theo khuynh hướng chung của thế giới, xây dựng một số qui tắc liên quan tới hợp đồng gia nhập. Cụ thể hơn trong việc thiết lập các qui tắc chung cho hợp đồng gia nhập, Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 đã qui định:

“2. Bên đã gia nhập vào hợp đồng có quyền yêu cầu rằng hợp đồng bị huỷ bỏ hoặc sửa đổi, nếu hợp đồng gia nhập, trong khi không chống lại luật và các văn bản pháp lý khác, lấy đi của bên gia nhập quyền mà thường được cho bởi các hợp đồng cùng loại đã nói, nếu hợp đồng này loại trừ hoặc giới hạn trách nhiệm của bên khác đối với việc vi phạm nghĩa vụ hoặc có các điều kiện phiến hà rõ ràng cho

³⁰⁹ Nguyễn Như Phát và Lê Thị Thu Thủy (đồng chủ biên), *Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về pháp luật hợp đồng ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Công an Nhân dân, Hà Nội, 2003, tr. 8- 9

³¹⁰ Wikipedia, the free encyclopedia, *Standard form contract*, [http://en.wikipedia.org/wiki/Standard_form_contract] 8/8/2007

bên gia nhập, mà nhẽ ra phải bãi bỏ, xuất phát từ lợi ích được hiểu hợp lý của bên này, nếu bên này nhẽ ra tham gia vào việc xác định các điều kiện của hợp đồng.

3. Trong trường hợp gặp phải các hoàn cảnh được qui định tại Khoản 2, Điều này, yêu cầu về huỷ bỏ hoặc sửa đổi hợp đồng được đưa ra bởi bên, mà đã gia nhập vào hợp đồng liên quan tới việc thực hiện hành vi thương mại của bên này, không có khả năng làm thoả mãn, nếu bên gia nhập đã biết, hoặc nhẽ ra phải biết về những điều kiện gì có trong hợp đồng trong khi giao kết” (Điều 428, khoản 2, khoản 3).

Trong thực tiễn khi buộc phải giải thích hợp đồng, các nền tài phán đều có khuynh hướng nghiêng về bảo vệ quyền lợi của người yếu thế (người gia nhập) trong quan hệ hợp đồng gia nhập. Chẳng hạn Đạo luật qui định về hợp đồng gia nhập của Hàn Quốc có qui định:

“Điều 5. Giải thích hợp đồng gia nhập

(1) Hợp đồng gia nhập phải được giải thích một cách không thiên vị phù hợp với nguyên tắc tin cậy và thiện chí và không được giải thích một cách khác biệt phụ thuộc vào khách hàng.

(2) Nếu nghĩa của hợp đồng gia nhập không rõ ràng, thì phải được giải thích vì lợi ích của khách hàng”.

Theo Đạo luật này của Hàn Quốc, “Thuật ngữ khách hàng có nghĩa là một bên của hợp đồng và đã chấp nhận từ Doanh nghiệp lời đề nghị gia nhập vào hợp đồng gia nhập tạo thành hợp đồng” (Điều 2, khoản 3), còn “Thuật ngữ Doanh nghiệp có nghĩa là một bên của hợp đồng và đưa ra một hợp đồng gia nhập tới bên khác như nội dung của hợp đồng” (Điều 2, khoản 2).

Trong pháp luật Việt Nam hiện nay Điều 407, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có các qui tắc giải thích hợp đồng giống với nhận thức chung của thế giới. Bất luận điều luật này có qui định về hợp đồng gia nhập hay không, thì có một điều đúng đắn cần lưu ý là hễ bất cứ khi nào sự thương lượng hoặc sự bình đẳng giữa các bên trong hợp đồng bị thiếu vắng, thì những sự mập mờ hoặc không rõ ràng trong hợp đồng đó phải được giải thích nghiêng về quyền lợi của bên yếu thế.

Bởi vậy Điều 407, khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định: “Trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản không rõ ràng thì bên đưa ra hợp đồng theo mẫu phải chịu bất lợi khi giải thích điều khoản đó”. Tuy nhiên với qui định như vậy cũng cần phải lưu ý thêm rằng: (1) Việc giải thích hợp đồng bất luận trong trường hợp nào cũng phải dựa trên nguyên tắc thiện chí, trung thực (hay tin cậy và thiện tâm), do vậy việc giải thích chỉ nhằm bảo vệ quyền lợi của bên yếu thế (bên gia nhập) chứ không gây bất lợi cho bên nào; (2) việc giải thích hợp đồng theo nguyên tắc như vậy áp dụng trong cả trường hợp hợp đồng qui định thiếu một điều kiện hay điều khoản nào đó mà không kể đến pháp luật có hoặc không qui định về các điều kiện thiếu đó, chứ không phải chỉ là giải thích những điều khoản không rõ nghĩa.

Các nhà làm luật, với việc giải thích hợp đồng gia nhập, cũng đã cố gắng khoác trách nhiệm giải thích hợp đồng gia nhập lên vai bên dựng sẵn hợp đồng, bởi thực chất họ thường là những thương nhân có khả năng chuyên môn, chuyên nghiệp trong lĩnh vực đó và khả năng kinh tế lớn hơn tương đối so với khách hàng của mình liên quan tới hợp đồng. Tuy nhiên đối với việc yêu cầu huỷ bỏ hoặc sửa đổi hợp đồng gia nhập của bên gia nhập, khi hợp đồng gia nhập gây thiệt thòi hoặc không bảo đảm được quyền lợi của bên gia nhập theo lẽ thường mặc dù không chống lại điều cấm hoặc xâm phạm đạo đức, thì yêu cầu đó không được chấp nhận nếu bên gia nhập cũng thực hiện hành vi thương mại trong quan hệ hợp đồng đó. Việc xét đến yếu tố nhận thức của bên gia nhập khi giao kết hợp đồng là cần thiết trong trường hợp này.

Để giúp cho bên gia nhập có thể nắm bắt được các điều kiện của hợp đồng gia nhập, Nguyễn Ngọc Điện đã nhắc nhở:

“Cần lưu ý rằng, ở góc độ luật viết, luật chung về hợp đồng nằm gói gọn trong BLDS, trong khi luật riêng về hợp đồng có thể được tìm thấy ở các văn bản

khác. Ví dụ, phần lớn các qui định về các hợp đồng vận chuyển đặc thù được chứa đựng trong các thể lệ, điều lệ vận chuyển;...”³¹¹.

Các thể lệ hay điều lệ vận chuyển được xem như văn bản dưới luật do các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền ban hành để áp dụng cho các xí nghiệp công nghiệp quốc doanh vận chuyển hành khách, hành lý, hàng hoá hoặc bưu kiện là có thực dưới thời kinh kế hoạch hoá tập trung, quan liêu bao cấp. Nhưng một thời gian ngắn sau khi đổi mới, người ta nhận ngay ra rằng cần phải để hoạt động vận chuyển theo chuẩn mực quốc tế. Nên đã từ lâu lắm, trước khi Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 ra đời, mỗi hãng vận chuyển nghiêm túc đều có điều lệ vận chuyển riêng của mình với tính cách là một bộ chi tiết hoá các điều kiện của hợp đồng vận chuyển mà hãng đó cam kết với khách hàng được thể hiện dưới dạng văn bản. Bởi thế mà gần đây nhất, Luật Hàng không dân dụng Việt Nam 2006 qui định:

“Điều 111. Điều lệ vận chuyển

1. Điều lệ vận chuyển là bộ phận cấu thành của hợp đồng vận chuyển hàng không, qui định các điều kiện của người vận chuyển đối với việc vận chuyển hành khách, hành lý, hàng hoá, bưu phẩm, bưu kiện, thư bằng đường hàng không.

2. Điều lệ vận chuyển không được trái với qui định của Luật này và qui định của điều ước quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam là một thành viên.

3. Hãng hàng không có trách nhiệm ban hành Điều lệ vận chuyển và đăng ký với Bộ Giao thông vận tải”.

5. Hợp đồng ưng thuận, hợp đồng thực tế và hợp đồng trọng hình thức

Cách phân loại này là cách phân loại truyền thống căn cứ vào hình thức của hợp đồng mà đã được các luật gia nổi tiếng của Việt Nam và của thế giới là Vũ Văn Mẫu và John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald nhận định như vậy trong các công trình nghiên cứu về truyền thống Civil Law mặc dù nhiều khi chúng chỉ

³¹¹ Nguyễn Ngọc Điện, *Bình luận các hợp đồng thông dụng trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb Trẻ, TP. Hồ Chí Minh, 2001, tr. 6

được ngầm định trong các Bộ luật Dân sự³¹². Tuy nhiên hiện nay ở Việt Nam có một số luật gia có cách nhìn nhận khác biệt cho rằng việc chia hợp đồng thành hợp đồng ưng thuận và hợp đồng thực tế căn cứ vào thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng, và nếu căn cứ vào hình thức của hợp đồng thì hợp đồng phải được chia thành hợp đồng miệng, hợp đồng văn bản, hợp đồng có công chứng chứng nhận, hợp đồng mẫu³¹³... Dẫu sao các luật gia đều nhận thức cơ bản rằng: (1) Hợp đồng ưng thuận có hiệu lực khi các bên đạt được sự thoả thuận với nhau; (2) hợp đồng thực tế có hiệu lực vào thời điểm các bên thực tế đã chuyển giao cho nhau đối tượng của hợp đồng; còn (3) hợp đồng trọng hình thức có hiệu lực khi các bên đã hoàn tất thủ tục theo qui định của pháp luật. Theo Corinne Renault- Brahinsky, ba loại hợp đồng này được nhóm hợp thành hai nhóm: Nhóm thứ nhất chỉ có loại hợp đồng ưng thuận và được gọi là hợp đồng mang tính chất thoả thuận; nhóm thứ hai bao gồm hai loại hợp đồng sau và được gọi là hợp đồng không mang tính chất thoả thuận³¹⁴. Người ta không tìm thấy căn cứ hình thức hay căn cứ thời điểm có hiệu lực của hợp đồng trong cách nhóm hợp này. Nhưng có thể thấy việc phát sinh hiệu lực của các hợp đồng này phụ thuộc vào việc chúng có tuân thủ hay không các hình thức theo qui định của pháp luật hay chuyển giao tài sản, hoặc không cần thiết phải có các điều kiện như vậy. Nếu phải tuân thủ hình thức nhất định hoặc tài sản phải được chuyển giao mà không được thực hiện, thì hợp đồng không có hiệu lực, đồng nghĩa với việc không có thời điểm phát sinh hiệu lực nào cả.

Pháp luật Anh có hai loại hợp đồng: Một loại lập bằng chứng thư (deed) và loại khác là hợp đồng thường (simple contract). Hợp đồng lập bằng chứng thư có nghĩa là một hợp đồng được lập ra khi một người cam kết một nghĩa vụ bằng việc

³¹² John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 397; Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và kế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 61

³¹³ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007 tr. 101 & 104; 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. 315 & 318

³¹⁴ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 24

biểu lộ ý chí trên giấy hoặc trên tấm da và kèm theo đó là đóng dấu và chuyển giao nó như là chứng thư của người đó. Đối với loại hợp đồng này hiệu lực của nó dựa trên hình thức. Còn đối với loại hợp đồng thường hiệu lực của nó dựa trên việc xuất hiện một khoản đối ứng. Hợp đồng thường có thể là hợp đồng bằng lời nói (miệng) hoặc được lập bằng văn bản. Tuy nhiên một số loại hợp đồng thường nhất thiết phải làm chứng bằng văn bản. Thủ tục cổ của việc đóng dấu hiện nay không còn được tuân thủ. Trong thủ tục này, một con dấu có thể bằng chất xi, một mẫu giấy nhỏ hình tròn màu đỏ hoặc một mẫu sáp thường được dán trước, và tiếp đó bên tạo lập chứng thư ký tên, đặt ngón tay vào dấu và nói “*tôi chuyển giao cái này như hành vi và chứng thư của tôi*”. Bằng cách này người giao kết hợp đồng tự nhận ra với dấu riêng và biểu lộ ý chí chuyển giao. Điều đó có nghĩa là người giao kết hợp đồng đã làm cho chứng thư có hiệu lực³¹⁵.

Có lẽ việc phân loại căn cứ vào hình thức với tính cách là những đòi hỏi đặc biệt về hình thức hoặc là tính tất yếu của việc làm phát sinh ra nghĩa vụ mới là vấn đề cần phải bàn nhiều trong việc phân loại hợp đồng. Đối với việc chia hợp đồng thành hợp đồng bằng văn bản, hợp đồng bằng lời nói... không có ý nghĩa gì nhiều bởi giao kết hợp đồng bằng văn bản, bằng lời nói, bằng hành vi cụ thể hay bằng sự im lặng ngầm định đều mang tính cách là các hình thức chứng cứ của hợp đồng. Về vấn đề này, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã qui định rõ như sau:

“Điều 401. Hình thức hợp đồng dân sự

1. Hợp đồng dân sự có thể được giao kết bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể, khi pháp luật không qui định loại hợp đồng đó phải được giao kết bằng một hình thức nhất định.

2. Trong trường hợp pháp luật có qui định hợp đồng phải được thể hiện bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực, phải đăng ký hoặc phải xin phép thì phải tuân theo các qui định đó.

³¹⁵ H. R. Light, *The Legal Aspects of Business and General Principles of Law*, Sixth edition, Sir Issac Pitman & Sons LTD, London, 1967, p. 143

Hợp đồng không bị vô hiệu trong trường hợp có vi phạm về hình thức, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”.

Pháp luật Việt Nam coi sự ưng thuận là căn bản của hợp đồng, có nghĩa là khi các bên thống nhất được ý chí là hợp đồng có hiệu lực hay giá trị ràng buộc. Tuy nhiên do nhiều nhu cầu khác nhau mà nhà luật xếp đặt các hình thức đặc biệt trong việc giao kết hợp đồng và chủ trương vô hiệu hoá các hợp đồng không tuân thủ các hình thức do pháp luật đòi hỏi, do đó làm phát sinh ra loại hợp đồng trọng hình thức (ví dụ: hợp đồng mua bán bất động sản, hợp đồng hôn nhân, hợp đồng mua bán sản nghiệp thương mại, hợp đồng thành lập công ty...). Các hợp đồng này phải phụ thuộc vào một qui chế pháp lý đặc biệt, nhiều khi được xử lý trong các đạo luật riêng hiện hành của Việt Nam như: Luật Doanh nghiệp 2005, Luật Hôn nhân và gia đình 2000... Đối với loại này, nhà làm luật thông thường lựa chọn một trong các cách thức để điều tiết như: Hình thức trọng thể, hình thức dẫn chứng, hình thức cấp tư năng và hình thức công bố³¹⁶.

Hợp đồng thực tế bao gồm hợp đồng vay, mượn, gửi giữ, cầm cố và tặng cho. Các hợp đồng này không được hình thành cho tới khi động sản hữu hình là đối tượng được chuyển giao cho bên vay, bên mượn, bên nhận giữ, bên nhận cầm cố và bên thụ tặng. Trước khi chuyển giao, thoả thuận giữa các bên chỉ đơn thuần là một lời hứa về việc cho vay, cho mượn, gửi, cầm cố hay tặng cho³¹⁷. Lưu ý rằng hợp đồng tặng cho có thể là hợp đồng trọng hình thức (ví dụ tặng cho bất động sản), hoặc cũng có thể là hợp đồng thực tế- hợp đồng thụ tặng động sản hữu hình (manual gift), có nghĩa là người thụ tặng chiếm hữu thực tế vật. Đây là di sản của Luật La Mã. Người La Mã phân biệt hợp đồng thực tế bao gồm *donatum*, *mutuum*, *depositum*, *commodatum*, và *lex Rhodia de iactu* (bảo hiểm hàng hải)³¹⁸. Trong hợp đồng thực tế việc chuyển giao vật có thể được thực hiện với sự tham dự của

³¹⁶ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 63

³¹⁷ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 397

³¹⁸ 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. 315

người thứ ba, có nghĩa là nếu các bên thoả thuận với nhau về việc giao vật cho người thứ ba, thì khi vật đó được giao cho người thứ ba là hợp đồng được kết lập.

Tuy nhiên ngày nay dường như theo chủ nghĩa ung thuận triệt để, các luật gia thiết kế Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 1994 và Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 đều có quan niệm nhất quán khác với các nhận thức về phân loại hợp đồng thực tế nói trên. Cả hai bộ Các nguyên tắc này đều cho rằng:

“Một số hệ thống civil law đã duy trì các dạng hợp đồng “thực tế”, có nghĩa là các hợp đồng được giao kết chỉ khi có việc chuyển giao thực tế hàng hoá liên quan. Các qui tắc như vậy không tương thích một cách dễ dàng với nhận thức và thực tiễn kinh doanh hiện đại và bởi thế cũng bị loại bỏ bởi điều này” (Điều 3 của Bình luận Điều 3.2, Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 1994 và Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004)³¹⁹.

Mặc dù đây là một khuynh hướng mà nhiều luật gia ở Việt Nam hiện nay thường tiếp nhận để phê bình pháp luật, nhưng phải nhận thấy: (1) Việc gạt bỏ sự quá khác biệt trong pháp luật của các quốc gia là cần thiết cho thương mại quốc tế, bởi như vậy mới có thể thiết lập các qui tắc thống nhất tạo môi trường pháp lý thuận lợi, dễ dàng cho các thương vụ; (2) bên cạnh đó có một sự thật là không thể tước đi các đòi hỏi riêng do hoàn cảnh hay truyền thống, quan niệm của từng quốc gia. Vì vậy khi thiết kế các chính sách pháp luật ở từng quốc gia cần phải xem xét cân đối hai vấn đề trên làm sao cho vẫn bảo đảm giao thương quốc tế thuận lợi, nhưng vẫn bảo đảm sự ổn định riêng biệt của quốc gia mình. Nên chăng pháp luật quốc gia chỉ đặt ra các qui tắc đặc biệt khi có đòi hỏi thật sự chính đáng thúc giục, và sự đòi hỏi đó phải minh chứng được. Chủ nghĩa ung thuận triệt để có thể phù hợp với hợp đồng mại quốc tế, nhưng chưa chắc đã phù hợp hoàn toàn với pháp

³¹⁹ Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994], [<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1.../2.2.htm>], 18/03/01; 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. 168

luật về hợp đồng của một quốc gia cụ thể, nhất là đối với các hợp đồng có tính chất dân sự thuần túy.

Theo lịch sử Luật La Mã, hợp đồng thực tế hay hợp đồng giao vật chỉ đánh dấu sự chống lại chủ nghĩa trọng hình thức để tiến tới chủ nghĩa ung thuận. Do đó có nhiều quan điểm trái ngược nhau về hợp đồng thực tế. Dù sao hợp đồng thực tế vẫn được một số nền tài phán chấp nhận, nhưng ngày càng bị thu hẹp phạm vi. Trong khi đó hợp đồng trọng hình thức được sử dụng rộng rãi hơn trong nhiều trường hợp³²⁰.

Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 tại Chương 27 về “Khái niệm và các điều kiện của hợp đồng” có đưa ra các phân loại hợp đồng, nhưng không nói về loại hợp đồng thực tế, tuy nhiên tại Chương 28 về “Giao kết hợp đồng” có qui định:

“Điều 433. Thời điểm giao kết hợp đồng

1. Hợp đồng được coi là giao kết tại thời điểm, khi người gửi đề nghị nhận được chấp nhận.

2. Nếu trong việc tuân thủ pháp luật, việc chuyển giao một tài sản cũng được yêu cầu đối với việc giao kết hợp đồng, thì hợp đồng được xem là giao kết kể từ thời điểm chuyển giao tài sản tương ứng.

3. Hợp đồng, phụ thuộc vào đăng ký quốc gia, được xem là giao kết kể từ thời điểm đăng ký, trừ khi pháp luật có qui định khác”.

6. Hợp đồng chắc chắn và hợp đồng may rủi

Phân loại hợp đồng này là cách thức phân loại truyền thống đã được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự Pháp 1804 và các Bộ luật Dân sự theo truyền thống Pháp. Hợp đồng chắc chắn (commutative contract), mà còn được gọi là khế ước thực hoán, khế ước nhất định, có đặc điểm là sự tồn tại và hiệu lực của nó được xác lập ngay từ khi có sự thoả thuận của các bên. Còn hợp đồng may rủi (aleatory

³²⁰ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 65- 67

contract), mà còn được gọi là khế ước kiểu hãnh hay khế ước không nhất định, có đặc điểm là sự tồn tại và hiệu lực một phần hay toàn bộ phụ thuộc vào một sự kiện ngẫu nhiên. Ngày nay nhiều luật gia Việt Nam không thừa nhận sự phân loại này. Có người cho rằng hợp đồng mà được gọi là may rủi nói trên là hợp đồng có điều kiện. Các luật gia thuộc truyền thống Common Law hiểu về hợp đồng may rủi không quá khác biệt so với các luật gia thuộc truyền thống Civil Law. Một cuốn từ điển pháp luật của Hoa Kỳ định nghĩa: “Hợp đồng may rủi là sự thoả thuận mà sự thực hiện nó bởi một bên phụ thuộc vào việc xuất hiện một sự kiện ngẫu nhiên”³²¹. Một cuốn từ điển pháp luật khác của Hoa Kỳ giải nghĩa: “Hợp đồng may rủi là một thoả thuận chung, mà hiệu lực của nó, đối với cả các thuận lợi và mất mát, hoặc với tất cả các bên hoặc bất kỳ bên nào đó trong số họ, phụ thuộc vào một sự kiện không chắc chắn”³²².

Hợp đồng mutuum trong Luật La Mã thường không tính lãi đối với người thụ trái bởi tính chất cho mượn để tiêu dùng. Tuy nhiên đối với việc cho người thuyền trưởng mượn một số tiền để buôn bán thì có tính lãi vì người La Mã xem đó là một việc cho vay mạo hiểm. Người vay chỉ phải trả lại tiền mượn nếu chiếc tàu cập bến bình an vô sự. Loại hợp đồng này được du nhập vào Bộ luật Dân sự Pháp 1804 và được gọi là hợp đồng đồng may rủi³²³. Điều 1964, Bộ luật này qui định:

“Hợp đồng may rủi là một giao ước có đi có lại mà hiệu lực, về lợi ích và tổn thất đối với tất cả các bên hoặc đối với một hay nhiều bên, phụ thuộc vào một sự kiện không chắc chắn.

Đó là:

Hợp đồng bảo hiểm,

Cho vay mạo hiểm,

Đánh bạc và cá cược,

³²¹ Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, Third edition, Barron's Educational Series, INC, 1991, p. 17- 18

³²² Deluxe Black's Law Dictionary, West Publishing Co, 1990

³²³ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 78- 79

Hợp đồng về hưởng lợi suốt đời.

Hai loại đầu tiên do đạo luật về hàng hải điều chỉnh”.

7. Hợp đồng cá nhân và hợp đồng cộng đồng

Hợp đồng cá nhân và hợp đồng cộng đồng còn được gọi là hợp đồng cá nhân và hợp đồng tập thể. Đôi khi có sự nhầm lẫn giữa các hợp đồng này với hợp đồng có một người và hợp đồng có hai hoặc nhiều người. Trong cuốn “*Đại cương về pháp luật hợp đồng*” còn có sự giải thích một cách nôm na về hợp đồng chủ thể đơn và hợp đồng chủ thể kép rằng: Hợp đồng chủ thể đơn là hợp đồng mà trong đó mỗi bên chỉ bao gồm một cá nhân hay một tổ chức duy nhất; còn hợp đồng chủ thể kép là hợp đồng mà mỗi bên chủ thể bao gồm một nhóm cá nhân, tổ chức³²⁴. Khác với hợp đồng cá nhân mà ở đó hợp đồng có hiệu lực đối với người tham gia giao kết, hợp đồng cộng đồng có hiệu lực đối với nhiều người kể cả trong trường hợp họ không tham gia giao kết, thậm chí họ không nhất trí với hợp đồng đó (toàn bộ hay một phần). John E. C. Brierley và Roderick A. Macdonald nói rằng sự phân loại giữa hợp đồng cá nhân và hợp đồng cộng đồng phù hợp nhất đối với các thỏa thuận về lao động. Tuy nhiên có nhiều nhà phê bình cho rằng không thể coi hợp đồng tập thể là một phần của lý thuyết chung về hợp đồng³²⁵.

Hợp đồng cộng đồng đã xuất hiện từ lâu, nhất là trong lĩnh vực thương mại. Song sự nghiên cứu về nó chưa được nhiều cho tới Thế kỷ XX. Có nhiều loại hợp đồng thể hiện các yếu tố của hợp đồng cộng đồng rất rõ nét như: thỏa ước lao động tập thể; hiệp thương giữa giới chủ và giới thợ; hợp đồng trong pháp nhân (Chẳng hạn: Nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông của công ty cổ phần; Nghị quyết của hội đồng thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn...) hoặc pháp nhân giao kết với người thứ ba; các nghị quyết của hội nghị chủ nợ... Ngoài ra Vũ Văn Mẫu còn cho rằng có một số loại hợp đồng cộng đồng do nhà làm luật áp đặt,

³²⁴ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 26

³²⁵ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 398

ví dụ trong trường hợp người thuê nhà được quyền lưu cư sau khi hợp đồng thuê nhà đã mãn hạn, hay trường hợp trưng dụng các nhân viên của một tổ chức³²⁶.

Bộ luật Lao động 1994 của Việt Nam đã được sửa đổi, bổ sung vào các năm 2002, 2006 và 2007, cũng như Bộ luật Lao động 2013 của Việt Nam có nhiều qui định về hợp đồng cộng đồng. Có hai loại hợp đồng mà Bộ luật này qui định có thể gọi là hợp đồng cộng đồng. Đó là thoả ước lao động tập thể, và hợp đồng lao động giao kết giữa người sử dụng lao động với đại diện của một nhóm người lao động.

Thoả ước lao động tập thể được xem là một hợp đồng được giao kết giữa tập thể người lao động và người sử dụng lao động để xác định các điều kiện lao động và sử dụng lao động, quyền lợi và nghĩa vụ của hai bên trong quan hệ lao động. Bộ luật Lao động 1994 (sửa đổi, bổ sung) gọi tất loại hợp đồng này là thoả ước tập thể và buộc hợp đồng này phải lập thành bốn văn bản, mà trong đó: người sử dụng lao động giữ một bản; ban chấp hành công đoàn cơ sở giữ một bản; công đoàn cấp trên giữ một bản; cơ quan quản lý nhà nước về lao động cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi đặt trụ sở chính của doanh nghiệp giữ một bản do người sử dụng lao động gửi (Điều 47)³²⁷. Bộ luật này qui định thoả ước tập thể do đại diện người lao động và người sử dụng lao động thương lượng và ký kết theo nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng và công khai (Điều 44, khoản 1). Đại diện của người lao động là ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc ban chấp hành công đoàn lâm thời. Việc ký kết thoả ước tập thể được xem là hợp pháp và có hiệu lực thi hành nếu tuân thủ đúng các điều kiện có hiệu lực thông thường của hợp đồng. Tuy nhiên do đặc thù của loại hợp đồng này, Bộ luật Lao động 1994 (sửa đổi, bổ sung) đã đưa ra thêm hai điều kiện chuyên biệt: (1) Việc ký kết phải tuân thủ đúng trình tự (Điều 48, khoản 2, điểm c)³²⁸; và (2) Việc ký kết chỉ được tiến hành khi có trên

³²⁶ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 71

³²⁷ Điều 47 được sửa đổi, bổ sung năm 2002

³²⁸ Điều 48 được sửa đổi, bổ sung năm 2002

50% số người của tập thể lao động trong doanh nghiệp tán thành nội dung đã thương lượng (Điều 45, khoản 1).

Nhìn vào các qui định này của pháp luật Việt Nam, chúng ta có ngay nhận xét, có thể có tới 49% số người của một bên trong thoả ước (có quyền lợi sát sườn trong đó) không tán thành với nội dung hay các điều kiện của thoả ước nhưng thoả ước vẫn có hiệu lực thi hành. Hiệu lực trước tiên của thoả ước được thể hiện là:

“Khi thoả ước tập thể đã có hiệu lực, người sử dụng lao động phải thông báo cho mọi người lao động trong doanh nghiệp biết. Mọi người trong doanh nghiệp, kể cả người vào làm việc sau ngày ký kết đều có trách nhiệm thực hiện đầy đủ thoả ước tập thể” (Điều 49, khoản 1, Bộ luật Lao động 1994).

Vì vậy có thể đi tới kết luận đây là một loại hợp đồng có các đặc tính riêng và được xếp vào loại hợp đồng cộng đồng hay hợp đồng tập thể. Ngoài ra thoả ước lao động tập thể còn là hợp đồng trọng hình thức bởi việc giao kết nó phải tuân theo một trình tự nhất định và phải đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Nó còn có thể bị buộc sửa đổi trong những hoàn cảnh nhất định. Thoả ước lao động tập thể sở dĩ có tính chất như vậy bởi cộng đồng người lao động trong một doanh nghiệp có những hoàn cảnh lao động nhất định mà họ cùng chia sẻ; vị thế kinh tế của họ thấp hơn so với người sử dụng lao động nên phải nhóm hợp; và nguyện vọng riêng biệt của từng cá nhân khó có thể được đáp ứng một cách riêng rẽ.

Hợp đồng lao động giao kết giữa người sử dụng lao động với đại diện của một nhóm người lao động có lẽ ít tính chất của hợp đồng cộng đồng hơn. Bộ luật Lao động 1994 qui định: “Hợp đồng lao động có thể được ký kết giữa người sử dụng lao động với người được uỷ quyền hợp pháp thay mặt cho nhóm người lao động; trong trường hợp này hợp đồng có hiệu lực như ký kết với từng người” (Điều 30, khoản 2). Tất nhiên có thể nhiều ý kiến cho rằng đã có uỷ quyền hợp pháp, nên ý chí của người lao động được tuyên bố thông qua người đại diện. Hợp đồng lao động nhóm này có tác dụng quan trọng trong vấn đề việc làm, nhưng đã góp phần thủ tiêu phần nào quyền lợi của người lao động thông qua thương lượng,

trong khi mỗi người có một phẩm chất lao động riêng. Bộ luật Lao động Việt Nam 2012 có qui định cụ thể về số lượng người chấp nhận những hợp đồng như vậy để cấp cho chúng hiệu lực.

Ngoài các hợp đồng trong lĩnh vực lao động, người ta còn bắt gặp tính chất của hợp đồng cộng đồng trong các hoạt động của pháp nhân, chẳng hạn như nghị quyết của đại hội đồng cổ đông, hội đồng thành viên...

8. Hợp đồng chính và hợp đồng phụ

Việc phân loại hợp đồng này không có sự khác nhau trong luật dân sự Việt Nam cũ và mới. Tuy nhiên việc thiết lập qui chế cho các loại hợp đồng này có sự khác nhau giữa luật dân sự Việt Nam cũ và luật dân sự Việt Nam mới.

Điều 410, khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định:

“Sự vô hiệu của hợp đồng chính làm chấm dứt hợp đồng phụ, trừ trường hợp các bên có thoả thuận hợp đồng phụ được thay thế hợp đồng chính. Qui định này không áp dụng đối với các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ dân sự”.

Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 qui định:

“Hiệp- ước hoặc là chính hoặc là phụ. Hiệp- ước chính là khi độc- lập, không thuộc hiệp- ước khác. Hiệp- ước phụ là khi phụ- thuộc với hiệp- ước khác.

Hiệp- ước chính vô- hiệu thì hiệp- ước phụ cũng vô- hiệu, trừ khi hiệp- ước phụ lập ra cốt là để bổ cho sự vô- hiệu của hiệp- ước chính thì không kể.

Hiệp- ước phụ vô hiệu làm cho hiệp ước chính cũng vô- hiệu là chỉ khi nào các người lập- ước đã định rằng hai cái ước đó là không rời nhau được mà thôi” (Điều thứ 650)

9. Các cách phân loại khác

Hợp đồng công hay còn gọi là hợp đồng chính phủ đã bị hầu hết các ý kiến cho rằng không thể xếp vào lý thuyết chung về hợp đồng kể từ khi các đạo luật, và các học thuyết về luật hành chính đã thay đổi các nguyên tắc căn bản của luật dân

sự để áp dụng loại hợp đồng này³²⁹. Ngày nay người ta có khái niệm hợp đồng hành chính. Theo Martine Lombard và Gilles Dumont: “Việc sử dụng khái niệm hợp đồng không chỉ với tư cách một công cụ pháp lý mà còn như một phương thức hoạt động của cơ quan hành chính nhà nước đã trở nên phổ biến từ khoảng 20 năm trở lại đây”³³⁰. Hợp đồng hành chính có thể được giao kết giữa các cơ quan hành chính đối với nhau, hoặc giữa một pháp nhân công pháp với tư nhân, hoặc giữa người đứng đầu cơ quan hành chính với người dưới quyền của mình. Việc xác định hợp đồng hành chính không hoàn toàn căn cứ vào các văn bản pháp luật mà còn căn cứ vào án lệ và các học thuyết pháp lý. Hợp đồng bảo hiểm tiền gửi theo pháp luật Việt Nam có thể xem là hợp đồng hành chính.

Ở Pháp có quan niệm về hai điều kiện để xem là hợp đồng hành chính nếu pháp luật không qui định rõ: *Điều kiện thứ nhất* là một bên giao kết hợp đồng là pháp nhân công pháp; và *Điều kiện thứ hai* là do mục đích hoặc nội dung hợp đồng mà hợp đồng thể hiện ý định của cơ quan hành chính nhà nước là tránh áp dụng qui định chung của pháp luật³³¹.

³²⁹ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 398

³³⁰ Martine Lombard và Gilles Dumont, *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp (Sách tham khảo)*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 379

³³¹ Martine Lombard và Gilles Dumont, *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp (Sách tham khảo)*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 381

Chương 7

GIAO KẾT HỢP ĐỒNG

Mục 7.1

Các thành tố của sự thoả thuận

Các chương trên đã đề cập tới khái niệm hợp đồng và khái niệm nghĩa vụ. Các khái niệm này cho thấy, hợp đồng là sự thoả thuận làm phát sinh ra quan hệ nghĩa vụ dân sự giữa trái chủ và người thụ trái và có hiệu lực thi hành. Vậy muốn tạo lập được một hợp đồng, ít nhất phải có hai người mà ý chí của họ phải gặp gỡ nhau hoặc họ phải cùng nhau ưng thuận về một đối tượng cụ thể. Có thể hiểu thoả thuận là khởi nguồn cho hợp đồng. Ưng thuận hay thoả thuận là vấn đề quan trọng nhất của hợp đồng mà không thể thiếu. Một người biểu lộ ý chí về một đối tượng nhất định, mà chỉ có thể được đáp ứng bởi một người khác, sẽ không làm phát sinh ra nghĩa vụ hay không thể được thoả mãn, nếu không được người đáp ứng chấp nhận hay ưng thuận. Trong khi giới thiệu về luật hợp đồng theo truyền thống Common Law, các tác giả Daniel Khoury và Yvonne S Yamouni nhận định thoả thuận là yếu tố đầu tiên của hợp đồng, có bản chất là sự thống nhất ý chí (a meeting of the minds) của các bên giao kết hợp đồng, và là một yếu tố dễ gây tranh chấp nhất³³².

Xét cho cùng, hợp đồng có hai yếu tố:

Yếu tố trước tiên là người giao kết hợp đồng. Yếu tố này đòi hỏi ít nhất phải có hai người như trên đã nói. Đặc biệt có những trường hợp một người giao kết hợp đồng với chính bản thân mình (Ví dụ: Người giám hộ mua hoặc thuê tài sản của người được giám hộ; người được uỷ thác bán tài sản lại mua chính tài sản đó; hoặc người được uỷ thác mua và uỷ thác bán từ hai người khác nhau với cùng một đối tượng mua bán...). Tuy nhiên các trường hợp này mang nhiều ý nghĩa kỹ thuật

³³² Daniel Khoury, Yvonne S Yamouni, *Understanding contract law*, Butterworths, Sydney, Adelaide, Brisbane, Caberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989, p. 14

pháp lý hơn là về thực chất. Những người tự giao kết hợp đồng với bản thân mình như vậy thực hành một lúc hai tư cách vừa là mình vừa là đại diện của bên đối tác hoặc vừa là đại diện của bên này vừa là đại diện của bên kia. Trừu tượng hoá hay điển hình hoá các quan hệ này, Bộ luật Dân sự của Cộng hoà Hồi Giáo Iran 1983 có qui định tại Điều 198 như sau:

“Một trong các bên hoặc cả hai bên có thể đại diện cho người khác. Cũng có thể một người hành động như đại diện cho cả hai bên trong hợp đồng”.

Cần lưu ý rằng, người, theo quan niệm pháp lý, hoặc là thể nhân, hoặc là pháp nhân. Các Bộ luật Dân sự của các nước trên thế giới hầu hết quan niệm, chủ thể của luật dân sự bao gồm thể nhân và pháp nhân. Trong khi đó ở Việt Nam, Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 và Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 xác định thêm cả tổ hợp tác và hộ gia đình là chủ thể của luật dân sự. Vì vậy khi qui định chủ thể thông thường của luật thương mại, các đạo luật về thương mại của Việt Nam có những dẫn đo nhất định. Luật Thương mại Việt Nam 1997 của Việt Nam qui định thương nhân có thể là thể nhân, pháp nhân, tổ hợp tác hoặc hộ gia đình. Trong khi trên thế giới, người ta quan niệm thương nhân chỉ bao gồm hai loại là thương gia thể nhân và thương gia pháp nhân. Có lẽ để tránh đi những tranh luận không cần thiết, Luật Thương mại Việt Nam 2005 qui định: “Thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh” (Điều 6, khoản 1). Tuy nhiên Đạo luật này tại Điều 7 còn nhắc tới thương nhân thực tế là những người chưa đăng ký kinh doanh nhưng đã thực hiện các hành vi thương mại. Thương nhân thực tế theo tinh thần của Điều luật này vẫn được xem là chủ thể của các hợp đồng.

Yếu tố thứ hai của hợp đồng là mục đích của sự thoả thuận. Yếu tố này đặt ra vấn đề những người tham gia giao kết hợp đồng không nhất thiết phải thoả thuận về tất cả các điều khoản của hợp đồng, nhưng phải thoả thuận tối thiểu về bản chất và mục đích của hợp đồng. Còn đối với những điều khoản khác, thì đã có các qui định của pháp luật dự liệu cho ý chí của các bên. Tính chất của luật tư, nhất là luật hợp đồng, được biểu hiện như vậy. Do đó việc qui định nhiều điều

khoản bắt buộc của hợp đồng gây khó khăn cho giao lưu dân sự. Ở đây cần lưu ý, sự thoả thuận không có nghĩa là các ý chí phải biểu lộ một lúc, và đa số các hợp đồng cần có sự thương lượng. Chương nói về phân loại hợp đồng ở trên có đề cập đến hợp đồng gia nhập mà tại đó sự thoả thuận chỉ là lý thuyết và có sự hạn chế nhất định đối với tự do hợp đồng. Tuy nhiên có thể hiểu sự tự nguyện của bên gia nhập trong trường hợp này vẫn là yếu tố quan trọng nhất để xác lập quan hệ hợp đồng, có nghĩa là nếu không có sự đồng ý chấp nhận toàn bộ các điều kiện và điều khoản của hợp đồng, thì không có sự ràng buộc giữa người dự sẵn hợp đồng và người khác liên quan tới vấn đề đó.

Sự thoả thuận ngày nay được quan niệm và qui định tiến bộ hơn so với trước kia, bởi xuất phát từ tự do ý chí nên cho rằng, nếu chỉ có ý chí của con người mới có giá trị ràng buộc con người thì sự tuyên bố ý chí ràng buộc không thể bị trói buộc theo một cách thức nhất định. Luật La Mã cổ đại, theo chủ nghĩa trọng hình thức, đã có những công thức nhất định cho việc thể hiện ý chí, chẳng hạn *stipulatio* được dùng như một khuôn mẫu để giao kết hợp đồng. Theo khuôn mẫu này việc giao kết hợp đồng giữa người hỏi (*stipulator*) và người trả lời (*promissor*) phải được tiến hành làm sao để câu trả lời phải ăn khớp với câu hỏi như: Anh có hứa không (*spondesne*)? Người kia phải trả lời: Tôi hứa (*spondeo*), có nghĩa là người trả lời phải dùng chính động từ đã dùng trong câu hỏi. Hỏi đáp phải được thực hiện bằng miệng trực tiếp, và không được dùng cử chỉ. Do đó người bị khuyết tật câm hoặc điếc không thể dùng *stipulatio*³³³.

Sự thoả thuận bao gồm hai thành tố mà không phụ thuộc cả vào một bên trong quan hệ hợp đồng, có nghĩa là mỗi bên chỉ có thể đóng góp vào sự thoả thuận một thành tố nhất định trong hai thành tố đó. Hai thành tố nói tới ở đây là “đề nghị giao kết hợp đồng” và “chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng”. Chúng ta có thể gọi là “đề nghị” và “chấp nhận” cho giống với thuật ngữ chuyên môn. Việc diễn giải dài dòng các thành tố này bằng các cụm từ “đề nghị giao kết hợp đồng”

³³³ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 79- 80

và “chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng” không mang tính xây dựng thuật ngữ pháp lý mà chỉ nhằm giúp cho người thường (người không học luật) dễ hiểu. Các luật gia trước kia sử dụng thuật ngữ “đề ước” và “ưng thuận”³³⁴. Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 sử dụng thuật ngữ “thỉnh- cầu lập- ước” và “giả lời nhận”. Bản thân sự thoả thuận đã bao gồm hai thành tố là đề nghị và chấp nhận, nhưng không phải sự thoả thuận nào cũng là hợp đồng. Một số tác giả Hoa Kỳ căn dặn các sinh viên học luật, nên đề trong đầu rằng toà án sử dụng từ “đề nghị” và “chấp nhận” theo nghĩa kỹ thuật pháp lý, và vấn đề này rất dễ gây nhầm lẫn bởi các đương sự thường hiểu các từ ngữ này theo nghĩa đời thường³³⁵. Có lẽ vì thế nhà làm luật Việt Nam hiện nay đã sử dụng các cụm từ dài dòng nói trên để diễn tả các vấn đề này?

Khái niệm về đề nghị và chấp nhận vốn thường được dùng để xác định xem hợp đồng đã được giao kết hay chưa, và nếu có thì khi nào³³⁶. Một sự thoả thuận được xem là tồn tại, nếu có sự gặp gỡ của các ý chí³³⁷. Nếu không có sự gặp gỡ đó, toà án xem như không có hợp đồng nào tồn tại giữa các bên. Sự thoả thuận hình thành khi lời đề nghị giao kết hợp đồng của người này được người được đề nghị chấp nhận. Vậy xem xét đề nghị và chấp nhận là yếu tố thiết yếu để nhận biết sự thoả thuận.

Rõ ràng khi giải quyết tranh chấp hợp đồng thì vấn đề đầu tiên cần phải xác định là các bên tranh chấp có quan hệ hợp đồng hay không. Khi xem xét áp dụng chế tài vi phạm hợp đồng, các luật gia thuộc Common Law chỉ dẫn, cần phải xem xét tới bốn yếu tố: (1) Có một hợp đồng có giá trị tồn tại giữa nguyên đơn và bị đơn; (2) Bị đơn đã vi phạm hợp đồng; (3) Bị đơn không có sự biện hộ nào mà có

³³⁴ Trong cuốn “*Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*”, Vũ Văn Mẫu sử dụng thuật ngữ “đề ước” và “sự ưng thuận”. Các thuật ngữ này tương ứng với “offer” và “acceptance” trong tiếng Anh, và “l’offre” và “l’acceptation” trong tiếng Pháp. Xét cho cùng các thuật ngữ này do Vũ Văn Mẫu xây dựng thoả đáng hơn và có thể sử dụng trong phạm vi rộng rãi hơn

³³⁵ A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business*, Fourth edition, Irwin, USA, 1991, p. 119

³³⁶ 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. 78

³³⁷ Daniel Khoury, Yvonne S Yamouni, *Understanding contract law*, Butterworths, Sydney, Adelaide, Brisbane, Caberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989, p. 13

thể được khẳng định thành công chống lại yêu cầu của nguyên đơn về việc vi phạm hợp đồng; và (4) Hợp đồng bản thân nó không qui định một chế tài hoặc hạn chế chế tài³³⁸. Tuy nhiên việc xem xét có quan hệ hợp đồng hay không giữa các bên dựa vào các yếu tố đề nghị và chấp nhận có rất nhiều khó khăn và phức tạp. Chẳng hạn trong vụ *Harvey v. Facey* thể hiện rất rõ sự phức tạp này. Harvey gửi một điện tín cho Facey yêu cầu: “*Ngài có thể bán cho chúng tôi Bumper Hall Pen không? Gửi điện tín cho tôi biết giá thấp nhất bằng tiền mặt*”. Facey trả lời qua điện tín: “*Giá thấp nhất cho Bumper Hall Pen là 900 bảng*”. Harvey gửi điện tín nói: “*Chúng tôi đồng ý mua Bumper Hall Pen với giá 900 bảng theo yêu cầu của ngài*”. Facey không bán. Sau đó Harvey kiện Facey vì vi phạm hợp đồng, và lập luận rằng, bức điện tín của Facey là thư chào hàng và đã được Harvey chấp nhận thông qua bức điện tín thứ ba. Quan điểm của Harvey không được Ủy ban tư pháp của Hội đồng cơ mật Anh Quốc chấp nhận. Có phán quyết rằng, trong hoàn cảnh này Harvey là người đưa ra đề nghị có hiệu lực và Facey được đề nghị ở vị thế quyết định có chấp nhận hay không³³⁹.

Từ những phân tích ở trên chúng ta có thể thấy những điểm khởi đầu của việc tìm hiểu giao kết hợp đồng là hiểu biết về khái niệm đề nghị, khái niệm chấp nhận, các điều kiện của chúng và sự gặp gỡ của các ý chí...

Phình có cơ hội kinh doanh xe đạp, nên rất muốn mua xe đạp cũ để trưng bày tại một ngôi nhà ở mặt phố Huế, nơi làm cửa hàng mua bán xe đạp cũ, vì thấy nhiều lợi ích sau khi đã nghiên cứu kỹ lưỡng mọi vấn đề liên quan. Phình gặp Phệt- người đang có một chiếc xe đạp cũ rất vừa ý của Phình. Câu chuyện ngắn nhất phải diễn ra để đi tới thiết lập một hợp đồng mua bán chiếc xe đạp đó giữa Phình và Phệt có thể như sau: (1) Phình bộc lộ với Phệt muốn mua chiếc xe đạp đó, có thể bằng lời đề nghị “*Tôi muốn mua chiếc xe đạp cũ của ông*”; và (2) Phệt chấp nhận bán chiếc xe đó, có thể với bộc lộ: “*Tôi đang muốn bán chiếc xe quý giá này của tôi, nếu được người mua như ông thì tốt quá*”. Diễn tiến của câu chuyện có thể

³³⁸ Jane M. Friedman, *Contract Remedies*, West Publishing Company, 1981, p. 1

³³⁹ Daniel Khoury, Yvonne S Yamouni, *Understanding contract law*, Butterworths, Sydney, Adelaide, Brisbane, Caberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989, p. 15

ngược lại: Phệ đề nghị bán và Phình chấp nhận mua. Trong đời sống đề đi đến những thoả thuận chúng ta cũng phải đi theo diễn tiến như vậy. Chẳng hạn đề trở thành một cặp yêu đương, thông thường người con gái phải thổ lộ tình cảm của mình để được người con trai chấp nhận. Tuy nhiên có ý kiến nhắc nhở rằng, cách phân tích các thành tố này không áp dụng cho việc ký kết những thoả thuận được chuẩn bị, và sự chấp nhận của hai bên đối với những điều kiện được đưa ra bởi bên thứ ba³⁴⁰. Chúng ta có thể bắt gặp trường hợp này ở hợp đồng lập hội.

Pháp luật Anh thường đề cập tới một án lệ nổi tiếng có giá trị lớn cho việc giải quyết các tranh chấp công ty. Clarke và Dunraven đều viết đơn xin tham dự vào câu lạc bộ đua thuyền mang tên Mudhook Yacht Club, và cam kết tuân thủ các qui tắc của Yacht Club Association. Các qui tắc này qui định chủ nhân của con thuyền vi phạm qui tắc va chạm phải con thuyền khác có trách nhiệm bồi thường tất cả các thiệt hại phát sinh. Thuyền của Clarke va chạm vào thuyền của Dunraven. Vụ kiện xảy ra. Tòa phúc thẩm Anh Quốc và House of Lords phán quyết rằng có quan hệ hợp đồng tồn tại giữa những người tham dự cuộc đua thuyền. Vì vậy Clarke phải bồi thường Dunraven bởi vi phạm hợp đồng. Sau đó phán quyết này được sử dụng trong vụ *Rayfield v. Hands* [1958] để đưa ra phán quyết: sự đăng ký của một thành viên vào hợp đồng và điều lệ công ty không chỉ tạo ra sự thỏa thuận giữa thành viên và công ty, mà còn tạo ra sự thỏa thuận giữa thành viên đó với những người đăng ký khác. Như vậy đối với Common Law sự thỏa thuận có các điều kiện như: (1) Không nhất thiết phải trực tiếp mới có quan hệ hợp đồng; (2) có thể ngầm định xét từ hoàn cảnh cụ thể; (3) được xem là tồn tại, nếu có sự gặp gỡ của các ý chí và nếu không có sự gặp gỡ đó, toà án xem như không có hợp đồng nào tồn tại giữa các bên; và (4) hình thành khi lời đề nghị giao kết hợp đồng của người này được người được đề nghị chấp nhận³⁴¹.

³⁴⁰ Sir William R. Anson, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, Twenty- second edition, Oxford at the Clarendon Press, 1965, p. 27

³⁴¹ Daniel Khoury, Yvonne S Yamouni, *Understanding contract law*, Butterworths, Sydney, Adelaide, Brisbane, Caberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989, pp. 13- 14

Pháp luật các nước đều có sự phân loại các cách thức giao kết hợp đồng căn cứ vào sự gặp mặt hay không gặp mặt giữa các bên để từ đó xây dựng các qui chế tương ứng. Chẳng hạn Bộ luật Dân sự CHLB Đức qui định:

“Điều 147. Thời hạn chấp nhận

(1) Đề nghị được đưa tới người có mặt có thể được chấp nhận ngay lập tức. Qui định này cũng áp dụng đối với đề nghị được người này đưa tới người khác qua điện thoại.

(2) Đề nghị được đưa tới người vắng mặt có thể được chấp nhận tại thời điểm mà người đề nghị có thể mong muốn nhận được trả lời theo hoàn cảnh thông thường”.

Có thể thấy, phương thức giao kết hợp đồng với người có thể trao đổi trực tiếp bằng cách gặp mặt hay qua điện thoại, và phương thức giao kết với người ở xa mà không gặp mặt được hay không trao đổi trực tiếp được là hai phương thức có các qui chế pháp lý khác nhau. Đối với phương thức thứ hai xuất hiện nhiều vấn đề liên quan tới trao đổi đề nghị và chấp nhận.

Mục 7.2

Đề nghị

Khi nghiên cứu về đề nghị, có tác giả gợi ý tới ba vấn đề pháp lý cơ bản sau: (1) Thế nào là đề nghị; (2) Giá trị pháp lý của đề nghị; và (3) Thời điểm đề nghị có hiệu lực³⁴². Có thể hiểu trong khi tìm hiểu thế nào là đề nghị thì ngoài việc xây dựng định nghĩa khái niệm đề nghị, còn phải bàn tới hình thức của đề nghị và các điều kiện cụ thể của nó. Giá trị pháp lý của đề nghị và thời điểm có hiệu lực của đề nghị có thể gộp vào thành một vấn đề là hiệu lực của đề nghị, bởi có thể hiểu nếu đề nghị có hiệu lực pháp lý thì kể từ thời điểm nào phát sinh ra sự ràng buộc. Vậy dưới đây sẽ trình bày lần lượt các vấn đề này.

³⁴² Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh- Khoa Kinh tế, *Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế*, Nxb Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh, 2005, tr. 33

I. Khái niệm và các điều kiện của đề nghị

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 định nghĩa: “Đề nghị giao kết hợp đồng là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định cụ thể” (Điều 390, khoản 1).

Các văn kiện pháp lý quốc tế, pháp luật của các quốc gia và các công trình nghiên cứu của các nhà luật học trên thế giới về hợp đồng đưa ra định nghĩa khái niệm “đề nghị” (offer) có phần hơi khác với định nghĩa nói trên của Bộ luật Dân sự 2005.

Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 định nghĩa “Một đề xuất giao kết hợp đồng tạo thành một đề nghị nếu nó xác định một cách thích đáng và biểu lộ rõ ý chí của người đề nghị bị ràng buộc trong trường hợp được chấp nhận” (Điều 2.1.2).

Các nguyên tắc của luật hợp đồng Châu Âu (được hoàn chỉnh và sửa đổi 1998) xác định:

“Một đề xuất được xem là đề nghị nếu:

a) Đề xuất này có ý muốn về hậu quả trong một hợp đồng nếu bên khác chấp nhận đề xuất đó, và

b) Đề xuất đó bao gồm một cách thích đáng các điều kiện xác định để tạo lập một hợp đồng” (Điều 2.201, khoản 1)³⁴³.

Định nghĩa về đề nghị của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không đề cập tới sự chấp nhận của bên được đề nghị và xác định không đúng khái niệm lớn hơn cận kề của đề nghị là đề xuất. Có bình luận tương đối xác đáng về định nghĩa này rằng, nếu định nghĩa như vậy thì một vấn đề rắc rối mang tính pháp lý cũng như thực tiễn có thể đặt ra- đó là dựa trên tiêu chí hay cơ sở nào để có thể xác định ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị giao kết hợp đồng của bên đề nghị. Người bình luận cho rằng vấn đề ở đây là đề nghị phải được xác định mà sự

³⁴³ Pháp luật nước ngoài có sự phân biệt giữa “đề xuất” (proposal) và “đề nghị” (offer) mà theo đó đề xuất là khái niệm rộng hơn đề nghị. Một đề xuất trong sự thoả thuận chỉ có thể trở thành đề nghị trong giao kết hợp đồng khi đáp ứng được các điều kiện do pháp luật qui định. Đề nghị có hiệu lực pháp lý, còn đề xuất thì không.

xác định được thể hiện ở chỗ trong đề nghị phải bao gồm những điều khoản cơ bản của hợp đồng trong tương lai. Người bình luận còn tỏ ra rất luyến tiếc Điều 396³⁴⁴, Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995, bởi cho rằng điều luật này có xác định nội dung chủ yếu của “hợp đồng tương lai” trong đề nghị giao kết hợp đồng³⁴⁵. Bình luận trên xác đáng, nhưng chưa đầy đủ. Tính xác đáng của bình luận trên được thể hiện ở chỗ, trong các ấn phẩm của Unidroit về Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 1994 và Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 có kèm theo bình luận đều cho rằng, hợp đồng được giao kết chỉ bởi chấp nhận một đề nghị, nên các điều kiện của thoả thuận trong tương lai phải được chỉ ra trong đề nghị³⁴⁶. Sự chưa đầy đủ của bình luận trên thể hiện ở chỗ, lời bình luận chưa đề cập tới câu chuyện rằng, trong đề nghị không cần thiết phải nêu tất cả các điều khoản cơ bản của hợp đồng, bởi những điều khoản cơ bản như chất lượng, giá cả, thời gian và nơi thực hiện hợp đồng... có thể được bù đắp hoặc bổ sung hay được giải thích bởi pháp luật về hợp đồng như chúng ta đã nghiên cứu ở trên trong chương nói về các đặc điểm và chức năng của luật hợp đồng, và chương phân loại hợp đồng. Các ấn phẩm nói trên của Unidroit có lý giải, trong đề nghị có thể không có các điều kiện như mô tả chi tiết hàng hoá hoặc dịch vụ sẽ được cung cấp, giá cả, thời gian, địa điểm thực hiện hợp đồng... mà vẫn không làm cho đề nghị thiếu tính xác định, và tất cả tùy thuộc vào các bên giao kết có mong muốn bị ràng buộc bởi hợp đồng hay không, còn những điều kiện bị thiếu đó có thể được giải thích hoặc bổ sung theo pháp luật hoặc tập quán quan hệ giữa các bên³⁴⁷.

³⁴⁴ Điều 396, Bộ luật Dân sự 1995 của Việt Nam qui định: “*Khi một bên đề nghị bên kia giao kết hợp đồng có nêu rõ nội dung chủ yếu của hợp đồng và thời hạn trả lời, thì không được mời người thứ ba giao kết trong thời hạn chờ trả lời và phải chịu trách nhiệm về lời đề nghị của mình*”.

³⁴⁵ Dương Anh Sơn, “Những vấn đề chung về hợp đồng thương mại quốc tế”, *Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế*, Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh- Khoa Kinh tế, Nxb Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh, 2005, tr. 34

³⁴⁶ Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994], [<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1.../2.2.htm>], 18/03/01, Article 2.2; 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. 81

³⁴⁷ Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994], [<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1.../2.2.htm>], 18/03/01,

Có thể hiểu không phải bất cứ người giao kết hợp đồng nào cũng là luật gia để có sự am hiểu nhất định về hợp đồng, và không phải bất kể người giao kết hợp đồng nào cũng nhờ tới luật sư, do đó đòi hỏi hợp đồng phải bao gồm đầy đủ các điều kiện cơ bản là thiếu hiện thực, có thể gây cản trở cho các giao dịch và tăng chi phí, trong khi pháp luật đã có giải pháp là thiết lập các qui định giải thích cho ý chí của các bên trong những trường hợp thiếu vắng một số điều kiện cơ bản. Vì vậy theo Vũ Văn Mẫu, các bên giao kết hợp đồng chỉ cần thoả thuận về một số vấn đề tối thiểu, có nghĩa là về bản chất và chủ đích của hợp đồng³⁴⁸.

Các vấn đề mà các bên phải thoả thuận là các vấn đề mà nếu thiếu chúng thì không thể phán xử được các tranh chấp. Nói cách khác, sự thiếu vắng của các vấn đề đó khiến không ai có thể hiểu nổi ý chí của người thoả thuận. Điều này cũng giống như một người nói “*tôi muốn*”, người kia trả lời “*thích thì chiều*”, hoặc một người nói “*tôi muốn xe đạp*”, người kia trả lời “*chiều thôi*”, nếu hai người không có mối liên hệ nào từ trước để có thể giải thích cho các câu nói đó.

Pháp luật Việt Nam trong vài năm về trước đã có quan niệm cực đoan, do đó qui định hợp đồng phải bao gồm các điều khoản cơ bản và liệt kê rất nhiều điều khoản cơ bản, và lại còn cho rằng nếu hợp đồng thiếu một trong số chúng thì bị vô hiệu. Điển hình là Luật Thương mại Việt Nam 1997 với qui định hợp đồng mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài không có các nội dung chủ yếu của hợp đồng mua bán hàng hoá thì không có hiệu lực (Điều 81, khoản 3). Và nội dung chủ yếu theo qui định của Luật này bao gồm: (1) Tên hàng; (2) Số lượng; (3) Qui cách, chất lượng; (4) Giá cả; (5) Phương thức thanh toán; (6) Địa điểm và thời gian giao nhận hàng (Điều 50). Tại Điều 51, khoản 1 của Luật này còn bắt buộc đề nghị (chào hàng) phải có các nội dung chủ yếu của hợp đồng như trên. Quan niệm này đã bị loại bỏ khỏi pháp luật Việt Nam với sự ra đời của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 và Luật Thương mại Việt Nam 2005. Tuy nhiên nó vẫn còn để lại tàn dư khá

Article 2.2; 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. 81

³⁴⁸ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 58

nặng nề trong một số giáo trình, tài liệu, sách báo, và quan niệm của một số luật gia, đặc biệt vẫn còn để lại trong một số đạo luật chuyên ngành. Chẳng hạn: Bộ luật Lao động 1994 (đã được bổ sung, sửa đổi vào các năm 2002, 2006 và 2007) của Việt Nam qui định:

“Hợp đồng lao động phải có những nội dung chủ yếu sau đây: công việc phải làm, thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, tiền lương, địa điểm làm việc, thời hạn hợp đồng, điều kiện về an toàn lao động, vệ sinh lao động và bảo hiểm xã hội đối với người lao động” (Điều 29, khoản 1).

Có thể có lập luận cho rằng qui định như vậy nhằm mục đích bảo vệ người lao động, giúp họ biết được các quyền lợi của mình... Tuy nhiên có thể nói, khó có hợp đồng lao động nào có thể qui định đầy đủ các nội dung trên, bởi điều kiện an toàn lao động, vệ sinh lao động và bảo hiểm xã hội là những vấn đề rất rộng. Và các qui định như vậy là không cần thiết bởi pháp luật đã có những qui định rất cụ thể, hơn nữa người lao động còn được bảo vệ bởi nhiều chế định khác như công đoàn, thanh tra lao động... Nhưng điều đáng nói hơn là Bộ luật này có qui định: “Trong trường hợp giao kết bằng miệng, thì các bên đương nhiên phải tuân theo các qui định của pháp luật lao động” (Điều 28). Qui định này cho thấy các nội dung chủ yếu như vừa nói không đặt ra đối với các hợp đồng lao động giao kết bằng miệng, bởi pháp luật đương nhiên bổ sung cho hợp đồng đó. Vậy giao kết hợp đồng bằng văn bản, các qui định của pháp luật có tác dụng gì không?

Trong cuốn giáo trình gần đây nhất về luật dân sự của một cơ sở đào tạo nghề luật có đoạn viết:

“Không phải lời đề nghị bất kỳ nào cũng được coi là đề nghị ký kết hợp đồng. Để cho lời đề nghị đó được coi là lời đề nghị giao kết hợp đồng thì trong đó phải chứa đựng một số yếu tố cơ bản sau: a) Đề nghị giao kết hợp đồng phải thể hiện rõ được nguyện vọng muốn đi đến giao kết hợp đồng của bên đề nghị; b) Trong đề nghị giao kết hợp đồng phải có chứa toàn bộ mọi điều kiện cơ bản của

hợp đồng; c) Trong đề nghị giao kết hợp đồng phải xác định rõ bên được đề nghị”³⁴⁹.

Quan niệm này giống với qui định tại Điều 435, khoản 1, Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 như sau:

“Đề nghị được coi là đề xuất, gửi tới một hoặc một số người cụ thể, mà bao hàm một cách đầy đủ và biểu lộ ý chí của người đã đưa ra đề xuất, tự xem mình là đã giao kết hợp đồng với người được đề nghị mà sẽ chấp nhận đề xuất đó. Đề nghị phải chứa đựng các điều kiện chủ yếu của hợp đồng”.

Quan niệm này chỉ nên là “gợi ý” cho các luật sư tư vấn trong trường hợp giúp các bên soạn thảo đề nghị giao kết hợp đồng, chứ không thể là quan điểm pháp lý tốt dùng để giải quyết tranh chấp hợp đồng. Điều đó có nghĩa là luật sư khi giúp soạn thảo hợp đồng hay đề nghị giao kết hợp đồng thì nên cố gắng xác định các điều kiện cần thiết như có thể, trừ hoàn cảnh đặc biệt đòi hỏi. Tuy nhiên khi một tranh chấp về hợp đồng xảy ra, có hai câu hỏi nên tảng mà toà án phải trả lời: (1) Có quan hệ hợp đồng giữa các bên không? và (2) Nếu có thì những điều kiện của nó là gì? Việc trả lời các câu hỏi này của toà án rất quan trọng cho việc đưa ra các quyết định của mình³⁵⁰. Dù sao các điều kiện của hợp đồng cần xác định một cách thích đáng, nhưng không thể theo khuynh hướng cực đoan hoặc như các qui định trước kia của Việt Nam (đã nói trên) quan tâm tất cả, bắt buộc tất cả, hoặc như Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không quan tâm tới bất kể điều kiện nào của hợp đồng, dù là đối tượng của hợp đồng³⁵¹. Điều này cho thấy nhà làm luật của chúng ta đã nhảy từ thái cực này sang thái cực khác, mà việc ngộ ra được con đường còn có nhiều khó khăn. Quan niệm của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 về vấn đề này có lẽ được cho là tiếp nhận từ các chuyên gia pháp luật của Common Law, nhưng chưa được cân nhắc một cách kỹ lưỡng. Các nước theo Common Law

³⁴⁹ Bùi Đăng Hiếu, “Chương VIII- Hợp đồng dân sự”, *Giáo trình luật dân sự* của Học viện Tư pháp, Nxb Công an Nhân dân, 2007, tr. 364

³⁵⁰ A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business*, Fourth edition, Irwin, USA, 1991, p. 119

³⁵¹ Điều 402, Bộ luật Dân sự 2005 của Việt Nam cho phép các bên có thể thoả thuận một số nội dung cơ bản của hợp đồng kể cả đối tượng của hợp đồng. Điều này cũng có nghĩa là có thể không thoả thuận ngay cả đối tượng của hợp đồng

có quan niệm về nguồn của pháp luật rất rộng, trong đó án lệ là một nguồn chính thức và phổ biến, trong khi đó các luật gia Việt Nam hiện nay chỉ có thói quen làm đúng những gì mà văn bản pháp luật qui định. Để xử lý được tư tưởng của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 về vấn đề này cần phải mở rộng quan niệm về nguồn của pháp luật, và đổi mới được cách thức tư duy của các thẩm phán hiện nay ở nước ta. Vậy chúng ta có thể phải xem những vấn đề pháp lý tương tự đã được các nước khác hay các nền tài phán khác xử lý như thế nào, và giải pháp của họ ra sao.

