

TỔ CHỨC THỰC HIỆN



ĐƠN VỊ TÀI TRỢ

DZUNGSRT
& ASSOCIATES

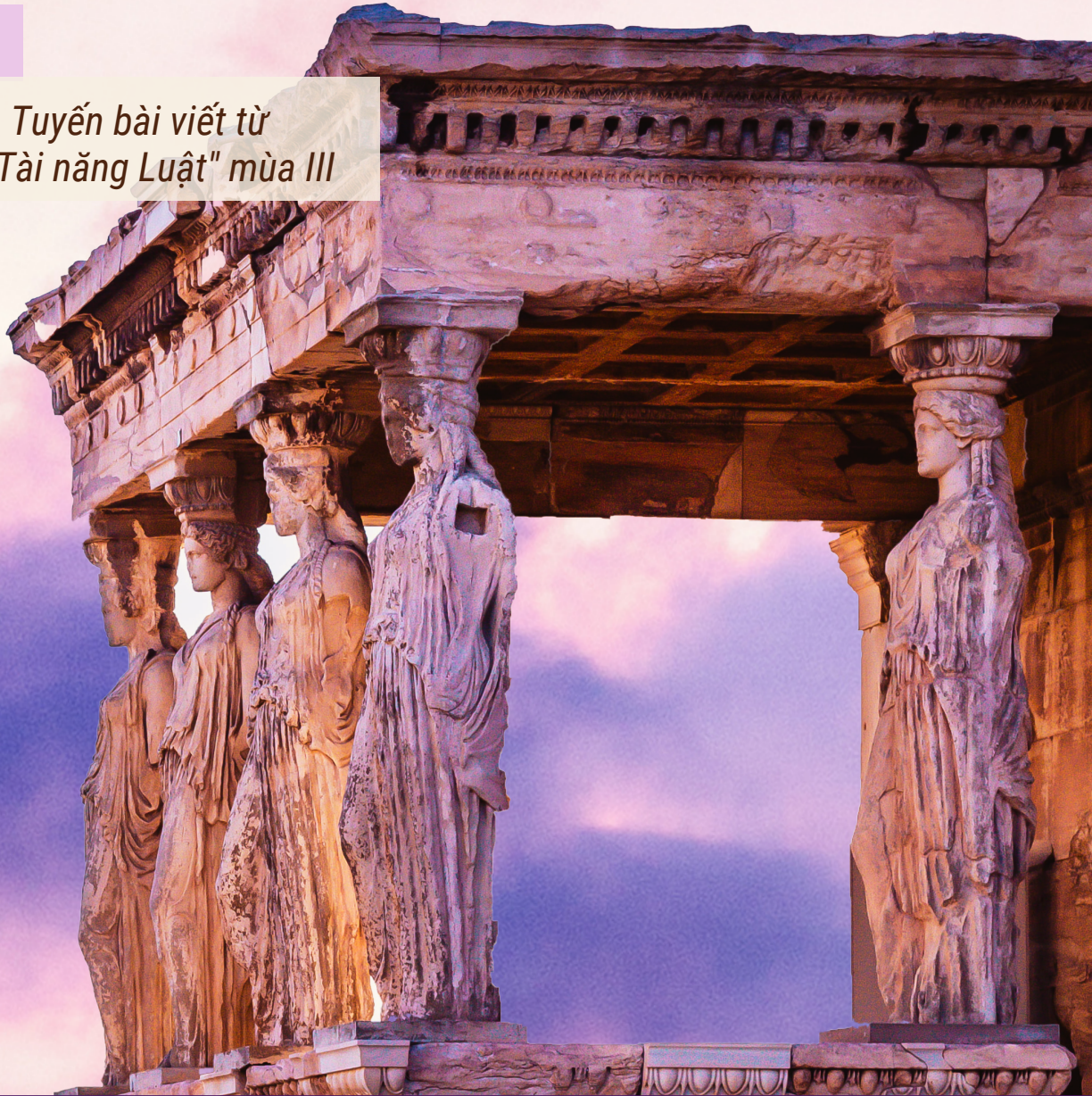


Chuyên san

SINH VIÊN & PHÁP LUẬT

SỐ 13 - 02/2023

Với sự tham gia của Tuyển bài viết từ
Cuộc thi "Khắc dấu Tài năng Luật" mùa III



PRACTICE MAKES PERFECT

Nhóm công ty trong Luật Doanh nghiệp Việt Nam - Bất cập và giải pháp hoàn thiện

Trọng tài vụ việc (ad hoc arbitration) tại Việt Nam

James Madison – Người có đóng góp to lớn trong việc hình thành hệ thống pháp luật Hoa Kỳ

Cesare Beccaria - Cha đẻ luật Hình sự hiện đại

Bình luận về Dự thảo án lệ liên quan đến vấn đề truy thu thuế đối với tiền kỹ thuật số

The Theoretical Framework for Corporate Governance

LỜI NÓI ĐẦU

Câu lạc bộ Nghiên cứu & Tư vấn Pháp luật (LRAC) luôn nỗ lực không ngừng trong việc xây dựng một môi trường hoạt động với ba nền tảng chính: **Nghiên cứu – Thực hành – Phản biện** thông qua các hoạt động chủ đạo phù hợp với năng lực của sinh viên. Để thực hiện những mục tiêu này, LRAC đã và đang ấp ủ những dự án dành cho các bạn sinh viên đam mê với ngành luật, thích nghiên cứu và sáng tạo. Là những người đang ngồi trên ghế nhà trường, chúng tôi phần nào hiểu được rằng: sinh viên luật cần được rèn luyện kỹ năng viết, rộng hơn là khả năng nghiên cứu. Vì lẽ này, Chuyên san Sinh viên & Pháp luật đã ra đời.

Đây là nơi sinh viên có cơ hội vận dụng những kiến thức đã học và tiếp tục phát triển các kỹ năng cần thiết thông qua việc nghiên cứu và thực hành viết các bài luận, bài nghiên cứu khoa học ngắn về các vấn đề liên quan đến luật pháp đang diễn ra ngoài xã hội. Việc được các thầy cô, luật sư nhận xét về khả năng viết của cá nhân trong khuôn khổ một bài nghiên cứu là cơ hội hiếm có. Không chỉ vậy, những góp ý, phản biện bài viết từ các anh chị khóa trên cũng tạo ra những góc nhìn đa chiều. LRAC mong muốn tạo điều kiện tốt nhất cho sinh viên được thử sức với nghiên cứu pháp luật thông qua quá trình nghiên cứu - viết - phản biện nhằm tạo tiền đề cho việc thực hiện các công trình nghiên cứu khoa học hoàn chỉnh sau này.

Bằng những cố gắng, chúng tôi luôn mong muốn đóng góp sức mình vào công cuộc tạo động lực thúc đẩy sinh viên phát triển các kỹ năng cần thiết cho việc nghiên cứu và tư vấn pháp luật. Song, kiến thức là vô tận và hiểu biết của chúng tôi còn hạn chế nên những thiếu sót trong các bài viết của Chuyên san là không thể tránh khỏi. Chúng tôi luôn sẵn lòng đón nhận những ý kiến đóng góp từ các bạn độc giả để những số phát hành sau được tốt hơn.

Cuối cùng, LRAC xin gửi lời cảm ơn sâu sắc đến các Giảng viên khoa Luật Kinh tế; các Luật sư tại Công ty Luật TNHH Tư vấn Độc lập (Dzungsr & Associates); Luật sư Trần Minh Tuấn thuộc Công ty Luật Nishimura & Asahi; Thạc sĩ Trần Vũ Hà Minh thuộc Công ty Luật TNHH Tư vấn quốc tế (Indochine Counsel); Luật sư Nguyễn Thị Hoàn thuộc Công ty Luật TNHH CNC Việt Nam (CNC Counsel); Luật sư Trần Quốc Đạt - Công ty TNHH Tư vấn đầu tư thương mại dịch vụ NDT; và các anh chị khóa trên đã hỗ trợ nhận xét, góp ý các bài viết cũng như tất cả các bạn sinh viên luôn dõi theo, ủng hộ Chuyên san Sinh viên & Pháp luật nói riêng và LRAC nói chung.

Câu lạc bộ Nghiên cứu & Tư vấn Pháp luật

MỤC LỤC

Ban cố vấn

Nguyễn Thị Thanh Xuân	Giảng viên
Nguyễn Thị Phương Thảo	Giảng viên
Nguyễn Mạnh Dũng	Luật sư
Vũ Phương Trang	Luật sư
Trần Minh Tuấn	Luật sư
Trần Vũ Hà Minh	Thạc sĩ
Nguyễn Thị Hoàn	Luật sư
Trần Quốc Đạt	Luật sư

Ban Biên tập

Trưởng ban

Đỗ Nguyễn Thúy Diệu	K20502C
---------------------	---------

Thành viên

Trần Thị Trà My	K21502
Trần Hồng Anh	K21501C
Nguyễn Thị Ngân Quỳnh	K21501
Nguyễn Kim Khôi Nguyên	K21502C
Cam Hoàng Minh Quân	K21502
Bùi Đoàn Minh Trí	K21502T
Nguyễn Hồng Hải Phượng	K21501
Nguyễn Thị Phượng Nhung	K22501
Trần Hồng Nhung	K22502
Lê Anh Tuấn	K22502C
Thái Quốc Huân	K22503C
Phạm Ngọc Thanh Trà	K22502C
Hoàng Yến Khoa	K22502
Nguyễn Ngọc Hân	K22501
Nguyễn Lê Mỹ Ngọc	K22501

Ban Thiết kế

Trưởng ban

Trần Hồng Anh	K21501C
---------------	---------

Thành viên

Nguyễn Thị Phượng Nhung	K21501
Nguyễn Hồng Hải Phượng	K21501
Trần Thị Trà My	K21502
Nguyễn Ngọc Bảo Châu	K21502
Trần Hồng Nhung	K22502
Trần Quốc Trung	K22502
Hoàng Yến Khoa	K22502
Thái Quốc Huân	K22503C

1. Kính đa trùng

Bình luận về dự thảo án lệ liên quan đến vấn đề truy thu thuế đối với tiền kỹ thuật số	4
--	---

Sự thiếu độc lập của thỏa thuận chọn luật trong hợp đồng theo tư pháp quốc tế Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế	14
---	----

Nhóm công ty trong Luật Doanh nghiệp Việt Nam - Bất cập và giải pháp hoàn thiện	22
---	----

Vụ việc 21 lô đất đứng tên người Trung Quốc ở Đà Nẵng và vấn đề pháp lý xoay quanh việc xác định các thuật ngữ liên quan	33
--	----

2. Có thể bạn chưa biết?

Hợp đồng lao động điện tử - Quy định mới cho người sử dụng lao động và người lao động Việt Nam	39
--	----

Chính sách tăng mạnh thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá truyền thống ở Thái Lan và Philipines - Đề xuất cho Việt Nam	44
---	----

3. Nhân vật & Sự kiện

Cesare Beccaria - Cha đẻ luật hình sự hiện đại	51
--	----

James Madison - Người có đóng góp to lớn trong việc hình thành hệ thống pháp luật Hoa Kỳ	54
--	----

4. Legalese Corner

The Theoretical Framework for Corporate Governance	57
--	----

5. Góc kết nối

Trọng tài vụ việc (ad hoc arbitration) tại Việt Nam	76
---	----

6. Cơ hội - Tiềm năng

International Commercial Mediation Competition (ICMC) - Cuộc thi hòa giải thương mại quốc tế	84
--	----

7. Giải trí

Bridge of Spies - Trách nhiệm và phẩm giá của người luật sư	86
---	----

8. Tuyên bài từ cuộc thi Khắc dấu Tài năng Luật mùa III

Rủi ro pháp lý từ ứng dụng AI - Một số rủi ro từ ChatGPT	88
--	----

Trách nhiệm bồi thường thiệt hại liên quan đến AI (Artificial Intelligence)	92
---	----

Trí tuệ nhân tạo trong thuật toán định giá thị trường và nguy cơ hạn chế cạnh tranh	98
---	----

BÌNH LUẬN VỀ DỰ THẢO ÁN LỆ LIÊN QUAN ĐẾN VẤN ĐỀ TRUY THU THUẾ ĐỐI VỚI TIỀN KỸ THUẬT SỐ

Phạm Nguyễn Tấn Trung (K195022014)

Sinh viên trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM

Vấn đề tiền kỹ thuật số, tiền ảo có được coi là tài sản, hàng hóa hay không đến nay vẫn còn là vấn đề pháp lý có nhiều điều để tranh luận tại Việt Nam khi chưa có khung pháp lý cụ thể điều chỉnh về tiền kỹ thuật số, tiền ảo. Thực tiễn xét xử ở Việt Nam có một bản án liên quan đến vấn đề này và đặc biệt hơn, bản án này đã được đề xuất thành án lệ vào năm 2022. Với tính chất đặc biệt như vậy, việc xem xét các phán quyết, lập luận được sử dụng trong bản án này là điều cần lưu tâm. Thông qua bài viết này, tác giả mong muốn đưa ra một số đánh giá liên quan đến Dự thảo án lệ này, từ đó đưa ra nhận định về khả năng trở thành án lệ của Dự thảo.

Từ khóa: tiền kỹ thuật số, tài sản, thuế, án lệ.

Whether digital currency or virtual currency is considered a property or a commodity is still a legal issue, that has many problems for debating in Vietnam while there is no specific legal framework governing such currencies. The present court adjudication reality in Vietnam has appeared a rare judgment with the decisions related to this issue, and more specifically, this judgment was proposed to be a precedent in 2022. With this special nature, it is important to consider the decisions and arguments used in this judgment. Through this article, the author wishes to give a number of assessments related to this proposed precedent, thereby give a number of comments on the possibility of becoming a precedent of this proposed precedent.

Keywords: digital currency, property, tax, precedent.

1. Giới thiệu Dự thảo án lệ¹

Năm 2017, tại tỉnh Bến Tre, Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre đã tuyên Bản án hành chính sơ thẩm số 22/2017/HC-ST ngày 21/9/2017 "Về việc khiếu kiện quyết định truy thu thuế" giữa người khởi kiện là ông Nguyễn Việt C, người bị kiện là Chi cục trưởng Chi cục thuế thành phố B và Cục trưởng Cục thuế tỉnh B. Điểm đáng chú ý của bản án này là những nhận định của Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre liên quan đến việc xác định các loại hình tiền kỹ thuật số, tiền ảo (sau đây thống nhất cách gọi là "tiền kỹ thuật số") này có phải là tài sản hay không. Đây là vấn đề pháp lý còn nhiều tranh luận trong giới nghiên cứu cũng như giới hành nghề luật. Điều này có thể nói là lý do lớn nhất mà bản án này đã được Vụ Pháp chế

và Quản lý khoa học Tòa án nhân dân tối cao đề xuất lên Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao xem xét phát triển thành án lệ vào năm 2022, với tên gọi "Dự thảo án lệ số 17/2022" (sau đây gọi là "Dự thảo").

1.1. Tóm tắt vụ việc của bản án là nguồn của Dự thảo án lệ

Từ năm 2008 đến năm 2013, ông C tham gia trao đổi tiền kỹ thuật số qua mạng Internet với tổng doanh số và lợi nhuận thu được từ hoạt động này được (tạm thời) xác định lần lượt là 140.218.143.677 đồng và 1.358.393.508 đồng.

Ngày 19/10/2015, Cơ quan A thuộc Công an tỉnh Bến Tre ban hành Công văn số 87/ANDT đề nghị Cục thuế tỉnh Bến Tre nghiên cứu xử lý vi phạm hành chính về

việc truy thu thuế đối với hành vi mua bán tiền kỹ thuật số trên mạng Internet của ông.

Ngày 13/5/2016, ông C nhận được Quyết định số 714/QĐ-CCT ngày 12/5/2016 của Chi cục trưởng Chi cục thuế thành phố Bến Tre. Tại phần biện pháp khắc phục hậu quả, tổng số thuế ông phải nộp là 2.649.377.069 đồng, cụ thể: thuế giá trị gia tăng: 981.527.006 đồng, thuế thu nhập cá nhân: 1.667.850.063 đồng. Số thuế được ông C cho là quá cao và không hợp lý so với lợi nhuận trước thuế (1.358.393.508 đồng) mà ông thu được từ hoạt động trao đổi tiền kỹ thuật số.

Ngày 07/9/2016, Chi cục trưởng Chi cục thuế thành phố Bến Tre ban hành Quyết định số 1205/QĐ-CCT ngày 07/9/2016 về việc

¹ Dự thảo án lệ số 17/2022 do Vụ Pháp chế và Quản lý khoa học Tòa án nhân dân tối cao đề xuất <<https://anle.toaan.gov.vn/webcenter/portal/anle/chitietanleduthao?dDocName=TAND284941>>

giải quyết khiếu nại lần đầu với nội dung không công nhận nội dung đơn khiếu nại của ông C đối với Quyết định số 714/QĐ-CCT ngày 12/5/2016 của Chi cục trưởng Chi cục thuế thành phố Bến Tre.

Ngày 18/5/2017, Cục trưởng Cục thuế tỉnh Bến Tre đã ban hành Quyết định số 1002/QĐ-CT ngày 18/5/2017 về việc giải quyết khiếu nại của ông C (lần 2) với nội dung tương tự như Quyết định số 1205/QĐ-CCT ngày 07/9/2016 của Chi cục thuế thành phố Bến Tre.

Ngày 15/6/2017, ông C nộp đơn khởi kiện vụ án hành chính tại Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre đối với Chi cục trưởng Chi cục thuế thành phố Bến Tre và Cục trưởng Cục thuế tỉnh Bến Tre với yêu cầu hủy Quyết định số 714/QĐ-CCT ngày 12/5/2016 của Chi cục trưởng Chi cục thuế thành phố Bến Tre và Quyết định số 1002/QĐ-CT ngày 18/5/2017 của Cục trưởng Cục thuế tỉnh Bến Tre.

Ngày 21/9/2017, Bản án hành chính sơ thẩm số 22/2017/HC-ST ngày 21/9/2017 của Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre “Về việc khiếu kiện quyết định truy thu thuế” (sau đây gọi là “Bản án”) đã được tuyên theo hướng chấp nhận yêu cầu khởi kiện của ông C.

1.2. Nội dung Dự thảo án lệ

Trong Dự thảo, Vụ Pháp chế và Quản lý khoa học Tòa án nhân dân tối cao đề xuất một phần nhận định trong Bản án của Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre liên quan đến vấn đề truy thu thuế đối với hoạt động trao đổi tiền kỹ thuật số của ông C trở thành án lệ. Cụ thể, nhận định của Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre trong Bản án bao gồm 15 đoạn, từ đoạn [1] đến đoạn [15], và nội dung của nhận định từ đoạn [10] đến [12] được đề xuất trở thành nội dung của án lệ.

Án lệ được đề xuất có nội dung được khái quát như sau: “Trong trường hợp cá nhân tham gia mua bán tiền kỹ thuật số (tiền ảo) trên mạng internet, có thu nhập từ việc này và bị cơ quan thuế ra quyết định truy thu thuế giá trị gia tăng, thuế thu nhập cá nhân, Tòa án phải xác định tiền kỹ thuật số (tiền ảo) không phải là đối tượng chịu thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập cá nhân theo quy định pháp luật và tuyên hủy quyết định truy thu thuế của cơ quan thuế”, chi tiết hơn như sau:

[10] Xét thấy, căn cứ pháp lý để xác định ông C phải nộp thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập cá nhân khi mua bán tiền kỹ thuật số thì phải xem xét tiền kỹ thuật số có phải là đối tượng chịu thuế theo quy định tại Điều 3 Luật Thuế giá trị gia tăng năm 2008 như sau: “Đối tượng chịu thuế là hàng hóa, dịch vụ sử dụng cho sản xuất, kinh doanh và tiêu dùng ở Việt Nam ...” cũng như theo quy định tại Điều 2 và Điều 3 Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007 thì đối tượng nộp thuế là cá nhân cư trú có thu nhập chịu thuế từ hoạt động sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ. Như vậy, tiền kỹ thuật số (tiền ảo) có được pháp luật hiện hành coi là hàng hóa hay không để xác định ông C phải chịu thuế khi tham gia giao dịch mua bán trên mạng Internet. Cho đến thời điểm hiện nay, chưa có bất cứ một văn bản quy phạm pháp luật nào quy định tiền kỹ thuật số (tiền ảo) là hàng hóa, dịch vụ sử dụng cho sản xuất, kinh doanh và tiêu dùng ở Việt Nam. Cụ thể: theo Điều 163 Bộ luật Dân sự 2005 quy định: “Tài sản bao gồm vật,

tiền, giấy tờ có giá các quyền tài sản” và theo Điều 3 Luật Thương mại năm 2005 quy định: “Hàng hóa bao gồm: tất cả các loại động sản, kể cả động sản hình thành trong tương lai; những vật gắn liền với đất đai”. Trong khi đó, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam không chấp nhận tiền ảo là tiền tệ, phương tiện thanh toán hợp pháp, đồng thời Nghị định số 96/2014/NĐ-CP ngày 17/10/2014 của Chính phủ quy định chế tài xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi phát hành, cung ứng và sử dụng phương tiện thanh toán không hợp pháp như Bitcoin và các loại tiền ảo tương tự.

[11] Ngoài ra, theo Công văn số 881/TTra ngày 15/10/2013 của Thanh tra Bộ Thông tin và Truyền thông về việc cung cấp thông tin phục vụ công và Công văn số 125/BTR-TTRA.m ngày 09/12/2013 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam Chi nhánh tỉnh Bến Tre (BL 227 và 230) đều xác định: pháp luật hiện hành không quy định ngành nghề kinh doanh nạp tiền ảo và cũng không có khái niệm tiền ảo, đến nay chưa có văn bản quy phạm pháp luật nào điều chỉnh về việc mua bán tiền ảo trên Internet. Công văn số 47/ĐKKD ngày 04/8/2017 của Phòng đăng ký kinh doanh thuộc Sở Kế hoạch và Đầu tư tỉnh Bến Tre từ chối việc xin đăng ký kinh doanh ngành nghề mua bán tiền điện tử của ông C, lý do: “Tiền ảo không phải là tiền tệ và không phải là phương tiện thanh toán hợp pháp. Việc phát hành, cung ứng và sử dụng tiền ảo làm tiền tệ hoặc phương tiện

thanh toán là hành vi bị cấm và chế tài xử lý hành vi này đã được quy định tại Nghị định số 96/2014/NĐ-CP ngày 17/10/2014 của Chính phủ". Do pháp luật chưa có quy định về tiền ảo, tài sản ảo, tiền điện tử, vì vậy ngày 21/8/2017, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 1255/QĐ-TTg phê duyệt đề án hoàn thiện khung pháp lý để quản lý, xử lý đối với các loại tiền ảo, tiền điện tử, tài sản ảo. Trong đó, tại khoản 4 mục II Điều 1 của Quyết định đã giao cho Bộ Tài chính xây dựng văn bản quy phạm pháp luật về thuế liên quan đến tiền ảo và tài sản ảo để trình cơ quan có thẩm quyền xem xét, ban hành. Vì vậy, **Quyết định số 714/QĐ-CCT ngày 12/5/2016 của Chi cục trưởng Chi cục thuế thành phố B đã căn cứ vào Công văn số 4356/BTC-TCT ngày 01/4/2016 của Bộ Tài chính nêu: "... hoạt động mua bán tiền kỹ thuật số là hoạt động mua bán hàng hóa và được xếp vào loại hình hoạt động kinh doanh thương mại; tiền kỹ thuật số thuộc đối tượng chịu thuế giá trị gia tăng và cá nhân kinh doanh tiền kỹ thuật số thuộc đối tượng chịu thuế thu nhập cá nhân."** là vượt quá thẩm quyền ban hành theo quy định của Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật, tức là Công văn số 4356/BTC-TCT ngày 01/4/2016 của Bộ Tài chính hướng dẫn áp dụng pháp luật vượt quá các quy định của Bộ luật, Luật, Nghị định và Quyết định của Thủ tướng Chính phủ, mặc nhiên công nhận tiền kỹ thuật số (tiền ảo) là hàng hóa nên được mua bán và xếp vào loại

hình hoạt động kinh doanh thương mại và phải chịu thuế theo quy định là không đúng, xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của ông C, đồng thời ảnh hưởng đến hiệu quả điều hành chính sách tiền tệ của Ngân hàng Nhà nước, tạo điều kiện để chuyển tiền bất hợp pháp, thanh toán, tài trợ cho các giao dịch bất hợp pháp.

[12] Bên cạnh đó tại Điều 1 của **Quyết định số 714/QĐ-CCT ngày 12/5/2016 của Chi cục trưởng Chi cục thuế thành phố B có nêu lý do không xử phạt hành chính: "Hình thức kinh doanh mua bán tiền kỹ thuật số trên mạng Internet là một loại hình mới phát sinh, do các văn bản hướng dẫn áp dụng thu thuế loại hình còn chậm"** cũng đã thừa nhận việc mua bán tiền kỹ thuật số chưa có văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn thi hành. Mặt khác, Quyết định số 714/QĐ-CCT ngày 12/5/2016 của Chi cục trưởng Chi cục thuế thành phố B đã căn cứ vào Công văn số 87/ANĐT ngày 19/10/2015 của Cơ quan A - Công an tỉnh Bến Tre để tính tổng doanh số mua bán tiền ảo không kê khai nộp thuế là 140.218.143.677 đồng để truy thu thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập cá nhân là 2.649.377.069 đồng là không chính xác, bởi lẽ Công văn số 87/ANĐT ngày 19/10/2015 của Cơ quan A là văn bản chỉ mang tính chất tham khảo, là kết quả thu thập chứng cứ, tài liệu theo quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự nhằm xác định có đủ căn cứ để khởi tố vụ án hình sự hay không? Số tiền ông C tham gia mua bán tiền ảo

nhằm để xác định định lượng số tiền phạm pháp hoặc thu lợi bất chính chứ không phải làm căn cứ để tính thuế giá trị gia tăng hay thuế thu nhập cá nhân theo quy định. Do đó, ông C khởi kiện yêu cầu hủy Quyết định số 714/QĐ-CCT ngày 12/5/2016 của Chi cục trưởng Chi cục thuế thành phố B và các quyết định giải quyết khiếu nại có liên quan là có cơ sở nên được chấp nhận."

2. Một số vấn đề pháp lý được đặt ra đối với nội dung án lệ của Dự thảo được đề xuất

Có thể thấy, phần "Khái quát nội dung của án lệ" trong Dự thảo chỉ đề cập đến việc giải quyết vấn đề pháp lý là "tiền kỹ thuật số trên mạng Internet không phải là đối tượng chịu thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập cá nhân". Thế nhưng, với toàn bộ nội dung Dự thảo án lệ trên đây, Dự thảo còn làm phát sinh nhiều vấn đề pháp lý hơn như vậy. Dĩ nhiên, giá trị của án lệ không chỉ được gói gọn ở phần "Khái quát nội dung của án lệ" (vốn chỉ mang tính chất định hướng giải quyết vấn đề pháp lý của án lệ), mà còn nằm ở toàn bộ "Nội dung án lệ". Cho nên, có thể xác định rằng, vấn đề mà Dự thảo án lệ đặt ra không chỉ dừng lại ở đối tượng chịu thuế.

Cụ thể hơn, Dự thảo đưa ra hướng giải quyết đối với việc một người có hoạt động mua bán tiền kỹ thuật số trên mạng Internet sẽ không bị truy thu thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập cá nhân đối với thu nhập phát sinh từ hoạt động này. Luận điểm chính được đưa ra bởi Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre là bản thân tiền kỹ thuật số không phải là tài sản, hàng hóa theo pháp luật Việt Nam nên tiền kỹ thuật số không thuộc đối tượng bị truy thu thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập cá nhân.² Theo nội

² Điều 3 Luật Thuế giá trị gia tăng 2008, Điều 2 và Điều 3 Luật Thuế thu nhập cá nhân 2007

dung của án lệ trong Dự thảo, luận điểm này về cơ bản được lập luận dựa trên các luận cứ sau:

(i) Công văn của Bộ Tài chính có nội dung công nhận “tiền kỹ thuật số là tài sản, hàng hóa nên được coi là đối tượng chịu thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập cá nhân” được xác định là không có giá trị như một văn bản quy phạm pháp luật do Công văn này được ban hành vượt quá thẩm quyền ban hành theo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

(ii) Chính phủ và Ngân hàng Nhà nước Việt Nam không chấp nhận tiền kỹ thuật số là tiền tệ, phương tiện thanh toán hợp pháp được thể hiện qua các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan.

(iii) Cho đến thời điểm xét xử sơ thẩm, chưa có bất cứ một văn bản quy phạm pháp luật nào quy định tiền kỹ thuật số là tài sản, hàng hóa.

(iv) Việc công nhận tiền kỹ thuật số là tài sản hay hàng hóa sẽ dẫn đến sự xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của ông C, đồng thời ảnh hưởng đến hiệu quả điều hành chính sách tiền tệ của Ngân hàng Nhà nước, tạo điều kiện để chuyển tiền bất hợp pháp, thanh toán, tài trợ cho các giao dịch bất hợp pháp.

Việc xem xét tính hợp lý của các luận cứ này là đặc biệt quan trọng, bởi lẽ, nếu chỉ cần ít nhất một luận cứ được coi là không hợp lý thì sẽ ảnh hưởng đến giá trị của cả luận điểm, từ đó giá trị của toàn bộ án lệ của Dự thảo sẽ được coi là không đủ tính thuyết phục và tính chuẩn mực để trở thành án lệ được

áp dụng cho những tình huống tương tự về sau. Trong phạm vi bài viết, tác giả sẽ phân tích một số vấn đề pháp lý liên quan để xem xét tính thuyết phục của các luận cứ.

2.1. Công văn của Bộ Tài chính công nhận tiền kỹ thuật số là tài sản, hàng hóa có được coi là được ban hành vượt quá thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật hay không?

Dựa vào nội dung án lệ, Công văn số 4356/BTC-TCT ngày 01/4/2016 của Bộ Tài chính nêu: “... hoạt động mua bán tiền kỹ thuật số là hoạt động mua bán hàng hóa và được xếp vào loại hình hoạt động kinh doanh thương mại; tiền kỹ thuật số thuộc đối tượng chịu thuế giá trị gia tăng và cá nhân kinh doanh tiền kỹ thuật số thuộc đối tượng chịu thuế thu nhập cá nhân.” Công văn này được Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre xác định là Bộ Tài chính đã vượt quá thẩm quyền ban hành theo quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Cụ thể là Công văn số 4356/BTC-TCT ngày 01/4/2016 của Bộ Tài chính hướng dẫn áp dụng pháp luật vượt quá các quy định của Bộ luật, Luật, Nghị định và Quyết định của Thủ tướng Chính phủ, mặc nhiên công nhận tiền kỹ thuật số là hàng hóa nên được mua bán và xếp vào loại hình hoạt động kinh doanh thương mại và phải chịu thuế theo quy định là không đúng.

Chưa xét đến vấn đề xác định tiền kỹ thuật số là hàng hóa, tài sản là có đúng quy định pháp luật hay không, trước tiên cần xác định Công văn số 4356/BTC-TCT ngày 01/4/2016 của Bộ Tài chính (sau đây gọi là “Công văn”) có được coi là được ban hành vượt quá thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật hay không.

Yếu tố cần xem xét đầu tiên là liệu Công văn có nội dung tạo ra

quy phạm pháp luật mới không? Xét thấy, toàn bộ nội dung của Công văn là vận dụng, căn cứ vào các quy định pháp luật của Bộ luật Dân sự 2005, Luật Thương mại 2005, Luật Thuế giá trị gia tăng 2008 và Luật Thuế thu nhập cá nhân 2007 để suy luận ra được kết luận là tiền kỹ thuật số là tài sản, hàng hóa dưới dạng quyền tài sản nên tiền kỹ thuật số là đối tượng chịu thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập cá nhân, chi tiết nội dung kết luận như sau:³

Hành vi mua, bán tiền kỹ thuật số không phải là hành vi bị cấm;

Người sở hữu tiền kỹ thuật số có quyền trị giá được bằng tiền và có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự nên thuộc “quyền tài sản” theo Điều 181 Bộ Luật dân sự số 33/2005/QH11. Do vậy, tiền kỹ thuật số là “tài sản” theo Điều 163 Bộ Luật dân sự số 33/2005/QH11, là tài sản “động sản” theo Điều 174 Bộ Luật dân sự số 33/2005/QH11 và là “hàng hoá” động sản theo Điều 3 Luật Thương mại số 36/2005/QH11;

Hoạt động mua, bán tiền kỹ thuật số là hoạt động mua, bán hàng hóa và được xếp vào loại hình hoạt động kinh doanh thương mại.

Tiền kỹ thuật số thuộc đối tượng chịu thuế GTGT theo quy định tại Điều 3 (không thuộc đối tượng không chịu thuế GTGT theo quy định tại Điều 5) Luật Thuế GTGT số 13/2008/QH12;

Cá nhân kinh doanh tiền kỹ thuật số thuộc đối tượng nộp thuế TNCN theo quy định tại Điều 2 Luật Thuế TNCN số 04/2007/QH12;

³ Điều 1 Công văn số 4356/BTC-TCT ngày 01/4/2016 của Bộ Tài chính về việc hướng dẫn quản lý thuế đối với hoạt động mua, bán tiền kỹ thuật số

Doanh nghiệp kinh doanh tiền kỹ thuật số thuộc đối tượng phải nộp thuế TNDN theo quy định tại Điều 2 Luật Thuế TNDN số: 14/2008/QH12.

Từ nội dung kết luận trên, có thể nhận định rằng Công văn đã đưa ra kết luận dựa trên việc vận dụng các căn cứ pháp luật hiện hành chứ không tạo ra quy phạm pháp luật mới. Hay nói cách khác, Công văn này của Bộ Tài chính không được coi là “văn bản quy phạm pháp luật” vì không tạo ra quy phạm pháp luật mới. Công văn này cần được coi là văn bản hướng dẫn nghiệp vụ nội bộ ngành như ý kiến trình bày của người bị kiện có nêu,⁴ phù hợp với chức năng hướng dẫn nghiệp vụ về quản lý thuế của Bộ Tài chính được quy định tại điểm d khoản 6 Điều 2 Nghị định 215/2013/NĐ-CP ngày 23/12/2013 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Tài chính.

Bên cạnh đó, một yếu tố khác cũng cần được xem xét đó là giả sử Công văn của Bộ Tài chính là một văn bản quy phạm pháp luật (được cho là được ban hành vượt quá thẩm quyền), Tòa án cũng không có thẩm quyền bác bỏ toàn bộ giá trị quy phạm pháp luật của Công văn. Bởi lẽ, căn cứ điểm b khoản 1 Điều 221 Bộ luật Tố tụng dân sự 2015, vụ án đang được xem xét tại phiên tòa (trong trường hợp này là phiên tòa sơ thẩm) thì Hội đồng xét xử tạm ngừng phiên tòa và báo cáo Chánh án Tòa án đang giải quyết vụ án có văn bản đề nghị Chánh án Tòa án nhân dân tối cao kiến nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật. Với quy định này,

Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre nếu xét thấy Công văn là một văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật (cụ thể là Bộ luật Dân sự 2005) thì Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre phải dừng phiên tòa sơ thẩm và đề nghị lên Chánh án Tòa án nhân dân tối cao. Nói cách khác, Bộ luật Tố tụng dân sự 2015 không cho phép Tòa án tự mình bác bỏ một văn bản quy phạm pháp luật được ban hành trái pháp luật.

Tóm lại, Công văn của Bộ Tài chính có nội dung công nhận tiền kỹ thuật số là tài sản, hàng hóa không phải là văn bản quy phạm pháp luật vì không có nội dung tạo ra quy phạm pháp luật mới. Thế nên, Bộ Tài chính đã không vượt quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật khi ban hành Công văn. Ngoài ra, cũng cần nhấn mạnh rằng Tòa án cũng không có thẩm quyền bác bỏ một văn bản quy phạm pháp luật, dù văn bản ấy được ban hành dưới bất kể hình thức nào. Thế nên, việc Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre nhận định Công văn của Bộ Tài chính là sự vượt quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật là không thực sự thuyết phục.

2.2. Tiền kỹ thuật số có được coi là “tiền” hay “phương tiện thanh toán hợp pháp” hay không?

Tính đến thời điểm hiện tại, phương tiện thanh toán hợp pháp được quy định chủ yếu trong Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2022), Pháp lệnh Ngoại hối 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2013) và Nghị định 101/2012/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/11/2012 về thanh toán không dùng tiền mặt (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 80/2016/NĐ-CP của Chính phủ ngày 01/7/2016). Cụ thể, phương

tiện thanh toán hợp pháp bao gồm: tiền giấy, tiền kim loại do Ngân hàng Nhà nước Việt Nam phát hành;⁵ séc, thẻ thanh toán, hối phiếu đòi nợ, hối phiếu nhận nợ và các phương tiện thanh toán khác;⁶ lệnh chi, ủy nhiệm chi, nhờ thu, ủy nhiệm thu, thẻ ngân hàng và các phương tiện thanh toán khác theo quy định của Ngân hàng Nhà nước.⁷ Các phương tiện thanh toán không được liệt kê trên đây đều được coi là phương tiện thanh toán không hợp pháp.⁸

Từ đây, có thể suy ra được tiền kỹ thuật số được coi là “phương tiện thanh toán không hợp pháp”, nên tiền kỹ thuật số không được coi là “phương tiện thanh toán hợp pháp (bao gồm tiền)” nói chung và “tiền” nói riêng theo pháp luật Việt Nam hiện hành.

Tuy nhiên, xét riêng đối với thời điểm của vụ việc được sử dụng là nguồn án lệ của Dự thảo, định nghĩa về “phương tiện thanh toán hợp pháp” có sự khác biệt đáng kể so với quy định pháp luật hiện hành. Cụ thể, ông C đã tham gia mua bán tiền kỹ thuật số qua mạng trong khoảng thời gian từ năm 2008 đến năm 2013.⁹ Trong khoảng thời gian này, Nghị định 80/2016/NĐ-CP của Chính phủ ngày 01/7/2016 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 101/2012/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/11/2012 về thanh toán không dùng tiền mặt vẫn chưa được ban hành cũng như chưa có hiệu lực, nên danh sách các phương tiện thanh toán hợp pháp vào thời điểm đó vẫn còn là “danh sách mở” do chưa có quy định về định nghĩa của “phương tiện thanh toán không hợp pháp” được quy định bởi Nghị định này. Thế nên, trước thời điểm Nghị định 80/2016/NĐ-CP có hiệu lực vào

⁴ Phần “Nội dung vụ án” của Dự thảo án lệ số 17/2022

⁵ Điều 17(2) Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam 2010

⁶ Điều 6(2)(b) Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam 2010 và Điều 4(1)(b) Pháp lệnh Ngoại hối 2005

⁷ Điều 4(6) Nghị định 101/2012/NĐ-CP (được bổ sung bởi Điều 1(1) Nghị định 80/2016/NĐ-CP)

⁸ Điều 4(7) Nghị định 101/2012/NĐ-CP (được bổ sung bởi Điều 1(1) Nghị định 80/2016/NĐ-CP)

⁹ Phần “Nội dung vụ án” của Dự thảo án lệ số 17/2022

ngày 01/7/2016, việc xác định tiền kỹ thuật số là phương tiện thanh toán không hợp pháp là không có cơ sở thuyết phục.

Dù vậy, trong bản án được sử dụng làm Dự thảo được tuyên vào ngày 21/9/2017, Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre đã áp dụng các quy định của Nghị định 80/2016/NĐ-CP để xác định rằng tiền kỹ thuật số là phương tiện thanh toán không hợp pháp, trong khi thu nhập từ hoạt động mua bán tiền kỹ thuật số của ông C phát sinh tại thời điểm Nghị định này chưa có hiệu lực. Quyết định này của Tòa án có thể coi là trái với nguyên tắc cơ bản trong áp dụng văn bản quy phạm pháp luật vì văn bản quy phạm pháp luật được áp dụng đối với hành vi xảy ra tại “thời điểm mà văn bản đó đang có hiệu lực”,¹⁰ và điều này làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến giá trị của toàn bộ nội dung án lệ của Dự thảo.

2.3. Việc xác định tiền kỹ thuật số là tài sản, hàng hóa có cần thiết phải có một văn bản quy phạm pháp luật quy định một cách minh thị không?

Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre đã đưa ra lập luận rằng việc chưa có bất cứ một văn bản quy phạm pháp luật nào quy định tiền kỹ thuật số là tài sản, hàng hóa để làm một trong những lập luận nhằm phủ nhận việc định danh tiền kỹ thuật số là tài sản. Có thể nói, đây là một lập luận không có cơ sở thuyết phục. Bởi lẽ, có những đối tượng được coi là tài sản mà không cần phải có bất cứ một văn bản quy phạm pháp luật quy định cụ thể đối tượng đó là tài sản. Ví dụ như lúa gạo, không có một văn bản quy phạm pháp luật nào quy định cụ thể rằng “lúa

gạo là tài sản”, nhưng thực tế lúa gạo vẫn được coi là tài sản, thông qua các giao dịch mua bán lúa gạo trong đời sống sinh hoạt thường ngày. Thế nên, việc xem xét một đối tượng có phải tài sản, hàng hóa hay không chỉ cần dựa trên việc nhận diện được bản chất của “tài sản”, “hàng hóa” và bản chất của đối tượng đang được xem xét (cụ thể ở đây là tiền kỹ thuật số).

Cụ thể, Bộ luật Dân sự định nghĩa “tài sản” là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản.¹¹ Định nghĩa theo hướng liệt kê này không nổi bật lên được bản chất của tài sản. Về mặt khoa học pháp lý, một đối tượng được coi là tài sản nếu đáp ứng được hai tiêu chí: có thể sở hữu được, và trị giá được thành tiền. Có thể nói, theo cách diễn giải này, tiền kỹ thuật số đáp ứng đủ tiêu chí “có thể sở hữu được” bởi chỉ có một chủ sở hữu mới có mã cá nhân để định đoạt tiền kỹ thuật số và công nghệ chuỗi khối cũng giúp xác định chính xác lượng tiền kỹ thuật số đó để tránh làm giả.¹² Tiền kỹ thuật số cũng đáp ứng được tiêu chí “trị giá được bằng tiền” được minh chứng rõ ràng nhất bởi các sàn giao dịch tiền kỹ thuật số phổ biến trên toàn cầu, nơi diễn ra các giao dịch tiền kỹ thuật số có thị giá được hiển thị công khai theo từng thời điểm tương ứng với mỗi loại tiền kỹ thuật số. Với việc đáp ứng đủ hai tiêu chí nói trên, tiền kỹ thuật số hoàn toàn được coi là tài sản.

Từ việc nhận diện tiền kỹ thuật số là tài sản (cụ thể hơn là động sản do tiền kỹ thuật số không phải là bất động sản vì không phải là đất đai hay tài sản gắn liền với đất đai), tiền kỹ thuật số cũng được

xác định là “hàng hóa” theo khoản 2 Điều 3 Luật Thương mại 2005. Vấn đề tiếp theo sẽ là tiền kỹ thuật số được xác định là tài sản dưới dạng “vật”, “tiền”, “giấy tờ có giá” hay “quyền tài sản”?

“Vật” không được pháp luật Việt Nam định nghĩa rõ ràng. Về mặt khoa học pháp lý, vật được hiểu là đối tượng hữu hình, chiếm một phần của không gian và con người có thể biết được thông qua các giác quan tiếp xúc như cầm, nắm, nhìn, sờ thấy chúng.¹³ Với cách hiểu này, rất khó để xác định tiền kỹ thuật số là vật, vì việc một chủ thể “nắm giữ” tiền kỹ thuật số chỉ được ghi nhận thông qua bản sao của số cái trong hệ thống chuỗi khối, chứ chủ thể nắm giữ đó không chiếm hữu tiền kỹ thuật về mặt vật lý bởi tính vô hình của tiền kỹ thuật số.

“Tiền” cũng không được pháp luật Việt Nam định nghĩa cụ thể giống như vật. Về mặt khoa học pháp lý, tiền được hiểu là tiền pháp định dưới dạng tiền giấy, tiền kim loại được Ngân hàng Nhà nước Việt Nam phát hành¹⁴ hoặc ngoại tệ.¹⁵ Với cách hiểu này, tiền là phương tiện thanh toán được phát hành hợp pháp bởi các quốc gia hoặc khu vực (như đồng Euro của Liên minh Châu Âu, đồng Tây Phi CFA franc của 08 nước ở Tây Phi, đồng Trung Phi CFA franc của 06 nước ở Trung Phi). Trong khi đó, tiền kỹ thuật số không được phát hành bởi nhà nước nên không được coi là tiền.

“Giấy tờ có giá” không được Bộ luật Dân sự quy định cụ thể, tuy nhiên, Pháp lệnh Ngoại hối 2005 và Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam 2010 cũng liệt kê cụ thể một số đối tượng là giấy tờ có giá như:

¹⁰ Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật 2015

¹¹ Điều 163 Bộ luật Dân sự 2005 và Điều 105 Bộ luật Dân sự 2015

¹² Nguyễn Đình Phước, ‘Tiền ảo có thể được xem là tài sản’, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 21(421)*, tháng 10/2020, tr. 20 - 26

¹³ Vũ Thị Hồng Yến, ‘Khái niệm tài sản trong pháp luật dân sự và kiến nghị sửa đổi bộ Luật dân sự năm 2005’, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 21(301)*, tháng 11/2015, tr. 30 - 36.

¹⁴ Điều 23 Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam 1997, Điều 17 Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam 2010

¹⁵ Điều 4(1)(a) Pháp lệnh Ngoại hối 2005, Điều 6(2)(a) Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam 2010

trái phiếu Chính phủ, trái phiếu công ty, kỳ phiếu, cổ phiếu và các loại giấy tờ có giá khác.¹⁶ Trong khi đó, khoản 1 Điều 1 Nghị định 11/2012/NĐ-CP về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29 tháng 12 năm 2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm đã định nghĩa “giấy tờ có giá bao gồm cổ phiếu, trái phiếu, hối phiếu, kỳ phiếu, tín phiếu, chứng chỉ tiền gửi, séc, chứng chỉ quỹ, giấy tờ có giá khác theo quy định của pháp luật, trị giá được thành tiền và được phép giao dịch”. Dù vậy, Nghị định này đã hết hiệu lực và được thay thế kể từ ngày 15/5/2021 bởi Nghị định 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành Bộ luật Dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, và Nghị định thay thế này đã không còn quy định về định nghĩa giấy tờ có giá. Mặt khác, theo khoản 1 Điều 2 Thông tư 01/2012/TT-NHNN ngày 16/02/2012 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quy định về việc chiết khấu giấy tờ có giá của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam đối với các tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, giấy tờ có giá là bằng chứng xác nhận nghĩa vụ trả nợ giữa tổ chức phát hành giấy tờ có giá với người sở hữu giấy tờ có giá trong một thời gian nhất định, điều kiện trả lãi và những điều kiện khác. Thế nhưng, theo tác giả, định nghĩa này không áp dụng đối với các vấn đề nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của Thông tư 01/2012/TT-NHNN, vì giấy tờ có giá theo định nghĩa này sẽ không bao gồm cổ phiếu - một loại giấy tờ có giá được quy định trong Luật Ngân hàng Nhà nước và Pháp lệnh Ngoại hối không có bản chất là “xác nhận nghĩa vụ trả nợ của tổ chức phát hành”. Có thể nói, cho đến thời điểm hiện tại, không có một định nghĩa rõ ràng về giấy

tờ có giá, thay vào đó, pháp luật liệt kê một danh sách “mở” các đối tượng được xem là giấy tờ có giá, nên rất khó có cơ sở vững chắc để cho rằng tiền kỹ thuật số là giấy tờ có giá.

Cuối cùng là “quyền tài sản”, Bộ luật Dân sự 2005 định nghĩa “Quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền và có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự, kể cả quyền sở hữu trí tuệ”.¹⁷ Tức là theo Bộ luật Dân sự 2005, một đối tượng được coi là “quyền tài sản” nếu đối tượng đó là (i) quyền, (ii) trị giá được bằng tiền, và (iii) có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự. Quy định này cũng mặc định “quyền sở hữu trí tuệ” là quyền tài sản. Chiếu theo định nghĩa này, tiền kỹ thuật số hoàn toàn có thể được nhìn nhận như là một “quyền tài sản”. Bởi vì, tiền kỹ thuật số được “nắm giữ” như một “quyền”, do có tính chất vô hình. Tiền kỹ thuật số cũng đáp ứng được tiêu chí “trị giá được bằng tiền” và “có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự”, được minh chứng rõ ràng nhất bởi các sàn giao dịch tiền kỹ thuật số phổ biến trên toàn cầu, nơi diễn ra các giao dịch tiền kỹ thuật số có thị giá được hiển thị công khai theo từng thời điểm tương ứng với mỗi loại tiền kỹ thuật số. Trong khi đó, với quy định của Bộ luật Dân sự 2015, việc tiền kỹ thuật số vẫn được xác định là quyền tài sản. Bởi vì, Bộ luật Dân sự 2015 bỏ đi tiêu chí “có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự”, quyền tài sản được định nghĩa là (i) quyền (ii) trị giá được bằng tiền.¹⁸ Đây cũng là nhận định của Bộ Tài chính trong Công văn đã được phân tích tại tiểu mục 2.1.

Tóm lại, tiền kỹ thuật số đủ điều kiện để được coi là tài sản, hàng hóa mà không phải có một văn bản quy phạm pháp luật quy định

một cách minh thị. Bên cạnh đó, tiền kỹ thuật số có thể được xác định là “quyền tài sản”. Nhận định của Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre nêu rằng việc chưa có bất cứ một văn bản quy phạm pháp luật nào quy định tiền kỹ thuật số là tài sản, hàng hóa để làm một trong những lập luận nhằm phủ nhận việc định danh tiền kỹ thuật số là tài sản là một nhận định thiếu cơ sở vững chắc do không được xem xét, đánh giá một cách toàn diện bởi Tòa án.

2.4. Việc công nhận tiền kỹ thuật số là tài sản, hàng hóa có làm xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của ông C, đồng thời ảnh hưởng đến hiệu quả điều hành chính sách tiền tệ của Ngân hàng Nhà nước, tạo điều kiện để chuyển tiền bất hợp pháp, thanh toán, tài trợ cho các giao dịch bất hợp pháp không?

Nội dung án lệ của Dự thảo (đoạn [11]) có nhận định rằng việc công nhận tiền kỹ thuật số là hàng hóa, tài sản dẫn đến việc ông C phải chịu đóng thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập cá nhân là không đúng, việc này là xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của ông C, đồng thời ảnh hưởng đến hiệu quả điều hành chính sách tiền tệ của Ngân hàng Nhà nước, tạo điều kiện để chuyển tiền bất hợp pháp, thanh toán, tài trợ cho các giao dịch bất hợp pháp.

Trước tiên, việc nhận định rằng sự công nhận tiền kỹ thuật số là tài sản, hàng hóa là xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của ông C là không thực sự thuyết phục. Bởi lẽ, trong thời gian ông C có hoạt động mua bán tiền kỹ thuật số, ông đã nhận thức được và buộc phải nhận thức được rằng ông phải thực hiện nghĩa vụ đóng thuế của một công dân,¹⁹ cũng như thu nhập của mình hoàn toàn có

¹⁶ Điều 4(1)(c) Pháp lệnh Ngoại hối 2005, Điều 6(2)(c) Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam 2010

¹⁷ Điều 181 Bộ luật Dân sự 2005

¹⁸ Điều 115 Bộ luật Dân sự 2015

¹⁹ Điều 80 Hiến pháp 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001)

thể phải chịu thuế. Điều này được chứng minh bởi hành vi chủ động đi đăng ký kinh doanh và đăng ký thuế đối với hoạt động này của mình dù không đăng ký được, cũng như ông không phủ nhận thu nhập từ hoạt động này không phải chịu thuế với việc cho rằng thuế phải đóng là “quá cao và chưa thật sự hợp lý”. Tuy nhiên, kể cả khi ông C không thể hiện bất kỳ hành vi hay ý chí nào cho thấy ông có nhận thức được rằng thu nhập từ hoạt động mua bán tiền kỹ thuật số của mình hoàn toàn có thể phải chịu thuế, ông C cũng buộc phải nhận thức được điều này do hoạt động mua bán tiền kỹ thuật số rõ ràng không thuộc “Đối tượng không chịu thuế” theo Luật Thuế giá trị gia tăng 2008²⁰ cũng như không thuộc “Thu nhập được miễn thuế” theo Luật Thuế thu nhập cá nhân 2007.²¹

Tiếp đến, nhận định về việc công nhận này ảnh hưởng đến hiệu quả điều hành chính sách tiền tệ của Ngân hàng Nhà nước, tạo điều kiện để chuyển tiền bất hợp pháp, thanh toán, tài trợ cho các giao dịch bất hợp pháp cũng có thể coi là không đủ tính thuyết phục. Dù tiền kỹ thuật số được nhiều nghiên cứu cho rằng có ảnh hưởng tiêu cực đến chính sách tiền tệ của quốc gia,²² cũng như là một công cụ được sử dụng trong các giao dịch bất hợp pháp như rửa tiền hay tài trợ khủng bố,²³ nhưng các hệ quả này thực chất xuất phát từ sự tồn tại của tiền kỹ thuật số và sự phát triển của thị trường tiền kỹ thuật số, bất kể tiền kỹ thuật số có được coi là tài sản hay không. Nói cách khác, việc xác định tiền kỹ thuật số có hay không là tài sản và những hệ quả nói trên không có mối quan hệ nhân quả với nhau.

Tóm lại, việc xác định tiền kỹ thuật số là tài sản, hàng hóa không được xem là xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của ông C, và cũng không liên quan đến vấn đề hiệu quả điều hành chính sách tiền tệ của Ngân hàng Nhà nước hay tạo điều kiện để chuyển tiền bất hợp pháp, thanh toán, tài trợ cho các giao dịch bất hợp pháp. Quan trọng hơn, các nhận định trên của Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre cũng không thể được coi là căn cứ hợp lệ để phủ nhận bản chất tài sản của tiền kỹ thuật số. Như đã giải thích ở tiểu mục 2.3, hoạt động mua bán tiền kỹ thuật số không bị pháp luật Việt Nam cấm, và bản thân tiền kỹ thuật số đáp ứng đủ hai điều kiện cần và đủ là “đối tượng có thể sở hữu được” và “trị giá được thành tiền” để được định danh là tài sản. Ngoài hai điều kiện này, không có bất cứ điều kiện nào khác mà tiền kỹ thuật số phải đáp ứng để được xác định là tài sản.

3. Một số đánh giá về Dự thảo án lệ

Dễ thấy rằng nội dung án lệ của Dự thảo tương đối dài nếu so sánh với các án lệ đang có hiệu lực cũng như các Dự thảo án lệ khác. Mặc dù Dự thảo có phần “Khái quát nội dung của án lệ” để tóm tắt vấn đề pháp lý chính cần giải quyết, nhưng toàn bộ phần “Nội dung án lệ” lại cho thấy các lập luận để giải quyết vấn đề pháp lý chính ấy tương đối lan man và thiếu trọng tâm. Điều này làm cho án lệ được Dự thảo trở nên khó hiểu và khó khăn trong việc xác định các lập luận cụ thể để chứng minh cho hướng giải quyết vấn đề pháp lý được đặt ra trong Dự thảo.

Với 04 luận cứ được đưa ra và phân tích tại mục 2 trên đây, có

thể nói tất cả luận cứ được sử dụng làm nội dung án lệ đều không chứng minh được phán quyết cho rằng tiền kỹ thuật số không phải là đối tượng bị truy thu thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập cá nhân vì tiền kỹ thuật số không phải là tài sản, hàng hóa. Cụ thể, Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre đã có một số vi phạm một cách cơ bản trong áp dụng pháp luật để tuyên bản án được sử dụng làm nguồn án lệ của Dự thảo.

Thứ nhất, nhận định của Tòa án cho rằng Bộ Tài chính đã vượt thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật được coi là một nhận định thiếu cơ sở vì Tòa án đã không nhìn nhận được rằng Công văn của Bộ Tài chính không tạo ra quy phạm pháp luật mới, cũng như Tòa án đã có phán quyết không thuộc thẩm quyền của mình khi bác bỏ một văn bản mà Tòa án cho là văn bản quy phạm pháp luật. Thứ hai, Tòa án đã có sai lầm nghiêm trọng trong áp dụng pháp luật khi các quy định của Nghị định 80/2016/NĐ-CP có hiệu lực pháp luật sau thời điểm ông C có hoạt động mua bán tiền kỹ thuật số qua mạng Internet lại được Tòa án áp dụng trong tình huống của bản án. Thứ ba, nhận định của Tòa án cho rằng chưa có văn bản quy phạm pháp luật nào quy định tiền kỹ thuật số không được coi là tài sản, hàng hóa có thể coi là một nhận định rất thiếu tính thuyết phục. Bởi lẽ, rõ ràng rằng không ít đối tượng trong đời sống xã hội thường ngày được coi là tài sản mà không cần bất cứ văn bản quy phạm pháp luật quy định một cách minh thị rằng đối tượng đó là tài sản. Thứ tư, việc Tòa án cho rằng các ảnh hưởng đến “hiệu quả điều

²⁰ Điều 3 và 5 Luật Thuế giá trị gia tăng 2008

²¹ Điều 3 và 4 Luật Thuế thu nhập cá nhân 2007

²² Lê Thị Tuấn Nghĩa, Nguyễn Thanh Tùng, ‘Tiền ảo và thách thức đối với chính sách tiền tệ’, *Tạp chí Tài chính Online* (03/6/2018) <<https://tapchitaichinh.vn/tien-ao-va-thach-thuc-doi-voi-chinh-sach-tien-te.html>> truy cập ngày 02/6/2023

²³ Anh Minh, ‘Nguy cơ rửa tiền qua tiền ảo tại Việt Nam rất lớn’, *VnExpress* (07/9/2022) <<https://vnexpress.net/nguy-co-rua-tien-qua-tien-ao-tai-viet-nam-rat-lon-4508506.html>> truy cập ngày 02/6/2023

hành chính sách tiền tệ của Ngân hàng Nhà nước, tạo điều kiện để chuyển tiền bất hợp pháp, thanh toán, tài trợ cho các giao dịch bất hợp pháp” để gián tiếp phủ nhận bản chất tài sản của tiền kỹ thuật số có thể nói là một nhận định thiếu tính nhân quả. Như đã phân tích, tiền kỹ thuật số có hay không là tài sản thì cũng không tác động đáng kể gì đến các ảnh hưởng này.

Từ các phân tích trên đây, có thể nói Tòa án đã không đưa ra được bất cứ một luận cứ nào đủ thuyết phục nào để cho rằng tiền kỹ thuật số không phải là tài sản, hàng hóa. Đáng chú ý hơn là mỗi luận cứ đều thể hiện những sai lầm nghiêm trọng trong áp dụng pháp luật của Tòa án trong quá trình xét xử. Điều này cũng đồng nghĩa án lệ được đề xuất không đủ “tính chuẩn mực” cũng như không đủ “giá trị hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử” để đáp ứng các tiêu chí lựa chọn án lệ vì những sai lầm trong cách lập luận của Tòa án này.

4. Kết luận

Tóm lại, việc tồn tại những sai lầm trong các lập luận của Tòa án được phân tích trên đây được coi là những căn cứ để không phát triển Dự thảo thành án lệ chính thức. Nếu phát triển thành án lệ chính thức, Dự thảo này sẽ được coi là một tiền lệ không tốt cho nền tư pháp Việt Nam khi một án lệ có quá nhiều lập luận không đảm bảo “tính chuẩn mực” để được coi là có giá trị cho các vụ việc tương tự về sau. Với việc không phát triển Dự thảo thành án lệ chính thức, câu hỏi tiền kỹ thuật số có phải là tài sản hay không vẫn tiếp tục trở thành một vấn đề còn nhiều tranh luận. Tuy nhiên, theo quan điểm cá nhân của tác giả như đã trình bày, tiền kỹ thuật số cần được nhìn nhận đúng bản chất là có các yếu tố của một tài sản, từ đó tiền kỹ thuật số được coi là đối tượng chịu thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập cá nhân, đảm bảo hạn chế hiện tượng thất thu thuế nói riêng và thất thu ngân sách nhà nước nói chung khi quy mô cũng như giá trị giao dịch về tiền kỹ thuật số trên thực tế rất là khổng lồ.

Trong thời gian các cơ quan có thẩm quyền vẫn đang trong quá trình xây dựng khung pháp lý cụ thể đối với tiền kỹ thuật số như hiện nay, Tòa án nhân dân tối cao và Viện kiểm sát nhân dân tối cao, với vị thế là hai cơ quan đứng đầu Nhà nước về hoạt động tư pháp, cần có hướng dẫn cụ thể cho hoạt động xét xử của các tòa án trên toàn quốc theo hướng “thừa nhận” tiền kỹ thuật là tài sản, hàng hóa để đảm bảo sự thống nhất trong cách xét xử dựa trên các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Văn bản pháp luật

1. Hiến pháp 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001)
2. Bộ luật Dân sự 2005
3. Bộ luật Dân sự 2015
4. Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam 1997 (sửa đổi, bổ sung năm 2003)
5. Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam 2010
6. Pháp lệnh Ngoại hối 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2013)
7. Luật Thuế thu nhập cá nhân 2007
8. Luật Thuế giá trị gia tăng 2008
9. Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2020).
10. Nghị định 101/2012/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/11/2012 về thanh toán không dùng tiền mặt
11. Nghị định 80/2016/NĐ-CP của Chính phủ ngày 01/7/2016 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 101/2012/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/11/2012 về thanh toán không dùng tiền mặt

Bản án, án lệ

Dự thảo án lệ số 17/2022 do Vụ Pháp chế và Quản lý khoa học Tòa án nhân dân tối cao đề xuất <<https://anle.toaan.gov.vn/webcenter/portal/anlechitietanleduthao?dDocName=TAND284941>>

Sách, tạp chí

1. Vũ Thị Hồng Yến, ‘Khái niệm tài sản trong pháp luật dân sự và kiến nghị sửa đổi bộ Luật dân sự năm 2005’, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 21(301)*, tháng 11/2015
2. Nguyễn Đình Phước, ‘Tiền ảo có thể được xem là tài sản’, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 21(421)*, tháng 10/2020

Nguồn điện tử

1. Lê Thị Tuấn Nghĩa, Nguyễn Thanh Tùng, ‘Tiền ảo và thách thức đối với chính sách tiền tệ’ *Tạp chí Tài chính Online (03/6/2018)* <<https://tapchitaichinh.vn/tien-ao-va-thach-thuc-doi-voi-chinh-sach-tien-te.html>>
2. Anh Minh, ‘Nguy cơ rửa tiền qua tiền ảo tại Việt Nam rất lớn’, *VnExpress (07/9/2022)* <<https://vnexpress.net/nguy-co-rua-tien-qua-tien-ao-tai-viet-nam-rat-lon-4508506.html>>

Nhận xét

***ThS. Trần Vũ Hà Minh - Công ty Luật TNHH Tư vấn quốc tế (Indochine Counsel)**

1. Về phương pháp nghiên cứu

Bài viết chưa làm rõ câu hỏi nghiên cứu và thông điệp tác giả muốn nhấn mạnh. Vì câu hỏi nghiên cứu của đề tài là đánh giá Dự thảo Án lệ (nên hay không nên công nhận bản án là án lệ), tác giả nên trình bày theo hướng bản án có thỏa mãn tiêu chí để sử dụng trở thành án lệ hay không theo Điều 2 Nghị quyết 04/2019/NQ-HĐTP. Từ đó chứng minh là bản án không thỏa mãn các yếu tố tiêu chí án lệ như: có giá trị làm rõ quy định pháp luật, có tính chuẩn mực, có giá trị hướng dẫn áp dụng pháp luật thống nhất trong xét xử. Với nội dung và cấu trúc hiện tại, thì bài viết đang trực tiếp phân tích, nhận xét, đánh giá nội dung một phần bản án nhiều hơn, chưa làm rõ các ý không nên công nhận bản án là án lệ. Nếu tác giả giữ nguyên câu hỏi nghiên cứu thì tác giả nên bổ sung thêm các ý nếu công nhận án lệ sẽ có những hệ quả gì (ví dụ thất thu thuế, phải qua các thủ tục bãi bỏ án lệ tốn thời gian khi không phù hợp)... để bài viết tăng thêm tính thuyết phục.

2. Về hình thức

Nội dung trình bày khá sáng sủa.

3. Về nội dung

- Ưu điểm:

Bài viết đề cập đến một chủ đề nóng và phức tạp (vị trí pháp lý của Bitcoin hay tiền/tài sản kỹ thuật số trong hệ thống pháp luật Việt Nam). Các phản biện của tác giả về 4 luận cứ mà Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre đưa ra nội dung và lập luận khá tốt. Cách tiếp cận dạng “không có quy định nên được hiểu không có nghĩa là không được làm” là đáng hoan nghênh. Có đào sâu nghiên cứu vào hệ thống văn bản quy phạm pháp luật Việt Nam như việc phân tích việc Tòa án áp dụng không chính xác Nghị định số 80/2016/NĐ-CP là một điểm tốt.

- Điểm cần cải thiện:

+ Bài viết còn khá nhiều nhận định mang tính chủ quan. Ví dụ như nhận định về các yếu tố cấu thành một “quy phạm pháp luật”; nhận định tiền kỹ thuật số là một dạng “tài sản” theo Luật Thương mại; hay nhận định “thiếu tính nhân quả” liên quan đến sự quan ngại của Tòa án về ảnh hưởng của việc sử dụng “tiền ảo” trong xã hội.

+ Số lượng tài liệu tham khảo, thông tin cung cấp còn hạn chế. Nếu tác giả xem xét các định nghĩa về tiền tệ và tài sản nói chung cũng như so sánh các quy định của các quốc gia khác trên thế giới thì bài viết sẽ có nhiều thông tin và tăng tính thuyết phục hơn. Nên có những thông tin về xu hướng kinh tế xã hội như giá trị giao dịch, các xu hướng chuyển đổi số, chiến lược của Chính phủ... để nhấn mạnh pháp luật (án lệ) cần phải phản ánh thực tế phát triển kinh tế xã hội tại thời điểm hiện tại.

+ Nên bổ sung thêm một số phán quyết của các vụ án khác có liên quan đến tiền và tài sản số ở Việt Nam như: vụ án cướp bitcoin được Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh xét xử vào tháng 5 năm 2023 để làm sâu sắc hơn các phân tích hay nhận định của mình.

+ Tác giả nên sử dụng các câu từ mềm mại hơn, đặc biệt trong các nhận xét về nhận định hay quyết định của các cơ quan Tòa án.

***Luật sư: ThS. LS. Trần Quốc Đạt - Công ty TNHH Tư vấn đầu tư thương mại dịch vụ NDT**

1. Về phương pháp nghiên cứu: Tốt

2. Về hình thức: Tốt

3. Về nội dung

- Ưu điểm:

Tác giả đưa ra các căn cứ pháp lý sát với thực tiễn, lập luận ổn.

- Điểm cần cải thiện:

+ Cấu trúc bài làm đang “kể lể”, và “lê tê”, cần làm gọn lại nêu bật ý tưởng.

+ Phương pháp đánh vào tâm lý người đọc thì kết luận phải nằm ở ngay đầu sau mỗi tiêu đề, hoặc sau khi hết toàn bộ đoạn thì rõ ràng hơn.

+ Tiền kỹ thuật số trước hết nó phải là tài sản (không phải là quyền tài sản, nếu là quyền tài sản thì phải là cái IP tạo ra tiền kỹ thuật số).

+ Tuy nhiên, dù là tài sản nhưng có thuộc diện chịu thuế hay không thì phải đối chiếu quy định của luật thuế. Thực tế nhiều hình thức tài sản/thu nhập vẫn không thuộc diện chịu thuế/nằm ngoài phạm vi điều chỉnh. Điểm này mới là mấu chốt của bản án. Bài viết cần nêu bật vấn đề này.

SỰ THIẾU ĐỘC LẬP CỦA THỎA THUẬN CHỌN LUẬT TRONG HỢP ĐỒNG THEO TƯ PHÁP QUỐC TẾ VIỆT NAM VÀ KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

Nguyễn Ngọc Minh Sơn (K20502),
Sinh viên trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM

Đối với hợp đồng có thỏa thuận chọn luật, điều khoản này là nền tảng cơ bản để trả lời các câu hỏi liên quan đến việc hình thành, hiệu lực, giải thích và thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, nếu hiệu lực của thỏa thuận này phụ thuộc vào hiệu lực của hợp đồng, cơ quan tài phán sẽ không xác định được luật điều chỉnh của hợp đồng trước khi hợp đồng được xác định hiệu lực. Mặt khác, cũng không thể khẳng định một sự tồn tại của hợp đồng cho đến khi thỏa thuận chọn luật được xác định hiệu lực. Bài viết này sẽ tập trung phân tích các vấn đề lý luận, bất cập liên quan đến hiệu lực của thỏa thuận chọn luật phụ thuộc hợp đồng, tham khảo các quy định trên thế giới đồng thời đưa ra gợi ý mở cho pháp luật Việt Nam về tách rời hiệu lực của điều khoản chọn luật.

Từ khóa: hợp đồng, tư pháp quốc tế, thỏa thuận chọn luật

Regarding contracts with a choice of law clause, this clause is the basic foundation for answering questions related to the contract's formation, validity, interpretation, and performance. However, suppose the validity of this clause depends on the validity of the contract. In that case, we will not be able to determine the governing law of the contract before the contract is confirmed valid. On the other hand, we also cannot affirm the existence of a contract until the choice of law clause is confirmed valid. This article will focus on analyzing the theoretical issues, and difficulties related to the validity of the choice of law clause depending on the contract, referring to the regulations in the world and giving suggestions for Vietnamese law on separating the validity of the choice of law clause.

Keywords: contract, international private law, choice of law

1. Đặt vấn đề

Nguồn của tư pháp quốc tế Việt Nam về hợp đồng tương đối đa dạng, bao gồm các quy định pháp luật nội địa và quy định trong các Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Pháp luật áp dụng đối với những hợp đồng có yếu tố nước ngoài¹ được xác định theo nguyên tắc chung được quy định tại Điều 664 Bộ luật Dân sự (BLDS).

Đầu tiên và quan trọng nhất, vì nền tảng của hợp đồng là việc bên tham gia có quyền tự do thỏa

thỏa nên luật áp dụng đối với hợp đồng trước hết phải dựa trên sự thống nhất của các bên. Trừ những trường hợp thỏa thuận của các bên không được áp dụng việc như hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, hoặc nội dung của pháp luật nước ngoài không xác định được², hoặc thỏa thuận của các bên bị hạn chế trong trường hợp hợp đồng liên quan đến người tiêu dùng³, người lao động⁴ hoặc bất động sản⁵, những trường hợp còn

lại, thỏa thuận của các bên (nếu có) phải được ưu tiên.⁶ Nguyên tắc này được thể hiện cụ thể tại khoản 2 Điều 664 BLDS khi quy định trường hợp pháp luật cho phép các bên thỏa thuận thì hệ thống pháp luật áp dụng được xác định theo lựa chọn của các bên. Nguyên tắc này được chi tiết hóa một lần nữa cho các quan hệ hợp đồng khi tại khoản 1 Điều 683 BLDS 2015 quy định các bên trong quan hệ hợp đồng được thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng của mình, chỉ trừ những

¹ Thuật ngữ "hợp đồng" và "hợp đồng có yếu tố nước ngoài" được sử dụng với nghĩa tương tự và có thể thay thế cho nhau trong bài viết này.

² Bộ luật Dân sự 2015, Điều 670(1)

³ Bộ luật Dân sự 2015, Điều 683(5)

⁴ Bộ luật Dân sự 2015, Điều 683(5)

⁵ Bộ luật Dân sự 2015, Điều 683(4)

⁶ Vũ Thị Hương, Đỗ Thị Diễm, 'Chọn luật áp dụng đối với hợp đồng thương mại quốc tế: Nghiên cứu Bộ luật Dân sự 2015 và Bộ nguyên tắc La Hay' (2021) *Tạp chí Pháp luật và Thực tiễn* 27, 32

trường hợp bị hạn chế thỏa thuận nêu trên. Và chỉ khi các bên không có thỏa thuận về pháp luật áp dụng thì mới áp dụng pháp luật của nước có mối liên hệ gần bó nhất với hợp đồng đó theo các nguyên tắc của tư pháp quốc tế.⁷

Như vậy có thể thấy, trong phạm vi của hợp đồng, vấn đề quyền lựa chọn của các bên hầu hết luôn được đặt ra. Lúc này, các bên trong hợp đồng có thể thỏa thuận áp dụng bất kỳ hệ thống pháp luật nào hoặc thậm chí là áp dụng tập quán quốc tế. Có thể nói, việc xác định hiệu lực của các thỏa thuận chọn luật áp dụng đối với hợp đồng của các bên rất quan trọng, đặc biệt khi giải quyết tranh chấp phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng bởi vì sự tồn tại của điều khoản này ảnh hưởng trực tiếp đến nội dung quyền và nghĩa vụ của các bên.⁸

2. Tổng quan về xác định hiệu lực của điều khoản chọn luật

2.1. Quy định pháp luật của Việt Nam về xác định hiệu lực của thỏa thuận chọn luật

Thỏa thuận chọn luật là ý chí của các bên trong việc xác định một hoặc nhiều hệ thống pháp luật sẽ điều chỉnh các nội dung trong hợp đồng cũng như để giải quyết tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng đó. Và vì điều khoản chọn luật là cơ sở để xác định hệ thống luật áp dụng đối với toàn bộ phần còn lại của hợp đồng nên bản thân hiệu lực của điều khoản này

cần được xem xét khác biệt.

Có thể thấy, trong một hợp đồng có thỏa thuận chọn luật thì điều khoản chọn luật là cơ sở để xác định luật điều chỉnh hiệu lực của hợp đồng vì tòa án không thể tự mình ngay lập tức chọn một luật khác trái với ý chí của các bên.⁹ Bên cạnh đó, xét về bản chất, các thỏa thuận chọn luật có thể được xem như hợp đồng dựa trên quy định của BLDS.¹⁰ Do vậy, theo nguyên tắc áp dụng tương tự pháp luật,¹¹ việc xác định hiệu lực của điều khoản này cũng phải tuân thủ những điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự. Ngoài ra, vì thỏa thuận chọn luật cũng được xem như hợp đồng nên theo BLDS,¹² thỏa thuận này cũng có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác, không quan trọng việc thỏa thuận được lập trước hay cùng lúc hay sau khi hợp đồng chính giữa các bên được ký kết. Nhìn chung, có thể khẳng định các quy định về điều kiện có hiệu lực hay thời điểm có hiệu lực của hợp đồng đều có thể áp dụng cho thỏa thuận chọn luật.

Vấn đề lớn nhất của việc áp dụng một thỏa thuận chọn luật là nếu xem hiệu lực của điều khoản này là một phần không thể tách rời của hợp đồng, thì tòa án không thể áp dụng thỏa thuận này cho đến khi toàn bộ hợp đồng được xác định có hiệu lực,¹³ vì điều khoản này chỉ có hiệu lực khi hợp đồng có hiệu lực.¹⁴ Việc lựa chọn điều khoản luật “thả nổi” như vậy sẽ

không thể thực thi được. Bên cạnh đó, liệu thỏa thuận này có chấm dứt khi hợp đồng chấm dứt, bị hủy bỏ hoặc vô hiệu. Vậy câu hỏi được đặt ra là nguyên tắc để xem xét hiệu lực của điều khoản chọn luật là gì? BLDS 2015 của Việt Nam đã hoàn toàn bỏ qua bởi Điều 664 và Điều 683 của BLDS liên quan trực tiếp đến thỏa thuận chọn luật trong hợp đồng¹⁵ chỉ đề cập các bên có quyền chọn luật mà không đặt ra bất kỳ một nguyên tắc nào khác để xác định hiệu lực của điều khoản này.

2.2. Hậu quả của việc thiếu nguyên tắc xác định hiệu lực của thỏa thuận chọn luật ở Việt Nam

Việc thiếu nguyên tắc xác định hiệu lực của thỏa thuận chọn luật có thể dẫn đến một vòng lặp được giáo sư Symeon Symeonides gọi là nghịch lý “con gà và quả trứng”¹⁶. Để làm rõ hơn, có thể xét ví dụ sau:¹⁷ Các bên thỏa thuận lựa chọn pháp luật của quốc gia A là luật điều chỉnh, pháp luật hợp đồng thực chất của A sẽ được áp dụng cho mọi vấn đề phát sinh từ hợp đồng, bao gồm sự vô hiệu hay hủy bỏ hợp đồng. Khi tranh chấp xảy ra, các bên khởi kiện tại tòa án Việt Nam. Theo thỏa thuận của các bên, tòa án áp dụng pháp luật của quốc gia A để giải quyết tranh chấp và dẫn đến hậu quả là hợp đồng này bị vô hiệu. Về bản chất, hợp đồng vô hiệu là hợp đồng không tồn tại¹⁸, hay có thể nói, chưa từng tồn tại một hợp đồng nào như vậy theo pháp luật quốc

⁷ Theo khoản 1 Điều 683 BLDS, “Trường hợp các bên không có thỏa thuận về pháp luật áp dụng thì pháp luật của nước có mối liên hệ gần bó nhất với hợp đồng đó được áp dụng.”

⁸ Nội dung này sẽ được phân tích ở những phần tiếp theo.

⁹ Nội dung này sẽ được phân tích ở những phần tiếp theo.

¹⁰ Bộ luật Dân sự 2015, Điều 385

¹¹ Bộ luật Dân sự 2015, Điều 6(1)

¹² Bộ luật Dân sự 2015, Điều 401(1)

¹³ *B-S Steel of Kansas, Inc. v. Texas Industries, Inc.* [2006] 10th Cir. 439 F.3d 653, 661; *Trans-Tec v. Harmony* [2008] 9th Cir. 518 F.3d 1120, 1124

¹⁴ Bất cập này sẽ được làm rõ tại mục 1.3 bài viết.

¹⁵ Bộ luật Dân sự 2015, Điều 664(2), Điều 683(1)

¹⁶ Symeon Symeonides, ‘Choice of Law in the American Courts in 2017: Thirty-First Annual Survey’ (2018) 66 *American Journal of Comparative Law* 1, 43

¹⁷ Ngô Quốc Chiến, Đinh Thị Tâm, ‘Điều kiện có hiệu lực của thỏa thuận lựa chọn pháp luật và xung đột giữa các điều kiện giao dịch chung’ (2018) 6 *Tạp chí Luật học* 3, 4

¹⁸ Nguyễn Hồng Hải, ‘Một số vấn đề về hợp đồng vô hiệu trong pháp luật tư hiện hành của Việt Nam’ (Hội thảo “Hợp đồng vô hiệu trong pháp luật một số nước”, Hà Nội, ngày 25/9/2018)

gia A. Vậy khi toàn bộ hợp đồng vô hiệu căn cứ theo pháp luật A, nghĩa là điều khoản chọn luật cũng vô hiệu vì thỏa thuận cũng nằm trong của hợp đồng.¹⁹ Do vậy, tòa án không thể áp dụng điều khoản này để chọn pháp luật quốc gia A, mà có thể áp dụng luật của nơi tòa án đang xét xử là pháp luật Việt Nam hoặc pháp luật của nơi có quan hệ mật thiết nhất với hợp đồng để xác định lại hiệu lực của hợp đồng.²⁰ Tuy nhiên, nếu hợp đồng không vô hiệu theo hệ thống pháp luật mà tòa án đã chọn, thì thỏa thuận chọn luật áp dụng cũng không vô hiệu, vì đây vốn là một phần trong sự thỏa thuận của các bên, là một phần của hợp đồng ngay từ đầu.²¹ Tuy vậy, nếu thỏa thuận chọn luật này có hiệu lực thì thẩm phán phải căn cứ vào thỏa thuận này, áp dụng pháp luật của A để giải quyết tranh chấp và hệ quả là hợp đồng lại vô hiệu. Vậy sau cùng, tòa án nên chọn luật A hay luật Việt Nam để ra phán quyết cuối cùng về hiệu lực của hợp đồng?

Ngoài ra, việc không có quy định về hiệu lực của thỏa thuận chọn luật có thể khiến quá trình áp dụng pháp luật của tòa án trái với ý chí ban đầu của các bên. Việc thiếu nguyên tắc riêng dành cho thỏa thuận chọn luật dẫn đến điều khoản này không được xem xét một cách độc lập đã xảy ra trong bản án số 74/2009/KDTM-PT ngày 12/6/2009. Trong vụ án đó, một công ty Việt Nam (nguyên đơn) và một công ty Đức có văn phòng đại

diện tại Thành phố Hồ Chí Minh (bị đơn) đã có thỏa thuận trong hợp đồng mua sơn rằng “mọi tranh chấp sẽ do trọng tài phân xử (Trọng tài Hamburger Freundschaftliche) và luật của Đức sẽ được áp dụng cho mọi tranh chấp”.²² Tuy nhiên sau đó, nguyên đơn lại khởi kiện tại tòa án và bị đơn cũng không khiếu nại về thẩm quyền của tòa. Do vậy, cả tòa sơ thẩm và tòa phúc thẩm đều cho rằng thỏa thuận chọn trọng tài đã bị thay thế bởi một thỏa thuận chọn tòa án. Theo đó, tòa án đã áp dụng luật Việt Nam để điều chỉnh nội dung của hợp đồng thay vì luật Đức như thỏa thuận của các bên. Như vậy, tòa án đã xem xét thỏa thuận chọn luật Đức một cách không độc lập với thỏa thuận chọn cơ quan giải quyết tranh chấp. Bởi từ bản án có thể thấy, tòa cho rằng vì thỏa thuận chọn luật nằm trong điều khoản trọng tài nên khi điều khoản trọng tài không còn hiệu lực thì thỏa thuận chọn luật cũng bị chấm dứt. Đây là một cách xử lý không được khuyến khích trong thực tiễn xét xử vì dựa trên nguyên tắc tự do hợp đồng, thỏa thuận của các bên nên được tôn trọng nếu thỏa thuận không rơi vào các trường hợp như không rõ ràng; không phù hợp với quy định pháp luật; không thể thực hiện được hoặc việc thực hiện trở nên đặc biệt tốn kém hơn đối với một bên.²³ Bên cạnh đó, việc lựa chọn luật được các bên thỏa thuận cùng với lựa chọn trọng tài trong một điều khoản hay được tách ra một điều khoản riêng biệt thì chúng

vẫn phục vụ những mục đích khác nhau.²⁴ Thỏa thuận chọn luật vẫn mang bản chất khác với phần còn lại của hợp đồng.

Có thể ví điều khoản chọn luật trong hợp đồng tương tự như một “quy phạm xung đột” trong tư pháp quốc tế, trong khi các điều khoản thông thường khác như điều kiện thanh toán, giao hàng,... là “quy phạm thực chất”²⁵, còn thỏa thuận chọn trọng tài thì liên quan đến thủ tục tố tụng. Về phần thỏa thuận trọng tài, vì bản chất khác biệt (liên quan đến vấn đề tố tụng chứ không phải nội dung tranh chấp), pháp luật công nhận sự hoàn toàn độc lập của thỏa thuận này đối với hợp đồng.²⁶ Vậy tương tự đối với một thỏa thuận chọn luật cũng có bản chất khác biệt như vậy (liên quan đến pháp luật điều chỉnh hợp đồng chứ không phải nội dung quyền và nghĩa vụ của các bên), thỏa thuận này cũng nên được xem xét độc lập. Vì quyền và nghĩa vụ của các bên luôn được điều chỉnh bởi luật.²⁷ Luật áp dụng được xác định dựa trên thỏa thuận chọn luật nếu các bên có quy định. Vậy trong trường hợp của bản án nêu trên, thỏa thuận chọn luật bị chấm dứt thì luật áp dụng bị thay đổi trái với ý chí ban đầu của các bên, dẫn đến quyền và nghĩa vụ của các bên bị ảnh hưởng, vì luật hợp đồng của Đức và Việt Nam có thể có sự khác biệt. Do đó, việc xác định luật áp dụng cho hợp đồng mà không tính đến ý chí của các bên có thể dẫn đến sự không chắc chắn về mặt

¹⁹ Ngô Quốc Chiến, Đinh Thị Tâm, tldd số 18, tr.4

²⁰ Tldd, tr.4

²¹ Tldd, tr.4

²² Bản án số 74/2009/KDTM-PT ngày 12/06/2009 (được dẫn tại Phan Hoài Nam, ‘Giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài tại tòa án Việt Nam’ (Luận án Tiến sĩ luật học, ĐH Luật Thành phố Hồ Chí Minh 2018) 105

²³ Phạm Hồ Hoàng Long, Ngô Quốc Chiến ‘Hợp đồng “không hoàn hảo” và sự can thiệp của tòa án’ (2019) *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*

²⁴ The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, s 1.7, nguyên văn: “While these clauses or agreements (collectively referred to as “dispute resolution agreements”) are often combined in practice with choice of law agreements, they serve different purposes.”

²⁵ Cụm từ “quy phạm xung đột”, “quy phạm thực chất” được sử dụng như đối tượng của một phép so sánh để làm rõ sự khác biệt về bản chất của thỏa thuận chọn luật so với các thỏa thuận khác chứ không nhằm khẳng định thỏa thuận chọn luật là “quy phạm xung đột” hay thỏa thuận thông thường trong hợp đồng là “quy phạm thực chất”.

²⁶ Điều 19 Luật Trọng tài thương mại 2010: “Thỏa thuận trọng tài hoàn toàn độc lập với hợp đồng. Việc thay đổi, gia hạn, hủy bỏ hợp đồng, hợp đồng vô hiệu hoặc không thể thực hiện được không làm mất hiệu lực của thỏa thuận trọng tài.”

²⁷ Bùi Thị Thu ‘Một số vấn đề về chọn luật áp dụng trong hợp đồng thương mại quốc tế theo Công ước ROME 19/6/1980 về Luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng’ (2005) 11 *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật* 70, 71

pháp lý.²⁸

3. Tư pháp quốc tế của các nước về pháp luật điều chỉnh hiệu lực của điều khoản chọn luật áp dụng

Hợp đồng không thể tồn tại trong một khoảng trống pháp lý mà không có luật điều chỉnh,²⁹ qua đó hợp đồng chỉ có ý nghĩa khi được đặt dưới một hệ thống pháp luật nào đó. Nếu hợp đồng có tồn tại một điều khoản chọn luật, thì điều khoản đó là cơ sở quan trọng của hiệu lực hợp đồng đó vì như đã phân tích, nếu không có hệ thống pháp luật quy chiếu, hợp đồng sẽ không được công nhận và không được điều chỉnh bởi pháp luật.³⁰ Điều khoản chọn luật giữ cho hợp đồng luôn gắn một với khu vực tài phán cụ thể. Dựa trên cơ sở tự do hợp đồng, một thỏa thuận chọn luật, như bao thỏa thuận khác, chính là ý chí thống nhất của các bên cần được tôn trọng bởi vì “quyền tự do hợp đồng chiếm ưu thế trong giao dịch”³¹. Do vậy, giải pháp chính là tách rời hiệu lực của điều khoản chọn luật với hợp đồng để xem xét điều khoản này một cách độc lập.

3.1. Khả năng tách rời hiệu lực của điều khoản chọn luật tại các quốc gia trên thế giới

Đa phần các học giả thừa nhận rằng một thỏa thuận chọn luật, tương tự các thỏa thuận lựa chọn trọng tài³², hoàn toàn có thể độc

lập với hợp đồng.³³ Về phần các thỏa thuận trọng tài, tòa án Thụy Sĩ cho rằng “ngay cả khi nó được kết hợp trong một tài liệu với hợp đồng chính..., thì nó không xuất hiện dưới dạng một điều khoản riêng lẻ đơn thuần, mà là một thỏa thuận độc lập” với lý do thỏa thuận trọng tài là một điều khoản về thủ tục tố tụng, không phải điều khoản thực chất của hợp đồng dựa trên luật dân sự khác.³⁴ Do vậy, sự vô hiệu của hợp đồng chính không thể tự động dẫn đến sự vô hiệu của thỏa thuận trọng tài.³⁵ Tòa án Thụy Sĩ đã tìm ra một điểm khác biệt trong thỏa thuận trọng tài và thỏa thuận thực chất khác của hợp đồng, từ đó tách rời hiệu lực của thỏa thuận trọng tài.

Tương tự, để tách rời thỏa thuận chọn luật, cần phải xem xét bản chất của một điều khoản chọn luật và các điều khoản thông thường trong hợp đồng. Cũng giống như các điều khoản lựa chọn trọng tài, điều khoản về chọn luật chỉ xác định không gian pháp lý của hợp đồng,³⁶ là nền tảng cơ bản đối với các câu hỏi liên quan đến việc hình thành, hiệu lực, giải thích và thực hiện hợp đồng chứ không quy định cụ thể quyền và nghĩa vụ của các bên. Do đó, theo tòa án Singapore, điều khoản về chọn luật phải được xác định ngay từ đầu chứ không phải cùng lúc với việc xác định hiệu lực của hợp đồng³⁷ vì đây là hai vấn đề riêng biệt.³⁸

Tại Hoa Kỳ, không có nhiều tranh luận rõ ràng về tính độc lập của điều khoản chọn luật thông qua các văn bản chính thức. Tuy nhiên trên thực tế, ở Hoa Kỳ, nhiều tòa án cũng từng gặp phải những câu hỏi khó về sự liên quan của hiệu lực thỏa thuận chọn luật và phần còn lại của hợp đồng. Cụ thể, trong vụ kiện giữa Mazzoni Farms và DuPont³⁹, bị đơn là DuPont đã sản xuất và bán một loại thuốc diệt nấm tên Benlate cho các vườn ươm cây trồng là Mazzoni Farms và Jack Martin. Các bên chọn luật của bang Delaware là luật điều chỉnh hợp đồng. Tuy nhiên sau đó các vườn ươm cáo buộc rằng DuPont đã phát hiện ra những tác động nguy hiểm của thuốc Benlate trong các cuộc thử nghiệm thực địa của họ dẫn đến việc hủy hoại cây trồng cũng như cánh đồng được dùng để thử nghiệm. Tuy nhiên, DuPont đã yêu cầu tất cả những người tham gia vào quá trình thử nghiệm đó phải ký một điều khoản bảo mật về thông tin thử nghiệm. Do vậy, các vườn ươm đã khởi kiện DuPont vì cho rằng DuPont đã lừa dối họ tham gia vào hợp đồng. Tòa án trong vụ kiện có thẩm quyền tại khu vực Florida đã đặt ra một câu hỏi rằng khi một bên khẳng định họ đã bị lừa dối để tham gia vào một hợp đồng có chứa điều khoản chọn luật, tòa án có nên giải quyết theo luật các bên đã chọn là luật Delaware, hay thay vào đó là theo một luật hiện hành khác của bang

²⁸ The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, s 1.2, nguyên văn: “Determination of the law applicable to a contract without taking into account the expressed will of the parties to the contract can lead to unhelpful uncertainty because of differences between solutions from State to State.”

²⁹ *Amin Rasheed v. Kuwait Insurance* [1984] UKHL J0707-2.

³⁰ AFM Maniruzzaman, ‘Choice of Law in International Contracts: Some Fundamental Conflict of Laws Issues’ (1999) 16 *Journal of International Arbitration* 141, 145

³¹ *Morplay Mgmt. v. Castro* [2022] N.Y. Slip Op. 30467 (N.Y. Sup. Ct. 2022)

³² International Council for Commercial Arbitration, Hướng dẫn của ICCA về Diễn giải Công ước New York 1958: Sổ tay hướng dẫn cho thẩm phán, 40

³³ Gary Born, Cem Kalelioglu, ‘Choice-of-law agreements in international contracts’ (2021) 50 *GA. J. INT’L & COMPAR. L.* 44, 53; Michael Douglas, Nicholas Loadsman, ‘The impact of the Hague Principles on choice of law in international commercial contracts’ (2018) 19 *Melbourne Journal of International Law* 1, 13

³⁴ *Tobler v. Justizkommission Des Kantons Schwyz* [1933] Swiss Fed. Trib. DFT 59 I 177

³⁵ *Tobler v. Justizkommission Des Kantons Schwyz*, tld số 35

³⁶ George Zaphiriou, ‘Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Commercial Agreements’ (1978) 3 *Maryland Journal of International Law* 311, 311

³⁷ *Shanghai Turbo Enterprises Ltd v Liu Ming* [2018] SGHC 172 [42], [30] & [33]

³⁸ Marcus Teo, ‘Floating/Invalid Choice of Law Clauses in Context: Shanghai Turbo Enterprises Ltd v Liu Ming [2018] SGHC 172’ (2018) *Singapore Law Blog* <<https://www.singaporelawblog.sg/blog/article/220>> truy cập ngày 22/3/2023

³⁹ *Sack v. Cessna Aircraft Co.* [2017] 11th Cir. 676 Fed. App’x. 887, 890

Florida?⁴⁰ Nói cách khác, hợp đồng có yếu tố lừa dối thì có thể bị vô hiệu. Nếu hợp đồng vô hiệu thì thỏa thuận chọn luật Delaware có còn hiệu lực hay không hay tòa án phải tự mình chọn một luật khác theo nguyên tắc của tư pháp quốc tế để giải quyết hậu quả của hợp đồng có yếu tố lừa dối này.

Tranh luận này tiếp tục diễn ra trong vụ kiện giữa công ty sản xuất thực phẩm HJ Heinz (HJ) và công ty bảo hiểm Starr Surplus Lines (Starr)⁴¹. Trong vụ kiện này, HJ đã mua bảo hiểm từ Starr cho những tổn thất phát sinh do ô nhiễm ngẫu nhiên hoặc do sản phẩm bị thu hồi bởi yêu cầu từ chính phủ. Các bên chọn luật New York là luật điều chỉnh hợp đồng. Hai tuần sau khi hợp đồng bảo hiểm có hiệu lực, các nhà chức trách thông báo cho HJ biết rằng thức ăn trẻ em do họ sản xuất ở Trung Quốc bị nhiễm chì. Công ty đã thông báo cho Starr về những tổn thất này và sau đó Starr đã thuê hai chuyên gia tư vấn để điều tra. Trong quá trình điều tra, công ty biết rằng HJ đã không tiết lộ và trình bày sai một số thông tin quan trọng trong đơn đăng ký bảo hiểm. Do vậy, Starr đã từ chối chi trả bảo hiểm và yêu cầu Tòa án Quận phía Tây của Pennsylvania hủy hợp đồng. Phía Starr cho rằng hợp đồng bị hủy bỏ nên vì thế hợp đồng chưa từng tồn tại.⁴² Tuy nhiên họ lại yêu cầu tòa án áp dụng luật New York theo như hợp đồng để giải quyết tranh chấp. Phía HJ phản bác rằng vì hợp đồng không tồn tại, nên tòa án phải áp dụng luật Pennsylvania để giải quyết tranh chấp. Trong trường

hợp tòa án áp dụng luật New York theo điều khoản chọn luật thì xem như tòa án đã thừa nhận sự tồn tại của hợp đồng bảo hiểm, vì điều khoản chọn luật là một phần của hợp đồng, nếu hợp đồng tồn tại thì điều khoản chọn luật tồn tại.

Những tình huống trên đặt ra một vấn đề vòng lặp trong việc xác định hiệu lực của điều khoản chọn luật vì hiệu lực của điều khoản này gắn liền với hợp đồng. Một mặt, cơ quan tài phán không xác định được luật điều chỉnh của hợp đồng trước khi hợp đồng được coi là tồn tại. Mặt khác, cũng không thể khẳng định một sự tồn tại của hợp đồng cho đến khi luật điều chỉnh hợp đồng được xác định.⁴³ Tình trạng pháp lý của hợp đồng vẫn nằm trong vùng mơ hồ dẫn đến không có cơ sở đảm bảo quyền lợi hợp pháp của các bên. Bên cạnh đó, nếu thẩm phán tuyên bố hợp đồng vô hiệu, bao gồm luôn cả thỏa thuận chọn luật, thì hậu quả của hợp đồng vô hiệu sẽ được giải quyết theo hệ thống pháp luật nào? Việc xem hiệu lực của thỏa thuận chọn luật phụ thuộc vào hiệu lực của hợp đồng như trên sẽ làm mất đi giá trị của chính thỏa thuận đó.

Tuy vậy, các tòa án của Hoa Kỳ cũng không làm rõ vấn đề này. Nhưng có thể nói các thẩm phán chắc chắn sẽ không bác bỏ lập luận về tính độc lập của điều khoản chọn luật.⁴⁴ Chẳng hạn trong vụ việc *CIC Grp., Inc. v. Mitchell*, thẩm phán cho rằng chỉ có sự gian lận, lừa dối mới làm cho thỏa thuận chọn luật vô hiệu.⁴⁵ Theo cách trình bày đó, có thể hiểu rằng, mọi thỏa thuận chọn luật đều có hiệu lực trừ

khi rơi vào trường hợp gian lận, bất kể hợp đồng có vô hiệu hay không, như một cách khẳng định tính độc lập của thỏa thuận chọn luật trong tương quan với hợp đồng. Như vậy, thẩm phán có thể xem xét hiệu lực của thỏa thuận chọn luật một cách riêng biệt và sau đó áp dụng luật như thỏa thuận đã chọn để công nhận hiệu lực hoặc tuyên vô hiệu phần còn lại của hợp đồng mà không ảnh hưởng đến hiệu lực của chính thỏa thuận này.

Với tính chất và mục đích khác nhau như vậy, rất phù hợp để tách rời hai loại điều khoản trên, qua đó việc vô hiệu hợp đồng trong trường hợp nghịch lý không ảnh hưởng đến hiệu lực của điều khoản chọn luật.

3.2. Khả năng tách rời hiệu lực của điều khoản chọn luật theo Bộ nguyên tắc La Hay 2015

Hiện nay, khả năng tách rời điều khoản chọn luật được tìm thấy ở nhiều văn bản cấp độ quốc tế. Cụ thể, Quy tắc Rome I việc lựa chọn pháp luật cho hợp đồng⁴⁶ tại Liên minh châu Âu thể hiện sự tách biệt của điều khoản chọn luật bằng cách quy định việc xác định hiệu lực của thỏa thuận này ở một điều khoản riêng. Hiệu lực của thỏa thuận chọn luật sẽ được xác định theo luật giả định của chính thỏa thuận này mà không phụ thuộc vào hiệu lực hợp đồng.⁴⁷ Tương tự, theo khoản 1 Điều 10 Công ước La Hay 1986 về Luật áp dụng cho Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, các vấn đề liên quan đến sự tồn tại và hiệu lực của chọn luật áp dụng được xác định, theo luật được

⁴⁰ Symeonides, tldd số 17, 43

⁴¹ *Mazzoni Farms, Inc. v. E.I. DuPont de Nemours & Co.* [2000] Supreme Court of Florida 761 So. 2d 306

⁴² Tldd số 42

⁴³ Adeline CHONG, 'Choice of law for void contracts and their restitutionary aftermath: The putative governing law of the contract' Paula Giliker (biên tập), *Re-Examining Contract and Unjust Enrichment: Anglo-Canadian Perspectives* (NXH BRILL 2007)

⁴⁴ Born, Kalelioglu, tldd số 34, 55

⁴⁵ *CIC Grp., Inc. v. Mitchell* [2013] N.D. Ohio, 5:10-CV-02885

⁴⁶ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations

⁴⁷ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, ss 3(5)

chọn,⁴⁸ chứ cũng không phụ thuộc theo hiệu lực của hợp đồng.

Tuy nhiên, hai cách tiếp cận này mặc dù thể hiện được khả năng tách biệt của điều khoản chọn luật, nó vẫn chưa thật sự cụ thể và rõ ràng.⁴⁹ Để giải quyết triệt để câu hỏi này, Bộ nguyên tắc La Hay 2015 về Lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng thương mại quốc tế⁵⁰ đã thể hiện một cách tường minh, đầy đủ và chính xác nhất về khả năng tách rời của điều khoản chọn luật như sau: *“Một lựa chọn pháp luật áp dụng không thể bị phản đối chỉ vì lý do rằng hợp đồng mà nó áp dụng không có hiệu lực”*.⁵¹ Theo đó, mặc cho hợp đồng có vô hiệu theo luật đã chọn, điều khoản chọn luật cũng sẽ không vô hiệu. Và một khi hợp đồng đã bị tuyên vô hiệu, các tòa án không nên cố gắng áp dụng thêm luật nào để làm hợp đồng có hiệu lực.⁵² Trong trường hợp ví dụ về pháp luật A ở trên⁵³, nếu áp dụng quy định này, tòa án Việt Nam chỉ cần thực hiện đến công đoạn vô hiệu hợp đồng theo pháp luật A và giải quyết hậu quả của việc vô hiệu đó mà không cần phải áp dụng pháp luật Việt Nam để xác định lại hiệu lực. Giải pháp này mặc dù không giải quyết triệt để các câu hỏi logic về bản chất, nhưng đây lại là một giải pháp mang tính thực dụng cao tránh làm vụ án rơi vào bế tắc.

4. Gợi mở và kết luận

Hiện nay, BLDS 2015 không có bất kỳ quy định nào về xác định tính hiệu lực của điều khoản chọn luật trong tương quan với hiệu lực của phần còn lại của hợp đồng. Điều này có thể dẫn đến những khó khăn trong việc công nhận hiệu lực của hợp đồng do nghịch lý “con gà và quả trứng” và sự không phù hợp với ý chí của các bên. Như đã đề cập, cũng giống thỏa thuận trọng tài, thỏa thuận chọn luật điều chỉnh có bản chất khác biệt so với phần còn lại của hợp đồng. Do vậy, BLDS nên có một quy định cụ thể điều chỉnh sự độc lập này tương tự như điều chỉnh thỏa thuận trọng tài.

Về vấn đề này, quy định tại Bộ nguyên tắc La Hay 2015 được phát triển theo hướng phân biệt hiệu lực của hợp đồng và hiệu lực của thỏa thuận chọn luật là độc lập. Hướng phát triển này thể hiện rất cụ thể sự độc lập của hai đối tượng có bản chất khác biệt và có tinh thần tương đồng với một quy định trong hệ thống pháp luật Việt Nam là quy định về tính độc lập của thỏa thuận trọng tài⁵⁴. Cả hai quy định của Bộ nguyên tắc La Hay và Luật Trọng tài thương mại của Việt Nam⁵⁵ đều thể hiện việc một trong hai đối tượng không có hiệu lực không dẫn đến việc mất hiệu lực của đối tượng còn lại. Do vậy, tác giả kiến nghị xây dựng một quy định tương tự Luật Trọng tài thương mại để áp dụng cho thỏa thuận chọn luật vì hướng phát triển của quy định tại Luật Trọng tài thương mại phù hợp với Bộ nguyên tắc La Hay.

Cụ thể, tác giả kiến nghị bổ sung tại khoản 1 Điều 683 của BLDS 2015 quy định: “Thỏa thuận chọn luật hoàn toàn độc lập với hợp đồng. Việc thay đổi, gia hạn, hủy bỏ hợp đồng, hợp đồng vô hiệu hoặc không thể thực hiện được không làm mất hiệu lực của thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng”. Việc bổ sung quy định này sẽ góp phần hoàn thiện hệ thống tư pháp quốc tế và nâng cao hiệu quả xét xử các tranh chấp về hợp đồng có yếu tố nước ngoài tại Việt Nam.

Một hợp đồng có thỏa thuận chọn luật sẽ giúp cơ quan tài phán dễ dàng xác định ý chí của các bên đối với hợp đồng của mình. Tuy nhiên, khả năng sử dụng điều khoản này để vô hiệu hợp đồng hoàn toàn có thể bị bẻ cong bởi những lập luận liên quan đến vòng lặp pháp lý của việc vô hiệu và có hiệu lực đối với điều khoản chọn luật đó. Do vậy, đối với hợp đồng có thỏa thuận chọn luật, phương án khả dĩ nhất là tách rời hiệu lực của thỏa thuận đó ra khỏi hợp đồng.

⁴⁸ Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, ss 10(1), nguyên văn: “Issues concerning the existence and material validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law are determined, where the choice satisfies the requirements of Article 7, by the law chosen.”

⁴⁹ Born, Kalelioglu, tldđ số 34, 55

⁵⁰ Bộ nguyên tắc La Hay 2015 về Lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng thương mại quốc tế (The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts), là một bộ nguyên tắc không có tính ràng buộc. Tuy nhiên, đây có thể được xem là hình mẫu cho các văn bản pháp luật của quốc gia, khuyến khích các quốc gia kết hợp vào trong cơ chế lựa chọn pháp luật áp dụng của chính quốc gia một cách phù hợp.

⁵¹ The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, ss 7, nguyên văn: “A choice of law cannot be contested solely on the ground that the contract to which it applies is not valid.”

⁵² Adeline CHONG, tldđ số 44

⁵³ Nội dung đã được đề cập tại mục 2.2 bài viết này.

⁵⁴ Điều 19 Luật Trọng tài thương mại 2010: “Thỏa thuận trọng tài hoàn toàn độc lập với hợp đồng. Việc thay đổi, gia hạn, hủy bỏ hợp đồng, hợp đồng vô hiệu hoặc không thể thực hiện được không làm mất hiệu lực của thỏa thuận trọng tài.”

⁵⁵ Mặc dù hướng đến hai loại thỏa thuận khác nhau, hai văn bản có một điểm chung là thể hiện tính độc lập của một điều khoản trong hợp đồng.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Văn bản pháp luật

Việt Nam

1. Bộ luật Dân sự 2015
2. Luật Trọng tài thương mại 2010

Quốc tế

1. Quy định (EC) số 593/2008 của Nghị viện và Hội đồng Châu Âu ngày 17 tháng 6 năm 2008 về luật áp dụng cho các nghĩa vụ hợp đồng (Rome I)
2. Công ước La Hay 1986 về Luật áp dụng cho Hợp đồng Mua bán Hàng hóa Quốc tế
3. Bộ Nguyên tắc La hay 2015 về Chọn luật trong hợp đồng thương mại quốc tế

Danh mục án lệ

1. Amin Rasheed v. Kuwait Insurance [1984] UKHL J0707-2
2. B-S Steel of Kansas, Inc. v. Texas Industries, Inc. [2006] 10th Cir. 439 F.3d 653
3. CIC Grp., Inc. v. Mitchell [2013] N.D. Ohio, 5:10-CV-02885
4. Mazzone Farms, Inc. v. E.I. DuPont de Nemours & Co. [2000] Supreme Court of Florida 761 So. 2d 306
5. Sack v. Cessna Aircraft Co. [2017] 11th Cir. 676 Fed. App'x. 887
6. Trans-Tec v. Harmony [2008] 9th Cir. 518 F.3d 1120
7. Tobler v. Justizkommission Des Kantons Schwyz [1933] Swiss Fed. Trib. DFT 59 I 177

Tài liệu trong nước

1. Ngô C, Đinh T, 'Điều kiện có hiệu lực của thỏa thuận lựa chọn pháp luật và xung đột giữa các điều kiện giao dịch chung' (2018) 6 Tạp chí Luật học 3
2. Nguyễn H, 'Một số vấn đề về hợp đồng vô hiệu trong pháp luật tư hiện hành của Việt Nam' (Hội thảo "Hợp đồng vô hiệu trong pháp luật một số nước", Hà Nội, ngày 25/9/2018)
3. Bùi T, 'Một số vấn đề về chọn luật áp dụng trong hợp đồng thương mại quốc tế theo Công ước ROME 19/6/1980 về Luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng' (2005) 11 Tạp chí Nhà nước và Pháp luật 70
4. Phạm L, Ngô C, 'Hợp đồng "không hoàn hảo" và sự can thiệp của tòa án' (2019) 24 Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp 6

5. Vũ H, Đỗ D, 'Chọn luật áp dụng đối với hợp đồng thương mại quốc tế: Nghiên cứu Bộ luật Dân sự 2015 và Bộ nguyên tắc La Hay' (2021) 49 Tạp chí Pháp luật và Thực tiễn 27

6. Phan N, 'Giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài tại tòa án Việt Nam' (Luận án Tiến sĩ luật học, ĐH Luật Thành phố Hồ Chí Minh 2018)

Tài liệu nước ngoài

1. Symeonides S, 'Choice of Law in the American Courts in 2017: Thirty-First Annual Survey' (2018) 66 American Journal of Comparative Law 1
2. CHONG A, 'Choice of law for void contracts and their restitutionary aftermath: The putative governing law of the contract' Paula Giliker (biên tập), Re-Examining Contract and Unjust Enrichment: Anglo-Canadian Perspectives (NXH BRILL 2007)
3. Maniruzzaman A, 'Choice of Law in International Contracts: Some Fundamental Conflict of Laws Issues' (1999) 16 Journal of International Arbitration 141
4. International Council for Commercial Arbitration, Hướng dẫn của ICCA về Diễn giải Công ước New York 1958: Sổ tay hướng dẫn cho thẩm phán
5. Born G, Kalelioglu C, 'Choice-of-law agreements in international contracts' (2021) 50 GA. J. INT'L & COMPAR. L. 44
6. Douglas M, Loadsman N, 'The impact of the Hague Principles on choice of law in international commercial contracts' (2018) 19 Melbourne Journal of International Law 1
7. Zaphiriou G, 'Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Commercial Agreements' (1978) 3 Maryland Journal of International Law 311
8. Teo M, 'Floating/Invalid Choice of Law Clauses in Context: Shanghai Turbo Enterprises Ltd v Liu Ming [2018] SGHC 172' (2018) Singapore Law Blog
9. Maniruzzaman A, 'Choice of Law in International Contracts: Some Fundamental Conflict of Laws Issues' (1999) 16 Journal of International Arbitration 141
10. International Council for Commercial Arbitration, Hướng dẫn của ICCA về Diễn giải Công ước New York 1958: Sổ tay hướng dẫn cho thẩm phán
11. Born G, Kalelioglu C, 'Choice-of-law agreements in international contracts' (2021) 50 GA. J. INT'L & COMPAR. L. 44

12. Douglas M, Loadsman N, 'The impact of the Hague Principles on choice of law in international commercial contracts' (2018) 19 Melbourne Journal of International Law 1

13. Zaphiriou G, 'Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Commercial Agreements' (1978) 3 Maryland Journal of International Law 311

14. Teo M, 'Floating/Invalid Choice of Law Clauses in Context: Shanghai Turbo Enterprises Ltd v Liu Ming [2018] SGHC 172' (2018) Singapore Law Blog

Nhận xét

***Luật sư: ThS. LS. Trần Quốc Đạt - Công ty TNHH Tư vấn đầu tư thương mại dịch vụ NDT**

1. Về phương pháp nghiên cứu

- Chưa ổn, chỉ nêu về tình huống chứ không nói được bản chất. Bài viết chưa nêu được mấu chốt trong việc chọn luật, và thực tế còn tương đối xa rời thực tiễn.

2. Về hình thức: Tốt

3. Về nội dung

- **Ưu điểm:** Nhiều dẫn chứng luật quốc tế, có thể nêu vấn đề.

- Điểm cần cải thiện:

+ Về nguyên tắc chọn luật bao giờ cũng sẽ là chủ thể hợp đồng, quá trình thực hiện hợp đồng, và nơi ký hợp đồng. Tuy nhiên "thẩm quyền riêng biệt" của Tòa án các nước bao giờ cũng chiếm ưu thế hơn 3 nguyên tắc này. Vấn đề này sẽ làm thay đổi cấu trúc bài viết.

+ Chọn luật nào, và thực hiện ra sao còn phụ thuộc vào việc công nhận/cho thi hành bản án của tòa án của nước có liên quan. Đây là điểm ảnh hưởng đến tính tự do trong chọn luật. Về cơ bản chọn luật nào cũng được nhưng chọn xong, xử xong có thi hành được không là vấn đề quan trọng nhất, quan trọng hơn cả việc chọn luật. Thực tế khi chọn luật cái các bên quan tâm là có thi hành được không, chứ luật nào thì không quan trọng.

+ Bài viết chưa cụ thể hóa tình huống chọn luật theo quy định Việt Nam.

***Luật sư: Trần Minh Tuấn - Luật sư Công ty Luật Nishimura & Asahi**

1. Về phương pháp nghiên cứu

- Tác giả sử dụng chính phương pháp nghiên cứu so sánh

2. Về hình thức

3. Về nội dung

- Ưu điểm:

+ Tác giả sử dụng phương pháp nghiên cứu so sánh khá rõ ràng và logic.

+ Tác giả tham khảo nhiều nguồn luật quốc tế và luật quốc gia.

- Điểm cần cải thiện:

+ Cần bổ sung thêm khái niệm và phân tích hệ thuộc luật lựa chọn (Lex voluntatis)

+ Tác giả cần làm rõ lại vấn đề "các thỏa thuận chọn luật có thể được xem như hợp đồng" vì thỏa thuận chọn luật chỉ là một phần của hợp đồng, và hiệu lực của thỏa thuận chọn luật phụ thuộc vào hợp đồng nói chung hay là độc lập? (ví dụ hợp đồng vô hiệu thì thỏa thuận chọn luật có vô hiệu hay không?)

+ Tác giả cần kiểm tra lại nhận định "Các bên trong hợp đồng có thể thỏa thuận áp dụng bất kỳ hệ thống pháp luật nào" về mặt pháp luật và thực tế, vì vẫn có những trường hợp hạn chế quyền chọn luật của các bên.

+ Tác giả cần nghiên cứu thêm về lý do vì sao cần tính độc lập của thỏa thuận trọng tài. Cách tiếp cận để gợi mở vấn đề tương tự là thỏa thuận cũng cần độc lập là hợp lý nhưng chưa khai triển đủ.

+ Tác giả nên giải thích rõ hơn vì sao trong bản án số 74/2009/KDTM-PT ngày 12/6/2009, tại sao Tòa án lại chọn luật Việt Nam, dựa trên cơ sở pháp lý nào.

+ Chưa đưa ra kết luận của Tòa án trong vụ kiện (i) giữa Mazzoni Farms và DuPont và (ii) công ty sản xuất thực phẩm HJ Heinz (HJ) và công ty bảo hiểm Starr Surplus Lines (Starr) là gì và lý do Tòa án đưa ra trong phán quyết là gì.

NHÓM CÔNG TY TRONG LUẬT DOANH NGHIỆP VIỆT NAM - BẤT CẬP VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN

Bùi Đoàn Minh Trí (K21502T) & Cam Hoàng Minh Quân (K21502)
Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM

Trong hoạt động thương mại, vấn đề liên kết với nhau giữa các doanh nghiệp để tạo ra lợi thế và sức cạnh tranh là xu thế tất yếu. Các doanh nghiệp liên kết với nhau tạo thành nhóm công ty và mô hình này đang ngày càng xuất hiện phổ biến tại Việt Nam bởi những lợi thế mà nó mang lại. Tuy nhiên, các quy định pháp luật Việt Nam hiện hành về nhóm công ty còn chưa rõ ràng và tồn tại nhiều điểm hạn chế. Trong phạm vi bài viết, nhóm tác giả sẽ phân tích và đề xuất khắc phục những hạn chế của pháp luật Việt Nam liên quan đến những vấn đề pháp lý xoay quanh nhóm công ty nhằm hoàn thiện Luật Doanh nghiệp Việt Nam hiện hành.

Từ khóa: nhóm công ty, công ty mẹ, công ty con.

In commercial activities, the problem of linking together between businesses to create advantages and competitiveness is an inevitable trend. Businesses link together to form a group of companies and this model is increasingly popular in Vietnam because of the advantages it brings. However, the current Vietnamese legal regulations on groups of companies are still unclear and have many limitations. Within the scope of the article, the authors will analyze and propose to overcome the limitations of Vietnamese law related to legal issues surrounding the group of companies in order to improve the current Vietnamese Enterprise Law.

Keywords: Corporate group, parent companies, subsidiary.

1. Lý luận chung về nhóm công ty

1.1. Nguồn gốc của nhóm công ty

Thuật ngữ “nhóm công ty” được đề cập lần đầu tại học thuyết về nhóm công ty (The Group of Companies Doctrine).¹ Theo đó, nhóm công ty là một hệ thống gồm nhiều công ty có quan hệ thứ bậc thông qua việc sở hữu cổ phần giữa công ty mẹ đối với công ty con. Nguồn gốc của nhóm công ty có thể tiếp cận thông qua góc độ của kinh tế học như sau: “công ty” và “nhóm công ty” đều có cùng bản chất là “công ty theo định lý Coase”.² Tại bài viết “The Nature of the Firm”, Coase định nghĩa một công ty là hệ thống các mối quan hệ xuất hiện khi dòng chảy của các nguồn lực phụ thuộc

vào chủ doanh nghiệp, có nghĩa rằng, công ty là một chủ thể có các mối quan hệ như điều hành, quản trị, hợp tác,... xuất hiện khi chủ doanh nghiệp định hướng các nguồn lực của công ty nhằm mục đích kết hợp kinh tế với phí tổn thất thấp nhất.³ Ngoài ra, ông còn lập luận rằng việc ký kết các hợp đồng dài hạn, thay vì ngắn hạn sẽ giảm chi phí khi thực hiện hợp đồng, giúp của công ty tối đa hoá lợi nhuận.⁴ Từ đó, “công ty” và “nhóm công ty” sẽ hình thành, trong trường hợp các hợp đồng ngắn hạn không tối ưu nữa và tổ chức sản xuất trong nội bộ ít tốn kém hơn so với việc điều phối các giao dịch thông qua trao đổi thị trường.

Trong bối cảnh kinh tế hiện nay, nền sản xuất phát triển kéo theo sự

mở rộng quy mô kinh doanh của các chủ thể kinh doanh, đồng thời kết hợp với những yếu tố cơ bản như nhu cầu phân tán rủi ro, nhu cầu tích tụ và tập trung vốn, phân công lao động xã hội và sự chi phối mạnh mẽ từ quy luật cạnh tranh, quy luật cung cầu của nền kinh tế đã thúc đẩy hoạt động liên kết hình thành nhóm công ty.

1.2. Khái niệm về nhóm công ty theo pháp luật Việt Nam và thế giới

1.2.1. Khái niệm về nhóm công ty trong Luật Doanh nghiệp 2005

Khái niệm “nhóm công ty” được đề cập lần đầu tại Luật Doanh nghiệp 2005, cụ thể, Điều 146(1) định nghĩa “nhóm công ty” là tập hợp các công ty có mối quan hệ

¹ Xem thêm:

1. Tejas Chhura, ‘The Need to Re-Think the Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration’ (2022) 15 NUJS L. REV. 1

2. Alexandre Meyniel, ‘That Which Must Not Be Named: Rationalizing the Denial of U.S. Courts with Respect to the Group of Companies Doctrine’, (2013) 3 Arb. Brief 18

4. Martin Petrin, Barnali Choudhury, ‘Group Company Liability, European Business Organization Law Review’ (2018)

² Virginia Harper Ho, ‘Theories of Corporate Groups Corporate Identity Reconciled’, Page 886

³ Ronald H. Coase, ‘The Nature of the Firm’ (1937), Page 393

⁴ Ronald H. Coase, ‘The Nature of the Firm’ (1937), Page 391

gắn bó lâu dài với nhau về lợi ích kinh tế, công nghệ, thị trường và các dịch vụ kinh doanh khác. Như vậy, theo quy định tại Luật Doanh nghiệp 2005, nhóm công ty là những công ty độc lập và liên kết với nhau bằng mối quan hệ về lợi ích, về công nghệ, thị trường,... tạo nên sức cạnh tranh của nhóm và tối đa hóa lợi nhuận. Bên cạnh đó, Luật Doanh nghiệp 2005 cũng quy định về hình thức của loại mô hình này bao gồm công ty mẹ - công ty con, tập đoàn kinh tế và một số hình thức khác. Đồng thời, tại Điều 149, tập đoàn kinh tế được định nghĩa là nhóm công ty có quy mô lớn⁵. Theo quan điểm của nhóm tác giả, thuật ngữ này chưa nêu rõ được tập đoàn có những đặc điểm nào thì mới được xem là có quy mô lớn, điều này gây mơ hồ, không rõ ràng. Ngoài ra, luật này vẫn chưa có quy định nào về những hình thức nhóm công ty khác.

1.2.2. Khái niệm về nhóm công ty trong Luật Doanh nghiệp 2014 và Luật Doanh nghiệp 2020 sửa đổi, bổ sung 2022

Luật Doanh nghiệp 2014 và Luật Doanh nghiệp 2020 sửa đổi, bổ sung 2022 (sau đây gọi là "**Luật Doanh nghiệp 2020**") tiếp cận khái niệm "nhóm công ty" bằng hai khái niệm là "tập đoàn kinh tế" và "tổng công ty". Cụ thể, hai luật này quy định rằng: "tập đoàn kinh tế, tổng công ty thuộc các thành phần kinh tế là nhóm công ty có mối quan hệ với nhau thông qua sở hữu cổ phần, phần vốn góp hoặc liên kết khác".⁶ Khác với Luật Doanh nghiệp 2005, các văn bản quy phạm pháp luật này quy định rằng chỉ có hai hình thức trên được xem là nhóm công

ty và không bao gồm bất kỳ một hình thức nào khác. Tuy nhiên, hai luật này vẫn chưa đưa ra được định nghĩa cụ thể về hai thuật ngữ tập đoàn kinh tế và tổng công ty.

Nghị định 69/2014/NĐ-CP⁷ (sau đây viết là "**Nghị định 69**") quy định rằng "tập đoàn kinh tế" là nhóm công ty, gồm công ty mẹ, các doanh nghiệp thành viên và công ty liên kết, đáp ứng các điều kiện quy định tại Điều 9(3) Nghị định này;⁸ và "tổng công ty" là nhóm công ty, gồm công ty mẹ, các doanh nghiệp thành viên và công ty liên kết đáp ứng các điều kiện quy định tại Điều 9(4) Nghị định này.⁹ Tuy nhiên, đối tượng điều chỉnh của Nghị định 69 chỉ gồm những nhóm công ty có sự can thiệp, chi phối, đóng góp của nhà nước.¹⁰ Đối với những tập đoàn kinh tế, tổng công ty mang hình thức tư nhân hoặc có vốn đầu tư nước ngoài thì văn bản này hiện tại vẫn chưa có quy định cụ thể. Bên cạnh đó, Nghị định 69 hiện nay đã bị bãi bỏ theo Điều 54(2) Nghị định 23/2022/NĐ-CP¹¹ và nghị định mới này không đề cập đến định nghĩa và điều kiện thành lập tập đoàn kinh tế, tổng công ty. Ngoài ra, hai hình thức của nhóm công ty liên kết với nhau thông qua việc sở hữu cổ phần, phần vốn góp hoặc một số hình thức khác nhưng không có quy định nào nêu rõ các hình thức này là hình thức nào. Như vậy, pháp luật Việt Nam hiện hành không đưa ra khái niệm cụ thể về nhóm công ty, mà chỉ ngầm định nghĩa qua hai thuật ngữ là tập đoàn kinh tế, tổng công ty. Điều này gây khó khăn trong việc giải thích cách hiểu về nhóm công ty và gây trở ngại cho các chủ thể trong

trường hợp gặp phải các vấn đề pháp lý liên quan trong quá trình hoạt động của nhóm công ty.

1.3. Đặc điểm pháp lý của nhóm công ty theo pháp luật Việt Nam

Trong pháp luật về doanh nghiệp hiện hành tại Việt Nam, những quy định về nhóm công ty được thể hiện từ Điều 194 đến Điều 197 Luật Doanh nghiệp 2020. Từ những quy định này và thực tiễn vận hành kinh tế, có thể nhận thấy nhóm công ty có một số đặc điểm sau:

Thứ nhất, căn cứ theo định nghĩa nhóm công ty tại Luật Doanh nghiệp 2020 như đã phân tích, về mặt chủ thể phải có từ hai công ty trở lên và hình thành dựa trên cơ sở liên kết giữa các công ty thành viên có tư cách pháp nhân độc lập. Các thành viên này kết nối với nhau thông qua việc sở hữu cổ phần, vốn góp, hợp tác trong dây chuyền sản xuất, hợp nhất, sáp nhập,...

Thứ hai, các thành viên trong nhóm công ty là những pháp nhân độc lập về tư cách pháp lý, tự chịu trách nhiệm với hoạt động kinh doanh của chính mình. Bên cạnh đó, các thành viên không phải chịu trách nhiệm cho hoạt động kinh doanh độc lập, cũng như, các khoản nợ và nghĩa vụ của các thành viên khác trong nhóm công ty.¹²

Thứ ba, nhóm công ty không phải là một loại hình doanh nghiệp, không có tài sản riêng, không có tư cách pháp nhân và không phải đăng ký thành lập theo quy định của Luật Doanh nghiệp. Trong nhóm công ty, các công ty thành viên là một chủ thể có địa vị pháp lý đầy đủ, nhân danh chính mình

⁵ Luật Doanh nghiệp 2005, Điều 149

⁶ Luật Doanh nghiệp 2014, Điều 188(1) và Luật Doanh nghiệp 2020 sửa đổi, bổ sung 2022, Điều 194(1)

⁷ Nghị định 69/2014/NĐ-CP ban hành ngày 15/7/2014 về Tập đoàn kinh tế nhà nước và tổng công ty nhà nước (sửa đổi bổ sung Nghị định 101/2009/NĐ-CP và Nghị định 111/2007/NĐ-CP)

⁸ Nghị định 69/2014/NĐ-CP, Điều 4(1)

⁹ Nghị định 69/2014/NĐ-CP, Điều 4(2)

¹⁰ Nghị định 69/2014/NĐ-CP, Điều 2

¹¹ Nghị định 23/2022/NĐ-CP ban hành vào ngày 25/4/2022 về Thành lập, sắp xếp lại, chuyển đổi sở hữu, chuyển giao quyền đại diện chủ sở hữu tại doanh nghiệp do nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ

¹² Luật Doanh nghiệp 2020, Điều 194(2)

thực hiện các quan hệ pháp luật, đồng thời, việc giao kết và thực hiện hợp đồng, giao dịch và quan hệ khác giữa các công ty này đều phải được thiết lập và thực hiện độc lập, bình đẳng theo điều kiện áp dụng đối với chủ thể pháp lý độc lập.¹³

Thứ tư, công ty mẹ và công ty con có thể đặt tên riêng trùng nhau. Cụ thể tại Điều 41(2) và Điều 41(3) Luật Doanh nghiệp 2020, tên riêng của công ty mẹ và tên riêng của công ty con có thể được đặt trùng nhau mà không bị cấm, không gây nhầm lẫn. Bên cạnh đó, đối với hai loại hình tập đoàn kinh tế, tổng công ty¹⁴ chỉ có những công ty thành viên có mối quan hệ mẹ - con thì mới được phép đặt tên trùng nhau, còn những công ty thành viên không có mối quan hệ này thì pháp luật hiện hành vẫn chưa có quy định nào liên quan để giải quyết vấn đề trên, vì vậy việc đặt tên phải tuân theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2020, cũng như, không thể áp dụng Điều 41(3) của Luật này.

2. Bất cập của pháp luật Việt Nam về nhóm công ty

Thứ nhất, pháp luật Việt Nam chưa có sự rõ ràng trong việc xác định “nhóm công ty”. Vấn đề này gây ra nhiều khó khăn cho công tác quản lý hoạt động của nhóm cũng như giao dịch giữa các công ty trong nhóm. Bất cập này được thể hiện thông qua khoản 1 Điều 194 Luật Doanh nghiệp 2020: “Tập đoàn kinh tế, tổng công ty thuộc các thành phần kinh tế là nhóm công ty có mối quan hệ với nhau thông qua sở hữu cổ phần, phần vốn góp hoặc liên kết khác”. Điều này quy định rằng các thành phần thuộc nhóm công ty chỉ được hình thành và thừa nhận bởi nhà nước

khi có mối quan hệ thông qua sở hữu phần vốn góp hoặc một hình thức khác. Như vậy, các công ty con cùng một công ty mẹ nếu không thể tồn tại mối quan hệ thông qua sở hữu phần vốn góp thì chỉ có thể tồn tại mối quan hệ “liên kết khác”, vấn đề đặt ra rằng những quan hệ “liên kết khác” đã được đề cập trong điều này gồm những hình thức nào? Tại Luật Doanh nghiệp 2020, cũng như, các văn bản pháp luật liên quan vẫn chưa có sự giải thích rõ ràng về mối quan hệ này.

Thứ hai, những quy định về tính minh bạch của nhóm công ty chưa được đề cập nhiều trong pháp luật doanh nghiệp hiện hành. Vấn đề này được quy định tại Điều 197 Luật Doanh nghiệp 2020, điều này quy định về việc báo cáo tài chính của công ty mẹ và công ty con nhằm yêu cầu hai chủ thể trên phải công khai một cách trung thực về tài chính, kết quả kinh doanh và công tác quản lý, điều hành. Tuy nhiên, Điều 197 chỉ mới quy định về tính minh bạch về hoạt động và quản lý giữa những thành viên có mối quan hệ mẹ - con còn những thành viên không có mối quan hệ này trong tập đoàn kinh tế, tổng công ty thì vẫn chưa được đề cập. Bên cạnh đó, pháp luật Việt Nam vẫn chưa quy định về tính minh bạch về việc thành lập và cấu trúc của những thành viên thuộc nhóm công ty.

Thứ ba, quy định hiện hành về thuế đối với các nhóm công ty vẫn còn đang tồn tại nhiều lỗ hổng pháp lý dẫn đến việc doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài (sau đây viết là “doanh nghiệp nước ngoài”) lợi dụng để trốn thuế, tránh thuế thông qua hình thức chuyển giá. Cụ thể, việc ưu đãi thuế để thu hút vốn đầu tư trực tiếp từ những

công ty mẹ là những doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài (sau đây viết là “doanh nghiệp nước ngoài”) đã bộc lộ nhiều hạn chế. Như các ngành, lĩnh vực của doanh nghiệp nước ngoài được ưu tiên để hưởng mức ưu đãi thuế chưa định nghĩa rõ ràng khiến cho các ưu đãi thuế và trợ cấp không đến được đúng đối tượng. Chẳng hạn, Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp quy định áp dụng thuế ưu đãi đối với “lĩnh vực công nghệ cao như điện tử”, nhưng lại không định nghĩa rõ thế nào là công nghệ cao mà chỉ xếp theo tên nhóm ngành, dẫn đến ngành “lắp ráp điện tử” cũng được xét là đối tượng hưởng ưu đãi.¹⁵ Ngoài ra, hạn chế lớn nhất là các chính sách ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp có mức độ cao, rộng và dàn trải nhưng cơ chế kiểm soát, giám sát hoạt động đầu tư ở các doanh nghiệp nước ngoài của cơ quan có thẩm quyền còn tồn tại nhiều khó khăn, đặc biệt kiểm soát đối với các doanh nghiệp nước ngoài thường xuyên lỗ, lỗ mất vốn nhưng vẫn tiếp tục đầu tư mở rộng để được hưởng ưu đãi thuế. Từ đó, tạo cơ hội cho việc chuyển giá đang ngày càng tinh vi và có quy mô lớn diễn ra ở nhiều doanh nghiệp.

Ngoài ra, các chế tài đối với hành vi chuyển giá nhằm trốn, gian lận thuế hiện nay chưa có tính răn đe. Ở mức độ xử lý hành chính, có hai hình thức xử phạt bao gồm phạt cảnh cáo và phạt tiền¹⁶, và mức phạt vi phạm đối với hành vi trốn, gian lận thuế được quy định tại Điều 17 Nghị định 125/2020/NĐ-CP. Thực trạng chuyển giá của các doanh nghiệp nước ngoài ngày càng phức tạp và có quy mô lớn. Điển hình, Tổng cục Thuế cho rằng Coca-Cola Việt Nam đã vi phạm về khai sai dẫn đến thiếu số thuế

¹³ Luật Doanh nghiệp 2020, Điều 196(2)

¹⁴ Tại Điều 194(2) Luật Doanh nghiệp 2020, Tập đoàn kinh tế, tổng công ty có công ty mẹ, công ty con và các công ty thành viên khác.

¹⁵ Xuân Yến, “Thu hút FDI: Bất cập chính sách ưu đãi thuế”, *Báo Đầu tư* (10/6/2020) <<https://baodauthau.vn/thu-hut-fdi-bat-cap-chinh-sach-uu-dai-thue-post90826.html>> truy cập ngày 23/6/2023

¹⁶ Nghị định 125/2020/NĐ-CP Quy định về xử phạt vi phạm hành chính về thuế, hoá đơn, Điều 7

phải nộp theo quy định, nên đã ra quyết định phạt và truy thu số tiền lên đến hơn 821 tỉ đồng.¹⁷ Ngoài ra, một số công ty có dấu hiệu chuyển giá theo Bộ tài chính như Công ty Airpay và Công ty Shopee là hai doanh nghiệp FDI có doanh thu tăng mạnh trong năm 2020, mức tăng doanh thu của cả hai doanh nghiệp này là 2.964 tỉ đồng, đóng góp 58% tăng trưởng doanh thu của ngành. Tuy vậy hai doanh nghiệp nước ngoài này vẫn báo lỗ, trong đó Công ty Shopee bị lỗ mất vốn, mức độ đóng góp vào ngân sách nhà nước hạn chế. Số nộp ngân sách nhà nước của hai doanh nghiệp này lần lượt đạt khoảng 67 tỉ đồng và 48 tỉ đồng.¹⁸ Qua đó, thấy rằng chế tài đối với hành vi này chưa đủ mạnh, vì vậy cần tăng mức phạt và hình thức phạt để chống vấn nạn chuyển giá bảo đảm tính nghiêm minh của pháp luật và môi trường đầu tư công bằng, minh bạch.

Thứ tư, quy định về cơ chế ràng buộc trách nhiệm của công ty mẹ thiếu tính khả thi và thiếu quy định liên quan đến trách nhiệm bồi thường thiệt hại của công ty mẹ đối với bên thứ ba. Điều 196(3) và Điều 196(5) của Luật Doanh nghiệp 2020 đưa ra một số quy định về trách nhiệm của công ty mẹ đối với công ty con, cũng như với các cổ đông, thành viên, chủ nợ cùng các bên liên quan khác của công ty con. Tuy nhiên, vẫn còn nhiều câu hỏi liên quan đến tính khả thi và hiệu quả của các quy định này rằng dưới sự kiểm soát của công ty

mẹ, liệu công ty con và các bên liên quan có khả năng yêu cầu công ty mẹ đền bù hay chịu trách nhiệm cho những thiệt hại phát sinh từ sự can thiệp của công ty mẹ. Thực tế ở nước ta cho thấy, không ít trường hợp công ty mẹ nắm quyền kiểm soát hoặc sở hữu lên đến 100%. Do đó, cơ chế để công ty con và các bên liên quan bảo vệ quyền lợi của họ chưa đảm bảo hiệu quả cũng như tính khả thi.¹⁹

3. Quy định về nhóm công ty trong pháp luật các quốc gia và kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam

3.1. Khái niệm nhóm công ty

Theo quan điểm của nhóm tác giả, Luật Doanh nghiệp không cần thiết nêu ra định nghĩa về nhóm công ty. Kiến nghị này dựa dựa trên cơ sở là định nghĩa về nhóm công ty trong pháp luật hiện hành có sự mơ hồ và không chính xác. Theo quy định tại Điều 194 thì mối quan hệ đầu tư chỉ diễn ra giữa công ty mẹ và các công ty con thông qua việc công ty mẹ sở hữu cổ phần, phần vốn góp tại các công ty con và các công ty con của cùng một công ty mẹ không được đồng thời cùng góp vốn, mua cổ phần để sở hữu chéo lẫn nhau.²⁰ Vì vậy, các công ty con chỉ có thể có mối quan hệ với nhau thông qua liên kết khác nhưng hình thức này vẫn mơ hồ bởi chưa có bất kỳ quy định tại văn bản pháp luật nào. Như vậy, theo quy định pháp luật hiện hành thì mối quan hệ được thể hiện trong nhóm công ty chỉ được thể hiện ở mối quan hệ giữa công ty mẹ và các

công ty con; giữa các công ty con chỉ thể hiện mối quan hệ gắn kết khi chúng thể hiện bằng các hình thức liên kết khác và nếu không có hình thức liên kết khác này thì không có mối quan hệ giữa các công ty con với nhau. Điều này là chưa phù hợp và dẫn đến nhiều khó khăn cho công tác quản lý hoạt động của nhóm cũng như giao dịch giữa các công ty trong nhóm.

