

**ĐẠI HỌC QUỐC GIA THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH  
TRƯỜNG ĐẠI HỌC KINH TẾ - LUẬT**

**GIẢN THỊ LÊ NA**

**VI PHẠM HỢP ĐỒNG HIỆU QUẢ**

**Tp. Hồ Chí Minh, năm 2022**

**ĐẠI HỌC QUỐC GIA THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH  
TRƯỜNG ĐẠI HỌC KINH TẾ - LUẬT**

**GIẢN THỊ LÊ NA**

**VI PHẠM HỢP ĐỒNG HIỆU QUẢ**

**LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC**

**Chuyên ngành: Luật Kinh tế  
Mã số chuyên ngành: 62.38.01.07**

**NGƯỜI HƯỚNG DẪN KHOA HỌC**

**HD1: PGS. TS. DƯƠNG ANH SƠN**

**HD2. TS. PHẠM TRÍ HÙNG**

**Tp. Hồ Chí Minh, năm 2022**

## LỜI CAM ĐOAN

Tôi cam đoan luận án này là công trình do chính tôi thực hiện. Mọi số liệu, kết quả nghiên cứu đã công bố được tham khảo trong luận án đều trung thực và trích dẫn nguồn đúng quy định. Những kết quả nghiên cứu của luận án chưa từng được công bố trong bất kỳ công trình của tác giả nào khác.

Nghiên cứu sinh

Giản Thị Lê Na

## DANH MỤC TỪ VIẾT TẮT

<b>Từ viết tắt</b>	<b>Tiếng Anh</b>	<b>Nghĩa tiếng Việt</b>
BLDS		Bộ luật Dân sự
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods	Công ước Liên hiệp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (Công ước Viên 1980)
LTM		Luật Thương mại
PECL	Principles of European Contract Law	Bộ nguyên tắc luật hợp đồng Châu Âu
PICC	Principles of International Commercial Contracts	Bộ nguyên tắc về hợp đồng thương mại quốc tế
TAND		Tòa án nhân dân
TNHH		Trách nhiệm hữu hạn
MTV		Một thành viên
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law	Ủy ban Liên hợp quốc về luật thương mại quốc tế

## MỤC LỤC

PHẦN MỞ ĐẦU .....	1
1. Lý do chọn đề tài .....	1
2. Mục tiêu nghiên cứu .....	4
3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu .....	4
3.1 Đối tượng nghiên cứu .....	5
3.2 Phạm vi nghiên cứu .....	5
4. Điểm mới khoa học của luận án .....	5
CHƯƠNG 1. TỔNG QUAN VỀ VẤN ĐỀ NGHIÊN CỨU.....	7
1.1 Tình hình nghiên cứu.....	7
1.1.1 Các công trình nghiên cứu trong nước .....	7
1.1.1.1 Các công trình nghiên cứu liên quan đến vi phạm hợp đồng, chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng.....	7
1.1.1.2 Các công trình nghiên cứu liên quan đến bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng.....	10
1.1.1.3 Các công trình nghiên cứu về kinh tế học pháp luật đối với lĩnh vực hợp đồng .....	14
1.1.2 Các công trình nghiên cứu nước ngoài .....	16
1.1.2.1 Các công trình nghiên cứu làm rõ nội dung thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả .....	16
1.1.2.2 Các công trình nghiên cứu về các khoản thiệt hại cần được xem xét bồi thường và nguyên tắc bồi thường thiệt hại khi có vi phạm hợp đồng hiệu quả.....	20
1.1.2.3 Các công trình nghiên cứu về chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ và yêu cầu thu hồi lợi ích có được từ sự vi phạm (disgorgement) trong mối tương quan với vi phạm hợp đồng hiệu quả .....	23
1.1.2.4 Các công trình nghiên cứu liên quan đến vấn đề đạo đức đối với vi phạm hợp đồng hiệu quả .....	29
1.1.3 Đánh giá chung về tình hình nghiên cứu .....	33
1.1.3.1 Đánh giá chung về tình hình nghiên cứu trong nước.....	33
1.1.3.2 Đánh giá chung về tình hình nghiên cứu nước ngoài .....	34
1.2 Cơ sở lý thuyết.....	34
1.2.1 Lý thuyết về luật tự nhiên .....	34

1.2.2	Thuyết vị lợi.....	35
1.2.3	Lý thuyết chi phí giao dịch .....	36
1.2.4	Lý thuyết hiệu quả Pareto .....	38
1.2.5	Lý thuyết bàn tay vô hình .....	39
1.2.6	Lý thuyết lợi thế so sánh của David Ricardo .....	40
1.3	Câu hỏi nghiên cứu.....	41
1.4	Phương pháp nghiên cứu .....	44
1.4.1	Phương pháp phân tích .....	44
1.4.2	Phương pháp tổng hợp.....	44
1.4.3	Phương pháp so sánh luật học.....	44
1.4.4	Phương pháp lịch sử .....	46
1.5	Kết cấu của luận án.....	46
<b>CHƯƠNG 2. NHẬN DIỆN VI PHẠM HỢP ĐỒNG HIỆU QUẢ.....</b>		<b>47</b>
2.1	Khái quát vi phạm hợp đồng hiệu quả.....	47
2.1.1	Vi phạm hợp đồng và lý do của sự vi phạm .....	47
2.1.2	Khái niệm vi phạm hợp đồng hiệu quả.....	49
2.2	Các trường hợp của vi phạm hợp đồng hiệu quả.....	52
2.2.1	Vi phạm để giảm thiểu tổn thất.....	53
2.2.1.1	Công thức của sự vi phạm để giảm thiểu tổn thất.....	53
2.2.1.2	Các tình huống về vi phạm để giảm thiểu tổn thất .....	58
2.2.2	Vi phạm vì lợi ích lớn hơn.....	60
2.2.2.1	Công thức của sự vi phạm vì lợi ích lớn hơn .....	60
2.2.2.2	Các tình huống về vi phạm vì lợi ích lớn hơn.....	64
Kết luận chương 2 .....		70
<b>CHƯƠNG 3. XÁC ĐỊNH THIẾT HẠI CẦN PHẢI ĐƯỢC BỒI THƯỜNG TRONG VI PHẠM HỢP ĐỒNG HIỆU QUẢ.....</b>		<b>71</b>
3.1	Xác định thiệt hại vật chất.....	72
3.1.1	Các loại thiệt hại vật chất.....	72
3.1.2	Khoản lợi mong đợi của bên bị vi phạm.....	75
3.1.2.1	Cơ sở lý thuyết cho khoản lợi mong đợi.....	75
3.1.2.2	Tính tối ưu hóa lợi ích xã hội của bồi thường khoản lợi mong đợi .....	77
3.1.2.3	Công thức tính khoản lợi mong đợi .....	82

3.1.3 Kiến nghị hoàn thiện quy định về bồi thường thiệt hại vật chất để có cơ sở thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả.....	85
3.2 Xác định thiệt hại về tinh thần.....	89
3.2.1 Cơ sở cho việc bồi thường thiệt hại về tinh thần trong hợp đồng .....	89
3.2.2 Các quan điểm về khoản thiệt hại tinh thần trong hợp đồng .....	91
3.2.3 Quy định của pháp luật Việt Nam, sự tương thích với pháp luật hợp đồng thế giới về bồi thường thiệt hại tinh thần trong hợp đồng và thực tiễn xét xử .....	95
3.3 Xác định thiệt hại ước tính .....	101
3.3.1 Bản chất của thiệt hại ước tính và quy định của pháp luật về bồi thường thiệt hại ước tính .....	102
3.3.2 Thực tiễn xét xử các tranh chấp liên quan đến thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính và kiến nghị .....	108
Kết luận chương 3 .....	115
<b>CHƯƠNG 4. NHỮNG TRỞ NGẠI CỦA VIỆC THỪA NHẬN VI PHẠM HỢP ĐỒNG HIỆU QUẢ.....</b>	<b>118</b>
4.1 Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ.....	118
4.1.1 Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ trong hai hệ thống pháp luật Civil Law và Common Law .....	118
4.1.2 Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ trong pháp luật hợp đồng Việt Nam .....	123
4.2 Thu hồi lợi ích có được do hành vi sai trái.....	130
4.2.1 Thu hồi lợi ích có được do hành vi sai trái (disgorgement) trong pháp luật hợp đồng Anh – Mỹ .....	131
4.2.2 Thu hồi lợi ích có được do hành vi sai trái (disgorgement) trong pháp luật hợp đồng Châu Âu lục địa .....	133
4.3 Vấn đề đạo đức của vi phạm hợp đồng hiệu quả .....	134
4.3.1 Các phản đối về đạo đức đối với vi phạm hợp đồng hiệu quả .....	135
4.3.2 Đạo đức trong lời hứa và trong hợp đồng.....	136
4.3.3 Phạm vi phù hợp đạo đức của vi phạm hợp đồng hiệu quả.....	139
4.3.1.1 Lý do của vi phạm hiệu quả .....	139
4.3.1.2 Vi phạm hiệu quả - Ngoại lệ của nguyên tắc “đạo đức lời hứa” (“promissory morality”).....	141
4.3.1.3 Vi phạm trong hợp đồng không đầy đủ .....	143

4.4 Sự khác biệt trong vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán .....	147
4.4.1 Vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán trong hệ thống luật Common Law và Civil Law .....	147
4.4.2 Vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán Việt Nam trong quá trình áp dụng pháp luật.....	149
Kết luận chương 4 .....	152
KẾT LUẬN .....	155
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO .....	i
DANH MỤC CÔNG TRÌNH NGHIÊN CỨU.....	xiv



## PHẦN MỞ ĐẦU

### 1. Lý do chọn đề tài

Sự giao thoa giữa kinh tế và luật luôn là vấn đề thú vị đối với các nhà nghiên cứu, cả những nhà nghiên cứu luật học cũng như kinh tế học. Các vấn đề pháp lý được phân tích dưới khía cạnh kinh tế luôn mang lại những góc nhìn mới mẻ. Trường phái kinh tế - luật, còn được gọi là trường phái kinh tế học pháp luật nghiên cứu pháp luật bằng những tri thức, phương pháp của kinh tế học. Vi phạm hợp đồng hiệu quả (*Efficient Breach*) - một vấn đề pháp lý thuộc hệ thống luật pháp Common Law cũng đã được nhìn nhận dưới lăng kính này.

Trong thực tiễn, vi phạm pháp luật nói chung và vi phạm hợp đồng nói riêng là những hành vi thường gặp và thường được nhìn nhận một cách tiêu cực và bị lên án. Các chủ thể vi phạm pháp luật, vi phạm hợp đồng cũng chính vì vậy mà buộc phải gánh chịu những chế tài mà mức độ nghiêm khắc phụ thuộc vào mức độ nguy hiểm cho xã hội và mức độ thiệt hại do hành vi vi phạm gây ra. Tuy nhiên, tư duy của con người thay đổi và phát triển theo thời gian, chính vì vậy nên cách nhìn nhận sự vật, hiện tượng và mối liên hệ giữa sự vật, hiện tượng cũng có sự thay đổi<sup>1</sup>.

Quy định của pháp luật có phải lúc nào cũng tốt và việc thực hiện đúng quy định pháp luật đó có phải bao giờ cũng đảm bảo công lý? Có lẽ không phải bao giờ cũng vậy vì một quy định của pháp luật cho dù có tốt đến mấy tại thời điểm ban hành thì cũng sẽ có thể trở nên không còn phù hợp khi xã hội thay đổi. Các điều khoản của hợp đồng do các bên thoả thuận hoặc do pháp luật quy định không phải bao giờ cũng có thể tiên liệu trước được tất cả mọi tình huống xảy ra trong tương lai khi hợp đồng được thực hiện và không loại trừ trường hợp sẽ là tốt hơn cho các bên, cho nhà nước hoặc cho xã hội nếu một bên vi phạm hợp đồng.

Có thể nói tại thời điểm ký kết, thực hiện hợp đồng để đạt được lợi ích luôn là mục tiêu được hướng tới của các bên. Và khó có thể hình dung một trong các lại bên tham gia ký kết hợp đồng với mục đích để sau này vi phạm nó (trừ

---

<sup>1</sup> Hoàng Vĩnh Long, Dương Anh Sơn, Tự do hợp đồng - Từ bàn tay vô hình đến chủ nghĩa can thiệp, Tạp chí Nghiên cứu Kinh tế, số 6/2011.

trường hợp bên tham gia thiếu trung thực, thiện chí và có mục đích xấu ngay từ đầu trong quan hệ hợp đồng). Tuy nhiên, trong rất nhiều trường hợp mục đích thực hiện hợp đồng đến cùng của các bên không đạt được do một trong các bên đã có sự vi phạm hợp đồng. Sự vi phạm này xuất phát từ nhiều nguyên nhân khác nhau trong đó có nguyên nhân về lợi ích kinh tế. Các nhà kinh tế học và luật học đã nhìn nhận và phân tích nguyên nhân kinh tế của sự vi phạm hợp đồng và đồng thời đối sánh lợi ích kinh tế của người vi phạm, người bị vi phạm và tổng lợi ích xã hội.

Thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả (Efficient Breach Theory) được hình thành dựa trên cơ sở đó. Cũng như rất nhiều những học thuyết khác, thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả cũng nhận được rất nhiều sự đồng tình nhưng bên cạnh đó cũng đã có không ít ý kiến phản đối với quan điểm này trên phương diện đạo đức. Với nhiều người, hợp đồng là một lời hứa. Khi các bên đã tham gia ký kết hợp đồng thì phải thực hiện lời hứa đó, vì thế vi phạm hợp đồng là một vấn đề sai trái<sup>2</sup>. Tuy nhiên những người ủng hộ cho thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả cho rằng nghĩa vụ giữ đúng hợp đồng theo thông luật không có gì khác ngoài việc bạn phải trả tiền bồi thường nếu bạn không giữ đúng nó<sup>3</sup>. Đồng thời theo họ, xét dưới góc độ kinh tế, trong một hợp đồng mua bán, nếu sự vi phạm của người bán có thể tạo ra lợi nhuận cao hơn và đồng thời lại không gây thiệt hại cho người mua thì không có một lý do kinh tế nào để cho rằng bên bán là người có lỗi<sup>4</sup>. Hay nói cách khác, theo trường phái kinh tế luật thì không có chuyện đúng hay sai khi vi phạm hợp đồng mà chỉ có hiệu quả hay không hiệu quả<sup>5</sup>. Bởi lẽ trường phái kinh tế học pháp luật cho rằng, luật thay đổi theo hướng ngày càng tăng tính hiệu quả, một điều luật hiệu quả là một điều luật có thể tối đa hóa lợi ích của tất cả các thành viên trong xã hội<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Tess Wilkinson-Ryan, "Legal Promise and Psychological Contract" (2012) 47 Wake Forest L. Rev 843, p.843-873.

<sup>3</sup> Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law" (1997) 110 Harvard Law Review 991, p.991-1009.

<sup>4</sup> Daniel Friedmann, "The Efficient Breach Fallacy" (1989) 18 The Journal of Legal Studies 1, p.1-24.

<sup>5</sup> Lê Nét, Giáo Trình Kinh Tế Luật (NXB Tri Thức 2006), tr.84.

<sup>6</sup> Lê Nét, tđđ, tr.180.

Có thể thấy, vi phạm hợp đồng hiệu quả là vấn đề thú vị và khá mới mẻ đối với việc nghiên cứu pháp luật, đặc biệt đối với các nước chịu ảnh hưởng của hệ thống luật Civil Law như pháp luật Việt Nam.

“Kinh tế học nghiên cứu hành vi của toàn bộ nền kinh tế tổng thể và hành vi của các chủ thể kinh tế riêng lẻ trong nền kinh tế. Mỗi chủ thể kinh tế được cho là đều có mục tiêu tối đa hóa các lợi ích của họ. Mục tiêu của các doanh nghiệp là tối đa hóa lợi nhuận, mục tiêu của người tiêu dùng là tối đa hóa ích lợi khi tiêu dùng và mục tiêu của chính phủ là tối đa hóa phúc lợi xã hội. Kinh tế học có nhiệm vụ giúp các chủ thể kinh tế giải quyết các bài toán tối đa hóa lợi ích kinh tế này, tuy nhiên điều này chỉ có thể giải quyết được một cách có hiệu quả thông qua các công cụ pháp lý”<sup>7</sup>.

Do vậy, việc nghiên cứu về vi phạm hợp đồng hiệu quả góp phần tạo nên những ý nghĩa lý luận và thực tiễn hữu ích. Tuy nhiên, ở Việt Nam hiện nay vi phạm hợp đồng dường như chưa được nhìn nhận dưới góc độ hiệu quả kinh tế này, sự vi phạm chỉ mới được phân tích và đánh giá đơn thuần là những hành vi không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ các nội dung đã cam kết, thỏa thuận tại hợp đồng. Và trên thực tế không phải lúc nào các bên cũng đạt được đến sự thỏa thuận đàm phán lại để giải quyết lợi ích khi có sự vi phạm, lúc bấy giờ việc đưa ra các phán quyết cuối cùng về chế tài áp dụng phụ thuộc vào sự quyết định của cơ quan tài phán. Trong thực tiễn xét xử, yếu tố hiệu quả kinh tế của sự vi phạm cũng chưa được các cơ quan tài phán cân nhắc xem xét và đánh giá trong các phán quyết liên quan đến vi phạm hợp đồng.

Hơn nữa đến nay ở Việt Nam dường như chưa có công trình nghiên cứu chuyên sâu nào về nội dung này. Luận án muốn xác định (i) các trường hợp của vi phạm hợp đồng hiệu quả; (ii) tìm ra những lý lẽ, cơ sở để lý giải cho hành vi vi phạm hiệu quả. Và đặc biệt, luận án quan tâm đến việc (i) pháp luật Việt Nam có nên công nhận các trường hợp vi phạm hợp đồng hiệu quả này không; (ii) nếu có thì việc thừa nhận nên được đặt ra trong những trường hợp nào; (iii) quy định của pháp luật cần được thiết kế như thế nào để có cơ sở thừa nhận vi phạm hợp đồng

---

<sup>7</sup> Hoàng Vĩnh Long, Dương Anh Sơn, t.lđd.

hiệu quả? Trước sự thú vị và mới mẻ của vấn đề cũng như để trả lời cho những băn khoăn đó, NCS đã quyết định chọn “*Vi phạm hợp đồng hiệu quả*” đề tài luận án của mình.

## **2. Mục tiêu nghiên cứu**

Về mặt nội dung, nghiên cứu này nhằm hướng tới mục tiêu chung là tìm được những lý do cho việc công nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả và trên cơ sở đó nghiên cứu đề xuất những thay đổi về mặt pháp lý, cụ thể là trong các quy định của pháp luật hợp đồng Việt Nam để có cơ sở công nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả.

Từ mục tiêu nghiên cứu chung đó, luận án đặt ra các mục tiêu nghiên cứu cụ thể như sau:

(1). Nhận diện rõ vi phạm hợp đồng hiệu quả là gì, các trường hợp của vi phạm hợp đồng hiệu quả và các lợi ích kinh tế mà sự vi phạm này mang lại cho các bên, cho xã hội.

(2). Phân tích các vấn đề liên quan đến trách nhiệm của bên vi phạm đối với bên bị vi phạm khi có hành vi vi phạm hiệu quả xảy ra; xác định các loại thiệt hại được quyền yêu cầu bồi thường để đảm bảo tính hiệu quả của vi phạm.

(3). Làm rõ các tranh cãi giữa những quan điểm đồng thuận và phản đối vi phạm hợp đồng hiệu quả, đặc biệt là xuất phát từ yếu tố đạo đức trong quan hệ hợp đồng, từ đó thể hiện quan điểm của tác giả về vi phạm hợp đồng hiệu quả.

(4) Đưa ra các đề xuất, giải pháp pháp lý cho các quy định của pháp luật hợp đồng Việt Nam để có cơ sở thừa nhận vi phạm hiệu quả.

Để giải quyết được các mục tiêu trên, luận án xác định câu hỏi nghiên cứu chung và sau đó chia vấn đề thành các câu hỏi nghiên cứu nhỏ hơn, từng bước phân tích, so sánh, đánh giá để trả lời các câu hỏi nghiên cứu này. Kết quả nghiên cứu của đề tài hi vọng sẽ là công trình nghiên cứu mang tính chất tổng quát và có tính hệ thống đầu tiên tại Việt Nam đến nay về vi phạm hợp đồng hiệu quả, góp phần mang đến nhìn mới mẻ, đa chiều hơn về vi phạm hợp đồng.

## **3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu**

### **3.1 Đối tượng nghiên cứu**

Đối tượng nghiên cứu của luận án là (i) hành vi vi phạm hợp đồng mang lại hiệu quả kinh tế cho các bên và cho tổng lợi ích xã hội; (ii) những quan điểm, học thuyết kinh tế, học thuyết của pháp luật hợp đồng; (iii) các quy định của pháp luật hợp đồng Việt Nam và của một số quốc gia trên thế giới liên quan đến việc xác định nội hàm của vi phạm hợp đồng, các hình thức trách nhiệm của bên vi phạm đối với bên bị vi phạm và những chế tài áp dụng đi kèm khi có vi phạm hợp đồng.

### **3.2 Phạm vi nghiên cứu**

Về nội dung, luận án xác định phạm vi nghiên cứu chỉ đề cập đến các vấn đề như sau: Khái quát về vi phạm hợp đồng hiệu quả, bao gồm khái niệm, các trường hợp của sự vi phạm hợp đồng được coi là hiệu quả, công thức của sự hiệu quả trong vi phạm hợp đồng. Các vấn đề của buộc thực hiện đúng nghĩa vụ, bồi thường thiệt hại... cũng được phân tích dưới góc độ đó là chế tài áp dụng và trách nhiệm hợp đồng khi người vi phạm thực hiện hành vi vi phạm hiệu quả. Bên cạnh đó là phạm vi phù hợp với yếu tố đạo đức của sự vi phạm cũng được xem xét để có cơ sở thừa nhận cho những vi phạm hiệu quả này.

Về không gian, luận án sử dụng các quy định cũng như lịch sử hình thành, yếu tố truyền thống của pháp luật một số quốc gia đại diện thuộc hệ thống Common Law (bao gồm Anh và Mỹ) và Civil Law (bao gồm Pháp, Đức và Nga) để phân tích.

## **4. Điểm mới khoa học của luận án**

So với các nghiên cứu đã được công bố tại Việt Nam thì luận án có thể xem là một trong những công trình ít ỏi đầu tiên nghiên cứu về vi phạm hợp đồng hiệu quả. Cũng nghiên cứu về vi phạm hợp đồng và có đề cập đến các vấn đề như bồi thường thiệt hại, phạt vi phạm... tuy nhiên những vấn đề này được luận án phân tích trong mối liên hệ với vi phạm hợp đồng hiệu quả chứ không phải chỉ là sự phân tích đơn thuần về tính chế tài khi có vi phạm hợp đồng nói chung.

So với các nghiên cứu về vi phạm hợp đồng hiệu quả đã được công bố trên thế giới thì luận án có tính tổng hợp cao bởi lẽ các nghiên cứu đến nay thường chỉ chủ yếu chỉ tập trung vào một vấn đề nào đó của vi phạm hợp đồng hiệu quả.

Không chỉ dừng lại ở việc phân tích về khái niệm, các trường hợp của vi phạm hợp đồng hiệu quả, luận án còn phân tích về mối liên hệ giữa vi phạm hợp đồng hiệu quả với vấn đề bồi thường thiệt hại, thu hồi lợi ích có được từ sự vi phạm, yêu cầu buộc thực hiện đúng nghĩa vụ và cả vấn đề đạo đức của sự vi phạm. Và một điểm riêng biệt nữa của luận án đó là luận án phân tích và đối sánh giữa các quy định của pháp luật hợp đồng của một số quốc gia trên thế giới với quy định của pháp luật hợp đồng Việt Nam về các vấn đề trên để từ đó có đánh giá cá nhân về việc pháp luật hợp đồng Việt Nam có nên công nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả hay không và những điều chỉnh cần thiết của pháp luật hợp đồng Việt Nam để có thể công nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả.

## CHƯƠNG 1. TỔNG QUAN VỀ VẤN ĐỀ NGHIÊN CỨU

### 1.1 Tình hình nghiên cứu

#### 1.1.1 Các công trình nghiên cứu trong nước

Vi phạm hợp đồng và trách nhiệm do vi phạm hợp đồng là vấn đề không còn mới trong nghiên cứu luật học. Đã có rất nhiều công trình nghiên cứu trong nước công bố liên quan đến vi phạm hợp đồng/ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên bên cạnh quan điểm về vi phạm hợp đồng truyền thống là việc một bên không thực hiện/ thực hiện không đúng nghĩa vụ của mình gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của bên còn lại thì pháp luật hợp đồng của các quốc gia theo hệ thống pháp luật Common Law, đặc biệt là trường phái kinh tế học pháp luật còn đặt ra vấn đề vi phạm hợp đồng hiệu quả. Để có cơ sở so sánh, tìm ra điểm mới trong vấn đề nghiên cứu, luận án muốn có cái nhìn tổng quan về các công trình nghiên cứu trong nước về vi phạm hợp đồng/ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng. Đồng thời, vi phạm hợp đồng hiệu quả là vấn đề của kinh tế học pháp luật nên việc có được nhận định cho các công trình nghiên cứu về kinh tế học pháp luật ở Việt Nam trong lĩnh vực hợp đồng cũng là nền tảng để luận án mạnh dạn phân tích cũng như có được những nhận định và kiến nghị phù hợp về vấn đề pháp lý thuộc trường phái này.

##### 1.1.1.1 Các công trình nghiên cứu liên quan đến vi phạm hợp đồng, chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng

(1) *Luận án Tiến sĩ Luật “Trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng thương mại ở Việt Nam hiện nay” của tác giả Lê Thị Tuyết Hà, Viện Khoa học và Xã hội, năm 2016.*

Với ý niệm vi phạm hợp đồng là một hành vi tiêu cực và cần phải ngăn chặn nhằm đảm bảo trật tự và tạo sự công bằng cho các chủ thể trong quan hệ hợp đồng, đề tài đã chỉ ra nhiều cách để ngăn chặn sự vi phạm hợp đồng như đề cao đạo đức kinh doanh, nâng cao ý thức pháp luật... Đồng thời theo tác giả việc xác định và áp dụng đúng trách nhiệm pháp lý trong thương mại (chế tài thương mại) là biện pháp pháp luật đặc biệt, góp phần trong việc ngăn chặn hiệu quả các hành vi vi phạm hợp đồng.

Như vậy có thể thấy, yếu tố tích cực về mặt kinh tế của vi phạm hợp đồng chưa được đề tài xem xét đến. Đây là một vấn đề còn bỏ ngỏ để người viết có thể khai thác và giúp đưa ra một cách nhìn mới mẻ hơn về vi phạm hợp đồng, đặc biệt là dưới góc độ kinh tế.

*(2) Sách chuyên khảo “Các biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật Việt Nam” của tác giả Đỗ Văn Đại, Nxb Chính trị Quốc gia Hà Nội, năm 2010 và được tái bản năm 2013 (có sửa chữa, bổ sung).*

Tác giả đã đề cập tới các vấn đề: (i) những vấn đề lý luận về không thực hiện đúng hợp đồng; (ii) những biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng do pháp luật dự liệu; (iii) những biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng do các bên thỏa thuận; (iv) kết luận và kiến nghị về một số giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về các biện pháp khắc phục hậu quả của hành vi vi phạm hợp đồng.

Có thể nói rằng đây là công trình nghiên cứu khá toàn diện về các biện pháp khắc phục hậu quả của hành vi vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên cũng như các công trình nghiên cứu đã được đề cập ở trên, hậu quả của hành vi vi phạm hợp đồng đang được xem xét dưới góc độ đó là một hành vi tiêu cực, mang lại thiệt hại cho bên bị vi phạm. Đồng thời vấn đề bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng chưa được xem xét dưới góc độ hiệu quả kinh tế.

*(3) Bài báo “So sánh các quy định về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng trong LTM Việt Nam 2005 và Công ước Viên 1980” của tác giả Phan Thị Thu Thủy đăng trên Tạp chí Khoa học ĐHQGHN: Luật học, Tập 30, Số 3 (2014), Tr 50-60.*

Bài viết được công bố trong bối cảnh Việt nam đang nỗ lực chuẩn bị những bước đi cần thiết để gia nhập CISG. Bằng sự tập trung vào so sánh những quy định của LTM 2005 và CISG về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng để làm rõ những điểm tương đồng và sự khác biệt của hai văn bản này, tác giả Thu Thủy đã rút ra những nhận định nhằm giúp cho doanh nghiệp và các cơ quan tài phán Việt



Nam trong vấn đề chọn luật áp dụng phù hợp khi ký kết và thực hiện hợp đồng và giải quyết tranh chấp.

Cụ thể công trình đã tập trung so sánh về sự tương đồng và khác biệt giữa các chế tài cụ thể bao gồm buộc thực hiện hợp đồng, bồi thường thiệt hại, tạm ngừng việc thực hiện hợp đồng và hủy hợp đồng. Từ những nội dung nghiên cứu của bài viết, tác giả luận án sẽ kế thừa và phân tích một số vấn đề đã được đề cập trong bài viết trên tương quan với sự vi phạm hợp đồng được coi là hiệu quả.

*(4) Bài báo “Quyền buộc thực hiện hợp đồng theo quy định của Công ước Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế - Một số đề xuất cho Việt Nam” của hai tác giả Nguyễn Thị Lan Hương và Ngô Nguyễn Thảo Vy đăng tải trên Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam số 7/2017.*

Bài báo phân các vấn đề về quyền buộc thực hiện đúng nghĩa vụ theo quy định của CISG bao gồm: (1) Quyền buộc thực hiện hợp đồng của bên mua theo Điều 46 của CISG, quyền buộc thực hiện hợp đồng của bên bán theo điều 62 của CISG. (2) Các giới hạn cần đặt ra của quyền buộc thực hiện hợp đồng bao gồm: (i) có hành vi vi phạm và (ii) tính hợp lý của yêu cầu buộc thực hiện hợp đồng. (3) Mối liên hệ giữa quyền buộc thực hiện hợp đồng với các chế tài khác của CISG. (4) Và cuối cùng là một số phân tích và đánh giá quy định của pháp luật Việt Nam về chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ này.

Tuy không đề cập và phân tích tới vấn đề buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng trong vi phạm hợp đồng hiệu quả nhưng luận án kế thừa được những kết quả nhất định từ công trình đó là các giới hạn cần đặt ra của quyền buộc thực hiện hợp đồng cũng như những phân tích, so sánh về các quy định của CISG và pháp luật Việt Nam. Những kế thừa này góp phần giúp luận án có được những phân tích về chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng trong vi phạm hợp đồng hiệu quả.

*(5) Bài báo đăng tải trên tạp chí Nhà nước và pháp luật số 9/2019 của tác giả Nguyễn Kim Oanh: “Các biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng theo bộ nguyên tắc về luật hợp đồng Châu Âu – Giá trị tham khảo cho Việt Nam”.*

Ngoài việc phân tích quy định chung về biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng theo Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng của Châu Âu và đi vào các biện

pháp khắc phục cụ thể bao gồm (i) buộc thực hiện đúng nghĩa vụ; (ii) hoãn thực hiện nghĩa vụ; (iii) chấm dứt hợp đồng; (iv) phạt vi phạm và (v) bồi thường thiệt hại, bài viết còn chỉ ra một số kinh nghiệm cho Việt Nam từ những tiến bộ và sự phù hợp từ các quy định của Bộ nguyên tắc này. Những vấn đề mà bài viết làm rõ có giá trị tham khảo lớn đối với luận án, đặc biệt là những phân tích liên quan đến biện pháp buộc thực hiện đúng nghĩa vụ: theo đó bộ nguyên tắc quy định về các trường hợp loại trừ trách nhiệm thực hiện đúng nghĩa vụ bao gồm trường hợp việc thực hiện nghĩa vụ cần chi phí hoặc nỗ lực quá lớn. Trường hợp này có những nét tương đồng với vi phạm hợp đồng hiệu quả. Sự kế thừa này góp phần sẽ giúp luận án đưa ra được những điều kiện để áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ trong vi phạm hợp đồng hiệu quả.

#### *1.1.1.2 Các công trình nghiên cứu liên quan đến bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng*

*(1) Luận án Tiến sĩ Luật “Bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng” của tác giả Bùi Thị Thanh Hằng, Đại học Luật Hà Nội, năm 2016.*

Luận án của tác giả Bùi Thị Thanh Hằng đã tập trung vào các vấn đề: (i) nghiên cứu, làm rõ các cơ sở lý luận về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng; (ii) phân tích các quy định của pháp luật hợp đồng Việt Nam trên cơ sở so sánh với quy định của một số quốc gia như Anh, và các văn bản pháp luật quốc tế như CISG, UPICC, PECL; (iii) đưa ra các ý kiến đánh giá và kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định của pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng.

Trên cơ sở quan điểm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng là biện pháp pháp lý quan trọng có vai trò bù đắp cho bên bị thiệt hại những tổn thất là hậu quả của hành vi vi phạm hợp đồng, tác giả đã phân tích về các loại thiệt hại phát sinh từ hành vi vi phạm bao gồm các cách phân loại: thiệt hại trực tiếp và thiệt hại gián tiếp; thiệt hại vật chất và thiệt hại tinh thần. Đồng thời công trình cũng chỉ ra hai chức năng của bồi thường thiệt hại là biện pháp dự phòng và ngăn ngừa hành vi vi phạm hợp đồng.

Có thể thấy, các vấn đề về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng đã được tác giả nghiên cứu một cách cặn kẽ, tuy nhiên bồi thường thiệt hại trong vi

phạm hợp đồng hiệu quả cần được xem xét thêm ở một chức năng hết sức quan trọng đó là đưa người bị vi phạm về đúng vị trí lợi ích như khi hợp đồng được thực thi. Bên cạnh đó các loại thiệt hại mà bên vi phạm sẽ phải bồi thường cũng phải được nhìn nhận và xác định theo một cách khác, đặc biệt là đối với khoản lợi mong đợi của bên bị vi phạm (*Expectation damages*), có như vậy mới tạo ra được tính hiệu quả của vi phạm hợp đồng. Đó là những vấn đề cần nghiên cứu thêm về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng mà luận án sẽ đề cập tới.

(2) Bài báo “*Chế tài bồi thường thiệt hại trong thương mại Quốc tế qua LTM Việt Nam, Công ước CISG và Bộ nguyên tắc UNIDROIT*” đăng trên Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 22 năm 2009 của tác giả Nguyễn Thị Hồng Trinh.

Trong bài viết này, những điểm khác biệt trong các quy định về chế tài bồi thường thiệt hại của LTM năm 2005, CISG và UPICC đã được tác giả chỉ ra và phân tích. Cụ thể tác giả đã đề cập đến các vấn đề như các thiệt hại phải đền bù, sự tính toán trước của thiệt hại, cách thức tính toán thiệt hại, nghĩa vụ chứng minh thiệt hại. Và đồng thời đây công trình nghiên cứu về chế tài bồi thường thiệt hại trong thương mại quốc tế nên vấn đề về đồng tiền tính toán thiệt hại, các điều khoản về tiền lãi cũng được tác giả đề cập.

Những kết quả nghiên cứu của công trình về cách thức tính toán, thiệt hại tính trước của công trình là những kết quả hữu ích mà luận án có thể kế thừa. Đồng thời với vi phạm hợp đồng hiệu quả, thiệt hại tính trước là vấn đề cần được xem xét tới.

(3) Bài báo “*So sánh các quy định về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng trong LTM Việt Nam 2005 và Công ước Viên 1980*” của tác giả Phan Thị Thu Thủy đăng trên Tạp chí Khoa học ĐHQGHN: Luật học, Tập 30, Số 3 (2014), Tr 50-60.

Bài viết được công bố trong bối cảnh Việt nam đang nỗ lực chuẩn bị những bước đi cần thiết để gia nhập CISG. Bằng sự tập trung vào so sánh những quy định của LTM 2005 và CISG về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng để làm rõ những điểm tương đồng và sự khác biệt của hai văn bản này, tác giả Thu Thủy đã rút ra những nhận định nhằm giúp cho doanh nghiệp và các cơ quan tài phán Việt

Nam trong vấn đề chọn luật áp dụng phù hợp khi ký kết và thực hiện hợp đồng và giải quyết tranh chấp.

Cụ thể công trình đã tập trung so sánh về sự tương đồng và khác biệt giữa các chế tài cụ thể bao gồm buộc thực hiện hợp đồng, bồi thường thiệt hại, tạm ngừng việc thực hiện hợp đồng và hủy hợp đồng. Từ những nội dung nghiên cứu của bài viết, tác giả luận án sẽ kế thừa và phân tích một số vấn đề đã được đề cập trong bài viết trên tương quan với sự vi phạm hợp đồng được coi là hiệu quả.

*(4), (5) Hai bài báo về vấn đề bồi thường thiệt hại tính trước của tác giả Nguyễn Thị Thanh Huyền đăng trên Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam: “Bản chất pháp lý của thỏa thuận trước trong hợp đồng về việc trả một khoản tiền xác định khi có hành vi vi phạm hợp đồng”, số 4/2017 và “Tính dự liệu trước của thiệt hại và vấn đề giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong pháp luật hợp đồng”, số 8/2020.*

Hai nghiên cứu của tác giả Nguyễn Thị Thanh Huyền đã xác định thỏa thuận bồi thường thiệt hại tính trước nhằm mục đích đền bù thiệt hại và là một thỏa thuận phổ biến trong hệ thống pháp luật dân luật và thông luật. Thỏa thuận này hướng tới việc khôi phục tổn thất cho bên bị vi phạm nhưng không đặt ra nghĩa vụ chứng minh tổn thất đối với bên bị vi phạm trong mọi trường hợp. Sau những phân tích một số quy định của một số quốc gia thuộc hệ thống dân luật và thông luật về vấn đề bồi thường thiệt hại tính trước cũng như quy định của CISG, tác giả rút ra đề xuất đối với pháp luật hợp đồng Việt Nam nên để cho các bên được thỏa thuận về bồi thường thiệt hại tính trước và đồng thời trên cơ sở dung hòa giữa nguyên tắc tự do thỏa thuận và nguyên tắc công bằng thì pháp luật cần điều chỉnh về mức thỏa thuận quá mức so với thiệt hại thực tế gây ra bởi hành vi vi phạm.

Trên cơ sở đồng thuận với việc pháp luật nên chấp nhận thỏa thuận của các bên về trả một khoản tiền xác định trong trường hợp có hành vi vi phạm nhằm mục đích đền bù thiệt hại, luận án sẽ sử dụng các phân tích và kết quả nghiên cứu từ hai bài viết để phân tích về vấn đề bồi thường thiệt hại tính trước là một trong những giải pháp đền bù tổn thất trong vi phạm hợp đồng hiệu quả.

(6) Bài báo “Bồi thường thiệt hại tinh thần cho pháp nhân do hành vi vi phạm hợp đồng trong khuôn khổ CISG” trên tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam số 6/2020 của tác giả Nguyễn Thị Hồng Trinh, Bùi Thị Quỳnh Trang.

Bố cục của bài viết được chia thành 3 phần: (i) Tiếp cận quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại tinh thần do vi phạm hợp đồng từ góc độ “quyền nhân thân” của pháp nhân; (ii) Tiếp cận quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại tinh thần do vi phạm hợp đồng dưới góc độ áp dụng Điều 74 CISG; (iii) Một số vấn đề phát sinh trong thực tiễn áp dụng và kinh nghiệm rút ra. Nghiên cứu của hai tác giả trình bày quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại tinh thần trên góc độ ủng hộ từ nhiều khía cạnh, kể cả lý luận và thực tiễn. Bên cạnh đó, bài viết cũng chỉ ra những vấn đề đặt ra khi thực hiện quyền bồi thường thiệt hại tinh thần cho pháp nhân do hành vi vi phạm hợp đồng và đề xuất một số giải pháp khắc phục.

Bài viết có giá trị tham khảo cao với luận án trong việc xác định các loại thiệt hại cần phải bồi thường khi có hành vi vi phạm hợp đồng nói chung và vi phạm hợp đồng hiệu quả xảy ra. Tuy nhiên, luận án có một số quan điểm không đồng nhất với quan điểm của tác giả bài đặc biệt đối với vấn đề Bố cục của bài viết được chia thành 3 phần: (i) Tiếp cận quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại tinh thần do vi phạm hợp đồng từ góc độ “quyền nhân thân” của pháp nhân; (ii) Tiếp cận quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại tinh thần do vi phạm hợp đồng dưới góc độ áp dụng Điều 74 CISG; (iii) Một số vấn đề phát sinh trong thực tiễn áp dụng và kinh nghiệm rút ra. Nghiên cứu của hai tác giả trình bày quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại tinh thần trên góc độ ủng hộ từ nhiều khía cạnh, kể cả lý luận và thực tiễn. Bên cạnh đó, bài viết cũng chỉ ra những vấn đề đặt ra khi thực hiện quyền bồi thường thiệt hại tinh thần cho pháp nhân do hành vi vi phạm hợp đồng và đề xuất một số giải pháp khắc phục.

Bài viết có giá trị tham khảo cao với luận án trong việc xác định các loại thiệt hại cần phải bồi thường khi có hành vi vi phạm hợp đồng nói chung và vi phạm hợp đồng hiệu quả xảy ra. Tuy nhiên, luận án có một số quan điểm không đồng nhất với quan điểm của tác giả bài đặc biệt đối với vấn đề thiệt hại về danh

tiếng kinh doanh không bắt buộc phải gây nên hậu quả gián tiếp (thiệt hại vật chất) mới được bồi thường.

### *1.1.1.3 Các công trình nghiên cứu về kinh tế học pháp luật đối với lĩnh vực hợp đồng*

Ở Việt Nam các nghiên cứu về kinh tế học pháp luật và đặc biệt là kinh tế học pháp luật đối với lĩnh vực hợp đồng đến nay chưa nhiều, có thể kể đến một số công trình manh nha xuất hiện trong những năm gần đây như sau:

(1) Sách “*Kinh tế luật*”, tác giả Lê Nét, Nxb Tri thức, năm 2006

“*Kinh tế luật*” là một trong những công trình đầu nghiên cứu đầu tiên về kinh tế học pháp luật - xem xét các vấn đề pháp lý dưới góc độ kinh tế được công bố ở Việt Nam. Đó là lý do dù công trình này đã được công bố khá lâu nhưng luận án vẫn lựa chọn để tìm hiểu về tình hình nghiên cứu bởi vi phạm hợp đồng hiệu quả là một vấn đề của kinh tế học pháp luật và luận án đang hướng tới xem xét về việc có nên thừa nhận vấn đề của kinh tế học pháp luật này ở Việt nam hay không.

Trong quyển sách này, tác giả Lê Nét đã cung cấp các kiến thức cơ bản về kinh tế học tại chương 1 và sau đó là đánh giá về hiệu quả của từng ngành luật theo quan điểm kinh tế học ở những chương tiếp theo, bao gồm: Luật Hành chính, Luật Dân sự, Luật Hình sự, Luật Thương mại, Luật Quốc tế.

Tại chương 1 khi nói về các công cụ nghiên cứu của môn kinh tế luật, tác giả đã đề cập và phân tích về các nội dung như hiệu quả và cân bằng; định lý Coase, chi phí giao dịch. Bên cạnh đó kinh tế luật và luật hợp đồng cũng được tác giả giới thiệu và phân tích ở chương 3. Đặc biệt khi giới thiệu về kinh tế luật và luật hợp đồng, tác giả đã có đề cập đến trường hợp vi phạm hợp đồng hiệu quả. Tuy nhiên sự đề cập này của tác giả chỉ mới đang dừng lại ở mức độ nhắc tới thuật ngữ vi phạm hợp đồng hiệu quả khi nói đến hai loại hợp đồng: hợp đồng hiệu quả và hợp đồng không hiệu quả chứ chưa hề có sự giải thích hay phân tích nào về hai loại hợp đồng cũng như sự vi phạm hợp đồng này.

(2) Bài báo “*Tự do hợp đồng - Từ bàn tay vô hình đến chủ nghĩa can thiệp*”, của nhóm tác giả Dương Anh Sơn, Hoàng Vĩnh Long, đăng trên Tạp chí Nghiên cứu Kinh tế, 2011, Số 6(397)

Tuy bài viết không đề cập trực tiếp đến vấn đề vi phạm hợp đồng, trách nhiệm pháp lý phát sinh từ vi phạm hợp đồng hay thậm chí là vi phạm hợp đồng hiệu quả nhưng đây là một trong những nghiên cứu hiếm hoi tại Việt Nam đến thời điểm hiện nay về một vấn đề cụ thể của hợp đồng dưới góc độ kinh tế học. Vấn đề mà bài viết tập trung phân tích là tự do hợp đồng và giới hạn tự do hợp đồng. Tuy nhiên bài viết đã đưa đến một cách nhìn mới mẻ đó là sử dụng các học thuyết kinh tế để lý giải và phân tích sự thay đổi của tự do hợp đồng, đặc biệt là liên quan đến yếu tố chi phí giao dịch và hiệu quả của giao dịch. Chính những phân tích mới mẻ này của bài viết là nguồn tài liệu tham khảo quý giá để luận án có thể kế thừa và phát triển thêm khi đánh giá sự tự do hợp đồng và giới hạn tự do hợp đồng trong các trường hợp vi phạm hợp đồng hiệu quả.

(3) Bài báo “*Thử bàn về bản chất hợp đồng từ góc độ kinh tế học*”, tác giả Dương Anh Sơn và Hoàng Vĩnh Long, đăng trên *Tạp chí Nhà nước và pháp luật*, 2013, số 2 (289)

Bản chất của hợp đồng là sự thỏa thuận và sự thỏa thuận đó phải được thiết lập trên cơ sở tự nguyện của các bên, bài viết của tác giả Dương Anh Sơn và Hoàng Vĩnh Long đề cập đến hai vấn đề (1) cần phải tiếp cận dưới góc độ kinh tế học để hiểu rõ hơn bản chất của hợp đồng và lý giải vấn đề tại sao pháp luật cần phải thừa nhận và tôn trọng sự thỏa thuận của các bên trong hợp đồng; (2) Sự tự nguyện tham gia giao dịch của các bên cần phải được nhìn nhận ở hai góc độ: tự nguyện tự do và tự nguyện không có tự do.

Sự nhìn nhận bản chất hợp đồng dưới góc độ kinh tế là nét tương đồng giữa bài viết và cách tiếp cận vấn đề nghiên cứu của luận án. Luận án kế thừa những luận điểm và lập luận của bài viết tuy nhiên điểm khác biệt của luận án là vận dụng lối phân tích này vào trong vấn đề vi phạm hợp đồng hiệu quả, cụ thể là dùng lợi ích kinh tế để xem xét sự vi phạm.

### **1.1.2 Các công trình nghiên cứu nước ngoài**

#### *1.1.2.1 Các công trình nghiên cứu làm rõ nội dung thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả*

(1) Bài báo “*Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*” của Robert L. Birmingham đăng trên *Rutgers Law Review*, Vol.24, 1970.

Có thể nói rằng “*Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*” là công trình nghiên cứu đầu tiên đề cập đến sự hiệu quả của vi phạm hợp đồng. Trong tác phẩm của mình, tác giả Robert Birmingham đặt ra nghi vấn rằng liệu việc loại bỏ đi yếu tố đạo đức trong việc giữ đúng lời hứa của hợp đồng để vi phạm hợp đồng có phải là một lợi ích. Ông đã đề cập đến sự vi phạm mang lại hiệu quả kinh tế và tìm ra biện pháp khắc phục thiệt hại chung cho sự vi phạm hiệu quả này đó là phải đặt bên bị vi phạm vào đúng vị trí lợi ích như khi hợp đồng được thực thi. Ngoài ra công trình còn kết luận rằng loại bồi thường thiệt hại cho những kỳ vọng của bên bị vi phạm còn là biện pháp khuyến khích việc tái phân bổ tối ưu các yếu tố sản xuất hàng hóa đến nơi có giá trị cao hơn và không gây ra sự mất ổn định về vật chất. Và sự tuân thủ đúng đắn tiêu chuẩn này sẽ thúc đẩy hoạt động đúng đắn của cơ chế thị trường.

Vì thế, đây là một trong những công trình có ý nghĩa kế thừa và tham khảo rất có giá trị đối với luận án. Tuy nhiên, ở phần cuối của bài viết, tác giả sử dụng các quy định của pháp luật lao động để minh họa cho sự vi phạm hợp đồng hiệu quả thông qua các phân tích về hợp đồng lao động. Luận án sẽ không sử dụng đến những phân tích này bởi đối tượng nghiên cứu của luận án là sự vi phạm hiệu quả đối với hợp đồng dân sự, kinh doanh thương mại.

(2) Sau phát biểu đầu tiên về vi phạm hợp đồng hiệu quả của Robert Birmingham vào năm 1970 trong bài viết *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, 7 năm sau đó, học thuyết này đã được đặt tên bởi Charles Goetz và Robert Scott tại bài viết “***Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle: A Theory of Efficient Breach***” đăng trên *77 Columbia Law Review*. 554 (1977).



Trong bài viết này, các tác giả đã phân tích ba vấn đề bao gồm (i) Thiệt hại tính trước, (ii) Phạt vi phạm và (iii) Nguyên tắc bồi thường trong bối cảnh lý thuyết chung của vi phạm hợp đồng hiệu quả. Bài viết được chia làm hai phần chính: phần I là nguyên tắc bồi thường trong vi phạm hợp đồng hiệu quả, phần II là những giả thiết được phân tích thực nghiệm để có được một mô hình đảm bảo hiệu quả nhất. Công trình còn có những phân tích đối sánh giữa phạt vi phạm và sự thỏa thuận về bồi thường thiệt hại tính trước, từ đó chỉ ra rằng từ những phân tích về lợi ích, chi phí cho thấy quy tắc phạt vi phạm dường như đã lỗi thời do việc phát sinh chi phí giao dịch mà nên thay vào đó là nguyên tắc bồi thường thiệt hại hiệu quả. Bài viết của hai tác giả Charles Goetz và Robert Scott sử dụng nhiều thuật toán để chứng minh mô hình của vi phạm hiệu quả và mô hình của bồi thường thiệt hại trong vi phạm hiệu quả. Luận án không sử dụng lại các thuật toán mà kế thừa những kết quả từ sự phân tích này của các tác giả về mô hình hiệu quả của sự vi phạm cũng như các dạng của hành vi vi phạm hợp đồng để làm rõ các nội dung phân tích của mình.

*(3) Nội dung của thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả không chỉ được làm rõ trong các công trình đồng thuận mà còn có thể thấy rõ thông qua các phân tích từ những công trình mang tính chỉ trích. Có thể kể đến như sự chỉ trích của Ian R. Macneil trong “Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky” trên Virginia Law Review Vol. 68, No. 5 (May, 1982), pp. 947-969.*

Ian R. Macneil cho rằng đã có những sai lầm trong phân tích về các trường hợp cơ bản về vi phạm hợp đồng hiệu quả (tại phần I của bài viết). Trong phân tích của mình Macneil chỉ ra rằng lý thuyết về vi phạm hiệu quả đang dừng lại ở giả định chi phí giao dịch bằng 0, và lý thuyết cho rằng lúc đó bồi thường cho những kỳ vọng của bên bị vi phạm là biện pháp tối ưu. Tuy nhiên với Macneil, cho dù đó là bồi thường cho những gì mà bên bị vi phạm kỳ vọng, mong đợi hay buộc thực hiện đúng nghĩa vụ thì hiệu quả trong việc sử dụng nguồn lực có đạt được hay không phụ thuộc vào chi phí giao dịch phát sinh trong mỗi trường hợp. Thông qua ví dụ về sự vi phạm hiệu quả giữa Porthos và Athos đã được Peter

Linzer sử dụng trong bài phân tích vào năm 1981<sup>8</sup>, bài viết tập trung vào việc chỉ ra yếu tố chi phí giao dịch ảnh hưởng như thế nào đến hiệu quả vi phạm và các biện pháp khắc phục của vi phạm hợp đồng. Và đối với Macneil đó là sự thiếu sót của mô hình lý thuyết vi phạm hiệu quả đơn giản (đại diện là các phân tích của Richard Posner) đó là chưa đề cập đến yếu tố chi phí giao dịch. Đồng thời đối với ông, sự đồng thuận với vi phạm hợp đồng hiệu quả thể hiện sự thiên vị cho lợi ích của cá nhân phi hợp tác, trái ngược với hành vi đòi hỏi sự hợp tác của các bên.

(4) *Lý thuyết vi phạm hiệu quả đơn giản được Gregory Klass phân tích rất kỹ trong bài viết của mình: Efficient Breach đăng tải trong sách The Philosophical foundations of contract law, G. Klass, G. Letsas & P. Saprai, eds., Oxford University Press 2014), tr.362-387.*

Dường như đồng quan điểm với Ian R. Macneil, Gregory Klass cho rằng thiếu sót của thuyết vi phạm hiệu quả đơn giản đó là đã bỏ qua yếu tố chi phí giao dịch. Ngoài ra Gregory Klass còn đưa ra những cách nhìn đa chiều khi phân tích những sự chỉ trích về vi phạm hợp đồng hiệu quả dưới góc độ đạo đức và từ đó đưa ra lập luận của mình cho lý thuyết sửa đổi về vi phạm hiệu quả. Lý thuyết vi phạm hiệu quả sửa đổi này khiến cho lý thuyết đơn giản về vi phạm hiệu quả được biến đổi từ một lý thuyết về sự vi phạm hiệu quả đến một lý thuyết về các biện pháp khắc phục hiệu quả nói chung và sự cần thiết phải đưa chi phí giao dịch vào phân tích về hậu quả của hành vi vi phạm. Tác giả đã phân tích về các trường hợp nào nên lựa chọn biện pháp khắc phục nào (bồi thường thiệt hại hay phạt vi phạm) để có được hiệu quả tối ưu.

(5) *Công thức cụ thể của vi phạm hợp đồng hiệu quả được xác định trong “Law and Economics” của hai tác giả Robert Cooter and Thomas Ulen, tái bản lần thứ 7 năm 2011, Nhà xuất bản Addison-Wesley Longman, New York.*

Trong quyển sách này, đặc biệt ở phần 8, hai tác giả tập trung vào phân tích về lý thuyết kinh tế về hợp đồng, trong đó phần tác giả luận án đặc biệt chú ý đó là

---

<sup>8</sup> Peter Linzer, “On the Amorality of Contract Remedies-Efficiency, Equity, and the Second “Restatement”” (1981) 81 Columbia Law Review, p.111-139. Ví dụ về sự vi phạm hiệu quả này cũng tương tự như ví dụ được Richard Posner phân tích trong Economic Analysis of Law, Tái bản lần 2 năm 1977, Chương 4.9, tr. 89-90.

việc các tác giả đã sử dụng các công thức kinh tế để từ đó phân tích và làm rõ liệu có phải cứ có tổn thất hay lợi ích lớn hơn từ bên thứ ba thì sự vi phạm đều là hiệu quả? Luận án kế thừa những công thức nghiên cứu của các tác giả trong nghiên cứu để làm rõ chỉ khi sự gia tăng chi phí này vượt quá lợi nhuận dự kiến mà cả hai bên cùng đặt ra khi giao kết hợp đồng thì vấn đề thực hiện hợp đồng mới trở nên kém hiệu quả bởi lẽ chi phí thực hiện không còn tương xứng với giá trị của nó nữa. Đồng thời với đó những công thức nghiên cứu này cũng chỉ ra rằng không phải trong tất cả các trường hợp khi có sự trả giá từ một người thứ 3 thì sự vi phạm đều là hiệu quả, nó chỉ hiệu quả khi giá từ người thứ ba cao hơn giá chấp nhận (*reservation price*) của người mua.

(6) *Nội dung của thuyết vi phạm hiệu quả còn được làm rõ trong sự đồng thuận của Wenqing Liao (2014) trong "Efficient Breach in the Common European Sales Law", Syracuse Journal of International Law and Commerce: Vol. 41: No. 2, Article 4.*

Tác giả của bài viết cho rằng bối cảnh kinh doanh trong xã hội hiện đại đang ngày càng phát triển mạnh mẽ và trở nên phức tạp hơn, các bên đang ngày càng đòi hỏi sự linh hoạt và tự do nhiều hơn trong việc ra quyết định thay vì tuân thủ nghiêm chỉnh những văn bản đã ký kết. Tương ứng với nó các nghiên cứu về luật hợp đồng đã quan tâm nhiều đến những lý thuyết hơn là chỉ nhấn mạnh vào quan điểm truyền thống rằng vi phạm hợp đồng là một hành vi sai trái.

Sau khi đặt sự vi phạm dưới yếu tố kinh tế để phân tích bao gồm sự phân tích tổng quát về hành vi vi phạm của người bán, biện pháp và cách thức khắc phục thiệt hại trong vi phạm hiệu quả, tác giả đã có những phân tích về vi phạm hợp đồng hiệu quả trong các quy tắc chung của Luật hợp thương mại chung Châu Âu (CESL). Bài viết chỉ ra rằng mặc dù CESL không sử dụng trực tiếp các thuật ngữ vi phạm hiệu quả, nhưng có ý tưởng phân biệt giữa khái niệm vi phạm hiệu quả và thực thi hiệu quả hợp đồng dựa trên sự cân bằng giữa chi phí và lợi ích có được từ sự hiệu quả. Về mặt lý thuyết, vi phạm hiệu quả có thể tồn tại trong khuôn khổ các quy định của CESL.

(7) Gần đây, vào năm 2017, “*Judicial Application of the Efficient Breach Theory-A Critical Examination*” của Thomas J. Loeb đã được đăng trên tạp chí *30.Geo. J. Legal Ethics. 893 (2017)*.

Ngay trong phần mở đầu của bài viết, Thomas J. Loeb đã khẳng định rằng tư tưởng tư pháp của một thẩm phán sẽ dẫn lối cho cách mà thẩm phán đó giải thích luật. Lấy Định lý Coase về chi phí giao dịch và khái niệm về sự tối ưu Pareto làm cơ sở lý thuyết để phân tích, bài viết chỉ ra rằng tất cả các giao dịch làm cho một người tốt hơn mà không làm cho lợi ích của bên kia trở lên tồi tệ hơn thì nên được khuyến khích. Như tên gọi của nó, nội dung của bài viết đã đưa ra các trường hợp Tòa án áp dụng thuyết vi phạm hiệu quả vào việc giải thích luật pháp thông qua một số án lệ như thế nào.

*1.1.2.2 Các công trình nghiên cứu về các khoản thiệt hại cần được xem xét bồi thường và nguyên tắc bồi thường thiệt hại khi có vi phạm hợp đồng hiệu quả*

Có thể nói rằng bồi thường thiệt hại là vấn đề rất quan trọng và phổ biến khi nghiên cứu về hợp đồng và pháp luật hợp đồng từ trước đến nay. Nhưng các công trình mà đề tài hướng tới để phân tích về tình hình nghiên cứu đó là những công trình liên quan đến bồi thường thiệt hại dưới góc độ kinh tế cũng như bồi thường thiệt hại trong vi phạm hợp đồng hiệu quả.

(1) Trước hết là bài viết “*The Reliance Interest in Contract Damages: I*” của hai tác giả LL Fuller và William R Perdue đăng tải trên (1936) 46 *The Yale Law Journal*.

Trong bài viết này các tác giả đã chỉ ra rằng các thiệt hại cần được bồi thường khi vi phạm hợp đồng dựa trên những lợi ích của bên bị vi phạm, mỗi lợi ích đều tương ứng với một mức độ thiệt hại. 3 lợi ích của bên bị vi phạm tương ứng với ba khoản bồi thường mà bên bị vi phạm phải trả cho bên bị vi phạm bao gồm: Thứ nhất, lợi ích hoàn lại (*restitution interest*) tương ứng với khoản bồi thường thiệt hại nhằm khôi phục lại tình trạng cho bên bị vi phạm như khi hợp đồng chưa được giao kết (*restitution damages*). Thứ hai, lợi ích tin tưởng (*reliance interest*), khoản lợi ích này tương ứng với khoản bồi thường thiệt hại mà bên bị vi phạm đã phải bỏ ra bởi vì tin tưởng rằng hợp đồng chắc chắn được thực

hiện (*reliance damages*). Thứ ba, lợi ích mong đợi (*expectation interest*), Khoản lợi ích này tương ứng với khoản bồi thường thiệt hại và đưa người bị vi phạm vào vị trí tốt như họ có được nếu hợp đồng được thực thi (*expectation damages*).

Bài viết tập trung nhiều vào phân tích thiệt hại tin tưởng, nguyên nhân của sự tin tưởng và lý do của sự bảo vệ lợi ích này đối với bên bị vi phạm. Tuy nhiên bên cạnh đó, bài viết cũng có lý giải về những lý do cần phải bồi thường cho những lợi ích kỳ vọng và mối quan hệ giữa khoản thiệt hại này với những khoản thiệt hại khác trong vi phạm hợp đồng thông qua một số án lệ của Mỹ. Đây là những nội dung kế thừa có tính giá trị đối với luận án khi phân tích về bồi thường thiệt hại trong vi phạm hợp đồng hiệu quả.

(2) Bài báo “*The anatomy of contract damages and efficient breach of theory*” của David W. Barnes trên *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 6.397(1998)

Trên phương diện ủng hộ cho thuyết vi phạm hiệu quả, có thể nói đây là một trong những bài viết kỳ công về vấn đề thiệt hại trong vi phạm hiệu quả. Với dung lượng 95 trang, ngoài phần giới thiệu và kết luận, bài viết được tác giả thiết kế bao gồm 8 phần nội dung lớn. Sau khi đánh giá về những hạn chế của thuyết vi phạm hiệu quả đương thời và tóm tắt về nguyên tắc bồi thường thiệt hại trong hợp đồng., tác giả đưa ra 5 dạng vi phạm hợp đồng. Trong đó đối với mỗi dạng vi phạm, tác giả nghiên cứu trên 3 nội dung:

- (i) Ước tính thiệt hại của sự vi phạm
- (ii) Xác định khả năng lợi nhuận của bên vi phạm
- (iii) Phân tích xem sự vi phạm có hiệu quả hay không

Tác giả đã hoàn tất 02 mục tiêu mà ông đã đặt ra ngay trong phần mở đầu cho bài viết đó là (i) đơn giản hóa các nguyên tắc của bồi thường thiệt hại trong hợp đồng và (ii) đưa ra một cấu trúc phân tích để đánh giá xem vi phạm có mang lại lợi nhuận và hiệu quả trong các trường hợp vi phạm khác nhau hay không.

Bài viết của David W. Barnes là một trong những tài liệu tham khảo có giá trị rất lớn đối với luận án. Việc kế thừa những kết quả nghiên cứu của tác giả về các trường hợp vi phạm và hiệu quả của các trường hợp vi phạm này giúp luận án

xác định được phạm vi thừa nhận của pháp luật đối với các hành vi vi phạm bao gồm những dạng hành vi nào và để đạt được tính hiệu quả của sự vi phạm thì vấn đề bồi thường thiệt hại phải được giải quyết ra sao.

(3) Năm 2010, *Tes Wilkinson-Ryan* đã đăng tải bài viết: “*Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment*” trên *Michigan Law Review*, Vol 108.633.

Mặc dù tên của bài viết không hề xuất hiện khái niệm vi phạm hiệu quả nhưng kết quả nghiên cứu của công trình này nhằm trả lời cho câu hỏi liệu thiệt hại tính trước (Liquidated Damages) có khuyến khích sự vi phạm hay không? Và sự vi phạm được tác giả đề cập tới trong bài viết này đó là vi phạm hiệu quả.

Theo tác giả, điều khoản về thiệt hại tính trước là biện pháp khắc phục sự vi phạm rõ ràng hơn và không quá nghiêm khắc như điều khoản phạt hợp đồng. Trên cơ sở nhiều quan điểm cho rằng vi phạm hợp đồng là vi phạm lời hứa đồng thời cũng là sự vi phạm nguyên tắc về đạo đức, các phân tích của tác giả tại bài viết đã chỉ ra rằng thiệt hại tính trước khuyến khích sự vi phạm hiệu quả bằng cách thay đổi sự hiểu biết của các bên về nội dung của lời hứa cũng như quan điểm về vi phạm đạo đức hợp đồng. Để làm được điều này ngay trong phần I của bài viết tác giả đã phân tích về vi phạm hiệu quả và Thiệt hại tính trước. Người viết cho rằng việc đưa ra các điều khoản về ước tính trước thiệt hại sẽ là động lực khuyến khích các bên suy nghĩ có chủ ý về các chi phí và lợi ích của mình hơn. Phần II và III là sự phân tích và báo cáo về những ảnh hưởng có thể có của Thiệt hại ấn định trước thông qua 03 thực nghiệm về tâm lý đối với các bên trong hợp đồng. Những thực nghiệm tâm lý này đã được tác giả thực hiện thông qua các cuộc khảo sát online cụ thể. Và phần cuối cùng của bài viết – Phần IV là sự thảo luận của tác giả với đề xuất rằng thiệt hại tính trước nên được sử dụng như một cách thức để dung hòa hai mục tiêu có giá trị đối với các bên trong hợp đồng đó là sự tối đa hóa về mặt vật chất và duy trì văn hóa đạo đức của lời hứa trong hợp đồng.

Trên cơ sở kế thừa, luận án sử dụng những kết quả của nghiên cứu này để làm rõ về ý nghĩa của thiệt hại tính trước đối với vi phạm hiệu quả chứ không

nhằm mục đích đi kiểm chứng lại các kết quả đã được tác giả kết luận trong bài viết.

Ngoài ra, có thể kể các công trình nghiên cứu về bồi thường thiệt hại khác như: Bài báo “*Reassessing the economic efficiency of compensatory damages for breach of contract*” của tác giả Daniel A. Farber, đăng trên 66 Virginia Law Review.1443 (1980); Bài báo “*Private Advantage and Public Power: Reexamining the Expectation and Reliance Interests in Contract Damages*” của tác giả Mark Jr. Pettit đăng trên The Hasting Law Journal, Vol.38.417 (1987); “*Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach*” của Richard Craswell tại Southern California Law Review, Vol.61. 629 (1988); “*Two types of expectation interest in contract damages*” của tác giả Horst Lucke đăng trên UNSW Law Journal. Vol 12. 98 (1989); “*Reliance Damages for Breach of Contract*” được đăng tải trên New Zealand Law Review. 417 (2007) của tác giả David McLauchlan....

Một số những công trình điển hình trên đã mô tả và phân tích rất chi tiết về các loại thiệt hại mà bên vi phạm sẽ phải bồi thường cho bên bị vi phạm khi có sự vi phạm hợp đồng cũng như vi phạm hợp đồng hiệu quả diễn ra. Bên cạnh đó, một số công trình còn phân tích và đánh giá hiệu quả kinh tế của bồi thường thiệt hại trong vi phạm hợp đồng và đề ra nguyên tắc bồi thường thiệt hại sao cho có hiệu quả. Đây là những công trình khoa học có tính tham khảo giá trị đối với luận án bởi lẽ để đánh giá được một vi phạm hợp đồng là hiệu quả hay không phụ thuộc chủ yếu vào việc so sánh các khoản thiệt hại mà bên vi phạm phải bồi thường với lợi ích mà họ có được từ sự vi phạm cũng như các nguyên tắc bồi thường đặt ra để đưa vị trí lợi ích của người bị vi phạm về đúng như vị trí lợi ích họ sẽ có được khi hợp đồng được thực thi.

*1.1.2.3 Các công trình nghiên cứu về chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ và yêu cầu thu hồi lợi ích có được từ sự vi phạm (disgorgement) trong mối tương quan với vi phạm hợp đồng hiệu quả*

Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng (*Specific performance*) là một trong các chế tài bên bị vi phạm có thể lựa chọn để áp dụng đối với bên vi phạm

bên cạnh việc yêu cầu bồi thường thiệt hại. Các công trình nghiên cứu về chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ cũng như vấn đề buộc thực hiện đúng nghĩa vụ trong vi phạm hợp đồng nói chung và vi phạm hợp đồng hiệu quả nói riêng như:

(1) Bài viết “*Specific performance of contracts in comparative law: some preliminary observations*” của tác giả Louis J.Romero đăng trên Tạp chí *Les Cahiers de Droit, Canada, Volume 27, năm 1986*.

Mặc dù xuất bản từ năm 1986 và không phải là bài viết đề cập trực tiếp đến vi phạm hợp đồng hiệu quả hay buộc thực hiện đúng nghĩa vụ trong vi phạm hợp đồng hiệu quả, tuy nhiên bài viết này của Louis J.Romero là sự so sánh giữa cách hiểu và áp dụng của hệ thống luật Common Law và Civil Law đối với chế tài Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ khi có hành vi vi phạm xảy ra. Đồng thời tác giả đã quay về với lịch sử hình thành và phát triển của hai hệ thống pháp luật lớn trên thế giới để lý giải cho sự giống và khác nhau này đối với cùng một chế tài là Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ.

Louis J.Romero đã sử dụng các quy định pháp luật của hai quốc gia Canada (cụ thể là luật của Quebec) và Mỹ (luật của Louisiana) để làm dẫn chứng so sánh. Có thể thấy rằng việc chỉ sử dụng quy định pháp luật của Quebec và Louisiana để đại diện cho hai hệ thống luật Civil Law và Common Law là chưa thực sự đầy đủ, tuy nhiên những phân tích về ảnh hưởng của yếu tố lịch sử đối với quá trình hình thành và phát triển của hai hệ thống pháp luật cũng phần nào giúp tác giả lý giải được vì sao đối với các quốc gia theo hệ thống luật Civil Law thì buộc thực hiện nghĩa vụ được coi biện pháp khắc phục chính cho vi phạm hợp đồng tuy nhiên đối với Common Law thì đây lại là biện pháp khắc phục thứ yếu (sau bồi thường thiệt hại). Tác giả chỉ ra rằng đối với Common Law, chỉ khi nguyên đơn không thể được bồi thường đầy đủ cho những mất mát của mình thì Tòa công bằng mới đưa ra phán quyết về việc buộc thực hiện đúng nghĩa vụ này đối với bị đơn. Ngược lại, lịch sử phát triển của Civil Law lại nhấn mạnh tầm quan trọng của việc giữ đúng và tôn trọng lời hứa trong hợp đồng nên buộc thực hiện đúng nghĩa vụ vẫn luôn được Tòa án xem xét trong các phán quyết của mình.



Những phân tích của bài viết có giá trị tham khảo rất lớn đối với luận án trong việc đối sánh về vị trí của chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ và bồi thường thiệt hại khi có vi phạm hợp đồng giữa hai hệ thống luật Civil Law và Common Law. Kế thừa sự so sánh và các lý giải mang tính lịch sử này giúp luận án có được cơ sở để phân tích về việc vì sao bồi thường thiệt hại luôn được ưu tiên khi có vi phạm hợp đồng diễn ra. Đặc biệt đối với vi phạm hợp đồng hiệu quả thì bồi thường thiệt hại là vấn đề cực kỳ quan trọng. Bởi lẽ suy cho cùng vi phạm hiệu quả cũng là vấn đề pháp lý khởi phát từ hệ thống pháp luật Common Law. Song song với đó luận án có thêm cơ sở để phân tích và liên hệ với pháp luật hợp đồng Việt Nam (thuộc hệ thống luật Civil Law) trong việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ khi có hành vi vi phạm, đặc biệt liên quan đến kiến nghị liên quan đến các quy định về chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ trong pháp luật hợp đồng Việt Nam cần được quy định như thế nào để có cơ sở thừa nhận vi phạm hiệu quả.

(2) *“On the enforcement of specific performance in Civil Law countries” của hai tác giả Henrik Lando và Caspar Rose trên tạp chí International Review of Law and Economics 24 (2004) 473–487.*

Đã từ rất lâu, khi nhắc đến chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ thường sự chú ý sẽ được dồn vào các quốc gia theo hệ thống luật Civil Law bởi lẽ cả về quy định pháp luật lẫn thực tiễn xét xử đều cho thấy luật pháp của các quốc gia theo hệ thống dân luật dường như có sự quan tâm áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hơn so với các quốc gia ở hệ thống thông luật. Tuy nhiên, qua sự phân tích và đối sánh các quy định của pháp luật cũng như thực tiễn xét xử ở một số quốc gia theo hệ thống dân luật như Đan Mạch, Pháp, Đức, nghiên cứu này của Henrik Lando và Caspar Rose chứng minh rằng việc buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng thay cho bồi thường thiệt hại lại là một biện pháp khắc phục hiếm gặp ở những quốc gia này.

Giả thiết mà hai tác giả đã đặt ra để lý giải cho vấn đề nghiên cứu đó là chi phí giao dịch khi áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ là một trong những lý do chính khiến cho các quốc gia thuộc hệ thống Common Law và ngày

càng nhiều những quốc gia theo hệ thống Civil Law ngày nay không còn thường xuyên lựa chọn áp dụng chế tài này nữa.

Mặc dù không phải là bài viết nghiên cứu trực tiếp về việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ khi có hành vi vi phạm hợp đồng hiệu quả tuy nhiên trong quá trình phân tích và chứng minh cho những hạn chế của việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ các tác giả đã có nhắc tới vi phạm hợp đồng hiệu quả. Lý thuyết về vi phạm hiệu quả đã cung cấp lý do cơ bản cho việc áp dụng bồi thường thiệt hại thay vì buộc thực hiện đúng nghĩa vụ như là một biện pháp khắc phục tổng quát đặt ra cho các bên để họ vẫn có thể đảm bảo được lợi ích của mình như khi hợp đồng được thực thi.

(3) *“Specific Performance versus Damages for Breach of Contract” của Steven Shavell, đăng trên Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 532 (2005).*

Mặc dù cũng có sự đối sánh trong quy định pháp luật và thực tiễn xét xử của các quốc gia theo hệ thống Common Law và một số quốc gia theo hệ thống Civil Law như Pháp, Đức, tuy nhiên bài viết của *“Specific Performance versus Damages for Breach of Contract”* của Steven Shavell, lại có một hướng nghiên cứu khác.

Mở đầu cho nghiên cứu của mình Steven Shavell đã đặt ra câu hỏi: “Khi nào các bên tham gia ký kết hợp đồng muốn thực hiện đúng hợp đồng, và khi nào họ muốn trả tiền bồi thường thiệt hại để khắc phục vi phạm?”. Tác giả đã lựa chọn 2 loại hợp đồng để làm đối tượng nghiên cứu cho bài viết bao gồm: (i) hợp đồng liên quan đến việc sản xuất hàng hóa và (ii) hợp đồng chuyển giao tài sản. Theo đó kết quả nghiên cứu của tác giả chỉ ra rằng các bên sẽ có xu hướng nghiêng về các biện pháp bồi thường thiệt hại hơn đối với vi phạm của hợp đồng sản xuất hàng hóa, trong khi họ thường ủng hộ biện pháp thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng đối với vi phạm hợp đồng về chuyển giao tài sản.

Nghiên cứu 38 trang của Steven Shavell được thực hiện theo hướng phân tích các yếu tố liên quan đến kinh tế như các chi phí phát sinh khi áp dụng hai chế tài bồi thường thiệt hại và buộc thực hiện đúng nghĩa vụ. Tiếp đến tác giả so sánh

các quy định của pháp luật về hai chế tài của một số quốc gia điển hình cho hai hệ thống pháp luật lớn trên thế giới Common Law và Civil Law bao gồm Mỹ, Pháp, Đức trước khi đưa ra những bình luận pháp lý của mình. Phần 4 của bài viết là những quan điểm được rút ra của tác giả về chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ so với bồi thường thiệt hại và những bằng chứng tương ứng về thiên hướng lựa chọn của các chủ thể trong hai loại hợp đồng là đối tượng nghiên cứu tương ứng.

(4) *Bài viết của hai tác giả Ben Depoorter và Stephan Tontrup có tên “How law frames moral intuitions: The expressive effect of Specific Performance” tại Arizona Law Review. Vol. 54:673 (2012)*

Tuy có đề cập đến buộc thực hiện đúng nghĩa vụ khi có vi phạm hợp đồng, tuy nhiên bài viết phân tích buộc thực hiện đúng nghĩa vụ tác động đến yếu tố đạo đức của hợp đồng như thế nào. Khi tiến hành thực nghiệm, các nhà nghiên cứu đã chia người tham gia thành hai nhóm khác nhau: một nhóm được thông tin rằng buộc thực hiện đúng nghĩa vụ sẽ là biện pháp khắc phục bắt buộc và mặc định khi có hành vi vi phạm hợp đồng xảy ra và đối với nhóm còn lại thì có thể ngăn chặn sự vi phạm hợp đồng mà không cần phải dựa vào một biện pháp khắc phục mặc định cứng nhắc nào cả.

Kết quả nghiên cứu cho thấy rằng khi buộc thực hiện đúng nghĩa vụ là biện pháp khắc phục mặc định thì những người tham gia quyết hi sinh một phần đáng kể trong lợi ích của họ để cản trở vi phạm hiệu quả. Điều này cho thấy rằng buộc thực hiện đúng nghĩa vụ đã kích hoạt các trực giác đạo đức của các bên tham gia hợp đồng. Đồng thời buộc thực hiện đúng nghĩa vụ cũng khiến cho các bên chú tâm hơn tới chuẩn mực đạo đức để tuân thủ hợp đồng.

Luận án sẽ dùng kết quả có được từ nghiên cứu này để liên hệ với những phân tích của mình về việc khi buộc thực hiện đúng nghĩa vụ được ưu tiên lựa chọn sẽ khiến cho các bên từ bỏ đi chi phí lợi ích của mình có được từ sự vi phạm. Điều này giúp luận án có được cơ sở kết luận về việc không thể tồn tại vi phạm hợp đồng hiệu quả song song với chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ.

(5) Bài viết “*Disgorgement of profit for breach of contract. A comparative analysis*” đăng tải trên *Edinburgh Law Review*. Vol 7.2003, p.27-59 của tác giả *Mathias Siems*.

Bài viết xem xét liệu khi người bán vi phạm hợp đồng thì liệu có phải chỉ bồi thường thiệt hại hay còn phải trả cho người mua cả những lợi nhuận mà họ có được từ sự vi phạm đó. Trừ phần giới thiệu và kết luận, nội dung của bài viết được chia thành 3 phần chính. Trước hết tác giả giới thiệu về cách tiếp cận của Tòa án các nước thuộc hệ thống pháp luật Common Law. Tiếp sau đó là phần phân tích về các phán quyết và quan điểm của Tòa án thuộc hệ thống luật Civil Law trong đó điển hình là Đức. Ngoài ra quan điểm của các quốc gia thuộc hệ thống luật hỗn hợp bao gồm Israel, Louisiana và Scotland cũng được nghiên cứu trước khi tác giả đi đến so sánh những điểm giống và khác biệt giữa các hệ thống quan điểm đối với việc yêu cầu từ bỏ lợi ích có được từ sự vi phạm hợp đồng (*Disgorgement*).

Luận án kế thừa những phân tích của bài viết đặc biệt là sự so sánh giữa các phán quyết của Tòa án thuộc các hệ thống pháp luật khác nhau đối với vấn đề yêu cầu từ bỏ lợi ích có được do vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên với quan điểm cho rằng nên trao cho bên bị vi phạm quyền yêu cầu bên vi phạm từ bỏ lợi ích có được do vi phạm hợp đồng thì luận án sẽ có những lập luận trái chiều, đặc biệt là khi yêu cầu này được phân tích trong vi phạm hợp đồng hiệu quả.

(6) “*The Disgorgement interest in contract law*” của *Melvin A. Eisenberg* đăng trên *Michigan Law Review*. Vol 105.2006, p 559-602.

Ngoài việc giới thiệu như thế nào là yêu cầu từ bỏ lợi ích có được từ sự vi phạm, tác giả bài viết phân tích vấn đề nghiên cứu thông qua việc lý giải tại sao pháp luật cần đặt ra yêu cầu này cho bên bị vi phạm nhưng đồng thời cũng làm rõ những nguyên nhân vì sao việc yêu cầu từ bỏ lợi ích có được do vi phạm hợp đồng lại không được pháp luật hợp đồng Hoa Kỳ. Tác giả bài viết cho rằng yêu cầu từ bỏ lợi ích có được do vi phạm hợp đồng chỉ nên được đặt ra trong một số trường hợp. Và đặc biệt khi những lợi ích thu được từ hành vi vi phạm không phải là kết quả của việc thực hiện hợp đồng từ phía nguyên đơn.

Trong các nội dung của bài viết, luận án đặc biệt kế thừa những phân tích liên quan đến vi phạm hợp đồng hiệu quả và yêu cầu từ bỏ lợi ích có được từ sự vi phạm này trong vi phạm hợp đồng hiệu quả.

#### *1.1.2.4 Các công trình nghiên cứu liên quan đến vấn đề đạo đức đối với vi phạm hợp đồng hiệu quả*

Đạo đức trong vi phạm hợp đồng hiệu quả là một vấn đề luôn tồn tại nhiều quan điểm trái chiều. Đã có rất nhiều những công trình nghiên cứu của các tác giả trên thế giới về đề tài này, có thể chia làm ba nhóm quan điểm: (i) nhóm quan điểm cho rằng vi phạm hiệu quả không trái với các nguyên tắc đạo đức (ii) nhóm quan điểm cho rằng không thể tồn tại yếu tố đạo đức trong vi phạm hiệu quả được và (iii) nhóm quan điểm cho rằng việc tồn tại yếu tố đạo đức trong vi phạm hiệu quả hay không còn tùy thuộc vào đó là dạng vi phạm nào.

Có thể nói Steven Shavell, Matthew A. Seligman, Daniel Markovits và Alan Schwartz là những đại diện tiêu biểu cho những nhà nghiên cứu cho rằng vi phạm hiệu quả không phải là một hành vi đi trái với các nguyên tắc đạo đức. Họ đã phát biểu và bảo vệ quan điểm đó của mình thông qua các nghiên cứu cụ thể:

Nhà kinh tế học Steven Shavell – Giáo sư Trường học Luật Havard đã có 2 bài viết vào năm 2005 và 2009:

(1) *“Is Breach of Contract Immoral”* trên *Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 531 (2005)* và

(2) *“Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contract”* đăng tải trên *Michigan Law Review, Volum 107 (2009)*.

Ở bài viết thứ nhất, Steven Shavell cho rằng khi những lợi ích mà bên bị vi phạm mong đợi được đền bù bởi bên vi phạm đã bù đắp đầy đủ cho những lợi ích mà người bị vi phạm đặt ra trong hợp đồng thì sự vi phạm hiệu quả của bên vi phạm không có gì là vi phạm đạo đức nữa. Sự vi phạm đạo đức sẽ đặt ra khi lợi ích mong đợi của người bị vi phạm không được đền bù thỏa đáng như những gì họ có được khi hợp đồng được thực thi. Đồng thời cả 02 bài viết đề cập đến tình huống phát sinh không được dự liệu trước (*contingency*) liệu có được đề cập đến

trong hợp đồng hay không. Nếu hợp đồng có dự liệu đến những tình huống này và vẫn ràng buộc các bên với nghĩa vụ trong hợp đồng thì lúc bấy giờ sẽ phát sinh trách nhiệm đạo đức buộc các chủ thể phải hoàn thành đúng nghĩa vụ của mình. Nhưng ngược lại, nếu hợp đồng không dự liệu đến những tình huống bất ngờ có thể phát sinh thì đồng thời cũng không phát sinh nghĩa vụ đạo đức để buộc người bán phải thực hiện nghĩa vụ với người mua khi tình huống này xảy ra.

Nhằm phản hồi lại các quan điểm trái chiều của Seana Shiffrin<sup>9</sup> đối với bài viết của mình, ở bài viết thứ hai Steven Shavell nhấn mạnh hơn việc phân biệt giữa vi phạm hợp đồng và giữ lời hứa trong hợp đồng bằng việc đưa ra định nghĩa của mình về nghĩa vụ đạo đức trong những tình huống không được dự liệu trước trong hợp đồng.

Với cả 2 bài viết thì tác giả đều tập trung vào giả thiết về việc hợp đồng có đặt ra những dự liệu về các tình huống có thể phát sinh bất ngờ trong quá trình thực hiện hay không để xác định sự vi phạm đạo đức của vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên Steven Shavell chưa nhìn yếu tố đạo đức của sự vi phạm hợp đồng hiệu quả dưới việc đó là liệu hành vi mang lại hiệu quả kinh tế cho các bên và cho xã hội thì có nên bị coi là hành vi trái đạo đức? Ngoài việc kế thừa những kết quả nghiên cứu của tác giả tại 02 bài viết đã đề cập trên, luận án sẽ phát triển thêm góc nhìn mà tác giả Steven Shavell chưa đề cập tới.

*(3) Một trong những công trình được công bố gần đây nhất liên quan đến yếu tố đạo đức của vi phạm hiệu quả là bài viết: “Moral Diversity and Efficient Breach” của tác giả Matthew A. Seligman đăng tải trên Michigan Law Review, Volum 177, năm 2019.*

Tác giả cho rằng hầu hết mọi người đều nghĩ vi phạm hợp đồng là sự sai trái về mặt đạo đức nhưng ngược lại đối với các doanh nghiệp, đặc biệt là đối với các tập đoàn lớn thì họ không phản đối vi phạm hợp đồng mà họ sẵn sàng chấp nhận việc trả giá cho sự vi phạm bằng việc bồi thường thiệt hại khi phải cân nhắc đến yếu tố lợi ích của mình. Tác giả chỉ ra sự bất cân xứng về vị trí giữ các chủ thể cũng như sự khác nhau trong niềm tin đạo đức giữa các cá nhân và các nhà kinh

<sup>9</sup> Seana Shiffrin, Could Breach of Contract Be Immoral? (2009) 107 Michigan Law Review, p.155-168.

doanh chuyên nghiệp đối với vi phạm hợp đồng. Điểm mới quan trọng trong công trình nghiên cứu của Matthew a. Seligman đó là ông đã đưa ra đề xuất và phân tích về *Exit Clause* hay còn gọi là *Termination Clause* (tạm dịch là điều khoản chấm dứt) trong hợp đồng. Thông qua các kết quả khảo sát của mình, tác giả đã chỉ ra những tác động thực tế của *Exit Clause* đối với cá nhân và những thương nhân chuyên nghiệp là các chủ thể trong hợp đồng. Khi đã có điều khoản chấm dứt trong hợp đồng thì việc một trong các bên thực hiện theo điều khoản này bằng việc tự giải thoát mình khỏi nghĩa vụ hợp đồng dưới hình thức vi phạm hợp đồng là sự phù hợp về đạo đức cho lời hứa trong hợp đồng. Đề xuất của bài viết về Điều khoản chấm dứt là một trong những điểm quan trọng mà luận án kế thừa để có thêm giải pháp cho việc giải quyết yếu tố đạo đức trong vi phạm hợp đồng hiệu quả.

Ngược lại, một số học giả lại cho rằng vi phạm hợp đồng bao gồm cả vi phạm hiệu quả là những hành vi đi ngược lại với những nguyên tắc đạo đức của hợp đồng. Điển hình có thể kể đến các tác giả như Charles Fried hay Dawinder S. Sidhu

(4) *Quan điểm về đạo đức của hợp đồng và vi phạm hợp đồng của Charles Fried được thể hiện rất rõ trong quyển sách nổi tiếng của ông, “Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation” xuất bản lần đầu năm 1982 bởi Nhà xuất bản Đại học Harvard và được tái bản vào 2015 bởi Nhà xuất bản Đại học Oxford Mỹ.*

Sách “*Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*” là một nghiên cứu về nền tảng triết học của luật hợp đồng, trong đó trên cơ sở bảo vệ cho lý thuyết cổ điển về hợp đồng, giáo sư Fried đã đưa ra câu trả lời cho một số vấn đề phổ biến nhất về luật hợp đồng như” vai trò, ý nghĩa của hợp đồng (chương 1); nghĩa vụ đối ứng trong hợp đồng (*Consideration*) (chương 3); sự trung thực và thiện chí trong quan hệ hợp đồng (chương 6)... Đặc biệt nội dung mà luận án muốn khai thác đó là quan điểm của tác giả về vấn đề lời hứa và giữ lời hứa trong quan hệ hợp đồng cũng như yếu tố đạo đức khi một bên vi phạm lời hứa hợp đồng của mình (chương 2, chương 4).

Đối với Charles Fried hợp đồng như một lời hứa. Chính lời hứa tạo nên trách nhiệm hợp đồng của các bên và từ đó đặt ra các nguyên tắc đạo đức về việc chủ thể hợp đồng phải giữ đúng lời hứa của mình. Điều đó cũng đồng nghĩa với ông việc vi phạm hợp đồng chính là vi phạm nguyên tắc đạo đức về việc giữ đúng lời hứa mà các chủ thể đã thống nhất tại thời điểm giao kết hợp đồng.

(5) *Dawinder S. Sidhu đã công bố bài viết của mình với tên gọi “The immorality and inefficiency of an efficient breach” trên The Tennessee Journal of Business Law, Vol. 8, p. 61, 2006.*

Dawinder S. Sidhu cho rằng học thuyết vi phạm hiệu quả đi ngược lại với các nguyên tắc đạo đức bởi lẽ nó làm giảm đi tính trung thực của các bên trong quan hệ hợp đồng; đồng thời ông cũng cho rằng các biện pháp bù đắp khi có sự vi phạm xảy ra thường bỏ qua các chi phí liên quan đến giao dịch dẫn đến sự vi phạm hợp đồng là không hiệu quả. Đứng trước sự bất an của người tiêu dùng khi giao kết hợp đồng với các doanh nghiệp hay những nhà kinh doanh chuyên nghiệp - những chủ thể luôn nghĩ đến bài toán lợi nhuận, tác giả cho rằng việc nghiên cứu về mối quan hệ giữa đạo đức, pháp luật và thế giới kinh doanh là điều rất cần thiết.

Công trình được chia làm 5 phần: Phần I là định nghĩa và ví dụ về vi phạm hiệu quả; Phần II tác giả thảo luận về bản chất của hợp đồng và tầm quan trọng của hợp đồng với sự phát triển kinh tế, xã hội; Phần III là những phân tích về sự đối lập về mặt đạo đức của vi phạm hiệu quả; Phần IV là những chứng minh của tác giả về tính không hiệu quả của sự vi phạm hợp đồng. Từ những phân tích trên phần V tác giả rút ra kết luận rằng chỉ nên xem vi phạm hiệu quả là một học thuyết trong khoa học pháp lý chứ không nên khuyến khích và thúc đẩy nó trong thực tiễn.

Trong khi đó, Adam Rigoni được xem là người đứng ở giữa của hai dòng quan điểm đồng tình và phản đối đối với vấn đề đạo đức trong vi phạm hiệu quả:

(6) *Khác với Steven Shavell, Adam Rigoni trong bài viết “The Moral Impermissibility of Efficient Breach” của mình đã đưa ra hai loại của sự vi phạm*



*hiệu quả được ông gọi tên là Unfortunate circumstances và Fortunate Circumstances (tạm dịch là trường hợp không may mắn và trường hợp may mắn).*

Diễn giải một cách ngắn gọn thì trường hợp không may mắn đó là khi một bên vi phạm để giảm thiểu những tổn thất đáng kể cho mình so với khi thực hiện hợp đồng; còn trường hợp may mắn đó là vi phạm nhằm mang lại hiệu quả kinh tế bằng việc tìm kiếm một khoản lợi lớn hơn so với thực hiện hợp đồng (có thể là từ việc chấp nhận yêu cầu mới của một bên thứ ba). Và đồng thời đối với Adam Rigoni, liệu rằng vi phạm hiệu quả có thể chấp nhận được về mặt đạo đức hay không còn tùy thuộc vào đó là loại vi phạm hiệu quả nào, may mắn hay không may mắn theo cách gọi của ông.

Với cách tiếp cận tương tự, luận án hướng tới việc tìm ra những trường hợp nào của vi phạm hiệu quả nên được thừa nhận và những trường hợp nào thì không nên (mặc dù nó mang lại hiệu quả kinh tế). Chính vì vậy nghiên cứu này của Adam Rigoni có giá trị tham khảo rất lớn đối với luận án về cách thức tiếp cận các trường hợp của sự vi phạm hiệu quả cũng như đánh giá về vấn đề liệu có phải tất cả các trường hợp của vi phạm hiệu quả đều trái với đạo đức hay không?

### ***1.1.3 Đánh giá chung về tình hình nghiên cứu***

#### ***1.1.3.1 Đánh giá chung về tình hình nghiên cứu trong nước***

Có thể nói, các nghiên cứu liên quan đến vi phạm hợp đồng ở Việt Nam hiện nay chỉ mới đề cập đến cách hiểu về vi phạm hợp đồng truyền thống và các trách nhiệm pháp lý phát sinh từ sự vi phạm này, các nghiên cứu có đề cập đến vi phạm hiệu quả còn rất sơ khai mà chưa có những nghiên cứu chuyên sâu. Bên cạnh đó, các công trình nghiên cứu về kinh tế học pháp luật cũng chỉ đề cập đến các vấn đề liên quan giữa kinh tế và luật, góc nhìn kinh tế đối với một số vấn đề pháp lý cụ thể. Điển hình hai bài báo khoa học của nhóm tác giả Dương Anh Sơn và Hoàng Vĩnh Long là có đề cập đến vấn đề hợp đồng được nhìn nhận dưới góc độ kinh tế học, cụ thể là về bản chất của hợp đồng và tự do hợp đồng. Tuy nhiên các phân tích về sự vi phạm hợp đồng dưới góc độ kinh tế hay đánh giá sự vi phạm hợp đồng mang lại hiệu quả dưới góc độ đạo đức dường như vẫn đang là

những vấn đề còn bỏ ngỏ, luận án sẽ khai thác các khoảng trống về vi phạm hợp đồng mang lại hiệu quả kinh tế để phân tích và đánh giá.

### *1.1.3.2 Đánh giá chung về tình hình nghiên cứu nước ngoài*

Có thể nói các công trình nghiên cứu của nước ngoài về vi phạm hiệu quả rất phong phú và đa dạng trên mọi vấn đề: nội dung lý thuyết, bồi thường thiệt hại cho những kỳ vọng, buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hay cả vấn đề đạo đức trong vi phạm hiệu quả. Điều này chứng tỏ vi phạm hợp đồng hiệu quả là một vấn đề khá thú vị, nhận được nhiều sự quan tâm của các nhà kinh tế học cũng như luật học. Các nghiên cứu liên quan đến vi phạm hợp đồng hiệu quả đã thể hiện những quan điểm đồng thuận cũng như phản đối đối với lý thuyết này.

Các nghiên cứu đã có sự phân tích và đối sánh với quy định của pháp luật các quốc gia thuộc hai hệ thống pháp luật chính trên thế giới: Common Law và Civil Law. Tuy nhiên chưa có nghiên cứu nào phân tích và đánh giá vi phạm hợp đồng hiệu quả trong bối cảnh của pháp luật hợp đồng Việt Nam. Đó chính là khoảng trống để luận án khai thác và phát triển hướng đi của mình.

## **1.2 Cơ sở lý thuyết**

### *1.2.1 Lý thuyết về luật tự nhiên*

Từ thời kỳ Hy Lạp cổ đại, các tư tưởng triết học đã nhấn mạnh sự tương phản giữa những quy luật bất biến, vĩnh cửu, tồn tại khách quan và độc lập với các luật lệ, quy ước, tập quán được đặt ra bởi một trật tự chính trị, xã hội hay một quốc gia, đó là luật tự nhiên<sup>10</sup>. Những tư tưởng về luật tự nhiên đã tiếp tục phát triển bởi Socrates và các học trò của ông là Plato, Aristotle và các nhà triết học cận đại như Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau cũng như các triết gia đương đại như John Finnis, David Hume...

Lý thuyết về luật tự nhiên cho rằng trong tự nhiên đã có sẵn những quy luật, luật lệ, đạo lý và công lý, con người tốt nhất là phải soạn thảo những luật lệ dựa trên cơ sở những luân lý, đạo lý của tự nhiên. Theo quan điểm của John Locke, sự không xâm hại lẫn nhau về “cuộc sống, sức khỏe, tự do và tài sản”

<sup>10</sup> Nguyễn Xuân Tùng, Học thuyết Luật tự nhiên và một số vấn đề trong công tác đào tạo cán bộ pháp luật trong giai đoạn hiện nay, đăng tải tại <http://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/ngghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1459>, truy cập 7/11/ 2020.

chính là sự giới hạn của luật tự nhiên lên quyền tự nhiên của con người<sup>11</sup>. Lý thuyết đương đại về luật tự nhiên được thể hiện rất rõ trong tác phẩm *Natural Law and Natural Rights* (Luật tự nhiên và Quyền tự nhiên) của John Finnis. Với ông cơ sở lý luận quan trọng hơn cả của lý thuyết về luật tự nhiên là những gì thực sự tốt đẹp nhất của con người, và trên những nguyên tắc của công lý thì đòi hỏi mỗi người phải thúc đẩy lợi ích chung cho cộng đồng<sup>12</sup>.

Lý thuyết về luật tự nhiên với tư tưởng của các triết gia đại diện cho lý thuyết này như Thomas Hobbes, John Locke hay John Finnis... được sử dụng trong luận án tại chương 4 để lý giải và trả lời cho câu hỏi nghiên cứu liệu có nên buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng. Đồng thời khi luận giải về các vấn đề liên quan đến yếu tố đạo đức của vi phạm hợp đồng hiệu quả tại chương 4 luận án cũng sẽ sử dụng đến tư tưởng của lý thuyết về luật tự nhiên này.

### **1.2.2 Thuyết vị lợi**

Thuyết vị lợi (*Utilitarianism*)<sup>13</sup> là một triết lý đạo đức, một trường phái triết học xã hội. Chủ nghĩa này cho rằng hành động tốt nhất là hành động đạt được một cách cao nhất những gì được cho là hữu ích, lợi ích. Mặc dù nguồn gốc tư tưởng của học thuyết này đã xuất phát từ những triết gia như Aristippus và Epicurus, những người xem hạnh phúc là điều tốt duy nhất, nhưng nguồn gốc của chủ nghĩa vị lợi thực sự bắt đầu với Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Henry Sidgwick, R. M. Hare và Peter Singer.

Jeremy Bentham (1748-1832), người đặt nền móng cho chủ nghĩa vị lợi mô tả “lợi ích” như tất cả những gì làm hài lòng chúng ta xuất phát từ hành động, không gây ra đau đớn cho bất kỳ ai liên quan. Theo quan điểm của thuyết vị lợi, người ta phải tối đa hóa lợi ích chung, nghĩa là xem xét lợi ích của người khác cũng như lợi ích của chính mình<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction* (OUP Oxford 2006), p.8.

<sup>12</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (OUP Oxford 2011), p.3.

<sup>13</sup> Thuyết vị lợi hay thuyết duy lợi, còn gọi là chủ nghĩa vị lợi, hay chủ nghĩa công lợi

<sup>14</sup> Julia Driver, “The History of Utilitarianism” in Edward N Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014, Metaphysics Research Lab, Stanford University 2014)  
<<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/utilitarianism-history/>>, truy cập 4/9/2021.

John Stuart Mill (1806-1873), là thế hệ sau của Bentham, cũng là người đã sửa đổi học thuyết vị lợi của Bentham và đưa ra lý lẽ cho hai sự phản bác lớn nhất là thuyết vị lợi của Bentham gặp phải: (1) sự không tôn trọng phẩm giá con người và các quyền cá nhân ; (2) không thể quy đổi mọi giá trị đạo đức qua thang đo hạnh phúc và nỗi buồn<sup>15</sup>. Là tác giả của tác phẩm kinh điển “Bàn về tự do” (*On Liberty*, 1859). Cũng như Bentham, John Stuart Mill cũng coi lợi ích là mục tiêu cuối cùng của tất cả các vấn đề về đạo đức<sup>16</sup>. Cụ thể ông tôn trọng tự do, và sự tự do của mỗi cá nhân cần hướng đến lợi ích, người dân phải được tự do làm bất kỳ điều gì họ muốn, miễn là điều này không gây hại cho người khác<sup>17</sup>.

Có rất nhiều nội dung về thuyết vị lợi, tuy nhiên luận án sử dụng hai vấn đề cơ bản đó là (i) tính tối ưu hóa lợi ích xã hội của thuyết vị lợi và (2) Quan điểm về việc tự do cá nhân nhưng không gây hại cho người khác của John Stuart Mill để phân tích về vi phạm hợp đồng hiệu quả. Tại chương 3 luận án sẽ sử dụng tính tối ưu hóa lợi ích xã hội của thuyết vị lợi để phân tích và chứng minh rằng vi phạm hợp đồng hiệu quả đạt được tính tối ưu hóa về lợi ích xã hội thông qua cơ chế bồi thường thiệt hại cho những kỳ vọng. Đồng thời tư tưởng tự do của John Stuart Mill sẽ được sử dụng tại chương 4 để lý giải cho các vấn đề đạo đức của vi phạm hiệu quả.

### **1.2.3 Lý thuyết chi phí giao dịch**

Các yếu tố gây cản trở đối với quá trình trao đổi trong kinh tế có lẽ đã xuất hiện từ khi sự giao thương bắt đầu, tuy nhiên rất lâu sau đó các học giả kinh tế mới cho thấy rằng những trở ngại để trao đổi đó là một chi phí kinh tế<sup>18</sup>. Trong lý thuyết về trao đổi của mình, Carl Menger đã nhận ra rằng các giao dịch đòi hỏi sự hi sinh về kinh tế như mất thời gian, chi phí vận chuyển, chi phí liên lạc v.v..., tuy nhiên ông không phản ánh chúng là chi phí cơ hội<sup>19</sup>. Vào cuối thế kỷ 19, thuật ngữ “Chi phí giao dịch” đã bắt đầu xuất hiện trên thị trường tài chính. Khái niệm khoa

<sup>15</sup> Dẫn theo Michael Sandel, Phải Trái, Đúng Sai (Justice What's the Right Thing to Do?) (NXB Trẻ 2011), tr.72.

<sup>16</sup> John Stuart Mill, *On Liberty* (Batoche Books 1859), p.14.

<sup>17</sup> John Stuart Mill, tldđ, tr.96.

<sup>18</sup> Tomasz Famulski, “Selected Legal Aspects of Transaction Costs” (2017) 1 *Journal of Finance and Financial Law*, p. 22.

<sup>19</sup> Tomasz Famulski, tldđ, tr.23.

học về chi phí giao dịch được giới thiệu bởi Ronald H. Coase và sau đó được Oliver E. Williamson phổ biến, mở rộng<sup>20</sup>. Khái niệm Chi phí giao dịch đã đạt đến mức có trường phái nghiên cứu riêng, cụ thể là Kinh tế học chi phí giao dịch, được giới thiệu bởi Oliver Williamson thông qua các tác phẩm điển hình<sup>21</sup>.

Có 3 bài viết quan trọng của Ronald Coase mà nội dung của 3 bài viết đó là cơ sở để tạo nên Định lý Coase về chi phí giao dịch được biết đến này ngay, bao gồm: (i) *Nature of the Firm*, (ii) *The Federal Communications Commission* và (iii) *The Problem of Social Cost*. Ông cho rằng tính chất bên ngoài có thể là một vấn đề của giao dịch, chi phí giao dịch sẽ làm cho phân bổ hiệu quả bị cản trở. Nếu chi phí giao dịch bằng 0, các quy định pháp lý sẽ không thành vấn đề, bởi vì hiệu quả sẽ dẫn đến trong mọi trường hợp. Tuy nhiên, những tình huống như vậy không xuất hiện trong thực tế, do đó, luật pháp cần phải được xây dựng như thế nào để đạt được sự phân bổ hiệu quả như khi không có chi phí giao dịch<sup>22</sup>.

Chi phí giao dịch đã được trình bày trong các tài liệu kinh tế theo nhiều cách khác nhau. Chi phí giao dịch có thể được hiểu là (i) những chi phí trực tiếp mà một tác nhân kinh tế phải chịu khi tham gia vào một giao dịch trên thị trường hoặc (ii) chi phí được phát sinh khi một quyền sở hữu được xác lập và có nhu cầu phải được bảo vệ quyền sở hữu. Tuy nhiên, việc xác định định nghĩa nào phù hợp hơn chỉ có ý nghĩa khi phụ thuộc vào các vấn đề cần phân tích là gì<sup>23</sup>. Để phân tích trong bối cảnh quan hệ hợp đồng, thích hợp hơn cả là sử dụng khái niệm chi phí giao dịch là các chi phí phát sinh khi một giao dịch được xác lập trên thị trường, theo đó chi phí giao dịch bao gồm cả các chi phí để hình thành và kiểm soát các hợp đồng<sup>24</sup>.

Giá trị trong các thành tựu của Ronald Coase còn nằm ở quan điểm coi vai trò của các quy định pháp lý là một yếu tố quan trọng ảnh hưởng đến chi phí giao

<sup>20</sup> Cả hai đã được trao giải Nobel Kinh tế về các nghiên cứu liên quan đến Chi phí giao dịch, Ronald Coase nhận giải vào năm 1991 và Oliver E. Williamson được trao giải vào năm 2009

<sup>21</sup> Oliver E Williamson, "The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach" (1981) 87 *American Journal of Sociology*, p.548.

<sup>22</sup> Ronald Coase, "The Problem of Social Cost" (1960) 3 *The Journal of Law & Economics*, p.27-28.

<sup>23</sup> Douglas W. Allen, "Transaction Costs", *The Encyclopedia of Law and Economics*, vol 1 (Edward Elgar 2000), p.912-913.

<sup>24</sup> Douglas W. Allen, tldd, tr.906.

dịch. Các cơ sở lý thuyết về chi phí giao dịch mà Coase và hậu duệ của ông đưa ra là nền tảng để luận án đánh giá tầm ảnh hưởng của phương pháp kinh tế học đối với sự phát triển của các vấn đề pháp lý trong trường phái Kinh tế học pháp luật. Trong đó vi phạm hợp đồng hiệu quả là một vấn đề mới của Kinh tế học pháp luật.

Các phân tích để nhận diện vi phạm hợp đồng hiệu quả ở chương 2, và vấn đề buộc thực hiện đúng nghĩa vụ ở chương 4 cũng phải được nhìn nhận dưới góc độ chi phí giao dịch. Đồng thời trên cơ sở lý thuyết rằng các quy định pháp lý có thể dẫn đến sự gia tăng mức chi phí giao dịch (tác động tiêu cực), nhưng chúng cũng có thể là phương tiện để giảm chi phí giao dịch (hiệu ứng tích cực), luận án sẽ có những kiến nghị liên quan đến việc sửa đổi một số quy định của pháp luật Việt Nam để có cơ sở thừa nhận vi phạm hiệu quả ở các chương tiếp theo theo hướng khi các bên có thể tự thỏa thuận với nhau đối với các vấn đề phát sinh liên quan đến giao dịch và nhằm đạt được mức chi phí giao dịch bằng không, thì các vấn đề bảo vệ quyền sở hữu hay giải quyết bồi thường thiệt hại theo luật hợp đồng sẽ không còn mang ý nghĩa cần thiết nữa. Bởi lẽ dưới góc nhìn của luật hợp đồng, định lý Coase có ý nghĩa đặc biệt trong việc nhấn mạnh hiệu quả tối đa hóa lợi ích sẽ đạt được khi các bên được tự do thỏa thuận trong các giao dịch<sup>25</sup>.

#### **1.2.4 Lý thuyết hiệu quả Pareto**

Khái niệm *Hiệu quả Pareto* hay còn gọi là *Tối ưu Pareto* thường được sử dụng khi bàn luận về tính hiệu quả chung của nền kinh tế. Thuật ngữ này được đặt theo tên của kỹ sư, nhà kinh tế người Ý, Vilfredo Pareto (1848–1923), người đã sử dụng khái niệm này trong các nghiên cứu của ông về hiệu quả kinh tế và phân phối thu nhập.

Theo Pareto, một trạng thái kinh tế được coi là có hiệu quả (được gọi là hiệu quả Pareto) là khi với một nhóm các cá nhân và nhiều cách phân bổ nguồn lực khác nhau cho mỗi cá nhân trong nhóm đó, việc chuyển từ một phân bổ này sang một phân bổ khác mà làm ít nhất một cá nhân có điều kiện tốt hơn nhưng không làm cho bất cứ một cá nhân nào khác có điều kiện xấu đi được gọi là

<sup>25</sup> Dương Anh Sơn, Hoàng Vĩnh Long, Thử bàn về bản chất hợp đồng từ góc độ kinh tế học, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 2/2013.

một sự cải tiến Pareto. Khi đạt được một phân bổ mà không còn cách nào khác để đạt thêm sự cải tiến Pareto, cách phân bổ đó được gọi là hiệu quả Pareto (*Pareto efficiency*) hoặc tối ưu Pareto. Bên cạnh hiệu quả Pareto

Cải tiến Pareto thường được xem là tập hợp con của cải tiến Kaldor - Hicks<sup>26</sup>. Với cải tiến Kaldor – Hicks có thể sự phân bổ sẽ khiến cho một số người trở nên tồi tệ hơn miễn tổng phúc lợi là một số dương. Nhưng với cải tiến Pareto đòi hỏi phải làm cho mọi bên tham gia trở nên tốt hơn (hoặc ít nhất là không tệ hơn). Với lý thuyết này, khi ai đó trở nên tốt hơn và đồng thời không ai trở nên kém hơn thì tổng lợi ích xã hội sẽ tăng. Việc cho phép các bên lựa chọn hành vi hiệu quả giúp tận dụng được cơ hội kinh tế tốt hơn và thúc đẩy hoạt động kinh tế nói chung. Khi sự vi phạm mang lại một cải tiến Pareto thì đó là sự vi phạm hiệu quả.

Lý thuyết hiệu quả Pareto được sử dụng tại chương 2 của luận án nhằm phân tích về sự hiệu quả của vi phạm hợp đồng khi mà lợi ích của bên vi phạm tăng lên đồng thời không làm cho lợi ích của bên bị phạm bị giảm sút so với khi hợp đồng được thực thi. Đồng thời lý thuyết hiệu quả Pareto cũng được sử dụng tại chương 3 để chứng minh cho tính tối ưu hóa lợi ích xã hội của vi phạm hợp đồng hiệu quả và bồi thường lợi ích mong đợi trong vi phạm hợp đồng hiệu quả.

### **1.2.5 Lý thuyết bàn tay vô hình**

Bàn tay vô hình (Invisible Hand) là một tư tưởng kinh tế do nhà kinh tế học Adam Smith đưa ra vào năm 1776. Trong các tác phẩm của mình, tiêu biểu là tác phẩm *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (tạm dịch là Nghiên cứu về bản chất và nguyên nhân sự giàu có của các dân tộc), ông cho rằng trong nền kinh tế thị trường, “con người kinh tế” là những chủ thể tham gia vào hoạt động kinh tế. Bản chất của “con người kinh tế” là lợi ích kinh tế, mỗi cá nhân đều theo đuổi một mối quan tâm và xu hướng lợi ích riêng cho cá nhân mình và chính các hành động của những cá nhân này lại có xu hướng thúc đẩy nhiều hơn

---

<sup>26</sup> Cải tiến Kaldor – Hicks được đặt theo tên của hai nhà kinh tế Nicholas Kaldor và John Richard Hicks

và củng cố lợi ích cho toàn cộng đồng thông qua một “bàn tay vô hình”<sup>27</sup>. Khi chạy theo các lợi ích kinh tế thì có một “bàn tay vô hình” buộc con người kinh tế đồng thời thực hiện nhiệm vụ không nằm trong dự kiến của họ đó là đáp ứng lợi ích xã hội. Ông cho rằng mỗi cá nhân đều muốn thu lợi lớn nhất cho bản thân mình và từ đó sẽ làm tối đa lợi ích của cả cộng đồng, điều này giống như việc cộng toàn bộ tất cả các lợi ích của từng cá nhân lại

“Bàn tay vô hình” theo Adam Smith thực chất là các hoạt động khách quan của các quy luật kinh tế, chi phối hoạt động của các chủ thể. Và để cho các hoạt động khách quan này của các quy luật kinh tế có thể tồn tại thì phải (i) có sự tồn tại và phát triển của sản xuất và trao đổi hàng hóa và (ii) Nền kinh tế phải phát triển trên cơ sở tự do kinh tế, tự do sản xuất kinh doanh, tự do hợp đồng. Chính sách kinh tế phù hợp chính là tự do cạnh tranh. Muốn xã hội giàu có thì phải phát triển kinh tế theo tinh thần tự do.

Luận án sử dụng lý thuyết bàn tay vô hình để luận giải cho lý do lựa chọn sự vi phạm của bên vi phạm và những tác động tích cực về mặt kinh tế của sự vi phạm hiệu quả tại chương 2, 3,4.

### **1.2.6 Lý thuyết lợi thế so sánh của David Ricardo**

Năm 1817, Ricardo đã cho ra đời tác phẩm *Nguyên lý của Kinh tế chính trị và thuế khoá*, trong đó ông đã đề cập tới lợi thế so sánh (*Comparative advantage*). Khái niệm này chỉ khả năng sản xuất của một sản phẩm với chi phí thấp hơn so với sản xuất các sản phẩm khác. Lý thuyết của Ricardo được xây dựng trên một số giả thiết, nhằm làm cho vấn đề nghiên cứu trở nên đơn giản và trực tiếp hơn.

Quy luật lợi thế so sánh mà Ricardo rút ra là: mỗi quốc gia nên chuyên môn hoá vào sản xuất và xuất khẩu sản phẩm mà quốc gia đó có lợi thế so sánh và nhập khẩu sản phẩm mà quốc gia đó không có lợi thế so sánh. Lý thuyết về lợi thế so sánh của David Ricardo cho chúng ta hiểu rằng cần phải tập trung nguồn lực vào việc có hiệu quả, điều này giống như việc mỗi quốc gia có một lợi thế riêng và họ

---

<sup>27</sup> Adam Smith, *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Digital Edition, MetaLibri Digital Library 2007), p.394.



biết tận dụng lợi thế đó của mình để sản xuất loại sản phẩm mà lợi thế đó mang lại.

Ứng dụng lý thuyết về lợi thế so sánh vào phân tích vi phạm hợp đồng hiệu quả tại chương 2 cho thấy rằng việc thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả là một việc làm nhằm tập trung nguồn lực vào việc có hiệu quả, đưa sản phẩm đến nơi có giá trị cao hơn. Và đồng thời lý thuyết này cũng được sử dụng tại chương 4 để lý giải cho việc vì sao việc yêu cầu bên vi phạm phải thực hiện đúng nghĩa vụ trong vi phạm hợp đồng hiệu quả là không hợp lý.

### 1.3 Câu hỏi nghiên cứu

Vi phạm hợp đồng là việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng những cam kết của các bên trong hợp đồng. Tuy nhiên không phải lúc nào sự vi phạm này cũng sẽ chỉ đem lại lợi ích cho bên vi phạm và đồng thời làm ảnh hưởng đến lợi ích của bên bị vi phạm, có những bối cảnh sự vi phạm không những không gây thiệt hại cho bên bị vi phạm mà còn mang lại lợi ích kinh tế cho các bên. Vì vậy một câu hỏi chung được đặt ra là: ***“Pháp luật Việt Nam có nên công nhận những hành vi vi phạm hợp đồng nhưng mang lại hiệu quả kinh tế?”***

Từ câu hỏi khái quát này, một số câu hỏi nghiên cứu được đặt ra để giải quyết các vấn đề liên quan như sau:

❖ ***Câu hỏi nghiên cứu thứ nhất:*** Vi phạm hợp đồng hiệu quả là gì?

*Giả thiết nghiên cứu:*

- Luận án đặt ra giả thiết lý do của vi phạm hợp đồng trong đó có vi phạm hợp đồng hiệu quả là (i) xuất phát từ những rủi ro, bất trắc (*Uncertain risks*) xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng; (ii) xuất phát từ hành vi cơ hội (*Opportunistic behaviour*) của các bên. Những thay đổi bất lợi trong quá trình thực hiện hợp đồng có thể sẽ khiến cho chi phí giao dịch của bên có nghĩa vụ tăng cao khiến họ lựa chọn phương án vi phạm hơn so với thực hiện hợp đồng. Bên cạnh đó khi đứng trước sự lựa chọn để có được lợi ích kinh tế cao hơn cho mình thì hành vi cơ hội của các bên sẽ hướng họ đến sự vi phạm hợp đồng.

- Vi phạm hợp đồng hiệu quả là sự vi phạm hợp đồng không những đem lại lợi ích kinh tế nhiều hơn cho bên vi phạm mà còn không làm cho lợi ích kinh tế của bên bị vi phạm giảm sút đi, đồng thời tổng lợi ích xã hội còn được tăng lên.

*Dự kiến kết quả nghiên cứu:*

- Trên giả thiết nghiên cứu thứ nhất về lý do của sự vi phạm hiệu quả, luận án hệ thống hóa các nội dung của thuyết vi phạm hiệu quả và các trường hợp của vi phạm hợp đồng hiệu quả: (i) vi phạm để giảm thiểu tổn thất; (ii) vi phạm vì lợi ích cao hơn từ bên thứ ba.

- Đồng thời luận án sử dụng các công thức về kinh tế để chỉ ra mức độ tổn thất cũng như mức lợi ích kinh tế lớn hơn thu được là bao nhiêu thì sự vi phạm hợp đồng mới là hiệu quả. Khi chi phí thực hiện hợp đồng tăng lên đáng kể đến mức lớn hơn tổng dự kiến lợi nhuận mà hợp đồng mang lại hoặc giá chấp nhận được đưa ra bởi một bên thứ ba cao hơn nhiều so với giá chấp nhận của người mua thì sự vi phạm là hiệu quả.

❖ **Câu hỏi nghiên cứu thứ hai:** Thiệt hại trong vi phạm hợp đồng hiệu quả được xác định như thế nào?

*Giả thiết nghiên cứu:* Để lợi ích của bên bị vi phạm không bị giảm sút so với khi hợp đồng được thực thi và tổng lợi ích xã hội tăng lên, bên vi phạm phải bồi thường cho bên bị vi phạm các khoản thiệt hại phát sinh từ hành vi vi phạm. Tuy nhiên, loại thiệt hại quan trọng để đưa bên bị vi phạm về đúng vị trí như khi hợp đồng được thực hiện đó là khoản lợi mong đợi của bên bị vi phạm hay bồi thường lợi ích mong đợi (*expectation damages*).

*Dự kiến kết quả nghiên cứu:*

- Làm rõ các khoản thiệt hại mà bên bị vi phạm sẽ phải bồi thường, trong đó chứng minh khoản lợi mong đợi của bên bị vi phạm sẽ là biện pháp đưa vị trí kinh tế của bên bị vi phạm về đúng vị trí như khi hợp đồng được thực hiện.

- Sử dụng các công thức kinh tế để chỉ ra công thức tính bồi thường khoản lợi mong đợi và chứng minh khoản bồi thường thiệt hại cho những lợi ích mong đợi hoàn hảo chính là thặng dư dự kiến của người mua.

- Phân tích các quy định của pháp luật hợp đồng Việt Nam vấn đề bồi thường thiệt hại; đưa ra kiến nghị cần thiết về các quy định của pháp luật hợp đồng Việt Nam về bồi thường thiệt hại để có cơ sở thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả.

❖ **Câu hỏi nghiên cứu thứ ba:** Có những trở ngại nào khi thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả?

*Giả thiết nghiên cứu:* bốn trở ngại của việc thừa nhận vi phạm hiệu quả: i) Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ; ii) Yêu cầu thu hồi lợi ích có được do hành vi sai trái (vi phạm hợp đồng); iii) Yếu tố đạo đức của vi phạm hợp đồng hiệu quả; iv) Sự khác biệt ở vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán trong quá trình áp dụng pháp luật.

*Dự kiến kết quả nghiên cứu:*

- *Thứ nhất, đối với buộc thực hiện đúng nghĩa vụ:* Chỉ ra các lý do khiến cho việc yêu cầu buộc thực hiện đúng nghĩa vụ làm tăng chi phí giao dịch và giảm hiệu quả hợp đồng; phân tích quy định của pháp luật hợp đồng Việt Nam về buộc thực hiện đúng nghĩa vụ để có kiến nghị phù hợp cho việc thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả, đặc biệt đưa ra những giới hạn của việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ.

- *Thứ hai, đối với yêu cầu thu hồi lợi ích có được do hành vi vi phạm:* Lý giải lý do vì sao không nên đặt ra yêu cầu thu hồi lợi ích có được do vi phạm đối với vi phạm hợp đồng hiệu quả; Phân tích, so sánh các quy định pháp luật để chỉ ra pháp luật Việt Nam có cơ sở để thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả khi đã không quy định về việc thu hồi toàn bộ lợi ích có được từ hành vi vi phạm hợp đồng.

- *Thứ ba, đối với vấn đề đạo đức của vi phạm hợp đồng hiệu quả:* Luận án phân tích để chỉ ra phạm vi phù hợp với đạo đức của vi phạm hợp đồng hiệu quả; sử dụng thuyết vị lợi và lý thuyết về hiệu quả Pareto để lý giải cho sự phù hợp đạo đức của hành vi vi phạm hiệu quả.

- *Thứ tư, đối với vấn đề vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán trong quá trình áp dụng pháp luật:* Nâng cao vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán

và thừa nhận án lệ là nền tảng pháp lý cơ bản để Việt Nam có thể thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả

## **1.4 Phương pháp nghiên cứu**

### ***1.4.1 Phương pháp phân tích***

Phương pháp này được sử dụng trong tất cả các nội dung của đề tài. Cụ thể là được sử dụng để đi sâu tìm hiểu, phân tích các trường hợp dẫn đến sự hiệu quả của việc vi phạm hợp đồng và các quan điểm đồng thuận cũng như phản đối loại hành vi vi phạm hợp đồng này. Luận án còn sử dụng phương pháp này để phân tích mối liên hệ giữa vi phạm hiệu quả với bồi thường thiệt hại, buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hay với vấn đề đạo đức tại chương 3 và chương 4.

### ***1.4.2 Phương pháp tổng hợp***

Phương pháp tổng hợp được sử dụng trước hết trong chương tổng quan về vấn đề nghiên cứu để để tổng hợp các công trình nghiên cứu trong và ngoài nước, từ đó có được sự đánh giá chung về tình hình nghiên cứu này, tìm ra được những điểm sẽ kế thừa và phát triển của luận án.

Phương pháp này còn đượ sử dụng để tổng hợp các quan điểm triết học, kinh tế, pháp lý về lợi ích, quyền của các bên chủ thể trong quan hệ hợp đồng... Bên cạnh đó phương pháp được sử dụng để tổng hợp lại các ý kiến, quan điểm về việc đồng thuận hay phản đối vi phạm, hay những quan điểm về các loại thiệt hại cần được bồi thường để có cơ sở đưa ra quan điểm của cá nhân người viết tại các chương 2,3.

Đồng thời, sau khi đã phân tích, so sánh quy định của pháp luật một số quốc gia trên thế giới trong đó có quy định của pháp luật Việt Nam về các vấn đề liên quan đến sự vi phạm hợp đồng, phương pháp tổng hợp được tác giả sử dụng để xâu chuỗi lại các vấn đề từ đó có sự đánh giá tổng quan về việc pháp luật có nên thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả hay không và pháp luật Việt Nam cần có sự điều chỉnh như thế nào để thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả tại các chương 2, 3, 4.

### ***1.4.3 Phương pháp so sánh luật học***

Đây là phương pháp quan trọng trong quá trình nghiên cứu của luận án. Bởi lẽ cho đến nay sự vi phạm hợp đồng trong thực tiễn và trong các quy định của pháp luật hợp đồng Việt Nam dường như đều chưa nhìn nhận sự vi phạm hợp

đồng dưới góc độ kinh tế, khi nó mang lại các hiệu quả kinh tế. Trong khi đó đây là vấn đề đã được bàn luận và nghiên cứu ở nhiều quốc gia phát triển trên thế giới, đặc biệt là các quốc gia theo hệ thống luật Common Law. Việc so sánh các quan điểm khoa học, các quy định của pháp luật hợp đồng một số quốc gia về vấn đề vi phạm hợp đồng nói chung và vi phạm hợp đồng hiệu quả nói riêng là nền tảng quan trọng để tác giả có được những lý do cho việc đưa ra quan điểm đồng thuận với việc pháp luật nên thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả. Từ đó, luận án thể đưa ra các kiến nghị cụ thể đối với quy định của pháp luật liên quan đến vi phạm hợp đồng trên tinh thần đồng thuận trên.

Phương pháp này được sử dụng trong việc so sánh quy định của pháp luật Việt Nam với pháp luật nước ngoài và các văn bản pháp lý quốc tế về vi phạm hợp đồng nói chung và vi phạm hợp đồng hiệu quả nói riêng cũng như so sánh về thực tiễn xét xử của Việt Nam với các quốc gia khác trên thế giới về các vấn đề liên quan. Cụ thể: (i) Tại chương 2 và chương 4, so sánh về cách nhìn nhận về vi phạm hợp đồng dưới góc độ kinh tế và đạo đức của trường phái kinh tế học pháp luật với quan điểm về vi phạm hợp đồng truyền thống giúp luận án tiếp cận và nhận diện được vi phạm hợp đồng hiệu quả và rút ra được những lý do về kinh tế cũng như đạo đức cho việc pháp luật nên thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả. (ii) Tại chương 3 so sánh quy định về bồi thường thiệt hại của pháp luật Việt Nam với Hoa Kỳ, Anh, Pháp, Đức và Luật quốc tế cũng như thực tiễn xét xử về các vấn đề này của Tòa án Việt Nam với Tòa án các quốc gia trên cũng như với phán quyết của Cơ quan tài phán quốc tế. Sự so sánh này giúp tác giả đánh giá được quy định của pháp luật Việt Nam về vấn đề bồi thường thiệt hại trong vi phạm hợp đồng hiệu quả (iii) Tại chương 4, sự so sánh quy định của pháp luật Việt Nam với pháp luật của các quốc gia Hoa Kỳ, Anh, Đức, Nga về buộc thực hiện đúng nghĩa vụ và thu hồi lợi ích có được do hành vi sai trái giúp tác giả luận án xác định được một số trở ngại về mặt pháp lý của việc thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả.

Phương pháp này cũng được kết hợp sử dụng trong tất cả các nội dung của đề tài. Từ sự so sánh này, tác giả đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện một số quy

định của pháp luật hợp đồng Việt Nam để có cơ sở thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả.

#### ***1.4.4 Phương pháp lịch sử***

Mỗi một vấn đề pháp lý đều phải được nghiên cứu trong bối cảnh lịch sử phù hợp. Trước đây, vi phạm pháp luật nói chung và vi phạm hợp đồng nói riêng thường được nhìn nhận dưới góc độ là những hành vi tiêu cực nhưng ngày nay, quan điểm đó về vi phạm hợp đồng đã thay đổi, trong một số trường hợp sự vi phạm được đánh giá là hành vi tích cực khi sự vi phạm đó mang lại hiệu quả. Từ sự thay đổi đó của bối cảnh, phương pháp lịch sử giúp người nghiên cứu có thể nhìn nhận được vấn đề pháp lý trong những bối cảnh lịch sử khác nhau để từ đó có được những đánh giá và nhận định phù hợp.

#### **1.5 Kết cấu của luận án**

Ngoài phần mục lục, phần mở đầu, kết luận và tài liệu tham khảo, luận án gồm 4 chương:

Chương 1: Tổng quan vấn đề nghiên cứu

Chương 2: Nhận diện vi phạm hợp đồng hiệu quả

Chương 3: Xác định thiệt hại cần phải được bồi thường trong vi phạm hợp đồng hiệu quả

Chương 4: Những trở ngại của việc thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả

## CHƯƠNG 2. NHẬN DIỆN VI PHẠM HỢP ĐỒNG HIỆU QUẢ

### 2.1 Khái quát vi phạm hợp đồng hiệu quả

#### 2.1.1 Vi phạm hợp đồng và lý do của sự vi phạm

Có thể nói rằng lý do để các bên tiến tới giao kết hợp đồng với nhau dường như đều xuất phát từ việc các chủ thể đều mong đợi những lợi ích cho mình. Và việc các bên tuân thủ thực hiện những thỏa thuận cũng bởi với họ đó là cách để có được lợi ích từ hợp đồng. Thế nhưng tại sao sau đó việc vi phạm hợp đồng vẫn diễn ra khi mà tại thời điểm giao kết họ đã có sự cân nhắc, tính toán về những lợi ích mà giao dịch này mang lại? Vi phạm hợp đồng là việc một bên không thực hiện, thực hiện không đầy đủ hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ theo thỏa thuận giữa các bên<sup>28</sup>. Có thể hình dung có 03 lý do chính của sự vi phạm hợp đồng như sau:

*Thứ nhất*, vi phạm hợp đồng xuất phát từ những rủi ro bất trắc (*Uncertain risks*). Trong quá trình đàm phán, soạn thảo và ký kết hợp đồng, việc dự liệu trước những tình huống có thể phát sinh trong tương lai là điều hết sức cần thiết. Điều đó giúp hình thành các điều khoản chi tiết hơn về quyền và nghĩa vụ giữa các bên để tránh những tranh chấp phát sinh về sau. Tuy nhiên không phải lúc nào họ cũng có thể dự liệu được hết tất cả những gì có thể phát sinh trên thực tế để có thể thiết kế một hợp đồng hoàn chỉnh. Bởi lẽ một hợp đồng dự kiến sẽ mang lại hiệu quả cũng có thể trở nên bất lợi cho các bên ngay trong một khoảng thời gian ngắn sau đó<sup>29</sup>. Những thay đổi bất lợi không thể đoán trước này làm tăng khả năng vi phạm hợp đồng của các bên. Đó có thể là sự tăng giá bất ngờ của nguyên liệu sản xuất hay thậm chí là các trường hợp liên quan đến sự thay đổi cơ bản của hoàn cảnh hoặc xuất phát từ những sự kiện bất khả kháng. Tất cả những sự không chắc chắn này có thể khiến cho việc thực hiện hợp đồng sẽ mang lại cho họ những tổn thất nhất định. Và đó là lý do khiến các bên vi phạm hợp đồng.

*Thứ hai*, sự vi phạm hợp đồng có thể xuất phát từ hành vi cơ hội (*Opportunistic behaviour*) của các bên. Hành vi cơ hội là những hành vi tìm kiếm

<sup>28</sup> Khoản 12 Điều 3 Luật Thương mại năm 2005.

<sup>29</sup> Hans-Bernd Schafer and Claus Ott, *The Economic Analysis of Civil Law* (Edward Elgar Publishing 2005), p.297, 298.

lợi ích cá nhân. Trong quan hệ hợp đồng, chủ nghĩa cơ hội thường được thể hiện dưới hình thức trốn tránh thực hiện nghĩa vụ với bên kia vì lợi ích của mình và thường được hình thành sau khi hợp đồng được ký kết<sup>30</sup>. Caprice L. Roberts cho rằng “người hứa hẹn vi phạm không bởi lý do nào khác ngoài việc kiếm tiền”<sup>31</sup>. Có thể hiểu rằng khi đứng trước sự lựa chọn để có được lợi ích kinh tế cao hơn cho mình thì hành vi cơ hội của các bên sẽ hướng họ đến sự vi phạm hợp đồng.

*Thứ ba*, vi phạm hợp đồng xuất phát từ sự có sẵn của cơ chế bồi thường thiệt hại, sự tồn tại của cơ chế bồi thường thiệt hại cho phép mọi người thực hiện hoặc bồi thường. Nhận thức này ngày càng trở nên phổ biến khi Thẩm phán Oliver Wendell Holmes, người ủng hộ mạnh mẽ cho thuyết vi phạm hiệu quả cho rằng: “Nghĩa vụ giữ đúng hợp đồng theo thông luật không có gì khác ngoài việc bạn phải trả tiền bồi thường nếu bạn không giữ đúng nó”<sup>32</sup> và đồng thời ông cũng cho rằng luật hợp đồng chỉ đơn giản là bồi thường cho sự vi phạm mà không trừng phạt bất kỳ vi phạm về mặt đạo đức nào. Sự tồn tại của quy tắc bồi thường này khiến cho tính đạo đức của hành vi vi phạm hợp đồng giảm xuống và mọi người có xu hướng vi phạm nhiều hơn bằng cách trả tiền bồi thường thiệt hại cho hành vi vi phạm đó<sup>33</sup>.

Sự tồn tại của những rủi ro bất trắc có thể phát sinh sau khi hợp đồng được ký kết, sự có sẵn của cơ chế bồi thường thiệt hại cũng như hành vi cơ hội khiến cho hợp đồng khó có thể giữ được sự hiệu quả của nó so với những gì các bên đã dự kiến tại thời điểm giao kết hợp đồng. Bên cạnh đó, trong một cơ chế thị trường không hoàn hảo, khi vị thế của các chủ thể không cân bằng khiến cho sức cạnh tranh của họ trên thị trường cũng khác nhau thì thật khó có được một hợp đồng hoàn chỉnh hoặc một cuộc đàm phán thành công để các bên có thể lường trước hết được những sự không chắc chắn đó của hợp đồng trên thực tế. Chính vì vậy sự ra đời của luật hợp đồng nhằm mục đích khuyến khích các bên tham gia hợp đồng để

<sup>30</sup> Heide Wathne, K. H JB, “Opportunism in Interfirm Relationships: Forms, Outcomes, and Solutions” [2000] *Journal of Marketing* 36, p.36-51.

<sup>31</sup> Caprice L. Roberts, “Restitutory Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages” (2008) 42 *Loyola of Los Angeles Law Review*, p.131-176.

<sup>32</sup> Oliver Wendell Holmes, “The Path of Law” (1879) 10 *Harvard Law Review*, p. 457-462.

<sup>33</sup> Wenqing Liao, *The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law: A Comparative Law and Economics Perspective* (Intersentia 2015) p.46.



thực hiện các hành động hiệu quả, hay nói cách khác là để tạo điều kiện cho họ có khả năng tối ưu hóa phúc lợi từ các giao dịch<sup>34</sup>.

### 2.1.2 Khái niệm vi phạm hợp đồng hiệu quả

Vi phạm hợp đồng được hiểu là việc một bên không thực hiện, thực hiện không đầy đủ hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ theo thoả thuận giữa các bên hoặc theo quy định của pháp luật<sup>35</sup>. Thông thường, vi phạm hợp đồng thường gây ra những hậu quả không tích cực bởi đó là những thiệt hại, tổn thất cho bên bị vi phạm. Tuy nhiên cũng có những trường hợp (có thể nói là ngoại lệ) hành vi vi phạm hợp đồng không những không gây ra hậu quả tiêu cực mà còn mang lại lợi ích hoặc giảm thiểu thiệt hại cho các bên trong hợp đồng. Trong khoa học pháp lý, những vi phạm này được coi là vi phạm hợp đồng hiệu quả.

Vi phạm hợp đồng hiệu quả hay vi phạm hiệu quả (Efficient Breach): *“là sự cố ý vi phạm và bồi thường thiệt hại của một bên khi họ sẽ phải chịu một tổn thất kinh tế lớn hơn nếu hợp đồng được thực thi”*<sup>36</sup>.

Vi phạm hiệu quả không chỉ là một hành vi hay quan điểm pháp lý của một hoặc một số người mà nó đã là học thuyết. Học thuyết vi phạm hiệu quả (Efficient Breach Theory) được định nghĩa trong từ điển luật học Black’s Law: *“là việc một bên nên được phép vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại nếu việc vi phạm đem lại hiệu quả kinh tế cao hơn so với việc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng”*<sup>37</sup>.

Trước đó, Robert Birmingham là người đầu tiên đã nêu lên quan điểm về vi phạm hợp đồng hiệu quả trong tác phẩm *“Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency”* (tạm dịch là Vi phạm hợp đồng, Bồi thường thiệt hại và Hiệu quả kinh tế) rằng: *“Việc thoái thác thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của bên cam kết thực hiện nên được khuyến khích nếu sự vi phạm đó khiến anh ta có thể được hưởng lợi ích nhiều hơn và đảm bảo bên còn lại trong hợp đồng cũng được*

<sup>34</sup> Alan Schwartz and Robert E Scott, “Contract Theory and the Limits of Contract Law” (2003) 113 The Yale Law Journal, p.541-619.

<sup>35</sup> Khoản 12 Điều 3 Luật Thương mại năm 2005.

<sup>36</sup> Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary (8th edn, Thomson West 2004), p.564.

<sup>37</sup> Bryan A. Garner, tlđđ, tr.1563.

*hưởng lợi ích đúng như những gì họ tin tưởng đạt được nếu bên vi phạm thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng”<sup>38</sup>.*

Như vậy, có thể thấy rằng đặc điểm của vi phạm hợp đồng hiệu quả bao gồm:

*Thứ nhất*, là hành vi cố ý của bên vi phạm. Vi phạm hiệu quả là sự cố ý bởi bên bị phạm có sự cân nhắc nhất định để lựa chọn giữa hành vi vi phạm và tiếp tục thực hiện đúng thỏa thuận trong hợp đồng.

*Thứ hai*, sự vi phạm mang lại hiệu quả về kinh tế. Hiệu quả về kinh tế này có được bởi: (i) So với khi thực hiện hợp đồng, bên vi phạm tránh được tổn thất kinh tế lớn hơn so hoặc họ sẽ thu được một lợi ích cao hơn so; (ii) Bên bị vi phạm không bị ảnh hưởng lợi ích bởi các khoản thiệt hại đã được bồi thường đưa họ về vị trí lợi ích như khi hợp đồng được thực hiện; (ii) Tổng lợi ích của xã hội tăng lên do lợi ích của một bên tăng lên mà lợi ích của bên còn lại không đổi so với khi thực hiện hợp đồng.

*Thứ ba*, vi phạm hợp đồng hiệu quả đạt được “Hiệu quả Pareto”. Theo lý thuyết này thì với một

nhóm các cá nhân và nhiều cách phân bổ nguồn lực khác nhau cho mỗi cá nhân trong nhóm đó, việc chuyển từ một phân bổ này sang một phân bổ khác mà làm ít nhất một cá nhân có điều kiện tốt hơn nhưng không làm cho bất cứ một cá nhân nào khác có điều kiện xấu đi thì sự tối ưu hóa Pareto đã đạt được<sup>39</sup>. Điều này được xem là tương ứng với trường hợp khi người bán thu được lợi ích nhiều hơn nếu họ vi phạm hợp đồng và người mua không bị thiệt hại hoặc lợi ích mà người mua có được là không thay đổi (có nghĩa là không ít hơn trong trường hợp người bán thực hiện hợp đồng). Lý thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả được xem là sự hiện thực hóa tính tối ưu Pareto vào chính sách pháp luật<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Robert Brimingham, “Breach of Contract, Damage Measures, and Economics Efficient” (1970) 24 Rutgers Law Review, p.273.

<sup>39</sup> Jules L. Coleman, “Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law” (1980) 68 California Law Review, p.221.

<sup>40</sup> Thomas J. Loeb, “Judicial Application of the Efficient Breach Theory - A Critical Examination” (2017) 30 Georgetown Journal of Legal Ethics, p.893.

*Thứ tư*, vi phạm hợp đồng hiệu quả tồn tại trên những hàng hóa có sẵn hoặc không có sẵn trên thị trường. Có những ý kiến cho rằng vi phạm hiệu quả không áp dụng đối với hợp đồng mua bán hàng hóa, có sẵn trên thị trường và có thể thay thế được<sup>41</sup>. Lý do bởi mức giá do bên thứ ba đưa ra có thể vượt quá giá hợp đồng, nhưng mức độ vượt quá này có thể bằng với những thiệt hại mà người mua, sẽ phải gánh chịu khi hợp đồng bị vi phạm<sup>42</sup>. Điều này sẽ không thể tạo ra sự vi phạm hiệu quả khi người bán phải dùng toàn bộ số tiền vượt quá giá hợp đồng này để chi trả cho thiệt hại của người mua. Có thể hình dung vấn đề này thông qua ví dụ mà Tareq Nail Al-Tawil<sup>43</sup> đã đưa ra trong luận án của mình để chứng minh cho trường hợp này như sau:

Giả sử hợp đồng được ký giữa Mike và Tom vào ngày 1/8 theo đó vào ngày 14/9 Mike sẽ cung cấp cho Tom 1000 bông hoa hồng được trồng trên đất của Mike với giá 1 bảng/ bông. Tuy nhiên vào 14/9, trước khi giao hàng giá thị trường của hoa hồng lúc bấy giờ là 1,6 bảng cho mỗi bông và John (người mua thứ hai hoặc bên thứ ba) xuất hiện và đề nghị mua 1000 bông hồng này từ Mike. Tổng diện tích đất của Mike sẽ chỉ có thể trồng được 1000 bông hồng và nếu muốn bán cho John, Mike sẽ phải vi phạm hợp đồng với Tom. Khi vi phạm hợp đồng với Tom, Mike có thể có được một khoản lợi lớn hơn khoản lợi đã ký với Tom. Tuy nhiên, một trách nhiệm pháp lý đặt ra là Mike sẽ phải bồi thường thiệt hại cho Tom. Nếu Tom sử dụng số hoa mua từ Mike để bán ra thị trường thì rõ ràng khoản chênh lệch giữa giá hợp đồng và giá thị trường vào 14/9 (600 bảng) sẽ là khoản thiệt hại của Tom. Mike sẽ phải bồi thường khoản thiệt hại này để đưa Tom về vị trí lợi ích như khi hợp đồng được thực thi. Và nếu vậy thì sẽ không thể tồn tại vi phạm hiệu quả vì sau khi bồi thường thiệt hại người bán không thu được lợi ích gì lớn hơn<sup>44</sup>. Và cũng thật khó để người mua thứ hai đưa ra mức giá cao hơn giá thị trường khi đó là hàng hóa đó là vật cùng loại và có sẵn trên thị trường.

<sup>41</sup> Melvin A Eisenberg, "Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law" (2005) 93 California Law Review, p.975-999.

<sup>42</sup> Melvin A Eisenberg (2005), tldd.

<sup>43</sup> Tareq Nail Al-Tawil, "Promises, Contracts and Remedies: The Efficient Breach Theory versus Routine Specific Performance" (The University of Manchester 2009), p.26, 27.

<sup>44</sup> Tareq Nail Al-Tawil, tldd, tr.27.

Tuy nhiên, theo tác giả việc xem xét giá thị trường còn tùy thuộc vào khu vực địa lý của người bán, người mua và bên thứ ba. Do vậy vẫn có khả năng tồn tại vi phạm hiệu quả với hàng hóa có sẵn trên thị trường khi khu vực địa lý của bên thứ ba khác với khu vực địa lý của người bán, người mua và tất nhiên giá cả ở khu vực của bên thứ ba cũng sẽ khác. Vì thế vẫn có khả năng bên thứ ba đưa ra mức giá cao hơn giá hợp đồng và khoản lợi này đủ để người bán bồi thường khoản lợi ích mong đợi cho người mua và có lợi.

Nếu đó là hàng hóa không thể thay thế bởi lẽ hoa hồng được trồng trên đất của Mike với kỹ thuật chăm sóc riêng nên có màu sắc và chất lượng tốt hơn hẳn những bông hoa hồng khác cùng loại trên thị trường lúc bấy giờ thì có khả năng người mua thứ hai sẽ vẫn trả mức giá cao hơn giá trị trường và vi phạm hiệu quả vẫn có thể xảy ra. Như vậy vi phạm hiệu quả vẫn có thể xảy ra cả đối với hàng hóa có sẵn hay không có sẵn trên thị trường. Sự lý giải tương tự cũng được đặt ra với các hợp đồng dịch vụ có sẵn các nhà cung cấp trên thị trường để thay thế và những loại dịch vụ đặc thù.

Có thể kết luận rằng, vi phạm hợp đồng hiệu quả là hành vi cố ý vi phạm của một bên nhưng không làm phương hại đến lợi ích kinh tế của bên kia mà còn có khả năng giúp gia tăng lợi ích hoặc giảm thiểu được những tổn thất vật chất nhất định cho các bên và cho xã hội.

Có hai trường hợp của sự vi phạm hiệu quả: (i) Vi phạm vì lợi ích lớn hơn và (ii) vi phạm để giảm thiểu tổn thất. Điều kiện để đảm bảo một sự vi phạm là hiệu quả bao gồm: (i) Lợi ích của bên bị phạm tăng lên bởi tránh được tổn thất lớn hơn hoặc thu được lợi ích kinh tế cao hơn; (ii) lợi ích của bên bị vi phạm không bị giảm sút so với khi thực hiện hợp đồng. Các lợi ích này đều được xét dưới góc độ là những lợi ích kinh tế. Nếu trong trường hợp sự vi phạm giúp cho bên bị phạm gia tăng được lợi ích hoặc giảm thiểu tổn thất cho mình nhưng những thiệt hại của bên bị vi phạm không được bồi thường hoặc bồi thường không đầy đủ khiến họ không có được lợi ích như khi hợp đồng được thực thi thì sự vi phạm đó chưa đạt đến yếu tố hiệu quả.

## **2.2 Các trường hợp của vi phạm hợp đồng hiệu quả**

Như đã phân tích, dưới góc độ kinh tế không phải mọi sự vi phạm hợp đồng đều mang tính chất tiêu cực, có những trường hợp đó là sự vi phạm hiệu quả khi người vi phạm tránh được tổn thất cho mình hoặc thu được lợi ích lớn hơn nhưng không làm phương hại đến lợi ích kinh tế của bên bị vi phạm. Tuy nhiên, có phải cứ tránh được tổn thất và có được khoản lợi tốt hơn thì các chủ thể nên lựa chọn sự vi phạm hiệu quả hay không? Để biết được cụ thể mức độ tổn thất, lợi ích lớn hơn thu được là bao nhiêu thì việc tìm hiểu các tình huống và sử dụng các công thức kinh tế để tính toán sự hiệu quả là hết sức cần thiết.

### ***2.2.1 Vi phạm để giảm thiểu tổn thất***

Vi phạm để giảm thiểu tổn thất là trường hợp khi thực hiện hay vi phạm hợp đồng thì bên bị vi phạm cũng sẽ phải gánh chịu những tổn thất nhất định. Tuy nhiên, tổn thất từ việc thực hiện hợp đồng lớn hơn so với tổn thất trong trường hợp vi phạm. Sự vi phạm hợp đồng sẽ giúp họ tránh được tổn thất lớn hơn này.

#### ***2.2.1.1 Công thức của sự vi phạm để giảm thiểu tổn thất***

Dưới góc độ kinh tế, một trường hợp được coi là vi phạm hiệu quả khi không thực hiện hợp đồng có lợi hơn so với việc thực hiện nó. Việc không thực hiện hợp đồng để giảm tổn thất xuất phát từ những thay đổi bất lợi đối với bên có nghĩa vụ. Sự thay đổi bất lợi đó có thể bao gồm sự kiện bất khả kháng, sự thay đổi cơ bản của hoàn cảnh hay đơn thuần đó chỉ là do chi phí thực hiện hợp đồng trở nên tăng cao hơn so với dự tính tại thời điểm ký kết<sup>45</sup>. Trước hết cần phân biệt hoàn cảnh thay đổi cơ bản với trường hợp chi phí thực hiện hợp đồng có thể tăng cao của các trường hợp vi phạm hiệu quả. Trong vi phạm hiệu quả, sự thay đổi bất lợi này chưa đến mức khiến cho một bên khó có thể thực hiện được nghĩa vụ của mình như trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Có thể hình dung ví dụ cụ thể: Sau khi ký hợp đồng sản xuất hàng hóa cho B xong thì điều kiện thời tiết thay đổi bất lợi khiến cho chi phí thực hiện hợp đồng của A tăng cao, thậm chí cao hơn giá hợp đồng đã được ký kết. Tuy nhiên đó không phải là sự thay đổi cơ bản của hoàn

<sup>45</sup> Đối với sự kiện bất khả kháng và hoàn cảnh thay đổi cơ bản, pháp luật đã có cơ chế điều chỉnh riêng bởi việc miễn trách nhiệm hợp đồng hay quyền yêu cầu đàm phán thay đổi nội dung hợp đồng cho phù hợp hoàn cảnh. Luận án chỉ tập trung vào trường hợp chi phí thực hiện hợp đồng có thể tăng cao.

cảnh, mặc dù vậy đây có thể là vấn đề khiến A cân nhắc giữa việc tiếp tục thực hiện hợp đồng hay vi phạm nó để tránh tổn thất.

Để giải thích rõ hơn cho các ví dụ của vi phạm hiệu quả tác giả sử dụng lại các công thức cơ bản đã được Cooter và Ulen đưa ra trong *Law and Economics*<sup>46</sup>:

Giả sử Y là người bán và X là người mua.  $N_{py}$  và  $N_{by}$  lần lượt là lợi nhuận ròng của Y khi bán cho X và khi vi phạm hợp đồng với X. Tương tự như vậy  $N_{px}$  và  $N_{bx}$  là lợi nhuận ròng của X trong trường hợp hợp đồng được thực hiện và bị vi phạm.  $L$  là trách nhiệm pháp lý mà Y phải chịu khi vi phạm hợp đồng. Việc vi phạm hợp đồng của Y có diễn ra hay không tùy thuộc vào kết quả của quy tắc tính toán sau :

(i) Y sẽ thực hiện hợp đồng khi :  $N_{py} > N_{by} - L$ ;

(ii) Y sẽ vi phạm hợp đồng khi :  $N_{py} < N_{by} - L$ .

Y đồng ý bán cho X một sản phẩm với giá  $P$ . Sản phẩm này có giá trị  $V_y$  cho Y và  $V_x$  cho X. Chi phí Y phải bỏ ra để thực hiện hợp đồng là  $C$  tại thời điểm các bên ký kết hợp đồng. Lợi nhuận ròng của Y và X lần lượt là :  $(P - V_y - C)$  cho Y và  $(V_x - P)$  cho X. Từ đó chúng ta có thể thấy thặng dư dự kiến được tạo ra từ hợp đồng này sẽ là :  $N_{px} + N_{py} = (V_x - P) + (P - V_y - C) = V_x - V_y - C$ . Và chắc chắn rằng tại thời điểm các bên ký kết hợp đồng với nhau, thặng dư dự kiến phải lớn hơn 0, bởi lẽ nếu thặng dư này nhỏ hơn không thì họ sẽ không ký hợp đồng vì không mang lại lợi ích. Vì thế, hợp đồng sẽ được thực thi nếu :

-  $P - V_y - C > 0$  hoặc  $C < P - V_y$  và;

-  $V_x - P > 0$  và;

-  $V_x - V_y - C > 0$  hoặc  $C < V_x - V_y$

Giả sử trong quá trình thực hiện hợp đồng, chi phí sản xuất của Y tăng cao khiến cho  $C$  tăng cao thì sẽ có 03 khả năng có thể xảy ra :

(i)  $C < P - V_y$  : Tổng chi phí sản xuất của Y vẫn thấp hơn lợi nhuận dự kiến từ hợp đồng. Trường hợp này Y vẫn có được hiệu quả khi thực hiện đúng cam kết.

<sup>46</sup> Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* (7th ed, New York: Addison-Wesley Longman 2011), p.301.

(ii)  $P - Vy < C < Vx - Vy$  : Chi phí sản xuất tăng cao hơn so với lợi nhuận của người bán nhưng lại thấp hơn tổng lợi nhuận dự kiến từ hợp đồng của cả X và Y. Việc thực hiện hợp đồng sẽ khiến cho Y bị tổn thất nhưng nó vẫn tạo ra được một giá trị thặng dư chung ( $Vx - Vy - C > 0$ ). Trong trường hợp này, Y có thể muốn thoái thác việc thực hiện hợp đồng của mình để tránh tổn thất cho bản thân tuy nhiên việc thực hiện vẫn có hiệu quả nhất định.

(iii)  $C > Vx - Vy$  : Trong trường hợp này, chi phí sản xuất lớn hơn so với hiệu số giá trị mong đợi của X và Y, điều này khiến cho việc thực hiện hợp đồng trở thành điều không mong muốn ( $Vx - Vy - C < 0$ ). Vì thế sẽ là hiệu quả hơn nếu Y không thực hiện nghĩa vụ này.

Như vậy, không phải tất cả mọi sự gia tăng chi phí thực hiện đối với bên bán đều dẫn đến trường hợp vi phạm hiệu quả<sup>47</sup>. Chỉ khi sự gia tăng chi phí này vượt quá lợi nhuận dự kiến mà cả hai bên cùng đặt ra khi giao kết hợp đồng thì vấn đề thực hiện hợp đồng mới trở nên kém hiệu quả bởi lẽ chi phí thực hiện không còn tương xứng với giá trị của nó nữa<sup>48</sup>. Và với Poners việc buộc phải thực hiện hợp đồng trong tình huống này sẽ là sự lãng phí tài nguyên<sup>49</sup>. Như đã phân tích, người bán sẽ mong muốn thoát khỏi nghĩa vụ hợp đồng khi chi phí thực hiện hợp đồng tăng lên, cho dù đó là tình huống việc thực hiện hợp đồng vẫn còn mang lại hiệu quả chung.

Khi chi phí thực hiện hợp đồng tăng quá cao vượt quá lợi nhuận dự kiến mà cả người bán và người mua cùng đặt ra khi giao kết hợp đồng thì việc thực hiện hợp đồng trở nên kém hiệu quả bởi chi phí thực hiện đã không còn tương xứng với giá trị của hợp đồng<sup>50</sup>. Vì vậy, điều quan trọng là làm thế nào để pháp luật có thể thúc đẩy được sự vi phạm hiệu quả hoặc sự thực hiện hợp đồng hiệu quả. Rõ ràng còn những giải pháp khác bên cạnh học thuyết vi phạm hiệu quả:

#### ❖ Vi phạm và bồi thường thiệt hại

<sup>47</sup> Wenqing Liao, tldd, tr.53.

<sup>48</sup> Hans-Bernd Schafer and Claus Ott, tldd, tr.324.

<sup>49</sup> Richard A Posner, Economic Analysis of Law (7th edition, Aspen Publishers 2007), p.120.

<sup>50</sup> Wenqing Liao, tldd, tr.53.

Luật pháp có thể cho phép sự vi phạm và đồng thời với đó là thiết kế các quy tắc bồi thường thiệt hại để thúc đẩy hiệu quả vi phạm hoặc thực hiện hợp đồng hiệu quả. Theo đó, nếu việc thực hiện hợp đồng là không hiệu quả, người có nghĩa vụ có quyền tự do vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại đầy đủ cho bên có quyền<sup>51</sup>.

Giả sử trách nhiệm pháp lý phát sinh do vi phạm là  $L$ . Nếu người bán được khuyến khích bồi thường đầy đủ cho người mua để vi phạm hợp đồng hiệu quả thì sự bồi thường đầy đủ đó sẽ bằng với lợi nhuận ròng của người mua ( $L = Npx = Vx - P$ ). Và đồng thời trong trường hợp phải vi phạm do chi phí tăng cao này thì người bán khó kiếm được bất kỳ lợi nhuận bổ sung nào từ sự vi phạm. Do vậy  $Nby = 0$ . Chúng ta có :

$$Nby = 0$$

$$Npy = P - Vy - C$$

$$L = Vx - P$$

Y sẽ chỉ vi phạm nếu lợi nhuận ròng từ vi phạm của Y cao hơn từ việc thực hiện hợp đồng và bồi thường thiệt hại, điều đó có nghĩa rằng:  $Npy < Nby - L$ . Như vậy, Y sẽ chỉ vi phạm khi :

$$P - Vy - C < 0 - (Vx - P)$$

Hay nói cách khác  $Vx - Vy < C$  hoặc  $Vx - Vy - C < 0$ , cụ thể là chi phí cho việc thực hiện lớn hơn tổng lợi nhuận mà X và Y mong đợi có được từ hợp đồng. Điều này cho thấy việc bồi thường thiệt hại đầy đủ có thể giúp đạt được một sự vi phạm hiệu quả. Kết quả này hoàn toàn trùng khớp với công thức của sự vi phạm hiệu quả trong trường hợp để giảm thiểu tổn thất đã được phân tích: Khi  $C > Vx - Vy$  thì việc thực hiện hợp đồng là kém hiệu quả.

#### ❖ Đàm phán lại hợp đồng

Bên cạnh sự lựa chọn vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại thì người bán cũng có thể lựa chọn giải pháp đàm phán lại với người mua, điều này sẽ giúp các bên có thể tạo ra một sự thỏa thuận mang lại hiệu quả hơn để thay thế cho

---

<sup>51</sup> Wenqing Liao, tldd, tr.54.



những thỏa thuận trước đó<sup>52</sup>. Vì các bên mới là những người hiểu rõ nhất lợi ích của mình nên lựa chọn đàm phán lại cũng có thể đạt được một kết quả hiệu quả<sup>53</sup>. Do vậy, đã có nhiều quan điểm công kích thuyết vi phạm hiệu quả bởi lẽ họ cho rằng các quy tắc pháp lý không còn quan trọng khi một bên dự kiến vi phạm luôn có thể thương lượng lại với bên kia để đạt được mục đích của mình<sup>54</sup>.

Tuy nhiên, đàm phán lại hợp đồng luôn luôn dẫn đến sự tổn kém cho các bên. Định lý Coase về chi phí giao dịch cho thấy rằng hợp đồng có hiệu quả và đàm phán có thành công hay không phụ thuộc vào chi phí giao dịch cao hay thấp. Chưa kể kết quả của cuộc đàm phán lại phụ thuộc rất nhiều vào khả năng thương lượng cũng như vị thế của các bên trong hợp đồng và đồng thời nó cũng bị ảnh hưởng ít nhiều bởi các trách nhiệm pháp lý đối với bên vi phạm khi sự đàm phán lại không thành<sup>55</sup>. Rất khó để người mua chấp nhận giảm bớt trách nhiệm bồi thường của người bán hay giảm đi những lợi ích của mình kể cả khi họ chấp nhận đàm phán lại hợp đồng bởi lẽ dù hợp đồng bị vi phạm hay được thực thi thì người mua đều đã có những kỳ vọng cho mình ngay từ khi họ giao kết hợp đồng đó. Vì vậy vô hình trung việc đàm phán lại sẽ càng khiến cho chi phí giao dịch tăng cao mà người bán cũng khó mà giảm bớt được trách nhiệm của mình.

Trong trường hợp chi phí thực hiện vượt quá lợi nhuận dự kiến của người vi phạm thì việc thực hiện hợp đồng hay vi phạm và bồi thường thiệt hại đều sẽ gây ra tổn thất cho người vi phạm<sup>56</sup>. Để có thể giảm thiểu tối đa những tổn thất từ việc thực hiện hợp đồng hay trách nhiệm pháp lý phát sinh do vi phạm, người bán trong hoàn cảnh này có thể chấp nhận những một số điều kiện bất lợi. Và nếu bên mua không phải là một bên thiện chí và có sự thông cảm với hoàn cảnh của người bán thì sự bất lợi này của người bán sẽ càng lớn hơn ví dụ khi bên mua vẫn nhất quyết yêu cầu người bán phải thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng. Do vậy, pháp

---

<sup>52</sup> Robert Cooter and Thomas Ulen, tldd, tr.289.

<sup>53</sup> Wenqing Liao, tldd, tr.54.

<sup>54</sup> Richard Craswell, "Contract Remedies, Renegotiation and the Theory of Efficient Breach" (1988) 61 Southern California Law Review 629, p.365-366; David W. Barnes, "The Anatomy of Contract Damages and Efficient Breach of Theory" (1998) 6 Southern California Interdisciplinary Law Journal 397, p.401-403.

<sup>55</sup> Robert Cooter and Thomas Ulen, tldd, tr.326.

<sup>56</sup> Wenqing Liao, tldd, tr.55.

luật cần thiết kể các quy tắc khắc phục để thúc đẩy các bên trong hợp đồng có được lựa chọn sáng suốt cho mình là vi phạm hiệu quả hay thực hiện hợp đồng hiệu quả. Và quy tắc khắc phục hiệu quả đó là cho phép các bên vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại đầy đủ cho bên kia nếu họ thấy rằng sự vi phạm là hiệu quả.

### *2.2.1.2 Các tình huống về vi phạm để giảm thiểu tổn thất*

Một trường hợp nữa mà sự vi phạm hợp đồng cũng có thể coi là hiệu quả đó là khi nếu một bên thực hiện hợp đồng thì họ bị thiệt hại lớn hơn so với khoản bồi thường mà họ phải trả cho bên bị vi phạm khi vi phạm hợp đồng.

Ví dụ: Hợp đồng được thiết lập giữa X và Y theo đó Y là người bán sẽ giao hàng cho X là người mua vào 3/2 và đồng thời X sẽ thanh toán cho Y 100 đô la tại thời điểm nhận hàng. Giả sử chi phí sản xuất của Y là 50 đô la. Còn X sau khi sử dụng hàng hóa từ Y dự tính sẽ tạo sản phẩm có giá trị 200 đô la (200 đô la – 100 đô la để có được nguyên liệu – 50 đô la chi phí sản xuất của X). Như vậy cả X và Y đều dự kiến sẽ thu được 50 đô la sau khi trừ đi chi phí của mình. Tuy nhiên, sau đó chi phí sản xuất của Y đã tăng cao đến 250 đô la - lớn hơn giá trị sản phẩm được tạo ra đối với X. Rõ ràng dưới góc độ kinh tế sẽ không hiệu quả nếu tiếp tục yêu cầu Y thực hiện hợp đồng này, lúc đó Y sẽ phải bỏ ra chi phí 250 đô la cho một sản phẩm chỉ thu về được 100 đô la doanh thu (lỗ 150 đô la). Nếu Y chưa vội sản xuất sản phẩm, vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại cho những gì mà X kỳ vọng, mong đợi thì lợi ích của X không thay đổi và Y còn giảm thiểu được tổn thất cho mình (lỗ 50 đô la).

Hay minh họa về một hợp đồng để đào đất<sup>57</sup> giữa A và B được thiết lập theo đó A có nhiệm vụ sử dụng máy móc của mình để đào hết diện tích đất mà B yêu cầu. Tuy nhiên trong quá trình thực hiện, máy xúc của A bất ngờ gặp phải đá cứng, sự hư hỏng của máy xúc còn lớn hơn giá trị hợp đồng mà A đã ký với B. Đây quả thật là một tình huống không may mắn với A khi A đang phải chịu một

---

<sup>57</sup> Minh họa được phát triển từ ví dụ tại Steven Shavell, “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis.” (2005) 532 Harvard Law and Economics Discussion Paper.

tôn thất lớn (máy hỏng). Và để tiếp tục thực hiện hợp đồng A sẽ phải tiến hành sửa chữa/ thuê hoặc thậm chí là mua máy mới.

Lúc bấy giờ bài toán kinh tế được đặt ra cho A khi đứng trước hai sự lựa chọn thực hiện hay không thực hiện hợp đồng. Nếu thực hiện hợp đồng thì thiệt hại sẽ rất lớn còn nếu không thực hiện hợp đồng thì sẽ phải bồi thường thiệt hại cho bên bị vi phạm. Nếu thiệt hại do thực hiện lớn hơn mức bồi thường thì sự lựa chọn vi phạm của A cũng cần được coi là một trường hợp của vi phạm hiệu quả bởi lẽ xét dưới góc độ kinh tế thì sự vi phạm này đã tránh được một tổn thất kinh tế lớn hơn cho bên vi phạm nhưng đồng thời cũng không làm cho vị trí lợi ích của bên bị vi phạm bị giảm sút so với khi hợp đồng được thực hiện. Và hiểu một cách rộng ra thì điều này cũng đồng nghĩa với việc sự vi phạm hiệu quả đã tránh được một tổn thất kinh tế lớn hơn cho xã hội.

Trên thực tế có thể thấy các trường hợp vi phạm hợp đồng bởi chi phí thực hiện quá cao trong vụ kiện *Peevyhouse v. Garland*<sup>58</sup>. Theo đó nguyên đơn Willie và Lucille Peevyhouse đã đồng ý cho phép các bị đơn khai thác đất của họ với một điều khoản bên thuê phải phục hồi lại đất sau khi hợp đồng thuê hoàn thành. Tuy nhiên, sau khi hợp đồng thuê hết hạn thì bên thuê đã từ chối thực hiện nghĩa vụ phục hồi đất trên cơ sở cho rằng điều này sẽ dẫn đến lãng phí kinh tế. Bởi lẽ chi phí phục hồi đất lúc bấy giờ lên đến 29.000 đô la trong khi giá thị trường của diện tích đất này sau khi khôi phục chỉ có giá 5000 đô la. Dưới góc độ kinh tế, đây là một sự vi phạm hiệu quả.

Tình huống tương tự cũng đã xảy ra tại vụ kiện *Grovers v. John Wunder Co*<sup>59</sup>. S. J. Groves & Sons Company (gọi là Groves) sở hữu một khu bất động sản tại ngoại ô Minneapolis rộng 24 mẫu Anh với các kho khai thác chứa cát và sỏi. Groves và John Wunder Co đã ký kết với nhau hợp đồng cho thuê diện tích đất với thời hạn 7 năm với thỏa thuận: Wunder có quyền khai thác cát và sỏi từ tài sản của Groves và đồng thời Wunder trả cho Groves 105.000 đô la và đồng ý

<sup>58</sup> Xem “*Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Company*, 382 P.2d 109 (1962) – CourtListener.Com” (CourtListener) <<https://www.courtlistener.com/opinion/2606767/peevyhouse-v-garland-coal-mining-company/>>, truy cập 18/2/2021.

<sup>59</sup> Xem “*Groves v. John Wunder Co.*, 205 Minn. 163 (1939) | Casetext Search + Citorator” <<https://casetext.com/case/groves-v-john-wunder-co>>, truy cập 19/2/2021.

loại bỏ phần đất bị dịch chuyển trong quá trình xử lý cát và sỏi để mang lại mức độ cao bằng bất động sản với lòng đường. Wunder đã vi phạm hợp đồng, họ chỉ loại bỏ sỏi chứ không loại bỏ đất thừa khiến tài sản của Groves không đồng đều và không đúng chất lượng đã thỏa thuận. Chi phí để thực hiện nghĩa vụ loại bỏ phần đất thừa này là hơn 60.000 đô la. Groves cho rằng khoản tiền 60.000 đô la này nên là thước đo thiệt hại của nguyên đơn. Tuy nhiên, nếu Wunder thực hiện theo thỏa thuận, giá trị của tài sản sẽ là 12.160 đô la. Tòa án xét xử đã xem xét về sự lãng phí về kinh tế đối với việc tiếp tục thực hiện hợp đồng của bị đơn khi số tiền phải bỏ ra để thực hiện hợp đồng lớn hơn giá trị của tài sản để từ đó xác định thiệt hại là khoản chênh lệch giữa tài sản tại thời điểm ký hợp đồng và giá trị của nó nếu bị đơn thực hiện hợp đồng.

### **2.2.2 Vi phạm vì lợi ích lớn hơn**

Tại thời điểm giao kết hợp đồng, tất cả các bên chủ thể đã cân nhắc để hướng tới những lợi ích nhất định của mình, đó là mục đích của việc giao kết. Tuy nhiên trong quá trình thực hiện hợp đồng, có thể sẽ có những cơ hội mới tốt hơn cho một trong các bên. Sự vi phạm hợp đồng vì lợi ích lớn hơn là sự vi phạm của một bên để tận dụng cơ hội tốt hơn đó. Lợi ích họ thu được từ sự vi phạm này để tham gia vào một giao dịch khác lớn hơn so với lợi ích họ có được khi tiếp tục thực hiện hợp đồng với chủ thể bên kia. Và đương nhiên để sự vi phạm đó là hiệu quả thì lợi ích lớn hơn đó phải là khoản lợi ích sau khi đã trừ đi những thiệt hại phải bồi thường cho bên bị vi phạm hợp đồng.

#### **2.2.2.1 Công thức của sự vi phạm vì lợi ích lớn hơn**

Giả sử, sau khi ký hợp đồng để bán sản phẩm cho X với giá  $P_x$ . Sản phẩm này sẽ có giá trị  $V_x$  cho X và  $V_y$  cho Y. Lúc đó lợi nhuận ròng dự kiến tại thời điểm ký hợp đồng với Y là  $(P_x - V_y)$  và  $(V_x - P_x)$  cho X. Tổng thặng dư dự kiến mang lại nếu Y bán cho X là:  $N_{px} + N_{py} = (V_x - P_x) + (P_x - V_y) = V_x - V_y$

Sau khi ký hợp đồng với X, Y nhận được một lời đề nghị mới từ Z với giá  $P_z$ . Hợp đồng với Z sẽ mang lại nhiều lợi nhuận hơn cho Y so với việc thực hiện hợp đồng với X. Đúng trước sự lựa chọn của việc mang lại nhiều lợi ích hơn, hành vi cơ hội sẽ khiến người bán muốn phá vỡ lời hứa của mình với X. Giả sử Z ước

tính giá trị của sản phẩm này là  $Vz$ . Như vậy lúc này nếu ký hợp đồng với  $Z$  thì lợi nhuận ròng của  $Y$  sẽ là  $Npy' = Pz - Vy$  và lợi nhuận ròng đối với  $Z$  là  $Npz = Vz - Pz$ . Tổng thặng dư dự kiến được tạo ra nếu  $Y$  ký hợp đồng với  $Z$  là:  $Npz + Npy' = (Vz - Pz) + (Pz - Vy) = Vz - Vy$

Để đánh giá đâu là hành vi hiệu quả thì cần xem xét về tổng thặng dư được tạo ra bởi hợp đồng với người thứ ba là  $Z$  so với tổng thặng dư được tạo ra bởi hợp đồng với người mua là  $X$ . Như vậy thì  $Npz + Npy' > Npx + Npy$ . Do vậy, sẽ là hiệu quả nếu sản phẩm được người thứ 3 định giá cao hơn người mua ( $Vz > Vx$ ). Việc sử dụng tài nguyên của người thứ 3 sẽ tạo ra thặng dư cao hơn so với người mua và đồng thời thặng dư này sẽ bù đắp cho những tổn thất do không thực hiện hợp đồng với người mua<sup>60</sup>.

Tuy nhiên, một câu hỏi đặt ra là làm sao người bán có thể biết được về thặng dư mà người thứ 3 có thể có được khi sử dụng tài nguyên này của mình và nó sẽ cao hơn so với người mua. Điều này thể hiện ở mức giá mà người thứ 3 đưa ra và cần có sự phân biệt giữa giá hợp đồng (*contract price*) và giá chấp nhận (*reservation price*). Giá hợp đồng là giá thực tế được các bên đưa vào trong hợp đồng. Ngược lại, giá chấp nhận (*reservation price*) là mức giá tối đa mà người mua sẵn sàng chi trả hoặc là giá tối thiểu mà người bán có thể chấp nhận để hợp đồng được giao kết<sup>61</sup>. Giá tối đa mà một người mua sẵn sàng chi trả sẽ là phần còn lại của doanh thu mà người đó mong đợi trừ chi phí để có được doanh thu đó, còn giá tối thiểu mà người bán chấp nhận sẽ bằng với chi phí sản xuất mà họ đã bỏ ra để có được sản phẩm<sup>62</sup>. Giá hợp đồng và giá chấp nhận có là một hay không thì còn phụ thuộc vào khả năng thương lượng, đàm phán hợp đồng của các bên. Người mua giỏi mặc cả sẽ có thể hạ giá xuống mức tối thiểu mà người bán có thể chấp nhận; còn một người bán giỏi mặc cả cũng có thể nâng giá đến mức tối đa mà người mua sẵn sàng chi trả<sup>63</sup>. Thiết nghĩ mức giá thành công cho cả hai bên trong một hợp đồng là một mức giá ở đâu đó giữa mức giá tối đa mà người mua

<sup>60</sup> Wenqing Liao, tldd, tr.56.

<sup>61</sup> Robert Cooter and Thomas Ulen, tldd, p.301.

<sup>62</sup> David W. Barnes, tldd, tr.397-490.

<sup>63</sup> David W. Barnes, tldd.

sẵn sàng chi trả và mức giá tối thiểu mà người bán sẵn sàng chấp nhận<sup>64</sup>. Dưới góc độ kinh tế, người mua có giá chấp nhận cao nhất là người dùng thích hợp nhất và họ là người sử dụng tài nguyên hiệu quả nhất<sup>65</sup>. Z đưa ra mức giá chấp nhận của mình là  $Pz'$ , giả sử X cũng có thể thay đổi được giá chấp nhận của mình là  $Px'$ . Lúc đó có ba khả năng có thể xảy ra:

(i)  $Pz' < Px$ : Khi Z chỉ chấp nhận mức giá thấp hơn cả giá hợp đồng của X thì chắc chắn Y sẽ không chọn phương án vi phạm hợp đồng.

(ii)  $Px < Pz' < Px'$ : Giá chấp nhận của Z cao hơn giá hợp đồng ban đầu của X, nếu X quyết định tăng giá chấp nhận của mình lên cao hơn hẳn giá của Z để mua được sản phẩm thì rõ ràng việc phân bổ sản phẩm cho X vẫn hiệu quả hơn là vi phạm.

(iii)  $Pz' > Px'$ : Khi Z đưa ra giá chấp nhận  $Pz'$ , nếu X muốn mua sản phẩm và tăng giá tuy nhiên số tiền tối đa mà X có thể chi trả vẫn không cao hơn giá chấp nhận của Z thì lúc bấy giờ việc vi phạm hợp đồng là hiệu quả.

Như vậy, không phải trong tất cả các trường hợp khi có sự trả giá từ một người thứ 3 thì sự vi phạm đều là hiệu quả, nó chỉ hiệu quả khi giá từ người thứ ba cao hơn giá chấp nhận (*reservation price*) của người mua.

Như đã phân tích, khi giá được đưa ra bởi bên thứ ba có thể tạo ra thặng dư cao hơn hợp đồng ban đầu thì việc thực hiện hợp đồng mới thay thế hợp đồng cũ sẽ có hiệu quả<sup>66</sup>. Những mất mát từ việc không thực hiện hợp đồng ban đầu với người mua sẽ thấp hơn so với lợi nhuận từ hợp đồng mới thay thế<sup>67</sup>. Vì vậy vi phạm sẽ dẫn đến thặng dư bổ sung, hay nói cách khác người bán sẽ có cơ hội có được phần lợi ích lớn hơn kể cả sau khi đã bồi thường thiệt hại đầy đủ cho người mua. Trong những trường hợp này, tài nguyên sẽ được chuyển đến người dùng tốt hơn. Điều này khiến cho thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả hoàn toàn phù hợp với lý thuyết lợi thế so sánh của David Ricardo khi sự vi phạm đã tập trung nguồn lực vào việc có hiệu quả và đưa sản phẩm đến nơi có giá trị cao hơn.

<sup>64</sup> David W. Barnes, tlđđ.

<sup>65</sup> David W. Barnes, tlđđ.

<sup>66</sup> Richard Craswell, "Contract Remedies, Renegotiation and the Theory of Efficient Breach" (1988) 61 Southern California Law Review, p.629, 634.

<sup>67</sup> Wenqing Liao, tlđđ, tr.59.

Trên cơ sở đó, có hai vấn đề cần phải được giải quyết trong trường hợp vi phạm hiệu quả vì lợi ích lớn hơn này: (i) Làm thế nào để pháp luật có thể thúc đẩy sự chuyển giao tài nguyên đến người dùng tốt hơn; (ii) Làm sao để pháp luật phân bổ thặng dư một cách hiệu quả tạo ra bởi một sự vi phạm?<sup>68</sup>. Một số giải pháp trong trường hợp vi phạm hiệu quả vì lợi ích lớn hơn có thể đưa ra câu trả lời cho những câu hỏi này như sau:

#### ❖ Vi phạm và bồi thường thiệt hại

Lợi nhuận bổ sung sẽ phát sinh khi vi phạm trong một tình huống may mắn – có được lợi ích lớn hơn. Vì vậy cần xác định mức độ mà người vi phạm sẽ phải chia sẻ từ lợi ích của mình cho người bị vi phạm, trước hết là khoản lợi mong đợi. Bồi thường thiệt hại cho khoản lợi mong đợi đòi hỏi người vi phạm phải bồi thường thiệt hại bằng khoản thặng dư dự kiến của người vi phạm. Chúng ta vẫn giả sử trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng sẽ là  $L$ ,  $L$  sẽ bằng với lợi nhuận dự kiến của người mua khi hợp đồng được thực thi. Điều đó có nghĩa  $L = Npx = Vx - Px$ . Giả sử người mua thứ hai đưa ra mức giá thay thế là  $Pz$ . Lợi nhuận ròng của người vi phạm từ sự vi phạm hợp đồng ( $Nby$ ) là lợi nhuận ròng mà họ sẽ có được từ hợp đồng với người thứ ba ( $Npy'$ ).

$$\text{Cụ thể: } Nby = Npy' = Pz - Vy.$$

Chúng ta có:

$$Nby = Pz - Vy;$$

$$Npy = Px - Vy;$$

$$L = Vx - Px$$

Y vẫn chỉ vi phạm khi lợi ích có được từ sự vi phạm trừ đi trách nhiệm pháp lý phải lớn hơn lợi ích có được khi thực hiện hợp đồng:  $Npy < Nby - L$ . Khi thay thế các giá trị của  $Nby$ ,  $Npy$  và  $L$  vào quy tắc quyết định của người hứa chúng ta có:

Chỉ khi  $Px - Vy < (Pz - Vy) - (Vx - Px)$ , Y sẽ vi phạm hợp đồng với X, hay nói cách khác đó là khi  $Pz > Vx$ . Như vậy  $Pz > Vx$  là công thức có được sau khi thay thế các giá trị của  $Nby$ ,  $Npy$  và  $L$  vào quy tắc quyết định của người vi phạm. L

<sup>68</sup> Wenqing Liao, tldd, tr.59.

là khoản lợi mong đợi mà người mua đặt ra khi hợp đồng được thực thi, có thể thấy bởi thường khoản lợi mong đợi đầy đủ có thể tạo ra một kết quả lý tưởng trong trường hợp vi phạm vì lợi ích lớn hơn.

#### ❖ Đàm phán lại hợp đồng

Việc đàm phán lại của các bên có thể xảy ra theo nhiều cách khác nhau. Có thể đó là sự đàm phán lại về giá cả giữa người bán và người mua. Hoặc cũng có thể khi có sự tham gia của bên thứ ba thì cả ba bên cùng nhau đàm phán lại về giá cả hợp đồng. Có thể sẽ có một cuộc đấu giá giữa các người mua với nhau<sup>69</sup>. Bằng cách này có thể nếu người bán không bán được sản phẩm cho người mua trả giá cao hơn thì người này cũng có thể mua lại sản phẩm này từ người có được sản phẩm<sup>70</sup>. Điều này giúp cho sản phẩm được phân bổ về nơi có giá trị cao hơn. Tuy nhiên, cũng như những kết luận đã được đặt ra đối với việc đàm phán lại trong trường hợp giảm thiểu tổn thất, chỉ khi chi phí giao dịch thấp thì việc đàm phán lại mới là cách tốt để phân bổ sản phẩm. Nhưng việc đàm phán trên thực tế dường như không hiệu quả và rất khó khả thi bởi liên quan đến chi phí giao dịch và sự thiện chí giữa các bên, đặc biệt là đối với bên bị vi phạm.

#### 2.2.2.2. Các tình huống về vi phạm vì lợi ích lớn hơn

Có nhiều cách gọi khác cho trường hợp vi phạm hợp đồng vì lợi ích lớn hơn này. Trong bài báo của mình, Cooter và Ulen gọi đây là tình huống may mắn. Hai tác giả cho rằng “một tình huống may mắn luôn được chỉ ra trong mô hình mà một bên tham gia hợp đồng có được một số cơ hội tốt hơn sau khi anh ta đã ký hợp đồng”<sup>71</sup>. Khi người bán nhận được một đề nghị với mức giá cao hơn giá đã giao kết với người mua, điều đó có nghĩa người bán đã có được một cơ hội may mắn. Và tương tự như vậy người mua gặp được một cơ hội may mắn khi họ nhận được một đề nghị khác ở mức giá thấp hơn giá họ đã giao kết với người bán.

<sup>69</sup> Richard Craswell, tldd, tr.635.

<sup>70</sup> Wenqing Liao, tldd, tr.61.

<sup>71</sup> Robert Cooter and Thomas Ulen, tldd, tr.328.



Có thể hình dung về vi phạm hợp đồng hiệu quả vì lợi ích lớn hơn hay trong một tình huống may mắn qua ví dụ của Gregory Klass đưa ra trong *Efficient Breach*<sup>72</sup> như sau:

Giả sử vào ngày 1/1 người bán ký kết hợp đồng với người mua theo đó người bán sẽ cung cấp cho người mua 100 sản phẩm vào hoặc trước ngày 1/7. Người mua sẽ trả cho người bán 10 đô la/ sản phẩm, tổng là 1000 đô la. Sau khi trừ đi 8 đô la chi phí sản xuất thì người bán lời 2 đô la/ sản phẩm. Người mua sử dụng sản phẩm mua từ người bán vào để sản xuất ra hàng hóa khác. Ngoài khoản phải thanh toán cho người bán 10 đô la thì người mua còn phải bỏ ra chi phí sản xuất 6 đô la để có được sản phẩm cuối cùng và người mua dự kiến sẽ bán sản phẩm của mình với giá thị trường 18 đô la (thu lời 2 đô la/sản phẩm). Như vậy giao dịch tạo ra 4 đô la giá trị mới chia đều cho cả hai. Nếu sức mạnh thương lượng của họ khác nhau thì có thể họ sẽ có sự phân chia thặng dư khác nhau. Ví dụ nếu mức giá là 9 đô la thì người bán sẽ thu về 1 đô la trong khi người mua thu lợi 3 đô la. Tuy nhiên người bán sẽ không bán với giá ít hơn 8 đô la và người mua sẽ không mua với mức giá nhiều hơn 12 đô la.

Giả sử vào ngày 1/4 bên thứ ba đề nghị mua của người bán 100 sản phẩm với giá 13 đô la/ sản phẩm, có thể bởi họ có được phương pháp sản xuất mới ít tốn kém hơn người mua. Trong khi chi phí sản xuất của người mua là 6 đô la thì chi phí sản xuất của bên thứ ba chỉ 3 đô la. Khả năng sản xuất của người bán không thể vượt quá 100 sản phẩm vì thế người bán chỉ có thể bán cho người thứ ba khi vi phạm hợp đồng với người mua. Giả sử người mua chưa đầu tư bất kỳ nguồn lực nào cho giao dịch này và đồng thời họ không thể mua được hàng hóa thay thế ở nơi khác.

Chúng ta thấy rằng, giao dịch với người mua tạo ra 4 đô la giá trị cho mỗi sản phẩm (giá thị trường 18 đô la – Chi phí của người bán 8 đô la – Chi phí của người mua 6 đô la). Trong khi đó bán cho người thứ ba sẽ tạo ra 7 đô la giá trị cho mỗi sản phẩm (giá thị trường 18 đô la – chi phí của người bán 8 đô la – Chi phí

---

<sup>72</sup> Gregory Klass, "Efficient Breach", *The philosophical foundations of contract law* (Oxford: Oxford University Press 2014), p.362–387.

của người thứ ba 3 đô la). Như vậy xét dưới góc độ kinh tế, sự vi phạm hợp đồng của người bán với người mua để bán hàng cho bên thứ ba là một sự vi phạm hiệu quả.

Cũng có thể hình dung thêm về một trường hợp của sự vi phạm xuất phát từ lợi ích lớn hơn thông qua ví dụ trong bài viết *Efficient Breach of Contract* của hai tác giả Duong Anh Son và Gian Thi Le Na<sup>73</sup> như sau:

A thuê 500 m<sup>2</sup> đất của B để làm nhà xưởng với thời hạn 10 năm và có thể gia hạn nếu A còn có nhu cầu. Hợp đồng được ký kết tại thời điểm khi đó đất của A nằm ở ngoại thành. Sau 5 năm kể từ thời điểm ký hợp đồng, đất của A thuộc nội thành và rất thích hợp cho hoạt động ngân hàng và lúc bấy giờ trên thị trường rất nhiều ngân hàng đang có nhu cầu thuê vị trí đất của như của A. Khi A vi phạm hợp đồng và bồi thường cho B với mức đủ để B chuyển đi chỗ khác để tiếp tục sản xuất cũng có thể được coi là vi phạm hiệu quả. Sự vi phạm của A khiến cho đối tượng của hợp đồng được sử dụng có hiệu quả hơn đồng thời lợi ích vật chất của cả bên vi phạm và bên bị vi phạm đều không bị ít hơn, thậm chí bên vi phạm còn có được nhiều lợi ích hơn từ sự vi phạm này.

Trên thực tế, nội dung lý thuyết vi phạm hiệu quả đã được Tòa án ở các quốc gia thuộc hệ thống Common Law, đặc biệt là Hoa Kỳ sử dụng trong các lập luận của mình để giải quyết tranh chấp. Cụ thể các Tòa án tối cao tiểu bang, tòa phúc thẩm liên bang và Tòa án tối cao Hoa Kỳ đã áp dụng học thuyết vi phạm hiệu quả và các Tòa án ở nước này đã cho phép các bên vi phạm hợp đồng một cách hiệu quả tùy mức độ cụ thể của từng trường hợp để tránh bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt<sup>74</sup>. Kể từ tháng 1 năm 2017, ít nhất mười tòa án tối cao của các tiểu bang riêng biệt đã chấp nhận học thuyết vi phạm hiệu quả dưới một số hình thức<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, “Efficient Breach of Contract” (2020) 17 Journal of US-China Public Administration 147, p.147-160.

<sup>74</sup> Thomas J. Loeb, tldd.

<sup>75</sup> Thomas J. Loeb, tldd.

Trong *Shore Investments, Inc. v. BHole, Inc*<sup>76</sup>, Shore Investments, Inc (Shore) là chủ sở hữu một tòa nhà thương mại tại 4313 Highway One, Rehoboth Beach, Delaware với diện tích 4400–square–foot . Năm 2004, hợp đồng thuê đã được ký giữa Shore và Bhole, Inc (Bhole) theo đó Shore sẽ cho Bhole thuê tòa nhà trên để sử dụng làm quán rượu. Thời hạn cho thuê kéo dài từ ngày 31 tháng 8 năm 2004 đến ngày 31 tháng 8 năm 2011. Hợp đồng cho thuê không có điều khoản gia hạn.

Trong một trường hợp được gọi là vi phạm hiệu quả, người thuê Bhole đã chấm dứt hợp đồng thuê trước thời hạn để chuyển tới kinh doanh tại một tòa nhà khác rộng hơn với diện tích 20.500 foot vuông và có nhiều cơ hội kinh doanh hơn. Nguyên đơn Shore đã khởi kiện đòi bồi thường thiệt hại và cho rằng hành vi vi phạm đã cấu thành một sự can thiệp sâu sắc vào các quyền của chủ nhà theo hợp đồng thuê. Trong khi Tòa án cấp cao quận Sussex đã ban hành một phán quyết về bồi thường thiệt hại mang tính chất trừng phạt (*punitive damages*) nhưng Tòa án Tối cao Delaware đã đảo ngược lại phán quyết này liên quan đến thiệt hại mang tính chất trừng phạt bởi đây là một sự vi phạm hiệu quả và bên bị vi phạm không chứng minh được khoản lợi mong đợi mà họ đặt ra bởi hợp đồng không có điều khoản gia hạn.

Một vụ kiện tiếp theo mà nội dung thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả cũng đã được Tòa án sử dụng trong các lập luận của mình đó là vụ kiện *Patton v. Mid-Continent .Systems, Inc*<sup>77</sup>. Tòa án đã có nhận định rằng ngay cả khi việc vi phạm hợp đồng là cố ý thì cũng không nhất thiết là đáng trách. Do đó, trong một số trường hợp nhất định, việc vi phạm hợp đồng hiệu quả được khuyến khích. Ví dụ: *"một người vi phạm có thể chỉ đơn giản là đã phát hiện ra rằng việc thực hiện hợp đồng của anh ta có giá trị hơn đối với người khác. Nếu vậy, hiệu quả được phát huy bằng cách cho phép anh ta thất hứa, miễn là anh ta bồi thường đầy đủ*

---

<sup>76</sup> “Shore Investments, Inc. v. BHole, Inc., et al.” 2011 WL 5967253 (Del.Super. Nov. 28, 2011)

(Justia Law) <<https://law.justia.com/cases/delaware/court-of-chancery/2009/124430-1.html>>, truy cập 28/8/2021.

<sup>77</sup> “Patton v. Mid-Continent Systems, Inc., 841 F.2d 742 | Casetext Search + Citorator” <<https://casetext.com/case/patton-v-mid-continent-systems-inc>>, truy cập 28/8/2021.

*những khoản thiệt hại thực tế của người bị vi phạm. Nếu anh ta bị ép buộc trả nhiều hơn mức đó, một hành vi vi phạm hiệu quả có thể bị ngăn chặn và luật pháp không muốn dẫn đến kết quả như vậy*<sup>78</sup>. Như vậy, phán quyết ở vụ kiện , vụ kiện *Patton v. Mid-Continent Systems, Inc* cho thấy rằng vi phạm hợp đồng, ngay cả đó là sự cố ý thì các khoản bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt không nên được đặt ra khi đó là sự vi phạm hiệu quả.

Bên cạnh đó, có những trường hợp Tòa án đã sử dụng học thuyết vi phạm hiệu quả trong lập luận của mình để có cơ sở cho phán quyết liên quan đến hành vi vi phạm hợp đồng không mang lại hiệu quả, ví dụ trong *L.L Cole & Son, Inc. v. Hickman*<sup>79</sup>. LL Cole & Son đã cho Rickey Hickman thuê hai cánh đồng lúa. Chủ sở hữu của LL Cole & Son đã cố tình vi phạm hợp đồng bằng cách buộc Hickman rời khỏi hai đồng lúa và đồng thời đã tháo chìa khóa từ động cơ diesel dùng để tưới ruộng số 2 gây thiệt hại 90% vụ lúa vì thiếu nước.

Tòa án tối cao Arkansas đã viện dẫn học thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả để củng cố cho quan điểm rằng bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt (punitive damages) không được quy định trong luật hợp đồng vì: *“Từ lâu, luật pháp đã công nhận quan điểm rằng một bên ký kết có quyền lựa chọn vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại nếu làm như vậy mang lại hiệu quả hơn”*. Tòa án nhấn mạnh Hickman chỉ có thể yêu bồi thường thiệt hại mang tính chất trừng phạt trong bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Tiếp nữa, Tòa án đặt ra giả thiết liệu có bên thứ ba nào đặc biệt quan tâm đến hai diện tích đất này và đã tạo ra một tình huống mà Cole muốn vi phạm hợp đồng với Hickman để có được lợi nhuận lớn hơn so với các khoản bồi thường thiệt hại? Tòa án khẳng định rằng bởi LL Cole không đề cập đến các bước tiếp theo sau khi vi phạm nên không thể biết liệu vi phạm của LL Cole có hiệu quả hay không. Từ đó có thể thấy rằng, việc loại trừ thông tin này của Tòa án tối cao Arkansas cho thấy Tòa án sẵn sàng áp dụng quy tắc vi phạm hợp đồng hiệu quả để đưa ra các phán quyết của mình. Cụ

<sup>78</sup> “Patton v. Mid-Continent Systems, Inc., 841 F.2d 742 | Casetext Search + Citor”, tldd.

<sup>79</sup> “LL Cole & Son, Inc. v. Hickman” 282 Ark. 6 (Ark. 1984) (Justia Law)

<<https://law.justia.com/cases/arkansas/supreme-court/1984/84-5-0.html>>, truy cập 28/8/2021.

thể trong vụ kiện này thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả đã được vận dụng để xác định tính hiệu quả của các trường hợp vi phạm hợp đồng.

Hay trong *Kutzin v. Pirnie*<sup>80</sup>, mặc dù không trực tiếp xác định là trường hợp vi phạm hợp đồng hiệu quả nhưng nội dung của lý thuyết đã được Tòa án vận dụng để ban hành quyết định liên quan đến bồi thường thiệt hại. Cụ thể: Kutzins (người bán) đã ký hợp đồng bán một căn nhà cho Pirnies (người mua) với giá 365.000 đô la. Pirnies đã đặt cọc 36.000 đô la tuy nhiên sau đó người mua lại vi phạm hợp đồng. Hợp đồng không có điều khoản nào liên quan đến bồi thường thiệt hại ước tính và tịch thu khoản tiền đặt cọc. Kutzins đã bán ngôi nhà đó vào 6 tháng sau đó và đồng thời cũng đã khởi kiện yêu cầu Pirnies bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng. Tòa án xét xử đã đưa ra phán quyết số tiền bồi thường thiệt hại ở mức 17.325 đô la, bao gồm các yếu tố như chênh lệch giữa giá bán ban đầu và thực tế, và các tiện ích, thuế và bảo hiểm phát sinh trong khoảng thời gian giữa kế hoạch bán nhà và việc thực hiện bán nhà trên thực tế. Tòa án xét xử yêu cầu người bán trả lại 18.675 đô la cho người mua (phần chênh lệch giữa khoản tiền đặt cọc của người mua với thiệt hại thực tế của người bán). Người bán đã kháng cáo và cho rằng vì số tiền thiệt hại được xác định nhỏ hơn số tiền đặt cọc, nên người bán được phép giữ lại toàn bộ số tiền đặt cọc như là khoản bồi thường thiệt hại.

Tòa án đã lập luận rằng: việc từ chối yêu cầu giữ lại khoản tiền đặt cọc của người bán trong tình huống này “*mang lại cho người bán khoản bồi thường công bằng với những tổn thất mà họ đã phải chịu*”. “*Cách tiếp cận mà chúng tôi áp dụng được đề xuất là thúc đẩy hiệu quả kinh tế bởi lẽ các hình phạt sẽ ngăn chặn các hành vi vi phạm hợp đồng hiệu quả, khiến cho chi phí vi phạm đối với người phá vỡ hợp đồng lớn hơn chi phí của vi phạm đối với bên bị thiệt hại*”.

---

<sup>80</sup> “Kutzin v. Pirnie, 124 N.J. 500 | Casetext Search + Citator” <[https://casetext.com/case/kutzin-v-pirnie?\\_cf\\_chl\\_jschl\\_tk\\_\\_=pmd\\_GKXPVN3x9krILXEfdaRUKil2T00om93UrpJJd5mNT4A-1630172674-0-gqNtZGzNAiWjcnBszQql](https://casetext.com/case/kutzin-v-pirnie?_cf_chl_jschl_tk__=pmd_GKXPVN3x9krILXEfdaRUKil2T00om93UrpJJd5mNT4A-1630172674-0-gqNtZGzNAiWjcnBszQql)>, truy cập 29/8/2021.

## Kết luận chương 2

Vi phạm hợp đồng hiệu quả là hành vi vi phạm hợp đồng nhưng không làm phương hại đến lợi ích kinh tế của các bên, thậm chí trong một số trường hợp còn có khả năng giúp gia tăng lợi ích hoặc giảm thiểu được những tổn thất vật chất nhất định cho các bên và cho xã hội. Có thể chia vi phạm hiệu quả thành hai trường hợp cơ bản dựa trên hai lý do khiến các bên vi phạm hợp đồng với nhau: (i) Vi phạm để giảm thiểu tổn thất; (ii) Vi phạm vì lợi ích lớn hơn.

Tuy nhiên, không phải tất cả mọi sự gia tăng chi phí thực hiện đối với bên bán đều dẫn đến trường hợp vi phạm hiệu quả:

- Đối với vi phạm để giảm thiểu tổn thất thì chỉ khi sự gia tăng chi phí này vượt quá lợi nhuận dự kiến mà cả hai bên cùng đặt ra khi giao kết hợp đồng thì vấn đề thực hiện hợp đồng mới trở nên kém hiệu quả.

- Đối với trường hợp vi phạm vì lợi ích lớn hơn thì không phải mọi sự trả giá cao hơn từ người thứ ba đều dẫn đến vi phạm hiệu quả, sự hiệu quả chỉ đạt được khi giá từ người thứ ba cao hơn giá chấp nhận (*reservation price*) của người mua.

Trên thực tế, không phải lúc nào các bên cũng có thể đạt được đến sự thỏa thuận đàm phán lại hợp đồng, lúc bấy giờ trong các trường hợp mang lại sự hiệu quả thì vi phạm và bồi thường thiệt hại là giải pháp tối ưu. Các công thức kinh tế được sử dụng để phân tích tại chương 2 đã chứng minh điều này. Tiếp theo, các nội dung chương 3 của luận án sẽ xác định các thiệt hại cần được bồi thường để đảm bảo tính hiệu quả của sự vi phạm, đảm bảo cho vị trí lợi ích của bên bị vi phạm không bị giảm sút như khi hợp đồng được thực thi.

### **CHƯƠNG 3. XÁC ĐỊNH THIẾT HẠI CẦN PHẢI ĐƯỢC BỒI THƯỜNG TRONG VI PHẠM HỢP ĐỒNG HIỆU QUẢ**

Dưới góc độ kinh tế học, khi chủ thể thực hiện hành vi có nghĩa là họ đang hướng tới yếu tố lợi ích vì vậy vi phạm hợp đồng cần được xem xét, đánh giá bằng thước đo là sự hiệu quả về lợi ích. Dưới góc độ pháp lý, vi phạm hợp đồng luôn được xem xét trong mối liên hệ qua lại với trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, đặc biệt là vấn đề bồi thường thiệt hại. Vì thế việc xem xét các khoản lợi ích cần được bồi thường cũng như cơ chế bồi thường thiệt hại như thế nào để đảm bảo được tính hiệu quả là vấn đề hết sức cần thiết trong luận án.

Bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm<sup>81</sup>. Đặc biệt, để có cơ sở cho bồi thường thiệt hại thì việc xác định các thiệt hại cần được bồi thường là điều hết sức cần thiết. Do vậy, các vấn đề về bồi thường thiệt hại được luận án phát triển theo hướng xác định các thiệt hại tương ứng bao gồm: (i) xác định thiệt hại vật chất; (ii) xác định thiệt hại về tinh thần và (iii) xác định khoản thiệt hại ước tính. Các khoản thiệt hại vật chất bao gồm: (i) thiệt hại thực tế và (ii) khoản lợi đáng lẽ được hưởng. Theo quy định của pháp luật hợp đồng Việt Nam, thiệt hại thực tế bao gồm

Còn đối với hình thức trách nhiệm phạt vi phạm, luận án không đề cập tới bởi các lý do sau đây: Thứ nhất, pháp luật của các quốc gia theo hệ thống thông luật ví dụ Anh, Mỹ không sử dụng chế tài này; Thứ hai, đối với các quốc gia điển hình của hệ thống dân luật như Pháp và Đức thì phạt vi phạm được áp dụng như bồi thường thiệt hại ước tính; Thứ ba, đối với pháp luật hợp đồng Việt Nam, BLDS, LTM có quy định và thực tiễn có sử dụng phạt vi phạm nhưng chức năng của phạt vi phạm trong pháp luật hợp đồng Việt Nam không giống với pháp luật hợp đồng của Pháp, Đức mà chủ yếu là răn đe và trừng phạt. Khi tổn thất của bên bị vi phạm đã được bồi thường đầy đủ thì số tiền phạt vi phạm sẽ khiến cho sự đền bù này lớn hơn so với tổn thất thực tế mà họ phải gánh chịu do vi phạm hợp đồng.

---

<sup>81</sup> Điều 302 Luật Thương mại năm 2005.

Điều này phá vỡ đi tính hiệu quả của vi phạm hợp đồng khi lợi ích của bên bị vi phạm được đền bù vượt quá mức lợi ích họ có được như khi hợp đồng được thực thi.

### 3.1 Xác định thiệt hại vật chất

#### 3.1.1 Các loại thiệt hại vật chất

Để xác định vi phạm hợp đồng có hiệu quả hay không thì cần phải xem xét quy định của pháp luật để xác định thiệt hại cần phải được bồi thường do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra<sup>82</sup>. Các thiệt hại vật chất cần được bồi thường khi vi phạm hợp đồng dựa trên những lợi ích của bên bị vi phạm, mỗi lợi ích đều tương ứng với một mức độ thiệt hại. Lon Fuller và William Perdue đã phân biệt 3 lợi ích này của bên vi phạm trong *The Reliance Interest in Contract Damages: I*<sup>83</sup> như sau, đây đồng thời cũng là ba khoản thiệt hại cần phải bồi thường theo quy định của pháp luật hợp đồng Anh – Mỹ:

*Thứ nhất*, lợi ích hoàn lại (*restitution interest*), là khi bên bị vi phạm đã trao cho bên bị vi phạm một số giá trị vì vậy khi bên vi phạm không thực hiện lời hứa của mình, Tòa án có thể bắt buộc bên vi phạm phải hoàn trả những giá trị đã nhận từ bên bị vi phạm thì phải trả lại giá trị đã nhận từ bên bị vi phạm<sup>84</sup>. Khoản lợi ích này tương ứng với khoản bồi thường thiệt hại nhằm khôi phục lại tình trạng cho bên bị vi phạm như khi hợp đồng chưa được giao kết (*restitution damages*).

*Thứ hai*, lợi ích tin tưởng (*reliance interest*), đây là khoản lợi ích cần được phục hồi cho bên bị vi phạm khi họ đã tin tưởng vào lời hứa của bên bị vi phạm mà thay đổi vị trí của mình<sup>85</sup>. Có thể họ đã thực hiện một số hành vi hoặc bỏ ra một số chi phí nhất định để chuẩn bị cho việc thực hiện hợp đồng. Ví dụ: người mua tin tưởng vào hợp đồng mua bán ô tô mà đã bỏ chi phí để xây dựng garage để xe hoặc tin tưởng vào hợp đồng mua bán đất với người bán mà người mua đã bỏ

<sup>82</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

<sup>83</sup> LL Fuller and William R Perdue, “The Reliance Interest in Contract Damages: I” (1936) 46 The Yale Law Journal, p.52–96.

<sup>84</sup> LL Fuller and William R Perdue, tldd, tr.53.

<sup>85</sup> LL Fuller and William R Perdue, tldd, tr.54.



qua cơ hội giao kết các hợp đồng khác<sup>86</sup>. Khoản lợi ích này tương ứng với khoản bồi thường thiệt hại mà bên bị vi phạm đã phải bỏ ra bởi vì tin tưởng rằng hợp đồng chắc chắn được thực hiện (*reliance damages*). Khoản bồi thường này cũng nhằm đưa người bị vi phạm về vị trí lợi ích như khi hợp đồng chưa được ký kết<sup>87</sup>.

*Thứ ba*, khoản lợi ích mong đợi (*expectation interest*), bảo vệ lợi ích mong đợi của bên bị vi phạm đòi hỏi phải cung cấp cho họ những lợi ích họ kỳ vọng có được từ giao dịch<sup>88</sup>. Khoản lợi ích này tương ứng với khoản bồi thường cho những lợi ích mà bên bị vi phạm mong đợi có được từ giao dịch (*expectation damages*). Đây là khoản bồi thường thiệt hại quan trọng nhất để tạo nên tính hiệu quả của sự vi phạm khi người bị vi phạm được đưa vào vị trí lợi ích tốt như họ có được nếu hợp đồng được thực thi.

Trong pháp luật hợp đồng Việt Nam, BLDS năm 2015 và LTM năm 2005 đều quy định về các khoản thiệt hại mà bên vi phạm sẽ phải bồi thường cho bên bị vi phạm. Cụ thể theo quy định tại Điều 302 LTM năm 2005 giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm (i) *giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải gánh chịu do bên vi phạm gây ra* và (ii) *khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm*. Quy định này của LTM năm 2005 tương ứng với quy định của CISG: các loại thiệt hại bao gồm tổn thất và khoản lợi bị bỏ lỡ mà bên kia đã phải chịu do hậu quả của sự vi phạm hợp đồng<sup>89</sup>.

Trong khi đó BLDS năm 2015, cụ thể Điều 361 quy định khoản thiệt hại về vật chất được xác định bởi (i) *những tổn thất vật chất thực tế xác định được, bao gồm: tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại* và (ii) *thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút*. Đồng thời Khoản 2 Điều 419 BLDS năm 2015 quy định thêm hai khoản thiệt hại được yêu cầu bồi thường: (i) *lợi ích lẽ ra mình sẽ được hưởng do hợp đồng mang lại* và (ii) *Chi phí phát sinh do không hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng mà không trùng lặp với mức bồi thường thiệt hại do hợp đồng mang lại*.

<sup>86</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

<sup>87</sup> LL Fulle and William R Perdue, tldd, tr.54.

<sup>88</sup> LL Fulle and William R Perdue, tldd, tr.54.

<sup>89</sup> Xem Điều 74 Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế”.

Với cách quy định trên của BLDS, dường như BLDS đang cố gắng đưa ra các ví dụ để cụ thể hóa các loại thiệt hại thực tế và trực tiếp để bên bị vi phạm dễ dàng chứng minh thiệt hại của mình chứ không nhằm mở rộng khái niệm *thiệt hại thực tế và trực tiếp* của LTM<sup>90</sup>. Thêm vào đó theo quan điểm của tác giả quy định tại Khoản 2 Điều 419 BLDS năm 2015 không mang nhiều ý nghĩa vì thực tiễn trước đến nay các bên vẫn tính phần chi phí phát sinh này vào thiệt hại và được Tòa án công nhận.

Như vậy, thiệt hại vật chất bao gồm: (i) tổn thất thực tế và (ii) khoản lợi mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu hợp đồng được thực thi. Có thể hình dung những “*tổn thất thực tế*” mà BLDS năm 2015 cũng như LTM 2005 quy định tương thích với hai khoản bồi thường thiệt hại trong pháp luật Anh – Mỹ: (i) nhằm khôi phục lại tình trạng cho bên bị vi phạm khi chưa giao kết hợp đồng (*restitution damages*) – ví dụ trả lại giá trị đã nhận từ bên bị vi phạm và (ii) khoản bồi thường thiệt hại mà bên bị vi phạm đã phải bỏ ra bởi vì tin tưởng rằng hợp đồng chắc chắn được thực hiện (*reliance damages*) – ví dụ chi phí để chuẩn bị cho việc nhận hàng. Xét cả về lý thuyết và thực tiễn thì việc xác định thiệt hại thực tế - tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại có thể gặp không mấy khó khăn<sup>91</sup>. Và đồng thời không khó để giải thích lý do phải bồi thường tổn thất thực tế của bên vi phạm đối với bên bị vi phạm bởi lẽ: (1) khi họ đã nhận một số giá trị từ bên kia để thực hiện hợp đồng mà nay không thực hiện thì đương nhiên phải trả lại những giá trị đó; (2) khi bên kia đã tin tưởng vào những thỏa thuận mà bỏ ra một số giá trị để chuẩn bị cho kết quả thực thi của hợp đồng, làm thay đổi vị trí của mình thì rõ ràng nếu không thực hiện thỏa thuận nữa bên vi phạm sẽ phải bồi thường cả những thiệt hại do tin tưởng vào hợp đồng này. Hai khoản bồi thường thiệt hại này nhằm để khôi phục lại cho bên kia vị trí như khi hợp đồng chưa được giao kết.

Tuy nhiên điều chúng ta quan tâm và để xác định liệu có cơ sở để thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả đối với pháp luật hợp đồng Việt Nam hay không

<sup>90</sup> Trương Nhật Quang, Hiệu Lực Của Thỏa Thuận Bồi Thường Thiệt Hại Ước Tính, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 5/2021.

<sup>91</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

đó là “*khoản lợi trực tiếp*” mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng (theo quy định của LTM) hay *thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút* (theo quy định của BLDS) liệu có phải là bồi thường cho khoản lợi mong đợi (*expectation damages*)? Nếu nói *khoản lợi mong đợi* hay *khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng* có nghĩa là bên bị vi phạm kỳ vọng vào những lợi ích mà họ sẽ có được khi hợp đồng được thực hiện. Điều này có thể hiểu là lợi ích mà bên bị vi phạm kỳ vọng phải gắn liền với hợp đồng và nó giúp người bị vi phạm có được vị trí lợi ích như khi hợp đồng được thực hiện<sup>92</sup>. Điều này cho thấy dường như *khoản lợi trực tiếp* mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng theo quy định của LTM năm 2005 chính là khoản bồi thường khoản lợi mong đợi (*expectation damages*) trong vi phạm hợp đồng hiệu quả. Khoản lợi mong đợi hay khoản lợi đáng lẽ được hưởng của bên bị vi phạm là khoản bồi thường thiết quan trọng nhất để quyết định sự vi phạm có phải là hiệu quả hay không. Chính vì lẽ đó, luận án sẽ tập trung làm sáng rõ về loại thiệt hại này.

### **3.1.2 Khoản lợi mong đợi của bên bị vi phạm**

#### **3.1.2.1 Cơ sở lý thuyết cho khoản lợi mong đợi**

Cơ sở lý thuyết được sử dụng để lý giải cho việc bồi thường khoản lợi đáng lẽ được hưởng hay khoản lợi mong đợi trong vi phạm hợp đồng hiệu quả là thuyết vị lợi (*Utilitarianism*) và tư tưởng tự do của John Stuart Mill.

Mặc dù có nhiều loại quan điểm được thảo luận, nhưng ý tưởng chính của thuyết vị lợi là: nguyên tắc đạo đức cao nhất là tối đa hóa hạnh phúc, hành động đúng đắn về mặt đạo đức là hành động tạo ra điều tốt nhất<sup>93</sup>. Hạnh phúc ở đây có thể hiểu bao gồm cả lợi ích trong đó có cả lợi ích kinh tế. Theo quan điểm của thuyết vị lợi, người ta phải tối đa hóa lợi ích chung, nghĩa là xem xét lợi ích của người khác cũng như lợi ích của chính mình<sup>94</sup>.

Luận điểm căn bản để ủng hộ cho thuyết vị lợi này là bởi không ai biết rõ nhu cầu và mong muốn của một người bằng chính bản thân họ, và cách duy nhất

<sup>92</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

<sup>93</sup> Xem Michael Sandel, *Phải Trái, Đúng Sai (Justice What's the Right Thing to Do?)*, tldd, tr.52.

<sup>94</sup> Julia Driver, tldd.

để tăng lợi ích cho mỗi cá nhân, từ đó tăng lợi ích xã hội đó là để cho mỗi người được tự do lựa chọn điều tốt nhất cho mình. Vì thế dưới quan điểm của các nhà kinh tế học trên cơ sở xuất phát từ thuyết vị lợi thì thị trường là cách tổ chức xã hội hiệu quả nhất bởi lẽ thị trường giúp thúc đẩy phúc lợi của mỗi người và của toàn xã hội bằng cách tạo ra động lực để con người ta làm việc và tạo ra của cải vật chất hay những dịch vụ mà người khác mong muốn. Và quan trọng hơn cả là thị trường tôn trọng tự do cá nhân, cho phép mỗi người được tự do lựa chọn điều gì mà chính bản thân họ cho rằng là tốt nhất cho mình mà không đặt ra câu hỏi giá trị nào là tốt hay không tốt, mong ước nào là cao quý hay thấp hèn<sup>95</sup>.

Còn đối với John Stuart Mill, ông cũng coi lợi ích là mục tiêu cuối cùng của tất cả các vấn đề về đạo đức nhưng phải là lợi ích trong phạm vi lớn nhất, căn cứ trên lợi ích vĩnh cửu của con người là một thực thể tiến bộ<sup>96</sup>. Đối với ông hành vi, thói quen của con người bao gồm hai loại: hành vi mang tính cá nhân và hành vi mang tính xã hội. Khi hành vi cư xử của một cá nhân là những chủ thể đủ năng lực không ảnh hưởng đến quyền lợi của ai khác ngoài bản thân anh ta, hoặc chỉ ảnh hưởng đến người khác nếu chính người bị ảnh hưởng mong muốn điều này thì xã hội và pháp luật phải đảm bảo tự do tuyệt đối cho cá nhân thực hiện hành vi và tự gánh chịu các hậu quả. Quyền tự do duy nhất xứng đáng với tên gọi của nó là sự theo đuổi lợi ích của các cá nhân theo cách riêng của họ miễn họ không cố gắng tước đoạt đi lợi ích của người khác hoặc ngăn cản người khác có được những lợi ích của mình. Tuy nhiên, chừng nào mà cư xử đó của một cá nhân gây phương hại đến quyền lợi của những người khác thì xã hội có quyền lên án<sup>97</sup>. Có thể thấy rằng tư tưởng tự do của John Stuart Mill hướng các chủ thể tới những hành vi tìm kiếm lợi ích cho mình miễn sao sự tự do tìm kiếm lợi ích cá nhân này không gây hại đến quyền lợi của người khác.

---

<sup>95</sup> Chính quan điểm này của thuyết vị lợi dẫn đến nhiều ý kiến phản đối học thuyết này tuy nhiên luận án không tập trung làm rõ các lý do phản đối và lý giải cho thuyết vị lợi. Xem: Đinh Vũ Trang Ngân, “Công Lý: Làm Việc Gì Là Đúng? Ai Xứng Đáng Điều Gì?”, Chương trình Giảng dạy Kinh tế Fulbright ([https://fsppm.fulbright.edu.vn/cache/MPP7-502-LN13V-Cong%20ly\\_Lam%20viec%20gi%20la%20dung--Dinh%20Vu%20Trang%20Ngan-2014-11-07-11382845.pdf](https://fsppm.fulbright.edu.vn/cache/MPP7-502-LN13V-Cong%20ly_Lam%20viec%20gi%20la%20dung--Dinh%20Vu%20Trang%20Ngan-2014-11-07-11382845.pdf) 2013).

<sup>96</sup> John Stuart Mill, tldd, tr.14, 16.

<sup>97</sup> John Stuart Mill, tldd, tr.69.

Hành vi vi phạm mang lại hiệu quả là sự lựa chọn của chính các bên chủ thể trong hợp đồng và sự lựa chọn này mang trong đó tinh thần tối ưu hóa lợi ích của thuyết vị lợi. Đồng thời khi một bên lựa chọn vi phạm để giảm thiểu tổn thất cho mình hoặc mang lại lợi ích lớn hơn nhưng đồng thời sự đền bù của họ khiến cho lợi ích của bên kia không bị giảm sút chính là việc thực hiện một hành vi có lợi cho mình mà không gây hại cho người khác như tư tưởng tự do của John Stuart Mill.

### 3.1.2.2 Tính tối ưu hóa lợi ích xã hội của bồi thường khoản lợi mong đợi

Nếu bồi thường thiệt hại thực tế nhằm để khôi phục lại cho bên kia vị trí như khi hợp đồng chưa được giao kết thì bồi thường khoản lợi mong đợi (*expectation damages*) là khoản bồi thường đòi hỏi bên vi phạm phải cung cấp cho bên bị vi phạm những lợi ích dự kiến họ sẽ thu được từ giao dịch để đặt bên bị vi phạm vào đúng vị trí lợi ích mà họ sẽ có được khi hợp đồng được thực thi. Nhưng có một câu hỏi đặt ra, tại sao luật pháp nên bồi thường cho bên bị vi phạm bằng cách đưa cho họ những thứ mà họ chưa bao giờ thực sự có?

Câu hỏi này có thể được trả lời dựa trên tinh thần của thuyết vị lợi, đó là biện pháp bồi thường khoản lợi mong đợi giúp tối ưu hóa lợi ích xã hội. Bởi lẽ các biện pháp bồi thường thiệt hại tạo cho các bên tham gia hợp đồng một động lực để thực hiện lời hứa của mình trừ khi kết quả là việc sử dụng tài nguyên không hiệu quả<sup>98</sup>. Đồng thời trong ba biện pháp bồi thường thiệt hại thì chỉ có bồi thường khoản lợi mong đợi mới mang lại động lực khuyến khích cho việc thực hiện hợp đồng khi và chỉ khi việc thực hiện này mang lại hiệu quả.

Để làm rõ vấn đề này, tác giả tiếp tục phát triển ví dụ đã được sử dụng tại mục 2.2.2.2 làm minh họa cho trường hợp vi phạm vì lợi ích lớn hơn<sup>99</sup>:

Vẫn là hợp đồng giữa người bán và người mua được ký vào ngày 1/1, theo đó người bán sẽ cung cấp cho người mua 100 sản phẩm vào hoặc trước ngày 1/7. Người mua phải trả 10 USD mỗi sản phẩm hoặc tổng số 1.000 USD. Dự tính chi phí sản xuất của người bán là 8 USD cho mỗi sản phẩm. Người mua sẽ sử dụng

<sup>98</sup> Richard A Posner, *Economic Analysis of Law* (3rd edition, Little, Brown and Company 1986) p.107.

<sup>99</sup> Ví dụ được đưa ra trong: Gregory Klass, *tlđđ*.

các sản phẩm này vào việc sản xuất hàng hóa với dự tính sẽ bán ra thành phẩm của mình với giá 18 USD với. Ngoài 10 USD trả cho người bán thì chi phí sản xuất khác của người mua là 6 USD.

Tại thời điểm giao kết hợp đồng rõ ràng mỗi bên đều đã có thể nhìn thấy và dự liệu được phần lợi ích của mình khi hợp đồng được thực thi, đó là động lực – lý do để họ đi đến thỏa thuận hợp đồng. Tuy nhiên mọi thứ đều có thể thay đổi trước thời điểm hợp đồng được thực hiện, và có rất nhiều lý do có thể khiến người bán không thực hiện nghĩa vụ giao hàng của mình đối với người mua. Những phân tích sau đây cũng được triển khai trên hai trường hợp dẫn đến sự vi phạm của người bán: (1) do có sự trả giá cao hơn từ bên thứ 3; (2) chi phí sản xuất của người bán đột ngột tăng cao.

*Trường hợp thứ nhất:* Giả sử vào ngày 1/4 bên thứ 3 liên hệ với người bán và đề nghị mua 100 sản phẩm này với giá 1.300 USD hoặc 13 USD/ sản phẩm. Bên thứ ba là đối thủ cạnh tranh của người mua và sẵn sàng trả nhiều tiền hơn cho hàng hóa vì họ có phương thức sản xuất mới, ít tốn kém hơn. Trong khi chi phí sản xuất của người mua là 6 USD mỗi sản phẩm thì chi phí sản xuất của bên thứ 3 chỉ là 3 USD. Trong bối cảnh này người bán không có khả năng sản xuất hơn 100 sản phẩm và do đó chỉ có thể bán cho bên thứ 3 nếu vi phạm với người mua. Đồng thời để đơn giản vấn đề và chỉ tập trung vào khoản lợi mong đợi thì giả sử vào ngày 1/4, người mua chưa đầu tư bất kỳ nguồn lực nào vào giao dịch và đồng thời cũng chưa trả tiền hàng. Nếu người bán vi phạm, người mua sẽ không thể lấy hàng thay thế ở nơi khác.

Lúc này, người bán bán cho bên thứ 3 sẽ hiệu quả hơn bán cho người mua. Bởi lẽ: giao dịch giữa người bán và người mua tạo ra 4 USD giá trị cho mỗi sản phẩm cuối cùng được bán (giá bán ra thị trường 18 USD – 8 USD chi phí sản xuất của người bán - 6 chi phí sản xuất của người mua). Khi người bán bán cho bên thứ ba ngược lại sẽ tạo ra 7 USD mỗi đơn vị (giá bán thị trường 18 USD – 8 USD chi phí sản xuất của người bán – 3 USD chi phí sản xuất của bên thứ ba). Như vậy nếu muốn tối ưu hóa lợi ích xã hội (tính bằng USD) thì người bán nên vi phạm

hợp đồng với người mua trong trường hợp này. Và đó được coi là vi phạm hợp đồng hiệu quả.

Giờ đây hãy sử dụng bồi thường khoản lợi mong đợi để chứng minh tính hiệu quả của hành vi vi phạm hợp đồng trên và liệu rằng bồi thường khoản lợi mong đợi có mang lại sự tối ưu hóa lợi ích cho xã hội như vậy?

Biện pháp bồi thường khoản lợi mong đợi yêu cầu bên bán phải trả cho bên mua khoản lợi nhuận mà bên mua sẽ kiếm được từ hợp đồng cộng với mọi chi phí mà bên mua đã phải chịu. Trong tình huống này có nghĩa là người bán sẽ phải chuyển từ người bán sang người mua 2 USD/ sản phẩm. Nếu bán cho bên thứ 3, người bán sẽ thu được 5 USD/ sản phẩm (13 USD – 8 USD chi phí sản xuất). Sau khi bồi thường khoản lợi mong đợi cho người mua (2USD), người bán còn lại 3 USD lợi nhuận ròng (nhiều hơn 1 USD khi người bán thực hiện hợp đồng với người mua). Như vậy nếu người bán hoàn toàn chỉ vì tối đa hóa lợi ích ngoài ra không có một lý do nào khác để vi phạm thì khoản lợi mong đợi (*expectation damages*) sẽ tạo ra kết quả người bán nên vi phạm hợp đồng với người mua tương xứng với kết quả tối ưu hóa lợi ích xã hội ở trên

Ngược lại, giả sử bên thứ 3 chỉ đưa ra đề nghị với người bán về mức giá 11 USD / sản phẩm lúc đó người bán sẽ phải chọn lựa để thực hiện. Với giá 11 USD người bán kiếm được 3 USD nhưng sau khi trả cho người mua 2 USD khoản lợi mong đợi thì người bán chỉ còn lại 1 USD, khi đó thực hiện hợp đồng là sẽ là lựa chọn được ưu tiên của người bán. Đồng thời mức giá 11 USD không chỉ ra được bên thứ 3 đánh giá hàng hóa này có giá trị hơn người mua. Có thể bên thứ 3 cùng chi phí sản xuất như người mua nhưng sẵn sàng chấp nhận lợi nhuận 1 USD thay vì 2 USD như người mua. Chỉ khi bên thứ 3 đưa ra mức giá hơn 12 USD thì mới cho thấy bên thứ 3 đánh giá hàng hóa này có giá trị cao hơn người mua. Như vậy biện pháp bồi thường khoản lợi mong đợi đưa ra lý do vi phạm cho người bán khi bên thứ 3 đánh giá giá trị sản phẩm cao hơn người mua.

*Trường hợp thứ hai:* Giả sử chi phí sản xuất cho mỗi sản phẩm của người bán tăng từ 8 USD lên 11 USD/ sản phẩm. Giao dịch bây giờ sẽ gây bất lợi 1 USD cho người bán (chi phí sản xuất là 11 USD mà chỉ bán cho người mua giá 10

USD). Nhưng xét trên yếu tố tối đa hóa lợi ích xã hội thì giao dịch trên vẫn đảm bảo bởi lẽ người bán đầu tư 11 USD và người mua đầu tư 6 USD, họ cùng nhau chi 17 USD để tạo ra 18 USD giá trị. Nếu, thay vào đó, chi phí sản xuất của người bán lên tới 13 USD thì việc thực hiện hợp đồng của người bán là không hiệu quả bởi lẽ người bán và người mua cùng bỏ ra 19 USD để tạo nên 18 USD giá trị.

Một lần nữa nếu phân tích tình huống trên bởi biện pháp bồi thường khoản lợi mong đợi sẽ cho thấy hiệu quả của sự vi phạm: Nếu chi phí sản xuất trên mỗi sản phẩm của người bán lên tới 11 USD, Người bán sẽ mất 1 USD mỗi đơn vị nếu thực hiện hợp đồng (chi phí 11 USD - giá hợp đồng 10 USD). Vì vi phạm sẽ khiến người bán phải trả 2 USD/ sản phẩm – bồi thường khoản lợi mong đợi nên người bán sẽ chọn thực hiện hợp đồng. Nếu chi phí sản xuất của người bán lên tới 13 USD, Người bán sẽ mất 3 USD/ sản phẩm. Bây giờ người bán sẽ chọn vi phạm và bồi thường thiệt hại. (kết quả này giống với kết quả phân tích dựa trên yếu tố tối ưu hóa lợi ích xã hội).

Bồi thường khoản lợi mong đợi mang lại sự khuyến khích hiệu quả cho sự vi phạm: Trong hợp đồng giữa A và B, lợi ích xã hội từ việc thực hiện hợp đồng của A là tổng lợi nhuận dự kiến của A và B. Nếu không có biện pháp pháp lý, cụ thể là bồi thường khoản lợi mong đợi thì khi A quyết định giữa thực hiện và vi phạm A chỉ xem xét lợi nhuận dự kiến của chính mình. Khoản lợi mong đợi buộc A phải tính toán ảnh hưởng của vi phạm đối với lợi nhuận dự kiến của B. Do đó nó buộc A phải cân nhắc tất cả các lợi ích của thực hiện đối với tất cả các lợi ích do vi phạm. A sẽ thực hiện hợp đồng khi thực hiện tạo ra nhiều giá trị hơn và sẽ vi phạm khi vi phạm tạo ra nhiều giá trị hơn. Điều này cũng đúng với tinh thần của thuyết vị lợi đã được Bentham đề ra: hành động đúng đắn về mặt đạo đức là hành động tạo ra điều tốt nhất<sup>100</sup>.

Như vậy, qua các ví dụ trên chúng ta có thể thấy vi phạm hợp đồng hiệu quả mang tinh thần của thuyết vị lợi. Hành vi vi phạm sẽ là hiệu quả nếu nó tối ưu hóa được lợi ích xã hội. Và để tối ưu hóa được lợi ích này thì bồi thường khoản lợi mong đợi trong vi phạm hợp đồng hiệu quả là biện pháp quan trọng nhất. Posner

<sup>100</sup> Michael Sandel, Phải trái, đúng sai (Justice What's the Right Thing to Do?), tldd, tr.51.



cho rằng, nếu lợi nhuận thu được từ sự vi phạm đồng thời vượt quá lợi nhuận dự kiến của người bị vi phạm và thiệt hại được giới hạn trong việc mất đi lợi nhuận dự kiến thì đây sẽ là động cơ để lựa chọn hành vi mang lại hiệu quả<sup>101</sup>. Như vậy yêu cầu đặt ra là khoản bồi thường này không được ít hơn cũng như nhiều hơn những kỳ vọng của người bị vi phạm. Nếu nhiều hơn sẽ khiến người bán không lựa chọn sự vi phạm hiệu quả và nếu ít hơn thì sự vi phạm đó sẽ không còn hiệu quả khi mà lợi ích của người bị vi phạm bị giảm sút hơn so với khi hợp đồng được thực thi.

Trong những giải pháp đặt ra đối với các trường hợp vi phạm hiệu quả thì bồi thường khoản lợi mong đợi là giải pháp tối ưu so với đàm phán lại hợp đồng bởi bồi thường khoản lợi mong đợi: (i) mang lại sự khuyến khích để các bên hành động hiệu quả; (ii) thúc đẩy sự phân bổ nguồn lực hiệu quả, giúp tối ưu hóa lợi ích xã hội; (iii) thiết lập hiệu quả Pareto khi tổng lợi ích tăng lên mà không làm cho ai xấu đi.

Bên cạnh đó, khoản lợi mong đợi được xem là yếu tố quyết định để sự vi phạm đạt được hiệu quả và yêu cầu đặt ra là khoản bồi thường này không được ít hơn cũng như nhiều hơn những khoản lợi mà người bị vi phạm kỳ vọng, mong đợi có được. Và đồng thời nguyên tắc bồi thường khoản lợi mong đợi còn khiến cho sản phẩm được phân phối về nơi có giá trị cao hơn. Ian R. Macneil đưa ra ví dụ rằng: Giả sử A đồng ý bán cho B một chiếc máy, theo B có trị giá 110,000 USD chỉ với 100,000 USD, và B kỳ vọng lãi 10,000 USD. Trước khi giao hàng C đặt vấn đề với A mua lại chiếc máy đó với giá 109,000 USD. A bị cám dỗ vi phạm hợp đồng với B nhưng không muốn chịu trách nhiệm với khoản thiệt hại từ lợi nhuận kỳ vọng của B. Vì khoản bồi thường khoản lợi mong đợi đó mà C không thể khiến cho 2 bên vi phạm hợp đồng của họ trừ khi anh ta thuyết phục A bán cho anh ta với giá cao hơn 110,000 USD. Từ đó, có thể thấy giá trị kỳ vọng của

---

<sup>101</sup> Richard A Posner (2007), t.lđđ.

chiếc máy đối với B cao hơn với C. Do vậy, nguyên tắc bồi thường khoản lợi mong đợi đảm bảo rằng chiếc máy được bán ra với giá trị cao nhất<sup>102</sup>.

### 3.1.2.3 Công thức tính khoản lợi mong đợi

Để xem vi phạm hợp đồng có thực sự hiệu quả hay không thì nên đặt vấn đề này trong việc xác định thiệt hại do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra<sup>103</sup>. Những người ủng hộ vi phạm hợp đồng hiệu quả cho rằng, luật pháp nên coi nghĩa vụ thực hiện hợp đồng đồng nghĩa với việc lựa chọn hoặc là thực hiện hợp đồng, hoặc là bồi thường thiệt hại<sup>104</sup>. Khoản lợi mong đợi chính là cơ chế điều chỉnh hành vi hiệu quả của các bên<sup>105</sup>. Bởi lẽ: *Thứ nhất*, khoản lợi mong đợi mang lại sự khuyến khích để các bên hành động hiệu quả. Khoản lợi mong đợi buộc Y phải tính toán ảnh hưởng của vi phạm đối với lợi nhuận dự kiến của X. Do đó nó buộc Y phải cân nhắc tất cả các lợi ích của việc thực hiện hợp đồng đối với tất cả số tiền thiệt hại Y phải trả do vi phạm. Y sẽ thực hiện hợp đồng khi việc thực hiện tạo ra nhiều giá trị hơn và sẽ vi phạm khi vi phạm tạo ra nhiều giá trị hơn. *Thứ hai*, bồi thường khoản lợi mong đợi còn thúc đẩy sự phân bổ nguồn lực hiệu quả, giúp tối ưu hóa lợi ích xã hội<sup>106</sup>. Người mua thay thế sẽ sẵn sàng trả mức giá cao hơn vì họ đánh giá sản phẩm ở giá trị tốt hơn và ngược lại một người bán thay thế cũng sẽ cung cấp một mức giá thấp hơn bởi họ có thể sản xuất với chi phí rẻ hơn. Vi phạm hiệu quả sẽ khiến cho thị trường có được những người mua và người bán tốt hơn dưới góc độ kinh tế giúp tối ưu hóa lợi ích xã hội. *Thứ ba*, nguyên tắc bồi thường khoản lợi mong đợi đòi hỏi một sự bồi thường đầy đủ cho người bị vi phạm.

Vi phạm hiệu quả và bồi thường khiến cho hiệu quả Pareto được thiết lập khi tổng lợi ích tăng lên mà không cần làm cho ai xấu đi<sup>107</sup>. Yêu cầu đặt ra là khoản bồi thường này không được ít hơn cũng như nhiều hơn những khoản lợi mà

<sup>102</sup> Ian R Macneil, “Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky” (1982) 68 Virginia Law Review, p.947.

<sup>103</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

<sup>104</sup> Clark A. Remington, “Intentional Interference with Contract and the Doctrine of Efficient Breach” (1999) 47 Buffalo Law Review, p.645.

<sup>105</sup> Luận án tiếp tục sử dụng các công thức đã được đặt ra ở mục 2.2.1.1 và mục 2.2.2.1 – công thức của vi phạm hợp đồng hiệu quả để tiếp tục làm rõ công thức tính khoản lợi mong đợi ở mục 3.1.2.3 này

<sup>106</sup> Gregory Klass, tldd.

<sup>107</sup> Richard Craswell, tldd.

người bị vi phạm mong đợi, kỳ vọng có được. Nếu nhiều hơn sẽ không thể khuyến khích sự vi phạm của người bán và nếu ít hơn thì sự vi phạm đó sẽ không còn hiệu quả khi mà lợi ích của người bị vi phạm bị giảm sút. Khoản bồi thường này sẽ đưa người bị vi phạm về đúng vị trí lợi ích mà họ sẽ có được như khi hợp đồng được thực thi.

Khoản bồi thường khoản lợi mong đợi hoàn hảo đó chính là thặng dư dự kiến của người mua:  $L = Npx = Vx - P$ . Liệu rằng với khoản bồi thường khoản lợi mong đợi này thì các trường hợp của vi phạm hợp đồng hiệu quả có còn đúng với những phân tích trên. Các phân tích sau đây sẽ tiếp tục chứng minh nội dung này.

#### ❖ Công thức tính khoản lợi mong đợi khi vi phạm vì lợi ích lớn hơn

Khi có sự trả giá cao hơn từ người thứ ba, trách nhiệm pháp lý bên vi phạm phải bồi thường bằng với lợi nhuận dự kiến của người mua X:  $L = Npx = Vx - Px$ . Giả sử người thứ 3 đưa ra mức giá  $Pz$ . Trong trường hợp hợp đồng này được thiết lập thì lợi nhuận ròng của người bán từ sự vi phạm được tạo ra bởi hợp đồng với người thứ ba, cụ thể:  $Nby = Npy' = Pz - Vy$

$$- Nby = Pz - Vy$$

$$- Npy = Px - Vy$$

$$- L = Vx - Px$$

Như đã phân tích Y sẽ chỉ vi phạm hợp đồng với X khi  $Npy < Nby - L$ . Thay các giá trị trên vào ta có: chỉ khi  $Px - Vy < (Pz - Vy) - (Vx - Px)$  hay  $Pz > Vx$  thì Y sẽ vi phạm hợp đồng với X.  $Vx$  cũng là mức giá tối đa mà X đã sẵn sàng chi trả, do đó  $Vx = Px$ , suy ra  $Pz > Px$ . Như vậy, công thức tính khoản lợi mong đợi một lần nữa đưa đến kết quả đúng như đã phân tích về trường hợp vi phạm hiệu quả.

Có nhiều quan điểm cho rằng thay vì vi phạm thì người bán hoàn toàn có thể đàm phán lại với người mua cả trong trường hợp để tránh tổn thất hay để có được lợi ích lớn hơn từ người thứ ba. Bởi lẽ các bên là thẩm phán tốt nhất cho lợi ích của chính họ<sup>108</sup>. Qua đàm phán, Y có thể sẽ đề nghị được trả cho X một khoản

<sup>108</sup> Wenqing Liao, tldđ, tr.54.

tiền thấp hơn những chi phí mà Y phải bỏ ra để thực hiện hợp đồng hoặc Y có thể yêu cầu tăng giá sản phẩm lên bao gồm cả phần chi phí bất lợi mà Y đang phải gánh chịu. Hoặc khi có lời đề nghị từ người thứ 3, tất cả các bên có thể ngồi lại với nhau để thảo luận về giá của sản phẩm, cách thức đấu thầu về giá có thể diễn ra và điều này cũng giúp phân bổ nguồn lực về nơi có giá trị cao nhất đồng thời tránh được sự vi phạm của người bán.

Tuy nhiên việc đàm phán trên thực tế gặp rất nhiều trở ngại và khó có thể hiện thực bởi lẽ: Đàm phán hợp đồng là một quá trình tốn kém. Chi phí giao dịch tăng cao sẽ khiến cho hiệu quả hợp đồng thuyên giảm và tỉ lệ đàm phán thành công thấp<sup>109</sup>. Chưa kể kết quả của việc đàm phán còn phụ thuộc rất nhiều vào vị thế của các bên trong hợp đồng. Bên có ưu thế hơn chắc chắn sẽ muốn đưa vào hợp đồng những điều khoản có lợi cho mình. Và nếu Y không phải là bên có ưu thế hơn thì rất khó để có thể đàm phán lại các lợi ích với X trong khi Y lại đang phải đứng trước một tổn thất lớn hơn khi hợp đồng được giao kết. Hơn nữa việc đàm phán được hay không còn tùy thuộc vào thiện chí của các bên. Và thật khó để người mua X thay đổi lợi ích của mình mà đồng ý với sự đàm phán lại này của Y. Vì thế trên thực tế việc đàm phán lại hợp đồng là điều rất khó có thể xảy ra và thành công. Hoặc cũng có quan điểm cho rằng bên bị vi phạm hoàn toàn có thể sử dụng đến chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ. Tuy nhiên, việc bắt buộc một bên thực hiện một công việc mà họ đã không còn mong muốn và có hứng thú thì chắc chắn hiệu quả sẽ không cao. Đồng thời nếu buộc bên vi phạm tiếp tục thực hiện đúng nghĩa vụ của mình sẽ không thể sử dụng được lợi thế so sánh của sản phẩm, và đưa sản phẩm về nơi có giá trị cao hơn nhằm tăng hơn nữa tổng lợi ích xã hội.

Do đó, pháp luật vẫn cần thiết kể các quy tắc khắc phục sự vi phạm để khuyến khích các bên có sự lựa chọn hiệu quả. Đó có thể là thực hiện hợp đồng hoặc vi phạm hợp đồng nếu sự vi phạm đó mang lại nhiều lợi ích hơn cho các bên và cho xã hội. Cơ chế pháp lý đó chính là bồi thường thiệt hại khoản lợi mong đợi.

#### ❖ Công thức tính khoản lợi mong đợi khi vi phạm để tránh tổn thất

<sup>109</sup> Robert Cooter and Thomas Ulen, tlttd.

Trong trường hợp vi phạm hợp đồng để tránh tổn thất, thặng dư của người bán bằng 0:

- $Nby = 0$ ;
- $Npy = P - Vy - C$ ;
- $L = Vx - P$

Trong tình thế này, người bán Y sẽ chỉ vi phạm khi lợi nhuận ròng của Y từ việc thực hiện thấp hơn lợi nhuận khi vi phạm trừ đi khoản bồi thường thiệt hại, điều đó có nghĩa  $Npy < Nby - L$  hay nói cách khác người bán sẽ vi phạm khi:  $P - Vy - C < 0 - (Vx - P)$ . Y sẽ chỉ vi phạm khi chi phí thực hiện hợp đồng lớn hơn tổng lợi nhuận mà X và Y mong đợi:  $Vx - Vy < C$  hoặc  $Vx - Vy - C < 0$ . Như vậy, khi khoản lợi mong đợi của người bị vi phạm được đền bù đúng mức là thặng dư dự kiến của người mua thì công thức của sự vi phạm hiệu quả được đưa về đúng với tình huống vi phạm hiệu quả đã được phân tích ở mục 2.2.1.1. Cụ thể như mục 2.2.1.1 đã trình bày, việc vi phạm của Y sẽ hiệu quả hơn so với thực hiện khi chi phí sản xuất lớn hơn so với hiệu số giá trị mong đợi của X và Y, điều này khiến cho việc thực hiện hợp đồng trở thành điều không mong muốn ( $Vx - Vy - C < 0$ ).

### **3.1.3 Kiến nghị hoàn thiện quy định về bồi thường thiệt hại vật chất để có cơ sở thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả**

Như đã phân tích, *khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng* (theo quy định của LTM) chính là khoản lợi mong đợi trong vi phạm hợp đồng hiệu quả. Theo tác giả, quy định của LTM năm 2005 có cơ sở để thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả hơn BLDS năm 2015. Việc xác định *khoản lợi mong đợi* hoặc *khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng* mặc dù phức tạp nhưng dù sao cũng đơn giản hơn so với xác định *thu nhập thực tế bị mất hoặc giảm sút*<sup>110</sup>.

Liệu thiệt hại do “*thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút*” theo quy định của BLDS năm 2015 có phải là sự mất đi khoản lợi đáng lẽ được hưởng (khoản lợi mong đợi) hay không. Nếu coi đây là khoản lợi đáng lẽ được hưởng bị mất thì

<sup>110</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

quy định của pháp luật Việt Nam là phù hợp với cách xác định thiệt hại được nói ở trên. Và nếu vậy thì có thể nói đến vi phạm hợp đồng hiệu quả trong pháp luật hợp đồng Việt Nam. Bởi lẽ theo quan điểm của các nhà kinh tế học cũng như luật học – thì nguyên tắc bồi thường thiệt hại được đưa ra để đặt bên bị vi phạm vào đúng vị trí họ kỳ vọng như khi hợp đồng được thực thi chứ không phải để ngăn cản việc vi phạm<sup>111</sup>. Hay nói rõ hơn đối với nguyên tắc bồi thường khoản lợi mong đợi, các bên có động cơ để lựa chọn hành vi mang lại hiệu quả hơn nếu lợi ích từ việc vi phạm vượt quá thiệt hại của bên bị vi phạm – khoản thiệt hại mà bên vi phạm sẽ phải bồi thường.

Ngoài hai căn cứ *có hành vi vi phạm hợp đồng và có thiệt hại thực tế*, LTM 2005 còn quy định rất rõ *hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại*. Trong khi đó BLDS năm 2015 và cả trước đó là BLDS năm 2005 đều không minh thị về mối quan hệ nhân quả này giữa hành vi vi phạm và thiệt hại này. Từ đó có thể thấy rằng quy định về *thu nhập thực tế bị mất hoặc giảm sút* của BLDS năm 2015 có nội hàm rộng hơn.

Với cách quy định của BLDS, có thể hiểu rằng khoản bồi thường này là thu nhập thực tế trực tiếp bị mất/giảm sút hoặc cũng có thể là khoản thu nhập thực tế bị mất/ giảm sút không có mối quan hệ trực tiếp với vi phạm hợp đồng. Ví dụ đó là khoản thu nhập mỗi tháng bị giảm sút khi người vi phạm không giao hàng dẫn đến người bị vi phạm không có hàng để giao cho bên thứ ba và một trong những đối tác lâu năm của họ đã hủy bỏ việc làm ăn với bên bị vi phạm. Hay nói cách khác là thu nhập bị giảm do uy tín bị giảm sút. Phải chăng việc không đặt ra căn cứ *mối quan hệ nhân quả* đối với yêu cầu bồi thường thiệt hại của BLDS ở Khoản 2 Điều 361 để có sự tương thích và cơ sở cho loại thiệt hại về tinh thần do vi phạm nghĩa vụ cũng được đặt ra bởi đạo luật này. Tuy nhiên, không phải mọi thiệt hại về tinh thần đều nên được đặt ra trong quan hệ hợp đồng<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> Daniel A. Farbe, “Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract” (1980) 66 Virginia Law Review, p.1443.

<sup>112</sup> Vấn đề thiệt hại về tinh thần sẽ được lý giải ở phần sau của luận án

Nếu pháp luật hợp đồng Việt Nam yêu cầu bên vi phạm phải bồi thường thiệt hại cả những khoản thu nhập thực tế bị mất hoặc giảm sút không có mối quan hệ trực tiếp với vi phạm hợp đồng thì thật khó để có thể thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả<sup>113</sup>. Bởi lẽ, ngoài việc là căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại thì mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại còn có tính chất của một biện pháp giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong pháp luật thương mại<sup>114</sup>. Theo đó, trách nhiệm bồi thường thiệt hại được giới hạn trong phạm vi thiệt hại là hậu quả trực tiếp của hành vi vi phạm. Bởi lẽ trên thực tế, thiệt hại xảy ra có thể là hậu quả của nhiều hành vi cùng tác động hoặc do tài sản gây ra<sup>115</sup>. Cụ thể hơn, thiệt hại cuối cùng có thể đến từ một chuỗi hành vi. Hành vi vi phạm ban đầu có thể gây ra thiệt hại nhưng sau đó thiệt hại ban đầu do sự tác động từ các yếu tố hoặc hành vi vi phạm khác có thể dẫn đến một thiệt hại tiếp theo, do vậy thiệt hại là hậu quả gián tiếp của hành vi phải được loại trừ. Theo đó bên vi phạm chỉ chịu trách nhiệm về thiệt hại trực tiếp gây ra từ hành vi vi phạm của mình; các thiệt hại trong chuỗi thiệt hại gây ra bởi hành vi vi phạm khác hoặc các yếu tố tác động khác được xác định là thiệt hại gián tiếp<sup>116</sup>.

Đồng thời những thiệt hại không mang tính trực tiếp này sẽ khiến cho vị trí lợi ích của bên bị vi phạm được đẩy lên quá mức so với vị trí lợi ích họ sẽ có được nếu hợp đồng được thực thi, điều này khiến cho tính hiệu quả khó lòng đạt được. Các công thức đã phân tích tại mục 2.2.1.1 và 2.2.2.1 cho thấy rằng sự hiệu quả của vi phạm đạt được trong mỗi trường hợp vi phạm là (i) khi sự gia tăng chi phí của người vi phạm vượt quá lợi nhuận dự kiến mà cả hai bên cùng đặt ra khi giao kết hợp đồng; (ii) giá từ người thứ ba trả cao hơn giá chấp nhận (*reservation price*) của người mua. Đồng thời người bị vi phạm sẽ được đưa về vị trí lợi ích như khi hợp đồng được thực thi là khi họ được bồi thường thiệt khoản lợi mong

<sup>113</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

<sup>114</sup> Nguyễn Thị Thanh Huyền, Mối quan hệ nhân quả và vấn đề giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong pháp luật thương mại, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 4/2018.

<sup>115</sup> Nguyễn Thùy Trang, Bình luận về các biện pháp xử lý vi phạm hợp đồng trong Bộ luật Dân sự năm 2015, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3/2017.

<sup>116</sup> Xem thêm các ví dụ để làm rõ về tác động của chuỗi hành vi phá vỡ mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại tại Nguyễn Thị Thanh Huyền, Mối quan hệ nhân quả và vấn đề giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong pháp luật thương mại, tldd.

đội tương ứng thặng dư dự kiến. Tất cả những thặng dư dự kiến này đều là những lợi ích về mặt vật chất có thể đo lường được và không bao gồm những lợi nhuận dự kiến về mặt tinh thần. Có nghĩa là tiền bồi thường thiệt hại này không thể cao hơn tổn thất và số lợi bỏ lỡ mà bên bị vi phạm đã dự liệu hoặc đáng lẽ phải dự liệu được vào lúc ký kết hợp đồng như một hậu quả có thể xảy ra do vi phạm hợp đồng<sup>117</sup>. Do vậy, việc xác định hành vi, hậu quả và mối quan hệ nhân quả là yêu cầu quan trọng để phân hóa trách nhiệm bồi thường thiệt hại một cách công bằng, hợp tình, hợp lý và minh bạch<sup>118</sup>.

Trong thực tiễn xét xử, Tòa án cũng đã đặt ra yêu cầu đối với mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại thực tế xảy ra để làm cơ sở chấp nhận đối với các yêu cầu bồi thường thiệt hại của các bên trong quan hệ tranh chấp. Trong vụ án giữa nguyên đơn Công ty Đ và bị đơn Công ty trách nhiệm hữu hạn thép S (Công ty S)<sup>119</sup>, hai công ty đã ký hết 02 hợp đồng mua bán thép cuộn cán nóng số/N0: SK-DT032/16 và số/N0: SK-DT033/16. Tuy nhiên sau đó công ty Đ đã vi phạm về thời gian nhận hàng và thanh toán. Công ty S thống nhất gia hạn thời gian nhận hàng đối với hợp đồng số/N0: SK-DT-033/16 là ngày 27/6/2016 và lô hàng của hợp đồng số/N0: SK-DT-032/16 ngày thanh toán là ngày 15/7/2016 nhưng vào ngày 01 và ngày 02/7/2016 Công ty S đã lấy toàn bộ lô hàng thép của hợp đồng số/N0: SK-DT-033/16 bán cho đơn vị khác, không thông báo với Công ty Đ. Theo ý kiến của công ty Đ thì việc bán hàng cho đơn vị khác này của công ty S đã khiến cho công ty Đ bị thiệt hại khi không có hàng để giao cho đơn vị khác là công ty N

Tại đơn khởi kiện của mình, công ty Đ đã yêu cầu Công ty S bồi thường thiệt hại số tiền 507.499.900 đồng (bao gồm: 282.499.000 đồng Công ty Đ đã bồi thường cho Công ty N và 225.000.000 đồng lợi nhuận bị mất). Qua xem xét hồ sơ vụ án cũng như phần trình bày của các đương sự, Tòa án đã có nhận định: *“Xét, Công ty Đ không chứng minh được thiệt hại thực tế, mối quan hệ nhân quả giữa*

<sup>117</sup> Xem Điều 74 Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

<sup>118</sup> Nguyễn Thùy Trang, tldd.

<sup>119</sup> Xem Bản án số: 56/2019/KDTM-ST ngày 12/6/2019 về tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa - TAND Quận 1, Tp HCM.



*hành vi gây thiệt hại và hậu quả, thiệt hại không phải là lợi nhuận thu được nên yêu cầu Công ty S bồi thường thiệt hại số tiền 507.499.900 đồng là không có cơ sở xem xét để chấp nhận”<sup>120</sup>.*

Vì vậy, thiết nghĩ vi phạm hiệu quả chỉ có thể tồn tại khi thiệt hại cần phải được bồi thường có mối quan hệ nhân quả với hành vi vi phạm hợp đồng, hoặc là các bên trong hợp đồng có thể nhìn thấy trước thiệt hại do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra<sup>121</sup>. Tính trực tiếp giữa hành vi phạm và thiệt hại xảy ra cũng được pháp luật hợp đồng của các quốc gia. Luật bán hàng của Anh chỉ rõ *thiệt hại do vi phạm hợp đồng là thiệt hại ước tính trực tiếp*<sup>122</sup>, quy định tương tự cũng được thể hiện tại Điều 252 Bộ luật Dân sự Đức. Đồng thời tinh thần này cũng được pháp luật hợp đồng thế giới ghi nhận tại PICC, CISG, PECL<sup>123</sup>.

Do vậy, thiết nghĩ việc xác định khoản thiệt hại là *thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút* của BLDS phải dựa trên nguyên lý trực tiếp này. Và đồng thời BLDS cần minh thị về tính trực tiếp giữa hành vi vi phạm và thiệt hại để đảm bảo tính thống nhất giữa các quy định của pháp luật quốc gia, đồng thời tương thích với pháp luật quốc tế và có cơ sở để thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả.

### **3.2 Xác định thiệt hại về tinh thần**

#### **3.2.1 Cơ sở cho việc bồi thường thiệt hại về tinh thần trong hợp đồng**

BLDS quy định thiệt hại về tinh thần là một trong hai loại thiệt hại mà bên vi phạm nghĩa vụ sẽ phải bồi thường cho bên bị vi phạm. Cơ sở cho việc bồi thường thiệt hại tinh thần trong hợp đồng đó là bởi bản chất của hợp đồng là để thực thi nhằm phục vụ lợi ích cho các bên<sup>124</sup>. Khi tham gia hợp đồng, các bên luôn muốn hợp đồng được thực hiện bởi họ đã đặt sự kỳ vọng của mình vào hợp đồng cao hơn những chi phí họ sẽ bỏ ra<sup>125</sup>. Tuy nhiên khi những thỏa thuận trong hợp đồng bị phá vỡ, quyền lợi của các bên trong cam kết hợp đồng vẫn được pháp luật

<sup>120</sup> Xem nhận định của Tòa án tại trang 9 Bản án số: 56/2019/KDTM-ST ngày 12/6/2019 về tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa - TAND Quận 1, Tp. HCM.

<sup>121</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

<sup>122</sup> Xem Điều 5 Luật bán và cung cấp hàng hóa của Anh (Sale and Supply of Goods Act 1994) <[https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/35/pdfs/ukpga\\_19940035\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/35/pdfs/ukpga_19940035_en.pdf)>, truy cập 25/7/2021.

<sup>123</sup> Xem Điều 7.4.2 PICC, Điều 74 CISG, Điều 9:502 PECL

<sup>124</sup> D. Friedmann, “The Performance Interest in Contract Damages” (1995) 111 LQR (Law Quarterly Review) p.628.

<sup>125</sup> Oliver Wendell Holmes, “The Path of Law” (1879) 10 Harvard Law Review, p.457.

bảo vệ. Sự đảm bảo này của pháp luật khiến cho lời hứa trong hợp đồng trở nên khác biệt hơn so với bất kỳ lời hứa nào khác<sup>126</sup>. Nghĩa vụ và quyền trong hợp đồng có tính tương quan với nhau<sup>127</sup>, nghĩa của chủ thể bên này tương ứng với quyền của chủ thể bên kia. Do đó, vi phạm nghĩa vụ là vi phạm quyền. Bồi thường thiệt hại là cách để các chủ thể sửa chữa cho những vi phạm nghĩa vụ của mình bằng cách khôi phục những giá trị quyền của bên kia.

Bên cạnh đó, bồi thường thiệt hại về tinh thần trong hợp đồng xuất phát từ nguyên tắc bồi thường toàn bộ (*full – compensation*). Nguyên tắc này cũng đã được các hệ thống pháp luật nội địa công nhận là một nguyên tắc nền tảng trong luật hợp đồng, đồng thời là hệ luận của nguyên tắc “*pacta sunt servanda*”<sup>128</sup>. Pháp luật Việt Nam thừa nhận nguyên tắc bồi thường toàn bộ tại Điều 360 BLDS năm 2015. Ở Pháp, tinh thần của nguyên tắc được thể hiện tại Điều 1149 Bộ luật Dân sự Pháp năm 1804. Trong các văn bản pháp lý quốc tế quan trọng như: CISG; PICC; PECL nguyên tắc này cũng đã được ghi nhận<sup>129</sup>.

Mục đích của bồi thường thiệt hại trong hợp đồng là để xóa bỏ sự bất công mà bên phá vỡ hợp đồng đã gây ra đối với bên bị vi phạm<sup>130</sup>. Một biện pháp bồi thường thiệt hại đầy đủ sẽ mang lại cho bên bị vi phạm một giá trị đền bù tương đương với những những thiệt hại mà họ phải gánh chịu. Nếu sự đền bù này nhiều hơn thiệt hại thì người bị vi phạm sẽ rơi vào trạng thái “bù đắp quá mức” (*over-compensated*) và ngược lại thì họ sẽ bị “thiếu bù đắp” (*under-compensated*)<sup>131</sup>, điều này đồng nghĩa với việc sự vi phạm trở nên kém hiệu quả về mặt kinh tế. Sự bồi thường này là bồi thường toàn bộ bao gồm cả thiệt hại về vật chất và tinh thần (phi vật chất) của sự vi phạm, tuy nhiên, bồi thường thiệt hại về tinh thần gặp phải nhiều ý kiến trái chiều.

<sup>126</sup> Katarzyna Kryla-Cudna, “Breach of Contract and Damages for Non-Pecuniary Loss” (2018) 26 *European Review of Private Law*, p.515.

<sup>127</sup> Katarzyna Kryla-Cudna, t.đd.

<sup>128</sup> Nguyễn Thị Hồng Trinh và Bùi Thị Quỳnh Trang, Bồi thường thiệt hại tinh thần cho pháp nhân do hành vi vi phạm hợp đồng trong khuôn khổ CISG, *Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam*, số 6/2020.

<sup>129</sup> Xem Điều 7.2, Điều 74 CISG, Điều 7.4.2 PICC, Điều 9.501 PECL

<sup>130</sup> Ernest J Weinrib, “Idea of Private Law - Oxford Scholarship” (2012) p.144

<<https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199665815.001.0001/acprof-9780199665815>> truy cập 26/7/2021.

<sup>131</sup> Katarzyna Kryla-Cudna, t.đd.

### 3.2.2 Các quan điểm về khoản thiệt hại tinh thần trong hợp đồng

Trong thực tiễn xét xử của các quốc gia trên thế giới, các yêu cầu bồi thường thiệt hại về tinh thần khi có vi phạm hợp đồng không phải lúc nào cũng được chấp nhận. Khoản bồi thường thiệt hại về tinh thần đã gặp phải sự phản đối của Tòa án như trong các vụ án về hợp đồng cung cấp dịch vụ du lịch *Hobbs v. London and South Western Rail*, *Hamlin v. Great Northern Railway Co*<sup>132</sup>. Ngoài ra các khoản bồi thường thiệt hại tinh thần bị từ chối nhiều ở các vụ án về sa thải trong hợp đồng lao động<sup>133</sup>. Sự không chấp nhận khoản bồi thường thiệt hại về tinh thần đến từ nhiều lý do:

*Thứ nhất, tính khó xác định và chứng minh của các thiệt hại về tinh thần:* Đường như lý do đầu tiên và cơ bản dẫn đến việc từ chối bồi thường thiệt hại về tinh thần trong quan hệ hợp đồng không phải bởi bản chất phi vật chất của các lợi ích bị tổn thương mà bởi sự không thể xác định khách quan và định lượng một cách chính xác của loại thiệt hại này<sup>134</sup>. Vì vậy các khoản bồi thường thiệt hại về tinh thần thường mang tính chủ quan chứ các bên trong giao kết hợp đồng không xác định rõ ràng được phạm vi trách nhiệm pháp lý trong các trường hợp vi phạm<sup>135</sup>.

Tuy nhiên sẽ là thiếu hợp lý nếu chỉ vì việc định lượng khó khăn mà biện minh cho sự từ chối bồi thường thiệt hại tinh thần trong hợp đồng. Trên thực tế các quy tắc cụ thể để đánh giá các thiệt hại về tinh thần cũng như xác định các yếu tố ảnh hưởng đến tinh thần tiêu cực của bên bị thiệt hại trong bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng đã được xây dựng. Trong hệ thống pháp luật của các quốc gia Châu Âu mức độ bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng được quyết định dựa trên thời gian cường độ của cơn đau, mức độ và sự nghiêm trọng của tổn thương cũng

<sup>132</sup> Xem bản án *Hobbs v London and South Western Rly Co* (1875) LR 10 QB 111; *Hobbs v. London and South Western Rly Co.* (1875) LR 10 QB 111.

<sup>133</sup> Xem các bản án *Malik v. Bank of Credit and Commerce International S.A.*, [1998] A.C. 20 (H.L.), per Lord Nicholls, at p. 38; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1995] 9 W.W.R. 153 (Man. C.A.), at para. 81, var”d [1997] 3 S.C.R. 701

<sup>134</sup> Vanessa Wilcox, *A Company’s Right to Damages for Non-Pecuniary Loss* (Cambridge University Press 2016), p.21

<sup>135</sup> Katarzyna Kryla-Cudna, tđđ.

như những tiêu chuẩn sống nhất định<sup>136</sup>. Hướng dẫn này cũng có thể áp dụng cho việc ước tính các tổn thất tinh thần phát sinh từ việc vi phạm hợp đồng<sup>137</sup>. Ở Việt Nam, quy tắc xác định thiệt hại về tinh thần trong bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng cũng đã được hướng dẫn chi tiết tại Nghị quyết 03/2006/NQ-HĐTP<sup>138</sup>. Theo đó thiệt hại được xác định theo nguyên tắc: *thiệt hại bao gồm những khoản nào và thiệt hại đã xảy ra là bao nhiêu, mức độ lỗi của các bên để buộc người gây thiệt hại phải bồi thường các khoản thiệt hại tương xứng đó*<sup>139</sup>, đồng thời cách xác định các khoản thiệt hại cũng được quy định rõ.

Như vậy, các vấn đề của sự chứng minh và xác định thiệt hại chỉ là những khó khăn trên thực tế chứ không phải là những trở ngại về nguyên tắc. Về nguyên tắc bồi thường thiệt hại toàn bộ, như đã phân tích nếu đó là thiệt hại dù vật chất hay tinh thần thì bên vi phạm vẫn có trách nhiệm phải bồi thường trong hợp đồng thì các vấn đề khó khăn trên thực tế sẽ khó mà vượt qua<sup>140</sup>. Có quan điểm cho rằng việc Tòa án sử dụng các quy tắc tương tự của bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng để xác định thiệt hại đối với tổn thất tinh thần do vi phạm hợp đồng sẽ đảm bảo được tính nhất quán của các phán quyết<sup>141</sup>. Đồng thời kết quả sẽ bảo đảm độ chắc chắn và khả năng dự đoán mong muốn của các bên trong hợp đồng<sup>142</sup>.

Tuy nhiên, theo quan điểm của tác giả thì vẫn cần có những hướng dẫn riêng cho nguyên tắc xác định bồi thường thiệt hại về tinh thần do vi phạm hợp đồng bởi lẽ (i) nguyên nhân gây ra thiệt hại trong và ngoài hợp đồng là khác nhau và (ii) liên quan đến các điều kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại đặc biệt là hai yếu tố mối quan hệ nhân quả giữa thiệt hại và hành vi vi phạm cũng như yếu tố lỗi của

<sup>136</sup> Vernon V Palmer (ed), “The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law”, The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law (Cambridge University Press 2015) p.14 <<https://www.cambridge.org/core/books/recovery-of-nonpecuniary-loss-in-european-contract-law/recovery-of-nonpecuniary-loss-in-european-contract-law/8514A1C786D9DDF83FF84DF594C393C4>> , truy cập 24/7/2021.

<sup>137</sup> Katarzyna Kryla-Cudna, tldd.

<sup>138</sup> Nghị Quyết 03/2006/NQ-HĐTP Ngày 8/7/2006 Hướng dẫn áp dụng một số quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

<sup>139</sup> Điều 2 Nghị Quyết 03/2006/NQ-HĐTP Ngày 8/7/2006 Hướng dẫn áp dụng một số quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

<sup>140</sup> Katarzyna Kryla-Cudna, tldd.

<sup>141</sup> Michael G Bridge, “Contractual Damages for Intangible Loss: A Comparative Analysis” (1984) 62 The Canadian Bar Review, p.323.

<sup>142</sup> Vernon V Palmer, tldd, p.14.

người vi phạm. Trong quan hệ hợp đồng, không phải mọi thiệt hại về tinh thần đều có mối quan hệ nhân quả với hành vi vi phạm. Và đồng thời đến nay khác với bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, yếu tố lỗi không còn là điều kiện để phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong các giao dịch thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật thương mại<sup>143</sup> và các giao dịch dân sự phát sinh kể từ ngày BLDS năm 2015 có hiệu lực<sup>144</sup>. Điều 303 LTM năm 2005 đưa ra 3 căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong đó không có yếu tố lỗi<sup>145</sup>. Điều 364 BLDS năm 2015 về lỗi trong trách nhiệm dân sự đã bỏ quy định tại khoản 1 Điều 308 BLDS năm 2005. Đồng thời Điều 364 BLDS năm 2015 về lỗi trong trách nhiệm dân sự đã bỏ quy định tại khoản 1 Điều 308 BLDS năm 2005<sup>146</sup>.

*Thứ hai, tính dự liệu trước của thiệt hại:* Trên cơ sở học thuyết về tính dự đoán trước (*Foreseeability doctrine/ Contemplation doctrine*), bên cạnh lý do khó xác định và chứng minh thì bồi thường thiệt hại về tinh thần còn gặp phải các phản đối bởi những thiệt hại này không nằm trong dự tính của các bên khi giao kết hợp đồng<sup>147</sup>. Tuy nhiên, việc dự liệu trước được các thiệt hại về tinh thần hay không còn phụ thuộc vào loại hợp đồng mà họ đã giao kết. Nếu đó là những hợp đồng với mục đích chủ yếu phục vụ cho nhu cầu tinh thần của chủ thể giao kết thì sẽ là thiếu hợp lý khi nói rằng các bên không dự liệu được thiệt hại tinh thần sẽ phát sinh khi có sự vi phạm hợp đồng xảy ra.

Giả sử hợp đồng giữa khách hàng với cơ sở phẫu thuật thẩm mỹ, khi cuộc phẫu thuật diễn ra với chất lượng kém do sự vi phạm hợp đồng từ bên cung cấp dịch vụ chắc chắn sẽ gây nên những tổn thất về tinh thần nhất định cho khách

<sup>143</sup> Đỗ Văn Đại, Các biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật Việt Nam (Nxb Chính trị Quốc gia Hà Nội 2013), tr.81.

<sup>144</sup> Bộ luật Dân sự năm 2005 vẫn còn gắn trách nhiệm dân sự với yếu tố lỗi: người không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ dân sự thì phải chịu trách nhiệm dân sự khi có lỗi cố ý hoặc lỗi vô ý, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác (khoản 1 Điều 308)

<sup>145</sup> Ba căn cứ phát sinh trách nhiệm BTTH được quy định tại Điều 303 Luật Thương mại năm 2005: (i) có hành vi vi phạm hợp đồng; (ii) có thiệt hại thực tế; (iii) Hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại.

<sup>146</sup> Khoản 1 Điều 308 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: Người không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ dân sự thì phải chịu trách nhiệm dân sự khi có lỗi cố ý hoặc lỗi vô ý, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

<sup>147</sup> Katarzyna Kryla-Cudna, tđđ.

hàng<sup>148</sup>. Và theo người viết tổn thất tinh thần này của khách hàng từ sự thất bại của cuộc phẫu thuật thẩm mỹ do vi phạm hợp đồng là có thể dự liệu trước được.

*Thứ ba, tăng chi phí giao dịch trong hợp đồng:* Thêm một lý do khác được đưa ra để từ chối với các khoản thiệt hại tinh thần trong hợp đồng là những khoản bù đắp này sẽ khiến cho chi phí của hợp đồng tăng cao<sup>149</sup>. Có thể thấy rằng việc thu hồi những tổn thất về tinh thần trong hợp đồng có thể tạo nên những chi phí bổ sung liên quan đến việc ước tính và chi phí để đi đến thỏa thuận về bồi thường thiệt hại<sup>150</sup>.

Tuy nhiên, theo tác giả khi có sự vi phạm, dù cho đó là thiệt hại vật chất hay tinh thần thì cũng sẽ khiến cho các bên tăng chi phí giao dịch trong quá trình ước tính thiệt hại và giải quyết tranh chấp. Vì thế khó có thể từ chối bồi thường thiệt hại về tinh thần khi có vi phạm hợp đồng vì lý do này. Thêm vào đó, thiệt hại về tinh thần trong hợp đồng được bồi thường sẽ tạo được công lý trong việc đảm bảo các bên sẽ được bồi thường cho những ảnh hưởng tiêu cực từ vi phạm hợp đồng<sup>151</sup>.

*Thứ tư, các yêu cầu bồi thường tăng cao:* S. Harder cho rằng việc chấp nhận cho những yêu cầu bồi thường thiệt hại về tinh thần sẽ khiến cho số lượng các yêu cầu bồi thường thiệt hại sẽ trở nên tăng cao<sup>152</sup>. Nhưng, dù cho các yêu cầu bồi thường thiệt hại về tinh thần trong hợp đồng có được chấp nhận đi chăng nữa thì cũng có rất nhiều cơ chế để hạn chế những vụ kiện tụng này. Trước hết chi phí giải quyết tranh chấp sẽ khiến cho các cá nhân bị thiệt hại tinh thần không đáng kể sẽ cân nhắc về việc khởi kiện của mình. Thứ hai, cơ chế áp dụng nguyên tắc tối thiểu (*de minimis*) trong một số hệ thống pháp luật sẽ giúp lọc ra các yêu cầu không đáng kể<sup>153</sup>. Thứ ba, các bên hoàn toàn có thể loại trừ trách nhiệm pháp đối với thiệt hại về tinh thần bằng một thỏa thuận cụ thể trong hợp đồng. Thứ tư,

<sup>148</sup> Trong vụ kiện Sullivan v O'Connor - 363 Mass 579, 296 NE2d 183 (1973) Tòa án đã chấp nhận những thiệt hại liên quan đến sự đau khổ và suy sụp tinh thần của Sullivan khi cuộc phẫu thuật thẩm mỹ không thành công do lỗi của trung tâm phẫu thuật thẩm mỹ.

<sup>149</sup> DW Greig and JLR Davis, *The Law of Contract* (Law Book Company 1987), p.1414.

<sup>150</sup> Sirko Harder, "Measuring Damages in the Law of Obligations: The Search for Harmonised Principles" (2010), p.109

<sup>151</sup> Katarzyna Kryla-Cudna, tldd.

<sup>152</sup> Sirko Harder, tldd, tr.110.

<sup>153</sup> Sirko Harder r, tldd, tr.110.

nguyên tắc mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại cũng như nguyên tắc hạn chế tổn thất sẽ giới hạn trách nhiệm bồi thường đối với các khoản thiệt hại tinh thần trong hợp đồng.

Như vậy, có thể thấy những lập luận cơ bản để chống lại yêu cầu bồi thường thiệt hại về tinh thần trong hợp đồng dường như chưa đủ lý lẽ. Trên tinh thần thừa nhận loại thiệt hại này cả trong và ngoài hợp đồng, pháp luật hợp đồng Việt Nam đã có những thay đổi cụ thể.

### ***3.2.3 Quy định của pháp luật Việt Nam, sự tương thích với pháp luật hợp đồng thế giới về bồi thường thiệt hại tinh thần trong hợp đồng và thực tiễn xét xử***

Trước đây thiệt hại về tinh thần dường như chỉ được nhắc đến và đặt ra ở quan hệ về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Tuy nhiên trong thời gian gần đây, bồi thường thiệt hại về tinh thần trong quan hệ hợp đồng là một trong những vấn đề gây nhiều tranh cãi trong quá trình áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại. Pháp luật hợp đồng Việt Nam tiếp cận loại thiệt hại này đối với bên vi phạm nghĩa vụ tại Điều 360, Khoản 1 Điều 361 Bộ luật Dân sự năm 2015 theo đó: *trường hợp có thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ gây ra thì bên có nghĩa vụ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác; thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ bao gồm thiệt hại về vật chất và thiệt hại về tinh thần. Thiệt hại về tinh thần là tổn thất về tinh thần do bị xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín và các lợi ích nhân thân khác của một chủ thể*<sup>154</sup>.

Đối với các quốc gia ở Châu Âu, việc quy định về bồi thường thiệt hại về tinh thần trong hợp đồng cũng có nhiều điểm khác biệt không đồng nhất hoàn toàn<sup>155</sup>. Ở Đức, khoản thiệt hại này chưa được thừa nhận cho đến khi có những sửa đổi tại Bộ luật Dân sự Đức (BGB) năm 2002. Tuy nhiên với quy định của BGB hiện nay, *tổn thất tinh thần chỉ có thể yêu cầu bồi thường bằng tiền trong những trường hợp pháp luật quy định, cụ thể đó là khi việc vi phạm hợp đồng xâm*

<sup>154</sup> Khoản 3 Điều 361 Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>155</sup> Xem thêm phân tích về các quy định của Luật hợp đồng Châu Âu tại Vernon V Palmer, “The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law, tldd, tr.95.

*phạm tới một trong những lợi ích về thân thể, sức khỏe, quyền tự do*<sup>156</sup>. Tương tự như vậy, Hà Lan hoặc Anh cũng đã áp dụng cách tiếp cận vừa phải đối với thiệt hại về tinh thần trong hợp đồng và cho phép bên bị vi phạm được bồi thường loại thiệt hại này trong một số trường hợp hạn chế nhất định<sup>157</sup>. Luật Dân sự của Ý ban đầu cũng tiếp cận một cách bảo thủ về thiệt hại tinh thần trong quan hệ hợp đồng tuy nhiên sau đó pháp luật của quốc gia này đã thừa nhận bồi thường thiệt hại về tinh thần cả trong và ngoài hợp đồng<sup>158</sup>.

Còn trong pháp luật hợp đồng quốc tế, PICC cũng chấp nhận bồi thường tổn thất về tinh thần: *Bên bị vi phạm có quyền được bồi thường đầy đủ cho những thiệt hại do không thực hiện. Những tổn hại đó có thể không phải là tiền mà bao gồm đau khổ về thể chất hoặc đau khổ về tinh thần*<sup>159</sup>. PECL cũng quy định rõ: *Bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do sự không thực hiện hợp đồng của bên kia. Tổn thất mà thiệt hại có thể khôi phục được bao gồm tổn thất về tinh thần và tổn thất trong tương lai có khả năng xảy ra một cách hợp lý*<sup>160</sup>. Còn trong CISG, khoản thiệt hại về tinh thần này đã không được minh thị<sup>161</sup>. Tuy nhiên với những học giả ủng hộ cho việc bồi thường thiệt hại tinh thần cho rằng việc không đề cập đến không có nghĩa CISG đang phủ nhận loại thiệt hại này trong quan hệ hợp đồng, đồng thời thương mại quốc tế đang phát triển theo xu thế mới và CISG cũng không thể nằm ngoài quỹ đạo này<sup>162</sup>.

Như vậy, có thể thấy rằng việc ghi nhận bồi thường thiệt hại về tinh thần khi có vi phạm hợp đồng xảy ra là một bước tiến cho thấy sự tương thích giữa quy định của pháp luật hợp đồng Việt Nam với pháp luật hợp đồng một số quốc gia trên thế giới và pháp luật hợp đồng quốc tế. Song khoản thiệt hại về tinh thần do

<sup>156</sup> Xem Điều 253 “Bộ luật Dân sự Đức - Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)” [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_253.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_253.html), truy cập 24/7/2021.

<sup>157</sup> Tham khảo Vernon V Palmer, tldđ, tr 96-105.

<sup>158</sup> Tham khảo Vernon V Palmer, tldđ, tr.96-105.

<sup>159</sup> Xem Điều 7.4.2 Bộ quy tắc về hợp đồng thương mại quốc tế(PICC)

<<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>> , truy cập 25/7/2021.

<sup>160</sup> Xem Điều 9.501 “Bộ nguyên tắc luật hợp đồng Châu Âu (PECL)” <[https://www.trans-lex.org/400200/\\_pecl/](https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/)>, truy cập 25/7/2021.

<sup>161</sup> Xem Điều 74 “Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế”.

<sup>162</sup> Nguyễn Thị Hồng Trinh, Bùi Thị Quỳnh Trang, tldđ.



vi phạm hợp đồng này liệu có nên đặt ra với tất cả các hợp đồng hay chỉ nên đặt ra với một số loại hợp đồng có những đặc thù nhất định liên quan đến sự mong đợi về tinh thần của bên bị vi phạm. Và liệu rằng có thể tồn tại bồi thường thiệt hại về tinh thần trong vi phạm hợp đồng hiệu quả.

Từ thực tiễn xét xử các tranh chấp liên quan đến đòi bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng của một số quốc gia trên thế giới<sup>163</sup>, có thể thấy rằng Tòa án cơ bản đã chấp nhận yêu cầu bồi thường thiệt hại tinh thần do vi phạm hợp đồng trong các trường hợp: (i) Hợp đồng có mục đích đáp ứng nhu cầu về tinh thần để tận hưởng niềm vui hoặc giảm bớt sự phiền muộn; (ii) Giá trị tinh thần vượt quá những giá trị vật chất của hợp đồng; (iii) Vi phạm hợp đồng gây ta sự bất tiện về thể chất.

**❖ *Hợp đồng có mục đích đáp ứng nhu cầu về tinh thần tận hưởng niềm vui hoặc giảm bớt sự phiền muộn***

Với trường hợp thứ nhất, khác với các hợp đồng khác hướng đến yếu tố thương mại và lợi nhuận, những hợp đồng này có mục đích chính là để cung cấp lợi ích tinh thần nào đó cho chủ thể giao kết. Có thể kể đến đó là những dạng hợp đồng cung cấp dịch vụ (dịch vụ du lịch, y tế, cưới hỏi hay thậm chí là ma chay...).

Trong vụ kiện giữa *Sullivan v O'Connor*<sup>164</sup>, mũi của Sullivan đã bị biến dạng sau khi trải qua hai lần phẫu thuật không thành công (do lỗi của bác sĩ), cô đã khởi kiện yêu cầu bồi thường do vi phạm hợp đồng phẫu thuật thẩm mỹ. Tòa án tối cao bang Massachusetts đã chấp nhận những thiệt hại liên quan đến sự đau khổ và suy sụp tinh thần của cô khi hợp đồng không thành công. Hoặc đó là hợp đồng dịch vụ chụp ảnh cưới trong vụ án *Diesen v Samson*<sup>165</sup>. Tòa án đã chấp nhận yêu cầu bồi thường thiệt hại về tinh thần cho sự buồn bã và tiếc nuối của bị đơn khi nguyên đơn là thợ chụp ảnh đã không đến lễ cưới để thực hiện đúng nghĩa vụ trong hợp đồng khiến cho cô dâu chú rể không có được những bức ảnh ghi lại thời

<sup>163</sup> Luận án sử dụng các bản án của một số quốc gia trên thế giới để phân tích bởi lẽ dường như ở Việt Nam hiện nay chưa có các phán quyết liên quan đến yêu cầu bồi thường thiệt hại về tinh thần do vi phạm hợp đồng, mà khoản bồi thường thiệt hại tinh thần này đang chủ yếu tồn tại ở những yêu cầu bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

<sup>164</sup> *Sullivan v. O'Connor* - 363 Mass. 579, 296 N.E.2d 183 (1973).

<sup>165</sup> *Diesen v Samson* 1971 SLT 49 (Sh Ct).

khắc hạnh phúc trong ngày trọng đại của mình. Hay những ví dụ đáng tiếc hơn tại vụ án *Mc Neil v. Forest Lawn Memorial Services Ltd*<sup>166</sup> khi sự vi phạm hợp đồng cung cấp dịch vụ mai táng dẫn đến sự việc đáng tiếc là con gái của nguyên đơn đã được hỏa táng trước khi cha mẹ cô kịp nhìn mặt cô lần cuối. Trong vụ án *Ross v. Forest Lawn Memorial Park*<sup>167</sup>, Francine Ross đã vô cùng đau khổ khi bị đơn do không thực hiện đúng nghĩa vụ trong hợp đồng cung cấp dịch vụ mai táng mà tang lễ của con gái cô là Kristie đã bị quấy rối nghiêm trọng bởi một đám nghệ sĩ nhạc rock punk. Thêm vào đó nặng nề hơn là bề mặt của ngôi mộ đã bị xáo trộn.

Trong những vụ kiện về dịch vụ mai táng này, nguyên đơn đã có thể có hoặc không có những tổn thất về vật chất nhưng sự vi phạm hợp đồng của bị đơn để xảy ra những hậu quả đáng tiếc khiến cho nguyên đơn vốn là những người đang phải chịu mất mát từ nỗi đau mất đi người thân còn phải chịu đựng thêm những sự đau khổ về tinh thần khác nữa. Cũng như việc phải chịu đựng khuôn mặt biến dạng, hay việc phải bỏ lỡ cơ hội ghi lại những khoảnh khắc đẹp đẽ nhất của cuộc đời trong lễ cưới đã gây ra những tổn thương tinh thần nhất định cho người bị vi phạm.

Những tổn thương về tinh thần trong những trường hợp này thường không thể phục hồi được cho dù có thể áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng (ví dụ tiến hành cuộc phẫu thuật lần 3 Sullivan) thì người bị vi phạm cũng đã không thể đạt được sự mong đợi và kỳ vọng như ban đầu khi hợp đồng được giao kết. Chính vì vậy việc đền bù cho những thiệt hại về tinh thần này là điều hết sức cần thiết để bù đắp cho những tổn thương tinh thần mà bên bị vi phạm đã phải trải qua cho dù đó là những tổn thất về trạng thái đau khổ, vui buồn.

#### ❖ *Giá trị tinh thần vượt quá những giá trị vật chất của hợp đồng*

Trong nhiều trường hợp, sự vi phạm hợp đồng có thể gây ra những tổn thất về tinh thần nặng nề hơn rất nhiều so với giá trị tài chính của việc thực hiện hợp đồng đó. Nếu như đó là hợp đồng để phục chế lại một bức ảnh cũ và vô cùng có ý nghĩa của gia đình thì việc vi phạm hợp đồng của cơ sở phục chế làm hư hỏng bức

<sup>166</sup> *Mc Neil v Forest Lawn Memorial Services Ltd* (1976) 72 D L R (3d) 556 (Canada).

<sup>167</sup> *Ross v Forest Lawn Memorial Park* (1984).

ảnh đã gây nên những tổn thất về tinh thần đối với bên bị vi phạm. Rõ ràng những tổn thất tinh thần này lớn hơn rất nhiều so với giá trị vật chất của tài sản là một bức ảnh cũ.

Hay đó là hợp đồng thuê váy cưới nhưng bên cho thuê đã không thực hiện đúng nghĩa vụ giao váy của mình đúng thời điểm dẫn tới cô dâu không có trang phục để mặc trong lễ cưới trọng đại của mình. Nếu đó là hoàn cảnh không thể nào kịp thời khắc phục được hậu quả thì rõ ràng tổn thất về tinh thần của cô dâu trong trường hợp này sẽ tương đối dễ dàng nhận ra và vượt quá giá trị vật chất của hợp đồng thuê tài sản này.

❖ ***Vi phạm hợp đồng gây ta sự bất tiện về thể chất***

Trong thực tiễn xét xử ở Anh, một vụ kiện có liên quan đến sự bất tiện về thể chất đã xuất hiện từ rất sớm vào thế kỷ 19 có tên gọi *Hobbs v. London and South Western Rly Co*<sup>168</sup>. Năm 1875, Hobbs đã kiện công ty đường sắt London and South Western vì vi phạm hợp đồng vận chuyển khiến gia đình anh bị bỏ lại vào lúc nửa đêm ở một nơi hoàn toàn xa lạ và họ phải vất vả đi bộ vài dặm mới về được nhà trong điều kiện mưa gió. Tòa án đã cân nhắc và chấp nhận bồi thường thiệt hại cho sự bất tiện mà gia đình Hobbs đã phải chịu.

Còn trong vụ kiện *Farley v Skinner*<sup>169</sup>, hợp đồng để khảo sát ngôi nhà trước khi mua được ký kết giữa Farley và Skinner. Trong hợp đồng, Farley đã nhấn mạnh với Skinner về việc cần khảo sát kỹ đối với tiếng ồn của máy bay bởi lẽ anh ta không thể chịu đựng được và không muốn sống trong ngôi nhà bị ảnh hưởng bởi loại tiếng ồn này. Tuy nhiên Skinner đã không thực hiện khảo sát theo yêu cầu của Farrley và báo cáo rằng ngôi nhà không bị ảnh hưởng bởi tiếng ồn của máy bay trong khi đó nó ở gần khu vực đèn hiệu dẫn đường máy bay và là vùng máy bay thường xuyên hạ cánh đặc biệt vào dịp cuối tuần. Farley đã được bồi thường 10.000 bảng Anh cho sự bất tiện của tiếng ồn máy bay mà anh ta đã phải gánh chịu do sự vi phạm hợp đồng này.

<sup>168</sup> *Hobbs v London and South Western Railway Co* (1875) LR 10 QB 111.

<sup>169</sup> *Farley v Skinner* [2001] UKHL 49.

Như vậy có thể thấy, sự bất tiện về thể chất đã được chấp nhận như một trong những loại thiệt hại về tinh thần. Tuy nhiên các thẩm phán đã nhấn mạnh những thiệt hại do sự bất tiện cá nhân này phải thực sự xuất phát từ một vi phạm nghiêm trọng lợi ích vô hình của bên bị vi phạm và nếu đó chỉ là sự khó chịu, mất bình tĩnh hay bức tức chứ không phải là sự bất tiện về thể chất thực sự thì cũng sẽ không được chấp nhận<sup>170</sup>. Vì thế, các yếu tố sau cần được xem xét đối với yêu cầu bồi thường thiệt hại về tinh thần cho sự bất tiện về thể chất bao gồm: (i) Sự bất tiện về thể chất phải thực sự quan trọng đối với bên yêu cầu bồi thường; (ii) Bên vi phạm phải được biết trước về sự quan trọng của những bất tiện về thể chất này của bên bị vi phạm và (ii) Những hành động thực hiện liên quan đến vấn đề này liệu có được thể hiện là một điều khoản cụ thể trong hợp đồng hay không. Những đề xuất này theo tác giả là những tiêu chí hữu ích để xác định sự tổn thất về tinh thần trong một số trường hợp nhất định.

Mặc dù vậy, các tiêu chí này cũng chưa giải quyết được vấn đề xác định phạm vi của tổn thất về tinh thần. Những tổn thất này nếu bị đánh giá sai sẽ ảnh hưởng đến quyền lợi không những của bên bị vi phạm mà còn của cả bên bị phạm. Chính vì thế, theo tác giả có vẻ như việc cho phép các bên được ấn định trước một khoản bồi thường trong hợp đồng cho cả những thiệt hại về tinh thần là một trong những giải pháp tối ưu thay vì đó là một khoản thiệt hại do Tòa án quyết định. Bởi chỉ có các bên trong hợp đồng mới là người hiểu rõ nhất bối cảnh của mình và mức độ ảnh hưởng của những tổn thất vô hình này đối với chính họ. Và khi các bên ấn định trước những khoản thiệt hại tinh thần này thì đó cũng là một kênh để bên vi phạm cân nhắc liệu hành vi vi phạm của mình có hiệu quả về mặt kinh tế hay không sau khi tính toán giữa phần lợi ích cũng như tổn thất tránh được với khoản thiệt hại đã được ấn định trước với bên kia.

Còn đối với những hợp đồng thương mại gắn với mục tiêu lợi nhuận thì có thể sự vi phạm của một bên cũng sẽ khiến cho bên kia phát sinh những cảm xúc vui buồn tuy nhiên đó không phải là những tổn thất về thể chất nhất định và đồng

---

<sup>170</sup> Xem quan điểm của hai thẩm phán Alexander Cockburn CJ, Mellor J trong vụ án *Hobbs v. London and Railway Co* (1875) LR 10 QB 111.

thời những trạng thái tâm lý đó cũng không phải là mục đích chính của hợp đồng. Những lợi ích của bên bị vi phạm bị mất đi liên quan đến yếu tố lợi nhuận đã được bù đắp đầy đủ bởi những thiệt hại về vật chất nên việc đặt ra yêu cầu bồi thường thiệt hại về tinh thần đối với những loại hợp đồng này là không còn phù hợp và cần thiết.

Đồng thời kể cả đối với những tổn thất do suy giảm uy tín trong kinh doanh cũng chỉ là những phỏng đoán nhất định, không có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại xảy ra. Đây không phải là thiệt hại mà người bán có thể nhìn thấy, lường trước được tại thời điểm ký kết hợp đồng như là hậu quả của hành vi vi phạm hợp đồng nên không được chấp nhận. Trên thực tế, các cơ quan xét xử cũng đã từ chối yêu cầu bồi thường thiệt hại về danh tiếng kinh doanh bởi hai lý do trên. Trong vụ tranh chấp về hợp đồng mua máy thêu giữa người mua Việt Nam và người bán Trung Quốc, một trong những yêu cầu của bên mua là bồi thường thiệt hại do hàng hóa có khuyết tật trong đó có cả thiệt hại do mất khách hàng, thiệt hại mất doanh thu, thiệt hại tinh thần. Trọng tài đã bác yêu cầu này của nguyên đơn bởi hội đồng trọng tài lập luận đây không phải là thiệt hại thực tế trực tiếp do máy móc có khuyết tật gây ra<sup>171</sup>. Tác giả luận án hoàn toàn đồng ý với phán quyết này của hội đồng trọng tài.

### 3.3 Xác định thiệt hại ước tính

Một câu hỏi lớn được đặt ra là đứng trước quyền đòi bồi thường làm sao các bên có thể tính toán được những khoản thiệt hại của mình, đặc biệt là đối với những lợi ích mà bên bị vi phạm đã đặt ra trong hợp đồng – khoản bồi thường đưa bên bị vi phạm về đúng vị trí lợi ích như khi hợp đồng được thực thi và đồng thời giúp cho sự vi phạm đạt được tính hiệu quả của nó. Làm sao để người bán biết được những lợi ích mong đợi này của người mua và ngược lại. Có thể thấy rằng trên thực tế trong nhiều trường hợp các bên không cung cấp thông tin về những lợi ích này cho nhau trong quá trình đàm phán và giao kết, hay trong quá trình thực

<sup>171</sup> Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC), 50 Phán quyết trọng tài quốc tế chọn lọc <<https://vietnamarbitration.files.wordpress.com/2016/01/viac-50-phan-quyet-trong-tai-quoc-te-chon-loc.pdf?fbclid=IwAR10jzByEiklyM0Qi7bwVChCZEzuRkWI2456goqBtIBEeQxtmjQvJsz-ZkQ>>, truy cập 8/8/2021, Xem phán quyết số 20, tranh chấp do giao hàng có khuyết tật, tr.80 .

hiện hợp đồng. Thông tin về những khoản lợi mong đợi cũng không phải là một trong những loại thông tin mà các bên cần cung cấp cho nhau. Hơn nữa, bởi vì thực tế nguyên đơn chưa bao giờ được hưởng lợi ích từ việc thực hiện hợp đồng của bị đơn (do hợp đồng không được thực hiện) nên khó có thể nói đó là lợi ích bị mất đi của bên bị vi phạm khi bên kia không thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng<sup>172</sup>. Do đó, trong rất nhiều trường hợp rất khó để xác định đúng những lợi ích mong đợi mà bên bị vi phạm đã đặt ra khi giao kết hợp đồng. Lúc này điều khoản bồi thường thiệt hại ước tính (*liquidated damages*) hay còn gọi là bồi thường thiệt hại ấn định trước sẽ là một giải pháp khiến cho việc bồi thường thiệt hại trở nên rõ ràng và dễ dàng hơn<sup>173</sup>.

### ***3.3.1 Bản chất của thiệt hại ước tính và quy định của pháp luật về bồi thường thiệt hại ước tính***

Trên thực tế, thỏa thuận của các bên trong hợp đồng về một khoản tiền nhất định mà bên vi phạm phải trả cho bên bị vi phạm khi có hành vi vi phạm xảy ra có thể sẽ bị nhầm lẫn giữa phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại ước tính (ấn định trước). Bởi lẽ mục đích khác nhau sẽ dẫn đến bản chất khác nhau đối với khoản tiền ấn định trước này<sup>174</sup>. Có hai mục đích mà khoản tiền ấn định trước này hướng tới: (i) Nếu khoản tiền này mang mục đích nhằm răn đe và tạo sức ép buộc các bên phải thực hiện đúng hợp đồng nếu không sẽ phải chịu sự bất lợi về vật chất bằng việc trả cho bên kia chính số tiền đã ấn định trước này thì nó mang tính chất của phạt vi phạm. (ii) Ngược lại nếu khoản tiền ấn định trước này nhằm đền bù thiệt hại cho bên bị vi phạm theo mức mà các bên đã thỏa thuận trong những trường hợp khó xác định thiệt hại và mức độ thiệt hại thì nó mang tính chất của bồi thường thiệt hại<sup>175</sup>.

<sup>172</sup> LL Fulle and William R Perdue, tldd, tr.52.

<sup>173</sup> Tess Wilkinson-Ryan, "Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment" (2010) 108 Michigan Law Review, p.633.

<sup>174</sup> Nguyễn Thị Thanh Huyền, Bản chất pháp lý của thỏa thuận trước trong hợp đồng về việc trả một khoản tiền xác định khi có hành vi vi phạm hợp đồng (2017) 4 Tạp chí Khoa học pháp lý 67.

<sup>175</sup> Nguyễn Thị Thanh Huyền (2017), tldd.

Đối với các nước thuộc hệ thống Common Law, chế tài phạt vi phạm không được chấp nhận<sup>176</sup>. Với những quốc gia này, nếu những thỏa thuận về một khoản tiền ấn định trước hướng tới mục đích thứ nhất – răn đe, tạo sức ép buộc các bên phải thực hiện đúng hợp đồng nếu không sẽ chịu hậu quả bất lợi thì thỏa thuận đó vô hiệu<sup>177</sup>. Ngược lại, nếu khoản tiền ấn định trước này hướng tới mục đích thứ hai - ước lượng một mức bồi thường cụ thể mà các bên cho là hợp lý để đền bù thiệt hại cho bên bị vi phạm thì thỏa thuận này được chấp nhận và được hiểu là một khoản bồi thường thiệt hại được xác định trước<sup>178</sup>. Tuy nhiên, khoản bồi thường thiệt hại ước tính này cũng chỉ được áp dụng trong trường hợp thỏa mãn hai điều kiện: (i) thiệt hại thực tế khó xác định hoặc không thể xác định được và (ii) khoản bồi thường được thỏa thuận trước phải hợp lý trong điều kiện cụ thể đối với giao dịch của các bên<sup>179</sup>.

Thực tiễn xét xử tại Mỹ có vụ kiện nổi tiếng với những lập luận về ranh giới mờ nhạt giữa phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại ước tính là *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*<sup>180</sup>. Carborundum là công ty sản xuất "Ferro Carbo", một loại bột mài mòn được sử dụng để sản xuất thép. Nguyên đơn, Lake River Corp đã ký hợp đồng với Bị đơn Carborundum Co. để đóng gói và vận chuyển "Ferro Carbo". Hợp đồng có thỏa thuận Lake River phải lắp đặt một hệ thống đóng gói bao bì mới để xử lý hợp đồng. Để đảm bảo chắc chắn cho việc thu hồi chi phí của hệ thống mới (89.000 đô la) và lợi nhuận 20% giá hợp đồng, hợp đồng đã có thỏa thuận: Carborundum đảm bảo số lượng vận chuyển tối thiểu là 22.500 tấn bột. Nếu mức tối thiểu đó không được đáp ứng, Carborundum vẫn có nghĩa vụ thanh toán phí đóng gói và vận chuyển số lượng chưa được vận chuyển.

Sau khi hợp đồng được ký kết vào năm 1979, nhu cầu về thép trong nước, cùng với đó là nhu cầu về Ferro Carbo giảm mạnh và Carborundum đã không xuất xưởng được số lượng đảm bảo với Lake River. Khi hợp đồng hết hạn vào cuối

<sup>176</sup> Jack Graves, "Penalty Clauses and the CISG" (2012) 30 Journal of Law and Commerce, p.166.

<sup>177</sup> Jack Graves, tldd, p.167.

<sup>178</sup> Jack Graves, tldd, p.167.

<sup>179</sup> Nguyễn Thị Thanh Huyền (2017), tldd.

<sup>180</sup> "Lake River Corp. v. Carborundum Co., 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985)" (Justia Law)

<<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/769/1284/197163/>>, truy cập 20/8/2021.

năm 1982, Carborundum chỉ yêu cầu vận chuyển được 12.000 trong tổng số 22.500 tấn mà hãng đã đảm bảo. Lake River đã hoàn thành nghĩa vụ đóng gói và vận chuyển 12.000 tấn bột đồng thời Carborundum đã thanh toán. Nhưng theo thỏa thuận thì Carborundum vẫn nợ Lake River 241.000 đô la (bằng giá hợp đồng 533.000 đô la trừ đi số tiền Carborundum đã trả cho việc đóng bao theo số lượng mà họ đã yêu cầu). Nguyên đơn đã yêu cầu bị đơn phải thanh toán số tiền trên. Bị đơn Carborundum không đồng ý bởi lẽ theo họ sự thỏa thuận này mang dáng vẻ của một sự trừng phạt.

Thẩm phán đã xác định khoản tiền thỏa thuận trước mang tính trừng phạt thì sẽ bị vô hiệu. Đồng thời đặc biệt, trong vụ án này thẩm phán đã sử dụng tới nội dung của thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả để phân tích làm rõ phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại ước tính. Theo đó *“phạt vi phạm không đem lại sự khuyến khích đối với vi phạm hợp đồng hiệu quả”*<sup>181</sup>.

Còn đối với các nước theo hệ thống Civil Law, chế tài hướng đến việc thực hiện hợp đồng được sử dụng là nền tảng cho việc xử lý các vi phạm<sup>182</sup>. Vì vậy, thỏa thuận về một khoản tiền ấn định trước dù có hướng tới mục đích nào răn đe phòng ngừa vi phạm hay đền bù cho những thiệt hại gây ra bởi hành vi vi phạm hợp đồng đều được chấp nhận<sup>183</sup>. Do xây dựng trên nền tảng lấy việc thực hiện hợp đồng làm cơ sở nên phạt vi phạm được áp dụng theo hệ thống pháp luật dân luật nhằm ngăn các bên phá vỡ hợp đồng, cho dù việc không thực hiện đúng hợp đồng trong một số chừng mực có thể mang lại lợi ích kinh tế nhất định<sup>184</sup>. Việc phạt vi phạm được áp dụng đã là một trong những lý do khiến cho vi phạm hiệu quả ít được thừa nhận ở các quốc gia thuộc hệ thống dân luật.

Như vậy, có thể thấy rằng bồi thường thiệt hại ấn định trước đều được chấp nhận ở cả hai hệ thống pháp luật Common Law và Civil Law. Tuy nhiên khoản tiền xác định trước này liệu có phải là mức tối đa áp dụng cho việc bồi thường thiệt hại hay không thì vẫn còn nhiều quan điểm khác nhau. Có quan điểm cho

<sup>181</sup> “Lake River Corp. v. Carborundum Co., 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985)”.

<sup>182</sup> Nguyễn Thị Thanh Huyền (2017), tldd.

<sup>183</sup> Jack Graves, tldd, tr.166.

<sup>184</sup> Nguyễn Thị Thanh Huyền (2017), tldd.



rằng đây là mức tiền tối đa mà bên bị vi phạm có thể yêu cầu bồi thường bởi hai lý do: (i) sẽ là không công bằng nếu các bên đã xác lập thỏa thuận trên cơ sở tự do ý chí nhưng rồi lại yêu cầu mức bồi thường cao hơn những gì họ đã tự do thỏa thuận đó và (ii) việc xác định mức tiền tối đa này giúp cho các bên có thể ước lượng được trước được giới hạn trách nhiệm của mình để làm cơ sở cho quyết định lựa chọn hành vi giữa thực hiện hợp đồng hay vi phạm. Ngược lại, có những quan điểm dựa trên nguyên tắc bồi thường toàn bộ của thiệt hại lại cho rằng ngoài việc được hưởng khoản tiền đã xác định trước này, nếu thiệt hại thực tế xảy ra quá mức đã thỏa thuận và bên bị vi phạm chứng minh được điều này thì họ có quyền đòi bồi thường cả phần thiệt hại bị vượt quá đó<sup>185</sup>.

Trong lĩnh vực mua bán hàng hóa quốc tế, CISG không quy định cụ thể về bồi thường thiệt hại ước tính, tuy nhiên cũng không phủ nhận việc áp dụng biện pháp này<sup>186</sup>. Theo quy định của Điều 74 CISG, các bên có thể thỏa thuận bồi thường thiệt hại tương đương với tổn thất, bao gồm tổn thất về lợi nhuận kỳ vọng, phát sinh từ hành vi vi phạm nhưng không cao hơn tổn thất mà bên bị vi phạm đã dự liệu hoặc đáng lẽ phải dự liệu được vào lúc ký kết hợp đồng. Quy định này không loại trừ thỏa thuận về bồi thường thiệt hại ước tính. Đồng thời nguyên tắc về giải thích luật và nguyên tắc tự do ý chí của các bên trong CISG đã tạo cơ sở cho các bên xác lập loại thỏa thuận này<sup>187</sup>. Trên cơ sở nguyên tắc *pacta sunt servanda*, các quy định của CISG hướng đến việc thực hiện hợp đồng của các bên<sup>188</sup>. CISG tạo điều kiện cho các bên tự do thỏa thuận và chịu sự ràng buộc bởi các thỏa thuận đó của mình<sup>189</sup>.

Đối với pháp luật hợp đồng Việt Nam, bồi thường thiệt hại ấn định trước vẫn đang còn là một vấn đề gây nhiều tranh cãi. Giá trị pháp lý của biện pháp khác

---

<sup>185</sup> Jonathan Solorzano, “An Uncertain Penalty: A Look at the International Community’s Inability to Harmonize the Law of Liquidated Damages and Penalty Clauses” (2017) 15 Law and Business Review of the Americas, p.779.

<sup>186</sup> Trương Nhật Quang, tđđ.

<sup>187</sup> Xem Điều 7.1 và Điều 6 Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

<sup>188</sup> Pontian Okoli, “A Case for Reviewing the System of Remedies under CISG” (2011) 22 International company and commercial law review, p.184.

<sup>189</sup> Nguyễn Thị Thanh Huyền (2017), tđđ.

phục này vẫn còn bị bỏ ngỏ, chưa được giải thích chính thức bởi bất kỳ văn bản pháp luật hay hướng dẫn nào của TANDTC<sup>190</sup>.

BLDS năm 2015 quy định năm loại thiệt hại về vật chất trong hợp đồng bao gồm: (i) tổn thất về tài sản; (ii) chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế và khắc phục thiệt hại; (iii) thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút; (iv) lợi ích đáng lẽ được hưởng do hợp đồng mang lại và (v) chi phí khác phát sinh do không hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng mà không trùng lặp với lợi ích đáng lẽ được hưởng do hợp đồng mang lại<sup>191</sup>. Các thiệt hại tại mục (i), (ii) được gọi chung là *tổn thất vật chất thực tế xác định được*<sup>192</sup>. Như đã phân tích<sup>193</sup>, *tổn thất vật chất thực tế xác định được* (theo quy định của BLDS) tương ứng với *giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải gánh chịu do bên vi phạm gây ra* (theo quy định của LTM). Có lẽ BLDS đang cố gắng đưa ra các ví dụ để cụ thể hóa các loại thiệt hại thực tế và trực tiếp để bên bị vi phạm dễ dàng chứng minh thiệt hại của mình chứ không nhằm mở rộng khái niệm *thiệt hại thực tế và trực tiếp* của LTM<sup>194</sup>. Ngoài tính chất thiệt hại thực tế và trực tiếp, pháp luật hợp đồng Việt Nam còn đặt ra yêu cầu chứng minh tổn thất và mức độ tổn thất do hành vi vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm<sup>195</sup>.

Với quy định của BLDS năm 2015 và LTM năm 2005 như hiện nay thì khó có thể yêu cầu đối với khoản bồi thường thiệt hại ước tính trước bởi lẽ thỏa thuận cho phép bồi thường thiệt hại ước tính nhằm đền bù một cách kịp thời nhất cho bên bị vi phạm đặc biệt là trong trường hợp có căn cứ cho thấy bên bị vi phạm có thiệt hại thực tế nhưng việc chứng minh tổn thất và mức độ tổn thất gặp khó khăn hoặc không thể thực hiện được. Trong khi đó, ngoài tính chất thiệt hại thực tế và trực tiếp, pháp luật hợp đồng Việt Nam còn đặt ra yêu cầu: “*bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải chứng minh tổn thất, mức độ tổn thất do hành vi vi phạm*

<sup>190</sup> Trương Nhật Quang, tlđd.

<sup>191</sup> Xem Khoản 2 Điều 361 và Khoản 2 Điều 419 Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>192</sup> Khoản 2 Điều 361 Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>193</sup> Xem phân tích tại mục 3.1.2.1

<sup>194</sup> Trương Nhật Quang, tlđd.

<sup>195</sup> Điều 304 Luật Thương mại năm 2005.

gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm”<sup>196</sup>. Có thể thấy rằng đây là một quy phạm bắt buộc do vậy muốn yêu cầu bồi thường được thiệt hại cho mình, bên bị vi phạm luôn phải thực hiện nghĩa vụ chứng minh thiệt hại này. Việc đặt ra yêu cầu bên bị vi phạm trong mọi trường hợp đều phải chứng minh tổn thất đã phần nào giới hạn sự tự do ý chí của các bên trong thực hiện hợp đồng, khiến cho việc thỏa thuận về bồi thường thiệt hại ước tính khó có thể thực hiện. Trong khi đó, thỏa thuận này không làm thay đổi bản chất của bồi thường thiệt hại mà còn tạo một cơ chế cho phép thiệt hại được đền bù một cách nhanh chóng phù hợp với thực tiễn thương mại và điều kiện của các bên chủ thể, đặc biệt là trong những trường hợp có căn cứ cho thấy bên bị vi phạm có thiệt hại thực tế nhưng việc chứng minh tổn thất và mức độ tổn thất là khó khăn hoặc không thể thực hiện được<sup>197</sup>.

Có thể sẽ có những lo ngại về việc nếu để các bên được thỏa thuận về khoản tiền bồi thường ấn định trước sẽ dẫn đến các trường hợp (i) mức thỏa thuận này cao hơn rất nhiều so với thiệt hại thực tế hoặc (ii) mức thỏa thuận này thấp hơn so với thiệt hại thực tế có thể chứng minh. Liệu rằng lúc bấy giờ cơ quan xét xử có thể điều chỉnh giảm số tiền đã thỏa thuận hoặc bên bị thiệt hại có thể yêu cầu bồi thường theo mức thiệt hại thực tế hay không. Đối với các nước thuộc hệ thống luật Anh – Mỹ, khoản thiệt hại ước tính phải hợp lý trong điều kiện cụ thể đối với giao dịch của các bên, nếu khoản tiền này được xác định là bất hợp lý quá mức thì nó được xác định là một thỏa thuận phạt vi phạm và không được chấp nhận mà thay vào đó bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại thực tế<sup>198</sup>, vì nó trái với nguyên tắc thiện chí<sup>199</sup>. Hoặc thậm chí tòa án có thể ra quyết định tăng thêm nếu số tiền bồi thường thiệt hại ước tính được coi là quá thấp<sup>200</sup>.

Quy định tương tự cũng được Ủy ban Liên hợp quốc về luật thương mại quốc tế (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*)

<sup>196</sup> Điều 304 Luật Thương mại năm 2005.

<sup>197</sup> Nguyễn Thị Thanh Huyền (2017), t.đđ.

<sup>198</sup> Henry Cheeseman, *Business Law: Legal Environment, Online Commerce, Business Ethics, and International Issues* (7th edn, Pearson Prentice Hall 2010), p.274–275.

<sup>199</sup> Caslav Pejovic, “Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal” (2001) 32 *Victoria University of Wellington Law Review*, p.817.

<sup>200</sup> Caslav Pejovic, t.đđ.

đặt ra trong Quy tắc thống nhất đối với các điều khoản trong hợp đồng về khoản tiền xác định phải trả khi vi phạm hợp đồng (*Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance (1983)*). Theo đó bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại đối với phần thiệt hại không được bù đắp nếu thiệt hại thực tế vượt quá mức khoản tiền xác định<sup>201</sup>. Đồng thời số tiền ấn định trước này sẽ bị giảm bởi cơ quan xét xử nếu nó không tương xứng quá mức với thiệt hại của bên bị vi phạm<sup>202</sup>.

### ***3.3.2 Thực tiễn xét xử các tranh chấp liên quan đến thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính và kiến nghị***

Thực tiễn xét xử cho thấy dường như Tòa án đang có sự tiếp cận khác nhau đối với thỏa thuận thiệt hại ấn định trước trong hợp đồng. Cụ thể nhiều Tòa án hiểu khoản tiền bồi thường thiệt hại ước tính trước của các bên là khoản tiền phạt vi phạm và áp dụng những quy định liên quan đến phạt vi phạm để giải quyết vấn đề tranh chấp này. Cụ thể:

Quyết định Giám đốc thẩm số 15/2016/KDTM-GĐT ngày 7/9/2016 của TANDTC (tranh chấp giữa Công ty Cổ phần dịch vụ và kỹ thuật A với Công ty B)<sup>203</sup>: Theo hợp đồng được ký kết vào 2007, Công ty Cổ phần dịch vụ và kỹ thuật A cung cấp gói thầu 3B dịch vụ cơ điện cho một dự án do công ty B là nhà thầu chính. Giá trị hợp đồng khoảng 5,1 triệu USD. Thời gian thi công dự kiến kết thúc vào tháng 5/2008. Khoản 8.7 của hợp đồng các bên có thỏa thuận: *Nếu nhà thầu không tuân thủ khoản 8.2 (thời gian hoàn thành), thì nhà thầu theo khoản 2.5 (khiếu nại của chủ đầu tư) sẽ phải chi trả cho chủ đầu tư đối với những thiệt hại do lỗi này gây ra..., giá trị thiệt hại là 5% giá trị hợp đồng*. Trên thực tế công ty A đã chậm tiến độ công việc 288 ngày, công ty B chậm thanh toán theo hợp đồng. Một trong các yêu cầu của công ty A là buộc công ty B thanh toán. Công ty A yêu

<sup>201</sup> Xem Điều 7 “UNCITRAL - Quy tắc thống nhất đối với các điều khoản trong hợp đồng về khoản tiền xác định phải trả khi vi phạm hợp đồng //www.trans-lex.org/700400/\_uncitral-uniform-rules-on-contract-clauses-for-an-agreed-sum-due-upon-failure-of-performance-1986/, truy cập 11/8/2021.

<sup>202</sup> Xem Điều 8 “UNCITRAL - Quy tắc thống nhất đối với các điều khoản trong hợp đồng về khoản tiền xác định phải trả khi vi phạm hợp đồng (Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance (1983))” (n 203) [https://www.trans-lex.org/700400/\\_uncitral-uniform-rules-on-contract-clauses-for-an-agreed-sum-due-upon-failure-of-performance-1986/](https://www.trans-lex.org/700400/_uncitral-uniform-rules-on-contract-clauses-for-an-agreed-sum-due-upon-failure-of-performance-1986/), truy cập 11/8/2021.

<sup>203</sup> Bản án 15/2016/KDTM-GĐT ngày 07/09/2016 về tranh chấp hợp đồng xây dựng, Hội đồng thẩm phán TAND Tối cao.

cầu công ty B thực hiện nghĩa vụ thanh toán các khoản còn nợ theo hợp đồng. Công ty B áp dụng các khoản phạt do chậm tiến độ với Công ty A đồng thời cho rằng Công ty A đã vi phạm tiến độ nên bị phạt 5% giá trị hợp đồng, số tiền này sẽ được bù trừ đối với nghĩa vụ thanh toán của Công ty B.

Theo Quyết định giám đốc thẩm, điều khoản bồi thường thiệt hại ước tính được các bên thỏa thuận trong hợp đồng do vi phạm tiến độ là một điều khoản phạt vi phạm theo pháp luật Việt Nam. Tòa án đã sử dụng quy định về phạt vi phạm để xem xét thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính của các bên theo hợp đồng. Theo đó, tiền phạt vi phạm phải dựa trên giá trị hợp đồng bị vi phạm, không thể xác định trên toàn bộ giá trị hợp đồng và mức phạt vi phạm không quá 8%. Như vậy, tiền phạt vi phạm sẽ là 5% giá trị hợp đồng bị vi phạm chứ không phải 5% toàn bộ giá trị của hợp đồng theo thỏa thuận của các bên.

Trong tranh chấp giữa Công ty TNHH MTV Thiên P (Công ty Thiên P) và Công ty TNHH xây dựng và thương mại Nhất H (Công ty Nhất H), về việc mua bán đèn chiếu sáng Phillips<sup>204</sup>, TAND Quận Hải Châu, Tp. Đà Nẵng cũng đã cho rằng khoản tiền thỏa thuận về bồi thường thiệt hại của các bên là tiền phạt vi phạm. Tại Hợp đồng kinh tế số 31/HĐKT/2016 lập ngày 23 tháng 11 năm 2016 các bên có thỏa thuận (i) tiền phạt vi phạm hợp đồng là 8%; chi phí dịch vụ pháp lý do vi phạm hợp đồng là 10%. Tất cả các mức phạt và bồi thường này đều được thỏa thuận trên tổng giá trị hợp đồng. Tổng giá trị hợp đồng là 17.732.000đ và trên thực tế bị đơn đã không thực hiện nghĩa vụ giao hàng với nguyên đơn. Nguyên đơn đã yêu cầu bị đơn phải trả 2 khoản tiền (i) tiền phạt vi phạm hợp đồng là 8% x 17.732.000đ = 14.185.600đ và (ii) chi phí dịch vụ pháp lý 10% giá trị hợp đồng do vi phạm hợp đồng là 17.732.000 đồng

Trong nhận định của mình, Tòa án đã xác định khoản tiền 8% này là khoản phạt vi phạm và chấp nhận yêu cầu khởi kiện này của nguyên đơn. Tuy nhiên với khoản tiền chi phí dịch vụ pháp lý 10% giá trị hợp đồng do vi phạm tòa án xác định: *“Về bản chất, đây là điều khoản các bên thỏa thuận về phạt vi phạm trong*

<sup>204</sup> Xem Bản án 14/2017/KDTM-ST ngày 25/07/2017 về tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa - TAND Quận Hải Châu, Tp. Đà Nẵng.

*hoạt động mua bán hàng hóa của mình. Như vậy thỏa thuận này đã vi phạm mức phạt vi phạm tối đa mà các bên có thể thỏa thuận theo quy định tại Điều 301 Luật thương mại nên không có cơ sở để chấp nhận*<sup>205</sup>.

Có thể thấy nhận định trên của Tòa án thiếu tính hợp lý và khiên cưỡng bởi lẽ mục đích các bên hướng tới không phải là hai khoản phạt vi phạm trong cùng một thỏa thuận hợp đồng mà 10% giá trị hợp đồng đó là dự liệu cho những chi phí mà bên bị vi phạm phải gánh chịu khi có vi phạm hợp đồng, dự liệu đó có thể bao gồm cả những chi phí pháp lý liên quan nên mới có tên gọi là *khoản tiền chi phí dịch vụ pháp lý*.

Cách hiểu tương tự đã được TAND tỉnh Hòa Bình đưa ra vào năm 2018 trong vụ án tranh chấp giữa nguyên đơn - Công ty trách nhiệm hữu hạn thương mại dịch vụ vận tải xuất nhập khẩu A (Công ty A) và Công ty B<sup>206</sup>. Ngày 02-11-2016, Công ty A và Công ty B ký hợp đồng kinh tế số 01/2016/HĐMB/ĐM-TD với nội dung: Công ty A có trách nhiệm cung cấp các loại ống với số lượng, quy cách, tiêu chuẩn kỹ thuật, chất lượng và giá cả như quy định tại phụ lục 01 của hợp đồng đính kèm. Công ty B có trách nhiệm thanh toán tiền 3 lần, trong đó lần 1 thanh toán 20% giá trị hàng hóa trong vòng 3 ngày sau khi ký hợp đồng. Trong hợp đồng có điều khoản. Khoản 6.5 điều 6 của hợp đồng quy định: *“nếu một trong hai bên đơn phương chấm dứt hợp đồng mà không phải do lỗi của bên kia, bên tự chấm dứt hợp đồng sẽ phải bồi thường cho bên kia 5% giá trị hợp đồng...”*. Nội dung của bản án thể hiện yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn là đòi bồi thường thiệt hại 5% giá trị hợp đồng, tuy nhiên trong các nhận định của Tòa án sơ thẩm và phúc thẩm thì 5% giá trị hợp đồng này lúc thì được gọi tên là bồi thường thiệt hại, có chỗ thì lại được thể hiện là phạt vi phạm<sup>207</sup>. Điều đó cho thấy dường như Tòa án vẫn chưa xác định rõ bản chất của khoản tiền ấn định trước này là gì (bồi thường thiệt hại hay phạt vi phạm). Và có vẻ như Tòa án đang hiểu các thỏa thuận

<sup>205</sup> Xem nhận định của Tòa án tại Bản án 14/2017/KDTM-ST ngày 25/07/2017 về tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa - TAND Quận Hải Châu, Tp. Đà Nẵng.

<sup>206</sup> Xem Bản án 03/2018/KDTM-PT ngày 15/11/2018 về tranh chấp phạt vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa và yêu cầu bồi thường thiệt hại - TAND Tỉnh Hòa Bình.

<sup>207</sup> Xem nhận định 2.1, 2.2 của Tòa án tại Bản án 03/2018/KDTM-PT ngày 15/11/2018 về tranh chấp phạt vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa và yêu cầu bồi thường thiệt hại - TAND Tỉnh Hòa Bình.

về một mức % nhất định của các bên khi có vi phạm đều là phạt vi phạm hợp đồng.

Tuy nhiên, phán quyết về việc chấp nhận một yêu cầu bồi thường thiệt hại đã được thỏa thuận về mức bồi thường trong hợp đồng đã được thể hiện trong tranh chấp giữa nguyên đơn ông Cẩm Văn Tr, bà Dương Thị D, bị đơn Công ty Cổ phần Tuổi trẻ ĐV (Công ty ĐV) vào năm 2019<sup>208</sup>. Cụ thể: ngày 02/10/2015, ông Cẩm Văn Tr và bà Dương Thị D có ký hợp đồng xây dựng số 12/2015/HĐXD-TTĐV với Công ty ĐV để xây dựng trọn gói công trình nhà ở tư nhân tại Lô số I x, khu quy hoạch Công viên văn hóa và đô thị Phường Y, thành phố ĐL. Thời gian thực hiện công trình 112 ngày liên tục kể từ ngày 02/10/2015 đến ngày 24/01/2016 bàn giao nhà, giá trị hợp đồng là 1.450.000.000đồng. *Điều 07 của Hợp đồng trọn gói thi công xây dựng công trình số 12/2015/HĐXD-TTĐV ngày 25/10/2015 (BL 15-20) có quy định về mức phạt và bồi thường khi thực hiện hợp đồng là 0,1%/giá trị hợp đồng/01 ngày chậm trễ*. Trên thực tế bị đơn đã chậm trễ trong tiến độ thi công và đồng thời không đảm bảo chất lượng công trình.

Một trong các yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn là buộc bị đơn Công ty ĐV phải bồi thường thiệt hại do chậm tiến độ theo thỏa thuận trong hợp đồng từ ngày 24/01/2016 đến ngày 05/10/2016 là 287 ngày số tiền là: 1.450.000.000đồng x 0.1 x 287 ngày = 416.000.000đồng (Đã làm tròn).

Tòa án sơ thẩm đã không chấp nhận yêu cầu bồi thường thiệt hại hợp đồng xây dựng của ông Cẩm Văn Tr, bà Dương Thị D. Công ty cổ phần xây dựng tuổi trẻ ĐV không phải trả cho ông Cẩm Văn Tr, bà Dương Thị D số tiền 416.000.000 đồng. Tuy nhiên sau đó Tòa án phúc thẩm đã nhận định: *“cần chấp nhận yêu cầu này của nguyên đơn để buộc bị đơn Công ty ĐV phải có trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho nguyên đơn ông Tr, bà D do vi phạm về thời gian hoàn thành công trình từ ngày 24/01/2016 đến ngày 05/10/2016 là 287 ngày x 0.1% x 1.450.000.000đồng (giá trị hợp đồng) = 416.150.000 đồng”*<sup>209</sup>. Một trong những

<sup>208</sup> Xem Bản án 22/2019-DS-PT ngày 06/03/2019 về tranh chấp hợp đồng xây dựng - Tòa án nhân dân tỉnh Lâm Đồng.

<sup>209</sup> Xem nhận định 5, Bản án 22/2019-DS-PT ngày 06/03/2019 về tranh chấp hợp đồng xây dựng - Tòa án nhân dân tỉnh Lâm Đồng.

phán quyết Tòa án phúc thẩm đã đưa ra là: *Buộc bị đơn Công ty DV phải bồi thường thiệt hại hợp đồng xây dựng số tiền 291.305.000 đồng (do sau đó nguyên đơn thay đổi yêu cầu khởi kiện tại đơn kháng cáo, chỉ yêu cầu bồi thường 70% số tiền bồi thường thiệt hại theo thỏa thuận 0,1%/giá trị hợp đồng/01 ngày chậm trễ).*

Qua những phân tích trên, có thấy rằng cùng với một thỏa thuận về bồi thường thiệt hại ước tính song quan điểm và phán quyết của các Tòa án là khác nhau. Có Tòa án coi đó là thỏa thuận phạt vi phạm, nhưng cũng có những tòa án lại chấp nhận với yêu cầu khởi kiện bồi thường thiệt hại này. Tuy nhiên, kể cả trong *Bản án 22/2019-DS-PT ngày 06/03/2019 về tranh chấp hợp đồng xây dựng - Tòa án nhân dân tỉnh Lâm Đồng* mặc dù Hội đồng xét xử đã chấp nhận yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại theo mức đã thỏa thuận trong hợp đồng của các bên: 0,1%/giá trị hợp đồng/01 ngày chậm trễ tuy nhiên các nhận định của Tòa án lại không cho thực sự thấy rằng Tòa án đang đánh giá và nhìn nhận đây là bồi thường thiệt hại ước tính. Dường như hội đồng xét xử đang tiếp cận thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính dưới một góc nhìn hẹp thuần túy dựa trên các quy định về bồi thường thiệt hại mà thiếu đánh giá có chiều sâu các nguyên tắc pháp luật về hợp đồng nói chung và tổng thể bối cảnh phát triển của thị trường<sup>210</sup>. Cụ thể, trong các quyết định trên, Tòa án các cấp đã không công nhận thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính là một biện pháp khắc phục có hiệu lực, thay vào đó TANDTC diễn giải thỏa thuận này theo hướng xem đây là phạt vi phạm hoặc bồi thường thiệt hại theo cách hiểu truyền thống để xác định trách nhiệm tài chính của bên vi phạm<sup>211</sup>.

Tự do hợp đồng là một nguyên tắc mà theo đó, con người có quyền tự ràng buộc mình một cách hợp pháp; một khái niệm pháp lý theo đó các hợp đồng dựa trên sự thỏa thuận chung và tự do lựa chọn, do đó không bị tác động bởi những thể lực bên ngoài như sự can thiệp của nhà nước<sup>212</sup>. Nguyên tắc tự do hợp đồng cho phép các bên được quyền hoàn toàn tự do thiết lập các điều khoản trong hợp đồng phù hợp với ý chí và hoàn cảnh của mình. Nguyên tắc tự do hợp đồng đã được

<sup>210</sup> Trương Nhật Quang, tlđđ.

<sup>211</sup> Trương Nhật Quang, tlđđ..

<sup>212</sup> Bryan A. Garner, tlđđ, tr.689.



pháp luật hợp đồng Việt Nam thừa nhận, theo đó các bên có quyền tự do xác lập, thực hiện, chấm dứt các giao dịch trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết. Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng<sup>213</sup>. Đồng thời LTM năm 2005 không giới hạn việc áp dụng cứng nhắc các chế tài theo luật mà còn cho phép các bên có thể thỏa thuận các biện pháp khác không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên và tập quán thương mại quốc tế<sup>214</sup>. Thiết nghĩ bồi thường thiệt hại ước tính là một biện pháp khắc phục không vi phạm pháp luật Việt Nam nói chung, không trái đạo đức xã hội. Do vậy các bên hoàn toàn có quyền thỏa thuận về loại bồi thường thiệt hại ước tính này trên cơ sở thiện chí, trung thực và tự chịu trách nhiệm<sup>215</sup>. Biện pháp này cần được pháp luật và thực tiễn xét xử công nhận để đảm bảo quyền lợi cho các bên chủ thể.

Như vậy, để có cơ sở cho việc chấp nhận thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính, thiết nghĩ pháp luật hợp đồng Việt Nam:

*Thứ nhất*, không nên đặt ra nghĩa vụ chứng minh thiệt hại là bắt buộc trong mọi trường hợp như hiện nay, thay vào đó quy định của Điều 304 LTM năm 2005 nên là quy định tùy nghi, cho phép trường hợp các bên có thể có những thỏa thuận khác.

*Thứ hai*, có thể tham khảo cách quy định của các quốc gia theo hệ thống thông luật và UNCITRAL đối với khoản tiền ấn định trước này để vẫn đảm bảo được tính chất của việc đền bù thiệt hại theo hướng: thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính có thể được xem xét tăng hoặc giảm nếu thiệt hại thực tế vượt quá mức khoản tiền ấn định hoặc khoản tiền ấn định quá thấp không tương xứng với thiệt hại thực tế mà bên bị vi phạm phải gánh chịu.

Đặc biệt, khi bồi thường thiệt hại ước tính được pháp luật thừa nhận sẽ là cơ sở quan trọng để các bên chủ động lựa chọn hành vi mang lại hiệu quả của mình trong hợp đồng. Khi các bên chủ thể đã có thể xác định được trách nhiệm do

<sup>213</sup> Khoản 2 Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>214</sup> Khoản 7 Điều 292 Luật Thương mại năm 2005.

<sup>215</sup> Trương Nhật Quang, tldd.

vi phạm hợp đồng của mình một cách rõ ràng họ có thể chủ động cân nhắc lựa chọn hơn giữa việc thực hiện hay vi phạm hợp đồng trong những hoàn cảnh nhằm tránh tổn thất lớn trong việc thực hiện cũng như mang lại hiệu quả kinh tế cho các bên. Đồng thời đây là cơ sở để pháp luật hợp đồng Việt Nam thừa nhận với vi phạm hợp đồng hiệu quả.

### Kết luận chương 3

Trong vi phạm hiệu quả, bồi thường thiệt hại là một vấn đề hết sức quan trọng. Chỉ khi thiệt hại của bên bị vi phạm được đền bù thỏa đáng thì sự vi phạm mới đạt được hiệu quả của nó. Qua việc sử dụng các phương pháp nghiên cứu như phân tích, tổng hợp, so sánh và lịch sử để nghiên cứu về vấn đề bồi thường thiệt hại, luận án rút ra được các kết quả nghiên cứu như sau:

*Thứ nhất*, khoản lợi đáng lẽ được hưởng hay khoản lợi mong đợi (*expectation damages*) là khoản bồi thường thiệt hại quan trọng, giúp cho hành vi vi phạm đạt được sự hiệu quả. Bởi lẽ khoản bồi thường thiệt hại này (i) mang lại sự khuyến khích để các bên hành động hiệu quả; (ii) đưa bên bị vi phạm về đúng vị trí lợi ích như khi hợp đồng được thực thi và (iii) thúc đẩy sự phân bổ nguồn lực, giúp tối ưu hóa lợi ích xã hội. Khoản bồi thường cho những lợi ích mong đợi hoàn hảo chính là thặng dư dự kiến của người mua.

*Thứ hai*, tác giả luận án cho rằng pháp luật hợp đồng Việt Nam có cơ sở để thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả từ các quy định về bồi thường thiệt hại:

(i) *Đối với thiệt hại vật chất*: LTM năm 2005 có cơ sở để thừa nhận vi phạm hiệu quả hơn BLDS năm 2015 bởi lẽ *khoản lợi trực tiếp* mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng theo quy định của LTM năm 2005 tương thích với khoản bồi thường khoản lợi mong đợi (*expectation damages*) trong vi phạm hợp đồng hiệu quả. Việc không đặt ra yêu cầu về mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại thực tế của BLDS khó có cơ sở để thừa nhận vi phạm hiệu quả. Do vậy, luận án kiến nghị việc xác định khoản *thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giám sát* của BLDS phải dựa trên nguyên lý là thiệt hại trực tiếp từ hành vi vi phạm, đồng thời BLDS cần minh thị về tính trực tiếp này giữa hành vi vi phạm và thiệt hại xảy ra.

(ii) *Đối với thiệt hại về tinh thần*: Tác giả luận án cho rằng vẫn cần đặt ra khoản bồi thường thiệt hại về tinh thần khi vi phạm hợp đồng bởi xuất phát từ nguyên tắc bồi thường toàn bộ để đảm bảo quyền lợi cho bên bị vi phạm, giúp cho sự vi phạm đạt được hiệu quả. Song không phải mọi thiệt hại về tinh thần đều có

mối quan hệ nhân quả với hành vi vi phạm và đảm bảo được tính dự liệu trước của thiệt hại. Do vậy, luận án kiến nghị

- Khoản thiệt hại về tinh thần trong hợp đồng chỉ nên đặt ra đối với một số trường hợp: Hợp đồng có mục đích đáp ứng nhu cầu về tinh thần để tận hưởng niềm vui hoặc giảm bớt sự phiền muộn; Giá trị tinh thần vượt quá những giá trị vật chất của hợp đồng; Vi phạm hợp đồng gây ta sự bất tiện về thể chất.

- Không nên đặt ra khoản thiệt hại về tinh thần do vi phạm hợp đồng đối với các hợp đồng thương mại gắn liền với mục tiêu lợi nhuận vì những lợi ích của bên bị vi phạm bị mất đi liên quan đến yếu tố lợi nhuận đã được bù đắp đầy đủ bởi những thiệt hại về vật chất. Những tổn thất do suy giảm uy tín trong kinh doanh cũng chỉ là những phỏng đoán nhất định, không có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại xảy ra cũng như không đảm bảo được tính dự liệu trước của thiệt hại. Các khoản thiệt hại về tinh thần trong những trường hợp này khiến cho lợi ích được bù đắp vượt quá khoản lợi mong đợi của bên bị vi phạm và không có cơ sở cho sự tồn tại của vi phạm hiệu quả.

(iii) *Đối với bồi thường thiệt hại ước tính*: Bồi thường thiệt hại ước tính là một giải pháp hữu hiệu đối với vi phạm hợp đồng hiệu quả khi khó xác định và chứng minh những lợi ích mà bên bị vi phạm đã mong đợi có được từ hợp đồng. Pháp luật hợp đồng Việt Nam nên chấp nhận thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính bởi đây là những thỏa thuận trên cơ sở nguyên tắc tự do hợp đồng và không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội. Và để có cơ sở cho việc chấp nhận bồi thường thiệt hại ước tính, luận án kiến nghị:

- Pháp luật không nên đặt ra nghĩa vụ bắt buộc chứng minh thiệt hại trong mọi trường hợp mà nên cho phép các bên có quyền thiết lập những thỏa thuận khác. Cụ thể Điều 304 LTM năm 2005 có thể được thiết kế theo hướng: *“Bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải chứng minh tổn thất, mức độ tổn thất do hành vi vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”*.

- Thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính có thể được xem xét tăng hoặc giảm nếu thiệt hại thực tế vượt quá mức khoản tiền ấn định hoặc khoản tiền ấn định quá thấp không tương xứng với thiệt hại thực tế mà bên bị vi phạm phải gánh chịu.

## **CHƯƠNG 4. NHỮNG TRỞ NGẠI CỦA VIỆC THỪA NHẬN VI PHẠM HỢP ĐỒNG HIỆU QUẢ**

Như đã phân tích, vi phạm hợp đồng hiệu quả là một hành vi vi phạm mang lại hiệu quả kinh tế. Tuy nhiên, còn có rất nhiều những trở ngại và tranh cãi đặt ra đối với thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả cả trong hệ thống pháp luật Anh Mỹ lẫn hệ thống pháp luật châu Âu lục địa và pháp luật hợp đồng Việt Nam từ yếu tố đạo đức đến các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng hay sự khác biệt trong vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán. Những trở ngại mà luận án tiếp cận bao gồm cả những trở ngại về mặt nhận thức chứ không chỉ là những trở ngại về quy định của pháp luật.

### **4.1 Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ**

Buộc thực hiện nghĩa vụ là một chế tài được pháp luật hợp đồng quy định mà bên bị vi phạm có thể áp dụng đối với bên vi phạm khi có hành vi vi phạm hợp đồng diễn ra. Khi xem xét buộc thực hiện nghĩa vụ luận án tiếp cận dưới góc độ: chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ trong pháp luật không phải là trở ngại đối với vi phạm hiệu quả mà yêu cầu bắt buộc phải thực hiện đúng nghĩa vụ trong mọi trường hợp của bên bị vi phạm mới là trở ngại đối với hành vi vi phạm này. Và lúc bấy giờ quy định của pháp luật cần phải có sự cân bằng nhất định, liệu có nên tôn trọng quyền yêu cầu buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng nghĩa vụ trong mọi trường hợp không, đặc biệt khi đó là hành vi vi phạm mang lại hiệu quả hay nên để cho họ được bồi thường thiệt hại trong trường hợp này.

#### ***4.1.1 Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ trong hai hệ thống pháp luật Civil Law và Common Law***

Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ trong hợp đồng một trong những chế tài bảo vệ quyền lợi của bên bị vi phạm. Quyền buộc thực hiện hợp đồng của bên bị vi phạm áp dụng đối với bên vi phạm được cho là phát sinh từ nguyên tắc cơ bản của luật quốc tế *Pacta sunt servanda*<sup>216</sup>. Biện pháp này cho thấy hệ thống chế tài trong vi phạm hợp đồng cân bằng hiệu quả quyền giữa các bên trong quan hệ hợp đồng.

<sup>216</sup> Nguyễn Thị Lan Hương, Ngô Nguyễn Thảo Vy, Quyền buộc thực hiện hợp đồng theo quy định của Công ước Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế - Một số đề xuất cho Việt Nam, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 7/2017.

Theo đó giả sử nếu bên bán không tuân thủ những nghĩa vụ giao hàng của mình theo hợp đồng thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán thực hiện nghĩa vụ này. Ngược lại nếu bên mua vi phạm nghĩa vụ cơ bản của mình là nhận hàng và thanh toán thì bên bán cũng có quyền yêu cầu bên mua thực hiện đúng nghĩa vụ như đã thỏa thuận.

Đối với các nước theo hệ thống pháp luật Civil Law thì buộc tiếp tục thực hiện đúng hợp đồng thường được ưu tiên áp dụng<sup>217</sup>. Trong trường hợp vi phạm, kể cả trường hợp vi phạm nghiêm trọng thì chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng vẫn được áp dụng và hợp đồng không bị hủy bỏ. Đây thực sự là một rào cản đối với vi phạm hợp đồng hiệu quả. Người ta chỉ có thể nói về những vi phạm hiệu quả và kém hiệu quả khi biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng là bồi thường thiệt hại. Bởi nếu chế tài áp dụng cho vi phạm hợp đồng là buộc thực hiện đúng nghĩa vụ thì vấn đề hiệu quả trong vi phạm của người bán chỉ có thể được thảo luận trong lý thuyết bởi lẽ pháp luật sẽ buộc người bán phải thực hiện đúng nghĩa vụ với người mua bất kể lợi ích của họ tăng cao như thế nào sau khi vi phạm hợp đồng<sup>218</sup>.

Một trong những điểm đặc trưng của hệ thống pháp luật châu Âu lục địa đó là sự ảnh hưởng của Luật La Mã đối với hệ thống này xuyên suốt trong quá trình hình thành và phát triển<sup>219</sup>. Vào những năm đầu của thời kỳ La Mã, biện pháp buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng đã xuất hiện. Vào thời điểm Luật 12 bảng ra đời<sup>220</sup>, vi phạm hợp đồng hiệu quả là điều không tưởng bởi lẽ nếu một con nợ/người chưa thực hiện nghĩa vụ bị phán quyết bởi một yêu cầu khởi kiện từ bên kia thì ông ta sẽ phải chịu bán làm nô lệ hoặc tử hình<sup>221</sup>. Trong luật La Mã những lời cam kết bị ràng buộc bởi những lời thề trước Chúa, và tất cả những lời thề như thế

<sup>217</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

<sup>218</sup> Ronald J Scalise, “Why No “Efficient Breach” in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract” (2007) 55 *The American Journal of Comparative Law*, p.721.

<sup>219</sup> Nguyễn Văn Nam, Luật La mã trong sự hình thành và phát triển của hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 03/2006.

<sup>220</sup> Sự ra đời của Luật La Mã được tính từ khoảng thế kỷ thứ V trước công nguyên, đó là thời kỳ ra đời của Luật 12 bảng vào năm 449 trước công nguyên.

<sup>221</sup> Ronald J Scalise, tldd.

phải được thực thi<sup>222</sup>. Theo thời gian, biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng đã trở nên mềm dẻo hơn, theo đó thẩm phán không buộc người có nghĩa vụ phải bàn giao vật cụ thể mà giá trị của nó có thể được ước tính bằng tiền<sup>223</sup>. Tuy nhiên sự ước tính bằng tiền vẫn là sự ưu tiên thứ yếu.

Dưới sự ảnh hưởng này của Luật La Mã, BLDS Pháp và của Đức cũng đã có những quy định tương tự. Trong BLDS của Pháp, bên bị vi phạm có quyền lựa chọn buộc bên kia thực hiện thỏa thuận khi có thể hoặc yêu cầu bồi thường cho các thiệt hại của mình<sup>224</sup>. Mặc dù điều 1184 đã đưa ra cho bên bị vi phạm sự lựa chọn nhưng bồi thường thiệt hại vẫn là sự lựa chọn thứ yếu sau buộc thực hiện đúng nghĩa vụ. Đối với pháp luật dân sự Pháp, buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng là quyền vốn có trong bản chất của tất cả các nghĩa vụ<sup>225</sup>. Pháp luật của Đức cũng bắt đầu với quyền ưu tiên thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng. BLDS Đức - “Bürgerliches Gesetzbuch” (BGB) quy định người chấp nhận giao ước có quyền yêu cầu người giao ước thực hiện đúng nghĩa vụ của mình<sup>226</sup>.

Khác với các nước thuộc hệ thống luật Civil Law, hệ thống pháp luật Common Law quan tâm đến bồi thường thiệt hại hơn là buộc thực hiện đúng hợp đồng<sup>227</sup>. Đối với các quốc gia theo hệ thống luật này thì bồi thường thiệt hại là biện pháp được ưu tiên lựa chọn áp dụng<sup>228</sup>. Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng không phải là một chế tài thông thường, mà chỉ khi việc bồi thường thiệt hại tỏ ra không thích hợp thì mới áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng<sup>229</sup>. Cụ thể, việc buộc thực hiện đúng hợp đồng chỉ được xem xét dưới góc độ luật công bằng và chỉ áp dụng trong những trường hợp hạn chế (đối tượng của hợp đồng là duy nhất hoặc không thể dễ dàng được thay thế trên thị trường) nếu việc

<sup>222</sup> Ronald J Scalise, tldd.

<sup>223</sup> Gaius, *Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius* (Oxford Clarendon Press 1904) p.48 (Dịch và giới thiệu bởi William M. Gordon & Olivia F. Robinson, 1988).

<sup>224</sup> Điều 1184 Bộ luật Dân sự Pháp - Code Civil

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000006436635/1804-02-17](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006436635/1804-02-17), truy cập 26/2/2021.

<sup>225</sup> John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *Principles of French Law* (Oxford University Press 2000), p.346.

<sup>226</sup> Điều 241 Bộ luật Dân sự Đức - Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (n 158) [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html), truy cập 26/2/2021.

<sup>227</sup> Nguyễn Thị Thanh Huyền (2017), tldd.

<sup>228</sup> Ronald J Scalise, tldd.

<sup>229</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.



bồi thường thiệt hại không đảm bảo cho bên bị vi phạm được đặt vào vị trí như khi hợp đồng được thực hiện đúng<sup>230</sup>. Từ góc độ này có thể nhận thấy bản thân việc vi phạm hợp đồng không bị buộc phải thực hiện hợp đồng đến cùng mà thay vào đó có thể đền bù để giải phóng khỏi nghĩa vụ hợp đồng<sup>231</sup>.

Theo Bộ pháp điển hóa về hợp đồng xuất bản lần thứ hai của Hoa Kỳ (Restatement (Second) of Contracts), buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng chỉ được áp dụng hạn chế trong một số trường hợp thông qua các phán quyết của tòa án. Biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng thông thường vẫn là bồi thường cho những khoản lợi mong đợi<sup>232</sup>. Chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ chỉ được áp dụng khi biện pháp bồi thường thiệt hại là không thỏa đáng<sup>233</sup>. Bồi thường thiệt hại có thể không thỏa đáng trong những trường hợp (i) khó khăn trong việc chứng minh thiệt hại một cách chắc chắn và hợp lý; (ii) hàng hóa đó là vật đặc định và không thể mua được sản phẩm khác thay thế; (iii) khó khăn trong việc thống kê các khoản thiệt hại<sup>234</sup>. Một trong những lý do khiến chế tài này ít được sử dụng là bởi sự khó thực thi trên thực tế của nó<sup>235</sup>. Theo điều 2 Bộ LTM thống nhất Hoa Kỳ (UCC) áp dụng cho việc mua bán hàng hóa, buộc thực hiện đúng nghĩa vụ có thể được áp dụng một cách phổ biến hơn trong Bộ pháp điển hóa. Tuy nhiên nó vẫn là biện pháp chỉ được áp dụng khi hàng hóa là duy nhất không thể thay thế hoặc trong một số trường hợp đặc biệt khác<sup>236</sup>.

Tuy nhiên hiện nay nhiều quan điểm cho rằng sự khác biệt giữa hệ thống Luật Anh – Mỹ và Luật Châu Âu lục địa về buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp

<sup>230</sup> Nguyễn Thị Thanh Huyền, Bàn về cơ sở tồn tại và vấn đề giới hạn phạm vi áp dụng của chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 3/2021.

<sup>231</sup> Nguyễn Thị Thanh Huyền (2021), t.đđ.

<sup>232</sup> Steven Shavell (2005), “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis.”, t.đđ.

<sup>233</sup> Xem Điều 359 “Restatement (Second) of Contracts (Bộ pháp điển hóa về hợp đồng xuất bản lần thứ hai của Hoa Kỳ)” <https://matthewminer.name/law/outlines/1L/2nd+Semester/LAW+506-002+%E2%80%93+Contracts+II/R2C+%C2%A7+359>, truy cập 16/2/2021.

<sup>234</sup> Xem điều 360 “Restatement (Second) of Contracts (Bộ pháp điển hóa về hợp đồng xuất bản lần thứ hai của Hoa Kỳ)”, <https://matthewminer.name/law/outlines/1L/2nd+Semester/LAW+506-002+%E2%80%93+Contracts+II/R2C+%C2%A7+360>, truy cập 26/2/2021.

<sup>235</sup> Steven Shavell (2005), “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis.”, t.đđ.

<sup>236</sup> Steven Shavell (2005), “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis.”, t.đđ.

đồng chỉ còn có ý nghĩa về mặt lý thuyết chứ không tồn tại mấy sự khác biệt trong thực tiễn<sup>237</sup>. Điều này có nghĩa là các tòa án của các quốc gia áp dụng Luật Anh - Mỹ như Mỹ, Canada và Úc không có nghĩa vụ phải ra phán quyết buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng. Trong nhiều trường hợp pháp luật các quốc gia thuộc hệ thống dân luật cũng ưu tiên sử dụng biện pháp bồi thường thiệt hại hơn buộc thực hiện đúng hợp đồng bởi liên quan đến vấn đề về chi phí giao dịch<sup>238</sup>.

Ở Pháp, mặc dù các quy định về buộc thực hiện đúng hợp đồng ngày càng được áp dụng linh hoạt thì tiền bồi thường vẫn là một đặc điểm rất quan trọng trong thực tiễn hiện nay<sup>239</sup>. Đồng thời trong BLDS Pháp hiện hành, buộc thực hiện đúng hợp đồng không phải là giải pháp ưu chuộng cho các nghĩa vụ phải thực hiện (de faire) hoặc nghĩa vụ không phải thực hiện (de ne pas faire)<sup>240</sup>. Tương tự như vậy, trong pháp luật dân sự Đức, chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ cũng không thể áp dụng nếu đó là nghĩa vụ không thể thực hiện được. Khái niệm về khả năng không thể thực hiện được trong luật pháp của Đức bắt nguồn từ câu châm ngôn La Mã "*impossibilium nulla est obligatio*" - "Không có nghĩa vụ pháp lý đối với việc không thể thực hiện được"<sup>241</sup>.

Còn đối với Công ước Viên 1980 (CISG) về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế thì có quy định hài hoà hơn. Điều 46 quy định người mua có thể yêu cầu người bán thực hiện nghĩa vụ, song Điều 28 quy định Tòa án không bị ràng buộc để đưa ra phán quyết cho việc thực hiện đúng nghĩa vụ trừ khi tòa án có thể thực hiện theo luật của riêng mình đối với các hợp đồng bán hàng tương tự<sup>242</sup>.

<sup>237</sup> Henrik Lando and Caspar Rose, "On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries" (2004) 24 *International Review of Law and Economics*, p. 473.

<sup>238</sup> Nghiên cứu của Henrik Lando và Caspar Rose trong *On the enforcement of specific performance in Civil Law countries*, *International Review of Law and Economics* 24 (2004), tr.473-487 chỉ ra rằng trên thực tế Tòa án các quốc gia Đan Mạch, Đức, Pháp đều ưu tiên áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại hơn buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng bởi lý do chi phí thực thi đối với việc buộc thực hiện đúng nghĩa vụ quá tốn kém.

<sup>239</sup> Ronald J Scalise, tldd.

<sup>240</sup> Xem Điều 1142 Bộ luật Dân sự Pháp - Code Civil: Bất kỳ nghĩa vụ nào đó phải thực hiện hoặc không phải thực hiện đều được giải quyết theo thiệt hại trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện.

<sup>241</sup> Ronald J Scalise, tldd.

<sup>242</sup> Xem Điều 46 và Điều 28 "Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế".

#### **4.1.2 Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ trong pháp luật hợp đồng Việt Nam**

Vì bị ảnh hưởng bởi hệ thống dân luật nên tinh thần liên quan đến chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ vẫn được thể hiện rõ trong pháp luật hợp đồng Việt Nam. *Buộc thực hiện đúng hợp đồng là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh*<sup>243</sup>.

Theo quy định tại Khoản 2 Điều 356 BLDS năm 2015, *trường hợp nghĩa vụ giao vật cùng loại không được thực hiện thì bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm phải giao vật cùng loại khác; nếu không có vật cùng loại khác thay thế thì phải thanh toán giá trị của vật*. Quy định nói trên có thể hiểu theo hai cách: *thứ nhất*, bên vi phạm phải thực hiện đúng nghĩa vụ giao vật cùng loại chừng nào vẫn còn vật cùng loại và chỉ khi nào không còn vật cùng loại thì mới được phép thanh toán giá trị của vật; *thứ hai*, bên bị vi phạm được quyền lựa chọn, hoặc là bắt bên vi phạm thực hiện đúng nghĩa vụ giao vật, hoặc là yêu cầu bên vi phạm thanh toán giá trị của vật<sup>244</sup>.

Hoặc tại Khoản 1, Điều 358 BLDS năm 2015, *trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện một công việc mà mình phải thực hiện thì bên có quyền có thể yêu cầu bên có nghĩa vụ tiếp tục thực hiện hoặc tự mình thực hiện hoặc giao người khác thực hiện công việc đó và yêu cầu bên có nghĩa vụ thanh toán chi phí hợp lý, bồi thường thiệt hại*. Cũng theo quy định nói trên thì buộc thực hiện nghĩa vụ cũng được coi là biện pháp ưu tiên.

Với quy định của LTM năm 2005, *trường hợp bên vi phạm giao thiếu hàng hoặc cung ứng dịch vụ không đúng hợp đồng thì phải giao đủ hàng hoặc cung ứng dịch vụ theo đúng thoả thuận trong hợp đồng*. *Trường hợp bên vi phạm giao hàng hoá, cung ứng dịch vụ kém chất lượng thì phải loại trừ khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ hoặc giao hàng khác thay thế, cung ứng dịch vụ theo đúng hợp đồng*<sup>245</sup>. Và đặc biệt, luật quy định bên vi phạm chỉ được dùng tiền hoặc hàng

<sup>243</sup> Khoản 1 Điều 297 Luật Thương mại năm 2005.

<sup>244</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

<sup>245</sup> Khoản 2 Điều 297 Luật Thương mại năm 2005.

khác chủng loại, loại dịch vụ để thay thế nếu được sự chấp thuận của bên bị vi phạm<sup>246</sup>.

Như vậy với các cách tiếp cận tại khoản 2 Điều 356 và Khoản 1 Điều 358 BLDS 2015, Khoản 2 Điều 297 LTM năm 2005, có thể nhận thấy rằng, có vẻ pháp luật đang trao cho bên bị vi phạm trước hết là quyền yêu cầu thực hiện đúng nghĩa vụ giao vật. Và chừng nào nghĩa vụ giao vật không thể thực hiện được thì mới áp dụng biện pháp khác - thanh toán giá trị của vật<sup>247</sup>. Thực tiễn xét xử cũng đã thể hiện tinh thần này, cụ thể tại phán quyết trọng tài về tranh chấp do giao hàng có khuyết tật giữa nguyên đơn là người mua Việt Nam và bị đơn là người bán Trung Quốc<sup>248</sup>:

Ngày 3/8/1997, nguyên đơn và Bị đơn đã ký hợp đồng mua bán quốc tế số 0014/97, theo đó nguyên đơn mua của bị đơn hai máy thêu trị giá 136.000USD. Thực hiện hợp đồng, ngày 16/8/1997 bị đơn đã giao hai máy thêu cho nguyên đơn, máy đã được lắp đặt và đưa vào sử dụng. Trong quá trình sử dụng, máy có nhiều hỏng hóc, bị đơn đã cử chuyên gia sang Việt Nam sửa chữa nhưng không thành công. Sau một quá trình giám định và giải quyết qua lại giữa hai bên, nguyên đơn đã khởi kiện trong đó có yêu cầu trả lại hai máy thêu và lấy lại tiền bên cạnh các yêu cầu bồi thường thiệt hại khác.

Về yêu cầu trả lại hai máy, đòi lại tiền hàng của nguyên đơn, trọng tài đã có phán quyết: *“Khi phát hiện hai máy thêu có khuyết tật, bị hỏng hóc trong thời hạn bảo hành, nguyên đơn đã yêu cầu bị đơn thay thế hai máy này bằng hai máy có phẩm chất đúng như quy định của hợp đồng và bị đơn đã chấp nhận yêu cầu này của nguyên đơn. Như vậy, phương án thay thế hai máy là phương án phù hợp với ý chí của hai bên. Mặt khác, phương án trả lại hai máy, lấy lại tiền hàng thông thường được áp dụng khi người mua không thể thay thế được máy khác. Phương án thay thế hai máy có khuyết tật phù hợp với pháp luật Việt Nam và pháp luật*

<sup>246</sup> Xem Khoản 2 Điều 297 Luật Thương mại năm 2005.

<sup>247</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

<sup>248</sup> Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC), 50 Phán quyết trọng tài quốc tế chọn lọc, tldd; Xem thêm Phán quyết liên quan đến tranh chấp do hành có khuyết tật <<http://hocvientuphap.edu.vn/tttuvanphapluat/gocnghiepvu/Pages/phan-quyet-tieu-bieu.aspx?ItemID=10>>, truy cập 18/8/2021.

của các nước. Vì vậy, trọng tài không chấp nhận yêu cầu trả lại hai máy, đòi lại tiền hàng của nguyên đơn, mà quyết định buộc bị đơn phải thay thế hai máy mới phù hợp với quy định của hợp đồng cho nguyên đơn và phải chịu các chi phí thay thế”<sup>249</sup>. Như vậy, có thể thấy rằng buộc thực hiện đúng nghĩa vụ cũng là biện pháp được ưu tiên trong thực tiễn xét xử.

Việc bắt buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng giúp giữ đúng được lợi ích của bên bị vi phạm nhưng trong một số trường hợp sẽ khiến cho lợi ích của bên vi phạm và tổng lợi ích xã hội bị giảm sút. Đồng thời yêu cầu này thường sẽ làm gia tăng chi phí giao dịch<sup>250</sup>. Các khoản chi phí đó có thể bao gồm:

*Thứ nhất*, chi phí để xác định rõ nghĩa vụ của bị đơn. Nếu biện pháp buộc thực hiện đúng nghĩa vụ được áp dụng thì biện pháp này thường phải được thực hiện chính xác với những gì đã được thỏa thuận trong hợp đồng. Điều này có thể gây tốn kém cho Tòa án vì trong một số trường hợp cần phải xác định rõ nghĩa vụ chính xác của bị đơn là nghĩa vụ gì. Mặt khác nếu áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại thì chi phí xác định số tiền thiệt hại cũng có thể được đặt ra, tuy nhiên dường như chi phí này không cao hơn so với chi phí để liệt kê chính xác các nghĩa vụ bởi lẽ nguyên đơn có nghĩa vụ chứng minh về những thiệt hại mà mình yêu cầu.

*Thứ hai*, chi phí liên quan đến việc cưỡng chế thực hiện. Nếu bị đơn không thực hiện theo phán quyết của Tòa án thì có thể sẽ bị cưỡng chế thi hành, tuy nhiên việc cưỡng chế thi hành đối với biện pháp bồi thường thiệt hại thường tương đối đơn giản và tốn ít chi phí hơn so với buộc thực hiện đúng nghĩa vụ vì tài sản của bị đơn có thể bị tịch thu để đảm bảo nghĩa vụ bồi thường trong trường hợp cần thiết. Trong khi đó để có được thông tin về việc các nghĩa vụ của bị đơn đã được thực thi đến đâu là điều không mấy dễ dàng và tốn kém.

*Thứ ba*, biện pháp buộc thực hiện đúng nghĩa vụ có khả năng sẽ làm phát sinh chi phí cho các vụ kiện tiếp theo khi mà mối quan hệ giữa các bên đã trở nên

<sup>249</sup> Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC), Phán quyết liên quan đến tranh chấp do hành có khuyết tật, tldd.

<sup>250</sup> Steven Shavell (2005), “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis.”, tldd.

không còn tốt đẹp và bị đơn phải thực hiện một công việc mà mình không mong muốn. Theo lẽ thường thì khi miễn cưỡng thực hiện một công việc ngoài ý muốn của mình thì hiệu quả thường sẽ không cao, điều này có thể làm phát sinh những vụ kiện sau đó nữa khi nguyên đơn cho rằng bị đơn đã vẫn không thực hiện đúng nghĩa vụ.

*Thứ tư*, bắt buộc phải thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng khi mà sự vi phạm mang lại hiệu quả cũng có nghĩa là sự lãng phí trong sử dụng của cải, thời gian. Nếu thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả và áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại thay vì áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng thì thời gian và của cải đó sẽ được sử dụng cho việc khác hữu ích hơn.

Hơn nữa việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng còn phải dựa trên từng biện pháp cụ thể đối với từng trường hợp vi phạm. Cụ thể, khi một bên vi phạm nghĩa vụ giao hàng, cung ứng dịch vụ kém chất lượng, không phù hợp với hợp đồng, quyền buộc thực hiện đúng hợp đồng của bên bị vi phạm sẽ được cụ thể thành hai quyền yêu cầu với hình thức thực hiện khác nhau: (i) quyền yêu cầu sửa chữa, khắc phục (hay còn gọi là loại trừ khuyết tật của hàng hóa, thiếu sót của dịch vụ theo quy định của LTM năm 2005); (ii) quyền yêu cầu thay thế hàng hóa. Tuy nhiên, liệu rằng bên bị vi phạm có thể tự do lựa chọn một trong hai quyền này để yêu cầu bên vi phạm phải thực thi hay việc lựa chọn quyền nào còn phải đáp ứng các điều kiện nhất định.

Thiết nghĩ, việc lựa chọn buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hay không và biện pháp nào trong buộc thực hiện đúng nghĩa vụ cũng cần phải dựa trên sự cân nhắc về yếu tố chi phí của sự khắc phục. Nếu chi phí khắc phục cao hơn so với việc cung cấp hàng hóa thay thế hoặc nếu chi phí phát sinh từ việc khắc phục/ thay thế không tương xứng với lợi ích mà bên mua có thể nhận được từ việc loại bỏ các tồn thất đối với hàng hóa thì việc khắc phục được xem là không hợp lý<sup>251</sup>. Thêm vào đó, nếu đối tượng của hợp đồng là vật cùng loại thì bên vi phạm có thể dễ dàng tìm mặt hàng thay thế, nhưng nếu đó là vật đặc định thì rất khó có thể đáp ứng được yêu cầu thay thế của bên bị vi phạm. Trong trường hợp này, nếu xét thấy

<sup>251</sup> Nguyễn Thị Lan Hương, Ngô Nguyễn Thảo Vy, tldđ.

việc thay thế một vật đặc định trở nên không hợp lý về tính khả thi và chi phí thực hiện thì rõ ràng bên bị vi phạm không thể cứng nhắc áp dụng các quy định về buộc thực hiện đúng nghĩa vụ đối với bên bị vi phạm<sup>252</sup>. Tiếp theo, bên cạnh yếu tố về chi phí thì nguyên tắc thiện chí khi thực hiện hợp đồng cũng cần được xem là giới hạn của yêu cầu buộc thực hiện nghĩa vụ, đặc biệt khi một bên sử dụng chế tài này nhằm trục lợi chi phí của bên còn lại – cụ thể như khi bên mua buộc thực hiện đúng hợp đồng chứ không cho phép bồi thường thiệt hại khi giá cả tăng cao<sup>253</sup>.

Trong nghiên cứu của mình, Steven Shavell đã trả lời câu hỏi khi nào các bên muốn bồi thường thiệt hại để khắc phục sự vi phạm và khi nào thì buộc thực hiện đúng nghĩa vụ sẽ được ưu tiên bằng việc phân biệt hai loại hợp đồng (i) hợp đồng sản xuất hàng hóa và (ii) hợp đồng chuyển giao sở hữu<sup>254</sup>. Theo ông, đối với những vi phạm hợp đồng sản xuất hàng hóa thì các bên có xu hướng lựa chọn bồi thường thiệt hại về cơ bản là do các vấn đề sẽ phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng nếu chi phí sản xuất quá cao. Ngược lại, các bên sẽ thường lựa chọn chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng đối với hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu một phần bởi không có vấn đề phát sinh từ chi phí sản xuất khi tài sản đã tồn tại<sup>255</sup>. Bởi lẽ, các bên cần ưu tiên cho sự tối đa hóa lợi ích chung khi lựa chọn các biện pháp khắc phục hợp đồng<sup>256</sup>.

Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ sẽ làm giảm lợi ích chung bởi lẽ khi việc thực hiện hợp đồng trở nên tốn kém thậm chí vượt quá lợi ích của bên bị vi phạm, trên thực tế người bán cũng có thể thương lượng với người mua để thay đổi biện pháp khắc phục nhưng điều đó sẽ làm phát sinh chi phí cho việc thương lượng và có thể còn không đi đến được một thỏa thuận. Trong khi đó với bồi thường thiệt hại nếu việc thực hiện hợp đồng gây quá nhiều bất lợi thì bên có nghĩa vụ sẽ vi phạm và bồi thường thiệt. Điều này sẽ khiến cho các bên tránh được những chi phí

<sup>252</sup> Nguyễn Thị Lan Hương, Ngô Nguyễn Thảo Vy, tldd.

<sup>253</sup> John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3th edition, Kluwer Law International 2009), p.304–312.

<sup>254</sup> Steven Shavell (2005), “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis.” tldd.

<sup>255</sup> Steven Shavell (2005), “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis.” tldd.

<sup>256</sup> Steven Shavell (2005), “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis.” tldd.

cho việc thương lượng cũng như những chi phí của việc thực thi đúng nghĩa vụ hợp đồng.

Khi có vi phạm hợp đồng hiệu quả, bên bị vi phạm có hai sự lựa chọn: i) chấp nhận cho bên kia vi phạm, bồi thường thiệt hại; ii) bắt buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng hợp đồng. Lựa chọn nào cũng khiến cho bên bị vi phạm có khoản lợi như nhau. Với tư cách là người có lý trí bên bị vi phạm sẽ chấp nhận cho bên kia vi phạm hợp đồng, bởi lẽ họ không phải làm gì mà vẫn nhận được khoản lợi mong đợi. Tuy nhiên không phải bao giờ bên bị vi phạm cũng chọn cách đó. Chúng ta biết rằng, con người không phải bao giờ cũng hành động theo lý trí, mà trong nhiều trường hợp hành vi của họ bị chi phối bởi cảm xúc. Thường thì bên bị vi phạm không mấy dễ chịu đối với bên vi phạm, đặc biệt là khi sự vi phạm này mặc dù vẫn mang lại cho bên bị vi phạm khoản lợi mà họ mong đợi, nhưng mang lại cho bên vi phạm nhiều lợi ích hơn so với khi bên vi phạm thực hiện hợp đồng. Chính cảm xúc này làm cho bên bị vi phạm bắt buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng hợp đồng<sup>257</sup>.

Bên bị vi phạm không chấp nhận vi phạm hiệu quả còn có lý do là con người vốn dĩ không muốn người khác được lợi nhiều hơn mình, nhất là khoản lợi đó do vi phạm mà có. Bản chất của con người vốn dĩ là ích kỷ, hành vi của con người vốn dĩ là tìm kiếm lợi ích cho chính mình. Thomas Hobbes cho rằng mỗi hành vi mà chúng ta thực hiện dù có vẻ ngoài là tử tế hoặc vị tha thì thực ra cũng là nhằm mục đích vị lợi<sup>258</sup>. Cũng chính bởi bản tính ích kỷ và đố kỵ của con người mà bên bị vi phạm sẽ khó có thể chịu nổi với ý nghĩ bên kia đã vi phạm hợp đồng mà còn được nhiều lợi ích hơn mình. Chính vì vậy điều họ mong muốn trong những hoàn cảnh này thường là buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng. Rõ ràng như đã phân tích ở trên, yêu cầu buộc thực hiện đúng hợp đồng

<sup>257</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

<sup>258</sup> Thomas Hobbes, "Chapter XVI Of Person, Authors, and Things Personated", *Leviathan or the matter forme and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*  
<<https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A43998.0001.001/1:8.16?rgn=div2;view=fulltext>> truy cập 18/8/2021.



không phải là sự khuyến khích sự lựa chọn hiệu quả của hành vi mà nó cản trở hành vi vi phạm mang lại hiệu quả<sup>259</sup>.

Lúc bấy giờ, xét dưới góc độ kinh tế thì việc buộc thực hiện đúng nghĩa vụ có thể giữ nguyên được lợi ích của bên bị vi phạm song lợi ích của bên vi phạm và tổng lợi ích xã hội sẽ bị giảm xuống so với việc thừa nhận vi phạm hiệu quả. Chính vì lẽ đó sự can thiệp của pháp luật trong những hoàn cảnh này là cần thiết. Nếu pháp luật cho phép bên bị vi phạm được quyền yêu cầu buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng nghĩa vụ trong mọi trường hợp thì như đã nói đây là một trở ngại rất lớn đối với vi phạm hiệu quả. Hiện nay, Điều 352 BLDS năm 2005 dường như đang cho phép bên vi phạm yêu cầu điều đó với quy định: “Khi bên có nghĩa vụ thực hiện không đúng nghĩa vụ của mình thì bên có quyền được yêu cầu bên có nghĩa vụ tiếp tục thực hiện nghĩa vụ.”

Sự can thiệp này của pháp luật cũng hoàn toàn phù hợp với tư tưởng luật tự nhiên: quyền tự nhiên của con người đó là quyền được làm những gì có lợi cho bản thân miễn không xâm hại đến lợi ích của người khác. Theo quan điểm của John Locke, sự không xâm hại lẫn nhau về “cuộc sống, sức khỏe, tự do và tài sản” này chính là sự giới hạn của luật tự nhiên lên quyền tự nhiên của con người<sup>260</sup>. Người bán vi phạm hợp đồng để mang lại lợi ích cao hơn cho bản thân mình và đồng thời không làm giảm đi lợi ích của người mua khi những khoản lợi, thậm chí là khoản lợi mong đợi của người mua đều được đền bù thỏa đáng. Nếu ai cũng nhận thức được rằng việc có thực hiện hợp đồng hay không không quan trọng, miễn sao họ vẫn có được khoản lợi ích dự kiến của mình thì không cần đến sự quy định của luật pháp. Chính vì lẽ đó trong một số trường hợp, xét cả dưới góc độ kinh tế và cả dưới góc độ đạo đức thì việc pháp luật thừa nhận vi phạm hiệu quả nhằm nâng cao lợi ích của các bên và tổng lợi ích xã hội là điều cần thiết.

Pháp luật hợp đồng Việt Nam, cụ thể là BLDS năm 2015 có vẻ đã thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả khi cho phép một bên hủy hợp đồng, đơn phương chấm dứt hợp đồng và bồi thường thiệt hại khi có sự vi phạm hợp đồng

<sup>259</sup> Melvin A Eisenberg (2005), tldd.

<sup>260</sup> Dẫn theo Raymond Wacks, Triết học luật pháp (Kiều Tùng dịch) (Nxb Tri thức 2011), tr.28.

diễn ra. Và đồng thời theo quy định tại Khoản 5 Điều 427 và Điều 428 BLDS năm 2015, trường hợp việc hủy bỏ hợp đồng hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng mà không do sự vi phạm của bên kia thì bên hủy bỏ hợp đồng, đơn phương chấm dứt hợp đồng được xác định là bên vi phạm nghĩa vụ và phải thực hiện trách nhiệm dân sự do không thực hiện đúng nghĩa vụ theo quy định của Bộ luật này, luật khác có liên quan.

Tuy nhiên đồng thời với các quy định nói trên, thì như đã phân tích, BLDS năm 2015 và LTM năm 2005 cũng quy định rằng, khi có sự vi phạm của một bên thì pháp luật cũng trao cho bên bị vi phạm quyền yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng nghĩa vụ. Chừng nào nghĩa vụ giao vật không thể thực hiện được thì mới áp dụng biện pháp khác - thanh toán giá trị của vật. Có thể thấy rằng các quy định này gần như không thừa nhận vi phạm hiệu quả.

Từ những phân tích và lập luận trên, tác giả đồng ý với quan điểm, theo đó vi phạm hiệu quả có thể cùng tồn tại với quy tắc bồi thường thiệt hại, nhưng không thể tồn tại với quy tắc buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng<sup>261</sup>. Lý thuyết vi phạm hiệu quả sẽ cung cấp một cơ sở lý luận để thu hẹp và giới hạn buộc thực hiện đúng nghĩa vụ bởi vì biện pháp khắc phục này cản trở hành vi vi phạm mang lại hiệu quả<sup>262</sup>. Khi buộc thực hiện đúng nghĩa vụ vẫn còn được coi là biện pháp ưu tiên và bên bị vi phạm có thể buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng nghĩa vụ trong mọi trường hợp như tinh thần của Điều 352 BLDS năm 2015 thì vi phạm hiệu quả khó có thể được thừa nhận. Do vậy, pháp luật không nên đặt ra sự ưu tiên áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng đối với những trường hợp sự vi phạm là hiệu quả. Khi thực hiện đúng nghĩa vụ làm phát sinh nhiều chi phí hơn so với lợi ích mà bên bị vi phạm thu được trong hợp đồng thì rõ ràng sự vi phạm và bồi thường thiệt hại là giải pháp mang lại hiệu quả tối ưu.

#### **4.2 Thu hồi lợi ích có được do hành vi sai trái**

<sup>261</sup> Qi Zhou, "Is Seller's Efficient Breach Possible under English Law" SSRN Electronic Journal <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1012005>> truy cập 18/8/2021.

<sup>262</sup> Melvin A Eisenberg (2005), tđđ.

#### 4.2.1 Thu hồi lợi ích có được do hành vi sai trái (*disgorgement*) trong pháp luật hợp đồng Anh – Mỹ

Trong pháp luật hợp đồng của Anh Mỹ có một loại trách nhiệm pháp lý đó là *disgorgement* – (tạm dịch là yêu cầu thu hồi lợi ích có được do hành vi sai trái). *Disgorgement* được định nghĩa trong từ điển luật học Black's Law là: “hành động từ bỏ một cái gì đó (chẳng hạn như lợi nhuận thu được bất hợp pháp) theo yêu cầu hoặc bắt buộc pháp lý”<sup>263</sup>. Đối với pháp luật Anh thì trách nhiệm buộc từ bỏ lợi ích có được do vi phạm này xuất phát từ án lệ có tên *Attorney General v. Blake*<sup>264</sup>. Theo đó George Blake là một thành viên của cơ quan tình báo thuộc chính phủ Anh. Ông đã có một hợp đồng với chính phủ về việc không được phép công khai bất kỳ thông tin nào liên quan đến công việc tình báo của mình. Tuy nhiên sau đó George Blake đã vi phạm hợp đồng để xuất bản một quyển sách liên quan đến hoạt động tình báo của mình và chính phủ Anh đã tìm cách truy thu toàn bộ lợi ích mà George Blake có được từ hoạt động xuất bản sách này. Tòa án đã ban hành quyết định về việc thu hồi toàn bộ lợi nhuận có được từ sự vi phạm này.

Trong “*The disgorgement interest in contract law*”, Melvin A. Eisenberg cũng đã thảo luận rất kỹ về sự tồn tại của biện pháp tịch thu toàn bộ lợi ích do vi phạm này trong hệ thống luật tư. Cụ thể hành vi sai trái cũng bao gồm cả hành vi vi phạm hợp đồng. Theo đó việc chỉ đề cập đến 3 lợi ích của người bị vi phạm cần được bảo vệ bao gồm (i) lợi ích phục hồi (*restitution interest*), (ii) lợi ích tin tưởng (*reliance interest*), (iii) khoản lợi mong đợi (*expectation interest*)<sup>265</sup> là chưa đủ mà phải bao gồm cả lợi ích mà người bị vi phạm phải từ bỏ do có được từ sự vi phạm lời hứa của mình (*disgorgement interest*)<sup>266</sup>.

Mặc dù pháp luật Anh Mỹ đều ghi nhận và áp dụng biện pháp yêu cầu thu hồi toàn bộ lợi ích người bán có được từ hành vi sai trái<sup>267</sup>, tuy nhiên Tòa án thường không ưu tiên lựa chọn mà thường chỉ được áp dụng trong các trường hợp

<sup>263</sup> Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (10th edn, Thomson West 2014), p.568.

<sup>264</sup> “Attorney General v. Blake and Another [2000] UKHL 45 | Practical Law”.

<sup>265</sup> Xem Điều 344 Restatement (Second) of Contracts (Bộ pháp điển hóa về hợp đồng xuất bản lần thứ hai của Hoa Kỳ).

<sup>266</sup> Mathias Siems, “Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis” (2005) 7 *Edinburgh Law Review*, p.27.

<sup>267</sup> Disgorgement được thể hiện trong pháp luật Mỹ tại Mục 16B Luật giao dịch chứng khoán năm 1934

hành vi sai trái liên quan đến vấn đề ủy quyền và quyền sở hữu<sup>268</sup>. Đối với vấn đề vi phạm liên quan đến ủy quyền, người được ủy quyền đã tạo ra lợi ích cá nhân từ việc sử dụng tài sản, thông tin, vị trí mà mình có được nhờ sự ủy quyền, vì thế việc thu hồi lợi ích này là hoàn toàn hợp lý mặc dù bên ủy quyền có thể không chịu bất kỳ sự thiệt hại nào<sup>269</sup>.

Liên quan đến vấn đề quyền sở hữu, có thể hình dung nếu quyền sở hữu tài sản đã được chuyển sang cho người mua trước khi người bán vi phạm thì biện pháp bồi thường hoàn trả lại lợi ích được áp dụng. Bởi lẽ, một người khi bán tài sản mà không thuộc sở hữu của mình là vi phạm pháp luật. Khi quyền sở hữu đã được chuyển giao từ người bán sang người mua thì việc bán hàng bất hợp pháp đó của người mua còn vi phạm đến pháp luật về trách nhiệm ngoài hợp đồng (Tort Law)<sup>270</sup>. Hành vi bán hàng thuộc sở hữu của người khác bị coi là hành vi chiếm đoạt tài sản và cần thiết phải trả toàn bộ số tiền thu được từ việc bán lại tài sản đó.

Sự đền bù bằng việc thu hồi những lợi ích có được do vi phạm (*disgorgement remedy*) tồn tại trong hệ thống pháp luật Anh Mỹ, tuy nhiên việc áp dụng biện pháp này là không nhiều. Điều này có thể lý giải là do thu hồi lợi ích có được do sự vi phạm cũng như biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng đều là những sự lựa chọn thứ yếu mà khoản lợi mong đợi mới là thứ được ưu tiên hàng đầu. Và hơn nữa trong một số trường hợp thu hồi lợi ích có được do sự vi phạm (*disgorgement*) và bồi thường khoản lợi mong đợi (*expectation damages*) sẽ là tương đương bởi vì sau khi người bán đã trả khoản bồi thường khoản lợi mong đợi thì họ cũng không còn lợi ích gì để hoàn lại nữa. Có thể vấn đề thu hồi lợi ích sẽ phát sinh tuy nhiên nó không phải với trường hợp vi phạm hiệu quả. Thu hồi lợi ích có được do sự vi phạm (*disgorgement*) sẽ là không cần thiết khi nếu hàng hóa là vật đồng loại và không hề khan hiếm trên thị trường thì người mua thứ hai sẽ không thể trả cho người bán mức giá cao hơn giá thị trường. Lúc này lợi ích bên bán thu được khi bán cho bên thứ ba sẽ là chênh lệch giữa giá thị trường với giá

<sup>268</sup> Mathias Siems, tldđ.

<sup>269</sup> Melvin A Eisenberg, “The Disgorgement Interest in Contract Law” [2006] Michigan Law Review, p.559.

<sup>270</sup> Qi Zhou, tldđ.

bán cho người mua. Tuy nhiên sự chênh lệch này cũng là thước đo khoản lợi mong đợi của người mua. Vì thế khi bồi thường khoản lợi mong đợi xong thì người bán cũng không còn lợi ích gì thêm để thu hồi. Giả sử hàng hóa là vật đặc định hoặc người thứ ba trả cho người bán mức giá cao hơn cả giá thị trường, lúc bấy giờ người mua có thể sẽ có lợi hơn yêu cầu Tòa án thu hồi lợi ích của người bán so với yêu cầu bồi thường khoản lợi mong đợi. Tuy nhiên để áp dụng biện pháp yêu cầu thu hồi lợi ích có được do sự vi phạm hợp đồng là điều không hề dễ dàng, bởi lẽ người mua sẽ rất khó khăn trong việc xác định tổng những lợi ích mà người bán có được từ sự vi phạm, có khi lợi ích đó không chỉ dừng lại ở chênh lệch giá hợp đồng và biện pháp này sẽ còn là không cần thiết khi người mua yêu cầu buộc thực hiện đúng hợp đồng.

#### ***4.2.2 Thu hồi lợi ích có được do hành vi sai trái (disgorgement) trong pháp luật hợp đồng Châu Âu lục địa***

Mặc dù thu hồi lợi ích có được từ sự vi phạm không phải là một biện pháp khắc phục tiêu chuẩn trong luật pháp Đức nhưng pháp luật của Đức không ngăn cản biện pháp này. Cụ thể Điều 285 BLDS Đức nêu rơi vào các trường hợp không thể thực hiện được nghĩa vụ thuộc Khoản 1-3 Điều 275, bên có quyền có thể yêu cầu bên có nghĩa vụ phải thực hiện hành vi thay thế và từ bỏ lợi ích có được từ sự vi phạm hợp đồng<sup>271</sup>.

Ví dụ hợp đồng mua bán xe tải giữa A và B được ký kết tuy nhiên sau đó A đã bán chiếc xe đó cho C là bên thứ ba. Người mua B đề nghị trả lại giá trị của chiếc xe tải bởi vì việc hoàn trả bằng hiện vật lúc bấy giờ là điều không thể. Và đồng thời theo quy định của Điều 285.1 BLDS Đức Tòa án yêu cầu người bán trả lại số tiền lợi nhuận từ việc bán xe cho bên thứ ba như là hậu quả của việc thất tín<sup>272</sup>. Đây có thể xem là một trở ngại đối với việc thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả trong pháp luật của Đức.

Trên thực tế, vào năm 2006, bản án của Tòa án Liên bang Đức (Bundesgerichtshof) đã ban hành phán quyết liên quan đến một trường hợp có thể

<sup>271</sup> Xem Điều 285 Bộ luật Dân sự Đức - Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html), truy cập 27/02/2021.

<sup>272</sup> Ronald J Scalise, tldd.

được coi là sự vi phạm hợp đồng hiệu quả<sup>273</sup>. Chủ nhà đã cho người thuê đầu tiên thuê diện tích đất của mình để làm bãi đậu xe và sau đó người thuê đã để cho bên thứ ba thuê lại diện tích đất này với giá gấp đôi để tiến hành mở trung tâm thương mại mà không được sự đồng ý của chủ nhà. Tòa án đã thừa nhận nguyên đơn là chủ nhà có quyền yêu cầu người thuê đầu tiên phải trả cho mình toàn bộ số tiền lợi nhuận mà họ có được từ việc cho bên thứ ba thuê lại diện tích đất này.

Có thể tìm thấy quy định tương tự trong pháp luật của Liên Bang Nga. Theo quy định tại Điểm 2 Khoản 2 Điều 15 BLDS Liên Bang Nga thì bên bị vi phạm không những có quyền đòi bồi thường thiệt hại mong đợi mà còn có quyền đòi bên vi phạm phải chuyển giao tất cả thu nhập mà bên bị vi phạm có được từ hành vi vi phạm hợp đồng<sup>274</sup>.

Nếu quy định cứng nhắc như vậy thì sẽ không có vi phạm hợp đồng hiệu quả. Bởi lẽ, không phải mọi hành vi vi phạm hợp đồng dưới góc độ kinh tế đều là hành vi sai trái. Và đồng thời thực tiễn cho thấy, không phải ai cũng có cơ hội giống ai. Người bán vi phạm hợp đồng vì bán được giá cao hơn cho người mua khác, điều này không có nghĩa là người mua cũng bán được với giá đó cho bất kỳ ai để xứng đáng được hưởng lợi ích tương ứng khi yêu cầu người bán phải chuyển giao tất cả những lợi ích có được từ vi phạm hợp đồng. Có thể thấy yêu cầu tịch thu lợi ích này của người vi phạm không phải xuất phát từ sự mất mát của người bị vi phạm mà xuất phát từ lợi ích của người vi phạm. Sẽ là không hợp lý nếu một người đòi quyền lợi đối với những lợi ích mà vốn dĩ nó không thuộc về mình, cho dù mình có đang là bên bị vi phạm, dường như điều này đang đi ngược lại với những giá trị đạo đức vốn có<sup>275</sup>. Liên quan đến vấn đề này pháp luật hợp đồng Việt Nam có cơ sở để thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả khi đã không quy định về việc bên vi phạm phải từ bỏ toàn bộ lợi ích có được từ hành vi vi phạm hợp đồng.

### **4.3 Vấn đề đạo đức của vi phạm hợp đồng hiệu quả**

<sup>273</sup> Xem án lệ BGH, 10052006 - XII ZR 124/02 [2006]  
<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=10.05.2006&Aktenzeichen=XII%20ZR%20124%2F02>, truy cập 27/2/2021.

<sup>274</sup> Xem Điều 15 Bộ luật Dân sự Liên Bang Nga <<https://www.zakonrf.info/gk/>>, truy cập 27/2/2021.

<sup>275</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

#### 4.3.1 Các phản đối về đạo đức đối với vi phạm hợp đồng hiệu quả

Khi thảo luận về vi phạm hợp đồng hiệu quả người ta hay nói đến khía cạnh đạo đức của hành vi, đặc biệt là những người không cố xúi cho loại vi phạm hợp đồng hiệu quả này. Thật vậy, cũng như nhiều học thuyết khác, bên cạnh những người ủng hộ thì thuyết vi phạm hiệu quả gặp phải không ít những phản đối. Nhiều người tỏ ra e ngại về yếu tố đạo đức của vi phạm hiệu quả<sup>276</sup>, họ cho rằng vi phạm hiệu quả là sự không vẹn toàn về mặt đạo đức khi người vi phạm đã phá vỡ đi lời hứa của mình<sup>277</sup>. Cụ thể, một cam kết hợp đồng đã tạo ra một nghĩa vụ đạo đức ràng buộc người đưa ra lời hứa phải thực hiện lời hứa đó của mình chứ không phải chỉ là nghĩa vụ thực hiện nếu sự thực hiện đó là hiệu quả. Đồng quan điểm trên, Gregory Klass cho rằng, một vi phạm dù là hiệu quả thì vẫn là vi phạm và đó là một sự sai trái, luật pháp không nên khuyến khích sự sai trái này trong kinh doanh<sup>278</sup>.

Với hai tác giả DP Stolle và AJ Slain thì hợp đồng tạo nên sự ràng buộc về mặt pháp lý và đạo đức ngay cả khi nó chứa những điều khoản không thể thực thi<sup>279</sup>. Ở một mức cao hơn, Tess Wilkinson-Ryan & Jonathan Baron cho rằng quy tắc đạo đức chống lại việc thất hứa trong hợp đồng có sức ảnh hưởng rất lớn đến văn hóa đến mức nó không chỉ còn là quy tắc đạo đức đơn thuần mà đã trở thành chuẩn mực xã hội<sup>280</sup>. Trực tiếp đánh giá về yếu tố đạo đức trong vi phạm hợp đồng hiệu quả thì với Dawinder S. Sidhu vi phạm hợp đồng hiệu quả đi ngược lại với các nguyên tắc đạo đức bởi lẽ nó làm giảm đi tính trung thực của các bên trong quan hệ hợp đồng<sup>281</sup>.

<sup>276</sup> Dawinder S. Sidhu, “The Immorality and Inefficiency of an Efficient Breach” (2006) 8 *The Tennessee Journal of Business Law*, p.61.

<sup>277</sup> Adam Rigoni, “The Moral Impermissibility of Efficient Breach” <<https://ssrn.com/abstract=1012005>> truy cập 19/8/2021.

<sup>278</sup> Gregory Klass, t.lđđ.

<sup>279</sup> Xem DP Stolle and AJ Slain, “Standard Form Contracts and Contract Schemas: A Preliminary Investigation of the Effects of Exculpatory Clauses on Consumers” *Propensity to Sue* (1997) 15 *Behavioral Sciences & the Law*, p.83.

<sup>280</sup> Xem Tess Wilkinson-Ryan and Jonathan Baron, “Moral Judgment and Moral Heuristics in Breach of Contract” (2009) 6 *Journal of Empirical Legal Studies*, p.405.

<sup>281</sup> Dawinder S. Sidhu, t.lđđ.

Tác giả luận án cho rằng vi phạm hợp đồng hiệu quả không phải là một hành vi đi ngược lại với các nguyên tắc về đạo đức. Và để có cơ sở lý giải cho việc liệu có phải sự vi phạm hợp đồng trong mọi bối cảnh đều là vi phạm đạo đức và đáng bị lên án thì trước hết cần có sự nhận diện về đạo đức trong lời hứa và trong hợp đồng. Và không phải mọi sự vi phạm hợp đồng đều trái với nguyên tắc đạo đức bởi lẽ cần xét sự vi phạm hợp đồng trong nhiều bối cảnh khác nhau. Thậm chí trong một số trường hợp việc lựa chọn vi phạm mang lại hiệu quả cho các bên mới là hành xử đúng đắn về mặt đạo đức. Phần sau của luận án sẽ tiếp tục chứng minh để làm rõ những luận điểm trên.

#### **4.3.2 Đạo đức trong lời hứa và trong hợp đồng**

Dưới góc độ ngôn ngữ, đạo đức là những tiêu chuẩn, nguyên tắc được dư luận xã hội thừa nhận, quy định hành vi, quan hệ của con người đối với nhau và đối với xã hội<sup>282</sup>. Dưới góc độ pháp lý, đạo đức xã hội được hiểu là những chuẩn mực ứng xử chung trong đời sống xã hội, được cộng đồng thừa nhận và tôn trọng<sup>283</sup>. Như vậy hành vi trái đạo đức là những hành vi trái với những tiêu chuẩn ứng xử được cộng đồng, xã hội thừa nhận. Việc giữ đúng lời hứa được xem là một hành động phù hợp với tiêu chuẩn đạo đức. Tuy nhiên vai trò của yếu tố đạo đức trong lời hứa và trong hợp đồng là khác nhau vì vậy không hẳn vi phạm hợp đồng là hoàn toàn trái đạo đức.

Tác giả của quyển sách “*Promises and Contract Law*”, Martin Hogg cho rằng lời hứa là một tuyên bố mà một người sẽ thực hiện một việc có lợi ích trong tương lai hoặc từ chối không làm một việc gì vì lợi ích của những người khác<sup>284</sup>. Tương tự như vậy các định nghĩa khác về lời hứa cũng được thể hiện rằng là một cam kết hoặc đảm bảo điều gì đó sẽ hoặc sẽ không được thực hiện trong tương lai<sup>285</sup>. Hoặc đó là một cam kết của người hứa sẽ thực hiện những quyết định ban

<sup>282</sup> Viện ngôn ngữ học, Từ Điển Tiếng Việt (Nxb Đà Nẵng 2003), tr.290.

<sup>283</sup> Điều 123 Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>284</sup> Martin Hogg, *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives* (Illustrated edition, Cambridge University Press 2014), p.6.

<sup>285</sup> Henry Mather, *Contract Law and Morality* (Greenwood Press 1999), p.1.



đầu vào một thời điểm nào đó trong tương lai dù cho dù sau này ý định ban đầu đó có thể thay đổi<sup>286</sup>.

Dường như chúng ta đều cho rằng việc phá vỡ lời hứa là một điều sai trái bởi lẽ nó ảnh hưởng đến những mối quan hệ mà chúng ta đã thiết lập bởi lẽ một lời hứa thông thường sẽ tạo nên một mối quan hệ tin tưởng giữa người hứa và người được hứa<sup>287</sup>. Đó là những liên kết dựa trên cơ sở xã hội và cũng có thể đó là những mối quan hệ có giá trị đối với các bên. Cao hơn nữa có thể có những quy tắc đạo đức được đặt ra đối với các bên trong việc phá vỡ lời hứa của mình<sup>288</sup>. Hume cho rằng phán xét đạo đức là một sự phản ứng công bằng đối với việc không chấp nhận hành vi thất hứa bởi lẽ sự hứa hẹn liên quan đến lợi ích của người khác<sup>289</sup>. Có ý kiến lại cho rằng lời hứa đóng một vai trò trong việc tạo niềm tin, thúc đẩy các cá thể trong xã hội có sự hợp tác và phối hợp với nhau<sup>290</sup>. Nếu không có sự tồn tại của niềm tin và đạo đức thì giá trị của sự hứa hẹn sẽ bị giảm sút đi rất nhiều. Có thể hình dung rằng lời hứa được khởi phát bởi một cá nhân bởi lẽ mỗi lời hứa hẹn đều đặt ra nghĩa vụ đạo đức với người đưa ra lời hứa và nghĩa vụ thực hiện lời hứa này phát sinh từ ý chí của anh ta<sup>291</sup>.

Lời hứa có thể được hiểu là một cam kết liên quan đến một hành động trong tương lai vì lợi ích của người khác. Chúng sẽ thường diễn ra trong một mối quan hệ tin cậy giữa người đưa ra lời hứa và người được hứa hẹn. Và việc một lời hứa có được giữ đúng hay không phụ thuộc rất nhiều vào mối quan hệ này<sup>292</sup> và những giá trị đạo đức mà các bên muốn giữ lấy. Tương tự như vậy, trong pháp luật Việt Nam hứa thưởng được xem là một hành vi pháp lý đơn phương và việc không thực hiện lời hứa được đánh giá nhiều dưới góc độ đạo đức, ảnh hưởng đến

<sup>286</sup> E Allan Farnsworth, *Changing Your Mind: The Law of Regretted Decisions* (Yale University Press 1998), p.29.

<sup>287</sup> Dori Kimel, *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract* (Hart 2003), p.11, 20.

<sup>288</sup> TM Scanlon, *What We Owe to Each Other* ((Harvard University Press 2000), p.295–296.

<sup>289</sup> Xem David Hume, “Of the Obligation of Promise”, *A Treatise of Human Nature* (Clarendon Press 1739), tr.516.

<sup>290</sup> Liam David Kilvington, “Justifying the Application of the Theory of Efficient Breach Specifically within the Context of Commercial Contracting” (University of York, York Law School 2018), p.115.

<sup>291</sup> David Hume, tldd p.516.

<sup>292</sup> Liam David Kilvington, tldd, tr.116.

uy tín, danh tiếng của bên đưa ra hứa thưởng chứ pháp luật chưa quy định bất kỳ hình thức chế tài nào đối với việc thất hứa này<sup>293</sup>.

Giống với những lời hứa đơn thuần, hợp đồng liên quan đến các nghĩa vụ thực hiện một cách tự nguyện nhưng mang tính song phương và có sự hợp tác giữa các chủ thể<sup>294</sup>. Cũng có thể hiểu hợp đồng chứa đựng lời hứa của các bên. Trong pháp luật hợp đồng Hoa Kỳ, hợp đồng là một lời hứa hoặc tập hợp các lời về việc thực hiện một nghĩa vụ hoặc nếu vi phạm sẽ phải gánh chịu những trách nhiệm pháp lý nhất định<sup>295</sup>. Tuy nhiên khác với lời hứa đơn thuần, hợp đồng đặt ra yêu cầu pháp lý đối với các chủ thể trong trường hợp lời hứa đó không được thực thi<sup>296</sup>. BLDS năm 2015 quy định: Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự<sup>297</sup>. Như vậy, trước hết hợp đồng là sự thống nhất ý chí giữa các bên thể hiện ở sự thỏa thuận và những thỏa thuận này tạo nên mối quan hệ pháp luật giữa các chủ thể. Điều này cho thấy các bên trong quan hệ hợp đồng có những quyền và nghĩa vụ được pháp luật quy định và bảo vệ. Khi một trong các bên không thực hiện đúng thỏa thuận/ lời hứa trong hợp đồng của mình điều đó có nghĩa là họ đang vi phạm hợp đồng và sẽ phải gánh chịu trách nhiệm pháp lý tương ứng.

Bên cạnh ràng buộc về pháp lý thì sự đồng ý trong hợp đồng còn là một cam kết về mặt đạo đức<sup>298</sup>. Tuy nhiên yếu tố đạo đức có thể ảnh hưởng đến việc tuân thủ các thỏa thuận nhưng nó không mang tính quyết định tuyệt đối<sup>299</sup>. Điều này chứng tỏ rằng sự ràng buộc của một hợp đồng dựa trên yếu tố pháp lý là chủ yếu chứ không phải được quyết định bởi yếu tố đạo đức. Cả lời hứa đơn thuần và hợp đồng đều chứa đựng yếu tố đạo đức nhưng sức mạnh và tính quyết định của yếu tố đạo đức trong lời hứa và hợp đồng là khác nhau. Điều đó có nghĩa rằng

<sup>293</sup> Xem quy định về hứa thưởng tại Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>294</sup> James Penner, "Promises, Agreements, and Contracts", *Philosophical Foundations of Contract Law* (Oxford University Press), p.117-134.

<sup>295</sup> Xem §71 Restatement (Second) of Contracts (Bộ pháp điển hóa về hợp đồng xuất bản lần thứ hai của Hoa Kỳ) (1981).

<sup>296</sup> Randy E Barnett, "Contract Is Not Promise; Contract Is Consent", *Philosophical Foundations of Contract Law* (Oxford University Press 2014).

<sup>297</sup> Điều 385 Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>298</sup> Daniel Markovits, "Contract and Collaboration" (2004) 113 *The Yale Law Journal* 1419, p.1449.

<sup>299</sup> Xem TM Scanlon, *tlđđ*, tr.309-341.

yếu tố đạo đức trong lời hứa nói chung và lời hứa trong hợp đồng nói riêng<sup>300</sup> không hoàn toàn phổ biến và bao quát hết mọi trường hợp mà cần phải được xem xét trong từng bối cảnh<sup>301</sup>.

### ***4.3.3 Phạm vi phù hợp đạo đức của vi phạm hợp đồng hiệu quả***

Có nhiều lý do để tin rằng một cá nhân khi đã đưa ra hứa hẹn thì sẽ bị ràng buộc về mặt đạo đức để giữ lấy lời hứa của mình. Hai lý do chính thường được nhắc tới khi nói đến mục đích của lời hứa đó là (i) để tạo nên các quyền cá nhân cho các chủ thể liên quan đến lời hứa, (ii) thiết lập và thúc đẩy một mối quan hệ tin cậy giữa các bên<sup>302</sup>. Tuy nhiên trên thực tế liệu rằng có phải vi phạm lời hứa đều là trái đạo đức? Việc tìm kiếm câu trả lời cho câu hỏi này cần dựa trên hai giá trị trên.

#### ***4.3.1.1 Lý do của vi phạm hiệu quả***

Như đã chỉ ra rằng, lời hứa được thiết kế để tạo nên các quyền cá nhân cho các chủ thể liên quan đến việc thực thi chúng và đồng thời để thiết lập một mối quan hệ tin cậy giữa các bên chủ thể. Như vậy người được hứa chắc chắn sẽ có cơ sở đạo đức để đưa ra những chỉ trích hay phàn nàn của mình nếu như lời hứa không được thực thi. Họ hoàn toàn có thể đặt ra các câu hỏi tương tự như: Tại sao người hứa lại làm cho họ thất vọng? Lý do vì sao quyền lợi của họ bị xâm phạm? Hay thậm chí là tại sao người hứa lại không tôn trọng mối quan hệ dựa trên sự tin tưởng của họ trong lời hứa này?... Rõ ràng người vi phạm hợp đồng đang nợ bên kia một lời giải thích xác đáng.

Như vậy có thể nói rằng trong trường hợp thất hứa, người vi phạm vẫn còn bị ràng buộc về mặt đạo đức. Điều đó có nghĩa rằng vẫn có cơ sở đạo đức để yêu cầu người vi phạm phải thực hiện lời hứa của mình trong trường hợp họ không có bất kỳ lời giải thích thuyết phục nào cho việc vi phạm lời hứa đó<sup>303</sup>. Điều này cho thấy rằng trước khi chúng ta quyết định liệu lời hứa có vi phạm đạo đức hay không và kết quả của sự vi phạm lời hứa có phải là trái đạo đức không thì cần xác

<sup>300</sup> Từ đây lời hứa trong hợp đồng sẽ được gọi là lời hứa

<sup>301</sup> Liam David Kilvington, tldd, tr.118.

<sup>302</sup> Tareq Nail Al-Tawil, tldd, tr.88.

<sup>303</sup> Tareq Nail Al-Tawil, tldd, tr.89.

định câu trả lời của người vi phạm liên quan đến sự thất hứa của mình. Tareq cho rằng một câu trả lời đơn giản và lợp lý là miễn lý do của người vi phạm không phải là những lý do cá nhân đơn thuần như sự thay đổi tâm trí (thích hoặc không thích thực hiện) mà lý do này có tham chiếu đến các sự kiện khách quan khác thì đó không phải là một sự vi phạm trái đạo đức<sup>304</sup>. Những yếu tố khách quan đó có thể là trường hợp bất khả kháng, sự nhầm lẫn, lừa dối, cưỡng ép hay liên quan đến yếu tố chủ thể<sup>305</sup>. Do vậy hành động vi phạm lời hứa đã được bào chữa và sự vi phạm này là không trái đạo đức<sup>306</sup>.

Theo tác giả luận án, với vi phạm hợp đồng hiệu quả người bán có lý do cho sự vi phạm của mình, đó không phải là bởi sự thay đổi tâm tính một cách vô cớ mà sự vi phạm này có thể bởi sự thay đổi của hoàn cảnh khiến cho chi phí thực hiện hợp đồng của họ tăng cao hoặc cũng có thể đó là một sự vi phạm để có được lợi ích tốt hơn, nhưng xét chung cả hai trường hợp đều khiến cho tổng lợi ích xã hội lớn hơn so với thực hiện hợp đồng. Với những lý do này, Lizer cho rằng: có vẻ là điều đúng đắn khi để cho mọi người được tìm kiếm lợi ích cho mình, sẽ không còn cái gọi là sự vô lương tâm hoặc một cái cớ tương tự để nói đó là hành vi sai trái khi phá vỡ hợp đồng, quan trọng hơn là các chủ thể đạt được những gì họ đã kỳ vọng<sup>307</sup>.

Theo quan điểm của Richard A. Posner, *sẽ không có bên nào ký kết hợp đồng trừ khi một bên nghĩ họ sẽ có kết quả tốt hơn*<sup>308</sup>, và vì thế nếu ở một thời điểm khác lợi ích của họ sẽ có khả năng được gia tăng thì không có lý do gì họ lại không muốn thay đổi ý định của mình vì lợi ích cao hơn đó khi mà đồng thời sự vi phạm này đạt được hiệu quả Pareto. Vì vậy dù có hay không có thuyết vi phạm hiệu quả thì theo tác giả người hứa hẹn vẫn sẽ vi phạm để đạt được một lợi ích lớn hơn cho mình và thậm chí thuyết vi phạm hiệu quả còn góp phần làm giảm chi phí

<sup>304</sup> Xem Tareq Nail Al-Tawil, *tlđđ*, tr.90.

<sup>305</sup> Xem Charles Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Oxford University Press 2015), p.58–63.

<sup>306</sup> Steven Shavell, “Is Breach of Contract Immoral?” (2005) Harvard Law and Economics Discussion Paper, p.1.

<sup>307</sup> Xem Peter Linzer, *tlđđ*, tr.138.

<sup>308</sup> Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Harvard University Press 1990), p.19.

và tăng lợi ích cho xã hội<sup>309</sup>. Đặc biệt là đối với hệ thống pháp luật Anh – Mỹ khi trường phái luật tự nhiên phát triển với những tuyên bố nổi tiếng như của John Stuart Mill: “*Sự tự do duy nhất xứng đáng với tên gọi của nó là theo đuổi lợi ích của riêng chúng ta theo cách riêng của mình, miễn là chúng ta không cố gắng tước đi lợi ích của những người khác, hoặc cản trở nỗ lực của họ để có được lợi ích đó*”<sup>310</sup> thì sự lựa chọn vi phạm để có được hiệu quả tốt hơn càng là điều dễ hiểu. Như vậy, không những dưới góc độ kinh tế, mà còn cả dưới góc độ quyền tự do thì vi phạm hợp đồng là hành vi đáng lựa chọn trong một số trường hợp mang lại hiệu quả nhất định<sup>311</sup>.

#### 4.3.1.2 Vi phạm hiệu quả - Ngoại lệ của nguyên tắc “đạo đức lời hứa” (“*promissory morality*”)

Còn với Adam Rigoni, ông cho rằng quan điểm “vi phạm hiệu quả có thể chấp nhận được về mặt đạo đức” cần được diễn giải theo nhiều cách khác nhau. Cũng như nhiều nhà nghiên cứu khác<sup>312</sup>, ông cho rằng có một nhóm nguyên tắc về những lời hứa trong hợp đồng, có thể gọi là “đạo đức lời hứa” (“*promissory morality*”)<sup>313</sup>. Trọng tâm của nguyên tắc này là chúng ta sẽ phải giữ lấy lời hứa của mình. Tuy nhiên, nguyên tắc nào cũng sẽ có những ngoại lệ của nó. Adam giải thích rằng ví dụ nguyên tắc chống lại việc làm hại những người vô tội sẽ vượt quá nguyên tắc giữ đúng lời hứa (ví dụ khi người bán biết người mua sử dụng sản phẩm của mình để sản xuất đồ chơi độc hại cho trẻ em sẽ là một ngoại lệ của vi phạm hợp đồng). Hoặc ngược lại sẽ có những ngoại lệ để chống lại việc hoàn thành hợp đồng (Ví dụ người bán sẽ phải hoàn thành hợp đồng nếu không tính mạng của người khác sẽ bị nguy hại cũng là một trường hợp ngoại lệ cho việc hoàn tất hợp đồng được chấp nhận)<sup>314</sup>.

Với khung phân tích đó của mình Adam Rigoni đã phát biểu rằng: có một quy tắc mà để có được sự vi phạm hiệu quả người ta không nhất thiết phải giữ lời

<sup>309</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

<sup>310</sup> John Stuart Mill, tldd, tr.69.

<sup>311</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

<sup>312</sup> Bao gồm cả Steven Shavell, Markovits và Schwartz

<sup>313</sup> Adam Rigoni, “The Chameleon’s Dish: Against The Dual Performance Hypothesis” [2018] <https://ssrn.com/abstract=2800446>, truy cập 20/8/2021.

<sup>314</sup> Adam Rigoni, tldd.

hứa của mình (hoặc có một nguyên tắc tạo ra sự thuận lợi cho việc vi phạm hiệu quả vượt lên trên nguyên tắc ưu tiên cho việc giữ các lời hứa)<sup>315</sup>. Steven Shavell cũng cho rằng vi phạm hiệu quả là một ngoại lệ của nguyên tắc giữ đúng lời hứa trong hợp đồng<sup>316</sup>.

Tuy nhiên ngoại lệ này cũng có thể bị các ngoại lệ khác vượt qua<sup>317</sup>, điều đó có nghĩa rằng không phải vi phạm hiệu quả nào cũng sẽ có được sự toàn vẹn về mặt đạo đức. Adam Rigoni đánh giá yếu tố đạo đức của sự vi phạm trong hai hoàn cảnh của vi phạm hiệu quả (i) tình huống mong đợi<sup>318</sup> và (ii) tình huống không mong đợi<sup>319</sup>. Ông đặt ra nghi ngờ rằng việc vi phạm trong hoàn cảnh không mong đợi sẽ ít có khả năng cố ý vi phạm bởi lẽ người vi phạm không cố ý gây ra hoặc mong muốn viển cảnh không mong đợi đó xảy ra<sup>320</sup>. Ví dụ người bán sẽ không cố ý hoặc không hề mong muốn chi phí sản xuất của mình bị tăng lên. Và để giảm thiểu tổn thất cho mình nhưng không làm phương hại đến lợi ích kinh tế của bên kia thì không có cách nào khác tốt hơn việc vi phạm và bồi thường khoản lợi mong đợi.

Nhưng ngược lại, với vi phạm trong tình huống mong đợi, người hứa hẹn có động cơ để tạo nên hoàn cảnh vi phạm này và những động cơ này có thể khiến họ tích cực, chủ động trong việc làm suy yếu giá trị của các thỏa thuận trong hợp đồng<sup>321</sup>. Một sự phản ứng mạnh mẽ hơn cho rằng có vẻ như những người vi phạm trong tình huống mong đợi có nhiều khả năng cố gắng phá hoại hợp đồng hơn những người vi phạm trong tình huống không mong đợi<sup>322</sup>. Sự chủ đích mong muốn vi phạm là một điều tệ hại bởi nó không chỉ làm suy yếu những mong đợi hiện tại của người được hứa hẹn mà nó còn thể hiện sự “thờ ơ”, “coi thường” các

<sup>315</sup> Adam Rigoni, tldd.

<sup>316</sup> Steven Shavell (2005), “Is Breach of Contract Immoral?” tldd; Steven Shavell, “Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts” (2009) 107 Michigan Law Review 1569.

<sup>317</sup> Adam Rigoni, tldd.

<sup>318</sup> Hay còn gọi là tình huống may mắn hoặc vi phạm vì có được lợi ích lớn hơn

<sup>319</sup> Hay còn gọi là tình huống không may mắn hoặc vi phạm để giảm thiểu tổn thất

<sup>320</sup> Adam Rigoni, tldd.

<sup>321</sup> Adam Rigoni, tldd.

<sup>322</sup> Xem Omri Ben-Shahar and Oren Bar-Gill, “An Information Theory of Willful Breach” (2009) 107 Michigan Law Review, p. 1479, 1482.

thể chế vốn có của cam kết hợp đồng và đặc biệt là nó mâu thuẫn với châm ngôn cơ bản của nguyên tắc hợp đồng *pacta sunt servanda*<sup>323</sup>. Như vậy với Adam Rigoni, có thể hình dung vi phạm hiệu quả là một trường hợp ngoại lệ của nguyên tắc đạo đức về việc giữ đúng lời hứa trong hợp đồng. Tuy nhiên chỉ có vi phạm trong tình huống không mong đợi hay vi phạm để giảm thiểu tổn thất mới giữ được giữ được yếu tố đạo đức này.

#### 4.3.1.3 Vi phạm trong hợp đồng không đầy đủ

Trong các nghiên cứu của mình<sup>324</sup>, Steven Shavell giữ quan điểm rằng yếu tố đạo đức của vi phạm hợp đồng được đánh giá bởi việc khắc phục sự vi phạm. Nếu những khoản lợi mong đợi của bên bị vi phạm được đền bù một cách đầy đủ thì khó có thể nói những vi phạm này là thiếu đạo đức và ngược lại nếu những bồi thường của bên vi phạm ít hơn so với những gì mà bên bị vi phạm mong đợi khi tham gia hợp đồng thì đó là hành vi đi ngược với đạo đức<sup>325</sup>. Shavell chia hợp đồng thành hai loại (i) Hợp đồng hoàn chỉnh và (ii) Hợp đồng không hoàn chỉnh. Hợp đồng hoàn chỉnh là hợp đồng mà các bên đưa vào được những trường hợp dự phòng có thể xảy ra trên thực tế liên quan đến giao dịch của họ. Ngược lại hợp đồng không hoàn chỉnh là những hợp đồng thiếu vắng các điều khoản dự phòng có thể xảy ra<sup>326</sup>. Rõ ràng trên thực tế khó có thể có được hợp đồng nào là hợp đồng hoàn chỉnh một cách tuyệt đối. Việc chia ra hai loại hợp đồng như vậy của tác giả Shavell với mục đích để đánh giá xem tình huống dẫn đến sự vi phạm có được các bên dự phòng trong hợp đồng hay không và điều này giúp cho tác giả có thể phân định được yếu tố đạo đức của sự vi phạm.

Một ví dụ điển hình mà Shavell nhắc lại nhiều lần trong các nghiên cứu của mình đó là sự thỏa thuận giữa A và B liên quan đến việc A sẽ phải thực hiện công việc dọn tuyết cho B. Giả sử sau đó máy dọn tuyết của A đã bị mất, chi phí để A có thể thuê hoặc mua máy mới đắt hơn rất nhiều so với số tiền công mà B trả cho A. Shavell cho rằng nếu trong hợp đồng giữa A và B có điều khoản dự phòng về

<sup>323</sup> Omri Ben-Shahar and Oren Bar-Gill, tldd, p.1428.

<sup>324</sup> Steven Shavell (2005) "Is Breach of Contract Immoral?", tldd; Shavell (2009), tldd.

<sup>325</sup> Steven Shavell (2005) "Is Breach of Contract Immoral?", tldd.

<sup>326</sup> Steven Shavell (2005) "Is Breach of Contract Immoral?", tldd.

trường hợp máy cào tuyết của A bị mất hoặc ít nhất là một điều khoản tương tự về việc bị mất thiết bị và trách nhiệm tương ứng của A vẫn phải thực hiện nghĩa vụ trong trường hợp này thì dù sự vi phạm của A có mang lại hiệu quả cho chính mình và đồng thời bồi thường đầy đủ chi phí để B hoàn tất được việc dọn sạch tuyết bằng một cách khác đi chẳng nữa đó vẫn là một sự vi phạm đạo đức<sup>327</sup>. Bởi lẽ A đã biết trước về trách nhiệm của mình mà vẫn cố tình làm trái với trách nhiệm đó. Có vẻ như một lần nữa sự chú ý vi phạm này lại tiếp tục được cân nhắc khi xem xét đến yếu tố đạo đức của sự vi phạm hiệu quả. Ngược lại, nếu trong hợp đồng không có các điều khoản dự phòng liên quan đến việc bị mất thiết bị của bên cào tuyết thì theo tác giả luận án lúc bấy giờ cần xem xét đến A lý do vi phạm của A. Nếu thiệt hại của A vượt quá những mong đợi của B thì lúc bấy giờ những lý do tài chính sẽ được sử dụng để biện minh cho hành vi vi phạm chứ không chỉ còn là yếu tố đạo đức nữa.

Quan điểm tương tự cũng đã được tác giả luận án thể hiện cùng với tác giả Dương Anh Sơn tại bài viết "*Efficient Breach of Contract*"<sup>328</sup>. Theo đó chúng tôi cho rằng vi phạm hợp đồng trong nhiều trường hợp và về mặt nguyên tắc là không tốt và không nên khuyến khích, tuy nhiên sẽ không thiếu trường hợp, việc thực hiện hợp đồng được coi là thiếu sáng suốt nếu không muốn nói là mù quáng. Nếu điều kiện hoàn cảnh trong quá trình thực hiện hợp đồng được các bên nhìn thấy trước tại thời điểm ký kết hợp đồng thì không nên khuyến khích sự vi phạm. Tuy nhiên cũng có những ngoại lệ là hoàn cảnh tại thời điểm thực hiện hợp đồng có sự thay đổi cơ bản mà các bên không dự liệu được. Trong bối cảnh đó việc thực hiện hợp đồng sẽ làm cho các bên phải chịu thiệt hại nhiều hơn là không thực hiện. Trong trường hợp này không thể coi việc không thực hiện hợp đồng - không thực hiện lời hứa là vi phạm đạo đức mà là ngược lại<sup>329</sup>.

Và đồng thời cần xem xét đến việc bên vi phạm đã khắc phục hậu quả của sự vi phạm này như thế nào. Sự khắc phục này được đánh giá trên cơ sở những mong đợi của B có được bồi thường một cách đầy đủ hay không? Nếu sự bồi

<sup>327</sup> Steven Shavell (2005) "Is Breach of Contract Immoral?", t.lđđ.

<sup>328</sup> Dương Anh Sơn and Gian Thi Le Na, t.lđđ.

<sup>329</sup> Dương Anh Sơn and Gian Thi Le Na, t.lđđ.



thường này có thể đưa B về được vị trí lợi ích như khi A thực hiện đúng nghĩa vụ của mình thì khó có thể nói rằng sự vi phạm hợp đồng của A là trái đạo đức<sup>330</sup>. Lý do để cho rằng sự đền bù đầy đủ những khoản lợi mong đợi, đưa bên bị vi phạm về đúng vị trí lợi ích như khi hợp đồng được thực thi sẽ khiến cho việc vi phạm hợp đồng không trái đạo đức bởi lẽ nó thúc đẩy lợi ích của các bên tham gia hợp đồng và thúc đẩy phúc lợi xã hội. Nói cách khác thì sự vi phạm của người bán đã không gây hại cho người mua mà còn làm tăng lợi ích xã hội thì khó có thể nói đó là hành vi sai trái.

Thẩm phán Oliver Wendell Holmes, người ủng hộ mạnh mẽ cho thuyết vi phạm hiệu quả cho rằng: *Nghĩa vụ giữ đúng hợp đồng theo thông luật không có gì khác ngoài việc bạn phải trả tiền bồi thường nếu bạn không giữ đúng nó*<sup>331</sup> và đồng thời ông cũng cho rằng luật hợp đồng chỉ đơn giản là bồi thường cho sự vi phạm mà không trừng phạt bất kỳ vi phạm về mặt đạo đức nào. Chức năng của bồi thường thiệt hại đặc biệt là theo hệ thống pháp luật Anh – Mỹ đó là bù trừ chứ không nhằm mục đích trừng phạt<sup>332</sup>. Vì vậy lý do vi phạm của một bên trong quan hệ hợp đồng là không quan trọng. Như Posner đã nói: Luật hợp đồng không thực sự quan tâm đến ý định của các bên, cách khắc phục hậu quả là như nhau ngay cả khi vi phạm được coi là “vi phạm đạo đức”<sup>333</sup>. Chúng ta có thể tìm thấy sự đồng thuận giữa Posner và Holmes khi cho rằng trách nhiệm pháp lý để giữ lời hứa chỉ đơn thuần dự đoán rằng nếu bạn không giữ nó bạn sẽ phải trả giá cho bất kỳ thiệt hại nào liên quan đến sự vi phạm lời hứa của mình.

Thiết nghĩ, một người được coi là có đạo đức là khi người đó không muốn và không thực hiện hành vi gây thiệt hại cho người khác, người có đạo đức là người mang lại hạnh phúc và niềm vui cho người khác<sup>334</sup>. Vi phạm hợp đồng hiệu quả thỏa mãn cả hai yêu cầu trên. Khi mà bên bị vi phạm biết rõ rằng sự vi phạm

<sup>330</sup> Steven Shavell (2005) “Is Breach of Contract Immoral?”, tldd.

<sup>331</sup> Oliver Wendell Holmes (1997), tldd.

<sup>332</sup> Stephen B. Katz, “The California Tort of Bad Faith Breach, the Dissent in *Seaman’s v. Standard Oil*, and the Role of Punitive Damages in Contract Doctrine” (1987) 60 *Southern California Law Review*, p.509, 512.

<sup>333</sup> Richard A. Posner, “The Problematics of Moral and Legal Theory” (1998) 111 *Harvard Law Review*, p.1637.

<sup>334</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

hợp đồng không hề gây thiệt hại cho họ, họ vẫn nhận được khoản lợi mà họ mong đợi khi giao kết hợp đồng thì việc họ ngăn chặn vi phạm hay bắt buộc bên kia phải thực hiện hợp đồng có thể được coi là hành vi thiếu thiện chí<sup>335</sup>. Hành vi đó có lẽ chỉ có thể được giải thích bởi tâm lý không muốn người khác hơn mình. Đồng thời khi sự vi phạm hợp đồng là hiệu quả thì tổng lợi ích các bên thu được lớn hơn khi hợp đồng được thực hiện và vì vậy mà lợi ích xã hội có được cũng cao hơn, điều này góp phần mang lại hạnh phúc cho người khác. Vì vậy, nếu là một người có thiện chí thiết nghĩ bên vi phạm nên chấp nhận cho việc vi phạm hiệu quả này và đó là đạo đức<sup>336</sup>.

Trong bài viết “*English Contract Law and the Efficient Breach Theory: Can they co-exist?*” tác giả Tareq Al-Tawil cho rằng thuyết vi phạm hiệu quả sẽ làm giảm hiệu quả của hệ thống hợp đồng bởi lẽ: (i) sẽ có nhiều vụ kiện tụng và chi phí liên quan vì nhiều người hứa hẹn sẽ vi phạm hợp đồng; (ii) nó sẽ làm giảm sức mạnh của sự tin cậy trong hợp đồng, bởi vì các ràng buộc hợp đồng phần nào đóng vai trò quan trọng trong các chuẩn mực đạo đức<sup>337</sup>.

Tuy nhiên tác giả cho rằng, mỗi khi pháp luật đã thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả thì hiệu quả của hệ thống hợp đồng không những không suy giảm mà còn sẽ được nâng cao. Bởi lẽ nó sẽ làm cho hợp đồng trở nên mềm dẻo và uyển chuyển hơn. Điều này thể hiện qua việc pháp luật thừa nhận nguyên tắc *Rebus sic stantibus*<sup>338</sup> trong việc thực hiện hợp đồng bên cạnh nguyên tắc *Pacta sunt servanda*. Hoặc là ví dụ, pháp luật của nhiều nước cho phép toà án can thiệp điều chỉnh mức phạt vi phạm hợp đồng hoặc mức bồi thường thiệt hại tính trước theo yêu cầu của bên liên quan nếu có bằng chứng xác thực rằng, thiệt hại xảy ra lớn hơn rất nhiều so với mức phạt hoặc mức bồi thường do các bên thoả thuận trước đó<sup>339</sup>.

<sup>335</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na (tldd).

<sup>336</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na (tldd).

<sup>337</sup> Tareq Al-Tawil, “English Contract Law and the Efficient Breach Theory: Can They Co-Exist?” (2015)

22 Maastricht journal of European and comparative law, p.396.

<sup>338</sup> Nguyên tắc này được thể hiện ở Điều 420 Bộ luật Dân sự 2015 của Việt Nam.

<sup>339</sup> Xem các phân tích tại mục 3.3.2

Khó có thể chia sẻ với luận điểm rằng, nếu thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả thì sẽ có nhiều vụ kiện tụng và chi phí liên quan vì nhiều người hứa hẹn sẽ vi phạm hợp đồng. Thật vậy, mỗi khi pháp luật đã thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả thì khả năng tranh chấp dẫn đến kiện tụng là khó có thể xảy ra. Bởi lẽ trước khi vi phạm hợp đồng bên vi phạm phải tính toán xem liệu vi phạm của họ có phải là vi phạm hiệu quả hay không và để xác định được điều đó thì bên bị vi phạm biết về hành vi vi phạm này. Và rõ ràng, mỗi khi bên bị vi phạm biết vi phạm đó là hiệu quả và được pháp luật thừa nhận thì không lý gì họ khởi kiện.

Nhìn chung, theo quan điểm của những người phản đối thuyết vi phạm hiệu quả thì nếu cố suy cho vi phạm hợp đồng, cho dù là vi phạm hiệu quả thì nguyên tắc *Pacta sunt servanda* bị phá vỡ. Điều này cũng có nghĩa là dưới góc độ đạo đức thì không nên cho phép một trong các bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng vì bất cứ lý do gì. Nhưng đối với những người ủng hộ cho thuyết vi phạm hiệu quả thì ngược lại, họ xem vi phạm hiệu quả là trường hợp ngoại lệ của nguyên tắc *Pacta sunt servanda*<sup>340</sup>.

#### **4.4 Sự khác biệt trong vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán**

##### **4.4.1 Vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán trong hệ thống luật *Common Law* và *Civil Law***

Vai trò của thẩm phán trong việc áp dụng, giải thích hay sáng tạo luật ở hai hệ thống pháp luật *Common Law* và *Civil Law* phần nào tạo nên sự khác biệt trong việc tiếp nhận và xử lý các trường hợp có thể phát sinh trên thực tế bao gồm cả vi phạm hợp đồng hiệu quả. Các thẩm phán trong hệ thống thông luật được gọi là “nhà tiên tri pháp luật” (“*oracles of the law*”)<sup>341</sup>, trong khi đó thẩm phán trong hệ thống dân luật được đặc trưng như những quan chức đơn thuần áp dụng luật thay vì là những người sửa đổi luật và giải thích nó một cách sáng tạo<sup>342</sup>. Bổ sung thêm cho quan điểm này, khi nghiên cứu về truyền thống pháp luật của Đức, tác giả Christian Kirchn cho rằng vai trò của cơ quan tư pháp Đức bị giới hạn chặt chẽ

<sup>340</sup> Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, tldd.

<sup>341</sup> Oliver Wendell Holmes (1879), tldd.

<sup>342</sup> Ronald J Scalise, tldd.

trong việc giải thích pháp luật<sup>343</sup>. Hơn nữa các thẩm phán Đức thường giáo điều, nguyên tắc hơn trong vai trò áp dụng pháp luật của họ, trong khi các thẩm phán ở Mỹ giành được quyền lực bằng cách ứng dụng các phương pháp tiếp cận khoa học xã hội giúp tăng cường khả năng chấp nhận các quyết định của Tòa án và do đó duy trì sự cân bằng giữa các nhánh quyền lực<sup>344</sup>. Điều này có nghĩa rằng hệ thống pháp luật dân sự cố gắng lập pháp một cách khách quan dưới dạng một quy tắc để đạt được sự chắc chắn và ổn định. Trong khi đó hệ thống thông luật linh hoạt để tạo ra sự phát triển và cải thiện pháp luật bằng cách thay đổi nhận thức pháp lý thông qua các quyết định tư pháp.

Dworkin ví von rất hay về sự phát triển của thông luật tương tự như quá trình nhiều tác giả cùng nhau viết nên một cuốn tiểu thuyết trong đó mỗi thẩm phán sẽ là tác giả của một chương (mà cốt truyện cuối cùng của nó không được biết đến). Sau khi hoàn thành, tác phẩm sẽ được gửi cho một thẩm phán khác và một chương tiếp theo lại được viết ra<sup>345</sup>. Vì thế, khi đối mặt với một tình huống vi phạm hợp đồng, các thẩm phán Anh – Mỹ có thể tự do viết nên lý thuyết về vi phạm hiệu quả như các chương tiếp theo của cuốn tiểu thuyết. Tuy nhiên, trong hệ thống dân luật mặc dù các thẩm phán và các nhà bình luận được phép phát triển các nhân vật hỗ trợ và đưa ra các chi tiết thì cốt truyện cho việc vi phạm hợp đồng cũng đã được viết sẵn trong các quy định của luật. Kể cả như Pháp việc thừa nhận án lệ đã có từ lâu thì phương pháp suy luận diễn dịch vẫn là phương thức chủ yếu để đi đến phán quyết của các thẩm phán. Theo đó một quy tắc chung có tính tổng quát thường có nguồn từ văn bản quy phạm pháp luật sẽ được các thẩm phán diễn giải để trùng khớp vào tình tiết của vụ việc, từ đó đi đến kết luận cho phán quyết của mình<sup>346</sup>.

<sup>343</sup> Christian Kirchner, “The Difficult Reception of Law and Economics in Germany” (1991) 11 *International Review of Law and Economics*, p.277.

<sup>344</sup> Christian Kirchner, *tlđđ*.

<sup>345</sup> Xem Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (Belknap Press 1998) 228–238

<<https://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674518360>>, truy cập 5/9/2021.

<sup>346</sup> Jean Louis Goutal, “Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U. S. A.” (1976) 24 *The American Journal of Comparative Law*, p.43, 45.

Chính vì sự khác biệt trên trong vai trò sáng tạo luật của thẩm phán, khả năng thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả trong hệ thống luật Anh- Mỹ dễ dàng hơn rất nhiều so với hệ thống luật châu Âu lục địa.

#### ***4.4.2 Vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán Việt Nam trong quá trình áp dụng pháp luật***

Việt Nam thuộc hệ thống pháp luật châu Âu lục địa và ít nhiều cũng bị ảnh hưởng bởi những truyền thống pháp luật này. Tuy nhiên ở Việt Nam, Tòa án (cụ thể là thẩm phán) không được quyền giải thích pháp luật, quyền này được trao cho Ủy ban thường vụ Quốc hội<sup>347</sup>. Tòa án nhân dân tối cao chỉ có quyền đề nghị Ủy ban thường vụ quốc hội giải thích Hiến pháp, Luật, Pháp lệnh<sup>348</sup>. Tuy nhiên, do ngôn từ của các quy định pháp luật là quá chung chung nên thẩm phán không thể không giải thích pháp luật khi áp dụng vào các vụ việc cụ thể<sup>349</sup>.

Song song với đó việc chính thức công nhận án lệ là nguồn luật tất yếu dẫn đến việc các thẩm phán phải giải thích pháp luật khi áp dụng các án lệ vào hoạt động xét xử các vụ án. Như vậy, cũng như thẩm phán các ở các quốc gia theo hệ thống dân luật hay thông luật, thẩm phán Việt Nam cũng có nghĩa vụ giải thích pháp luật trong hoạt động xét xử của mình. Tuy nhiên tính chất của hoạt động giải thích pháp luật của thẩm phán hoàn toàn khác với hoạt động giải thích pháp luật của Ủy ban thường vụ Quốc hội. Nếu giải thích pháp luật của Ủy ban thường vụ Quốc hội có tính bắt buộc chung thì giải thích pháp luật của thẩm phán chỉ có hiệu lực đối với các vụ án cụ thể mà thẩm phán tham gia xét xử và chỉ được áp dụng cho những vụ án tương tự xảy ra trong tương lai nếu nó được coi là án lệ<sup>350</sup>.

Thông thường có hai cách giải thích pháp luật: (i) giải thích theo ngôn từ của điều luật phù hợp với ngữ nghĩa từ điển của ngôn từ được sử dụng để cấu tạo nên điều luật ấy; (ii) giải thích theo mục đích của luật hay nói cách khác là theo ý tứ của nhà làm luật hoặc theo nguyên tắc chung của pháp luật<sup>351</sup>. Hai cách giải

<sup>347</sup> Khoản 2, Điều 74, Hiến pháp năm 2013.

<sup>348</sup> Khoản 1, Điều 159, Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

<sup>349</sup> Ngô Cường, Thẩm phán với việc giải thích pháp luật, Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử <<https://tapchitoaan.vn/bai-viet/phap-luat/tham-phan-voi-viec-giai-thich-phap-luat>>, truy cập 27/02/2021.

<sup>350</sup> Ngô Cường, tldd.

<sup>351</sup> Ngô Cường, tldd.

thích này sẽ dẫn đến kết quả giải quyết các vụ án khác nhau. Cách giải thích thứ nhất sẽ khiến cho việc áp dụng pháp luật trở nên cứng nhắc, thẩm phán sẽ chỉ tuân theo ngữ nghĩa được hiển thị tại quy định mà áp dụng cho dù cách hiểu quy định pháp luật đó thực sự không phù hợp với bối cảnh của vụ việc. Với cách giải thích thứ hai, sự mềm dẻo của pháp luật được thể hiện, tính hợp lý và sự công bằng sẽ được vận dụng khi điều luật được giải thích theo ý định của nhà làm luật trong việc ban hành nên quy phạm đó. Tuy nhiên, có thể cũng có những hoài nghi rằng nếu để các thẩm phán lấp đầy những khiếm khuyết của các đạo luật bằng sự sáng tạo tư pháp thì có thể giải quyết được vấn đề ngay lập tức và thậm chí có thể mang lại công lý nhưng điều này lại vượt quá điều mà thẩm phán nên làm, tức là thẩm phán đang sáng tạo luật/ làm luật chứ không còn là giải thích luật<sup>352</sup>.

Ở Việt Nam hiện nay chưa có quan điểm thống nhất về việc thẩm phán phải giải thích pháp luật và cách thức giải thích pháp luật của thẩm phán trong việc xét xử các vụ án cụ thể. Điều này khó có thể tạo ra những án lệ theo đúng nghĩa của nó. Thiết nghĩ thẩm phán giải thích luật không chỉ nên dừng lại ở cách thứ nhất mà việc giải thích luật theo cách thứ hai mới là thực sự cần thiết. Đó mới là khoảng không gian để các thẩm phán sử dụng đến lẽ công bằng và tính hợp lý khi các điều luật cứng nhắc bộc lộ những khiếm khuyết của mình. Một trong những yêu cầu đặt ra trong việc xây dựng pháp luật hiện nay đó là pháp luật nói chung và pháp luật hợp đồng nói riêng cần phải mềm dẻo và uyển chuyển. Sự mềm dẻo và linh hoạt của pháp luật mới có thể đảm bảo được trật tự xã hội trước sự thay đổi không ngừng của cuộc sống<sup>353</sup>. Và đồng thời điều đó mới có thể khiến cho án lệ Việt Nam phát huy được vai trò của nó, không còn chỉ là biến thể của văn bản quy phạm pháp luật mà án lệ Việt Nam lúc bấy giờ sẽ thích ứng kịp thời được đối với sự biến đổi nhanh chóng của đời sống xã hội như ở các nền tư pháp tiên tiến<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> Ngô Cường, t.lđd..

<sup>353</sup> Xem Dương Anh Sơn, Những yêu cầu cần phải được đặt ra khi xây dựng chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự, Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, số 02/2013.

<sup>354</sup> Xem Trịnh Thục Hiền, Án lệ Việt Nam: Một biến thể của văn bản quy phạm pháp luật?, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 5/2019.

Nâng cao vai trò giải thích pháp luật của thẩm phán và thừa nhận án lệ là khoảng không gian pháp lý rất thuận tiện để pháp luật hợp đồng Việt Nam có cơ sở thừa nhận thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả. Trên cơ sở đó, nếu những tình huống vi phạm hợp đồng là hiệu quả, tòa án hoàn toàn có quyền tạo ra những án lệ liên quan đến vấn đề pháp lý mới mẻ này.

#### **Kết luận chương 4**

Có rất nhiều những trở ngại và tranh cãi đặt ra đối với thuyết vi phạm hợp đồng hiệu quả cả trong hệ thống pháp luật Anh Mỹ lẫn hệ thống pháp luật châu Âu lục địa từ yếu tố đạo đức đến các biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng lẫn truyền thống tư pháp. Bằng việc sử dụng các phương pháp như phân tích, tổng hợp, so sánh và lịch sử để nghiên cứu, luận án rút ra được các kết quả như sau:

*Thứ nhất*, đối với buộc thực hiện đúng nghĩa vụ:

- Có sự khác biệt trong việc quy định cũng như áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng giữa hai hệ thống dân luật và thông luật. Đối với pháp luật của các nước theo hệ thống pháp luật Civil Law thì buộc tiếp tục thực hiện đúng hợp đồng thường được ưu tiên áp dụng. Tuy nhiên pháp luật các quốc gia thuộc hệ thống Common Law quan tâm đến bồi thường thiệt hại hơn là buộc thực hiện đúng hợp đồng.

- Các quy định của pháp luật hợp đồng Việt Nam đang theo hướng trao cho bên bị vi phạm trước hết là quyền yêu cầu thực hiện đúng nghĩa vụ trong hợp đồng. Tác giả luận án cho rằng, việc xem xét chấp nhận yêu cầu buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hay không cần có sự cân nhắc tới yếu tố chi phí. Nếu đó là sự vi phạm hiệu quả thì pháp luật không nên đặt ra sự ưu tiên áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng mà thay vào đó là nên cho phép bồi thường thiệt hại.

*Thứ hai*, đối với biện pháp thu hồi lợi ích có được do hành vi sai trái (*disgorgement*):

- Sự đền bù bằng việc trao cho bên bị vi phạm những lợi ích có được do vi phạm tồn tại trong pháp luật các quốc gia ở cả hai hệ thống dân luật và thông luật (như Anh, Mỹ, Đức, Nga). Mặc dù việc áp dụng biện pháp này trên thực tế không nhiều song đây cũng là một trong những rào cản đối với vi phạm hợp đồng hiệu quả bởi sự đền bù này không xuất phát từ những thiệt hại mất mát của bên bị vi phạm khiến cho sự vi phạm khó mà đạt được tính hiệu quả của nó.



- Pháp luật hợp đồng Việt Nam có cơ sở để thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả khi đã không quy định về việc bên vi phạm phải từ bỏ toàn bộ lợi ích có được từ hành vi vi phạm hợp đồng.

*Thứ ba*, dưới góc độ đạo đức, không phải mọi hành vi vi phạm hợp đồng hiệu quả đều trái với nguyên tắc đạo đức bởi lẽ:

- Lý do của sự vi phạm lúc này không phải là sự thay đổi tâm trí một cách vô cớ của người vi phạm mà lý do này có sự tham chiếu đến các sự kiện khách quan khác khiến cho tổng lợi ích xã hội lớn hơn so với việc thực hiện hợp đồng và đặc biệt là không phương hại đến lợi ích kinh tế của bên bị vi phạm.

- Vi phạm hợp đồng hiệu quả là một trường hợp ngoại lệ của nguyên tắc đạo đức về việc giữ đúng lời hứa trong hợp đồng. Nếu điều kiện hoàn cảnh trong quá trình thực hiện hợp đồng không được các bên dự liệu trước tại thời điểm ký hợp đồng và đồng thời trong bối cảnh đó việc thực hiện hợp đồng sẽ khiến cho các bên phải chịu nhiều thiệt hại hơn thì sự vi phạm lúc này là một hành vi phù hợp với đạo đức để mang lại nhiều lợi ích hơn cho các bên so với việc cố gắng giữ lấy những cam kết trong hợp đồng.

*Thứ tư*, nâng cao vai trò giải thích luật của thẩm phán trong quá trình áp dụng pháp luật và việc thừa nhận học thuyết là nguồn của pháp luật hoàn toàn phù hợp với những yêu cầu đặt ra đối với việc xây dựng pháp luật hợp đồng Việt Nam hiện nay. Pháp luật thường đi sau cuộc sống. Ở các quốc gia văn minh, sự khiếm khuyết này của pháp luật sẽ được bổ sung bằng các nguyên tắc chung của luật và các học thuyết pháp lý, trong khi đó ở Việt Nam khi rơi vào những tình thế đó tòa án cấp dưới sẽ buộc phải chờ hướng dẫn của tòa án cấp trên. Điều này khiến cho hoạt động xét xử trở nên kém linh hoạt và tính độc lập của thẩm phán bị hạn chế<sup>355</sup>. Việc thừa nhận học thuyết pháp lý trở thành nguồn của luật hoàn toàn phù hợp với xu hướng phát triển của khoa học pháp lý hiện đại<sup>356</sup>. Và vi phạm hợp đồng hiệu quả là một trong những học thuyết hiện đại được xây dựng trên cơ sở

<sup>355</sup> Dương Anh Sơn, t.lđd.

<sup>356</sup> Điều 38 “Quy chế Tòa án quốc tế” quy định: các án lệ và các học thuyết của các chuyên gia có chuyên môn cao nhất về luật quốc tế của các quốc gia khác nhau được coi là phương tiện để xác định các quy phạm pháp luật.

kinh tế và pháp luật cần phải được thừa nhận để mang lại lợi ích chung cho các bên tham gia hợp đồng và nâng cao hơn nữa tổng lợi ích xã hội.

## KẾT LUẬN

Lợi ích dường như luôn là yếu tố được các chủ thể quan tâm và hướng tới khi tham gia vào mỗi quan hệ hợp đồng, nên việc lựa chọn các hành vi mang lại hiệu quả trong đó có cả sự vi phạm hợp đồng là một vấn đề tất yếu sẽ xảy ra trong thực tiễn. Chính vì lẽ đó, luận án đã nghiên cứu các vấn đề của vi phạm hợp đồng hiệu quả đồng thời có những đánh giá, kiến nghị đối với các quy định của pháp luật hiện hành từ đó có cái nhìn phù hợp với vấn đề của thực tiễn này.

Luận án đã sử dụng các phương pháp như: phân tích, tổng hợp, so sánh luật học và lịch sử để nghiên cứu về các vấn đề của vi phạm hợp đồng hiệu quả. Từ các kết quả nghiên cứu, luận án rút ra kết luận cơ bản như sau:

*Thứ nhất*, pháp luật Việt Nam nên thừa nhận những hành vi vi phạm hợp đồng nhưng mang lại hiệu quả bởi lẽ:

*Một là*, dưới góc độ kinh tế, vi phạm hợp đồng hiệu quả là hành vi vi phạm hợp đồng nhưng không làm phương hại đến lợi ích kinh tế của các bên, thậm chí trong một số trường hợp còn có khả năng giúp gia tăng lợi ích hoặc giảm thiểu được những tổn thất vật chất nhất định cho các bên và cho xã hội. Đây là những hành vi vi phạm mang lại hiệu quả kinh tế cho các bên, giúp phân phối sản phẩm về nơi có giá trị cao hơn và tối ưu hóa lợi ích xã hội.

*Hai là*, dưới góc độ đạo đức vi phạm hiệu quả là một trường hợp ngoại lệ của nguyên tắc đạo đức về việc giữ đúng lời hứa trong hợp đồng *Pacta sunt servanda*. Bởi lẽ các bên không thể dự liệu hết tất cả những tình huống sẽ xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng, và sự lựa chọn mang lại hiệu quả kinh tế, giảm thiểu tổn thất là sự lựa chọn có đạo đức.

*Thứ hai*, trong vi phạm hiệu quả, điều khiến cho vị trí lợi ích của bên bị vi phạm không bị giảm sút so với khi hợp đồng được thực thi và tổng lợi ích xã hội tăng lên đó là bồi thường thiệt hại, đặc biệt là khoản bồi thường cho những lợi ích mà bên bị vi phạm đã mong đợi đặt ra.

*Thứ ba*, ngược lại việc yêu cầu buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng nghĩa vụ trong mọi trường hợp hay yêu cầu bên vi phạm từ bỏ những lợi ích có được do vi phạm là những cản trở đối với hành vi vi phạm mang lại hiệu quả.

*Thứ tư*, để có cơ sở thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả luận án đưa ra một số kiến nghị cụ thể về bồi thường thiệt hại, buộc thực hiện đúng nghĩa vụ và vấn đề yêu cầu bên vi phạm từ bỏ lợi ích có được do vi phạm hợp đồng:

*Một là*, đối với bồi thường thiệt hại

- Thiệt hại về vật chất: Khoản thiệt hại là *thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút* được quy định bởi BLDS năm 2015 cần được xác định trên nguyên lý là thiệt hại trực tiếp. Đồng thời BLDS cần minh thị về tính trực tiếp giữa hành vi vi phạm và thiệt hại để đảm bảo tính thống nhất giữa các quy định của pháp luật quốc gia đồng thời tương tích với pháp luật quốc tế.

- Thiệt hại về tinh thần: Chỉ nên đặt ra với một số trường hợp như hợp đồng có mục đích đáp ứng nhu cầu về tinh thần, giá trị tinh thần của hợp đồng vượt quá những giá trị về vật chất hoặc vi phạm hợp đồng gây ra sự bất tiện về thể chất cho người bị vi phạm. Đồng thời không nên đặt ra khoản thiệt hại về tinh thần do vi phạm hợp đồng đối với các hợp đồng thương mại gắn liền với mục tiêu lợi nhuận.

- Thiệt hại ước tính: Pháp luật hợp đồng Việt Nam nên thừa nhận những thỏa thuận về bồi thường thiệt hại ước tính của các bên chủ thể trong hợp đồng. Theo đó không nên đặt ra nghĩa vụ chứng minh thiệt hại là bắt buộc trong mọi trường hợp, thay vào đó nên cho phép các bên có thể có những thỏa thuận khác. Khoản bồi thường thiệt hại ước tính có thể được xem xét tăng hoặc giảm nếu thiệt hại thực tế vượt quá mức khoản tiền ấn định hoặc khoản tiền ấn định quá thấp không tương xứng với thiệt hại thực tế mà bên bị vi phạm phải gánh chịu.

*Hai là*, đối với buộc thực hiện đúng nghĩa vụ, pháp luật không nên đặt ra sự ưu tiên áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng trong những trường hợp sự vi phạm là hiệu quả.

*Ba là*, pháp luật hợp đồng Việt Nam có cơ sở để thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả khi đã không quy định chế tài thu hồi toàn bộ lợi ích có được từ hành vi vi phạm hợp đồng.

*Thứ năm*, nâng cao hơn nữa vai trò giải thích luật trong quá trình áp dụng pháp luật của thẩm phán, đồng thời việc thừa nhận án lệ và các học thuyết là nguồn của pháp luật phù hợp với xu hướng phát triển của khoa học pháp lý hiện

đại và là khoảng không pháp lý thuận lợi để pháp luật hợp đồng Việt Nam tiếp nhận những vấn đề pháp lý mới mẻ, hiện đại, trong đó có vi phạm hợp đồng hiệu quả.

## DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

### A. Văn bản quy phạm pháp luật

#### I. Trong nước

1. Công ước Viên 1980 về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế
2. Bộ luật Dân sự năm 2005 số 33/2005/QH11 thông qua ngày 14 tháng 6 năm 2005
3. Bộ luật Dân sự năm 2015 số 91/2015/QH13 thông qua ngày 24 tháng 11 năm 2015.
4. Hiến pháp năm 2013
5. Luật Thương mại 2005 số 36/2005/QH11 thông qua ngày 14 tháng 6 năm 2005
6. Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật số 80/2015/QH13 thông qua ngày 22 tháng 6 năm 2015
7. Nghị Quyết 03/2006/NQ-HĐTP Ngày 8/7/2006 Hướng dẫn áp dụng một số quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng
8. Quy chế Tòa án quốc tế năm 1945

#### II. Nước ngoài

9. German Civil Code
10. French Civil Code
11. Russian Civil Code
12. Principles of European Contract Law (PECL)
13. Principles of International Commercial Contracts (PICC)
14. Restatement (Second) of Contracts
15. Sale and Supply of Goods Act 1994 of England
16. Uniform Commercial Code of USA (UCC)
17. The Common European Sales Law (CESL)

### B. SÁCH, BÀI VIẾT, GIÁO TRÌNH

#### I. Trong nước

1. Nguyễn Văn Cương, Trương Hồng Quang, *Trường phái kinh tế học pháp luật và khả năng ứng dụng vào Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, 2012, số 5 (213)
2. Ngô Cường, *Thẩm phán với việc giải thích pháp luật*, Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử <<https://tapchitoaan.vn/bai-viet/phap-luat/tham-phan-voi-viec-giai-thich-phap-luat>>
3. Đỗ Văn Đại, *Các biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật Việt Nam*, Nxb Chính trị Quốc gia Hà Nội, năm 2010 và được tái bản năm 2013 (có sửa chữa, bổ sung)
4. Đỗ Văn Đại, *Luật Hợp Đồng Việt Nam – Bản Án và Bình Luận Bản Án* (NXB Chính trị Quốc gia 2011)
5. Robert H. Frank, *Nhà Tự Nhiên Kinh Tế, Tại Sao Kinh Tế Học Có Thể Lý Giải Mọi Điều* (NXB Trẻ 2010)
6. Lê Thị Tuyết Hà *Trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng thương mại ở Việt Nam hiện nay*, Luận án Tiến sĩ, Viện Khoa học và Xã hội, năm 2016.
7. Bùi Thị Thanh Hằng, *Bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng*, Luận án tiến sĩ, Đại học Luật Hà Nội, năm 2016.
8. Bùi Thị Thanh Hằng, *Trách nhiệm dân sự, "chế tài" hay "biện pháp khắc phục" đối với hành vi vi phạm hợp đồng*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, 2017, Số 3 (331), Tr 31-37
9. Trịnh Thục Hiền, *Án lệ Việt Nam: Một biến thể của văn bản quy phạm pháp luật?*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, 2019, số 5, Tr.3
10. Nguyễn Thị Thanh Huyền, *Bản chất pháp lý của thỏa thuận trước trong hợp đồng về việc trả một khoản tiền xác định khi có hành vi vi phạm hợp đồng*, Tạp chí Khoa học pháp lý số 4 (2017)
11. Nguyễn Thị Thanh Huyền, *Mối quan hệ nhân quả và vấn đề giới hạn trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong pháp luật thương mại*, Tạp chí Khoa học pháp lý số 4 (116) 2018

12. Nguyễn Thị Thanh Huyền, *Bàn về cơ sở tồn tại và vấn đề giới hạn phạm vi áp dụng của chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 3/2021.
13. Nguyễn Thị Lan Hương, Ngô Nguyễn Thảo Vy, *Quyền buộc thực hiện đúng hợp đồng theo quy định của Công ước Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế - Một số đề xuất cho Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý số 7 (2017)
14. Nguyễn Vinh Hưng, *Kinh tế học pháp luật và sự phù hợp tại Việt Nam*, Tạp chí Nghề luật, 2016, Số 2, Tr 20-24
15. Dương Thị Thanh Mai, Ngô Huy Cương, *Về trường phái Kinh tế học pháp luật*, Viện Khoa học pháp lý – Bộ tư pháp, Nxb Chính trị Quốc gia, năm 2012
16. Võ Sỹ Mạnh, *Vi phạm cơ bản hợp đồng theo Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế và định hướng hoàn thiện các quy định có liên quan của pháp luật Việt Nam*, Luận án tiến sĩ, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, năm 2015.
17. Nguyễn Văn Nam, *Luật La mã trong sự hình thành và phát triển của hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 3 (2006)
18. Lê Nết, *Kinh tế luật*, Nxb Tri thức, năm 2006
19. Đinh Vũ Trang Ngân, *Công lý: Làm việc gì là đúng? Ai xứng đáng điều gì?*, Chương trình Giảng dạy Kinh tế Fulbright [https://fsppm.fulbright.edu.vn/cache/MPP7-502-LN13V-Cong%20ly\\_Lam%20viec%20gi%20la%20dung--Dinh%20Vu%20Trang%20Ngan-2014-11-07-11382845.pdf](https://fsppm.fulbright.edu.vn/cache/MPP7-502-LN13V-Cong%20ly_Lam%20viec%20gi%20la%20dung--Dinh%20Vu%20Trang%20Ngan-2014-11-07-11382845.pdf)
20. Phạm Duy Nghĩa, *Điều chỉnh thông tin bất cân xứng và quản lý rủi ro trong pháp luật hợp đồng Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, 2003, số 5/2003, Tr 38-46
21. Trương Nhật Quang, *Hiệu lực của thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 5 (2021)



22. Phan Thị Thu Thủy, *So sánh các quy định về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng trong LTM Việt Nam 2005 và Công ước Viên 1980*, Tạp chí Khoa học ĐHQGHN: Luật học, Tập 30, Số 3 (2014), Tr 50-60.
23. Nguyễn Thùy Trang, *Bình luận về các biện pháp xử lý vi phạm hợp đồng trong Bộ luật Dân sự năm 2015*, Tạp chí Khoa học pháp lý số 3 (2017)
24. Nguyễn Thị Hồng Trinh, *Chế tài bồi thường thiệt hại trong thương mại Quốc tế qua Luật Thương mại Việt Nam, Công ước CISG và Bộ nguyên tắc UNIDROIT*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 22 (2009)
25. Nguyễn Thị Hồng Trinh, Bùi Thị Quỳnh Trang, *Bồi thường thiệt hại tinh thần cho pháp nhân do hành vi vi phạm hợp đồng trong khuôn khổ CISG*, Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam số 6 (2020)
26. Nguyễn Xuân Tùng, *Học thuyết luật tự nhiên và một số vấn đề trong công tác đào tạo cán bộ pháp luật trong giai đoạn hiện nay* <<http://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/ngghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1459>>
27. Nguyễn Văn Tuyên, *Tính hiệu quả của Luật Chứng khoán – Sự tiếp cận từ góc độ Kinh tế học pháp luật*, Tạp chí Luật học, 2006, số 08, Tr 53-59
28. Michael Sandel, *Phải Trái, Đúng Sai (Justice What's the Right Thing to Do?)* (NXB Trẻ 2011)
29. Dương Anh Sơn, Lê Thị Bích Thợ, *Một số ý kiến về phạt vi phạm do vi phạm hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, 2005, số 1
30. Dương Anh Sơn, Hoàng Vĩnh Long, *Tự do hợp đồng - Từ bàn tay vô hình đến chủ nghĩa can thiệp*, Tạp chí Nghiên cứu Kinh tế, 2011, Số 6(397)
31. Dương Anh Sơn và Hoàng Vĩnh Long, *Thử bàn về bản chất hợp đồng từ góc độ kinh tế học*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, 2013, số 2 (289)
32. Dương Anh Sơn, *Những yêu cầu cần phải được đặt ra khi xây dựng chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự*, Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, số 2 (2013), Tr. 48

33. Nguyễn Quốc Vinh, *Ba vấn đề vi phạm nghĩa vụ hợp đồng trong BLDS 2005: kinh nghiệm nhìn từ Nhật Bản*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, 2005, số 12, Tr 57-63
34. Raymond Wacks, *Triết Học Luật Pháp (Kiều Tùng Dịch)* (Nxb Tri Thức 2011)
35. Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC), *50 Phán Quyết Trọng Tài Quốc Tế Chọn Lọc*  
<https://vietnamarbitration.files.wordpress.com/2016/01/viac-50-phan-quyet-trong-tai-quoc-te-chon-loc.pdf?fbclid=IwAR10jzByEiklyM0Qi7bwVChCZEzuRkWI2456goqBtIB EeQxtmjQvJsz-ZkQ>
36. Viện ngôn ngữ học, *Từ Điển Tiếng Việt* (Nxb Đà Nẵng 2003)

## II. Nước ngoài

37. Adam Rigoni, *The Chameleon's Dish: Against The Dual Performance Hypothesis* [2018] <https://ssrn.com/abstract=2800446>
38. Adam Rigoni, *The Moral Impermissibility of Efficient Breach* <<https://ssrn.com/abstract=1012005>>
39. Adam Smith, *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Digital Edition, MetaLibri Digital Library 2007)
40. Bell J, Boyron S and Whittaker S, *Principles of French Law* (Oxford University Press 2000)
41. Ben-Shahar O and Bar-Gill O, *An Information Theory of Willful Breach* (2009) 107 Michigan Law Review 1479
42. Bridge MG, *Contractual Damages for Intangible Loss: A Comparative Analysis* (1984) 62 The Canadian Bar Review 323
43. Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (8th edn, Thomson West 2004)
44. Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (10th edn, Thomson West 2014)
45. Birmingham RL, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency* (1970) 24 Rutgers Law Review 273

46. Caprice L. Roberts, *Restitutory Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages* (2008) 42 Loyola of Los Angeles Law Review 131
47. Caslav Pejovic, *Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal* (2001) 32 Victoria University of Wellington Law Review 817
48. Charles Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Oxford University Press 2015)
49. Clark A. Remington, *Intentional Interference with Contract and the Doctrine of Efficient Breach* (1999) 47 Buffalo Law Review 645
50. D. Friedmann, *The Performance Interest in Contract Damages* (1995) 111 LQR (Law Quarterly Review) 628
51. Daniel A. Farbe, *Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract* (1980) 66 Virginia Law Review 1443
52. Daniel Markovits, *Contract and Collaboration* (2004) 113 The Yale Law Journal 1419
53. David Hume, *Of the Obligation of Promise, A Treatise of Human Nature* (Clarendon Press 1739)
54. David W. Barnes, *The Anatomy of Contract Damages and Efficient Breach of Theory* (1998) 6 Southern California Interdisciplinary Law Journal 397
55. Dawinder S. Sidhu, *The Immorality and Inefficiency of an Efficient Breach* (2006) 8 The Tennessee Journal of Business Law, 61
56. Dori Kimel, *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract* (Hart 2003)
57. Douglas W. Allen, *Transaction Costs, The Encyclopedia of Law and Economics*, vol 1 (Edward Elgar 2000)
58. Driver J, *The History of Utilitarianism* in Edward N Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014, Metaphysics Research Lab, Stanford University 2014)

<<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/utilitarianism-history/>>

59. Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, *Efficient Breach of Contract* (2020) 17 *Journal of US-China Public Administration* 147
60. E Allan Farnsworth, *Changing Your Mind: The Law of Regretted Decisions* (Yale University Press 1998)
61. Eisenberg MA, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law* (2005) 93 *California Law Review* 975
62. Eisenberg MA, *The Disgorgement Interest in Contract Law* (2006) *Michigan Law Review* 559
63. Ernest J Weinrib, *Idea of Private Law - Oxford Scholarship* (2012)  
<<https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199665815.001.0001/acprof-9780199665815>>
64. Finnis J, *Natural Law and Natural Rights* (OUP Oxford 2011)
65. Friedmann D, *The Efficient Breach Fallacy* (1989) 18 *The Journal of Legal Studies* 1
66. Fuller LL and Perdue WR, *The Reliance Interest in Contract Damages: I* (1936) 46 *The Yale Law Journal* 52
67. Gaius, *Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius* (Oxford Clarendon Press 1904)
68. Goetz CJ and Scott RE, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach* (1977) 77 *Columbia Law Review* 554
69. Goutal JL, *Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U. S. A* (1976) 24 *The American Journal of Comparative Law* 43
70. Graves J, *Penalty Clauses and the CISG* (2012) 30 *Journal of Law and Commerce*
71. Gregory Klass, *Efficient Breach, The philosophical foundations of contract law* (Oxford: Oxford University Press 2014)

72. Greig DW and Davis JLR, *The Law of Contract* (Law Book Company 1987)
73. Hans-Bernd Schafer and Claus Ott, *The Economic Analysis of Civil Law* (Edward Elgar Publishing 2005)
74. Harder S, *Measuring Damages in the Law of Obligations: The Search for Harmonised Principles* (2010) <http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/50360/>
75. Henry Cheeseman, *Business Law: Legal Environment, Online Commerce, Business Ethics, and International Issues* (7th edn, Pearson Prentice Hall 2010)
76. Henry Mather, *Contract Law and Morality* (Greenwood Press 1999)
77. Hogg M, *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives* (Illustrated edition, Cambridge University Press 2014)
78. Holmes OW, *The Path of the Law* (1997) 110 Harvard Law Review 991
79. James Penner, *Promises, Agreements, and Contracts, Philosophical Foundations of Contract Law* (Oxford University Press)
80. John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3th edition, Kluwer Law International 2009)
81. John Stuart Mill, *On Liberty* (Batoche Books 1859)
82. Kirchner C, *The Difficult Reception of Law and Economics in Germany* (1991) 11 International Review of Law and Economics 277
83. Kryla-Cudna K, *Breach of Contract and Damages for Non-Pecuniary Loss* (2018) 26 European Review of Private Law 515
84. Lando H and Rose C, *On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries* (2004) 24 International Review of Law and Economics 473
85. Liam David Kilvington, *Justifying the Application of the Theory of Efficient Breach Specifically within the Context of Commercial Contracting* (University of York, York Law School 2018)
86. Liao W, *The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law: A Comparative Law and Economics Perspective* (Cambridge Core, September 2015) <<https://www.cambridge.org/core/books/application-of->

the-theory-of-efficient-breach-in-contract-

law/8F2A712458900EB25FF985BE35F42ED6>

87. Linzer P, *On the Amorality of Contract Remedies--Efficiency, Equity, and the Second "Restatement"* (1981) 81 Columbia Law Review 111
88. Macneil IR, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky* (1982) 68 Virginia Law Review 947
89. Mathias Siems, *Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis* (2005) 7 Edinburgh Law Review 27
90. Palmer VV (ed), *The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law*, The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law (Cambridge University Press 2015)  
<<https://www.cambridge.org/core/books/recovery-of-nonpecuniary-loss-in-european-contract-law/recovery-of-nonpecuniary-loss-in-european-contract-law/8514A1C786D9DDF83FF84DF594C393C4>>
91. Pontian Okoli, *A Case for Reviewing the System of Remedies under CISG* (2011) 22 International company and commercial law review 184
92. Qi Zhou, *Is Seller's Efficient Breach Possible under English Law* SSRN Electronic Journal <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1012005>>
93. Randy E. Barnett, *A Consent Theory of Contract* (1986) 86 Columbia Law Review 269
94. Randy E Barnett, *Contract Is Not Promise; Contract Is Consent*, Philosophical Foundations of Contract Law (Oxford University Press 2014)
95. Richard Craswell, *Contract Remedies, Renegotiation and the Theory of Efficient Breach* (1988) 61 Southern California Law Review 629
96. Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (3rd edition, Little, Brown and Company 1986)
97. Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (7th edition, Aspen Publishers 2007)
98. Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Harvard University Press 1990)

99. Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1998) 111  
Harvard Law Review 1637
100. Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* (7th ed, New York: Addison-Wesley Longman 2011)
101. Ronald Coase, *The Problem of Social Cost* (1960) 3 *The Journal of Law & Economics*
102. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap Press 1998)  
<https://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674518360>
103. Scalise RJ, *Why No "Efficient Breach" in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract* (2007) 55 *The American Journal of Comparative Law* 721
104. Schwartz A and Scott RE, *Contract Theory and the Limits of Contract Law* (2003) 113 *The Yale Law Journal* 541
105. Seana Shiffrin, *Could Breach of Contract Be Immoral?* (2009) 107 *Michigan Law Review* 155
106. Shavell S, *Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts* (2009) 107 *Michigan Law Review* 1569
107. Solorzano J, *An Uncertain Penalty: A Look at the International Community's Inability to Harmonize the Law of Liquidated Damages and Penalty Clauses* (2017) 15 *Law and Business Review of the Americas* 779
108. Stephen B. Katz, *The California Tort of Bad Faith Breach, the Dissent in Seaman's v. Standard Oil, and the Role of Punitive Damages in Contract Doctrine* (1987) 60 *Southern California Law Review* 509
109. Steven Shavell, *Is Breach of Contract Immoral?* (2005) *Harvard Law and Economics Discussion Paper* 1
110. Steven Shavell, *Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis* (2005) 532 *Harvard Law and Economics Discussion Paper*
111. Stolle DP and Slain AJ, *Standard Form Contracts and Contract Schemas: A Preliminary Investigation of the Effects of Exculpatory Clauses*

- on Consumers' Propensity to Sue* (1997) 15 Behavioral Sciences & the Law 83
112. Tareq Al-Tawil, *English Contract Law and the Efficient Breach Theory: Can They Co-Exist?* (2015) 22 Maastricht journal of European and comparative law 396
113. Tareq Nail Al-Tawil, *Promises, Contracts and Remedies: The Efficient Breach Theory versus Routine Specific Performance* (The University of Manchester 2009)
114. Thomas J. Loeb, *Judicial Application of the Efficient Breach Theory - A Critical Examination* (2017) 30 Georgetown Journal of Legal Ethics 893
115. TM Scanlon, *What We Owe to Each Other* ((Harvard University Press 2000)
116. Tomasz Famulski, *Selected Legal Aspects of Transaction Costs* (2017) 1 Journal of Finance and Financial Law
117. UNCITRAL - Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance (1983)
118. Wacks R, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction* (OUP Oxford 2006)
119. Wathne, K. H H JB, *Opportunism in Interfirm Relationships: Forms, Outcomes, and Solutions* (2000) Journal of Marketing 36
120. Wilcox V, *A Company's Right to Damages for Non-Pecuniary Loss* (Cambridge University Press 2016)  
<<https://www.cambridge.org/core/books/companys-right-to-damages-for-nonpecuniary-loss/6D3973D98E0AA989B72564E5EE398D5D>>
121. Wilkinson-Ryan T, *Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment* (2010) 108 Michigan Law Review 633
122. Wilkinson-Ryan T, *Legal Promise and Psychological Contract* (2012) 47 Wake Forest L. Rev 843



123. Wilkinson-Ryan T and Baron J, *Moral Judgment and Moral Heuristics in Breach of Contract* (2009) 6 *Journal of Empirical Legal Studies* 405
124. Williamson OE, *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach* (1981) 87 *American Journal of Sociology* 548

## **C. BẢN ÁN**

### **I. Trong nước**

125. Bản án 03/2018/KDTM-PT ngày 15/11/2018 về tranh chấp phạt vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa và yêu cầu bồi thường thiệt hại - TAND Tỉnh Hòa Bình
126. Bản án 14/2017/KDTM-ST ngày 25/07/2017 về tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa - TAND Quận Hải Châu, Tp Đà Nẵng
127. Bản án 15/2016/KDTM-GĐT ngày 07/09/2016 về tranh chấp hợp đồng xây dựng, Hội đồng thẩm phán TAND Tối cao
128. Bản án 22/2019-DS-PT ngày 06/03/2019 về tranh chấp hợp đồng xây dựng - Tòa án nhân dân tỉnh Lâm Đồng
129. Bản án số: 56/2019/KDTM-ST ngày 12/6/2019 về tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa - TAND Quận 1, Tp HCM

### **II. Nước ngoài**

130. Attorney General v. Blake and Another [2000] UKHL 45 | Practical Law
131. BGH, 10052006 - XII ZR 124/02 [2006] BGH XII ZR 124/02
132. Diesen v Samson 1971 SLT 49 (Sh Ct)
133. Farley v Skinner [2001] UKHL 49
134. Groves v. John Wunder Co., 205 Minn. 163
135. Hamlin v. Great Northern Railway Co . (1856), 1 H. & N. 408, 156 E.R. 1261
136. Hobbs v London and South Western Rly Co (1875) LR 10 QB 111
137. Kutzin v. Pirnie, 124 N.J. 500

138. