Một số bất cập về pháp luật giao dịch bằng hợp đồng điện tử tại Việt Nam

Some gaps and inadequacies in Vietnam's law on e-transactions

Lê Hữu Nghĩa^{1*}

¹Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế Thành phố Hồ Chí Minh, Việt Nam

*Tác giả liên hệ, Email: nghia.huule@yahoo.com

THÔNG TIN	TÓM TẮT
<p>DOI:10.46223/HCMCOUJS.soci.vi.16.2.1924.2021</p> <p>Ngày nhận: 10/06/2021 Ngày nhận lại: 29/07/2021 Duyệt đăng: 07/08/2021</p> <p><i>Từ khóa:</i> chữ ký điện tử; công chứng hợp đồng điện tử; hợp đồng điện tử; thông điệp dữ liệu</p> <p><i>Keywords:</i> eletronic signature; notarization of e-contracts; e-contract; data message</p>	<p>Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư đang diễn ra sôi nổi trên phạm vi toàn cầu cùng với sự phát triển vượt bậc và không ngừng của khoa học kỹ thuật được ứng dụng trong mọi mặt đời sống, kinh tế, pháp luật. Tuy nhiên, pháp luật điều chỉnh về giao dịch bằng hợp đồng điện tử vẫn còn một số bất cập có thể dẫn đến rủi ro cho các chủ thể tham gia giao kết hợp đồng như: khó khăn và tốn nhiều chi phí trong việc thu thập và kiểm tra tính xác thực của chứng cứ từ thông điệp dữ liệu; thiếu quy định cụ thể về hình thức chữ ký scan và chữ ký hình ảnh; chưa có quy định về công chứng hợp đồng điện tử. Những bất cập này lần lượt được chỉ ra qua các phương pháp tra cứu, so sánh và phân tích luật viết nhằm đưa ra các gợi ý điều chỉnh và cải thiện hiệu quả và khả thi tương ứng với từng vấn đề pháp lý hiện còn tồn tại.</p> <p>ABSTRACT</p> <p>The Fourth Industrial Revolution is actively taking place on a global scale by the considerable development and ever-changing evolution in science and technology applied in all aspects of life, the economy, and law. However, the rules which are regulating the transactions of electronic contracts (e-contracts) still have some inadequacies that can lead to risks for the parties participating in a contract, such as difficulties and costly collection to verify the authenticity of evidence of data messages; lack of specific regulations on the form of scanned signatures and pictured signatures; there are no regulations on notarization of e-contracts. These gaps and inadequacies are in turn pointed out through the methods of searching, comparing, and analyzing the statutory law in order to give suggestions for adjustment and improvement of efficiency and feasibility corresponding to each existing legal issue.</p>

1. Giới thiệu

Tình hình đại dịch Covid-19 đang bùng nổ trên thế giới với tính chất nguy hiểm và lây lan nhanh chóng, phức tạp trong công tác kiểm soát, phòng chống. Do đó, xu thế giao dịch trực tuyến đang được nhấn mạnh và ưu tiên vận hành. Tuy nhiên, pháp luật điều chỉnh về giao dịch

bằng hợp đồng điện tử vẫn còn một số bất cập có thể dẫn đến rủi ro cho các chủ thể tham gia giao kết hợp đồng như: khó khăn và tốn nhiều chi phí trong việc thu thập và kiểm tra tính xác thực của chứng cứ từ thông điệp dữ liệu; thiếu quy định cụ thể về hình thức chữ ký scan và chữ ký hình ảnh; chưa có quy định về công chứng Hợp đồng điện tử. Bên cạnh đó, cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư đang diễn ra sôi nổi trên phạm vi toàn cầu cùng với sự phát triển vượt bậc và không ngừng của khoa học kỹ thuật được ứng dụng trong mọi mặt đời sống, kinh tế, pháp luật. Vì thế, việc nghiên cứu và tìm ra những bất cập về pháp luật giao dịch bằng hợp đồng điện tử tại Việt Nam là một trong những đòi hỏi cấp thiết nhằm góp ý cho các cơ quan có thẩm quyền về lập pháp kịp thời nhận dạng và có hướng điều chỉnh phù hợp với tình hình mới.

2. Cơ sở lý thuyết

2.1. Hợp đồng và lý thuyết về Luật hợp đồng

2.1.1. Định nghĩa về hợp đồng

Theo từ điển chuyên về Luật Oxford do Martin (2002, p. 114) hiệu đính, thuật ngữ “*hợp đồng*” được giải thích là “*Một thỏa thuận ràng buộc pháp lý. Thỏa thuận phát sinh do kết quả của sự đề nghị và chấp nhận, đồng thời, một số yêu cầu khác phải được đáp ứng để thỏa thuận có giá trị ràng buộc về mặt pháp lý.*” Các yếu tố khác bao gồm: (i) tính đối ứng về quyền và nghĩa vụ; (ii) ý định tạo lập quan hệ pháp luật giữa các bên; (iii) năng lực giao kết hợp đồng giữa các bên; (iv) thỏa thuận phải tuân thủ mọi yêu cầu về hình thức theo quy định của pháp luật; (v) thỏa thuận phải hợp pháp; (vi) thỏa thuận không bị vô hiệu toàn phần bởi một số các quy định pháp luật có khiếm khuyết và hoặc một số hợp đồng nhất định, mặc dù có hiệu lực nhưng có thể bị một trong các bên hủy bỏ hợp đồng với lý do nhằm lẫn hoặc bị gây ảnh hưởng quá mức (the exercise of undue influence).