Theo pháp luật Hoa Kỳ, đề nghị có ba điều kiện:

Thứ nhất, đề nghị phải biểu lộ ý chí rõ ràng về giao kết hợp đồng;

Thứ hai, đề nghị phải xác định thích đáng để toà án có thể định rõ ý chí thật của các bên;

Thứ ba, đề nghị phải được truyền đạt tới bên kia³⁵².

Tóm tắt hơn, có thể nói đề nghị có các đặc trưng riêng về: Ý chí, tính xác định và truyền đạt³⁵³.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 cho rằng một đề nghị phải được đưa tới người được xác định cụ thể (Điều 390, khoản 1). Ở đây có thể hiểu một đề xuất chỉ có thể trở thành đề nghị khi đề xuất đó được đưa tới một hoặc một nhóm người xác định cụ thể. Có tác giả Việt Nam cũng có cách hiểu như vậy đối với Điều luật này, tuy nhiên tỏ ra đồng tình với nó³⁵⁴. Khi phân tích đề nghị, có ý kiến khác hơn. Vũ Văn Mẫu khẳng định “đề ước có thể làm riêng cho một người hay là làm chung cho công chúng”³⁵⁵. Pháp luật của Anh và pháp luật của Úc cũng có quan điểm giống vậy nhưng được trình bày cụ thể hơn trong việc đưa ra và phân tích các điều kiện của đề nghị. Các điều kiện của đề nghị theo pháp luật Anh và Úc bao gồm:

³⁵² Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, p. 71

³⁵³ A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business*, Fourth edition, Irwin, USA, 1991, p. 120

³⁵⁴ Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh- Khoa Kinh tế, *Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế*, Nxb Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh, 2005, tr. 34

³⁵⁵ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 93

- (1) Đề nghị nhất thiết phải phân biệt với lời mời đàm phán.
- (2) Đề nghị có thể được lập ra cho một người hoặc nhiều người cụ thể, hoặc một nhóm người, hoặc với cả thế giới.
- (3) Đề nghị nhất thiết phải được truyền đạt tới người hoặc những người dự định.
- (4) Đề nghị có thể bị huỷ bỏ tại bất kỳ thời điểm nào trước khi được chấp nhận³⁵⁶.

Khái niệm và các điều kiện của đề nghị theo dân luật Pháp được chắt lọc ngắn gọn rằng: Đề nghị giao kết hợp đồng là quyết định đơn phương có chủ ý của một người bày tỏ ý định giao kết hợp đồng theo những điều kiện xác định với một hay nhiều người khác, có nghĩa là đề nghị phải thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng, xác định nội dung chủ yếu của hợp đồng (nhưng không cần cụ thể), được thể hiện rõ ràng hoặc ngầm định dưới một hình thức nhất định có xác định thời hạn hoặc không xác định thời hạn trả lời, có thể được đưa tới công chúng, một nhóm người hoặc một người cụ thể³⁵⁷. Như vậy có thể nói, nhận thức về đề nghị không quá khác nhau giữa các hệ thống pháp luật.

Trong vụ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* [1893] 1 QB 256, bị đơn là người sản xuất “smoke ball” đã quảng cáo như sau trên một số tờ báo: “Carbolic Smoke Ball Company sẽ trả 100 bảng cho bất kỳ ai mắc phải cúm, cảm hay bất kỳ bệnh nào bị gây ra bởi nhiễm lạnh sau khi đã dùng carbolic smoke ball phù hợp với chỉ dẫn kèm theo. 1000 bảng đã được gửi tại Alliance Bank, Regent Street minh chứng cho sự thành thật của chúng tôi trong vấn đề này”. Tin tưởng vào quảng cáo, bà Carlill đã mua hàng và sử dụng phù hợp với chỉ dẫn. Thế nhưng bà vẫn mắc bệnh cúm, nên kiện đòi 100 bảng từ Carbolic Smoke Ball Company. Bị đơn lập luận hợp đồng như vậy đã lập với cả thế giới và điều đó là không thể. Lập

³⁵⁶ Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH Australia Limited, 1987, p. 197; Daniel Khoury, Yvonne S Yamouni, *Understanding contract law*, Butterworths, Sydney, Adelaide, Brisbane, Caberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989, pp. 15- 16

³⁵⁷ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 27- 28

luận này bị bác bỏ như là một sai lầm. Toà án Anh Quốc khẳng định: Đề nghị như vậy được xem là đề nghị với cả thế giới và nó ràng buộc khi có ai đó tới và thực hiện điều kiện như quảng cáo đề ra³⁵⁸.

Đề nghị và lời mời đàm phán không có ranh giới thực sự rõ ràng, do đó đòi hỏi sự phân biệt, nhiều khi phải gắn với hoàn cảnh cụ thể. Tuy nhiên về mặt lý thuyết ta có thể phân tích một đề nghị để nhận biết nó dựa trên các dấu hiệu đặc trưng của nó đã được nói ở trên. Mong muốn bị ràng buộc thường được dùng để xác định một bên đưa ra đề nghị hay chỉ nhằm khởi xướng việc đàm phán³⁵⁹.

Cần lưu ý, trong lời mời đàm phán người mời tuyên bố sự sẵn sàng tiếp nhận đề nghị giao kết hợp đồng của người được mời; và lời mời đôi khi định ra cách thức để lời đề nghị giao kết hợp đồng có thể được thiết lập. Ví dụ: trong vụ *Harvela Investment Ltd v. Royal Trust Company of Canada (CI) Ltd*, người kháng cáo và bị đơn thứ hai được bị đơn thứ nhất mời đề nghị giao kết hợp đồng để mua cổ phần trong một công ty. Thư mời qui định lời đề nghị giao kết hợp đồng phải được gửi tới vào một ngày xác định. Bị đơn thứ nhất cam kết bị ràng buộc bởi người trả giá cao nhất. Cả nguyên đơn và bị đơn thứ hai đều gửi đề nghị tới bị đơn thứ nhất trong thời hạn xác định. Nguyên đơn chào mua với giá 2.175.000 đô la. Bị đơn thứ hai chào mua với giá 2.100.000 đô la hoặc 101.000 đô la trội hơn bất kỳ đề nghị giao kết hợp đồng nào khác. Bị đơn thứ nhất cho rằng mình bị ràng buộc chấp nhận lời đề nghị của bị đơn thứ hai. Nguyên đơn kiện ra toà đòi hỏi phải chuyển nhượng các cổ phần đó cho mình. The House of Lords nhận định, thư mời đề nghị giao kết hợp đồng chỉ dự liệu về việc trả giá ấn định, có nghĩa là giá xác định; và đưa ra phán quyết bị đơn thứ nhất có nghĩa vụ chuyển nhượng cổ phần cho nguyên đơn³⁶⁰.

³⁵⁸ Sir William R. Anson, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, Twenty- second edition, Oxford at the Clarendon Press, 1965, p. 41; Daniel Khoury, Yvonne S Yamouni, *Understanding contract law*, Butterworths, Sydney, Adelaide, Brisbane, Caberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989, p. 20

³⁵⁹ 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. 82

³⁶⁰ Daniel Khoury, Yvonne S Yamouni, *Understanding contract law*, Butterworths, Sydney, Adelaide, Brisbane, Caberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989, p. 16

Đề nghị còn phải được phân biệt với quảng cáo, thậm chí trong quảng cáo có ghi rõ giá cả của hàng hoá. Truyền thống Common Law áp dụng qui tắc này đối với cả catalog, bảng liệt kê giá hay giấy báo giá³⁶¹. Trong vụ *Grainger and Son v. Gough* vấn đề pháp lý đặt ra là một thương nhân phân phát giấy báo giá có liệt kê giá cả cụ thể của từng loại rượu được xem là đề nghị giao kết hợp đồng hay lời mời về việc đề nghị giao kết hợp đồng. Qua xét xử vụ án này có phán quyết rằng giấy báo giá tạo thành lời mời đàm phán hợp đồng. Lord Herchell lập luận: “Việc phát tán bảng liệt kê giá cả như vậy không được xem là một lời đề nghị cung cấp một số lượng rượu vô giới hạn mà được mô tả với một mức giá ấn định, để đến nỗi ngay lập tức một đòi hỏi được đưa ra là có một hợp đồng ràng buộc cung cấp số lượng rượu như vậy. Nếu thế một thương nhân sẽ bị ràng buộc vào bất kỳ một nghĩa vụ hợp đồng nào để cung cấp rượu như được mô tả cụ thể trong khi anh ta có lẽ không đủ khả năng thực hiện, hàm rượu của anh ta nhất thiết phải có giới hạn”. Từ vụ án này các học giả Common Law rút ra hai nguyên lý:

(1) Giấy báo giá, catalogue, báo chí được xem là lời mời đàm phán. Các khách hàng tiềm năng có thể đề nghị giao kết hợp đồng và chủ hàng tự do chấp nhận hay từ chối.

(2) Qui tắc này cũng được áp dụng đối với trưng bày hàng hoá³⁶².

Các quan niệm trên đây của các nước theo truyền thống Common Law có sự khác biệt với quan niệm của Vũ Văn Mẫu. Ông cho rằng: “Sự đề ước có thể có nhiều hình thức, hoặc minh thị như khi một người bán nhà đề nghị rõ rệt muốn bán với những điều kiện nào, hoặc mặc nhiên như trưng bày hàng hoá ở trong tủ với giá bán hoặc để xe taxi đậu ở bến đỗ xe”³⁶³. Việc trưng bày hàng hoá ở các cửa hàng, thậm chí có niêm yết giá cả cụ thể, nếu được xem là lời đề nghị thì sẽ dẫn tới trường hợp phức tạp khó khăn cho việc giải quyết tranh chấp. Chẳng hạn: Phình

³⁶¹ A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business*, Fourth edition, Irwin, USA, 1991, p. 121

³⁶² Daniel Khoury, Yvonne S Yamouni, *Understanding contract law*, Butterworths, Sydney, Adelaide, Brisbane, Caberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989, p. 17; A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business*, Fourth edition, Irwin, USA, 1991, p. 121

³⁶³ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 93

vào một siêu thị, chọn được một hàng hoá rất đắt tiền đang bày trên giá hàng hoá cùng với các hàng hoá khác để người mua lựa chọn, có niêm yết giá cả cụ thể, và rất phù hợp với nhu cầu của anh ta mà bấy lâu nay anh ta chưa tìm thấy. Khi mang hàng hoá đó ra quầy thu ngân để trả tiền, anh ta bị từ chối nhận tiền với lời giải thích rằng hàng hoá đó còn lại duy nhất để làm mẫu, và giám đốc siêu thị vừa thông báo không bán. Nếu tranh chấp xảy ra, thì có một vấn đề quan trọng cần phải cân nhắc- đó là việc trưng bày hàng hoá như vậy có được xem là đề nghị không. Nếu là đề nghị, thì trong trường hợp này có quan hệ hợp đồng giữa Phình và siêu thị. Như vậy siêu thị vi phạm hợp đồng. Còn nếu không phải là đề nghị mà chỉ là hoạt động mời khách hàng đưa ra lời đề nghị, thì chưa có quan hệ hợp đồng nào được thiết lập giữa Phình và siêu thị. Như vậy siêu thị không thể vi phạm hợp đồng, và siêu thị luôn luôn là bên sẵn sàng tiếp nhận đề nghị của khách hàng với giá bán và các điều kiện đã được định sẵn. Có lẽ bị ảnh hưởng bởi một bản án của Pháp coi việc gửi giấy báo giá có thể được xem là đề nghị, Vũ Văn Mẫu đã có quan niệm như trên. Tuy nhiên ông cũng phân tích sự khác biệt giữa đề ước và sự đề nghị thương lượng. Đề ước, theo ông, khác với đề nghị thương lượng ở chỗ: nếu được chấp nhận thì hợp đồng được kết lập, còn đối với đề nghị thương lượng thì không. Sau khi lý giải về tính chất phức tạp và quan trọng của sự phân biệt này, ông ủng hộ quan điểm cho rằng: sự phân biệt này là một vấn đề thực tế và không thể đưa ra một nguyên tắc tiên định nào, do đó nên để cho thẩm phán có toàn quyền giải quyết³⁶⁴. Sau đó Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ không có qui định cụ thể về đề nghị và chấp nhận đề nghị, trong khi trước đó Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 đều có qui định cụ thể về đề nghị và chấp nhận đề nghị tại các Điều thứ 655 và Điều thứ 691 tương ứng.

Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 là một Bộ luật Dân sự mới ra đời, nên đã tích hợp được nhiều quan điểm khác nhau và đã cân đối chúng thành công ở một mức độ nhất định. Về vấn đề đang bàn, Bộ luật này có qui định:

³⁶⁴ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 93

“Điều 437. Lời mời đưa ra đề nghị. Đề nghị công cộng

1. Quảng cáo và những đề xuất khác được gửi tới một nhóm người không xác định phải được xem là lời mời đưa ra đề nghị, trừ khi trong đề xuất đó có qui định khác.

2. Đề xuất bao gồm tất cả các điều kiện chủ yếu của hợp đồng mà trong đó thể hiện rõ ý chí giao kết hợp đồng của người đề xuất với bất kỳ người trả lời chấp nhận nào trên cơ sở các điều kiện nêu trong đề xuất, thì được xem là đề nghị (đề nghị công cộng)”.

Như vậy ranh giới giữa quảng cáo với đề nghị, cũng như ranh giới giữa lời mời đưa ra đề nghị với đề nghị rất mong manh. Tuy nhiên theo pháp luật Liên bang Nga, được xem là đề nghị nếu đề xuất đó đáp ứng được hai điều kiện cơ bản là: (1) Thể hiện rõ ý chí giao kết hợp đồng; và (2) bao gồm tất cả các điều kiện chủ yếu. Giữa hai điều kiện này có mối quan hệ với nhau. Chẳng hạn việc nêu đầy đủ các điều kiện chủ yếu của hợp đồng góp phần xác định ý chí giao kết hợp đồng. Vậy thế nào là các điều kiện chủ yếu của hợp đồng đối với các loại hợp đồng khác nhau, và liệu người không học luật mỗi khi giao kết hợp đồng đều phải mời luật sư? Nhất là đối với loại hợp đồng vô danh, qui định nào của pháp luật nêu rõ đâu là điều kiện chủ yếu của loại hợp đồng này?

Có lẽ trong khi giải thích các qui định của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 về giao kết hợp đồng, Nguyễn Ngọc Khánh đã xuất phát từ cách xử lý của người Nga được thể hiện trong Bộ luật Dân sự của họ và kết hợp với một vài thực tiễn xét xử của, nên đã viết:

“Nhu vậy, kết hợp qui định tại khoản 1 Điều 390 và qui định tại khoản 1 Điều 404 Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, có thể khẳng định, để “*thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng*” thì bên đưa ra đề nghị phải nêu rõ nội dung chủ yếu của hợp đồng, còn các hình thức tờ rơi quảng cáo hàng hoá, catalog giới thiệu sản phẩm... chỉ được coi là lời mời chào giao kết hợp đồng hoặc lời mời bàn bạc để thoả thuận

giao kết, vì chúng không chứa đựng nội dung chủ yếu của hợp đồng”³⁶⁵. Có quan điểm như vậy, nên cơ quan xét xử của Liên bang Nga đôi khi có những phán quyết khó có thể được xem là thích hợp.

Mặc dù pháp luật Việt Nam hiện nay không qui định thật cụ thể về vấn đề này, nhưng trong thực tiễn thương mại ở Việt Nam mọi người có khuynh hướng xem giấy báo giá, catalogue, tờ rơi, báo chí là việc mời đàm phán. Tuy nhiên có tác giả Việt Nam quan niệm:

“Việc chào bán hàng tiêu dùng thường thông qua lời giới thiệu của nhân viên bán hàng và quan sát hiện vật. Đa số hàng tiêu dùng được chào bán thông qua hành vi cụ thể, ví dụ nhu yếu phẩm, sách vở đã ghi sẵn giá cả, được bày bán trong các cửa hàng tự chọn”³⁶⁶.

Ở các nước Common Law đôi khi toà án đưa ra phán quyết quảng cáo trong một số trường hợp được xem là đề nghị. Tuy nhiên các trường hợp này cần phải có những điều kiện nhất định. Hầu hết các trường hợp quảng cáo được xem như đề nghị giao kết hợp đồng thông thường bao gồm trong đó điều kiện buộc người mua phải làm một hoặc nhiều việc gì đó để chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng³⁶⁷. Tuy nhiên vấn đề quảng cáo không được điều tiết bởi luật hợp đồng mà có thể được điều tiết bởi lĩnh vực pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

Hiện nay có thể có quan điểm giải thích: định nghĩa đề nghị giao kết hợp đồng tại Điều 390, khoản 1, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã không xem “đề xuất” giao kết hợp đồng với công chúng rộng rãi hoặc một nhóm người là đề nghị giao kết hợp đồng. Thông cảm với sự nhận thức chấp chới về đề nghị, các tác giả của cuốn “*Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004*” đã nói: “một đề nghị được gửi đến một người hay một số người để được coi như một đề nghị giao kết hợp đồng hơn một đề nghị được gửi cho nhiều người nói

³⁶⁵ Nguyễn Ngọc Khánh, *Chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 221

³⁶⁶ Phạm Duy Nghĩa, *Giáo trình luật thương mại Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 1998, tr. 86

³⁶⁷ A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business*, Fourth edition, Irwin, USA, 1991, p. 122

chung”³⁶⁸. Vậy sẽ là khó khăn cho việc giải thích, nếu theo Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, khi một người đưa ra đề nghị cho tất cả những ai hễ có sắt vụn bán cho anh ta với một giá cả, địa điểm xác định trước trong đề nghị đó và tại bất kể thời điểm nào, với số lượng bao nhiêu và chất lượng như thế nào. Nên chăng giải thích “người được đề nghị” theo pháp luật Việt Nam hiện nay mở rộng theo hướng người đã được xác định cụ thể về một số đặc điểm nào đó hoặc người có khả năng chấp nhận được đề nghị chung?

Đề ước theo Vũ Văn Mẫu cũng có những bảo lưu, có thể là mặc nhiên, nhất là trong trường hợp những người được hưởng đề ước là vô hạn định. Ví dụ chủ cho thuê nhà có thể từ chối người hỏi thuê không vừa ý họ, mặc dù đã đưa ra đề nghị với giá cho thuê cụ thể, bởi theo ông đây là hợp đồng nhân vi³⁶⁹. Việc đề nghị có bảo lưu, theo dân luật Pháp, chỉ được xem là lời mời đàm phán, trừ trường hợp đó là bảo lưu rõ ràng, cụ thể³⁷⁰.

Hình thức của đề nghị có thể bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi. Việc biểu lộ ý định giao kết hợp đồng bằng lời nói, bằng văn bản hay lời mời chào bằng lời nói, bằng văn bản rất dễ để chúng ta nắm bắt. Nhưng việc biểu lộ bằng hành động rất đa dạng, khó nắm bắt hơn. Một xe taxi chạy lòng vòng để tìm kiếm khách hàng được xem như một đề nghị mà hành khách có thể chấp nhận bằng cách bước lên xe và chỉ rõ nơi đến³⁷¹. Cũng được coi như một đề nghị khi một người đi bộ dọc theo con đường và dang một cánh tay ra, bàn tay nắm lại với một ngón tay cái chỉ lên trời để vẫy xe. Nếu người lái xe dừng xe, mở cửa xe cho người đó lên thì có nghĩa là người lái xe đó đã chấp nhận đề nghị của người đó.

Đề nghị chỉ có thể được xem xét chấp nhận khi nó được chuyển tới bên được đề nghị. Pháp luật Việt Nam hiện nay đề cập tới ba trường hợp được coi là

³⁶⁸ 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. 82

³⁶⁹ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 93

³⁷⁰ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 28

³⁷¹ H. R. Light, *The Legal Aspects of Business and General Principles of Law*, Sir Isaac Pitman & sons LTD, London, 1967, p. 130

đề nghị đã chuyển tới bên được đề nghị, hay nói cách khác, ba trường hợp được coi là bên được đề nghị nhận được đề nghị: (1) Đề nghị được chuyển tới nơi cư trú hay cư sở của bên được đề nghị; (2) đề nghị được đưa vào hệ thống thông tin chính thức của bên được đề nghị; và (3) khi bên được đề nghị biết được đề nghị thông qua các phương thức khác (Điều 391, khoản 2, Bộ luật Dân sự 2005). Các qui định này có mối liên hệ rất quan trọng với hiệu lực của đề nghị mà sẽ nghiên cứu dưới đây.

II. Hiệu lực của đề nghị

Hiệu lực của đề nghị được đặt ra trước tiên với vấn đề: một người đã đưa ra đề nghị có thể thay đổi, rút lại, hay huỷ bỏ đề nghị đó không, bởi nếu các hành vi này thực hiện được, thì không có hợp đồng nào được giao kết nếu chấp nhận đưa ra sau khi hành vi đó được thực hiện. Vì vậy các Bộ luật Dân sự nếu có qui định về đề nghị thì thường khẳng định ngay hiệu lực ràng buộc của nó. Chẳng hạn Bộ luật Dân sự Đức 1900 có qui định tại Điều 145 nguyên tắc “Bất kỳ người nào đề nghị người khác giao kết hợp đồng đều bị ràng buộc bởi đề nghị đó, trừ khi người này đã loại trừ việc bị ràng buộc như vậy”.

Để giải quyết vấn đề này, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 trước tiên khẳng định hiệu lực của đề nghị bằng việc xác định sự ràng buộc của đề nghị đối với bên đưa ra đề nghị trước bên được đề nghị (Điều 390, khoản 1). Việc khẳng định này là đúng đắn. Tiếp đó Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, tại Điều 390, khoản 2 qui định: “Trong trường hợp đề nghị giao kết hợp đồng có nêu rõ thời hạn trả lời, nếu bên đề nghị lại giao kết hợp đồng với người thứ ba trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời thì phải bồi thường thiệt hại cho bên được đề nghị mà không được giao kết hợp đồng nếu có thiệt hại phát sinh”. Việc đưa ra các qui định như vậy đã dẫn thêm một bước nữa trong việc khẳng định hiệu lực của đề nghị và hậu quả pháp lý của việc vi phạm đề nghị. Nhưng khó có thể giải thích được việc nêu ra trường hợp giao kết hợp đồng với người thứ ba trong các qui định này, nếu không tìm kiếm lịch sử của chúng. Đã có một gợi ý, về cơ bản Bộ luật Dân sự Việt Nam

2005 tiếp tục duy trì các nguyên tắc giao kết hợp đồng đã được khẳng định trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995³⁷². Vì vậy trước tiên ta phải lần theo các dấu tích của chúng với sự gợi ý này của những người soạn thảo của cả Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 và Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005.

Trước kia, Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 có qui định cấm liên quan tới đề nghị là: “Khi một bên đề nghị bên kia giao kết hợp đồng có nêu rõ nội dung chủ yếu của hợp đồng và thời hạn trả lời, thì không được mời người thứ ba giao kết trong thời hạn chờ trả lời và phải chịu trách nhiệm về lời đề nghị của mình” (Điều 396). Các qui định cấm này không thích hợp bởi lẽ:

(1) Luật tư, nhất là luật hợp đồng, hầu như chỉ mang tính chất giải thích cho ý chí của các bên khi họ không thoả thuận hay thoả thuận không đầy đủ, không rõ ràng về một vấn đề cụ thể nào đấy trong hợp đồng, hoặc xác định và cung cấp các giải pháp trong trường hợp họ hành xử không theo đúng các yêu cầu dẫn tới tranh chấp. Sẽ xử lý như thế nào với điều cấm nói trên khi bên đưa ra đề nghị cứ giao kết hợp đồng với bên thứ ba hoặc đưa ra đề nghị với cả thế giới? Về các trường hợp này thì Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 lại không đề cập tới giải pháp cụ thể. Có thể Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 ngụ ý tới chế tài vô hiệu hợp đồng (giữa người đề nghị và người thứ ba) do vi phạm điều cấm? Nhưng nếu hợp đồng vô hiệu do vi phạm điều cấm thì phải được qui định rõ ràng, bởi vô hiệu do vi phạm điều cấm là vô hiệu tuyệt đối. Thế nhưng suy luận này cũng không thích hợp bởi Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 không đề cập trực tiếp tới việc cấm giao kết hợp đồng với người thứ ba, mà trực tiếp cấm ngay từ hành vi mời người thứ ba giao kết. Vậy nếu người đưa ra đề nghị mời người thứ ba giao kết hợp đồng, nhưng người thứ ba không hay chưa giao kết thì xử lý thế nào, giải pháp là gì? Việc mời người thứ ba giao kết hợp đồng thuộc về lĩnh vực quyền lợi tư, không vi phạm trật tự công cộng và vi phạm đạo đức xã hội, nhưng được đưa ra làm lý do cấm liệu có được xem là thoả đáng không?

³⁷² Đinh Trung Tụng (Chủ biên), *Bình luận những nội dung mới củ Bộ luật Dân sự năm 2005*, Nxb Tư pháp, Hà Nội 2005, tr. 177

(2) Đề nghị sẽ không có ý nghĩa nếu bên được đề nghị không chấp nhận hay không trả lời chấp nhận trong thời hạn trả lời. Nhưng nếu trong thời hạn đó mà chấp nhận được đưa tới bên đề nghị thì có quan hệ hợp đồng phát sinh, và nếu tài sản phải chuyển giao, công việc phải làm mà không được thực hiện theo đúng các điều kiện của hợp đồng và yêu cầu của pháp luật thì được xem là vi phạm hợp đồng. Chế tài đối với vi phạm hợp đồng sẽ được áp dụng khi có yêu cầu. Từ trước tới nay pháp luật đều dự liệu về các trường hợp này ở bất cứ nền tài phán nào. Nhưng bên bị vi phạm phải yêu cầu. Vậy cấm có ý nghĩa gì?

(3) Người đưa ra đề nghị có quyền tự do lựa chọn, xuất phát từ lợi ích cá nhân của anh ta, giữa chịu chế tài trước bên được đề nghị và chờ đợi chấp nhận cho đến khi mãn hạn trả lời. Vậy việc cấm như vậy có bảo đảm sự tự do lựa chọn không? Ngay cả khi hợp đồng đã được giao kết rồi, pháp luật Việt Nam hiện nay bỏ ngỏ cho khả năng lựa chọn thực hiện hay bồi thường thiệt hại cho các bên giao kết (chẳng hạn mua bán hàng hoá qua sổ giao dịch hàng hoá theo Luật Thương mại Việt Nam 2005). Vậy cấm như vậy có ngăn cản sự linh động của thương trường không trong khi vẫn có thể tìm giải pháp hữu hiệu hơn?

(4) Liên quan tới việc thực hành, nếu cấm như trên thì người đề nghị có mong muốn lựa chọn sẽ không đưa ra đề nghị có thời hạn trả lời để tránh điều cấm, bởi Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 cho phép người đề nghị lựa chọn hoặc đề nghị có ấn định thời hạn trả lời hoặc không ấn định thời hạn trả lời theo tinh thần Điều 396 và Điều 397, khoản 1³⁷³. Như vậy là các qui định cấm trên chẳng có ý nghĩa gì.

Qua đây có thể thấy, nhà làm luật đã không phân tích kỹ các trường hợp hay tình huống có thể xảy ra trong đời sống để lựa chọn các giải pháp bảo đảm cho hiệu lực của đề nghị. Không hiểu có phải vì vậy mà Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 (Điều 390, khoản 2) đã loại bỏ qui định cấm này để thay bằng việc xác định chế tài bồi thường đối với trường hợp gây thiệt hại cho bên được đề nghị bởi hành

³⁷³ Điều 397, khoản 1, Bộ luật Dân sự 1995 qui định: “Khi bên đề nghị có ấn định thời hạn trả lời, thì việc trả lời chấp nhận chỉ có hiệu lực khi được thực hiện trong thời hạn đó; nếu bên đề nghị giao kết hợp đồng nhận được trả lời khi đã hết thời hạn trả lời, thì lời chấp nhận này được coi là đề nghị mới của bên chậm trả lời”.

vi giao kết hợp đồng với người thứ ba trong thời hạn trả lời hay không? Như trên đã phân tích ngay cả việc qui định thay thế này cũng là không cần thiết, bởi nếu đã có quan hệ hợp đồng giữa các bên thì việc vi phạm hợp đồng đã được pháp luật trù liệu nhiều loại chế tài, trong đó có cả phạt vi phạm hợp đồng (theo pháp luật Việt Nam hiện nay). Tuy nhiên diễn ngữ “...phải bồi thường thiệt hại cho bên được đề nghị mà không được giao kết hợp đồng nếu có thiệt hại phát sinh” tại Điều 390, khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 rất khó giải thích, bởi thế nào là “không được giao kết hợp đồng” trong khi Điều 404, khoản 1 và khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có qui định: hợp đồng được giao kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết, và hợp đồng cũng xem như được giao kết khi hết thời hạn trả lời mà bên nhận được đề nghị vẫn im lặng, nếu có thoả thuận im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết. Vậy có mấy trường hợp sau cần xem xét: (1) Nếu A gửi đề nghị cho B về đối tượng X, sau đó trong thời hạn trả lời lại giao kết hợp đồng với C về đối tượng X đó, và trong thời hạn trả lời B gửi chấp nhận giao kết tới A, và A nhận được, vậy thì trường hợp này có coi là B “không được giao kết hợp đồng” không? (2) Nếu A gửi đề nghị cho B về đối tượng X, nhưng trong đề nghị giao kết của A có qui định rằng hết thời hạn trả lời, theo thói quen quan hệ giữa A và B, nếu B vẫn giữ im lặng thì coi là chấp nhận giao kết hợp đồng, và sau đó trong thời hạn trả lời lại giao kết hợp đồng với C về đối tượng X đó, và hết thời hạn trả lời B vẫn giữ im lặng, vậy thì trường hợp này có coi là B “không được giao kết hợp đồng” không? Rõ ràng là các qui định tại Điều 390, khoản 2 đã gây rối cho các qui định chính đáng ở sau, vì chúng không nên có. Khó lòng tìm thấy các qui định theo kiểu Điều 396, Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 và Điều 390, khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 trong các Bộ luật Dân sự khác. Rõ ràng luật tư ở Việt Nam từ trước tới nay trong nhận thức, trong lý thuyết, cũng như trong các đạo luật không có các qui định như trong hai Bộ luật Dân sự mới ban hành này về các vấn đề vừa nói. Chẳng hạn tác giả Phạm Duy Nghĩa viết:

“Bên Chào hàng chịu trách nhiệm về Chào hàng của mình. Trách nhiệm này thể hiện ở chỗ, trong thời hạn mà chào hàng có hiệu lực, nếu Bên nhận được

chào hàng thông báo cho Bên chào hàng về chấp nhận toàn bộ các nội dung đã nêu trong Chào hàng, thì Hợp đồng mua bán hàng hoá đã được giao kết”³⁷⁴.

Các giáo trình dạy luật dân sự ở Việt Nam hiện nay không hề đề cập tới các qui định thiếu thoả đáng trên, trừ Lê Nét và Nguyễn Ngọc Khánh.

Trong cuốn “*Luật dân sự Việt Nam*”, sau khi đã trình bày rất nhiều thông tin pháp luật đông tây kim cổ, học giả Lê Nét đã diễn giải lại các qui định nói trên với sự bổ sung như sau: “Nếu lời đề nghị có xác định rõ thời hạn trả lời thì trong thời hạn chờ đợi bên kia trả lời, người đưa ra lời đề nghị không được đưa ra cùng lời đề nghị đó cho người thứ ba”³⁷⁵. Người bổ sung dường như chỉ nghĩ rằng các qui định về đề nghị trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 và Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chỉ dành cho hợp đồng mua bán tài sản hữu hình, có nghĩa là đã chuyển giao rồi thì không còn nữa để chuyển giao? Song rất đáng tiếc hai Bộ luật này phải áp dụng cho cả các hợp đồng mua bán tài sản vô hình, sức lao động, dịch vụ..., kể cả các hợp đồng làm phát sinh ra nghĩa vụ không hành động. Người bổ sung dường như cũng quên rằng đề nghị hay chào hàng được chia thành hai loại là chào bán và chào mua, và rằng đề nghị có thể đưa đến một người, một số người hoặc cả thế giới. Vậy bổ sung này có ích? Bộ luật Lao động Việt Nam 1994 (đã sửa đổi, bổ sung) của Việt Nam có qui định: “Người lao động có thể giao kết một hoặc nhiều hợp đồng lao động, với một hoặc nhiều người sử dụng lao động, nhưng phải bảo đảm thực hiện đầy đủ các hợp đồng đã giao kết” (Điều 30, khoản 3). Vậy phải hiểu rằng trước khi giao kết các hợp đồng lao động như thế, người lao động phải đề nghị với nhiều người sử dụng lao động trong khi sức lao động của người lao động này chỉ có một, và anh ta còn vướng phải một qui định tiếp theo của Bộ luật này là “Công việc theo hợp đồng lao động phải do người giao kết thực hiện, không được giao cho người khác, nếu không có sự đồng ý của người sử dụng lao động” (Điều 30, khoản 4).

³⁷⁴ Phạm Duy Nghĩa, *Giáo trình luật thương mại Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 1998, tr. 87

³⁷⁵ Nguyễn Xuân Quang- Lê Nét- Nguyễn Hồ Bích Hằng, *Luật dân sự Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2007, tr. 331

Nguyễn Ngọc Khánh lại giải thích Điều 390, khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 theo cách thức khác rằng, các qui định này cũng giống như thu hồi đề nghị trái phép, nên phải bồi thường thiệt hại. Học giả này còn băn khoăn không biết nên xếp việc bồi thường phát sinh từ việc giao kết hợp đồng với người thứ ba trong thời gian chờ người được đề nghị trả lời chấp nhận vào bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng hay bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng. Và học giả này còn phê phán Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chưa có qui định rõ ràng về hậu quả trong trường hợp đề nghị bị thu hồi trái phép³⁷⁶. Đáng tiếc Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không hề có qui định nào gần gũi để có thể giải thích việc này được xem như huỷ bỏ đề nghị. Và cần suy nghĩ rằng, việc huỷ bỏ đề nghị trái pháp luật trong thời hạn chờ trả lời chấp nhận sẽ phải gánh chịu hậu quả pháp lý như khi vi phạm hợp đồng, bởi trong thời hạn đó bên được đề nghị chấp nhận một cách phù hợp thì hợp đồng được giao kết, trừ một số trường hợp đặc biệt liên quan tới hợp đồng trọng hình thức hoặc hợp đồng giao vật hay hợp đồng thực tế. Về vấn đề này Vũ Văn Mẫu gọi là tiền lập ước và cho rằng về nguyên tắc chưa có một hợp đồng nào phát sinh, nên phải giải quyết trách nhiệm của người đề ước trong phạm vi trách nhiệm dân sự phạm. Tuy nhiên theo ông trong một số trường hợp có thể đã có một tiền khế ước được thiết lập trước khế ước chính yếu. Ông lấy ví dụ một người cam đoan bán nhà cho một người khác với giá bán cụ thể và ấn định một thời hạn trả lời chấp nhận, và cho rằng trong trường hợp này giữa hai người đã có một tiền khế ước, và nếu người cam kết bán cho người khác trong thời hạn đó thì bị coi là vi phạm nghĩa vụ khế ước và phải chịu trách nhiệm khế ước³⁷⁷. Vấn đề tiền hợp đồng có lẽ nhiều người cũng đã được biết trong việc thành lập công ty. Nhưng việc cam kết đơn phương bán nhà như vậy coi là tiền hợp đồng thì sẽ khó khăn cho việc áp dụng các qui định về trách nhiệm hợp đồng bởi không thể giải thích được cho ý chí của người được đề nghị. Nguyễn Ngọc Khánh quan niệm

³⁷⁶ Nguyễn Ngọc Khánh, *Chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 231- 232

³⁷⁷ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 451

việc rút đề nghị trước thời hạn trả lời được xem là căn cứ để yêu cầu bồi thường thiệt hại³⁷⁸. Có thể phải hiểu rằng việc rút đề nghị trong thời hạn trả lời chấp nhận sẽ không là căn cứ để yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu sau đó trong suốt thời hạn còn lại bên được đề nghị không trả lời chấp nhận hay không đòi giao kết hợp đồng, bởi việc không trả lời chấp nhận hay không đòi giao kết hợp đồng phải được xem như đồng ý với việc cho rút đề nghị, hoặc được xem như việc từ chối giao kết hợp đồng, có nghĩa đề nghị đó không có giá trị đối với bên được đề nghị, xét từ phía người được đề nghị. Vậy không thể có thiệt hại gì phát sinh từ hành vi rút đề nghị đối với người được đề nghị. Còn những chi phí liên quan tới việc tìm hiểu đề nghị để lựa chọn có chấp nhận đề nghị hay không là các chi phí thông thường trong hoạt động sống của bất kỳ cá nhân, tổ chức nào. Nhưng nếu người được đề nghị đã hao tổn chi phí để hành động cho việc chấp nhận thì các quan niệm mới hiện nay về vấn đề này đã có giải pháp mà sẽ được nghiên cứu dưới đây. Nếu xem việc rút đề nghị hoặc huỷ bỏ đề nghị trong thời hạn trả lời chấp nhận là căn cứ để yêu cầu bồi thường, thì đồng nghĩa với việc giúp cho người được đề nghị trục lợi bất chính đáng trong khi không có ý chí giao kết hợp đồng. Khi bình luận về Điều 2.3 của *Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 1994*, các luật gia của Unidroit đã làm lộ ra cái mà người đề nghị bị ràng buộc vào- đó chính là hợp đồng dự định trong đề nghị (the proposed contract)³⁷⁹. Bình luận này cũng được nhắc lại trong *Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004*³⁸⁰.

Vấn đề rút hoặc huỷ bỏ đề nghị trong thời hạn trả lời chấp nhận khác với trường hợp đàm phán với dụng ý xấu được dự liệu tại Điều 2.1.15 của *Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004* như sau:

³⁷⁸ Nguyễn Ngọc Khánh, *Chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 232

³⁷⁹ Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994], [<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1.../2.2.htm>], 18/03/01

³⁸⁰ Tham khảo thêm: 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. 84

“1. Các bên được tự do đàm phán và không thể bị ràng buộc trách nhiệm nếu các bên không đi đến ký kết hợp đồng.

2. Tuy nhiên bên nào hành động với dụng ý xấu khi đàm phán hoặc chấm dứt đàm phán sẽ phải chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại gây ra cho bên kia.

3. Đặc biệt, dụng ý xấu là khi một bên bắt đầu hoặc tiếp tục tham gia đàm phán, dù biết rằng mình không có ý định tiến tới một thoả thuận”.

Việc đàm phán với dụng ý xấu xảy ra khá phổ biến ở Việt Nam vi phạm tính thiện chí trung thực trong đời sống xã hội, gây mất uy tín cho thương nhân. Chẳng hạn một đoàn cán bộ nhân viên ra nước ngoài tới thăm một cơ sở sản xuất tàu bay, mong muốn được đón tiếp trọng thị, lợi dụng sự thiếu hiểu biết của bạn về Việt Nam, đã ký một biên bản ghi nhớ với bạn và mời bạn sang Việt Nam đàm phán hợp đồng mua bán tàu bay. Khi bạn cử một phái đoàn lớn sang Việt Nam để đàm phán, nhiều lý do được bày đặt để việc đàm phán hợp đồng không thành. Đối với trường hợp này, các luật gia của Unidroit bình luận: Bên bị tác động của dụng ý xấu có thể đòi bồi thường các chi phí phát sinh trong đàm phán cũng như cơ hội giao kết hợp đồng với bên thứ ba bị bỏ lỡ³⁸¹.

Muốn nghiên cứu việc rút hay huỷ bỏ lời đề nghị, trước tiên người ta phải đề cập tới phân loại đề nghị. Chưa xét tới hình thức của đề nghị, người ta chia đề nghị thành hai loại: một loại có thời hạn, và loại kia không có thời hạn. Tuy nhiên án lệ của Pháp coi đề nghị nào cũng có thời hạn hợp lý để cho bên được đề nghị có thời gian cân nhắc, và thời hạn này sẽ do thẩm phán thẩm lượng trên cơ sở xem xét tới hoàn cảnh³⁸². Để ràng buộc người đưa ra đề nghị, Luật Thương mại Việt Nam 1997 đã phân loại đề nghị và đưa giải pháp đáng chú ý như sau:

“Thời hạn trách nhiệm của bên chào hàng bắt đầu từ thời điểm chào hàng được chuyển đi cho bên được chào hàng đến hết thời hạn chấp nhận chào hàng.

³⁸¹ 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. 115

³⁸² Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 94

Trong trường hợp không xác định thời hạn chấp nhận chào hàng thì thời hạn trách nhiệm của bên chào hàng là ba mươi ngày, kể từ ngày chào hàng được chuyển đi cho bên chào hàng” (Điều 53, khoản 1).

Các qui định này hợp lý về cách phân loại, bởi các loại đề nghị đó xuất phát từ thực tiễn đời sống mà nhà làm luật nên ghi nhận và điều tiết nó, hay nói khác đi, nhà làm luật cần đưa ra giải pháp trong trường hợp các bên tranh chấp liên quan tới vấn đề đó. Tuy nhiên việc ấn định một thời hạn cụ thể là ba mươi ngày đối với các đề nghị không xác định thời hạn có là hợp lý không còn có nhiều ý kiến khác nhau.

Hiện nay Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không dự liệu thời hạn trả lời hay thời hạn trách nhiệm cho các đề nghị không tự ấn định thời hạn. Điều này có ý kiến cho rằng gây khó khăn cho việc xử lý các tình huống liên quan. Tuy nhiên có thể hiểu một bộ luật dù có ý tưởng dự liệu các trường hợp đầy đủ nhất thì cũng nên chừa những khoảng trống nhất định cho các giải thích tư pháp. Nhưng các khoảng trống được chừa ra phải được suy xét một cách nghiêm túc trên cơ sở khoa học và có đánh giá thực tiễn. Liệu toà án Việt Nam hiện nay có quen cách hành xử đối với những trường hợp mà văn bản không có qui định không?

Các nhà làm luật Liên bang Nga đã chia đề nghị không tự ấn định thời hạn chấp nhận thành hai loại căn cứ vào hình thức của đề nghị là đề nghị bằng văn bản không ấn định thời hạn, và đề nghị bằng lời nói không ấn định thời hạn. Đối với loại thứ nhất, luật hoặc các văn bản pháp lý khác có thể qui định thời hạn, và nếu không có qui định như vậy thì một khoảng thời gian thích hợp có thể được xem xét (Điều 441, Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994). Còn đối với loại thứ hai, có một qui chế pháp khác biệt cho sự chấp nhận.

Về khoảng thời gian thích hợp áp dụng đối với đề nghị không ấn định thời hạn sẽ do toà án thẩm định đối với từng vụ việc thích hợp. Một số tác giả Hoa Kỳ đưa ra gợi ý về các căn cứ để toà án thẩm định khoảng thời gian này là ý chí ngầm

định của người đề nghị được biểu hiện thông qua tài sản hay hàng hoá được đề nghị, tập quán kinh doanh, thương mại hoặc các vấn đề tương tự³⁸³.

Quan điểm mới được hưởng ứng nhiều hiện nay trên thế giới là về mặt nguyên tắc, cho tới khi được chấp nhận, đề nghị có thể bị rút lại hay huỷ bỏ bất kỳ lúc nào. Tuy nhiên có một vài ngoại lệ cần phải lưu ý. Điều 2.3 của *Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 1994* qui định:

“(Rút lại đề nghị)

1. Đề nghị có hiệu lực khi được đưa tới bên được đề nghị.
2. Đề nghị, dù là không thể huỷ ngang, có thể được rút lại nếu rút lại được đưa tới người được đề nghị trước hoặc cùng thời điểm với đề nghị”.

Các qui định này đã kế thừa Công ước của Liên hiệp quốc về mua bán hàng hoá quốc tế 1980 (Công ước Viên 1980), và vẫn được giữ nguyên trong *Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004*. Đối với huỷ bỏ các nguyên tắc này có qui định như nhau tương ứng tại Điều 2.4 và Điều 2.1.4:

“(Huỷ bỏ đề nghị)

1. Cho tới khi hợp đồng được giao kết, đề nghị có thể bị huỷ bỏ nếu huỷ bỏ được đưa tới người được đề nghị trước khi người được đề nghị gửi chấp nhận.

2. Tuy nhiên một đề nghị không thể bị huỷ bỏ

(a) nếu nó chỉ rõ, hoặc bằng việc tuyên bố một thời hạn ấn định cho việc chấp nhận hoặc bằng cách khác, rằng nó không thể bị huỷ ngang; hoặc

(b) nếu có hoàn cảnh hợp lý để người được đề nghị tin đề nghị không thể bị huỷ ngang và người đề nghị đã hành động trong sự tin cậy vào đề nghị”.

Việc xây dựng các qui định này đã được cân nhắc rất kỹ lưỡng giữa các quan niệm của các truyền thống pháp luật, nhất là Common Law và Civil Law, và

³⁸³ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, p.

cũng kế thừa các qui định trong văn bản pháp lý quốc tế đã được thừa nhận rộng rãi. Tuy nhiên khó thể cân đối được một cách đầy đủ³⁸⁴.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 sau khi đã đưa ra nguyên tắc về hiệu lực của đề nghị đã qui định tiếp theo về thời điểm có hiệu lực của đề nghị tương đồng với khuynh hướng của Unidroit:

“Thời điểm đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực được xác định như sau:

a) Do bên đề nghị ấn định;

b) Nếu bên đề nghị không ấn định thì đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực kể từ khi bên được đề nghị nhận được đề nghị đó” (Điều 391, khoản 1).

Việc nhận được đề nghị theo Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 được xác định theo ba cách: (1) Đề nghị được chuyển đến cư sở của người được đề nghị; (2) Đề nghị được đưa vào hệ thống thông tin chính thức của người được đề nghị; và (3) Đề nghị được người được đề nghị biết thông qua các phương thức khác (Điều 391, khoản 2). Hai cách thức đầu tiên là thông thường. Nhưng cách thức thứ ba sẽ dẫn tới sự khó khăn trong việc xác định thời điểm có hiệu lực của đề nghị, cũng như hiệu lực của thông báo thay đổi, rút lại hoặc huỷ bỏ đề nghị.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có chia ra các trường hợp thay đổi, rút lại, huỷ bỏ và chấm dứt đề nghị tương đối hợp lý. Về việc thay đổi, rút lại đề nghị, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chia ra hai trường hợp là: (1) thay đổi, rút lại có dự liệu trước, và (2) thay đổi, rút lại không có dự liệu trước (Điều 392, khoản 1). Trường hợp thứ nhất xảy ra khi trong đề nghị có xác định điều kiện mà khi điều kiện đó phát sinh thì người đề nghị có quyền thay đổi, rút lại đề nghị. Trường hợp thứ hai xảy ra khi người đề nghị không có dự liệu trước về việc thay đổi hoặc rút lại trong đề nghị, nhưng thông báo thay đổi hoặc rút lại đề nghị. Đối với trường hợp này thông báo thay đổi hoặc rút lại đề nghị được gửi tới trước hoặc cùng với đề nghị thì mới có hiệu lực. Việc thay đổi nội dung của đề nghị được xem như đưa

³⁸⁴ Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994], [<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1.../2.2.htm>], 18/03/01; 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. 85

ra đề nghị mới (Điều 392, khoản 2). Về nguyên tắc, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không ủng hộ việc huỷ bỏ đề nghị. Tuy nhiên Bộ luật này đã dự liệu rằng: nếu đề nghị đã xác định quyền được huỷ bỏ đề nghị, thì khi thực hiện quyền này bên đề nghị phải thông báo cho bên được đề nghị; và thông báo chỉ có hiệu lực nếu đến bên được đề nghị trước khi bên được đề nghị trả lời chấp nhận (Điều 393). Tuy nhiên thời điểm nào được xem là trả lời chấp nhận vẫn còn được bỏ ngỏ. Hiệu lực của đề nghị chỉ bị chấm dứt do hết thời hạn trả lời chấp nhận, do bị từ chối chấp nhận, do người đề nghị và người được đề nghị thoả thuận chấm dứt, và do thay đổi, rút lại hay huỷ bỏ (Điều 394, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005). Mặc dù đã rất cố gắng trong việc phân loại và thiết lập các qui chế pháp lý riêng cho từng phân loại liên quan tới đề nghị, nhưng có lẽ với chừng ấy qui định hoặc nhiều hơn nữa vẫn cần tới giải thích tư pháp.

Liên quan tới hiệu lực của đề nghị và chấp nhận, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 có qui định:

“**Điều thứ 655.**- Phàm giấy thỉnh- cầu lập- ước gửi đi xa mà không định rõ hoặc ám- chỉ thời- hạn bao lâu phải giả lời nhận, thời có thể thu- hồi lại được, nhưng giấy tờ thu- hồi đó phải đến tận tay bên kia trước khi người ta gửi giấy giả lời nhận mới được.

Nếu giữa lúc hoặc sau khi thỉnh- cầu lập- ước mà có định rõ hoặc ám- chỉ một thời- hạn bao lâu phải giả lời nhận, thì trong thời- hạn ấy, lời thỉnh- cầu không thể thu- hồi lại được, trừ khi giấy thu- hồi gửi đến trước hoặc đồng- thời với giấy thỉnh- cầu hay giấy định hạn thì không kể.

Khi có định hạn như trên đó, thời hể hết hạn là giấy thỉnh- cầu thủ- tiêu, trừ khi giấy trả lời nhận đã gửi đi từ trước thì không kể.

Giấy giả lời nhận gửi đi rồi, có thể thu- hồi được, nhưng giấy thu- hồi phải gửi đến cho người thỉnh- cầu trước hay đồng- thời với giấy giả lời nhận thì mới được.

Nếu người thỉnh- cầu không định thời- hạn mà chợt quá- cố đi, hoặc mất tư- cách giao- ước, thời, giấy giả lời nhận của bên kia nếu có gửi trước khi biết các tin

đó mới có giá- trị. Nếu đã có định thời- hạn thì giấy nhận lời gửi trong hạn đó bao giờ cũng có giá- trị.

Nếu vì lỗi tự mình hoặc lỗi ở người làm của mình, mà giấy nhận lời hoặc giấy thu- hồi gửi đến chậm hay không đến thời mình phải chịu.

Khi sự thuộc thể bất- khả- địch thì bên kia phải chịu”.

Điều luật này được Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 kế thừa với một chút thay đổi về ngôn ngữ:

“**Điều 691.-** Phàm những lời bên nợ rủ bên kia lập hiệp- ước mà lời ấy gửi đi xa không định rõ hoặc ám chỉ thời hạn bao lâu phải trả lời nhận, thời có thể thu- hồi lại được, nhưng lời thu hồi đó phải đến tận nơi bên kia trước khi người ta gửi lời thuận nhận mới được.

Nếu giữa lúc hoặc sau khi rủ bên kia lập hiệp- ước mà định rõ hoặc ám- chỉ một thời hạn bao lâu phải trả lời nhận, thời trong thời hạn ấy, lời rủ lập hiệp ước ấy không thể thu hồi lại được, trừ khi lời thu hồi gửi đến trước hoặc đồng thời với lời rủ hay lời định hạn thời không kể.

Khi có định hạn như trên đó, thời hết hạn là lời rủ thủ- tiêu, trừ khi lời phúc- đáp thuận nhận đã gửi đi từ trước thời không kể.

Lời phúc- đáp thuận nhận gửi đi rồi, có thể thu hồi được, nhưng lời thu- hồi phải gửi đến cho người rủ lập hiệp- ước trước hay đồng thời với cái lời phúc- đáp thuận nhận mới được.

Nếu người rủ lập hiệp- ước không định thời hạn mà chợt quá- cố đi, hoặc mất tư- cách giao ước, thời cái lời phúc đáp thuận nhận của bên kia nếu có gửi trước khi biết các tin đó mới có giá trị. Nếu đã có định thời hạn thời cái lời phúc- đáp thuận nhận gửi trong hạn đó bao giờ cũng có giá trị.

Nếu vì lỗi tự- mình hoặc lỗi ở người làm của mình mà lời phúc đáp thuận nhận hoặc lời thu- hồi gửi đến chậm hay không đến thời mình phải chịu.

Khi gặp tình thế gì mà sức người không chống lại được thời bên kia phải chịu”.

Các qui định của hai Bộ luật dân sự này có được từ việc tiếp nhận các giải pháp đã được đưa ra trong các án lệ của Pháp³⁸⁵.

Các luật gia đều biết sự khác nhau về cách đối xử với đề nghị và chấp nhận trong các truyền thống pháp luật, nhất là về hiệu lực của đề nghị. Vậy việc khảo sát những sự khác biệt này là rất cần thiết không những cho việc xây dựng pháp luật, củng cố lý thuyết, hiểu biết văn hoá pháp lý của các nước khác, mà còn cho thực hành thương mại quốc tế để tránh các sai lầm trong việc làm ăn với các đối tác nước ngoài.

Theo pháp luật Anh, nếu không bị huỷ bỏ, một đề nghị không được gắn dấu và không có khoản đối ứng được coi như mở ra cho một thời gian hợp lý, trừ khi nó được biểu lộ rõ là một đề nghị có thời hạn³⁸⁶. Về việc rút lại hay huỷ bỏ đề nghị theo pháp luật Anh, có tác giả Việt Nam khẳng định:

“Theo luật Anh, về nguyên tắc chào hàng không có ý nghĩa ràng buộc trách nhiệm. Chào hàng có thể rút lại bất cứ lúc nào trước khi được chấp nhận... Tuy nhiên, theo luật Anh, để hợp đồng được xác lập, còn phải thoả mãn những điều kiện khác, ví dụ sự tồn tại của “consideration”, một khái niệm không tồn tại trong luật Việt Nam cũng như luật pháp nhiều nước khác, như Đức, Pháp. Khái niệm này có nghĩa là một nghĩa vụ đối ứng, có thể là một hành vi, làm hoặc không làm một việc nhất định”³⁸⁷.

Tác giả Dương Anh Sơn cũng khẳng định như vậy nhưng lập luận dài và có đôi điều rõ hơn:

“Theo qui định của pháp luật Anh- Mỹ, đề nghị giao kết hợp đồng chỉ cho người được đề nghị khả năng ký kết hợp đồng bằng cách chấp nhận nó, đồng thời cho phép bên đề nghị, thay đổi, huỷ ngang hay thu hồi đề nghị thay đổi đề nghị giao kết hợp đồng trong mọi thời điểm mà không phải chịu trách nhiệm ngay cả khi trong đề nghị giao kết hợp đồng có qui định thời hạn cho sự trả lời, ngoại trừ

³⁸⁵ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 95

³⁸⁶ Philip S. James, *Introduction to English Law*, Twelfth edition, Butterworths, London 1989, p. 275

³⁸⁷ Phạm Duy Nghĩa, *Giáo trình luật thương mại Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 1998, tr. 89- 90

các trường hợp trong đề nghị giao kết hợp đồng có qui định nghĩa vụ đối khoản (consideration), tức là người đề nghị nhận nghĩa vụ không thay đổi, huỷ ngang hay thu hồi đề nghị giao kết hợp đồng để đổi lấy một nghĩa vụ nào đó của bên kia. Nguyên nhân chủ yếu, theo đó pháp luật Anh- Mỹ cho phép người đề nghị được tự do thay đổi, huỷ ngang hay thu hồi đề nghị giao kết hợp đồng, có gốc rễ từ học thuyết “nghĩa vụ đối khoản” (consideration). Học thuyết này là cơ sở để hình thành nguyên tắc cơ bản của luật hợp đồng Anh- Mỹ, theo nguyên tắc này một đề nghị giao kết hợp đồng không được thể hiện trong một văn bản đặc biệt “under seal” chỉ ràng buộc người đề nghị trong trường hợp, nếu người được đề nghị đã thực hiện hay hứa sẽ thực hiện một nghĩa vụ nào đó vì lợi ích của người đề nghị”³⁸⁸.

Có lẽ các thông tin pháp luật nước ngoài này cần phải được nghiên cứu thêm. Trong Common Law, hợp đồng được gắn dấu (sealed contract hay contract under seal) là hợp đồng chính thức (formal contract)- đối lập với hợp đồng không được gắn dấu mà được gọi là hợp đồng thường (simple contract). Loại hợp đồng chính thức là loại hợp đồng không yêu cầu khoản đối ứng³⁸⁹. Viết về pháp luật Anh, Sir William R. Anson, một người nổi tiếng, khẳng định:

“Pháp luật liên quan tới huỷ bỏ hay thu hồi một đề nghị có thể tóm tắt trong hai qui tắc:

1. Một đề nghị có thể bị huỷ bỏ hay thu hồi tại bất kể thời điểm nào trước khi chấp nhận.

2. Một đề nghị được lập ra không huỷ ngang bởi chấp nhận”³⁹⁰.

Và ông đã lần lượt khảo cứu các qui tắc đó trong tác phẩm của mình. Theo ông pháp luật Anh có qui tắc rằng một lời hứa duy trì một đề nghị mở cần khoản đối ứng làm cho lời hứa đó bị ràng buộc, có nghĩa là nếu người đề nghị nhận được một vài lợi ích hoặc người được đề nghị phải gánh chịu một vài thiệt hại đối với

³⁸⁸ Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh- Khoa Kinh tế, *Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế*, Nxb Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh, 2005, tr. 35- 36

³⁸⁹ Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, Third edition, Barron’s Education Series, INC, 1991, p. 433

³⁹⁰ Sir William R. Anson, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, Twenty- second edition, Oxford at the Clarendon Press, 1965, p. 58

lời hứa. Người được đề nghị trong trường hợp này được coi như “*mua một quyền chọn*”. Qui tắc này còn phụ thuộc vào hai ngoại lệ:

(1) Ngoại lệ thứ nhất liên quan tới những đề nghị được gắn dấu. Đề nghị như thế này không thể huỷ ngang, kể từ khi một chứng thư được sử dụng.

(2) Ngoại lệ thứ hai liên quan tới qui định của đạo luật. Đề nghị không thể huỷ ngang nếu được đạo luật qui định. Chẳng hạn Điều 50, khoản 5 của Đạo luật về công ty 1948 qui định việc xin mua cổ phần trong một công ty trong một số trường hợp không thể rút lại trong một thời hạn nhất định³⁹¹.

Với sự giảng giải của Sir William R. Anson (như được trình bày lại ở trên) chúng ta đỡ cảm thấy lo lắng. Sự lo lắng của chúng ta có lẽ xuất hiện bởi cảm thấy sự thiếu chắc chắn và bập bênh của pháp luật Anh khi đọc các thông tin của các tác giả Việt Nam nói trên³⁹². Nếu quả đúng như các thông tin đó, thì có lẽ chúng ta không dám làm ăn với người Anh, người Mỹ bởi sợ họ thay đổi ý định bất cứ lúc nào.

Mục 7.3

Chấp nhận

Đề nghị và chấp nhận là các khái niệm luôn luôn đi liền với nhau trong việc nghiên cứu về giao kết hợp đồng, bởi như mục trên đã nói chúng là các thành tố của sự thoả thuận. Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 1994 và Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 đều xác định ngay đầu tiên khi nói về giao kết hợp đồng, tại các Điều 2.1 và Điều 2.1.1 tương ứng, với nội dung không thay đổi là: “Một hợp đồng có thể được giao kết hoặc bởi sự chấp nhận một đề nghị hoặc bởi cách hành xử của các bên mà đủ để thể hiện thoả thuận”.

³⁹¹ Sir William R. Anson, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, Twenty- second edition, Oxford at the Clarendon Press, 1965, pp. 58- 59

³⁹² Khi viết về vấn đề này, tác giả Phạm Duy Nghĩa đã không nói trong tác phẩm của mình là lấy các thông tin pháp luật Anh từ đâu. Nhưng tác giả Dương Anh Sơn đã đề cập tới các tác phẩm của V. Anson và của Konrad Zweigert và Hein Koetz

I. Khái niệm và các điều kiện của chấp nhận

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 định nghĩa: “Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự trả lời của bên được đề nghị đối với bên đề nghị về việc chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị” (Điều 396). Định nghĩa này được đưa ra có tính cách ứng dụng cho các trường hợp cụ thể theo pháp luật Việt Nam, nên bao hàm trong nó cả điều kiện của chấp nhận. Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 1994 và Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 đều định nghĩa: “Một tuyên bố hoặc cách hành xử khác của người được đề nghị cho biết sự đồng ý với đề nghị là chấp nhận. Sự im lặng hoặc không hành động tự bản thân nó không có nghĩa là chấp nhận” (Điều 2.6 và Điều 2.1.6 tương ứng). Định nghĩa này của Unidroit đã khai thác bản chất của chấp nhận là sự đồng ý với đề nghị của người khác đối với mình, và nói rõ cách thức chấp nhận hay hình thức của chấp nhận, có nghĩa là phương thức bộc lộ sự đồng ý ra bên ngoài. Tại đó đã không đề cập tới các điều kiện của chấp nhận, có lẽ bởi chấp nhận có nhiều điều kiện để có hiệu lực mà chúng ta có dịp nói tới dưới đây.

Sự chấp nhận có thể chia thành ba loại cơ bản căn cứ vào hình thức của nó là chấp thuận rõ ràng, cụ thể như trường hợp tuyên bố rõ ý chí ưng thuận với đề nghị, hoặc chấp nhận thông qua cách hành xử ngụ ý về sự chấp nhận, hoặc im lặng hay không hành động. Giống như khi phân tích hình thức hợp đồng, chấp nhận cũng có hình thức biểu hiện như vậy chứng minh cho sự chấp nhận. Các hình thức đó bao gồm văn bản, lời nói, cử chỉ hay hành động, hoặc sự im lặng hay không hành động. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định ba hình thức đầu nói trên là hình thức của hợp đồng tại Điều 401, khoản 1. Còn hình thức thứ ba được nói một cách xa xôi tại Điều 404, khoản 2, có nghĩa là người được đề nghị có thể bằng sự im lặng của mình ngụ ý về chấp nhận đề nghị, tuy nhiên với điều kiện là phải có thoả thuận im lặng là chấp nhận. Về vấn đề này sẽ được quay lại dưới đây.

Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 phân biệt sự tuyên bố ý chí chấp nhận rõ ràng, và mặc nhiên chấp nhận. Điều thứ 653 và Điều thứ 654 của Bộ luật này và tương

ứng là Điều thứ 689 và Điều thứ 690 của Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 có nội dung tương tự nhau:

“**Điều thứ 653.**- Đồng- ý là ý- nguyện của mọi bên có quan- hệ trong hiệp- ước đều thỏa- hợp nhau cả.

Nếu có một bên không đồng- ý thì hiệp- ước cũng không thành.

Điều thứ 654.- Sự đồng- ý có thể tỏ ra bằng lời nói hoặc bằng giấy tờ.

Sự đồng- ý cũng có thể tùy vào tình- trạng mà cho là mặc- nhiên ám- chỉ được”.

Có thể hiểu việc chấp nhận bằng lời nói, bằng văn bản thể hiện việc tuyên bố rõ ràng ý chí của người chấp nhận và có hiệu lực nếu tuân thủ đầy đủ các điều kiện của chấp nhận. Đây là một hình thức chấp nhận không có nhiều phức tạp đối với việc nhận biết. Nhưng chấp nhận bằng hành động hay chấp nhận bằng sự im lặng là những hình thức chấp nhận phức tạp đối với việc nhận biết và gây nhiều tranh luận.