Từ bất cập về khái niệm nhóm công ty mà nhóm tác giả đã phân tích, việc đưa ra định nghĩa cho các khái niệm này không mang nhiều ý nghĩa trong việc tạo cơ sở cho các quy định điều chỉnh nhóm công ty. Qua nghiên cứu, nhóm tác giả nhận thấy nhiều quốc gia như Vương quốc Anh, Úc, Nhật Bản, Hoa Kỳ đều không đưa ra khái niệm nhóm công ty. Bởi họ nhận thấy rằng việc đưa ra định nghĩa về nhóm công ty không có ý nghĩa trong việc tạo ra các quy định điều chỉnh các hoạt động trong nhóm công ty và do đó họ chỉ đưa ra quy định về khái niệm “công ty mẹ”, “công ty con” và đưa ra các tiêu chí để xác định mối quan hệ giữa công ty mẹ và công ty con.²¹

Vì những lý do trên, nhóm tác giả cho rằng Luật Doanh nghiệp 2020 nói riêng và pháp luật Việt Nam nói chung không cần thiết đưa ra định nghĩa cho các khái niệm “nhóm công ty”, “tập đoàn kinh tế” hay “tổng công ty” mà chỉ cần đưa ra định nghĩa “công ty mẹ” hoặc “công ty con” tương tự quy định pháp luật các quốc gia mà

¹⁷ Hoàng Diệp, Trần Vũ, Ánh Hồng, 'Coca-Cola Việt Nam bị phạt, truy thu thuế hơn 821 tỉ', *Tuổi trẻ* (09/01/2023)

<<https://tuoitre.vn/coca-cola-viet-nam-bi-phat-truy-thu-thue-hon-821-ti-20200109215422258.htm#:~:text=TTO%20%2D%20T%E1%BB%95ng%20c%E1%BB%A5c%20Thu%E1%BA%BF%20cho,%C4%91%E1%BA%BF%20h%C6%A1n%20821%20t%E1%BB%89%20C4%91%E1%BB%93ng>> truy cập ngày 27/12/2022

¹⁸ Nguyễn Giang, 'Chuyển giá, trốn thuế: Kịch bản "lỗ triển miên" của doanh nghiệp FDI', *Tạp chí tài chính* (18/03/2022) <<https://tapchitaichinh.vn/chuyen-gia-tron-thue-kich-ban-lo-trien-mien-cua-doanh-nghiep-fdi.html>> truy cập ngày 27/12/2022

¹⁹ Trần Minh Anh, 'Quy định về nhóm công ty trong pháp luật một số quốc gia và những nội dung tham khảo cho Việt Nam', *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (27/10/2019) <<http://www.lapphap.vn/Pages/TinTuc/210349/Quy-dinh-ve-nhom-cong-ty-trong-phap-luat-mot-so-quoc-gia-va-nhung-noi-dung-tham-khao-cho-Viet-Nam.html>> truy cập ngày 27/12/2022

²⁰ Luật Doanh nghiệp 2020, Điều 195(2)

²¹ Điều 1159 Luật Công ty 2006 của Vương quốc Anh (Companies Act 2006), Điều 46 Luật Công ty 2001 của Úc (Corporations Act 2001) chỉ đưa ra các tiêu chí để xác định một công ty là công ty mẹ của một công ty khác; khoản 3 và khoản 4 Điều 2 Luật Công ty 2005 (Companies Act 2005) của Nhật Bản chỉ quy định khái niệm và đưa ra tiêu chí xác định công ty mẹ và công ty con

tác giả đã đề cập để tạo sự thống nhất và ổn định tương đối cho pháp luật.²²

3.2. Tính minh bạch của nhóm công ty

Luật Doanh nghiệp hiện hành vẫn còn nhiều bất cập liên quan đến tính minh bạch của nhóm công ty. Dựa trên việc nghiên cứu và tham khảo pháp luật của những quốc gia khác, nhóm tác giả có những đề xuất đối với các vấn đề sau:

(1) Tính minh bạch trong việc thành lập nhóm công ty: đây là hành động công khai thông tin một cách trung thực về sự thành lập hoặc tồn tại của nhóm công ty đến công chúng hoặc những bên có liên quan.²³ Ngoài trừ, các quốc gia có quy định về phương thức để hình thành nhóm công ty thì pháp luật trên thế giới cũng đã thừa nhận rằng mối liên kết cơ bản giữa các thành viên trong nhóm công ty là quyền nắm giữ cổ phần, cụ thể là việc mua lại và nắm giữ đa số hoặc tham gia kiểm soát giữa một công ty với một công ty khác.²⁴ Như vậy tính minh bạch về thành lập nhóm có thể được xem là công khai một cách trung thực những vấn đề trên. Thông qua việc tham khảo Điều 9 Chỉ thị 2004/109/EC của Nghị viện và Hội đồng Châu Âu (sau đây viết là “Chỉ thị 109”) và Điều 120 Luật Tài chính của Ý. Cụ thể Các cổ đông khi mua hoặc chuyển nhượng cổ phiếu của một tổ chức phát hành có cổ phiếu được phép giao dịch trên thị trường quy định và có quyền biểu quyết đi kèm, thì cổ đông đó sẽ phải thông báo cho tổ chức phát hành về tỷ lệ quyền

biểu quyết của tổ chức phát hành do cổ đông nắm giữ từ mua lại hoặc thanh lý khi tỷ lệ đó đạt, vượt quá hoặc thấp hơn các ngưỡng 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50% và 75%.²⁵ Đồng thời, Luật Tài chính của Ý không chỉ đưa những quy định về trách nhiệm công khai, minh bạch thông tin tại Điều 120(1), Điều 120(2) và Điều 120(3) mà còn ràng buộc trách nhiệm của cơ quan nhà nước đối với vấn đề này. Tại khoản 4 Điều này quy định rằng Ủy ban quốc gia về các công ty và sàn giao dịch chứng khoán (CONSOB) có trách nhiệm phải xây dựng những quy định về nội dung và phương pháp truyền thông và thông tin tới công chúng, cũng như bất kỳ sự xúc phạm nào đối với công chúng, cũng như, thời hạn truyền đạt và thông báo cho công chúng và các bên có liên quan. Nhóm tác giả cho rằng pháp luật Việt Nam có thể tham khảo những quy định của hai văn bản này để có thể có những sửa đổi bổ sung hoàn thiện hơn.

(2) Tính minh bạch về cấu trúc của nhóm công ty: khái niệm này có thể được hiểu đơn giản thì việc tiết lộ thông tin của các công ty thành viên, trách nhiệm, quyền hạn trong phạm vi nhóm công ty.²⁶ Thông qua việc nghiên cứu từ Chỉ thị lần thứ bảy của Nghị viện và Hội đồng Châu Âu số 83/349/EEC ngày 13 tháng 6 năm 1983 có quy định rằng tên, văn phòng đăng ký và tỷ lệ vốn nắm giữ trong nhóm (ngoại trừ công ty mẹ) phải được công khai bởi những thành viên trong nhóm hoặc bởi những cá nhân nhân danh chính họ để hành động nhưng thay

mặt cho thành viên của nhóm.²⁷ Việt Nam có thể sửa đổi, bổ sung vào pháp luật doanh nghiệp theo hướng trên để có thể làm rõ tính minh bạch của cấu trúc nhóm. Bên cạnh đó, pháp luật Việt Nam cũng cần có những quy định ràng buộc nghĩa vụ của cơ quan nhà nước và những trường hợp miễn trừ trách nhiệm đối với việc không công bố thông tin theo Điều 409 của Luật Công ty Vương Quốc Anh. Ngoài ra, nhóm tác giả nhận thấy rằng các quy định hiện hành về vấn đề này của các quốc gia trên thế giới vẫn chưa đưa ra yêu cầu nhóm công ty có nghĩa vụ phải báo cáo thường niên đối với những biến động trong cấu trúc nhóm. Ngoài ra, cũng cần quy định nhóm công ty phải đưa ra một tuyên bố chính thức trên trang truyền thông của mình về những đặc điểm chính của cấu trúc nhóm một cách rõ ràng, minh bạch và dễ tiếp cận với nhà đầu tư. Từ việc học hỏi những ưu điểm và bất cập của các quốc gia trên thế giới, pháp luật Việt Nam cần có sự sửa đổi, bổ sung để phù hợp với bối cảnh hiện tại của quốc gia.

(3) Tính minh bạch về hoạt động, quản lý nhóm công ty: về cơ bản, đây là việc công bố thông tin về mối quan hệ giữa các thành viên của nhóm công ty đối với việc quản lý, giám sát và điều chỉnh các hoạt động của nhóm, đặc biệt giữa công ty mẹ và công ty con.²⁸ Như đã đề cập, pháp luật Việt Nam hiện hành chưa quy định về tính minh bạch giữa thành viên không có mối quan hệ mẹ - con trong tập đoàn kinh tế, tổng công ty. Khác với Việt Nam, pháp luật

²² Hà Thị Thanh Bình, ‘Một số kiến nghị góp phần hoàn thiện các quy định pháp luật điều chỉnh giao dịch giữa các công ty trong nhóm công ty mẹ - công ty con’, *Tạp chí Khoa học Pháp lý Việt Nam*, 03(106)/2017, trang 36-45 <<https://tapchikhplvn.hcmulaw.edu.vn/module/xemchitietbaibao?oid=1b1a3fd0-3e98-488f-8024-e7d7fa3e066f>> truy cập ngày 28/12/2022

²³ José Engracia Antunes, Theodor Baums, ‘Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law’ (2011), page 70

²⁴ Tlđđ 23

²⁵ Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council, Điều 9(1)

²⁶ Tlđđ 23

²⁷ Seventh Council Directive 83/349/EEC, Article 34(2)(a)

²⁸ Tlđđ 41

Đức cho phép nhóm công ty được hình thành qua thoả thuận liên công ty²⁹ và tính minh bạch trong hoạt động, quản lý cũng được đề cập rõ ràng, tại Đạo luật Công ty Chứng khoán của Đức có quy định rằng trừ khi tất cả cổ phần trong công ty bị kiểm soát đều do doanh nghiệp kiểm soát nắm giữ, thoả thuận liên công ty phải được kiểm toán cho từng công ty cổ phần hợp đồng hoặc công ty hợp danh hữu hạn một phần bởi một hoặc một số chuyên gia kiểm toán³⁰ (kiểm toán viên hợp đồng được chỉ định bởi toà án)³¹. Ngoài ra, Đạo luật này cũng đưa ra quy định về tính minh bạch đối với việc thành lập và cấu trúc của nhóm, tại Điều 293(a) quy định rằng Ban quản lý của mỗi công ty cổ phần hoặc công ty hợp danh đại chúng có trách nhiệm phải gửi báo cáo chi tiết bằng văn bản, trong phạm vi cần có sự đồng ý của cuộc họp đại hội theo mục 293, cũng như, đưa ra những giải thích về mặt pháp lý và kinh tế đối với việc ký kết thoả thuận giữa các công ty thành viên; ban quản lý cũng có thể gửi một báo cáo chỉ ra bất kỳ khó khăn cụ thể nào gặp phải trong việc định giá các doanh nghiệp ký kết hợp đồng và những hậu quả mà thoả thuận sẽ gây ra đối với quyền sở hữu do các cổ đông nắm giữ.” Qua việc nghiên cứu pháp luật Đức, những quy định tại Đạo luật công ty chứng khoán có thể được tham khảo cho pháp luật doanh nghiệp tại Việt Nam.

3.3. Quy định về thuế đối với nhóm công ty

Như đã phân tích, các quy định về thuế đối với các nhóm công ty hiện hành vẫn còn đang tồn tại nhiều bất cập. Từ đó, việc lợi dụng những lỗ hổng pháp lý để trốn thuế, tránh thuế bằng hình thức chuyển giá của những doanh nghiệp nước ngoài ngày càng tinh vi và gây ảnh hưởng lớn đến ngân sách nhà nước và nền kinh tế quốc dân. Chuyển giá là hành động thực hiện chính sách giá đối với hàng hóa, dịch vụ và tài sản được chuyển dịch giữa các thành viên trong tập đoàn qua biên giới không theo giá thị trường nhằm tối thiểu hóa số thuế của các công ty đa quốc gia trên toàn cầu.³² Bản chất của hoạt động chuyển giá là việc lựa chọn nơi ưu đãi nhất để nộp thuế của một doanh nghiệp mà không làm trái các quy định pháp luật hiện hành.³³ Do đó, chuyển giá thực sự không phải là một hoạt động bất hợp pháp. Chỉ có gian lận về giá hay lạm dụng chuyển giá nhằm mục đích trốn thuế mới là bất hợp pháp.³⁴ Cũng như, trên phương diện pháp lý, cần phải phân biệt giữa “chuyển giá hợp pháp” và “chuyển giá phi pháp”. Theo đó, việc doanh nghiệp tận dụng tối đa các quy định của pháp luật để dàn xếp một mức giá chuyển giao hàng hóa, dịch vụ sao cho không vi phạm quy định của các nước có liên quan, thì hành vi đó không thể coi là phi pháp.³⁵ Thông qua việc tham khảo pháp luật các quốc gia

trên thế giới, nhóm tác giả đưa ra một số đề xuất nhằm chống tình trạng chuyển giá phi pháp như sau

Thứ nhất, đối tượng được nhận ưu đãi thuế cần phải được rà soát để sắp xếp lại lĩnh vực, ngành nghề, địa bàn theo hướng thu hẹp những nơi đã có điều kiện kinh tế - xã hội phát triển và tính tới mở rộng các lĩnh vực mới phát sinh, các đối tượng thực sự cần khuyến khích đầu tư, đảm bảo ưu đãi đúng đối tượng³⁶, cũng như, cũng cần định nghĩa cụ thể những lĩnh vực, ngành nghề được nhận ưu đãi thuế.

Thứ hai, các chế tài xử lý hành vi trốn thuế, tránh thuế cần nghiêm minh nhằm răn đe các doanh nghiệp nước ngoài vi phạm. Cụ thể, pháp luật Việt Nam có thể tham khảo pháp luật của Singapore. Khác với Việt Nam, Tại Singapore, mức phạt chung cho các hành vi vi phạm về thuế khoảng 100 - 400% khoản thuế phải trả. Khi một vụ điều tra về chuyển giá được tiến hành, án phạt gần như sẽ được áp dụng nếu người nộp thuế không có, hoặc không đầy đủ các tài liệu liên quan đến việc điều tra chuyển giá. Ngoài ra, Luật thuế Singapore cũng như hướng dẫn về chuyển giá không yêu cầu phải xuất trình các tài liệu về chuyển giá. Cơ quan Doanh thu nội địa Singapore - IRAS mong muốn các đơn vị và cá nhân nộp thuế phải tự đánh giá rủi ro bị kết tội chuyển giá và chuẩn bị những tài liệu cần thiết. Các tài liệu tối thiểu khi kiểm tra về chuyển giá gồm: (i) Mô tả về các bên liên

²⁹ Đạo luật Công ty chứng khoán của Đức (The German Stock Corporation Act), nguyên văn Điều 291(1): “Inter-company agreements are contracts by which a stock corporation or public partly limited partnership allows the management of its company to be performed by some other enterprise (control agreement) or by which it enters into obligation to transfer its entire profits to some other enterprise (profit and loss absorption agreement). Likewise, a contract by which a stock corporation or a public partly limited partnership accepts to manage its enterprise for the account of some other enterprise is considered an agreement regarding the transfer of the entire profits.”

³⁰ Đạo luật Công ty chứng khoán của Đức (The German Stock Corporation Act), Điều 293a(1)

³¹ Đạo luật Công ty chứng khoán của Đức (The German Stock Corporation Act), Điều 293c(1)

³² Andrew Lymer, John Hasseldine, ‘The International Taxation System, Kluwer Academic Publishers’ (2002)

³³ Lê Văn Súa, ‘Cơ sở pháp lý chống chuyển giá và vấn đề hoàn thiện pháp luật về chống chuyển giá ở Việt Nam’, *Bộ Tư pháp* (23/12/2023) <<https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1896>> truy cập ngày 29/12/2022

³⁴ Anh Vũ, ‘Chuyển giá có phải hành vi bất hợp pháp?’, *Thanh niên* (15/01/2020) <<https://thanhnien.vn/chuyen-gia-co-phai-hanh-vi-bat-hop-phap-185917794.htm>> truy cập ngày 29/12/2022

³⁵ Trung Kiên, ‘Chuyển giá hợp pháp - chuyển giá phi pháp dưới góc nhìn của chuyên gia’, *Tạp chí tài chính* (12/11/2018) <<https://tapchitaichinh.vn/chuyen-gia-hop-phap-chuyen-gia-phi-phap-duoi-goc-nhin-cua-chuyen-gia.html>> truy cập ngày 29/12/2022

³⁶ Ánh Tuyết, ‘Bộ Tài chính đề xuất thu hẹp phạm vi hưởng ưu đãi thuế’, *VnEconomy* (22/03/2023) <<https://vneconomy.vn/bo-tai-chinh-de-xuat-thu-hep-pham-vi-huong-uu-dai-thue.htm>> truy cập ngày 29/12/2022

quan trọng các chuyển nhượng, bao gồm giá trị mua bán và các điều khoản ký kết; (ii) Bản phân tích sâu trong đó mô tả những yếu tố chính liên quan đến quá trình mua bán như chức năng, sự phát triển của tài sản, các rủi ro được dự báo. Singapore hầu như không quy định thời hạn cho việc xuất trình các tài liệu. Tuy nhiên, trong trường hợp bị kiểm tra chuyển giá, người nộp thuế phải chuẩn bị các tài liệu liên quan để xuất trình theo yêu cầu của IRAS³⁷.

3.4. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại của công ty mẹ đối với công ty con và với bên thứ ba

Luật Doanh nghiệp hiện hành chưa có quy định điều chỉnh về trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho bên thứ ba trong trường hợp công ty mẹ can thiệp ngoài thẩm quyền vào công ty con đối với một số trường hợp nhất định. Vì vậy, nhóm tác giả kiến nghị Luật Doanh nghiệp 2020 nên bổ sung Điều 196 một số quy định như sau:

“Công ty mẹ phải trực tiếp chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho bên thứ ba đối với những thiệt hại mà công ty con gây ra cho bên thứ ba trong trường hợp sau đây:

1. Công ty mẹ can thiệp ngoài thẩm quyền chủ sở hữu, thành viên hoặc cổ đông và buộc công ty con phải thực hiện hoạt động kinh doanh theo ý chí của công ty mẹ;

2. Công ty mẹ không thực hiện việc tách bạch tài sản giữa công ty mẹ và công ty con, hoặc thực hiện các giao dịch giữa công ty mẹ và công ty con không theo các nguyên

tắc giao dịch giữa các chủ thể pháp lý độc lập;

3. Khi công ty mẹ góp không đủ vốn theo đúng thời hạn cam kết vào công ty con;

4. Công ty mẹ cam kết bảo lãnh cho hoạt động của công ty con.”

Đồng thời, sửa đổi tên Điều 196 Luật Doanh nghiệp 2020 thành “Điều 196. Quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của công ty mẹ đối với công ty con và đối với bên thứ ba” cho phù hợp với những kiến nghị bổ sung quy định như tác giả đã phân tích ở trên.

Có một số lý do để đưa ra kiến nghị này như sau:

Thứ nhất, quy định tại Điều 196(3) Luật Doanh nghiệp 2020 chỉ mang tính hình thức mà thiếu tính khả thi bởi theo quy định này việc công ty mẹ phải chịu trách nhiệm cho những thiệt hại gây ra khi đáp ứng đủ hai điều kiện là (i) công ty mẹ can thiệp ngoài thẩm quyền của chủ sở hữu, thành viên hoặc cổ đông và (ii) buộc công ty con phải thực hiện hoạt động kinh doanh trái với thông lệ kinh doanh bình thường hoặc thực hiện hoạt động không sinh lợi mà không đền bù hợp lý gây thiệt hại cho công ty con. Nếu muốn công ty mẹ đền bù thiệt hại thì phải đáp ứng được hai điều kiện nêu trên. Trên thực tế, việc chứng minh thế nào là sự can thiệp ngoài thẩm quyền và buộc công ty con thực hiện hoạt động kinh doanh trái với thông lệ kinh doanh bình thường là điều không dễ dàng. Bên cạnh đó, đa số người quản lý công ty con do công ty mẹ

bổ nhiệm. Vì vậy, chủ thể này có thể hành động vì lợi ích của công ty mẹ là một điều tất yếu, khó tránh khỏi. Tham khảo pháp luật của một số nước, cụ thể là Vương quốc Anh và Úc, pháp luật của các quốc gia này đề cao trách nhiệm của người quản lý đối với công ty mà họ tham gia quản lý.³⁹ Ngoài ra, Luật Doanh nghiệp Việt Nam cần có những quy định tách bạch vai trò của chủ sở hữu và của người quản lý công ty con. Người quản lý công ty phải có trách nhiệm bảo vệ lợi ích của công ty con, hành động vì lợi ích của tất cả các cổ đông, những chủ thể có quyền và nghĩa vụ liên quan khác như người lao động, chủ nợ của công ty con khi tham gia vào việc ra các quyết định quản lý công ty con, không được chỉ hành động vì lợi ích của công ty mẹ mà gây ảnh hưởng đến quyền lợi của các đối tượng trên.

Tại đây, nhóm tác giả có thêm kiến nghị là nên bổ sung thêm điều kiện để trở thành người quản lý của công ty con vào các quy định về nhóm công ty nhằm đảm bảo những người quản lý hành động vì lợi ích của công ty con mà không bị chi phối bởi công ty mẹ hoặc bất kỳ bên nào khác.

Thứ hai, pháp luật Việt Nam chưa có quy định ràng buộc trách nhiệm của công ty mẹ đối với bên thứ ba. Trong trường hợp công ty mẹ can thiệp ngoài thẩm quyền vào hoạt động kinh doanh của công ty con và gây thiệt hại cho bên thứ ba, qua việc nghiên cứu quy định của một số quốc gia như Mỹ, Anh, Úc về học thuyết phá hạn trách nhiệm⁴⁰ và các quy định về

³⁷ Inland Revenue Authority of Singapore viết tắt là IRAS, tiếng Việt là Cơ quan quản lý doanh thu nội địa của Singapore.

³⁸ Nguyễn Thị Thùy Minh, ‘Chống chuyển giá tại một số quốc gia và bài học cho Việt Nam’, viện chiến lược và chính sách tài chính (6/12/2017) <https://mof.gov.vn/webcenter/portal/vclvcstc/pages_r/chi-tiet-tin?dDocName=MOFUCM118113> truy cập ngày 29/12/2022

³⁹ Xem R Carroll, “Shadow Director and Other Third Party Liability for Corporate ACTivity” in I M Ramsay (ed), Corporate Governance and the Duties of Companies Directors, Centre for Corporate Law and Securities Regulation, Melbourne, 1997, tr.162

⁴⁰ Học thuyết phá hạn trách nhiệm (lifting the corporate veil hoặc piercing the corporate veil) được tòa án các nước theo hệ thống án lệ áp dụng như là một ngoại lệ của nguyên tắc các công ty có tư cách pháp nhân độc lập với các chủ sở hữu của mình. Khi được áp dụng, học thuyết này cho phép tòa án không coi công ty là một chủ thể độc lập để tuyên bố một chủ sở hữu/cổ đông phải chịu trách nhiệm cho hành vi được thực hiện nhân danh công ty nhưng thực chất là hành vi vì lợi ích riêng của chủ sở hữu/cổ đông đó.

trách nhiệm bồi thường thiệt hại từ chế định liên kết công ty⁴¹ theo pháp luật Đức về vấn đề này, nhóm tác giả đề xuất rằng nên chỉnh sửa quy định của Luật Doanh nghiệp 2020 về yêu cầu bồi thường thiệt hại theo hướng mới như nhóm tác giả đã đề xuất để bất kỳ bên thứ ba nào bao gồm các cổ đông nhỏ của công ty con, chủ nợ của công ty con, đối tác của công ty con hoặc bất kỳ bên thứ ba khác bị thiệt hại do hành vi can thiệp ngoài thẩm quyền của công ty mẹ vào hoạt động của công ty con.⁴² Bên cạnh đó, pháp luật các nước như Hoa Kỳ, Úc, Anh và Nhật Bản đều có quy định ràng buộc trách nhiệm của công ty mẹ đối với công ty con. Trong khi, căn cứ theo Điều 120 Luật Công ty Nhật Bản quy định rằng công ty mẹ có nghĩa vụ bồi hoàn cho công ty con khi nhận được lợi ích tài sản từ công ty con mà không cần phải trả một số tiền hay tài sản tương ứng với lợi ích đó⁴³ và yêu cầu thiết lập hệ thống kiểm soát nội bộ giữa các công ty trong nhóm⁴⁴ mà không quy định cơ chế cụ thể nào khác để ràng buộc trách nhiệm của công ty mẹ. Các nước còn lại đều có quy định công ty mẹ sẽ phải trực tiếp chịu trách nhiệm đối với bên thứ ba trong một số trường hợp nhất định. Luật Hoa Kỳ quy định (i) Khi công ty mẹ lợi dụng quyền chi phối của mình, yêu cầu công ty con tham gia vào giao dịch với bên thứ ba vì lợi ích của công ty mẹ nhưng gây thiệt hại cho công ty con hoặc bên thứ ba; (ii) Khi tài sản giữa công ty mẹ và công ty con không tách

bach, hoặc giao dịch được thực hiện giữa công ty mẹ và công ty con không đảm bảo nguyên tắc giao dịch giữa các chủ thể pháp lý độc lập; (iii) Khi công ty con không nhận đủ vốn từ công ty mẹ để hoạt động; (iv) Khi hoạt động của công ty con được công ty mẹ bảo lãnh.⁴⁵ Tại Úc, trong đa số trường hợp, công ty mẹ và công ty con được xem là những thực thể pháp lý độc lập ngoại trừ các trường hợp tương tự như Luật Mỹ.⁴⁶ Ngoài ra, Luật Úc còn có trường hợp khác đó là khi Tòa án cho rằng lợi ích của bên thứ ba sẽ được đảm bảo hơn nếu công ty mẹ là đối tượng thực hiện bồi thường thiệt hại.⁴⁷

4. Kết luận

Từ những nghiên cứu, phân tích và đề xuất trên, theo quan điểm của tác giả, pháp luật Việt Nam, cụ thể là Luật Doanh nghiệp cần có một cách nhìn nhận sâu sắc hơn về mô hình nhóm công ty để ban hành các quy định chặt chẽ, phù hợp và mang tính khả thi để điều chỉnh các chủ thể kinh doanh trong mô hình nhóm công ty này đặc biệt là các vấn đề pháp lý liên quan đến công ty mẹ và công ty con. Tổng kết lại, bài nghiên cứu của nhóm tác giả đã làm rõ được những vấn đề sau đây:

Thứ nhất, trên cơ sở tìm hiểu, phân tích và tổng hợp các học thuyết pháp lý và khái niệm về thuật ngữ “nhóm công ty” qua từng thời kỳ, nhóm tác giả đã đưa ra tổng kết lý luận chung về nhóm công ty.

Thứ hai, thông qua việc nghiên cứu, phân tích pháp luật Việt Nam về nhóm công ty, nhóm tác giả đã làm rõ được những đặc điểm, ưu điểm và những điểm còn bất cập trong quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về nhóm công ty.

Thứ ba, dựa trên việc nghiên cứu pháp luật Việt Nam, pháp luật nước ngoài, nhóm tác giả đã đưa ra những giải pháp hoàn thiện pháp luật Việt Nam trong chế định về nhóm công ty trong Luật Doanh nghiệp Việt Nam với những lý do thuyết phục.

Tóm lại, quá trình hội nhập ngày càng nhanh chóng, kinh tế ngày càng phát triển nên nhu cầu liên kết giữa các chủ thể kinh doanh tạo thành nhóm công ty giúp nâng cao khả năng cạnh tranh và tối đa hóa lợi nhuận cho các bên trong nhóm là nhu cầu tất yếu trong quá trình phát triển kinh tế xã hội. Vì vậy, nếu pháp luật có những quy định điều chỉnh các chủ thể này một cách phù hợp sẽ tạo một môi trường thuận lợi cho các chủ thể này phát triển ổn định, tránh được các rủi ro trong quá trình hoạt động, từ đó góp phần phát triển kinh tế - xã hội.

⁴¹ Xem thêm:

Phan Huy Hồng, ‘Chế định liên kết công ty trong pháp luật công ty Đức: tham khảo một cách tiếp cận khác’, *Tạp chí Khoa học pháp lý*, 2016, số 01(95), trang 30

⁴² Hà Thị Thanh Bình, ‘Một số kiến nghị góp phần hoàn thiện các quy định pháp luật điều chỉnh giao dịch giữa các công ty trong nhóm công ty mẹ - công ty con’, *Tạp chí Khoa học Pháp lý Việt Nam*, 03(106)/2017, trang 36-45 <<https://tapchikhplvn.hcmulaw.edu.vn/module/xemchitietbaibaio?oid=1b1a3fd0-3e98-488f-8024-e7d7fa3e066f>> truy cập ngày 29/12/2022

⁴³ Luật Công ty Nhật Bản 2005, Điều 120 quy định “Cổ đông phải có nghĩa vụ hoàn trả nếu được trao bất kỳ lợi ích về tài sản nào từ công ty cổ phần mà không cần trả một số tiền tương ứng nào.”

⁴⁴ Luật Công ty Nhật Bản 2005, Điều 362, Điều 393 và Điều 416.

⁴⁵ Kurt A. Strasser, Phillip I. Blumberg (2007), Replacing misused limited liability with enterprise analysis – corporate Groups conference on corporate accountability, limit liability, and the future of globalization. Paper presented at the Conference on Corporate Accountability, Limited Liability, and the Future of Globalization, School of Oriental and African Studies.

⁴⁶ H A J Ford et al (1999), *Ford's Principles of Corporations Law* (9th edition), Butterworths, page 124-126

⁴⁷ Case of Briggs v JamesHardie & Co Pty Ltd (1989) 16 NSWLR 549; 7 ACLC 841

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Danh mục văn bản quy phạm pháp luật Việt Nam

1. Luật Doanh nghiệp 2005 sửa đổi, bổ sung 2009
2. Luật Doanh nghiệp 2014
3. Luật Doanh nghiệp 2020 sửa đổi, bổ sung 2022
4. Nghị định 69/2014/NĐ-CP về tập đoàn kinh tế nhà nước và tổng công ty nhà nước được ban hành vào ngày 15 tháng 7 năm 2014, có hiệu lực từ ngày 01 tháng 9 năm 2014, sửa đổi bổ sung Nghị định 101/2009/NĐ-CP và Nghị định 111/2007/NĐ-CP
5. Nghị định 23/2022/NĐ-CP về thành lập, sắp xếp lại, chuyển đổi sở hữu, chuyển giao quyền đại diện chủ sở hữu tại doanh nghiệp do nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ ban hành vào ngày 25 tháng 4 năm 2022, có hiệu lực vào ngày 01 tháng 6 năm 2022, thay thế Nghị định 172/2013/NĐ-CP và Nghị định 128/2014/NĐ-CP, bãi bỏ Nghị định 69/2014/NĐ-CP
6. Nghị định 125/2020/NĐ-CP Quy định về xử phạt vi phạm hành chính về thuế, hoá đơn

Danh mục văn bản quy phạm pháp luật nước ngoài

1. Luật Công ty 2006 của Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ireland (Companies Act 2006)
2. Luật Công ty 2001 của Úc (Corporations Act 2001)
3. Luật Công ty 2005 của Nhật Bản (Companies Act 2005)
4. Chỉ thị 2004/109/EC của Nghị viện và Hội đồng Châu Âu
5. Luật Tài chính 1998 của Ý
6. Chỉ thị lần thứ bảy của Nghị viện và Hội đồng Châu Âu số 83/349/EEC
7. Đạo luật Công ty chứng khoán của Đức (The German Stock Corporation Act)

Danh mục tài liệu nước ngoài

1. Tejas Chhura, 'The Need to Re-Think the Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration' (2022)
2. Alexandre Meyniel, 'That Which Must Not Be Named: Rationalizing the Denial of U.S. Courts with Respect to the Group of Companies Doctrine', (2013)
3. Martin Petrin, Barnali Choudhury, 'Group Company Liability, European Business Organization Law Review' (2018)

4. Virginia Harper Ho, 'Theories of Corporate Groups Corporate Identity Reconceived' (2012)

5. Ronald H. Coase, The Nature of the Firm (1937)

6. R Carroll, "Shadow Director and Other Third Party Liability for Corporate ACTivity" in I M Ramsay (ed), Corporate Governance and the Duties of Companies Directors, Centre for Corporate Law and Securities Regulation, Melbourne, 1997, tr.162

7. Kurt A. Strasser, Phillip I. Blumberg (2007), Replacing misused limited liability with enterprise analysis – corporate Groups conference on corporate accountability, limit liability, and the future of globalization. Paper presented at the Conference on Corporate Accountability, Limited Liability, and the Future of Globalization, School of Oriental and African Studies

8. H A J Ford et al (1999). Ford's Principles of Corporations Law (9th edition)

9. José Engrácia Antunes, Theodor Baums, 'Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law' (2011)

10. Andrew Lymer, John Hasseldine, 'The International Taxation System, Kluwer Academic Publishers' (2002)

Án lệ

1. Dow Chemical France & Ors v Isover Saint Gobain, ICC Case No. 4131, Interim Award of 23 september 1982

2. Case of Briggs v JamesHardie & Co Pty Ltd (1989) 16 NSWLR 549; 7 ACLC 841

Nguồn điện tử

1. Xuân Yến, 'Thu hút FDI: Bất cập chính sách ưu đãi thuế', Báo Đầu tư (10/6/2020) <<https://baodauthau.vn/thu-hut-fdi-bat-cap-chinh-sach-uu-dai-thue-post90826.html>>

2. Nguyễn Giang, 'Chuyển giá, trốn thuế: Kịch bản "lỗ triền miên" của doanh nghiệp FDI', Tạp chí tài chính (18/03/2022) <<https://tapchitaichinh.vn/chuyen-gia-tron-thue-kich-ban-lo-trien-mien-cua-doanh-nghiep-fdi.html>>

3. Lê Văn Sua, 'Cơ sở pháp lý chống chuyển giá và vấn đề hoàn thiện pháp luật về chống chuyển giá ở Việt Nam', Bộ Tư pháp (23/12/2015) <<https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1896>>

4. Ánh Tuyết, 'Bộ Tài chính đề xuất thu hẹp phạm vi hưởng ưu đãi thuế', *VnEconomy* (22/3/2023) <<https://vneconomy.vn/bo-tai-chinh-de-xuat-thu-hep-pham-vi-huong-uu-dai-thue.htm>>

5. Nguyễn Thị Thùy Minh, 'Chống chuyển giá tại một số quốc gia và bài học cho Việt Nam', *Viện chiến lược và chính sách tài chính* (6/12/2017) <https://mof.gov.vn/webcenter/portal/vclvcstc/pages_r/l/chi-tiet-tin?dDocName=MOFUCM118113>

6. Phan Huy Hồng, 'Chế định liên kết công ty trong pháp luật công ty Đức: tham khảo một cách tiếp cận khác', *Tạp chí Khoa học pháp lý*, 2016, số 01(95), trang 30

7. Trần Minh Anh, 'Quy định về nhóm công ty trong pháp luật một số quốc gia và những nội dung tham khảo cho Việt Nam', *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (27/10/2019) <<http://www.lapphap.vn/Pages/TinTuc/210349/Quy-dinh-ve-nhom-cong-ty-trong-phap-luat-mot-so-quoc-gia-va-nhung-noi-dung-tham-khao-cho-Viet-Nam.html>>

8. Hà Thị Thanh Bình, 'Một số kiến nghị góp phần hoàn thiện các quy định pháp luật điều chỉnh giao dịch giữa các công ty trong nhóm công ty mẹ - công ty con', *Tạp chí Khoa học Pháp lý Việt Nam*, 03(106)/2017, trang 36-45 <<https://tapchikhplvn.hcmulaw.edu.vn/module/xemchitietbaibao?oid=1b1a3fd0-3e98-488f-8024-e7d7fa3e066f>>

9. Hoàng Diệp, Trần Vũ, Ánh Hồng, 'Coca-Cola Việt Nam bị phạt, truy thu thuế hơn 821 tỉ', *Tuổi trẻ* (9/01/2023)

<<https://tuoitre.vn/coca-cola-viet-nam-bi-phan-truy-thu-thue-hon-821-ti>>

10. Anh Vũ, 'Chuyển giá có phải hành vi bất hợp pháp?', *Thanh niên* (15/01/2020) <<https://thanhnien.vn/chuyen-gia-co-phai-hanh-vi-bat-hop-phap-185917794.htm>>

11. Trung Kiên, 'Chuyển giá hợp pháp - chuyển giá phi pháp dưới góc nhìn của chuyên gia', *Tạp chí tài chính* (12/11/2018) <<https://tapchitaichinh.vn/chuyen-gia-hop-phap-chuyen-gia-phi-phap-duoi-goc-nhin-cua-chuyen-gia.html>>

Nhận xét

***Giảng viên: ThS. Nguyễn Thị Phương Thảo - Giảng viên Khoa Luật Kinh tế, trường Đại học Kinh tế - Luật (ĐHQG TP.HCM)**

1. Về phương pháp nghiên cứu

- Bài viết sử dụng các phương pháp nghiên cứu luật học truyền thống như phân tích luật viết, đối chiếu luật học so sánh. Tuy nhiên các phương pháp chưa được sử dụng hiệu quả để đạt được kết quả nghiên cứu tốt nhất (sẽ được nói rõ trong phần sau).

2. Về hình thức

- Văn phong súc tích, khoa học; cấu trúc bài viết rõ ràng, hợp lý. Ít lỗi chính tả, lỗi đánh máy; trích dẫn nguồn tương đối đầy đủ.

- Tuy nhiên: (1) cách đặt tên tiểu mục chưa phù hợp. Cụ thể tại mục 1.2 tên tiểu mục là "1.2 Khái niệm về nhóm công ty theo pháp luật Việt Nam và thế giới" tuy nhiên nội dung được viết hoàn toàn chỉ đề cập đến pháp luật Việt Nam; (2) bố cục trùng lặp: Mục 2 là "2. Bất cập của pháp luật Việt Nam về nhóm công ty", đến mục 3 mặc dù tên gọi là "3. Quy định về nhóm công ty trong pháp luật các quốc gia và kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam" nhưng nội dung mục 3 cũng lại tiếp tục phân tích các bất cập khác của pháp luật Việt Nam; (3) Sử dụng thuật ngữ không chính xác, như tại trang số 6 "doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài" thì không thể gọi tắt là doanh nghiệp nước ngoài vì bản chất pháp lý hoàn toàn khác nhau.

3. Về nội dung

- Ưu điểm

+ Đề tài có tính cấp thiết và tính mới.

+ Bài viết phát hiện được một số vấn đề bất cập trong quy định pháp luật về nhóm công ty và đưa ra các kiến nghị.

+ Bài viết có sự nghiên cứu kỹ lưỡng, chần chu quy định pháp luật các nước trên thế giới về mô hình nhóm công ty.

- Điểm cần cải thiện

+ Cấu trúc lại nội dung và các mục cho logic và phù hợp hơn, tránh bị trùng lặp.

+ Các bất cập về quy định pháp luật chỉ mới được nhóm tác giả chỉ ra, nêu tên nhưng không phân tích sâu hoặc chỉ dừng lại là so sánh sự khác biệt với quy định của các nước mà chưa chỉ ra được sự khác biệt đó ảnh hưởng như thế nào dưới góc độ lý luận và thực tiễn tại Việt Nam. Điều đó dẫn đến những kiến nghị, nhận định mang tính chất chủ quan, chưa thuyết phục. Ví dụ như:

(1) Tại trang số 25: “mối quan hệ liên kết khác” liệu đã được lý giải theo khoản 1 Điều 195 Luật Doanh nghiệp không?;

(2) Tại trang số 26: chỉ nêu “thiếu tính khả thi” nhưng chưa lý giải tại sao nhóm tác giả đưa ra nhận định như vậy;

(3) Tại trang số 26: nhóm tác giả nhận định quy định của Việt Nam về khái niệm nhóm công ty còn bất cập, mơ hồ nên không cần đưa ra khái niệm; tuy nhiên, theo người nhận xét thì đó không phải là lý do đủ để nhóm suy ra rằng không nên đưa ra khái niệm (tại sao khái niệm mơ hồ thì không kiến nghị sửa khái niệm?) nên cần tìm lý do thuyết phục;

(4) Tại trang 27: nếu đã kiến nghị không đưa khái niệm nhóm công ty thì làm sao lại yêu cầu nghĩa vụ công khai thành lập nhóm công ty. Và bài viết cũng chưa lý giải tại sao phải công khai thông tin này ngoại trừ việc tác giả đưa ra luật các nước có quy định nên Việt Nam cần bổ sung quy định này?

(5) Tại trang 28: đây không phải bất cập riêng của quy định về nhóm công ty nên các kiến nghị cũng không phải dành riêng cho nhóm công ty; hơn nữa đây là một vấn đề lớn nên có thể viết thành một bài riêng để có thể phân tích sâu hơn.

***Luật sư: Vũ Phương Trang - Luật sư Thành viên Công ty Luật TNHH Tư vấn Độc lập (Dzungst & Associates)**

1. Về phương pháp nghiên cứu

- Nhóm tác giả vận dụng tốt phương pháp nghiên cứu pháp luật so sánh để đánh giá vấn đề và đề xuất giải pháp. Đây là phương pháp đặc biệt phù hợp với các vấn đề pháp luật doanh nghiệp hoặc những vấn đề mà các quốc gia khác đã có nhiều bài học thực tiễn để Việt Nam có thể xem xét và học hỏi.

2. Về hình thức

- Bài viết có bố cục rõ ràng, mạch lạc, phù hợp với chủ đề đang phân tích.

3. Về nội dung

- Ưu điểm:

Tuy phân tích về một đề tài tương đối rộng nhưng nhóm tác giả đã có sự nghiên cứu đáng kể và có sự tìm tòi, tham khảo các tài liệu học thuật quốc tế. Ngoài ra, nhóm tác giả cũng đề cập đến rất nhiều vấn đề có liên quan đến “nhóm công ty” không chỉ giới hạn trong pháp luật doanh nghiệp. Những vấn đề được đề cập đến trong bài viết sẽ là những gợi mở tốt cho các bạn đọc quan tâm đến các khía cạnh khác liên quan đến “nhóm công ty”.

- Điểm cần cải thiện:

Bài viết tồn tại 02 vấn đề mà theo người nhận xét thì nhóm tác giả có thể cân nhắc để cải thiện bài viết tốt hơn:

Thứ nhất, bài viết có chủ đề và phạm vi tương đối rộng so với giới hạn của một bài viết chuyên san. Nhóm tác giả đã cố gắng đề cập đến rất nhiều khía cạnh liên quan đến “nhóm công ty” nhưng chưa có các thảo luận chi tiết và đầy đủ ở từng vấn đề. Hầu hết các vấn đề được phân tích và kết luận tương đối ngắn gọn (ví dụ, nhóm tác giả chưa đề cập đến các quy định về công ty liên quan/công ty liên kết trong pháp luật Việt Nam hoặc quy định về quản trị công ty đại chúng, công bố thông tin theo luật chứng khoán Việt Nam, ... mặc dù nhóm tác giả có trích dẫn quy định của các nước khác về vấn đề này).

Thứ hai, việc góp ý chính sách dựa trên phương pháp so sánh pháp luật của các quốc gia khác là một biện pháp cần thực hiện. Tuy nhiên, để có cơ sở đánh giá liệu một quy định cụ thể nào đó của một quốc gia khác có phù hợp để áp dụng vào Việt Nam hay không sẽ yêu cầu có những thảo luận chi tiết hơn. Thay vì liệt kê tương đối nhiều quy định của các nước, nhóm tác giả có thể cân nhắc chọn lọc các quy định có tính khả thi cao tại Việt Nam và phân tích chi tiết hơn.

VỤ VIỆC 21 LÔ ĐẤT ĐỨNG TÊN NGƯỜI TRUNG QUỐC Ở ĐÀ NẴNG VÀ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ XOAY QUANH VIỆC XÁC ĐỊNH CÁC THUẬT NGỮ LIÊN QUAN

Phạm Phương Nhi (2153801090081),
Sinh viên Trường Đại học Luật TP. HCM

Bài viết tập trung phân tích các định nghĩa và xác định chủ thể có quyền sử dụng đất trong vụ việc 21 lô đất ở Đà Nẵng đứng tên người Trung Quốc. Lấy trọng tâm là vụ việc trên, bài viết chỉ ra những bất cập trong việc xác định tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo pháp luật về đầu tư và pháp luật về đất đai. Đồng thời, thông qua các phân tích trên, bài viết đề xuất một số kiến nghị để hạn chế các bất cập có thể xảy ra, gây ảnh hưởng đến quyền, nghĩa vụ của các bên chủ thể liên quan.

Từ khóa: tổ chức kinh tế; tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài; doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài; quyền sử dụng đất.

The article focuses on analyzing the definitions and determining the owner of land use rights through the case of the 21 land plots owned by the Chinese in Da Nang. Focusing on this case, the article points out the inadequacies in identifying foreign-invested economic organizations and foreign-invested enterprises. Based on these analyses, the article proposes solutions to limit possible inadequacies.

Keywords: economic organization; Foreign-invested economic organization; foreign-invested enterprises; ownership of land use rights.

1. Tóm tắt vụ việc

Năm 2019, trong số 246 lô đất dọc các khu đô thị ven biển thuộc khu vực sân bay Nước Mặn, có 21 lô đất đứng tên người Trung Quốc trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Đây được xem là một trong những nguyên nhân gây nên tình trạng giá đất tăng đột biến một cách bất thường trong thời gian ngắn. Bên cạnh việc khiến cho người dân không mua được đất do giá tăng cao, vấn đề an ninh quốc phòng còn được đặt ra bởi tính chất nhạy cảm của vị trí các lô đất nói trên.¹

Thông qua rà soát, quyền sử dụng 21 lô đất này lần lượt thuộc về hai công ty là Công ty liên doanh Du lịch và Giải trí quốc tế đặc biệt Silver Shoes Hoàng Đạt (tạm gọi là Công ty S. S HĐ) và Công ty TNHH

Thương mại, Du lịch và Dịch vụ V.N.HOLIDAY (tạm gọi là Công ty V.N.H).

Công ty S.S HĐ được Công ty TNHH Silver Shoes (trụ sở tại Hoa Kỳ, do ông Sui Gui Nan, quốc tịch Trung Quốc làm người đại diện) góp 90% số vốn và Công ty cổ phần Hoàng Đạt (doanh nghiệp Việt Nam) góp 10% số vốn. Công ty này đã được UBND thành phố Đà Nẵng cho thuê 20ha đất cơ sở sản xuất, kinh doanh với thời hạn thuê là 50 năm, đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất;

Công ty V.N.H là doanh nghiệp Việt Nam, được ông Lijinan, là cá nhân nước ngoài có quốc tịch Trung Quốc, góp 48% vốn. Doanh nghiệp này đã nhận chuyển nhượng từ cá nhân, doanh nghiệp Việt Nam 20 lô đất còn lại và đã

được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.²

2. Lý luận chung về một số khái niệm liên quan

2.1. Khái niệm về Nhà đầu tư nước ngoài

Quy định trước đây về nhà đầu tư nước ngoài chưa được cụ thể hóa trong luật. Theo khoản 5 Điều 3 Luật Đầu tư 2005: "Nhà đầu tư nước ngoài bỏ vốn để thực hiện hoạt động đầu tư tại Việt Nam". Trong đó, hoạt động đầu tư theo định nghĩa của Luật Đầu tư 2005 là hoạt động của nhà đầu tư trong quá trình đầu tư bao gồm các khâu chuẩn bị đầu tư, thực hiện và quản lý dự án đầu tư.³ Định nghĩa về hoạt động đầu tư theo cách liệt kê như trên vẫn chưa mang tính giải thích

¹ Hoài Thu, "21 Lô Đất Ven Biển Đà Nẵng Bị Người Trung Quốc Đứng Tên Sở Hữu", Báo Công an Nhân dân (20/9/2019), <<https://cand.com.vn/Ban-doc-cand/Dat-vang-ven-bien-Da-Nang-dang-bi-thau-tom-boi-nguoi-nuoc-ngoai-i536786/>> truy cập ngày 03/4/2023

² Thông cáo báo chí số 412/TB-STNMT của Sở Tài nguyên và Môi trường thành phố Đà Nẵng

³ Luật Đầu tư 2005, Điều 3(7)

về các thủ tục và quy trình này. Nói một cách khác, cách định nghĩa này vẫn chưa cụ thể. Sau này, khái niệm nhà đầu tư nước ngoài được hiểu theo cả phạm vi của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp⁴ là: “*Cá nhân có quốc tịch nước ngoài, tổ chức thành lập theo pháp luật nước ngoài thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh tại Việt Nam*”.

Định nghĩa về đầu tư kinh doanh tại khoản 8 Điều 3 Luật Đầu tư 2020 đã không nêu ra các hình thức đầu tư cụ thể như quy định tại khoản 5 Điều 3 Luật Đầu tư 2014 mà chỉ tóm gọn: “*Đầu tư kinh doanh là việc nhà đầu tư bỏ vốn đầu tư để thực hiện hoạt động kinh doanh*.” Thay vì liệt kê các hình thức đầu tư ngay tại định nghĩa, các hình thức đầu tư được quy định tại Điều 21 Luật Đầu tư 2020:

“*Điều 21. Hình thức đầu tư*

1. *Đầu tư thành lập tổ chức kinh tế.*
2. *Đầu tư góp vốn, mua cổ phần, mua phần vốn góp.*
3. *Thực hiện dự án đầu tư.*
4. *Đầu tư theo hình thức hợp đồng BCC.*
5. *Các hình thức đầu tư, loại hình tổ chức kinh tế mới theo quy định của Chính phủ.”*

Như vậy, nhà đầu tư nước ngoài là cá nhân, tổ chức có quốc tịch nước ngoài, bỏ vốn để thực hiện hoạt động kinh doanh thông qua các hình thức đầu tư theo pháp luật đầu tư quy định.

Bên cạnh các hoạt động đầu tư được liệt kê tương tự như luật cũ, Luật Đầu tư 2020 đã quy định bổ sung hình thức hợp đồng BCC⁵ và các hình thức đầu tư, loại hình tổ chức kinh tế mới theo quy định của Chính phủ.

⁴ Luật Đầu tư 2020, Điều 3(19); Luật Doanh nghiệp 2020, Điều 4(26); Luật Đầu tư 2014, Điều 3(14); Luật Doanh nghiệp 2014, Điều 4(20)

⁵ Theo Luật Đầu tư 2020, Điều 3(14), hợp đồng BCC là hợp đồng hợp tác kinh doanh, được ký giữa các nhà đầu tư nhằm hợp tác kinh doanh, phân chia lợi nhuận, phân chia sản phẩm theo quy định của pháp luật mà không thành lập tổ chức kinh tế

⁶ Luật Đầu tư 2020, Điều 3(21); Luật Đầu tư, Điều 3(16)

⁷ Luật Đầu tư 2020, Điều 3(22); Luật Đầu tư 2014, Điều 3(17)

⁸ Luật Đầu tư 2020, Điều 23(1) và Điều 23(2); Luật Đầu tư 2014, Điều 23(1) và Điều 23(2)

Quay trở lại với vụ việc 21 lô đất tại Đà Nẵng đứng tên người Trung Quốc, nhà đầu tư nước ngoài ở đây được xác định:

Đối với Công ty S.S HD, nhà đầu tư nước ngoài được xác định là Công ty TNHH Silver Shoes do ông Sui Gui Nan, quốc tịch Trung Quốc đại diện. Công ty này đầu tư vào công ty liên doanh nêu trên theo hình thức góp vốn với số vốn góp là 90%;

Đối với Công ty V.N.H, doanh nghiệp Việt Nam, công ty này được nhà đầu tư nước ngoài là ông Lijinan đầu tư theo hình thức góp vốn với số vốn góp là 48%. Ngoài ra, công ty này còn được nhận chuyển nhượng 20 lô đất dọc đường rào sân bay Nước Mặn từ cá nhân, doanh nghiệp Việt Nam.

Như vậy, có thể xác định có sự xuất hiện của nhà đầu tư nước ngoài, cụ thể là Công ty TNHH Silver Shoes và ông Lijinan, trong hoạt động đầu tư kinh doanh của hai công ty sở hữu 21 lô đất ở Đà Nẵng.

2.2. Khái niệm về Tổ chức kinh tế, Tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài và Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài

2.2.1. Khái niệm về Tổ chức kinh tế

Trong pháp luật về đầu tư, khái niệm tổ chức kinh tế có phạm vi bao hàm khá rộng. Để một tổ chức trở thành tổ chức kinh tế, tổ chức đó chỉ cần đáp ứng điều kiện thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật Việt Nam. Tổ chức kinh tế bao gồm doanh nghiệp, hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã và tổ chức khác thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh.⁶ Trong đó, tổ chức khác thực hiện hoạt động đầu tư

kinh doanh chưa được quy định cụ thể.

2.2.2. Khái niệm về Tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài

Tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài được định nghĩa là tổ chức kinh tế có nhà đầu tư nước ngoài là thành viên hoặc cổ đông.⁷ Khi thực hiện hoạt động đầu tư tại Việt Nam, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài có thể tạm chia thành hai nhóm sau đây khi xét đến điều kiện và việc thực hiện thủ tục đầu tư:

(i) Nhóm 1: Phải đáp ứng điều kiện và thực hiện thủ tục đầu tư theo quy định đối với nhà đầu tư nước ngoài;

(ii) Nhóm 2: Phải đáp ứng điều kiện và thực hiện thủ tục đầu tư theo quy định đối với nhà đầu tư trong nước.⁸

Trong đó, đối với tổ chức kinh tế là công ty hợp danh có đa số thành viên hợp danh là người nước ngoài; các tổ chức kinh tế có nhà đầu tư nước ngoài hoặc cả hai chủ thể nêu trên nắm giữ trên 50% vốn điều lệ (theo quy định tại Luật Đầu tư 2020) sẽ tuân theo các điều kiện tại nhóm 1. Các tổ chức kinh tế không thuộc vào các trường hợp đã được quy định thì sẽ tuân theo điều kiện thuộc nhóm 2.

Như vậy, quy định hiện nay không đề cập đến việc nhà đầu tư nước ngoài phải đầu tư bao nhiêu phần trăm vốn điều lệ thì tổ chức kinh tế đó mới trở thành tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài. Điều này có nghĩa là, dù nhà đầu tư đó chỉ đầu tư 1% vốn điều lệ vào một tổ chức kinh tế A thì tổ chức kinh tế A này sẽ được xét là tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài và thuộc nhóm 2 nêu trên.

Hai công ty liên quan đến vụ việc 21 lô đất ở Đà Nẵng đều có sự xuất hiện của nhà đầu tư nước ngoài. Xét theo khái niệm này, về cơ bản, Công ty S.S HĐ và Công ty V.N.H nêu trên đều có thể được xét là tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài. Trong đó, với số vốn góp từ nhà đầu tư nước ngoài lên đến 90%, Công ty S.S HĐ sẽ thuộc vào nhóm 1 và Công ty V.N.H sẽ thuộc vào nhóm 2 với số vốn góp từ nhà đầu tư nước ngoài là 48%.

2.2.3. Khái niệm về Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài

Khác với tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài, khái niệm doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài trước đây được quy định trong Luật Đầu tư 2005⁹, nhưng từ Luật Đầu tư 2014, khái niệm về chủ thể này đã không còn. Thay vào đó, khái niệm này lại được quy định tại Luật Đất đai 2013 với tư cách là một chủ thể sử dụng đất. Luật Đất đai 2013 xác định doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài gồm doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài, doanh nghiệp liên doanh, doanh nghiệp Việt Nam mà nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần, sáp nhập, mua lại theo quy định của pháp luật về đầu tư.¹⁰ Tuy nhiên, giữa doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp lại có sự khác biệt khi doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài không được xác định là một tổ chức kinh tế theo khoản 27 Điều 3¹¹ Luật Đất đai 2013 và cũng không thuộc một trong các hình thức pháp lý của doanh nghiệp.

Đối với Công ty S.S HĐ, đây là một doanh nghiệp liên doanh, được nhà đầu tư nước ngoài góp 90% vốn điều lệ. Căn cứ theo

khoản 7 Điều 5 Luật Đất đai 2013, Công ty S.S HĐ sẽ được xác định là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài.

Đối với Công ty V.N.H, căn cứ theo khoản 7 Điều 5 Luật Đất đai 2013, đây cũng được xác định là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài với 48% giá trị phần vốn góp thuộc về cá nhân Lijinan.

Căn cứ theo khoản 27 Điều 3 Luật Đất đai 2013 quy định doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài không phải là tổ chức kinh tế nên Công ty S.S HĐ và Công ty V.N.H không được xem là tổ chức kinh tế.

3. Bất cập

Thứ nhất, bất cập trong việc phân loại tổ chức kinh tế, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài.

Vấn đề được đặt ra ở đây là, theo pháp luật về đầu tư, cả hai Công ty S.S HĐ và Công ty V.N.H đều đáp ứng các điều kiện và phù hợp để trở thành tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài. Mặt khác, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài là một tổ chức kinh tế. Vì thế, ở góc nhìn này, Công ty S.S HĐ và Công ty V.N.H được xem là tổ chức kinh tế.

Tuy nhiên, theo pháp luật về đất đai, Công ty S.S HĐ và Công ty V.N.H lại trở thành doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài và đây không phải là tổ chức kinh tế.

Bất cập này xảy ra khi Luật Đất đai 2013 kế thừa khái niệm về doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài từ Luật Đầu tư 2005. Nhưng đến Luật Đầu tư 2014, và sau này là Luật Đầu tư 2020, khái niệm về

chủ thể này đã không còn. Thay vào đó, khái niệm về tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài được ra đời. Điều này vô hình trung đã tạo ra sự không thống nhất trong cách sử dụng thuật ngữ giữa pháp luật về đất đai và pháp luật về đầu tư, trong khi hai lĩnh vực này lại đòi hỏi phải có sự liên kết với nhau.

Một bất cập khác đã phát sinh dựa trên cách xây dựng định nghĩa doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Bằng biện pháp liệt kê, nhà làm luật đã vô tình bỏ sót các chủ thể khác vẫn thuộc tổ chức kinh tế nhưng không phải là doanh nghiệp theo Luật Đầu tư 2005. Việc thêm vào quy định về tổ chức có vốn đầu tư nước ngoài vào Luật Đầu tư sau này, mặc dù đáp ứng được việc tránh bỏ sót các chủ thể thuộc tổ chức kinh tế nhưng không phải là doanh nghiệp, nhưng lại tạo ra sự bất cập, không đồng nhất giữa pháp luật về đầu tư và pháp luật về đất đai khi mà Luật Đầu tư đã có sự thay đổi, nhưng Luật Đất đai vẫn giữ nguyên một chủ thể duy nhất là loại doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, nên các chủ thể bị sót (ví dụ như hợp tác xã có thành viên là người nước ngoài) vẫn chưa thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật về đất đai và chưa có quy định điều chỉnh phù hợp.¹²

Quan trọng hơn, sự không đồng nhất về khái niệm này gây ra khó khăn trong xác định chủ thể có quyền sử dụng đất. Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài không được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất từ tổ chức, cá nhân khác mà chỉ được nhận chuyển nhượng vốn đầu tư là giá trị quyền sử dụng đất theo quy định tại Điều 39 Nghị định 43/2014/NĐ-CP.¹³ Như đã phân tích, trong vụ việc 21

⁹ Theo khoản 6 Điều 3 Luật Đầu tư 2005, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài bao gồm doanh nghiệp do nhà đầu tư nước ngoài thành lập để thực hiện hoạt động đầu tư tại Việt Nam; doanh nghiệp Việt Nam do nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần, sáp nhập, mua lại.

¹⁰ Luật Đất đai 2013 (sửa đổi, bổ sung năm 2018), Điều 5(7)

¹¹ Khoản 27 Điều 3 Luật Đất đai 2013: "Tổ chức kinh tế bao gồm doanh nghiệp, hợp tác xã và tổ chức kinh tế khác theo quy định của pháp luật về dân sự, trừ doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài."

¹² Phạm Xuân Thắng, 'Hoàn Thiện Các Quy Định Của Luật Đất Đai Năm 2013 Về Doanh Nghiệp Có Vốn Đầu Tư Nước Ngoài', *Nghiên cứu Lập pháp* (17/8/2020), <<http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=210558>> truy cập ngày 03/4/2023

¹³ Luật Đất đai 2013, Điều 169(1)(b)

lô đất đứng tên người Trung Quốc ở Đà Nẵng, Công ty S.S HĐ và Công ty V.N.H vừa có thể được xác định là tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài, vừa có thể được xác định là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Theo pháp luật đất đai, Công ty S.S HĐ và Công ty V.N.H được xác định là các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, dẫn đến hệ quả không được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất từ một cá nhân khác một cách tự do mà chỉ có quyền nhận chuyển nhượng vốn đầu tư. Theo pháp luật đầu tư, Công ty S.S HĐ và Công ty V.N.H được xác định là tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài, dẫn đến hai công ty này có quyền nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất từ cá nhân căn cứ điểm b khoản 1 Điều 169 Luật Đất đai 2013.

Chính vì bất cập trong việc phân loại tổ chức kinh tế, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo pháp luật đầu tư và pháp luật đất đai đã dẫn đến việc xác định chủ thể có quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đất không có sự thống nhất.

Xoay quanh khái niệm về tổ chức kinh tế, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, việc xác định một công ty thuộc vào nhóm nào vẫn còn là một vấn đề chưa được giải quyết. Tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài là tổ chức kinh tế, nhưng doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài lại không phải là tổ chức kinh tế mặc dù doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài lại là tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài. Bên cạnh đó, quyền, nghĩa vụ của tổ chức kinh tế và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài trong pháp luật về đất đai lại có những sự khác biệt nhất định.

¹⁴ Luật Đất đai 2013, Điều 169(1)(c)(d)

¹⁵ Luật Đất đai 2013, Điều 169(1)

Thứ hai, đặt ra vấn đề về sự bất công trong quy định về sử dụng đất đai đối với tổ chức kinh tế và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Ngoài việc được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất từ cá nhân, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài còn được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất thông qua nhận tặng cho và nhận thừa kế quyền sử dụng đất.¹⁴ Trong khi đó, hai quyền này không được đặt ra dành cho doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Đồng thời, nếu như tổ chức kinh tế được nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước giao đất và thực hiện các quyền, nghĩa vụ liên quan thì đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, cần phải thỏa mãn điều kiện về mục đích, cụ thể ở đây là việc Nhà nước giao đất để thực hiện các dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê.¹⁵ Việc quy định quyền nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất của tổ chức kinh tế rộng hơn và dễ dàng hơn so với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, từ có nhiều cách thức để nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất hơn cho đến việc được giao đất một cách dễ dàng hơn. Vấn đề này cần được đặt ra và suy xét công bằng cho các chủ thể nhằm bảo vệ quyền lợi tiếp cận đất đai của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, đồng thời tạo điều kiện để thu hút các nhà đầu tư nước ngoài.

4. Kiến nghị

Từ hai vấn đề bất cập nêu trên, tác giả cho rằng cần phải đảm bảo việc sử dụng thuật ngữ thống nhất giữa pháp luật về đầu tư và pháp luật về đất đai bằng một trong ba phương án sau đây:

Phương án thứ nhất, nếu quy định tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài là một chủ thể sử dụng đất thay cho doanh nghiệp có vốn

đầu tư nước ngoài thì cần có sự tách bạch và phân biệt giữa tổ chức kinh tế và tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài. Tuy nhiên, với luận điểm xác định tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài là tổ chức kinh tế, để thay thế thuật ngữ doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài bằng thuật ngữ tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài, nhà làm luật cần lưu ý đến mối quan hệ giữa tổ chức kinh tế và tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài để tránh tình trạng chồng chéo luật áp dụng.

Phương án thứ hai, nếu khái niệm về tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài không được quy định trong pháp luật về đất đai thì khái niệm về doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài cần quay lại trong pháp luật về đầu tư. Tuy nhiên, điều này sẽ vô tình tạo nên sự chồng chéo về khái niệm giữa tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài.

Phương án thứ ba, nếu vẫn giữ các khái niệm về “tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài” trong pháp luật về đầu tư và “doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài” trong pháp luật về đất đai thì các quy định về sử dụng đất giữa các chủ thể cần có một sự cân bằng nhất định, không quá thiên lệch hoặc có sự khác biệt quá lớn giữa tổ chức kinh tế và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài.

Theo Dự thảo Luật Đất đai hiện hành, nhà làm luật đã đi theo phương án thứ nhất, quy định tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài thay cho doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Về mặt tích cực, cách quy định này đã giải quyết bất cập về việc có thể bỏ sót một số chủ thể khác. Đồng thời tạo sự thống nhất giữa pháp luật về đầu tư và pháp luật đất đai

về cách sử dụng thuật ngữ. Tuy nhiên, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài là tổ chức kinh tế nên việc áp dụng quy định cần phải được xác định cụ thể để hạn chế việc xung đột trong áp dụng quy định vì với loại chủ thể này, áp dụng quy định dành cho tổ chức kinh tế không sai, nhưng vì đây là thuật ngữ thay thế cho doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài nên mặt khác, vẫn có thể áp dụng các quy định của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài lên tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài.

Vì hiện nay Dự thảo Luật Đất đai hiện hành đi theo phương án quy định khái niệm tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài thay cho khái niệm doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài nên cần có sự tách bạch giữa tổ chức kinh tế và tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài vì đây được xác định là hai chủ thể riêng biệt theo Dự thảo Luật đất đai hiện nay.

5. Tổng kết

Sự thay đổi về doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài ở Luật Đầu tư 2005 sang tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài ở Luật Đầu tư 2014 và Luật Đầu tư 2020 đã cho thấy sự tiến bộ và bắt kịp với sự phát triển của nền kinh tế thị trường lúc bấy giờ trong pháp luật về đầu tư. Tuy nhiên, sự thay đổi không được thực hiện một cách triệt để khi pháp luật về đầu tư thay đổi nhưng pháp luật về đất đai thì lại không, dẫn đến một số bất cập trong việc xác định chủ thể có quyền sử dụng đất. Bên cạnh đó, vấn đề về sự phân biệt trong quyền sử dụng đất giữa các chủ thể đã trở nên rõ ràng. Xét dưới góc độ an ninh quốc phòng, các quy định về quyền sử dụng đất giữa tổ chức kinh tế và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài trở nên hợp lý. Tuy nhiên, xét về mặt pháp lý, nhiều lỗ hổng vẫn tồn tại, không chỉ là kẽ hở lách luật mà còn tạo ra nhiều tranh cãi trong việc xác định quyền sử dụng đất và quyền đứng tên trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất của người nước ngoài tại Việt Nam. Chính vì thế, cần thiết xem xét vấn đề đồng nhất khái niệm trong pháp luật về đầu tư và pháp luật về đất đai, bên cạnh đó là quy định về bảo đảm sự bình đẳng trong điều kiện tiếp cận đất đai của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài và tổ chức kinh tế. Tuy nhiên, bên cạnh việc đồng nhất cách sử dụng thuật ngữ, các quy định vẫn cần được nghiên cứu và làm rõ hơn để tránh bất cập trong việc áp dụng trên thực tế.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Văn bản pháp luật

1. Luật Đầu tư 2020;
2. Luật Doanh nghiệp 2020;
3. Luật Đầu tư 2014;
4. Luật Doanh nghiệp 2014;
5. Luật Đất đai 2013, sửa đổi, bổ sung năm 2018;
6. Luật Đầu tư 2005;
7. Nghị định 31/2021/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư;
8. Nghị định 43/2014/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai.

Nguồn điện tử

1. Hoài Thu, '21 Lô Đất Ven Biển Đà Nẵng Bị Người Trung Quốc Đứng Tên Sở Hữu' *Báo Công an Nhân dân* (20/9/2019) <<https://cand.com.vn/Ban-doc-cand/Dat-vang-ven-bien-Da-Nang-dang-bi-thau-tom-boi-nguoi-nuoc-ngoai-i536786/>>
2. Phạm Xuân Thắng, 'Hoàn Thiện Các Quy Định Của Luật Đất Đai Năm 2013 Về Doanh Nghiệp Có Vốn Đầu Tư Nước Ngoài' (17/8/2020) *Nghiên cứu Lập pháp* <<http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=210558>>

Nhận xét

***Giảng viên: TS. Nguyễn Thị Thanh Xuân - Giảng viên Khoa Luật Kinh tế, trường Đại học Kinh tế - Luật (ĐHQG TP.HCM)**

1. Về phương pháp nghiên cứu:

Tác giả sử dụng phương pháp phân tích luật viết để phân tích luật thực định, làm rõ các khái niệm cần nghiên cứu.

2. Về hình thức:

Tên mục, tiểu mục nên ghi rõ nội dung hơn, ví dụ Mục 3 nên ghi rõ "Bất cập về chủ thể/ khái niệm chủ thể..."

3. Về nội dung

- Ưu điểm:

Bài viết đã trình bày một cách hệ thống nội dung nghiên cứu gồm: các khái niệm trong Luật Đầu tư, Luật Đất đai về chủ thể doanh nghiệp có vốn đầu tư

nước ngoài, tổ chức kinh tế, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài. Trên cơ sở đó, chỉ ra sự không thống nhất giữa các luật và hệ quả là những bất cập trong thực hiện pháp luật về quyền của chủ thể này trong việc sử dụng đất. Bài viết có nêu định hướng sửa bất cập này trong Dự thảo Luật Đất đai.

- Điểm cần cải thiện:

+ Thứ nhất, căn cứ Điều 3 Luật Đất đai, phạm vi điều chỉnh của Luật Đất đai là “quy định quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất”. Do đó, việc xác định quyền của các doanh nghiệp trong vụ việc trên sẽ được xác định theo Luật Đất đai.

+ Thứ hai, Điều 3 Luật Đất đai quy định “Trong Luật này, các từ ngữ dưới đây được hiểu như sau...”. Vì vậy, không thể sử dụng cách giải thích “tổ chức kinh tế” trong Luật Đất đai như trong các luật khác. Luật Đất đai tách doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thành chủ thể riêng và đối xử khác biệt với tổ chức kinh tế bằng cách quy định quyền và nghĩa vụ khác đi. Bài viết cần rà lại quan điểm cho rằng không xác định được doanh nghiệp thuộc tổ chức kinh tế hay tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài, hay doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài.

+ Thứ ba, về bất cập thứ 2, bài viết cho rằng phân biệt đối xử với tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài là không công bằng. Quan điểm này mâu thuẫn với phần viết trên liên quan đến vấn đề an ninh quốc phòng.

***Luật sư: Nguyễn Thị Hoàn – Luật sư thành viên Công ty Luật TNHH CNC Việt Nam (CNC Counsel)**

1. Về phương pháp nghiên cứu:

Bài viết kết hợp giữa phương pháp so sánh, phân tích, luận khoa học và phương pháp luận thực tế.

2. Về hình thức:

Phù hợp với đặc điểm bài viết nghiên cứu khoa học.

3. Về nội dung

- Ưu điểm:

+ Bài viết tập trung vào trọng tâm đã đặt ra.

+ Ngôn ngữ súc tích, mạch lạc.

- Điểm cần cải thiện:

+ Về tên bài viết và phần tóm tắt vụ việc: Tác giả đề cập “Vụ việc 21 lô đất đứng tên **người Trung Quốc**...”, “có 21 lô đất đứng tên người Trung Quốc trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất” là chưa đúng về mặt pháp lý. Bởi lẽ, theo quy định của pháp luật đất đai thì người nước ngoài không được quyền nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất tại Việt Nam. Do vậy, khi tham khảo thông tin qua báo chí thì cần đối chiếu với quy định của pháp luật và ngôn ngữ pháp lý để có cách diễn đạt phù hợp, tránh sai về nội hàm. Tác giả cũng có thể khai thác nội dung này để lưu ý người đọc trong quá trình tìm hiểu thông tin qua báo chí, các trang mạng xã hội... Tác giả có thể tìm hiểu thêm thông tin tại Thông cáo báo chí số 412/TB-STNMT ngày 20/9/2019 của Sở Tài nguyên và Môi trường thành phố Đà Nẵng thông tin chính thức về việc Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất có liên quan đến yếu tố nước ngoài.