Tuy nhiên theo từ điển pháp luật khá nổi tiếng của Mỹ - “*Deluxe Black’s Law Dictionary*” do Garner (2009) hiệu đính chính, tái bản lần thứ 09, đưa ra hai định nghĩa về hợp đồng. Định nghĩa đầu tiên cho rằng hợp đồng là sự thỏa thuận từ hai hoặc nhiều người trở lên tạo thành thứ gọi là nghĩa vụ cần phải làm hoặc không làm đối với vấn đề cụ thể nào đó. Định nghĩa thứ hai nghiêng về trách nhiệm của sự hứa hẹn. Cụ thể, định nghĩa này giải thích hợp đồng là một hoặc một số lời hứa hẹn mà nếu chủ thể đưa ra không thực hiện được coi là vi phạm thỏa thuận và pháp luật sẽ có quy định chế tài về sự vi phạm ấy. Lời hứa hẹn được xem như một trách nhiệm.

Theo Ngo (2013), định nghĩa về hợp đồng tự trung bao gồm hai nội dung chính: (i) thống nhất ý chí bằng việc trao đổi, thỏa thuận; (ii) tạo lập ra hậu quả pháp lý. Trước đó, theo Vu (1963, p. 83), “*sự kết lập khế ước cần có ba điều kiện là sự ưng thuận của người kết ước đại diện của họ; một chủ đích xác định; một nguyên nhân đích thực và hợp lý.*”

2.1.2. Lý thuyết về luật hợp đồng

Cũng theo Vu (1963, p. 53), thời cổ đại Gaius, người ta đã hình thành nên thuyết các quy tắc về hợp đồng như “*phạm nghĩa vụ đều do các khế ước hay các dân sự phạm phát sinh ra*” và theo Ngo (2013) thì người La Mã cổ đại đã phân chia nghĩa vụ thành ba loại: nghĩa vụ tự nhiên, nghĩa vụ dân sự, nghĩa vụ đạo đức.

Theo O’Sullivan và Hilliard (2012), hệ thống Thông luật không giống như Luật La Mã, không có luật hợp đồng mang tính hệ thống và riêng biệt. Bởi vì các luật sư không phân tích các tranh chấp dưới giác độ các quy tắc thực định, mà bằng cách tham khảo câu hỏi mang tính thủ tục về “*hình thức của hành vi*” nào được áp dụng. Mãi đến thế kỷ XIX, quyển sách giáo khoa đầu tiên về Luật Hợp đồng mới được viết, nó phản ánh một sự thật rằng lần đầu tiên có một triết lý thống nhất về hợp đồng và tranh chấp hợp đồng đã xuất hiện và được chấp nhận. Triết lý này

thường được gọi là lý thuyết hợp đồng cổ điển và nó vẫn còn có những ảnh hưởng cực kỳ lớn cho đến ngày nay. Ngoài ra lý thuyết hợp đồng cổ điển đưa ra những biện minh đầy thuyết phục cho phần lớn luật hợp đồng đương đại.

Lý thuyết hợp đồng cổ điển có ba chủ đề liên quan. Thứ nhất, hợp đồng là một giao kèo hay một thỏa thuận có đi có lại giữa các bên, gần như luôn luôn là sự trao đổi những lời hứa. Do đó, một lời hứa vô cớ từ một phía không phải là một hợp đồng. Thứ hai, hợp đồng là sản phẩm ý chí của các bên, do đó ý định tự “*ràng buộc*” của các bên nhằm biện minh cho sự thừa nhận hợp pháp về các quyền và nghĩa vụ hợp đồng đối với việc thực thi. Thứ ba, tự do giao kết hợp đồng là điều tối quan trọng. Mọi người được tự do quyết định xem có ký hợp đồng hay không, họ sẵn sàng ký hợp đồng với ai và theo những điều khoản nào. Luật phải can thiệp ít nhất có thể và chỉ đảm bảo rằng các chiến lược không hợp pháp từ một bên, chẳng hạn như gian lận hoặc ép buộc sẽ bị kiểm soát quản lý nhằm kiểm soát và đảm bảo không phương hại đến quyền tự do đàm phán của bên kia.

Theo Reed, Cheeseman, và Schlageter III (2013), lý thuyết về luật hợp đồng hiện đại cho rằng các bên có thể tự do thương lượng các điều khoản hợp đồng nhưng phải tuân thủ các quy định của cơ quan ban hành và quản lý về pháp luật có liên quan.

2.2. *Hợp đồng truyền thống, hợp đồng điện tử, chữ ký điện tử*

Có thể nhận diện các đặc điểm của Hợp Đồng Truyền Thống (HĐTT), Hợp Đồng Điện Tử (HĐĐT) và Chữ Ký Điện Tử (CKĐT) theo Reed và cộng sự (2013) như sau:

Bảng 1

Hợp đồng truyền thống, hợp đồng điện tử và chữ ký điện tử

Hợp đồng truyền thống	Hợp đồng điện tử	Chữ ký điện tử
Là một tài liệu thường được in sẵn, cần được điền thông tin vào và được áp dụng cho nhu cầu của một khách hàng cụ thể	Hợp đồng điện tử là loại hợp đồng phát sinh trong thương mại điện tử, được hình thành dưới dạng điện tử qua Internet bằng e-mail và hệ thống World Wide Web	Chữ ký điện tử hay còn gọi là chữ ký số là chữ ký phải đáp ứng các yêu cầu sau: (i) yêu cầu về các tiêu chuẩn phòng chống gian lận; (ii) tính đồng nhất, xác thực và cam kết có hiệu lực như chữ ký trên giấy

Nguồn: Tác giả tự tóm tắt theo Reed và cộng sự (2013)

3. Phương pháp nghiên cứu

3.1. *Câu hỏi nghiên cứu*

Câu hỏi 1: Các quy định về pháp luật hợp đồng và hợp đồng điện tử cùng thực trạng pháp luật điều chỉnh tại Việt Nam liên quan đến giao dịch bằng hợp đồng điện tử như thế nào?