Các luật gia của Unidroit đưa ra giải thích về chấp nhận bằng hành động trước tiên với việc phân loại đề nghị. Họ ngụ ý rằng đề nghị có thể được chia thành hai loại căn cứ vào điều kiện về hình thức chấp nhận: Một loại là đề nghị có qui định hình thức chấp nhận; và loại kia là đề nghị không qui định hình thức chấp nhận. Đối với loại thứ hai này, việc chấp nhận bằng hành động thông thường được thể hiện qua việc thực hiện một công việc như thanh toán trước một phần giá hàng hoá, vận chuyển hàng hoá hoặc bắt đầu xây dựng tại mặt bằng³⁹³... Chúng ta bắt gặp các lý giải này trong Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 với qui định: “Sự thực hiện hành động của người được đề nghị mà bao gồm việc tuân thủ các điều kiện của hợp đồng được qui định trong đề nghị (gửi hàng hoá, cung cấp dịch vụ, tiến hành công việc, thanh toán các khoản tiền tương ứng...) phải được xem là chấp nhận, trừ khi có qui định khác bởi luật, các văn bản pháp lý khác, hoặc chỉ rõ

³⁹³ Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994], [<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1.../2.2.htm>], 18/03/01; 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. 92

của đề nghị” (Điều 438, khoản 3). Điều này cho thấy người ta có thể chứng minh việc chấp nhận bằng một công việc cụ thể nào đấy đã được làm liên quan đến việc thực hiện nghĩa vụ của người được đề nghị mà hợp đồng dự kiến trong đề nghị có thể làm phát sinh. Các quan niệm này đã xuất phát từ nền tảng tự do ý chí tôn trọng tối đa sự thoả thuận, sự thống nhất ý chí mà không câu nệ bởi hình thức, và bảo đảm nguyên tắc thiện chí, trung thực và hợp tác.

Im lặng có phải là chấp nhận mặc nhiên không? Đó là một vấn đề tranh luận sôi nổi. Unidroit đã thể hiện rõ quan điểm về vấn đề này là im lặng hoặc không hành động tự bản thân chúng không phải là chấp nhận như đã nói ở trên. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 cũng không xem im lặng là sự chấp nhận mặc nhiên, và chỉ thừa nhận một trường hợp cho sự chấp nhận bằng im lặng khi có sự thoả thuận giữa người đề nghị và người được đề nghị “im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết” hợp đồng (Điều 404, khoản 2). Tuy nhiên để có được hiểu biết rõ ràng hơn về các qui định này của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, cần phải giải thích sự thoả thuận của hai bên về vấn đề này được thể hiện ở đâu: (1) Trong nội tại của đề nghị rồi được người được đề nghị thông báo đồng ý riêng về vấn đề đó; hay (2) trong đề nghị bổ sung rồi được người được đề nghị thông báo chấp nhận vấn đề đó trong đề nghị bổ sung; hay (3) trong một thoả thuận khác; hay (4) trong tập quán; hay (5) trong thói quen quan hệ giữa hai bên. Unidroit đã có sự nhắc nhở: người đề nghị không thể đơn phương tuyên bố trong đề nghị của mình rằng đề nghị được coi là chấp nếu không trả lời hoặc giữ im lặng, bởi người đề nghị là bên đề xướng hợp đồng và người được đề nghị có quyền tự do lựa chọn hoặc phớt lờ đề nghị³⁹⁴.

Luật dân sự Việt Nam cũng có những quan niệm như vậy từ nhiều thập kỷ trước. Vũ Văn Mẫu cho rằng việc buộc người được đề nghị phải trả lời mỗi lần nhận được đề nghị không khác nào xâm phạm vào quyền tự do không kết ước của họ, do đó không thể suy diễn im lặng là đồng ý, tuy nhiên trong một số trường hợp

³⁹⁴ Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994], [<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1.../2.2.htm>], 18/03/01; 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. 92- 93

như có thói quen quan hệ, tập quán, cách thức thực hành đối với một số loại hợp đồng, hoặc đề nghị chỉ có lợi riêng cho người được đề nghị thì sự suy diễn trên được xem là có căn cứ. Ông đã đưa ra gợi ý, im lặng được coi là sự ưng thuận khi có thoả thuận “trước” của hai bên³⁹⁵. Vì vậy đề nghị và chấp nhận trong trường hợp này có thể chỉ là một phân tách biệt của nhiều quan hệ giữa hai bên. Nhưng theo tôi nó khác với thói quen quan hệ, tập quán hay cách thức thực hành ở chỗ: ý chí của các bên được tuyên bố một cách rõ ràng cho một hoặc một số trường hợp đề nghị nhất định trong một khoảng thời gian nhất định.

Bộ luật Dân sự Đức 1900 đã cho rằng việc chấp nhận bằng im lặng là hợp pháp nếu có thể lý giải được sự im lặng đó phù hợp với tập quán chung, hoặc nếu người đề nghị thoả mãn như vậy. Điều 151 của Bộ luật này qui định:

“Hợp đồng được giao kết bởi chấp nhận đề nghị, không cần thiết rằng người đề nghị được thông báo về chấp nhận, nếu việc thông báo như vậy không hoàn toàn bình thường theo tập quán chung, hoặc nếu người đề nghị đã khước từ nó. Thời điểm mà đề nghị mất hạn được xác định phù hợp với ý chí của người đề nghị thể hiện trong đề nghị hoặc hoàn cảnh”.

Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 cũng có các qui định về vấn đề này phù hợp với quan niệm chung của thế giới ngày nay. Điều 438, khoản 2 của Bộ luật này qui định: “Sự im lặng không được xem là chấp nhận, trừ khi có sự khác biệt phát sinh từ pháp luật, từ tập quán kinh doanh, hoặc từ quan hệ trước đó giữa các bên”.

So với các quan niệm và các qui định trên của một số Bộ luật Dân sự khác, chúng ta không thấy sự rõ ràng nào được thể hiện trong Điều 404, khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005.

Từ các nghiên cứu trên có thể thấy định nghĩa về chấp nhận tại Điều 396, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không nhắc tới các cách thức hay hình thức của chấp nhận, và dường như chỉ cho rằng chấp nhận là “sự trả lời” mà trong khi đó

³⁹⁵ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 96- 97

cụm từ “sự trả lời” không rõ nghĩa, đôi khi làm người ta tưởng lầm rằng sự chấp nhận phải bằng văn bản hoặc lời nói. Tuy nhiên nếu giải thích điều này trong mối quan hệ với Điều 401 và Điều 404, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, có thể hiểu hình thức hay cách thức của chấp nhận phong phú hơn như trên đã trình bày. Vì vậy cần phải nhấn mạnh rằng, dù Bộ luật nào đó đã quy định cụ thể về một vấn đề nào đó, thì vẫn cần phải giải thích nó để rút ra giải pháp giải quyết tranh chấp, có thể chỉ bởi một lý do đơn giản là giới hạn của pháp điển hoá nói chung không cho phép trình bày mỗi vấn đề lại phải diễn giải toàn bộ logic hệ thống. Và như thế lý thuyết pháp lý là phần quan trọng của pháp luật giúp cho giải thích tư pháp hay tìm kiếm các giải pháp giải quyết tranh chấp đã được gợi ý trong các đạo luật. Nắm được lý thuyết pháp lý làm cho các luật gia khác với người thường. Như vậy mới cần học luật. Chúng ta lại cùng nhau khảo sát thêm một trường hợp nữa tại đây để cho thấy hết sự cần thiết của lý luận pháp luật trong công tác thực tiễn pháp lý.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã không dự liệu trường hợp khi cách thức chấp nhận hay hình thức chấp nhận được quy định cụ thể trong đề nghị, có nghĩa là đề nghị đòi hỏi chấp nhận phải theo một cách thức hay hình thức nào đó, do vậy gây khó khăn thêm cho việc xác định chấp nhận có hiệu lực hay không nếu chấp nhận đó được đưa tới người đề nghị mà không tuân thủ đúng với hình thức hoặc cách thức chấp nhận đã được đề nghị quy định rõ. Về điểm này trước hết cần khảo sát các điều kiện của chấp nhận.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã đưa ra một số điều kiện đối với chấp nhận, bao gồm: (1) Chấp nhận phải trên cơ sở đề nghị (Điều 369); (2) chấp nhận phải đầy đủ và không có giới hạn (Điều 395 và Điều 369); (3) chấp nhận phải được đưa tới người đề nghị trong thời hạn trả lời chấp nhận (Điều 397); và (4) chấp nhận phải phù hợp với hình thức do pháp luật quy định (Điều 401 và Điều 404, khoản 2). Ngoài ra chúng ta không thấy có điều kiện nào khác cho chấp nhận. Trong khi đó ở Common Law để giải quyết tranh chấp giữa các bên về giá trị của chấp nhận người ta thường dựa vào các qui tắc thiết lập các điều kiện của chấp

nhận để phân tích. Các điều kiện này có thể được các tác giả tập hợp theo các cách thức khác nhau nhưng trong một phạm vi tương đối đồng nhất. Chúng có thể bao gồm: (1) Chấp nhận nhất thiết phải dựa vào đề nghị; (2) chấp nhận nhất thiết phải đầy đủ và không hạn chế; (3) đồng ý có điều kiện không phải là chấp nhận; (4) chấp nhận nhất thiết phải rõ ràng và chắc chắn; (5) chấp nhận có thể là minh thị hoặc ngụ ý; (6) chấp nhận có thể cho cả quá khứ lẫn tương lai; (7) đề nghị trở lại là từ chối đề nghị; (8) chấp nhận nhất thiết phải được gửi đi (trừ khi được miễn); và (9) người đề nghị có thể quy định cách thức chấp nhận³⁹⁶.

Vậy để tìm kiếm giải pháp cho các bên tranh chấp trong trường hợp bên đề nghị đã quy định rõ trong đề nghị rằng chấp nhận phải theo một hình thức, một cách thức nhất định, nhưng bên chấp nhận không tuân theo hình thức hay cách thức đó thì chúng ta cần phải dự đoán luật sư của hai bên có thể tận dụng nguyên tắc nào đã được quy định rõ ràng liên quan tới tranh chấp này. Tại đây tôi chỉ muốn nói tới cách thức tiếp cận vấn đề hơn là tìm kiếm giải pháp cụ thể cho tranh chấp này. Có hai nguyên tắc gần gũi nhất với tranh chấp này mà Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã nêu ra một cách tương đối rõ ràng. *Nguyên tắc thứ nhất*: chấp nhận phải trùng khớp với đề nghị (Điều 396). *Nguyên tắc thứ hai*: sự thống nhất ý chí được thể hiện dưới mọi hình thức (Điều 401). Luật sư của bên đề nghị có thể tận dụng nguyên tắc thứ nhất để cho rằng chấp nhận không có hiệu lực. Luật sư của bên chấp nhận có thể tận dụng nguyên tắc thứ hai để cho rằng chấp nhận có hiệu lực. Và có thể ngược lại. Vậy cơ quan tài phán phải cân nhắc giữa hai nguyên tắc này xem nguyên tắc nào được ưu tiên trong trường hợp cụ thể này. Thông thường chấp nhận được chia thành nội dung của chấp nhận và hình thức của chấp nhận. Nguyên tắc thứ nhất được nêu ra tại Điều 396 chỉ đề cập tới nội dung của chấp nhận, mà không hề đề cập tới hình thức của chấp nhận. Nguyên tắc thứ hai nêu tại Điều 401 không trực tiếp nói tới hình thức của chấp nhận, và nếu được giải thích cùng với Điều 404, khoản 3 & khoản 4, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 thì có thể

³⁹⁶ Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH Australia Limited, 1987, p. 202

thấy nhà làm luật đã coi hình thức của hợp đồng không phải là hình thức của chấp nhận. Hình thức của hợp đồng được nói tới tại đó được xem như hình thức của sự thống nhất ý chí mà các bên có thể gặp mặt hay trao đổi trực tiếp bằng lời nói hoặc cùng nhau xem xét trên một bản hợp đồng được soạn thảo và đều phải “ký” tên vào văn bản này, có nghĩa là không đề cập tới phương thức giao kết hợp đồng với người vắng mặt hoặc không trao đổi trực tiếp. Việc giao kết hợp đồng với người vắng mặt hoặc không trao đổi trực tiếp chỉ được đề cập tới tại Điều 404, khoản 1 & khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Các điều luật này viết:

“Điều 401. Hình thức hợp đồng dân sự

1. Hợp đồng dân sự có thể được giao kết bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể, khi pháp luật không quy định loại hợp đồng đó phải được giao kết bằng một hình thức nhất định.

2. Trong trường hợp pháp luật có quy định hợp đồng phải được thể hiện bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực, phải đăng ký hoặc xin phép thì phải tuân theo quy định đó.

Hợp đồng không bị vô hiệu trong trường hợp có vi phạm về hình thức, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”.

Điều 404. Thời điểm giao kết hợp đồng dân sự

1. Hợp đồng dân sự được giao kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết.

2. Hợp đồng dân sự cũng xem như được giao kết khi hết thời hạn trả lời mà bên nhận được đề nghị vẫn im lặng, nếu có sự thoả thuận im lặng là sự trả lời chấp nhận.

3. Thời điểm giao kết hợp đồng bằng lời nói là thời điểm các bên đã thoả thuận về nội dung của hợp đồng.

4. Thời điểm giao kết hợp đồng bằng văn bản là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản”.

Những người soạn thảo Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 nói rõ ý đồ của mình trong việc viết các quy định về hình thức và thời điểm giao kết hợp đồng tại

Điều 401 và Điều 404 rằng: “Về nguyên tắc, các bên được lựa chọn hình thức của hợp đồng, ví dụ bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể”³⁹⁷. Đoạn văn này đã gợi ý rằng, ý đồ thực sự của nhà làm luật về hình thức hợp đồng nên được giải thích rộng ra là bất kỳ hình thức nào thể hiện ý chí của các bên phải do các bên lựa chọn, có nghĩa là cùng nhau thoả thuận. Và hơn nữa, có thể do sự thiếu tin tưởng hoặc do hoàn cảnh riêng biệt của người đề nghị, nên người đề nghị đòi hỏi chấp nhận phải được thể hiện bằng một hình thức nhất định. Và xét tiếp, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã khoác một gánh nặng hơn lên vai của người đề nghị liên quan tới việc chờ trả lời chấp nhận như trên đã phân tích. Mặt khác, người được đề nghị đã có một khoảng thời gian hợp lý để suy tính, cân nhắc xem có nên chấp nhận hay không và chấp nhận như thế nào... Vì những lẽ đó, cần ủng hộ cho nguyên tắc thứ nhất mở rộng tới cả hình thức của chấp nhận.

Tiếp theo câu chuyện về hình thức của chấp nhận, và cũng đồng thời bổ sung cho các lập luận ở trên, cần phải đề cập tới trường hợp các bên đề nghị và chấp nhận giao kết hợp đồng mà đối với hợp đồng đó pháp luật có qui định phải tuân thủ một hình thức nhất định như công chứng, chứng thực. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã không đề cập tới vấn đề này, trong khi việc lựa chọn của các bên về hình thức của hợp đồng bị loại trừ trong trường hợp pháp luật có qui định về một hình thức cụ thể bắt buộc theo tinh thần 401, khoản 2. Như vậy ta có thể phải tìm kiếm xem pháp luật của các nước giải quyết như thế nào về vấn đề này. Bộ luật Dân sự Đức 1900 đã đưa ra các giải pháp khá hợp lý cho trường hợp này với các điều khoản sau:

“Điều 152. Chấp nhận bởi chứng thực của công chứng viên

Nếu một hợp đồng phải công chứng mà cả hai bên không đồng thời có mặt, trừ khi có qui định khác, thì hợp đồng đó được giao kết với chứng thực đối với chấp nhận như được qui định tại Điều 128. Các qui định tại Điều 151, đoạn 2 được áp dụng.

³⁹⁷ Đinh Trung Tụng (Chủ biên), *Bình luận những nội dung mới của Bộ luật Dân sự năm 2005*, Nxb Tư pháp, Hà Nội 2005, tr. 178

Điều 128. Chứng thực của công chứng viên

Nếu chứng thực của công chứng viên của một hợp đồng được pháp luật qui định bắt buộc, thì hợp đồng là đầy đủ nếu trước tiên là đề nghị và sau đó là chấp nhận của đề nghị đó được chứng thực bởi công chứng”.

Và tất nhiên dù có phải chứng thực của công chứng viên, thì chấp nhận cũng phải được đưa tới người đề nghị trước khi mãn hạn trả lời chấp nhận theo tinh thần Điều 151 của Bộ luật này. Các điều khoản này của Bộ luật Dân sự Đức 1900 cho chúng ta thấy, đơn giản hoá thủ tục hành chính không phải chỉ là vấn đề riêng của luật hành chính. Bộ luật Dân sự tác động tới nền tảng căn bản và bền vững của đời sống xã hội, có vai trò trong việc thiết lập các nguyên tắc bảo đảm cho quan hệ tư, đời sống tư nhân, nên phần nào đó đặt ra giới hạn cho luật hành chính trong các vấn đề liên quan tới đời sống tư nhân.

Unidroit quan niệm việc chấp nhận không nhất thiết phải ưng thuận với tất cả các điều kiện được đưa ra trong đề nghị, tuy nhiên không được làm thay đổi cơ bản các điều kiện đó³⁹⁸. Ý tưởng như vậy về điều kiện của chấp nhận rất gần gũi với nguyên tắc thiện chí và sự hợp tác. Nhưng bên cạnh đó cũng khiến cho người đề nghị đôi khi vướng phải những phiền toái mà hoàn cảnh riêng của anh ta không cho phép. Hơn nữa khi tiếp nhận nguyên tắc này, thì pháp luật cần phải xác định các điều kiện chủ yếu của hợp đồng, hoặc phải dành cho thẩm phán quyền xác định thế nào là làm thay đổi cơ bản các điều kiện của đề nghị cụ thể. Pháp luật Việt Nam hiện nay dường như không tiếp nhận nguyên tắc này, bởi khẳng định sự trùng khít của chấp nhận với đề nghị. Quan niệm này giống quan niệm của Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 rằng: “Chấp nhận được xem là trả lời của người nhận được đề nghị về hiện trạng nhận được. Chấp nhận phải đầy đủ và không điều kiện” (Điều 438, khoản 1). Bộ luật Dân sự Đức 1900 có cách thức qui định riêng về vấn đề này như sau:

³⁹⁸ Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994], [<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1.../2.2.htm>], 18/03/01; 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. 92

“Điều 154. Thiếu thoả thuận rõ ràng; thiếu chứng thực

(1) Cho tới khi các bên thoả thuận về tất cả các điểm của hợp đồng mà, phù hợp với tuyên bố thậm chí của chỉ một bên, thoả thuận phải đạt được, hợp đồng chưa được giao kết, nếu còn ngờ vực. Một thoả thuận liên quan tới các điểm cá biệt không ràng buộc pháp lý, thậm chí chúng đã được ghi nhận.

(2) Nếu đã được dự tính rằng hợp đồng dự liệu phải được chứng thực, thì trong trường hợp còn ngờ vực, hợp đồng chưa được giao kết cho tới khi có chứng thực”.

Có tác giả Việt Nam đã đưa ra định nghĩa chấp nhận giống như định nghĩa chấp nhận tại Điều 396, có nghĩa là coi “Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự thể hiện ý chí, theo đó bên nhận đề nghị đồng ý với tất cả điều kiện được nêu trong đề nghị”, trong khi đó cũng lại đưa ra đòi hỏi phải cải cách các qui định về chấp nhận trong Bộ luật Dân sự 2005 theo hướng Điều 19, khoản 2, Công ước của Liên hiệp quốc về Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế 1980³⁹⁹. Điều 19 của Công ước Viên có nội dung:

“(1) Sự đáp lại một đề nghị mà có ngụ ý là một chấp nhận nhưng chứa đựng những điều kiện, những giới hạn hoặc những sửa đổi khác là một sự từ chối đề nghị và tạo thành một phản đề nghị.

(2) Tuy nhiên, sự trả lời một đề nghị có ngụ ý là một chấp nhận nhưng chứa đựng những điều kiện bổ sung hoặc khác biệt mà không làm thay đổi một cách thiết yếu các điều kiện của đề nghị tạo thành một chấp nhận, trừ khi người đề nghị, không chậm trễ một cách phi lý, phản đối bằng lời nói đối với sự không đồng nhất hoặc gửi một thông báo về hậu quả đó. Nếu người đề nghị không phản đối như vậy, thì các điều kiện của hợp đồng là các điều kiện của đề nghị với những sửa đổi được chứa đựng trong chấp nhận.

(3) Những điều kiện bổ sung hoặc khác biệt liên quan, giữa những vấn đề khác, về giá, thanh toán, chất lượng và số lượng hàng hoá, địa điểm và thời gian

³⁹⁹ Nguyễn Ngọc Khánh, *Chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 239

giao nhận, phạm vi trách nhiệm của một bên đối với bên khác hoặc giải quyết tranh chấp đều được xem là thay đổi một cách thiết yếu các điều kiện của đề nghị”.

Vũ Văn Mẫu cho rằng khế ước chỉ được coi là kết lập khi ưng nhận đã tương hợp với đề ước. Việc thiếu đi sự tương hợp, cũng giống với quan niệm của các nền tài phán, ông cho rằng đã xuất hiện một đề ước mới và phải chờ người kia trả lời chấp nhận thì khế ước mới được coi là kết lập. Tuy nhiên câu hỏi đặt ra ở đây thế nào là sự tương hợp giữa ưng nhận và đề ước. Về vấn đề này, Vũ Văn Mẫu thấy cần phân biệt giữa trường hợp sự tương hợp giữa các điểm chính và sai biệt giữa các điểm phụ với trường hợp sự bất tương hợp. Theo ông án lệ của Pháp khẳng định khế ước không thể coi là đã được kết lập một khi còn sai biệt giữa ưng nhận và đề ước kể cả những điểm phụ⁴⁰⁰. Tuy nhiên hiện nay, khi nói vắn tắt về hợp đồng, có tác giả Pháp cho rằng chấp nhận đề nghị là sự bày tỏ ý chí của người được đề nghị đồng ý giao kết hợp đồng theo những điều kiện do người đề nghị đưa ra, tuy nhiên chỉ có hiệu lực khi nó phù hợp với đề nghị, chí ít là đối với các nội dung chính của hợp đồng”⁴⁰¹. Nếu quả đúng như Vũ Văn Mẫu viết và đúng như cuốn sách phổ thông về hợp đồng vừa dẫn thì pháp luật Pháp phải chăng đã có thay đổi trong quan niệm về vấn đề này? Tuy nhiên nhận thức mềm hơn đối với sự tương hợp giữa chấp nhận và đề nghị khiến cho sự thẩm định tư pháp khó khăn hơn. Vũ Văn Mẫu trong tư tưởng của mình dường như cũng ủng hộ cho quan niệm mềm này trong khi dẫn rằng Bộ luật Nghĩa vụ của Thụy Sĩ trừ liệu sự bất tương hợp giữa các điểm phụ trong chấp nhận và đề nghị do toà án phân xử, và đòi hỏi sự rõ ràng hơn trong pháp luật về vấn đề này. Theo ông Bộ luật Dân sự Pháp 1804, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 đều không giải quyết minh bạch⁴⁰².

⁴⁰⁰ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 98-99

⁴⁰¹ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 35

⁴⁰² Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 98-99

Việc giải quyết hay không giải quyết một vấn đề pháp lý nào đó trong đạo luật có thể có những lý do nhất định. Song điều quan trọng nhất là không phải vì thế mà các tranh chấp liên quan tới các vấn đề đó không được giải quyết trong thực tế. Vì vậy nhiều Bộ luật Dân sự không có qui định về chấp nhận và đề nghị, nhưng tranh chấp liên quan được giải quyết ổn thỏa hơn là khi có các qui định như vậy trong Bộ luật Dân sự mà các qui định đó lại không thỏa đáng.

II. Hiệu lực của chấp nhận

Chấp nhận chỉ có hiệu lực khi đã đáp ứng đầy đủ các điều kiện hay tiêu chuẩn của chấp nhận. Đây là qui tắc chung mà bất kỳ luật gia nào cũng phải thừa nhận. Nhưng có một vài sự đáp ứng điều kiện của chấp nhận rất khó đánh giá. Nên có thể có các qui chế riêng, đôi khi gây tranh luận. Chẳng hạn Unidroit cho rằng, về nguyên tắc chung chấp nhận bằng hành động chỉ có hiệu lực khi người đề nghị được thông báo về hành động đó. Như vậy khó có thể phân biệt giữa chấp nhận bằng hành động với chấp nhận bằng các cách thức khác khi người đề nghị nhận được một thông báo “*Tôi đã hành động theo đề nghị của quý ngài*”? Tuy nhiên Unidroit cũng đã nhấn mạnh rằng những thông báo như vậy chỉ cần thiết nếu bản thân hành động không bao hàm sự thông báo chấp nhận trong một khoảng thời gian hợp lý⁴⁰³.

Chấp nhận đề nghị là giao kết hợp đồng, tuy nhiên nhất thiết phải đáp ứng những tiêu chuẩn nhất định⁴⁰⁴. Hợp đồng được giao kết là hậu quả pháp lý mấu chốt và quan trọng nhất của chấp nhận. Nói cách khác đó chính là điểm mấu chốt của hiệu lực của chấp nhận. Tuy nhiên trước tiên cần phải nghiên cứu thời điểm chấp nhận có hiệu lực và thời điểm hợp đồng được giao kết.

⁴⁰³ Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994], [<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1.../2.2.htm>], 18/03/01; 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. 94

⁴⁰⁴ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, p. 75

Thời điểm chấp nhận có hiệu lực theo pháp luật Việt Nam chính là thời điểm người đề nghị nhận được chấp nhận. Mặc dù Điều 397, khoản 1, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không có qui định rõ ràng về thời điểm này. Song nếu giải thích nó trong mối quan hệ với các Điều 391, khoản 1, Điều 400 của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, thì chúng ta có kết quả nêu trên.

Thời điểm giao kết hợp đồng giữa những người gặp mặt nhau hoặc trao đổi trực tiếp với nhau được Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định: Đối với hợp đồng giao kết bằng lời nói là thời điểm các bên đã thoả thuận về nội dung của hợp đồng; đối với hợp đồng giao kết bằng văn bản là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản (Điều 404, khoản 3 và khoản 4). Việc giao kết hợp đồng bằng văn bản theo tinh thần của Điều khoản này cũng có thể được hiểu trong trường hợp bên này gửi cho bên kia một bản văn hợp đồng để cùng nhau trao đổi, thoả thuận nhằm đi đến ký kết, hoặc nếu chấp nhận thì ký vào và gửi lại. Đặc biệt Điều 397, khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 buộc người được đề nghị phải trả lời ngay về việc có chấp nhận hay không trong trường hợp các bên trực tiếp giao tiếp với nhau qua điện thoại hoặc qua các phương tiện giao tiếp khác (chẳng hạn như chat room), trừ khi có thoả thuận khác về thời hạn trả lời. Vì vậy có thể suy ra trường hợp được đề cập tới trong điều khoản này có thể khác với trường hợp được nói tại Điều 404, khoản 3, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Tuy nhiên các điều khoản của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 liên quan tới hình thức và thời điểm giao kết hợp đồng có nhiều cách giải thích khác nhau. Dưới đây sẽ đề cập tới cách giải thích cần lưu ý để suy ngẫm.

Sau khi Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 ra đời, cơ quan soạn thảo Bộ luật này đã biên soạn một cuốn tài liệu tập huấn về những vấn đề cơ bản của nó, trong đó có vấn đề hình thức và thời điểm giao kết hợp đồng mà chúng ta đang bàn tại đây. Về chúng, cơ quan soạn thảo đã tiết lộ ý đồ khi soạn thảo:

“BLDS quy định các bên được lựa chọn hình thức của hợp đồng, ví dụ bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể. Việc lựa chọn này chỉ bị loại trừ trong trường hợp pháp luật có quy định về một hình thức cụ thể bắt buộc. Tương

ứng với mỗi loại hình thức hợp đồng nêu trên, BLDS xác định thời điểm giao kết hợp đồng phù hợp, trên cơ sở công nhận hiệu lực của cam kết, thỏa thuận giữa các bên, không phụ thuộc vào yếu tố hình thức của hợp đồng. BLDS quy định nguyên tắc chung đó là hợp đồng được giao kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết. Thời điểm giao kết hợp đồng bằng miệng là thời điểm các bên đã thỏa thuận về nội dung của hợp đồng. Thời điểm giao kết hợp đồng bằng văn bản là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản.

Về nguyên tắc, thời điểm có hiệu lực của hợp đồng được tính từ thời điểm giao kết nêu trên. Tuy nhiên, cần lưu ý đó là các bên có thể thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng, ví dụ Luật đất đai quy định thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thế chấp là thời điểm đăng ký”⁴⁰⁵.

Có thể nói đây là ý đồ thực sự của cơ quan soạn thảo, bởi những người chủ chốt trong việc soạn thảo Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 cũng viết:

“BLDS xác định thời điểm giao kết hợp đồng trên cơ sở công nhận hiệu lực của cam kết, thỏa thuận giữa các bên, không phụ thuộc vào hình thức, thủ tục của hợp đồng. Xuất phát từ đó, BLDS qui định nguyên tắc chung đó là hợp đồng được giao kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết. Thời điểm giao kết hợp đồng bằng miệng là thời điểm các bên đã thỏa thuận về nội dung hợp đồng. Thời điểm giao kết hợp đồng bằng văn bản là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản (*Điều 404*)”⁴⁰⁶.

Với ý đồ này chúng ta thấy, dường như nhà làm luật đã không có sự phân biệt trường hợp giao kết hợp đồng giữa những người gặp mặt hoặc trao đổi trực tiếp với nhau với trường hợp giao kết hợp đồng giữa những người không gặp mặt hoặc không trao đổi trực tiếp với nhau. Nếu các bên gặp mặt nhau đàm phán hay trao đổi qua điện thoại, thì nhiều khi khó có thể biết được ai là người đề nghị và ai

⁴⁰⁵ Bộ Tư pháp, *Những vấn đề cơ bản của Bộ luật Dân sự năm 2005 (Tài liệu tập huấn)*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2005, tr. 62; **Lưu ý:** Quan niệm này cũng xuất hiện tại một cuốn sách do những người soạn thảo Bộ luật Dân sự 2005 với nội dung như sau:

⁴⁰⁶ Đinh Trung Tụng (Chủ biên), *Bình luận những nội dung mới của Bộ luật Dân sự năm 2005*, Nxb Tư pháp, Hà Nội 2005, tr. 178

là người chấp nhận. Vậy làm sao có thể rút ra được một nguyên tắc chung về thời điểm giao kết hợp đồng như ý đồ trên đã nêu là “*BLDS qui định nguyên tắc chung đó là hợp đồng được giao kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết*”? Đáng tiếc là Điều 397, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã có sự phân biệt này, nhưng sau đó lại không sử dụng.

Liên quan đến vấn đề này, “*Giáo trình luật dân sự Việt Nam*” của Trường Đại học Luật Hà Nội cũng đã có sự phân biệt đáng lưu ý như sau:

“Việc đề nghị giao kết hợp đồng được thực hiện bằng nhiều cách khác nhau. Người đề nghị có thể trực tiếp (đối mặt) với người được đề nghị để trao đổi, thỏa thuận hoặc có thể thông qua điện thoại v.v... Trong những trường hợp này, thời hạn trả lời là một khoảng thời gian do hai bên thỏa thuận ấn định. Ngoài ra, đề nghị giao kết còn có thể được thực hiện bằng việc chuyển công văn, giấy tờ qua đường bưu điện. Trong trường hợp này, thời hạn trả lời là một khoảng thời gian do bên đề nghị ấn định”⁴⁰⁷.

Thực tế các luật gia đều nhận thấy sự phức tạp trong việc phân biệt giữa đề nghị và chấp nhận đối với trường hợp có đàm phán, trao đổi. Robert W. Emerson và John W. Hardwick cho rằng, như một vấn đề thực tế, rất khó nói bên nào đưa ra đề nghị và bên nào chấp nhận đề nghị, và đưa ra ví dụ:

Brown: Tôi thích chiếc xe con của anh.

Jones: Vâng, tuần trước ông Smith đã trả tôi \$5000 để mua nó.

Brown: Cái giá ấy nghe có vẻ ngon đấy. Nhẽ ra anh nên bán nó.

Jones: Tôi không muốn nhận ít hơn \$7000.

Brown: Tôi trả anh \$6000.

Jones: Nó là của anh với giá \$6200.

Brown: Mua”.

Tiếp theo Robert W. Emerson và John W. Hardwick giảng giải, nếu giao dịch được giao kết tại đó thì hầu hết toà án giải thích sự thỏa thuận đó là một hợp

⁴⁰⁷ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 110

đồng minh thị (express contract) thậm chí không có từ ngữ hợp đồng nào được sử dụng tại đó, và thực tế không có sự phân biệt giữa đề nghị và chấp nhận hoặc giữa người đề nghị và người chấp nhận⁴⁰⁸.

Ở Common Law việc giao kết hợp đồng giữa những người ở xa nhau thường được nhắc tới với lời nhấn nhủ rằng chấp nhận nên được lập theo cách thức được gợi ý bởi đề nghị, chẳng hạn một đề nghị được gửi qua đường thư từ có thể là một gợi ý hợp lý rằng chấp nhận nên gửi theo đường thư từ nếu không có phương thức khác đã được gợi ý⁴⁰⁹. Cách thức đưa một chấp nhận không còn là một vấn đề cần phải xem xét ngày nay. Trước thời Bộ luật Thương mại Nhất thể (UCC), ở Hoa Kỳ đã chấp nhận các qui chế đặc biệt của common law về chấp nhận, tức là chấp nhận phải được chuyển đi cùng cách với đề nghị. Nhưng ngày nay theo Bộ luật Thương mại Nhất thể của Hoa Kỳ, chấp nhận có thể bằng bất cứ cách nào và chuyển đi bằng bất cứ phương tiện gì, miễn là hợp lý và đáp ứng các yêu cầu của đề nghị (nếu có), và đều có hiệu lực như nhau⁴¹⁰. Bình luận chính thức Điều 2-206, Bộ luật Thương mại Nhất thể đề cập tới chính sách về vấn đề này nhằm duy trì tính linh động và tính ứng dụng phù hợp với sự phát triển của các phương tiện thông tin liên lạc tiết kiệm thời gian đang được sử dụng rộng rãi ngày nay⁴¹¹. Đối với trường hợp giao kết hợp đồng giữa những người ở xa nhau, các luật gia của Common Law không chỉ đề cập đến vấn đề phương thức gửi chấp nhận nói trên, mà còn nhấn mạnh hơn tới việc xác định thời điểm chấp nhận hay thời điểm giao kết hợp đồng⁴¹².

⁴⁰⁸ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, p. 70

⁴⁰⁹ J. E. Smyth, D. A. Soberman, J. H. Telfer, R. Johanson, *Australian business law*, Prentice- Hall of Australia Pty. Ltd., Australia, 1980, p. 65

⁴¹⁰ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, p. 75

⁴¹¹ *Uniform Commercial Code, 1995 official text with comments*, Fourteenth edition, West Publishing Co., p. 67- 68

⁴¹² J. E. Smyth, D. A. Soberman, J. H. Telfer, R. Johanson, *Australian business law*, Prentice- Hall of Australia Pty. Ltd., Australia, 1980, p. 65

Cũng xuất phát từ thực tế như vậy, hai luật gia nổi tiếng thế giới là John E. C. Brierley và Roderick A. Macdonald, khi giới thiệu về luật dân sự của Quebec (Canada), nói:

“Có một vấn đề đặc biệt về giao kết hợp đồng xuất hiện khi các bên không đối mặt giao dịch. Trong những trường hợp như vậy thì quan trọng là xác định cả thời gian và địa điểm giao kết hợp đồng bởi vì các vấn đề liên quan tới tài phán của toà án, áp dụng luật vật chất, thời điểm bắt đầu tính thời hiệu, và hiệu lực của việc huỷ bỏ đề nghị đều dựa vào đó”⁴¹³.

Như vậy hai luật gia nổi tiếng thế giới này đã đưa ra sự phân biệt và ý nghĩa của sự phân biệt giữa giao kết hợp đồng của các bên đối mặt nhau với giao kết hợp đồng của các bên không đối mặt nhau. Ở Việt Nam trước kia cũng như gần đây có nhiều công trình khoa học giới thiệu việc phân biệt hay phân loại này. Chẳng hạn Vũ Văn Mẫu cho rằng: vấn đề biết rõ lúc nào khế ước được kết lập trở nên khó khăn hơn khi các người kết ước ở xa cách nhau và chỉ sử dụng thư tín. Ông và các luật gia Pháp đã trình bày các học thuyết liên quan tới thời điểm và địa điểm chấp nhận đề nghị trong phương thức giao kết hợp đồng với người cách mặt. Theo họ có bốn học thuyết: (1) Học thuyết tuyên bố ý chí cho rằng hợp đồng được giao kết tại thời điểm và địa điểm phát sinh ý chí chấp nhận của người được đề nghị; (2) học thuyết tổng phát cho rằng hợp đồng được giao kết tại thời điểm và địa điểm người được đề nghị gửi chấp nhận đi; (3) học thuyết tiếp nhận cho rằng hợp đồng được giao kết tại thời điểm và địa điểm người đề nghị nhận được chấp nhận; và (4) học thuyết thông tin cho rằng hợp đồng được giao kết tại thời điểm và địa điểm người đề nghị biết được nội dung chấp nhận⁴¹⁴.

⁴¹³ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 402

⁴¹⁴ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 99- 100; Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 36- 38; John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 402

Qua các khảo cứu trên, chúng ta có thể thấy bốn học thuyết này ứng dụng cho việc giao kết hợp đồng giữa những người không gặp mặt hoặc không trao đổi trực tiếp với nhau. Và có thể suy diễn từ đây ta thấy, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 tiếp thu học thuyết tiếp nhận để xác định thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm người đề nghị nhận được chấp nhận (Điều 404), nhưng lại được cơ quan soạn thảo nó giải thích đó là nguyên tắc chung cho thời điểm giao kết hợp đồng bất luận trong trường hợp nào. Trong khi đó Điều 403 của Bộ luật này lại qui định: “Địa điểm giao kết hợp đồng dân sự do các bên thoả thuận; nếu không có thoả thuận thì địa điểm giao kết hợp đồng dân sự là nơi cư trú của cá nhân hoặc trụ sở của pháp nhân đã đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng”. Tinh thần và nội dung của Điều 403 này hoàn toàn giống với tinh thần và nội dung của Điều 444, Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994: “Nếu không nơi giao kết hợp đồng nào đã được chỉ ra trong hợp đồng, thì nơi giao kết hợp đồng được xem là nơi cư trú của công dân hoặc nơi cư sở của pháp nhân đã đưa ra đề nghị”. Tuy nhiên việc xác định nơi giao kết hợp đồng ngày nay chỉ có tác dụng duy nhất liên quan tới hợp đồng có yếu tố nước ngoài để làm căn cứ lựa chọn luật áp dụng đối với hình thức hợp đồng⁴¹⁵.

Việc phân biệt giữa các phương thức giao kết hợp đồng đã được chú ý đến trong Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994. Chẳng hạn Điều 441, Bộ luật này qui định:

“1. Khi đề nghị bằng văn bản không qui định thời hạn chấp nhận, thì hợp đồng phải được xem là giao kết nếu chấp nhận đã được người đề nghị nhận trước khi mãn hạn được qui định bởi luật hoặc các văn bản pháp lý khác, và nếu thời hạn như vậy không được qui định thì trong khoảng thời gian được yêu cầu một cách bình thường.

2. Khi đề nghị được lập bằng lời nói và không chỉ rõ thời hạn chấp nhận, thì hợp đồng được xem là giao kết, nếu bên kia ngay lập tức tuyên bố việc chấp nhận”.

⁴¹⁵ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 37

Điều luật này của Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 cho thấy mỗi khoản của Điều luật ứng với mỗi phương thức giao kết hay mỗi trường hợp giao kết, chứ không có nghĩa là khoản 1 qui định nguyên tắc chung, còn khoản 2 qui định về trường hợp cá biệt, hay ngược lại. Ở đây phải nói, Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 có một điều luật qui định về thời điểm giao kết hợp đồng, mà so với nó Điều 404, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 gần giống về hình thức và nội dung. Tuy nhiên điều luật đó của Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 có mục đích xác định việc kết lập hoặc hiệu lực của các loại hợp đồng khác nhau như hợp đồng ưng thuận, hợp đồng thực tế và hợp đồng trọng hình thức, và điều luật đó không gọi hợp đồng là “hợp đồng dân sự” như Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Điều luật đó viết:

“Điều 433. Thời điểm giao kết hợp đồng

1. Hợp đồng được coi là giao kết tại thời điểm khi người đưa ra đề nghị nhận được chấp nhận đối với đề nghị đó.

2. Nếu trong việc tuân thủ pháp luật, việc chuyển giao tài sản cũng được yêu cầu đối với việc giao kết hợp đồng, thì hợp đồng được xem là giao kết từ thời điểm chuyển giao tài sản tương ứng (Điều 224).

3. Hợp đồng phụ thuộc vào đăng ký quốc gia được xem là giao kết từ thời điểm đăng ký, trừ khi luật có qui định khác”.

Điều 443, Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 này cho thấy khoản 1 nói về hợp đồng ưng thuận; khoản 2 nói về hợp đồng thực tế; và khoản 3 nói về hợp đồng trọng hình thức. Trong khi Điều 404, Bộ luật Dân sự 2005 cho thấy khoản 1 nói về hợp đồng ưng thuận; khoản 2 nói về giao kết hợp đồng ưng thuận bằng im lặng; khoản 3 nói về giao kết hợp đồng ưng thuận bằng lời nói; và khoản 4 nói về giao kết hợp đồng ưng thuận bằng văn bản.

Bộ luật Dân sự Đức 1900 qui định:

“Điều 147. Thời hạn chấp nhận

(1) Đề nghị được đưa tới người đang hiện diện có thể được chấp nhận ngay lập tức. Qui định này cũng áp dụng đối với đề nghị bởi một người đưa tới một người khác qua điện thoại.

(2) Đề nghị được đưa tới một người đang vắng mặt có thể chỉ được chấp nhận trong khoảng thời gian mà người đề nghị mong muốn nhận được trả lời trong hoàn cảnh bình thường”.

Điều luật này của Bộ luật Dân sự Đức 1900 cũng có sự phân biệt các trường hợp như trên đã nói, và dường như có phần nào đó “giống” với Điều 397, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan 1992 có các điều kiện riêng cho chấp nhận trong từng trường hợp riêng biệt là giao kết hợp đồng với người ở xa và giao kết hợp đồng với người gặp mặt trực tiếp hoặc trao đổi trực tiếp với nhau tại các Điều 355 và Điều 356 tương ứng. Bộ luật này còn qui định rất rõ ràng:

“Hợp đồng giữa những người ở xa nhau được kết lập tại thời điểm khi thông báo chấp nhận tới người đề nghị.

Nếu theo ý chí tuyên bố của người đề nghị hoặc theo tập quán thông thường không một thông báo chấp nhận nào là cần thiết, thì hợp đồng được giao kết vào thời điểm xảy ra sự kiện mà phải được xem như tuyên bố ý chí chấp nhận” (Điều 361).

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đưa ra hai trường hợp có liên quan tới chấp nhận. *Trường hợp thứ nhất* liên quan tới sự kiện chết hay mất năng lực hành vi dân sự của người đề nghị được Điều 398 qui định: “Trong trường hợp bên đề nghị giao kết hợp đồng chết hoặc mất năng lực hành vi dân sự sau khi bên được đề nghị giao kết hợp đồng trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng thì đề nghị giao kết hợp đồng vẫn có giá trị”. *Trường hợp thứ hai* liên quan tới sự kiện chết hay mất năng lực hành vi dân sự của người được đề nghị được Điều 399 qui định: “Trong trường hợp bên được đề nghị giao kết hợp đồng chết hoặc mất năng lực hành vi dân sự sau khi trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng thì việc trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng vẫn có giá trị”.

Đối với trường hợp thứ nhất, Bộ luật Dân sự Đức 1900 đã dự liệu:

“Điều 153. Chết hoặc vô năng của người đề nghị

Việc giao kết hợp đồng không bị ngăn cản bởi sự kiện người đề nghị chết hoặc trở nên vô năng lực tham gia vào các giao dịch pháp lý trước khi chấp nhận, trừ khi có ý chí ngược lại về phần người đề nghị mà có thể được suy diễn ra”.

Như vậy Bộ luật Dân sự Đức 1900 đã nhấn mạnh tới hiệu lực của đề nghị, có nghĩa là khi đề nghị được đưa tới người được đề nghị có giá trị ràng buộc người đề nghị, nếu trong một khoảng thời gian qui định hoặc hợp lý mà người được đề nghị chấp nhận, thì có thể làm phát sinh quan hệ hợp đồng giữa các bên. Việc rút lại, huỷ bỏ đề nghị hoặc thậm chí sự kiện chết hay trở nên vô năng của người đề nghị không rũ bỏ được trách nhiệm đối với đề nghị trừ khi có hoàn cảnh khác. Điều luật này của Bộ luật Dân sự Đức 1900 là phát triển logic của nguyên tắc hiệu lực ràng buộc của đề nghị được nêu ra tại Điều 145 của Bộ luật này (điều đầu tiên trong mục nói về hợp đồng). Nhưng đối với trường hợp này, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 với qui định tại Điều 398 đã làm mất hiệu lực của đề nghị bởi sự kiện chết hay vô năng của người đề nghị, kể cả trong thời hạn chờ trả lời chấp nhận, mặc dù việc thừa kế di sản của người chết và việc giám hộ đối với người vô năng đã được qui định nhiều trong Bộ luật này. Với qui định như vậy, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã vô tình tước đi quyền lợi của người được đề nghị một cách vô duyên cớ, trong khi về nguyên tắc, Bộ luật này đã khẳng định trách nhiệm của người đề nghị trong khoảng thời gian chờ chấp nhận. Sẽ giải quyết thế nào trong trường hợp người được đề nghị đã tốn chi phí cho việc hành động theo đề nghị nhưng chưa thông báo về chấp nhận cho người đề nghị, trong khi vẫn còn thời hạn chấp nhận. Việc qui định như Điều 398, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 là thừa và không giải quyết được vấn đề mấu chốt là hiệu lực của đề nghị. Nếu người đề nghị đã nhận được đề nghị rồi, sau đó mới chết hoặc vô năng thì không can hệ gì vì hợp đồng coi như đã được giao kết. Hợp đồng đã được giao kết thì đề nghị và chấp nhận chỉ còn lại chức năng chứng minh cho quan hệ hợp đồng đó.

Đối với trường hợp thứ hai mà Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định tại Điều 399 cũng là thừa, bởi khi người đề nghị đã nhận được chấp nhận thì hợp đồng coi như đã được giao kết, có nghĩa là có mối quan hệ hợp đồng giữa các bên rồi thì việc nhắc lại hiệu lực của đề nghị hoặc chấp nhận đều là không cần thiết như trên đã phân tích. Cần hiểu rằng một người nào đó chết hoặc mất năng lực hành vi dân sự không có nghĩa là tài sản hay sản nghiệp của họ “chết” theo hoặc “mất năng lực” theo. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 cũng đã khẳng định người có nghĩa vụ là cá nhân chết thì nghĩa vụ chỉ chấm dứt khi nghĩa vụ đó phải do chính cá nhân đó thực hiện; và người có quyền là cá nhân chết mà quyền yêu cầu không thuộc di sản thừa kế thì mới là căn cứ để chấm dứt nghĩa vụ (Điều 374, khoản 8 và khoản 9). Nếu đã coi đề nghị và chấp nhận là các hành vi pháp lý, thì cũng phải lấy các qui tắc chung của nghĩa vụ để xem xét chúng. Vậy có thể nhận xét Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có vẻ thiếu nhất quán.

Bộ luật Dân sự Quebec (Canada) 1994 khi nói về hiệu lực của hợp đồng có quy định rằng:

“Điều 1440. Hợp đồng chỉ có hiệu lực giữa các bên kết ước; nó không ảnh hưởng tới người thứ ba, trừ khi luật có qui định.

Điều 1441. Với sự kiện chết của một trong các bên, quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng chuyển cho người thừa kế của người chết, nếu bản chất của hợp đồng cho phép như vậy”.

Tóm lại khi hợp đồng đã được giao kết, thì sự kiện chết hay mất năng lực hành vi của một trong các bên kết ước hoặc của tất cả các bên kết ước không ảnh hưởng gì tới việc thực hiện hợp đồng bởi quyền và nghĩa vụ phát sinh từ đó do người thừa kế hay người đại diện hợp pháp của họ thực hiện trên tài sản của họ, trừ khi bản chất của hợp đồng không cho phép. Tất nhiên đối với từng trường hợp cụ thể sẽ được xem xét thích đáng bởi cơ quan tài phán.

Các phân tích về hai trường hợp trên mới chỉ xuất phát từ loại hợp đồng ưng thuận. Còn đối với loại hợp đồng thực tế và hợp đồng trọng hình thức thì cần phải có sự tuân thủ các điều kiện riêng biệt của chúng thì hợp đồng mới được xem

là được kết lập. Rất đáng tiếc đối với hai loại hợp đồng này, không giống Bộ luật Dân sự Đức 1900 và Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994, nhà làm luật của ta lại không chú ý đến tại mục nói về giao kết hợp đồng của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, trong khi cả Bộ luật này nói khá nhiều về loại hợp đồng trọng hình thức và hợp đồng thực tế tại các mục khác, nhưng có ý thức chúng là hợp đồng thực tế và hợp đồng trọng hình thức không thì chưa được rõ.

Đối với cả hai trường hợp, vấn đề cần phải làm rõ là “trả lời chấp nhận” được nói tới trong các Điều 398 và Điều 399 là thế nào. Có phải việc bắt đầu chuyển chấp nhận đi được hiểu là “trả lời chấp nhận”, hay việc người đề nghị nhận được chấp nhận mới được xem là “trả lời chấp nhận”? Việc xác định này rất quan trọng, vì sự kiện chết hay mất năng lực hành vi xảy ra trong khoảng thời gian kể từ thời điểm bắt đầu chuyển chấp nhận đi cho đến thời điểm người đề nghị nhận được chấp nhận khác với sự kiện chết hay mất năng lực hành vi xảy ra sau thời điểm người đề nghị đã nhận được chấp nhận. Có lẽ cần đối với tất cả các Điều luật khác của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, chúng ta nên giải thích “trả lời chấp nhận” là việc người đề nghị nhận được chấp nhận của người được đề nghị.

Về thời điểm có hiệu lực của chấp nhận, một số luật gia của Common Law khẳng định: “Một chấp nhận có hiệu lực khi nó được truyền đạt tới (it is communicated to) người đề nghị hoặc người đại diện của người đề nghị”⁴¹⁶. Có một số luật gia khác của Common Law, khi nói về giao kết hợp đồng với người ở xa, phân tích: “Qui tắc mà toà án đã sử dụng là chấp nhận được xem là hoàn thành khi thư chấp nhận đã ghi địa chỉ và dán tem một cách thích hợp được bỏ vào thùng thư”. Các luật gia này cho rằng, nếu người đề nghị mong muốn chấp nhận đề nghị của anh ta qua đường thư từ, thì anh ta cũng nhất thiết đã chuẩn bị đón nhận rủi ro về việc thư chấp nhận đi chệch hướng, và kéo theo đó là sự tội tệ rằng anh ta bị

⁴¹⁶ Lawrence S. Clark, Robert J. Aalberts, Peter D. Kinder, *Law and Business- The Regulatory Environment*, Fourth edition, McGraw- Hill, Inc, 1994, p 165

ràng buộc bởi hợp đồng mà không có thông báo về sự tồn tại của nó⁴¹⁷. Ấn lệ của Pháp cũng có khuynh hướng theo học thuyết tổng phát khi xem xét thời điểm và địa điểm giao kết hợp đồng giữa những người ở xa nhau⁴¹⁸.

Unidroit hiện nay ủng hộ cho học thuyết tiếp nhận, nên có qui định: “Việc chấp nhận một đề nghị có hiệu lực khi sự biểu lộ đồng ý tới người đề nghị” (Điều 2.1.6). Các luật gia của Unidroit phân tích lý do tiếp nhận học thuyết tiếp nhận thay vì học thuyết tổng phát rằng rủi ro trong việc truyền đạt thông tin phải do người được đề nghị gánh chịu, bởi người được đề nghị là bên lựa chọn phương tiện thông tin, nên biết rõ hơn ai hết về những rủi ro đặc biệt hoặc chậm trễ có thể xảy ra, vì thế có khả năng hơn trong việc thực hiện các biện pháp bảo đảm cho chấp nhận đến tay người đề nghị⁴¹⁹. Qua đây có thể thấy, nếu người được đề nghị không có quyền chủ động lựa chọn phương thức gửi chấp nhận bất kể do pháp luật, tập quán hay qui định của người đề nghị, thì tiếp nhận học thuyết tổng phát là hợp lý. Còn nếu người được đề nghị có quyền chủ động thì theo học thuyết tiếp nhận là hợp lý. Vậy nên chẳng dễ ngỏ vấn đề này cho thực tiễn tư pháp?

Về sự kiện chết hay mất năng lực hành vi của người đề nghị hoặc người được đề nghị, các nước theo truyền thống Common Law có giải pháp khác nhau và cách lý giải khác nhau. Chẳng hạn một số tác giả Hoa Kỳ cho rằng sự kiện chết hoặc mất trí của một trong các bên liên quan tới một đề nghị cụ thể mặc nhiên (không cần thông báo) chấm dứt đề nghị. Và họ lý giải rằng hậu quả đó có được bởi vì không thể có sự gặp gỡ của ý chí (meeting of the minds)⁴²⁰. Trong khi đó có

⁴¹⁷ J. E. Smyth, D. A. Soberman, J. H. Telfer, R. Johanson, *Australian business law*, Prentice- Hall of Australia Pty. Ltd., Australia, 1980, p. 65

⁴¹⁸ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 101; Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 38

⁴¹⁹ *Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994]*, [<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1.../2.2.htm>], 18/03/01; 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. 93- 94

⁴²⁰ James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business*, Fourth edition, Irwin, USA, 1991, p. 129

tác giả Úc nói: sự kiện mà cả người đề nghị và người được đề nghị đều chết nhất thiết phải xem là chấm dứt đề nghị, nhưng nếu người đề nghị chết thì đề nghị có thể vẫn được chấp nhận sau khi anh ta chết trong một số trường hợp. Tác giả này phân tích nếu người đề nghị chết nhưng trước đó anh ta đã đồng ý hành động như một người bảo lãnh cho một khoản nợ, thì việc bảo đảm đó có thể được thi hành trên tài sản của anh ta- đó là giải pháp đã được đưa ra trong vụ *Bradbury v. Morgan* (1862). Tác giả này phân tích tiếp: tuy nhiên nếu có một yếu tố nhân thân trong đề nghị thì không thể chấp nhận và chấm dứt mọi thương lượng khi người đề nghị chết; cũng như vậy sự kiện người được đề nghị chết làm chấm dứt mọi thương lượng, trừ khi người đề nghị có ý định đưa đề nghị cho cả người được đề nghị và người thừa kế của người được đề nghị, hoặc rõ nhất là trong trường hợp đề nghị được đưa ra cho công chúng, thì cái chết của một người không mang lại hậu quả gì⁴²¹.

Chấp nhận cũng như đề nghị có thể rút lại. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đưa ra điều kiện để rút lại chấp nhận là khi thông báo rút lại tới người đề nghị trước hoặc cùng thời điểm với thông báo chấp nhận (Điều 400), có nghĩa là chỉ được rút lại khi hợp đồng chưa được giao kết. Điều này khẳng định thêm về việc ghi nhận học thuyết tiếp nhận trong pháp luật Việt Nam.

Mục 7.4

Đại diện

Trong đời sống thường nhật có thể do nhiều nguyên nhân khác nhau dẫn tới việc một người hành động nhân danh một người khác hoặc hành động cho lợi ích của một người khác trong những giao dịch cụ thể. Chẳng hạn mua tài sản cho người khác do được uỷ quyền, bán tài sản của người được giám hộ để phục vụ cho chính người được giám hộ... Về tổng quát như đã biết, cuộc sống của con người

⁴²¹ Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH Australia Limited, 1987, tr. 217

được xây đắp nên bởi các hợp đồng, và hầu hết các nhu cầu sống của con người được đáp ứng thông qua các mối quan hệ với những người khác. Hợp đồng giúp cho con người trao đổi lợi ích với nhau. Bản thân sự đáp ứng nhu cầu của con người càng ngày càng được chuyên nghiệp hoá. Người này thành thạo trong việc mua bán bất động sản hoặc kinh doanh ở thị trường này, người kia có thể chuyên lo cung ứng nguyên vật liệu hoặc kinh doanh ở thị trường kia .v.v... Để đáp ứng được nhu cầu sống hoặc kinh doanh, người này có thể phải nhờ tới sự thành thạo của người kia, và ngược lại. Đó là chưa kể nhu cầu thì lớn, thời gian thì có hạn, và đôi khi ai đó không có hoặc bị mất đi năng lực tiến hành các giao dịch, nên cần tới sự hành động của người khác cho lợi ích của chính mình. Vì vậy vấn đề đại diện được đặt ra. Konrad Zweigert and Hein Koetz cho rằng: “Phương thức đại diện là một sự cần thiết không thể bị vô hiệu trong bất kỳ chế độ phát triển nào mà dựa trên sự phân công lao động đối với sản xuất, và phân phối hàng hoá và dịch vụ”⁴²². Việc không làm vô hiệu hoá các hợp đồng được giao kết thông qua đại diện là rất quan trọng, bởi về phương diện vĩ mô nó thúc đẩy phân công lao động xã hội và tăng cường giao lưu dân sự, và về phương diện vi mô nó giúp cho các chủ thể thuận tiện hơn trong việc giao kết các hợp đồng.

Trước kia Luật La Mã không chấp nhận vấn đề đại diện do tính cách trọng hình thức đối với hợp đồng, vì vậy gây khó khăn lớn cho các giao dịch. Ở thời kỳ này người chủ gia đình (*paterfamilias*) có thể giao kết hợp đồng thông qua người trong gia đình, và cũng có thể giao kết hợp đồng thông qua người ngoài gia đình trong những điều kiện nhất định. Người trong gia đình có thể đại diện hoàn hảo cho người chủ gia đình đối với những hợp đồng mà người chủ gia đình trở thành trái chủ, nhưng không thể làm cho chủ gia đình trở thành người thụ trái bởi thi hành một nguyên tắc *alieni juri* không thể làm cho tình trạng của chủ xấu đi, trừ khi đối với những hợp đồng giao vật. Đối với việc giao kết hợp đồng thông qua người ngoài gia đình dù với tư cách trái chủ hay người thụ trái (ví dụ trong hợp

⁴²² Konrad Zweigert and Hein Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 431

đồng mua bán), thì người chủ gia đình không thể kiện trực tiếp người thứ ba giao kết hợp đồng với người thụ ủy, tuy nhiên có thể có tố quyền do pháp quan ban cho để đòi người thứ ba thi hành nghĩa vụ⁴²³. Giải thích vấn đề này trong Luật La Mã, và giải thích sự khác nhau giữa truyền thống Common Law và truyền thống Civil Law về vấn đề này, Konrad Zweigert and Hein Koetz cho rằng, người chủ gia đình thủ đắc quyền sở hữu mọi thứ do nô lệ và người trong gia đình có được từ người thứ ba, bởi trong xã hội La Mã lúc bấy giờ những người này chỉ được xem như cánh tay nối dài của của chủ gia đình, chứ không phải bởi chủ gia đình ủy quyền cho họ. Có lẽ vì vậy Luật La Mã không có khái niệm về đại diện hoàn hảo (agency) như ở các nước theo truyền thống Common Law. Sau này, vào Thế kỷ XVIII, vấn đề đại diện được thúc đẩy ở Châu Âu lục địa bởi các luật gia theo trường phái luật tự nhiên trong bối cảnh thương mại phát triển với sự xuất hiện các vấn đề như giao một con tàu cho thuyền trưởng điều khiển và quản lý, hay hoạt động kinh doanh thông qua sự điều hành của một người khác⁴²⁴...

Ngày nay trên nền tảng của tự do ý chí các luật gia có thể đều thừa nhận rằng một người có thể tự mình biểu lộ ý chí hoặc có thể biểu lộ ý chí thông qua một người khác. Ý tưởng ủy quyền tự bản thân nó là một cơ cấu trung tâm của luật dân sự hiện đại⁴²⁵. Nhưng vấn đề quan trọng nhất cần quan tâm ở đây là việc một người biểu lộ ý chí thông qua một người khác sẽ có những ràng buộc gì về mặt pháp lý đối với từng người.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 định nghĩa: “Đại diện là việc một người (sau đây gọi là người đại diện) nhân danh và vì lợi ích của người khác (sau đây gọi là người được đại diện) xác lập, thực hiện giao dịch dân sự trong phạm vi đại diện” (Điều 139, khoản 1). Nếu phân tích theo đúng chữ nghĩa của định nghĩa này,

⁴²³ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 61- 64

⁴²⁴ Konrad Zweigert and Hein Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 432

⁴²⁵ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 556

thì hành động của người đại diện vượt ra ngoài phạm vi đại diện, và việc gây thiệt hại cho người khác do vi phạm của người đại diện trong khi hành động đại diện có thể không nằm trong sự quan tâm của chế định đại diện? Tuy nhiên khi nói về đại diện tại Chương VII, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đề cập tới cả hậu quả của giao dịch dân sự do người không có quyền đại diện xác lập và thực hiện, và do người đại diện xác lập, thực hiện vượt quá phạm vi đại diện.

Chỉ đề cập riêng tới hợp đồng, Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 xác định phạm vi điều chỉnh quan hệ đại diện trong nó như sau:

“Điều 2.2.1. (*Phạm vi của mục này*)

(1) Mục này điều chỉnh quyền của người (“người đại diện”), làm phát sinh, bởi hoặc với hợp đồng, quan hệ pháp lý giữa người khác (“người được đại diện”) với bên thứ ba, mà người đại diện hành động hoặc bằng tên của mình hoặc bằng tên của người được đại diện.

(2) Mục này chỉ điều chỉnh quan hệ giữa người được đại diện hoặc người đại diện ở một bên, và bên thứ ba ở bên khác.

(3) Mục này không điều chỉnh quyền của người đại diện được qui định bởi pháp luật hoặc quyền của người đại diện được chỉ định bởi nhà chức trách công cộng hoặc nhà chức trách tư pháp”.

Qua đây có thể thấy phạm vi của chế định đại diện tương đối rộng. Đại diện không chỉ phát sinh bởi ý chí của đương sự, mà còn phát sinh bởi ý chí của nhà nước, và nó không chỉ là quan hệ giữa người đại diện và người được đại diện, mà còn là quan hệ giữa họ và từng người trong số họ với người thứ ba.

Về nguyên tắc pháp luật Việt Nam thừa nhận quyền tự do xác lập và thực hiện giao dịch thông qua người khác (người đại diện). Đây là một trong những điểm rất tích cực của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 trong việc hướng tới mục tiêu tự do ý chí, có nghĩa là một người có thể tự mình biểu lộ ý chí hoặc biểu lộ ý chí qua người khác để mang tới sự ràng buộc cho chính bản thân mình. Tuy nhiên

nguyên tắc này bị điều giảm bởi pháp luật, nếu như nhà làm luật cho rằng việc xác lập, thực hiện giao dịch phải do chính người liên quan tiến hành.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chia đại diện thành hai loại lớn là đại diện theo pháp luật, và đại diện theo uỷ quyền. Tương ứng với hai loại đại diện này là hai qui chế pháp lý khác nhau. *Thứ nhất*, đại diện theo pháp luật được xác định bởi pháp luật hoặc bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền bao gồm: cha, mẹ đối với con chưa thành niên; người giám hộ; người được toà án chỉ định đối với người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự; “người đứng đầu pháp nhân”⁴²⁶; chủ hộ gia đình; tổ trưởng tổ hợp tác... *Thứ hai*, đại diện theo uỷ quyền được xác lập bởi sự uỷ quyền giữa người đại diện và người được đại diện. Về phạm vi đại diện, Điều 144, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đưa ra hai cách thức xác định khác nhau: Đối với đại diện theo pháp luật, phạm vi được xác định khá mềm mỏng trên căn bản lợi ích của người được đại diện, trừ khi pháp luật có qui định khác (chẳng hạn trong phạm vi điều lệ của công ty); còn đối với đại diện theo uỷ quyền, phạm vi được xác định trên căn bản ý chí của chủ uỷ.

Vấn đề trước tiên được bàn ở đây là mối quan hệ bên trong của đại diện, có nghĩa là mối quan hệ giữa người đại diện và người được đại diện, tuy nhiên nhấn mạnh tới đại diện theo uỷ quyền.