+ Về nội dung bất cập: Tác giả có so sánh điều kiện để được nhận quyền sử dụng đất của tổ chức kinh tế là “*rộng hơn và dễ dàng hơn*” so với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, từ đó kiến nghị cần “*suy xét công bằng cho các chủ thể nhằm bảo vệ quyền lợi tiếp cận đất đai của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, đồng thời tạo điều kiện để thu hút các nhà đầu tư nước ngoài*” là hơi khiên cưỡng. Bởi lẽ, mỗi chủ thể kinh tế có một đặc thù nhất định, chưa kể đặc thù riêng của pháp luật đất đai là phải vừa bảo vệ tài sản của quốc gia, đảm bảo quốc phòng, an ninh, vừa đảm bảo môi trường hoạt động đầu tư, kinh doanh lành mạnh.

+ Về nội dung kiến nghị: Các kiến nghị còn chung chung. Bài viết mới chỉ đưa ra các giải pháp mang tính lựa chọn nhưng chưa thể hiện được quan điểm cá nhân là giải pháp nào nên/cần được áp dụng, từ đó liên hệ với quy định hiện hành cũng như các dự thảo luật hiện nay.

+ Bài viết nên kết hợp giữa lý luận và vụ việc thực tế được viện dẫn để từ đó đưa ra nhận định việc cơ quan có thẩm quyền tại Đà Nẵng xác định các doanh nghiệp trên được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất và đứng tên trên giấy chứng nhận là có đúng với quy định của pháp luật hay không?

HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG ĐIỆN TỬ - NHỮNG QUY ĐỊNH MỚI VỀ HỢP ĐỒNG CHO NGƯỜI SỬ DỤNG LAO ĐỘNG VÀ NGƯỜI LAO ĐỘNG VIỆT NAM

Trần Hồng Nhung (K22502) & Lê Anh Tuấn (K22502C),
Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM

Nắm bắt được các lợi ích rõ rệt của việc chuyển đổi số, các tổ chức hiện nay đang theo đuổi mục tiêu số hóa dữ liệu. Cụ thể trong lĩnh vực lao động, việc sử dụng hợp đồng mẫu với ít sự điều chỉnh đã tạo điều kiện thuận lợi cho việc chuyển đổi sang hợp đồng điện tử. Chính vì lẽ đó, hợp đồng lao động điện tử đã ra đời nhằm đáp ứng nhu cầu của thời đại và nâng cao tính hiệu quả trong quản lý lao động. Tuy đang được sử dụng phổ biến, những quy định pháp luật liên quan đến loại hợp đồng này tại Việt Nam vẫn còn nhiều điểm bất cập cần được điều chỉnh.

Trong phạm vi bài viết, nhóm tác giả sẽ tập trung vào phân tích những ưu điểm, hạn chế của hợp đồng lao động điện tử cũng như đem đến cho người đọc những thông tin liên quan đến quy định pháp luật về hợp đồng lao động điện tử tại Việt Nam, từ đó đưa ra những kiến nghị nhằm có thể hoàn thiện hơn pháp luật Việt Nam về loại hợp đồng này.

1. Tổng quan về hợp đồng lao động điện tử

1.1. Một số khái niệm

Hợp đồng điện tử là hợp đồng được thiết lập dưới dạng thông điệp dữ liệu theo quy định của Luật Giao dịch điện tử 2005.¹ Ngoài ra, hợp đồng lao động là sự thỏa thuận giữa người lao động² và người sử dụng lao động³ về việc làm có trả công, tiền lương, điều kiện lao động, quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động.⁴ Hiện tại, pháp luật Việt Nam vẫn chưa có quy định về khái niệm của hợp đồng lao động điện tử nhưng bằng việc kết hợp giữa Điều 33 Luật Giao dịch điện tử 2005 và Điều 13 Bộ luật Lao động 2019, ta có thể hình thành một khái niệm hợp đồng lao động điện tử là sự thỏa thuận bằng văn bản dưới dạng thông điệp dữ liệu giữa người lao động và người sử dụng lao động về việc làm có trả công, tiền lương, điều kiện lao

động, quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động.

Chữ ký điện tử được tạo lập dưới dạng từ, chữ, số, ký hiệu, âm thanh hoặc các hình thức khác bằng phương tiện điện tử gắn liền hoặc kết hợp một cách lô gíc với thông điệp dữ liệu, có thể hiểu một cách đơn giản rằng chữ ký điện tử là một đoạn thông tin đi kèm với dữ liệu điện tử nhằm xác nhận người ký chấp thuận của người đó đối với nội dung thông điệp dữ liệu được ký.⁵

1.2. Đặc điểm

Cùng với sự tiến bộ và phát triển của khoa học công nghệ, hợp đồng lao động điện tử đang là hình thức được lựa chọn phổ biến giữa các chủ thể tham gia khi giao kết hợp đồng lao động. Trong phạm vi về đặc điểm của hợp đồng lao động điện tử, nhóm tác giả sẽ đi vào tìm hiểu ở ba khía cạnh:

Thứ nhất, về hình thức thể hiện, nếu như hợp đồng lao động truyền thống được ký kết thông qua văn bản giấy, được các bên xác nhận bằng chữ ký tay thì hợp đồng lao động điện tử được các chủ thể tham gia ký kết thông qua các văn bản điện tử và được xác nhận bằng chữ ký điện tử.

Thứ hai, về luật điều chỉnh, ngoài việc tuân thủ các quy định chung về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự 2015, hợp đồng lao động điện tử còn chịu sự điều chỉnh của pháp luật về lao động và pháp luật về giao dịch điện tử.

Thứ ba, về đối tượng, ngoài sự tham gia của người lao động và người sử dụng lao động, hợp đồng lao động điện tử còn xuất hiện chủ thể thứ ba là các tổ chức, cơ quan trung gian, đây là các cơ quan chứng thực chữ ký điện tử và các nhà cung cấp dịch vụ mạng. Các chủ thể này tham gia với vai trò

¹ Luật Giao dịch điện tử 2005 sửa đổi, bổ sung năm 2019, Điều 33

² Căn cứ theo khoản 1 Điều 3 Bộ luật Lao động 2019 quy định: "Người lao động là người làm việc cho người sử dụng lao động theo thỏa thuận, được trả lương và chịu sự quản lý, điều hành, giám sát của người sử dụng lao động".

³ Căn cứ theo khoản 2 Điều 3 Bộ luật Lao động 2019 quy định: "Người sử dụng lao động là doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, hợp tác xã, hộ gia đình, cá nhân có thuê mướn, sử dụng người lao động làm việc cho mình theo thỏa thuận; trường hợp người sử dụng lao động là cá nhân thì phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ".

⁴ Bộ luật Lao động 2019, Điều 13

⁵ Luật Giao dịch điện tử 2005, Điều 21(1)

hỗ trợ và đảm bảo việc giao kết và thực hiện hợp đồng lao động điện tử. Với những đặc điểm trên, hợp đồng lao động điện tử có một số ưu điểm như sau:

(i) Khả năng kí kết ở bất kỳ đâu có kết nối internet, các chủ thể tham gia có thể ký kết hợp đồng từ mọi nơi trên thế giới mà không gặp trở ngại về mặt địa lý nhờ vào việc hợp đồng lao động điện tử có hình thức thể hiện qua việc tạo lập bằng thông điệp dữ liệu.

(ii) Sử dụng hợp đồng lao động điện tử giúp tiết kiệm thời gian cho tổ chức. Ngoài việc tiết kiệm thời gian di chuyển cho người lao động, các doanh nghiệp còn có thể tiết kiệm thời gian bằng cách tận dụng các mẫu có sẵn và chữ ký điện tử, từ đó tạo ra các hợp đồng có thể sử dụng cho nhiều lần cho các chủ thể khác nhau.⁶

(iii) Hợp đồng điện tử khó bị thay đổi hơn hợp đồng giấy nhờ vào các phần mềm quản lý hợp đồng như FPT eContract hay VNPT eContract, các hành động thay đổi nội dung nhằm mục đích xấu có thể bị phát hiện và cảnh báo cho các bên, từ đó đảm bảo tính trung thực của hợp đồng.

Bên cạnh đó, hợp đồng lao động điện tử cũng mang một số hạn chế nhất định, phần này sẽ được nhóm tác giả phân tích cụ thể ở nội dung bên dưới.

2. Thực tiễn khi áp dụng quy định pháp luật vào đời sống tại Việt Nam hiện nay

2.1. Thực tiễn áp dụng hợp đồng lao động điện tử

Hợp đồng lao động điện tử lần đầu tiên được ghi nhận có giá trị pháp lý tương đương hợp đồng lao động bằng văn bản tại Điều 14 BLLĐ vào năm 2019 - thời điểm Bộ luật này chính thức có hiệu lực thi hành. Kể từ đó, các tổ chức tại Việt Nam đã bắt đầu áp dụng hợp đồng lao động điện tử và nhận được nhiều lợi ích như hỗ trợ các doanh nghiệp, tổ chức trong việc tối ưu hóa quy trình ký kết hợp đồng lao động, tiết kiệm thời gian và chi phí. Một ví dụ tiêu biểu trong việc đã áp dụng thành công hợp đồng lao động điện tử có thể kể đến Công ty TNHH một thành viên Thương mại TiKi - doanh nghiệp đã sử dụng hợp đồng lao động điện tử đầu năm 2022 và đã nhận được nhiều cải thiện trong quy trình vận hành, bao gồm việc tiết kiệm được thời gian và chi phí do in ấn, chuyển phát. Ngoài ra, việc lưu trữ tài liệu cũng được giảm thiểu và quy trình phê duyệt cũng được tối ưu hóa.⁷

Tuy nhiên, việc áp dụng hợp đồng lao động điện tử vào thực tiễn cũng gặp rất nhiều trở ngại. Dưới góc độ thực tiễn, Công Ty TNHH Hệ thống thông tin FPT chỉ ra rằng, mặc dù 95% doanh nghiệp đã được giới thiệu về hợp đồng lao động điện tử, họ vẫn còn e ngại về tính hợp pháp, đảm bảo bảo mật, cũng như khả năng linh hoạt trong việc áp dụng loại hợp đồng này vào quá trình hoạt động kinh doanh. Bên cạnh đó, nếu chữ ký tay truyền thống được thực hiện trên giấy,

được ký trực tiếp và luôn đi kèm với chủ thể sở hữu, nghĩa là chữ ký tay gắn liền với chủ sở hữu về mặt nhận diện và là người duy nhất có thể dùng chữ ký này để thực hiện giao dịch (không kể đến trường hợp bị giả chữ ký), còn chữ ký số là bộ mã⁸ được cung cấp cho người sử dụng, là phần mềm máy tính không hoàn toàn phụ thuộc tất cả vào chủ thể sở hữu, nói cách khác, chủ thể có thể không phải là người duy nhất có được mã của chữ ký, gây ảnh hưởng đến độ tin cậy của chữ ký số trong quá trình ký kết hợp đồng. Hơn nữa, việc giao kết hợp đồng bằng chữ ký điện tử giữa người lao động và người sử dụng lao động có thể xảy ra những rủi ro như sự lệ thuộc vào máy tính và chương trình phần mềm, bởi vì chữ ký điện tử là một chương trình phần mềm điện tử, muốn kiểm tra tính xác thực của loại chữ ký này cần có máy tính và phần mềm tương thích⁹, điều này dẫn đến khó khăn trong quá trình kiểm tra, xem xét chữ ký điện tử trong hợp đồng lao động điện tử. Một số lý do dẫn đến thực trạng này có thể kể đến như: sự lạ lẫm về các phương tiện mới như chữ ký điện tử, thông điệp dữ liệu đối với các cá nhân, tổ chức; việc chưa nắm rõ về các quy định pháp luật liên quan đến việc giao kết hợp đồng lao động điện tử; hoặc việc người sử dụng lao động vẫn nghiêng về lựa chọn ít phức tạp hơn là hợp đồng truyền thống.

Ngoài ra, việc áp dụng chữ ký số khá phức tạp và chứa những rủi ro tiềm ẩn cho người sử dụng bởi vì hiện nay, không ít người dùng chữ

⁶ Anjoom Anver, 'PROS AND CONS OF E-CONTRACT' *Legallore blog*, <<https://www.legallore.info/post/pros-and-cons-of-e-contract>> truy cập ngày 17/01/2023

⁷ Giang Nam, 'Hợp đồng lao động điện tử: Nhiều tiện lợi nhưng vẫn dè chừng', *Báo người lao động* (06/11/2022), <<https://nld.com.vn/cong-doan/hop-dong-lao-dong-dien-tu-nhieu-tien-loi-nhung-van-de-chung-20221105203733069.htm>> truy cập ngày 16/01/2023

⁸ Chữ ký số được thiết lập dựa vào công nghệ mã hóa công khai RSA. Mỗi đơn vị kinh doanh khi được cung cấp và sử dụng chữ ký số sẽ có một khóa công khai (public key) và một khóa bí mật (private key). Khóa bí mật (private key): một bộ phận không thể thiếu trong cặp khóa khi tạo chữ ký số. Khóa bí mật thuộc hệ thống mã hóa không đối xứng. Khóa công khai (public key): loại khóa không thể thiếu trong cặp khóa khi kiểm tra chữ ký số. Khóa công khai nằm trong hệ thống mã không bí mật, và được tạo nên bởi khóa bí mật tương ứng trong cặp khóa. Người ký: chủ thể của thuê bao sẽ dùng khóa bí mật đã được cung cấp để thực hiện ký số vào một thông điệp dữ liệu dưới tên mình. Người nhận: Tổ chức, doanh nghiệp hoặc một cá nhân sẽ nhận được thông điệp dữ liệu đã được ký số thông qua việc sử dụng các chứng thư số của người ký, kiểm tra lại chữ ký số ở thông điệp dữ liệu nhận được. Sau đó mới tiếp tục tiến hành các hoạt động, giao dịch liên quan. Ký số: người sử dụng đưa khóa bí mật của mình vào phần mềm tự động tạo. Sau đó, gắn chữ ký số vào thông điệp dữ liệu cần ký.

⁹ Đinh Huy, 'Có được sử dụng chữ ký điện tử khi giao kết hợp đồng lao động không?', *Thư viện Pháp luật* (14/6/2022) <<https://thuvienphapluat.vn/phap-lu-at-doanh-nghiep/cau-hoi-thuong-gap-co-duoc-su-dung-chu-ky-dien-tu-khi-giao-ket-hop-dong-lao-dong-khong-2277.html>> truy cập ngày 20/01/2022

ký số còn gặp một số vấn đề trong việc quản lý và sử dụng USB Token (thiết bị lưu trữ khóa ký), dẫn đến kẻ gian có thể lợi dụng để mạo danh chủ thể hợp pháp của chữ ký số và sử dụng vào các hoạt động phi pháp.¹⁰ Dưới góc độ pháp lý thì từ khi Luật Giao dịch điện tử 2005 ra đời đến nay, Chính phủ chỉ mới ban hành *Nghị định số 130 quy định chi tiết thi hành Luật giao dịch điện tử về chữ ký số và dịch vụ chứng thực chữ ký số* để hướng dẫn về chữ ký số¹¹ và điều kiện đảm bảo an toàn cho chữ ký điện tử nói chung mà chưa ban hành những quy định cụ thể về tính an toàn của các loại chữ ký điện tử khác như chữ ký scan, chữ ký hình ảnh. Cũng chính vì thế nên khi người lao động và người sử dụng lao động muốn đi đến ký kết hợp đồng, nếu gặp những khó khăn trong việc sử dụng chữ ký số thì hai chủ thể này sẽ ít có cơ hội chọn một loại chữ ký điện tử khác vì chưa có nhiều quy định đảm bảo an toàn cho các loại chữ ký này, do đó đây cũng chính là một trong những bất cập về mặt pháp lý mà các loại hợp đồng điện tử nói chung và hợp đồng lao động điện tử nói riêng gặp phải hiện nay.

Tất cả những hạn chế trên đều có độ phức tạp cao, các chủ thể tham gia muốn giải quyết các vấn đề liên quan cần sự kết hợp chặt chẽ giữa kỹ thuật, công nghệ và vấn đề pháp lý để bảo đảm hợp đồng lao động điện tử được sử dụng theo đúng thỏa thuận, giá trị và mục đích ban đầu của các bên. Tóm lại, hợp đồng lao động điện tử đang dần trở thành xu hướng trong các doanh nghiệp Việt Nam nhờ những lợi ích mà nó mang lại. Tuy nhiên, vẫn còn nhiều thách thức và rào cản cần được giải quyết để thúc đẩy sự tiếp nhận rộng rãi của

phương thức này trong tương lai, giúp các doanh nghiệp nâng cao hiệu quả hoạt động và tận dụng tối đa lợi ích của công nghệ.

2.2. Quy định pháp luật Việt Nam về hợp đồng lao động điện tử

Hiện nay, pháp luật Việt Nam đã có nhiều quy định liên quan đến vấn đề giao kết trong hợp đồng lao động điện tử. Tuy nhiên, trong phạm vi phần nội dung này, nhóm tác giả sẽ chỉ tập trung phân tích hai nhóm nội dung chính: (i) Điều kiện để hợp đồng lao động điện tử có hiệu lực và (ii) Những quy định của pháp luật xoay quanh chữ ký điện tử. Khi nhắc về những quy định liên quan đến hợp đồng nói chung và hợp đồng lao động điện tử nói riêng, hầu hết mọi người sẽ quan tâm đến vấn đề về hiệu lực hợp đồng và vấn đề về hình thức giao kết, đây là lý do nhóm tác giả chọn phân tích hai nội dung trên.

2.2.1. Điều kiện để hợp đồng lao động điện tử có hiệu lực

Về cơ bản, hợp đồng lao động điện tử vẫn phải tuân thủ theo những nguyên tắc chung cho mọi loại hợp đồng giống như những hợp đồng truyền thống thông thường. Tuy nhiên, hợp đồng lao động truyền thống và hợp đồng lao động điện tử vẫn có sự khác biệt về điều kiện giao kết, ngoài được quy định bởi Bộ luật Dân sự 2015 và Bộ luật Lao động 2019 giống như hợp đồng lao động truyền thống, hợp đồng lao động điện tử còn thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật Giao dịch điện tử 2005, nhờ vào sự bổ sung của Luật Giao dịch điện tử 2005 đã tạo ra những khác biệt giữa điều kiện thực hiện giao kết giữa hai loại hợp đồng này.

Đầu tiên, đối với một số hợp

đồng lao động truyền thống có thể được giao kết bởi hai chủ thể, tuy nhiên, hợp đồng lao động điện tử cần phải có ít nhất ba chủ thể tham gia giao hết hợp đồng, một trong ba có liên quan mật thiết với hợp đồng điện tử, đó là các bên cung cấp các dịch vụ mạng và cơ quan chứng thực chữ ký điện tử. Bên thứ ba này không tham gia trực tiếp vào quá trình trao đổi, đàm phán mà nắm vai trò đảm bảo giá trị pháp lý và tính hiệu quả cho việc thực hiện giao kết hợp đồng lao động điện tử.

Thứ hai, ngoài các nội dung như hợp đồng truyền thống, khi giao kết và thực hiện hợp đồng điện tử, các bên có quyền thỏa thuận về yêu cầu kỹ thuật, chứng thực, các điều kiện bảo đảm tính toàn vẹn, bảo mật có liên quan đến hợp đồng điện tử đó.¹² Những thỏa thuận này nhằm giải quyết những tranh chấp, vấn đề phát sinh của hợp đồng lao động điện tử và được các bên thực hiện kỹ càng trước khi giao kết hợp đồng. Các yêu cầu kỹ thuật, điều kiện về tính an toàn, bảo mật của loại hợp đồng này bao gồm thuyết minh hệ thống công nghệ thông tin; thuyết minh phương án kỹ thuật về giải pháp công nghệ, quy trình vận hành và chứng thực hợp đồng điện tử gồm có phương án lưu trữ, bảo đảm tính toàn vẹn dữ liệu của chứng từ điện tử, phương án định danh và chứng thực điện tử của các bên liên quan đến hoạt động chứng thực hợp đồng điện tử theo quy định của pháp luật, phương án tra cứu hợp đồng điện tử đã được chứng thực trên hệ thống; phương án bảo mật hệ thống cung cấp dịch vụ chứng thực hợp đồng điện tử, bảo mật an toàn thông tin khách hàng; phương án kỹ thuật bảo đảm duy trì và khắc phục hoạt động chứng thực hợp đồng điện tử khi

¹⁰ "Cẩn trọng với rủi ro khi sử dụng chữ ký số", *Báo Đầu tư*, (31/8/2022) <<https://baodautu.vn/can-trong-voi-rui-ro-khi-su-dung-chu-ky-so-d172555.html>> truy cập ngày 20/01/2022

¹¹ Theo khoản 6 Điều 3 Nghị định 130/2018/NĐ-CP quy định: "Chữ ký số là một dạng chữ ký điện tử được tạo ra bằng sự biến đổi một thông điệp dữ liệu sử dụng hệ thống mật mã không đối xứng, theo đó, người có được thông điệp dữ liệu ban đầu và khóa công khai của người ký có thể xác định được chính xác việc biến đổi nêu trên được tạo ra bằng đúng khóa bí mật tương ứng với khóa công khai trong cùng một cặp khóa cũng như sự toàn vẹn nội dung của thông điệp dữ liệu kể từ khi thực hiện việc biến đổi nêu trên."

¹² Luật Giao dịch điện tử 2005, Điều 35(3)

có sự cố xảy ra.¹³

Điểm khác biệt cuối cùng là về mặt hình thức, khi thực hiện giao kết hợp đồng điện tử, các bên tham gia có quyền thỏa thuận sử dụng phương tiện điện tử¹⁴ trong giao kết và thực hiện hợp đồng.¹⁵ Đây cũng là khác biệt lớn nhất giữa hợp đồng lao động điện tử và hợp đồng lao động truyền thống khi các phương tiện điện tử như chữ ký điện tử, điện thoại, máy tính, internet được vận dụng vào việc thực hiện giao kết hợp đồng.

2.2.2. Quy định về chữ ký điện tử

Hiện nay, hợp đồng lao động điện tử có những loại chữ ký điện tử thông dụng như sau: chữ ký scan, chữ ký số, chữ ký hình ảnh. Trong đó, nhóm tác giả sẽ đưa ra và phân tích những quy định về chữ ký số, bởi đây là loại chữ ký được sử dụng phổ biến và được các bên lựa chọn để ký kết nhiều bởi những tiện ích vốn có của nó, cụ thể chữ ký số là thiết bị đảm bảo tốt, an toàn và chính xác tính bảo mật, toàn vẹn dữ liệu và là bằng chứng cho các chủ thể về nội dung đã ký kết, ngoài ra chữ ký số được bảo mật bằng mật khẩu gọi là mã PIN¹⁶, giúp cho các cá nhân hay cơ quan tổ chức hài lòng với các giao dịch điện tử của mình.¹⁷

Căn cứ vào Điều 9 Nghị định 130/2018/NĐ-CP, chữ ký số trong hợp đồng lao động điện tử cần đáp ứng được những điều kiện sau đây:

Thứ nhất, chữ ký số được tạo ra trong thời gian chứng thư số¹⁸ có

hiệu lực và kiểm tra được bằng khóa công khai ghi trên chứng thư số đó. Do vậy, nếu doanh nghiệp muốn có chữ ký số, doanh nghiệp cần phải đăng ký chứng thư số trước và sau khi có chữ ký số thì chủ thể tham gia mới có thể áp dụng các quy định và nội dung liên quan đến hợp đồng lao động điện tử.

Thứ hai, chữ ký số được tạo ra bằng việc sử dụng khóa bí mật tương ứng với khóa công khai ghi trên chứng thư số do một trong các tổ chức sau đây cấp: Tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực chữ ký số quốc gia; Tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực chữ ký số chuyên dùng Chính phủ; Tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực chữ ký số công cộng; Tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực chữ ký số chuyên dùng của các cơ quan, tổ chức được cấp giấy chứng nhận đủ điều kiện đảm bảo an toàn cho chữ ký số chuyên dùng được quy định tại Điều 40 của Nghị định này¹⁹.

Thứ ba, khóa bí mật chỉ thuộc sự kiểm soát của người ký tại thời điểm ký. Điều này có nghĩa là khóa bí mật chỉ được truy cập hợp pháp nếu được sự cho phép của người ký tại thời điểm ký, và mọi quyền hạn thuộc về khóa bí mật sẽ được người ký tại thời điểm ký quyết định.

Trong hợp đồng nói chung và hợp đồng lao động điện tử nói riêng, chức năng xác thực là rất quan trọng, bởi vì để có thể hạn chế những rủi ro đáng tiếc ảnh hưởng đến quyền lợi của mình, cả người lao động và người sử dụng lao động

cần phải tiến hành các biện pháp cần thiết để kiểm chứng mức độ tin cậy của một chữ ký điện tử của hợp đồng lao động điện tử trước khi chấp nhận chữ ký điện tử đó, chính vì thế những quy định trên về chữ ký điện tử trong quá trình giao kết hợp đồng đặt ra là vô cùng cần thiết để đảm bảo tính an toàn và cụ thể cho hợp đồng lao động điện tử, đặc biệt là trong bối cảnh hiện nay, khi các giao dịch điện tử được tự động hóa và hệ thống kỹ thuật, công nghệ về giao dịch điện tử dễ bị sửa đổi, thì những quy định ấy lại càng quan trọng hơn bao giờ hết.

3. Bình luận, kiến nghị

3.1. Vấn đề cần lưu ý khi giao kết hợp đồng lao động điện tử

Hợp đồng lao động điện tử là sự thỏa thuận giữa người lao động và người sử dụng lao động, chính vì thế trong khi giao kết hợp đồng lao động điện tử, cần lưu ý những điểm đặc biệt để tránh xảy ra sai sót, tranh chấp trong quá trình giao kết hợp đồng:

Thứ nhất, trước khi giao kết hợp đồng lao động điện tử, người sử dụng lao động có nghĩa vụ cung cấp thông tin cho người lao động về công việc, địa điểm làm việc, điều kiện làm việc, thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, an toàn lao động, vệ sinh lao động, tiền lương, hình thức trả lương, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, quy định về bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ và vấn đề khác liên quan trực tiếp đến việc giao kết hợp đồng lao

¹³ Nghị định số 85/2021/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều Nghị Định số 52/2013/NĐ-CP ngày 16 tháng 5 năm 2013 của Chính phủ về thương mại điện tử, Điều 1(22)(b)

¹⁴ Luật Giao dịch điện tử 2005, Điều 4(10) quy định: "Phương tiện điện tử là phương tiện hoạt động dựa trên công nghệ điện, điện tử, kỹ thuật số, từ tính, truyền dẫn không dây, quang học, điện từ hoặc công nghệ tương tự".

¹⁵ Luật Giao dịch điện tử 2005, Điều 35(1)

¹⁶ Mã PIN là viết tắt của cụm từ Personal Identification Number, đây là mã số định danh của cá nhân để xác nhận quyền truy cập vào một hệ thống nào đó, mã PIN được sử dụng trong khóa bảo mật chữ ký số để tăng thêm độ an toàn và tin cậy cho chữ ký số

¹⁷ 'Tăng cường sử dụng chữ ký số phục vụ trong các cơ quan nhà nước', Cục chứng thực số và bảo mật thông tin - Ban cơ yếu Chính phủ (31/10/2022), <<https://ca.gov.vn/web/guest/-/tang-cuong-su-dung-chu-ky-so-phuc-vu-trong-cac-co-quan-ang-nha-nuoc>> truy cập ngày 25/01/2022

¹⁸ Theo khoản 7 Điều 3 Nghị định 130/2018/NĐ-CP, chứng thư số là một dạng chứng thư điện tử do tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực chữ ký số cấp nhằm cung cấp thông tin định danh cho khóa công khai của một cơ quan, tổ chức, cá nhân, từ đó xác nhận cơ quan, tổ chức, cá nhân là người ký chữ ký số bằng việc sử dụng khóa bí mật tương ứng

¹⁹ Nghị định 130/2018/NĐ-CP Điều 40: "Điều kiện cấp giấy chứng nhận đủ điều kiện đảm bảo an toàn cho chữ ký số chuyên dùng:

1. Có giấy chứng nhận đăng ký hoạt động của tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực chữ ký số chuyên dùng.

2. Đáp ứng các điều kiện về nhân sự, kỹ thuật quy định tại các khoản 3 và 4 Điều 13 Nghị định này

động mà người lao động yêu cầu. Người lao động phải cung cấp thông tin cho người sử dụng lao động về họ tên, tuổi, giới tính, nơi cư trú, trình độ học vấn, trình độ kỹ năng nghề, tình trạng sức khỏe và vấn đề khác liên quan trực tiếp đến việc giao kết hợp đồng lao động mà người sử dụng lao động yêu cầu.²⁰

Thứ hai, khi giao kết hợp đồng lao động điện tử cũng như những hợp đồng khác, cả người lao động và người sử dụng lao động cần tìm kiếm những đối tác đáng tin cậy, có đủ uy tín, năng lực, kinh nghiệm để tiến đến việc ký kết hợp đồng.

Hơn nữa, các chủ thể tham gia cần kiểm tra kỹ nội dung hợp đồng đã đầy đủ thông tin hay chưa, thông tin đã chính xác và chặt chẽ hay chưa; đồng thời, người lao động và người sử dụng lao động cần nắm những kiến thức nhất định về việc hợp đồng lao động điện tử, tìm hiểu trước những nội dung mình sẽ ký kết để giảm thiểu rủi ro.

Từ những vấn đề lưu ý như trên, theo quan điểm của nhóm tác giả, người lao động giúp tăng sự minh bạch và đảm bảo an toàn cho việc giao kết hợp đồng lao động.

Thứ ba, như ở phần thực tiễn đã trình bày, từ khi Luật Giao dịch điện tử 2005 ra đời đến nay, Chính phủ chỉ mới ban hành Nghị định số 130 quy định chi tiết thi hành Luật giao dịch điện tử về chữ ký số và dịch vụ chứng thực chữ ký số để hướng dẫn về chữ ký số và điều kiện đảm bảo an toàn cho chữ ký điện tử nói chung mà chưa ban hành những quy định cụ thể về tính an toàn của các loại chữ ký điện tử khác như chữ ký scan, chữ ký hình ảnh.²¹ Chính vì thế nhóm tác giả đề xuất việc bổ sung thêm những quy định liên quan đến các loại chữ ký điện tử khác như chữ ký scan hay chữ ký hình ảnh về định nghĩa và các loại hình khác nhau của các loại chữ ký này, về trách nhiệm của các bên liên quan, về tiêu chuẩn bảo mật và an toàn, về quy trình xác thực và kiểm tra, cuối cùng là về thông tin kỹ thuật.

4. Kết luận

Tóm lại, trước sự đổi mới và phát triển không ngừng của khoa học công nghệ như hiện nay, sự ra đời và phát triển của hợp đồng điện tử nói chung và hợp đồng lao động điện tử nói riêng là một hệ quả tất yếu của tiến trình hòa nhập. Chính vì thế, nhóm tác giả tin rằng pháp luật Việt Nam cần không ngừng cải tiến và hoàn thiện những điều luật, quy định liên quan đến hợp đồng lao động điện tử nhằm bảo vệ quyền và lợi ích cho cả người lao động và người sử dụng lao động. Những sự cải thiện liên quan đến loại hợp đồng này sẽ tạo điều kiện để xây dựng một thị trường lao động phát triển,

góp phần rút ngắn quá trình ký kết hợp đồng nhưng vẫn đảm bảo được chất lượng của hợp đồng lao động điện tử, đồng thời, giúp pháp luật Việt Nam tiệm cận hơn với tiến trình phát triển của công nghệ hiện tại.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Văn bản pháp luật

1. Bộ luật Dân sự 2015
2. Bộ luật Lao động 2019
3. Luật Giao dịch điện tử 2005
4. Nghị định số 130/2018/NĐ-CP Quy định chi tiết thi hành Luật Giao dịch điện tử về chữ ký số và dịch vụ chứng thực chữ ký số
5. Nghị định số 85/2021/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều Nghị Định số 52/2013/NĐ-CP ngày 16 tháng 5 năm 2013 của Chính phủ về thương mại điện tử

Danh mục nguồn điện tử

1. Giang Nam, 'Hợp đồng lao động điện tử: Nhiều tiện lợi nhưng vẫn dè chừng' *Báo người lao động* (06/11/2022), <<https://nld.com.vn/cong-doan/hop-dong-lao-dong-dien-tu-nhieu-tien-loi-nhung-van-de-chung-20221105203733069.htm>>
2. 'Tăng cường sử dụng chữ ký số phục vụ trong các cơ quan nhà nước' *Cục chứng thực số và bảo mật thông tin - Ban cơ yếu Chính phủ* (31/10/2022), <<https://ca.gov.vn/web/guest/-/tang-cuong-su-dung-chu-ky-so-phuc-vu-cchc-trong-cac-co-quan-ng-nha-nuoc>>
3. 'Cẩn trọng với rủi ro khi sử dụng chữ ký số' *Báo Đầu tư* (31/08/2022), <<https://baodautu.vn/can-trong-voi-rui-ro-khi-su-dung-chu-ky-so-d172555.html>>
4. Đinh Huy, 'Có được sử dụng chữ ký điện tử khi giao kết hợp đồng lao động không?', *Thư viện Pháp luật* (14/06/2022), <<https://thuvienphapluat.vn/phap-luat-doanh-nghiep/cau-hoi-thuong-gap/co-duoc-su-dung-chu-ky-dien-tu-khi-giao-ket-hop-dong-lao-dong-khong-2277.html>>
5. Trần Kiên & Nguyễn Khắc Thu, 'Khái niệm hợp đồng và những nguyên tắc cơ bản của hệ thống pháp luật hợp đồng Việt Nam' (15/08/2019), <<http://www.lapphap.vn/Pages/TinTuc/210246/Khai-niem-hop-dong-va-nhung-nguyen-tac-co-ban-cua-he-thong-phap-luat-hop-dong-Viet-Nam.html>>
6. Anjoom Anver, 'PROS AND CONS OF E-CONTRACT' *Legalore blog* <<https://www.legalore.info/post/pros-and-cons-of-e-contract>>

²⁰ Bộ luật Lao động 2019, Điều 16(2)

²¹ Nguyễn Thị Long, Hoàng Minh Quang, 'Hoàn thiện quy định pháp luật Việt Nam về chữ ký điện tử' *Tạp chí Dân chủ & Pháp luật*, <<https://bom.so/ulYcYP>> truy cập ngày 15/4/2023

CHÍNH SÁCH TĂNG MẠNH THUẾ TIÊU THỤ ĐẶC BIỆT ĐỐI VỚI THUỐC LÁ TRUYỀN THỐNG Ở THÁI LAN VÀ PHILIPPINES - ĐỀ XUẤT CHO VIỆT NAM

Trần Nhật Phi Nhung (K215021101) & Lê Thị Kim Ngân (K215022242)
Sinh viên trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM

Trong khi thuốc lá điện tử là một sản phẩm mới nổi được sử dụng rộng rãi trong vài thập kỷ trở lại đây, thì thuốc lá truyền thống đã tồn tại trong hàng thế kỷ. Một mặt hàng với nhiều mối nguy hại như thuốc lá truyền thống nhưng lại tồn tại trong khoảng thời gian dài như vậy, nguyên do là ở Việt Nam có giá bán thuốc lá truyền thống rẻ dẫn đến việc giá cả sẽ không phải là rào cản đối với giới trẻ trong việc hút thuốc. Nhóm tác giả thiết nghĩ đã đến lúc Nhà nước cần can thiệp và thay đổi mức giá của thuốc lá truyền thống nhằm hạn chế tình trạng hút thuốc của người dân nói chung và giới trẻ nói riêng. Ở các nước như Thái Lan và Philippines đã làm tương đối hiệu quả điều này thông qua việc tăng thuế tiêu thụ đặc biệt đối với mặt hàng thuốc lá truyền thống nhằm tạo ra rào cản về giá cả, dần dần loại bỏ thói quen hút thuốc của người dân. Theo hướng đó, bài viết này nhóm tác giả sẽ tập trung vào phân tích cách vận hành và triển khai của chính sách thuế tiêu thụ đặc biệt đối với mặt hàng thuốc lá truyền thống ở Thái Lan và Philippines, từ đó rút ra những kinh nghiệm mà Việt Nam cần học hỏi để hạn chế tình trạng hút thuốc lá truyền thống một cách tràn lan như hiện nay.

Từ khoá: Thuốc lá truyền thống, thuế tiêu thụ đặc biệt.

While electronic cigarettes are relatively new products that have been widely used for the last few decades, traditional cigarettes have existed for centuries. The explanation for such long-time existence is that the price of traditional cigarettes in Vietnam is cheap, which means that the price is not a barrier for young people in smoking. The authors believe that it is the time for the Government to intervene and reform the price mechanism of traditional cigarettes to restrict the population in general and young people in particular in smoking. Countries such as Thailand and the Philippines have done this well by increasing consumption taxes on traditional cigarettes to create price barriers, gradually eliminating people's smoking habits. In this article, the authors focus on analyzing the operation and implementation of the consumption tax policy on traditional cigarettes in these countries, and giving some experiences that Vietnam needs to apply to restrict the widespread use of traditional cigarettes.

Keywords: Traditional cigarette; special consumption tax.

1. Lý luận chung về thuế tiêu thụ đặc biệt đối với mặt hàng thuốc lá truyền thống

1.1. Khái quát về thuế tiêu thụ đặc biệt

Trên thị trường có những loại hàng hoá cần thiết cho nhu cầu hằng ngày của con người như lương thực, thực phẩm, thuốc chữa bệnh... nhưng cũng có những hàng hoá, dịch vụ được đánh giá là không thật sự cần thiết, mang tính

xa xỉ và ảnh hưởng tiêu cực đến môi trường, sức khoẻ như thuốc lá, tàu bay, du thuyền,... Chính vì vậy, Nhà nước đã ban hành thuế tiêu thụ đặc biệt đối với những hàng hoá, dịch vụ này để hướng dẫn người dân tiêu dùng một cách hợp lý, tiết kiệm hơn.

Căn cứ theo Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014, 2016, 2022) và Nghị định 108/2015/NĐ-CP ngày

28/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt thì có thể hiểu thuế tiêu thụ đặc biệt là một loại thuế gián thu, thu trực tiếp vào hành vi sản xuất, nhập khẩu các loại hàng hoá thuộc diện chịu thuế tiêu thụ đặc biệt và hành vi kinh doanh các dịch vụ thuộc diện chịu thuế tiêu thụ

và tỷ lệ người hút thuốc giảm, gia tăng nguồn thu cho ngân sách nhà nước; đặc biệt nhất là không tiếp sức cho buôn lậu thuốc lá phát triển.

2.1. Chính sách thuế thụ đặc biệt đối với thuốc lá truyền thống ở Philippines

Philippines là một trong các quốc gia gia nhập và thực hiện phê chuẩn công ước FCTC (Công ước Khung về Kiểm soát Thuốc lá của Tổ chức y tế thế giới) của WTO vào ngày 06/6/2005, quốc gia này cũng tuân theo Atlas về Phòng, chống tác hại thuốc lá khu vực ASEAN năm 2018, Philippines áp dụng thuế tiêu thụ đặc biệt với thuốc lá theo hình thức tuyệt đối.⁹ Theo đó, thuế tuyệt đối là loại thuế mà Chính phủ sẽ thu một khoản tiền thuế nhất định trên mỗi đơn vị của sản phẩm như theo bao thuốc lá, theo khối lượng, theo tót, theo điếu. Trong giai đoạn 1997 – 2012, thuế thuốc lá tại Philippines được áp dụng 4 nhóm với các mức thuế khác nhau, dao động từ 2,72 peso tới 28,3 peso¹⁰ cho một bao thuốc lá¹¹, mức giá này trên thực tế chỉ mang tính tương đối vì nó còn phụ thuộc vào mức giá bán cụ thể của từng sản phẩm. Hệ thống thuế nhiều tầng với mức thuế thấp (một số thương hiệu chịu mức thuế thấp hơn 1/10 mức thuế trên mỗi gói so với các thương hiệu khác) đã khiến cho giá thuốc lá ở Philippines trong giai đoạn đó thuộc hàng thấp nhất trên thế giới và các nhãn hiệu bán chạy nhất trong nước được đánh giá là những nhãn hiệu rẻ nhất trong tất cả các quốc gia ASEAN¹². Trong khi đó thu nhập bình quân

đầu người tại Philippines ngày càng tăng dẫn đến sức mua thuốc lá cũng tăng.

Theo thống kê, tỷ lệ sử dụng thuốc lá ở Philippines trước năm 2012 ở mức cao với 28,3% người trưởng thành hút thuốc lá. Tỷ lệ hút thuốc lá ở nam giới lên tới 47,7% chiếm gần một nửa số nam giới ở độ tuổi trưởng thành và tỷ lệ hút thuốc lá ở nữ giới cũng chiếm tới 9% (năm 2009). Tỷ lệ hút thuốc lá ở thanh thiếu niên 13 -15 tuổi là 8,9% (năm 2011).¹³

Nhằm giảm bớt tỷ lệ hút thuốc, năm 2012, Philippines lần đầu tiên thông qua Đạo luật Thuế Sin (Sin Tax Act), chuyển cấu trúc thuế bậc 4 xuống còn bậc 2 và tăng mạnh thuế suất đều đặn qua các năm từ 2013 - 2016 để tiến tới còn một mức thuế chung 30 Peso/bao thuốc (khoảng 0,75 đô la Mỹ) vào 2017. Theo đó, kết quả thu được sau cải cách, tỷ trọng thuế tiêu thụ đặc biệt trên một bao thuốc lá tăng từ 108% lên 341% vào năm 2013 đồng thời sản lượng thuốc lá được tiêu thụ đã giảm đáng kể.¹⁴ Từ năm 2017 trở đi, Philippines chính thức chuyển sang áp dụng hệ thống thuế tuyệt đối một bậc đối với thuốc lá, thuế suất tiếp tục tăng đều qua mỗi năm (dự kiến là tăng 4%), đạt mức đạt mức 65 peso/bao vào năm 2023. Theo quy định của Luật Cải cách thuế năm 2012 của Philippines, mức thuế tiếp tục điều chỉnh tăng mỗi năm 5% từ năm 2023.¹⁵ Nhờ những nỗ lực này đã sản lượng tiêu thụ trong nước, giai đoạn 2012 – 2013, giảm từ 5,76 tỷ bao thuốc xuống còn 4,97 tỷ bao; tiêu thụ thuốc lá bình quân

đầu người cũng theo đó mà giảm 1.304 điếu (năm 2015) xuống 874 điếu (năm 2020).¹⁶ Ngoài ra, theo số liệu khảo sát tình hình sử dụng thuốc lá ở người trưởng thành tại Philippines năm 2009 và năm 2013 (Philippines GATS 2009 và 2013) cho thấy, tỷ lệ hút thuốc lá trong số người Philippines trưởng thành đã giảm từ 29,7% (2009) xuống 23,8% (2015). Tỷ lệ hút thuốc lá trong nhóm thiếu niên (13-15 tuổi) giảm từ 6,8% xuống còn 5,5% trong cùng kỳ. Cùng với đó, ngân sách chính phủ tăng gấp đôi trong vòng 1 năm, từ 680 triệu USD (2012) lên 1,66 USD (2013) và tiếp tục tăng lên 2,8 tỷ USD vào năm 2020.¹⁷

2.2. Chính sách thuế thụ đặc biệt đối với thuốc lá truyền thống ở Thái Lan

Theo ATLAS về Phòng, chống tác hại thuốc lá khu vực ASEAN năm 2018, trong những năm từ 1993 đến 2016, Thái Lan áp dụng hệ thống thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá theo tỷ lệ phần trăm tính trên giá buôn.¹⁸ Tỷ lệ thuế suất tiêu thụ đặc biệt của Thái Lan liên tục tăng trong hai thập kỷ qua. Năm 1992, tỷ lệ thuế đối với thuốc lá được ấn định là 55%, sau đó tăng lên lần lượt 60%, 62%, 68% và 70% vào năm 1993, 1995, 1996 và 1997. Kể từ khi phê chuẩn FCTC của WHO vào năm 2004, thuế suất tiêu thụ đặc biệt tăng lên 79% vào năm 2006; 85% vào năm 2009; đến năm 2016 chạm mức 90%.

Việc đánh thuế thuốc lá cao và tăng thuế suất liên tục để phù hợp với từng giai đoạn đã đem lại kết quả ngoài mong đợi, trong những năm 1992 – 2007, tỷ lệ người

⁹ Lê Thị Thu, Nguyễn Hạnh Nguyên, tldr

¹⁰ Peso (hay còn gọi là piso) là đơn vị tiền tệ của Philippines

¹¹ Lê Thị Thu, Nguyễn Hạnh Nguyên, tldr.

¹² Công ty TNHH PwC (Việt Nam), Công ty TNHH PricewaterhouseCoopers WMS Bangkok, 'Nghiên cứu về hệ thống thuế tiêu thụ đặc biệt' (08/11/2022), truy cập ngày 10/03/2023

¹³ Bộ Y tế, WHO, HealthBridge (2018), Hỏi đáp về thuế thuốc lá tại Việt Nam.

¹⁴ Jo-Ann Diosana, 'Tăng thuế thuốc lá: Kinh nghiệm của Philippines' (ResearchGate, 2020)

¹⁵ The ASEAN Tobacco Atlas 2021

¹⁶ Lê Thị Thu, Nguyễn Hạnh Nguyên, tldr.

¹⁷ Lê Thị Thu, Nguyễn Hạnh Nguyên, tldr.

¹⁸ Lê Thị Thu, Nguyễn Hạnh Nguyên, tldr.

trưởng thành hút thuốc ở Thái Lan giảm đáng kể từ 32% xuống còn 21,2%, tỷ lệ nam giới hút thuốc giảm 17,6%, nữ giới hút thuốc giảm 3,1%.¹⁹ Tuy nhiên, cách thức này chỉ có hiệu quả trong giai đoạn đầu, kể từ năm 2008 đến năm 2014, tỷ lệ người trưởng thành hút thuốc tăng giảm không đều giữa các năm, cụ thể, tăng 0,7% (2009 – 2011), giảm 1,5% (2011 – 2013), rồi lại tăng 0,8% (2013 – 2014). Như vậy, có thể thấy, cách thức đánh thuế theo tỷ lệ phần trăm (tính trên giá buôn) nếu áp dụng trong khoảng thời gian sẽ đem lại hiệu quả không cao; nhận biết được vấn đề này, đến năm 2017, Chính phủ Thái Lan thực hiện cải cách thuế đối với thuốc lá. Theo đó, quốc gia này chuyển từ hệ thống thuế theo tỷ lệ phần trăm sang hệ thống thuế hỗn hợp (kết hợp thuế theo tỷ lệ phần trăm và thuế tuyệt đối) với các mức thuế suất: 20% giá bán lẻ (đối với thuốc lá <60 THB²⁰/bao) + 1,2 THB/điếu và 40% giá bán lẻ thuốc lá (đối với thuốc lá > 60 THB/bao) + 1,2 THB/điếu;²¹ nhờ đó, đem lại những kết quả rất tích cực. Tỷ lệ hút thuốc lá của người trưởng thành trên phạm vi toàn quốc quay về với xu hướng giảm liên tục từ 20,7% (năm 2014) xuống còn 17,4% (năm 2021). Đồng thời, thu ngân sách từ thuế thuốc lá của Thái Lan đã tăng gấp hơn 4 lần, tăng tới 2,1 tỷ USD vào năm 2020.²²

3. Việc thực thi chính sách thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá truyền thống ở Việt Nam và một số bài học kinh nghiệm

3.1. Mức thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá truyền thống đối với Việt Nam

¹⁹ SEARCA (2018), ASEAN Tobacco Control Atlas, trang 49

²⁰ Thai Baht (THB) là đơn vị tiền tệ được lưu hành tại Thái Lan, được đưa vào sử dụng từ năm 1929. Tính theo tỷ giá tiền tệ thông dụng quốc tế (3/2023)

¹ Baht Thái = 692 Việt Nam Đồng

²¹ Lê Thị Thu, Nguyễn Hạnh Nguyên, t.lđd.

²² Lê Thị Thu, Nguyễn Hạnh Nguyên, t.lđd.

²³ Công ty TNHH PwC (Việt Nam), Công ty TNHH PricewaterhouseCoopers WMS Bangkok, 'Nghiên cứu về hệ thống thuế tiêu thụ đặc biệt' (ngày 08/11/2022), truy cập ngày 10/03/2023

²⁴ WHO (2021). Report on the global tobacco epidemic 2021. Web Annex VI: Global Tobacco Control Policy Data, <https://www.who.int/publications/item/WHO-HEP-HPR-TFI-2021.9.1>.

Theo Điều 2 Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014, 2016, 2022), Việt Nam hiện đang áp dụng hệ thống thuế tiêu thụ đặc biệt tính trên tỷ lệ phần trăm đối với tất cả sản phẩm thuốc lá với giá tính thuế là giá xuất xưởng của các nhà sản xuất. Cơ cấu thuế tiêu thụ đặc biệt này được áp dụng thống nhất cho tất cả các loại sản phẩm thuốc lá từ năm 2006 trở đi và đã trải qua 4 lần tăng mức thuế suất²³. Trong đó:

(i) Giai đoạn 2006 – 2007: mức thuế suất thuế tiêu thụ đặc biệt được ấn định là 55%;

(ii) Giai đoạn 2008 – 2015: tăng 10% so với giai đoạn trước với con số là 65%;

(iii) Vào năm 2016: tăng 5% so với giai đoạn 2008 – 2015;

(iv) Vào năm 2019 đến nay (2023): mức thuế suất thuế tiêu thụ đặc biệt là 75%.

Như vậy, có thể thấy, trải qua khoảng thời gian từ ba đến năm năm, Việt Nam mới điều chỉnh mức thuế suất thuế tiêu thụ đặc biệt, có nghĩa là Việt Nam không thường xuyên điều chỉnh mức thuế suất.

Theo đó, nhóm tác giả cho rằng việc áp dụng phương thức đánh thuế theo tỷ lệ phần trăm tính theo giá xuất xưởng của nhà sản xuất đã bộc lộ một số hạn chế nhất định như làm gia tăng nguy cơ chuyển giá của nhà sản xuất thuốc lá cho các đơn vị phân phối; tạo kẽ hở cho việc sản xuất và tiêu thụ thuốc lá giá rẻ, kém chất lượng qua đó tạo điều kiện cho người dân, đặc biệt là trẻ em và thanh thiếu niên tiếp cận thuốc lá dễ dàng hơn dẫn đến

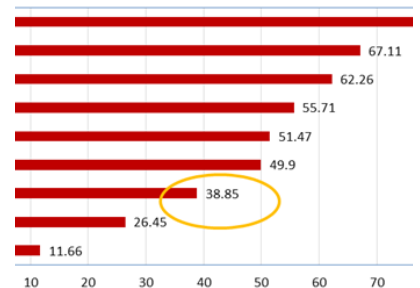
tỷ lệ người hút thuốc lá gia tăng, kéo theo đó là tỷ lệ thương tật, tử vong cũng tăng theo.

Như vậy, với sự hạn chế trong phương pháp thu thuế đã tác động trực tiếp đến hệ thống thuế tiêu thụ đặc biệt hiện hành dẫn đến một số bất cập đáng chú ý:

Thứ nhất, tỷ lệ đánh thuế đối với thuốc lá và giá thuốc lá ở Việt Nam đang ở mức thấp.

Đối với mức thuế, theo số liệu được WHO công bố năm 2021, tính trong năm 2020, tỷ lệ thuế tính trên giá thuốc lá bán lẻ tại Việt Nam, bao gồm thuế tiêu thụ đặc biệt và thuế giá trị gia tăng, chỉ chiếm 38,8%, tỷ lệ này thấp hơn so với trung bình của các quốc gia có thu nhập trung bình (tỷ lệ thuế chiếm 59% giá bán lẻ), bằng một nửa của hầu hết các nước ASEAN như Thái Lan (tỷ lệ thuế chiếm 78,6% giá bán lẻ), Singapore (tỷ lệ thuế chiếm 67,1% giá bán lẻ), Indonesia (tỷ lệ thuế chiếm 62,3% giá bán lẻ). So sánh với các nước trong khu vực Đông Nam Á, thuế thuốc lá ở Việt Nam cũng ở mức thấp, đứng thứ 7 trong tổng số 10 quốc gia trong khu vực.²⁴ Do đó, giá thuốc lá ở Việt Nam cũng sẽ có xu hướng rẻ hơn so với các quốc gia khác.

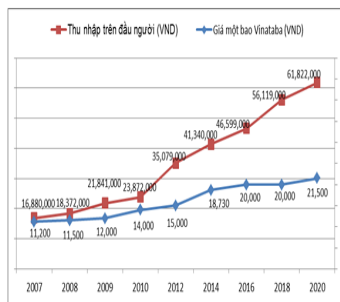
Tỷ lệ thuế trên giá bán lẻ (2020)



mp số liệu từ Báo cáo của WHO về nạn dịch thuốc lá t

Cụ thể, tổ chức này cũng đã đưa ra thống kê, trong năm 2020, giá trung bình một bao thuốc lá nhãn phổ biến nhất ở Việt Nam (Marlboro) là 2,82 đô la PPP²⁵/1 bao (tương đương 66.192 VND/bao), chỉ bằng 1/3 so với mức bình quân của tất cả các quốc gia trên thế giới (8,46 đô la PPP/bao) và giá thuốc lá ở Việt Nam đứng thứ 157 trên tổng số 161 quốc gia có số liệu báo cáo năm 2020.²⁶

Bên cạnh đó, theo thống kê của Liên minh Phòng chống thuốc lá Đông Nam Á (SECTA) cũng cho thấy, giá thuốc lá tại Việt Nam ngày càng rẻ hơn so với thu nhập đầu người. Cụ thể, chỉ số giá thuốc lá tính theo phần trăm thu nhập quốc dân trên đầu người) – RIP (relative income price - giá tính theo mức thu nhập) giảm từ 11,4% năm 2000 xuống còn 3,04% năm 2019. Chỉ số này được tính bằng phần trăm thu nhập cần thiết để mua 100 bao thuốc lá (20 điếu mỗi bao). Nếu RIP càng nhỏ tức là thuốc lá càng rẻ, dễ mua. Điều này sẽ làm cho sức mua thuốc lá gia tăng.



Nguồn: Số liệu từ Tổng cục Thống kê và WHO, 2021

Thứ hai, mức tăng giá thuốc lá ở Việt Nam không theo kịp tốc độ tăng trưởng.

²⁵ PPP có tên gọi đầy đủ là Purchasing Power Parity một kiểu tính tỷ giá hối đoái giữa đơn vị tiền tệ của hai nước, gọi cách khác là đô la ngang giá sức mua hay đô la quốc tế.

²⁶ WHO (2021). Report on the global tobacco epidemic 2021. Web Annex VI: Global Tobacco Control Policy Data, <<https://www.who.int/publications/i/item/WHO-HEP-HPR-TFI-2021.9.1>>

²⁷ Đinh Công Luận, 'Sự cần thiết cải cách thuế thuốc lá ở Việt Nam' *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (ngày 10/03/2023), <<http://www.lapphap.vn/Pages/TinTuc/211580/Su-can-thiet-cai-cach-thue-thuoc-la-o-Viet-Nam.html>> truy cập ngày 11/03/2023

²⁸ Bảng 9.6, Phụ lục IX, Báo cáo của WHO về nạn dịch thuốc lá toàn cầu, 2021

²⁹ Công ty TNHH PwC (Việt Nam), Công ty TNHH PricewaterhouseCoopers WMS Bangkok, 'Nghiên cứu về hệ thống thuế tiêu thụ đặc biệt' (ngày 08/11/2022), truy cập ngày 10/03/2023

³⁰ Ánh Tuyết, 'Tăng thuế tiêu thụ đặc biệt với thuốc lá: Cần theo lộ trình nào?' *Tạp chí điện tử VnEconomy* (15/08/2022), <<https://vneconomy.vn/tang-thue-tieu-thu-dac-biet-voi-thuoc-la-can-theo-lo-trinh-nao.htm>> truy cập ngày 10/03/2023

Theo số liệu từ Tổng cục thống kê và WHO, năm 2021, mặc dù giá bán lẻ thuốc lá truyền thống có tăng theo thời gian nhưng tốc độ tăng thu nhập của người dân đang tăng nhanh hơn. Trong suốt giai đoạn 2007 - 2020, giá thuốc lá bán lẻ chỉ tăng 1,9 lần trong khi đó thu nhập bình quân theo đầu người của Việt Nam tăng gấp 3,7 lần.²⁷

Thêm một so sánh khác được thống kê bởi WTO vào năm 2021, tiêu chí đánh giá là "số tiền chi tiêu cho thuốc lá tính theo phần trăm thu nhập quốc dân trên đầu người" hay nói cách khác là tỷ lệ phần trăm (%) của thu nhập bình quân tính để mua 2000 điếu thuốc phổ biến trên thị trường của một số quốc gia trong giai đoạn 2010 đến 2020 thì Việt Nam là quốc gia có tỷ lệ phần trăm (%) thấp nhất trong số các quốc gia còn lại bao gồm Honduras, Peru, Jordan, Ukraine, Algeria. Cụ thể, vào năm 2018, người dân ở Peru phải dành 6,95% mức thu nhập của mình để đáp ứng nhu cầu sử dụng thuốc lá với số lượng là 2000 điếu thì Việt Nam chỉ cần sử dụng 2,73% để đáp ứng nhu cầu trên. Hay vào năm 2020, người dân Việt Nam chỉ cần chi tiêu 2,63% mức thu nhập củ mình là có thể mua được 2000 điếu thuốc lá của hầu hết các thương hiệu nổi tiếng trên thị trường thì người dân Honduras phải chi tiêu đến 9,13% mức thu nhập hoặc người dân Jordan phải chi tiêu đến 7,60% mức thu nhập để mua 2000 điếu thuốc lá của thương hiệu phổ biến trên thị trường.²⁸ Song, dưới góc độ quốc gia, con số 2,73% vào năm 2018 và 2,63% vào năm 2020 của Việt Nam còn cho thấy được

giá thuốc lá đang rẻ đi so với thu nhập trong khi sức mua thuốc lá của người Việt Nam lại đang trên gia tăng.

Thứ ba, công tác phòng, chống nạn thuốc lá lậu gặp trắc trở (gia tăng nạn buôn thuốc lá lậu).

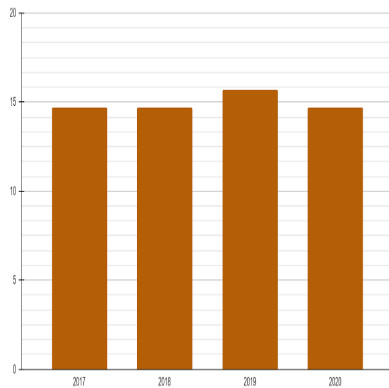
Dựa trên thống kê của Nielsen trong giai đoạn năm 2019 – 2021 cho thấy các công ty lớn sản xuất thuốc lá như Vinataba, các công ty sản xuất thuốc lá khác thuộc Hiệp hội Thuốc lá Việt Nam và một số công ty thuốc lá đa quốc gia khác đã mất khoảng 15 – 20% thị phần vào tay thị trường thuốc lá lậu. Không những thế, thị phần thuốc lá hợp pháp cũng có xu hướng giảm đặc biệt là trong phân khúc "Cao cấp" và "Cận cao cấp", song thị phần thuốc lá bất hợp pháp lại có sự tăng trưởng mạnh với con số lần lượt là 29% và 13%, sau khi thuế suất tăng trong năm 2016 và năm 2019.²⁹

Bên cạnh đó, dựa trên chỉ số thuốc lá bất hợp hàng hóa khác, chiếm khoảng 18,56% giai đoạn 2012-2020³⁰. Theo đó, từ năm 2012 đến 2020, thu thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá có xu hướng tăng từ 11.934 tỷ đồng lên mức 14.268 tỷ đồng; ước tính tăng gấp 119,56 lần. Song song đó, năm 2020, ngân sách nhà nước thu về 18.500 tỷ đồng từ các doanh nghiệp thuốc lá. Đến năm 2021, do dịch bệnh Covid-19 bùng phát nên phải thực hiện giãn cách xã hội, các đường biên giới được kiểm soát chặt chẽ giúp giảm thiểu tình trạng tiêu thụ thuốc lá lậu trên thị trường, nhờ đó thúc đẩy tiêu thụ nội địa nên làm cho con số này tăng đáng kể - đạt

tới mức hơn 20.000 tỷ đồng.³¹

Tuy nhiên, theo số liệu thống kê từ Chương trình Kiểm soát Thuốc lá Toàn cầu của Nhóm Ngân hàng Thế giới, có thể thấy thu ngân sách của Chính phủ có xu hướng tăng. Tuy nhiên, nhìn tổng thể trên cả giai đoạn từ năm 2006 – 2020, tổng số thu thuế mà Chính phủ thu được từ thuốc lá không tăng liên

Thu ngân sách từ thuế thuốc lá của Chính phủ Việt Nam giai đoạn 2017-2020



tục.³² Cụ thể, theo báo cáo số liệu từ Chương trình kiểm soát thuốc lá Toàn cầu của nhóm Ngân hàng thế giới, giai đoạn 2017 – 2018, mức thu không thay đổi, có sự tăng nhẹ vào năm 2019, nhưng đến năm 2020 lại trở về mức thu của năm 2017 – 2018.

3.2. Một số bài học kinh nghiệm

Từ những bài học của Thái Lan và Philippines, có thể thấy đã đến lúc Việt Nam cần cải cách lại chính sách thuế tiêu thụ đặc biệt đối với mặt hàng thuốc lá truyền thống của mình. Dưới đây sẽ là một số chiến lược lâu dài mà nhóm đề xuất để giảm tỷ lệ hút thuốc lá của một số bộ phận thanh niên nhưng đồng thời nguồn thu ngân sách từ mặt hàng này vẫn có thể duy trì hoặc nâng cao thêm.

Thứ nhất, chuyển đổi phương thức đánh thuế thuốc lá truyền thống từ phương pháp đánh thuế tương đối theo tỷ lệ phần trăm

trên mỗi bao thuốc lá bán ra thành phương thức đánh thuế hỗn hợp – sự kết hợp giữa mức thuế tính theo tỷ lệ phần trăm và mức thuế tuyệt đối trên mỗi bao thuốc lá bán ra. Việc vận dụng phương thức tính thuế thuốc lá hỗn hợp này sẽ mang lại những sự chuyển biến tích cực như:

(i) Áp dụng một mức thuế đồng nhất trên tất cả các bao thuốc lá, qua đó giúp giảm chênh lệch giá giữa các dòng sản phẩm thuốc lá, cách đánh thuế này giúp làm giảm những sản phẩm thuốc lá giá rẻ, từ đó giúp giảm sự tiếp cận và sử dụng thuốc lá của thanh thiếu niên;

(ii) Hạn chế được nguy cơ chuyển giá giữa nhà sản xuất và các công ty phân phối;

(iii) Dễ dàng điều chỉnh khi có sự thay đổi của giá xuất xưởng và tự động cân đối khi có lạm phát;

(iv) Giá thuốc lá tỉ lệ thuận với mức tăng thu nhập bình quân/ đầu người.

Thứ hai, lộ trình tăng và thay đổi mức thuế phải cụ thể và đều đặn. Đối với mức thuế tỉ lệ phần trăm sẽ là tính theo thuế suất được áp dụng theo Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt. Tuy nhiên, giá tính thuế là giá bán lẻ được nhà sản xuất khuyến nghị thay vì giá tính thuế là giá xuất xưởng như được áp dụng hiện hành. Như đã trình bày ở trên thuế đối với thuốc lá hiện nay gồm thuế tiêu thụ đặc biệt với thuế suất 75% tính theo giá xuất xưởng, nhưng tỷ lệ thuế này so với giá thuốc lá bán lẻ trên thị trường chỉ chiếm 38,8%. Có thể thấy, tỷ lệ này thấp hơn so với trung bình của các quốc gia có thu nhập trung bình (tỷ lệ thuế chiếm 59% giá bán lẻ) và bằng một nửa của hầu hết các nước ASEAN như Thái Lan (tỷ lệ thuế chiếm 78,6% giá bán lẻ), Singapore (tỷ lệ thuế chiếm 67,1% giá bán lẻ).

Nhóm tác giả đề xuất lộ trình tăng thuế dưới đây:

(1) Giai đoạn 2 năm đầu tiên, thuế tuyệt đối áp dụng cho mỗi bao thuốc lá bán ra là 3.000 đồng;

(2) Giai đoạn 2 năm tiếp theo, thuế tuyệt đối áp dụng cho mỗi bao thuốc lá bán ra là 5.000 đồng;

(3) Giai đoạn 2 năm tiếp theo nữa, thuế tuyệt đối áp dụng cho mỗi bao thuốc lá bán ra là 9.000 đồng.

Với lộ trình này đáp ứng được những nguyên tắc:

Nguyên tắc thứ nhất, giá thuốc lá bán lẻ trên thị trường không quá thấp để tạo ra rào cản về kinh tế đối với người tiêu dùng, đặc biệt là đối với trẻ vị thành niên, thanh niên là những người bắt đầu độ tuổi giai đoạn trưởng thành. Việc áp dụng lộ trình trên cũng sẽ hạn chế được trường hợp các doanh nghiệp sản xuất thuốc lá có chất lượng thấp, giá rẻ.

Nguyên tắc thứ hai, mức độ tăng giá thuốc lá bán lẻ theo lộ trình trên cao hơn tốc độ tăng thu nhập bình quân đầu người của người dân Việt Nam để đảm bảo giá thuốc lá bán lẻ đất tương đối so với mức thu nhập trung bình của người dân, góp phần làm giảm số lượng người sử dụng thuốc lá.

Nguyên tắc thứ ba, mỗi mức thuế tuyệt đối áp dụng cho mỗi bao thuốc lá không được điều chỉnh tăng quá cao, với tần suất quá nhanh để các doanh nghiệp sản xuất kinh doanh thuốc lá có thể điều chỉnh, sắp xếp hoạt động sản xuất kinh doanh, đảm bảo vừa ổn định sản xuất, vừa đóng góp nguồn thu cho ngân sách nhà nước, vừa hạn chế thuốc lá lậu, tránh thất thu thuế cho Nhà nước.

Sau mỗi giai đoạn, thuế tiêu thụ

³¹ ttdđ 30

³² Công ty TNHH PwC (Việt Nam), Công ty TNHH PricewaterhouseCoopers WMS Bangkok, 'Nghiên cứu về hệ thống thuế tiêu thụ đặc biệt' (ngày 08/11/2022), truy cập ngày 10/03/2023

đặc biệt đối thuốc lá truyền thống sẽ được rà soát, điều chỉnh tăng đều đặn cho tới khi đạt tỷ lệ thuế ở mức 70% hoặc lớn hơn so với giá bán lẻ theo khuyến nghị của WHO.

4. Kết luận

Có thể thấy, thuế tiêu thụ đặc biệt đối với mặt hàng thuốc lá truyền thống ở Việt Nam còn nhiều hạn chế, chưa thể khắc phục những thiếu sót từ thực tiễn nếu như vẫn giữ nguyên cách tính thuế trên tỷ lệ phần trăm đối với tất cả sản phẩm thuốc lá với giá tính thuế là giá xuất xưởng của các nhà sản xuất. Nhóm tác giả khuyến nghị cách tính thuế trên nên chuyển đổi sang phương thức đánh thuế hỗn hợp, với giá tính thuế là giá bán lẻ theo lộ trình cụ thể như trên để có thể mang lại những hiệu quả tích cực hơn.

Ngoài ra nhóm đánh giá cao về cải cách thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá truyền thống của Thái Lan và Philippines. Song song với đó, nhóm cũng nhận thấy rằng Nhà nước ta đã rất quan tâm đến chính sách thuế tiêu thụ đặc biệt đối với các sản phẩm, hàng hóa không khuyến khích tiêu dùng nói chung và đối với thuốc lá truyền thống nói riêng. Chiến lược cải cách hệ thống thuế đến năm 2030 của Chính phủ đã đưa ra chủ trương sửa đổi phù hợp với tình hình của Việt Nam, cụ thể là điều chỉnh lại mức thuế suất tiêu thụ đặc biệt đối với mặt hàng thuốc lá truyền thống.