Câu hỏi 2: Bất cập của các quy định pháp luật điều chỉnh về giao dịch bằng hợp đồng điện tử là gì và những bất cập này có thể dẫn đến rủi ro như thế nào cho các chủ thể tham gia giao kết?

Câu hỏi 3: Các đề xuất, gợi ý nhằm cải thiện các bất cập?

3.2. *Phương pháp nghiên cứu*

Phương pháp tra cứu, so sánh được sử dụng để tìm kiếm, đối chiếu và tổng hợp các tài liệu từ các nguồn thông tin đáng tin cậy như các bài báo khoa học trên google scholar, các tạp chí nghiên cứu trực tuyến, sách, báo, văn bản công khai, minh bạch có liên quan, ... nhằm giải quyết câu hỏi nghiên cứu 1;

Phương pháp phân tích luật viết bao gồm phương thức phân tích quy nạp và phân tích diễn dịch để làm rõ vấn đề đối với câu hỏi nghiên cứu 2 và 3.

4. Kết quả nghiên cứu và thảo luận

4.1. Thực trạng pháp luật điều chỉnh về giao dịch bằng hợp đồng điện tử tại Việt Nam

4.1.1. Giao dịch Hợp đồng điện tử

Bộ Luật Dân sự năm 2015 (BLDS 2015) đưa ra khái niệm về hợp đồng như sau: “*Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự*” (Điều 385, Quốc hội, 2015a). Theo đó, BLDS 2015 điều chỉnh về giao dịch dân sự thông qua phương tiện điện tử dưới hình thức thông điệp dữ liệu sẽ theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử và điều này được xem là giao dịch bằng văn bản (Khoản 1, Điều 119). Từ đây, khi xem xét Luật Giao dịch điện tử năm 2005 (Luật GDĐT 2005), ta thấy Luật này định nghĩa: “*Hợp đồng điện tử là hợp đồng được thiết lập dưới dạng thông điệp dữ liệu theo quy định của Luật này*” (Điều 33, Luật GDĐT 2005, Quốc hội, 2005).

Thuật ngữ “*giao kết hợp đồng điện tử*” theo quy định của Luật GDĐT 2005 là “*việc sử dụng thông điệp dữ liệu để tiến hành một phần hoặc toàn bộ giao dịch trong quá trình giao kết hợp đồng*” (Khoản 1, Điều 36, Luật GDĐT 2005, Quốc hội, 2005). Trong đó, Luật GDĐT 2005 giải thích “*thông điệp dữ liệu là thông tin được tạo ra, được gửi đi, được nhận và được lưu trữ bằng phương tiện điện tử*” (Khoản 12, Điều 4, Luật GDĐT 2005, Quốc hội, 2005).

Như vậy, từ những quy định trên, ta có thể rút ra một số đặc điểm đặc trưng của HĐĐT như sau:

Thứ nhất, về giá trị pháp lý, HĐĐT có giá trị pháp lý như các hợp đồng truyền thống khác nhưng nó được tạo ra hay thiết lập, lưu trữ trong không gian mạng và dữ liệu thông tin theo ý chí của con người được mã hóa. Thêm vào đó, chúng ta không thể cầm, nắm, hoặc tác động vật lý tương tự như đối với HĐĐT khác (bằng văn bản).

Thứ hai, về giao kết, HĐĐT được thực hiện thông qua phương tiện điện tử. Nội dung về các điều khoản hợp đồng được chuyển tải bằng thông điệp điện tử. Trong đó chữ ký trong hợp đồng có thể được số hóa.

Thứ ba, về chủ thể tham gia giao kết, HĐĐT luôn xuất hiện chủ thể là nhà cung cấp mạng viễn thông và dịch vụ chữ ký số. Chủ thể này vừa có vai trò tham gia vào giao dịch điện tử bằng việc hỗ trợ truyền tải dữ liệu, vừa có vai trò xác nhận, lưu trữ thông tin với độ tin cậy nhất định.

Thứ tư, về phạm vi ký kết, HĐĐT có thể được ký kết mọi lúc mọi nơi theo ý chí của các bên nếu đảm bảo về các điều kiện về vận hành, kết nối mạng.

Như vậy từ những đặc điểm trên mà HĐĐT có những ưu điểm vượt trội và được sử dụng trong giao dịch thương mại ngày càng phổ biến, nhất là trong xu thế phát triển của cuộc CMCN 4.0 và sự bùng phát của dịch bệnh Covid-19.

4.1.2. Giá trị pháp lý của chứng cứ thông điệp dữ liệu và chữ ký điện tử

- Giá trị pháp lý của chứng cứ thông điệp dữ liệu

Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 (BL TTDS 2015) xác định: “*Chứng cứ trong vụ việc dân sự là những gì có thật được đương sự và cơ quan, tổ chức, cá nhân khác giao nộp, xuất trình cho Tòa án trong quá trình tố tụng hoặc do Tòa án thu thập được theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định và được Tòa án sử dụng làm căn cứ để xác định các tình tiết khách quan của vụ án cũng như xác định yêu cầu hay sự phản đối của đương sự là có căn cứ và hợp pháp*” (Điều 93, BL TTDS 2015, Quốc hội, 2015b). Ngoài ra, BL TTDS 2015 cũng quy định về thông điệp

dữ liệu điện tử được xác định dưới các hình thức như “trao đổi dữ liệu điện tử; thư điện tử; điện tín; điện báo; fax; các hình thức tương tự khác theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử” (Điều 95, BL TTDS 2015, Quốc hội, 2015b).

Theo Luật GDĐT 2005 thì “thông điệp dữ liệu không bị phủ nhận giá trị dùng làm chứng cứ nếu chỉ vì đó là một thông điệp dữ liệu” (Khoản 1, Điều 14, Luật GDĐT 2005, Quốc hội, 2005). Giá trị pháp lý của HĐĐT liên quan đến thông điệp dữ liệu cũng được Luật này thừa nhận: “Giá trị pháp lý của hợp đồng điện tử không thể bị phủ nhận chỉ vì hợp đồng đó được thể hiện dưới dạng thông điệp dữ liệu” (Điều 34, Luật GDĐT 2005, Quốc hội, 2005).

Xét về giá trị chứng cứ, thông điệp điện tử có những căn cứ xác định như là “độ tin cậy cách khởi tạo, lưu trữ hoặc truyền gửi thông điệp dữ liệu; cách thức bảo đảm và duy trì tính toàn vẹn của thông điệp dữ liệu; cách thức xác định người khởi tạo và các yếu tố phù hợp khác” (Khoản 2, Điều 14, Luật GDĐT 2005, Quốc hội, 2005).

Như vậy, từ các cơ sở dẫn chiếu trên, ta thấy HĐĐT có cơ sở pháp lý và giá trị chứng cứ trong giao dịch điện tử cũng như trong tranh chấp nếu phát sinh.

- Chữ ký điện tử

Thông thường, đối với giao dịch bằng HĐĐT, khi ký kết, theo Truong và Huynh (2020) các bên có 03 phương thức sử dụng chữ ký phổ biến sau:

Bảng 2

Mô tả về chữ ký điện tử

	Chữ ký số	Chữ ký scan	Chữ ký bằng hình ảnh
Mô tả	<ul style="list-style-type: none"> - Chữ ký số được tạo ra từ một bên cấp dịch vụ chứng thực chữ ký số cho các bên có nhu cầu trên một nền tảng công nghệ tin học và thiết bị chuyên dụng. - Sau đó chữ ký số được chèn vào hợp đồng cần ký kết dưới dạng điện tử 	<ul style="list-style-type: none"> - Chữ ký scan được tạo ra bằng cách mỗi bên tham gia kí kết hợp đồng ký trực tiếp vào nội dung của văn bản hợp đồng. - Sau đó hợp đồng vừa được ký trực tiếp đó sẽ được quét (scanning) chuyển thành dạng điện tử và được gửi đi bằng thư điện tử 	<ul style="list-style-type: none"> - Chữ ký bằng hình ảnh được tạo ra bằng cách các bên tham gia ký kết hợp đồng chèn hình ảnh chữ ký của mình vào hợp đồng. - Sau đó hợp đồng này được lưu dưới dạng tập tin dữ liệu (pdf, doc, ...) và tập tin này được gửi đi bằng thư điện tử
Ứng dụng	Phương thức này thường được ứng dụng đối với giao dịch có trị giá nhỏ như nộp tờ khai hải quan, nộp thuế online, phát hành hóa đơn điện tử...	Phương thức này được ứng dụng khi có nhiều bên tham gia hợp đồng và có sự cách trở về địa lý lẫn không có mặt cùng một thời điểm. Do đó, các hợp đồng có các chủ thể ở các quốc gia khác nhau thường ứng dụng chữ ký scan	Phương thức này thường được ứng dụng đối với giao dịch có trị giá nhỏ, không phải ký nhiều lần, những người tham gia ký kết không có mặt ở cùng một địa điểm

Nguồn: Tác giả tự tóm tắt theo Truong và Huynh (2020)

Chữ ký scan là phương thức được áp dụng phổ biến đối với giao dịch hợp đồng có giá trị lớn và phức tạp. Trong khi, chữ ký số thường sẽ chiếm ưu thế sử dụng đối với các hợp đồng có tính chất tiêu dùng.

Về mức phổ biến, theo thứ tự giảm dần ta có thể xếp các phương thức này như sau: chữ ký scan, chữ ký hình ảnh, chữ ký số Trương và Huỳnh (2020).

Về khung pháp lý đối với CKĐT, Luật GDĐT 2005 đưa ra các đặc tính của CKĐT như *“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 khả năng xác nhận người ký thông điệp dữ liệu và xác nhận sự chấp thuận của người đó đối với nội dung thông điệp dữ liệu được ký”* (Khoản 1, Điều 21, Luật GDĐT 2005, Quốc hội, 2005).

Về giá trị pháp lý, CKĐT phải đáp ứng các điều kiện như *“phương pháp tạo chữ ký điện tử cho phép xác minh được người ký và chứng tỏ được sự chấp thuận của người ký đối với nội dung thông điệp dữ liệu; phương pháp đó là đủ tin cậy và phù hợp với mục đích mà theo đó thông điệp dữ liệu được tạo ra và gửi đi”* (Khoản 2, Điều 24, Luật GDĐT 2005, Quốc hội, 2005).

Hiện tại, theo Pháp luật hiện hành chỉ có chữ ký số được quy định rõ là một loại CKĐT (Nghị định 130/2018/NĐ-CP, Chính phủ, 2018 và Nghị định 52/2013/NĐ-CP, Chính phủ, 2013), chữ ký scan và chữ ký bằng hình ảnh chưa có quy định pháp luật điều chỉnh. Một số quy định điều chỉnh đến chữ ký số như *“văn bản được ký bằng chữ ký số không nhất thiết bắt buộc phải đóng dấu”* (Khoản 2, Điều 8, Nghị định 130/2018/NĐ-CP, Chính phủ, 2018); *“chữ ký số có giá trị pháp lý và được công nhận trong việc gửi các tài liệu cho Tòa án mà không làm phát sinh các vấn đề về tính hiệu lực”* (Khoản 1, Điều 7, Nghị quyết số 04/2016/NQ-HĐTP ngày 30/12/2016, Chính phủ, 2016a); *“chữ ký số và chứng thư số nước ngoài được cấp giấy phép sử dụng tại Việt Nam có giá trị pháp lý và hiệu lực như chữ ký số và chứng thư số do tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực chữ ký số công cộng của Việt Nam cấp”* (Khoản 3, Điều 8, Nghị định 130/2018/NĐ-CP, Chính phủ, 2018); *“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 theo Pháp luật Việt Nam”* (Điểm d, Khoản 2, Điều 9, Nghị định 130/2018/NĐ-CP, Chính phủ, 2018).