Nhìn vào định nghĩa đại diện (đã dẫn ở trên) tại Điều 139, khoản 1, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 và tại Điều 2.2.1, khoản 1, Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004, chúng ta thấy có sự khác biệt quan trọng giữa các định nghĩa này ở chỗ: Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đòi hỏi người đại diện phải hành động nhân danh người được đại diện, trong khi Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 lại cho phép người đại diện hoặc hành động bằng tên của chính mình hoặc hành động bằng tên của người được đại

⁴²⁶ Cơ cấu của pháp nhân tương đối phức tạp kể cả pháp nhân công pháp và pháp nhân tư pháp. Nhưng trong pháp nhân tư pháp thì các công ty lại được chia ra nhiều loại hình khác nhau. Như vậy khó có thể xác định được ai là người đứng đầu pháp nhân, nhất là đối với công ty hợp danh mà trong đó các thành viên có vị thế bình đẳng hoàn toàn với nhau và phải chịu trách nhiệm liên đới và vô hạn định với khoản nợ. Kể cả đối với công ty cổ phần, người ta cũng khó có thể xác định được ai là người đứng đầu trong khi quyền lực cao nhất nằm trong tay đại hội đồng cổ đông.

diện (the agent acts in its own name or in that of the principal). Khảo sát quan niệm đại diện trong các nền tài phán khác nhau người ta thấy có quan niệm gần với Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, nhưng cũng có quan niệm khác với Bộ luật này nhưng giống quan niệm của Unidroit.

Ngày nay theo các cách thức khác nhau, các Bộ luật Dân sự của các nước đều thừa nhận vấn đề đại diện. Chẳng hạn Bộ luật Dân sự Đức 1900 qui định:

“Điều 164. Hiệu lực của việc biểu lộ ý chí bởi người đại diện

(1) Biểu lộ ý chí mà một người đưa ra bằng tên của người được đại diện trong phạm vi quyền đại diện của mình có hiệu lực trực tiếp đối với cả lợi ích và việc chống lại người được đại diện. Không có sự khác biệt giữa biểu lộ ý chí được đưa ra một cách rõ ràng bằng tên của người được đại diện, hoặc nếu hoàn cảnh chỉ ra rằng biểu lộ ý chí phải đưa ra bằng tên của người đại diện.

(2) Nếu ý chí hành động bằng tên của người khác không biểu lộ, thì sự thiếu vắng ý chí hành động của người đại diện bằng tên của mình không được đem ra xem xét.

(3) Các qui định của khoản 1 được áp dụng với sự sửa đổi thích hợp nếu biểu lộ ý chí được yêu cầu đưa tới người khác gửi tới người đại diện”.

Ở một mức độ khái quát khác vừa nói tới đặc tính của hiệu lực hợp đồng, vừa nói tới quan niệm về đại diện, Bộ luật Dân sự Cộng hoà Hồi Giáo Iran 1983 qui định:

“Điều 196

Bất kỳ người nào tạo lập một hợp đồng thì được xem rằng người đó nhân danh chính mình, trừ khi trong việc tạo lập hợp đồng có sự thừa nhận trái ngược hoặc trừ khi sau đó có chứng cứ ngược lại được thiết lập. Tuy nhiên khi tạo lập một hợp đồng, bất kỳ người nào cũng có thể thiết lập qui định cho lợi ích của người thứ ba.

Điều 197

Nếu giá cả hoặc đối tượng của việc mua bán trong hợp đồng là một tài sản thuộc một người thứ ba, thì hợp đồng phải nhân danh chủ sở hữu của tài sản đó”.

Ở trên đã nói về sự ra đời và phát triển của chế định đại diện ở các nước Châu Âu lục địa dựa trên nền tảng tư tưởng của trường phái luật tự nhiên trong bối cảnh thương mại và công nghiệp đang trên đường phát triển. Hugo Grotius, Christian Wolff và Pothier chỉ ra rằng, một người giao kết một hợp đồng có thể làm phát sinh ra quyền và nghĩa vụ cho người thứ ba với điều kiện anh ta được người thứ ba uỷ quyền một cách thích đáng, có nghĩa là hợp đồng được tạo lập “bằng tên” của người thứ ba. Từ đó qui tắc này được Bộ luật Dân sự Pháp 1804 tiếp nhận⁴²⁷, và được diễn giải thành qui định như sau:

“Uỷ quyền (mandat) hay uỷ nhiệm (procuration) là hành vi mà theo đó một người trao cho người khác quyền làm một việc gì đó cho người uỷ quyền (le mandant) và bằng tên của người uỷ quyền (en son nom).

Hợp đồng không được tạo lập khi không có sự chấp nhận của người được uỷ quyền” (Điều 1984).

Các thông tin trên có thể cho biết quan niệm về đại diện của pháp luật Việt Nam được thể hiện qua Điều 139, khoản 1, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có nguồn gốc từ trường phái luật tự nhiên giống với Bộ luật Dân sự Pháp 1804. Quan niệm này dẫn đến một hệ quả là một người dù được uỷ quyền và đã giao kết hợp đồng trong phạm vi của sự uỷ quyền đó nhưng không hành động “bằng tên của người chủ uỷ” (mà Điều 139, khoản 1, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 gọi là “nhân danh” người được đại diện), thì không làm phát sinh ra hậu quả pháp lý đối với chủ uỷ. Có lẽ vì vậy, cộng thêm với điều kiện chỉ được hành động trong phạm vi đại diện, nên Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 buộc người đại diện phải thông báo cho người thứ ba biết phạm vi đại diện của mình khi giao dịch với người thứ ba (Điều 144, khoản 4). Theo pháp luật Pháp và pháp luật Việt Nam, đại diện có một trong các nguồn gốc là sự uỷ quyền. Tuy nhiên Vũ Tam Tư có lưu ý: theo dân

⁴²⁷ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 432

luật Pháp uỷ quyền không nhất thiết gắn liền với đại diện, vì có uỷ quyền không đại diện, và ngược lại có đại diện không kèm theo uỷ quyền⁴²⁸.

Một số tác giả thuộc Common Law nhấn mạnh, pháp luật về đại diện (law of agency) “trước hết” liên quan tới quyền của người đại diện tạo lập quan hệ hợp đồng với người thứ ba thay mặt người uỷ quyền⁴²⁹. Điều đó có nghĩa là việc thay mặt người uỷ quyền để tạo lập quan hệ hợp đồng chỉ là một trong các vấn đề của đại diện theo Common Law. Tuy nhiên nó nằm ở trung tâm của chế định này.

Với truyền thống Common Law, qui tắc mà xuất phát từ một câu châm ngôn Latin “*Qui facit per alium, facit per se*” (có nghĩa là người nào làm cái gì đó thông qua người khác, là làm nó bởi chính mình) được áp dụng, và người chủ uỷ (principal) bị ràng buộc bởi hành động của người thụ uỷ (agent) trong phạm vi mà người chủ uỷ cho phép một cách rõ ràng hoặc ngầm định⁴³⁰. Sir William R. Anson (một học giả nổi tiếng về luật hợp đồng của Common Law) giải thích, một người không thể giao kết hợp đồng với một người khác để trao quyền hoặc ấn định nghĩa vụ đối với người thứ ba, tuy nhiên anh ta có thể đại diện cho một người khác, như được sử dụng bởi người khác, nhằm mục đích mang lại cho người đó quan hệ pháp lý với người thứ ba; và việc sử dụng cho mục đích đó được gọi là đại diện (agency)⁴³¹. Như vậy phạm vi của đại diện theo Common Law rất rộng. Ngày nay có những luật gia Hoa Kỳ viết: Luật đại diện bao gồm tất cả các qui tắc được xã hội thừa nhận và thi hành, bởi thế mà một người hành động cho người khác, và nếu không có luật đại diện, thì mọi người phải tự hành động cho mình và không thể sử dụng đại diện, người bán hàng hoặc người đưa tin, còn các công ty không

⁴²⁸ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 64

⁴²⁹ Lawrence S. Clark, Robert J. Aalberts, Peter D. Kinder, *Law and Business- The Regulatory Environment*, Fouth edition, McGraw- Hill, Inc, 1994, 279

⁴³⁰ Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, p. 166; Wikipedia, the free encyclopedia, *Agency (law)*, [[http://en.wikipedia.org/wiki/Agency_\(law\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Agency_(law))], 9/14/2008

⁴³¹ Sir William R. Anson, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, Twenty- second edition, Oxford at the Clarendon Press, 1965, p. 525

thể thực hiện được tất cả các chức năng của mình và phải chấm dứt hoạt động⁴³². Tóm lại ở Hoa Kỳ, nhiều luật gia quan niệm: “Đại diện là một quan hệ phát sinh khi một người (người đại diện) hành động cho lợi ích và theo sự chỉ dẫn của một người khác (người được đại diện)”, và cho rằng luật đại diện cần giải quyết ba câu hỏi căn bản: (1) Người được đại diện và người đại diện có nghĩa vụ gì đối với nhau? (2) Trách nhiệm của người được đại diện và người đại diện đối với hợp đồng được giao kết bởi người đại diện là gì? và (3) Khi nào người được đại diện phải chịu trách nhiệm đối với những hành vi vi phạm (torts) của người đại diện?⁴³³

Uỷ quyền đại diện đã được nhiều học giả tranh luận về bản chất pháp lý của nó. Có quan điểm xem uỷ quyền đại diện là hành vi pháp lý đơn phương. Nhưng nhiều nền tài phán xem nó là hợp đồng. Xaca Vacaxum và Tori Aridumi bày tỏ ý kiến: Việc giao quyền đại diện nên được xem là hành vi pháp lý đơn phương, không cần sự đồng ý của người đại diện là hợp lý nhất, bởi giao quyền đại diện là giao cho người đại diện một số quyền hạn nhất định và không hề hạn chế. Các học giả này còn khẳng định chính pháp luật dân sự Đức đi theo quan điểm đó và được nhiều nhà khoa học pháp lý Nhật Bản ủng hộ. Nhưng các ông cũng lưu ý rằng thực tế Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 không phân biệt rõ ranh giới giữa uỷ quyền và đại diện⁴³⁴. Về vấn đề này Bộ luật Dân sự Đức 1900 qui định:

“Điều 167. Cấp uỷ quyền

(1) Uỷ quyền được trao bởi sự bày tỏ tới người được uỷ quyền, hoặc tới người thứ ba mà với người này vấn đề được uỷ quyền sẽ được giao dịch.

(2) Việc bày tỏ không cần thiết theo hình thức được qui định đối với giao dịch pháp lý mà uỷ quyền liên quan”.

⁴³² Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron’s educational series Inc., USA, 1997, p. 247

⁴³³ James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business*, Fourth edition, Irwin, USA, 1991, p. 336

⁴³⁴ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 151

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 thể hiện quan niệm đại diện theo uỷ quyền gắn liền với nguồn gốc phát sinh, và phải rõ ràng, minh thị. Việc uỷ quyền ngầm định dường như bị loại bỏ, nên Bộ luật này qui định:

“1. Đại diện theo uỷ quyền là đại diện được xác lập theo sự uỷ quyền giữa người đại diện và người được đại diện.

2. Hình thức uỷ quyền do các bên thoả thuận, trừ trường hợp pháp luật qui định việc uỷ quyền phải được lập thành văn bản” (Điều 142).

Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan 1992 định nghĩa:

“Đại diện là một hợp đồng mà bởi nó một người, được gọi là người đại diện, có quyền hành động cho người khác, được gọi là người được đại diện, và đồng ý hành động như vậy.

Đại diện có thể minh thị hoặc ngầm định” (Điều 797).

Trong định nghĩa này, người Thái đã xác định bản chất hợp đồng của đại diện, xác định điều kiện quan trọng nhất trong việc thiết lập quan hệ đại diện, xác định phương thức xác lập quan hệ đại diện, và không đề cập tới phạm vi đại diện, cũng như không đề cập tới việc xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự cho người được đại diện. Tuy nhiên Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan 1992 cũng yêu cầu việc chỉ định đại diện phải bằng văn bản nếu giao dịch được pháp luật qui định phải lập thành văn bản. Những vấn đề liên quan tới chứng cứ cũng được Bộ luật này qui định tương tự.

Sir William R. Anson nói năng lực đầy đủ để giao kết hợp đồng là không cần thiết đối với người đại diện. Ông khẳng định một đứa trẻ có thể là người đại diện, nhưng nó không thể chịu trách nhiệm đối với bất kỳ hợp đồng uỷ quyền nào với người chủ uỷ⁴³⁵. Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan 1992 cũng qui định rõ ràng nếu người được đại diện sử dụng một người không có năng lực làm người đại diện thì người được đại diện vẫn phải bị ràng buộc bởi hành vi của người đại diện (Điều 799).

⁴³⁵ Sir William R. Anson, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, Twenty- second edition, Oxford at the Clarendon Press, 1965, p. 525

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định dứt khoát rằng người đại diện không thể là người vô năng, và đã gắn sự uỷ quyền với giao dịch, mà là mục đích của sự uỷ quyền, bằng cách qui định: “Người từ đủ mười lăm tuổi đến chưa đủ mười tám tuổi có thể là người đại diện theo uỷ quyền, trừ trường hợp pháp luật qui định giao dịch dân sự phải do người từ đủ mười tám tuổi trở lên xác lập, thực hiện” (Điều 143, khoản 2). Việc qui định “quá chặt chẽ” của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có thể tạo ra sự dễ dàng cho các cơ quan nhà nước, nhưng chắc chắn sẽ gây khó khăn không nhỏ cho đời sống dân sự. Tuy nhiên nó lại khẳng định mạnh mẽ cho bản chất hợp đồng của việc trao quyền đại diện.

Về phương diện học thuật, trước kia ở Việt Nam đã có quan niệm gắn với thể giới về năng lực của người đại diện. Vũ Văn Mẫu cho rằng chủ uỷ phải có năng lực, nhưng họ có thể chọn người vô năng lực để đại diện cho mình⁴³⁶. Quan niệm này có lẽ xuất phát từ nhận thức: năng lực của người đại diện (người thụ uỷ) xuất phát từ người được đại diện (người chủ uỷ), do vậy bản thân người đại diện không cần có năng lực pháp lý đầy đủ⁴³⁷. Nhận thức như vậy mới có thể xử lý được các hành vi phạm tội thông qua người vô năng, và tạo điều kiện dễ dàng cho các hoạt động phát triển các thiết bị giao dịch trên thương trường... Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan 1992 qui định tại Điều 799 rằng: “nếu người được đại diện sử dụng một người không có năng lực làm người đại diện cho mình, thì người được đại diện bị ràng buộc bởi hành vi của người đại diện đó”. Bộ luật này đã chia thẩm quyền đại diện ra thành hai loại là quyền đại diện đặc biệt, và đại diện tổng quát. Đối với quyền đại diện đặc biệt, người đại diện có thể hành động bất kể những gì cần thiết cho sự thi hành thích đáng các vấn đề được giao phó. Còn đối với quyền đại diện tổng quát, người đại diện có thể thực hiện tất cả các hành vi quản lý nhân danh người được đại diện, nhưng không thể thực hiện các hành vi: (1) Bán hoặc thế chấp bất động sản; (2) cho thuê bất động sản với thời hạn trên ba

⁴³⁶ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 104

⁴³⁷ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 556

năm; (3) tặng cho tài sản; (4) giao kết hợp đồng điều đình; (5) tiến hành tố tụng trước toà án; và (6) đưa tranh chấp ra trọng tài (Điều 800 và Điều 801). Lưu ý rằng việc phân loại thẩm quyền đại diện và xác định phạm vi của thẩm quyền đại diện như vậy đã có trong các Bộ luật Dân sự của Việt Nam dưới các chế độ cũ.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không đưa ra sự phân loại như vậy, và để phạm vi đại diện cho các bên tự do thoả thuận bằng cách qui định: “Phạm vi đại diện theo uỷ quyền được xác lập theo sự uỷ quyền” (Điều 144, khoản 2). Xét cho cùng, ở pháp luật Việt Nam việc xác định phạm vi rộng hay hẹp của đại diện là khó khăn, bởi sự hạn chế phạm vi đại diện không được dồn nén vào một hoặc một số điều khoản cụ thể, mà Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 để cho các văn bản pháp luật khác nhau tự ý qui định (theo tinh thần của Điều 139, khoản 2, của Bộ luật này). Trước kia, Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ có qui định: “Sự uỷ- quyền, nếu được ưng- nhận một cách đại- cương, chỉ cho phép người thụ uỷ làm những hành- vi quản- trị; muốn đoan- mại, cầm cố, hay làm hành- vi gì thuộc về quyền tư- hữu, người thụ uỷ phải được uỷ- thác rõ rệt” (Điều thứ 1243). Các qui định này kế thừa các qui định tại Điều thứ 1176, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931, và Điều thứ 1400, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936.

Khi nói tới đại diện, các luật gia theo Civil Law thường nhắc tới ba điều kiện để đại diện có hiệu lực- đó là người đại diện phải có thẩm quyền đại diện; người đại diện phải có ý chí đại diện; và người đại diện phải có ý chí tiến hành giao dịch⁴³⁸.

Thứ nhất, người đại diện phải có quyền đại diện. Như trên đã phân tích quyền đại diện có được bởi ý chí của người được đại diện hoặc bởi pháp luật (ngoài ý chí của người được đại diện)⁴³⁹. Quyền đại diện phát sinh bởi ý chí thông thường thông qua hợp đồng uỷ quyền. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 định nghĩa: “Hợp đồng uỷ quyền là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên được uỷ quyền có

⁴³⁸ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 104

⁴³⁹ Quyền đại diện phát sinh bởi pháp luật nói ở đây theo nghĩa rộng bao gồm cả đại diện do luật định hoặc đại diện do quyết định của toà án hay của cơ quan nhà nước có thẩm quyền

nghĩa vụ thực hiện công việc nhân danh bên uỷ quyền, còn bên uỷ quyền chỉ phải trả thù lao, nếu có thoả thuận hoặc pháp luật có qui định” (Điều 581). Xem xét các qui định liên quan xung quanh chế định đại diện và hợp đồng uỷ quyền được thể hiện trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, người ta không thấy quan niệm về uỷ quyền ngầm định. Tuy nhiên đây là một vấn đề hết sức thực tế không phụ thuộc vào ý chí của nhà làm luật.

Người đại diện trong trường hợp nào đó hành động vượt quá phạm vi của sự đại diện. Về vấn đề này Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đưa ra giải pháp tổng quát rằng phần hợp đồng được giao kết vượt quá phạm vi đại diện không làm phát sinh ra quyền và nghĩa vụ của người được đại diện ngoại trừ trường hợp (1) người được đại diện chấp thuận hoặc (2) biết nhưng không phản đối (có nghĩa là sự chấp thuận của người được đại diện có thể bằng hành động hoặc không hành động); trường hợp không có sự chấp thuận của người được đại diện thì phần nghĩa vụ vượt quá do người đại diện phải gánh chịu (Điều 146, khoản 1). Bộ luật Dân sự này cho phép người giao kết hợp đồng với người đại diện đơn phương chấm dứt thực hiện phần vượt quá phạm vi của sự đại diện, hoặc có thể hủy phần vượt quá này hay hủy bỏ toàn bộ hợp đồng theo sự lựa chọn của người này, đồng thời có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại phát sinh. Các quyền này không có trong trường hợp người giao kết hợp đồng với người đại diện biết hoặc nhẽ ra phải biết về sự vượt quá phạm vi đại diện (Điều 146, khoản 2).

Về mặt học thuật, phần nhiều các học giả quan niệm trong trường hợp người đại diện hành động vượt quá phạm vi của sự đại diện thì người được đại diện vẫn phải gánh chịu nghĩa vụ được xác lập đối với người thứ ba ngay tình mà đã hành động cẩn trọng khi giao kết hợp đồng với người đại diện bởi xem như người được đại diện đã có lỗi (chọn một người không đáng tin cậy hay tạo ra một biểu hiện bề ngoài khiến cho người thứ ba bị lôi cuốn). Quan niệm này được bắt gặp không chỉ trong các đạo luật, mà còn trong cả án lệ. Nhiều trường hợp người được đại diện không có lỗi nhưng vẫn phải gánh chịu nghĩa vụ đối với người thứ ba ngay tình khi người đại diện của họ giao kết hợp đồng với người này mà vượt

quá phạm vi của sự đại diện bởi người ta áp dụng một nguyên tắc qua câu châm ngôn có từ thời La Mã cổ đại là “nhầm lẫn chung trở thành luật”. Các phân tích Điều 146, khoản 1 của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 ở trên đã cho thấy nhà làm luật Việt Nam chưa đề cập tới các nguyên tắc này mà đổ dồn gánh nặng cho người thứ ba ngay cả trong trường hợp người này ngay tình bởi bản thân người thứ ba này chỉ mong muốn được tạo lập nên mối quan hệ hợp đồng với người được đại diện chứ không phải với người đại diện. Xem tổng thể Điều 146 của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 (cả khoản 1, khoản 2 và khoản 3) có thể thấy ý đồ của nhà làm luật Việt Nam là bảo vệ cho người được đại diện hơn là bảo vệ cho người thứ ba ngay tình. Nhận định này có thể được minh chứng thêm bằng các qui định tại Điều 144, khoản 5 của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Các qui định này ngăn cấm người đại diện được giao kết hợp đồng với chính mình trừ một số ngoại lệ do luật định. Tuy nhiên sự ngăn cấm này phần lớn là hợp lý bởi người đại diện thông hiểu các bất lợi của người được đại diện. Do đó việc dẫn điều khoản này ở đây chỉ có ý nghĩa khẳng định thêm về sự cứng nhắc một cách bất hợp lý của nhà làm luật Việt Nam trong tư tưởng bảo vệ người được đại diện mà thiếu sự phân loại pháp lý một cách khoa học. Tính hợp lý của qui định ngăn cấm người đại diện giao kết hợp đồng với chính mình có thể được chứng minh qua việc ngăn cản các giao dịch có khả năng tư lợi ở các công ty do luật thương mại hay luật công ty qui định.

Thứ hai, người đại diện phải có ý chí đại diện. Dù quan hệ đại diện phát sinh bởi hành vi pháp lý hay bởi pháp luật thì ý chí đại diện phải được biểu lộ. Pháp luật Anh Quốc phân loại nguồn gốc phát sinh quan hệ đại diện thành (1) quan hệ đại diện được tạo lập bởi thỏa thuận minh thị hay thỏa thuận ngầm định giữa người được đại diện và người đại diện, hoặc bởi sự phê chuẩn của người được đại diện đối với hành vi được thực hiện nhân danh anh ta; (2) quan hệ đại diện được tạo lập bởi các đạo luật⁴⁴⁰. Quan hệ đại diện có thể được xác lập bởi

⁴⁴⁰ Lord Hailsham of ST. Marylebone, *Halsbury's Laws of England*, Volume I, Fourth Edition, Butterworths, London, 1973, p. 427

hành vi pháp lý đơn phương, chẳng hạn như nghị quyết của một công ty⁴⁴¹. Người đại diện trong các trường hợp này phải biểu lộ ý chí đại diện trong giao kết hợp đồng để làm phát sinh hiệu lực của hợp đồng đối với người được đại diện. Tuy nhiên chủ ủy có thể yêu cầu người đại diện không bộc lộ quan hệ đại diện, chẳng hạn như trong hợp đồng ủy thác mua bán hàng hóa. Luật Thương mại Việt Nam 2005 có quy định nghĩa vụ của bên nhận ủy thác không tiết lộ thông tin liên quan tới quan hệ ủy thác (Điều 165, khoản 5). Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan 1992 có quy định tại Điều 806 rằng: “Chủ ủy bí mật có thể bộ lộ bản thân mình và đảm đương bất kỳ hợp đồng nào được giao kết vì lợi ích của mình. Nhưng chủ ủy cho phép người thụ ủy của mình hành động như một chủ ủy không thể gây ảnh hưởng tới các quyền của người thứ ba đối với người thụ ủy được thủ đắc trước khi thông báo quan hệ đại diện”.

Thứ ba, người đại diện phải có ý chí tiến hành giao dịch. Ý chí của người đại diện đóng một vai trò quan trọng trong việc giao kết hợp đồng mang lại sự ràng buộc đối với người được đại diện. Tuy nhiên theo Vũ Văn Mẫu nếu người chủ ủy cố tình chọn một người vô năng lực làm đại diện cho anh ta thì anh ta phải gánh chịu các hậu quả⁴⁴².

Pháp luật của các nước khác kể cả thuộc truyền thống Civil Law và Common Law đều tính đến các trường hợp: (1) Đồng chủ ủy (hay đồng người được đại diện); và (2) đồng thụ ủy (hay đồng người đại diện). Các đồng chủ ủy có thể yêu cầu một người đại diện hành động cho họ, và trong trường hợp này cùng chịu trách nhiệm trước người đại diện và có thể cùng khởi kiện người đại diện. Người đại diện không phải hành động riêng rẽ cho một chủ ủy. Một chủ ủy có thể ủy quyền cho đồng người thụ ủy để hành động cho mình theo hình thức cộng đồng hay liên đới. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không biết tới các khái niệm này. Tuy

⁴⁴¹ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 557

⁴⁴² Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và kế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 107

nhien việc đồng ủy quyền có thể được ngụ ý trong Luật Doanh nghiệp 2005 của Việt Nam.

Mục 7.5

Nội dung hay các điều kiện của hợp đồng

Phần lớn các hợp đồng, nội dung hay các điều kiện của chúng không được, không thể hay không cần xác định đầy đủ. Tuy nhiên trong bất kỳ nền tài phán nào, người ta cũng đòi hỏi hợp đồng phải thể hiện được những nội dung nhất định để có thể giải thích được cho ý chí của các bên hay hỗ trợ cho hoạt động giải quyết tranh chấp hay bảo vệ lợi ích của người khác. Trường Đại học Luật Hà Nội quan niệm: “Nội dung của hợp đồng dân sự là sự tổng hợp các điều khoản mà các chủ thể tham gia giao kết hợp đồng đã thoả thuận”⁴⁴³. Hiểu rằng nội dung của hợp đồng được biết đến như là các điều kiện của hợp đồng (terms of contract)⁴⁴⁴. Vì vậy cần khảo sát các luật gia trên thế giới quan niệm như thế nào về các điều kiện của hợp đồng. Quan niệm chung cho rằng, điều kiện của hợp đồng được xem là bất kỳ qui định nào tạo thành một phần của hợp đồng mà mỗi trong số chúng làm phát sinh ra nghĩa vụ hợp đồng để khi bị vi phạm có thể dẫn tới tranh tụng; và không nhất thiết được tuyên bố một cách rõ ràng⁴⁴⁵. Hai quan niệm về nội dung hay các điều kiện của hợp đồng nói trên không có sự khác biệt nào đáng kể, trừ cách thức diễn đạt. Trường Đại học Luật Hà Nội xem nội dung của hợp đồng là “các điều khoản” mà các bên “đã thoả thuận” có thể gây nên một sự hiểu lầm rằng, chỉ những điều khoản nào mà các bên tuyên bố một cách rõ ràng mới trở thành nội dung của hợp đồng. Tuy nhiên tiếp theo các diễn nghĩa này, Trường Đại học Luật Hà Nội chia nội dung của hợp đồng thành ba loại, bao gồm: (1) Các điều khoản cơ bản (là các điều khoản không thể thiếu); (2) các điều khoản thông thường (là các

⁴⁴³ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 98

⁴⁴⁴ Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, p. 122

⁴⁴⁵ Wikipedia, the free encyclopedia, *Contract*, [<http://en.wikipedia.org/wiki/Contracts>], 5/12/2009

điều khoản do luật định, mặc nhiên được xem là đã được thoả thuận bởi các bên); và (3) các điều khoản tùy nghi (là các điều khoản mà các bên phải thoả thuận do tính chất của hợp đồng, do pháp luật qui định trước, hoặc các bên thoả thuận thêm)⁴⁴⁶. Bộ luật Dân sự của Cộng hoà Hồi Giáo Iran 1983 cũng có quan niệm tương tự trong khi qui định về hiệu lực của hợp đồng được viết ngắn gọn như sau:

“Điều 220

Hợp đồng không chỉ ràng buộc các bên thi hành những gì được qui định rõ ràng, mà các bên còn bị ràng buộc bởi tất cả các hậu quả kéo theo từ hợp đồng phù hợp với tập quán pháp và thực tiễn, hoặc bởi pháp luật”.

Có phần chi tiết hơn, các luật gia Common Law trước tiên phân biệt giữa các biểu lộ khác (representation) với các điều kiện của hợp đồng. Các biểu lộ khác là những tuyên bố được đưa ra trong thời gian đàm phán không có ý định làm phát sinh ra sự ràng buộc về mặt pháp lý, trong khi đó các điều kiện của hợp đồng phát sinh ra sự ràng buộc pháp lý hay hiệu lực⁴⁴⁷. Sự phân biệt này được xem là rất quan trọng, bởi vì chúng có các chế tài khác nhau⁴⁴⁸. Tiếp đó các điều kiện của hợp đồng được chia thành hai loại là: (1) Các điều kiện ấn định rõ ràng (express terms) là các điều kiện được qui định rõ ràng bởi các bên nhằm tới sự ràng buộc họ về mặt pháp lý; và (2) Các điều kiện ngầm định (implied terms) là các điều kiện không được ấn định rõ ràng bởi các bên nhưng được xem là một phần của hợp đồng do luật định. Mỗi trong hai loại điều kiện trên lại được phân chia ra thành các phân loại nhỏ hơn và có qui chế pháp lý riêng biệt. Các điều kiện ấn định rõ ràng được chia thành hai loại: (i) Các điều kiện cơ bản (conditions) là các điều kiện thể hiện nguồn cội của hợp đồng mà sự vi phạm chúng có thể dẫn đến chế tài huỷ bỏ hợp đồng và bồi thường thiệt hại; và (ii) các điều kiện không cơ bản là các điều kiện thứ yếu của hợp đồng mà sự vi phạm chúng chỉ chế tài bồi thường thiệt hại được áp dụng (warranties). Các điều kiện ngầm định trong hợp đồng được

⁴⁴⁶ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 98- 100

⁴⁴⁷ Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH Australia Limited, 1987, p.291

⁴⁴⁸ Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, p. 122

chia thành các điều kiện tập quán; các điều kiện luật định; và các điều kiện tư pháp định⁴⁴⁹.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã đưa ra một sự thay đổi lớn trong quan niệm về các nội dung chủ yếu của hợp đồng. Tại Điều 402, Bộ luật Dân sự 2005 nhà làm luật không ấn định các nội dung chủ yếu hay nội dung không thể thiếu của hợp đồng mà chỉ đưa ra gợi ý một số nội dung cần thiết của hợp đồng để các bên tuỳ ý thoả thuận. Tư tưởng này dẫn đến suy luận là Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không vô hiệu hoá các hợp đồng do nguyên nhân không xác định nội dung chủ yếu của hợp đồng, cũng có nghĩa là không quan tâm tới hình thức kết cấu nội dung của hợp đồng. Điều luật này viết:

“Tuỳ theo từng loại hợp đồng, các bên có thể thoả thuận về những nội dung sau đây:

1. Đối tượng của hợp đồng là tài sản phải giao, công việc phải làm hoặc không được làm;
2. Số lượng, chất lượng;
3. Giá, phương thức thanh toán;
4. Thời hạn, địa điểm, phương thức thực hiện hợp đồng;
5. Quyền, nghĩa vụ của các bên;
6. Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng;
7. Phạt vi phạm hợp đồng;
8. Các nội dung khác”.

Tuy nhiên cần phải hiểu, nếu các bên không xác định bản chất và đối tượng của hợp đồng thì khó có thể tạo lập được hợp đồng vì không thể xác định được quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ đó. Việc xác định bản chất và đối tượng của hợp đồng có thể dựa vào sự biểu lộ ý chí tức thời của các bên hoặc theo tập quán hay thói quen mà các bên đã từng tham dự. Vì vậy cần phải giải thích điều luật này theo hướng, nhà làm luật theo lẽ thường đã yêu cầu các bên phải xác

⁴⁴⁹ Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH Australia Limited, 1987, pp. 291- 305; Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, pp. 122- 127

định bản chất của hợp đồng. Yêu cầu này được đưa ra không rõ ràng trong đoạn văn đầu tiên của điều luật này rằng “*Tùy từng loại hợp đồng các bên có thể thoả thuận về những nội dung sau đây*”⁴⁵⁰. Tiếp đến nhà làm luật, trong ý tứ của điều luật này, dành quyền xác định đối tượng của hợp đồng cho thực tiễn xét xử căn cứ vào sự thoả thuận rõ ràng hay ngầm định của các bên. Vậy với một nền tư pháp mà tại đó các thẩm phán luôn luôn tâm niệm rằng cần phải dẫn ra được một qui định cụ thể của một văn bản pháp luật nào đó, thì Điều 402 kể trên trở nên vô giá trị. Nội dung chủ yếu của hợp đồng đã được nghiên cứu ở Mục nói về đề nghị giao kết hợp đồng, bởi đề nghị phải xác định một cách đầy đủ để bên được đề nghị chấp nhận là hợp đồng được xác lập. Nhưng với mục đích của Mục này, cần phải khảo sát thêm.

Công ước của Liên hiệp Quốc về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế được ký kết tại Viên ngày 11 tháng 4 năm 1980 có qui định:

“Đề xuất về việc giao kết hợp đồng gửi đến một hoặc nhiều người cụ thể tạo thành đề nghị nếu nó xác định đầy đủ và chỉ rõ ý chí của người đề nghị tự ràng buộc mình trong trường hợp được chấp nhận. Đề xuất được xem là xác định đầy đủ nếu nó chỉ rõ hàng hoá và ấn định hay qui định một cách rõ ràng hoặc ngụ ý việc xác định số lượng và giá cả” (Điều 14, khoản 1).

Điều khoản này thể hiện sự đòi hỏi tối thiểu các nội dung chủ yếu của hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế mà nếu thiếu chúng thì sẽ gây khó khăn không thể vượt qua trong việc giải thích cho ý chí của các đương sự hoặc khó khăn không thể vượt qua cho việc xét xử tranh chấp giữa các bên. Qua đây có thể thấy Công ước này chỉ yêu cầu xác định rõ bản chất của hợp đồng (mà đã được ấn định trong phạm vi áp dụng và mục đích của Công ước) và đối tượng của hợp đồng. Ngoài ra để hỗ trợ cho việc xác định đối tượng và mục đích của mua bán quốc tế, Công ước còn yêu cầu xác định thêm một cách rõ ràng hay ngụ ý về số lượng và giá cả của hàng hoá. Bộ luật Dân sự Pháp khi nói về đối tượng và nội dung chủ yếu của hợp

⁴⁵⁰ Những chữ in nghiêng trong đoạn trích dẫn này do tôi (Ngô Huy Cương) chủ động tạo ra để nhấn mạnh cho sự giải thích của mình

đồng tại Mục III, Chương II, Thiên III, Quyển III (các điều từ 1126 tới 1130) chỉ đề cập tới đối tượng của hợp đồng, có nghĩa là đối tượng của hợp đồng được xem là nội dung chủ yếu của hợp đồng.

Có quan niệm cứng hơn, trước kia Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989 của Việt Nam, Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995, Luật Thương mại Việt Nam 1997 và nhiều đạo luật khác đã ấn định các qui định quá nặng nề đối với nội dung chủ yếu của hợp đồng. Chẳng hạn Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 của Việt Nam tại Điều 12 qui định:

“1. Hợp đồng kinh tế bao gồm các điều khoản sau đây:

a) Ngày, tháng, năm ký kết hợp đồng kinh tế; tên, địa chỉ, số tài khoản và ngân hàng giao dịch của các bên, họ, tên người đại diện, người đứng tên đăng ký kinh doanh;

b) Đối tượng của hợp đồng kinh tế tính bằng số lượng, khối lượng hoặc giá trị qui ước đã thoả thuận;

c) Chất lượng, chủng loại, qui cách, tính đồng bộ của sản phẩm, hàng hoá hoặc yêu cầu kỹ thuật của công việc;

d) Giá cả;

đ) Bảo hành;

e) Điều kiện nghiệm thu, giao nhận;

g) Phương thức thanh toán;

h) Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng kinh tế;

i) Thời hạn có hiệu lực của hợp đồng kinh tế;

k) Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng kinh tế;

l) Các thoả thuận khác.

2. Các điều khoản qui định tại các điểm a, b, c, d, khoản 1, điều này là điều khoản chủ yếu của các hợp đồng kinh tế. Các điều khoản khác liên quan trực tiếp đến đặc điểm của từng loại hợp đồng kinh tế cũng là điều khoản chủ yếu của loại hợp đồng kinh tế đó”.

Có lẽ cách thức qui định như vậy theo một khuôn mẫu chung của các nước xã hội chủ nghĩa. Điều 12, Luật Hợp đồng kinh tế của Trung Quốc qui định hợp đồng kinh tế phải có các điều khoản chủ yếu như: (1) Đối tượng, có nghĩa là hàng hoá, dịch vụ, các thông tin về kế hoạch...; (2) chất lượng, số lượng; (3) giá cả hay thù lao; (4) thời hạn, địa điểm và phương thức thực hiện; và (5) trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng. Luật Hợp đồng kinh tế có yếu tố nước ngoài của nước này tại Điều 12 cũng có qui định tương tự. Mặc dù pháp luật có các qui định cứng và gần như không cần tới luật hợp đồng theo đúng nghĩa của nó với các đặc điểm và chức năng như đã phân tích tại Chương 4, nhưng theo Guiguo Wang, ở Trung Quốc trong thực tiễn tư pháp tại một số vụ điển hình liên quan tới hợp đồng có yếu tố nước ngoài, toà án hay trọng tài đã sử dụng các qui định cụ thể của pháp luật hoặc các tập quán và thông lệ quốc tế để giải thích cho ý chí của các bên tranh chấp trong trường hợp hợp đồng của họ không qui định hoặc không qui định rõ các điều kiện⁴⁵¹.

Các khảo sát trên về quan niệm của các nước xã hội chủ nghĩa cũ liên quan tới nội dung chủ yếu của hợp đồng cho thấy: (1) Một số không nhỏ các luật gia hiện nay ở Việt Nam vẫn bị ảnh hưởng bởi quan niệm cũ này đòi hỏi hợp đồng phải thể hiện nhiều điều kiện hơn mức cần thiết; (2) các đặc điểm và chức năng vốn có của luật hợp đồng không được thể hiện đầy đủ ở các nước xã hội chủ nghĩa cũ, cũng có nghĩa là không có sự phân biệt giữa luật công và luật tư; và (3) dù có các qui định rất cứng và chặt chẽ về nội dung chủ yếu của hợp đồng, nhưng trong giao thương quốc tế các qui định cứng và chặt chẽ đó đã phần nào phải nhường bước cho sự linh động do đòi hỏi của kinh tế thị trường.

Sau cải tổ, Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 đã đưa ra quan niệm linh động hơn nhiều về hợp đồng và pháp luật về hợp đồng nói chung hay các điều kiện của hợp đồng nói riêng được thể hiện phần nào trong điều luật sau:

“Điều 431. Giải thích hợp đồng

⁴⁵¹ Guiguo Wang, *Business Law of China- Cases, Texts and Commentery*, Butterworths Asia, Hongkong-Singapore- Malaysia, 1993, p. 77

Trong khi giải thích các điều kiện của hợp đồng, toà án cân nhắc tới nghĩa đen của câu chữ ở trong đó. Nghĩa đen của từ ngữ trong hợp đồng nếu mập mờ phải được xác định bằng cách so sánh với các từ ngữ khác và với toàn bộ ý nghĩa của hợp đồng.

Nếu các qui tắc tại đoạn 1 của Điều này không thể làm rõ nội dung của hợp đồng, thì ý chí thực chung của các bên phải được tìm ra với việc tính tới mục đích của hợp đồng. Tất cả các hoàn cảnh bao gồm đàm phán và trao đổi thư từ trước khi giao kết hợp đồng, thông lệ quen thuộc trong quan hệ giữa các bên, tập quán kinh doanh và các ứng xử tiếp theo của các bên phải được xem xét”.

Điều luật này cho thấy sự tôn trọng tự do ý chí, đặc điểm hỗ trợ của luật hợp đồng, việc sử dụng các điều kiện ngầm định, và vai trò và chức năng của tư pháp.

Ở đây cũng cần lưu ý hai vấn đề. *Thứ nhất*, dù có sự hỗ trợ của pháp luật, nhưng điều đó không có nghĩa là không cần tới sự thoả thuận đầy đủ, rõ ràng các điều kiện của hợp đồng, nhất là các hợp đồng giao kết bằng văn bản. *Thứ hai*, tuy có một số hợp đồng khi giao kết và thực hiện có văn bản được đưa ra làm bằng chứng cho quan hệ hợp đồng, nhưng không có nghĩa là trong văn bản đó ghi nhận tất cả các điều kiện ẩn định rõ ràng của hợp đồng, mà hầu hết các điều kiện ẩn định rõ ràng của hợp đồng nằm ở một hoặc một số văn bản áp dụng chung (chẳng hạn như vận chuyển công cộng và điều lệ vận chuyển).

Mục 7.6

Các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng

I. Khái luận về các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng

Luật La Mã trước kia phân chia nghĩa vụ thành hai loại căn cứ vào nguồn gốc phát sinh ra nghĩa vụ là hành vi pháp lý hay hợp đồng (*obligatio ex contractu*),

và sự kiện pháp lý hay vi phạm (*obligatio ex delicto*)⁴⁵². Việc phân chia này có trước thời Gaius. Nhưng ông cũng nhắc tới cách phân loại này với mục đích đặt toàn bộ hệ thống luật nghĩa vụ vào hai khái niệm *contractus* và *delictum*⁴⁵³. Nguồn gốc hợp pháp tạo ra nghĩa vụ là hợp đồng, theo quan niệm của Luật La Mã. Nhưng hợp đồng chỉ phát sinh hiệu lực khi hội đủ bốn điều kiện về sự ưng thuận, năng lực, đối tượng, và nguyên nhân⁴⁵⁴. Các điều kiện này cũng đã trở thành các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự Pháp 1804. Theo hình mẫu này, các Bộ luật Dân sự của Việt Nam trước đây cũng ghi nhận các điều kiện như vậy.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 và Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không có qui chế riêng cho vấn đề điều kiện có hiệu lực của hợp đồng và hợp đồng vô hiệu. Chương nói về giao dịch dân sự tại Phần chung của các Bộ luật này có các qui định về điều kiện có hiệu lực và sự vô hiệu của giao dịch dân sự áp dụng chung cho cả hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương. Do đó khi nghiên cứu riêng về các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, cần phải đề cập tới các qui định đó. Có thể nhà làm luật Việt Nam hiện nay có ý tưởng tập trung tất cả các qui định về điều kiện có hiệu lực và sự vô hiệu của hành vi pháp lý vào một khu vực nhất định gọi là “Phần chung” của Bộ luật Dân sự như cách thức pháp điển hóa luật dân sự của Đức theo trường phái Pandectist. Tuy nhiên đâu đó trong cả hai Bộ luật này, ngoài các qui định ở Phần chung, vẫn còn có các qui định liên quan tới điều kiện có hiệu lực và sự vô hiệu của hành vi pháp lý nằm rải rác trong các Phần khác của chúng. Hiểu rằng, sự khái quát hóa rất cần thiết, song có thể do tính chất phức tạp của vấn đề nên khó có thể đúc rút được đầy đủ. Các Bộ luật Dân sự trước kia của Việt Nam không đi theo khuynh hướng đó mà theo cách thức pháp điển hóa luật dân sự của Pháp là tập hợp hóa các chế định riêng rẽ của luật dân sự trong một bộ luật gọi

⁴⁵² Andrew Borkowski & Paul du Plessis, *Text Book on Roman Law*, Oxford University Press, 2005, p. 251; Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 48

⁴⁵³ Witold Wolodkiewicz, Maria Zablocka, *Luật La Mã*, Bản dịch của Lê Nết cho Khoa Luật dân sự, Trường đại học Luật, Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, TP. Hồ Chí Minh, 1999, tr. 160

⁴⁵⁴ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 51

là Bộ luật Dân sự, do đó qui định về các vấn đề này ngay tại từng chế định khi cần thiết. Hai cách thức pháp điển hóa nói trên khác nhau về kết cấu của Bộ luật Dân sự. Theo cách thức của Đức, Bộ luật Dân sự có phần chung chứa đựng các nguyên tắc và qui tắc chung nhất của các chế định của luật dân sự, vì vậy có một chương riêng tại phần này nói về hành vi pháp lý (một nguồn gốc hay căn cứ quan trọng của nghĩa vụ), bao gồm hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương. Thế nhưng hành vi pháp lý đơn phương là một lĩnh vực rất rộng và phong phú mà khó có thể tạo lập một lý thuyết chung cho chúng như hợp đồng. Xét cho cùng hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương chỉ có một điểm chung- Đó là biểu lộ ý chí làm phát sinh ra hậu quả pháp lý. Do vậy việc pháp điển hóa luật dân sự theo cách thức của Đức khó có thể đưa ra được các điều kiện có hiệu lực chung cho cả hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương. Chính vì vậy Bộ luật Dân sự Đức 1900, Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 phải nói về việc biểu lộ ý chí và phân chia nó ra từng trường hợp cụ thể và việc làm phát sinh hiệu lực liên quan tới từng trường hợp đó. Cách thức tập hợp hóa các chế định riêng rẽ của Pháp cho phép thiết lập các điều kiện có hiệu lực chung của riêng hợp đồng. Người ta xác định các thành tố cơ bản của hợp đồng (ung thuận, năng lực, đối tượng, và nguyên nhân của nghĩa vụ) và đặt điều kiện đối với từng thành tố đó. Qua đây có thể thấy Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995 và Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 pháp điển hóa theo kiểu Đức nhưng lại tập hợp hóa các điều kiện có hiệu lực của hành vi pháp lý theo kiểu Đức. Do vậy không tránh khỏi các bất cập lớn.

Dù vậy các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng cũng được nhóm hợp tập trung. Bộ luật Dân sự Pháp 1804 qui định về các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng từ Điều 1108 tới Điều 1804. Các điều kiện này bao gồm: (1) Có sự thỏa thuận của các bên cam kết; (2) có năng lực giao kết hợp đồng; (3) có đối tượng xác thực; và (4) có nguyên nhân hợp pháp⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ **Lưu ý:** Nhà pháp luật Việt- Pháp dịch điều kiện có hiệu lực thứ tư của hợp đồng từ tiếng Pháp sang tiếng Việt là “*nghĩa vụ có căn cứ hợp pháp*”.

Theo hình mẫu Pháp, nhưng có sự diễn giải cụ thể, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 đã qui định các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng trong hai điều khoản sau:

“**Điều thứ 651.**- Phàm các hiệp- ước phải cần có ba điều như sau mới thành được:

- 1) Phải có mọi bên hay người thay mặt của mọi bên đồng- ý;
- 2) Phải có một vật nhất- định đã chỉ rõ mà mọi bên có quyền sử- dụng;
- 3) Phải có một duyên- cớ đích- thực và chính- đáng.

Điều thứ 652.- Ngoài những điều cần cho hiệp- ước được thành, lại còn phải hai điều như sau này hiệp- ước mới có giá- trị:

- 1) Phải cho hoàn- toàn đồng- ý, không có sự gì hiểu- lầm hay cưỡng- bách;
- 2) Người lập- ước phải có đủ tư- cách, hoặc có người thay mặt đích- đáng.

Nếu hiệp- ước phát sinh ra thiệt- hại thì chỉ những khi nào trong luật đã định mới có thể bác được”.

Hai điều khoản này cho thấy, Bộ luật Dân sự Bắc kỳ 1931 phân tầng cho các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng: (1) Tầng căn bản hợp thành hợp đồng (Điều thứ 651); và (2) tầng cần có để hợp đồng có hiệu lực (Điều thứ 652). Việc phân tầng này cũng được tìm thấy trong nhận thức của một số luật gia thuộc Common Law. Daniel Khoury và Yvonne S Yamouni khi giới thiệu về luật hợp đồng của Australia đã nêu ra ba điều kiện để cho một sự thoả thuận trở thành hợp đồng, bao gồm: (1) Có sự thoả thuận hoàn toàn của các bên về các điều kiện của hợp đồng; (2) các bên có ý chí ràng buộc hợp pháp bởi sự thoả thuận; và (3) các cam kết tạo nên sự thoả thuận được hỗ trợ bởi nghĩa vụ đối ứng (trừ một số trường hợp). Và các tác giả này đã đưa ra bốn điều kiện làm cho hợp đồng có hiệu lực, bao gồm: (i) Đáp ứng được yêu cầu về hình thức; (ii) đáp ứng được yêu cầu về năng lực giao kết hợp đồng; (iii) đáp ứng được yêu cầu về sự ưng thuận chân thực (genuine consent); (iv) đáp ứng được yêu cầu về tính hợp pháp của đối tượng⁴⁵⁶. Như vậy dù có khác nhau đôi chút về chi tiết giữa quan niệm của Việt Nam và của

⁴⁵⁶ Daniel Khoury, Yvonne S Yamouni, *Understanding Contract Law*, Second edition, Butterworth, Australia, 1989, pp.7-8

Australia nêu trên, nhưng tinh thần toát lên của các quan niệm này là một thoả thuận nếu được đem ra xem xét về hiệu lực hay giá trị pháp lý, thì trước hết cần phải xem nó có hội đủ các yếu tố cơ bản của một hợp đồng không (nghĩa là có phải là một hợp đồng không), sau đó xét tới hợp đồng đó có được cấp hiệu lực không hay có giá trị ràng buộc không. Nhìn từ hai điều khoản nêu trên của Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 có thể thấy, Bộ luật này tại tầng thứ nhất đã nhắc tới sự thoả thuận, nhưng tại tầng thứ hai cũng nhắc tới sự thoả thuận. Điều đó có thể hiểu sự thoả thuận trong tầng thứ nhất là sự thoả thuận nhìn từ phía bên ngoài (mặt hình thức), còn sự thoả thuận trong tầng thứ hai là sự thoả thuận nhìn từ phía bên trong (mặt thực chất). Việc phân tầng này cho thấy một cách xem xét hiệu lực của hợp đồng toàn diện hơn và liên quan tới việc vô hiệu hoá các hợp đồng không đủ tiêu chuẩn.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định:

“1. Giao dịch dân sự có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau đây:

- a) Người tham gia giao dịch có năng lực hành vi dân sự;
- b) Mục đích và nội dung của giao dịch không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội;
- c) Người tham gia giao dịch hoàn toàn tự nguyện.

2. Hình thức giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch trong trường hợp pháp luật có qui định” (Điều 122).

Các qui định này được xây dựng, có lẽ, theo logic: một thoả thuận chỉ trở thành hợp đồng khi đáp ứng được các điều kiện do pháp luật qui định. Nói cách khác, chỉ khi hội đủ các điều kiện được pháp luật thừa nhận, thì một thoả thuận mới có giá trị ràng buộc về mặt pháp lý hay có hiệu lực pháp lý, tuy nhiên cần phải lưu ý tới sự phân biệt giữa sự vô hiệu tương đối và sự vô hiệu tuyệt đối mà sẽ được nghiên cứu ở sau. Cách thức qui định liệt kê một tầng các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng như trên của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 cũng được tìm thấy trong nhiều Bộ luật Dân sự của nhiều nước Châu Âu và các nước thuộc địa của những nước này. Chẳng hạn Bộ luật Dân sự Tây Ban Nha 1889 qui định:

“Không có hợp đồng trừ khi các yêu cầu sau đây được thể hiện:

1. Sự ưng thuận của các bên giao kết.
2. Một sự vật xác định có thể làm đối tượng của hợp đồng.
3. Một nguyên nhân cho nghĩa vụ được thiết lập trong đó” (Điều 1261).

Có lẽ Bộ luật Dân sự Tây Ban Nha 1889 quan niệm đã là hợp đồng thì phải có hiệu lực ràng buộc, vì thế chỉ thiết lập điều kiện để sự thoả thuận trở thành hợp đồng hay có giá trị ràng buộc. Mặc dù cũng bắt nguồn từ Luật La Mã và bị ảnh hưởng theo cách thức lập pháp của Pháp, nhưng Bộ luật Dân sự Tây Ban Nha 1889 đã không liệt kê năng lực giao kết hợp đồng vào các điều kiện kể trên, mà xem xét năng lực này trong yếu tố ưng thuận (Điều 1262). Quan niệm này ảnh hưởng tới các nước thuộc địa của Tây Ban Nha. Bộ luật Dân sự Philippines 1950 cũng có các qui định tương tự tại Điều 1318 và Điều 1327.

Mới xây dựng gần đây, Bộ luật Dân sự của Cộng hoà Hồi Giáo Iran 1983 cũng có các qui định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng như ở các nước theo truyền thống Luật La Mã. Điều 190 của Bộ luật này qui định:

“Đối với hiệu lực của giao dịch, các điều kiện sau là cần thiết:

- 1- Ý chí và sự ưng thuận chung của các bên đối với hợp đồng
- 2- Năng lực của các bên
- 3- Nhất thiết có một vấn đề xác định tạo thành đối tượng của hợp đồng
- 4- Nguyên nhân của giao dịch phải hợp pháp”.

Hiện nay ở Việt Nam có tác giả quan niệm về các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng khác với quan niệm của pháp luật của Việt Nam và của nhiều nước trên thế giới. Tác giả này cho rằng, điều kiện có hiệu lực của hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế bao gồm: (1) Chủ thể của hợp đồng; (2) Đối tượng của hợp đồng; (3) Nội dung của hợp đồng; và (4) Hình thức của hợp đồng. Đáng lưu ý là, trong điều kiện về nội dung của hợp đồng, tác giả này khẳng định hợp đồng sẽ vô hiệu nếu nội dung của nó không qui định đầy đủ các điều kiện của hợp đồng theo qui định của pháp luật, mà không đề cập đến nội dung của hợp đồng có chống lại trật tự

công cộng hoặc đạo đức xã hội hay không⁴⁵⁷. Tác giả này quan niệm nội dung đầy đủ của hợp đồng là một điều kiện có hiệu lực của hợp đồng như sau:

“Nội dung của hợp đồng MBHHQT được coi là hợp pháp khi nó tuân thủ đầy đủ các điều kiện theo qui định của pháp luật hiện hành của các bên.

Pháp luật các nước có qui định khác nhau về nội dung hợp đồng MBHHQT. Tuy nhiên, thông thường thì một nội dung của hợp đồng MBHHQT bao gồm những điều khoản chủ yếu (là những điều khoản mà thiếu nó thì hợp đồng có thể vô hiệu, không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên) như sau: 1) Tên hàng; 2) Số lượng và cách xác định; 3) Qui cách, phẩm chất và cách xác định; 4) Thời hạn và địa điểm giao hàng; 5) Giá cả; 6) Điều kiện thanh toán; 7) Điều kiện bao bì ký mã hiệu; 8) Kiểm tra, giám định hàng hoá xuất nhập khẩu; 9) Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng; 10) Khiếu nại trọng tài; 11) Điều kiện bất khả kháng; 12) Những qui định khác”⁴⁵⁸.

Quan niệm này có thể không được sự đồng tình bởi các lẽ sau: *Trước hết*, nó khác hoàn toàn với các quan niệm được thể hiện trong các văn kiện pháp lý quốc tế về hợp đồng thương mại nói chung và mua bán hàng hoá nói riêng. Ở các Mục trên đã có những bàn luận liên quan. *Thứ hai*, nó làm mất đi phần nào vai trò hỗ trợ của luật hợp đồng. *Thứ ba*, nó gây khó khăn cho giao lưu quốc tế.

Các nước thuộc Họ Pháp luật Anh- Mỹ thường thiếu bóng dáng của một hoạt động pháp điển hoá tổng quát, nên các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng được trừu tượng hoá bởi các luật gia trong lĩnh vực lý thuyết. Ở mỗi nước thuộc họ pháp luật này trong một chừng mực nhất định, tùy theo từng tác giả, đưa ra các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng có khác nhau phần nào. Ở trên đã có dịp nói tới một quan niệm về vấn đề này của một số luật gia của Australia.

Đối với pháp luật Hoa Kỳ, các tác giả A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin, và Eric L. Richards cho rằng có năm điều kiện có hiệu lực của hợp đồng:

⁴⁵⁷ Nguyễn Bá Diễn (Chủ biên), *Giáo trình luật thương mại quốc tế*, Khoa Luật- Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2005, tr. 201- 207

⁴⁵⁸ Nguyễn Bá Diễn (Chủ biên), *Giáo trình luật thương mại quốc tế*, Khoa Luật- Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2005, tr. 205

- (1) Sự thỏa thuận;
- (2) Có sự hỗ trợ bởi nghĩa vụ đối ứng (consideration);
- (3) Giao kết một cách tự nguyện;
- (4) Các bên có năng lực giao kết hợp đồng;
- (5) Hành vi hợp pháp.

Trong khi đó họ lại cho rằng có bốn nguyên nhân làm cho hợp đồng vô hiệu, bao gồm:

- + *Thứ nhất*, thiếu năng lực;
- + *Thứ hai*, thiếu ưng thuận tự nguyện (voluntary consent);
- + *Thứ ba*, bất hợp pháp;
- + *Thứ tư*, thiếu hình thức văn bản mà đã được luật yêu cầu⁴⁵⁹.

Có một số tác giả khác viết về pháp luật Hoa Kỳ lại quan niệm hợp đồng có bốn điều kiện chủ yếu:

- (1) Năng lực của các bên;
- (2) Cùng nhau ưng thuận;
- (3) Nghĩa vụ đối ứng;
- (4) Hợp pháp⁴⁶⁰.

Đối với pháp luật Anh Quốc, Abdul Kadar, Ken Hoyle, và Geoffrey Whitehead tổng kết được mười một yếu tố tạo thành hợp đồng, bao gồm:

- (1) Năng lực giao kết;
- (2) Ý chí thiết lập quan hệ pháp lý;
- (3) Cùng nhau thỏa thuận;
- (4) Đề nghị giao kết hợp đồng rõ ràng và đã được chuyển đến người được đề nghị;
- (5) Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có giá trị;
- (6) Nghĩa vụ đối ứng có thể đánh giá được;

⁴⁵⁹ A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business*, fourth edition, Irwin, Boston, USA, 1991, pp. 106- 107

⁴⁶⁰ Robert W. Emerson, John W. Hardwicke, *Business Law*, third edition, Barron's Educational Series, Inc., USA, 1997, pp. 71-77

- (8) Không có sự ép buộc hoặc sự ảnh hưởng bất hợp lý;
- (9) Không có sự nhầm lẫn;
- (10) Không có sự lừa dối;
- (11) Đối tượng của hợp đồng hợp pháp⁴⁶¹.

Trong giới học thuật ở Việt Nam có quan niệm khác biệt đôi chút cho rằng: “Để quan hệ hợp đồng được xác lập một cách có hiệu lực, cần tồn tại các điều kiện sau đây: (1) Tồn tại một sự thoả thuận, (2) giữa các bên có thẩm quyền giao kết hợp đồng, (3) dựa trên việc thống nhất ý chí giữa các bên, (4) mục đích của giao dịch phải hợp pháp và (5) thoả thuận được xác lập theo một hình thức do pháp luật qui định”⁴⁶². Sự vừa thừa lại vừa thiếu của quan niệm này đã mang lại sự nhận thức thiếu rành mạch của những người cả tin. Bởi được gọi là sự thoả thuận là do các bên trong sự thoả thuận đó đã thống nhất ý chí, hay nói cách khác, ý chí của họ đã gặp gỡ, hay nói thêm cách khác, ý chí của người chấp nhận đã trùng hợp với ý chí của người đề nghị. Tuy nhiên có thể hiểu sự thoả thuận có các điều kiện của nó. Nhưng các điều kiện này góp phần tạo ra sự thoả thuận chứ không phải là một điều kiện riêng biệt để làm cho hợp đồng có hiệu lực. Tác giả có quan niệm mà chúng ta đang bình luận ở đây đã tự mâu thuẫn với mình ngay trong một khoảng cách rất ngắn ngủi trong tác phẩm của mình. Phía trên vài dòng tác giả này đưa ra một định nghĩa hợp đồng ngắn nhất: “*Hợp đồng là sự thoả thuận có hiệu lực bất buộc*”⁴⁶³. Vậy xét trên giác độ nào cũng có thể cho thấy sự thống nhất ý chí của các bên có mục đích tạo lập ra một hậu quả pháp lý và được pháp luật được xem là hợp đồng. Vậy đoạn ngữ “*dựa trên việc thống nhất ý chí giữa các bên*” được coi là điều kiện thứ ba làm cho hợp đồng có hiệu lực ngoài điều kiện về sự thoả thuận chưa được tác giả của nó giải thích.

⁴⁶¹ Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, p. 84

⁴⁶² Phạm Duy Nghĩa, *Chuyên khảo luật kinh tế*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2004, tr. 399; Phạm Duy Nghĩa, *Tìm hiểu luật thương mại Việt Nam*, Tái bản có sửa chữa bổ sung, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội- 2000, tr. 94

⁴⁶³ Phạm Duy Nghĩa, *Tìm hiểu luật thương mại Việt Nam*, Tái bản có sửa chữa bổ sung, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội- 2000, tr. 93

Cách thức tiếp cận vấn đề phát sinh hiệu lực của giao dịch có sự khác biệt trong pháp luật của Đức và của Nhật. Có lẽ xuất phát từ phương diện chủ quan, theo các hệ thống pháp luật này, sự biểu lộ ý chí của chủ thể không có giá trị ràng buộc được nêu ra trong các trường hợp mà nhà làm luật khái quát, nhưng không tập hợp thành các điều kiện như trong Bộ luật Dân sự Pháp 1804. Trước hết việc biểu lộ ý chí không được xâm phạm vào trật tự công cộng. Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 qui định: “Hành vi pháp lý có đối tượng chống lại trật tự công cộng hoặc đạo đức tốt đẹp bị vô hiệu” (Điều 90). Các điều sau đó của Bộ luật này cũng giống với Bộ luật Dân sự Đức 1900 qui định riêng cho từng nguyên nhân hay trường hợp vô hiệu. Chẳng hạn Điều 94, Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 qui định:

“1. Việc biểu lộ ý chí giả tạo được lập ra với sự cấu kết của bên kia bị vô hiệu.

2. Sự vô hiệu của việc biểu lộ ý chí được qui định tại khoản trên không thể được đưa ra chống lại người thứ ba ngay tình”.

Dù theo quan niệm nào hay cách thức qui định nào về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng thì cũng xuất phát từ tự do ý chí. Nếu các bên đã biểu lộ và thống nhất ý chí tạo lập ra một hậu quả pháp lý, thì sự thống nhất ấy có giá trị ràng buộc. Tuy nhiên để bảo vệ cho trật tự công cộng, đạo đức xã hội, người thứ ba, và chính lợi ích đích thực của các bên, pháp luật bác bỏ hay hạn chế sự ràng buộc trong một số trường hợp. Trong đời sống kinh tế hiện nay, có nhiều hợp đồng mà các bên của chúng có mức chênh lệch đáng kể về vị thế kinh tế, chẳng hạn giữa chủ và thợ, giữa các tổ chức độc quyền và khách hàng..., do đó xuất hiện các đòi hỏi sự can thiệp phần nào của pháp luật để lập lại sự cân bằng. Xaca Vacaxum và Tori Aridumi nhận định: “Luật pháp cũng can thiệp tích cực vào các quan hệ kinh tế nhằm bảo đảm cho hợp đồng của các bên có nội dung công bằng, hợp lý”⁴⁶⁴.

II. Nội dung của các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng

⁴⁶⁴ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 116

Việc xem xét nội dung các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng sẽ trở nên khó khăn khi không xuất phát từ một quan niệm hay cách thức qui định nào về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng. Nhưng các quan niệm hay qui định như vậy đều không thể đi chệch khỏi kỹ thuật pháp lý liên quan tới hợp đồng, có nghĩa là vẫn phải tuân thủ theo cách thức phân loại chung mà do chính hợp đồng thể hiện. Có thể hiểu hợp đồng có những thành tố hợp thành nhất định. Vậy việc kiểm soát hợp đồng muốn hữu hiệu phải căn cứ hay xuất phát từ các thành tố đó. Nói cách khác, nhà làm luật phải đặt ra các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng dựa trên việc đặt ra các điều kiện cho các thành tố hợp thành của hợp đồng.

1. Sự ưng thuận

Bởi hợp đồng từ thời La Mã cổ đại đã được xem là sự đồng thuận hay hiệp ý (*consensus*)⁴⁶⁵, cho nên sự ưng thuận của các bên kết ước bao giờ cũng được cho là điều kiện hay thành tố đầu tiên của hợp đồng. Reinhard Zimmermann xác nhận rằng, trong luật hợp đồng hiện đại, ưng thuận là khái niệm hạt nhân⁴⁶⁶. Khác hơn, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 coi năng lực giao kết hợp đồng là yếu tố đầu tiên để áp đặt điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, còn yếu tố tự nguyện được xếp ở hàng thứ ba. Trong một chừng mực nhất định có thể nói, năng lực giao kết hợp đồng là một bộ phận hay một phần không thể không xem xét đến của thành tố ưng thuận. Có lẽ vì thế mà Bộ luật Dân sự Tây Ban Nha 1889 không đề cập tới năng lực giao kết hợp đồng trong khi nói tới các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, mà chỉ nói tới nó khi phân tích điều kiện ưng thuận- một điều kiện có hiệu lực đầu tiên của hợp đồng theo Bộ luật này.

Học thuyết tự do ý chí- cơ sở triết học của hợp đồng, có một hạt nhân lý luận hợp lẽ là con người chỉ bị ràng buộc bởi ý chí của chính mình. Hợp đồng tạo ra sự ràng buộc. Nên ý chí ràng buộc hay sự ưng thuận ràng buộc phải là yếu tố

⁴⁶⁵ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 51- 52

⁴⁶⁶ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 563

khởi đầu có tính chất nền tảng cho việc xem xét tới hợp đồng. Ngày nay dường như bất kỳ nước nào xuất phát từ bất kỳ truyền thống pháp luật nào cũng nhìn nhận một cách thích đáng tới yếu tố ưng thuận của hợp đồng. Chẳng hạn Bộ luật Dân sự của Cộng hòa Hồi Giáo Iran 1983 tuyên bố tại Điều 191 rằng: “Hợp đồng chỉ trở nên toàn vẹn bởi ý chí thực của người kết ước, và ý chí thật này nhất thiết phải được gắn liền với một số yếu tố chứng minh có ý chí như vậy”. Tuyên bố này đã kéo theo một qui chế pháp lý tương ứng cho hợp đồng.

Ưng thuận và tự nguyện là các khái niệm sát nghĩa nhau hay hai khái niệm chị em diễn đạt sự hiểu biết và sự tự do⁴⁶⁷. Ưng thuận có bản chất là một trạng thái tâm lý hay sự mong ước bên trong của chủ thể. Nhưng luật hợp đồng thường quan tâm tới sự phù hợp giữa ưng thuận và sự biểu lộ ra bên ngoài của nó. Các luật gia Việt Nam luôn có ý tưởng thống nhất giữa ý chí và sự thể hiện. Họ cho rằng, mong muốn chủ quan của con người có nội dung được xác định bởi các nhu cầu về sản xuất, tiêu dùng của bản thân, và phải được thể hiện ra bên ngoài dưới một hình thức nhất định để người khác biết. Theo họ, giao dịch phải là sự thống nhất giữa ý chí và sự thể hiện, và nếu thiếu đi sự thống nhất này thì có thể vô hiệu⁴⁶⁸.

Brian H. Bix phân tích, trong lĩnh vực hợp đồng, ưng thuận có hai thành tố chủ yếu- Đó là sự hiểu biết và sự lựa chọn hợp lý⁴⁶⁹. Hai thành tố này cần được đánh giá khi xem xét sự ưng thuận về một hậu quả pháp lý nhất định. Một số luật gia Nhật Bản xuất phát từ khoa học tâm lý đi tới nhận định, ý chí được biểu lộ ra bên ngoài cần phải được xem xét ở ba thành tố: *Thứ nhất*, mong muốn tạo lập một hậu quả nhất định; *thứ hai*, mong muốn biểu lộ liên quan tới hậu quả đó; và *thứ ba*, quá trình biểu lộ sự mong muốn đó⁴⁷⁰. Các phân tích này cho chúng ta một gợi ý về cách thức tìm ra sự hữu hiệu của việc biểu lộ ý chí. Muốn xem xét đến việc

⁴⁶⁷ Brian H. Bix, *Consent in Contract Law*, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 08-36, University of Minnesota Law School, p. 4

⁴⁶⁸ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập I*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2006, tr. 137- 138

⁴⁶⁹ Brian H. Bix, *Consent in Contract Law*, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 08-36, University of Minnesota Law School, p. 4

⁴⁷⁰ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 131

biểu lộ ý chí hữu hiệu cần phải trả lời ba câu hỏi: Đương sự có mong muốn tạo lập ra một hậu quả pháp lý cụ thể không? Mong muốn đó được biểu lộ ra bên ngoài như thế nào? Và qui trình biểu lộ sự mong muốn đó ra làm sao? Việc trả lời được ba câu hỏi này cùng với sự đối chiếu với các qui định pháp luật kiểm soát yếu tố ưng thuận là tiền đề cho việc nhận định sự biểu lộ ý chí đó có đem lại hậu quả pháp lý hay không trong thực tế.

Người ưng thuận trước hết phải có sự hiểu biết hay các thông tin về bản chất và đối tượng của hợp đồng, có thể cùng với các điều kiện khác, và có quyền lựa chọn ít nhất là có hay không giao kết hợp đồng. Hơn nữa sự ưng thuận có những điều kiện riêng để trở nên hữu hiệu. Ưng thuận phải thực sự muốn hướng tới một hậu quả pháp lý nhất định và không có tì ố hay khiếm khuyết. Tuy nhiên việc xác định các tì ố hay khiếm khuyết này cũng có sự khác biệt nhất định trong các nền tài phán khác nhau.

Luật La Mã phân biệt bốn tì ố của sự ưng thuận bao gồm: nhằm lẫn, bạo lực, lừa dối và thiệt thòi. Trong khi nghiên cứu để tiến tới xây dựng Bộ luật Dân sự Châu Âu, Muriel Fabre- Magnan và Ruth Sefton- Green cho rằng, tì ố hay khiếm khuyết của sự ưng thuận liên quan tới giao kết hợp đồng, và thống kê sự phân biệt chúng ở các hệ thống pháp luật ở Châu Âu như sau: Pháp luật Anh phân biệt nhằm lẫn (mistake), biểu lộ sai sự thật (misrepresentation), cưỡng ép (duress), và ảnh hưởng không chính đáng (undue influence); pháp luật Pháp phân biệt nhằm lẫn, lừa dối, và bạo lực; pháp luật Đức phân biệt nhằm lẫn, lừa dối, và đe dọa không chính đáng; pháp luật Hà Lan phân biệt nhằm lẫn, lừa dối, đe dọa, và lợi dụng hoàn cảnh; pháp luật Ý phân biệt nhằm lẫn, lừa dối, và đe dọa⁴⁷¹. Pháp luật Hoa Kỳ dường như đề cập tới sáu khiếm khuyết của sự ưng thuận là nhằm lẫn (mistake), gian trá (fraud), không cố ý biểu lộ sai sự thật (innocent

⁴⁷¹ Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman (editors), *Towards a European Civil Code- Third Fully Revised and Expanded Edition*, Ars Aequi Libri- Nijmegen, Kluwer Law International, 2004, p. 400

misrepresentation), ảnh hưởng không chính đáng (undue influence), cưỡng ép (duress), và sự bất công quá mức (unconscionability)⁴⁷².

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không chỉ rõ đâu là các tì ố của sự ưng thuận. Do đó các luật gia Việt Nam hiện nay khi nghiên cứu về điều kiện tự nguyện hay thành tố tự nguyện của giao dịch pháp lý theo dân luật Việt Nam thường lấy một số nguyên nhân vô hiệu cụ thể của giao dịch pháp lý để gắn ghép cho các khiếm khuyết hay tì ố của sự tự nguyện hay ưng thuận. Chẳng hạn “*Giáo trình luật dân sự Việt Nam*” của Trường Đại học Luật Hà Nội cho rằng: không có sự tự nguyện của người tham gia giao dịch trong các trường hợp giao dịch giả tạo, nhằm lừa, lừa dối, đe dọa, và không nhận thức, làm chủ được hành vi của mình⁴⁷³. “*Giáo trình luật dân sự*” của Học viện Tư pháp cũng có những suy diễn tương tự⁴⁷⁴. Có thể nói Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 xuất phát từ quan điểm khách quan để nhìn nhận sự tự nguyện hay ưng thuận trong việc tham gia giao dịch pháp lý, bởi Bộ luật này có đoạn viết: “Trong quan hệ dân sự, các bên hoàn toàn tự nguyện, không bên nào được áp đặt, cấm đoán, cưỡng ép, đe dọa, ngăn cản bên nào” (Điều 4, đoạn 2). Đoạn văn này cho thấy quan niệm về sự tự nguyện hay ưng thuận của nhà làm luật Việt Nam. Ở đó chỉ toát lên một tinh thần cơ bản là tự nguyện là sự tự do lựa chọn. Đoạn văn này không diễn đạt thêm một thành tố nào khác của sự tự nguyện hay ưng thuận. Vậy có một sự suy luận rằng, những gì chống lại sự tự do lựa chọn của người tham gia giao dịch là tì ố của sự ưng thuận. Từ đó có thể nói, giao dịch giả tạo không chống lại tự do lựa chọn của các bên. Nhưng phải nói, nó nhằm tạo lập ra một hậu quả pháp lý giả dối, không đúng với sự thực về mối quan hệ giữa các bên. Như vậy nó chống lại ý chí của nhà làm luật trong việc kiểm soát giao dịch pháp lý nhằm bảo vệ trật tự công cộng xuất phát từ các nguyên tắc thiện chí, trung thực, cũng như sự đòi hỏi nguyên nhân chính đáng của nghĩa vụ hợp đồng. Có thể vì vậy Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không hạn

⁴⁷² Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron’s educational series Inc., USA, 1997, p. 86

⁴⁷³ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập I*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2006, tr. 146

⁴⁷⁴ Học viện Tư pháp, *Giáo trình luật dân sự*, Nxb Công an Nhân dân, 2007, tr. 156- 172

chế thời hiệu yêu cầu toà án tuyên bố vô hiệu giao dịch giả tạo giống như đối với các giao dịch vi phạm điều cấm hay trái đạo đức xã hội, và khác với sự ấn định thời hiệu hai năm đối với các giao dịch chống lại các điều kiện có hiệu lực khác.

Về nguyên tắc, ưng thuận có tì ố hay khiếm khuyết coi như chưa có ưng thuận và phải gánh chịu chế tài huỷ bỏ hợp đồng xuất phát từ nguyên tắc tự do ý chí. Về nguyên tắc này, Bộ luật Dân sự Pháp 1804 đã có một qui định có tính cách tổng quát là “Sự thoả thuận không có giá trị nếu đạt được do bị nhầm lẫn, bị bạo lực, bị lừa dối” (Điều 1109). Tuy nhiên vì không muốn công nhận cho thẩm phán những quyền quá rộng rãi trong việc tiêu huỷ hợp đồng gây ảnh hưởng tới sự ổn định của các hợp ước giữa các tư nhân, nên nhà làm luật có thể đã điều giảm việc sử dụng chế tài như vậy trong các trường hợp này⁴⁷⁵. Ở đây ta lại thấy việc giới hạn tự do ý chí cho mục đích làm bình ổn các quan hệ xã hội. Sự xung đột của hai tư tưởng này có lẽ khiến luật hợp đồng tìm ra giải pháp trung dung cho phép toà án trong một thời hiệu nhất định tuyên hợp đồng vô hiệu bởi sự ưng thuận có tì ố khi được đương sự yêu cầu, vì xét cho cùng các tì ố hay khiếm khuyết đó có thể được khắc phục bởi sự xác nhận lại hoặc không đếm xỉa tới bởi các bên.

a) Nhầm lẫn

Sự nhận thức hay đánh giá sai của đương sự về thực tế liên quan tới các yếu tố của hợp đồng có thể là nguyên nhân dẫn tới việc huỷ bỏ hợp đồng. Các luật gia thuộc Common Law coi nhầm lẫn là sự nhận thức không đúng của một hoặc nhiều bên của hợp đồng và có thể được sử dụng làm căn cứ để vô hiệu hoá hợp đồng⁴⁷⁶. Dân luật Pháp có quan niệm không quá phức tạp về nhầm lẫn. Chẳng hạn nhầm lẫn được xem là trường hợp chủ thể đánh giá sai về thực tế khách quan trong giao kết hợp đồng, tuy nhiên không phải tình huống nào cũng dẫn tới việc huỷ bỏ hợp

⁴⁷⁵ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 109

⁴⁷⁶ Wikipedia, the free encyclopedia, *Contract*, [<http://en.wikipedia.org/wiki/Contracts>], 5/12/2009, p. 12

đồng⁴⁷⁷. Trong khi đó ở Việt Nam hiện nay có nhận thức khác đôi chút về nhầm lẫn. Trường Đại học Luật Hà Nội cho rằng:

“Nhầm lẫn là việc các bên hình dung sai về nội dung của giao dịch mà tham gia vào giao dịch gây thiệt hại cho mình hoặc cho bên kia. Sự nhầm lẫn xuất phát từ nhận thức của các bên hoặc phán đoán sai lầm về đối tượng sự việc, sự nhầm lẫn phải được thể hiện rõ ràng mà căn cứ vào nội dung của giao dịch phải xác định được. Nếu bên bị nhầm lẫn chứng minh được sự nhầm lẫn của mình thì giao dịch có thể bị tuyên bố vô hiệu”⁴⁷⁸.

Đoạn văn này thể hiện phạm vi của nhầm lẫn (đó là *nội dung của giao dịch*, và thêm vào *đối tượng sự việc*), thể hiện điều kiện của nhầm lẫn (đó là *phải gây thiệt hại cho một trong các bên, phải được thể hiện rõ ràng, và phải xác định được căn cứ vào nội dung của giao dịch*), thể hiện nghĩa vụ chứng minh nhầm lẫn thuộc về bên bị nhầm lẫn, và thể hiện hiệu lực của nhầm lẫn là bị vô hiệu. Quan niệm như thế có lẽ xuất phát từ cách hiểu một số qui định của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có nội dung như sau:

“Điều 131. Giao dịch dân sự vô hiệu do bị nhầm lẫn

Khi một bên có lỗi vô ý làm cho bên kia bị nhầm lẫn về nội dung của giao dịch dân sự mà xác lập giao dịch thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu bên kia thay đổi nội dung của giao dịch đó, nếu bên kia không chấp nhận thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch vô hiệu.

Trong trường hợp một bên do lỗi cố ý làm cho bên kia nhầm lẫn về nội dung của giao dịch thì được giải quyết theo qui định tại Điều 132 của Bộ luật này”.

(*Lưu ý*: Điều 132, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 nói về giao dịch dân sự vô hiệu do bị lừa dối, đe dọa).

Nếu xuất phát từ điều luật này mà Trường Đại học Luật đã đưa ra các thông tin như đã nói ở trên thì quả thật không thích hợp vì cần phải hiểu, Bộ luật Dân sự

⁴⁷⁷ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 40

⁴⁷⁸ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập I*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2006, tr. 154

Việt Nam 2005 đã không định nghĩa yếu tố nhằm lẫn, không phân loại yếu tố này, mà có lẽ chỉ xác định một trường hợp nhằm lẫn dẫn tới huỷ bỏ hợp đồng- Đó là trường hợp một bên nhằm lẫn về nội dung của giao dịch do lỗi vô ý của bên kia. Tuy nhiên trường hợp vô hiệu hoá này có hoàn toàn thoả đáng hay không thì còn phải nghiên cứu. Và trước hết cần làm rõ: (1) Nhằm lẫn về nội dung của giao dịch có nghĩa là gì, được hiểu trong phạm vi nào bởi bản thân thuật ngữ nội dung của giao dịch có nhiều nghĩa rộng hẹp khác nhau; và (2) điều kiện của sự nhằm lẫn đó. Nhưng cần phải nói ở đây là các quan điểm trên của Trường Đại học Luật Hà Nội và Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có đáng đáp của một số thông tin được đưa ra trong cuốn sách “Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản”. Những người viết cuốn sách này cho rằng khoa học pháp lý đưa ra các loại nhằm lẫn là nhằm lẫn trong sự thể hiện, nhằm lẫn về nội dung, và nhằm lẫn về động cơ. Và họ nói: “Nhằm lẫn về các nội dung chủ yếu của giao dịch pháp lý dẫn đến tính vô hiệu của sự thể hiện ý chí”⁴⁷⁹.

Hiểu rằng không phải bất kể sự nhằm lẫn nào cũng dẫn tới việc huỷ bỏ hợp đồng. Common Law có một qui tắc chung liên quan tới nhằm lẫn là một người bị ràng buộc bởi hợp đồng mà trong đó có yếu tố nhằm lẫn, trừ khi người đó có thể chứng minh được rằng sự nhằm lẫn đó thuộc một trong các loại nhằm lẫn mà hợp đồng có thể bị tiêu huỷ⁴⁸⁰. Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ xuất phát từ việc phân loại nhằm lẫn để xác định các hậu quả pháp lý đối với chúng trong các qui định sau:

“Sự lầm lẫn chỉ là một nguyên nhân làm cho khế ước vô hiệu, nếu là lầm lẫn về thực chất của sở vật hay về một đặc tính cốt yếu cho sự cam kết.

Sự lầm lẫn về cá nhân người cộng ước không làm cho khế ước vô hiệu, trừ phi cá nhân của người ấy là yếu tố chính cho sự cam kết” (Điều thứ 662).

⁴⁷⁹ Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 136

⁴⁸⁰ R. Keith Yorston and Edward E. Fortescue, *Australian Mercantile Law*, The Law Book Co. of Australia PTY LTD, Sydney, Melbourne, Brisbane, 1943, p. 31

Bởi vậy phân loại nhầm lẫn là việc phải làm trước tiên trong việc nghiên cứu về nhầm lẫn.

Luật La Mã thường nhắc tới năm loại nhầm lẫn là: Nhầm lẫn về đối tượng (*error in corpore*); nhầm lẫn về giá cả (*error in pretio*), nhầm lẫn về bản chất pháp lý của hợp đồng (*error in negotio*), nhầm lẫn về người (*error in persona*), và nhầm lẫn về bản chất của đồ vật (*error in substantia*)⁴⁸¹. Nhầm lẫn về bản chất pháp lý của hợp đồng là nhầm lẫn giữa hai loại hợp đồng có bản chất pháp lý khác nhau (chẳng hạn hợp đồng tặng cho và hợp đồng gửi giữ). Đây là tình huống mà các bên không có sự thoả thuận về bản chất của hợp đồng⁴⁸². Nhầm lẫn về đối tượng của hợp đồng là nhầm lẫn sự vật làm đối tượng của hợp đồng. Nhầm lẫn về bản chất của đồ vật là nhầm lẫn về thực chất của đồ vật (chẳng hạn như tưởng đồ vật được làm bằng bạc, nhưng thực tế bằng kẽm). Trong dân luật Pháp, thông thường người ta nhắc tới nhầm lẫn về bản chất của đồ vật, nhầm lẫn về chủ thể, nhầm lẫn về bản chất của hợp đồng, và nhầm lẫn về đối tượng của hợp đồng⁴⁸³. Các nhầm lẫn được phân loại này cũng ảnh hưởng tới dân luật Việt Nam dưới các chế độ cũ. Nhưng khi tái cơ cấu lại cách thức phân loại để kiểm soát các hợp đồng, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 đã chia nhầm lẫn thành hai loại là: (1) Nhầm lẫn cản trở (bao gồm nhầm lẫn về bản chất của hợp đồng, nhầm lẫn về đối tượng của hợp đồng, nhầm lẫn về người đối ước, và nhầm lẫn về nguyên nhân của hợp đồng), có nghĩa là nhầm lẫn ngăn cản sự thoả thuận của những người kết ước; và (2) nhầm lẫn hà ti, có nghĩa là nhầm lẫn không ngăn cản sự thoả thuận, nhưng cho phép người kết ước xin tiêu huỷ hợp đồng, tuy nhiên không phải trong mọi trường hợp⁴⁸⁴. Ở đây cần lưu ý, các nhầm lẫn về đối tượng, về người, về bản chất của hợp đồng và về bản chất của đồ vật được xem là các

⁴⁸¹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, pp. 589- 592

⁴⁸² Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996

⁴⁸³ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 40- 41

⁴⁸⁴ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 111

nhầm lẫn liên quan tới nội dung của hợp đồng, còn nhầm lẫn về nguyên nhân (*error in motive*) ngược lại và, theo một cách thức tiếp cận, trong chừng mực nào đó không được xem là liên quan tới nội dung của hợp đồng⁴⁸⁵.

Common Law luôn nhấn mạnh tới sự phân biệt ba loại nhầm lẫn là nhầm lẫn đơn phương (unilateral mistake), nhầm lẫn đối với nhau (mutual mistake), và nhầm lẫn chung (common mistake)⁴⁸⁶.

Nhầm lẫn là một loại tì ố phức tạp thường gặp và gây khó khăn trong việc xác định và áp dụng chế tài. Do đó người ta thường xác định phạm vi, điều kiện và hiệu lực của nhầm lẫn.

Trong đời sống thực tiễn có sự nạy ra *nhầm lẫn về pháp luật*, nhất là trong giao lưu quốc tế. Ở cả common law và equity theo truyền thống pháp luật Anh khi phân loại nhầm lẫn thành nhầm lẫn về sự kiện (mistake of fact) và nhầm lẫn về luật (mistake of law), thì chỉ có nhầm lẫn về sự kiện là có hiệu lực, còn nhầm lẫn về luật không có hiệu lực bởi thi hành nguyên tắc *ignorantia juris haud excusat*⁴⁸⁷, trừ hai trường hợp được xem như các sự kiện mà phải chứng minh trước toà án là: (1) khi một bên không được cho là biết pháp luật nước ngoài; và (2) khi một bên không được cho là biết các quyền tư thậm chí chúng là các quyền có tính pháp lý⁴⁸⁸. Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 cho rằng: “Nhầm lẫn là một nhận thức nhầm lẫn liên quan tới các sự kiện hoặc pháp luật đang tồn tại khi hợp đồng được giao kết” (Điều 3.4). Đối với hai loại nhầm lẫn như định nghĩa tại điều này, Unidroit chủ trương đưa ra một giải pháp pháp lý giống nhau cho chúng bởi xuất phát từ suy tính rằng: các hệ thống pháp luật hiện đại ngày càng phức tạp gây khó khăn lớn cho thương mại quốc tế, nên định hướng là: sự

⁴⁸⁵ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 597

⁴⁸⁶ Wikipedia, the free encyclopedia, *Contract*, [<http://en.wikipedia.org/wiki/Contracts>], 5/12/2009, p. 12

⁴⁸⁷ Nguyên tắc này có nghĩa tổng quát là không ai được xem là không biết luật

⁴⁸⁸ Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, p. 111

nhằm lẫn về tình tiết của hợp đồng hoặc về pháp luật dẫn tới việc hình dung sai về tương lai của hợp đồng thì các qui định về nhằm lẫn được áp dụng⁴⁸⁹.

Nhằm lẫn về người là một tì ố của sự thoả thuận theo quan niệm của Luật La Mã có nghĩa giao kết hợp đồng với người này lại tưởng giao kết với người khác, và được xem là một nguyên nhân làm cho hợp đồng vô hiệu, vì thiếu sự ưng thuận⁴⁹⁰. Trong đời sống hiện đại, những người giao kết hợp đồng không phải là đều quan tâm tới việc họ giao kết hợp đồng với ai, và có thể họ vì lợi ích của mình không yêu cầu tuyên vô hiệu hợp đồng khi nhằm lẫn về người. Vì thế đã có những cố gắng giới hạn bớt phạm vi hiệu lực của nhằm lẫn về người trong ngay cả các trường hợp đặc điểm cá nhân của người đối ước là một yếu tố chủ yếu để bên nhằm lẫn giao kết hợp đồng hay sự cân nhắc về người là một thành tố của sự thoả thuận bằng cách buộc người nại ra sự nhằm lẫn về người phải chứng minh rằng mình không mong muốn giao kết hợp đồng với bất kỳ ai khác với cùng các điều kiện như vậy⁴⁹¹. Bộ luật Dân sự Pháp 1804 tại Điều 1110, đoạn 2 có các giới hạn đối với hiệu lực của nhằm lẫn rằng: “Sự nhằm lẫn không thể là căn cứ làm cho hợp đồng vô hiệu nếu là nhằm lẫn về người mà mình có ý định giao kết, trừ phi việc xem xét nhân thân người đó là căn cứ chính của việc giao kết hợp đồng”. Các giải thích về điều luật này và án lệ của Pháp cho thấy có những loại hợp đồng có thể bị vô hiệu bởi nhằm lẫn về người như: hợp đồng không có đền bù, và hợp đồng uỷ quyền có thù lao, hợp đồng lao động, hợp đồng bán hàng trả chậm⁴⁹²... Các Bộ luật Dân sự cũ của Việt Nam cũng theo khuynh hướng này. Nhằm lẫn về người cũng có những liên quan tới thành lập công ty hợp danh. Trong dạng công ty đối

⁴⁸⁹ 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. 172

⁴⁹⁰ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 52- 53

⁴⁹¹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 611

⁴⁹² Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 115; Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 41

nhân này, cá nhân thành viên là yếu tố quan trọng, cho nên sự ưng thuận bị tì ố bởi nhằm lẫn về người sẽ làm cho công ty vô hiệu⁴⁹³.

Nhằm lẫn về bản chất của đồ vật đã được án lệ của Pháp và dân luật của Việt Nam trước kia quan niệm khá rộng rãi, không nhất thiết liên quan tới thực chất của đồ vật. Vũ Văn Mẫu tóm tắt ba phạm vi của nhằm lẫn đưa ra xem xét huỷ bỏ hợp đồng được qui định trong Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 như sau: (1) Các nhằm lẫn về thực chất của đồ vật hiểu theo nghĩa hẹp hay nghĩa cụ thể của danh từ này; (2) những nhằm lẫn không liên hệ tới thực chất của đồ vật nhưng được các đương sự ghi rõ là chủ yếu trong hợp đồng; và (3) các nhằm lẫn có tính cách chủ yếu vì hiển nhiên như vậy, có nghĩa là một tính chất mà thường lệ một đồ vật phải có theo xét đoán chung hoặc lợi ích mà các bên của hợp đồng mong đợi ở đồ vật⁴⁹⁴. Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 có nội dung liên quan tới các lý giải này như sau:

“Nếu nhận lầm về vật mà lầm về tính cốt- yếu của vật ấy, người lập- ước tưởng rằng có thật mà vì tưởng thế mới quyết- định hoặc là đoan hay hứa, hoặc là bán hay mua vật đó, thời hiệp ước chỉ có thể bác và xin thủ- tiêu được mà thôi.

Nếu không có chứng- cứ nào trái lại, thời những tính thuộc về bản- thể vật coi như trong ý người lập- ước đã cho là tính cốt- yếu.

Trái lại, những tính không thuộc về bản- thể vật, thì khi nào ý người lập- ước đã định lấy làm cốt- yếu hay là khi có một tình- trạng hiển- nhiên như thế, thì mới cho là tính cốt- yếu mà thôi” (Điều thứ 658).

Nội dung của điều luật này cũng được nhắc lại nguyên văn tại Điều thứ 694 của Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936. Như vậy phạm vi của nhằm lẫn đã được các Bộ luật Dân sự cũ của Việt Nam xác định tương đối cụ thể trong một chừng mực nhất định.

⁴⁹³ Lê Tài Triển, Nguyễn Vạng Thọ và Nguyễn Tân, *Luật thương mại Việt Nam dẫn giải, Quyển II*, Sài Gòn, 1973, tr. 736

⁴⁹⁴ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 113- 114

Điều kiện và hiệu lực của nhằm lẫn được Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 1994 và Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 đều xác định:

“(1) Một bên có thể chỉ huỷ bỏ hợp đồng bởi nhằm lẫn, nếu, khi hợp đồng được giao kết, sự nhằm lẫn quan trọng tới mức mà một người bình thường trong hoàn cảnh tương tự như bên nhằm lẫn nhẽ ra chỉ giao kết hợp đồng với những điều kiện khác cơ bản hoặc nhẽ ra không giao kết hợp đồng nếu biết tình trạng thật của vấn đề, và

(a) bên kia đã có nhằm lẫn tương tự, hoặc đã gây ra nhằm lẫn, hoặc đã biết hoặc nhẽ ra phải biết về nhằm lẫn và đi ngược lại với các chuẩn mực thương mại hợp lý về sự ngay thẳng để mặc cho bên nhằm lẫn mắc phải sai lầm; hoặc

(b) bên kia tại thời điểm huỷ bỏ hợp đồng đã không hành động một cách hợp lý dựa trên hợp đồng.

(2) Tuy nhiên một bên không thể huỷ bỏ hợp đồng nếu

(a) có lỗi vô ý nghiêm trọng trong việc mắc phải nhằm lẫn; hoặc

(b) nhằm lẫn liên quan tới một sự kiện mà với nó rủi ro nhằm lẫn do bên nhằm lẫn gánh chịu, hoặc liên hệ tới hoàn cảnh, bên nhằm lẫn nên gánh chịu” (Điều 3.5).

Điều luật này đã xây dựng các điều kiện của nhằm lẫn dẫn tới hậu quả huỷ hợp đồng dựa trên tính chất và mức độ của sự nhằm lẫn, và các yếu tố liên quan tới các bên trong sự thoả thuận.

Nhằm lẫn là một sự kiện pháp lý nên có thể chứng minh bằng mọi phương cách, kể cả sự suy đoán⁴⁹⁵. Nghĩa vụ chứng minh thuộc về bên nại ra sự nhằm lẫn.

Liên quan tới phạm vi, điều kiện và hiệu lực của nhằm lẫn cần lưu ý tới cách phân loại nhằm lẫn dựa trên tiêu chí một hay nhiều bên tham dự vào sự nhằm lẫn:

⁴⁹⁵ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 118; Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 42

(1) *Nhầm lẫn đơn phương* (unilateral mistake) là khi một bên bị nhầm lẫn, và bên khác biết sự nhầm lẫn đó (chẳng hạn khi A bán cho B một bức tranh mà B tin tưởng một cách nhầm lẫn rằng bức tranh đó là tranh Bùi Xuân Phái; A biết bức tranh đó không phải là tranh Bùi Xuân Phái, và cũng biết B nhầm lẫn).

(2) *Nhầm lẫn đối với nhau* (mutual mistake) là khi các bên đều hiểu lầm (chẳng hạn A có hai chiếc xe Ford và Fiat giao kèo bán cho B một chiếc, mà A muốn bán Fiat, còn B nghĩ mua Ford).

(3) *Nhầm lẫn chung* (common mistake) là khi cả hai bên của hợp đồng có cùng một nhầm lẫn (chẳng hạn A bán cho B một bức tranh mà cả hai bên đều tin tưởng nhầm rằng đó là tranh của Bùi Xuân Phái). *Cần lưu ý*: Trong dạng nhầm lẫn này các bên đã đạt được sự thoả thuận, nhưng trên căn bản nhầm lẫn; ngược lại trong nhầm lẫn đơn phương và nhầm lẫn đối với nhau, không có sự thoả thuận nào cả⁴⁹⁶.

Qua các khảo sát trên, có thể Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 và các đạo luật khác của Việt Nam hiện nay không chuyển tải nổi các vấn đề liên quan tới nhầm lẫn. Điều 131 của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 dường như chỉ quan tâm tới nguyên tắc thiện chí, trung thực trong khi nói về nhầm lẫn nhằm tới sự bình ổn của các quan hệ hợp đồng, mà không chú ý thích đáng tới tự do ý chí. Cần thấy rằng, văn bản pháp luật không nên bó cứng việc xem xét tới nhầm lẫn, nên dành một khoảng nhất định cho việc giải thích tư pháp đối với từng trường hợp cụ thể, và nên cân nhắc thận trọng giữa quyền của tư nhân trong tự do ý chí và lợi ích cộng đồng trong việc bình ổn các quan hệ hợp đồng.

b) Lừa dối

Trong giao kết hợp đồng, lừa dối nhiều khi được xem như nhầm lẫn của một bên do bị bên kia hoặc người thứ ba cố ý gây nên. Vậy nên Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định: “Lừa dối trong giao dịch là hành vi cố ý của một bên

⁴⁹⁶ Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, pp. 111- 112; Wikipedia, the free encyclopedia, *Contract*, [<http://en.wikipedia.org/wiki/Contracts>], 5/12/2009

hoặc của người thứ ba nhằm làm cho bên kia hiểu sai lệch về chủ thể, tính chất của đối tượng hoặc nội dung của giao dịch dân sự nên đã xác lập giao dịch đó” (Điều 132, đoạn 2). Qui định này cho thấy, trong sự đối chiếu với Điều 131 của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, phạm vi được xác định rộng hơn bao gồm cả sự nhầm lẫn của một bên về chủ thể, đối tượng và nội dung của hợp đồng do bên kia cố ý gây nên. Giải thích cho vấn đề này, từ trước kia Vũ Văn Mẫu giải thích: đối với lừa dối vì là một sự nhầm lẫn do đối phương gây nên, do đó nhà làm luật chấp nhận tì ỏ này một cách không hạn chế bởi cần bảo vệ ý chí của người bị người khác lừa hơn là ý chí của người tự làm mình nhầm lẫn⁴⁹⁷. Các qui định vừa dẫn tại Điều 132, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có sự khác biệt về quan niệm lừa dối so với các qui định của Bộ luật Dân sự Pháp 1804 và của các Bộ luật Dân sự của Việt Nam ở các chế độ cũ. Bộ luật Dân sự Pháp 1804 qui định:

“Sự lừa dối là căn cứ làm cho hợp đồng vô hiệu khi các thủ đoạn do một bên đã thực hiện mà nếu không có các thủ đoạn đó thì bên kia đã không ký kết hợp đồng.

Sự lừa dối không được suy đoán mà phải được chứng minh” (Điều 1116).

Quan niệm như vậy, Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 qui định: “Khi nào có một bên lập mưu đánh lừa bên kia, đến nỗi giá không có mưu đó bên kia không giao- ước, thì sự đánh lừa đó là một duyên- cớ làm cho hiệp- ước vô- hiệu” (Điều thứ 659). Các qui định này được nhắc lại nguyên văn tại Điều thứ 695, Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936. Nhưng Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ được diễn giải lại với nội dung tương tự như sau: “Sự gian trá chỉ là một nguyên nhân là cho khế ước vô hiệu nếu những mưu gian, chước dối của một bên là nguyên nhân chính đã thúc đẩy bên khi kết ước” (Điều thứ 668).

Như vậy có thể thấy, khác với các qui định của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, các qui định của Bộ luật Dân sự Pháp 1804 và của các Bộ luật Dân sự của Việt Nam dưới các chế độ cũ đã không xác định phạm vi của lừa dối và thu hẹp

⁴⁹⁷ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 120- 121

điều kiện liên quan tới người trong việc xác định lừa dối. Lý do của việc mở rộng phạm vi của lừa dối đã được diễn giải ở trên. Nhưng nguyên nhân của việc thu hẹp các điều kiện của lừa dối có thể tìm thấy trong gợi ý của Vũ Tam Tư. Ông cho rằng, Luật La Mã coi tố quyền về sự lừa dối là một tố quyền phụ, chỉ có thể hành xử khi sự lừa dối xuất phát từ người đối ước, chứ không do một người thứ ba, và các quan niệm này đã được Bộ luật Dân sự Pháp 1804 kế thừa⁴⁹⁸.

Common Law có khái niệm “biểu lộ sai sự thật” (misrepresentation) được hiểu là một khái niệm của luật hợp đồng diễn đạt sự tuyên bố sai về thực tế được một bên đưa tới bên kia mà khiến bên kia giao kết hợp đồng⁴⁹⁹. Biểu lộ sai sự thật có tố quyền được chia thành ba loại là: (1) Biểu lộ sai sự thật không gian trá (innocent misrepresentation or nonfraudulent misrepresentation); (2) biểu lộ sai sự thật do vô ý nghiêm trọng (negligent misrepresentation); và (3) biểu lộ sai sự thật do gian trá (fraudulent misrepresentation)⁵⁰⁰.

Các điều kiện của lừa dối đã được Bộ luật Dân sự Pháp 1804, và các Bộ luật Dân sự Việt Nam dưới các chế độ cũ, cũng như Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 xác định liên quan đến người lừa dối, người bị lừa dối và tính chất của sự lừa dối. Bộ luật Dân sự Pháp 1804 và các Bộ luật Dân sự Việt Nam dưới các chế độ cũ dường như không xem xét tới việc lừa dối được thực hiện bởi người thứ ba. Có thể nhà làm luật cho rằng việc lừa dối do người thứ ba thực hiện không phải là căn cứ làm hợp đồng vô hiệu, mà chỉ là căn cứ yêu cầu người thứ ba bồi thường thiệt hại⁵⁰¹. Trong khi đó Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định cả trường hợp người thứ ba thực hiện hành vi lừa dối và xem đó cũng là căn cứ vô hiệu hoá hợp đồng. Có lẽ các qui định tại Điều 132, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã đi theo khuynh hướng của Bộ luật Dân sự Đức 1900 và Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896, có nghĩa là xuất phát từ phương diện chủ quan để xác định việc biểu lộ ý chí có thể không

⁴⁹⁸ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 53- 54

⁴⁹⁹ Wikipedia, the free encyclopedia, *Misrepresentation*, [<http://en.wikipedia.org/wiki/Misrepresentation>], 5/16/2009

⁵⁰⁰ Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH Australia Limited, 1987, p. 257

⁵⁰¹ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 46

có giá trị ràng buộc người biểu lộ, nếu sự biểu lộ ý chí đó được lập ra do bị lừa dối từ bất kỳ ai. Bộ luật Dân sự Đức 1900 qui định:

“(1) Bất kỳ ai đã bị lôi cuốn lập ra một sự biểu lộ ý chí bởi lừa dối hoặc bởi đe dọa bất hợp pháp có thể huỷ bỏ sự biểu lộ ý chí đó.

(2) Nếu một người thứ ba có lỗi lừa dối, thì sự biểu lộ ý chí mà đã được yêu cầu lập ra đối với người khác có thể bị huỷ bỏ chỉ khi người nói tới sau đã biết hoặc nhẽ ra phải biết về sự lừa dối. Trong chừng mực một người, khác hơn người mà sự biểu lộ ý chí đã được yêu cầu lập ra, đã thủ đắc trực tiếp một quyền thông qua sự biểu lộ ý chí đó, thì sự biểu lộ ý chí đó có thể bị huỷ bỏ khi chống lại người này nếu người này đã biết hoặc nhẽ ra phải biết về sự lừa dối đó” (Điều 123).

Theo cách thức và nội dung của các qui định này, Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 diễn giải có đôi chút khác biệt như sau:

“Điều 96.

Sự biểu lộ ý chí bị lôi cuốn bởi lừa dối hoặc đe dọa có thể bị huỷ bỏ.

2. Nếu một người thứ ba đã có lỗi lừa dối đối với sự biểu lộ ý chí được lập tới một người, thì sự biểu lộ ý chí đó có thể bị huỷ bỏ chỉ trong các trường hợp khi bên khác đó đã biết về sự kiện đó.

3. Một biểu lộ ý chí đã bị lôi cuốn bởi lừa dối không thể bị huỷ bỏ chống lại người thứ ba ngay tình”.

Việc dẫn ra các qui định này của Bộ luật Dân sự Đức 1900 và của Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896 cùng với các phân tích ở trên cho thấy, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 một lần theo phương diện khách quan qui định một cách tích hợp các điều kiện có hiệu lực của giao dịch vào một điều khoản và diễn giải chúng cùng các nguyên nhân vô hiệu của giao dịch gần với cách thức của Bộ luật Dân sự Pháp 1804, nhưng đáng khác lại qui định các điều kiện của lừa dối theo phương diện chủ quan gần với Bộ luật Dân sự Đức 1900 và Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896. Tuy nhiên cũng cần lưu ý rằng chương nói về giao dịch dân sự của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định chung cho cả hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương, do đó nhẽ ra phải xuất phát từ việc biểu lộ ý chí hơn là xuất phát từ việc phân tích

quan hệ giữa các bên tham gia giao dịch. Việc xuất phát từ việc phân tích quan hệ giữa các bên tham gia giao dịch có lẽ phù hợp hơn đối với hợp đồng. Như vậy có thể nói Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chưa nhất quán trong cách thức tiếp cận vấn đề.

Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 1994 và Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 tỏ ra đồng nhất trong việc xác định các điều kiện của lừa dối liên quan tới người. Điều 3.8 qui định: “Một bên có thể huỷ bỏ hợp đồng khi đã bị dẫn dắt giao kết hợp đồng bởi sự biểu lộ dối trá của bên kia, kể cả ngôn ngữ hoặc hành động, hoặc không biểu lộ có tính chất gian trá các chi tiết mà, phù hợp với các tiêu chuẩn thương mại hợp lý về thiện chí, bên này nhẽ ra phải biểu lộ”. Unidroit cho rằng việc huỷ bỏ hợp đồng căn cứ vào lừa dối tương đồng với việc huỷ bỏ hợp đồng đối với một dạng nào đó của nhầm lẫn, và sự phân biệt giữa lừa dối và nhầm lẫn nằm ở bản chất và mục đích của sự biểu lộ hoặc không biểu lộ của bên lừa dối⁵⁰². Các qui định của Unidroit vừa dẫn cho thấy sự giống với các qui định của Bộ luật Dân sự Pháp 1804 và của các Bộ luật Dân sự của Việt Nam dưới các chế độ cũ về điều kiện của lừa dối liên quan tới người, nhưng có khác nhau phần nào ở điều liên quan tới bản chất của lừa dối. Đặc biệt các qui định của Unidroit có đề cập tới các dạng thức của hành vi lừa dối giống phần nào với nhận thức của Common Law, tức là hành vi lừa dối có thể ở dạng hành động và không hành động. Paul Latimer cho rằng: Biểu lộ sai sự thật có thể thực hiện bằng dạng không hành động nếu nó bóp méo sự biểu lộ đã được lập ra, và có thể có hậu quả pháp lý ảnh hưởng đến một tuyên bố trước, nếu tuyên bố được đưa ra là một nửa sự thật; nếu tuyên bố là sự thật nhưng trở nên sai trước khi hợp đồng được giao kết; nếu có quan hệ uỷ quyền giữa các bên; hoặc nếu hợp đồng là một hợp đồng thiện chí tới đa⁵⁰³.

⁵⁰² Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994]; 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. 181- 182

⁵⁰³ Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH Australia Limited, 1987, p. 256- 257

Mặc dù Bộ luật Dân sự Pháp qui định sự lừa dối phải do một bên của hợp đồng lập ra để dẫn dắt bên kia tới chỗ giao kết hợp đồng, và nếu không có sự lừa dối đó thì bên kia không giao kết hợp đồng. Nhưng án lệ của Pháp đã có hai ngoại lệ cho điều kiện về người là sự góp phần của một bên với người thứ ba thực hiện sự lừa dối bên kia, và người thứ ba lừa dối liên quan tới các hợp đồng hảo tâm⁵⁰⁴.

Common Law quan niệm nếu một bên giao kết hợp đồng là kết quả của sự gian trá của bên kia, thì được xem như không có sự gặp gỡ của các ý chí, không có sự thoả thuận, và vì thế không có nghĩa vụ pháp lý. Các nước theo truyền thống pháp luật này xác định năm điều kiện của gian trá (fraud) là: (1) Người gian trá biểu lộ sai sự thật về một sự kiện có tính chất vật chất (material fact); (2) sự gian trá được người gian trá lập ra một cách có nhận thức; (3) người gian trá có ý chí lừa dối; (4) người bị gian trá tin cậy một cách thích đáng vào sự biểu lộ sai sự thật; và (5) sự gian trá gây thiệt hại cho người bị gian trá. Còn đối với biểu lộ sai sự thật không gian trá (innocent misrepresentation or nonfraudulent misrepresentation) không có điều kiện thứ hai và thứ ba nêu trên⁵⁰⁵. Lưu ý rằng: Một sự kiện có tính chất vật chất (material fact) trong điều kiện thứ nhất nêu trên được hiểu là một sự kiện mà, nếu được biết, nhẽ ra đã ảnh hưởng tới xét đoán của một hoặc nhiều bên trong giao dịch; trong tố quyền về gian trá, sự kiện có tính chất vật chất nhất thiết phải đủ quan trọng đối với sự việc mà một người bình thường nhẽ ra có thể tin tưởng vào nó; và sự kiện có tính chất vật chất không thể là ý nghĩ, lòng tin, sự dự đoán, hoặc sự suy đoán, và liên hệ một cách đặc thù tới một số vấn đề trong quá khứ hoặc hiện tại mà có thể chứng minh hoặc bác bỏ⁵⁰⁶.

Pháp luật Việt Nam đã từng có các qui định rất cụ thể liên quan tới hành vi biểu lộ sai sự thật không gian trá trong luật thương mại, kể cả bằng dạng không

⁵⁰⁴ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 121- 122; Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 46

⁵⁰⁵ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, pp. 89- 91; R. Keith Yorston and Edward E. Fortescue, *Australian Mercantile Law*, The Law Book Co. of Australia PTY LTD, Sydney, Melbourne, Brisbane, 1943, pp. 35 & 37

⁵⁰⁶ Aaron Larson, *Fraud, Silent Fraud, and Innocent Misrepresentation*, ExpertLaw, [<http://www.expertlaw.com/library/business/fraud.html>]

hành động, và xác định chế tài cho các hành vi đó. Chẳng hạn Bộ luật Thương mại 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ quy định về các biểu lộ trong chứng thư mua bán sản nghiệp thương mại như sau:

“Điều thứ 49. - Trong chứng thư chủ bán phải khai:

1) Tên họ chủ bán trước, ngày tháng lập chứng thư do đó mình đã mua được cửa hàng, tính chất của chứng thư này và giá mua các yếu tố vô hình, hàng hoá và dụng cụ.

2) Các ưu quyền và diễn áp mà cửa hàng phải chịu.

3) Số thương vụ mà chủ bán đã thực hiện được mỗi năm về ba năm khai thác chót vừa qua, hay từ ngày thủ đắc, nếu người bán khai thác chưa được ba năm.

4) Số lợi tức thương mại đã thực hiện được trong thời gian nói trên.

5) Giao kèo thuê mượn nơi đặt cửa hàng, ngày tháng lập giao kèo, thời hạn hưởng dụng, tên họ và địa chỉ của người chủ bất động sản hay là người nhượng giao kèo, nếu có.

Nếu trong chứng thư, các yếu tố ghi trên bị bỏ sót không khai, chủ mua có thể, nếu muốn, xin huỷ bỏ chứng thư đoạn mại trong thời hạn một năm kể từ ngày lập chứng thư.

Điều thứ 50.- Mặc dầu có kết ước trái lại, người bán vẫn phải chịu sự bảo đảm đối với người mua theo các điều kiện do Bộ dân- luật quy định về các lời khai của mình, trong trường hợp các lời khai này không được xác thật”.

Các điều luật này cho thấy sự đan xen của nguyên tắc tự do ý chí và nguyên tắc thiện chí trung thực, dù rằng chúng dường như đối lập.

c) Đe dọa

Việc ép buộc trong giao kết hợp đồng chống lại tự do ý chí, do đó có thể xem như chưa có sự ưng thuận. Tuy nhiên cách thức tiếp cận vấn đề này có đôi chút khác nhau ở các nền tài phán, nhưng cùng chung mục đích.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 quan niệm “Đe dọa trong giao dịch là hành vi cố ý của một bên hoặc người thứ ba làm cho bên kia buộc phải thực hiện giao

dịch nhằm tránh thiệt hại về tính mạng, sức khỏe, danh dự, uy tín, nhân phẩm, tài sản của mình hoặc của cha, mẹ, vợ, chồng, con của mình” (Điều 132, đoạn 3). Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 1994 và 2004 đều qui định cụ thể để có thể hiểu được về hành vi được xem là đe dọa đối với bên bị đe dọa với nội dung như sau:

“Một bên có thể huỷ bỏ hợp đồng khi đã bị dẫn dắt tới giao kết hợp đồng bởi sự đe dọa bất chính đáng của bên kia mà, đã xem xét tới hoàn cảnh, sự đe dọa đó là tức thời và nghiêm trọng để mặc bên bị đe dọa không có sự lựa chọn hợp lý. Cụ thể, đe dọa là bất chính đáng nếu hành động hoặc không hành động mà với nó một bên đã bị đe dọa tự nó đã là bất hợp pháp, hoặc việc đe dọa được sử dụng như một phương thức để đạt được việc giao kết hợp đồng là bất hợp pháp” (Điều 3.9).

Các qui định này xác định phạm vi và điều kiện của hành vi đe dọa là: (1) Các tác vi và bất tác vi phi chính đáng; (2) thực hiện tức thời và đủ nghiêm trọng xét theo hoàn cảnh; (3) khiến bên kia bị đe dọa, do đó dẫn tới việc giao kết hợp đồng. Unidroit giải thích rằng tác vi và bất tác vi được xem là bất chính đáng có hai trường hợp: *Trường hợp thứ nhất*, bản chất của chúng đã là bất hợp pháp (chẳng hạn sử dụng bạo lực để đạt được giao kết hợp đồng với người bị đe dọa); *trường hợp thứ hai*, bản chất của chúng là hợp pháp, nhưng được sử dụng cho mục đích bất hợp pháp (chẳng hạn khởi kiện một người chỉ nhằm mục đích buộc người đó phải giao kết hợp đồng với các điều kiện áp đặt)⁵⁰⁷. Có thể hiểu một người đã giao kết hợp đồng có thể huỷ bỏ hợp đồng nếu việc giao kết đó ngoài sự mong muốn của mình do có sự tác động có tính cách đe dọa ngay lập tức và đủ nghiêm trọng vào thời điểm giao kết bởi bất kỳ hành vi nào có mục đích giao kết hợp đồng với người bị tác động với các điều kiện áp đặt, bởi xuất phát từ nguyên tắc tự do ý chí, trường hợp này đã thiếu đi sự ưng thuận của người bị đe dọa, tức là người này đã không thể lựa chọn giữa giao kết hoặc không giao kết, giữa điều kiện này hoặc

⁵⁰⁷ Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994]; 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. 183

điều kiện khác, nhiều khi thiếu cả sự nhận thức của người bị đe dọa về cả bản chất pháp lý và các điều kiện của hợp đồng đã giao kết.

Luật La Mã coi bạo lực là việc người đối ước hoặc người thứ ba làm cho người đối ước kia sợ hãi mà giao kết hợp đồng. Do đó người do sợ hãi mà giao kết hợp đồng có thể sử dụng hai loại tố quyền có tính cách hình sự hoặc dân sự. Tố quyền sợ hãi (*actio metus*) là tố quyền hình sự cho phép nạn nhân được bồi thường gấp bốn lần sự thiệt hại đã phải gánh chịu. Người bị bạo lực mà phải giao kết hợp đồng có thể xin hoàn lại đồ vật đã mất do sợ hãi⁵⁰⁸. Bộ luật Dân sự Pháp 1804 đã phản ánh phần nào các ý niệm này. Điều 132, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có các qui định rất gần gũi với các điều từ 111 đến 113 của Bộ luật Dân sự Pháp 1804.

“Điều 111

Bạo lực đối với người giao kết hợp đồng là một căn cứ làm cho hợp đồng vô hiệu, dù bạo lực ấy được thực hiện bởi người thứ ba không phải là người được hưởng lợi ích do việc giao kết hợp đồng.

Điều 112

Được coi là có bạo lực khi nó gây ấn tượng đối với một người có lý trí bình thường và làm cho người đó lo sợ có thể bị một tổn thất nghiêm trọng đối với tính mạng hoặc tài sản của mình.

Cần chú ý đến tuổi tác, giới tính và hoàn cảnh của người đó.

Điều 113

Bạo lực là căn cứ làm hợp đồng vô hiệu không chỉ trong trường hợp bạo lực đối với bản thân người giao kết hợp đồng mà còn cả trong trường hợp bạo lực đối với vợ, chồng, tôn thuộc, ti thuộc của người đó”.

Mặc dù theo mô hình Pháp, nhưng Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 đã có sự phân biệt tương đối rõ giữa bạo lực về thể chất và bạo lực về tinh thần. Trường hợp bạo lực về thể chất (như cầm tay bắt ký hay thôi miên hoặc cho uống rượu say rồi bảo ký) khiến người bị bạo lực mất ý chí tự chủ.

⁵⁰⁸ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 53

Còn trong trường hợp bạo lực về tinh thần, thì người bị bạo lực không mất ý chí tự chủ⁵⁰⁹. Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 qui định về các vấn đề này như sau:

“**Điều thứ 660.-** Khi nào một bên đương- sự bị cưỡng- ép bằng cách hành- hung hay cách dọa- nạt không thể chống lại được mà phải nhận ước, thì sự bạo hành đó làm mất hẳn sự đồng- ý.

Khi nào cách hành- hung dọa- nạt hay là sự nguy- hiểm không đến nỗi không chống lại được, nhưng cũng khiến cho người đương- sự phải giao- ước để tránh khỏi cái hại lớn hơn hoặc trực- tiếp ngay hoặc về sau này, thì sự bạo- hành đó chỉ là một duyên- cớ có thể bác được sự đồng- ý mà thôi.

Dẫu khi sự nguy- hiểm chỉ quan- hệ đến tài- sản mà không đến sinh- mệnh của người lập- ước, hay là cả khi quan- hệ đến tài- sản hoặc sinh- mệnh người khác, những điều trên cũng thi- hành được.

Điều thứ 661.- Nếu người đệ- tam mà sinh- mệnh hay tài- sản bị nguy- hiểm vì cách hành- hung hay dọa- nạt đó, lại là vợ chồng hay thân- thuộc người đương- sự, thì sự bạo- hành ấy bao giờ cũng coi như là trực đối với chính người đương- sự.

Còn người khác thì toà án tùy tình- trạng mà xét xem sự dọa- nạt đối với người ấy có ảnh- hưởng gì đến sự đồng- ý của người đương- sự”.

Các điều luật này cũng được ghi nhận lại với đầy đủ nội dung như vậy tại Điều thứ 696 và Điều thứ 697 của Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936. Còn Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ đã diễn giải lại các nội dung trên theo trong nhiều điều khoản và làm cho rõ ràng hơn. Vũ Văn Mẫu cho rằng các Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 chia bạo lực thành bạo lực thể chất và bạo lực tinh thần bởi xuất phát từ ý niệm bạo lực thể chất làm mất hẳn ý chí của người bị bạo lực, còn bạo lực tinh thần chỉ là một hà tì của sự ưng thuận⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 127

⁵¹⁰ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 128

Khảo sát Bộ luật Dân sự Đức 1900 và Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896, có thể thấy có rất ít qui định về bạo lực trong giao kết hợp đồng. Các Bộ luật này, trong mục nói chung về biểu lộ ý chí, chỉ qui định tại các điều tương ứng là Điều 123 và Điều 96 về sự vô hiệu của biểu lộ ý chí khi bị đe dọa, cùng với các qui định về sự vô hiệu của biểu lộ ý chí khi bị lừa dối. Giải thích cho các qui định ngắn gọn này nhiều luật gia Nhật Bản nói: Đe dọa hay cưỡng ép là hành vi gây ra sự sợ hãi cho người khác bởi việc đưa ra tình huống gây hại cho người đó; và việc biểu lộ ý chí bởi sự đe dọa có nghĩa là việc biểu lộ ý chí không dựa trên ý chí thật nhưng để tránh thiệt hại mà sự sợ hãi liên hệ tới; và cần thiết bảo vệ người biểu lộ ý chí trong trường hợp này tới mức độ như bảo vệ trong trường hợp bị lừa dối, có nghĩa là trong trường hợp bị bạo lực, người biểu lộ ý chí có thể huỷ bỏ vô điều kiện sự biểu lộ ý chí đó mà không cần quan tâm tới người đối ước hay người thứ ba đe dọa; và sự huỷ bỏ như vậy có hiệu lực với cả người thứ ba ngay tình⁵¹¹. Tuy nhiên cũng có những ý kiến ở Nhật Bản nghi ngờ về tính đúng đắn của quan niệm bảo vệ ở mức độ cao như vậy⁵¹².

Theo Konrad Zweigert and Hein Koetz, ở Common Law, thuật ngữ “cưỡng ép” (duress) có nghĩa hẹp chỉ trường hợp một người phải đưa ra một lời hứa bởi bị bạo lực về thể chất hay bị giam hãm, còn thuật ngữ “ảnh hưởng không chính đáng” (undue influence), phát triển dần dần bởi các toà án của luật công bình (Courts of Equity), được sử dụng trong trường hợp lợi dụng vị thế ảnh hưởng để buộc người khác giao kết hợp đồng mà đã được các Bộ luật Dân sự của các nước Châu Âu lục địa nói tới trong khái niệm bạo lực⁵¹³.

Cưỡng ép (duress) theo Common Law chỉ hành vi sử dụng bạo lực hoặc đe dọa sử dụng bạo lực, hoặc giam hãm (imprisonment) một bên hoặc cha mẹ, vợ

⁵¹¹ Japan International Cooperation Agency (JICA), *Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998)*, Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt, p. 115

⁵¹² Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 139

⁵¹³ Konrad Zweigert and Hein Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 428

chồng, con của bên đó nhằm mục đích buộc bên bị cưỡng ép phải chấp nhận các điều kiện hợp đồng ấn định. Khi xem xét cưỡng ép cần chú ý tới bốn yếu tố sau:

- (1) Bạo lực không nhất thiết là thực tế mà có thể là đe dọa;
- (2) Bạo lực hoặc đe dọa không nhất thiết phải thực hiện với người giao kết hợp đồng mà có thể thực hiện đối với vợ chồng, bố mẹ, con của người này;
- (3) Bạo lực cũng có thể là việc giam hãm;
- (4) Bạo lực có thể thực hiện bởi người thứ ba hành động dưới sự chỉ dẫn hay cho lợi ích của người cưỡng ép giao kết hợp đồng⁵¹⁴.

Ảnh hưởng không chính đáng (undue influence) được luật công bình phát triển nhằm bảo vệ tự do ý chí trong trường hợp ý chí của người giao kết hợp đồng bị gây ảnh hưởng quá đáng mà không có sự đe dọa. Tuy nhiên học thuyết của luật công bình về ảnh hưởng không chính đáng cực kỳ khó khăn trong việc xác định ranh giới mong manh giữa ảnh hưởng không chính đáng và sự thuyết phục đơn thuần. Người ta nhận thấy rằng ảnh hưởng không chính đáng thường xuất hiện ở những giao dịch liên quan tới chuyển nhượng tài sản không có khoản đối ứng hoặc khoản đối ứng không đầy đủ. Chẳng hạn vụ *Robertson v. Robertson* (1930) người chồng dọa tố cáo sự thiếu chung thủy của vợ trừ khi bà ta chuyển nhượng cho ông bất động sản thuộc sở hữu của bà ta. Tòa án tuyên hành vi đó là ảnh hưởng không chính đáng⁵¹⁵. Theo Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, học thuyết về cưỡng ép của common law và học thuyết về ảnh hưởng không chính đáng của Equity đang trong tiến trình hợp nhất để giải quyết tất cả các trường hợp giao kết hợp đồng bị ép buộc bởi áp lực thể chất hoặc tinh thần mà pháp luật thường coi là không công bằng⁵¹⁶. Như vậy có thể thấy sự đồng nhất trong nhận thức của các truyền thống pháp luật về vấn đề bạo lực trong giao kết hợp đồng.

⁵¹⁴ R. Keith Yorston and Edward E. Fortescue, *Australian Mercantile Law*, The Law Book Co. of Australia PTY LTD, Sydney, Melbourne, Brisbane, 1943, p. 39

⁵¹⁵ R. Keith Yorston and Edward E. Fortescue, *Australian Mercantile Law*, The Law Book Co. of Australia PTY LTD, Sydney, Melbourne, Brisbane, 1943, p. 39

⁵¹⁶ Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, pp. 109- 110

Trong truyền thống Civil Law, người ta đã có dự liệu các trường hợp gây áp về tinh thần trong giao kết hợp đồng, và cũng đã xác định phạm vi của nó bằng các qui định loại bỏ một số trường hợp. Chẳng hạn, Bộ luật Dân sự Pháp 1804 qui định: “Chỉ riêng sự sợ hãi khép nép đối với cha, mẹ hoặc tôn thuộc khác mà không hề có bạo lực thì chưa đủ để huỷ hợp đồng” (Điều 1114). Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 đã mở rộng hơn các qui định của điều luật này, và xem sự kính trọng như một hình thức của bạo lực⁵¹⁷. Điều thứ 662 và Điều thứ 698 tương ứng của hai Bộ luật này qui định với nội dung như nhau:

“Thuộc về các trường- hợp bạo- hành thì toà án phải xem xét người đương- sự nhiều hay ít tuổi, đàn ông hay đàn bà, thân- thể tinh- thần thế nào, cùng địa- vị đối với nhau như thế nào.

Nhưng chỉ vì một sự kính sợ của vợ đối với chồng hay của con cháu đối với ông bà cha mẹ, thì không đủ làm cho hiệp- ước thủ- tiêu được”.

Nhưng Điều thứ 666, Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ quay lại nguyên theo qui định tại Điều 1114 của Bộ luật Dân sự Pháp 1804.

Để xem xét tới vấn đề ép buộc trong giao kết hợp đồng cũng có thể xuất phát từ các phương diện hay các yếu tố khách thể, khách quan, chủ thể, và chủ quan như trong nghiên cứu cấu thành tội phạm ở luật hình sự.

Về khách thể, việc ép buộc giao kết hợp đồng xâm phạm tới quyền tự do ý chí của con người mà quyền này không chỉ được thừa nhận trong luật tư mà còn là quyền có tính cách hiến định.

Về khách quan, việc ép buộc thực hiện thông qua hành vi bất chính đáng dưới dạng sử dụng bạo lực hoặc đe dọa sử dụng bạo lực hoặc lợi dụng vị thế gây ảnh hưởng tác động vào ý chí của nạn nhân khiến họ không làm chủ được hành vi của mình. Hành vi bất chính đáng ở đây có thể là tác vi hoặc bất tác vi. Mục đích của việc tác động vào ý chí của nạn nhân là giao kết hợp đồng với nạn nhân. Hậu quả là nạn nhân phải giao kết hợp đồng ngoài ý muốn với các điều kiện đã ấn định

⁵¹⁷ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 129

ngoài sự lựa chọn của nạn nhân. Việc thực hiện hành vi ép buộc có thể do người giao kết hợp đồng với nạn nhân hoặc người thứ ba thực hiện.

Về chủ thể, người thực hiện hành vi ép buộc là bất kể ai có khả năng thực hiện hành vi không kể độ tuổi.

Về chủ quan, hành vi ép buộc thực hiện bằng lỗi cố ý với động cơ vụ lợi.

Cũng theo mô hình Pháp, Bộ luật Dân sự Cộng hoà Hồi Giáo Iran 1983 có các qui định cụ thể hơn như sau liên quan tới bạo lực trong giao kết hợp đồng:

Điều 202

Bạo lực được gây ra bởi hành vi mà ảnh hưởng tới một người bình thường thông qua việc đe dọa tới thân thể, tài sản hoặc danh dự của người này theo một cách thức mà người này không thể hy vọng chống lại. Liên quan tới sự đe dọa như vậy, tuổi tác, tính cách, bản tính và giới tính của người bị đe dọa nhất thiết phải được xem xét.

Điều 203

Bạo lực làm cho hợp đồng không thể đem thi hành thậm chí khi nó được gây ra bởi người bên ngoài khác hơn các bên có liên quan.

Điều 204

Sự đe dọa bởi một bên chống lại thân thể hoặc tài sản hoặc danh dự của những người quan hệ gần gũi (của bên kia) như chồng, vợ, cha mẹ hoặc con được xem như sử dụng bạo lực. Liên hệ tới Điều này, sự gần gũi của quan hệ nhất thiết được xem xét phù hợp với tập quán trong việc đánh giá bạo lực.

Điều 205

Khi một người bị đe dọa biết rằng sự đe dọa không thể thực hiện hoặc khi người này có thể tự bảo vệ một cách dễ dàng từ việc đe dọa hoặc từ việc thực hiện hợp đồng, thì người mà có hành vi đe dọa không thể được xem là đã sử dụng bạo lực quá mức.

Điều 206

Nếu bất kỳ người nào bị thúc buộc xác lập một giao dịch bởi hoàn cảnh khó khăn, thì điều đó không thể xem là bạo lực và giao dịch đó được xem là có giá trị.

Điều 207

Sự áp đặt một giao dịch đối với một người bởi nhà chức trách tư pháp có thẩm quyền không được xem là giao dịch đó được lập ra bởi bạo lực.

Điều 208

Nếu một bên sợ hãi một bên khác mà không có sự đe dọa từ bên kia, thì điều đó không được xem là bạo lực.

đ) Thiệt thòi

Pháp luật Việt Nam không xem xét tới vấn đề thiệt thòi trong chế định giao kết hợp đồng, tuy nhiên vẫn đề cập tới những vấn đề như cho vay nặng lãi.

Luật La Mã đã xem thiệt thòi là một tì ố của sự ung thuận. Nhưng phạm vi của thiệt thòi rất hẹp. Về ngữ nghĩa có thể xem thiệt thòi là việc một bên giao kết hợp đồng không nhận được những lợi ích tương đương với những gì mà bên này phải thực hiện cho bên kia. Tuy nhiên người ta chỉ xem xét tới sự chênh lệch lợi ích quá đáng giữa các bên. Nhiều tác giả ngày nay xem thiệt thòi là một vấn đề của tính chính trực của sự ung thuận⁵¹⁸. Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 tại Điều thứ 652 và Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 tại Điều thứ 688 có qui định “Nếu hiệp- ước có sinh ra thiệt- hại thì chỉ những khi nào trong luật đã định mới có thể bác được” phỏng theo tư tưởng của Điều 1118, Bộ luật Dân sự Pháp 1804 chỉ vô hiệu hoá các hợp đồng có sự thiệt thòi do vị thành niên giao kết, còn các trường hợp khác phải có sự qui định rõ ràng của luật. Có lẽ các qui định này đã kế thừa Luật La Mã. Phạm vi thiệt thòi trong Luật La Mã chỉ xác định nhằm bảo vệ người chưa đủ 25 tuổi và người nghèo phải bán rẻ ruộng đất cho những người quyền thế⁵¹⁹.

⁵¹⁸ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 405

⁵¹⁹ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 135

Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 1994 & Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 đều có qui định với nội dung như sau:

“Điều 3.10- (Sự cách biệt lớn)

(1) Một bên có thể huỷ bỏ hợp đồng hoặc một điều kiện cá biệt của hợp đồng nếu, vào thời điểm giao kết hợp đồng, hợp đồng hoặc điều kiện đó đã dành một cách vô lý cho bên kia một lợi ích quá đáng. Việc xem xét phải có các yếu tố sau:

(a) Sự kiện mà bên kia đã lợi dụng bất công sự phụ thuộc, sự khó khăn về kinh tế hoặc nhu cầu cấp thiết, hoặc sự không lo xa, thiếu hiểu biết, thiếu kinh nghiệm hoặc thiếu kỹ năng đàm phán của bên này, và

(b) bản chất và mục đích của hợp đồng.

(2) Theo yêu cầu của bên có quyền huỷ bỏ hợp đồng, toà án có thể sửa lại hợp đồng hoặc điều kiện của nó nhằm làm cho hợp đồng phù hợp với các tiêu chuẩn thương mại hợp lý về sự ngay thẳng.

(3) Toà án cũng có thể sửa hợp đồng hoặc điều kiện của nó theo yêu cầu của bên nhận thông báo về việc huỷ bỏ hợp đồng, với điều kiện là bên đó thông tin cho bên kia về yêu cầu của mình ngay lập tức sau khi nhận được thông báo đó và trước khi bên kia đã hành động một cách hợp lý dựa vào thông báo đó. Các qui định của Điều 3.13 (2) áp dụng một cách phù hợp”.

2. Năng lực giao kết hợp đồng

Ứng với điều kiện “người tham gia giao dịch dân sự có năng lực hành vi dân sự” (Điều 122, khoản 1, điểm a), Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có qui định tại Điều 130 như sau: “Khi giao dịch dân sự do người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự hoặc người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự xác lập, thực hiện thì theo yêu cầu của người đại diện của người đó, Toà án tuyên bố giao dịch đó vô hiệu nếu theo qui định của pháp luật giao dịch này phải do người đại diện của họ xác lập, thực hiện”.

Theo Điều 122 và Điều 130 nói trên, có thể thấy mấy vấn đề sau:

Thứ nhất, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chưa chú ý tới người giao kết hợp đồng hay người tiến hành các hành vi pháp lý đơn phương là pháp nhân;

Thứ hai, các cá nhân không có năng lực giao kết hợp đồng được phân loại thành: (1) người chưa thành niên; (2) người mất năng lực hành vi dân sự; và (3) người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự;

Thứ ba, việc xác lập, thực hiện hợp đồng của những người này có thể bị tuyên vô hiệu nếu pháp luật qui định hợp đồng đó phải do người giám hộ của những người này xác lập, thực hiện;

Thứ tư, vô hiệu trong trường hợp này là vô hiệu tương đối do người giám hộ nại ra.

Ngoài ra Điều 133, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 còn xác định một trường hợp vô hiệu tương đối do người giao kết hợp đồng không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình.

Các qui định này của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 cho thấy một số vấn đề cần phải nghiên cứu sâu thêm. Thông thường pháp luật quan niệm người với tính cách là chủ thể của các quyền hay chủ thể của pháp luật bao gồm cả thể nhân (con người thể chất) và pháp nhân (con người do luật định). Hơn nữa ở Việt nam hiện nay, tổ hợp tác và hộ gia đình cũng được xem là chủ thể của luật dân sự. Cho nên không thể qui định “người tham gia giao dịch dân sự có năng lực hành vi dân sự” là một điều kiện có hiệu lực của hợp đồng vì sự hạn hẹp của qui định này. Điều kiện này thực chất là “năng lực giao kết hợp đồng”. Năng lực này được hiểu là năng lực của bất kỳ chủ thể nào mà pháp luật cho họ khả năng giao kết hợp đồng nói chung và một số loại hợp đồng nói riêng. Đối với cá nhân, nhiều trường hợp không cần phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ mà pháp luật vẫn cho phép giao kết hợp đồng, chẳng hạn hợp đồng lao động, hợp đồng hôn nhân, hợp đồng liên quan tới chế độ hôn sản, hợp đồng cho nhu cầu thiết yếu của bản thân... Năng lực này chỉ liên quan tới giao kết hợp đồng chứ không liên quan tới thực hiện hợp đồng. Có nên tái phân gộp điều kiện về năng lực vào điều kiện về sự ưng thuận,

như Tây Ban Nha. Từ đó cho thấy cách thức xếp loại vô hiệu tuyệt đối hay tương đối cho việc vi phạm điều kiện về năng lực giao kết hợp đồng.

Luật La Mã xuất phát từ sự ung thuận xem các hợp đồng do những người vô năng lực giao kết bị vô hiệu tuyệt đối bởi thiếu sự ung thuận⁵²⁰. Tuy nhiên không thể bắt kỳ sự thiếu ung thuận nào cũng bị vô hiệu tuyệt đối, chẳng hạn như nhầm lẫn, lừa dối, đe dọa.

3. Đối tượng của hợp đồng

Luật La Mã xem đối tượng của hợp đồng là những gì mà một bên cam kết thực hiện cho bên kia, và bởi những cam kết về đối tượng làm phát sinh ra nghĩa vụ⁵²¹. Bộ luật Dân sự Pháp 1804 qui định: “Hợp đồng nào cũng có đối tượng là một vật mà một bên cam kết chuyển giao hoặc một việc mà một bên cam kết làm hoặc không làm” (Điều 1126). Điều luật này gây ảnh hưởng quyết định tới quan niệm của các Bộ luật Dân sự cũ của Việt Nam về đối tượng hay chủ đích của hợp đồng. Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 qui định: “Phạm khế- ước là chủ một sự- vật gì do một bên cam- đoan giao cho hay là cam- đoan làm hoặc không làm đối với bên kia” (Điều thứ 668). Điều luật này được chép sang Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 thành Điều thứ 709. Vũ Văn Mẫu đã phê phán quan niệm về đối tượng hay chủ đích của hợp đồng được qui định tại các điều luật trên. Ông cho rằng nhà làm luật đã nhầm chủ đích của nghĩa vụ với chủ đích của hợp đồng, và không thể đồng nhất đối tượng của nghĩa vụ với đối tượng của hợp đồng. Theo ông chủ đích hay đối tượng của hợp đồng là một tác vụ pháp lý mà hai bên muốn thực hiện khác hẳn chủ đích của nghĩa vụ là những gì được cam kết⁵²². Tuy nhiên khi nghiên cứu Bộ luật Dân sự Tây Ban Nha 1889 ta thấy có sự phân biệt rõ ràng hơn trong khi tiếp

⁵²⁰ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 56- 57

⁵²¹ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 59

⁵²² Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 153

cận tới đối tượng của hợp đồng, mặc dù không quan niệm đối tượng đó là ứng xử. Bộ luật này qui định:

“**Điều 1271.** Tất cả các vật, thậm chí những vật sẽ có trong tương lai, mà không nằm ngoài hoạt động trao đổi của con người, có thể là các đối tượng của hợp đồng.

Tuy nhiên, không hợp đồng nào có thể được giao kết đối với di sản thừa kế tương lai, khác hơn những hợp đồng mà đối tượng của chúng là chia di sản thừa kế giữa những người đang sống, phù hợp với điều 1056.

Tất cả các dịch vụ không chống lại pháp luật hoặc đạo đức tốt đẹp cũng có thể là đối tượng của hợp đồng”.

Như vậy theo điều luật này, đối tượng của hợp đồng chính là các sự vật hoặc sự việc mà là “*đối tượng của đối tượng của nghĩa vụ*”, bởi Điều 1088 của Bộ luật này chỉ ra rằng: “Mọi nghĩa vụ bao gồm chuyển giao, làm, hoặc không làm một sự vật nhất định”. Tuy nhiên chủ đích mà thoả thuận chia thừa kế nhằm tới lại không phải là khối di sản thừa kế mà lại là sự định phần trong khối di sản đó để chuyển giao. Trong khoa học luật dân sự, theo lý giải của một số luật gia Pháp có hai loại đối tượng: (1) Đối tượng của nghĩa vụ là chính hành vi mà người thụ trái phải thực hiện; và (2) đối tượng của hành vi là chính sự vật mà hành vi tác động tới⁵²³. Tuy nhiên phải hiểu hai loại này luôn luôn gắn kết.

Biết rằng đối với những hợp đồng đa phương tạo ra đa nghĩa vụ thì không thể nói hợp đồng chỉ có một đối tượng, mà có bao nhiêu nghĩa vụ thì có bấy nhiêu đối tượng. Vì vậy việc phân biệt thật rõ giữa đối tượng của nghĩa vụ và đối tượng của hợp đồng là khó khăn và không mang lại nhiều ý nghĩa.

4. Nguyên nhân của nghĩa vụ hợp đồng

⁵²³ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 49

Vũ Tam Tư giải thích trong Luật La Mã chữ nguyên nhân (*causa*) có ba nghĩa là: (1) căn cứ pháp lý; (2) lý do thúc đẩy; và (3) mục đích chủ yếu⁵²⁴.

Vũ Văn Mẫu cho rằng nguyên nhân ở đây thường được hiểu theo hai cách: *Thứ nhất*, nguyên nhân của nghĩa vụ là một nguyên nhân trừu tượng, tức là sự trông đợi những gì mà người đối ước phải thực hiện cho mình; *thứ hai*, nguyên nhân là động lực thúc đẩy giao kết hợp đồng⁵²⁵.

Truyền thống Common Law có khái niệm nghĩa vụ đối ứng (*consideration*) trong luật hợp đồng. Đây là một khái niệm tương đối xa lạ đối với chúng ta và các luật gia thuộc truyền thống Civil Law. Nghĩa vụ đối ứng hay còn gọi là nghĩa vụ đối khoản⁵²⁶ là một tiêu chuẩn chính mà Common Law dùng để phân biệt các sự hứa hẹn bị ràng buộc và không bị ràng buộc⁵²⁷. Biết rằng Anh Quốc là quê hương của Common Law, nên cần nghiên cứu trước tiên pháp luật Anh về vấn đề này.

Pháp luật Anh yêu cầu sự có đi có lại trong các hợp đồng không được đóng dấu. Yêu cầu này được duy trì bởi học thuyết nghĩa vụ đối ứng (*consideration*). Có nhiều giải thích khác nhau về nguồn gốc của nghĩa vụ đối ứng. Song vấn đề xác định nó rất khó khăn. Trong vụ *Wichals v. John* năm 1599 có lập luận; “Có một lời hứa với nhau, người này hứa với người kia: để mà, nếu nguyên đơn không thực hiện lời hứa của mình, thì bị đơn có thể có tố quyền chống lại nguyên đơn: và cũng như vậy bị đơn phải gánh chịu trách nhiệm về phần mình; và một lời hứa đổi lại một lời hứa là một sự cân nhắc cần trọng”. Cách thức này phù hợp với hình mẫu mới của pháp luật Anh, và học thuyết nghĩa vụ đối ứng được thiết lập vững chắc⁵²⁸.

⁵²⁴ Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ, tr. 57

⁵²⁵ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 111

⁵²⁶ Thuật ngữ “nghĩa vụ đối khoản” do TS. Dương Anh Sơn sử dụng trong *Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế* của Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh- Khoa Kinh tế, Nxb Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh, 2005, tr. 35

⁵²⁷ Barry Dean, *Course Synopsis*, September, 1992, p. 30

⁵²⁸ Sir William R. Anson, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, Twenty- second edition, Oxford at the Clarendon Press, 1965, pp. 18- 19

Nguyên lý căn bản của học thuyết nghĩa vụ đối ứng là các toà án sẽ không hỏi nghĩa vụ đối ứng có tương xứng hay không, mà chỉ hỏi có nghĩa vụ đối ứng hay không. Nghĩa vụ đối ứng không phải là liên quan tới giá trị, cũng không liên quan tới mục đích kinh tế hay xã hội của một số loại hợp đồng. Nghĩa vụ đối ứng trong học thuyết của Anh Quốc chỉ đơn giản liên quan tới giá cả, tới mặc cả, thoả thuận, tới nguyên nhân liên hệ giữa lời hứa và sự đối hứa⁵²⁹.

Từ thời La Mã cổ đại, người ta đã chỉ rõ các tì ố của sự thoả thuận mà ngày nay các hệ thống pháp luật đều thừa nhận- đó là nhầm lẫn, lừa dối và bạo lực.

Về nguyên tắc hợp đồng có thể được giao kết trong bất kỳ hình thức nào. Nhưng theo pháp luật Anh Quốc, khi các bên đã lựa chọn giao kết hợp đồng bằng hình thức văn bản, thì thông thường toà án không cho phép đưa ra bất kỳ chứng cứ nào khác về các điều kiện của hợp đồng ngoài chứng cứ viết. Tuy nhiên ngày nay có nhiều ngoại lệ được chấp nhận do học thuyết về các điều kiện ngầm định được áp dụng⁵³⁰.

Hình thức của hợp đồng được chia thành hai loại là hình thức chứng cứ và hình thức kết cấu của nội dung. Ý chí của các bên phải được biểu lộ thông qua một hình thức vật chất nhất định và thể hiện những nội dung nhất định mới có thể giải thích được. Vì vậy Bộ luật Dân sự Tây Ban Nha 1889 qui định: “Các hợp đồng có hiệu lực ràng buộc bất kể được giao kết trong hình thức nào miễn là có các điều kiện chủ yếu được yêu cầu để có hiệu lực” (Điều 1278).

Bộ luật Dân sự Pháp 1804 xây dựng trên căn bản từng chế định và bao gồm ba quyển: một quyển nói về người, một quyển nói về tài sản và các dạng thức khác của quyền sở hữu, và quyển còn lại nói về các phương thức xác lập quyền sở hữu. Chế định hợp đồng được xem xét tách rời với các hành vi pháp lý đơn phương. Do đó vấn đề hiệu lực của hợp đồng được xem xét trong mối quan hệ giữa các bên tham gia quan hệ hợp đồng, có nghĩa là xem xét từ góc độ khách quan đối với việc ràng buộc của sự thể hiện ý chí. Trong khi đó, tiến xa hơn, Bộ luật Dân sự

⁵²⁹ Barry Dean, *Course Synopsis*, September, 1992, p. 30

⁵³⁰ Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, p. 123

Đức 1900 đã khái quát cao hơn nữa để tóm các nguyên tắc và qui tắc chung của luật dân sự tạo thành một quyền chung cho cả Bộ luật. Hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương có những nguyên tắc chung và được xem xét từ phương diện chủ quan, có nghĩa là xem xét từ việc một người tuyên bố ý chí như thế nào thì có giá trị ràng buộc đối với người đó.

Có lẽ Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 là một hiện tượng đặc biệt. Cách thức pháp điển hóa của đạo luật này theo kiểu Đức, có một phần qui định chung cho cả bộ luật. Nhưng rất lạ, Bộ luật này đã xây dựng điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự nói chung giống như các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng theo kiểu Bộ luật Dân sự Pháp 1804.

Hậu quả của điều kiện có hiệu lực thứ tư của hợp đồng trong Bộ luật Dân sự Pháp:

Điều 1131, Mục IV- Về nguyên nhân (De la cause), Chương II- Những điều kiện chủ yếu để hợp đồng có hiệu lực, Thiên III- Hợp đồng hay nghĩa vụ hợp đồng nói chung, Quyền III- Các phương thức xác lập quyền sở hữu, Bộ luật Dân sự Pháp qui định:

“Nghĩa vụ không có nguyên nhân, hoặc căn cứ vào một nguyên nhân giả tạo hay một nguyên nhân bất hợp pháp thì không có hiệu lực”.

Paul Latimer đã nêu bật điểm khác biệt trong các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng theo Common Law là: “Sau ý chí tạo lập quan hệ pháp lý và đề nghị và chấp nhận, thì điều kiện trọng yếu thứ ba đối với việc tạo lập một hợp đồng có giá trị là khoản đối ứng”. Ông giải thích rằng khái niệm về khoản đối ứng bao hàm ý tưởng có đi có lại trong quan hệ hợp đồng, và nhận định hầu hết các hợp đồng hiện đại bao gồm sự mặc cả, thương lượng mà các bên tiến tới giao kết được bởi sự trao đổi với nhau các lời hứa, nên mỗi bên đều được coi là bị ràng buộc ngang bằng⁵³¹.

Hiện nay một số hệ thống pháp luật ngoài Common Law cũng tiếp nhận quan niệm về khoản đối ứng và ghi nhận vào các đạo luật. Chẳng hạn Cộng hoà

⁵³¹ Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH Australia Limited, 1987, p, 218

Hồi giáo Iran- một nước có hệ thống pháp luật pha trộn giữa các truyền thống Civil Law, Common Law và Muslim Law, đã ban hành một Bộ luật Dân sự vào vài thập kỷ trước mà trong đó có ghi nhận các vấn đề pháp lý liên quan tới khoản đối ứng. Điều 265 của Bộ luật này là một ví dụ:

“Nếu bất kỳ người nào đưa tài sản cho một người khác, thì nó được xem như người này không làm như vậy mà không nhận một khoản đối ứng; bởi vậy nếu một người đưa tài sản cho một người khác, trong khi người này không có nghĩa vụ phải làm như vậy, thì người này có thể yêu cầu trả lại tài sản đó”.

Một số luật gia Australia giải thích: Cội rễ ý niệm về hợp đồng của truyền thống Common Law là sự mặc cả mà bên này nhất thiết phải trả giá cho bên kia để đổi lấy lời hứa của bên kia mà bên này có được, có nghĩa là nghĩa vụ mà bên này phải gánh vác cho việc đổi lấy lời hứa của bên kia. Trong hợp đồng đơn phương, cái giá mà người chấp nhận phải trả cho người đề nghị là việc thực hiện một hành động. Còn trong hợp đồng song phương, cái giá phải trả của mỗi bên cho lời hứa của bên kia chính là lời hứa của mình. Và cái giá phải trả đã nói được gọi là *consideration*. Ý niệm này cho thấy trong quan hệ hợp đồng mỗi bên đều nhận lại được lợi ích nhất định. Tuy nhiên lợi ích không cần thiết phải được trao trực tiếp cho bên kia⁵³².

E. Allan Farnsworth trong khi giới thiệu về hệ thống pháp luật Hoa Kỳ đã nhấn mạnh rằng: “Không phải tất cả các lời hứa đều có hiệu lực và một vài tiêu chuẩn nhất thiết phải được đáp ứng trước khi pháp luật đưa ra chế tài cho việc vi phạm lời hứa. Hai tiêu chuẩn căn bản nhất trong số các tiêu chuẩn là yêu cầu về văn bản và yêu cầu về khoản đối ứng”⁵³³.

Chủ nghĩa ung thuận ngày càng có ít ảnh hưởng đến thực tiễn. Rất ít các chủ thể ký kết hợp đồng bằng lời nói bởi họ biết rằng trong trường hợp có tranh chấp, cần phải chứng minh sự tồn tại (hay hình thức) của sự thống nhất ý chí. Do

⁵³² J. E. Smyth, D. A. Soberman, J. H. Telfer, R. Johanson, *Australian Business Law*, Prentice- Hall of Australia Pty. Ltd., Australia, 1980, p. 73

⁵³³ E. Allan Farnsworth, *An introduction to the legal system of the United States*, Second edition, Oceana Publications, Inc, London, Rome, New York, 1991, p. 110

đó khi hợp đồng có một mức giá trị theo họ là lớn thì việc lập hợp đồng bằng văn bản là cần thiết. Đôi khi có sự bắt buộc của pháp luật trong trường hợp này ở một số nền tài phán. Hợp đồng được lập bằng văn bản có nhiều ưu thế hơn như: sự an toàn, tính nhanh chóng trong các thoả thuận và công bố. Chính vì vậy mà người ta có thể nói rằng có sự sống lại hay hồi sinh của chủ nghĩa hình thức⁵³⁴.

Mục 7.7

Giai đoạn tiền hợp đồng

Luật Thương mại Việt Nam 1997 có qui định:

“Điều 56. *Hiệu lực của giao dịch và đàm phán trước khi hợp đồng mua bán hàng hóa được ký kết*

Từ thời điểm hợp đồng mua bán hàng hóa được ký kết, mọi thư từ giao dịch và đàm phán trước đó về hợp đồng đều hết hiệu lực, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác”.

Điều luật này cho thấy giá trị pháp lý của giai đoạn tiền hợp đồng. Tuy nhiên điều khoản này không được duy trì trong Luật Thương mại Việt Nam 2005 có lẽ bởi các vấn đề chung về hợp đồng đều được qui định trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Tuy nhiên một điều khoản có nội dung như vậy không tìm thấy trong Bộ luật Dân sự này. Luật Doanh nghiệp Việt Nam 2005 cũng có đôi chỗ đề cập tới giai đoạn tiền công ty. Thế nhưng đó có được xem là giai đoạn tiền hợp đồng hay không còn có nhiều tranh cãi.

Hiện nay bên cạnh nhiều nền tài phán thừa nhận giá trị pháp lý của giai đoạn tiền hợp đồng, có những nền tài phán chưa thừa nhận nó. Thế nhưng có sự nhận thức chung rằng những yếu tố của hợp đồng tương lai bắt nguồn từ giai đoạn tiền hợp đồng và ẩn sâu trong tư duy của người giao kết. Hầu hết những tính toán, cân nhắc để đi đến giao kết hợp đồng ở trong giai đoạn này. Những suy nghĩ và dự định hợp tác hay sự bắt đầu hợp tác cũng đều xuất phát từ đó. Đề nghị và chấp

⁵³⁴ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième Édition, Litec, 1989, p. 11

nhận có một cơ chế pháp lý tương đối rõ ràng. Ở New Zealand, có một qui tắc chung loại trừ đàm phán tiền hợp đồng ra khỏi hoạt động giải thích hợp đồng. Tuy nhiên trong một số hoạt động giải thích hợp đồng cụ thể quá trình đàm phán tiền hợp đồng có thể được cân nhắc, chẳng hạn như xác định bản chất của hợp đồng, mục đích của hợp đồng... Theo J. H. M van Erp, giữa Common Law và Civil Law có sự khác biệt rõ ràng. Common Law là một hệ thống thực tiễn để giải quyết những vấn đề thực tiễn, trong khi đó Civil Law là một hệ thống suy đoán, tự biện để giải quyết vấn đề lý thuyết. Theo ông Tòa án Tối cao của Hà Lan có một phán quyết năm 1957 rằng giai đoạn tiền hợp đồng là một quan hệ pháp lý được điều chỉnh bởi nguyên tắc thiện chí, trong khi đó ở Anh Quốc thiếu vắng một khái niệm chung có tính chất học thuật hay tư pháp như khái niệm thiện chí⁵³⁵.

Trong thực tiễn cuộc sống có rất nhiều tình huống xảy ra cần thiết được giải quyết trên nguyên tắc thiện chí. Chẳng hạn như tình huống sau: Công ty TNHH Sông Lô và Công ty TNHH Sông Cầu là các công ty hoạt động trong lĩnh vực sản xuất thiết bị trường học. Sông Lô làm ăn rất hiệu quả. Sông Cầu làm ăn kém hiệu quả hơn. Sông Cầu sáp nhập vào Sông Lô. Trước khi sáp nhập, Sông Cầu có gặp gỡ và trao đổi thư từ nhiều lần với một công ty của Đài Loan mang tên Hung Liu về việc mua của Hung Liu một số thiết bị trường học cao cấp. Lần gặp nhau cuối cùng giữa Sông Cầu và Hung Liu đã được thể hiện trong một Biên bản ghi nhớ, tại đó Sông Cầu nói sẽ ký kết hợp đồng mua bán thiết bị trường học cao cấp của Hung Liu khi Tổng Giám đốc của Sông Cầu đi công tác nước ngoài về. Sau khi Sông Cầu sáp nhập vào Sông Lô, Hung Liu đòi hỏi Sông Lô phải ký kết hợp đồng đã được nhắc tới trong biên bản ghi nhớ đã nói. Sông Lô từ chối với các lý do sau: (1) Biên bản ghi nhớ không có giá trị ràng buộc; (2) Biên bản ghi nhớ này do ông trưởng phòng đối ngoại của Sông Cầu ký mà không được uỷ quyền của Tổng giám đốc; (3) Trưởng phòng đối ngoại này đã bị công an bắt vì tội lừa đảo người nước ngoài; (4) Hợp đồng có giá trị lớn mà theo Điều lệ của Sông Cầu cần phải thông

⁵³⁵ Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman (editors), *Towards a European Civil Code- Third Fully Revised and Expanded Edition*, Ars Aequi Libri-Nijmegen, Kluwer Law International, 2004, pp. 369- 373

qua Hội đồng thành viên; (5) Hiện tại Sông Cầu không còn tồn tại nữa; và (6) Sông Lô không có nhu cầu mua các thiết bị như vậy. Hung Liu bày tỏ: (1) Biên bản ghi nhớ có cam kết về việc ký kết hợp đồng; (2) Bản dự thảo hợp đồng do Hung Liu đưa ra đã được hai bên thảo luận và không còn vướng mắc gì về một số điều khoản chủ yếu, tuy chưa thống nhất về thời gian giao hàng cụ thể; (3) Trưởng phòng đối ngoại của Sông Cầu đã được Phó Tổng giám đốc Sông Cầu giao việc thảo luận và ký Biên bản ghi nhớ trong cuộc tiếp xúc giao đoàn đàm phán của Hung Liu; và (4) Các thư từ qua lại giữa hai bên đều thể hiện thiện chí hợp tác giữa hai bên. Rõ ràng việc thiếu thốn các qui tắc pháp lý mà không có sự xác định nghĩa vụ dựa trên nguyên tắc thiện chí thì khó có thể giải quyết ổn thỏa tình huống nêu trên.

Vì vậy theo J. H. M van Erp, giai đoạn tiền hợp đồng có hai nghĩa vụ là nghĩa vụ thiện chí và nghĩa vụ cung cấp thông tin⁵³⁶. Bộ luật Dân sự Hà Lan 2008, tại Điều 227b, Quyển 76 có qui định nghĩa vụ cung cấp thông tin trước khi hợp đồng được giao kết. Nghĩa vụ này là nghĩa vụ phát sinh trên căn bản nghĩa vụ thiện chí được áp đặt cho các bên đàm phán giao kết hợp đồng. Trong đời sống hiện đại với sự bùng nổ thông tin, bùng nổ các dịch vụ và đa dạng các sản phẩm, hàng hóa, nhất là các giao dịch qua mạng, nghĩa vụ cung cấp thông tin có một ý nghĩa quan trọng nhằm bảo đảm sự an toàn của các giao dịch, bình ổn các quan hệ xã hội và bảo vệ người yếu thế do sự chênh lệch trong việc nắm bắt các thông tin.

Quay trở lại Điều 56, Luật Thương mại Việt Nam 1997, chúng ta thấy điều luật này mới chỉ chạm tới ý tưởng cấp giá trị cho giai đoạn tiền hợp đồng để nhằm tới giải thích cho hợp đồng, còn hầu như chưa đụng chạm tới việc áp đặt các nghĩa vụ cho các bên đàm phán giao kết hợp đồng. Tuy nhiên đây là vấn đề không hoàn toàn có thể xử lý được một cách dễ dàng bằng con đường pháp điển hóa, mà có lẽ phải nhờ cậy đến thực tiễn tư pháp.

⁵³⁶ Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman (editors), *Towards a European Civil Code- Third Fully Revised and Expanded Edition*, Ars Aequi Libri-Nijmegen, Kluwer Law International, 2004, p. 366

Chương 8

HỢP ĐỒNG VÔ HIỆU

Mục 8.1

Chế tài vô hiệu hóa hợp đồng

Vấn đề vô hiệu của hợp đồng có một ý nghĩa lý luận và thực tiễn rất quan trọng. Hợp đồng bị tuyên vô hiệu có nghĩa là bị hủy bỏ. Tuy nhiên hậu quả này cần phải được phân biệt với các trường hợp hủy bỏ hợp đồng với tính cách là một chế tài do vi phạm hợp đồng hay bãi bỏ hợp đồng. Khi một hợp đồng vô hiệu, người ta xem nó như chưa bao giờ tồn tại, có nghĩa là hiệu lực của nó bị coi như không có cả trong quá khứ, hiện tại và tương lai. Vô hiệu hóa một hợp đồng hay hủy bỏ một hợp đồng do vô hiệu có thể được xem là một chế tài áp dụng đối với những hợp đồng không đủ tiêu chuẩn hay nói cách khác, những hợp đồng vi phạm các điều kiện có hiệu lực do pháp luật qui định. Khi ta ví các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng như một tấm lá chắn để cản lại những hợp đồng không đủ tiêu chuẩn hay chống lại sự tồn tại bình thường của một xã hội lành mạnh, thì vô hiệu hóa hợp đồng giống như một hành động sử dụng tấm lá chắn đó nhằm mục tiêu tái lập lại các quan hệ xã hội bình thường.

Luận về giải trừ hiệu lực của hợp đồng hay bãi bỏ hợp đồng, Vũ Văn Mẫu cho rằng: (1) Trong hợp đồng nếu một bên không thực hiện hợp đồng, bên kia có thể yêu cầu giải trừ hợp đồng, có nghĩa là cũng xoá bỏ hiệu lực của hợp đồng trong quá khứ; (2) ngược lại trong trường hợp giải trừ hiệu lực hay bãi bỏ hợp đồng không có sự bãi bỏ hiệu lực trong quá khứ, vì các bên chỉ mong muốn bãi bỏ hiệu lực của hợp đồng trong hiện tại và tương lai⁵³⁷. Các luận giải trên cho thấy, việc chấm dứt hiệu lực của một hợp đồng, nếu là một chế tài thì có hồi tố; nếu là một sự thỏa thuận thì không có hồi tố.

⁵³⁷ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 244- 245

Hợp đồng vô hiệu có thể được phân loại thành vô hiệu toàn bộ và vô hiệu từng phần hoặc có thể phân loại thành vô hiệu tuyệt đối và vô hiệu tương đối. Vô hiệu toàn bộ dẫn tới hậu quả là hủy bỏ toàn bộ hợp đồng. Còn vô hiệu từng phần dẫn tới hậu quả là hủy bỏ phần bị vô hiệu. Cách phân loại này được qui định khá rành mạch trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Vấn đề phức tạp hơn là sự phân biệt giữa vô hiệu tuyệt đối và vô hiệu tương đối. Cách thức phân loại này không được đưa vào Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Tuy nhiên trong thực tiễn tư pháp, người ta không thể không sử dụng nó. Mặc dù không được nhắc tên, song Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 vẫn mượn các đặc điểm của phân loại vô hiệu tuyệt đối và vô hiệu tương đối để xác định thời hiệu nại ra sự vô hiệu. Cách thức phân loại vô hiệu thành vô hiệu tuyệt đối và vô hiệu tương đối dựa trên việc tuyên vô hiệu nhằm bảo vệ lợi ích công hay lợi ích tư.

Vô hiệu tuyệt đối có các dấu hiệu sau: (1) Chế tài vô hiệu nhằm bảo vệ quyền lợi công; (2) Sự vô hiệu có thể được nại ra bởi bất kỳ người nào có một quyền lợi thực tế và hiện tại trong việc nại ra đó, có nghĩa là bất kể ai có liên quan tới sự vô hiệu; (3) tòa án có thể nại ra sự vô hiệu; (4) hợp đồng vô hiệu tuyệt đối không thể xác nhận lại được; và (5) vô hiệu tuyệt đối phải được qui định rõ ràng bởi luật. Bởi vô hiệu tuyệt đối nhằm bảo vệ quyền lợi công, do đó nó kéo theo các đặc điểm khác. Thông thường trong tố tụng dân sự, tòa án chỉ xét xử trong phạm vi yêu cầu của đương sự. Nhưng vì bảo vệ trật tự công cộng, đạo đức xã hội và các quan hệ xã hội trọng yếu khác, tòa án có thể tự nại ra sự vô hiệu. Hợp đồng vô hiệu tuyệt đối bởi chống lại các điều kiện tồn tại bình thường của cộng đồng, nên không thể xác nhận lại được. Tất nhiên để bảo vệ trật tự công cộng đòi hỏi pháp luật phải xác định và giới hạn rõ ràng các quyền lợi này, đồng thời phải xác định rõ ràng các hành vi bị coi là xâm phạm tới các quyền lợi như vậy.

Vô hiệu tương đối có các dấu hiệu sau: (1) Chế tài vô hiệu nhằm bảo vệ quyền lợi tư; (2) Sự vô hiệu chỉ có thể được nại ra bởi các đương sự với điều kiện đã hoặc có thể gánh chịu thiệt hại và đã hành động thiện chí; (3) tòa án không thể nại ra sự vô hiệu; và (4) hợp đồng vô hiệu tương đối có thể xác nhận lại được. Bởi

vô hiệu tương đối là một chế tài nằm bảo vệ quyền lợi tư, do đó các đặc điểm kéo theo của loại chế tài này khác biệt so với chế tài vô hiệu tuyệt đối.

Vũ Văn Mẫu cho rằng vô hiệu tuyệt đối và vô hiệu tương đối khác nhau ở ba điểm: (1) Sự vô hiệu tương đối chỉ có thể do người được pháp luật bảo vệ nại ra, trái lại sự vô hiệu tuyệt đối về nguyên tắc có thể được nại ra bởi bất kỳ người nào có quyền lợi liên quan; (2) chứng thư vô hiệu tương đối có thể xác nhận lại được; ngược lại chứng thư vô hiệu tuyệt đối không xác nhận lại được; và (3) sự vô hiệu tương đối có thời hiệu đoản kỳ; ngược lại sự vô hiệu tuyệt đối có thời hiệu trường kỳ⁵³⁸.

Mục 8.2

Giải quyết hợp đồng vô hiệu

Dù vô hiệu thuộc loại nào khi bị tòa án tuyên sự thỏa thuận giữa các bên đều bị xem là chưa bao giờ làm phát sinh hiệu lực. Do vậy hậu quả của việc tuyên vô hiệu là đưa các bên trong quan hệ này về trạng thái ban đầu như khi họ chưa bao giờ giao kết một hợp đồng như vậy. Dựa trên sự vi phạm các điều kiện được thiết lập liên quan tới từng thành tố của hợp đồng, người ta nại ra và tuyên hợp đồng vô hiệu. Sự vi phạm các điều kiện này là nguyên nhân của sự vô hiệu. Tuy nhiên Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 tỏ ra chưa thỏa đáng trong việc thiết lập các điều kiện hay xác định nguyên nhân của sự vô hiệu. Tình huống giả định sau góp phần làm rõ hơn thực trạng này:

Hách là Thứ trưởng Bộ Y phát hiện ra một cơ hội kinh doanh có liên quan tới công việc quản lý nhà nước của ông ta. Muốn hưởng cơ hội kinh doanh này một mình, nhưng không muốn cho ai biết, Hách quyết định đầu tư một mình để thành lập một công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên dưới tên của người khác. Hách gọi Thụ tới và thỏa thuận với Thụ một số điều kiện sau: (1) Thụ đứng

⁵³⁸ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 216- 217

ra xin thành lập một công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do Thụ làm chủ sở hữu, nhưng toàn bộ vốn là của Hách; (2) Thụ không phải góp vốn bằng bất kỳ hình thức nào, nhưng được chia 10% lãi và quản lý công ty. Công ty được thành lập mang tên Thụ Bất Thực, làm ăn rất có hiệu quả. Thụ tự mình quyết định chuyển toàn bộ lợi nhuận của Thụ Bất Thực để thành lập một công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mới mang tên Thụ Chính Danh. Biết rằng Thụ Bất Thực đang thuê tài chính 02 thiết bị đất tiền trong vòng 10 năm, nhưng mới thuê được 02 năm. Hách yêu cầu Thụ chấm dứt đầu tư và trao trả tài sản.

Không khó khăn gì, có thể mừng tượng được rằng, cách thức làm ăn này có thể đã xảy ra nhiều trong đời sống thực. Nhưng vấn đề ở đây là qua tình huống này chúng ta thu nhận được những gì liên quan tới lý thuyết và kỹ năng thực hành pháp lý.

Rõ ràng trong tình huống gia đình này có thể thấy có bốn giao dịch khác nhau mà hai trong số chúng cần quan tâm trước hết- Đó là:

- + *Giao dịch thứ nhất* là giao dịch giữa Hách và Thụ mà tại đó Thụ cam kết đứng ra thành lập một công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên cho Hách để nhận lại một lợi ích mà Hách cam kết trả cho Thụ trong chính công ty đó.

- + *Giao dịch thứ hai* là một hành vi pháp lý đơn phương mà tại đó Thụ đứng ra thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mang tên Thụ Bất Thực.

Xét về mặt pháp lý, giao dịch thứ hai là một giao dịch không thực, phản ánh một ý chí không ngay thẳng nhằm che giấu cho một giao dịch khác, và có nguyên nhân làm phát sinh ra hậu quả pháp lý không chính đáng, nên phải gọi nó là giao dịch giả tạo. Giao dịch này là điểm chốt pháp lý để xem xét giải quyết tình huống này. Giao dịch thật được che giấu là giao dịch thứ nhất. Tuy nhiên cần phải phân tích sâu hơn nữa tình huống này. Mục đích chính của việc thiết lập hai giao dịch này là tạo lập ra một công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mà chủ sở hữu thực sự của nó là Hách, nhưng không để ai biết. Hách làm như vậy bởi động cơ thu lợi bất chính. Vậy phải chăng giao dịch thứ hai được thiết lập để che giấu giao dịch thứ nhất?

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không đề cập tới việc hành vi pháp lý đơn phương giả tạo mà chỉ đề cập tới hợp đồng giả tạo bởi Điều 129 của Bộ luật này có nội dung nguyên văn như sau:

“Điều 129. Giao dịch dân sự vô hiệu do giả tạo

Khi các bên xác lập giao dịch dân sự một cách giả tạo nhằm che giấu một giao dịch khác thì giao dịch giả tạo vô hiệu, còn giao dịch bị che giấu vẫn có hiệu lực, trừ giao dịch đó cũng vô hiệu theo quy định của Bộ luật này.

Trong trường hợp xác lập giao dịch giả tạo nhằm trốn tránh nghĩa vụ với người thứ ba thì giao dịch đó vô hiệu”.

Điều luật này cho rằng việc xác lập một giao dịch giả tạo phải có từ hai bên trở lên, nên mới sử dụng các từ mô tả “Khi *các bên* xác lập giao dịch dân sự một cách giả tạo”. Vì vậy điều luật này không thể giải thích nổi cho tình huống nói trên, bởi trong tình huống này một hành vi pháp lý đơn phương, cụ thể là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên che giấu cho một hợp đồng. Với việc một người đứng ra thành lập một công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, người ta không thể tìm thấy bên thứ hai nào cả, bởi công ty là đối tượng của hành vi pháp lý đơn phương, còn Nhà nước cho phép công ty thành lập hay xác nhận hành vi pháp lý đơn phương có mục đích thành lập công ty không thể được xem là một bên trong giao dịch. Hơn nữa không thể xem Nhà nước tham gia vào giao dịch giả tạo trong trường hợp này. Ở đây cần phải nhấn mạnh thêm, Điều 129 này chỉ cho rằng một giao dịch giả tạo nhằm che dấu “một giao dịch khác” hoặc để trốn tránh nghĩa vụ với người thứ ba. Nhà làm luật đã đi quá sâu vào mục đích của thủ đoạn che giấu bằng giao dịch giả tạo, trong khi không dự liệu hết được các trường hợp, nên đã gây rắc rối cho hoạt động thực tiễn pháp lý. Từ tình huống này có thể nói các nguyên nhân dẫn tới sự vô hiệu hợp đồng được liệt kê và mô tả trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 còn có nhiều vấn đề phải nghiên cứu và bàn luận. Tuy nhiên việc nghiên cứu các đặc tính riêng của pháp luật Việt Nam trong lịch sử về vấn đề này cũng có việc phải bàn. Qua sự bàn luận sau có thể thấy phần nào đó nhận thức của một số luật gia thời nay.

Quốc Triều Hình Luật (còn được gọi là Luật Hồng Đức) là luật hình Triều Lê (1428- 1788) ở nước ta có qui định: “Người nào ức hiếp để mua ruộng đất của người khác thì phải *biếm* hai tư và cho lấy lại tiền mua” (Điều 14, Chương Điền sản). Điều luật này chứa đựng quan niệm pháp lý của người Việt về vô hiệu hoá các hợp đồng mà người bán bị bạo hành, có nghĩa là vô hiệu hoá các hợp đồng mà tại đó người bán buộc phải bán ruộng đất của mình ngoài ý muốn đích thực của người bán do bị người mua sử dụng bạo lực hay đe dọa sử dụng bạo lực hoặc bằng các thủ đoạn khác gây áp lực về mặt tinh thần. Trong quan niệm này, nếu đánh giá theo cách phân loại của các truyền thống pháp luật khác như Civil Law, Common Law, và Sovietique Law, thì Quốc Triều Hình Luật đã lựa chọn giải pháp là áp đặt chế tài vô hiệu tuyệt đối để xử lý các hợp đồng như vậy.

Quốc Triều Hình Luật đã qui định về nguyên nhân làm hợp đồng vô hiệu do chống lại điều cấm của pháp luật và do giả tạo như sau:

“Cho vay nợ hay cầm đồ vật mỗi tháng được lấy tiền lãi mỗi quan là 15 đồng kẽm; dù lâu bao nhiêu năm cũng không được tính quá một gốc một lãi; trái luật thì xử *biếm* một tư, mà mất tiền lãi. Nếu tính gồm lãi vào làm gốc, rồi bắt làm văn tự khác, thì xử tội nặng hơn một bậc” (Điều 35, Chương Tạp luật).

Các hậu quả pháp lý khi hợp đồng bị vô hiệu hoá theo Quốc Triều Hình Luật thường là:

- (1) Chấm dứt quan hệ hợp đồng giữa các bên;
- (2) Bên có lỗi bị coi là tội phạm và phải chịu hình phạt;
- (3) Các khoản thu nhập bất chính bị xung công.

Nhìn Quốc Triều Hình Luật theo cách thức pha trộn giữa truyền thống Civil Law và truyền thống Sovietique Law, có tác giả cho rằng Bộ luật này đã qui định nguyên tắc giao kết và thực hiện hợp đồng như nguyên tắc tự nguyện, trung thực thông qua các qui định cụ thể, rồi đi đến nhận định Bộ luật này đã vô hiệu hoá các hợp đồng có thể dựa trên các tiêu chí như: vi phạm về ý chí; vi phạm về năng lực

chủ thể; vi phạm về đối tượng; vi phạm về hình thức⁵³⁹. Sự suy đoán vừa nói là không có căn cứ. Có lẽ để đánh giá đúng hơn về Quốc Triều Hình Luật, cần phải biết căn nguyên của các qui tắc pháp luật được thiết lập tại đó. Một trong các công việc trước hết phải làm là xem truyền thống pháp luật nào ảnh hưởng tới Bộ luật này. Thiếu kiến thức về truyền thống pháp luật Viễn Đông và luật so sánh chắc hẳn khó có thể đưa ra được những giải đáp xác đáng.

Pháp luật Việt Nam gần đây cũng có những quan niệm về các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng khá khác biệt. Quan niệm này thiếu chính xác do sự du nhập kiến thức thiếu sự lựa chọn. Chẳng hạn như nguyên nhân làm hợp đồng vô hiệu là do hợp đồng thiếu một hoặc một số điều kiện mà pháp luật cho là cần thiết. Việc tuyên bố vô hiệu đối với hợp đồng không qui định đầy đủ các điều kiện chủ yếu đã được Hội đồng Thẩm phán Tòa án trọng tài kinh tế tối cao Liên bang Nga tiến hành trong vụ một ngân hàng kiện một xí nghiệp cung cấp nước. Nguyễn Ngọc Khánh trong công trình khảo cứu về luật hợp đồng Việt Nam đã nêu rõ nội dung của vụ việc này như sau:

Hội đồng Thẩm phán Tòa án trọng tài kinh tế tối cao Liên bang Nga đã bác đơn kiện buộc thi hành hợp đồng giữa một ngân hàng và một xí nghiệp cung cấp nước sưởi ấm với lý do: hợp đồng cung cấp nước sưởi ấm mà ngân hàng viện dẫn đã không chứa đựng những nội dung chủ yếu của hợp đồng. Hội đồng Thẩm phán Tòa án trọng tài kinh tế tối cao cho rằng, theo nguyên tắc vận hành hệ thống nước sưởi ấm phải có các điều khoản cơ bản về tổng khối lượng nước sưởi ấm được cung cấp cũng như định mức cụ thể cung cấp hàng tháng, hàng quý, hàng năm và những hạng mục được cung cấp. Tuy nhiên, trong hợp đồng giữa ngân hàng và xí nghiệp đã không chỉ rõ những thông tin này, do đó hợp đồng không thể coi là đã được giao kết theo qui định của pháp luật.

⁵³⁹ Nguyễn Minh Tuấn, “Khế ước và thừa kế trong Quốc Triều Hình Luật”, *Quốc Triều Hình Luật- Lịch sử hình thành, nội dung và giá trị*, Lê Thị Sơn chủ biên, Nxb Khoa học Xã hội, Hà Nội, 2004, tr. 287- 330

Rõ ràng phán quyết này của Hội đồng Thẩm phán Toà án trọng tài kinh tế tối cao Liên bang Nga không phù hợp với tính chất của luật hợp đồng nói chung và không phù hợp với nguyên tắc thiện chí.

Tuy nhiên có thể hiểu nguyên tắc pháp chế XHCN cũ có lẽ vẫn còn ảnh hưởng sâu đậm tới các luật gia Nga. Vấn đề này cũng dễ dàng nhận thấy ở Việt Nam hiện nay với cách hành xử đồng loạt và đồng bộ theo đúng văn bản pháp luật. Nếu văn bản không quy định cụ thể về một vấn đề pháp lý nào đấy thì các luật gia rất lúng túng trong việc tìm ra các giải pháp cho trường hợp đó, mặc dù trong các văn bản pháp luật thậm chí đã đưa ra nguyên tắc rõ ràng cho việc tìm kiếm các giải pháp khi văn bản không có quy định cụ thể hoặc quy định không rõ ràng. Chẳng hạn: Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 và Luật Thương mại Việt Nam 2005 cho phép áp dụng tập quán, thói quen ứng xử và nguyên tắc thiện chí, trung thực cho các tranh chấp trong lĩnh vực luật tư, song các thẩm phán không mặn mà trong việc áp dụng chúng. Cách hành xử như vậy của các thẩm phán hiện nay ở Việt Nam có lẽ xuất phát từ động cơ bảo đảm an toàn cho nghề nghiệp của cá nhân họ, nên tốt nhất là văn bản quy định hay hướng dẫn như thế nào thì làm đúng như vậy đối với cả các vấn đề liên quan tới luật tố tụng lẫn luật vật chất. Muốn giải quyết được tận gốc vấn đề này cần phải có cải cách tư pháp theo tinh thần Nghị quyết số 49 của Bộ chính trị, và phải đề cao danh dự, nâng cao năng lực chuyên môn, thiết lập kỷ luật nghiêm túc, và bảo đảm mức sống, cũng như xây dựng chế độ bổ nhiệm suốt đời đối với thẩm phán.

Trước khi có Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, thực tế các toà án đã tuyên nhiều hợp đồng vô hiệu do thiếu điều kiện chủ yếu, do đó dẫn tới quyền lợi của các bên không được bảo đảm, trong khi họ vẫn có thể thoả thuận bổ sung sau khi hợp đồng được giao kết, hoặc toà án vẫn có thể áp dụng các qui tắc của pháp luật giải thích cho ý chí của các bên trong trường hợp thiếu các điều kiện như vậy. Việc tuyên vô hiệu các hợp đồng như vậy là làm bất ổn hay mất an toàn trong việc tự do lập ước của công dân và làm mất tính thiện chí, trung thực trong mối quan hệ của dân chúng. Nhận thức được điều đó, những người soạn thảo Bộ luật Dân sự

Việt Nam 2005 trên tinh thần tôn trọng nguyên tắc tự do hợp đồng đã không qui định hợp đồng phải có nội dung chủ yếu mà tùy thuộc sự thoả thuận của các bên⁵⁴⁰. Đây cũng có thể xem là một tiến bộ của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Nhưng có lẽ nguyên tắc thiện chí, trung thực phải được đề cao hơn nữa. Tuy nhiên các quan điểm được coi là tiên bộ này lại được mở rộng tới việc không cần qui định điều kiện xác định trong đề nghị giao kết hợp đồng thì lại là không thoả đáng. Theo pháp luật Pháp, đề nghị phải nêu nội dung chủ yếu của hợp đồng, nhưng không cần xác định cụ thể, trừ hợp đồng mua bán phải nêu cụ thể tài sản mua bán và giá cả⁵⁴¹.

Điều 122, khoản 2, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã có bước tiến bộ trong việc qui định: “Hình thức giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch trong trường hợp pháp luật có qui định”. Qui định này đã tránh được tình trạng tuyên vô hiệu một cách tùy tiện và tràn lan, nhưng nếu không được kiểm soát kỹ lưỡng với một chính sách lập pháp nhất quán thì sẽ có nhiều văn bản pháp luật được ban hành với yêu cầu một cách bất chính đáng về hình thức của hợp đồng gây khó khăn cho quyền tự do hợp đồng, và còn làm mất an toàn cho các giao dịch bởi sự bất tín của một bên trong giao dịch, chẳng hạn như sự bất tín của bên bán trong một số giao dịch về bất động sản.

Đề cao nguyên tắc tự do ý chí, Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2004 về hợp đồng thương mại quốc tế đưa ra các qui định về hình thức của hợp đồng như sau:

“Bộ Nguyên tắc Unidroit không bắt buộc hợp đồng, tuyên bố hay bất kỳ một hành vi nào khác phải được giao kết hay chứng minh bằng một hình thức đặc biệt. Chúng có thể được chứng minh bằng bất kỳ cách thức nào, kể cả bằng nhân chứng” (Điều 1.2).

⁵⁴⁰ Đinh Trung Tụng (Chủ biên), *Bình luận những nội dung mới củ Bộ luật Dân sự năm 2005*, Nxb Tư pháp, Hà Nội 2005, tr. 179

⁵⁴¹ Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 27- 28

Các qui định này cho thấy hình thức chứng cứ của hợp đồng không thể được xem là quyết định có sự thỏa thuận ràng buộc giữa các bên hay không, mà chính sự thỏa thuận ràng buộc này quyết định lựa chọn hình thức biểu hiện. Tuy nhiên để qui định chung về hợp đồng, không riêng cho thương mại quốc tế, nhà làm luật vẫn cần phải xác định hình thức cho một số hợp đồng nào đây nhằm bảo vệ cho một số quan hệ hay chủ thể hay đối tượng đặc biệt nào đó, chẳng hạn như: hợp đồng lao động, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, hợp đồng thuê tài chính, hợp đồng thành lập công ty cổ phần... Thế nhưng việc xem vi phạm hình thức của hợp đồng là một nguyên nhân dẫn tới hợp đồng bị vô hiệu cần phải thận trọng.

Hợp đồng bị tuyên vô hiệu dẫn tới hậu quả: (1) Đưa các bên trở về trạng thái ban đầu như chưa bao giờ giao kết hợp đồng đó; (2) bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường cho bên bị thiệt hại; và (3) các thu nhập bất chính từ hợp đồng bị tuyên bố vô hiệu bị xung công. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có các qui định cụ thể về hậu quả như trên tại Điều 137.

Trong tình huống giả định nói trên, giao dịch thứ hai thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên (Thụ Bất Thực) bị vô hiệu do giả tạo. Giao dịch thứ nhất về việc Hách thuê Thụ đứng ra thành lập công ty cho Hách cũng bị vô hiệu do vi phạm điều cấm. Tuy nhiên trước khi bị tuyên vô hiệu, Thụ Bất Thực đã thực hiện hai giao dịch khác là thành lập một công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mới mang tên Thụ Chính Danh và thuê tài chính 02 thiết bị. Việc xem xét hậu quả của giao dịch thứ nhất và giao dịch thứ hai vô hiệu trong trường hợp này gặp phải những khó khăn nhất định bởi sự gợi ý các giải pháp của pháp luật Việt Nam hiện hành thiếu thốn. Hách và Thụ hoàn trả cho nhau những gì đã nhận, và việc xác định mức độ lỗi của mỗi bên, xác định thiệt hại để bồi thường thiệt hại phải được giải quyết như thế nào nếu có hoặc không có yêu cầu là những vấn đề lý luận và thực tiễn sâu sắc. Công ty Thụ Chính Danh được tạo lập do thu nhập bất chính từ giao dịch thứ nhất và giao dịch thứ hai về nguyên tắc phải bị xung công để trở thành một công ty nhà nước. Đối với việc xử lý hợp đồng thuê tài chính 02

thiết bị của Thụ Bất Thực cần phải được xem xét từ vấn đề: công ty cho thuê tài chính là người ngay tình không biết Thụ Bất Thực là công ty vô hiệu, do đó phải được bảo vệ quyền lợi. Vấn đề mấu chốt là “ai là người phải bồi thường cho công ty cho thuê tài chính?”. Các nền tài phán hầu như có quan niệm công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế. Các chế độ cũ ở Việt Nam cũng có các qui định như vậy. Thế nhưng pháp luật Việt Nam hiện nay chưa có các qui định về vấn đề này. Duy nhất chỉ có Điều 7, Luật Thương mại Việt Nam 2005 nhắc đến công ty được thành lập trên thực tế như sau: “Thương nhân có nghĩa vụ đăng ký kinh doanh theo qui định của pháp luật. Trường hợp chưa đăng ký kinh doanh, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo qui định của Luật này và qui định khác của pháp luật”. Ngoài ra pháp luật Việt Nam hiện nay không có gợi ý gì thêm về các giải pháp xử lý với loại công ty này. Công ty bị vô hiệu nhưng chưa bị tuyên vô hiệu được xem là một công ty thực tế. Quan niệm về công ty thực tế để bảo vệ người thứ ba ngay tình. Thông thường các nền tài phán đều xem công ty thực tế và công ty được thành lập trên thực tế là loại công ty dự phần (hoặc hợp danh không công bố hay hợp danh thực tế) dù chúng có được tổ chức dưới hình thức nào. Như vậy với quan niệm và giải pháp này Hách và Thụ được xem là đã thành lập một công ty thực tế bởi giao dịch thứ nhất (giao dịch bị che dấu), do đó Hách và Thụ phải chịu trách nhiệm liên đới và vô hạn định với khoản nợ của công ty. Mức bồi thường cho công ty cho thuê tài chính phải căn cứ vào một đặc điểm quan trọng của hợp đồng cho thuê tài chính là không thể hủy ngang.

Các nghiên cứu trên cho thấy pháp luật Việt Nam hiện nay còn thiếu rất nhiều khái niệm và giải pháp để giải quyết hợp đồng vô hiệu. Nghiên cứu tình huống giả định trên còn cho thấy việc vô hiệu hóa một công ty là vấn đề thuộc thẩm quyền của tòa án chứ không phải thuộc thẩm quyền cơ quan đăng ký kinh doanh. Thế nhưng đôi khi người ta cho rằng Điều 163, Điều 165 của Luật Doanh nghiệp Việt Nam 2005 có khuynh hướng trao thẩm quyền như vậy cho Cơ quan đăng ký kinh doanh.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 tỏ ra rất nhất quán trong việc qui định tòa án là cơ quan có thẩm quyền tuyên bố hành vi pháp lý vô hiệu nói chung hay hợp đồng vô hiệu nói riêng. Hiện nay có đạo luật trao thẩm quyền vô hiệu hóa hợp đồng cho cơ quan nào đấy trong bộ máy hành chính công. Bộ luật Lao động Việt Nam 2012 tuyên bố:

“Điều 51. Thẩm quyền tuyên bố hợp đồng lao động vô hiệu

1. Thanh tra lao động, Tòa án nhân dân có quyền tuyên bố hợp đồng lao động vô hiệu.

2. Chính phủ quy định về trình tự, thủ tục thanh tra lao động tuyên bố hợp đồng lao động vô hiệu”.

Hợp đồng lao động là một nguồn gốc quan trọng để xác lập quyền và nghĩa vụ lao động cụ thể của mỗi người. Nói một cách ví von, hợp đồng lao động là hình thức pháp lý quan trọng góp phần hiện thực hóa quyền và nghĩa vụ lao động của công dân. Theo Hiến pháp Việt Nam 1992, đó là quyền và nghĩa cơ bản của công dân mà Nhà nước và xã hội có trách nhiệm quan tâm tạo điều kiện hỗ trợ để phát triển (Điều 55). Hợp đồng nói chung là một phương thức quan trọng để tạo lập tài sản, thúc đẩy kinh tế, xã hội phát triển. Vì vậy không thể vô hiệu hóa các hợp đồng một cách tràn lan, dễ dãi. Theo nguyên lý của Nhà nước pháp quyền: (i) các vấn đề về hợp đồng phải do luật định; và (ii) việc vô hiệu hóa hợp đồng thuộc thẩm quyền của tòa án với một thủ tục do luật định chặt chẽ, đầy đủ, khoa học nhằm bảo đảm tính khách quan, tỉ mỉ, chính xác của phán quyết. Việc để một cơ quan trong bộ máy hành chính công tuyên bố hợp đồng vô hiệu là một việc cần phải cân nhắc lại. Nhiều vấn đề liên quan tới hợp đồng lao động thuộc thẩm quyền của tài phán hiến pháp mà tại Chương 2 của Giáo trình này chúng ta đã có dịp nghiên cứu.

Cách thức xử lý hợp đồng lao động vô hiệu cũng được Bộ luật Lao động Việt Nam 2012 qui định khác biệt như sau:

“Điều 52. Xử lý hợp đồng lao động vô hiệu

1. Khi hợp đồng lao động bị tuyên bố vô hiệu từng phần thì xử lý như sau:

a) Quyền, nghĩa vụ và lợi ích của các bên được giải quyết theo thỏa ước lao động tập thể hoặc theo quy định của pháp luật;

b) Các bên tiến hành sửa đổi, bổ sung phần của hợp đồng lao động bị tuyên bố vô hiệu để phù hợp với thỏa ước lao động tập thể hoặc pháp luật về lao động.

2. Khi hợp đồng lao động bị tuyên bố vô hiệu toàn bộ thì xử lý như sau:

a) Trong trường hợp do ký sai thẩm quyền quy định tại điểm b khoản 1 Điều 50 của Bộ luật này thì cơ quan quản lý nhà nước về lao động hướng dẫn các bên ký lại;

b) Quyền, nghĩa vụ và lợi ích của người lao động được giải quyết theo quy định của pháp luật.

3. Chính phủ quy định cụ thể Điều này”.

Có lẽ sự khác biệt này xuất phát từ ý tưởng bảo vệ quyền lợi của người lao động chắc chắn hơn. Tuy nhiên hai điều luật không qui định minh thị một ý tưởng như vậy. Điều 52 của Bộ luật Lao động Việt Nam 2012 vừa dẫn ở trên cho thấy nhà làm luật Việt Nam đã không làm rõ được sự ưu tiên áp dụng hợp đồng cộng đồng (thỏa ước lao động tập thể) hay pháp luật về lao động. Nếu thỏa ước lao động tập thể có hiệu lực, thì thỏa ước lao động tập thể phải được ưu tiên áp dụng trước các qui định của pháp luật xuất phát từ nguyên tắc tự do ý chí. Tại điều luật này, nhà làm luật Việt Nam đã cho phép cơ quan hành chính công can thiệp vào lĩnh vực hợp đồng lao động bằng cách hướng dẫn các bên ký kết lại hợp đồng lao động bị vô hiệu toàn bộ do ký kết sai thẩm quyền. Qui định như vậy có lẽ làm tăng quyền lực hoặc trách nhiệm của của cơ quan quản lý nhà nước về lao động, góp phần bảo vệ quyền lợi của người lao động yếu thế, song chưa phù hợp với nguyên tắc tự do ý chí.

Chương 9

HIỆU LỰC CỦA HỢP ĐỒNG

Mục 9.1

Khái niệm về hiệu lực của hợp đồng

Sự hỗ trợ của luật hợp đồng được thể hiện ở sự tác động của luật hợp đồng vào quan hệ hợp đồng, được thể hiện ở bốn khía cạnh: *Thứ nhất*, tạo lập hợp đồng; *thứ hai*, thi hành các hợp đồng; *thứ ba*, giải thích cho ý chí của các bên tham gia quan hệ hợp đồng; và *thứ tư*, kiểm chế hoặc bảo đảm cho việc biểu lộ ý chí. Hiệu lực của hợp đồng theo nghĩa rộng bao quát ba khía cạnh sau của bốn khía cạnh nói trên. Nhưng ở đây (các nghiên cứu của Chương này) chỉ đề cập tới hiệu lực của hợp đồng theo nghĩa hẹp, có nghĩa là chỉ đề cập tới vấn đề thi hành các hợp đồng, và giải thích cho ý chí của các bên tham gia quan hệ hợp đồng.

Hiểu rằng hợp đồng là một nguồn gốc căn bản và quan trọng của nghĩa vụ, có nghĩa là hợp đồng làm phát sinh quan hệ nghĩa vụ giữa những người giao ước, chưa kể đến trường hợp đặc biệt. Điều đó chứng tỏ hợp đồng có hiệu lực ràng buộc, có nghĩa là “hiệu lực thực hiện bắt buộc là hệ quả pháp lý chủ yếu của hợp đồng”⁵⁴². Tuy nhiên hiệu lực của nghĩa vụ và hiệu lực của hợp đồng là hai vấn đề khác nhau nhưng có mối liên hệ với nhau. Thực tiễn lập pháp cho thấy Bộ luật Dân sự Pháp 1804 đã không đưa ra sự phân biệt rõ ràng giữa các qui định về hiệu lực của nghĩa vụ và các qui định về hiệu lực của hợp đồng. Chúng được lồng ghép và bổ sung cho nhau, do đó cần được giải thích khi áp dụng và nghiên cứu. Cách thức lập pháp này đã ảnh hưởng lớn tới các Bộ luật Dân sự của Việt Nam dưới các chế độ cũ, và tới nhận thức chung về hiệu lực của nghĩa vụ, cũng như hiệu lực của hợp đồng. Vũ Văn Mẫu đã phê phán sự nhầm lẫn giữa hiệu lực của nghĩa vụ và

⁵⁴² Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 77

hiệu lực của hợp đồng như vậy, và đưa ra gợi ý quan trọng cho phạm vi nghiên cứu hiệu lực của hợp đồng như sau:

“1) Người phụ trái bị khế ước thúc buộc tới mức nào? Đây là vấn đề hiệu lực thúc buộc của nghĩa vụ.

2) Khế ước phải giải thích như thế nào?

3) Ai có thể xin thi hành nghĩa vụ và ai phải thi hành? Nói một cách khác, ai là những người bị nghĩa vụ thúc buộc? Đây là vấn đề hiệu lực tương đối của nghĩa vụ”⁵⁴³.