Có thể thấy việc học hỏi kinh nghiệm từ các nước khác, bao gồm Thái Lan và Philippines là rất quan trọng để Việt Nam có thể phát triển và thực hiện các chính sách tốt hơn trong tương lai. Tuy nhiên, việc áp dụng chính sách này mang tính lâu dài, cần tránh sự chủ quan, nóng vội. Bên cạnh đó, chúng ta cũng cần phải kết hợp với các giải pháp khác như giáo dục cộng đồng, các chương trình hỗ trợ và đầu tư vào các sản phẩm thay thế thân thiện với môi trường. Tất cả những điều này sẽ giúp Việt Nam đạt được mục tiêu giảm thiểu tình trạng hút thuốc lá và tác động tiêu cực đến sức khỏe cộng đồng trong tương lai./.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2022), Giáo trình Luật Thuế, NXB. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam;
2. Lê Thị Thu, Nguyễn Hạnh Nguyên, 'Lợi ích của tăng thuế thuốc lá - kinh nghiệm ở một số quốc gia trên thế giới và bài học đối với Việt Nam' *Nghiên cứu Lập pháp* (24/02/2023), <<http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=211570>>
3. Đinh Công Luận, 'Sự cần thiết cải cách thuế thuốc lá ở Việt Nam' *Nghiên cứu Lập pháp* (10/03/2023), <<http://www.lapphap.vn/Pages/TinTuc/211580/Su-can-thiet-cai-cach-thue-thuoc-la-o-Viet-Nam.html>>
4. WHO (2021). Report on the global tobacco epidemic 2021. Web Annex VI: Global Tobacco Control Policy Data. <<https://www.who.int/publications/item/WHO-HEP-HPR-TFI-2021.9.1.>>
5. Ngọc Yến, 'Gia tăng số vụ buôn lậu thuốc lá bị bắt giữ' (Bộ Thông tin và Truyền thông Phòng chống tác hại thuốc lá, 19/10/2020), từ <https://mic.gov.vn/pcthtl/Pages/TinTuc/tinchitiet.aspx?tintucid=145085>>
6. Phương Thùy, Trần Hằng, Bạch Dương, 'Thuốc lá ngoại nhập lậu: Vì sao bị cấm vẫn dễ tìm, dễ mua?' (Đài Truyền hình Việt Nam, ngày 22/10/2022), <https://vtv.vn/xa-hoi/thuoc-la-ngoai-nhap-lau-vi-sao-bi-cam-van-de-tim-de-mua-20221022183114846.htm>>
7. Ánh Tuyết, 'Tăng thuế tiêu thụ đặc biệt với thuốc lá: Cần theo lộ trình nào?' *Tạp chí điện tử VnEconomy* (15/08/2022), <<https://vneconomy.vn/tang-thue-tieu-thu-dac-biet-voi-thuoc-la-can-theo-lo-trinh-nao.htm>>
8. Công ty TNHH PwC (Việt Nam), Công ty TNHH PricewaterhouseCoopers WMS Bangkok, 'Nghiên cứu về hệ thống thuế tiêu thụ đặc biệt' (ngày 08/11/2022);
9. Đỗ Thị Mỹ Dung "Phòng, chống thuốc lá – Kinh nghiệm từ Thái Lan" *Tạp chí Lý luận chính trị*, số 538, tháng 12/2020.

CESARE BECCARIA - CHA ĐỀ LUẬT HÌNH SỰ HIỆN ĐẠI

Hoàng Yến Khoa (K22502),

Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM

1. Đôi nét về Cesare Beccaria

Cesare Beccaria (1738 - 1794) được biết đến là một trong những nhà tư tưởng vĩ đại nhất của Ý Thời kỳ Khai sáng¹ và đồng thời ông là người đặt nền móng cho Trường phái Tội phạm học cổ điển. Sinh ra trong gia đình quý tộc nghèo tại Milan, để có cơ hội được học tập, Beccaria đã đến Parma và theo học tại một Trường dòng². Tại đây, ông nhanh chóng trở thành một học sinh xuất sắc. Sau đó, ông tiếp tục theo học và tốt nghiệp ngành Luật tại Đại học Pavia vào năm 1758. Đến năm 20 tuổi, Beccaria cùng anh em Pietro và Alessandro Verri³ thành lập "Academy of Fists" (tên tiếng Ý là "L'Accademia dei pugni"). Đây là một cộng đồng quý tộc trí thức của Milan lấy những tư tưởng của Thời kỳ Khai sáng làm giá trị theo đuổi cốt lõi với mong muốn cải cách các lĩnh vực kinh tế, chính trị và hành chính công.

Nhờ tham gia vào cộng đồng, Cesare Beccaria đã có cơ hội tiếp cận các bài viết của những nhà tư tưởng lớn Thời kỳ Khai sáng của Anh và Pháp như "Du Contrat Social ou Principes du droit politique" (tạm dịch là "Bản về Khế ước Xã hội") của Jean - Jacques Rousseau và "An Enquiry Concerning Human Understanding" (tạm dịch là "Một Nghiên Cứu Về Giác Tính Con Người") của David Hume. Đặc biệt, sau khi trải qua quá trình dài tìm hiểu về pháp luật, ông đã cho ra đời tác phẩm "Dei Delitti e delle Pene" (tạm dịch là "Về Tội phạm và hình phạt") vào năm 1764.⁴ Đó là tác phẩm đầu tiên thiết lập những nguyên tắc có tầm quan trọng lâu dài về các vấn đề chính trị và cải cách tư pháp hình sự, với nội dung gồm hai phần chính có ảnh hưởng quan trọng đến sự phát triển của Luật Hình sự ngày sau. Phần đầu chỉ ra nguyên nhân

và đưa ra giải pháp thiết thực giải quyết tình trạng tội phạm gia tăng nhanh chóng, phần còn lại đề xuất giải pháp giáo dục có thể tạo nên thay đổi về mặt nhận thức của công dân.

2. Những đóng góp của ông cho Luật Hình sự hiện đại

Vào thế kỷ XVIII, tuy Châu Âu trong Thời kỳ Khai sáng bước vào giai đoạn công nghiệp hóa và hiện đại hóa nhưng bản chất quá trình lập pháp và hành pháp vẫn còn giữ nguyên sự tàn bạo, áp bức bóc lột của giai cấp quý tộc và hoàng gia từ thời Trung cổ. Điều đó đã khiến cho mâu thuẫn giữa giai cấp thống trị và bị trị ngày càng gay gắt. Nhận ra thực tế rằng mức độ tàn khốc của hình phạt vẫn không làm giảm thiểu tỷ lệ tội phạm bấy giờ, Cesare Beccaria đã đề xuất những sửa đổi quy định về hình phạt đối với phạm nhân trong tác phẩm "Dei Delitti e delle Pene" của mình. Những ý kiến của ông đã góp phần đặt nền móng cho "Trường phái Tội phạm học cổ điển"⁵.

Trong tác phẩm "Dei Delitti e delle Pene", Cesare Beccaria lý giải cho những cải cách của mình về Luật Hình sự hiện đại dựa trên những điều ông học hỏi được từ các học thuyết của Thời kỳ Khai sáng, nổi bật trong số đó là thuyết "Khế ước xã hội".⁶ Lấy căn cứ từ luận điểm nổi tiếng "con người sinh ra tự do" của thuyết "Khế ước xã hội", Cesare Beccaria cho rằng tội phạm ra đời bởi vì con người hành động vì lợi ích của chính họ. Lý giải này được Trường phái Tội phạm học cơ bản và các nhà tội phạm học ngày nay ghi nhận, là tiền đề cho sự ra đời của những trường phái tội phạm học sau này. Từ đó, ông đưa ra quan điểm hình phạt cần phải tương xứng với tội danh và mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội gây ra cho xã

¹ Thời kỳ Khai sáng là một phong trào lịch sử quan trọng ra đời từ cuối thế kỷ XVII đến đầu thế kỷ XIX với nhiều cuộc cải cách to lớn ở các lĩnh vực khoa học và tư tưởng, để lại nhiều ảnh hưởng về sau đối với thế giới. Xem: 'The Enlightenment', *Matthew White* (21/6/2018), <<https://www.bl.uk/restoration-18th-century-literature/articles/the-enlightenment>>

² Trường dòng là trường theo thể chế Công Giáo, cung cấp một nền giáo dục tôn giáo bên cạnh những môn học khác (tùy theo từng trường). Xem: 'The Catholic School Difference', *Catholic Education Diocese of Cairns* (6/2022), <<https://www.cns.catholic.edu.au/about/the-catholic-school-difference/>>

³ Pietro và Alessandro Verri là hai anh em và đồng thời là những tác giả thuộc dòng dõi quý tộc Milan bấy giờ. Xem: 'Heroes of Progress, Pt. 38: Cesare Beccaria', *Alexander C. R. Hammond* (20/02/2020) <<https://www.humanprogress.org/heroes-of-progress-pt-38/#:~:text=In%201763%2C%20inspired%20by%20his,titled%20on%20crimes%20and%20punishments.>>

⁴ 'Heroes of Progress, Pt. 38: Cesare Beccaria', *Alexander C. R. Hammond* (20/02/2020) <<https://www.humanprogress.org/heroes-of-progress-pt-38/#:~:text=In%201763%2C%20inspired%20by%20his,titled%20on%20crimes%20and%20punishments.>>

⁵ 'Classical Criminology And Its Theories: Shall They Be Reviewed Now', *Shreem Thite* (11/7/2021) <<https://thelawcommunicants.com/classical-criminology-and-its-theories-shall-they-be-reviewed-now/>>

⁶ *Jeans - Jacques Rousseau, Bản về Khế ước xã hội* (dịch bởi Hoàng Thanh Đạm, NXB Thế giới 2018)

hội. Song song với đó, hình phạt phải được thi hành nhanh chóng.⁷ Theo ông, khi đứng trước công lý, quý tộc hay dân thường đều phải chịu hình phạt như nhau đối với cùng một tội danh, không có bất kỳ sự châm chước nào. Nhìn thấy sự chuyên quyền của bộ phận thẩm phán và cảnh sát bấy giờ, Cesare Beccaria đưa ra đề xuất rằng họ phải làm theo những gì pháp luật quy định, cũng như quá trình xét xử cần đảm bảo tính công khai và minh bạch. Ông cũng là người đưa ra những lập luận đầu tiên chống lại hình thức tra tấn⁸ và tử hình⁹, vì ông nhận thấy chúng xâm phạm các quyền cơ bản của con người và không giải quyết vấn đề gia tăng tội phạm trong xã hội bấy giờ. Những đề xuất cải cách này của ông đã đặt ra giới hạn về mức độ hình phạt, đảm bảo nhân quyền và dân quyền của công dân. Catherine Đại Đế, Theresa Maria và Voltaire¹⁰ đã công khai khen ngợi tác phẩm, qua đó thể hiện sự ảnh hưởng sâu sắc của tác phẩm đến hệ thống pháp luật thời đó.

Tư tưởng “phòng hơn chống” của Cesare Beccaria được coi là một nửa tinh hoa còn lại của tác phẩm “*Dei Delitti e delle Pene*”. Ông cho rằng hình phạt cần chú trọng tính răn đe hơn là tính dã man, tức là khiến con người tự nhận thức được hậu quả nếu thực hiện các hành vi phạm tội. Tỷ lệ tội phạm qua đó có thể giảm đáng kể và điều này góp phần đảm bảo an ninh, trật tự xã hội thời bấy giờ. Để hiện thực hóa tư tưởng “phòng hơn chống” này, Cesare Beccaria đề cao giáo dục và cho biết đây là phương pháp hữu hiệu nhất nhằm giải quyết các vấn đề. Cụ thể, trong tác phẩm “*Dei Delitti e delle Pene*”, ông đã đưa ra phương pháp phổ cập kiến thức cho người dân hiểu được vi phạm pháp luật là hành vi “lợi bất cập hại” cho chính họ cũng như cho cả xã hội. Những yêu sách này lúc bấy giờ đã gây được tiếng vang rất lớn đến với các quốc gia châu Âu, và đặc biệt là với Hoa Kỳ (trong thời kỳ lập quốc). Một trong những văn bản quan trọng chịu ảnh hưởng lớn từ những quan điểm của Cesare Beccaria chính là Tuyên ngôn Nhân quyền và Dân quyền của Pháp năm 1789. Cụ thể, Tuyên ngôn này đề cập đến nguyên tắc

suy đoán vô tội¹¹ nổi tiếng xuất phát từ tác phẩm “*Dei Delitti e delle Pene*” của ông. Bên cạnh đó, phương pháp này của ông cũng được những người công nhận Trường phái Tội phạm học cổ điển ghi nhận như lời giải cho bài toán tội phạm gia tăng nổi tiếng phức tạp.

Tư tưởng của Cesare Beccaria đã mang lại giá trị lớn cho giới cầm quyền về mặt lập pháp, thể hiện rõ trong các bộ luật hình sự hiện nay của nhiều nước. Hành vi tra tấn được coi là một trong những tội danh cần được xử lý nghiêm theo luật hình sự các nước thành viên Liên hợp quốc, được chấp thuận và ràng buộc bởi “Công ước chống tra tấn và các hình thức đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục con người” năm 1984 do Đại hội đồng Liên hợp quốc thông qua. Không chỉ dừng ở đó, các quan điểm của Cesare Beccaria về việc bác bỏ hình phạt tử hình đang trở nên phổ biến, bằng chứng là hơn 100 quốc gia đã loại bỏ hình phạt tử hình khỏi bộ luật và luật hình sự của quốc gia mình.¹² Qua đó, những giá trị để lại của Cesare Beccaria, điển hình là sự ra đời của tác phẩm “*Dei Delitti e delle Pene*” của ông đã tác động không nhỏ đến suy nghĩ của con người về nhân quyền và pháp luật ngày nay.

3. Lời kết

Cesare Beccaria, một nhà tư tưởng lớn Thời kỳ Khai sáng, đã đưa ra những đề xuất tiến bộ để góp phần tạo bước chuyển quan trọng cho hệ thống tư pháp hình sự bấy giờ từ bảo thủ, hà khắc trở nên công bằng, nhân đạo hơn. Ngày nay, các nhà luật học vẫn xem những tư tưởng của ông trong tác phẩm “*Dei Delitti e delle Pene*” là tinh hoa văn hóa nhân loại. Với những đóng góp trong việc xây dựng nên những nền móng vững chắc cho sự phát triển của ngành Luật nói chung cũng như chuyên ngành Luật hình sự nói riêng, Cesare Beccaria xứng đáng được mệnh danh là “cha đẻ của Luật Hình sự hiện đại”.

⁷ ‘Classical Criminology And Its Theories: Shall They Be Reviewed Now’, Shreem Thite (11/7/2021) <<https://thelawcommunicants.com/classical-criminology-and-its-theories-shall-they-be-reviewed-now/>>

⁸ Lương Thị Mỹ Quỳnh, ‘Lịch sử về chống tra tấn và cơ chế bảo đảm quyền của người bị buộc tội khỏi bị tra tấn trong các văn bản pháp lý quốc tế về quyền con người’ (2017) 108 Tạp chí Khoa học pháp lý 5, 41, <<https://iluatso.com/hinh-su/lich-su-ve-chong-tra-tan-va-co-che-bao-dam-quyen-cua-nguoi-bi-buoc-toi/>> truy cập ngày 16/11/2022

⁹ Đào Tuấn, ‘Giám án tử - xu hướng nhân đạo và tiến bộ’, Báo Lao động điện tử (26/3/2015), <<http://tamlongvang.laodong.com.vn/su-kien-binh-luan/giam-an-tu-xu-huong-nhan-dao-va-tien-bo-308757.blid>> truy cập ngày 19/11/2022

¹⁰ Catherine Đại Đế (nữ hoàng của nước Nga), Theresa Maria (nữ hoàng của nước Áo) và Voltaire (triết gia người Pháp) được xem là những người có tầm ảnh hưởng lớn đến chính trị và xã hội lúc bấy giờ. Sự công nhận của họ đối với tác phẩm của Cesare Beccaria đã tạo ra một tiếng vang lớn trên thế giới, qua đó tác phẩm được xuất bản sang nhiều nước và đã tạo nên sự thay đổi lớn trong hệ thống pháp luật hình sự tại các nước châu Âu thời đó. Xem: ‘Heroes of Progress, Pt. 38: Cesare Beccaria’, Alexander C. R. Hammond (20/02/2020) <<https://www.humanprogress.org/heroes-of-progress-pt-38/#:~:text=In%201763%2C%20inspired%20by%20his,titled%20n%20Crimes%20and%20Punishments>>

¹¹ Nguyên tắc suy đoán vô tội là người bị cáo buộc vi phạm pháp luật được coi là không có tội cho đến khi cơ quan công tố thuyết phục được Tòa án rằng bị cáo đã phạm tội. Xem: Tuyên ngôn Nhân quyền và Dân quyền năm 1789, điều 6

¹² Phạm Thị Lệ Quyên, ‘Bàn về vấn đề có nên loại bỏ mức án tử hình trong quy định của pháp luật Việt Nam’, *Khoa Luật - Đại học Duy Tân* (15/5/2018) <<https://khoa luat.duytan.edu.vn/goc-hoc-tap/ban-ve-van-de-co-nen-loai-bo-muc-an-tu-hinh-trong-quy-dinh-cua-phap-luat-viet-nam/>>

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Văn bản pháp luật

1. Công ước chống tra tấn và các hình thức đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục con người năm 1984

2. Tuyên ngôn Nhân quyền và Dân quyền năm 1789

Sách

Jeans - Jacques Rousseau, Bàn về Khế ước xã hội (dịch bởi Hoàng Thanh Đạm, NXB Thế giới 2018)

Nguồn điện tử

1. 'The Catholic School Difference', Catholic Education Diocese of Cairns (6/2022), <<https://www.cns.catholic.edu.au/about/the-catholic-school-difference/>>

2. 'Classical Criminology And Its Theories: Shall They Be Reviewed Now', Shreem Thite (11/7/2021), <<https://thelawcommunicants.com/classical-criminology-and-its-theories-shall-they-be-reviewed-now/>>

3. 'Heroes of Progress, Pt. 38: Cesare Beccaria', Alexander C. R. Hammond (20/02/2020), <<https://www.humanprogress.org/heroes-of-progress-pt-38/#:~:text=In%201763%2C%20inspired%20by%20his,titled%20on%20Crimes%20and%20Punishments>>

4. Thanh Hằng, "'Thuyết vị lợi' là gì?", *Tạp chí điện tử Đầu tư Tài chính* (19/10/2018), <<https://vietnamfinance.vn/thuyet-vi-loi-la-gi-20180504224214562.htm>>

5. 'The Enlightenment', Matthew White (21/6/2018), <<https://www.bl.uk/restoration-18th-century-literature/articles/the-enlightenment>>

6. Phạm Thị Lệ Quyên, 'Bàn về vấn đề có nên loại bỏ mức án tử hình trong quy định của pháp luật Việt Nam', *Khoa Luật - Đại học Duy Tân* (15/5/2018) <<https://khoaluat.duytan.edu.vn/goc-hoc-tap/ban-ve-van-de-co-nen-loai-bo-muc-an-tu-hinh-trong-quy-dinh-cua-phap-luat-viet-nam/>>

7. Lương Thị Mỹ Quỳnh, 'Lịch sử về chống tra tấn và cơ chế bảo đảm quyền của người bị buộc tội khỏi bị tra tấn trong các văn bản pháp lý quốc tế về quyền con người' (2017) *Tạp chí Khoa học pháp lý*, <<https://iluatsu.com/hinh-su/lich-su-ve-chong-tra-tan-va-co-che-bao-dam-quyen-cua-nguoi-bi-buoc-toi/>>

8. Đào Tuấn, 'Giảm án tử - xu hướng nhân đạo và tiến bộ', *Báo Lao động điện tử* (26/3/2015), <<http://tamlongvang.laodong.com.vn/su-kien-binh-luan/giam-an-tu-xu-huong-nhan-dao-va-tien-bo-308757.bld>>

JAMES MADISON – NGƯỜI CÓ ĐÓNG GÓP TO LỚN TRONG VIỆC HÌNH THÀNH HỆ THỐNG PHÁP LUẬT HOA KỲ

Trần Nhật Phi Nhung (K21502),

Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM

1. Sơ lược về James Madison

James Madison (1751 – 1836) là một trong những nhà khai quốc Hoa Kỳ, có vai trò to lớn trong việc soạn thảo cũng như thúc đẩy phê chuẩn Hiến pháp Hoa Kỳ và Tuyên ngôn Nhân quyền, do đó ông được vinh danh là “Cha đẻ của Hiến pháp Hoa Kỳ”. Ông sinh ra và lớn lên trong một gia đình sở hữu đồn điền trồng thuốc lá lớn nhất tại Quận Cam, Bang Virginia.¹ Tuy sức khỏe yếu ớt nhưng vốn là một cậu bé ham học hỏi, chăm chỉ, Madison đã hoàn thành rất tốt việc học của mình. Theo học đại học New Jersey (sau này được gọi là Đại học Princeton) vào năm 18 tuổi, ông chỉ dùng vỏn vẹn hai năm để hoàn thành chương trình học bốn năm của trường và tốt nghiệp với số điểm cao về ngôn ngữ cổ điển, toán học, hùng biện, địa lý và triết học. Sau đó, ông tiếp tục ở lại trường học thêm tiếng Do Thái và triết học chính trị.² Trong suốt giai đoạn này, ông đắm chìm trong tự do của chủ nghĩa khai sáng và chuyển sang chủ nghĩa cấp tiến chính trị thế kỉ 18. Đến năm 1774, ông trở lại quê nhà, gia nhập Ủy ban Bảo an ở địa phương (bang Virginia). Tại đây, ông bước đầu cố gắng hiến bản thân phục vụ cộng đồng và xây dựng sự nghiệp trị chính trị của mình.

Trong suốt quãng đời của mình, cùng với sự nỗ lực và cố gắng không ngừng, James Madison đã ghi dấu ấn sâu đậm với mọi người bằng những thành tựu vô cùng nổi bật. Cho đến nay, ông được ghi nhận là sinh viên tốt nghiệp đầu tiên của Đại học New Jersey. Bên cạnh đó, ông được đánh giá là Đại biểu trẻ nhất của Quốc hội khi gia nhập Quốc hội Lục Địa vào năm 29 tuổi. Cũng tại nơi này, ông đã có cố gắng hiến hai văn bản cốt lõi góp phần hình thành nên một hệ thống chính quyền vững mạnh. Đầu tiên là “the Virginia Plan” (bản kế hoạch Virginia) – văn kiện này được đánh giá là khuôn mẫu cho việc xây dựng Hiến pháp Hoa Kỳ sau này. Tiếp đến là bản Tuyên ngôn Nhân quyền Hoa Kỳ nhằm bảo vệ quyền tự do cá nhân của con người. Hơn

hết, trong cuộc chiến tranh vào năm 1812 với Anh, James Madison đã thành công trong việc lãnh đạo giúp nước Mỹ giành thắng lợi cũng như đoàn kết toàn dân Mỹ thành một khối thống nhất, độc lập. Từ đó, mở ra một thời kỳ mới trong lịch sử nước Mỹ với tên gọi “Era of Good Feelings” (Kỷ nguyên cảm hứng).

2. Những đóng góp to lớn của James Madison trong việc hình thành hệ thống pháp luật Hoa Kỳ

2.1. Những nỗ lực đóng góp để hình thành Hiến pháp Hoa Kỳ

Sau khi tuyên bố độc lập khỏi nước Anh vào năm 1776, 13 tiểu bang của Mỹ thống nhất hợp thành quốc gia độc lập – Hợp chúng Quốc Hoa Kỳ. Theo đó, các bang bắt đầu thiết lập một nền pháp chế chung để điều chỉnh bằng việc ký kết và phê chuẩn bản Các điều khoản hợp bang vào năm 1781 – đây được xem là bản Hiến pháp đầu tiên của nước Mỹ. Tuy nhiên, sau khi tách khỏi Anh, chủ quyền của quốc gia mới này rơi vào tình trạng suy yếu, hỗn loạn với sự xuất hiện của một nền kinh tế “dị dạng”, của các tư tưởng phe cánh, bè phái và chủ nghĩa địa phương. Đối mặt với những biến động này, bản Hiến pháp đương thời đã bộc lộ nhiều hạn chế. Cụ thể, theo văn bản này, hầu hết quyền hành được trao cho các cơ quan lập pháp ở mỗi bang, khiến cho mỗi bang giống như một quốc gia riêng biệt thay vì là một thành phần của hệ thống liên bang. Điều đó, dẫn đến sự hoạt động của Quốc hội Hợp bang³ trở nên ngày càng yếu kém, không có khả năng quản lý nợ liên bang một cách hợp lý cũng như duy trì quân đội quốc gia.⁴ Nhận thấy những vấn đề đang xảy ra, Madison cho rằng cấu trúc quản lý này cần phải thay đổi. Ông vận dụng những kiến thức, hiểu biết của mình và thực hiện những nghiên cứu sâu rộng về chính phủ của các quốc gia khác trên thế giới. Cuối cùng, ông đưa ra kết luận rằng việc trao quyền lực cho nhiều cơ quan sẽ khiến quyền lực bị phân tán,

¹ ‘James Madison’ (29/10/2009), <<https://www.history.com/topics/us-presidents/james-madison>> truy cập ngày 18/3/2023

² ‘The Life of James Madison’ <<https://www.montpelier.org/learn/the-life-of-james-madison>> truy cập ngày 18/3/2023

³ Quốc hội Hợp bang (Congress of the Confederation hay United States in Congress Assembled) là bộ phận chính phủ của Hợp chúng quốc châu Mỹ từ ngày 1 tháng 3 năm 1781 đến ngày 4 tháng 3 năm 1789, bao gồm các đại biểu được bổ nhiệm từ các nghị viện tiểu bang và là quốc hội thừa kế tiếp theo sau Đế nghị Quốc hội Lục địa.

⁴ Hà Lê, ‘Cha đẻ của bản Hiến pháp Mỹ’ thành công nhờ nỗ lực phi thường’ *Tạp chí điện tử Luật sư Việt Nam* (03/4/2021), <<https://lsvn.vn/cha-de-cua-ban-hien-phap-my-thanh-cong-nho-no-luc-phi-thuong1617427613.html>> truy cập ngày 18/3/2023

yếu ớt; thay vào đó, cần thiết lập một chính phủ liên bang mạnh hơn để điều chỉnh, kiểm tra, giám sát các cơ quan làm luật của mỗi bang cũng như thiết lập một hệ thống quản lý tài chính hiệu quả hơn.

Nhờ những nỗ lực nghiên cứu và tìm tòi, ông đã soạn thảo thành công “Bản kế hoạch Virginia” với đề xuất xây dựng mô hình chính phủ với 03 nhánh: lập pháp, hành pháp và tư pháp, mỗi nhánh được trao quyền ngang nhau, trong đó chính phủ đóng vai trò như một cơ quan kiểm soát để đảm bảo cân bằng quyền lực giữa 03 nhánh.⁵ Vào tháng 5 năm 1787 tại Hội nghị lập hiến ở Philadelphia, ông đã trình bày bản kế hoạch trước các đại diện đến từ các bang của Mỹ. Sau khi kết thúc hội nghị, Hiến pháp mới của Mỹ được soạn thảo dựa trên bản kế hoạch của ông kết hợp với những ý kiến tranh luận được đưa ra tại hội nghị. Bản Hiến pháp mới này đã khắc phục được những điểm hạn chế của trước đây và để Hiến pháp được phê chuẩn thì cần sự chấp thuận của đại đa số các tiểu bang với tỷ lệ 9 trên 13 tiểu bang. Tuy nhiên, trên thực tế, tỷ lệ này vẫn chưa đạt được bởi đa phần các tiểu bang cho rằng mô hình chính phủ ba nhánh như trên đang trao quá nhiều quyền lực cho chính phủ liên bang, dẫn đến sự lo ngại về quyền tự do cá nhân sẽ bị xâm phạm. Do đó, trong suốt hai năm (năm 1787 và năm 1788), Madison đã cùng với Alexander Hamilton và John Jay viết tuyển tập “The Federalist Papers” (Các bài viết chủ trương chế độ liên bang) dưới bút danh “Publius” nhằm mục đích kêu gọi công chúng cũng như các giới chức ở Mỹ ủng hộ bản Hiến pháp mới được soạn thảo. Tuyển tập bài viết bao gồm 85 bài chính luận đã nêu rõ tính ưu việt của mô hình chính phủ mới. Trong đó, các tác giả đã phân tích sâu sắc và thuyết phục về những nguyên tắc tổ chức, vận hành của bộ máy chính phủ mới; đồng thời còn đưa ra những thiếu sót của văn bản Các điều khoản Hợp bang. Sau hai năm nỗ lực, vào tháng 9 năm 1788, Hiến pháp Hoa Kỳ chính thức được thông qua và chính phủ mới đã được thành lập một năm sau đó.⁶

Như vậy, kể từ thời điểm Hiến pháp Hoa Kỳ chính thức có hiệu lực đã hoàn thiện một trong những văn kiện pháp luật quan trọng trong lịch sử Hợp chúng

quốc Hoa Kỳ. Theo nhận định của đa số các sử gia, ngoài Tuyên ngôn Độc lập năm 1776 thì bản Hiến pháp Hoa Kỳ năm 1787 cũng góp phần đặt nền tảng cho sự hùng mạnh của nước Mỹ. Sử gia Geogre Billias cũng đã có lời khen ngợi rằng Hiến pháp Hoa Kỳ là “món quà lớn nhất của đất nước này đối với tự do của con người.”⁷ Nhằm nhắc nhở người dân Mỹ luôn ghi nhớ về văn kiện pháp luật tối cao có tính chất định hình một nhà nước liên bang mới, vào năm 2004, Hoa Kỳ đã chọn ngày 17 tháng 9 hằng năm làm “Ngày Lập hiến”.⁸

2.2. Tác giả của Tuyên ngôn Nhân quyền

Vào mùa hè năm 1787, các đại diện từ 13 tiểu bang đã tập hợp tại Philadelphia để soạn thảo bản Hiến pháp mới. Sau khi kết thúc buổi hội nghị, đến tháng 9 năm 1787, bản dự thảo Hiến pháp hoàn thành và được gửi đến các cơ quan lập pháp của các bang để xem xét và thông qua. Trong thời gian này, một cuộc tranh luận vô cùng nảy lửa diễn ra trên khắp nước Mỹ – đó chính là thiếu những quy định cụ thể về quyền tự do cá nhân. Theo đó, một bên phản đối bản dự thảo Hiến pháp Hoa Kỳ; song, bên ủng hộ nêu quan điểm rằng việc bổ sung các quy định về quyền tự do cá nhân là không cần thiết. Khi cuộc tranh luận đạt đến đỉnh điểm, Thomas Jefferson – tác giả của dự thảo “Tuyên ngôn độc lập” đã viết một bức thư cho James Madison. Trong thư, ông đề cập đến một dự luật. Ông viết “Một dự luật về quyền con người là điều mà những người dân có quyền đòi hỏi bất cứ chính phủ nào trên thế giới, nói chung hay nói riêng, và là điều mà không một chính phủ nào nên từ chối hoặc ngần ngại”.⁹ Điều này cho thấy ông hoàn toàn đồng tình với quan điểm việc quy định những quyền mà người dân được hưởng là rất cần thiết để đảm bảo những quyền lợi hợp pháp của họ không bị chính phủ xâm phạm. Quan điểm này của ông nhận được sự ủng hộ của nhiều người và một thỏa hiệp sau đó đã được chấp thuận. Theo đó, các cơ quan lập pháp của các bang đồng ý thông qua bản dự thảo Hiến pháp với thỏa thuận rằng, trong cuộc họp đầu tiên của cơ quan lập pháp liên bang theo quy định của Hiến pháp mới, các điều khoản sửa đổi đảm bảo các quyền tự do cá nhân sẽ được thông qua.¹⁰ Vào tháng 9 năm 1788, bản dự thảo Hiến pháp

⁵ Hà Lê, ‘Cha đẻ của bản Hiến pháp Mỹ’ thành công nhờ nỗ lực phi thường’ *Tạp chí điện tử Luật sư Việt Nam* (03/4/2021), <<https://lsvn.vn/cha-de-cua-ban-hien-phap-my-thanh-cong-nho-no-luc-phi-thuong1617427613.html>>, truy cập ngày 18/3/2023

⁶ Minh Ngọc, ‘James Madison, ‘cha đẻ’ của Hiến pháp Mỹ’ *Báo điện tử Pháp luật Việt Nam* (28/12/2016), <<https://baophapluat.vn/james-madison-cha-de-cua-hien-phap-my-post235625.html>>, truy cập ngày 18/3/2023

⁷ ‘Sự ưu việt của Hiến pháp Hoa Kỳ và đặc quyền dành cho Tổng thống’ *EPOCH TIMES Tiếng Việt* (22/12/2020), <https://www.epochtimesviet.com/suu-viet-cua-hien-phap-hoa-ky-va-dac-quyen-danh-cho-tong-thong_188894.html> truy cập ngày 18/3/2023

⁸ Nguyễn Văn Dũng, ‘Quyền con người trong Hiến pháp và Tuyên ngôn nhân quyền của Hoa Kỳ: Lịch sử và hiện thực’ *Ban tôn giáo Chính phủ*, <<https://btgcp.gov.vn/tin-bai-nghien-cuu-va-trao-doi-y-kien-cua-doc-gia/quyen-con-nguoi-trong-hien-phap-va-tuyen-ngon-nhan-quyen-cua-hoa-ky-lich-su-va-hien-thuc-postM2qKEWQRg6.html>> truy cập ngày 18/3/2023

⁹ Nguyễn Văn Dũng, ‘Quyền con người trong Hiến pháp và Tuyên ngôn nhân quyền của Hoa Kỳ: Lịch sử và hiện thực’ *Ban tôn giáo Chính phủ*

¹⁰ Nguyễn Văn Dũng, ‘Quyền con người trong Hiến pháp và Tuyên ngôn nhân quyền của Hoa Kỳ: Lịch sử và hiện thực’ *Ban tôn giáo Chính phủ*

được các bang thông qua, đồng nghĩa với việc Hiến pháp Hoa Kỳ chính thức ra đời. Thực hiện theo đúng thỏa thuận, James Madison đã hoàn thành mười hai tu chính án Hiến pháp về quyền con người dựa trên bản Tuyên ngôn Nhân quyền của Virginia¹¹ và trình bày nó tại cuộc họp đầu tiên của Quốc hội Hoa Kỳ vào ngày 25/9/1789 để các tiểu bang tiến hành xem xét. Tuy nhiên, tại thời điểm này, chỉ có mười tu chính án được chấp nhận và phê chuẩn. Theo đó, mười tu chính này chính thức trở thành Đạo luật Nhân quyền (hay còn gọi là Mười điều khoản về Nhân quyền Hiến pháp Mỹ) vào năm 1791. Nói cách khác, Tuyên ngôn Nhân quyền chính là sự ghi nhận mười tu chính án đầu tiên cho Hiến pháp Hoa Kỳ. Các tu chính ra đời với sứ mệnh hạn chế quyền lực của Chính phủ liên bang, bảo vệ quyền của tất cả công dân và những người sinh sống trên lãnh thổ Hoa Kỳ. Trong đó, nổi bật nhất là tu chính án đầu tiên liên quan đến quyền tự do ngôn luận và tự do tín ngưỡng. Cụ thể, quyền tự do ngôn luận được coi là cốt lõi, nền tảng cho một chính quyền tự do. Thẩm phán Benjamin Cardozo nhận định “Nó là nền tảng, là điều kiện không thể thiếu cho gần như tất cả các hình thức tự do khác”.¹² Qua đó, mỗi công dân Mỹ được quyền trình bày, nêu lên quan điểm, ý kiến của bản thân. Ngoài ra, còn một quyền nữa cũng không kém phần quan trọng là quyền tự do tín ngưỡng. Khởi nguồn cho quyền này được Madison đúc kết từ những tình cảnh tàn khốc trong quá khứ. Ông đã chứng kiến sự đàn áp của các nhà truyền giáo Baptist ở Virginia, những người đã bị bắt giữ với lý do rao giảng mà không có giấy phép thành lập của Giáo hội Anh. Do đó, ông nhận thấy cần phải thiết lập một quyền về tự do tín ngưỡng để bảo vệ sự tự do trong đời sống tinh thần của người dân.

Có thể nói, “Luật về các quyền” hay “Tuyên ngôn Nhân quyền” của Hoa Kỳ là một sản phẩm có tính lịch sử tại một không gian và thời gian cụ thể vì bản Hiến pháp mới ra đời có hiệu lực trên toàn liên bang Hoa Kỳ lúc bấy giờ. Sự xuất hiện đúng thời điểm của bản Tuyên ngôn Nhân quyền đã làm xoa dịu và dần đập tan nỗi lo sợ rằng chính phủ liên bang nắm trong tay quá nhiều quyền lực thì một lúc nào đó có thể gây ảnh hưởng đến những quyền cơ bản của người dân.

3. Lời kết

Với khối kiến thức và tầm hiểu biết sâu rộng, James Madison đã dựng nên một sự nghiệp chính trị vô cùng lừng lẫy thông qua những đóng góp vô cùng to lớn

của ông trong việc hình thành hệ thống pháp luật Hoa Kỳ qua hai tác phẩm “Bản kế hoạch Virginia” và “Tuyên ngôn Nhân quyền”. Cho đến nay, James Madison là một trong ba vị được xướng tên mỗi khi nhắc đến những trụ cột đã giúp nước Mỹ phát triển bền vững và thịnh vượng.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. ‘James Madison’ (29/10/2009), <<https://www.history.com/topics/us-presidents/james-madison>>
2. James Madison, “Father of the Constitution” is born’ (13/11/2009), <https://www.history.com/this-day-in-history/father-of-the-constitution-is-born?fbclid=IwAR3qOAXuYW11e51REmre2j-dYPBcjelVNeCO_YEU4_wzvnAoYN3eNpeOLfk>
3. ‘The Life of James Madison’ <<https://www.montpelier.org/learn/the-life-of-james-madison>>
4. Hà Lê, “Cha đẻ của bản Hiến pháp Mỹ” thành công nhờ nỗ lực phi thường’ *Tạp chí điện tử Luật sư Việt Nam* (03/4/2021), <<https://lsvn.vn/cha-de-cua-ban-hien-phap-my-thanh-cong-nho-no-luc-phi-thuong1617427613.html>>
5. Minh Ngọc, ‘James Madison, ‘cha đẻ’ của Hiến pháp Mỹ’ Báo điện tử Pháp luật Việt Nam (28/12/2016), <<https://baophapluat.vn/james-madison-cha-de-cua-hien-phap-my-post235625.html>>
6. ‘Sự ưu việt của Hiến pháp Hoa Kỳ và đặc quyền dành cho Tổng thống’ EPOCH TIMES Tiếng Việt (22/12/2020), <https://www.epochtimesviet.com/su-uu-viet-cua-hien-phap-hoa-ky-va-dac-quyen-danh-cho-tong-thong_188894.html>
7. Nguyễn Văn Dũng, ‘Quyền con người trong Hiến pháp và Tuyên ngôn nhân quyền của Hoa Kỳ: Lịch sử và hiện thực’ Ban tôn giáo Chính phủ, <<https://btgcp.gov.vn/tin-bai-nghien-cuu-va-trao-doi-y-kien-cua-doc-gia/quyen-con-nguoi-trong-hien-phap-va-tuyen-ngon-nhan-quyen-cua-hoa-ky-lich-su-va-hien-thuc-postM2qKEWQRg6.html>>
8. Nguyễn Thị Kim Phụng, ‘15/12/1791: Tuyên ngôn Nhân quyền Mỹ trở thành luật’ Nghiên cứu quốc tế (15/12/2017), <<https://nghiencuuquoccte.org/2017/12/15/tuyen-ngon-nhan-quyen-tro-thanh-luat/>>

¹¹ Nguyễn Thị Kim Phụng, ‘15/12/1791: Tuyên ngôn Nhân quyền Mỹ trở thành luật’ Nghiên cứu quốc tế (15/12/2017), <<https://nghiencuuquoccte.org/2017/12/15/tuyen-ngon-nhan-quyen-tro-thanh-luat/>> truy cập ngày 18/3/2023

¹² Nguyễn Văn Dũng, ‘Quyền con người trong Hiến pháp và Tuyên ngôn nhân quyền của Hoa Kỳ: Lịch sử và hiện thực’ Ban tôn giáo Chính phủ

THE THEORETICAL FRAMEWORK FOR CORPORATE GOVERNANCE* CƠ SỞ LÝ THUYẾT CHO QUẢN TRỊ DOANH NGHIỆP

Written by: Santosh Pande**

Dịch bởi: Trần Hồng Anh (K21501C),

Phạm Ngọc Thanh Trà (K22502C) & Thái Quốc Huân (K22503CA),

Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM

'The directors of such [joint-stock] companies, however, being the managers rather of other people's money than of their own, it cannot well be expected, that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in a private co-partnery frequently watch over their own. Like the stewards of a rich man, they are apt to consider attention to small matters as not for their master's honor, and very easily give themselves a dispensation from having it. Negligence and profusion, therefore, must always prevail, more or less, in the management of the affairs of such a company.'

– Adam Smith, quoted by Jensen and Meckling (1976).

I. INTRODUCTION - THE AGENCY THEORY AND THE EVOLUTION OF CORPORATE GOVERNANCE

The separation of ownership of an organization from its management has generated a lot of discussion on how to effectively align the interests of the managers and the owners. Adam Smith raised this question as early as 1776 when he argued that the separation of ownership and control created poor incentives for managers to operate the firm efficiently.

The theoretical underpinnings for most of the current framework of corporate governance come from the classic work by Berle & Means (1932) which describes the agency problem in modern firms as one arising from the separation of ownership and control. This has been expressed by the authors' own statements;

"Các giám đốc của những công ty [cổ phần], tuy nhiên, lại là người quản lý tiền của người khác thay vì tiền của họ, và điều không thể được mong đợi nhiều là, họ nên giám sát tiền của mình với sự thận trọng sát sao như các đối tác ở một công ty hợp danh làm. Giống như những người quản gia của một gã đàn ông giàu có, họ có xu hướng tập trung sự chú ý đến những vấn đề nhỏ nhặt không phải vì danh dự của chủ nhân họ và rất dễ dàng tự cho mình quyền hạn từ việc này. Sự thờ ơ và dư thừa, vì lẽ đó, luôn phải hiện hữu, dù ít hay nhiều, trong việc quản lý những vấn đề của một công ty như thế này".

– Adam Smith, trích dẫn bởi Jensen và Meckling (1976)

I. GIỚI THIỆU – LÝ THUYẾT ĐẠI DIỆN VÀ SỰ PHÁT TRIỂN CỦA QUẢN TRỊ DOANH NGHIỆP

Việc phân tách quyền sở hữu khỏi quyền quản lý của một tổ chức đã và đang gây ra nhiều cuộc tranh luận về vấn đề làm thế nào để dung hòa lợi ích của những người quản lý và những người sở hữu một cách hiệu quả. Adam Smith đã đặt ra câu hỏi này ngay từ năm 1776 khi ông ấy lập luận rằng sự phân tách giữa quyền sở hữu và quyền quản lý đã gây thiếu động lực cho các nhà quản trị để vận hành công ty một cách hiệu quả.

Các cơ sở lý thuyết cho phần lớn hệ thống quản trị doanh nghiệp hiện đại xuất phát từ công trình kinh điển của Berle và Means (1932), công trình này mô tả vấn đề về đại diện trong các công ty hiện đại nảy sinh một phần từ sự tách rời giữa quyền sở hữu và quyền quản lý. Điều này đã được diễn đạt qua chính những phát biểu của các tác giả;

* **Source:** Santosh Pande, 'The Theoretical Framework for Corporate Governance', (2011), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1949615>

** Tiến sĩ tại Thought Arbitrage Research Institute, New Delhi

'It has often been said that the owner of a horse is responsible, if the horse lives he must feed it; if the horse dies he must bury it. No such responsibility attaches to [the owner of] a share of stock. The owner is practically powerless through his own efforts to affect the underlying property. The spiritual values that formerly went with ownership have been separated from it...the responsibility and the substance which have been an integral part of ownership in the past are being transferred to a separate group in whose hands lies control'.

The essence of the agency problem is the separation of management and finance, or, as has defined in more standard terminology, as the separation of ownership and control, Shleifer and Vishny (1997). In a business organization, an entrepreneur, or a manager, raises funds from investors to put them to productive use. While the investors need the manager's specialized human capital to generate returns on their funds, the managers need the investor's funds since he does not have enough capital of his own to invest. The investors' dilemma is how to ensure that, once they put in their funds, they would not be left holding a worthless piece of paper issued by the manager. Viewed in this context, the agency problem refers to the difficulties that investors have in ensuring that their funds are not expropriated or wasted on un-attractive projects.

Jensen and Meckling (1976) integrated elements from agency theory, property rights and finance to develop a theory of the ownership structure of the firm and defined agency costs to comprise of the monitoring costs by the principal, the economic bonding costs by the agent and the residual economic loss.

They argued that agency costs are an unavoidable result of the relationship between investors and managers and that contractual relations are the essence of the firm, not only with employees but also with suppliers, customers, creditors, and so on. According to them most organizations serve as a nexus for a set of contracting relationships among individuals and since decision makers ultimately bear the agency costs, these decision makers have the economic incentive to minimize agency costs.

Historically, corporate governance evolved as a mechanism to deal with the agency problem and has been defined by Shleifer and Vishny (1997)

"Người chủ của một con ngựa thường được cho là phải chịu trách nhiệm, nếu con ngựa sống thì ông ta phải cho nó ăn; nếu con ngựa chết thì ông ta phải chôn nó. Loại trách nhiệm như thế không gắn với [chủ sở hữu của] cổ phiếu. Người chủ sở hữu trên thực tế không có quyền trong những nỗ lực của mình để gây ảnh hưởng đến tài sản cơ sở. Các giá trị tinh thần mà trước đây gắn liền với quyền sở hữu đã bị tách rời khỏi nó... tính trách nhiệm và tài sản, một phần thiết yếu của quyền sở hữu trong quá khứ, đang được chuyển giao lại cho một nhóm người độc lập mà trong tay của họ có quyền kiểm soát".

Bản chất của vấn đề đại diện là sự tách rời giữa quản trị và tài chính, hoặc, được định nghĩa bằng thuật ngữ tiêu chuẩn hơn, là sự tách rời giữa quyền sở hữu và quyền kiểm soát, Shleifer và Vishny (1997). Trong một tổ chức kinh doanh, một doanh nhân, hoặc một nhà quản trị, huy động vốn từ các nhà đầu tư để sử dụng chúng một cách hiệu quả. Trong khi các nhà đầu tư cần vốn nhân lực chuyên môn của nhà quản trị để tạo ra lợi nhuận trên vốn đầu tư của họ, các nhà quản trị cần vốn của nhà đầu tư vì anh ta không có đủ vốn của riêng mình để đầu tư. Khó khăn của nhà đầu tư là làm thế nào để bảo đảm rằng, một khi họ đã bỏ tiền đầu tư, họ sẽ không phải cầm trên tay một bản thảo vô giá trị được cung cấp bởi nhà quản trị. Xem xét từ bối cảnh này, vấn đề đại diện đề cập đến những khó khăn mà các nhà đầu tư gặp phải trong việc đảm bảo rằng vốn đầu tư của họ không bị trút hữu hoặc bị tiêu tốn vào những dự án không hấp dẫn.

Jensen và Meckling (1976) đã kết hợp các nguyên lý cơ bản từ học thuyết đại diện, quyền tư hữu và tài chính để phát triển nên một học thuyết về cấu trúc sở hữu của doanh nghiệp và định nghĩa chi phí đại diện bao gồm chi phí giám sát cho người chủ, chi phí kinh tế giao kèo cho bên đại diện và tổn thất kinh tế còn lại.

Họ lập luận rằng chi phí đại diện là một hệ quả không thể tránh khỏi từ mối quan hệ giữa các nhà đầu tư và các nhà quản trị và các mối quan hệ hợp đồng đó là bản chất của doanh nghiệp, không chỉ đối với các nhân viên mà còn đối với các nhà cung cấp, khách hàng, chủ nợ, vân vân. Theo họ, đa số các tổ chức là cầu nối chính cho tập hợp các mối quan hệ hợp đồng giữa các cá nhân và bởi vì những người ra quyết định sau cùng sẽ chịu các chi phí đại diện, họ có động lực kinh tế để giảm thiểu tối đa chi phí đại diện.

Lịch sử cho thấy, nền quản trị doanh nghiệp đã phát triển như một cơ chế giải quyết vấn đề đại diện và đã được định nghĩa bởi Shleifer and Vishny (1997) như là

as ‘... how to assure financiers that they get a return on their investment’. Most of the literature reviewed by them, at that point in time, focused on what is known as the Anglo-Saxon model that is largely prevalent in the UK and the USA where firms are more akin to the Berle and Means view of the world.

Corporate governance principles that have evolved have reflected what was considered as the best practice in the UK and USA and require listed companies to have unitary boards, independent outside directors, and board committees. In line with the underlying assumptions of the agency theory these principles primarily focused on enhancing shareholder value and, in the process, richly rewarded top executives and have been the principal basis for governance codes around the world.

This paper is organized as follows. Section II describes the alternative frameworks of corporate governance viz the stakeholder theory and the stewardship theory while section III explains the concept of trusteeship. Section IV describes the current complexities of organizations which are witnessing the blurring of roles between the principal and agent and, in that context; section V highlights the limitations of the existing frameworks of corporate governance. Section VI proposes a new theoretical framework for corporate governance and, finally, section VII concludes the paper.

II. ALTERNATIVE THEORETICAL FRAMEWORKS FOR CORPORATE GOVERNANCE - THE STAKEHOLDER THEORY AND THE STEWARDSHIP THEORY

Shleifer et al's (1997) survey also examined the Japan-German model, two countries in which corporate and institutional block holders play an important monitoring role and where an alternative framework for corporate governance had evolved. This approach, called the stakeholder view of corporate governance, is often associated with Japanese and continental European practice (most closely with Germany) where law has required that half the seats on supervisory boards go to representatives of the workforce and where custom has long mandated that a company's bankers and large-block shareholders have seats on the board.

“...một cách để cam đoan với các nhà tài phiệt là họ sẽ thu được lợi nhuận trên tiền đầu tư của mình”. Phần lớn tổng quan lý thuyết của họ, tại thời điểm đó, tập trung vào thứ được biết đến như là mô hình Anglo - Saxon¹, một mô hình phổ biến rộng khắp ở Anh và Mỹ, nơi mà các công ty giống với thể giới quan của Berle và Means hơn.

Những nguyên tắc quản trị doanh nghiệp phát triển đã phản ánh thứ được xem là thực tiễn tốt nhất ở Anh và Mỹ và yêu cầu các công ty niêm yết có các hội đồng đơn nhất, độc lập với các giám đốc, và các ủy ban hội đồng quản trị. Cùng với các giả thuyết có cơ sở của học thuyết đại diện những nguyên lý này chủ yếu tập trung vào việc đề cao giá trị cổ đông, đồng thời, thưởng lớn cho các nhà điều hành tài giỏi và đã trở thành cơ sở chính cho các quy tắc quản trị doanh nghiệp trên toàn thế giới.

Bài nghiên cứu này được sắp xếp như sau. Phần II mô tả những cơ sở khác của quản trị doanh nghiệp qua học thuyết các bên liên quan và thuyết quản lý trong khi phần III giải thích khái niệm của sự ủy thác. Phần IV mô tả tình trạng phức tạp của các tổ chức nơi đang chứng kiến sự mập mờ giữa các vai trò của người chủ và bên đại diện, trong bối cảnh đó, phần V nhấn mạnh các hạn chế của các mô hình quản trị doanh nghiệp hiện hành. Phần VI đề xuất một cơ sở lý thuyết mới cho nền quản trị doanh nghiệp và, cuối cùng, phần VII sẽ đúc kết toàn bộ vấn đề.

II. NHỮNG CƠ SỞ LÝ THUYẾT KHÁC CỦA QUẢN TRỊ DOANH NGHIỆP - THUYẾT CÁC BÊN LIÊN QUAN VÀ THUYẾT QUẢN LÝ

Cuộc khảo sát của Shleifer và cộng sự (1997) cũng nghiên cứu về mô hình Nhật – Đức, hai quốc gia nơi mà các cổ đông lớn của các tổ chức và công ty liên quan giữ một vai trò giám sát quan trọng và nơi mà một hệ thống khác của quản trị doanh nghiệp đã phát triển. Cách tiếp cận này, được gọi là quan điểm của bên liên quan về quản trị doanh nghiệp, thường gắn liền với cách làm việc ở Nhật Bản và lục địa Châu Âu (gần nhất là với Đức) nơi mà pháp luật yêu cầu một nửa số ghế của các hội đồng giám sát thuộc về các đại diện của lực lượng lao động và nơi mà truyền thống từ lâu đã cho phép các nhân viên ngân hàng và các cổ đông lớn của công ty giữ các vị trí trong hội đồng.

¹ Mô hình Anglo - Saxon hay Chủ nghĩa tư bản Anglo - Saxon: Một mô hình kinh tế tự do xuất hiện vào những năm 1970 dựa trên trường phái kinh tế học Chicago.

The origin of the Stakeholder theory of corporate governance can be traced to Freeman (1994) who defines stakeholders as *'any group or individual who can affect, or is affected by, the achievement of a corporation's purpose'*. This evolved, in part, as a result of the recognition of the complexity of strategy and the growing recognition that, unlike as thought previously, a company wasn't just a production system where strategy was focused primarily on products and the means to produce them. Instead there was a growing appreciation that corporations created value through the complex interaction of various networks of relationships; examples of this approach range from Ansoff's (1987) thinking in the 1960s to Michael Porter's (1980) conceptions of industry analysis in the 1980s and the work of Kaplan and Norton (1992) on balanced scorecards in the 1990s.

The focus of the stakeholder theory is articulated in two core questions formulated by Freeman (1994). The first question is what is the purpose of the firm? This encourages the firm's managers to articulate the shared sense of the value they create and what brings its core stakeholders together and propels the firm forward and allows it to generate outstanding performance in terms of its purpose and marketplace financial metrics. Secondly, the stakeholder theory asks, what responsibility does management have to stakeholders? This pushes managers to articulate how they want to do business—specifically, what kinds of relationships they want and need to create with their stakeholders to deliver on their purpose.

Even though, in many jurisdictions the directors are responsible and accountable only to the shareholders, such legal accountability is only in a narrow sense and with mounting public pressure – arising from corporate governance scandals and environmental concerns – even that is changing and broader corporate governance guidelines are gradually emerging. The earlier narrow legal definition of the directors being responsible to only their shareholders is rapidly changing.

However, a contrary view, to the stakeholder view on corporate governance, is held by other thinkers on strategy who believe that just because the stakeholders have an interest in the performance and well being of the business it doesn't

Nguồn gốc thuyết các bên liên quan của quản trị doanh nghiệp có thể được ra đời bởi Freeman (1994), người định nghĩa các bên đại diện là *"bất cứ tổ chức hay cá nhân nào có thể ảnh hưởng, hoặc bị ảnh hưởng, bởi kết quả đạt được từ mục đích của doanh nghiệp"*. Thuyết này đã phát triển, một phần, như một kết quả của sự nhận thức về tính phức tạp của chiến lược và sự nhận thức lớn dần rằng, không như những gì đã được nghĩ trước đây, một công ty không chỉ là một hệ thống sản xuất nơi chiến lược tập trung chủ yếu vào các sản phẩm và các phương pháp để làm ra chúng. Thay vào đó là sự công nhận ngày một lớn rằng các doanh nghiệp đã tạo ra giá trị thông qua sự tương tác phức tạp giữa các mạng lưới quan hệ đa dạng; các ví dụ của thuyết này trải rộng khắp từ quan điểm của Ansoff (1987) vào đầu những năm 1960 tới những khái niệm về phân tích ngành công nghiệp vào đầu những năm 1980 cùng công trình của Kaplan và Norton (1992) về balanced scorecards² vào đầu những năm 1990.

Trọng tâm của thuyết các bên liên quan được diễn đạt rõ ràng qua hai câu hỏi mấu chốt được trình bày bởi Freeman (1994). Câu hỏi đầu tiên là mục đích của doanh nghiệp là gì? Điều này khuyến khích các nhà quản trị của doanh nghiệp lý giải tường tận ý nghĩa của giá trị chung mà họ tạo ra và cái gì gắn kết các bên đại diện chủ chốt của doanh nghiệp và thúc đẩy doanh nghiệp phát triển và để nó tạo ra hiệu suất ngoạn mục về mặt mục đích và các thông số tài chính thị trường. Thứ hai, thuyết các bên liên quan đặt ra câu hỏi rằng nhà quản trị cần phải có trách nhiệm nào đối với các bên đại diện? Điều này thúc đẩy các nhà quản trị nêu lên quan điểm rõ ràng rằng họ muốn kinh doanh như thế nào – một cách cụ thể, các kiểu quan hệ nào mà họ muốn và cần thiết lập với các bên đại diện để phục vụ cho mục tiêu của mình.

Kể cả khi, với nhiều thẩm quyền pháp lý các giám đốc chỉ chịu trách nhiệm với các cổ đông về hành động và kết quả, trách nhiệm pháp lý như thế này chỉ trong nghĩa hẹp và với áp lực xã hội đang leo thang – nổi lên từ các vụ bê bối về quản trị doanh nghiệp và các lo lắng về vấn đề môi trường – kể cả khi điều ấy đang thay đổi và các hỗ trợ rộng hơn về quản trị doanh nghiệp đang dần xuất hiện. Cách định nghĩa pháp lý hạn hẹp trước đây về việc các giám đốc chỉ chịu trách nhiệm đối với các cổ đông đang thay đổi nhanh chóng.

Tuy nhiên, một quan điểm trái ngược, đối với quan điểm của thuyết các bên liên quan về quản trị kinh doanh, của những nhà tư tưởng khác về chiến lược tin rằng chỉ vì các bên đại diện có sự quan tâm đến hiệu suất và sự thịnh vượng của công ty không có nghĩa là

² Mô hình quản trị tập trung vào 4 khía cạnh: quy trình, tài chính, khách hàng, học tập - phát triển.

imply that stakeholder interests should be regarded as the purpose of corporate activity. Ansoff (1987) has argued forcefully against the stakeholder approach, drawing a distinction between a corporation's 'responsibilities' to a wide range of interested parties and its 'objectives', which guide management to fulfilling the company's purpose.

Another argument against the stakeholder theory is that shareholders have their entire investment at risk, while suppliers, customers and employees, in general, receive benefits from the corporation and enjoy the added protection of prior standing in contract if things go wrong.

Stronger versions of the stakeholder theory challenge the assumption that directors, and by extension managers, have their sole duty to the company's owners. Stakeholders, Freeman (1994) argues, have legitimacy because they can affect the direction of the company and hence it is legitimate for management to spend time and attention on stakeholders. That is, however, still some way from arguing that these people and groups are the 'ends' of corporate purpose, to which corporate boards owe a duty, rather than just the 'means' to the end which remains one of creating shareholder value.

In some cases the stronger stakeholder argument goes on to even take an extreme position and assert that while shareholders are certainly an important constituent of and profit is a critical feature of any business activity, the concern for profits is the result rather than the driver in the process of value creation, Freeman, Wicks and Parmar (2004). When viewed in this context as a normative theory, the stakeholder theory asserts that, regardless of whether or not stakeholder management leads to improved financial performance, managers should manage the business for the benefit of all stakeholders. This is just the type of conclusion that would evoke strong protests from many business people, and led Friedman (1970) to pen his famous retort that the social responsibility of business is to make money '*... one and only ... responsibility of business [was] to use its resources and engage in activities designed to increase its profits, so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud*'.

sự quan tâm của họ nên được xem như là mục đích của hoạt động doanh nghiệp. Ansoff (1987) đã phản đối mạnh mẽ cách tiếp cận bên liên quan, vạch ra sự khác biệt giữa "các trách nhiệm" của một doanh nghiệp đối với các bên liên quan và "các mục tiêu" của họ.

Một lập luận khác chống đối thuyết các bên liên quan là các cổ đông đặt toàn bộ vốn đầu tư của mình vào rủi ro, trong khi các nhà cung cấp, các khách hàng và các nhân viên hưởng lợi từ doanh nghiệp và hưởng thụ thêm sự bảo vệ từ vị trí ưu tiên trong hợp đồng nếu sự việc đi sai hướng.

Những lối giải thích chặt chẽ hơn về thuyết các bên liên quan thách thức giả định cho rằng các giám đốc, và với vai trò là các nhà quản trị tổng quát, chỉ có mỗi trách nhiệm với những người chủ sở hữu của công ty. Freeman (1994) lập luận rằng, các bên liên quan có quyền hợp pháp bởi vì họ có thể gây ảnh hưởng đến đường lối của công ty và vì thế đó là một điều chính đáng khi các nhà quản trị cần dành thời gian và sự chú ý đến các bên liên quan. Điều này, tuy nhiên, vẫn chưa thể thuyết phục rằng những con người và các tổ chức này là "các điểm cuối" của mục tiêu doanh nghiệp, những đối tượng mà các hội đồng doanh nghiệp nợ nghĩa vụ, thay vì chỉ nợ "phương thức" hướng đến mục tiêu đến những thứ làm nên giá trị của cổ đông.

Trong một số trường hợp lập luận đanh thép hơn của phía các bên liên quan tiếp tục dẫn đến một lập trường cực đoan và khẳng định rằng trong khi các cổ đông chắc chắn là một phần tử quan trọng và lợi nhuận là một đặc trưng chính yếu của hoạt động kinh doanh, sự quan tâm đến lợi nhuận là kết quả thay vì là động cơ của quá trình tạo ra giá trị. Freeman, Wicks và Parmar (2004). Khi được xem xét trong bối cảnh này như một học thuyết tiêu chuẩn, thuyết các bên liên quan khẳng định rằng, dù sự quản lý bên liên quan có dẫn đến hiệu suất tài chính tốt hơn hay không, các nhà quản trị nên quản lý kinh doanh sao cho các bên liên quan đều có lợi. Đây chỉ là một kiểu kết luận mà sẽ gây ra những phản đối mạnh mẽ từ nhiều doanh nhân, và khiến cho Friedman (1970) viết bài đáp lại nổi tiếng rằng trách nhiệm xã hội của kinh doanh là kiếm tiền "*... một và chỉ một.. trách nhiệm của kinh doanh [đã là] sử dụng tài nguyên của mình và tham gia các hoạt động được thiết kế để tăng lợi nhuận, miễn là nó nằm trong các quy định của cuộc chơi, nghĩa là, tham gia vào sự cạnh tranh công khai và tự do mà không có lừa gạt và gian lận*".

As a basis for a corporate governance framework, the stewardship theory suggests that management and board members in an organization will be motivated by some larger force than the desire for personal wealth. Drawing on organizational psychology, it suggests that self-esteem and fulfillment loom large in their decision-making, as had suggested in Maslow's hierarchy of needs.

Stewardship Theory has its roots from psychology and sociology and its origin is defined by Davis, Schoorman & Donaldson (1997) as akin to 'a steward protects and maximizes shareholders wealth through firm performance, because by so doing, the steward's utility functions are maximized'. In this perspective, stewards are company executives and managers who work for the shareholders and protect and make profits for them. Unlike the agency theory, the stewardship theory does not stress on the perspective of individualism, Donaldson & Davis (1991), but rather on the role of top management, as stewards, playing the role of integrating their goals with that of the organization. The stewardship perspective suggests that stewards are satisfied and motivated only when organizational success is attained.

Argyris (1973) had argued that the agency theory looks at an employee or people as an economic being, which suppresses an individual's own aspirations. Stewardship theory, on the other hand, recognizes the importance of structures that empower the steward and offers maximum autonomy built on trust and encourages executives to act more autonomously so that the shareholders' returns are maximized.

Stewardship theory also suggests unifying the role of the CEO and the chairman so as to reduce agency costs and to have greater role as stewards in the organization. It was empirically found that the returns have improved by having both these theories combined rather than separated, Donaldson and Davis (1991). As a prescription the stewardship theory contends that individual directors should look after the interests of someone or something larger than their personal self-interest.

III. EXTENDING THE STEWARDSHIP THEORY - TRUSTEESHIP

There is increasing evidence of migration to-

Như một nền tảng cho một cơ sở quản trị doanh nghiệp thuyết quản lý nói rằng các nhà quản trị và các thành viên hội đồng trong một tổ chức sẽ được truyền động lực bởi một nguyên nhân lớn hơn sự tham vọng giàu có cá nhân. Dựa trên tâm lý học tổ chức, lòng tự trọng và sự thỏa mãn gây ảnh hưởng rất lớn trong quá trình đưa ra quyết định, như đã được đề cập trong tháp nhu cầu của Maslow.

Thuyết quản lý bắt nguồn từ tâm lý học và xã hội học và nguồn gốc của nó được định nghĩa bởi Davis, Schoorman & Donaldson (1997) giống như là "một người quản lý bảo vệ và tối ưu hóa sự giàu có của các cổ đông thông qua hiệu suất doanh nghiệp, bởi vì khi làm vậy, chức năng hữu dụng của người quản lý được tối ưu hóa". Trong quan điểm này, những người quản lý là các giám đốc điều hành và nhà quản trị làm việc cho các cổ đông và bảo vệ và tạo lợi nhuận cho họ. Không giống thuyết đại diện, thuyết quản lý không nhấn mạnh vào tư tưởng chủ nghĩa cá nhân, Donaldson và Davis (1991), mà vào vai trò của nhà quản trị cấp cao, như những quản gia, đóng vai trò kết hợp mục tiêu của họ vào mục tiêu của tổ chức. Quan điểm của thuyết quản lý cho rằng các nhà quản lý chỉ hài lòng và có động lực khi đạt được thành công cho tổ chức.

Argyris (1973) đã lập luận rằng thuyết đại diện chỉ xem một nhân viên hay tập thể như một cá thể kinh tế, điều này che lấp các tham vọng cá nhân của họ. Thuyết quản lý, mặt khác, công nhận tầm quan trọng của các cấu trúc mà trao quyền cho quản lý và mang lại quyền tự quyết xây dựng trên sự tin tưởng và khích lệ các nhà điều hành hành động một cách độc lập hơn để lợi nhuận của các cổ đông được tối đa hóa.

Thuyết quản lý cũng đề xuất việc hợp nhất vai trò của giám đốc điều hành và chủ tịch để giảm thiểu chi phí đại diện và để có vai trò lớn hơn như các quản gia trong tổ chức. Lợi nhuận đã được chứng minh bằng thực nghiệm là đã cải thiện bởi việc kết hợp thay vì tách rời các lý thuyết này, Donaldson và David (1991). Như một nguyên tắc, thuyết quản lý cho rằng các giám đốc cá nhân nên quan tâm đến lợi ích của ai đó hay cái gì đó lớn hơn tư lợi của mình.

III. MỞ RỘNG LÝ THUYẾT QUẢN LÝ - SỰ ỦY THÁC

Ngày càng có nhiều bằng chứng về sự dịch chuyển

wards a more inclusive model of governance which, even as it emphasizes the imperatives of shareholder wealth creation, responsibility to all stakeholders and equitable distribution of wealth, is also sensitive to the broader needs of the society.

The scale and magnitude of corporate frauds and scams, across the world, in the 21st century have also made it abundantly evident clear that corporations, in pursuit of their profits, can ill afford to ignore their impact on the dimensions of their interface with the environment and the society in which they operate.

As Balasubramanin (2008) has pointed out, there is in fact a large measure of wisdom and counsel available in the Indian tradition that would provide the framework for such a framework, and Mahatma Gandhi has been among the foremost exponents and interlocutors in modern times for such a model. He goes on to suggest that the Gandhian concepts of Trusteeship, truth, nonviolence, and satyagraha (or truth-force) are not only in perfect sync with, but go much farther than, the modern expectations of corporate stewardship that stands for caring for other peoples' money and resources entrusted to the care of corporate directors and executive management.

The Gandhian notion of Trusteeship goes beyond the conventional notions of stewardship, philanthropy, and social responsibility. Whereas stewardship relies on higher values and trust in the running of an enterprise and is based on collectivism, philanthropy involves making a contribution to activities that are involved in good cause and while signifying support and encouragement to the cause does not involve any transformation of the giver's intent or behavior beyond a simple act of donation. Neither does philanthropy impose any constraints on the donor's decision making. Social responsibility, on the other hand, stipulates that corporations need to recognize their responsibility towards society and to accordingly act in a responsible manner. This sets a minimum standard of expectations of acceptable corporate behavior.

However, the concept of trusteeship has a broader canvas and goes much beyond the conventional stakeholders and addresses the expectations of all sections in the society. It addresses the moral issues faced by organizations and

hướng tới một mô hình quản trị toàn diện hơn là, ngay cả khi nó nhấn mạnh tầm quan trọng của việc tạo ra của cải cho cổ đông, trách nhiệm với các bên liên quan và phân phối công bằng của tài sản, cũng thích ứng với những nhu cầu rộng lớn hơn của xã hội.

Phạm vi và quy mô của các hành vi gian lận và lừa đảo doanh nghiệp, trên toàn thế giới, trong thế kỉ 21 cũng đã làm rõ rằng các tập đoàn, trong khi theo đuổi lợi nhuận của họ, không đủ khả năng để bỏ qua tác động của chúng trên các khía cạnh của tương tác giữa họ với môi trường và xã hội mà họ hoạt động.

Như Balasubramanin (2008) đã chỉ ra, trên thực tế có một thước đo lớn của trí tuệ và lời khuyên có sẵn trong truyền thống Ấn Độ sẽ cung cấp phạm vi cho một khuôn khổ như vậy, và Mahatma Gandhi là một trong những người ủng hộ và người đại diện lỗi lạc nhất trong thời hiện đại cho một mô hình như vậy. Ông ấy tiếp tục gợi ý rằng các khái niệm Gandhian về Sự ủy thác, sự thật, bất bạo động, và satyagraha³ (hay sức mạnh chân lý) không chỉ đồng bộ hoàn hảo, mà còn đi xa hơn, là những kỳ vọng hiện đại của nền quản lý doanh nghiệp đại diện cho việc quan tâm đến tiền bạc và tài nguyên của người khác được giao phó lại cho việc gìn giữ của những người điều hành doanh nghiệp và của quản lý điều hành.

Quan niệm Gandhian về Sự ủy thác vượt ra ngoài các quan niệm thông thường về quản lý, lòng nhân từ, và trách nhiệm xã hội. Trong khi sự quản lý dựa trên các giá trị cao hơn và tin vào quá trình vận hành của một doanh nghiệp và dựa trên chủ nghĩa tập thể, sự nhân từ bao gồm việc đóng góp vào các hoạt động có liên quan đến mục đích tốt đẹp và trong khi biểu thị sự hỗ trợ và sự khích lệ nó không bao hàm bất kì sự thay đổi nào về ý định hoặc hành vi của người cho ngoài một hành động quyên góp đơn giản. Sự nhân từ cũng không áp đặt bất kì ràng buộc nào đến việc ra quyết định của nhà tài trợ. Trách nhiệm xã hội, mặt khác, quy định rằng các doanh nghiệp cần phải nhận thức được trách nhiệm của họ đối với xã hội và từ đó phải hành động một cách trách nhiệm. Điều này đặt ra những tiêu chuẩn kỳ vọng tối thiểu của hành vi có thể chấp nhận được của doanh nghiệp.