- Hoạt động công chứng HĐĐT

Hiện nay, Luật công chứng năm 2014, sửa đổi năm 2018 vẫn chưa có quy định điều chỉnh về việc công chứng hợp đồng, giao dịch điện tử (Quốc hội, 2014).

Tuy nhiên tại Nghị định 52/2013/NĐ-CP ngày 16/05/2013 (Chính phủ, 2013) quy định về thương mại điện tử có điều chỉnh chung về hoạt động chứng thực HĐĐT như *“Điều kiện cấp phép hoạt động cho thương nhân, tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực hợp đồng điện tử; Giấy phép hoạt động của thương nhân, tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực hợp đồng điện tử có thời hạn theo đề nghị cấp phép; Nghĩa vụ của thương nhân, tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực hợp đồng điện tử; Trách nhiệm của Bộ Công Thương là quy định chi tiết về thủ tục thành lập và quy chế hoạt động của thương nhân, tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực hợp đồng điện tử; các trường hợp thu hồi giấy phép hoạt động; trình tự, thủ tục cấp, sửa đổi bổ sung, thu hồi giấy phép hoạt động của các thương nhân, tổ chức này”* (Điều 63, Nghị định 52/2013/NĐ-CP, Chính phủ, 2013).

4.2. Thảo luận về bất cập pháp luật điều chỉnh về giao dịch bằng hợp đồng điện tử

Mặc dù, khung pháp lý về giao dịch bằng hợp đồng điện tử được điều chỉnh từ Luật chung mang tính nền tảng là BLDS cho đến luật chuyên ngành là Luật GDĐT và một số các văn bản pháp luật khác. Tuy nhiên, đối với giao dịch dân sự này ở Việt Nam, ta thấy vẫn còn tồn tại

một số bất cập hiện hữu cần quan tâm nghiên cứu và điều chỉnh cho phù hợp với tình hình thực tế nhằm hạn chế các rủi ro về tính hiệu lực pháp luật của hợp đồng xét về góc độ hình thức, chi phí trong việc thu thập, kiểm tra tính xác thực của chứng cứ khi xảy ra tranh chấp, cũng như việc thúc đẩy áp dụng thành tựu công nghệ mới trong lĩnh vực pháp luật.

4.2.1. Khó khăn và tốn nhiều chi phí trong việc thu thập, kiểm tra tính xác thực của chứng cứ từ thông điệp dữ liệu

Trong vận hành thực tế, theo Nguyen (2020), các bằng chứng phát sinh từ thông điệp dữ liệu, người cung cấp phải yêu cầu dịch vụ thừa phát lại lập vi bằng. Song nếu áp dụng cách này thì vô hình trung tạo thêm sự gia tăng chi phí, thậm chí giá trị cho việc thực hiện này còn lớn hơn giá trị tranh chấp. Ngoài ra, theo nhận định của Nguyen (2020), khi giải quyết tranh chấp, tòa án có khuynh hướng “ngiên” về các chứng cứ được cung cấp, xác lập bằng văn bản, nhất là các văn bản đó được công chứng, chứng thực. Mặc dù, các giá trị pháp lý nhất định được pháp luật Việt Nam ghi nhận đối với chứng cứ liên quan đến thông điệp dữ liệu nhưng trong thực tế, khả năng chỉ được xem là chứng cứ bổ sung, hỗ trợ. Một trường hợp tranh chấp thực tế phát sinh từ vụ án kinh doanh thương mại xảy ra giữa nguyên đơn có công ty ở Việt Nam và bị đơn là công ty liên doanh giữa Hàn Quốc và Việt Nam, có trụ sở tại Hà Nội (Le, 2016). Quá trình chào hàng, đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng và các thỏa thuận khác đều thông qua phương tiện điện tử như thư điện tử (email), tin nhắn điện thoại, danh sách sao kê các cuộc gọi, sao kê ngân hàng. Tuy nhiên, sau một thời gian giao dịch cung cấp hàng hóa và thanh toán, phía nguyên đơn đề nghị thanh lý hợp đồng và yêu cầu bị đơn thanh toán công nợ. Lúc này phía bị đơn không đồng ý và đưa ra nhiều lý do như: phía bị đơn không nhận được thông tin qua thư điện tử, số điện thoại nguyên đơn liên lạc không phải là số điện thoại của người đại diện pháp luật, các văn bản ủy quyền không hợp lệ, ... Tòa án thụ lý vụ án này đã nhận và kiểm tra tính xác thực từ các chứng cứ bằng thông điệp dữ liệu mà nguyên đơn cung cấp. Tuy nhiên, việc xác thực các chứng cứ này gặp khó khăn do thời gian giao dịch giữa nguyên đơn và bị đơn khá dài, cũng như các máy chủ quản lý dữ liệu không được đặt ở Việt Nam. Kết quả là Tòa án bác bỏ yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn. Tuy nhiên, kết quả xét xử của Tòa án đưa ra trong trường hợp này chưa phải là quyết định xác đáng, cần nghiên cứu rõ hơn về hồ sơ vụ kiện và căn cứ vào ý chí thỏa thuận giữa các bên tham gia hợp đồng cũng như hành vi có yếu tố “*chấp nhận mà không phản đối*” (Điều 142 của BLDS 2015, Quốc hội, 2015a) của phía bị đơn.

4.2.2. Thiếu quy định cụ thể về hình thức chữ ký hình ảnh và chữ ký scan

Hiện tại pháp luật điều chỉnh về CKĐT bao gồm Luật GDĐT 2005 (Quốc hội, 2005), Nghị định 130/2018/NĐ-CP (Chính phủ, 2018) và Nghị định 52/2013/NĐ-CP (Chính phủ, 2013) chưa quy định cụ thể về chữ ký scan, chữ ký hình ảnh nên hai phương thức ký kết này không được Pháp luật thừa nhận hay không có tính hiệu lực pháp luật.

Tuy nhiên, theo Truong và Huynh (2020), việc công nhận hiệu lực pháp luật của hợp đồng nếu được ký bằng phương thức này nên được nghiên cứu và văn bản hóa bởi những ưu điểm mà hai phương thức này mang lại trong giao dịch thương mại điện tử. Ngoài ra, hai tác giả này cũng cho rằng “không có cơ sở pháp lý để kết luận định nghĩa về chữ ký điện tử trong Luật GDĐT 2005 loại trừ chữ ký scan và chữ ký hình ảnh.”

Để lập luận về tính pháp lý “*khả thi*” cho việc sử dụng chữ ký hình ảnh và chữ ký scan này Truong và Huynh (2020) dựa vào hai luận cứ sau: (i) ý chí của các bên giao kết dựa theo quyền đại diện bề ngoài của BLDS 2015 (Khoản 1, Khoản 3, Điều 142, BLDS 2015, Quốc hội, 2015a) và (ii) quan điểm tiếp cận của các thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thông qua các án lệ, bản án (Án lệ số 04/2016/AL ngày 06/04/2016, Chính phủ, 2016b); Án lệ số 07/2016/AL ngày 17/10/2016, Chính phủ, 2016c; Quyết định giám đốc thẩm số 47/2016/KDTM-GĐT ngày 29/08/2016, Chính phủ, 2016d).

4.2.3. Chưa có quy định về công chứng Hợp đồng điện tử Quy định về công chứng HĐĐT

Theo Luật công chứng, công chứng là “việc công chứng viên của một tổ chức hành nghề công chứng chứng nhận tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng, giao dịch dân sự khác bằng văn bản (sau đây gọi là hợp đồng, giao dịch), tính chính xác, hợp pháp, không trái đạo đức xã hội của bản dịch giấy tờ, văn bản từ tiếng Việt sang tiếng nước ngoài hoặc từ tiếng nước ngoài sang tiếng Việt (sau đây gọi là bản dịch) mà theo quy định của pháp luật phải công chứng hoặc cá nhân, tổ chức tự nguyện yêu cầu công chứng” (Khoản 1, Điều 2, Luật công chứng số 53/2014/QH13, Quốc hội, 2014).

Như vậy đối với các giao dịch mà pháp luật yêu cầu phải công chứng thì công chứng viên chứng nhận hợp đồng, giao dịch dân sự khác đảm bảo các tính chất pháp luật thì bắt buộc hình thức các hợp đồng, giao dịch dân sự khác đó phải được văn bản hóa.

Theo đó, khi công chứng, Luật công chứng còn yêu cầu bộ hồ sơ như “*Phiếu yêu cầu công chứng, trong đó có thông tin về họ tên, địa chỉ người yêu cầu công chứng, nội dung cần công chứng, danh mục giấy tờ gửi kèm theo; tên tổ chức hành nghề công chứng, họ tên người tiếp nhận hồ sơ yêu cầu công chứng, thời điểm tiếp nhận hồ sơ; Dự thảo hợp đồng, giao dịch; Bản sao giấy tờ tùy thân của người yêu cầu công chứng; Bản sao giấy chứng nhận quyền sở hữu, quyền sử dụng hoặc bản sao giấy tờ thay thế được pháp luật quy định đối với tài sản mà pháp luật quy định phải đăng ký quyền sở hữu, quyền sử dụng trong trường hợp hợp đồng, giao dịch liên quan đến tài sản đó; Bản sao giấy tờ khác có liên quan đến hợp đồng, giao dịch mà pháp luật quy định phải có*” (Khoản 1, Điều 40, Luật Công chứng 2014, Quốc hội, 2014).

Sau khi kiểm tra, đối chiếu giấy tờ đầy đủ, công chứng viên đồng ý chứng thực thì phải ký từng trang theo quy định của Luật công chứng (Khoản 8, Điều 40, Luật Công chứng 2014, Quốc hội, 2014). Văn bản sau khi được công chứng chỉ có hiệu lực pháp luật “*kể từ ngày được công chứng viên ký và đóng dấu của tổ chức hành nghề công chứng*” (Khoản 1, Điều 5, Luật Công chứng 2014, Quốc hội, 2014).

Nhìn chung, muốn công chứng hợp đồng, giao dịch dân sự khác thì phải thực hiện trên văn bản giấy. Nếu vận dụng quy định BLDS 2015 quy định “*giao dịch dân sự thông qua phương tiện điện tử dưới hình thức thông điệp dữ liệu theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử được coi là giao dịch bằng văn bản*” (Điều 119, BLDS 2015, Quốc hội, 2015a) và các quy định về chữ ký cũng như đóng dấu theo Luật GDĐT 2005 (Điều 12, Điều 24 Luật GDĐT 2005, Quốc hội, 2005; Điều 8 Nghị định số 130/2018/NĐ-CP, Chính phủ, 2018) thì vẫn gặp khó khăn trong việc chứng thực các vấn đề liên quan đến hồ sơ như: văn bản về thừa kế, quyết định ly hôn, giấy đăng ký kết hôn, giấy khai sinh, giấy khai tử, giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà và các bất động sản khác, hồi phiếu, ... do tình trạng hiện hữu của các loại giấy tờ này hiện nay đều được yêu cầu là đối chiếu bản chính, cũng như các cơ quan có thẩm quyền cấp các loại giấy tờ này đều dưới dạng bản giấy. Điều mà Luật GDĐT 2005 không điều chỉnh các đối tượng này (Điều 1, Luật GDĐT 2005, Quốc hội, 2005).

5. Kết luận và gợi ý

Xu thế “phẳng” về giao dịch, thương mại giữa các quốc gia trong bối cảnh toàn cầu hóa, tự do hóa thương mại và ứng dụng khoa học kỹ thuật tiên tiến trong kỷ nguyên mới - cuộc CMCN 4.0 đã và đang diễn ra mạnh mẽ. Điều này thúc đẩy các quốc gia điều chỉnh hệ thống quy định Pháp luật của chính mình phù hợp với tình hình chung và thông lệ quốc tế. Do đó đối với một số bất cập về pháp luật giao dịch bằng hợp đồng điện tử tại Việt Nam nêu trên, tác giả đưa ra một số đề xuất mang tính gợi mở, cần nghiên cứu cải thiện như sau:

Thứ nhất, đối với tính xác thực của chứng cứ từ thông điệp dữ liệu, cần quy định chi tiết, rõ ràng hơn về “chứng cứ từ thông điệp dữ liệu” nhằm tăng động lực và tạo niềm tin cho các chủ thể tham gia giao kết hợp đồng thông qua thông điệp dữ liệu.

Thứ hai, xem xét sự cần thiết trong việc quy định chi tiết về tính hiệu lực của chữ ký bằng hình ảnh và chữ ký scan. Từ đó tạo cơ sở pháp lý vững chắc trong việc giao kết bằng hai phương thức ký kết này. Đồng thời, nghiên cứu các biện pháp hạn chế, kiểm soát rủi ro về tính giả mạo hay quy định biện pháp xác thực tối thiểu, hiệu quả đối với việc áp dụng chữ ký scan và chữ ký bằng hình ảnh.

Thứ ba, đối với việc công chứng HĐĐT, cần rà soát, đánh giá lại các văn bản quy phạm pháp luật hiện đang mâu thuẫn, chồng chéo và lạc hậu điều chỉnh vấn đề này. Song song với việc vừa nghiên cứu, ban hành khung pháp lý điều chỉnh hoạt động công chứng HĐĐT vừa xây dựng, nâng cấp cơ sở hạ tầng công nghệ thông tin và ứng dụng các kỹ thuật tin học để vận hành hiệu quả, kiểm soát được rủi ro, tranh chấp khi triển khai hoạt động công chứng HĐĐT.

Thứ tư, khi đã hoàn thiện về hành lang pháp lý, cơ sở hạ tầng công nghệ thông tin trong việc điều chỉnh và vận hành giao dịch bằng HĐĐT, cơ quan quản lý hữu quyền cần tích cực tuyên truyền khuyến khích người dân tham gia giao dịch, ký kết bằng hình thức điện tử để tạo tâm lý an toàn, tin cậy cho các chủ thể tham gia mà còn góp phần tiết kiệm chi phí, đẩy mạnh giao thương, hạn chế các rủi ro và tranh chấp xảy ra khi cần xác thực thông tin. Đặc biệt trong thời điểm dịch bệnh Covid-19 hiện đang là vấn đề gây nhiều cản trở trong giao dịch, thương mại thì vấn đề cải thiện và vận hành giao dịch bằng HĐĐT lại trở nên cấp thiết hơn bao giờ hết.

LỜI CẢM ƠN

Tác giả chân thành cảm ơn TS. Nguyễn Thị Anh đã dành nhiều tâm huyết giảng dạy và động viên cho các học viên lớp cao học Luật LA1-K30, Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế TP.HCM, trong đó có tác giả. Đây chính là động lực để tác giả đào sâu và nghiên cứu bài viết này. Bài viết là do tác giả tự nghiên cứu, chưa công bố ở bất kỳ hội thảo, tạp chí nào và không có bất kỳ xung đột lợi ích nào liên quan.

Tài liệu tham khảo

- Chính phủ. (2013). *Nghị định 52/2013/NĐ-CP quy định về việc phát triển, ứng dụng và quản lý hoạt động thương mại điện tử, ban hành ngày 16/05/2013, hiệu lực từ 01/07/2013* [Decree 52/2013/NĐ-CP on e-commerce which provides the development, application and management of e-commerce activities, promulgation on 16/05/2013, effect on 01/07/2013]. Retrieved May 10, 2021, from <http://congbao.chinhphu.vn/noi-dung-van-ban-so-52-2013-nd-cp-4146>
- Chính phủ. (2016a). *Nghị quyết số 04/2016/NQ-HĐTP hướng dẫn việc gửi, nhận đơn khởi kiện, tài liệu, chứng cứ và cấp, tổng đạt, thông báo văn bản tố tụng bằng phương tiện điện tử giữa người khởi kiện, đương sự, người tham gia tố tụng khác (sau đây gọi là người khởi kiện, người tham gia tố tụng) với Tòa án trong thủ tục giải quyết vụ án dân sự, vụ án hành chính, ban hành ngày 30/12/2016, hiệu lực từ 15/02/2017* [Resolution 04/2016/NQ-HĐTP which guides the sending and receiving of lawsuit petitions, documents and evidences and the issuance, delivery and notification of procedural documents by electronic means between the plaintiffs, litigants and other procedure participants, promulgation on 30/12/2016, effect on 15/02/2017]. Retrieved May 10, 2021, from <https://vbqp.toaan.gov.vn/webcenter/portal/htvb/chi-tiet?dDocName=TOAAN007673&Keyword=>
- Chính phủ. (2016b). *Án lệ số 04/2016/AL ngày 06/04/2016* [Case law No. 04 /2016/AL on case of “Dispute on the contract on transfer of land use rights”, promulgation on 06/04/2016].

Retrieved May 10, 2021, from <https://anle.toaan.gov.vn/webcenter/portal/anle/chitietanle?dDocName=TAND014300>

Chính phủ. (2016c). *Án lệ số 07/2016/AL ngày 17/10/2016 [Case law No. 07/2016/AL on recognition of contracts for sale and purchase of house entered into before 1 July 1991, promulgation on 17/10/2016]*. Retrieved May 10, 2021, from <https://anle.toaan.gov.vn/webcenter/portal/anle/chitietanle?dDocName=TAND014305>

Chính phủ. (2016d). *Quyết định giám đốc thẩm số 47/2016/KDTM-GĐT ngày 29/08/2016 [Decision of court of cassation No 47/2016/KDTM-GĐT, promulgation on 29/08/2016]*. Retrieved May 12, 2021, from <https://ketoanmvb.com/ky-ket-hop-dong-bang-chu-ky-so-dien-tu.html>

Chính phủ. (2018). *Nghị định 130/2018/NĐ-CP quy định quy định chi tiết về chữ ký số và chứng thư số; việc quản lý, cung cấp và sử dụng chữ ký số, chứng thư số và dịch vụ chứng thực chữ ký số, ban hành ngày 27/09/2018, hiệu lực từ 15/11/2018 [Decree 130/2018/ND-CP which provides guidelines for digital signatures and digital certificates, the management, provision, and use of digital signatures, digital certificates and digital signature authentication, promulgation on 27/09/2018, effect on 15/11/2018]*. Retrieved May 12, 2021, from http://vanban.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/hethongvanban?class_id=1&_page=1&mode=detail&document_id=194913

Garner, B. A. (2009). *Black's law dictionary*. Eagan, MN: West Publishing Company.

Le, T. V. (2016). *Chứng cứ điện tử trong giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại [Electronic evidence in resolution of commercial business of dispute]*. *Tạp chí kiểm soát*, (5). Retrieved February 18, 2021, from <https://kiemsat.vn/chung-cu-dien-tu-trong-giai-quyet-tranh-chap-kinh-doanh-thuong-mai-46731.html>

Martin, E. A. (2002). *A dictionary of law* (15th ed.). London, UK: Oxford University Press.

Ngo, C. H. (2013). *Giáo trình Luật Hợp đồng [Textbook: The law of contract]*. Hanoi, Vietnam: NXB Đại Học Quốc gia Hà Nội.

Nguyen, T. T. T. (2020). *Hình thức hợp đồng thông điệp dữ liệu và thực tiễn áp dụng [Data message of contract form and practice]*. Retrieved February 18, 2021, from Báo điện tử FDVN website: <http://fdvn.vn/hinh-thuc-hop-dong-thong-diep-du-lieu-va-thuc-tien-ap-dung/>

O'Sullivan, J., & Hilliard, J. (2012). *The law of contract* (5th ed.). London, UK: Oxford University Press.

Quốc hội. (2005). *Luật Giao dịch điện tử 2005 số 51/2005/QH11 ban hành ngày 29/11/2005, hiệu lực từ 01/03/2006 [Law No. 51/2005/QH11 on e-transactions which provides for e-transactions in the operations of state agencies; in the civil, business, commercial and other sectors prescribed by law, promulgation on 29/11/2005, effect on 01/03/2006]*. Retrieved February 19, 2021, from <http://vbpl.vn/botuphap/Pages/vbpqen-toanvan.aspx?ItemID=6121>

Quốc hội. (2014). *Luật Công chứng 2014 số 53/2014/QH13 ban hành ngày 20/06/2014, hiệu lực từ 01/01/2015 [Law No. 53/2014/QH13, promulgation on 20/06/2014, effect on 01/01/2015]*. Retrieved February 15, 2021, from http://vanban.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/hethongvanban?class_id=1&_page=1&mode=detail&document_id=175350

- Quốc hội. (2015a). *Bộ Luật Dân sự 2015 số 91/2015/QH13 ban hành ngày 24/11/2015, hiệu lực từ 01/01/2017* [The Law No. 91/2015/QH13, promulgation on 24/11/2015, effect on 01/01/2017]. Retrieved February 12, 2021, from http://vanban.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/hethongvanban?class_id=1&_page=1&mode=detail&document_id=183188
- Quốc hội. (2015b). *Bộ Luật Tố tụng Dân sự 2015 số 92/2015/QH13 ban hành ngày 25/11/2015, hiệu lực từ 01/07/2016* [The Law No. 92/2015/QH13, promulgation on 25/11/2015, effect on 01/07/2016]. Retrieved February 10, 2021, from <http://congbao.chinhphu.vn/thuoc-tinh-van-ban-so-92-2015-qh13-18411>
- Reed, K. M., Cheeseman, H. R., & Schlageter III, J. J. (2013). *Contract law for paralegals: Traditional and e-contracts*. Upper Saddle River, NJ: Pearson Education, Inc.
- Truong, Q. N., & Huynh, T. (2020). Ký kết hợp đồng thông qua phương thức điện tử [Signing the contract via electronic means. *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, 10(410). Retrieved May 10, 2021, from <http://www.lapphap.vn/Pages/TinTuc/210533/Ky-ket-hop-dong-thong-qua-phuong-thuc-dien-tu.html>
- Vu, M. V. (1963). *Việt Nam Dân luật lược khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước* [Vietnam Civil Law Summary - Book II: Obligations and Contracts]. Ho Chi Minh City, Vietnam: Bộ Quốc gia Giáo dục.