Các gợi ý này cho thấy hiệu lực của hợp đồng là một vấn đề pháp lý rộng và phức tạp. Các qui tắc liên quan tới nó được tìm kiếm không chỉ dừng lại ở các qui định của các văn bản pháp luật, mà còn trong cả án lệ, tập quán, học thuyết pháp lý và lẽ công bằng. Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 qui định các nguyên tắc căn bản như sau về hiệu lực của hợp đồng:

“Điều thứ 673

Hiệp- ước lập theo pháp- luật thì đối với người lập-ước, hiệu- lực cũng như pháp- luật.

Hễ có hai bên bằng lòng hay vì những duyên- cớ trong luật cho phép, thì mới có thể bác bỏ được.

Phạm hiệp- ước phải lấy lòng ngay mà thi- hành.

Điều thứ 674

Có thể lấy hiệp- ước riêng mà làm khác luật- pháp chung, thêm hoặc bớt hiệu- lực của luật- pháp được, miễn là đừng phạm đến trật- tự và phong- tục chung.

Điều thứ 675

Hiệp- ước không những bắt- buộc phải theo những điều đã định rõ, lại phải tùy tính- chất nghĩa- vụ, chiếu theo lẽ công- bằng, theo tục- lệ cùng pháp- luật mà làm mọi sự nhân đó sinh ra nữa”.

⁵⁴³ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 242

Hợp đồng là luật tự trị giữa các bên nếu hợp đồng được giao kết đáp ứng được các điều kiện có hiệu lực của nó do pháp luật đặt ra nhằm các mục đích bảo vệ trật tự công cộng, đạo đức xã hội, tính trung thực thiện chí, người thứ ba, cũng như bên yếu thế. Bộ luật Dân sự Pháp 1804 có một số điều khoản có tính nguyên tắc ảnh hưởng rất lớn tới pháp luật và nhận thức pháp luật của các luật gia Việt Nam trước kia và phần nào ngày nay tại các Điều 1134 và Điều 1135. “Hợp đồng giao kết hợp pháp có giá trị như luật đối với các bên giao kết” (Điều 1134, Bộ luật Dân sự Pháp 1804) cho thấy các bên bị thúc buộc thực hiện hợp đồng. Lễ tất yếu để bảo đảm cho sự thúc buộc đó, pháp luật đã đưa ra các phương cách thực hiện hợp đồng và hậu quả của sự không thực hiện hay thực hiện không đúng hợp đồng. Hiệu lực của hợp đồng và pháp luật về vấn đề này được xây dựng trên nền tảng tư tưởng tự do ý chí. Các bên giao kết tự nguyện khoác lên mình gánh nặng và mong muốn bị ràng buộc vào gánh nặng ấy với mục đích nhất định. Trước pháp luật gánh nặng ấy được gọi là nghĩa vụ.

Các quan niệm ngày nay về hiệu lực của hợp đồng đều dựa trên nền tảng học thuyết tự do ý chí mà có hạt nhân lý luận là con người chỉ bị ràng buộc bởi ý chí của chính mình. Vì vậy các vấn đề của hợp đồng đều được giải thích trên căn bản tự do ý chí và phải được xem xét trên các phương diện triết học, đạo đức và kinh tế. Tuy nhiên ở các nước trên thế giới, cũng như ở Việt Nam không phải chỉ khi học thuyết tự do ý chí ra đời hay được du nhập người ta mới thi hành các hợp đồng. Có lẽ các hợp đồng được thi hành trước đó bởi lẽ tôn trọng các lời hứa được xem như một quan niệm đạo đức rộng lớn. Ở Việt Nam, Quốc Triều Hình Luật đã tỏ rõ quan điểm thi hành hợp đồng tại các điều luật cụ thể, chẳng hạn: “Cho người ta thuê thuyền mà cố cãi rằng không cho thuê, để đòi thuyền lại, thì xử *biếm* một tư, và phải bồi thường tiền thuê gấp đôi” (Điều 51, Chương Tạt luật).

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã không dồn nén các qui định căn bản liên quan tới hiệu lực của hợp đồng vào một chương hay một mục nhất định, và cũng không có điều khoản nào qui định các nguyên tắc tổng quát về hiệu lực của hợp đồng. Điều 405 của Bộ luật Dân sự này có tiêu đề là “Hiệu lực của hợp đồng dân

sự”, nhưng nội dung các qui định chỉ đề cập tới thời điểm có hiệu lực của hợp đồng. Như trên đã phân tích, nói tới hiệu lực của hợp đồng là nói tới các bên trong quan hệ hợp đồng bị ràng buộc như thế nào về mặt pháp lý, chứ không đơn giản là nói tới điều kiện nào để hợp đồng có hiệu lực và thời điểm nào hợp đồng có hiệu lực. Nói về nội dung của hiệu lực hợp đồng phải trả lời được ba câu hỏi: (1) Hợp đồng ràng buộc ai? (2) ràng buộc cái gì? và (3) ràng buộc như thế nào?

Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 tại Điều 425 có các qui định tổng quát về hiệu lực của hợp đồng như sau:

- “1. Hợp đồng có hiệu lực và ràng buộc các bên kể từ thời điểm giao kết.
2. Các bên có quyền qui định rằng các điều kiện của hợp đồng mà họ giao kết được áp dụng đối với các quan hệ của họ phát sinh trước khi giao kết hợp đồng.
3. Pháp luật hay hợp đồng có thể qui định rằng việc kết thúc thời hạn có hiệu lực của hợp đồng kéo theo sự chấm dứt nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng. Nếu hợp đồng mà trong đó không có thời hạn như vậy, thì phải được xem là có hiệu lực tới thời điểm khi các bên hoàn thành việc thực hiện nghĩa vụ được xác định trong đó.
4. Việc kết thúc thời hạn có hiệu lực của hợp đồng không miễn cho các bên trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng”.

Tiếp theo điều luật này, Bộ luật Dân sự Liên bang Nga 1994 có một số điều liên quan riêng tới hiệu lực của hợp đồng ngoài các qui định về hiệu lực của nghĩa vụ nói chung. Như vậy có thể nói ngay cả các nước có theo pháp điển hoá chuyển đổi từ truyền thống Sovietique Law sang truyền thống Civil Law cũng rất chú ý tới việc qui định các vấn đề riêng liên quan tới hiệu lực của hợp đồng.

Chương 3 đã nói tới hiệu lực của nghĩa vụ có ý nghĩa chung cho tất cả các loại nghĩa vụ không kể phát sinh từ nguồn gốc nào, nên tại Chương này chỉ đề cập tới một số vấn đề riêng biệt liên quan tới hiệu lực của hợp đồng.

Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936 qui định:

“Hiệp-ước lập theo pháp-luật thời đối với người lập ước, hiệu-lực cũng như pháp luật.

Hễ có hai bên bằng lòng hay vì những duyên- có trong luật cho phép, thời mới có thể thâm hồi được.

Phàm hiệp-ước phải lấy lòng ngay mà thi hành” (Điều thứ 713).

Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ qui định:

“Khế ước thành lập hợp pháp có hiệu lực như pháp luật cho hai bên cộng ước.

Khế ước chỉ có thể bị huỷ bãi do sự thoả thuận của hai bên hay vì những nguyên nhân luật định.

Khế ước phải được thi hành ngay” (Điều thứ 687).

Mục 9.2

Chấm dứt hợp đồng

Theo Bộ luật Dân sự Cộng hoà Hồi Giáo Iran 1983, hợp đồng có hiệu lực ràng buộc các bên; và sự ràng buộc đó nằm trong sản nghiệp của họ. Trong trường hợp người giao kết hợp đồng bị chết, những người thừa kế của họ bị ràng buộc bởi hợp đồng đó. Sự ràng buộc này được giải phóng trong các trường hợp các bên thoả thuận chấm dứt ràng buộc hoặc có lý do pháp lý cho sự chấm dứt sự ràng buộc (Điều 219). Phạm vi của sự ràng buộc bao gồm tất cả những gì được qui định rõ ràng trong hợp đồng và tất cả những hậu quả khác liên quan. Các hậu quả liên quan có thể được xác định bởi tập quán, thực tiễn thi hành hoặc bởi pháp luật (Điều 220). Như vậy hiệu lực ràng buộc của hợp đồng liên quan tới các nguyên tắc căn bản của luật tư như nguyên tắc áp dụng tập quán, thói quen ứng xử và sự giải thích hợp đồng của pháp luật. Các nguyên tắc này cũng áp dụng cho trường hợp chế tài bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ không được qui định trong hợp đồng.

Mặc dù hợp đồng đã được giao kết có giá trị ràng buộc giữa các bên, nhưng sự ràng buộc đó có thể bị chấm dứt, có nghĩa là chấm dứt hiệu lực của hợp đồng. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định:

“Hợp đồng chấm dứt trong các trường hợp sau đây:

1. Hợp đồng đã được hoàn thành;
2. Theo thoả thuận của các bên;
3. Cá nhân giao kết hợp đồng chết, pháp nhân hoặc các chủ thể khác chấm dứt mà hợp đồng phải do chính cá nhân, pháp nhân hoặc chủ thể đó thực hiện;
4. Hợp đồng bị huỷ bỏ, bị đơn phương chấm dứt thực hiện;
5. Hợp đồng không thể thực hiện được do đối tượng của hợp đồng không còn và các bên có thể thoả thuận thay thế đối tượng khác hoặc bồi thường thiệt hại;
6. Các trường hợp khác do pháp luật qui định” (Điều 424).

Điều luật này đã liệt kê các trường hợp chấm dứt hợp đồng không phân nhóm. Tuy nhiên có thể thấy các trường hợp được liệt kê này có thể được nhóm hợp trong ba nhóm căn bản như sau: (1) Chấm dứt hợp đồng bởi sự thực hiện; (2) chấm dứt hợp đồng bởi sự thoả thuận; và (3) chấm dứt hợp đồng bởi qui định của pháp luật.

Ở Anh và Úc người ta quan niệm sự ràng buộc giữa các bên trong hợp đồng còn tồn tại trong chừng mực mà hợp đồng còn tồn tại, và một khi hợp đồng chấm dứt bởi bất kỳ lý do gì thì sự ràng buộc đó cũng chấm dứt theo. Họ tổng kết các lý do chấm dứt hợp đồng thành bốn loại:

- (1) Bởi sự thực hiện;
- (2) Bởi sự thoả thuận rõ ràng;
- (3) Theo học thuyết không thể thực hiện được; và
- (4) Bởi sự vi phạm⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, p. 144; Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH Australia Limited, 1987. p. 323

Cũng với cách thức tiếp cận như vậy, có những luật gia thuộc Common Law phân loại các lý do khác hơn. Chẳng hạn một số luật gia Hoa Kỳ quan niệm lý do chấm dứt hợp đồng được chia thành các loại như:

- (1) Chấm dứt bởi sự thực hiện;
- (2) Chấm dứt bởi sự vi phạm;
- (3) Chấm dứt bởi sự vi phạm được dự đoán trước;
- (4) Chấm dứt bởi sự thoả thuận của các bên;
- (5) Chấm dứt bởi hiệu lực của pháp luật⁵⁴⁵.

Bộ luật Dân sự Pháp 1804 và các Bộ luật Dân sự của Việt Nam dưới các chế độ cũ đã có qui định riêng cho việc giải hiệu hợp đồng. Có thể hiểu giải hiệu hợp đồng là một khái niệm hẹp hơn và được bao hàm trong khái niệm chấm dứt hợp đồng. Giải hiệu hợp đồng được phân biệt với vô hiệu hợp đồng và giải trừ hợp đồng. Vũ Văn Mẫu giải thích sự phân biệt này với ý rằng, hợp đồng vô hiệu được xem như chưa bao giờ có hiệu lực. Nếu hợp đồng đó đã được thực hiện trước khi bị tuyên bố vô hiệu, thì hiệu lực của nó bị xoá hẳn trong quá khứ lẫn tương lai. Giải trừ hợp đồng cũng đưa đến hậu quả xoá hết hiệu lực của hợp đồng kể cả trong quá khứ. Ví dụ trong trường hợp một hợp đồng song phương, một bên không thực hiện nghĩa vụ, theo yêu cầu của bên kia, thì toà án có thể giải trừ hợp đồng. Còn giải hiệu chỉ chấm dứt hiệu lực của hợp đồng từ ngày giải hiệu⁵⁴⁶.

Hợp đồng tạo nên sự ràng buộc pháp lý bởi thoả thuận có hiệu lực pháp luật, nói đơn giản tức là sự thống nhất ý chí của các bên là một yếu tố, và pháp luật hỗ trợ nó là một yếu tố khác tác động lẫn nhau tạo lập nên sự ràng buộc pháp lý của hợp đồng, do đó hợp đồng cũng có thể bị giải hiệu bởi hai yếu tố đó. Bởi vậy hợp đồng có thể bị giải hiệu bởi các bên, và cũng có thể bị giải hiệu theo những điều kiện do pháp luật qui định. Hợp đồng có thể giải hiệu bởi một bên trong trường hợp hợp đồng mãn hạn hiệu lực hay hợp đồng dành quyền giải hiệu cho một bên.

⁵⁴⁵ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, pp. 122- 129

⁵⁴⁶ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 245

Pháp luật cũng có thể quy định quyền giải hiệu đơn phương. Việc thực hiện quyền đơn phương giải hiệu hợp đồng phải thiện chí, và đối với hợp đồng không xác định thời hạn thì phải thông báo trước cho bên kia trong một khoảng thời gian hợp lý. Toà án cũng có thể ra phán quyết giải hiệu hợp đồng, tuy nhiên cần hết sức cẩn trọng bởi đây là việc làm dễ gây ra sự xung đột với nguyên tắc hiệu lực bắt buộc của hợp đồng. Ngoài ra pháp luật có thể quy định những trường hợp giải hiệu cưỡng bức.

Hợp đồng chấm dứt bởi sự thực hiện

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 quy định ba nguyên tắc thực hiện hợp đồng: (1) Thực hiện đúng và đầy đủ hợp đồng; (2) thực hiện hợp đồng trung thực, hợp tác, có lợi và tin cậy; và (3) bảo đảm lợi ích của người khác (Điều 412). Thực hiện đúng và đầy đủ hợp đồng theo tinh thần của Bộ luật này là việc thực hiện vừa khít với những cam kết trong hợp đồng. Trường Đại học Luật Hà Nội luận giải rằng: Khi thực hiện hợp đồng dân sự, các bên tham gia hợp đồng phải thực hiện đúng, đầy đủ các điều khoản đã thoả thuận và phải tuân theo các quy định của pháp luật đối với từng loại hợp đồng cụ thể⁵⁴⁷. Như vậy nguyên tắc thực hiện đúng và đầy đủ hợp đồng theo Bộ luật Dân sự Việt Nam là một nguyên tắc rất nghiêm ngặt. Trong khi đó nguyên tắc thực hiện trung thực, hợp tác, có lợi và tin cậy lại đòi hỏi sự linh động trong việc thực hiện hợp đồng. Nguyên tắc bảo đảm lợi ích của người khác trong nhiều trường hợp cũng gây khó khăn cho việc thực hiện hợp đồng theo nguyên tắc thực hiện đúng và đầy đủ bởi nó đặt ra sự cấm đoán thực hiện hợp đồng gây ảnh hưởng tới lợi ích của xã hội, của nhà nước và của người khác. Nhưng nguyên tắc thực hiện đúng và đầy đủ theo Bộ luật này là quan trọng nhất và có liên quan trực tiếp tới vấn đề hiệu lực của hợp đồng, nên có lẽ vì thế mà “*Giáo trình luật dân sự Việt Nam*” của Trường Đại học Luật Hà Nội chỉ giới thiệu về nó với các sinh viên, còn không nói tới hai nguyên tắc sau.

⁵⁴⁷ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 113

Khác với nguyên tắc trên, pháp luật Hoa Kỳ đưa ra nguyên tắc thực hiện chủ yếu hay thực hiện cơ bản (substantial performance) đối với việc thực hiện hợp đồng, có nghĩa là không cần thiết thực hiện đến chi tiết cuối cùng của hợp đồng⁵⁴⁸. Việc xây dựng nguyên tắc này được giải thích là pháp luật cần phải thừa nhận con người luôn luôn không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình một cách hoàn hảo⁵⁴⁹. Cách thức tiếp cận này làm cho việc thực hiện hợp đồng khả thi hơn và bảo đảm cho các bên trong quan hệ hợp đồng đối xử với nhau thiện chí hơn, đồng thời dễ dàng hơn trong việc bảo đảm lợi ích của người thứ ba, tuy nhiên cần có các thẩm phán sáng suốt và công bằng. Vấn đề đặt ra là làm thế nào để xác định được phần chủ yếu hay phần cơ bản của hợp đồng đã được thực hiện. Robert W. Emerson, John W. Hardwick đưa gợi ý rằng cần phải xem xét tới các qui định chính của hợp đồng, và nếu chúng đã được thực hiện, thì hợp đồng được coi là đã được thực hiện cơ bản⁵⁵⁰. Với một cách thức tiếp cận khác về vấn đề này, A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin và Eric L. Richards lý giải: một số loại nghĩa vụ hợp đồng rất khó khăn trong việc thực hiện một cách hoàn hảo bởi tính chất của chúng và giới hạn của khả năng con người (như các dự án xây dựng, hợp đồng có tính nông nghiệp, hợp đồng có tính chất cá nhân hay nghề nghiệp...), do đó sự thực hiện có thể có khiếm khuyết nhỏ nhằm tới sự hoàn hảo; tuy nhiên chỉ được đặt vấn đề thực hiện cơ bản khi người thực hiện đã cố gắng một cách thành thật thực hiện hoàn hảo nhưng do thiếu khả năng hoặc do các yếu tố ngoài tầm kiểm soát của họ dẫn tới việc có khiếm khuyết nhỏ như vậy⁵⁵¹.

Tuy nhiên phải lưu ý rằng có những loại nghĩa vụ hợp đồng cần phải thực hiện hoàn hảo. Chẳng hạn như nghĩa vụ trả tiền và những nghĩa vụ khác do pháp

⁵⁴⁸ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, 122

⁵⁴⁹ Lawrence S. Clark, Robert J. Aalberts, Peter D. Kinder, *Law and Business- The Regulatory Environment*, Forth Edition, McGraw- Hill, Inc, 1994, p. 254

⁵⁵⁰ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, 122

⁵⁵¹ Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business*, Fourth edition, Irwin, USA, 1991, p. 234

luật hoặc hợp đồng qui định. Việc thực hiện hoàn hảo các nghĩa vụ này mới có thể đổi lại được đầy đủ sự thực hiện từ phía bên kia.

Về nguyên tắc chung Common Law cũng đòi hỏi việc thực hiện hợp đồng đúng và chính xác (*The genaral rule is that performance must be precise and exact*). Pháp luật Anh đã rút ra nguyên tắc này trong vụ *Cutter v. Powell* (1795): Bị đơn đã đồng ý trả cho Cutter 30 ghi- nê với điều kiện Cutter tiếp tục thực hiện nhiệm vụ thuyền phó như trên chặng đường từ Kingston, Jamaica tới Liverpool. Cutter bắt đầu chuyến đi và bị chết sau một tuần khởi hành từ Liverpool. Người quản lý của Cutter đòi một phần tiền lương mà Cutter đã được cam kết tương ứng với phần nhiệm vụ ông ta đã thực hiện. Toà án phán quyết người quản lý không thể được đáp ứng yêu cầu bởi Cutter đã không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng. Tuy nhiên trong thực tế nguyên tắc này cũng đã bị điều chỉnh theo hướng hạ thấp tiêu chuẩn⁵⁵².

Hợp đồng chấm dứt bởi sự vi phạm

Nguyên tắc thực hiện hợp đồng thực sự gây ảnh hưởng tới vấn đề chấm dứt hợp đồng bởi sự vi phạm. Trong quan hệ hợp đồng, nếu một bên không thực hiện chủ yếu hợp đồng (hay vi phạm cơ bản hợp đồng), thì hợp đồng có thể bị chấm dứt bởi bên kia. Tuy nhiên nếu hợp đồng được thực hiện chủ yếu thì coi như không có sự vi phạm cơ bản. Việc chấm dứt hợp đồng trong trường hợp này được xem như chế tài đối với vi phạm hợp đồng từ phía bên kia. Xuất phát từ nhận xét rằng hầu hết các hợp đồng đều là toàn thể (có nghĩa không thể phân chia), do đó nghĩa vụ của các bên phụ thuộc lẫn nhau, dẫn đến không bên nào có thể yêu cầu bên kia thực hiện trừ khi bản thân mình thực hiện hoặc sẵn sàng thực hiện⁵⁵³, cho nên trong những loại hợp đồng này việc tạm ngừng, đình chỉ hoặc huỷ bỏ hợp đồng từ một bên khi bên kia không thực hiện được xem như chế tài đối với việc

⁵⁵² Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, p. 144

⁵⁵³ Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, p. 144-145

không thực hiện từ phía bên kia. Song nếu vin vào chi tiết cuối cùng trong việc thực hiện hợp đồng của phía bên kia trong khi về cơ bản đã thực hiện để tạm ngừng, đình chỉ hay huỷ bỏ hợp đồng, thì sẽ đánh mất đi nguyên tắc thiện chí và làm nhẹ đi hiệu lực ràng buộc của hợp đồng.

Luật Thương mại Việt Nam 2005 có cách thức tiếp cận tương tự. Điều 293 của đạo luật này qui định: “Trừ trường hợp có thoả thuận khác, bên bị vi phạm không được áp dụng chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng hoặc huỷ bỏ hợp đồng đối với vi phạm không cơ bản”. Khác với cách thức tiếp cận này, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không có quan niệm về vi phạm cơ bản, mặc dù huỷ bỏ hợp đồng đã được đặt ra tại Điều 425 với nội dung như sau:

“1. Một bên có quyền huỷ bỏ hợp đồng và không phải bồi thường thiệt hại khi bên kia vi phạm hợp đồng là điều kiện huỷ bỏ mà các bên đã thoả thuận hoặc pháp luật có qui định.

2. Bên huỷ bỏ phải thông báo ngay cho bên kia biết về việc huỷ bỏ, nếu không thông báo mà gây thiệt hại thì phải bồi thường.

3. Khi hợp đồng bị huỷ bỏ thì hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết và các bên phải hoàn trả cho nhau tài sản đã nhận; nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì phải trả bằng tiền.

4. Bên có lỗi trong việc hợp đồng bị huỷ bỏ phải bồi thường thiệt hại”.

Như vậy hai điều luật nói về cùng một vấn đề được trích dẫn nêu trên trong hai đạo luật của Việt Nam cùng thông qua năm 2005 có sự khác biệt. Bởi vậy khi áp dụng cho các tranh chấp cụ thể cần phải phân biệt tranh chấp đó phát sinh từ hợp đồng dân sự hay hợp đồng thương mại.

Hợp đồng chấm dứt bởi sự vi phạm được dự đoán trước

Trong trường hợp hoàn cảnh cho thấy thông qua tuyên bố rõ ràng hoặc ngụ ý của một bên về việc không thể hoặc không thực hiện hợp đồng, thì đó là căn cứ chấm dứt hợp đồng. Trừ trường hợp được tuyên bố rõ ràng, căn cứ này phải được

xác định bởi hành vi dễ dàng nhận thấy và không mập mờ. Tuy nhiên luôn luôn cần lưu ý tới nguyên tắc trung thực, thiện chí trong việc xem xét căn cứ này.

Hợp đồng chấm dứt bởi sự thoả thuận của các bên

Hợp đồng có thể chấm dứt theo sự thoả thuận của các bên, tức là các bên cùng nhau thoả thuận chấm dứt hợp đồng vào một thời điểm nhất định. Căn cứ chấm dứt này còn được gọi là “hợp đồng bãi bỏ hợp đồng”⁵⁵⁴ mà đã nói ở trên như một trường hợp giải hiệu hợp đồng.

Việc chấm dứt đơn phương hợp đồng cũng đã được nghiên cứu ở trên như một trường hợp giải hiệu hợp đồng. Vấn đề này được dự liệu tại Điều 426, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005.

Hợp đồng chấm dứt bởi hiệu lực của pháp luật

Có thể chia các nguyên nhân chấm dứt hợp đồng ở đây thành hai loại chủ yếu. Một loại do hiệu lực đơn thuần của pháp luật. Một loại khác do hiệu lực của pháp luật tác động vào một sự kiện nhất định của chủ thể.

Trong phân loại thứ nhất có thể thấy trường hợp hợp đồng bị chấm dứt vì trở nên bất hợp pháp khi có các qui định pháp luật có hiệu lực được ban hành sau khi hợp đồng được giao kết. Một trường hợp khác thuộc phân loại này là hợp đồng không thể thực hiện được bởi các lý do: (1) Người thực hiện chết hoặc mất năng lực thực hiện; (2) đối tượng của hợp đồng bị tiêu huỷ; (3) hành động của chính quyền khiến việc thực hiện trở nên bất hợp pháp; và (4) bất khả kháng hoặc hoàn cảnh thay đổi. Ngoài ra còn trường hợp hợp đồng bị sửa đổi do đã tới một thời hạn nhất định.

Phân loại thứ hai dành cho trường hợp phá sản. Người bị án phá sản bị chấm dứt một số hợp đồng nhất định hoặc được giải phóng khỏi nghĩa vụ hợp đồng theo các qui định của pháp luật phá sản.

⁵⁵⁴ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, p. 125

Người ta thường xem xét tới hai học thuyết liên quan tới việc không thể thực hiện được hợp đồng có nguồn gốc từ Luật La Mã và từ Luật Giáo hội- Đó là học thuyết “Không thể thực hiện” (Impossibility), và học thuyết “Hoàn cảnh thay đổi” (Changed circumstances). Học thuyết không thể thực hiện xuất phát từ Luật La Mã⁵⁵⁵.

Bộ luật Dân sự của Cộng hoà Hồi Giáo Iran có các qui định về huỷ bỏ hợp đồng như sau:

“Điều 283

Sau khi hợp đồng đã được tạo lập, các bên có thể huỷ bỏ hoặc chấm dứt nó bởi thoả thuận chung.

Điều 284

Việc huỷ bỏ có thể được xác lập bởi bất kỳ tuyên bố miệng nào hoặc bởi hành động mà chỉ rõ sự huỷ bỏ đó.

Điều 285

Đối tượng của sự huỷ bỏ có thể là toàn bộ hoặc một phần đối tượng của hợp đồng.

Điều 286

Việc mất đối tượng của mua bán hoặc khoản đối ứng không ngăn cản việc huỷ bỏ hợp đồng. Trong trường hợp tương tự, một bản sao của một trong các đối tượng mà đã bị tiêu biến, nếu đối tượng này tình cờ có các bản sao hoặc có giá, nếu đối tượng đó tình cờ có thể định giá được, thì có thể được đưa ra thay thế.

Điều 287

Sự tăng thêm có thể tách ra được và hoa lợi dồn tích theo hợp đồng trong khoảng thời gian từ thời điểm hợp đồng được tạo lập tới thời điểm bị huỷ bỏ phải thuộc bên mà theo hợp đồng đã trở thành chủ sở hữu. Nhưng hoa lợi mà là một phần không thể tách rời của tài sản đã được đề cập theo hợp đồng thuộc về bên là chủ sở hữu của tài sản sau khi huỷ hợp đồng.

⁵⁵⁵ James Gordley, “Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, 2004, p. 153

Điều 288

Nếu chủ sở hữu của tài sản nào đó bởi hợp đồng cải tiến tài sản sau khi tạo lập hợp đồng để làm tăng giá trị, thì sự khác biệt trong giá trị thuộc về người này khi hợp đồng bị huỷ bỏ”.

Mục 9.3

Giải thích hợp đồng

Các giảng giải của Konrad Zeigert và Hein Koetz về khái niệm giải thích hợp đồng có thể được tóm gọn như sau: Qui trình thực hiện nhiệm vụ của thẩm phán xác định ý nghĩa mơ hồ hoặc không hoàn chỉnh của sự diễn đạt quyền lợi của các bên trong quan hệ hợp đồng được gọi là giải thích hợp đồng⁵⁵⁶.

Về mặt lý luận cũng như thực tiễn, hợp đồng được tạo lập bởi sự thống nhất ý chí của các bên và dựa trên cơ sở tự do ý chí. Vì vậy nó phải được pháp luật thừa nhận và cho thi hành. Do vậy về nguyên tắc, thẩm phán không thể tự ý sửa đổi hợp đồng. Tuy nhiên trong các tranh chấp về hợp đồng, thẩm phán phải giải thích hợp đồng để xác định quyền và nghĩa vụ cụ thể của các bên trong trường hợp hợp đồng qui định mập mờ, không rõ nghĩa, mâu thuẫn, chồng chéo hoặc không đầy đủ. Vì vậy giải thích hợp đồng có hai chức năng: (1) Làm rõ nghĩa của một sự diễn đạt nào đó của hợp đồng; và (2) bổ sung các thiếu sót của hợp đồng. Hai chức năng này liên quan tới hai loại đối tượng của hoạt động giải thích hợp đồng: *Một*, không rõ nghĩa; và *hai*, qui định thiếu hoàn chỉnh.

Có hai quan điểm trái ngược nhau về giải thích hợp đồng. Một quan điểm dựa trên nền tảng tự do ý chí để phát triển học thuyết giải thích hợp đồng theo ý chí thật. Một quan điểm khác dựa trên trật tự pháp lý nhằm bảo vệ quan hệ thương mại để phát triển học thuyết giải thích hợp đồng theo ý chí tuyên bố. Trong hai

⁵⁵⁶ Konrad Zweigert and Hein Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 400

học thuyết trên, một học thuyết chú ý tới tâm lý bên trong của chủ thể; còn học thuyết kia chú ý tới sự bộc lộ ra bên ngoài của ý chí. Tuy nhiên thực tiễn ngày nay khó có thể tìm thấy dạng thuần khiết của cả hai trường phái này⁵⁵⁷. Chẳng hạn: Hoa Kỳ trước kia theo đuổi học thuyết ý chí tuyên bố nay đã có những sự thay đổi nhất định; Unidroit đã cố gắng đưa ra sự kết hợp đáng lưu ý giữa hai học thuyết này trong Các Nguyên tắc của Unidroit về Hợp đồng Thương mại Quốc tế.

Ngoài hai học thuyết trên người ta còn phát triển một học thuyết mang tên “chống lại bên đề nghị” mà được diễn đạt bằng thuật ngữ “*contra proferentem*” (tiếng Anh: against the offeror) và được hiểu chung là “giải thích hợp đồng chống lại bên soạn thảo”, có nghĩa là việc giải thích hợp đồng theo hướng bất lợi cho bên soạn thảo hợp đồng⁵⁵⁸. Thực tế các bên trong quan hệ hợp đồng có thể có vị trí không ngang bằng nhau, chẳng hạn như trong hợp đồng gia nhập một bên yếu thế hơn không được tự do thương lượng với bên kia là người soạn thảo hợp đồng. Theo Nirm Goel, triết lý đứng đằng sau học thuyết này là: “một người không nên được thưởng bởi lỗi của họ”, do đó học thuyết này đặt chi phí cho sự tổn thất lên người có vị trí tốt nhất để tránh thiệt hại, tuy nhiên nó không cổ vũ cho việc giải thích hợp đồng gây ra sự vô lý và bất công bằng, mà chỉ khuyến khích sự rõ ràng, mạch lạc và không mập mờ của hợp đồng, đồng thời tránh những điều khoản ẩn dấu những nghĩa nào đó⁵⁵⁹.

Các Nguyên tắc của Unidroit về Hợp đồng Thương mại Quốc tế 2004 đưa ra các nguyên tắc lớn về giải thích hợp đồng như sau:

“Điều 4.1 (Ý chí của các bên)

1. Hợp đồng phải được giải thích phù hợp với ý chí chung của các bên.

⁵⁵⁷ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 401

⁵⁵⁸ Wikipedia, the free encyclopedia, *Contra proferentem*, [http://en.wikipedia.org/wiki/Contra_proferentem], 6/11/2013

⁵⁵⁹ Nirm Goel, *Doctrine of Contra- Proferentem in Contracts Management*, Indian Institute of Arbitration and Mediation Magazine “The Indian Arbitrator”, January 2011 issue

2. Nếu một ý chí như vậy không thể được thiết lập, thì hợp đồng phải được giải thích phù hợp với nghĩa mà những người bình thường (reasonable persons) cùng hạng như các bên phải tuyên bố như vậy trong cùng những hoàn cảnh.

Điều 4.2 (*Giải thích các tuyên bố và hành vi khác*)

1. Các tuyên bố và hành vi khác của một bên được giải thích phù hợp với ý chí của bên đó nếu bên kia đã biết hoặc không thể không biết về ý chí đó.

2. Nếu khoản trước không thể áp dụng, thì các tuyên bố và hành vi khác phải được giải thích phù hợp với nghĩa mà một người bình thường cùng hạng như bên kia cũng hiểu như vậy trong cùng hoàn cảnh.

Điều 4.3 (*Những tình tiết liên quan*)

Trong khi áp dụng Điều 4.1 và Điều 4.2 phải chú ý tới tất cả các tình tiết, bao gồm:

- a) Các đàm phán trước đó giữa các bên;
- b) Các thói quen mà các bên đã thiết lập với nhau;
- c) Hành vi của các bên xảy ra sau khi giao kết hợp đồng;
- d) Bản chất và mục đích của hợp đồng;
- e) Nghĩa được hiểu thông thường về các điều kiện và từ ngữ trong lĩnh vực thương mại liên quan;
- f) Các tập quán”.

Các nguyên tắc giải thích hợp đồng nêu trên của Unidroit cho thấy ở đó có sự kết hợp giữa hai nguyên tắc nền tảng của luật tư là nguyên tắc tự do ý chí và nguyên tắc thiện chí, và có sự kết hợp giữa các học thuyết về giải thích hợp đồng. Các nguyên tắc giải thích hợp đồng này dựa trên học thuyết ý chí thật, tuy nhiên vẫn có hình bóng khá rõ nét của truyền thống Common Law liên quan tới việc so sánh cách hiểu hợp đồng cần giải thích với cách hiểu của những người bình thường cùng hạng và trong cùng hoàn cảnh đối với việc giải thích một hợp đồng cụ thể. Các điểm từ “a” đến “f” của Điều 4.3 nêu trên sắp xếp theo một trật tự liên quan tới thứ tự ưu tiên: (1) Những gì thuộc hoặc gần gũi với hợp đồng cần được giải thích được sắp xếp trước (có nghĩa là được ưu tiên xem xét trước); và (2)

những gì thuộc về các qui định tắc áp dụng chung cho tất cả các hợp đồng được sắp xếp sau. Cách thức tư duy này không khác với quan niệm về luật tư của truyền thống Civil Law, có nghĩa là, liên quan tới hợp đồng, luật tư chỉ có tính chất giải thích cho ý chí của các bên trong trường hợp họ không qui định hoặc qui định không rõ nghĩa hoặc mập mờ. Khi luận giải về vấn đề giải thích hợp đồng theo truyền thống của Pháp, Vũ Văn Mẫu trước hết nêu ra nguyên tắc đi tìm ý chí thực của các đương sự, và sau đó trong trường hợp không thể tìm kiếm được ý chí thực của các bên thì phải giải thích hợp đồng theo lẽ công bằng, theo tập quán hay theo pháp luật phù hợp với các qui định tại Điều 1135 của Bộ luật Dân sự Pháp 1804 hay Điều 675 của Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931 hay Điều 716 của Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936⁵⁶⁰.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 có hai điều khoản nói tới giải thích hợp đồng ở hai tầng nấc khác nhau trong kết cấu của nó. Điều 126 của Bộ luật này nói về các nguyên tắc tổng quát của giải thích hành vi pháp lý nói chung và hợp đồng nói riêng với nội dung như sau:

“Trong trường hợp giao dịch dân sự có thể được hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau thì việc giải thích giao dịch dân sự đó được thực hiện theo thứ tự sau đây:

- a) Theo ý muốn đích thực của các bên khi xác lập giao dịch;
- b) Theo nghĩa phù hợp với mục đích của giao dịch;
- c) Theo tập quán nơi giao dịch được xác lập”.

Điều 409, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 qui định riêng cho vấn đề giải thích hợp đồng. Nội dung của Điều này như sau:

“1. Khi hợp đồng có điều khoản không rõ ràng thì không chỉ dựa vào ngôn từ của hợp đồng mà còn phải căn cứ vào ý chí chung của các bên để giải thích điều khoản đó.

2. Khi một điều khoản của hợp đồng có thể được hiểu theo nhiều nghĩa thì phải chọn nghĩa nào làm cho điều khoản đó khi thực hiện có lợi nhất cho các bên.

⁵⁶⁰ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 260- 267

3. Khi hợp đồng có ngôn từ có thể hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau thì phải giải thích theo nghĩa phù hợp nhất với tính chất của hợp đồng.

4. Khi hợp đồng có điều khoản hoặc ngôn từ khó hiểu thì phải được giải thích theo tập quán tại địa điểm giao kết hợp đồng.

5. Khi hợp đồng thiếu một số điều khoản thì có thể bổ sung theo tập quán đối với loại hợp đồng đó tại địa điểm giao kết hợp đồng.

6. Các điều khoản trong hợp đồng phải được giải thích trong mối liên hệ với nhau, sao cho ý nghĩa của các điều khoản đó phù hợp với toàn bộ nội dung hợp đồng.

7. Trong trường hợp có sự mâu thuẫn giữa ý chí chung của các bên với ngôn từ sử dụng trong hợp đồng thì ý chí chung của các bên được dùng để giải thích hợp đồng.

8. Trong trường hợp bên mạnh thế đưa vào hợp đồng nội dung bất lợi cho bên yếu thế thì khi giải thích hợp đồng phải theo hướng có lợi cho bên yếu thế”.

Theo tính hệ thống, Điều 126, khoản 1 của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 bao gồm các nguyên tắc và qui tắc giải thích hợp đồng với tính cách là cái chung. Còn các nguyên tắc và qui tắc giải thích hợp đồng nói tại Điều 409 của Bộ luật này với tính cách là cái riêng, cái đặc thù. Tuy nhiên hai điều luật này ngược hẳn nhau về nền tảng học thuyết. Điều 126 xuất phát từ học thuyết ý chí thật. Còn Điều 409 có xuất phát điểm từ học thuyết ý chí tuyên bố, nhưng có sự trộn lẫn phần nào đó giữa hai học thuyết này. Sự mâu thuẫn này gây khó khăn cho việc áp dụng luật. Điều 409 có ưu điểm ở hai phương diện: *Thứ nhất*, điều luật này phản ánh quan điểm kết hợp các học thuyết trong việc giải thích hợp đồng; và *thứ hai*, nó đã có các chỉ dẫn cụ thể cho việc giải thích hợp đồng trong một số trường hợp. Tình huống sau đây có thể nói lên phần nào những ưu và nhược điểm của hai điều luật vừa dẫn của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005:

Đại Lợi là một công ty có quốc tịch Việt Nam, ký kết với một công ty nước ngoài mang tên Hung Liu một hợp đồng bằng văn bản có trị giá rất lớn. Trong bản hợp đồng qui định rõ luật áp dụng là luật Việt Nam. Hợp đồng được viết thành 04

bản gồm 02 bản tiếng Anh và 02 bản tiếng Việt, trong đó qui định các bản tiếng Anh và các bản tiếng Việt có giá trị pháp lý như nhau. Mỗi bên giữ một bản tiếng Việt và một bản tiếng Anh. Tuy nhiên, trong bản hợp đồng không qui định bản hợp đồng bằng tiếng nước nào được sử dụng để giải quyết tranh chấp. Biết rằng hợp đồng được đàm phán và ký kết tại Việt Nam. Trong bản hợp đồng qui định rõ toà án giải quyết tranh chấp là toà án Việt Nam. Thực hiện hợp đồng này được một thời gian, tranh chấp xảy ra giữa hai bên. Lúc đó xem lại hợp đồng, hai bên phát hiện ra các bản tiếng Anh có khác biệt rất rõ rệt về mặt nội dung (thời hạn thực hiện nghĩa vụ của bên nước ngoài) với các bản tiếng Việt. Bên Việt Nam viện dẫn bản tiếng Việt, nên cho rằng bên nước ngoài vi phạm nghĩa vụ. Bên nước ngoài viện dẫn bản tiếng Anh, nên cho rằng mình không vi phạm nghĩa vụ. Nếu đối chiếu với bản hợp đồng bằng tiếng Việt, bên Việt Nam đúng. Nhưng nếu đối chiếu với bản tiếng Anh, bên nước ngoài đúng. Hai bên bất đồng sâu sắc.

Tình huống này cho thấy cần phải giải thích hợp đồng. Việc giải thích ở đây không đơn thuần là làm rõ về nội dung hay câu chữ trong hợp đồng, mà là làm rõ ý chí của các bên được thể hiện ra bên ngoài chủ yếu bằng ngôn ngữ nào để từ đó xác định bản văn nào của hợp đồng được sử dụng trong việc giải quyết tranh chấp. Như vậy ngoài các nguyên tắc và qui tắc của pháp luật được áp dụng để giải thích hợp đồng, phương pháp hay cách thức giải thích hay tiếp cận giải thích trở nên rất quan trọng. Vấn đề gay cần ở chỗ: Điểm pháp lý mấu chốt là hợp đồng này được thể hiện bằng hai ngôn ngữ khác nhau, nhưng không qui định bản văn bằng ngôn ngữ nào là bản văn được sử dụng để giải quyết tranh chấp. Việc thiếu một điều khoản có thể dẫn tới việc áp dụng khoản 5 của Điều 409 nói trên, có nghĩa là nó phải được bổ sung bởi tập quán tại nơi giao kết hợp đồng. Thế nhưng không thể tìm thấy một tập quán nào tại Việt Nam liên quan tới việc ưu tiên lựa chọn ngôn ngữ nào. Giả định rằng có một tập quán như vậy thì tập quán đó chưa chắc đã được áp dụng bởi chống lại trật tự công cộng do vi phạm nguyên tắc bình đẳng giữa các dân tộc. Nếu phải tìm giải pháp tại khoản 1, Điều 126 của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, thì lại mắc phải một vấn đề lớn là điều khoản này chỉ đề cập tới

một chức năng của giải thích hợp đồng là “làm rõ nghĩa của một sự diễn đạt nào đó của hợp đồng”, chứ không hề đề cập tới chức năng “bổ sung các thiếu sót của hợp đồng” bởi điều khoản này diễn đạt rành mạch rằng “Trong trường hợp giao dịch dân sự có thể được hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau thì việc giải thích giao dịch dân sự đó được thực hiện theo thứ tự sau đây:...”.

Giải thích được hợp đồng theo tình huống nêu trên cần phải nhờ cậy tới vấn đề tiền hợp đồng, vấn đề cử chỉ của các bên sau khi hợp đồng đã được giao kết theo tinh thần của điểm a và điểm c, Điều 4.3 của Các Nguyên tắc của Unidroit về Hợp đồng Thương mại Quốc tế 2004.

Các tác giả A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin và Eric L. Richards đã nhắc nhở:

“Có hai vấn đề mà bạn nên giữ trong đầu khi nghiên cứu về hợp đồng. Thứ nhất là toà án không tin tưởng vào những gì mà các bên nói họ thực sự có ý định (chủ quan). Điều này có thể không bao giờ được biết, và, sau khi một tranh chấp đã phát sinh, những tuyên bố như vậy thường không đáng tin cậy. Thay vào đó toà án xem xét ý chí khách quan của các bên. Liệu một người bình thường (reasonable person) đã biết tất cả những hoàn cảnh xung quanh thoả thuận đó có tin rằng các bên có ý định giao kết một hợp đồng?”⁵⁶¹.

Quan niệm này cho thấy sự khó khăn thực sự của việc tìm kiếm ý chí thực. Do đó việc tìm kiếm ý chí thực là vấn đề có tính cách lý tưởng. Nó định hướng cho việc kết hợp giữa các quan điểm và các cách thức khác nhau trong nỗ lực giải thích hợp đồng.

Cách thức qui định hay cách diễn đạt các nguyên tắc và qui tắc giải thích hợp đồng có thể trừu tượng hoặc rất cụ thể, tuy nhiên đều có xuất phát điểm từ một học thuyết giải thích hợp đồng nhất định. Chẳng hạn Bộ luật Dân sự của Cộng hòa Hồi Giáo Iran có các qui định như sau về nguyên tắc giải thích hợp đồng:

“Điều 223

⁵⁶¹ A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business*, Fourth edition, Irwin, USA, 1991, p. 119

Bất kỳ hợp đồng nào đã được giao kết đều được hiểu là chân thực trừ khi chứng minh được tính chất sai trái.

Điều 224

Từ ngữ của hợp đồng phải được giải thích phù hợp với nghĩa được hiểu bởi tập quán pháp.

Điều 225

Nếu một số điểm trong hợp đồng được giải thích thông thường bởi tập quán pháp hoặc thực tiễn mà không được qui định, thì đương nhiên được xem như hợp đồng đã qui định”.

Còn một vấn đề lớn nữa liên quan tới giải thích hợp đồng: đó là xem việc giải thích hợp đồng là sự kiện hay vấn đề pháp lý. Việc xác định đó ảnh hưởng tới nhiệm vụ của các tòa án cấp trên xem xét tới việc áp dụng luật.

Thẩm phán khi giải thích hợp đồng, theo án lệ của Pháp, có các hạn chế trong việc định danh sai hợp đồng, trong việc lạm dụng giải thích hợp đồng để làm sai lệch hẳn với ý chí của các bên giao kết hợp đồng và trong việc kiểm soát giải thích các điều khoản của hợp đồng gia nhập mà pháp luật ấn định⁵⁶².

Mục 9.4

Hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba

Chế định đại diện và chế định hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba được lý giải trong vấn đề hiệu lực của hợp đồng. Đối với đại diện thì người được đại diện xét về mọi khía cạnh đều là một bên trong quan hệ hợp đồng do người đại diện thiết lập; và người đại diện chỉ hành động như là một phương tiện của người được đại diện và không có quan hệ với hiệu lực của hợp đồng. Còn đối với hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba thì người thứ ba chỉ có quyền yêu cầu thực hiện và không

⁵⁶² Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 267- 269

trở thành một bên của hợp đồng mà đã được giao kết và có hiệu lực giữa người cam kết và người nhận cam kết⁵⁶³.

Hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba là một ngoại lệ của hiệu lực tương đối của hợp đồng. Người ta còn có thể gọi hợp đồng này là hợp đồng vì người thứ ba hay giao kết hợp đồng cho người thứ ba hay cầu ước cho tha nhân. Theo Vũ Văn Mẫu, sự giao kết hợp đồng vì người thứ ba có hiệu lực khi hai bên giao kết hợp đồng thỏa thuận với nhau trong hợp đồng tạo ra một quyền lợi cho người thứ ba, hay nói cách khác, một bên giao kết có thể đảm nhận một nghĩa vụ đối với người thứ ba không liên quan gì tới hợp đồng ấy, mà cũng không được đại diện trong hợp đồng ấy⁵⁶⁴.

Hợp đồng được giao kết vì lợi ích của người thứ ba có các điều kiện riêng biệt. *Thứ nhất*, trong mối quan hệ giữa hai bên giao kết hợp đồng, phải có một bên trao quyền lợi của mình theo hợp đồng cho một người khác không tham gia giao kết (người thứ ba), và bên kia cam kết thực hiện một nghĩa vụ nào đó cho người thứ ba. *Thứ hai*, người thứ hai được hưởng các lợi ích trong phạm vi các điều kiện do hợp đồng qui định. *Thứ ba*, người thứ ba phải là một người xác định, tuy nhiên không cần thiết tồn tại vào thời điểm giao kết hợp đồng, nhưng phải tồn tại vào thời điểm có hiệu lực của sự thực hiện hợp đồng vì lợi ích của họ. Người thứ ba không phải là bên giao kết hợp đồng. Do đó quyền lợi được hợp đồng xác lập cho họ nằm ngoài ý chí của họ. Vì vậy họ chỉ có thể được hưởng quyền lợi như vậy khi chấp nhận quyền lợi. Cho tới khi quyền lợi được chấp nhận, các bên giao kết hợp đồng có thể rút lại sự cam kết của mình. Sự chấp nhận của người thứ ba có thể là rõ ràng hoặc mặc nhiên⁵⁶⁵. Các Nguyên tắc của Unidroit về Hợp đồng Thương mại Quốc tế 2004 có các qui định về vấn đề này như sau:

“Điều 5.2.5 (Hủy bỏ)

⁵⁶³ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civil Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 46

⁵⁶⁴ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr.290

⁵⁶⁵ Nguyễn Mạnh Bách, *Nghĩa vụ dân sự trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1998, tr. 68- 70

Các bên trong hợp đồng có thể thay đổi hoặc hủy bỏ các quyền được tạo cho người hưởng lợi, trừ khi người này đã chấp nhận các quyền này và theo đó, đã hành động một cách hợp lý.

Điều 5.2.6 (*Từ bỏ quyền*)

Người hưởng lợi được phép từ bỏ quyền”.

Việc tạo lập quyền lợi cho người thứ ba có thể rõ ràng hay ngầm hiểu thông qua hợp đồng giao kết giữa các bên. Quyền lợi mà người thứ ba được hưởng bao gồm cả quyền loại trừ hay hạn chế trách nhiệm được qui định trong hợp đồng. Vì là một quyền phát sinh bởi ý chí của những người giao kết hợp đồng dành cho, nên người có nghĩa vụ có thể chống lại người thứ ba bằng mọi biện pháp như có thể được sử dụng để chống lại bên có quyền (Điều 5.2.4 Các Nguyên tắc của Unidroit về Hợp đồng Thương mại Quốc tế 2004).

Trong mục qui định về thực hiện hợp đồng dân sự của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, vấn đề hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba cũng được xem xét cụ thể. Theo Bộ luật này “Hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba là hợp đồng mà các bên giao kết hợp đồng đều phải thực hiện nghĩa vụ và người thứ ba được hưởng lợi ích từ việc thực hiện nghĩa vụ đó” (Điều 406, khoản 5). Tuy nhiên có thể hiểu đây không phải là một loại hợp đồng mà là một trường hợp ngoại lệ của hiệu lực tương đối của hợp đồng. Trong quan hệ hợp đồng này, theo pháp luật Việt Nam hiện hành, người thứ ba có quyền: (1) Yêu cầu trực tiếp người có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ đối với mình; và (2) nhận hoặc từ chối lợi ích của mình từ hợp đồng. Tuy nhiên người thứ ba không có quyền yêu cầu thực hiện hợp đồng trong trường hợp các bên giao kết hợp đồng tranh chấp về việc thực hiện hợp đồng cho đến khi tranh chấp được giải quyết (Điều 419, 420 và 421, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005). Các qui định của pháp luật Việt Nam hiện hành về hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba còn được tìm thấy khá cụ thể trong các đạo luật về bảo hiểm, về vận chuyển...

Mục 9.5

Chế tài đối với vi phạm hợp đồng

1. Các loại chế tài đối với vi phạm hợp đồng

Trong nghĩa vụ hợp đồng, nếu một bên không tự nguyện thực hiện, thì tổ quyền đối với vi phạm nghĩa vụ là cần thiết; và pháp luật cần dự liệu các chế tài khác nhau để trái chủ tìm kiếm sự cưỡng bức thi hành nghĩa vụ. Đây là một lĩnh vực quan trọng của hiệu lực nghĩa vụ⁵⁶⁶.

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã xác lập nguyên tắc: “Bên có nghĩa vụ mà không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì phải chịu trách nhiệm dân sự đối với bên có quyền” (Điều 302, khoản 1). Hậu quả bất lợi mà người thụ trái phải gánh chịu nếu vi phạm nghĩa vụ theo Bộ luật này có thể được chia thành hai loại là: (1) buộc thực hiện đúng nghĩa vụ; và (2) bồi thường thiệt hại. Điều kiện tổng quát để áp dụng chế tài thứ nhất là có sự vi phạm nhưng chưa gây thiệt hại. Điều kiện tổng quát để áp dụng chế tài thứ hai là có sự vi phạm và gây thiệt hại cho trái chủ.

Mặc dù đưa ra tên gọi không chuẩn xác nói chung về các chế tài nói tới trong đó, nhưng Luật Thương mại Việt Nam 2005 đã xác định sáu “chế tài trong thương mại”, bao gồm: (1) Buộc thực hiện đúng hợp đồng; (2) phạt vi phạm; (3) buộc bồi thường thiệt hại; (4) tạm ngừng thực hiện hợp đồng; (5) đình chỉ thực hiện hợp đồng; và (6) huỷ bỏ hợp đồng (Điều 292). Thực chất các chế tài này là các chế tài đối với vi phạm hợp đồng. Có thể hiểu luật thương mại là một ngành luật tư điều chỉnh mối quan hệ giữa các thương nhân hay hành vi thương mại. Dù hợp đồng là trọng yếu của luật thương mại, nhưng luật thương mại có nhiều chế định khác nhau và gồm cả các hành vi pháp lý đơn phương. Vì vậy chế tài trong thương mại không chỉ dừng lại ở các chế tài đối với vi phạm hợp đồng, mà còn có nhiều loại chế tài khác, chẳng hạn như: vô hiệu hoá các công ty không đủ tiêu

⁵⁶⁶ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, p. 468

chuẩn, vô hiệu hoá các hành vi tẩu tán tài sản trong thời kỳ phá sản... Có lẽ nhà làm luật Việt Nam quan niệm luật thương mại chỉ điều tiết các hành vi mua bán hàng hoá và các dịch vụ liên quan, nên chỉ xác định “chế tài trong hoạt động thương mại” như vậy. Điều đáng nói hơn trong hoạt động đào tạo, “*Giáo trình luật thương mại*” của Trường Đại học Luật Hà Nội đã rất lúng túng khi thiết kế vài trang sách nói về “chế tài trong hoạt động thương mại” tại chương nói về pháp luật mua bán hàng hoá⁵⁶⁷.

Chế tài là một đặc trưng cơ bản của pháp luật. Nó là một phương tiện để thi hành quyền hoặc ngăn cản việc vi phạm quyền hay khắc phục các hậu quả của sự vi phạm quyền. Trong quan hệ hợp đồng, chế tài được hiểu là các quyền trao cho một bên bởi pháp luật hoặc bởi hợp đồng mà bên được trao quyền có thể thi hành đối với sự vi phạm bởi bên đối ước kia⁵⁶⁸. D. M. Walker đưa ra định nghĩa: “Chế tài là quyền pháp lý được pháp luật cho phép hoặc trao cho người bị vi phạm khi có việc vi phạm quyền pháp lý thuộc về người này, trong chừng mực có thể để thiết lập quyền về những gì mà bên khác đã không thực hiện hay đã thực hiện một cách sai trái”⁵⁶⁹. Do đó xác định chế tài và các điều kiện áp dụng nó là một vấn đề lớn của công tác lý luận, xây dựng pháp luật và các hoạt động thực tiễn pháp lý. Trong hệ thống pháp luật nước ta hiện nay, việc xác định các chế tài trong lĩnh vực luật tư và điều kiện áp dụng chúng có hạn chế, nhất là trong điều kiện của nền kinh tế thị trường.

Trước tiên cần khảo sát kinh nghiệm của các nước có nền kinh tế thị trường phát triển hay kinh nghiệm của hai truyền thống pháp luật lớn nhất thế giới hiện nay là Civil Law và Common Law mà đã gây ảnh hưởng tới hầu hết các nền tài phán.

⁵⁶⁷ Trường đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật thương mại, Tập II*, Tái bản lần thứ hai, Nxb Công an Nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 53- 60

⁵⁶⁸ *Deluxe Black's Law Dictionary*, West Publishing Co, 1990, p. 1294

⁵⁶⁹ Michael Tilbury, Michael Noone, Bruce Kercher, *Remedies- Commentary and Materials*, The Law Book Company Limited, Canada, USA, Hongkong, New Zealand, Pakistan, Singapore, Malaysia, Brunei, United Kingdom, 1988, p. 1

Tiếp cận vấn đề một cách logic, Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead (các luật gia thuộc Common Law) dẫn dắt: luật hợp đồng liên quan tới các thoả thuận bị cưỡng bức, do đó xuất hiện vấn đề là sự cưỡng bức đó là gì. Theo các ông, sự cưỡng bức có nghĩa là một trong các bên của hợp đồng sai trái trong việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, thì toà án, theo yêu cầu của bên bị vi phạm, phải áp đặt các điều kiện đối với bên vi phạm, và các điều kiện này có mục đích đưa ra một chế tài mà không phải là một hình phạt đối với bên vi phạm. Và đúng với Common Law các ông khẳng định: Không giống với luật hình sự, luật hợp đồng thiết kế các chế tài để bồi thường chứ không phải để phạt⁵⁷⁰.

Trong các giai đoạn phát triển về sau này của Common Law, việc vi phạm hợp đồng được giải quyết trên cơ sở của hai *Writs* căn bản. Đó là “*Writ of general assumpsit*” và “*Writ of special assumpsit*” mà có thể tạm dịch là “tổ quyền vi phạm hợp đồng tổng quát” và “tổ quyền vi phạm hợp đồng đặc biệt”. Người Anh có câu “không có tổ quyền, thì không có chế tài” (no writ, no remedy). Do đó hai tổ quyền căn bản trên dẫn tới hai loại chế tài căn bản sau:

Thứ nhất, tổ quyền vi phạm hợp đồng tổng quát áp dụng trong trường hợp nguyên đơn đã thực hiện đầy đủ hay một phần có thể tách bạch được của nghĩa vụ hợp đồng của mình và đã có thoả thuận chuyển đổi việc thực hiện nghĩa vụ bằng việc chi trả một khoản tiền. Chế tài ở đây là sự bồi thường tới mức giá đã thoả thuận. Nếu không có mức giá thoả thuận, thì những chi phí hợp lý về lao động hoặc dịch vụ mà nguyên đơn đã bỏ ra hoặc tài sản mà nguyên đơn đã chuyển giao cho bị đơn được tính đến.

Thứ hai, tổ quyền vi phạm hợp đồng đặc biệt áp dụng trong trường hợp bị đơn vi phạm hợp đồng trước khi nguyên đơn thực hiện đầy đủ hợp đồng. Chế tài ở đây là nguyên đơn không được phép đòi bồi thường theo giá thoả thuận mà chỉ được bồi thường những khoản thiệt hại về tiền (nếu có) mà nguyên đơn phải gánh chịu.

⁵⁷⁰ Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law*, Made Simple Books, London, 1985, p. 156

Các trường hợp này được lập luận rằng quyền hợp đồng của nguyên đơn là khởi thủy mà bị vi phạm bởi bị đơn, do đó bị chấm dứt, và để thay thế, pháp luật cho nguyên đơn quyền thứ hai. Pháp luật về chế tài (the law of remedies) xác định phạm vi của những quyền thứ hai này⁵⁷¹. Jhering đưa ra ý tưởng trái chủ có hai lợi ích khác biệt nhau trong hợp đồng: (1) Lợi ích dương (positive interest) là lợi ích của trái chủ khi hợp đồng được thực hiện đầy đủ và là sự khác biệt giữa vị trí của trái chủ nhẽ ra được hưởng nếu người thụ trái đã không thực hiện sai hoặc không vi phạm sự thực hiện, do đó khoản bồi thường do vi phạm hợp đồng tương ứng với lợi ích tích cực; (2) Lợi ích âm (negative interest) là sự khác biệt giữa vị trí của trái chủ nhẽ ra được hưởng nếu không bao giờ đàm phán hoặc giao kết hợp đồng với người thụ trái đáng chẻ trách, do đó chỉ được mở rộng tới các chi phí và mất mát mà trái chủ phải gánh chịu như hậu quả của sự tin cậy của anh ta và vì vậy là sự bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng⁵⁷².

Ngày nay, Bộ luật Thương mại Nhất thể của Hoa Kỳ (UCC) vẫn ghi nhận sự phân biệt này.

Theo pháp luật Hoa Kỳ, chức năng đầu tiên của chế tài đối với vi phạm hợp đồng là đặt bên phạm vi vào tình trạng kinh tế giống như tình trạng mà nhẽ ra người này phải có, nếu hợp đồng được thực hiện một cách đầy đủ⁵⁷³. Chế tài theo Common Law bao gồm: bồi thường (damages) và bồi hoàn (restitution). Chế tài theo equity bao gồm: buộc thực hiện hợp đồng (specific performance) và mệnh lệnh của toà án (injunction).

Bồi thường được chia thành hai loại: bồi thường có tính chất đền bù (compensatory damages) và bồi thường không có tính chất đền bù (non-compensatory damages). Khi việc vi phạm hợp đồng mà gây ra thiệt hại có thể xác định được thì toà án áp dụng chế tài bồi thường có tính chất đền bù bằng việc

⁵⁷¹ John D. Calamari & Joseph M. Perillo (1987), *The Law of Contracts*, West Publishing Co, St. Paul, Minn, p. 587

⁵⁷² Nadia E. Nedzel, *A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability*, Tulane European & Civil Law Forum, Vol. 12, 1997, p. 146

⁵⁷³ Jane M. Friedman, *Contract remedies*, West Publishing Co, 1981, p.2; Bradford Stone, *Uniform Commercial Code*, Third Edition, ST. Paul, Minn. West Publishing Co., 1989, p. 116

quyết định bồi thường cho nguyên đơn một khoản tiền bù đắp đầy đủ sự thiệt hại. Bồi thường không có tính chất đền bù được chia thành hai loại: bồi thường không đáng kể (nominal damages) áp dụng cho trường hợp bên bị vi phạm không có thiệt hại với một khoản bồi thường vài cents hoặc một dollar để xác nhận sự vi phạm hợp đồng; và bồi thường có tính chất phạt (punitive damage) chỉ áp dụng để trừng phạt những hành động ác tâm hoặc những vi phạm hợp đồng có kèm theo hành vi tort nhằm ngăn ngừa những hành vi này trong tương lai.

Bồi hoàn là chế tài áp dụng cho các quan hệ chuẩn hợp đồng (quasi-contractual circumstances), đặc lợi không có căn cứ và hợp đồng vô hiệu...

Chế tài theo equity ngày nay chỉ là một vấn đề tố tụng có tính cách kỹ thuật (a matter of technical procedurre)⁵⁷⁴. Buộc thực hiện hợp đồng chỉ được áp dụng nếu chế tài bồi thường bằng tiền không bù đắp được đầy đủ thiệt hại của bên bị vi phạm hợp đồng. Có hai loại trường hợp có thể được tính đến để áp dụng chế tài này là: đối tượng của hợp đồng là vật duy nhất hay là bất động sản. Còn mệnh lệnh của toà án là chế tài buộc một bên phải làm hoặc không làm một việc nào đó. Ví dụ toà án có thể cấm vi phạm hợp đồng (khi việc vi phạm chưa xảy ra), nếu việc vi phạm trong tương lai đe dọa xảy ra một tổn thất không thể bù đắp được.

Đối với Civil Law, lý thuyết về hiệu lực của nghĩa vụ cho thấy các chế tài mà trái chủ theo đuổi để buộc người thụ trái phải thi hành nghĩa vụ, khi người thụ trái không tự nguyện, là một lĩnh vực quan trọng. Khác với Common Law có sự phân biệt giữa luật hợp đồng (law of contract) và luật về vi phạm (law of tort), Civil Law quan niệm vi phạm hợp đồng là một nguyên nhân phát sinh ra nghĩa vụ khác với hợp đồng.

Chế tài áp dụng cho vi phạm hợp đồng thông thường là bồi thường bằng tiền và buộc thực hiện hợp đồng. Chế tài buộc thực hiện hợp đồng có nghĩa là người thụ trái bị cưỡng bức thi hành các cam kết bằng chi phí của mình, nhưng rất

⁵⁷⁴ Robert W. Emerson & John W. Hardwicke, *Business Law*, Third edition, Barron's educational series, INC, 1997, p.134

ít được áp dụng⁵⁷⁵. Buộc thực hiện hợp đồng còn được gọi là bồi thường cùng loại (reparation in kind hoặc compensation in kind), có nghĩa là người thụ trái bị trói buộc thực hiện đối tượng đã được ấn định. Tuy nhiên pháp luật cũng cho phép cách thức thi hành nghĩa vụ khác- đó là trái chủ thi hành nghĩa vụ bằng chi phí của người thụ trái, có nghĩa là sau sự thi hành đó có quyền đòi hỏi việc chi trả bằng tiền từ phía người thụ trái. Trong trường hợp không thể thực hiện được bồi thường cùng loại, pháp luật dự liệu sự thay thế bằng một khoản tiền.

Về vấn đề này, Bộ luật Dân sự Đức 1900 qui định:

“Một người có nghĩa vụ bồi thường phải khôi phục lại tình trạng mà nhẽ ra phải tồn tại nếu sự kiện làm cho anh ta phải chịu trách nhiệm bồi thường không xảy ra. Nếu việc bồi thường được yêu cầu lập ra đối với thương tổn về người hay hư hỏng với vật, thì trái chủ có thể đòi hỏi thay thế bồi thường cùng loại bằng một khoản tiền cần thiết cho sự bồi thường đó” (Điều 249).

Tiếp theo Điều luật này, Bộ luật Dân sự Đức 1900 đã dự liệu một số trường hợp liên quan tại Điều 250 và Điều 251. Trái chủ có quyền ấn định một khoảng thời gian hợp lý cho việc bồi hoàn của người có trách nhiệm bồi thường với việc tuyên bố sau khi hết thời hạn đó sẽ từ chối việc tiếp nhận việc bồi hoàn. Nếu người thụ trái không thực hiện việc bồi hoàn đúng hạn, thì trái chủ có thể yêu cầu một khoản bồi thường bằng tiền. Trong chừng mực bồi thường cùng loại là không thể hoặc không đầy đủ, thì người chịu trách nhiệm phải bồi thường bằng tiền. Người chịu trách nhiệm cũng có thể bồi thường bằng tiền nếu bồi thường cùng loại có thể chỉ lên tới các chi phí tương xứng. Các chi phí chăm sóc một con vật bị thương là không tương xứng nếu các chi phí đó đã thực sự vượt quá giá trị của con vật.

Những cách thức thi hành nghĩa vụ này cũng được Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 tiếp nhận, nhưng thiếu chi tiết hơn và cũng thiếu cơ sở lý luận hơn. Điều 303 của Bộ luật này qui định:

⁵⁷⁵ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, pp.469- 479.

“1. Khi bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ giao vật đặc định thì người có quyền được quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ phải giao đúng vật đó; nếu vật không còn hoặc bị hư hỏng thì phải thanh toán giá trị của vật.

2. Khi bên có nghĩa vụ không thực hiện được nghĩa vụ giao vật cùng loại thì phải thanh toán giá trị của vật.

3. Trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện được nghĩa vụ theo qui định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này mà gây thiệt hại cho bên có quyền thì ngoài việc thanh toán giá trị của vật còn phải bồi thường thiệt hại cho bên có quyền”.

Điều 304 của Bộ luật Dân sự này qui định hai trường hợp liên quan tới nghĩa vụ hành động và nghĩa vụ không hành động. Đối với nghĩa vụ hành động, nếu người thụ trái không thực hiện thì trái chủ có quyền lựa chọn hai cách: *Thứ nhất*, yêu cầu người thụ trái thực hiện; hoặc *thứ hai*, tự mình thực hiện hoặc giao cho người thứ ba thực hiện với chi phí của người thụ trái. Tất nhiên người thụ trái phải bồi thường thiệt hại gây ra bởi việc không thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên người thụ trái chỉ phải chịu chi phí hợp lý đối với việc thực hiện bởi người khác trong cách thức thứ hai nêu trên. Đối với nghĩa vụ không hành động, nếu người thụ trái vi phạm nghĩa vụ, thì trái chủ có quyền yêu cầu người thụ trái phải chấm dứt việc thực hiện, khôi phục tình trạng ban đầu và bồi thường thiệt hại. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã dự liệu các trường hợp trách nhiệm dân sự phát sinh do chậm thực hiện nghĩa vụ và chậm tiếp nhận nghĩa vụ.

Các Nguyên tắc của Luật hợp đồng Châu Âu đã đưa ra các chế tài đối với việc không thực hiện hợp đồng bao gồm: (1) Trái chủ có quyền đòi khoản tiền đến hạn; (2) buộc thực hiện nghĩa vụ; (3) hoãn thực hiện nghĩa vụ; (4) chấm dứt hợp đồng; (5) chấm dứt một phần hợp đồng; (6) giảm giá; (7) bồi thường thiệt hại; và (8) đòi lãi. Như vậy các chế tài đối với vi phạm hợp đồng theo Các Nguyên tắc của Luật hợp đồng Châu Âu phong phú hơn so với các chế tài đối với vi phạm hợp đồng được qui định trong Luật Thương mại Việt Nam 2005. Tuy nhiên cả hai bộ chế tài này đều xuất phát từ cách tiếp cận mới mẻ.

Các học giả Michael Tilbury, Michael Noone và Bruce Kercher nhận xét hầu hết các tác giả viết về chế tài đều tập trung vào các chế tài được áp dụng bởi toà án với các ngoại lệ là huỷ bỏ và chấm dứt hợp đồng, trong khi rõ ràng hầu hết các tranh chấp được giải quyết bên ngoài toà án. Như vậy thế giới pháp lý là một thế giới nhân tạo, tách biệt rất xa với thực tiễn hàng ngày. Các học giả này cho rằng chế tài huỷ bỏ hay chấm dứt hợp đồng đối với vi phạm nghiêm trọng hoặc lừa dối cho phép bên bị vi phạm lựa chọn giữa xác nhận hợp đồng hay kết thúc nó. Các lập luận này dẫn tới một loại chế tài gọi là “chế tài tự giúp” (self-help remedies). Hai chế tài nói trên đôi khi được các bên áp dụng, đôi khi được toà án áp dụng⁵⁷⁶. Như vậy Luật Thương mại Việt Nam 2005 qui định các chế tài không chỉ áp dụng bởi toà án mà còn có thể áp dụng bởi các bên. Về phương diện lý luận, các bên khi giao kết hợp đồng, theo nguyên tắc tự do ý chí, tự thiết lập nên luật của họ đối với nhau, và trong đó họ hoàn toàn có thể tự tạo ra các chế tài. Tuy nhiên các chế tài này có thể bị hạn chế bởi pháp luật với mục đích bảo vệ cho bên yếu thế, cho người thứ ba hoặc cho trật tự công cộng, đạo đức xã hội... theo nhận thức của nhà làm luật. Điều 292, khoản 7, Luật Thương mại Việt Nam 2005 qui định chế tài do các bên tự thỏa thuận không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên và tập quán thương mại quốc tế. Các chế tài như vậy được gọi là “chế tài tự tạo” (self-created remedies)⁵⁷⁷.

2. Các điều kiện áp dụng chế tài đối với vi phạm hợp đồng

Thông thường trước kia với học thuyết lựa chọn chế tài, toà án có thể từ chối áp dụng nhiều chế tài trong một trường hợp vi phạm cụ thể. Lựa chọn chế tài mà tiếng Anh gọi là “election of remedies” là một sự lựa chọn các chế tài có thể

⁵⁷⁶ Michael Tilbury, Michael Noone, Bruce Kercher, *Remedies- Commentary and Materials*, The Law Book Company Limited, Canada, USA, Hongkong, New Zealand, Pakistan, Singapore, Malaysia, Brunei, United Kingdom, 1988, pp. 10- 19

⁵⁷⁷ Michael Tilbury, Michael Noone, Bruce Kercher, *Remedies- Commentary and Materials*, The Law Book Company Limited, Canada, USA, Hongkong, New Zealand, Pakistan, Singapore, Malaysia, Brunei, United Kingdom, 1988, p.19

mà pháp luật cấp cho người phải gánh chịu tổn thất; là một qui tắc của luật tố tụng yêu cầu một bên lựa chọn giữa hai hoặc nhiều chế tài có thể lựa chọn và mâu thuẫn nhau được pháp luật cho phép trong cùng một sự kiện⁵⁷⁸. Bradford Stone lấy ví dụ: A và B giao kết một hợp đồng mua bán hàng hoá. Sau khi xem xét hàng hoá, B đòi trả lại hàng hoá có khuyết tật, đồng thời đòi lại khoản tiền đã trả cho A cùng với yêu cầu A bồi thường các chi phí giao dịch, giao nhận hàng hoá và khoản lợi nhuận nhẽ ra B kiếm được từ việc bán lại số hàng hoá đó. Với học thuyết lựa chọn, toà án thường nói rằng B đã lựa chọn chế tài huỷ bỏ hợp đồng, và không thể yêu cầu bồi thường các chi phí và lợi nhuận bị mất. Nhưng ngày nay, theo học giả này, Bộ luật Thương mại nhất thể của Hoa Kỳ (Uniform Commercial Code) có chính sách rằng các chế tài được Bộ luật này qui định phải được thi hành một cách tự do với mục tiêu là đặt bên bị vi phạm vào vị trí như thể bên kia đã thực hiện hợp đồng một cách đầy đủ. Do đó nguyên tắc này được thể hiện ở ba mục đích của Bộ luật: *Thứ nhất*, phủ nhận việc giải thích không thoả đáng các qui định của pháp luật trước kia về chế tài, và từ chối học thuyết lựa chọn chế tài; *thứ hai*, làm rõ việc bồi thường bằng tiền chỉ được xem là bồi thường mà không bao gồm sự bù đắp có tính chất hình sự, nhưng bao gồm cả bồi thường đặc biệt; *thứ ba*, bác bỏ bất kỳ học thuyết nào về việc bồi thường nhất thiết phải được tính toán với độ chính xác toán học⁵⁷⁹.

1. Bồi thường thiệt hại

Trong các chế tài đối với vi phạm hợp đồng thì bồi thường thiệt hại là một trong những chế tài phức tạp nhất về các điều kiện áp dụng.

Như trên đã nói trách nhiệm dân sự mà cụ thể ở đây- trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng- là một dạng của trách nhiệm pháp lý. Và việc xem xét trách nhiệm pháp lý phải căn cứ trên những cơ sở nhất định. Nói

⁵⁷⁸ Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, Third edition, Barron's Educational Series, INC, 1991, p. 155

⁵⁷⁹ Bradford Stone, *Uniform Commercial Code*, Third Edition, ST. Paul, Minn. West Publishing Co., 1989, pp. 116- 117; Bồi thường đặc biệt (consequential or special damages) khác với bồi thường thông thường (general damages) ở chỗ nó không nhất thiết xuất phát từ sự tổn thương, nhưng nó nhất thiết phải được yêu cầu một cách đặc biệt và chứng minh, ví dụ đòi bồi thường danh tiếng kinh doanh hay uy tín.

cách khác, trách nhiệm pháp lý có những điều kiện nhất định. Do đó trách nhiệm bồi thường thiệt hại cũng có những điều kiện riêng nhất định được xây dựng trên cơ sở các điều kiện chung của trách nhiệm pháp lý. Có quan điểm xem trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng dựa trên ba điều kiện: *Thứ nhất*, sự vi phạm nghĩa vụ hợp đồng; *thứ hai*, lỗi của người vi phạm nghĩa vụ; và *thứ ba*, mối quan hệ nhân quả giữa vi phạm nghĩa vụ hợp đồng và thiệt hại xảy ra⁵⁸⁰. Quan điểm này không đặt ra sự thiệt hại như một điều kiện riêng rẽ của trách nhiệm hợp đồng trong khi lại tính đến mối quan hệ nhân quả giữa vi phạm hợp đồng và thiệt hại xảy ra. Tuy nhiên ta có thể hiểu nếu không có thiệt hại thì không thể xét được mối quan hệ nhân quả này.

Điều kiện đầu tiên của bồi thường là phải có một sự thiệt hại xảy ra bởi nói một cách đơn giản bồi thường là sự bù đắp lại những mất mát do sự vi phạm gây ra. Tuy nhiên không phải bất cứ sự thiệt hại nào cũng được bồi thường. Do đó còn có hai điều kiện nữa là lỗi và mối quan hệ nhân quả giữa lỗi và sự thiệt hại⁵⁸¹. Đó là các điều kiện của trách nhiệm dân sự theo pháp luật dân sự cũ ở Việt Nam. Các điều kiện này và thứ tự của chúng cũng thường được tìm thấy trong các công trình nghiên cứu của các luật gia Pháp⁵⁸². Tuy nhiên có những quan niệm theo mô hình pháp luật của Pháp, nhưng xếp thứ tự các điều kiện có khác hơn một chút- đó là lỗi, sự thiệt hại và mối quan hệ nhân quả giữa lỗi và sự thiệt hại⁵⁸³.

Nhiều luật gia Việt Nam hiện nay dường như có quan niệm mà thường tìm thấy trong các bài giảng, các công trình nghiên cứu về trách nhiệm dân sự rằng: (1) Trách nhiệm bồi thường thiệt hại được đặt ra khi hành vi vi phạm nghĩa vụ đã gây ra một thiệt hại; (2) một người chỉ phải chịu trách nhiệm dân sự khi họ có lỗi; và (3) do đó việc xác định bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ phải dựa trên các cơ sở là có hành vi trái pháp luật, có thiệt hại thực tế xảy ra, có mối quan hệ nhân

⁵⁸⁰ Nguyễn Ngọc Khánh, *Chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 355

⁵⁸¹ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 469

⁵⁸² Louis Bach, *Droit Civil*, 13e Édition, Sirey, 1999, pp. 529- 530

⁵⁸³ Jean- Louis Baudouin, *La Responsabilité Civile*, 4e édition, Les Éditions Yvon Blais Inc., Québec (Canada), 1994, pp. 40- 41

quả giữa hành vi vi phạm pháp luật và thiệt hại xảy ra, có lỗi của người vi phạm⁵⁸⁴. Trong khi đó có nhiều người ủng hộ cho một thứ tự các điều kiện khác hơn quan niệm trên là: có thiệt hại xảy ra, có hành vi trái pháp luật, có lỗi và có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi trái pháp luật và thiệt hại xảy ra⁵⁸⁵; hoặc có thiệt hại xảy ra, có hành vi vi phạm hợp đồng là hành vi trái pháp luật, có quan hệ nhân quả giữa hành vi trái pháp luật do vi phạm hợp đồng với thiệt hại xảy ra trên thực tế, có lỗi của bên vi phạm⁵⁸⁶. Đặc biệt gần đây một số luật gia được lựa chọn để viết “*Giáo trình luật dân sự*” của Học viện Tư pháp cho rằng, chỉ có hai căn cứ để xác định trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ dân sự- đó là: (1) có hành vi vi phạm nghĩa vụ; và (2) người vi phạm nghĩa vụ có lỗi⁵⁸⁷. Quan niệm đặc biệt này thể hiện tại mục viết về “*trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ dân sự*”. Có thể thấy sự khác lạ của quan niệm này so với ngay cả các qui định của pháp luật hiện hành. Bộ luật Dân sự 2005 qui định:

“Điều 307. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại

1. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại bao gồm trách nhiệm bồi thường thiệt hại về vật chất, trách nhiệm bồi thường bù đắp tổn thất về tinh thần.

2. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại về vật chất là trách nhiệm bù đắp tổn thất vật chất thực tế, tính được thành tiền do bên vi phạm gây ra, bao gồm tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút.

3. Người gây thiệt hại về tinh thần cho người khác do xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín của người đó thì ngoài việc chấm dứt hành vi vi phạm, xin lỗi, cải chính công khai còn phải bồi thường một khoản tiền để bù đắp tổn thất về cho người bị thiệt hại”.

⁵⁸⁴ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 48- 53

⁵⁸⁵ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam*, Lưu hành nội bộ, Hà Nội, 1995, tr. 255

⁵⁸⁶ 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. 409- 415

⁵⁸⁷ Học viện Tư pháp, *Giáo trình luật dân sự*, Nxb Công an Nhân dân, 2007, tr. 303- 305

Luật Thương mại Việt Nam 2005 đã thể hiện các căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại giống với một số quan niệm về lý thuyết nêu trên. Điều 303 của Luật này quy định trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh khi có đủ các yếu tố sau: (1) Có hành vi vi phạm hợp đồng; (2) có thiệt hại thực tế; và (3) hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại. Yếu tố lỗi trong việc xem xét trách nhiệm bồi thường đã được đạo luật này nhắc tới trong một điều luật khác theo công thức không có lỗi thì không có trách nhiệm đối với hành vi vi phạm, có nghĩa là bên vi phạm hợp đồng được miễn trách nhiệm trong các trường hợp như: có sự thoả thuận không phải chịu trách nhiệm của các bên; xảy ra sự kiện bất khả kháng; vi phạm của bên này hoàn toàn do lỗi của bên kia; và hành vi vi phạm do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng (Điều 294).

Khi giới thiệu về chế tài đối vi phạm hợp đồng theo pháp luật Hoa Kỳ, Jane M. Friedman đã nhắc tới bốn yếu tố trong việc xem xét áp dụng chế tài: (1) có một hợp đồng có giá trị tồn tại giữa nguyên đơn và bị đơn; (2) bị đơn đã vi phạm hợp đồng; (3) bị đơn không có sự biện hộ nào thành công chống lại các yêu cầu của nguyên đơn về sự vi phạm; và (4) bản thân hợp đồng không quy định một chế tài hoặc sự hạn chế nào đối với chế tài⁵⁸⁸. Các yếu tố này liên quan tới cả luật vật chất và luật tố tụng có thể được xem như phương thức tìm tới chế tài thoả đáng để áp dụng cho bên vi phạm. Bản thân chúng chưa phải là các điều kiện đầy đủ cho việc áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại. Robert W. Emerson và John W. Hardwick khẳng định về các yếu tố khác hơn trong pháp luật Hoa Kỳ về đòi bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng là nguyên đơn phải: (1) Chứng minh sự tồn tại của hợp đồng; (2) chứng minh hợp đồng đã bị vi phạm bởi bị đơn; và (3) chứng minh rằng thiệt hại do nguyên đơn phải gánh chịu là kết quả của sự vi phạm hợp đồng của bị đơn⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Jane M. Friedman, *Contract Remedies*, West Publishing Company, 1981, p. 1

⁵⁸⁹ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, p.

Các nghiên cứu trên cho thấy các nền tài phán khác nhau có đưa ra các điều kiện chung khác nhau về việc áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng. Có cách thức nghiêng về luật vật chất. Nhưng cũng có cách thức nghiêng về luật thủ tục. Song các cách thức này đều lấy thiệt hại do vi phạm gây ra là trọng tâm. Dù không nói tới thiệt hại trong các điều kiện áp dụng, nhưng trong khi giải thích về chế tài bồi thường thiệt hại là gì, thì hầu như các luật gia thuộc Common Law đều xuất phát từ sự thiệt hại. Chẳng hạn: “Bồi thường thiệt hại là một khoản nợ đối với bên bị vi phạm để bù đắp bất kỳ sự tổn thất về tài chính hoặc thương tổn về con người nào bị gây ra bởi sự vi phạm hợp đồng”⁵⁹⁰. Đối với mỗi loại nghĩa vụ có thể có các điều kiện áp dụng chế tài riêng, tất nhiên do chính tính chất của loại nghĩa vụ đó qui định. Chẳng hạn: Bộ luật Dân sự Hồi Giáo Iran 1983 nhấn mạnh tới thời hạn thực hiện nghĩa vụ và nếu không có một thời hạn như vậy được xác định trong hợp đồng thì chế tài bồi thường không được áp dụng. Nếu quyền xác định thời hạn thực hiện nghĩa vụ thuộc về một bên thì chế tài này có thể được áp dụng khi đáp ứng các điều kiện nhất định. Điều 226 Bộ luật Dân sự này qui định:

“Điều 226

Trong trường hợp một bên không thực hiện cam kết, thì bên kia không thể đòi bồi thường thiệt hại phải gánh chịu, trừ khi một thời hạn dành riêng được ấn định cho việc thực hiện cam kết và thời hạn đó đã kết thúc. Nếu không có giai đoạn nào được ấn định cho việc thực hiện cam kết thì một bên chỉ có thể yêu cầu bồi thường nếu quyền ấn định thời hạn cho việc thực hiện đó thuộc về bên này và nếu bên này chứng minh được rằng mình đã đốc thúc việc thực hiện nghĩa vụ”.

Việc đốc thúc thực hiện nghĩa vụ theo theo qui định của Điều luật này thể hiện nguyên tắc thiện chí của luật hợp đồng.

+ *Sự thiệt hại*

⁵⁹⁰ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron’s educational series Inc., USA, 1997, p. 122

Trừ quan niệm bất thường của Học viện Tư pháp thể hiện trong “*Giáo trình luật dân sự*” của mình, hầu hết các luật gia đều nhận thức một cách bình thường rằng chỉ có thiệt hại xảy ra mới có sự bồi thường dù rằng thiệt hại có thể ước lượng. Vậy không thể không nói, thiệt hại là điều kiện đầu tiên của việc áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại. Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao đã đồng nhất với quan điểm này và thể hiện nó trong Nghị quyết số 03/2006/NQ-HĐTP ngày 8/7/2006 hướng dẫn áp dụng một số qui định của Bộ luật Dân sự năm Việt Nam 2005 về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng rằng: Trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng chỉ phát sinh khi có đầy đủ các yếu tố như (1) phải có thiệt hại xảy ra; (2) phải có hành vi trái pháp luật; (3) phải có mối quan hệ nhân quả giữa thiệt hại xảy ra và hành vi trái pháp luật; và (4) phải có lỗi cố ý hoặc vô ý của người gây thiệt hại (điểm 1, mục I). Nghị quyết này còn lưu ý cả tới việc áp dụng các qui định pháp luật đối với bồi thường thiệt hại trong trường hợp không có lỗi, nếu pháp luật có qui định. Các qui định này tuy đặt ra các điều kiện đối với bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, nhưng cũng giúp giải thích cho quan niệm của tư pháp Việt Nam đối với các điều kiện áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ nói chung bởi về mặt lý thuyết, không có sự khác biệt về các điều kiện giữa bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng và nghĩa vụ ngoài hợp đồng.

Ở Common Law, cho tới năm 1854 hầu như không có qui tắc về bồi thường hợp đồng. Việc đánh giá bồi thường dành cho bồi thẩm đoàn tự do lựa chọn⁵⁹¹. Ngày nay các luật gia thuộc Common Law quan niệm bồi thường là việc bù đắp cho hành vi sai trái bằng cách chuyển giao một vật tương đương mà thông thường là một khoản tiền. Tuy nhiên họ cũng hiểu rất sâu sắc rằng tiền chỉ là vật tương đương đối với các thiệt hại có tính cách kinh tế. Còn những thiệt hại về thể xác và về tinh thần (phi kinh tế) thì tiền không phải là vật tương đương. Song theo họ pháp luật vẫn đưa ra giải pháp bồi thường bằng tiền cho các thiệt hại đó vì không

⁵⁹¹ John D. Calamari, Joseph M. Perillo, *The Law of Contracts*, Third Edition, West Publishing Co., USA, 1987, p. 593

có cách thức nào khác hơn⁵⁹². Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 cũng xác định trách nhiệm bồi thường đối với thiệt hại về vật chất và bù đắp tổn hại về thể xác, về tinh thần (Điều 307). Dường như các nền tài phán đều có sự thống nhất về việc phân loại thiệt hại thành hai loại là thiệt hại về vật chất và thiệt hại về tinh thần.

Sự thiệt hại về vật chất phải được xem xét trên căn bản những điều kiện riêng của nó. Trước hết nó phải là hậu quả trực tiếp của hành vi gây thiệt hại (hay lỗi). Thực chất đây là một điều kiện chung của trách nhiệm bồi thường thiệt hại. Người ta không thể đòi bồi thường những thiệt hại mà không do vi phạm cụ thể của bị đơn gây ra. Cũng như vậy người ta chỉ có thể đòi bồi thường thiệt hại chưa được bồi thường, có nghĩa là thiệt hại đã được bồi thường rồi làm chấm dứt quyền xin bồi thường của người bị thiệt hại. Những thiệt hại được bồi thường chỉ có thể là các quyền lợi hợp pháp bị xâm hại. Thiệt hại xảy ra đối với tài sản phi pháp bị loại trừ. Thiệt hại phải thoả mãn tính có thể xác định được và tính có thể biết trước được.

Thiệt hại về tinh thần được phân biệt thành hai loại là thiệt hại về tinh thần có liên quan tới thân thể và thiệt hại tinh thần có tính chất thuần túy. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã có giải pháp dứt khoát cho các vi phạm gây ra thiệt hại thuần túy tinh thần như đã phân tích ở các mục trên. Nhưng thiệt hại về thân thể có phần phức tạp riêng. Thiệt hại về thân thể khiến cho người bị thiệt hại phải chi phí giải quyết hậu quả hoặc gây mất thu nhập. Thiệt hại tinh thần liên quan tới vật chất thường được xem xét trên căn bản là bồi thường thiệt hại vật chất cũng bồi thường luôn cả thiệt hại về tinh thần⁵⁹³.

Toà án nhân dân tối cao có quan điểm khác về các vấn đề này. Thiệt hại vật chất theo Toà án nhân dân tối cao bao gồm: thiệt hại về tài sản; thiệt hại tài sản liên quan tới thân thể, tính mạng bị xâm hại; thiệt hại về tài sản liên quan tới danh dự, nhân phẩm uy tín bị xâm hại. Còn thiệt hại tinh thần theo quan điểm này là sự

⁵⁹² Michael Tilbury, Michael Noone, Bruce Kercher, *Remedies- Commentary and Materials*, The Law Book Company Limited, Canada, USA, Hongkong, New Zealand, Pakistan, Singapore, Malaysia, Brunei, United Kingdom, 1988, p. 28

⁵⁹³ Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 479

đau thương, buồn phiền, mất mát tình cảm, bị giảm sút hoặc mất uy tín, bị bạn bè xa lánh do hiểu lầm... mà cá nhân hoặc người thân thích gần gũi nhất của nạn nhân phải gánh chịu, và là tín nhiệm, lòng tin... của pháp nhân hay tổ chức phải gánh chịu do danh dự, uy tín bị xâm hại (Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao số 03/2006/NQ-HĐTP ngày 8/7/2006, mục I, điểm 1.1, a). Như trên đã nói, bồi thường thực chất là việc lấy vật tương đương để bù đắp cho sự thiệt hại. Và rõ ràng không thể có vật ngang giá đối với thiệt hại về sức khỏe và tính mạng. Do đó việc bù đắp bằng tiền chỉ có ý nghĩa đối với các chi phí liên quan, không thể tách rời khỏi sức khỏe, tính mạng bị xâm hại. Ngày nay người ta còn cho rằng, và thực tế đã cho thấy tín nhiệm, lòng tin... của mọi người đối với công ty (pháp nhân) cũng là tài sản của công ty. Việc phân loại như trên của Tòa án nhân dân tối cao có ý nghĩa đối với việc tính các khoản bồi thường và xác định việc bồi thường các chi phí liên quan đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín không bao gồm sự bù đắp về tinh thần thuần túy.

+ Sự vi phạm

Vi phạm nghĩa vụ dẫn tới trách nhiệm bồi thường theo Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 được chia thành hai loại là: (1) Không thực hiện nghĩa vụ; hoặc (2) thực hiện không đúng nghĩa vụ (Điều 302, khoản 1). Về nguyên tắc Bộ luật Dân sự Việt Nam buộc các bên phải thực hiện nghiêm chỉnh nghĩa vụ của mình. Việc thực hiện không đúng, thực hiện không đầy đủ, thực hiện chậm trễ hoặc không thực hiện đều bị xem là vi phạm. Quan niệm này có lẽ xuất phát từ nguyên tắc nền tảng của luật hợp đồng- đó là tự do ý chí. Tuy nhiên sự khắt khe đó không thể là một giải pháp hoàn toàn tốt cho mối quan hệ giữa các bên giao kết hợp đồng.

Thực hiện hợp đồng chỉ là một trong những cách thức mà đưa hợp đồng tới chỗ chấm dứt, có nghĩa là làm giải trừ hợp đồng bằng cách các bên thực hiện cơ bản (substantial performance) các nghĩa vụ trong đó, không cần thiết thực hiện tới chi tiết cuối cùng. Để xác định những phần chủ yếu hay cơ bản của hợp đồng đã được thực hiện hay chưa, thông thường người ta nhất thiết phải xem xét tới các qui

định chính của hợp đồng. Nếu những qui định đó đã đạt được thì hợp đồng được xem như đã được thực hiện cơ bản⁵⁹⁴.

+ *Mối quan hệ nhân quả giữa vi phạm và thiệt hại*

Mối quan hệ nhân quả xét trên căn bản cặp phạm trù nguyên nhân và kết quả. Ở Việt Nam hiện nay, hầu hết các luật gia quan niệm mối quan hệ này phải được xác định rằng: vi phạm là nguyên nhân trực tiếp gây ra sự thiệt hại; và thiệt hại là hậu quả của nguyên nhân vi phạm. Một số tác giả Việt Nam nhận định: “Việc qui định quan hệ nhân quả là quan hệ trực tiếp, tất yếu sẽ dẫn đến kết luận là bên không thực hiện không chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại gây ra cho bên bị thiệt hại khi thiệt hại có thể tránh được và nếu bên bị thiệt hại xử sự hợp lý (khắc phục thiệt hại)”⁵⁹⁵. Điều này có nghĩa là việc qui định mối quan hệ này liên quan tới việc xác định mức bồi thường thiệt hại.

Điều 304 của Luật Thương mại Việt Nam 2005 đặt gánh nặng chứng minh lên nguyên đơn. Nghĩa vụ chứng minh của nguyên đơn bao trùm các yếu tố làm phát sinh nghĩa vụ bồi thường, trừ lỗi của bị đơn. Thông thường việc xác định nguyên nhân gây ra thiệt hại là một công việc khó khăn bởi một thiệt hại có thể có nhiều nguyên nhân liên quan. Vậy chứng minh mối liên hệ là một công việc liên quan tới sự thuyết phục người xét xử về việc cân nhắc giữa các khả năng có thể mà hành vi vi phạm là một điều kiện cần thiết phát sinh trách nhiệm bồi thường, và rằng nó có thể được xem là nguyên nhân pháp lý hoặc một trong những nguyên nhân pháp lý của thiệt hại⁵⁹⁶.

+ *Lỗi*

Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 đã xây dựng các hình thức lỗi giống với các hình thức lỗi của luật hình sự. Điều 308 của Bộ luật này qui định:

⁵⁹⁴ Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, p. 122

⁵⁹⁵ 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. 414

⁵⁹⁶ John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993, 440

“1. Người không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ dân sự thì phải chịu trách nhiệm dân sự khi có lỗi cố ý hoặc lỗi vô ý, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

2. Cố ý gây thiệt hại là trường hợp một người nhận thức rõ hành vi của mình sẽ gây thiệt hại cho người khác mà vẫn thực hiện và mong muốn hoặc tuy không mong muốn nhưng để mặc cho hậu quả xảy ra.

Vô ý gây thiệt hại là trường hợp một người không thấy trước hành vi của mình có khả năng gây thiệt hại, mặc dù phải biết hoặc có thể biết trước thiệt hại sẽ xảy ra hoặc thấy trước hành vi của mình có khả năng gây thiệt hại, nhưng cho rằng thiệt hại sẽ không xảy ra hoặc có thể ngăn chặn được”.

Lỗi theo quan niệm tương đối chung của thế giới bao gồm hai thành tố là *actus reus* (có tính cách vật chất) và *mens rea* (có tính cách tinh thần). Do đó quan niệm về sự quá thất là một thành tố của trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong dân luật của các chế độ cũ ở Việt Nam có lý. Và như vậy căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại của pháp luật Việt Nam hiện nay cần có sự suy tính lại một cách nghiêm túc. Không thể áp đặt tư duy của luật hình sự vào các vấn đề dân sự. Quan niệm về lỗi hay cách sử dụng yếu tố lỗi có sự khác nhau trong mỗi lĩnh vực pháp luật.

Trong việc xem xét trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng, vấn đề lỗi có sự khác biệt. Việc đánh giá về hành vi của bên vi phạm hợp đồng hay của trái chủ có thể ảnh hưởng đến chế độ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mà không cần thuật ngữ lỗi được nhắc đến một cách rõ ràng⁵⁹⁷. Có lẽ vì vậy trong dịp nghiên cứu sửa đổi Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 một số luật gia kiến nghị bỏ yếu tố lỗi ra khỏi các căn cứ xác định trách nhiệm bồi thường thiệt hại bởi họ đã cất công nghiên cứu Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Tất nhiên các kiến nghị này bị phản đối bởi các lẽ sau: Thứ nhất, chế định trách nhiệm dân sự trong Bộ luật Dân sự bao gồm các nguyên tắc và qui tắc chung liên quan tới việc vi phạm nghĩa vụ dân sự mà không kể nghĩa vụ đó phát sinh từ

⁵⁹⁷ Quỹ pháp luật Châu Âu lục địa, *Các thuật ngữ hợp đồng thông dụng*, Nxb Từ điển bách khoa, tr. 382

nguồn gốc nào, có nghĩa là có cả nguồn gốc hợp đồng và ngoài hợp đồng; *thứ hai*, Công ước Viên 1980 hay Các nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế hay Các nguyên tắc của luật hợp đồng Châu Âu chỉ nói đơn thuần về nghĩa vụ hợp đồng; *thứ ba*, nghĩa vụ phát sinh từ nguồn gốc hợp đồng có thể chia thành hai loại là nghĩa vụ thành quả và nghĩa vụ cấp phương tiện (hay nghĩa vụ cần mẫn tổng quát) mà giữa hai loại nghĩa vụ này có cách thức tiếp cận lỗi khác nhau (mà chúng ta có dịp nghiên cứu tại Chương 3 của Giáo trình này); và *thứ tư*, người ta không thể phải chịu trách nhiệm mà không có lỗi. Trong các lẽ kể trên, lẽ thứ tư liên quan đến cơ sở triết học của pháp luật. Vì vậy người ta nhận định “lỗi là yếu tố thiết yếu của luật”⁵⁹⁸.

Việc vi phạm hợp đồng bị xem là có lỗi. Do đó nghĩa vụ chứng minh không có lỗi thuộc về bị đơn. Tuy nhiên đối nghĩa vụ cấp phương tiện, nghĩa vụ chứng minh vẫn thuộc về phía nguyên đơn. Đáng tiếc là Luật Thương mại Việt Nam 2005 trong khi có sự phân biệt giữa nghĩa vụ thành quả và nghĩa vụ cấp phương tiện tại Điều 79 và Điều 80, nhưng lại không làm rõ nghĩa vụ chứng minh lỗi trong trường hợp vi phạm nghĩa vụ cấp phương tiện.

Bên vi phạm hợp đồng có thể được miễn trách nhiệm trong trường hợp chứng minh được mình không có lỗi. Luật Thương mại Việt Nam 2005 (tại Điều 294, khoản 1) đã mở ra bốn hướng cho sự chứng minh này như: (1) Bất khả kháng; (2) lỗi của nguyên đơn; (3) can thiệp của công quyền; và (4) có sự thỏa thuận miễn trách.

Trong Bộ luật Dân sự Cộng hòa Hồi Giáo Iran 1983, yếu tố lỗi được xem trọng trong việc xem xét trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Điều 227 của Bộ luật này qui định: “Bên vi phạm thực hiện cam kết chỉ bị tuyên bồi thường khi bên này không thể chứng minh được rằng sự vi phạm là do một số nguyên nhân bên ngoài mà bên này không thể phải chịu trách nhiệm”. Điều luật này cho thấy một khuynh hướng qui định rất mở dành cho sự chứng minh không có lỗi của bị đơn. Nhà làm luật thường mong muốn sự chặt chẽ, và bao quát. Song đây là các

⁵⁹⁸ Wikipedia, the free encyclopedia, *Fault (legal)*, [[http://en.wikipedia.org/wiki/Fault_\(legal\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Fault_(legal))], 6/29/2013

mong muốn trái ngược đôi khi làm giảm sự sáng tạo và phát triển. Vì thế cần có các qui định có tính trừu tượng cao như vậy với tầm bao quát lớn. Tuy nhiên để bảo đảm được tính chặt chẽ và thi hành được các qui tắc có tính trừu tượng cao như vậy người ta phải xây dựng một hệ thống tư pháp tốt, đào tạo được thẩm phán giỏi, trong sạch, và không thể loại bỏ án lệ ra khỏi đời sống pháp luật.

2. Chế tài đặc thù do vi phạm hợp đồng song vụ

Có một nhận xét rõ ràng rằng Luật Thương mại Việt Nam 2005 đã xác định nhiều chế tài hơn so với các chế tài được chứa đựng trong Mục nói về trách nhiệm dân sự của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005. Luật thương mại nói chung bao gồm các qui tắc liên quan tới hành vi thương mại mà trong đó có hợp đồng thương mại. Các hợp đồng thương mại là các hợp đồng hữu thường hay song vụ, có đền bù. Do đó dẫn đến sự khác biệt.

Ở đây cần phải xác định rằng các chế tài đối với hợp đồng song vụ trong mối quan hệ với trách nhiệm dân sự là mối quan hệ giữa cái chung với cái riêng. Trách nhiệm dân sự là cái chung. Còn chế tài đối với các hợp đồng song vụ là cái riêng. Do đó các chế tài do vi phạm hợp đồng song vụ phong phú hơn các chế tài được qui định trong chế định trách nhiệm dân sự. Chế định trách nhiệm dân sự được xây dựng trên căn bản áp đặt chế tài cho các vi phạm nghĩa vụ dân sự không kể tới nghĩa vụ đó phát sinh từ nguồn gốc nào. Do vậy ngay bản thân Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005, ngoài Mục trách nhiệm dân sự, còn có qui định về chế tài do vi phạm hợp đồng song vụ tại Điều 417 với nội dung như sau: “Trong hợp đồng song vụ, khi một bên không thực hiện được nghĩa vụ của mình do lỗi của bên kia thì có quyền yêu cầu bên kia vẫn phải thực hiện nghĩa vụ đối với mình hoặc hủy bỏ hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại”.

Các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng song vụ được qui định tại Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 ít hơn so với các hình thức chế tài được qui định trong Luật Thương mại Việt Nam 2005. Hơn nữa Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không qui định rõ điều kiện áp dụng chế tài riêng biệt đối với vi phạm hợp đồng song vụ.

Các hình thức chế tài do Luật Thương mại Việt Nam 2005 bao gồm tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng và hủy bỏ hợp đồng. Chúng được thực hiện với điều kiện liên quan tới vi phạm cơ bản hợp đồng, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác (Điều 293). Luật Thương mại Việt Nam 2005 đưa ra định nghĩa; “Vi phạm cơ bản là sự vi phạm hợp đồng của một bên gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng” (Điều 3, khoản 13). Như vậy có thể thấy Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 chỉ xác định một điều kiện áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng- đó là lỗi của bên kia khiến cho bên này không thực hiện được hợp đồng. Chế tài được áp dụng như vậy có vẻ khá xa rời với nguyên tắc thiện chí. Sự khác biệt giữa Bộ luật dân sự Việt Nam 2005 với Luật Thương mại Việt Nam 2005 về vấn đề này có lẽ xuất phát từ sự khác biệt trong nguyên tắc thực hiện hợp đồng giữa hai đạo luật này. Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005 không đi theo khuynh hướng thực hiện cơ bản hợp đồng. Điều 412, khoản 1 của Bộ luật này qui định nguyên tắc như sau: “Thực hiện đúng hợp đồng, đúng đối tượng, chất lượng, số lượng, chủng loại, thời hạn, phương thức và các thỏa thuận khác”.

Điều kiện vi phạm cơ bản để áp dụng chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng được qui định trong Luật Thương mại Việt Nam 2005 không phải là một điều kiện cứng. Do đó bản thân định nghĩa khái niệm vi phạm cơ bản có thể có sự xô dịch. Tình huống sau có thể nói lên nhận định đó:

Công ty Trường Ân là bên mua trong một hợp đồng mua bán hàng hóa mà tại đó công ty Tùng Khánh là bên bán. Trong hợp đồng này các bên thỏa thuận Tùng Khánh phải giao hàng hóa thành 3 đợt vào các ngày ấn định. Các bên cũng thỏa thuận trong hợp đồng các vấn đề liên quan tới vi phạm hợp đồng và chế tài đối với vi phạm hợp đồng. Về vi phạm cơ bản, hợp đồng định nghĩa: “Vi phạm cơ bản là sự vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng này mà có một trong các đặc điểm sau: (1) Đối với nghĩa vụ giao hàng hóa, quá 24 giờ kể từ thời điểm phải giao hàng hóa (tại bất kể đợt giao hàng nào) theo hợp đồng mà hàng hóa không được giao, hoặc

giao thiếu 5% số lượng hàng hóa phải giao tại bất kỳ đợt giao hàng nào, hoặc giao hàng hóa không đúng chất lượng đã được qui định trong hợp đồng; (2) Đối với nghĩa vụ trả thanh toán, trả thiếu hoặc không đúng thời hạn qui định trong hợp đồng tại bất kỳ đợt thanh toán nào”. Và hợp đồng qui định rằng bên bị vi phạm có thể đình chỉ thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng và đòi bồi thường thiệt hại trong trường hợp bên kia vi phạm cơ bản. Khi giao hàng đợt hai, Tùng Khánh giao thiếu năm bao bột mì trên tổng số một trăm bao bột mì phải giao trong đợt đó. Thế nhưng năm bao bột mì giao thiếu chỉ chiếm 4, 5% tổng trọng lượng của một trăm bao phải giao. Trường Ân đòi hủy bỏ hợp đồng và đòi bồi thường.

Trong tình huống này các bên đã đưa ra một định nghĩa vi phạm cơ bản khác với định nghĩa của Luật Thương mại Việt Nam 2005. Tuy nhiên định nghĩa này không thể không được sử dụng bởi ngay trong Luật Thương mại Việt Nam 2005 định nghĩa vi phạm cơ bản sẽ trở nên thừa khi đạo luật này cho phép các bên thỏa thuận áp dụng các chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng đối với trường hợp không vi phạm cơ bản. Vấn đề còn lại của tình huống này là việc giao thiếu 4,5% tổng trọng lượng hàng hóa có được xem là vi phạm cơ bản theo định nghĩa của các bên hay không.

Luật Thương mại Việt Nam 2005 cho phép các bên thỏa thuận thiết lập các chế tài khác với chế tài được qui định của pháp luật. Các chế tài đó có thể rất phong phú tùy thuộc vào sự sáng tạo của người giao kết hợp đồng. Tuy nhiên đạo luật này cũng ngăn cản các chế tài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên hoặc trái với tập quán thương mại quốc tế (Điều 292, khoản 7). Vấn đề cho phép thỏa thuận thiết lập chế tài như vậy là một tiến bộ của pháp luật Việt Nam, rất thích hợp với đời sống thương mại, và rất phù hợp với nguyên tắc tự do ý chí. Giá như sự ngăn cản chế tài bởi lý do trật tự công cộng và thuần phong mỹ tục, chứ không phải bởi lý do trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, điều ước quốc tế hay tập quán, thì có lẽ Điều 292, khoản 1 của Luật Thương mại Việt Nam 2005 sẽ trở nên hoàn hảo.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

A

- [1] Andreas Abegg and Annemarie Thatcher, “Review essay- Freedom of contract in the 19th Century: Mythology and silence of the sources”, *German Law Journal*, No. 1 (1 January 2004)
- [2] David E. Allan & Mary E. Hiscock, *Law of Contract in Australia*, 2nd edition, Key Text, Australia, 1992
- [3] Roland Amoussou- Guénou, “Triển vọng phát triển các nguyên tắc pháp luật hợp đồng Asean (hoặc Châu Á)”, *Hội thảo hợp đồng thương mại quốc tế Tham luận*, Hội thảo do Nhà pháp luật Việt- Pháp tổ chức tại Hà Nội từ ngày 13- 14 tháng 12 năm 2004
- [4] Answer.com, *Legal Encyclopia- Good Faith*, [http://www.answer.com/topic/good-faith], 4/3/2007
- [5] Christian Atias, *Luật dân sự*, Nguyễn Thu Hồng dịch từ tiếng Pháp, Nxb Thế giới, 1993
- [6] P. S. Atiyah, *The Sale of Goods*, Third edition, Sir Isaac Pitman and Sons LTD, London, 1966
- [7] Sir William R. Anson, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, Twenty- second edition, Oxford at the Clarendon Press, 1965

B

- [8] Louis Bach, *Droit Civil- Tome 1*, 13e Édition, Sirey
- [9] Nguyễn Mạnh Bách, *Nghĩa vụ dân sự trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1998
- [10] Jean- Louis Baudouin, *La Responsabilité Civile*, 4e édition, Les Éditions Yvon Blais Inc., Québec (Canada), 1994
- [11] A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business*, Fourth edition, Irwin, USA, 1991

- [12] Bruce L. Benson, Customary Law with Private Means of Resolving Disputes and Dispensing Justice: “A Description of a Modern System of Law and Order without State Coercion”, *The Journal of Libertarian Studies*, Vol. IX, No. 2, 1990
- [13] Brian H. Bix, *Consent in Contract Law*, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 08-36, University of Minnesota Law School
- [14] Lee Boldeman, *The Cult of the Market: Economic Fundamentalism and its Discontents*, [http://epress.anu.edu.au/cotm/mobile_devices/index.html], 2/7/2008
- [15] Andrew Borkowski & Paul du Plessis, *Text Book on Roman Law*, Oxford University Press, 2005
- [16] Bộ chính trị, Ban Chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam, *Nghị quyết 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*
- [17] Bộ luật Dân sự Việt Nam 1995
- [18] Bộ luật Dân sự Việt Nam 2005
- [19] Bộ luật Dân sự Bắc Kỳ 1931
- [20] Bộ luật Dân sự Trung Kỳ 1936
- [21] Bộ luật Dân sự 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ
- [22] Bộ luật Dân sự CHLB Đức 1900
- [23] Bộ luật Dân sự Cộng hòa Hồi Giáo Iran 1983
- [24] Bộ luật Dân sự Hà Lan 2008
- [25] Bộ Luật Dân sự Louisiana (Hoa Kỳ) 1808
- [26] Bộ luật Dân sự Nhật Bản 1896
- [27] Bộ Luật Dân sự Liên bang Nga 1995
- [28] Bộ luật Dân sự Pháp 1804
- [29] Bộ luật Dân sự Tây Ban Nha 1889
- [30] Bộ luật Dân sự Philippines 1950
- [31] Bộ luật Dân sự Quebec (Canada) 1994

- [32] Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan 1992
- [33] Bộ luật Thương mại 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ
- [34] Bộ luật Thương mại Nhất thể của Hoa Kỳ
- [35] Bộ luật Thương mại Nhật Bản 1899
- [36] Bộ luật Thương mại CH Czech 1991
- [37] Bộ luật Lao động Việt Nam 1994
- [38] Bộ luật Lao động Việt Nam 2012
- [39] Bộ Tư pháp, *Những vấn đề cơ bản của Bộ luật Dân sự năm 2005 (Tài liệu tập huấn)*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2005
- [40] John E. C. Brierley, Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law- An Introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada, 1993
- [41] Andrew Burrows, *Understanding the Law of Obligation- Essays on Contract, Tort and Restitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998
- [42] Henry N. Butler, *Legal environment of business- Government regulation and public policy analysis*, South- western publishing co., Cincinnati, Ohio, USA, 1987

C

- [43] John D. Calamari, Joseph M. Perillo, *Contracts*, Third edition, West Publishing Co., USA, 1987
- [44] Lawrence S. Clark, Robert J. Aalberts, Peter D. Kinder, *Law and Business- The Regulatory Environment*, Fourth edition, McGraw- Hill, Inc, 1994
- [45] Xin Chunying, *Chinese Legal System & Current Legal Reform*, KAS – Schriftenreihe, 1999
- [46] Jean– Claude Ricci, *Nhập môn luật học*, Nxb Văn hóa- Thông tin, Hà Nội, 2002, tr. 52
- [47] Conseil constitutionnel, “The main criteria for restricting human rights in the judicial practice of constitutional law”, *Human Rights and Public Order*, Eighth seminar of constitutional courts, Erevan, 2 to 5 October 2003

- [48] Công ước của Liên Hiệp Quốc về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được ký kết tại Viên ngày 11/04/1980
- [49] Bernado M. Cremades, “Bồi thường thiệt hại theo thoả thuận trong trường hợp không thực hiện hợp đồng, điều khoản phạt vi phạm và cơ chế bồi thường thiệt hại mang tính chất răn đe trong các hợp đồng quốc tế”, *Hội thảo hợp đồng thương mại quốc tế- Tham luận*, Hội thảo do Nhà pháp luật Việt- Pháp tổ chức tại Hà Nội từ ngày 13- 14 tháng 12 năm 2004
- [50] Rupert Cross, *Precedent in English Law*, Third edition, Clarendon Press, Oxford, 1997

D

- [51] René David and John E.C . Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, Secon Edition, The Free Press, New York . London. Toronto. Sydney. Tokyo. Singapore, 1975
- [52] Barry Dean, *Course Synopsis*, September, 1992
- [53] *Deluxe Black's Law Dictionary*, West Publishing Co, 1990
- [54] John P. Dawson, William Burnett Harvey, Stanley D. Henderson, *Cases and Comment on Contracts*, Fifth edition, The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1987
- [55] Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business*, Fourth edition, Irwin, USA, 1991
- [56] W. D. Duncan, *Commercial Leases*, The Law Books Company Limited, 1989

ĐĐ

- [57] Đại học Quốc gia Hà Nội, Khoa Luật, *Giáo trình luật thương mại quốc tế*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2005
- [58] Đại học Quốc gia Hà Nội, Khoa Luật, *Giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2005
- [59] Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh- Khoa Kinh tế, *Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế*, Nxb Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh, 2005

- [60] Đỗ Văn Đại, *Luật hợp đồng Việt Nam- Bản án và bình luận bản án (Sách chuyên khảo)*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2008
- [61] Nguyễn Huy Đầu, *Luật dân- sự tố- tụng Việt- Nam*, Sài Gòn, 1962
- [62] Nguyễn Ngọc Điện, *Bình luận các hợp đồng thông dụng trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb Trẻ, TP. Hồ Chí Minh, 2001

E

- [63] Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997

F

- [64] C. H. S. Fifoot, *History and Sources of Common Law- Tort and Contract*, Stevens & Sons Limited, London, 1949
- [65] David Foskett, *The Law and Practice of Compromise*, Sweet & Maxwell, London, 1980
- [66] Jane M. Friedman, *Contract Remedies*, West Publishing Company, 1981
- [67] Nigel Foster, *German Law & Legal System*, Blackstone Press Limited, London, 1993

G

- [68] Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, Third edition, Barron's Educational Series, INC, 1991
- [69] Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza, Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, Third edition, Thomson West, 2008
- [70] Roy Goode, *Commercial Law*, Second edition, Penguin Books, 1995
- [71] James Gordley, "Contract. Property, and the Will- The Civil Law and Common Law Tradition", Harry N. Scheiber, *The State and Freedom of Contract*, Standford University Press, Standford- California, 1998
- [72] James Gordley, "Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 52, 2004

H

- [73] Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman (editors), *Towards a European Civil Code- Third Fully Revised and Expanded Edition*, Ars Aequi Libri- Nijmegen, Kluwer Law International, 2004
- [74] Hiến pháp Thụy Sĩ 2002
- [75] Bùi Đăng Hiếu, “Chương VIII- Hợp đồng dân sự”, *Giáo trình luật dân sự của Học viện Tư pháp*, Nxb Công an Nhân dân, 2007
- [76] Học viện Tư pháp, *Giáo trình luật dân sự*, Nxb Công an Nhân dân, 2007
- [77] Học viện Tư pháp, *Nghiệp vụ của luật sư về tư vấn pháp luật, tư vấn hợp đồng*, Nxb Thống kê, Hà Nội 2008
- [78] Emily Houh, *The doctrine of good faith in contract law: A (nearly) empty vessel?*, [http://paper.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=622982], 4/3/2007
- [79] House of Lords, *Judgments- Oxfordshire County Council (Respondents) v. Oxford City Council (Appellants) and another (Respondent) (2005) and others*, [<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060524/oxf-4.htm>]

J

- [80] Philip S. James, *Introduction to English Law*, Twelfth edition, Butterworths, London, 1989
- [81] Japan International Cooperation Agency (JICA), *Japanese Laws (Volume 2: 1997- 1998)- Luật Nhật Bản (Tập II: 1997- 1998)*, Youth Publishing House- Nhà xuất bản thanh niên, Song ngữ Anh- Việt
- [82] William C. Jones, *Basic Principles of Civil Law in China*, M. E . Sharpe, Inc- Armonk. New York. London, 1989

K

- [83] Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, *Business Law, Made Simple Books*, London, 1985

- [84] Daniel Khoury, Yvonne S Yamouni, *Understanding contract law*, Butterworths, Sydney, Adelaide, Brisbane, Caberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989
- [85] Nguyễn Ngọc Khánh, *Chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2007
- [86] R. Keith Yorston and Edward E. Fortescue, *Australian Mercantile Law*, Third edition, The Law Books Co. of Australia PTY LTD, Sydney. Melbourne. Brisbane, 1943

L

- [87] Aaron Larson, *Fraud, Silent Fraud, and Innocent Misrepresentation*, ExpertLaw, [<http://www.expertlaw.com/library/business/fraud.html>]
- [88] Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH Australia Limited, 1987
- [89] William H. Lawrence, William H. Henning, *Understanding Sales and Leases of Goods*, LexisNexis, USA, 1999
- [90] Francis Lemeunier, *Nguyên lý và thực hành luật thương mại, luật kinh doanh*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội 1993
- [91] Jethro K. Lieberman, George J. Siedel, *The Legal Environment of Business*, Harcourt Brace Jovanovich Publishers, USA, Canada, UK, Australia, Japan, 1989
- [92] Trần Văn Liêm, *Dân- luật, Quyển I- Dân luật nhập môn*, Sài Gòn, 1972
- [93] H. R. Light, *The Legal Aspects of Business and General Principles of Law*, Sir Isaac Pitman & sons LTD, London, 1965
- [94] Trần Thúc Linh, *Danh- từ pháp- luật lược- giải*, Nhà sách Khai trí, Sài Gòn
- [95] Martine Lombard và Gilles Dumont, *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp (Sách tham khảo)*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2007
- [96] Đoàn Bá Lộc, *Dân- luật thực- hành*, Sài Gòn 1961, tr. 127- 128; Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002

- [97] Chiêm Thị Mỹ Loan, “Đơn kêu oan xin tái thẩm” ngày 8/8/2002, *Vụ Chiêm Thị Mỹ Loan kiện La Văn Thanh*
- [98] Lord Hailsham of ST. Marylebone, *Halsbury’s Laws of England*, Volume I, Fourth Edition, Butterworths, London, 1973
- [99] Luật Thương mại Việt Nam 1997
- [100] Luật Thương mại Việt Nam 2005
- [101] Luật Doanh nghiệp 2005 của Việt nam
- [102] Luật Hàng không Dân dụng Việt Nam 2006
- [103] Luật Hợp đồng gia nhập của Hàn Quốc 2005

M

- [104] Triệu Quốc Mạnh, *Pháp luật và dân luật đại cương*, Nxb Thành phố Hồ Chí Minh, 2000
- [105] Triệu Quốc Mạnh, *Nghĩa vụ dân sự trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1998
- [10] Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam dân luật lược khảo- Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, In lần thứ nhất, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963
- [107] Vũ Văn Mẫu, *Dân- luật khái- luận*, In lần thứ hai, Bộ quốc- gia giáo- dục xuất bản, Sài Gòn, 1960
- [108] Nguyễn Thị Mơ (Chủ biên), *Cẩm nang pháp luật về giao kết hợp đồng điện tử*, Nxb Lao động- Xã hội, Hà Nội, 2006

N

- [109] Nadia E. Nedzel, *A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability*, Tulane European & Civil Law Forum, Vol. 12, 1997
- [110] Nghị quyết số 03/2006/NQ-HĐTP ngày 8/7/2006 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số qui định của Bộ luật Dân sự năm 2005
- [111] Phạm Duy Nghĩa, *Tìm hiểu luật thương mại Việt Nam*, Tái bản có sửa chữa bổ sung, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội- 2000

- [112] Phạm Duy Nghĩa, *Giáo trình luật thương mại Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 1998
- [113] Phạm Duy Nghĩa, *Chuyên khảo luật kinh tế*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2004, tr. 399; Phạm Duy Nghĩa, *Tìm hiểu luật thương mại Việt Nam*, Tái bản có sửa chữa bổ sung), Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội- 2000
- [114] Hữu Ngọc, *Sổ tay người dịch tiếng Anh*, Nxb Giáo dục, 1996
- [115] Nirm Goel, *Doctrine of Contra- Proferentem in Contracts Management*, Indian Institute of Arbitration and Mediation Magazine “The Indian Arbitrator”, January 2011 issue

P

- [116] Ch. Pamboukis, “The concept and function of usages in the United Nation Convention on the International Sale of Goods”, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25:107, pp. 107- 131
- [117] Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989 của Việt Nam
- [118] Nguyễn Như Phát và Lê Thị Thu Thủy (đồng chủ biên), *Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về pháp luật hợp đồng ở Việt Nam hiện nay*, Nxb Công an Nhân dân, Hà Nội, 2003

Q

- [119] Nguyễn Xuân Quang- Lê Nết- Nguyễn Hồ Bích Hằng, *Luật dân sự Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2007
- [120] Quốc Triều Hình Luật
- [121] Quỹ pháp luật Châu Âu lục địa, *Các thuật ngữ hợp đồng thông dụng*, Nxb Từ điển bách khoa

R

- [122] Roger Réau, Jean Rondepierre, Édouard Bourrel, Michel Lerolle, Maurice Esmein, Paul Sumien, *Petit Dictionnaire de Droit*, Librairie Dalloz, Paris, 1951
- [123] Corinne Renault- Brahinsky, *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, Nxb Văn hoá- Thông tin, Hà Nội, 2002

- [124] Jean– Claude Ricci, *Nhập môn luật học*, Nxb Văn hóa- Thông tin, Hà Nội, 2002

S

- [125] Harry N. Scheiber, *The State and the freedom of contract*, Stanford University Press, Stanford- California, USA, 1998
- [126] Dương Anh Sơn, “Những vấn đề chung về hợp đồng thương mại quốc tế”, *Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế*, Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh- Khoa Kinh tế, Nxb Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh, 2005
- [127] Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième Édition, Litec, 1989
- [128] Bradford Stone, *Uniform Commercial Code*, Third Edition , ST. Paul, Minn. West Publishing Co., 1989
- [129] J G Starke QC, N C Seddon, M P Ellinghaus, *Cheshire and Fifoot’s Law of Contract*, Sixth Australian Edition, Butterworth, Australia, 1992
- [130] J. E. Smyth, D. A. Soberman, J. H. Telfer, R. Johanson, *Australian Business Law*, Prentice- Hall of Australia Pty. Ltd., Australia, 1980
- [131] Mark Sulkowski, *Customary Law*, [<http://jim.com/custom.htm>], 10/18/2009
- [132] K. C. T. Sutton, *The Law of Sale of Goods in Australia and New Zealand*, The Law Books Company Limited, Sydney. Melbourne. Brisbane, 1974

T

- [133] Tài liệu hội thảo hợp đồng thương mại quốc tế do Nhà pháp luật Việt- Pháp tổ chức tại Hà Nội từ ngày 13- 14 tháng 12 năm 2004
- [134] Denis Tallon, *Civil Law and Commercial Law*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tuebingen, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague. Boston. London, 1983
- [135] William Tetley, *Good Faith in Contract Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering*, [<http://tetley.law.mcgill.ca/comparative/goodfaith.pdf>], p. 4
- [136] The Principles of European Contract Law 1998

- [137] Michael Tilbury, Michael Noone, Bruce Kercher, *Remedies- Commentary and Materials*, The Law Book Company Limited, Canada, USA, Hongkong, New Zealand, Pakistan, Singapore, Malaysia, Brunei, United Kingdom, 1988
- [138] Tòa án Nhân dân Tối cao- Tòa dân sự, *Quyết định giám đốc thẩm số 93/GDDT-DS ngày 27/5/2002 về vụ tranh chấp địa điểm đánh bắt hải sản giữa bà Loan và ông Thanh ở Bà Rịa- Vũng Tàu*
- [139] Lê Tài Triển, Nguyễn Vạng Thọ và Nguyễn Tân, *Luật thương mại Việt Nam dẫn giải, Quyển II*, Sài Gòn, 1973
- [140] Trung tâm trọng tài quốc tế (VIAC) bên cạnh Phòng thương mại và công nghiệp Việt Nam, *50 phán quyết trọng tài quốc tế chọn lọc*, Hà Nội, 2002
- [141] Trường đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 1*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2006
- [142] Trường đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật dân sự Việt Nam- Tập 2*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007
- [143] Trường đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật thương mại- Tập 1*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2007
- [144] Trường đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2009
- [145] Trường đại học Kinh tế quốc dân, Bộ môn Luật kinh tế, *Giáo trình luật thương mại quốc tế*, Nxb Khoa học và Kỹ thuật, Hà Nội, 1999
- [146] Trường đại học Tổng hợp hữu nghị giữa các dân tộc Mát- xơ- va, *Những qui định chung của luật hợp đồng ở Pháp, Đức, Anh, Mỹ*, Bản dịch ra tiếng Việt của Phạm Thái Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1993
- [147] Nguyễn Minh Tuấn, “Khế ước và thừa kế trong Quốc Triều Hình Luật”, *Quốc Triều Hình Luật- Lịch sử hình thành, nội dung và giá trị*, Lê Thị Sơn chủ biên, Nxb Khoa học Xã hội, Hà Nội, 2004
- [148] Đinh Trung Tụng (Chủ biên), *Bình luận những nội dung mới củ Bộ luật Dân sự năm 2005*, Nxb Tư pháp, Hà Nội 2005

- [149] Vũ Tam Tư, *Luật Rôma: Khế ước & Nghĩa vụ*, Trường đại học tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, Lưu hành nội bộ

U

- [150] Đào Trí Úc, *Một số vấn đề cơ bản về Bộ luật Dân sự Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, Số chuyên đề 1997
- [151] 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
- [152] Unidroit Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994]
- [153] University of Wollongong, *Contractor safety guidelines*, pp. 2 & 5-6

V

- [154] R. C. Van Caenegem, *An Introduction to Private Law*, Cambridge University, 1996
- [155] Xaca Vacaxum, Tori Aridumi, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nguyễn Đức Giao và Lưu Tiến Dũng dịch ra tiếng Việt, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1995
- [156] 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

W

- [157] Guiguo Wang, *Business Law of China- Cases, Texts and Commentery*, Butterworths Asia, Hongkong- Singapore- Malaysia, 1993
- [158] Wikipedia, the free encyclopedia, *Agency (law)*, [[http://en.wikipedia.org/wiki/Agency_\(law\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Agency_(law))], 9/14/2008
- [159] Wikipedia, the free encyclopedia, *Autonomy*, [<http://en.wikipedia.org/wiki/Autonomy>], 2/2/2008
- [160] Wikipedia, the free encyclopedia, *Contract*, [<http://en.wikipedia.org/wiki/Contracts>], 7/10/2007

- [161] Wikipedia, the free encyclopedia, *Custom (law)*,
[[http://en.wikipedia.org/wiki/Custom_\(law\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Custom_(law))], 10/18/2009
- [162] Wikipedia, the free encyclopedia, *Good faith*,
[http://en.wikipedia.org/wiki/Bona_fide], 4/3/2007
- [163] Wikipedia, the free encyclopedia, *Freedom of contract*,
[http://en.wikipedia.org/wiki/Freedom_of_contract], 2/2/2008
- [164] Wikipedia, the free encyclopedia, *Lochner v. New York*,
[http://en.wikipedia.org/wiki/Lochner_v._New_York], 2/7/2008
- [165] Wikipedia, the free encyclopedia, *Standard form contract*,
[http://en.wikipedia.org/wiki/Standard_form_contract] 8/8/2007
- [166] Wikipedia, the free encyclopedia, *Contra proferentem*,
[http://en.wikipedia.org/wiki/Contra_proferentem], 6/11/2013
- [167] Wikipedia, the free encyclopedia, *Fault (legal)*,
[[http://en.wikipedia.org/wiki/Fault_\(legal\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Fault_(legal))], 6/29/2013
- [168] Witold Wolodkiewicz, Maria Zablocka, *Luật La Mã*, Bản dịch của Lê Nết
cho Khoa Luật dân sự, Trường đại học Luật, Đại học Quốc gia Thành phố
Hồ Chí Minh, TP. Hồ Chí Minh, 1999

X

- [169] Xin Chunying, *Chinese Legal System & Current Legal Reform*, KAS –
Schriftenreihe, 1999

Y

- [170] Edward Youngkins, *Freedom to contract*, Liberty Free Press, June 15, 2000,
[<http://www.quebecoislibre.org/youngkins25.html>], 2/2/2008
- [171] R. Keith Yorston and Edward E. Fortescue, *Australian Mercantile Law*, The
Law Book Co. of Australia PTY LTD, Sydney, Melbourne, Brisbane, 1943

Z

- [172] Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations- Roman Foundations of the
Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996

- [173] Konrad Zweigert and Hein Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998