Tuy nhiên, khái niệm về sự ủy thác có một bức tranh rộng hơn và xa hơn các bên liên quan thông thường và giải quyết các kỳ vọng của tất cả các tầng lớp trong xã hội. Nó đề cập đến các vấn đề đạo đức mà các tổ chức đối mặt và xác định vai trò cũng như trách nhiệm của tổ

³ (kinh tế) chính sách kháng cự thụ động.

defines the role and responsibility of the organization to its entire social environment, particularly those who are disadvantaged.

Trusteeship does not require re-distribution of assets in excess of one's needs, it only prescribes that what is not being used should be held in trust for meeting society's needs and neither do Mahatma Gandhi's prescriptions prevent an organization from pursuing a goal that aims at maximizing wealth.

Giving example from corporations in India and the Western world, Balasubramanian (2008) has suggested that, increasingly, there seems to be a growing appreciation that the board's role was to steer a course which, while protecting and enhancing shareholders' wealth, would also ensure that the stakeholders' aspirations are factored in and organizations fully discharge their responsibility to the society at large.

Development scientist Mitra (2008), however, feels that the Gandhian model of trusteeship has a failed legacy and attributes the reason for its failure, primarily, to the faulty execution of this concept.

According to Mitra (2008), trusteeship is too complex and ambitious to succeed in the short run and can succeed only when it is accompanied with transformational change in the concerned people. She points out that in Mahatma Gandhi's rendering, trusteeship was a deeply spiritual and religious concept in which he had combined with western liberal thought to develop the idea of trusteeship.

However, when Gandhi's colleagues drew up the principles of trusteeship, and urged him to formalize his thoughts on the topic, what emerged was an exhaustive and prescriptive list of controls and warnings to the private sector. These principles state that trusteeship *'gives no quarter to capitalism'* but gives *"the present owning class a chance to reform itself"*; under *"...state regulated trusteeship, an individual will not be allowed to own or use his wealth for selfish satisfaction or in disregard of the interest of society."*; *"A limit should be fixed for the maximum income...with a tendency to obliterate the difference between the maximum and minimum"*; Gandhi-Manibhavan (n.d).

Unfortunately, according to Mitra (2008), while drawing up the principles of trusteeship, the char-

acter đối với toàn bộ môi trường xã hội của nó, cụ thể là những người khó khăn.

Sự ủy thác không yêu cầu việc tái phân phối của các tài sản vượt quá nhu cầu của một người, nó chỉ quy định rằng những gì không được sử dụng nên được giữ lại với niềm tin là để đáp ứng nhu cầu của xã hội và những quy định của Mahatma Gandhi cũng không ngăn cản một tổ chức theo đuổi một mục tiêu nhằm tối đa hóa tài sản.

Lấy ví dụ từ các tập đoàn tại Ấn Độ và thế giới phương Tây, Balasubramanian (2008) đã gợi ý rằng dường như ngày càng có một sự công nhận cao rằng vai trò của hội đồng quản trị là chỉ đạo một lộ trình mà, đồng thời bảo vệ và nâng cao tài sản của cổ đông, cũng để đảm bảo rằng nguyện vọng của các bên liên quan được cân nhắc đến và các tổ chức hoàn toàn thực hiện trách nhiệm của họ đối với xã hội nói chung.

Tuy nhiên, nhà khoa học phát triển Mitra (2008) cảm thấy rằng mô hình Gandhian về sự ủy thác đã là một di sản thất bại và cho rằng nguyên nhân dẫn đến sự thất bại của nó, chủ yếu, là do tính thực thi sai lệch của khái niệm này.

Theo Mitra (2008), sự ủy thác là quá phức tạp và đầy tham vọng để có thể thành công trong ngắn hạn và chỉ có thể thành công khi nó gắn liền với thay đổi mang tính chuyển biến trong những người có liên quan. Cô ấy chỉ ra rằng trong diễn giải của Mahatma Gandhi, sự ủy thác là một khái niệm mang tính tâm linh và tôn giáo sâu sắc, trong đó ông đã kết hợp với tư tưởng tự do phương tây để phát triển ý tưởng về sự ủy thác.

Tuy nhiên, khi các đồng nghiệp của Gandhi đề ra các nguyên tắc của sự ủy thác, và thúc giục ông xác định suy nghĩ của mình về chủ đề này, những thứ xuất hiện là một danh sách đầy đủ và đề ra quy tắc về các biện pháp kiểm soát cũng như cảnh báo đối với khu vực tư nhân. Những nguyên tắc này nêu rõ rằng sự ủy thác *'không dung túng cho chủ nghĩa tư bản'* nhưng cho *"tầng lớp tư sản hiện nay một cơ hội cải cách bản thân"*; dưới *"...sự ủy thác do nhà nước điều chỉnh, một cá nhân sẽ không được phép sở hữu hoặc sử dụng tài sản của mình cho mục đích thỏa mãn tư lợi hoặc không quan tâm đến lợi ích của xã hội."*; *"Một giới hạn nên được cố định cho thu nhập tối đa. . . với một khuynh hướng xóa bỏ sự khác biệt giữa tối đa và tối thiểu"*; Gandhi-Manibhavan (không xác định ngày cụ thể).

Không may thay, theo Mitra (2008), trong khi đang lập ra các nguyên tắc của sự ủy thác, cách tiếp cận

acteristic Gandhian approach of discourse and discussion, of striving, of voluntarism and insistence on personal transformation of all stakeholders, of a change of heart and attitude seem to have been totally missing. Instead, an overtly prescriptive approach has been taken to develop this concept resulting in a flawed concept.

However, despite various shortcomings, the underpinnings of Gandhi's trusteeship still find an intuitive affinity in present day scenario. The basic principles of Gandhi's trusteeship model are equity, justice and holistic well-being (for and by all) and as long as they remain as challenges, the concept of trusteeship would continue to remain relevant. Gandhi's plea to business to make managers and workers stakeholders is a part of mainstream corporate strategy today. Social initiatives are a part of every manager's corporate social responsibility lexicon and brand-building. Likewise, increased globalization has led the challenge of raising the bar on social, ethical and environmental standards.

The primary challenge with the Gandhian trusteeship model is that it cannot be implemented by prescriptions alone but, to succeed, needs to be accompanied by transformational change of the hearts and minds. Given these challenges it remains as an ideal state for organizations to aim for!

IV. THE COMPLEXITIES OF MODERN ORGANIZATIONS

In today's world, the responsibility to shareholders and creating long term shareholder value is increasingly becoming less relevant in defining the goal of corporate behavior and action, not because responsibility to shareholders is an outdated concept but because of the fact that the concept of shareholder longevity has changed significantly over the years on account of the significant churn in shareholding that is so common today.

According to a study in the late 1990's by Bain & Company, Business Week Online (September 13,1999) in the USA, at a churn rate of 76% shares turn over at a rate six times greater than in 1960.

In such an environment, the phrase "*building enduring shareholder value*" takes on a different connotation and really means "*maximizing share*

đặc tính của Gandhian về diễn ngôn và thảo luận, về sự phấn đấu, về chủ nghĩa tự nguyện và sự khăng định về cải biến cá nhân của tất cả các bên liên quan, về sự thay đổi quan điểm và thái độ dường như đã hoàn toàn thiếu sót. Thay vào đó, là một cách tiếp cận về mặt quy tắc một cách công khai đã được tiếp nhận để phát triển khái niệm này dẫn đến một khái niệm thiếu sót.

Tuy nhiên, mặc cho nhiều những thiếu sót, nền tảng của sự ủy thác của Gandhi vẫn phát hiện ra một nét tương đồng trực quan trong tình thế ngày nay. Các nguyên tắc cơ bản của mô hình sự ủy thác của Gandhi là công bằng, công lý và phúc lợi toàn diện (cho và vì tất cả) và miễn là chúng vẫn còn là các thách thức, khái niệm của sự ủy thác sẽ tiếp tục vẫn còn phù hợp. Thỉnh cầu của Gandhi với các doanh nghiệp để các nhà quản lý và các nhân viên trở thành bên liên quan là một phần của chiến lược doanh nghiệp chủ đạo ngày nay. Các sáng kiến vì xã hội là một phần trong từ điển về trách nhiệm xã hội của mỗi nhà quản lý và việc xây dựng thương hiệu. Tương tự như vậy, toàn cầu hóa gia tăng đã dẫn đến thách thức của việc nâng cao tiêu chuẩn xã hội, đạo đức và môi trường.

Thách thức chính của mô hình sự ủy thác của Gandhian là nó không thể thực hiện được chỉ bằng những quy định nhưng, để thành công, cần phải đi kèm với thay đổi mang tính chuyển hóa về cả con tim và tâm trí. Với những thử thách này, nó vẫn là một tình trạng lí tưởng để các tổ chức hướng tới!

IV. TÍNH PHỨC TẠP CỦA CÁC TỔ CHỨC HIỆN ĐẠI

Trong thế giới ngày nay, trách nhiệm với cổ đông và tạo dựng giá trị cổ đông lâu dài ngày càng trở nên ít liên quan trong việc xác định mục tiêu của hành vi và hoạt động của doanh nghiệp, không phải vì trách nhiệm với cổ đông là một khái niệm lỗi thời mà bởi vì thực tế là khái niệm sự bền lâu của cổ đông đã thay đổi đáng kể qua nhiều năm do tình trạng rời bỏ đáng kể trong việc sở hữu cổ phần đang rất phổ biến hiện nay.

Theo một nghiên vào cuối những năm 1990 của Bain & Company, Business Week Online (ngày 13 tháng 9 năm 1999) ở Hoa Kỳ, và với tỷ lệ mức độ rời bỏ ở 76%, cổ phiếu được chuyển nhượng với tốc độ lớn hơn gấp sáu lần so với năm 1960.

Trong một môi trường như vậy, cụm từ "*xây dựng giá trị cổ đông lâu dài*" mang một hàm ý khác và có ý nghĩa thực sự là "*tối đa hóa giá cổ phần để đạt được lãi vốn*"

price for realizing capital gains" on the sale of the shares by investors who do not have any long term interest in the well being of the organization.

With an increased focus on looking at short term gains as opposed to creating long term value, increasing market valuation of shares is now the driver and not an outcome of the process of creating shareholder value. Today, people often evaluate their portfolio company by looking at the stock price in the short run and move quickly to other companies with better potential for near-term appreciation. Furthermore, with the proliferation of stock options with relatively short vesting and holding requirements, increasingly larger numbers of people in management have started aligning with this view of focusing on short term market value gain rather than looking towards long term value creation.

Collins, Jim (2001) has suggested that whenever we consider the return on a stock in anything less than a five-year horizon, we are confusing the concepts of price and value and a shortsighted focus on price would inevitably lead to the decline of great companies. In his view, to become or remain a great company the organization must exhibit the dogged determination to take the steps necessary to create long term value and not play the game of short term returns. Boards of such great companies must be able to distinguish between short term price advantage and long term value creation.

Some writers have even argued that in today's complex business environment, it is not enough to balance the 'shareholder wealth maximization' with 'long-term commitment' in corporate governance and that the model must include a third dimension which focuses on growth and value creation for the organization, McCahery, Vermeulen, and Hisatake (2013), who go on to suggest that one of the advantages of such a three dimensional model of corporate governance is that the responsibility, for implementing structures that limit agency costs, encourage long term commitments and promote entrepreneurship and innovation, lies within the company itself.

Another organizational complexity of recent origins is the significant decrease in the tenure of the CEOs at the top. Ever since the concept of 'executive churn' was coined by Bennis and O'Toole (2000), this label has been increasingly used to

trên việc bán cổ phần của những nhà đầu tư không có sự quan tâm dài hạn đến tình trạng ổn định của tổ chức.

Với sự gia tăng tập trung vào việc xem xét lợi nhuận ngắn hạn thay vì tạo ra giá trị dài hạn, gia tăng định giá thị trường của cổ phiếu hiện là sự thúc đẩy và không phải là kết quả của quá trình tạo ra giá trị cho cổ đông. Ngày nay, mọi người thường đánh giá danh mục đầu tư kinh doanh công ty của họ bằng cách nhìn vào giá cổ phiếu ngắn hạn và chuyển nhanh qua các công ty khác với tiềm năng tăng giá trong ngắn hạn tốt hơn. Hơn nữa, vì sự gia tăng của các lựa chọn về cổ phiếu với những yêu cầu hưởng lợi và nắm giữ ngắn, ngày càng có một số lượng lớn người trong ban quản lý bắt đầu theo quan điểm tập trung vào lợi ích giá trị thị trường ngắn hạn thay vì hướng tới việc tạo ra giá trị dài hạn.

Collins, Jim (2001) đã đề xuất rằng bất cứ khi nào chúng ta xem xét lợi nhuận của một cổ phiếu trong bất cứ thứ gì ở khoảng thời gian chưa đầy năm năm, chúng ta đang nhầm lẫn các khái niệm về giá cả và giá trị và một sự tập trung thiếu cận vào giá cả sẽ chắc chắn dẫn đến sự suy sụp của những công ty tốt. Theo quan điểm của ông, để trở thành hoặc duy trì một công ty tốt, tập đoàn đó phải thể hiện quyết tâm bền bỉ để thực hiện các bước cần thiết nhằm tạo ra giá trị lâu dài và không chơi trò chơi của những lợi nhuận ngắn hạn. Hội đồng quản trị của những công ty tốt ấy phải có khả năng phân biệt giữa lợi thế ngắn hạn về giá và việc tạo ra giá trị dài hạn.

Một số tác giả thậm chí đã lập luận rằng trong môi trường kinh doanh phức tạp ngày nay, nó không đủ để cân bằng giữa 'tối đa hóa tài sản của cổ đông' và 'cam kết lâu dài' trong quản trị công ty và rằng mô hình này phải bao gồm một khía cạnh thứ ba tập trung vào tăng trưởng và tạo ra giá trị cho tổ chức, McCahery, Vermeulen, và Hisatake (2013), họ tiếp tục đề nghị rằng một trong những lợi thế của mô hình quản trị công ty ba chiều như vậy là trách nhiệm, trong việc áp dụng các cấu trúc để hạn chế chi phí đại diện, khuyến khích các cam kết dài hạn và thúc đẩy tinh thần kinh doanh và đổi mới, thuộc về chính công ty.

Một tình trạng phức tạp khác về mặt tổ chức có nguồn gốc gần đây là sự giảm sút đáng kể trong nhiệm kỳ của các giám đốc điều hành cấp cao. Kể từ khi khái niệm '*sự rời bỏ của nhà điều hành*' được đưa ra bởi Bennis và O'Toole (2000), cụm từ này đã được sử dụng

describes the brevity of CEO tenure and the realization that an incoming CEO usually has a two year period to get it right before there is either voluntary or involuntary churn at the top. Bennis et al (2000) found that the 'churn-time' was markedly less than what was afforded to incoming CEOs 10 to 15 years ago and according to them this CEO churn factor is part of the dangerous hubris that leads CEOs toward dramatic and high profile strategic changes (mergers, take-over, acquisitions and revolutionary change) that cause more harm than good to the organization."

The CEO churn is now a global phenomenon and is not confined to the USA alone. As reported in the online edition of Financial Express, Financial Express (October 22, 2006), a study done by the HR consulting firm EMA Partners International found that in the past 5 years 66% of the companies in India had changed their CEOs, with MNCs having the highest percentage at 86% and the trend is expected to go up further, "We expect the attrition rate to go up, especially in certain sectors like financial services, ITeS and BPO, which are in the process of maturing."

Increasingly and, perhaps guided by their own concerns regarding their survival, CEOs are taking decisions which are guided by their own survival instincts rather than taking decisions that would be beneficial for the organization in the long run.

The above mentioned organizational complexities present difficult challenges for board members while taking decisions and the current theoretical corporate governance frameworks do not provide much help.

V. LIMITATIONS OF THE EXISTING THEORETICAL FRAMEWORKS FOR CORPORATE GOVERNANCE

As the basis to guide board members while taking decisions the traditional agency theory, which forms the basis of most of the current framework for corporate governance, is fundamentally flawed.

The agency theory is based on the relationship between the two parties- principal(s) and agent(s), and a shared understanding of the context in which agreements are made between them.

ngày càng nhiều để miêu tả sự chóng vánh trong nhiệm kỳ của giám đốc điều hành và nhận thức rằng một giám đốc điều hành kế nhiệm thường có khoảng hai năm để làm cho đúng trước khi tự nguyện hay không tự nguyện rời bỏ vị trí đứng đầu. Bennis và cộng sự (2000) phát hiện ra rằng 'thời gian rời bỏ' thấp hơn rõ rệt so với những gì có thể được cho các giám đốc điều hành kế nhiệm ở thời điểm từ 10 đến 15 năm trước và theo họ nhân tố rời bỏ của giám đốc điều hành này là một phần của tính kiêu ngạo nguy hiểm dẫn các giám đốc điều hành đến các thay đổi sâu sắc và mang tính chiến lược tầm cỡ (sáp nhập, tiếp quản, mua lại và các thay đổi mang tính cách mạng) mà gây hại nhiều hơn lợi cho tổ chức.

Sự rời bỏ của giám đốc điều hành bây giờ là một hiện tượng toàn cầu và không chỉ giới hạn ở mỗi Hoa Kỳ. Như đã báo cáo trong ấn bản trực tuyến của Financial Express, Financial Express (ngày 22 tháng 10, 2006), một nghiên cứu được thực hiện bởi công ty tư vấn nhân sự EMA Partners International cho thấy trong 5 năm qua 66% các công ty ở Ấn Độ đã thay đổi các giám đốc điều hành của họ, trong đó các công ty đa quốc gia có tỉ lệ cao nhất là 86% và xu hướng có dự kiến sẽ tiếp tục tăng lên, "Chúng tôi đoán rằng tỉ lệ rời bỏ sẽ tăng lên, đặc biệt là trong các lĩnh vực như các dịch vụ tài chính, ITeS⁴ và BPO⁵, là những lĩnh vực đang trong quá trình phát triển."

Có lẽ do ảnh hưởng bởi chính mối quan tâm của họ về sự sống còn của bản thân, các giám đốc điều hành đang ngày càng đưa ra những quyết định được dẫn dắt bởi bản năng sinh tồn của họ hơn là đưa ra những quyết định có lợi cho tổ chức về lâu dài.

Tính phức tạp về mặt tổ chức được nêu trên đặt ra những thách thức khó khăn cho các thành viên hội đồng quản trị trong việc đưa ra các quyết định và khùng khổ lý thuyết về quản trị công ty hiện tại không thể cung cấp được nhiều hỗ trợ.

V. CÁC HẠN CHẾ CỦA CÁC KHUÔN KHỔ LÝ THUYẾT HIỆN CÓ VỀ QUẢN TRỊ CÔNG TY

Là cơ sở để hướng dẫn các thành viên hội đồng quản trị trong khi đưa ra các quyết định, thuyết đại diện truyền thống, vốn là nền tảng của hầu hết các khuôn khổ quản trị công ty hiện tại, đã sai sót từ cơ bản.

Lý thuyết đại diện dựa trên mối quan hệ giữa hai bên (các) người chủ và (các) đại diện, và sự hiểu biết chung về bối cảnh mà trong đó các thỏa thuận được thực hiện giữa họ.

⁴ Information Technology Enabled Services: Dịch vụ Hỗ trợ Công nghệ Thông tin

⁵ Business Process Outsourcing: Thuê ngoài quy trình kinh doanh

However, discerning what is in the interests of shareholders is not an easy task. Founders and their families have different interests from venture capitalists looking for an early exit and both of them may have different interests from the institutional investor who has just purchased shares during an initial public offering from either of them. The dilemma before the board members in modern organization is to decide for whom the strategy should be set - i.e. is the strategy aimed to benefit the investor who holds the shares today, or the one who is likely to hold them tomorrow? Or, one who may hold the shares in three years' time?

Furthermore, in the 21st century, the proliferation of new instruments and trading platforms like derivative markets, short-selling, hedge funds and cross-border trading have made the already difficult task of understanding the interests of shareholders almost impossible and even perverse. As an illustration, consider investment tools like mutual funds whose growth has accelerated the concentration of corporate share ownership in the hands of institutional investors. Some of these mutual funds passively track a broader market index, where the interest of the fund is linked to the overall performance of the market. The owners' (holders of the mutual funds which in turn hold shares in the organization) economic interests are, therefore, different from those of the company in a very competitive marketplace.

The advent of leveraged hedge funds has added further complexity leading to a possible situation where a hedge fund trading on a short selling strategy (on the back of shares temporarily acquired for executing the trade from a passive fund) actually benefits from the company doing badly and the fund gains from the poor performance of the company!

Therefore, in the real world where principals are equated to the shareholders of the company and the agents to its managers, reliance on the agency theory as the bedrock for corporate governance poses a real challenge since the shareholders are usually an amorphous mass of people who are not known to the managers and whose requirements may even be at cross purpose to the objective of '*long term shareholder value*'. Indeed, in the modern context there is no requirement, or even expectation, that anyone will remain a shareholder for an extended period of time and the basic assump-

Tuy nhiên, việc phân định điều gì là vì lợi ích của cổ đông không phải là một điều dễ dàng. Những người sáng lập và gia đình họ có những mối quan tâm khác với các nhà đầu tư mạo hiểm đang tìm một lối thoát sớm và cả hai người họ có thể có những mối quan tâm khác với nhà đầu tư tổ chức vừa mới mua cổ phần trong đợt chào bán công khai lúc đầu từ một trong hai người. Vấn đề nan giải trước các thành viên hội đồng quản trị trong tổ chức hiện đại là quyết định chiến lược nên được thiết lập cho ai - tức là chiến lược nhằm đến lợi ích của nhà đầu tư nắm giữ cổ phiếu hôm nay, hay là người có khả năng nắm giữ nó vào ngày mai? Hay, một người có thể nắm giữ cổ phần trong ba năm tới?

Hơn nữa trong thế kỷ 21, sự gia tăng của các công cụ và sàn giao dịch mới như thị trường phái sinh, bán khống, quỹ phòng hộ và giao dịch xuyên biên giới đã khiến việc vốn đã khó khăn là tìm hiểu mối quan tâm của các cổ đông gần như không thể thực hiện được và thậm chí còn sai ngược. Để minh họa, hãy xem các công cụ đầu tư như các quỹ tương hỗ mà sự phát triển của nó đã thúc đẩy sự tập trung quyền sở hữu cổ phần của doanh nghiệp vào tay của các nhà đầu tư tổ chức. Một số quỹ tương hỗ này thụ động theo dõi một chỉ số thị trường rộng hơn, nơi lợi ích của quỹ được liên kết với hiệu suất chung của thị trường. Lợi ích kinh tế của chủ sở hữu (người nắm giữ quỹ tương hỗ sau đó nắm giữ cổ phần trong tổ chức), vì thế, khác với lợi ích của công ty trong một thị trường rất cạnh tranh.

Sự ra đời của các đòn bẩy quỹ phòng hộ đã tăng thêm sự phức tạp, dẫn đến tình huống mà giao dịch quỹ phòng hộ theo chiến lược bán khống (dựa trên cổ phiếu tạm thời có được khi thực hiện giao dịch từ quỹ thụ động) thực sự có lợi từ việc công ty đang hoạt động không tốt và quỹ thu được từ hoạt động kém hiệu quả của công ty!

Do đó, trong thế giới thực nơi các người chủ được đánh đồng với các cổ đông của công ty và các người đại diện với các nhà quản lý của nó, việc phụ thuộc vào lý thuyết đại diện làm nền tảng cho việc quản trị công ty đặt ra một thách thức thật sự khi các cổ đông thường là một khối vô định hình những người không được các nhà quản lý biết đến và các yêu cầu của họ thậm chí có thể có mục đích mâu thuẫn mục tiêu '*giá trị cổ đông lâu dài*'. Thật vậy, trong bối cảnh hiện đại, không có bất kỳ yêu cầu, hoặc thậm chí kỳ vọng, rằng bất kỳ ai sẽ tiếp tục là cổ đông trong một khoảng thời gian dài và giả định cơ bản về mối quan hệ người chủ - người đại diện

tion of a principal-agent relationship between the shareholders and managers, around which the agency theory is based, fails.

Likewise the other party to the principal-agent contract, normally considered to be the managers of the organization, is also problematic. The most senior managers in an organization are likely to be the board of directors. However, given the increase in the number of directors who are also shareholders, their role in the agent-principal relationship is likely to be partly one (shareholder) and partly the other (manager), so there is no clear divide between the two roles as far as the managers are concerned. The increasing reliance of managerial remuneration schemes on share option plans further accentuates this problem.

With the lines between agent(s) and principal(s) getting blurred in the current context, the governance model based on the agency theory runs into severe limitations in providing a suitable theoretical framework to the theory of corporate governance. However, the agency theory does help the board of directors in finding solutions to a narrower problem of corporate governance of how to keep managers from diverting corporate funds for private purposes

Stakeholder theory is flawed as well, but for different reasons. On one hand it fails in determining the difference between means and ends, while on the other hand it fails on a practical level because when everything (the objectives of all the stakeholders) is a goal then nothing really is the goal.

Stewardship theory may help to explain why people might still want to serve on boards of director of public companies, despite the risk of prosecution under local acts or costly shareholder lawsuits so common in the litigious western world. However, some directors see their roles as being stewards of particular interest groups only. When a major shareholder secures a seat on the board, its appointed director will understandably be tied to that shareholder's aims, whatever company law might say.

What is currently missing is a sound theoretical framework of corporate governance that would help to manage the big picture and serve as a unifying theory to guide the board of directors in taking strategic decisions such as that involving a substantial commitment of shareholder funds or the opportunity costs of abandoning one line of business for the sake of entering another.

giữa các cổ đông và người quản lý, là nền tảng mà lý thuyết đại diện dựa trên, đã thất bại.

Tương tự như vậy, bên kia của hợp đồng người chủ - người đại diện, thường được coi là những người quản lý của tổ chức, cũng có vấn đề. Hầu hết các nhà quản lý cấp cao trong một tổ chức có khả năng làm hội đồng quản trị. Tuy nhiên, với sự gia tăng số lượng của người điều hành đồng thời là cổ đông, vai trò của họ trong mối quan hệ người chủ - người làm có thể có một phần này (cổ đông) và một phần kia (quản lý), vì vậy không có sự phân chia rõ ràng giữa hai vai trò khi suy xét về các nhà quản lý. Sự phụ thuộc ngày càng nhiều của các chế độ thù lao quản lý vào các kế hoạch quyền chọn mua cổ phần càng nhấn mạnh vấn đề này.

Với ranh giới giữa (các) đại diện và (các) người chủ trở nên ngày càng mờ nhạt trong bối cảnh hiện nay, mô hình quản trị dựa trên lý thuyết đại diện gặp phải những hạn chế nghiêm trọng trong việc cung cấp một khuôn khổ lý thuyết phù hợp với lý thuyết quản trị công ty. Tuy nhiên, lý thuyết đại diện cũng giúp hội đồng quản trị tìm kiếm giải pháp cho một vấn đề hẹp hơn trong quản trị công ty về cách ngăn chặn các nhà quản lý không sử dụng quỹ công ty cho các mục đích tư nhân.

Lý thuyết các bên liên quan cũng có thiếu sót, nhưng vì những lí do khác. Ở một mặt nó thất bại trong việc xác định sự khác biệt giữa phương pháp và mục đích, còn ở mặt khác nó thất bại ở một mức độ thực tiễn vì khi mọi thứ (các mục tiêu của tất cả các bên liên quan) là mục tiêu thì không có gì thực sự là mục tiêu.

Lý thuyết quản lý có thể giúp giải thích tại sao mọi người vẫn muốn phục vụ trong hội đồng quản trị của công ty đại chúng, bất chấp nguy cơ bị truy tố theo các đạo luật địa phương hoặc các vụ kiện tốn kém của cổ đông rất phổ biến ở thế giới tranh tụng phương tây. Tuy nhiên, một vài người điều hành thấy vai trò của họ chỉ là người quản lý các nhóm lợi ích cụ thể. Khi cổ đông lớn bảo đảm một ghế ngồi trong hội đồng quản trị, người điều hành được chỉ định sẽ bị ràng buộc với mục tiêu của cổ đông đó, bất kể điều lệ công ty có thể quy định như thế nào.

Điều còn thiếu hiện nay là một khuôn khổ lý thuyết vững chắc về quản trị công ty để giúp quản lý bức tranh lớn và đóng vai trò như một lý thuyết thống nhất để chỉ dẫn hội đồng quản trị đưa ra các quyết định chiến lược, chẳng hạn như liên quan đến cam kết đáng kể đối với quỹ cổ đông hoặc chi phí cơ hội khi bỏ một ngành kinh doanh với mục đích tham gia một ngành kinh doanh khác

VI. ORGANIZATIONS AS ORGANISMS - BASIS OF A NEW THEORETICAL FRAMEWORK FOR CORPORATE GOVERNANCE

In the current complex situation where the boundaries between the shareholders and managers have increasingly got blurred and where both are likely to have short term interest in the organization, there is an opportunity and need to evolve formal structures which are not focused on transitory shareholders and managers and are not aimed at creating short term gain but instead refocus the energies within the organization on creating great companies that build lasting value.

The focus of any robust theoretical basis for corporate governance needs to shift from one that aims to balance between the interests of the various stakeholders to one that focuses on the organization and in creating enduring benefit for the organization.

One such framework is based on the concept of viewing the *'organization as an organism'* which has been developed by de Geus, Arie (1997). According to de Geus (1997), companies are living organisms that are animated by their histories and the learning, skill and commitment of the people who work in them. This truth is completely ignored by most investors, who are more interested in numbers and physical or financial assets and are driven by short-term gain and asset and value extraction as the primary means of making money.

In developing his framework, de Geus has drawn up the work of evolutionary biologists who have proposed a new way to describe what makes an organism a unified whole and have defined an organism as an entity that is made up of different parts that cooperate well, but for an overall common purpose, and do so with minimal conflict, Rice University Press Release (November 9, 2009). Biologists have described organisms not in terms of the degree of relatedness of their parts, nor even what those parts are but have rather defined an organism based on the degree of unity of those parts towards an overall purpose and the relative absence of conflict between them. Similarly in de Geus's framework an organization is defined not in terms of its constituents but in terms of its overall purpose which is to ensure its own survival and growth.

VI. CÁC TỔ CHỨC VỚI TƯ CÁCH LÀ CÁC THỰC THỂ - CƠ SỞ CỦA MỘT KHUÔN KHỔ LÝ THUYẾT MỚI VỀ QUẢN TRỊ DOANH NGHIỆP

Trong bối cảnh phức tạp hiện nay khi ranh giới giữa cổ đông và người quản lý ngày càng bị xóa nhòa và khi cả hai đều có khả năng quan tâm ngắn hạn đến tổ chức, thì có cơ hội và cần phải phát triển các cơ cấu chính thức không tập trung vào các cổ đông và người quản lý nhất thời và không nhằm mục đích tạo ra lợi ích ngắn hạn mà thay vào đó, tập trung lại nguồn năng lượng trong tổ chức để tạo ra các công ty tốt xây dựng giá trị bền vững.

Trọng tâm của bất kỳ cơ sở lý thuyết vững chắc nào về quản trị công ty cần chuyển từ cơ sở nhằm cân bằng lợi ích của các bên liên quan khác nhau sang cơ sở tập trung vào tổ chức và tạo ra lợi ích lâu dài cho tổ chức.

Một khuôn khổ như vậy dựa trên khái niệm xem "tổ chức như một sinh vật" đã được phát triển bởi de Geus, Arie (1997). Theo de Geus (1997), các công ty là những thực thể sống được sức sống hóa bởi lịch sử của chúng và sự học hỏi, kỹ năng và cam kết của những người làm việc trong đó. Sự thật này hoàn toàn bị bỏ qua bởi hầu hết các nhà đầu tư, những người quan tâm nhiều hơn đến các con số và tài sản vật chất hoặc tài chính và được thúc đẩy bởi lợi ích ngắn hạn và khai thác tài sản và giá trị như là phương tiện chính để kiếm tiền.

Khi phát triển cơ sở của mình, de Geus đã xây dựng công trình của các nhà sinh vật học tiến hóa, những người đã đề xuất một cách mới để mô tả những gì làm cho một sinh vật trở thành một thể thống nhất và đã định nghĩa một sinh vật là một thực thể được tạo thành từ các bộ phận khác nhau hợp tác tốt với nhau, nhưng cho một mục đích chung tổng thể, và làm như vậy với xung đột tối thiểu, Thông cáo báo chí của Đại học Rice (09 tháng 11 năm 2009). Các nhà sinh vật học đã mô tả các sinh vật không phải theo mức độ liên quan của các bộ phận của chúng, thậm chí không phải các bộ phận đó là gì mà thay vào đó đã định nghĩa một sinh vật dựa trên mức độ thống nhất của các bộ phận đó hướng tới một mục đích tổng thể và sự vắng mặt tương đối của xung đột giữa chúng. Tương tự như vậy trong khuôn khổ của de Geus, một tổ chức được xác định không phải theo các thành phần cấu thành của nó mà theo mục đích tổng thể của nó, đó là đảm bảo sự tồn tại và phát triển của chính nó.

Conventional wisdom, based on the agency theory, holds that corporations are largely economic entities whose primary purpose is rewarding shareholders. When that premise is challenged, it is usually on moral or political grounds. That is the essence of the “stakeholder” argument: a company owes fealty not just to shareholders, but also to its other constituents, such as employees and to its non shareholder constituents including its government charter. However, de Geus (1997) starts from a very different premise: he believes that an organization’s first loyalty is not to any individual stakeholder(s), but *to itself* and its continued existence and growth. He emphasizes on the need of organizations to focus on the factors that would ensure its longevity and states that companies that focus single-mindedly on profits don’t learn, and therefore don’t thrive or even survive.

Based on a study of long living organizations, carried out while he was at Royal Dutch Shell, de Geus (1997) identified the following four characteristics that increase the longevity of organizations;

1. *Sensitivity to the environment*, representing a company’s ability to learn and adapt.

2. *Cohesion and identity*, which are aspects of a company’s innate ability to build a community and a persona for itself.

3. *Tolerance* and its corollary, *decentralization* that are both symptoms of a company’s awareness of ecology and its ability to build constructive relationships with other entities, within and outside itself.

4. *Conservative financing* as a key component in the attribute that enables an organization to govern its own growth and evolution effectively.

Viewing the ‘*organization as an organism*’ provides us with the framework that would help in guide the board members of a company in taking the right decisions.

For instance, consider a situation where a company’s board of directors have to decide between two alternative proposals, one that has the certainty of a 25 percent gain over a six-month period in its existing business as compared with another proposal that involves a risky merger and projects an uncertain gain of 125 percent over a three-year period.

Lẽ thông thường, dựa trên lý thuyết đại diện, cho rằng các tập đoàn phần lớn là các thực thể kinh tế với mục đích chính là thưởng cho các cổ đông. Khi tiền đề đó bị thách thức, nó thường là trên cơ sở đạo đức hoặc chính trị. Đó là bản chất của lập luận “các bên liên quan”: một công ty nợ lòng trung thành không chỉ với các cổ đông mà còn với các thành phần khác của nó, chẳng hạn như nhân viên và các thành phần không phải là cổ đông bao gồm cả điều lệ của chính phủ. Tuy nhiên, de Geus (1997) bắt đầu từ một tiền đề rất khác: ông tin rằng lòng trung thành đầu tiên của một tổ chức không phải đối với (những) bên liên quan riêng lẻ nào, mà là *đối với chính nó* cũng như sự tồn tại và phát triển liên tục của nó. Ông nhấn mạnh sự cần thiết của các tổ chức là tập trung vào các yếu tố đảm bảo tuổi thọ của nó và tuyên bố rằng các công ty chỉ tập trung vào lợi nhuận sẽ không học hỏi, và do đó không phát triển hoặc thậm chí không tồn tại.

Dựa trên một nghiên cứu về các tổ chức tồn tại lâu dài, được thực hiện khi ông còn ở Royal Dutch Shell, de Geus (1997) đã xác định bốn đặc điểm sau giúp tăng tuổi thọ của các tổ chức;

1. *Nhạy cảm với môi trường*, thể hiện khả năng học hỏi và thích nghi của công ty.

2. *Sự gắn kết và bản sắc*, là những khía cạnh của khả năng bẩm sinh của công ty trong việc xây dựng cộng đồng và cá tính cho chính nó.

3. *Sức chịu đựng* và hệ quả của nó, *phi tập trung hóa*, cả hai đều là biểu hiện của nhận thức về hệ sinh thái và khả năng xây dựng mối quan hệ mang tính xây dựng của công ty với các thực thể khác, bên trong và bên ngoài công ty.

4. *Tài chính thận trọng* như một thành phần chính trong thuộc tính cho phép một tổ chức quản lý sự tăng trưởng và phát triển của chính mình một cách hiệu quả.

Xem xét ‘*tổ chức như một sinh vật*’ cung cấp cho chúng tôi khuôn khổ có thể giúp hướng dẫn các thành viên hội đồng quản trị của một công ty đưa ra các quyết định đúng đắn.

Chẳng hạn, hãy xem xét một tình huống mà ban giám đốc của một công ty phải quyết định giữa hai đề xuất thay thế, một đề xuất chắc chắn đạt được 25% lợi nhuận trong khoảng thời gian sáu tháng trong hoạt động kinh doanh hiện tại so với một đề xuất khác liên quan đến việc sáp nhập đầy rủi ro và dự đoán mức tăng không chắc chắn là 125% trong khoảng thời gian ba năm.

In such a situation, how do the individual directors make their decision?

The incumbent CEO, under the agency theory framework, can be expected to vote for or against the merger, depending on what position and power he'll enjoy in the merged entity versus the possibility of his severance, the size of his severance package and what his next job outside the company might be. The chairman, when the position is occupied by a person different from the CEO, might act in his personal interest or out of a sense of stewardship for the narrow interests of his close friends in senior management. A non-executive, but committed director, may feel obliged to vote in stewardship of the owners he represents on the board, be it the founding family, the venture capital fund or the activist shareholder.

In the above situation, decision by the individual directors on the basis of enhancing shareholder value suffers from the limitation that the different directors do not perceive value in a common, meaningful way and have multiple perspectives. Stakeholder theory would prompt the directors to take a decision on the hope, but not the certainty, that taking action in a socially responsible way will be profitable and on the blind faith that even if the decision isn't profitable, it is still the morally right thing to do. However the confusion over whether the stakeholder objectives are ends or means would lead to different decisions by the various directors and would not bring a consensus on the desired course of action and the dilemma faced by the board members would remain.

Under the corporate governance reforms of the previous decades, the decision of the board would, in all probability, rest in the hands of the independent, non-executive, outside directors. They are now, supposedly, in a majority and control all the key board committees. They are able to monitor performance through their control of the audit process, and command the necessary data through their independent staffs. They already possess the requisite strategic knowledge through their formal induction to the board and their deepening knowledge of the business through participation in the board meetings. All that they need to take the right decision is a framework to guide them.

The framework of de Geus (1997) helps to create the basis that would guide the independent board members in making the right choice. In-

Trong tình huống như vậy, làm thế nào để bản thân các giám đốc đưa ra quyết định của họ?

Giám đốc điều hành đương nhiệm, theo khuôn khổ lý thuyết đại diện, có thể được kỳ vọng sẽ bỏ phiếu ủng hộ hoặc phản đối việc sáp nhập, tùy thuộc vào vị trí và quyền lực mà anh ta sẽ được hưởng trong thực thể bị sáp nhập so với khả năng bị thôi việc, quy mô gói thôi việc của anh ta và những gì công việc tiếp theo của anh ấy bên ngoài công ty có thể là. Người chủ tịch, khi vị trí này được đảm nhiệm bởi một người khác với giám đốc điều hành, có thể hành động vì lợi ích cá nhân của anh ta hoặc vì ý thức quản lý cho lợi ích hạn hẹp của những người thân cận trong ban quản lý cấp cao. Một giám đốc không điều hành, nhưng tận tụy, có thể cảm thấy có nghĩa vụ bỏ phiếu quản lý các chủ sở hữu mà anh ta đại diện trong hội đồng quản trị, có thể là gia đình sáng lập, quỹ đầu tư mạo hiểm hoặc cổ đông hoạt động.

Trong tình huống trên, quyết định của từng giám đốc trên cơ sở nâng cao giá trị của cổ đông gặp hạn chế là các giám đốc khác nhau không nhận thức giá trị một cách chung, có ý nghĩa và có nhiều quan điểm. Lý thuyết về các bên liên quan sẽ thúc đẩy các giám đốc đưa ra quyết định với hy vọng, chứ không phải sự chắc chắn, rằng hành động theo cách có trách nhiệm với xã hội sẽ mang lại lợi nhuận và với niềm tin mù quáng rằng ngay cả khi quyết định đó không mang lại lợi nhuận thì đó vẫn là điều đúng đắn cần làm. Tuy nhiên, sự nhầm lẫn về việc liệu các mục tiêu của các bên liên quan là mục đích hay phương tiện sẽ dẫn đến các quyết định khác nhau của các giám đốc khác nhau và sẽ không mang lại sự đồng thuận về hướng hành động mong muốn và tình thế tiến thoái lưỡng nan mà các thành viên hội đồng quản trị phải đối mặt sẽ vẫn còn.

Theo những cải cách về quản trị công ty trong những thập kỷ trước, quyết định của hội đồng quản trị, trong mọi khả năng, sẽ nằm trong tay các giám đốc độc lập, không điều hành, bên ngoài. Hiện tại, họ được cho là chiếm đa số và kiểm soát tất cả các ủy ban chủ chốt của hội đồng quản trị. Họ có thể giám sát hiệu quả hoạt động thông qua việc kiểm soát quy trình kiểm toán và yêu cầu các dữ liệu cần thiết thông qua đội ngũ nhân viên độc lập của họ. Họ đã sở hữu kiến thức chiến lược cần thiết thông qua việc chính thức được giới thiệu vào hội đồng quản trị và kiến thức chuyên sâu về hoạt động kinh doanh của họ thông qua việc tham gia các cuộc họp hội đồng quản trị. Tất cả những gì họ cần để đưa ra quyết định đúng đắn là một khuôn khổ hướng dẫn họ.

Khuôn khổ của de Geus (1997) giúp tạo cơ sở hướng dẫn các thành viên hội đồng quản trị độc lập đưa ra lựa chọn đúng đắn. Thay vì nhắm đến việc tạo ra/nâng cao

stead of aiming for creating/enhancing shareholder or stakeholder value, they need to only look at improving the strategic value for the organization which should become the guiding force for their decisions. Since creating strategic value in an organization leads to increasing its longevity, all strategic decisions must aim to increase an organization's strategic value.

The concept of strategic value incorporates the aims of all socially responsible investors and the stakeholders as well as the collective aims of all interest groups who are not stakeholders. But above all, it incorporates the objectives required to increase the longevity of the organization. Strategic value, while not easy to determine, asks the directors to take actions on the basis of what's best, in a utilitarian sense, for the viability and continued well being of the organization and, it follows as a natural corollary, that any stakeholder objective that is not consistent with growth and longevity of the organization would not be adding to the strategic value of the organization and therefore would stand rejected, as a decision criterion, by the board member while taking the decision.

The board members have to assess what constitutes strategic value for the organization. For instance, it would mean judging sources of value - particularly the intangible ones - that might be lost in a takeover. If the company itself, using its own resources - its people, its customer relationships, its supply chain, its research and development - has a pretty good chance of matching the money on offer from a bidder, then it's better to stay independent as doing it oneself generates the psychological benefits that are valued in aspects of stewardship theory as well as creating the options for further value creation through having succeeded by itself. If, on the other hand, the offer is clearly much better than what the company can manage by itself, it's better to let someone else manage the business.

The appointment and empowerment of non-executive directors (NEDs), who are charged with the responsibility of providing impartial advice and experience from elsewhere in the business world, helps in making an objective assessment of the strategic value of an organization. The NEDs are persons of excellence chosen from different fields with varied professional experience. The code of

giá trị của cổ đông hoặc các bên liên quan, họ chỉ cần xem xét việc cải thiện giá trị chiến lược cho tổ chức, giá trị này sẽ trở thành động lực định hướng cho các quyết định của họ. Vì việc tạo ra giá trị chiến lược trong một tổ chức dẫn đến tăng sự bền vững của nó, nên tất cả các quyết định chiến lược phải nhằm mục đích tăng giá trị chiến lược của tổ chức.

Khái niệm giá trị chiến lược kết hợp mục tiêu của tất cả các nhà đầu tư có trách nhiệm với xã hội và các bên liên quan cũng như mục tiêu chung của tất cả các nhóm lợi ích không phải là bên liên quan. Nhưng trên hết, nó kết hợp các mục tiêu cần thiết để gia tăng sự bền vững của tổ chức. Giá trị chiến lược, mặc dù không dễ xác định, nhưng yêu cầu các giám đốc thực hiện các hành động trên cơ sở những gì tốt nhất, theo nghĩa thực dụng, vì khả năng tồn tại và sự thịnh vượng liên tục của tổ chức và, như một hệ quả tự nhiên, mục tiêu của bất kỳ bên liên quan nào điều đó không phù hợp với sự phát triển và sự bền vững của tổ chức sẽ không bổ sung vào giá trị chiến lược của tổ chức và do đó sẽ bị thành viên hội đồng quản trị từ chối, như một tiêu chí quyết định, trong khi đưa ra quyết định.

Các thành viên hội đồng quản trị phải đánh giá những gì tạo nên giá trị chiến lược cho tổ chức. Chẳng hạn, điều đó có nghĩa là đánh giá các nguồn giá trị - đặc biệt là những giá trị vô hình - có thể bị mất đi khi tiếp quản. Nếu bản thân công ty, sử dụng các nguồn lực của chính mình - con người, mối quan hệ khách hàng, chuỗi cung ứng, nghiên cứu và phát triển của mình - có cơ hội khá tốt để phù hợp với số tiền được cung cấp từ một nhà thầu, thì tốt hơn là nên độc lập khi làm việc đó bản thân tạo ra những lợi ích tâm lý được đánh giá cao trong các khía cạnh của lý thuyết quản lý cũng như tạo ra các lựa chọn để tạo ra giá trị hơn nữa thông qua việc tự mình thành công. Mặt khác, nếu lời đề nghị rõ ràng là tốt hơn nhiều so với những gì công ty có thể tự quản lý, thì tốt hơn là để người khác quản lý công việc kinh doanh.

Việc bổ nhiệm và trao quyền cho các giám đốc không điều hành (NED), những người chịu trách nhiệm đưa ra lời khuyên và kinh nghiệm khách quan từ những nơi khác trong thế giới kinh doanh, giúp đánh giá khách quan về giá trị chiến lược của một tổ chức. NED là những người xuất sắc được lựa chọn từ các lĩnh vực khác nhau với kinh nghiệm chuyên môn đa dạng. Quy

best practices of the Cadbury Committee (2000), the SEBI guidelines (2004) on clause 49, or the recently enacted Companies Act, 2013 have defined the roles of such NEDs including defining their selection process and their roles and responsibilities. As is increasingly reflected in governance codes around the world, the NEDs are expected to play a crucial and vital role in bringing about 'good' governance in the organizations in whose boards they sit.

Basing decisions on enhancing the strategic value of the organization involved requires the orientation of the independent, non-executive director to be on the long term, regardless of what the shareholders might say. For while the shareholders and managers may, after all, be here today and gone tomorrow, the enterprise will always remain.

VII. CONCLUSION

The boards of directors in an organization have to take a wide variety of decisions that affect the future of the organization and need to have the support from a robust theoretical framework that would help them in their decision making.

Conventionally, drawing on the agency theory, the board members have been expected to base their actions on enhancing shareholder value. In some instances, especially when the companies themselves have adopted sweeping statements of purpose, stakeholder theory or the stewardship theory may come into play to guide the directors.

However, given the complexities of modern business organizations where the expectations of the managers and shareholders are increasingly getting blurred, reliance on these theories does not provide a satisfactory solution. The concept of trusteeship, while noble in its aims, suffers from challenges in implementation and needs to be preceded by transformational change in the mindset of all the stakeholders before it can succeed.

Taking the 'organization as an organism' approach, leads to the view that the primary purpose of an organization is to ensure its own longevity and growth. This may provide the appropriate framework to guide the board of directors in their decision making. When crucial decisions have to be made, directors should be guided by their determination of what is likely to create strategic value for the organization. In assessing the strategic

tack thực hành tốt nhất của Ủy ban Cadbury (2000), hướng dẫn của SEBI (2004) về điều khoản 49 hoặc Đạo luật công ty được ban hành gần đây năm 2013 đã xác định vai trò của các NED đó bao gồm xác định quy trình lựa chọn cũng như vai trò và trách nhiệm của họ. Khi ngày càng được phản ánh trong các quy tắc quản trị trên khắp thế giới, các NED được kỳ vọng sẽ đóng một vai trò quan trọng và sống còn trong việc mang lại sự quản trị 'tốt' trong các tổ chức mà họ ngồi trong hội đồng quản trị.

Việc đưa ra các quyết định dựa trên việc nâng cao giá trị chiến lược của tổ chức có liên quan đòi hỏi phải có sự định hướng lâu dài của giám đốc độc lập, không điều hành, bất kể các cổ đông có thể nói gì. Bởi vì trong khi các cổ đông và các nhà quản lý, xét cho cùng, có thể ở đây hôm nay và ra đi vào ngày mai, doanh nghiệp sẽ luôn tồn tại.

VII. KẾT LUẬN

Các ban giám đốc trong một tổ chức phải đưa ra nhiều quyết định ảnh hưởng đến tương lai của tổ chức và cần có sự hỗ trợ từ một khuôn khổ lý thuyết vững chắc sẽ giúp họ trong việc ra quyết định.

Thông thường, dựa trên lý thuyết đại diện, các thành viên hội đồng quản trị được kỳ vọng sẽ hành động dựa trên việc nâng cao giá trị của cổ đông. Trong một số trường hợp, đặc biệt là khi bản thân các công ty đã áp dụng các tuyên bố về mục đích sâu rộng, lý thuyết về các bên liên quan hoặc lý thuyết về quản lý có thể phát huy tác dụng để hướng dẫn các giám đốc.

Tuy nhiên, với sự phức tạp của các tổ chức kinh doanh hiện đại, nơi kỳ vọng của các nhà quản lý và cổ đông ngày càng mờ nhạt, việc dựa vào các lý thuyết này không mang lại giải pháp thỏa đáng. Khái niệm về ủy thác, mặc dù có mục đích cao cả, nhưng lại gặp phải những thách thức trong quá trình thực hiện và cần được đi trước bằng sự thay đổi mang tính chuyển đổi trong suy nghĩ của tất cả các bên liên quan trước khi có thể thành công.

Sử dụng cách tiếp cận 'tổ chức như một sinh vật', dẫn đến quan điểm rằng mục đích chính của một tổ chức là đảm bảo sự tồn tại và phát triển của chính nó. Điều này có thể cung cấp khuôn khổ phù hợp để hướng dẫn ban giám đốc trong việc ra quyết định của họ. Khi phải đưa ra các quyết định quan trọng, các giám đốc nên được hướng dẫn bởi quyết định của họ về những gì có khả năng tạo ra giá trị chiến lược cho tổ chức. Khi đánh giá giá trị chiến lược của công ty, trong khi lợi ích

value for the organization. In assessing the strategic value of the company, while the good of all stakeholders like shareholders, employees, customers and suppliers may well be taken into consideration, those factors should only be considered only as the means for achieving a higher purpose- that of increasing the longevity of the organization and ensuring its growth.

Since the assessment of the strategic value of an organization requires projecting into the future, the utility of this approach would be limited by the unpredictability of the future. However, this is a limitation that this approach would share with all other theoretical frameworks.

của tất cả các bên liên quan như cổ đông, nhân viên, khách hàng và nhà cung cấp có thể được xem xét, thì những yếu tố đó chỉ nên được coi là phương tiện để đạt được mục đích cao hơn - đó là củng cố sự bền vững của tổ chức và đảm bảo sự phát triển của nó.

Vì việc đánh giá giá trị chiến lược của một tổ chức đòi hỏi phải dự đoán về tương lai, tiện ích của phương pháp này sẽ bị hạn chế bởi tính không thể đoán trước của tương lai. Tuy nhiên, đây là một hạn chế mà cách tiếp cận này sẽ chia sẻ với tất cả các khuôn khổ lý thuyết khác.

TRỌNG TÀI VỤ VIỆC (AD HOC ARBITRATION) TẠI VIỆT NAM

Người tổng hợp: Nguyễn Thị Phượng Nhung (K21501),
Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM

Trọng tài vụ việc (Ad hoc arbitration) là một trong hai hình thức của phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Thực tế, tại thị trường trọng tài Việt Nam, loại hình trọng tài vụ việc vẫn còn nhiều hạn chế so với trọng tài quy chế, chưa thực sự thu hút được để các bên tranh chấp lựa chọn, dù hình thức trọng tài này mang nhiều ưu thế và có sự phát triển nhất định tại nhiều quốc gia khác. Bài viết sẽ đặt ra một số vấn đề đặc thù của hình thức trọng tài vụ việc. Đồng thời qua phần chia sẻ dưới đây, tác giả và Luật sư Nguyễn Mạnh Dũng sẽ giúp các bạn đọc giả hiểu rõ hơn về thực tiễn và định hướng phát triển của hình thức trọng tài vụ việc tại Việt Nam.

Một số thông tin về Luật sư Nguyễn Mạnh Dũng



Luật sư Nguyễn Mạnh Dũng là chủ tịch Công ty Luật TNHH Tư vấn Độc Lập với tên giao dịch quốc tế là Dzungsr & Associates LLC có hơn 30 năm kinh nghiệm hành nghề trong lĩnh vực Giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế. Ông là luật sư Việt nam đầu tiên được công nhận là Thành viên của Viện trọng tài Anh (MCIArb) và trở thành thành viên Việt nam đầu tiên tại Tòa trọng tài quốc tế ICC liên tiếp 2 nhiệm kỳ. Luật sư Nguyễn Mạnh Dũng trực tiếp tham gia biên tập và soạn thảo Luật trọng tài thương mại năm 2010, Nghị định 22/2017/NĐ-CP về Hòa giải thương mại cũng như Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 về công nhận và thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài cũng như công nhận thỏa thuận hòa giải ngoài Tòa

án và các văn bản hướng dẫn thi hành tạo nên khuôn khổ pháp lý nền tảng cho sự phát triển của lĩnh vực trọng tài và hòa giải thương mại ở Việt nam. Ông là Phó chủ tịch Hội đồng khoa học và Trọng tài viên của Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC), Ủy ban trọng tài thương mại Hàn quốc (KCAB International) và Tòa trọng tài quốc tế Hải Nam (HIAC), Ủy ban Trọng tài Thượng Hải (SHAC) Trung Quốc đồng thời là Hòa giải viên của Trung tâm hòa giải Việt Nam (VMC), Trung tâm Hòa giải liên kết giữa Hồng Kông và Trung Quốc (MHJMC), Trung tâm hòa giải quốc tế Nhật Bản (JIMC) ở Kyoto và Trung tâm hòa giải quốc tế thuộc Tòa trọng tài quốc tế Hải Nam (HIAC), Trung Quốc. Trọng tài viên Nguyễn Mạnh Dũng đã trực tiếp xét xử theo các quy tắc trọng tài của SIAC và VIAC các tranh chấp về hợp đồng tư vấn, dịch vụ, cung ứng, đại lý, phân phối, mua bán hàng hóa quốc tế, hợp đồng vay, hợp đồng cho thuê, hợp đồng liên doanh, hợp tác kinh doanh, hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường biển, hợp đồng thuê tàu, hợp đồng bảo hiểm hàng hải, mua bán và sáp nhập (M&A), vv. đồng thời tham gia thỉnh giảng về Trọng tài và Hòa giải tại Học viện Ngoại giao (DAV) và Học viện tư pháp, được mời là chuyên gia nghiên cứu của các tổ chức quốc tế nâng cao năng lực cho các tổ chức tài phán ở Việt Nam, diễn giả tại nhiều diễn đàn khoa học khác nhau.

1. Thừa anh, anh có thể chia sẻ cho chúng em là trọng tài vụ việc (ad hoc arbitration) có sự khác biệt cơ bản như thế nào so với trọng tài quy chế (institutional arbitration) dưới góc độ thông lệ quốc tế và pháp luật Việt Nam không ạ?

Về định nghĩa, trọng tài vụ việc và trọng tài quy chế là hai hình thức hoạt động của hình thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài dưới góc độ thông lệ quốc tế. Luật Trọng tài thương mại Việt Nam 2010 đã nêu định nghĩa rằng trọng tài quy chế là hình thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài tại một trung tâm trọng tài theo quy định của Luật Trọng tài thương mại 2010 và quy tắc của Trung tâm trọng tài đó. Trọng tài quy chế (institutional arbitration) luôn gắn liền với trung tâm trọng tài, sự gắn liền đó được thể hiện qua việc trung tâm trọng tài sẽ điều hành toàn bộ thủ tục tố tụng trọng tài theo quy tắc của trung tâm đó. Tại Việt Nam, có tất cả 44 tổ chức trọng tài, trong đó có một văn phòng đại diện của Ủy ban Trọng tài Thương mại Hàn Quốc (KCAB) và Tòa Trọng tài thường trực (PCA), còn lại là 42 trung tâm trọng tài (điển hình là Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC)) và có khoảng 700 trọng tài viên đăng ký. Do đó, cơ hội làm việc trong lĩnh vực trọng tài là rất lớn.

Trong khi đó, hình thức trọng tài vụ việc không phổ biến tại Việt Nam. Nói thêm trên thế giới hiện nay vẫn còn một số quốc gia chưa công nhận hình thức trọng tài vụ việc như Trung Quốc. Tuy nhiên, tại một số khu vực tài phán phát triển về trọng tài (friendly arbitration jurisdiction), thẩm quyền tài phán rất thân thiện với trọng tài vụ việc được xem là hình thức trọng tài phổ biến nhất. Hình thức giải quyết tranh chấp này tương tự như trọng tài quy chế nhưng được thực hiện theo pháp luật trọng tài và thủ tục tố tụng trọng tài hoàn toàn do các bên thỏa thuận, không tồn tại sự can thiệp của các trung tâm trọng tài vào trọng tài vụ việc đó, ngoại trừ những chừng mực nhất định.

Thông thường, khi đề cập đến hình thức trọng tài vụ việc thì người ta có xu hướng lựa chọn mẫu Quy tắc

tố tụng trọng tài của Ủy ban Luật Thương mại Quốc tế của Liên hợp quốc (UNCITRAL). Quy tắc này được soạn thảo bởi Ủy ban Luật Thương mại Quốc tế của Liên hợp quốc nhằm hỗ trợ các tổ chức trọng tài trong việc soạn thảo các bộ quy tắc tố tụng trọng tài của riêng mình. Tuy nhiên, mục đích thực sự và hữu hiệu nhất của mẫu quy tắc này là tạo cơ sở cho các bên tranh chấp bằng hình thức trọng tài vụ việc căn cứ vào các quy tắc đó để tự thành lập hội đồng trọng tài và giải quyết tranh chấp cho riêng vụ việc của họ.

Hiện nay, sự phân biệt giữa trọng tài vụ việc và trọng tài quy chế vẫn có phần chồng lấn lên nhau, cụ thể khi người ta nhắc đến trọng tài vụ việc thì thường không có sự can thiệp hoặc sự liên quan đáng kể của tổ chức trọng tài. Tuy nhiên, trong một số khía cạnh, trọng tài vụ việc vẫn cần có sự can thiệp của tổ chức trọng tài. Ví dụ, theo Quy tắc Tố tụng Trọng tài của UNCITRAL¹ có quy định rằng cơ quan có thẩm quyền chỉ định trọng tài viên hoặc xem xét thay thế trọng tài viên trong trường hợp có xung đột lợi ích hoặc nghi ngờ tính độc lập, khách quan của trọng tài viên. Và quy tắc này đã đề cập đến Tòa Trọng tài Thường trực (PCA) La Hay (Hà Lan)² chính là cơ quan có thẩm quyền chỉ định (appointing authority).

Tuy nhiên, hình thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài vụ việc chưa thực sự phổ biến tại Việt Nam. Số lượng tranh chấp được giải quyết bằng hình thức này tại thị trường trọng tài trong nước hầu như không nhiều. Thế nhưng, trong lĩnh vực trọng tài đầu tư - khi mà Chính phủ Việt Nam là bên bị đơn thì đã có gần 10 vụ kiện và hầu hết đều được tiến hành theo hình thức trọng tài vụ việc. Điều này chủ yếu xuất phát từ việc Việt Nam không phải là thành viên của Công ước ICSID năm 1965.³ Điều này khác với các quốc gia khác, khi nhắc đến trọng tài đầu tư là nhắc đến trọng tài được giải quyết tại ICSID thì trọng tài đầu tư liên quan đến Chính phủ Việt Nam có 9 trên tổng số 10 vụ việc được tiến hành theo Quy tắc tố tụng trọng tài của UNCITRAL.

¹ Quy tắc Tố tụng Trọng tài của UNCITRAL là một bộ quy tắc tố tụng trọng tài toàn diện mà các bên tranh chấp có thể lựa chọn để tiến hành tố tụng trọng tài đối với trọng tài vụ việc cũng như trọng tài quy chế. Hiện nay, Quy tắc UNCITRAL có bốn phiên bản khác nhau: (i) phiên bản năm 1976; (ii) phiên bản sửa đổi, bổ sung năm 2010; và (iii) phiên bản năm 2013 tích hợp Quy tắc UNCITRAL về Minh bạch trong Trọng tài theo Hiệp định đầu tư giữa nhà đầu tư và Nhà nước tiếp nhận đầu tư; (iv) phiên bản năm 2021 tích hợp Quy tắc Tố tụng Trọng tài Rút gọn UNCITRAL.

² Tòa Trọng tài Thường trực La Hay ("Permanent Court of Arbitration" hay "PCA") được thành lập theo Công ước về Giải quyết Tranh chấp Quốc tế ở Thái Bình Dương, được ký kết tại La Hay năm 1899 và được sửa đổi vào năm 1907 tại Hội nghị Hòa bình La Hay lần thứ hai. PCA là một tổ chức liên chính phủ được đặt tại La Hay. Không giống những tòa án tư pháp theo quan niệm truyền thống, PCA cung cấp các dịch vụ của hội đồng trọng tài để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ những thỏa thuận quốc tế giữa các quốc gia thành viên, các tổ chức quốc tế hoặc các bên tư nhân. Bên cạnh đó, PCA đã mở văn phòng đại diện tại Việt Nam vào ngày 24/11/2022.

³ Công ước Washington về Giải quyết tranh chấp đầu tư giữa Nhà nước và nhà đầu tư nước ngoài năm 1965.

Tóm lại sự khác biệt cơ bản về mặt lý luận, trọng tài vụ việc không phụ thuộc vào bất cứ kỳ tổ chức trọng tài nào mà hoàn toàn do các bên chủ động thỏa thuận để thành lập quy tắc tố tụng cho chính vụ việc của mình và các bên thường viện dẫn Quy tắc tố tụng trọng tài của UNCITRAL để giải quyết bằng trọng tài vụ việc. Trong khi đó, trọng tài quy chế luôn gắn liền với tổ chức trọng tài và chịu sự điều chỉnh bởi các quy tắc của một tổ chức cụ thể.

Ngoài ra, Việt Nam còn có điểm khác biệt riêng về trọng tài vụ việc so với trọng tài quy chế. Đối với phán quyết trọng tài vụ việc nếu muốn được cơ quan thi hành án Việt Nam cưỡng chế thi hành thì các bên tranh chấp phải đăng ký phán quyết trọng tài vụ việc của mình tại Tòa án. Quy định này rất đặc thù, lý do chủ yếu xuất phát từ việc Việt Nam hoạt động dựa trên cơ sở con dấu, giấy phép mà chỉ có tổ chức trọng tài mới có giấy phép hoạt động và con dấu để xác nhận tư cách pháp lý của tổ chức đó. Và thực tế trọng tài vụ việc được thành lập bởi các bên tranh chấp, không có hình thức tổ chức. Vì vậy, nếu muốn được cơ quan thi hành án Việt Nam cưỡng chế thi hành giống như việc thi hành phán quyết trọng tài quy chế thì các bên cần phải đăng ký phán quyết trọng tài với Tòa án, Tòa án thẩm định sự tồn tại của vụ việc trọng tài và xác nhận, công nhận phán quyết trọng tài vụ việc có hiệu lực tương đương với phán quyết trọng tài của bất kỳ tổ chức trọng tài tại Việt Nam.

Như vậy, đặc điểm nhận dạng chính của hai hình thức trọng tài trên là sự điều phối tố tụng trọng tài của một tổ chức trọng tài. Đối với trọng tài quy chế, sự điều phối tố tụng được thực hiện bởi một trung tâm trọng tài. Ngược lại, hình thức trọng tài vụ việc sẽ không có bất cứ tổ chức trọng tài nào điều phối mà hoàn toàn do các bên chủ động. Tuy nhiên, liên quan đến việc thành lập chỉ định trọng tài viên, thành lập hội đồng trọng tài hoặc thay thế trọng tài viên thì vẫn cần có một cơ quan chỉ định (appointing authority) thường được ủy thác cho các cơ quan trọng tài ví dụ như PCA theo Quy tắc tố tụng trọng tài của UNCITRAL.

Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) cũng tồn tại một số tranh chấp mà các bên có thỏa thuận giải quyết bằng hình thức trọng tài vụ việc và các bên nộp đơn nhờ VIAC hỗ trợ trọng tài vụ việc đối với vụ việc của họ, liên quan đến việc thành lập, chỉ định trọng tài viên tham gia hội đồng trọng tài vụ việc đó. Tuy nhiên, VIAC chỉ dừng lại mức độ hỗ trợ mà không điều phối giống như vụ kiện trọng tài quy chế do chính VIAC giải quyết.

2. Với những sự khác biệt mà anh đã đưa ra, anh có thể chia sẻ cụ thể hơn về ưu điểm và nhược điểm của hai hình thức trọng tài này không ạ?

Mỗi hình thức trọng tài đều có những ưu điểm và nhược điểm riêng. Hình thức trọng tài vụ việc chiếm ưu thế hơn so với trọng tài quy chế khi đặt ra được cho các bên quyền tự do, chủ động thỏa thuận với nhau về việc thành lập hội đồng trọng tài và thành lập các quy tắc trọng tài để giải quyết vụ việc của mình. Từ đó, các bên tranh chấp sẽ tiết kiệm được chi phí, không phải chi trả các khoản phí hành chính cho tổ chức trọng tài khi điều hành vụ kiện mà chỉ chi trả cho hội đồng trọng tài điều hành tố tụng trọng tài do các bên thành lập. Do đó, các khoản chi phí như phí thụ lý hồ sơ, phí theo giá ngạch vụ kiện,... sẽ không cần cân nhắc đến mà chỉ tồn tại phí thù lao cho trọng tài viên.

Đối với hình thức trọng tài quy chế, các tổ chức trọng tài sẽ quy định bảng giá ngạch vụ kiện riêng và khi thu phí vụ kiện của các bên tranh chấp thì tổ chức trọng tài được quyền giữ lại một phần chi phí để duy trì tổ chức bộ máy hoạt động và phần còn lại sẽ chi trả cho hội đồng trọng tài (trọng tài viên trực tiếp xử lý vụ kiện đó). Bên cạnh đó, mỗi một tổ chức trọng tài sẽ tồn tại một quy định khác nhau. Giả dụ là VIAC quy định nhận được 100 nghìn đô-la Mỹ là phí do các bên tranh chấp trả cho vụ việc mà VIAC thụ lý, họ sẽ thanh toán 60 nghìn đô-la Mỹ cho ba trọng tài viên và phần còn lại là 40 nghìn đô chi cho tổ chức trọng tài. Trong khi đó, đối với hình thức trọng tài vụ việc, các bên chỉ cần thanh toán 60 nghìn đô-la Mỹ cho hội đồng trọng tài và không cần chi trả 40 nghìn đô-la Mỹ cho bất kỳ tổ chức trọng tài nào. Do đó có thể nhận thấy, trọng tài vụ việc giúp các bên tranh chấp tiết kiệm chi phí, đặc biệt đối với những vụ kiện có trị giá tranh chấp lớn thì sự chênh lệch chi phí giữa hai hình thức trọng tài là đáng kể.

Bên cạnh yếu tố chi phí, khi lựa chọn tiến hành giải quyết tranh chấp bằng trọng tài tại tổ chức trọng tài thì các bên tranh chấp buộc phải tuân theo quy tắc của tổ chức đó. Quy tắc của tổ chức luôn tồn tại những bước tố tụng nhất định mà các bên phải tuân thủ, thông thường những thủ tục tố tụng này tương đối phức tạp và tốn nhiều thời gian. Tuy nhiên, nếu các bên lựa chọn hình thức trọng tài vụ việc thì có thể bỏ qua những bước tố tụng cụ thể mà tự do thỏa thuận những quy tắc tố tụng trọng tài riêng mà các bên cho rằng cần thiết, phù hợp và hiệu quả nhất với họ. Đồng thời, trọng tài quy chế còn mang tính chất hành chính, quan liêu của một tổ chức, số lượng vụ kiện của một hội đồng trọng tài tại tổ chức rất nhiều dẫn đến khối việc công việc mà thư ký phải xử lý rất

lớn gây nên nguy cơ chậm trễ trong việc điều hành tố tụng trọng tài. Do đó, nếu hội đồng trọng tài có thể linh hoạt hơn trong việc thuê riêng thư ký để thực hiện riêng cho một vụ việc nhất định thì hiệu quả điều hành tố tụng trọng tài sẽ được nâng cao, tiết kiệm thời gian và ngắn gọn hơn rất nhiều. Do đó, yếu tố về thời gian nhanh gọn, hiệu quả được xem là ưu điểm nổi bật nhất của trọng tài vụ việc.

Tuy nhiên, hình thức trọng tài quy chế cũng có những ưu điểm riêng. Các tổ chức trọng tài đã định hình trên thị trường khá lâu, dễ dàng chứng tỏ sự uy tín của mình. Do đó, các tổ chức trọng tài này có uy tín nhất định, tạo nên sự ổn định, chắc chắn cho các bên tranh chấp khi lựa chọn giải quyết tranh chấp trọng tài tại các tổ chức này. Chẳng hạn như Phòng Thương mại Quốc tế (ICC) có những tiền lệ của phán quyết trọng tài trước đó được ban hành làm mẫu để các bên dự liệu các bước và cách thức thủ tục được tiến hành. Trong khi đó, trọng tài vụ việc phụ thuộc rất nhiều vào chất lượng hội đồng trọng tài mà các bên thỏa thuận thành lập. Không những vậy, trọng tài vụ việc lại không có sự ổn định, chắc chắn của trọng tài quy chế. Chính vì vậy, khi lựa chọn hình thức trọng tài vụ việc để giải quyết tranh chấp, các bên không thể hoặc khó hình dung được cách thức, thủ tục tiến hành. Điều này đã gây nên sự không chắc chắn và phụ thuộc nhiều vào chất lượng của từng hội đồng trọng tài riêng biệt. Trong trường hợp các bên tranh chấp lựa chọn trọng tài viên đảm bảo chất lượng thì hội đồng trọng tài có thể giải quyết tranh chấp một cách hiệu quả, tuy nhiên nếu các bên chọn trọng tài viên không đảm bảo chất lượng hoặc không có sự phối hợp ăn ý giữa các trọng tài viên với nhau sẽ dẫn đến hiệu quả kém.

Tại các quốc gia có thẩm quyền tài phán phát triển thì trọng tài vụ việc chiếm ưu thế nhiều hơn so với trọng tài quy chế. Nguyên nhân chủ yếu xuất phát từ cơ sở hạ tầng và trình độ nhận thức của trọng tài viên ở các quốc gia này rất cao. Cụ thể các luật sư, trọng tài viên đã có nhiều cơ hội và kinh nghiệm trong việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, từ đó họ hình thành nên sự hiểu biết, chuyên môn nhất định về quy tắc trọng tài. Vì vậy, các luật sư và trọng tài viên nhận thấy rằng họ không cần phụ thuộc vào những quy tắc trọng tài này mà thay vào đó họ có thể tự xây dựng một quy tắc phù hợp hơn. Đồng thời, họ có đủ khả năng hỗ trợ cho khách hàng và hợp tác với hội đồng trọng tài để giải quyết vụ kiện tranh chấp. Đối với trọng tài vụ việc thì sự hợp tác giữa các bên là điều không thể thiếu, nếu không có sự hợp tác thì loại hình trọng tài vụ việc sẽ kém hiệu quả hơn rất nhiều so với trọng tài quy chế. Bởi vì trọng tài quy chế dù có hay

không có sự hợp tác giữa các bên thì vẫn phải tuân theo quy định của tổ chức trọng tài, nếu không sẽ phải chịu chế tài bởi tổ chức trọng tài đó.

Bên cạnh đó, tại các nước có thẩm quyền tài phán phát triển thì số lượng vụ việc trọng tài vụ việc nhiều hơn rất nhiều lần so với trọng tài quy chế. Có thể so sánh số lượng trọng tài quy chế chỉ là tảng băng nổi nhìn thấy được của khối băng ngầm dưới đáy biển. Tuy nhiên, tại Việt Nam nói riêng và Châu Á nói chung thì trọng tài quy chế vẫn đang chiếm ưu thế về số lượng hơn trọng tài vụ việc (trừ Hong Kong). Nguyên nhân của việc hạn chế này xuất phát từ trình độ nhận thức cũng như khả năng, kỹ năng hành nghề của luật sư và trọng tài viên vẫn chưa phát triển như các nước Anh, Mỹ,... và chưa có truyền thống đủ lâu để các bên chủ động lựa chọn tự giải quyết vụ việc theo quy tắc của riêng mình.

Theo thống kê, trọng tài vụ việc ở Châu Á không phát triển nhiều như là trọng tài quy chế. Đặc biệt tại Việt Nam, khi các bên tranh chấp lựa chọn trọng tài để giải quyết phần lớn xuất phát từ mong muốn hạn chế sự can thiệp và liên quan từ tòa án. Tuy nhiên, nếu các bên lựa chọn hình thức trọng tài vụ việc thì lại đối mặt với vấn đề buộc phải nhờ đến sự hỗ trợ của tòa án để trọng tài vụ việc hoạt động (*chỉ định trọng tài viên, thành lập hội đồng trọng tài,...*), đều cần có vai trò của tòa án quốc gia. Đây là sai lầm cũng như là điểm thiếu sót trong việc lập pháp của Việt Nam khi chưa giải quyết nhu cầu này của các bên khi lựa chọn trọng tài quy chế để giải quyết tranh chấp. Nhìn chung, trọng tài vụ việc tại Việt Nam chưa phát triển vì bản thân thẩm phán và tòa án Việt Nam vẫn chưa tương thích, không hiểu được vấn đề để hỗ trợ cho các bên tranh chấp trong việc thành lập hội đồng trọng tài vụ việc một cách nhanh chóng và hiệu quả nhất.

3. Anh đánh giá như thế nào về tác động của các quy định pháp luật Việt Nam hiện hành đối với quyết định lựa chọn giải quyết tranh chấp bằng trọng tài vụ việc của các doanh nghiệp ạ?

Trong quá trình tiến hành soạn thảo Luật Trọng tài thương mại 2010, Ban soạn thảo của Hội Luật gia Việt Nam đã thành lập đoàn khảo sát về kinh nghiệm tổ chức và hoạt động Trọng tài tại London (Vương quốc Anh) và Singapore dưới sự hỗ trợ của một số tổ chức quốc tế. Tại đây, Tòa Trọng tài Quốc tế London (LCIA) đã có phát biểu rằng trọng tài vụ việc chiếm số lượng nhiều hơn trọng tài quy chế. Từ đó, Ban soạn thảo đã đặt ra mục tiêu xây dựng Luật Trọng tài thương mại 2010, sửa đổi Pháp lệnh trọng tài thương mại 2003

nhằm khuyến khích hình thức trọng tài vụ việc thông qua các quy định về trọng tài vụ việc tại Luật Trọng tài thương mại 2010.

Bên cạnh vấn đề đăng ký phán quyết, Ban soạn thảo chỉ mới đặt ra vấn đề về việc hỗ trợ hội đồng trọng tài vụ việc một hình thức pháp lý nhằm bảo đảm khả năng cưỡng chế thi hành phán quyết, thay thế cho con dấu bằng phương pháp đăng ký phán quyết trọng tài. Tuy nhiên, Ban soạn thảo đã vô tình bỏ qua những yếu tố cơ sở hạ tầng khác của hình thức trọng tài vụ việc.

Đến nay, hình thức trọng tài vụ việc tại Việt Nam vẫn chưa phát triển một phần do hệ thống pháp luật chưa hoàn thiện. Nhận thấy pháp luật hiện hành chỉ có thể giải quyết về mặt hình thức pháp lý, tuy nhiên vẫn chưa thể giải quyết các vấn đề khác như quy định về cơ quan bổ nhiệm trọng tài (appointing authority). Luật Trọng tài thương mại 2010 quy định như sau, nếu các bên tranh chấp cần sự hỗ trợ thì Tòa án Việt Nam sẽ là cơ quan hỗ trợ. Thực tế, Tòa án Việt Nam hoạt động chưa hiệu quả trong việc hỗ trợ trọng tài và hòa giải như nhiều quốc gia khác. Đây là hạn chế lớn nhất về mặt khuôn khổ pháp lý khi quy định Tòa án là cơ quan duy nhất có thẩm quyền hỗ trợ cho trọng tài vụ việc trong việc bổ nhiệm trọng tài viên. Đáng ra nên có quy định rõ ràng, cụ thể hơn trong việc trao cho các bên quyền tự do lựa chọn bất kỳ cơ quan nào có thẩm quyền bổ nhiệm trọng tài viên. Ví dụ là các bên tranh chấp có thể thỏa thuận cơ quan có thẩm quyền chỉ định trọng tài viên là VIAC và nhờ VIAC cung cấp các dịch vụ hỗ trợ trọng tài vụ việc. Tuy nhiên do pháp luật không có quy định khác dẫn đến các bên không thể tự do thỏa thuận các cơ quan ngoài Tòa án, và kể cả các bên có sự thỏa thuận về các tổ chức khác thì các tổ chức này vẫn có thể không có hoặc không cung cấp dịch vụ hỗ trợ trọng tài vụ việc. Trong khi đó các tổ chức trọng tài khác như Tòa án Thương mại quốc tế Singapore (SIAC)... đã cung cấp dịch vụ hỗ trợ hội đồng trọng tài vụ việc tiến hành tổ tụng trọng tài theo Quy tắc tổ tụng trọng tài của UNCITRAL với mục đích hỗ trợ riêng cho trọng tài vụ việc một cách rất tốt. Do đó, có thể thấy hiện nay Việt Nam đang thiếu các quy phạm pháp luật liên quan đến trọng tài vụ việc và dịch

vụ sẵn có hỗ trợ loại hình này. Mặt khác, yếu tố quan trọng nhất ảnh hưởng đến sự phát triển của hình thức trọng tài vụ việc vẫn là sự thiếu tin tưởng vào hình thức trọng tài này khi trọng tài vụ việc không có sự ổn định, chắc chắn như trọng tài quy chế. Đối với trọng tài quy chế, các bên tranh chấp có thể dễ tham khảo những quy tắc trọng tài, phán quyết đã được ban hành hơn so với trọng tài vụ việc.

Do đó, hình thức trọng tài vụ việc cần có thêm thời gian để thực sự phát triển, cụ thể là cho đến khi trọng tài Việt Nam đã đạt đến sự phát triển nhất định, các trọng tài viên và luật sư đã nắm rõ quy tắc và thấu hiểu các vấn đề. Đồng thời, không thể thiếu sự nâng cao nhận thức của các bên tranh chấp. Một khi trọng tài vụ việc đáp ứng đủ các điều kiện trên thì trọng tài vụ việc sẽ được lựa chọn để giải quyết tranh chấp nhiều hơn. Hiện nay, Việt Nam vẫn tồn tại một số khó khăn, cụ thể là khuôn khổ pháp lý định danh chỉ có Tòa án có thẩm quyền hỗ trợ các bên mà đáng lẽ nên do các bên toàn quyền lựa chọn bất kỳ tổ chức nào có quyền bổ nhiệm trọng tài viên. Đồng thời, Việt Nam còn thiếu quy phạm pháp luật và dịch vụ sẵn có trên thị trường để hỗ trợ trọng tài vụ việc. Bên cạnh đó, cần thường xuyên có những buổi trao đổi giữa trọng tài viên và luật sư về vấn đề hình thức trọng tài vụ việc nhằm giúp họ kiểm soát được những thủ tục tố tụng trọng tài hơn là phụ thuộc vào tổ chức trọng tài trung gian.

Tại Vương quốc Anh, Hiệp hội Trọng tài Hàng hải London (LMAA)⁴ được xem là tổ chức trọng tài liên quan, phổ biến và hỗ trợ nhiều nhất cho loại hình trọng tài vụ việc. Theo số liệu thống kê từ Hiệp hội này tại Anh và Singapore vào năm 2020, LMAA đã hỗ trợ gần 1800 vụ kiện được tiến hành bằng trọng tài vụ việc. Trong đó, năm 2021 Phòng Trọng tài Hàng hải Singapore (SCMA)⁵ đã giải quyết được 37 vụ kiện trọng tài vụ việc trong lĩnh vực hàng hải, trị giá tranh chấp lên đến 163,5 triệu đô-la Mỹ, đến năm 2022 tổng giá trị tranh chấp tăng 307% với 130 hội đồng trọng tài được thành lập. Số liệu trên chỉ mới tính riêng trong lĩnh vực hàng hải, còn nhiều lĩnh vực chuyên ngành khác như: bảo hiểm, thương mại quốc tế,... vẫn chưa kể đến.

⁴ Hiệp hội Trọng tài Hàng hải London (LMAA) là hiệp hội trọng tài hàng đầu có trụ sở tại London và được thành lập vào năm 1960. LMAA cung cấp các dịch vụ pháp lý liên quan đến lĩnh vực trọng tài và giải quyết tranh chấp thay thế như hòa giải, xem xét và giải quyết tranh chấp,... Đồng thời, các thành viên của LMAA đã có nhiều kinh nghiệm và kiến thức chuyên môn trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp hàng hải tại London và nhiều nơi trên thế giới.

⁵ Phòng Trọng tài Hàng hải Singapore (SCMA) là một tổ chức trọng tài chuyên cung cấp khuôn khổ trung lập, hiệu quả về chi phí cho trọng tài thương mại hàng hải nói riêng và quốc tế nói chung với mục đích đáp ứng yêu cầu của khách hàng trong lĩnh vực này, được thành lập vào năm 2004 và được quản lý bởi Trung tâm trọng tài Quốc tế Singapore (SIAC).

4. Với những vấn đề anh đã chia sẻ với chúng em, anh có nhận định như thế nào về thực tiễn giải quyết tranh chấp bằng hình thức trọng tài vụ việc tại Việt Nam so với thực tiễn quốc tế ạ?

Với những số liệu thống kê trên, có thể nhận thấy hình thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài vụ việc tại Việt Nam dù đã được công nhận, nhưng chưa thực sự phát triển. Nói thêm như đã nêu, mặc dù hiện nay trọng tài vụ việc tại Trung Quốc không được công nhận, tuy nhiên cần lưu ý Trung Quốc đang sửa đổi pháp luật về trọng tài nên trong tương lai gần điều này sẽ có thay đổi. Để thúc đẩy trọng tài vụ việc tại Việt Nam phát triển tương đồng với thế giới, Việt Nam cần hoàn thiện khuôn khổ pháp lý về trọng tài. Cụ thể, Việt Nam cần phải sửa đổi những điều khoản liên quan đến trọng tài vụ việc trong Luật Trọng tài thương mại 2010.

Nếu các em muốn nghiên cứu về đề tài này thì anh đề xuất chủ đề “Làm thế nào để thúc đẩy sự phát triển của trọng tài vụ việc tại Việt Nam cho tương đồng với sự phát triển của thế giới”. Theo anh đây là vấn đề tương đối độc đáo nhưng sẽ gặp khó khăn trong quá trình tìm dẫn chứng thực tế để minh họa cho những luận điểm trong lý thuyết của mình. Nguyên nhân giải thích cho khó khăn này là trọng tài vụ việc có rất ít tài liệu, trong khi nguyên tắc của trọng tài là bảo mật, đặc biệt là những vụ kiện được giải quyết bằng hình thức trọng tài vụ việc chỉ có trọng tài và các bên tranh chấp hoặc thẩm phán thụ lý đơn đăng ký biết về vụ việc đó. Đồng thời, lý thuyết và tài liệu học thuật về trọng tài vụ việc ở Châu Á cũng không thực sự nhiều.

5. Thưa anh, với những ưu điểm nhất định so với trọng tài quy chế, làm thế nào để phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài vụ việc trở nên hấp dẫn hơn đối với các doanh nghiệp trong tương lai, bên cạnh hình thức trọng tài quy chế? Qua đó, anh có những đề xuất nào đối với pháp luật Việt Nam trong việc học hỏi và tham khảo thêm kinh nghiệm quốc tế về tổ chức giải quyết tranh chấp bằng hình thức trọng tài vụ việc ạ?

Việc thu hút doanh nghiệp lựa chọn hình thức trọng tài vụ việc nhiều hơn để giải quyết tranh chấp là điều rất khó. Một trong những điều kiện đầu tiên là nhận thức của doanh nghiệp về trọng tài, đây là yếu tố thiết yếu để hình thức trọng tài vụ việc trở nên phổ biến hơn. Thực tế hiện nay, nhận thức của doanh nghiệp về phương pháp giải quyết tranh chấp chỉ dừng lại ở mức độ lựa chọn tòa án hay trọng tài để giải quyết và so sánh tính ưu việt giữa hai hình thức này. Như vậy, hiện nay vẫn chưa đặt ra vấn đề so sánh mức độ ưu việt giữa hai hình thức trọng tài.

Để thúc đẩy trọng tài vụ việc, cần phải giúp doanh nghiệp nhận thấy rằng trọng tài vụ việc trao cho họ quyền chủ động kiểm soát quá trình tố tụng trọng tài. Đồng thời, trọng tài vụ việc còn giúp doanh nghiệp giảm chi phí đăng ký, thụ lý vụ án hay chi phí chi trả cho cơ quan điều hành thủ tục tố tụng trọng tài,... Không những thế, hình thức trọng tài này còn linh hoạt hơn về mặt thủ tục, các bên có thể bỏ qua hoặc rút ngắn một số thủ tục nhất định để kết quả giải quyết vụ việc nhanh hơn. Mặc dù điều này rất khó trong thực tiễn Việt Nam, vì hiện nay trọng tài quy chế tại một số tổ chức trọng tài đã được tiến hành khá nhanh chóng. Theo số liệu thống kê về thời gian tiến hành trọng tài quy chế tại VIAC, trung tâm trọng tài cần khoảng 153 ngày để giải quyết một vụ tranh chấp, và tùy thuộc vào tổ chức giải quyết tranh chấp cũng như tính chất vụ việc, đối với những tranh chấp xây dựng giá trị lớn thì thời gian tiến hành mất nhiều thời gian hơn. Trong khi đó, trung bình thời gian tiến hành tại Tòa trọng tài thuộc Phòng Thương mại Quốc tế (ICC) là 26 tháng⁶ thì thời gian tiến hành tại các tổ chức trọng tài quy chế ở Việt Nam đã ngắn gọn hơn rất nhiều. Bên cạnh đó, trong trường hợp xuất hiện các vấn đề liên quan đến thành viên hội đồng trọng tài (như xung đột lợi ích) cần có cơ quan có thẩm quyền ra quyết định thay thế và giải quyết vấn đề thì Việt Nam phải đưa ra cho các bên tranh chấp một tổ chức trọng tài uy tín để hỗ trợ cho vấn đề đó. Hiện nay, văn phòng đại diện Tòa Trọng tài Thường trực La Hay tại Việt Nam khẳng định một trong những hoạt động, dịch vụ chính của họ là hỗ trợ trọng tài vụ việc. Tuy nhiên, họ vẫn chưa tiếp nhận bất vụ việc nào liên quan trọng tài vụ việc và cũng chưa cung cấp biểu phí dịch vụ hỗ trợ trọng tài vụ việc cụ thể tại Việt Nam. Do đó, việc đào tạo, nghiên cứu về trọng tài vụ việc cần phải phát triển hơn, từ đó trở thành nền tảng để thúc đẩy nhận thức, phạm vi cũng trở nên phổ biến, mở rộng hơn.

Về đề xuất đối với pháp luật Việt Nam, trước khi bắt đầu tiến hành sửa đổi điều khoản cụ thể trong Luật Trọng tài thương mại 2010, Việt Nam cần trả lời cho các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài và cộng đồng kinh doanh quốc tế một câu hỏi: “Liệu Việt Nam có phê chuẩn Luật Mẫu về Trọng tài thương mại Quốc tế⁷ hay không?”. Bởi vì Luật Mẫu điều chỉnh về trọng tài quy chế và trọng tài vụ việc, đây là khuôn khổ pháp lý chuẩn mực của thế giới để hỗ trợ các nước xây dựng thị trường trọng tài cho riêng mình. Tuy nhiên, hiện tại khuôn khổ pháp lý về trọng tài tại Việt Nam vẫn chưa giải đáp được câu hỏi trên. Đồng thời, pháp luật Việt Nam cần sửa đổi các quy định cần thiết, trong đó có quy định về cơ quan chỉ định trọng tài

⁶ The ICC's 2020 Dispute Resolution Statistics <<https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-st-Statistics-2020/>> truy cập ngày 10/7/2023

⁷ Luật Mẫu về Trọng tài thương mại quốc tế của Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế năm 1985.

viên vụ việc bên cạnh Tòa án cần cho phép các bên tự do thỏa thuận cơ quan có thể hỗ trợ trong việc thành lập hội đồng trọng tài. Bởi nếu các bên tự thành lập được hội đồng trọng tài thì quá trình sau đó hoàn toàn phụ thuộc vào các bên tranh chấp và hội đồng trọng tài, từ đó các bên trở nên chủ động hơn trong việc giải quyết tranh chấp đối với vụ việc của mình. Tuy nhiên, sửa đổi và bổ sung luật chỉ là một trong mười yếu tố dẫn đến cơ sở hạ tầng trọng tài phát triển. Mười yếu tố đó đã được đúc kết kinh nghiệm qua mười nguyên tắc thiên niên kỷ tại London do Viện Trọng tài Anh (CI Arb)⁸ đưa ra. Những yếu tố khác như phát triển về mặt tổ chức, cung cấp dịch vụ tại thị trường (ví dụ các tổ chức trọng tài),... cũng đóng vai trò quan trọng đối với sự phát triển của hình thức trọng tài vụ việc. Nếu như không có tổ chức trọng tài nào cung cấp dịch vụ hỗ trợ trọng tài vụ việc thì trọng tài vụ việc rất khó phát triển. Chất lượng nguồn nhân lực (luật sư, pháp chế doanh nghiệp, trọng tài viên) cũng là một trong những yếu tố cần thiết cho sự phát triển của trọng tài vụ việc, đây là sản phẩm của quá trình đào tạo, nghiên cứu, học hỏi và đúc kết từ kinh nghiệm quốc tế. Bất kỳ nỗ lực nào để cải thiện môi trường và khuôn khổ trọng tài nói chung và trọng tài vụ việc nói riêng đều thuộc mười yếu tố nêu trên. Ví dụ như yếu tố đào tạo nguồn nhân lực (luật sư, pháp chế doanh nghiệp,...) xuất phát trước tiên từ đào tạo trong trường luật hoặc các khóa đào tạo nâng cao chương trình sau đại học và khóa học ngắn hạn,... đây là nền tảng để giúp nâng cao chất lượng nguồn nhân lực và nhận thức các bên về tính ưu việt của hình thức trọng tài vụ việc.

6. Một câu hỏi cuối cùng chúng em mong muốn được anh chia sẻ liên quan đến định hướng cho sinh viên luật, với vị trí là một luật sư đã hành nghề trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp và có kinh nghiệm trong vai trò trọng tài viên thì anh có lời khuyên nào dành cho các bạn sinh viên luật có đam mê, mong muốn theo đuổi lĩnh vực giải quyết tranh chấp không ạ?

Hiện tại các em đang là sinh viên luật, giai đoạn này các em có khả năng nắm bắt những xu hướng hay trào lưu quốc tế một cách nhanh chóng nhất. Tuy nhiên, để có thể thể hiện cái riêng chính bản thân thì các em cần phải tìm cách tách ra khỏi số đông, tức là có sự nhận diện riêng, tư cách riêng của mình. Sự lựa chọn sẽ hình thành nên tính cách và thành công riêng của mỗi người. Các em nên tìm ra những đề tài, lĩnh vực luật mà có thể hôm nay đó không phải là xu hướng, nhưng ngày mai nó sẽ trở thành xu hướng. Ví dụ như từ khi Luật Trọng tài thương mại 2010 được ban hành cho đến thời điểm hiện nay, tất cả đều có xu

hướng nói về trọng tài dẫn đến trọng tài trở thành một trào lưu. Thế nhưng ngày nay, thế giới không chỉ nhắc về trọng tài, mà người ta nói về hòa giải và ADR. Nhiều quan niệm cho rằng trọng tài là sản phẩm của phương Tây, và hòa giải hay những phương thức giải quyết tranh chấp thay thế (ADR) là sản phẩm của phương Đông. Điều này đã được thể hiện rõ ở Dự thảo Công ước về Hòa giải, đây là sáng kiến của phái đoàn Hoa Kỳ - thành viên của UNCITRAL, tuy nhiên khi Công ước được chính thức phê chuẩn, ban hành thì Singapore lại nhận đây là Công ước về Hòa giải Singapore⁹, vì họ hiểu rằng hòa giải là phương pháp giải quyết tranh chấp hiệu quả, và là tương lai của lĩnh vực giải quyết tranh chấp tại Châu Á. Do đó, các em phải đặt ra vấn đề là trong tương lai, lĩnh vực này sẽ phát triển như thế nào, từ đó rút ra được hướng đi độc đáo cho riêng mình, tránh theo đuổi trào lưu hiện hành một cách vô thức. Nếu bản thân không thực sự nổi bật thì rất dễ bị chìm trong trào lưu chung đó, nhưng nếu các em biết lựa chọn lĩnh vực độc đáo, riêng biệt và có nhiều tiềm năng khai thác thì các em sẽ tạo được ưu thế riêng cho bản thân mình.

Hiện nay, hình thức trọng tài vụ việc chưa phát triển tại Việt Nam, nhưng trên thế giới thì hình thức trọng tài này đã phát triển một mức độ nhất định, vì thế trong tương lai không xa Việt Nam vẫn có tiềm năng phát triển hình thức trọng tài vụ việc và tất cả những lĩnh vực khác cũng tuân theo quy luật tương tự như vậy.

Bên cạnh đó, bất cứ trào lưu đều mang một số thuận tiện nhất định. Cụ thể lĩnh vực trào lưu sẽ phản ánh nhu cầu thị trường tại thời điểm đó, vì thế một khi lĩnh vực trở nên phổ biến thì cơ hội việc làm trong thị trường lao động rất lớn. Có thể thấy thời điểm hiện tại, số lượng luật sư, trọng tài viên có sự am hiểu về tố tụng trọng tài không nhiều dẫn đến nhu cầu tìm hiểu, nghiên cứu về lĩnh vực này tăng cao. Cơ hội việc làm sẽ được mở rộng hơn nếu các em đã có sự tìm hiểu, kiến thức về lĩnh vực trọng tài này, điều này sẽ trở thành điểm thu hút với các nhà tuyển dụng. Đây cũng là một trong những lý do trọng tài trở thành trào lưu và trào lưu này hoàn toàn không phải ngẫu nhiên mà có.

Đồng thời, hành nghề luật sư được chia thành hai loại: một là luật sư tư vấn, hai là luật sư giải quyết tranh chấp. Hiện nay, số lượng luật sư tư vấn tại Việt Nam không thiếu, ngược lại luật sư giải quyết tranh chấp “chuyên nghiệp” thì vẫn chưa đáp ứng được nhu cầu của thị trường. Sự thiếu hụt này không hoàn toàn

⁸ CI Arb, CI Arb London Centenary Principles <<https://www.ciarb.org/media/1263/london-centenary-principles.pdf>> truy cập ngày 15/6/2023

⁹ Công ước Singapore về Hòa giải 2019 áp dụng cho các thỏa thuận hòa giải thành quốc tế, được các bên tranh chấp ký kết để giải quyết tranh chấp thương mại và tạo thuận lợi cho các bên tranh chấp có thể thực thi các thỏa thuận hòa giải thành xuyên biên giới.

xuất phát từ luật sư giải quyết tranh chấp tại Tòa án vì lĩnh vực tranh tụng tại Tòa án ở Việt Nam đã trải qua một quá trình phát triển tương đối lâu và quá trình này đã hình thành nên rất nhiều luật sư tranh tụng tại Tòa án. Tuy nhiên, số lượng luật sư tranh tụng tại trọng tài thì lại không nhiều, và đặc biệt là sự thiếu hụt các luật sư tư vấn đại diện cho các bên trong lĩnh vực hòa giải và rất nhiều hình thức giải quyết tranh chấp khác mà Việt Nam chưa bao giờ tồn tại hoặc chưa phát triển (ví dụ như phương thức giải quyết tranh chấp bằng Ban phân xử/phòng ngừa tranh chấp (“Dispute Adjudication/Avoidance Board” hay “DAAB”) trong lĩnh vực xây dựng, và nhiều hình thức ADR rất mới mà Việt Nam chưa du nhập, nhưng việc du nhập chỉ là vấn đề thời gian). Nếu các em có định hướng theo đuổi con đường giải quyết tranh chấp thì cần cân nhắc đến vấn đề về tranh tụng tại Tòa án hay trọng tài, mảng tranh tụng cụ thể nào tại đây và lĩnh vực chuyên sâu nào.

Hiện nay, người ta không chỉ trình bày khái quát về trọng tài mà còn bàn về các lĩnh vực trọng tài chuyên sâu. Chẳng hạn, Hội thảo Trọng tài Xây dựng Quốc tế do Hội Pháp luật Xây dựng Việt Nam gần đây đã tổ chức Hội thảo quốc tế “Trọng tài trong lĩnh vực xây dựng” và dần dần sẽ có xu hướng chuyên sâu hơn về nhiều lĩnh vực khác có liên quan (như lĩnh vực năng lượng, cơ sở hạ tầng, trọng tài đầu tư). Nói riêng về trọng tài đầu tư, cá nhân anh nhận thấy ngày trước cũng khá nhiều người nói về lĩnh vực này, tuy nhiên có vẻ về sau vì cơ hội việc làm của mảng này không thực sự nhiều nên bây giờ cũng ít người đề cập đến nữa. Thế nhưng, nếu các bạn thực sự muốn nghiên cứu về trọng tài đầu tư, trước tiên các bạn phải nắm chắc kiến thức về trọng tài thương mại, rồi sau đó mới đến kiến thức về lĩnh vực trọng tài đầu tư, vì bản chất của trọng tài đầu tư là sự kết hợp giữa trọng tài thương mại và công pháp quốc tế, có chủ thể tham gia tố tụng là Nhà nước, liên quan đến luật đầu tư nước ngoài cũng như việc vi phạm nghĩa vụ là vi phạm nghĩa vụ tại các điều ước quốc tế (ví dụ như hiệp định thương mại tự do). Với sự phức tạp như vậy, nếu các bạn không nắm chắc những quy tắc cơ bản của trọng tài thương mại thì rất khó có thể nghiên cứu chuyên sâu về lĩnh vực trọng tài đầu tư.

Bên cạnh đó, trong quá trình học tập, các bạn sinh viên cần phải nắm rõ kiến thức của hai môn học nền tảng là luật hợp đồng và luật tố tụng dân sự. Bởi bản

chất của thỏa thuận trọng tài là một hợp đồng lựa chọn giải quyết tranh chấp, do đó các bạn cần nắm chắc lý thuyết về hợp đồng để có thể hiểu sâu về thỏa thuận trọng tài. Đối với môn học luật tố tụng dân sự, đây vừa mang tính chất của luật nội dung và luật hình thức. Luật hình thức là luật tố tụng mô tả lại quá trình tố tụng trọng tài, còn luật nội dung là luật giải quyết các vấn đề như thỏa thuận trọng tài. Thông qua đó, các em sẽ dễ dàng so sánh đối chiếu được sự khác nhau căn bản giữa tố tụng tại tòa án và tố tụng trọng tài, đồng thời hai hình thức tố tụng này cũng có điểm chung là đều giải quyết vấn đề chứng cứ, thẩm quyền. Nói chung, nếu các bạn sinh viên muốn nghiên cứu về trọng tài, thì các bạn cần nắm chắc kiến thức hai môn này, rồi sau đó mới có thể nghiên cứu chuyên sâu về trọng tài.

Cuối cùng, hiện nay các em đang có trào lưu tham gia thi Moot, đây là những cuộc thi rất hữu ích. Nó rèn luyện cho các em kỹ năng đối kháng trực tiếp, nhận thấy rõ đối thủ, nghiên cứu đối thủ nhằm mục đích thuyết phục hội đồng trọng tài có thể đưa ra những phán quyết thuận lợi nhất cho mình. Đồng thời, các em sẽ cần phải biết điểm thuận lợi, yếu điểm của đối thủ và bản thân từ đó tận dụng ưu thế của mình và khắc chế được đối thủ một cách tối ưu nhất. Đây là những kỹ năng mềm ngoài kiến thức, thường phải tự trau dồi và được đào tạo tại những khóa học đào tạo nghề nghiệp mà trường luật khó cung cấp cho các em. Khi tham gia các cuộc thi Moot, các em sẽ phải tìm hiểu về kiến thức luật quốc tế là chủ yếu, tự rèn luyện các kỹ năng mềm - đây là những điểm sáng để giúp cho các em thuận lợi trong việc ứng tuyển thực tập sau này. Nhà tuyển dụng rất quan tâm, chú trọng các cuộc thi này vì họ hiểu được rằng khi các em đã tham gia Moot, các em đã trải qua một quá trình tự nghiên cứu, từ đó hình thành được khả năng tự nghiên cứu cho chính mình. Bởi vì, người có khả năng tự nghiên cứu là người có khả năng tự hoàn thiện mình, cho dù hiện tại bản thân vẫn còn một số hạn chế.

Thay mặt CLB Nghiên cứu và Tư vấn Pháp luật (LRAC), chúng em xin chân thành cảm ơn Luật sư Nguyễn Mạnh Dũng đã dành thời gian cho bài phỏng vấn. Kính chúc anh thật nhiều sức khỏe và thành công.

INTERNATIONAL COMMERCIAL MEDIATION COMPETITION (ICMC) - CUỘC THI HOÀ GIẢI THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

Người tổng hợp: Nguyễn Lê Mỹ Ngọc (K22501),
Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM

1. Tổng quan về Cuộc thi Hoà giải thương mại quốc tế

Cuộc thi Hoà giải thương mại quốc tế (ICMC) là cuộc thi đầu tiên về hoà giải thương mại được tổ chức hoàn toàn bằng tiếng Anh ở Việt Nam với quy mô toàn quốc và cũng như là một trong số ít cuộc thi về hoà giải thương mại được tổ chức trên thế giới.¹ Cuộc thi được phối hợp tổ chức bởi Trung tâm Hoà giải Việt Nam (VMC)² và Khoa Pháp Luật Thương mại Quốc tế thuộc Trường Đại học Luật Hà Nội (HLU).

Đến với cuộc thi, thí sinh sẽ có những trải nghiệm tuyệt vời và đáng nhớ khi được áp dụng những kiến thức, kỹ năng về hoà giải để giải quyết những vấn đề tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại. Ngoài ra, khi tham gia ICMC thì các bạn thí sinh có cơ hội lắng nghe những chia sẻ bổ ích của các Luật sư, Hoà giải viên có nhiều kinh nghiệm thực tiễn trong lĩnh vực hoà giải thương mại.

2. Đơn vị tổ chức

2.1. Trung tâm Hoà giải Việt Nam (VMC)

Trung tâm Hoà giải Việt Nam (viết tắt là 'VMC') thuộc Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC) được chính thức thành lập (theo Quyết định số 279/QĐ-VIAC của Chủ tịch VIAC - TS. Vũ Tiến Lộc)³ vào ngày 27 tháng 4 năm 2018. Đội ngũ hoà giải viên tại VMC là các chuyên gia hàng đầu trong các lĩnh vực pháp luật và kinh tế, được đào tạo chuyên sâu về giải quyết tranh chấp và hoà giải thương mại. Hơn nữa, VMC là đơn vị đầu tiên tại Việt Nam cung cấp dịch vụ hoà giải thương mại chuyên nghiệp theo quy định

tại Nghị định số 22/2017/NĐ-CP của Chính phủ ngày 24/02/2017 trong giai đoạn mà phương thức này được ưa chuộng sử dụng để giải quyết tranh chấp thương mại tại các nước.⁴

Chính vì thế, từ những nỗ lực không ngừng nhằm góp phần thúc đẩy sự phát triển của phương thức hoà giải theo quy định của pháp luật một cách thuận lợi, nhanh chóng và hiệu quả, VMC đã phối hợp tổ chức thành công ICMC 2022 nhằm tạo ra một sân chơi học thuật giúp sinh viên có thêm cơ hội được nghiên cứu, trải nghiệm cách giải quyết tranh chấp theo phương thức hoà giải.

2.2. Khoa Pháp Luật Thương mại Quốc tế - Trường Đại học Luật Hà Nội

Khoa Pháp luật Thương mại Quốc tế thuộc trường Đại học Luật Hà Nội. Bên cạnh việc hoạt động giảng dạy, Khoa thường xuyên tổ chức nghiên cứu, các buổi tọa đàm và tuyển chọn, huấn luyện các đội thi tranh tụng hoà giải quốc tế, trọng tài quốc tế ở trong nước và nước ngoài như Tọa đàm khoa học cấp Khoa: "Công ước Viên 1980 về Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế và những vấn đề đặt ra cho Việt Nam sau 5 năm gia nhập"; Chủ trì tổ chức cuộc thi tranh tụng quốc tế (FDI MOOT, IMSG 2022)...⁵ để giúp sinh viên có cơ hội vận dụng kiến thức và thực hành kỹ năng vào những tình huống thực tiễn trong đó một trong những cuộc thi nổi bật nhất của Khoa là Cuộc thi Hoà giải thương mại quốc tế.

¹ 'Công bố cuộc thi Hoà giải thương mại quốc tế 2022 và mở đơn đăng ký tham dự cuộc thi', Trung tâm Hoà giải Việt Nam (19/5/2022), <<https://www.vmc.org.vn/tin-tuc-su-kien/cong-bo-cuoc-thi-hoa-giai-thuong-mai-quoc-te-2022-va-mo-don-dang-ky-tham-du-cuoc-thi-n898.html>> truy cập ngày 17/11/2022

² VMC viết tắt của VietNam Mediation Centre

³ VIAC là viết tắt của Vietnam International Arbitration Centre, tiếng Việt là Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam - Là tổ chức trọng tài, hoà giải hàng đầu tại Việt Nam và có uy tín quốc tế

⁴ 'Giới thiệu', Trung tâm Hoà giải Việt Nam, <<https://www.vmc.org.vn/gioi-thieu.html>> truy cập ngày 18/11/2022

⁵ 'Các hoạt động nghiên cứu khoa học trọng điểm của Khoa Pháp luật Thương mại Quốc tế năm 2022', Khoa Pháp luật Thương mại Quốc tế (18/03/2022), <<https://plmtqt.hlu.edu.vn/SubNews/Details/21941>> truy cập ngày 24/3/2023

3. Mục tiêu cuộc thi

Hoà giải thương mại là phương thức giải quyết tranh chấp thương mại do các bên thỏa thuận và được hòa giải viên làm trung gian hoà giải hỗ trợ giải quyết tranh chấp, với những ưu điểm như: thủ tục hòa giải được tiến hành nhanh, không gò bó; có thể giữ được bí mật kinh doanh và vấn đề tranh chấp; hoà giải mang tính thân thiện vì lợi ích của cả hai bên, ít gây hại đến quan hệ hợp tác vốn có của các bên; mang tính tự nguyện thỏa thuận.¹ Từ những ưu điểm vốn có của phương thức hòa giải này, Trung tâm Hoà giải Việt Nam và Khoa Pháp Luật Thương mại Quốc tế đã phối hợp tổ chức Cuộc thi Hoà giải thương mại quốc tế nhằm tạo ra một sân chơi hữu ích và thiết thực, mang đến cơ hội để sinh viên rèn luyện các kỹ năng cần thiết và có được kinh nghiệm, kiến thức về phương thức giải quyết tranh chấp bằng hòa giải trong lĩnh vực thương mại quốc tế.²

4. Đối tượng tham gia và hình thức tham gia

Đối tượng tham gia của cuộc thi hướng đến tất cả các bạn sinh viên bậc đại học tại các trường đại học, học viện và cơ sở đào tạo tại Việt Nam có sự yêu thích, quan tâm đến lĩnh vực hoà giải thương mại hay cụ thể hơn là ICMC. Cuộc thi được tổ chức với sự tham gia của mỗi nhóm thí sinh từ 2 - 4 thành viên thông qua 01 vòng sơ loại và 03 vòng trực tiếp (vòng

loại, vòng bán kết, vòng chung kết). Tại Vòng sơ loại, thí sinh chuẩn bị và nộp hồ sơ (bao gồm: thông tin cơ bản về các thành viên đội thi, CV thành viên, bài giới thiệu về đội thi) qua Email. Tại các Vòng thi trực tiếp, các đội thi sẽ có 2 thành viên đóng vai là cố vấn có kinh nghiệm, đại diện cho lợi ích của khách hàng và giúp họ đưa ra quyết định trong phiên hòa giải.³

5. Thời gian và địa điểm

ICMC lần đầu tiên được tổ chức vào năm 2022, thời gian kéo dài từ tháng 6 đến tháng 9. Cụ thể: (i) Vòng sơ khảo được diễn ra từ ngày 25/6/2022 đến 31/7/2022; (ii) Vòng loại của cuộc thi được tổ chức trong hai ngày 24/9 và 25/9; (iii) Vòng bán kết diễn ra trong ngày 29/9/2022 và (iv) Vòng chung kết được diễn ra vào ngày 30/9/2022.

Cuộc thi được tổ chức theo cả hai hình thức trực tuyến và trực tiếp tại trường Đại học Luật Hà Nội.⁴

6. Thông tin liên hệ

Fanpage: <https://www.facebook.com/2022.ICMC>

Email: icmc.mediation@gmail.com

Hotline: 085 866 4863 (Ms. Nguyen Mai Thu) hoặc 083 508 2692 (Ms. Nguyen Ngoc Hong Duong)

¹ 'Khái quát về Hoà giải thương mại', Trung tâm Hoà giải Việt Nam (02/12/2020), <<https://www.vmc.org.vn/thu-tuc-hoa-giai/khai-quat-ve-hoa-giai-thuong-mai-a114.html>> truy cập ngày 29/11/2022

² 'Tổ chức thành công cuộc thi Hoà giải thương mại quốc tế VMC-HLU (ICMC 2022)', Trung tâm Hoà giải Việt Nam (06/10/2022) <<https://www.vmc.org.vn/tin-tuc-su-kien/to-chuc-thanh-cong-cuoc-thi-hoa-giai-thuong-mai-quoc-te-vmchlu-icmc-2022>> truy cập ngày 20/11/2022

³ '2022ICMC_Rules and Guidelines', Trung tâm Hoà giải Việt Nam, <<https://bom.so/77WFPE>> truy cập ngày 19/11/2022

⁴ 'International commercial mediation competition', Khoa Pháp Luật Thương Mại Quốc tế, <<https://khoaluat.neu.edu.vn/Resources/Docs/SubDomain/khoaluat/Flyer.pdf>> truy cập ngày 19/11/2022

BRIDGE OF SPIES - TRÁCH NHIỆM VÀ PHẨM GIÁ NGƯỜI LUẬT SƯ

Nguyễn Thị Ngọc Hân (K22501),
Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM

Trách nhiệm của một luật sư chính là bảo vệ cho công lý của nhân loại. Nhưng đứng trước cuộc chiến tranh giành lợi ích của các quốc gia, liệu người luật sư có còn theo đuổi sứ mệnh của mình không? Cán cân công lý đang bị lung lay, họ sẽ lựa chọn như thế nào giữa trách nhiệm và đạo đức? Đó là những vấn đề nan giải mà luật sư James B. Donovan phải đối mặt khi nhận vụ bào chữa cho một gián điệp người Liên Xô. Đứng trước sức ép từ dư luận và chính quyền, ông vẫn chọn giữ vững trách nhiệm của một luật sư - đó là đứng lên, đấu tranh và giành lấy lẽ công bằng cho thân chủ. "Bridge of Spies" được đạo diễn Steven Spielberg dựng thành phim dựa trên nhân vật và câu chuyện có thật ấy. Bộ phim đã truyền cảm hứng cho những người hành nghề luật một bài học về tinh thần của một luật sư chân chính: cương trực, công bằng và thượng tôn pháp luật.

"Bridge of Spies" lấy bối cảnh vào năm 1960, thời kỳ đỉnh điểm của cuộc Chiến tranh Lạnh giữa hai siêu cường Hoa Kỳ và Liên Xô. Phim xoay quanh James B. Donovan, một luật sư bảo hiểm ở Brooklyn, New York được chỉ định để bào chữa cho một tình báo viên người Liên Xô Rudolf Abel, đây là một sự trở trêu và nghịch lý khi một luật sư chuyên về bảo hiểm không tên tuổi lại được giao phó một vụ án mang tính quốc gia. Mặc dù vậy, Donovan vẫn làm đúng công việc và trách nhiệm của mình. Với những lập luận sắc bén, ông đã cho tòa án thấy rằng Abel sẽ là một mắt xích quan trọng có khả năng thay đổi cục diện trong cuộc chiến thông tin giữa Mỹ và Liên Xô. Quá trình làm việc của Donovan gặp không ít khó khăn vì có nhiều bằng chứng chống lại Abel được tìm thấy. Nhưng Donovan vẫn rất cương quyết và dứt khoát, thể hiện tinh thần thép của một vị luật sư chuyên nghiệp. Kết quả là ông đã thành công cứu Abel thoát khỏi bản án tử hình.

Một trong những chi tiết đắt giá trong phim là chi tiết Abel nhắc đến "standing man". Đó là câu chuyện về một người bạn của gia đình Abel đã đấu tranh chống lại bọn người đã tra tấn ông ấy. Sau mỗi cú roi, người đàn ông ấy lại đứng dậy và còn đứng thẳng hơn lần trước khiến những kẻ đó phải bỏ cuộc, đó là sự liên tưởng của Abel về Donovan - một người đề cao công lý, không chịu khuất phục trước thời cuộc. Hình tượng "standing man" ở Donovan không đơn thuần là quyết tâm giành lấy lẽ công bằng cho Abel ở một đất nước được mệnh danh là "công bằng", mà là cách Donovan vững vàng đứng lên bất chấp mọi chỉ trích, đe dọa bởi cảm xúc bộc phát từ người dân xung quanh. Vì là một luật sư nên ông hiểu rất rõ bản chất của vấn đề: Abel là thân chủ của ông, và nhiệm vụ của luật sư bào chữa chính là phải bảo vệ thân chủ của mình. Điều này thể hiện rất rõ tinh thần làm việc của một luật sư chân chính: một khi đã được giao việc thì phải làm đúng trách nhiệm của mình.

"Bridge of Spies" là một bộ phim tái hiện lịch sử với cái nhìn gai góc và thực tế. Nhịp phim chậm nhưng đầy lôi cuốn, những đoạn đối thoại bên trong và bên ngoài tòa án khiến người xem phải ngừng lại suy ngẫm, điển hình là một câu thoại của Donovan: "Dầu bị cáo là bất cứ ai cũng đều có quyền bào chữa và được bảo vệ. Đó là ý nghĩa cho sự ra đời của tòa án." Nhìn chung, "Bridge of Spies" đem đến cho người xem một bài học về công lý và nhân quyền rằng tất cả mọi người đều đáng được đối xử công bằng, được pháp luật bảo vệ. Đồng thời, phim ca ngợi tinh thần thượng tôn pháp luật và đứng về lẽ phải của người luật sư kể cả khi phải đi ngược lại với công luận, như luật sư Atticus trong "Giết con chim nhại" đã từng nói: "Có một thứ không bao giờ tuân theo nguyên tắc số đông, đó chính là lương tâm con người."



CUỘC THI

KHẮC DẤU TÀI NĂNG LUẬT



Khắc dấu Tài năng Luật là cuộc thi học thuật cấp thành được tổ chức bởi Đoàn khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM. Tham gia cuộc thi, sinh viên sẽ có cơ hội trải nghiệm hoạt động chuyên về mảng hành nghề luật sư thông qua các vòng thi. Đây là môi trường giúp sinh viên không chỉ trau dồi kiến thức và kỹ năng, mà còn được gặp gỡ các luật sư, doanh nghiệp nổi bật trong ngành Luật, nhằm định hướng tốt nghề nghiệp trong tương lai.

ĐƠN VỊ TỔ CHỨC

Đoàn khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG TP. HCM

ĐỐI TƯỢNG THAM GIA

Sinh viên chuyên ngành Luật trên toàn địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh

THỜI GIAN - ĐỊA ĐIỂM

- Thời gian tổ chức: Từ tháng 3 đến tháng 5 trong năm.

- Địa điểm tổ chức: Trực tiếp tại Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG TP. HCM

THÔNG TIN LIÊN HỆ

- Fanpage: Đoàn khoa Luật Kinh tế - UEL

- Email: dkluatkinhte@st.uel.edu.vn

CÁC VÒNG THI

1. Vòng Sơ loại

Viết bài luận về một vấn đề thời sự trong xã hội dưới hình thức cá nhân hoặc nhóm (03 người).

2. Vòng Bán kết

- **Phần 1:** Viết thư tư vấn bằng tiếng Anh cho khách hàng.

- **Phần 2:** Tranh biện đối kháng giữa các đội thi về chủ đề được bốc thăm.

- **Phần 3:** Tranh biện cùng Ban giám khảo về chủ đề mở rộng từ phần Tranh biện đối kháng.

3. Vòng Chung kết

- **Phần thi đồng đội:** Các đội thi đóng vai Luật sư tham gia bào chữa cho nguyên đơn hoặc bị đơn trong một vụ án tranh chấp.

- **Phần thi cá nhân:** Hùng biện tiếng Anh về một quan điểm pháp luật và thực hành tư vấn cho khách hàng.



Tháng 3/2023, **Khắc dấu Tài năng Luật mùa III** đã chính thức diễn ra. Trong số này, LRAC vinh dự giới thiệu **03 bài viết** xuất sắc nhất của Vòng Sơ loại với chủ đề những rủi ro về mặt pháp lý có thể xảy ra khi áp dụng trí tuệ nhân tạo vào cuộc sống.

RỦI RO PHÁP LÝ TỪ ỨNG DỤNG AI – MỘT SỐ RỦI RO TỪ CHATGPT

Nguyễn Diệp Hạnh Dung,
Sinh viên Trường Đại học Luật TP. HCM

Trong thập kỷ vừa qua, trí tuệ nhân tạo ngày càng khẳng định vị thế của mình khi các ứng dụng của trí tuệ nhân tạo xuất hiện ở hầu hết mọi ngóc ngách của cuộc sống. Tháng 11 năm 2022, với cơn sốt từ việc ra mắt chatGPT - một AI với khả năng sinh ngữ phong phú, có thể tổng hợp thông tin và trả lời câu hỏi của người dùng với tốc độ nhanh ngạc nhiên, và trí tuệ nhân tạo lại trở thành một chủ đề được bàn luận. Với ứng dụng gần gũi với đời sống đó là khả năng tạo lập văn bản, từ câu ngắn đến đoạn văn hay thậm chí là các bài luận ngắn, chatGPT đẩy lên các quan ngại vốn có về những rủi ro pháp lý có thể xảy ra khi ứng dụng trí tuệ nhân tạo vào cuộc sống;

Từ khóa: Trí tuệ nhân tạo; thu thập dữ liệu; dữ liệu cá nhân; tư cách; sở hữu trí tuệ; quyền tác giả; trách nhiệm pháp lý.

Keywords: Artificial Intelligence; collecting data; data privacy; status; intellectual property; copyrights; liability.

1. Trí tuệ nhân tạo và chatGPT

1.1. Tổng quan về trí tuệ nhân tạo

Từ thế kỷ XVI, những sáng kiến và ứng dụng về AI đã manh mún xuất hiện.¹ Vào năm 1955, thuật ngữ “trí tuệ nhân tạo” (Artificial Intelligence – AI) chính thức được sử dụng và được định nghĩa lần đầu tiên bởi ông John McCarthy.²

Ngày nay, AI thường được nhắc đến một cách chung chung là các công nghệ, máy tính, phần mềm có khả năng mô phỏng các chức năng nhận thức của con người thông qua việc thu thập và xử lý các nguồn dữ liệu với tốc độ rất cao. Tuy nhiên, xét một cách chi tiết hơn vào khả năng và mức độ ứng dụng của AI, AI có thể phân thành các loại:

Thứ nhất, AI hẹp (Narrow Artificial Intelligence – ANI):

AI hẹp là loại trí tuệ nhân tạo có khả năng thực hiện một tác vụ nhất định. Đây là loại AI xuất hiện nhiều nhất trong các tương tác hàng ngày. Điển hình như Google Translate, Siri, Cortana.

Thứ hai, AI tổng hợp (General Artificial Intelligence – GAI)

AI tổng hợp là loại trí tuệ nhân tạo có khả năng

thực hiện nhiều tác vụ, mô phỏng khả năng của con người. Ứng dụng của GAI có thể nhắc đến các xe tự lái hay thậm chí là các Robot như Sophie – robot giống người đầu tiên được công nhận là công dân (Ả Rập Xê-út).

Thứ ba, siêu AI (Super Artificial Intelligence – SAI)

Siêu AI hiện chỉ là một khái niệm lý thuyết, nhằm để chỉ các trí tuệ nhân tạo có khả năng vượt trội hơn con người. Các trí tuệ nhân tạo trong các phim viễn tưởng thường được nhắc đến như là ví dụ của siêu AI.

1.2. Tổng quan về chatGPT

Tháng 11/2022, một AI có tên chatGPT trở thành một hiện tượng toàn cầu đã thành công đạt 1 triệu lượt người dùng sau 5 ngày ra mắt, thu hút sự chú ý của công chúng và dư luận vào vấn đề ứng dụng AI trong đời sống. ChatGPT (Chat Generative Pre-training Transformer) có khả năng xử lý yêu cầu của người dùng và tạo ra các phản hồi văn bản giống hệt như tin nhắn của con người.

Không chỉ có khả năng trả lời thành câu, thành đoạn như tin nhắn của con người, chatGPT còn có thể viết đoạn văn, bài văn hay thậm chí bài luận với tốc độ đáng kinh ngạc và độ chính xác tương đối đáng kể. Chính vì thế, chatGPT được sử dụng rộng rãi trong

¹ Queensland Brain Institute, 'History of Artificial Intelligence', <<https://qbi.uq.edu.au/brain/intelligent-machines/history-artificial-intelligence>>, truy cập ngày 01/04/2023

² Stanford University, 'Artificial Intelligence Definitions', <<https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf>> truy cập ngày 01/04/2023

nhiều hoạt động, công việc và đặc biệt là các công việc có nhu cầu cao về thông tin như báo chí, luật pháp hay thậm chí là viết các bài luận, nghiên cứu.

2. Rủi ro pháp lý từ AI và chatGPT

Mặc dù không thể phủ nhận sự tiện ích mà AI mang lại, quá trình tạo ra và sử dụng các AI có khả năng thực hiện tác vụ thay thế con người vẫn tiềm ẩn nhiều rủi ro, đặc biệt là khi chưa có các quy định điều chỉnh riêng vấn đề này.

2.1. Rủi ro pháp lý liên quan đến dữ liệu đầu vào

Ngay từ khi một AI đang trong giai đoạn được xây dựng và phát triển, rủi ro pháp lý đã xuất hiện. Để có được một AI có khả năng hiểu, phân tích và thực hiện tác vụ tốt, AI cần phải được huấn luyện bằng dữ liệu. Bên cạnh đó, để AI có thể thực hiện được tác vụ giống như con người thì một lượng dữ liệu cần lớn. Dữ liệu này nên ở mức được gọi là kho dữ liệu và chúng cần phải được cập nhật liên tục về mọi thứ liên quan hay đến từ con người.

Một cách ví von, để một đứa trẻ AI lớn nhanh, cách tốt nhất là cho chúng nhiều “ăn” càng nhiều dữ liệu. Dữ liệu càng liên quan đến con người thì AI càng giống con người. Điều này cũng đồng nghĩa, để AI phát triển tốt, dữ liệu nói chung và dữ liệu cá nhân có nguy cơ không được bảo vệ một cách hợp lý.

2.1.1. Rủi ro về thu thập dữ liệu

Nguồn dữ liệu lớn nhất mà các AI có thể khai thác, đặc biệt là đối với AI tổng hợp và tóm tắt thông tin như chatGPT, là kho dữ liệu internet. Với việc người dùng có khả năng tiếp cận các dữ liệu được bảo hộ bản quyền như tranh, tác phẩm văn học hay các thông tin cá nhân như họ tên, số định danh cá nhân, ngày tháng năm sinh thông qua công cụ tìm kiếm Google, AI cũng có khả năng tương tự.

Đầu tháng 4/2023, Ý đã ra lệnh cấm chatGPT với lo ngại AI này đang thực hiện việc thu thập dữ liệu bất hợp pháp từ người dùng.³ Trước đó, năm 2020, Mỹ đã thông qua dự thảo nhằm hạn chế dữ liệu mà hai ông lớn Google và Facebook có thể thu thập từ người dùng.⁴ Lệnh cấm của Ý và ý định hạn chế hoạt động

thu thập dữ liệu của Mỹ cho thấy, các lo ngại về rủi ro dữ liệu mạng bị các AI thu thập và xử lý là hoàn toàn có cơ sở.

2.1.2. Rủi ro về bảo mật dữ liệu cá nhân

Bên cạnh rủi ro do bị thu thập bất hợp pháp cùng với các dữ liệu khác từ người dùng, chính các hoạt động liên quan đến dữ liệu cá nhân cũng tiềm ẩn rủi ro về xâm phạm các quy định về bảo mật dữ liệu cá nhân.

Hiện nay, khi nói về bảo vệ dữ liệu cá nhân, các quy định chung về bảo vệ dữ liệu của Liên Minh Châu Âu (General Data Protection Regulation - GDPR) được xem là tiêu biểu và hoàn thiện nhất.⁵ Đồng thời, theo GDPR, dữ liệu cá nhân được định nghĩa khá rộng khi những mẫu thông tin nhỏ, gián tiếp liên quan đến một người vẫn có khả năng được xem là dữ liệu cá nhân.⁶ Chẳng hạn, thông tin về chi phí một người trả cho Netflix có thể được xem là dữ liệu cá nhân theo GDPR khi việc kết hợp thông tin này với một hoặc một số thông tin khác có thể định danh một người.⁷ Chính vì thế, khi các nhà phát triển AI muốn sử dụng dữ liệu cá nhân để huấn luyện AI của mình, họ buộc phải cân nhắc về các chế tài có thể được áp dụng lên họ theo GDPR.

Phạm vi dữ liệu được bảo vệ rộng cộng với nhiều quy định điều chỉnh hoạt động của bên thứ ba liên quan đến dữ liệu cá nhân là cơ sở để các quy định GDPR hiện giờ được đánh giá là đủ khả năng để điều chỉnh vấn đề giữa dữ liệu cá nhân và AI (đánh giá bởi nghiên cứu của Ủy ban vì Tương lai Khoa học và Công nghệ - Nghị viện Châu Âu).⁸ Tuy nhiên, điều này không loại trừ rủi ro dữ liệu cá nhân bị xâm phạm vì GDPR không trực tiếp điều chỉnh lên AI.

Đối với Việt Nam, hiện tại, thông tin cá nhân cần phải là thông tin “đủ để định danh” hay “gắn với việc xác định danh tính của một người cụ thể”, tức phải trực tiếp liên quan đến cá nhân đó.⁹ Xét theo đó, những thông tin không trực tiếp liên quan đến cá nhân nhưng có thể định danh đến cá nhân vẫn sẽ không bị điều chỉnh dù được dùng để huấn luyện AI. Điều đó cũng đồng nghĩa, dữ liệu cá nhân ở Việt Nam có khả năng bị xâm phạm cao khi các nhà phát triển AI tại Việt Nam hay sử dụng dữ liệu cá nhân ở Việt Nam thường ít bị cản trở bởi các chế tài pháp định.

³ Italy's ChatGPT ban attracts EU privacy regulators, Từ báo Reuters, <<https://www.reuters.com/technology/germany-principle-could-block-chat-gpt-if-needed-data-protection-chief-2023-04-03>> truy cập ngày 06/04/2023

⁴ Limits on personal data gathering by Google, Facebook, others advance in U.S. House, Từ báo Reuters, <<https://www.reuters.com/technology/limits-personal-data-gathering-by-google-facebook-others-advance-us-house-2022-07-20/>> truy cập ngày 06/04/2023

⁵ Quy định của GDPR sẽ được đề cập như một mốc để xem xét, đánh giá trong bài viết này; Bạch Thị Nhã Nam, 'Hoàn thiện pháp luật về bảo vệ dữ liệu cá nhân' <<http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=211048>>, truy cập ngày 03/04/2023

⁶ The General Data Protection Regulation (EU) Điều 4.1

⁷ European Parliament, Panel for the Future of Science and Technology, 'The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence' <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU\(2020\)641530_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU(2020)641530_EN.pdf)>, truy cập ngày 03/04/2023

⁸ European Parliament, Panel for the Future of Science and Technology, 'The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence'.

⁹ Luật An toàn thông tin mạng 2015, Điều 3(15); Nghị định 64/2007/NĐ-CP ngày 10/04/2007, Điều 3(5)

2.2. Rủi ro về sở hữu trí tuệ đối sản phẩm do AI tạo ra

Trong một thập kỷ gần đây, các AI dần có khả năng tạo ra các tác phẩm nghệ thuật không khác gì những nghệ sĩ, thi sĩ hay tác giả thực thụ nhờ khả năng học hỏi từ kho dữ liệu internet. Thế nhưng, khi AI tạo ra một tác phẩm, việc xác định tư cách của AI đối với tác phẩm cũng như vấn đề bảo hộ bản quyền với tác phẩm trên cũng là điều khiến nhiều người quan ngại.

Đầu tháng 03/2023, một tác phẩm tiểu thuyết có đồ họa mang tên “Zarya of the Dawn” đã được tác giả Kris Kashtanova đăng ký bản quyền. Tác phẩm này gồm phần văn bản và bố cục hình ảnh do Kashtanova tạo ra, còn phần hình ảnh đồ họa do một AI sáng tạo. Văn phòng Bản quyền Mỹ đã từ chối cấp bản quyền về phần hình ảnh cho tác giả Kashtanova bởi đó không phải là sản phẩm của con người.¹⁰ Có thể thấy, Văn phòng Bản quyền Mỹ không công nhận AI với tư cách là chủ thể sáng tạo cũng như không công nhận sản phẩm do AI tạo ra là một tác phẩm được bảo hộ.

Ở một nơi khác, cụ thể là Anh, AI dù không được công nhận tư cách là chủ thể sáng tạo nhưng sản phẩm do AI tạo ra có thể được bảo hộ và chủ sở hữu quyền tác giả sẽ là những nhà phát triển AI.¹¹

Về vấn đề bảo hộ sở hữu trí tuệ với tác phẩm do AI tạo ra ở Việt Nam, hiện nay vẫn chưa có quy định điều chỉnh. Tuy nhiên, có nhiều luồng quan điểm được đưa ra về công nhận tư cách của AI. Trong bài viết “Chat GPT và vấn đề về quyền tác phẩm do Chat GPT tạo ra”, tác giả Lê Nguyễn Hòa có quan điểm rằng tác phẩm do AI tạo ra nên được bảo hộ đồng tác giả thay vì không bảo hộ hoặc bảo hộ với tư cách chủ sở hữu quyền tác giả.¹² Trong khi đó, tác giả Nguyễn Ngọc Hồng Dương cho rằng nên ghi nhận quyền tài sản cho chủ nguồn dữ liệu mà AI dùng để sáng tạo ra tác phẩm (bao gồm chủ của tác phẩm gốc nếu tác phẩm của AI được xem là phái sinh) và quyền tài sản cho các lập trình viên, là người khiến AI có thể sáng tạo.¹³

Bất kể là công nhận tư cách tác giả của AI hay bảo hộ quyền tài sản đối với tác phẩm do AI tạo ra,

các hướng trên đều theo hướng khuyến khích bảo hộ các tác phẩm do AI tạo ra. Thế nhưng điều này đồng nghĩa, giá trị các tác phẩm bảo hộ, bất kể tác giả là ai, sẽ bị tác động tiêu cực. Điều đó là vì bảo hộ tác phẩm là cách công nhận giá trị sức sáng tạo cũng như công sức của tác giả con người. Khi các tác phẩm “mì ăn liền” được tạo ra bởi AI cũng đồng thời được công nhận, các tác giả con người sẽ dần mất đi động lực để sáng tạo ra những cái mới. Trong khi đó, khả năng sáng tạo của AI phụ thuộc vào việc học hỏi và bắt chước. Chính vì thế, giá trị pháp lý của việc công nhận và bảo hộ tác phẩm trở thành có nguy cơ bị lung lay khi cho phép công nhận và bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm của AI.

2.3. Rủi ro về trách nhiệm pháp lý từ hoạt động của AI

2.3.1. Rủi ro về trách nhiệm pháp lý không do khả năng tự hành động của AI

Khi AI học hỏi từ internet để sáng tạo ra các tác phẩm tranh, hình vẽ hay văn học, thì tác phẩm của các tác giả con người là nguồn dữ liệu chủ yếu. Cũng vì thế, nhiều tác phẩm hoàn toàn mới được AI sáng tạo ra, nhưng mang phong cách, màu sắc của một hoặc nhiều tác giả nào đó. Cùng với đó, khả năng sáng tạo của AI khiến cho nhiều người dùng cảm thấy tò mò và từ đó, một lượng đáng kể các tác phẩm nghệ thuật được tạo ra mang màu sắc, phong cách quá tương tự với tác phẩm của một hoặc một số các tác giả khác mà từ ngữ dân dã hay gọi là “đạo” trong đạo văn, đạo tranh.

Năm 2023, trên thế giới ghi nhận hàng loạt các vụ kiện, từ cá nhân, tổ chức đến tập thể, của các nghệ sĩ đối với các hệ thống AI do các hệ thống này đã “đạo” các tác phẩm của họ. Đầu năm 2023, các công ty Stability AI, Midjourney và DeviantArt đã phải đối mặt một vụ kiện tập thể với các buộc các công ty này có hành vi vi phạm bản quyền khi sử dụng hình ảnh có bản quyền của hơn chục ngàn nghệ sĩ để huấn luyện cho AI của họ và tạo ra các tác phẩm phái sinh.¹⁴ Công ty Stability AI tiếp theo đó cũng đối mặt với cáo buộc từ công ty Getty Images về xâm phạm bản quyền do AI của Stability AI tạo ra các sản phẩm hình ảnh

¹⁰ Tony Annala, 'Zarya of the Dawn: How AI is Changing the Landscape of Copyright Protection' <<https://jolt.law.harvard.edu/digest/zarya-of-the-dawn-how-ai-is-changing-the-landscape-of-copyright-protection>> truy cập ngày 05/04/2023; Thông tấn xã Việt Nam, 'Mỹ không cấp bản quyền cho các tác phẩm do AI sáng tạo' <<https://tuoitre.vn/my-khong-cap-ban-quyen-cho-cac-tac-pham-do-ai-sang-tao-20230224143823134.htm>> truy cập ngày 03/04/2023

¹¹ Văn phòng Sở hữu Trí tuệ Anh, 'Artificial intelligence call for views: copyright and related rights', <<https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-intellectual-property-call-for-views/artificial-intelligence-call-for-views-copyright-and-related-rights>> truy cập ngày 05/04/2023 ghi nhận 'The UK Group suggested that AI-generated works could be protected by a new right, lasting for 25 years, which recognises the investment AI developers make in this technology.'

¹² Lê Nguyễn Hòa, 'Chat GPT và vấn đề về quyền tác phẩm do Chat GPT tạo ra' <<https://lsvn.vn/chat-gpt-va-van-de-ve-quyen-tac-pham-do-chat-gpt-tao-ra1675658311.html>> truy cập ngày 05/04/2023

¹³ Nguyễn Ngọc Hồng Dương, 'Bảo vệ quyền tác giả đối với tác phẩm của trí tuệ nhân tạo' <<https://tapchicongthuong.vn/bai-viet/bao-ve-quyen-tac-gia-doi-voi-tac-pham-cua-tri-tue-nhan-tao-89469.htm>> truy cập ngày 05/04/2023

¹⁴ Shanti Escalante-De Mattei, 'Artists File Class Action Lawsuit Against AI Image Generator Giants' <<https://www.artnews.com/art-news/news/artists-class-action-lawsuit-against-ai-image-generator-midjourney-stability-deviantart-1234653892/>> truy cập ngày 05/04/2023

từ sao chép và “học” từ các bức ảnh bản quyền của Getty Images.¹⁵

Hiện các vụ tranh chấp này vẫn chưa đi đến hồi kết cũng như chưa có quy định để có thể dự đoán các sự điều chỉnh của pháp luật sẽ tác động như thế nào. Thế nhưng, ngay cả khi các công ty huấn luyện AI bằng các tác phẩm có bản quyền, việc một tác phẩm được xem là sao chép ra đời vẫn là do lệnh từ người dùng. Thế nên, khi AI sáng tạo ra một “đạo” phẩm, câu hỏi trách nhiệm pháp lý phát sinh từ tác phẩm đó thuộc về người dùng hay nhà phát triển AI vẫn còn bỏ ngỏ.

2.3.2. Rủi ro về trách nhiệm pháp lý do khả năng tự quyết định và hành động của một số AI

Ở một cấp độ cao, các AI cần lệnh của người dùng để cho ra các sản phẩm, chẳng hạn như các AI có khả năng sáng tạo hình ảnh hay bài viết như chatGPT. Trong bối cảnh đó, một số AI đã có khả năng tổng hợp và đưa ra quyết định khi xử lý vấn đề theo cách thức “sáng tạo” của riêng chúng. Phần lớn tư duy của AI bị ảnh hưởng và kế thừa bởi người tạo ra nó, tuy nhiên, nguyên lý hoạt động của AI lại được ví như một “hộp đen” (black box) và không ai biết chúng hoạt động chính xác như thế nào.¹⁶ Điều này cũng đồng nghĩa là rủi ro trong quá trình sử dụng các AI là khó lường trước.

Thực vậy, hàng loạt các vụ tai nạn liên quan đến ứng dụng AI trên xe tự lái đã được ghi nhận với nguyên nhân là do khả năng tự hành động của hệ thống AI. Năm 2022, gần 300 trường hợp tai nạn giao thông do hệ thống xe tự lái của Tesla được ghi nhận,¹⁷ trong đó, có 10 trường hợp tử vong được ghi nhận. Tháng 02/2023, Tesla được ghi nhận thực hiện thu hồi hơn 300 ngàn chiếc xe Tesla vì lỗi của hệ thống tự lái AI.¹⁸

Trước đó, từ khi xe tự lái bởi AI vẫn còn là những dự án trên giấy, các rủi ro về xe tự lái đã được đặt ra. Kinh điển là tình huống giả định và một câu hỏi phản biện mang tên “Sự cố Molly” với nội dung “một cô gái trẻ tên là Molly đang băng qua đường một mình và bị một chiếc xe tự lái không có người lái tông phải. Không có bất kỳ ai chứng kiến tai nạn trên. Điều gì nên xảy ra

tiếp theo?”.¹⁹

Tình huống trên làm nổi bật một vấn đề pháp lý rất đáng lưu tâm khi ứng dụng AI vào các hoạt động vốn đã chứa đựng rủi ro cao như lái xe. Câu hỏi là liệu ai sẽ chịu trách nhiệm pháp lý cho các sự cố mà AI tự ra quyết định và hành động gây thiệt hại và làm phát sinh trách nhiệm pháp lý. Liệu chủ sở hữu thiết bị gắn AI hay công ty sản xuất liệu sẽ chịu trách nhiệm pháp lý cho các sự cố trên, và phạm vi chịu trách nhiệm của các chủ thể sẽ được xác định đến đâu thì phù hợp?

Hiện nay, quy định cụ thể về trách nhiệm pháp lý của AI vẫn chưa có. Tuy nhiên, bước đầu về xác định trách nhiệm trên đã xuất hiện trong Dự thảo Đạo luật Trí tuệ nhân tạo của Liên minh châu Âu. Theo dự thảo, trách nhiệm can thiệp và khả năng gián đoạn của con người để kiểm soát hiệu quả đầu ra của các AI có rủi ro cao được nhấn mạnh.²⁰

3. Kết bài

Hiện tại, việc ứng dụng AI vào cuộc sống chứa đựng rủi ro cao. Với việc các AI liên tục được cải thiện và trở thành một ứng dụng hằng ngày của con người, chẳng hạn chatGPT nay đã được sử dụng trong hầu hết các hoạt động liên quan đến tạo văn bản, cả người dùng, người phát triển AI và thế giới đang đối mặt với những mâu thuẫn chưa được điều chỉnh bởi bất kỳ quy định nào.

¹⁵ James Vincent, 'Getty Images is suing the creators of AI art tool Stable Diffusion for scraping its content / Getty Images claims Stability AI 'unlawfully' scraped millions of images from its site. It's a significant escalation in the developing legal battles between generative AI firms and content creators' <<https://www.theverge.com/2023/1/17/23558516/ai-art-copyright-stable-diffusion-getty-images-lawsuit>>, truy cập ngày 06/04/2023

¹⁶ Khánh An, 'Góc khuất của Trí tuệ nhân tạo' <<https://cand.com.vn/Khoa-hoc-Ky-thuat-hinh-su/goc-khuat-cua-tri-tue-nhan-tao-i664313>> truy cập ngày 06/04/2023

¹⁷ Faiz Siddiqui, Rachel Lerman và Jeremy B. Merrill, 'Teslas running Autopilot involved in 273 crashes reported since last year' <<https://www.washingtonpost.com/technology/2022/06/15/tesla-autopilot-crashes/>> truy cập ngày 03/04/2023

¹⁸ Faiz Siddiqui, Rachel Lerman và Jeremy B. Merrill, 'Teslas running Autopilot involved in 273 crashes reported since last year' <<https://www.washingtonpost.com/technology/2022/06/15/tesla-autopilot-crashes/>> truy cập ngày 03/04/2023

¹⁹ 'The Molly Problem' <<https://www.itu.int/en/ITU-T/focusgroups/ai4ad/Pages/MollyProblem.aspx>> truy cập ngày 06/04/2023

²⁰ Dự thảo Đạo luật Trí tuệ nhân tạo của Liên minh châu Âu, Điều 14(1) 'High-risk AI systems shall be designed and developed in such a way, including with appropriate human-machine interface tools, that they can be effectively overseen by natural persons during the period in which the AI system is in use.'

TRÁCH NHIỆM BỒI THƯƠNG THIẾT HẠI LIÊN QUAN ĐẾN AI (ARTIFICIAL INTELLIGENCE)

Trần Mỹ Anh (K20502), Lê Ngọc Quế Anh (K20502) & Nguyễn Thị Lan Châu (K20502),
Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG-HCM

Với sự phát triển không ngừng của khoa học công nghệ như hiện nay, số lượng sản phẩm AI sẽ tăng lên đáng kể và kéo theo các vấn đề về trách nhiệm pháp lý của AI cũng sẽ được đặt ra. Việc xác định tư cách pháp lý của AI trong vấn đề bồi thường thiệt hại là một trong những thách thức đối với pháp luật nước ta. Với mục đích làm sáng tỏ vấn đề trên, nhóm tác giả của bài viết này phân tích các vấn đề pháp lý liên quan đến trách nhiệm bồi thường thiệt hại do AI gây ra, từ đó đưa ra một số kiến nghị phù hợp với thời đại công nghệ số hiện nay.

Từ khóa: Trí tuệ nhân tạo, trách nhiệm bồi thường thiệt hại, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

With the current development of science and technology, the number of AI products are increasing significantly and the issues of AI liability will also be raised. Determining the legal status of AI in the liability for compensation is one of the challenges in our law's system. For the purpose of clarifying the above issue, the authors of this journal legal studies analyze the legal issues related to liability for compensation caused by AI, thereby making some recommendations suitable to the modern digital technology age.

Keywords: Artificial intelligence; non-contractual liability, liability for compensation.

1. Khái niệm

1.1 Dưới góc độ khoa học

Trí tuệ nhân tạo (AI - Artificial Intelligence) là một ngành của khoa học thông tin - máy tính mô phỏng các quá trình trí tuệ của con người bằng máy móc, đặc biệt là hệ thống máy tính.¹ Các ứng dụng cụ thể của AI bao gồm các hệ thống chuyên gia, có khả năng tương tự con người như: Xử lý ngôn ngữ, phân tích thông tin, nhận dạng giọng nói, hình ảnh² và học hỏi kinh nghiệm mà không cần phải lập trình thêm.³ Liên minh châu Âu định nghĩa trí tuệ nhân tạo là một hệ thống các phương pháp khoa học, lý thuyết và kỹ thuật nhằm mục tiêu dùng máy tính để tái tạo khả năng nhận thức của con người, để máy tính có thể thực hiện các nhiệm vụ phức tạp mà trước đây do con người thực hiện.⁴

1.2 Dưới góc độ pháp lý

Do tính rộng của thuật ngữ "Trí tuệ nhân tạo", Việt Nam chưa có bất kỳ định nghĩa pháp lý chính thức nào về AI. Tuy nhiên, theo định nghĩa pháp lý của một số nước mà nhóm tác giả đã tổng hợp được như Liên

Minh Châu Âu, Canada (Xem: ⁵). Có thể định nghĩa AI theo góc độ pháp lý như sau: AI là các hệ thống thực hiện nhiệm vụ thông minh tương tự con người. Nhưng trên thực tế, hầu hết các định nghĩa AI đều rất mơ hồ vì thuật ngữ AI sẽ đa dạng nhiều hệ thống thuật toán thông minh khác nhau mà pháp luật rất khó để bao phủ hết. Chính vì vậy, nếu trí tuệ nhân tạo xảy ra trục trặc trong lúc hoạt động và gây ra thiệt hại thì việc xác định tư cách pháp lý của trí tuệ nhân tạo (AI) trong vấn đề bồi thường thiệt hại là một trong những thách thức rất lớn đối với pháp luật Việt Nam.

2. Phân tích

2.1 AI có khả năng gây nguy hiểm và có thể gây ra thiệt hại không?

Sự ra đời và phát triển của AI đã có những tác động nhất định đến cuộc sống của con người. Không ai có thể phủ nhận được những giá trị tích cực mà AI mang lại, và dù chúng ta có nhận ra được hay không thì AI đã và đang len lỏi vào đời sống hằng ngày qua nhiều cách, nhiều lĩnh vực. Từ các công việc nặng nhọc, nguy hiểm như gỡ bom, khám phá vũ trụ, hay phần sâu nhất của đại dương cho đến công việc đơn giản,

¹ Đỗ Giang Nam, 'Pháp luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng trước thách thức của trí tuệ nhân tạo và công nghệ số mới nổi', (Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 20 (468), tháng 10/2022), <<http://www.lappphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=211472>>, truy cập ngày 04/4/2023

² Cambridge Dictionary, 'Meaning of artificial intelligence in English', <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/artificial-intelligence>>, truy cập ngày 04/4/2023

³ George Lawton, 'artificial intelligence (AI)' <<https://www.techtarget.com/searchenterpriseai/definition/AI-Artificial-Intelligence>>, truy cập ngày 04/4/2023

⁴ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), 'European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment', December 2018, p 69

lặp đi lặp lại, AI đều đã tham gia vào như một công cụ hỗ trợ hoặc thậm chí là làm thay phần việc này cho con người.

Với sự vượt trội hơn con người ở một vài khía cạnh (tốc độ xử lý nhanh, độ chính xác cao, tính hoạt động liên tục...) cùng khoa học công nghệ ngày càng phát triển như hiện nay, AI sẽ ngày càng hiện diện dày đặc hơn trong nhiều khía cạnh của đời sống con người⁶. Từ đây, việc AI tham gia vào các mối quan hệ trong xã hội sẽ xuất hiện và dẫn đến những vấn đề phát sinh.

AI cũng tồn tại những khuyết điểm, suy cho cùng chúng cũng chỉ là những sản phẩm của con người và hoạt động theo những gì đã được lập trình sẵn hoặc câu lệnh mà chúng nhận được từ người sử dụng. Vì vậy, AI không thể mang hoàn toàn trí thông minh, nhận thức và đặc biệt là cảm xúc của một con người. Như ChatGPT⁷ đang nhận được sự quan tâm rất nhiều gần đây, một số câu trả lời mà nó đưa ra có độ chính xác chưa cao và chỉ mang tính chất tham khảo. Có thể, việc chỉ mới xuất hiện gần đây nên ChatGPT còn nhiều thiếu sót và đang trong thời gian thu thập thêm thông tin để dần hoàn thiện hơn. Tuy nhiên, cuộc sống luôn vận hành và thay đổi qua từng giây, cộng thêm việc ChatGPT thu thập thông tin từ nhiều nguồn khác nhau nhưng khả năng chọn lọc và xem xét tính chính xác vẫn còn bỏ ngỏ. Vì vậy, nếu người dùng hoàn toàn tin tưởng vào những kết quả do AI mang lại có thể mang đến những thiệt hại.

Ngoài ra, AI đôi khi có thể mắc sai lầm, phát sinh từ chính nó hoặc những trục trặc kỹ thuật đến từ nhiều nguyên nhân khác nhau như lỗi thiết kế, lập trình hoặc sản xuất, sử dụng không đúng cách... Đặc biệt là robot, hay những phần mềm AI như với xe tự lái, việc chúng gây ra nguy hiểm và thiệt hại cho con người là điều hoàn toàn có thể xảy ra. Uber's Verge - được ghi nhận là chiếc xe robot tự lái đầu tiên trên thế giới có liên quan đến một vụ tai nạn dẫn đến cái chết của nạn nhân là một phụ nữ 49 tuổi. Mặc dù kết quả cho thấy tai nạn xảy ra xuất phát từ lỗi con người, cụ thể là người điều hành xe tự lái đã không theo sát hoạt động của xe mà bị phân tâm vào điện thoại của mình. Hay

như trong vụ kiện khác, một người lái xe mô tô cho rằng anh ta bị thương ở cổ và vai sau khi một chiếc ô tô hất anh ta xuống đường khi đang di chuyển trên đường phố San Francisco. Tài xế lái ô tô ngồi ở ghế trước nhưng lại để xe ở chế độ tự lái và bỏ tay khỏi vô lăng.⁸

Như vậy, AI tuy đem lại những tác động tích cực lên đời sống con người nhưng nó cũng tiềm ẩn nhiều rủi ro, đặc biệt là nguy cơ gây mất an toàn và nguy hiểm cho con người. Thực tế chứng minh đây không còn là những giả thuyết hay suy đoán nữa mà đã có những vụ việc AI gây ra thiệt hại cho con người.

2.2 Thách thức pháp lý đặt ra trong vấn đề bồi thường thiệt hại liên quan đến AI

Việc AI có thể gây ra thiệt hại đặt ra vấn đề xác định chủ thể sẽ chịu trách nhiệm bồi thường cho những thiệt hại này. Hiện nay, đây vẫn còn là một vấn đề gây tranh cãi trên thế giới vì lĩnh vực này còn khá mới và các quốc gia vẫn đang băn khoăn về nhiều viễn cảnh phát sinh từ AI.

Xác định trách nhiệm trở nên khó khăn hơn hoạt động của AI dính đến nhiều chủ thể khác nhau. Chẳng hạn với ChatGPT như đã đề cập ở phần 2.1 nội dung bài viết, giả sử khi nó cung cấp thông tin sai cho khách hàng và dẫn đến kết quả là khách hàng bị thương tích cá nhân hoặc tổn thất tài chính, vậy ai trong số chủ sở hữu hoặc nhà cung cấp dữ liệu hoặc nhà thiết kế phải chịu trách nhiệm? Không có một câu trả lời rõ ràng và sẽ phụ thuộc vào hoàn cảnh của từng trường hợp. Các yếu tố có thể được đặt ra để xem xét là mức độ tham gia, theo dõi và giám sát AI của các chủ thể hoặc người có năng lực và khả năng cao nhất để kiểm soát hoặc tác động đến hành động của AI⁹.

Hiện nay, AI không được xem như một thể nhân hoặc chưa được nhân cách hóa, tức nó không thể đứng ra chịu trách nhiệm cho thiệt hại xảy ra. Nếu một người dọn dẹp làm bị thương người khác, người dọn dẹp đó sẽ phải chịu trách nhiệm với thiệt hại mà họ gây ra. Ngược lại với một robot dọn dẹp, chúng không thể tự mình chịu trách nhiệm mà lúc này sẽ quy cho nhà sản xuất, cung cấp chúng. Nhưng nếu họ đã giám

⁵ Định nghĩa của Liên minh Châu Âu: "Trí tuệ nhân tạo (AI) đề cập đến các hệ thống thể hiện hành vi thông minh bằng cách phân tích môi trường của chúng và thực hiện các hành động - với một số mức độ tự chủ - để đạt được các mục tiêu cụ thể.". Xem: Ủy ban châu (2019), 'Ethics Guidelines for Trustworthy AI' (Ủy ban Châu Âu, 08/4/2019), <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>>, truy cập ngày 06/4/2023

⁶ Định nghĩa của Canada: "Trí tuệ nhân tạo (AI) đề cập đến các thuật toán và mô hình máy tính thực hiện các nhiệm vụ thường yêu cầu trí thông minh giống con người như nhận thức thị giác, nhận dạng giọng nói, ra quyết định và dịch ngôn ngữ.". Xem: Chính phủ Canada. (2022). 'Artificial Intelligence', <<https://www.ic.gc.ca/eic/site/125.nsf/eng/h00002.html>>, truy cập ngày 06/4/2023

⁷ Theo một báo cáo của PwC (một trong bốn công ty kiểm toán hàng đầu thế giới) dự đoán rằng AI sẽ có tác động to lớn đến các ngành sau: chăm sóc sức khỏe; ô tô; các dịch vụ tài chính; bán lẻ và tiêu dùng; công nghệ, truyền thông và, giải trí; chế tạo; năng lượng; và vận tải và logistics.

⁸ ChatGPT, viết tắt của Chat Generative Pre-training Transformer, là một chatbot do công ty OpenAI của Mỹ phát triển và ra mắt vào tháng 11 năm 2022. Nó có một mô hình dựa trên ngôn ngữ được phát triển để tương tác với con người theo cách đàm thoại.

⁹ Nilsson v. General Motors LLC 1/2018, pp. 2-3 and Silverman - Wilson - Goggans 2018, pp. 57-58

¹⁰ Inam Wilson, Tolulope Falokun, 'Liability for damage caused by artificial intelligence', <<https://www.templars-law.com/app/uploads/2021/11/Artificial-Intelligence.pdf>>, truy cập ngày 05/04/2023

sát hoạt động của robot đúng cách, cung cấp dịch vụ bảo trì thích hợp, chẳng hạn như thông qua các bản cập nhật phần mềm, tức không thể chứng minh rằng họ đã cung cấp một sản phẩm bị lỗi, không có mối quan hệ nhân quả với thiệt hại xảy ra thì sẽ giải quyết như thế nào? Xu hướng cho thấy trong trường hợp này, thiệt hại phát sinh như một sự sai sót trong việc sử dụng hoặc khai thác máy móc, và Tòa án sẽ không áp dụng trách nhiệm đối với thiệt hại này lên cho AI¹⁰.

Những tranh chấp xoay quanh chủ thể nào sẽ chịu trách nhiệm kéo theo vấn đề về nghĩa vụ chứng minh sẽ thuộc về ai? Một thống kê cho thấy độ phức tạp và một số đặc điểm của AI khiến cho bên bị thiệt hại gặp khó khăn trong việc chứng minh rằng sản phẩm AI đó bị lỗi hoặc nhà sản xuất, cung cấp đã có sự thiếu sót dẫn đến thiệt hại¹¹. Tuy nhiên, họ có thể chứng minh việc đã sử dụng AI một cách hợp lý, đúng theo những gì được chỉ dẫn. Và người dùng ác ý, có lỗi trong việc sử dụng AI và gây ra thiệt hại sẽ phải chịu trách nhiệm. Ngược lại, nếu giao việc chứng minh cho những người vận hành hệ thống AI, họ có thể sử dụng sự am hiểu của mình để thoát trách nhiệm miễn là họ có thể chứng minh rằng đã thực hiện giám sát và bảo trì đầy đủ. Trong khi AI luôn tiềm ẩn những khả năng lỗi hoặc trục trặc kỹ thuật chưa được biết đến và có thể xảy ra trong tương lai. Từ đây, một đề xuất cho rằng các nhà phát triển AI không chỉ chịu trách nhiệm cho các lỗi phần mềm mà còn đối với tác động tiềm ẩn của AI liên quan đến sức khỏe, tinh thần của người dùng¹². Nhưng quy định của pháp luật cũng cần cân nhắc đến lợi ích của các nhà phát triển AI, khi việc áp dụng họ quá nhiều gánh nặng về trách nhiệm có thể ảnh hưởng đến đổi mới sáng tạo và sự phát triển của AI¹³.

2.3 Thực tiễn pháp luật về xác định chủ thể chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại do AI gây ra¹⁴

2.3.1. Bất cập trong pháp Luật Việt Nam

Hiện tại không thể kiện một hệ thống trí tuệ nhân tạo vì nó không có tư cách pháp lý. Pháp luật Việt Nam quy định trong Bộ luật dân sự 2015, để một cá

nhân hay tổ chức có quyền hoặc các nghĩa vụ dân sự, cá nhân hoặc tổ chức đó phải được xác lập tư cách pháp lý là “cá nhân” hay “pháp nhân”.

Xét về bản chất, trí tuệ nhân tạo không phải một con người để được xem là cá nhân dù nó có thể có cảm xúc và tư duy. Tuy nhiên, hiện tại pháp luật Việt Nam nhìn nhận trí tuệ nhân tạo dưới góc độ như một loại tài sản đặc biệt. Do vậy các đối tượng thông minh không có tư cách chủ thể pháp lý và chưa được sửa đổi để có thể kiện hoặc bị kiện. Nếu trí tuệ nhân tạo gây hại, bên bị thiệt hại phải kiện chủ nhân của nó.¹⁵ Tuy nhiên nếu nhìn nhận vấn đề về việc trí tuệ nhân tạo tự “học” tập tư duy để đưa ra quyết định dẫn đến thiệt hại, người sử dụng khó biết được và không kiểm soát được “mong muốn” gây thiệt hại của trí tuệ nhân tạo. Vì trí tuệ nhân tạo là một loại tài sản có tư duy và cảm xúc. Vì vậy nhìn xa hơn, cần bàn luận xem có nên xác lập tư cách chủ thể của trí tuệ nhân tạo hay không? So sánh trí tuệ nhân tạo với các công ty, các công ty cũng không được coi là các thực thể pháp lý riêng biệt với chủ sở hữu là con người trong một thời gian dài trong lịch sử. Tuy nhiên, theo thời gian, các nhà lập pháp đã từ bỏ mô hình coi các công ty chỉ là tài sản và trao cho chúng một tư cách nhân tạo độc lập (pháp nhân) cho phép chúng kiện và bị kiện. Do đó, đối với các trí tuệ nhân tạo, nó sẽ cần phải được thiết lập tư cách chủ thể như vậy.¹⁶

Tuy nhiên, đó là một chặng đường dài trong lịch sử, ở giai đoạn trước mắt vẫn cần có một chế định quy định về nghĩa vụ bồi thường đối với thiệt hại do AI gây ra.

Quy định pháp luật Việt Nam không có quy định cụ thể đối với trường hợp bồi thường thiệt hại đối với thiệt hại do trí tuệ nhân tạo gây ra. Theo đó, Việt Nam có chế định quy định trách nhiệm đối với thiệt hại do tài sản gây ra. Tuy nhiên, đối tượng của tài sản này không bao gồm loại tài sản đặc biệt là trí tuệ nhân tạo. Vì vậy thực tiễn áp dụng rõ ràng có thể thấy là pháp luật quy định chưa rõ ràng, cụ thể. Tuy nhiên,

¹⁰ Wendeorst, C. (2022), “AI liability in Europe: anticipating the AI Liability Directive”, <<https://www.adalovelaceinstitute.org/report/ai-liability-in-europe/>>, truy cập ngày 05/04/2023

¹¹ European Commission (2021), ‘Civil liability – adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence’, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Civil-liability-liability-adapting-liability-liability-rules-to-the-digital-age-and-artificial-intelligence_en>, truy cập ngày 05/04/2023

¹² Một dự luật mới tại EU bổ sung cho Đạo luật AI sẽ trao cho mọi người quyền kiện đòi bồi thường thiệt hại sau khi bị hệ thống AI làm hại với mục tiêu là quy trách nhiệm cho các nhà phát triển, nhà sản xuất và yêu cầu họ giải thích cách AI được xây dựng, vận hành. Các công ty công nghệ không tuân thủ các quy tắc có nguy cơ bị kiện tập thể trên toàn EU. Xem thêm: MIT Technology review, ‘The EU wants to put companies on the hook for harmful AI’, <<https://www.technologyreview.com/2022/10/01/1060539/eu-tech-policy-harmful-ai-liability/>>, truy cập ngày 05/4/2023

¹³ John Villaseñor, “Products liability law as a way to address AI harms”, <<https://www.brookings.edu/research/products-liability-law-as-a-way-to-address-ai-harms/>>, truy cập ngày 05/04/2023

¹⁴ Lưu Minh Sang, Trần Đức Thành, ‘Trí tuệ nhân tạo và những thách thức pháp lý’, (TP.HCM 29/05/2020), <<https://vjst.vn/vn/tin-tuc/3303/tri-tue-nhan-tao-va-nhung-thach-thuc-phap-ly.aspx>>, truy cập ngày 05/4/2023

¹⁵ Dương Quỳnh Hoa, ‘Trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong kỷ nguyên trí tuệ nhân tạo’ (Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 09 (409), tháng 5/2020), <<http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=210549>>, truy cập ngày 05/4/2023

¹⁶ Dương Quỳnh Hoa, ‘Trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong kỷ nguyên trí tuệ nhân tạo’ (Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 09 (409), tháng 5/2020), <<http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=210549>>, truy cập ngày 05/4/2023

pháp luật hiện hành có những quy định có thể điều chỉnh được vấn đề bồi thường thiệt hại liên quan đến AI như Luật Chất lượng sản phẩm hàng hóa 2007, sửa đổi bổ sung 2018, hay chế định bồi thường ngoài hợp đồng trong Bộ luật Dân sự 2015. Tuy nhiên theo hai cơ chế trên thì chỉ xác lập được trách nhiệm của người sản xuất và người tiêu dùng mà không đề cập đến người thứ ba chiếm hữu trái phép trí tuệ nhân tạo, trong thời gian chiếm hữu trái phép thì trí tuệ nhân tạo gây thiệt hại thì trách nhiệm bồi thường được chia như thế nào.

2.3.2. Kinh nghiệm từ pháp luật các nước trên thế giới

Hiện nay hầu hết các quốc gia trên thế giới chưa công nhận tư cách chủ thể cho trí tuệ nhân tạo. Điều này có nghĩa là AI không có tư cách pháp lý để tự chịu trách nhiệm bồi thường cho thiệt hại mà mình gây ra.¹⁷

Công ước Liên hợp quốc về sử dụng thông tin điện tử trong hợp đồng quốc tế quy định Điều 12 về trách nhiệm đối với thiệt hại do máy tính gây ra. Theo đó, một người (dù là thể nhân hay pháp nhân) thay mặt cho máy tính được lập trình cuối cùng phải chịu trách nhiệm cho bất kỳ thiệt hại nào được tạo bởi máy¹⁸. Như vậy, có thể hiểu, người chịu trách nhiệm đối với thiệt hại do AI gây ra là người đang sử dụng AI lúc AI gây thiệt hại. Chung quy lại cả trong Công ước quốc tế cũng chưa có một văn bản chính thức quy định chuyên về trách nhiệm pháp lý của AI.

Tuy nhiên, đối với một số quốc gia phát triển, nhu cầu phát triển công nghệ mới trí tuệ nhân tạo là cực kỳ cao. Nhằm phục vụ cho nhu cầu đó thì cũng cần hoàn thiện khung pháp lý đối với chủ thể pháp lý đặc biệt là AI. Liên quan đến trí tuệ nhân tạo, pháp luật Châu Âu đã có những văn bản luật chuyên ngành để điều chỉnh về trí tuệ nhân tạo như Nghị quyết của Nghị viện Châu Âu ngày 16 tháng 2 năm 2017 với các khuyến nghị đối với Ủy ban về Quy tắc Luật Dân sự về Người máy (2015/2103(INL))¹⁹.

Theo đó, pháp luật Châu Âu đã đi trước trong việc đưa ra những khuyến nghị cụ thể để thành lập nên một văn bản luật chuyên ngành là Quy tắc Luật Dân sự về Người máy. Trong Nghị quyết, Châu Âu đã xác định được mục tiêu lâu dài của nền pháp lý về trí tuệ nhân tạo là xác lập tư cách chủ thể cho chủ thể đặc biệt trí tuệ nhân tạo với cái tên “người điện tử” song song

với tư cách “cá nhân”, “pháp nhân”. Tuy nhiên, trước mắt, Châu Âu vẫn xác định rằng, những trách nhiệm về bồi thường thiệt hại do AI gây ra phải do con người chịu (Điều 56). Vì vậy lúc này cần xét đến hai vai trò “con người” quan trọng là người sản xuất và người tiêu dùng dưới hai góc độ “trách nhiệm nghiêm ngặt” và “quản lý rủi ro”. Theo đó, việc chịu trách nhiệm sẽ được phân bổ cho cả nhà sản xuất và người tiêu dùng dựa trên đánh giá về mối quan hệ nhân quả và người có khả năng hành động cầu thủ dẫn đến việc AI gây ra thiệt hại (Theo Điều 54, 55). Bên cạnh đó, để đảm bảo nghĩa vụ bồi thường đối với thiệt hại xảy ra, Châu Âu đã khuyến nghị thành lập một quỹ bảo hiểm trí tuệ nhân tạo đối với nhà sản xuất và người sử dụng, theo đó nghĩa vụ mua bảo hiểm sẽ thuộc về nhà sản xuất và người tiêu dùng có quyền theo quy định tại Điều 57, 58.

3. Kiến nghị

Xây dựng một chế định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do trí tuệ nhân tạo gây ra trong chế định bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Theo đó quy định cụ thể và chi tiết về phân bổ trách nhiệm giữa các chủ thể: Nhà sản xuất, người tiêu dùng (chủ sở hữu), người thứ ba chiếm hữu trái pháp luật.

Để đảm bảo các khoản thiệt hại do trí tuệ nhân tạo gây ra được chi trả kịp thời, nên thiết lập một chương trình bảo hiểm bắt buộc, tương tự như bảo hiểm cho xe ô tô. Có thể dựa trên nghĩa vụ của nhà sản xuất phải mua bảo hiểm cho trí tuệ nhân tạo mà họ sản xuất. Ngoài ra để giảm bớt gánh nặng cho nhà sản xuất, khoản mua bảo hiểm này nên được quy định được tính bao nhiêu phần trăm vào chi phí thanh toán lần bán ra thứ nhất nhằm đảm bảo người tiêu dùng sẽ san sẻ một phần gánh nặng cho nhà sản xuất.

4. Kết luận

Trong bối cảnh Việt Nam đang hướng đến hiện đại hoá, công nghệ hoá, nhất là toàn cầu hoá thì lĩnh vực công nghệ AI là một bước tiến quan trọng cần được thúc đẩy. Song song với việc học hỏi kinh nghiệm và chuyển giao công nghệ, Việt Nam phải xây dựng một khung pháp lý vững chắc làm nền tảng cho phát triển công nghệ, kinh tế.

¹⁷ Cục Sở hữu trí tuệ, ‘Một số tác động của công nghệ trí tuệ nhân tạo tới hệ thống bảo hộ sáng chế’ (TP. HCM 28/04/2020), <<https://www.most.gov.vn/tin-tuc/17709/mot-so-tac-dong-cua-cong-nghe-tri-tue-nhan-tao-to-i-he-thong-bao-ho-sang-che.aspx>> truy cập ngày 05/4/2023

¹⁸ Lưu Minh Sang, Trần Đức Thành, ‘Trí tuệ nhân tạo và những thách thức pháp lý’, (TP.HCM 29/05/2020), <<https://vjst.vn/vn/tin-tuc/3303/tri-tue-nhan-tao-va-nhung-thach-thuc-phap-ly.aspx>> truy cập ngày 05/4/2023

¹⁹ Nghị quyết của Nghị viện Châu Âu ngày 16 tháng 2 năm 2017 với các khuyến nghị đối với Ủy ban về Quy tắc Luật Dân sự về Người máy (2015/2103(INL)), <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.pdf> truy cập ngày 05/4/2023

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Văn bản quy phạm pháp luật

1. Bộ luật Dân sự 2015 số 91/2015/QH13
2. Luật Chất lượng sản phẩm hàng hóa 2007, sửa đổi bổ sung 2018 số 05/2007/QH12
3. Nghị quyết của Nghị viện Châu Âu ngày 16 tháng 2 năm 2017 với các khuyến nghị đối với Ủy ban về Quy tắc Luật Dân sự về Người máy (2015/2103(INL)), <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.pdf>, truy cập ngày 05/4/2023

Sách

1. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), 'European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment', December 2018.

Án lệ, bản án

1. Nilsson v. General Motors LLC 1/2018, pp. 2-3 and Silverman – Wilson – Goggans 2018, pp. 57-58.

Bài viết

1. Đỗ Giang Nam, 'Pháp luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng trước thách thức của trí tuệ nhân tạo và công nghệ số mới nổi', (Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 20 (468), tháng 10/2022), <<http://www.lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=211472>>
2. Lưu Minh Sang, Trần Đức Thành, 'Trí tuệ nhân tạo và những thách thức pháp lý', (TP.HCM 29/05/2020), <<https://vjst.vn/vn/tin-tuc/3303/tri-tue-nhan-cao-va-nhung-thach-thuc-phap-ly.aspx>>
3. Dương Quỳnh Hoa, 'Trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong kỷ nguyên trí tuệ nhân tạo' (Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 09 (409), tháng 5/2020), <<http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=210549>>
4. Cục Sở hữu trí tuệ, 'Một số tác động của công nghệ trí tuệ nhân tạo tới hệ thống bảo hộ sáng chế' (TP. HCM 28/04/2020), <<https://www.most.gov.vn/vn/tin-tuc/17709/mot-so-tac-dong-cua-cong-nghe-tri-tue-nhan-cao-toi-he-thong-bao-ho-sang-che.aspx>>

Nguồn điện tử

1. Cambridge Dictionary, 'Meaning of artificial intelligence in English', <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/artificial-intelligence>>
2. George Lawton, 'artificial intelligence (AI)', <<https://www.techtarget.com/searchenterpriseai/definition/AI-Artificial-Intelligence>>
3. Ủy ban châu Âu (2019), 'Ethics Guidelines for Trustworthy AI' (Ủy ban Châu Âu, 08/4/2019), <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>>
4. Chính phủ Canada. (2022). 'Artificial Intelligence', <<https://www.ic.gc.ca/eic/site/125.nsf/eng/h00002.html>>
5. Andrew J. Hawkins, "Uber is at fault for fatal self-driving crash, but it's not alone", <<https://www.theverge.com/2019/11/19/20972584/uber-fault-self-driving-crash-ntsb-probable-cause>>
6. Inam Wilson, Tolulope Falokun, 'Liability for damage caused by artificial intelligence', <<https://www.templars-law.com/app/uploads/2021/11/Artificial-Intelligence.pdf>>
7. Wendehorst, C. (2022), 'AI liability in Europe: anticipating the AI Liability Directive', <<https://www.adalovelaceinstitute.org/report/ai-liability-in-europe/>>
8. European Commission (2021), 'Civil liability – adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence', <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Civil-liability-liability-adapting-liability-rules-to-the-digital-age-and-artificial-intelligence_en>
9. MIT Technology review, 'The EU wants to put companies on the hook for harmful AI', <<https://www.technologyreview.com/2022/10/01/1060539/eu-tech-policy-harmful-ai-liability/>>
10. John Villasenor, "Products liability law as a way to address AI harms", <<https://www.brookings.edu/research/products-liability-law-as-a-way-to-address-ai-harms/>>

TRÍ TUỆ NHÂN TẠO TRONG THUẬT TOÁN ĐỊNH GIÁ THỊ TRƯỜNG VÀ NGUY CƠ HẠN CHẾ CẠNH TRANH

Nguyễn Tuấn Quang,
Sinh viên Trường Đại học Luật TP. HCM

Hiện nay, Cuộc Cách mạng công nghệ (CMCN) 4.0 đang diễn ra với tốc độ nhanh chóng với sự xuất hiện của trí tuệ nhân tạo (AI – artificial intelligence). Sự xuất hiện của trí tuệ nhân tạo đã dẫn đến những thay đổi lớn trên đa lĩnh vực toàn cầu. Bên cạnh những điểm tích cực, trí tuệ nhân tạo trong những năm gần đây đã bộc lộ được các thách thức, hạn chế trong đời sống, đặc biệt là trong những vấn đề pháp lý xoay quanh trí tuệ nhân tạo. Với một nền kinh tế thị trường đang phát triển, Việt Nam cũng không thể đứng ngoài xu thế của thế giới. Cụ thể tại Nghị quyết số 52 – NQ/TW của Bộ Chính trị và Quyết định số 127/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ đã nhấn mạnh và xây dựng chính sách ưu tiên nguồn lực cho triển khai một số chương trình nghiên cứu trọng điểm quốc gia về các công nghệ ưu tiên mà một trong những trọng tâm là trí tuệ nhân tạo. Do vậy, việc nghiên cứu trí tuệ nhân tạo là vô cùng cần thiết để qua đó tìm ra những rủi ro về mặt pháp lý có thể xảy ra khi áp dụng trí tuệ nhân tạo vào cuộc sống.

Từ khóa: trí tuệ nhân tạo; thuật toán định giá thị trường; thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

Currently, the Industrial Revolution 4.0 is taking place at a rapid pace with the emergence of artificial intelligence (AI). The emergence of artificial intelligence has led to great changes in many global fields. Besides the positive points, artificial intelligence in recent years has revealed challenges and limitations in life, especially in legal issues surrounding artificial intelligence. With a developing market economy, Vietnam cannot stay out of the trend of the world. Specifically, in Resolution No. 52 - NQ/TW of the Politburo and Decision No. 127/QĐ-TTg of the Prime Minister emphasized and developed a policy of prioritizing resources for the implementation of a number of research programs. National focus on priority technologies, one of which is artificial intelligence. Therefore, the study of artificial intelligence is extremely necessary to find out the legal risks that may occur when applying artificial intelligence to life.

Keyword: artificial intelligence; market valuation algorithm; antitrust law.

Để hiểu biết về trí tuệ nhân tạo nói chung cần phải có sự hiểu biết về khái niệm, đặc điểm của trí tuệ nhân tạo, ứng dụng của trí tuệ nhân tạo trong lĩnh vực cụ thể. Tuy thuật toán định giá thị trường đem lại nhiều lợi ích cho cả người dùng và các doanh nghiệp trên thị trường, trí tuệ nhân tạo luôn là một tiềm ẩn về rủi ro vi phạm luật cạnh tranh (luật chống độc quyền). Tại sao việc sử dụng thuật toán định giá thị trường có tiềm ẩn về rủi ro vi phạm luật cạnh tranh? Để trả lời cho câu hỏi trên đây, cần phải nghiên cứu làm rõ những vấn đề sau đây.

1. Khái niệm trí tuệ nhân tạo

Trí tuệ nhân tạo là một cụm từ hiểu là trí tuệ được tạo ra bởi nhân loại, con người là trí tuệ không sẵn có trong tự nhiên.

Không có một định nghĩa được sử dụng chung khi diễn tả như thế nào là trí tuệ nhân tạo. Định nghĩa đầu tiên về AI được John McCarthy đưa ra vào những năm 1950s. Ông nhận định rằng: "AI (artificial intelligent) là bộ môn khoa học và kỹ thuật tạo ra các máy móc thông minh, đặc biệt là các chương trình máy tính thông minh". Tuy nhiên tại thời điểm đó ông cũng nhận xét rằng chưa thể đưa ra một khái niệm chính

thức về trí tuệ thông minh vì con người chưa thể mô phỏng được những thuật toán để biến trí tuệ nhân tạo đó trở nên thông minh. Ông cũng cho rằng một cỗ máy được coi là thực sự thông minh khi nó có thể tự phát triển trên những gì được lập trình. Ví dụ: Khi sử dụng mid Journey Bot: người dùng gửi vào hộp thoại của hệ thống các câu lệnh, qua việc đọc câu lệnh đó, hệ thống sẽ thực hiện tìm kiếm thông tin trên mạng (open source), tái tạo lại các hình ảnh và gửi qua cho người dùng hình ảnh mong muốn.

Trong đầu những năm 90, trong cuốn "Thời đại của những cỗ máy thông minh", Raymond Kurzweil cho

rằng "AI là một thứ chưa thể nắm rõ được với ngành khoa học máy tính hiện nay", Ông cũng cho rằng "Tại thời điểm này con người có khả năng suy nghĩ cách xa những cỗ máy thông minh nhưng không thể phủ nhận sự phát triển nhanh chóng của những cỗ máy này. Và không thể phủ nhận rằng tại một thời điểm trong tương lai trí tuệ nhân tạo hoàn toàn có thể vượt xa trí tuệ con người".

Các nhà luật gia cũng có những định nghĩa riêng về AI. Matthew U. Scherer cho rằng đó là những cỗ máy có khả năng thực hiện được những nhiệm vụ, mà nhiệm vụ đó khi được thực hiện bởi con người thì sẽ đòi hỏi trí thông minh. Bên cạnh đó, Rex Martinez với quan điểm AI là hệ thống, chương trình, phần mềm hoặc thuật toán có khả năng hoạt động tự chủ để suy nghĩ thấu đáo và hành động như một con người, từ đó đưa ra quyết định hoặc cung cấp kết quả đầu ra¹.

Mặc dù vẫn còn là một lĩnh vực còn mới tại thời điểm hiện tại, pháp luật trên thế giới cũng đã đưa ra những điều chỉnh, nghiên cứu về lĩnh vực này.

Theo WIPO (World Intellectual Property Organization), trí tuệ nhân tạo (AI – artificial intelligent) là một nhánh của khoa học máy tính. Việc xây dựng trí tuệ nhân tạo nhằm xây dựng các cỗ máy hoặc những hệ thống có thể thực hiện những công việc yêu cầu trí tuệ con người. Học máy (machine learning) và học sâu (deep learning) là hai nhánh nhỏ của trí tuệ nhân tạo. Trong những năm gần đây, mạng nơ ron nhân tạo (neural Network) là xu thế trong việc nghiên cứu và xây dựng trí tuệ nhân tạo. Neural Network là chuỗi những thuật toán được đưa ra để hỗ trợ tìm kiếm những mối quan hệ cơ bản của một tập hợp dữ liệu dựa vào việc bắt chước cách thức hoạt động từ não bộ con người. Với kỹ thuật này trí tuệ nhân tạo đã có thể thực hiện những công việc tương tự con người, thậm chí trong nhiều trường hợp có thể vượt qua những gì con người có thể làm được. Cụ thể, trong những năm gần đây trí tuệ nhân tạo có thể: mô phỏng hành vi của con người khi nói chuyện với nhau thông qua 1 ứng dụng; Bắt chước nhận thức, hành vi của con người; dự đoán tương lai cũng như là ngăn ngừa thiên tai.

Theo báo cáo của WIPO "Để phục vụ những mục đích của báo cáo, hệ thống trí tuệ nhân tạo được nhìn nhận chủ yếu như những hệ thống học hỏi; đó là, những máy móc có thể thực hiện những công việc nào đó tốt hơn con người. Định nghĩa này bao gồm rất nhiều loại kỹ thuật và ứng dụng [...] và có thể phân ra thành nhiều loại công nghệ khác nhau. Những kỹ thuật

và ứng dụng trong báo cáo liên quan đến những nhiệm vụ đơn lẻ thực hiện bởi hệ thống trí tuệ nhân tạo, được biết tới là "trí tuệ nhân tạo theo nghĩa hẹp".

Bên cạnh đó, theo quy định tại dự thảo Luật tiêu chuẩn châu Âu hài hòa đối với trí tuệ nhân tạo, tại Khoản 1 Điều 3 cho rằng "Hệ thống trí tuệ nhân tạo là hệ thống được phát triển bởi một hay nhiều kỹ thuật, có thể bao gồm cả học máy (machine learning); deep learning (học sâu), thông qua những cú pháp được sử dụng, cỗ máy hay hệ thống có thể đưa ra nội dung được yêu cầu, dự đoán, khuyến nghị".

Văn phòng nghiên cứu công nghệ của chính phủ Anh cũng đưa ra khái niệm cho rằng "AI là khả năng của công nghệ kỹ thuật số có thể tạo ra các hệ thống thực hiện các nhiệm vụ được cho là đòi hỏi trí thông minh".

Bên cạnh định nghĩa về trí tuệ nhân tạo thông thường, WIPO còn đưa ra các khái niệm cụ thể về "trí tuệ nhân tạo tổng thể" (artificial general intelligence) và "siêu trí tuệ thông minh nhân tạo" (super intelligence) cụ thể:

- Trí tuệ nhân tạo là tổng thể là những hệ thống trí tuệ nhân tạo có khả năng thực hiện thành công bất cứ nhiệm vụ trí tuệ nào được thực hiện bởi não bộ con người.

- Siêu trí tuệ thông minh nhân tạo là một cỗ máy theo giả thuyết có khả năng vượt xa bộ máy con người.²

Như vậy, trí tuệ nhân tạo thường được coi như là một ngành khoa học hay những cỗ máy/ hệ thống được xây dựng nhằm thực hiện công việc đòi hỏi trí thông minh của con người. Những máy móc này có thể thực hiện công việc tốt hơn cả con người và cần rất ít sự can thiệp của con người. Do vậy trí tuệ nhân tạo không phải là một phát minh thông thường mà nó là một phát minh tạo ra nhiều phát minh khác.

2. Đặc điểm của trí tuệ nhân tạo

Thứ nhất, trí tuệ nhân tạo có khả năng nhập dữ liệu

Dữ liệu mà con người tạo ra hàng ngày đang được tăng lên theo cấp số nhân. Tất cả các dữ liệu này được cập nhật liên tục và rất khó để các hệ thống cơ sở dữ liệu thông thường có thể nhập và lưu tất cả vào hệ thống. Do đó, các hệ thống AI đã được phát triển để thu thập và phân tích dữ liệu, đây là hệ thống rất hữu ích với tất cả mọi người.

Bên cạnh đó, một hệ thống thông minh nhân tạo sẽ lưu trữ nhiều thông tin về nhiều vấn đề, từ nhiều nguồn

¹ Nguyễn Huỳnh Nhã Trúc, Nguyễn Lê Anh Thư, Trương Phan Loan Trinh, Nguyễn Mạnh Tuấn, Nguyễn Khánh Vy, 'Trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng do trí tuệ nhân tạo gây ra – kinh nghiệm nước ngoài và gợi mở cho Việt Nam' (Công trình nghiên cứu khoa học sinh viên cấp trường lần thứ 26 Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh)

² Bùi Hoàng Lâm, 'Tác động của trí tuệ nhân tạo (AI) đến sự thay đổi của hệ thống pháp luật sở hữu trí tuệ Việt Nam': (Đề tài sinh viên nghiên cứu khoa học / Trường Đại học Luật Hà Nội; Phạm Minh Huyền hướng dẫn)

khác nhau. Tất cả điều này đều xuất hiện trên hệ thống một cách đồng thời hoặc đồng bộ, nhập và đồng bộ hàng triệu dữ liệu 1 lúc.

Thứ hai, trí tuệ nhân tạo có khả năng học sâu (Deep learning)

Học sâu là một nhánh của lĩnh vực học máy liên quan đến các thuật toán bắt chước cách thức hoạt động của bộ não cả về cấu trúc và chức năng³. Trí tuệ nhân tạo có khả năng học hỏi sâu về một đối tượng khả năng học sâu. Trí tuệ nhân tạo bắt chước nhận thức, hành vi của con người và dự đoán tương lai cũng như là ngăn ngừa thiên tai. Khả năng nhận dạng khuôn mặt xác định là dựa vào những điểm nút của khuôn mặt. Khả năng phân tích khuôn mặt có khả năng cho phép người dùng hiểu vị trí các khuôn mặt tồn tại trong hình ảnh hoặc video, cũng như các thuộc tính mà khuôn mặt đó có.

Thứ ba, trí tuệ nhân tạo có tính năng trợ lý ảo (Chatbots)

Chatbots là một phần mềm cho phép trò chuyện với người dùng để giải quyết bất kỳ vấn đề nào của họ, thông qua các phương pháp liên quan đến thính giác hoặc nhắn tin. Phần mềm này sẽ mô phỏng hành vi của con người khi nói chuyện với nhau thông qua 1 ứng dụng. Nhiều công ty hiện nay đã sử dụng Chatbot như một phương tiện để phục vụ khách hàng tốt hơn, ví dụ như Swiggy và Nykaa. Không chỉ nói chuyện với con người, chatbot tại thời điểm hiện tại có thể thực hiện những công việc được con người giao cho một cách thành thạo. Ví dụ: Chat bot GPT có khả năng tổng hợp thông tin và trả lời câu hỏi của người dùng một cách nhanh chóng.

3. Ứng dụng của trí tuệ nhân tạo trong lĩnh vực định giá hàng hóa/dịch vụ thị trường

AI đã đóng vai trò rất lớn trong việc hỗ trợ và hoàn thiện cuộc sống con người, bởi lẽ bằng sự chính xác gần như đến tuyệt đối, được điều khiển bằng hệ thống thuật toán tinh vi thì AI có thể làm những việc mà con người khó có thể thực hiện. Với khả năng học sâu của mình trí tuệ nhân tạo nhận thức được các hành vi, các chuyển biến trong các hoạt động của con người, thông qua đó nhận thức được thể giới quan xung quanh. Trí tuệ nhân tạo không chỉ nhận thức được quá khứ, hiện tại mà còn có khả năng dự đoán tương lai. Do vậy, gần đây, các doanh nghiệp đang ngày càng sử dụng trí tuệ

nhân tạo như là một công cụ để dự đoán nhu cầu của thị trường, của người tiêu dùng. Thông qua đó họ dự đoán xu hướng tiêu dùng của thị trường, phát triển sản phẩm, đưa ra mức giá thành cụ thể tùy theo mức cung cầu của thị trường. Thuật toán định giá cả hàng hóa/dịch vụ của trí tuệ nhân tạo có thể thực hiện các công việc sau:

Thứ nhất, đồng hóa và xử lý gần như ngay lập tức khối lượng thông tin đáng kể liên quan đến giá bán hàng hóa/dịch vụ của đối thủ cạnh tranh, nhu cầu, giá cả và những hàng hóa có khả năng thay thế, kể cả những thông tin cá nhân của khách hàng.

Thứ hai, không chỉ phán đoán nhu cầu của khách hàng, mà trí tuệ nhân tạo còn có thể ngay lập tức cập nhật và báo lại cho doanh nghiệp về sự tăng hay giảm đột ngột của hàng hóa/dịch vụ đối thủ cạnh tranh của mình cung cấp.

Thứ ba, tối ưu hóa giá cả và quản lý doanh thu là hai trong số những khía cạnh nổi bật nhất mà bất kỳ doanh nghiệp nào cũng cần giải quyết. Tuy nhiên, việc đưa trí tuệ nhân tạo để giải quyết không chỉ giúp cả hai nhiệm vụ trở nên dễ dàng hơn mà còn hiệu quả. Tối ưu hóa giá bằng trí tuệ nhân tạo cho phép công ty điều chỉnh giá theo thời gian thực và phản ứng hiệu quả với thị trường để tổ chức các chiến dịch sản phẩm phù hợp và đạt được mục tiêu của họ.

Thuật toán này được sử dụng rộng rãi trên thị trường, cụ thể vào năm 2014 Amazon⁴ đã tạo ra một thuật toán định giá mang tính cách mạng, thuật toán này có thể dự đoán được xu hướng của thị trường. Hệ thống này cho phép các nhà bán lẻ giảm thời gian và chi phí giao hàng đơn giản bằng cách dự đoán trước những sản phẩm mà khách hàng thích (hay mua) ngay cả khi họ chưa mua nó. Điều này cho phép các nhà bán lẻ kiểm soát tốt hơn giá cả và chiến lược tiếp thị của họ trên thị trường.

So với phương pháp định giá truyền thống thông thường, trí tuệ nhân tạo trong việc định giá thị trường sẽ nhanh chóng hơn rất nhiều. Khi phương pháp định giá truyền thống chỉ dùng những dữ liệu để định ra một giá thành tốt nhất. Hệ thống trí tuệ nhân tạo bằng khả năng học máy đưa ra mức giá thành không chỉ dựa trên những dữ liệu đã có, hệ thống còn có thể đưa ra những phán đoán về nhu cầu tương lai của thị trường và đưa ra những phán đoán tương thích sự thay đổi của thị trường⁵.

³ Nguyễn Huỳnh Nhã Trúc, Nguyễn Lê Anh Thư, Trương Phan Loan Trinh, Nguyễn Mạnh Tuấn, Nguyễn Khánh Vy, 'Trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng do trí tuệ nhân tạo gây ra – kinh nghiệm nước ngoài và gợi mở cho Việt Nam' (Công trình nghiên cứu khoa học sinh viên cấp trường lần thứ 26 Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh)

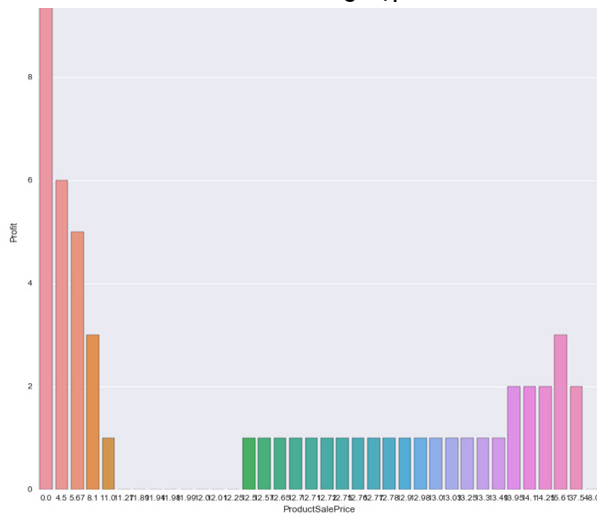
⁴ Victor Dey 'Are you using AI for Dynamic Pricing' (Martechvibe, 09/03/2022) <<https://martechvibe.com/staff-articles/are-you-using-ai-for-dynamic-pricing/>>

⁵ Victor Dey 'Are you using AI for Dynamic Pricing' (Martechvibe, 09/03/2022) <<https://martechvibe.com/staff-articles/are-you-using-ai-for-dynamic-pricing/>>

Tùy thuộc vào mô hình của thuật toán, các doanh nghiệp trên thị trường có thể tạo ra nhiều mô hình trí tuệ nhân tạo phù hợp với chiến lược của doanh nghiệp trên thường⁶.

Người dùng chọn một giá trị cụ thể được coi là giá thành ban đầu. Sau đó, bất cứ khi nào một điểm dữ liệu mới được nhập vào thuật toán, giá thành ban đầu sẽ thay đổi cao hơn hoặc thấp hơn. Hầu hết các mô hình Bayesian sử dụng dữ liệu sẵn có để quyết định giá thành cuối cùng.

Mô hình định giá RL (reinforcement learning) khám phá dữ liệu về nhu cầu của khách hàng, xem xét tính thời vụ, giá của đối thủ cạnh tranh và sự không chắc chắn của thị trường, với mục tiêu tìm kiếm cuối cùng là doanh thu cao cho doanh nghiệp.

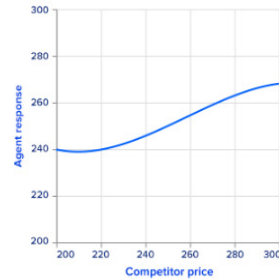
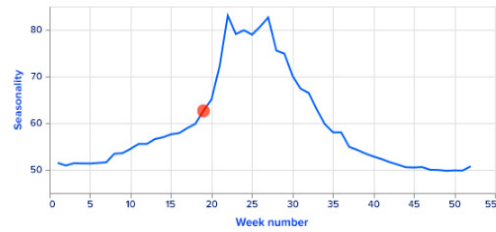


Decision tree model

Mô hình biểu đồ dọc: Thuật toán định giá động dạng này giúp doanh nghiệp hiểu thông số nào có ảnh hưởng nhiều nhất đến giá và khoảng giá nào trong số này dự đoán doanh thu cao nhất. Khi sử dụng thông tin này, trí tuệ nhân tạo sẽ dự đoán khoảng giá tốt nhất cho từng sản phẩm được đưa ra trên thị trường.

Mặc dù, việc sử dụng trí tuệ nhân tạo vào việc định giá khiến cho các nhà đầu tư, doanh nghiệp có thể dự đoán xu hướng thị trường một cách nhanh chóng, tự động, linh hoạt. Tuy nhiên việc sử dụng thuật toán này đôi khi gây ra những phiền phức không đáng có cho những khách hàng. Chẳng hạn, việc sử dụng trí tuệ nhân tạo trong thuật toán định giá của Uber đã gây ra

"một số vấn đề" khi khách hàng bị tính phí vô lý cho những chuyến đi ngắn do nhu cầu cực kỳ cao. Chẳng hạn, vào đêm giao thừa, một khách hàng của Uber ở Edmonton, Matt Lindsay, đã bị tính phí 1.114,71 đô la cho một chuyến đi dài 20 phút⁷. Tuy nhiên, vì các sự kiện như Đêm giao thừa xảy ra mỗi năm một lần, do



vậy việc khắc phục "lỗi" trên thuật toán này tương đối khó khăn với các nhà nghiên cứu. Để giải quyết vấn đề này, các công ty hiện đang sử dụng mô hình long short-term memory (bộ nhớ dài - ngắn hạn) tùy chỉnh, trí tuệ nhân tạo định giá với mạng lưới nơ-ron nhân tạo có khả năng ghi nhớ những thông tin cụ thể trong thời gian dài.

Trí tuệ nhân tạo học hiện hỗ trợ các doanh nghiệp triển khai định giá hàng hóa, dịch vụ trên quy mô, con số xem xét có thể lên tới hàng trăm, nếu không muốn nói là hàng nghìn yếu tố định giá⁸. Mặc dù lợi ích của trí tuệ nhân tạo từ góc độ thương mại trong việc định giá là rõ ràng, tuy vậy việc sử dụng công cụ này có thể tạo ra những rủi ro không đáng có đến từ góc độ độc quyền.

4. Rủi ro về mặt pháp lý trong lĩnh vực luật cạnh tranh khi áp dụng trí tuệ nhân tạo để định giá sản phẩm, dịch vụ

Việc áp dụng trí tuệ nhân tạo trong việc định giá sản phẩm có thể gây nên những nguy cơ chống cạnh tranh, độc quyền thương mại trong hoạt động thương mại trên thị trường. Thứ nhất, Trí tuệ nhân tạo có thể được sử dụng để tạo điều kiện thuận lợi cho các thỏa thuận ấn định giá giữa các đối thủ cạnh tranh. Đây là

⁶ Cem Dilmegani "Dynamic Pricing Algorithms in 2023: Top 3 Models" (AI Multiple, 06/03/2023) <<https://research.aimultiple.com/dynamic-pricing-algorithm/>>

⁷ Edmonton 'Uber cab ride on New Year's Eve pinches customer for \$1,114.71' (CBC, 03/01/2016) <<https://www.cbc.ca/news/canada/edmonton/uber-cab-ride-on-new-year-s-eve-pinches-customer-for-1-114-71-1.3387808>>

⁸ Victor Dey 'Are you using AI for Dynamic Pricing' (Martechvibe, 09/03/2022) <<https://martechvibe.com/staff-articles/are-you-using-ai-for-dynamic-pricing/>>

phương thức thông thường và phổ biến nhất khi trí tuệ nhân tạo có thể được sử dụng như một công cụ gây nên sự phản cạnh tranh. Ví dụ: Bộ phận chống độc quyền của Bộ tư pháp đã giải quyết các cáo buộc liên quan đến thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm liên quan đến việc sử dụng thuật toán trí tuệ nhân tạo để cố định giá cho các sản phẩm được bán trên sàn thương mại điện tử. Luật chống độc quyền của Hoa Kỳ, nghiêm cấm các thỏa thuận hạn chế thương mại một cách bất hợp lý. Các cơ quan thực thi chống độc quyền và các nguyên đơn tư nhân rất có thể sẽ phải tuyên bố rằng các đối thủ cạnh tranh đã sử dụng AI để vi phạm luật chống độc quyền theo Mục 1 của Đạo luật Sherman (Phần 1) hoặc Mục 5 của Đạo luật Ủy ban Thương mại Liên bang (Phần 5).

Các tòa án lên án một số thỏa thuận, chẳng hạn như ấn định giá hoặc các thỏa thuận không cạnh tranh khác, là bất hợp pháp. Không thể có sự biện minh cho những thỏa thuận này. Các loại thỏa thuận khác được đánh giá theo quy tắc hợp lý, trong đó cân nhắc giữa lợi ích thúc đẩy cạnh tranh với tác hại phản cạnh tranh để xác định xem thỏa thuận đó có trái pháp luật hay không. Cụ thể một cáo buộc đã được đệ trình lên Tòa án Hoa Kỳ của Quận phía Bắc California ở San Francisco chống lại David Topkins. Theo cáo buộc, Topkins và đồng phạm đã đồng ý ấn định giá của một số áp phích được bán ở Hoa Kỳ thông qua Amazon Marketplace Marketplace từ đầu tháng 9 năm 2013 cho đến khoảng tháng 1 năm 2014. Để thực hiện thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm David Topkins và đồng phạm của anh ta đã áp dụng các thuật toán định giá cụ thể để bán một số áp phích nhất định với mục tiêu điều phối các thay đổi về giá tương ứng của chúng và viết mã máy tính hướng *dẫn phần mềm dựa trên thuật toán đặt giá phù hợp với thỏa thuận này*⁹.

Thứ hai, trí tuệ nhân tạo cũng có thể được sử dụng để đạt được thỏa thuận chống cạnh tranh với các hệ thống trí tuệ nhân tạo khác. Khi AI trở nên tiên tiến hơn, rủi ro hạn chế cạnh tranh bị cấm cũng có thể phát sinh từ việc chính các hệ thống AI đạt được các thỏa thuận chống cạnh tranh hoặc giảm bớt cạnh tranh với nhau, không phụ thuộc vào sự tương tác hoặc chỉ đạo của con người. Ví dụ, AI có thể:

Trí tuệ nhân tạo có thể tự phát triển khả năng học tập để tiếp thu giá thành của thị trường, tự thử nghiệm giá cả của sản phẩm và hiểu phản ứng của thị trường. Sau đó, AI có thể tự mình hoặc cùng với các hệ thống AI khác đi đến kết luận rằng thông đồng với một hệ thống AI cạnh tranh là cách tốt nhất để tối đa hóa lợi

nhuận.

Trí tuệ nhân tạo có thể phản ứng với hành vi của đối thủ cạnh tranh theo một cách nhất định. Theo thời gian, những phản ứng này trở nên dễ dàng dự đoán được đến mức tạo điều kiện cho sự thông đồng, chẳng hạn như bằng cách chọn thay đổi giá theo cách tạo ra các phản ứng mà trí tuệ nhân tạo có thể dự đoán được.

Trong những ví dụ này, có thể thấy giữa chính các đối thủ cạnh tranh hoặc giữa các hệ thống AI có thể thông qua hành vi hạn chế cạnh tranh bị cấm mà không cần trực tiếp trao đổi, giao tiếp. Do vậy các cơ quan thực thi chống độc quyền trên toàn thế giới đang xem xét liệu hành vi này có vi phạm luật chống độc quyền hay thay vào đó là một hình thức hành vi đơn phương hợp pháp. Ví dụ, vào ngày 19 tháng 1 năm 2021, Cơ quan cạnh tranh và thị trường (CMA) của Vương quốc Anh đã cung cấp cái nhìn đầu tiên về cách tiếp cận theo quy định đối với sự thông đồng của AI trong một ấn phẩm của chính phủ có tựa đề "Thuật toán: Cách chúng có thể làm giảm cạnh tranh và gây hại cho người tiêu dùng". Trong ấn phẩm này, CMA vượt xa các mối quan tâm trước đó được nêu rõ vào năm 2018 bằng cách cung cấp một khuôn khổ để tiếp cận, phát hiện và truy tố các sơ đồ thuật toán và bằng cách đánh dấu sự ra mắt của một chương trình CMA mới để phân tích các vấn đề này.

Ấn phẩm của CMA đã xác định rõ ba vấn đề cần giải quyết với thuật toán định giá thị trường của trí tuệ nhân tạo:

Dữ liệu định giá ngày càng sẵn có và việc sử dụng các hệ thống định giá tự động có thể "tạo điều kiện thuận lợi cho thỏa thuận hạn chế cạnh tranh rõ" bằng cách giúp việc phát hiện và phản hồi các sai lệch dễ dàng hơn, đồng thời giảm khả năng xảy ra sai sót hoặc sai lệch ngẫu nhiên. Ngay cả các thuật toán định giá đơn giản, với quyền truy cập vào dữ liệu thời gian thực về giá của đối thủ cạnh tranh, cũng có thể làm cho sự thông đồng rõ ràng giữa các công ty trở nên ổn định hơn.

Bên cạnh đó, các công ty sử dụng cùng một hệ thống thuật toán để định giá, bao gồm cả việc sử dụng cùng một phần mềm hoặc dịch vụ do bên thứ ba cung cấp hoặc bằng cách ủy thác các quyết định về giá của họ cho bên trung gian. Điều này có thể tạo ra cấu trúc "hub and spoke" (hệ thống logistics tích hợp tập trung, được thiết kế để giảm chi phí) và thuận tiện để các bên trao đổi thông tin qua lại nhằm tạo ra thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

⁹ Office of Public Affairs, 'Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution' (The United States Department and Justice, 06/04/2015) <<https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>>

Với sự phát triển vượt bậc của trí tuệ nhân tạo, điều này dẫn đến khả năng theo đó trí tuệ nhân tạo sẽ tự học cách thông đồng mà không yêu cầu thông tin đến từ phía con người¹⁰.

Hiện nay, tại Việt Nam, thuật toán định giá thị trường bởi trí tuệ nhân tạo vẫn còn là thuật ngữ mới mẻ và không hề được phản ánh trong pháp luật thành văn.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 11 Luật cạnh tranh 2018: "*Thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp*" được coi như là một thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Căn cứ theo Điều 12 Luật cạnh tranh 2018 để thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm thì thỏa thuận hạn chế cạnh tranh phải là thỏa thuận giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan hoặc giữa các doanh nghiệp kinh doanh ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định. Thông qua quy định của pháp luật Việt Nam có thể thấy rằng chủ thể thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh (các thỏa thuận ấn định giá) là các doanh nghiệp, không đề cập đến trí tuệ nhân tạo. Tuy nhiên dựa trên phân tích của tác giả, trí tuệ nhân tạo hoàn toàn có khả năng có thể tự thông đồng với nhau để tạo ra một thỏa thuận ấn định giá. Vì vậy, nếu trường hợp tương tự xảy ra, việc xử lý thỏa thuận hạn chế cạnh tranh sẽ khó khăn, kéo dài ảnh hưởng đến quyền lợi của các doanh nghiệp trên thị trường.

Với nền kinh tế thị trường luôn luôn đổi mới và thay đổi liên tục, sự tham gia của trí tuệ nhân tạo vào các công cụ định giá sản phẩm và hàng hóa trên thị trường là không thể tránh khỏi. Do vậy, để tránh những rủi ro không đáng có, các doanh nghiệp trên thị trường nên có những biện pháp: Duy trì hồ sơ cập nhật về thiết kế và mục tiêu của AI; xem xét tác động của AI đối với tình hình cạnh tranh trên thị trường và xem xét liệu những người khác đang sử dụng AI tương tự trên thị trường.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Tài liệu tham khảo

1. Nguyễn Huỳnh Nhã Trúc, Nguyễn Lê Anh Thư, Trương Phan Loan Trinh, Nguyễn Mạnh Tuấn, Nguyễn Khánh Vy, 'Trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng do trí tuệ nhân tạo gây ra – kinh nghiệm nước ngoài và gợi mở cho Việt Nam' (Công trình nghiên cứu khoa học sinh viên cấp trường lần thứ 26 Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh).

2. Bùi Hoàng Lâm, 'Tác động của trí tuệ nhân tạo (AI) đến sự thay đổi của hệ thống pháp luật sở hữu trí tuệ Việt Nam': (Đề tài sinh viên nghiên cứu khoa học /Trường Đại học Luật Hà Nội; ThS. Phạm Minh Huyền hướng dẫn).

3. Victor Dey 'Are you using AI for Dynamic Pricing' (Martechvibe, 09/03/2022) <<https://martechvibe.com/staff-articles/are-you-using-ai-for-dynamic-pricing/>>

4. Edmonton 'Uber cab ride on New Year's Eve pinches customer for \$1,114.71' (CBC, 03/01/2016) <<https://www.cbc.ca/news/canada/edmonton/uber-cab-ride-on-new-year-s-eve-pinches-customer-for-1-114-71-1.3387808>>

5. Cem Dilmegani 'Dynamic Pricing Algorithms in 2023: Top 3 Models' (AI Multiple, 06/03/2023) <<https://research.aimultiple.com/dynamic-pricing-algorithm/>>

6. Office of Public Affairs, 'Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution' (The United States Department and Justice, 06/04/2015) <<https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>>

7. Firm Memoranda, 'Artificial Intelligence and Antitrust: When do Algorithms Violate Competition Laws' (quinn emanuel trials lawyers, 07/06/2021) <<https://www.quinnemanuel.com/the-firm/publications/artificial-intelligence-and-antitrust-when-do-algorithms-violate-competition-laws/>>

¹⁰ Firm Memoranda, 'Artificial Intelligence and Antitrust: When do Algorithms Violate Competition Laws' (quinn emanuel trials lawyers, 07/06/2021) <<https://www.quinnemanuel.com/the-firm/publications/artificial-intelligence-and-antitrust-when-do-algorithms-violate-competition-laws/>>



Câu lạc bộ Nghiên cứu & Tư vấn Pháp luật (LRAC) là câu lạc bộ học thuật trực thuộc Đoàn TNCS Hồ Chí Minh khoa Luật Kinh tế, trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh.

Mục tiêu:

LRAC nỗ lực xây dựng một môi trường hoạt động với ba không gian nền tảng: Nghiên cứu - Thực hành - Phản biện thông qua các hoạt động chủ đạo phù hợp với năng lực sinh viên.

Sứ mệnh:

Tạo động lực thúc đẩy sinh viên phát triển các kỹ năng cần thiết cho việc nghiên cứu và tư vấn pháp luật thông qua việc kiến tạo một môi trường thực hành hiệu quả và chuyên nghiệp, mà ở đó sinh viên không chỉ là đối tượng thụ hưởng mà còn là chủ thể duy trì và phát triển những động lực mạnh mẽ đó.

Liên hệ:

Website: <http://www.lracuel.org/>

Fanpage: <http://www.facebook.com/fplracuel>

Email: lracuel@gmail.com

Linkedin: www.linkedin.com/company/lracuel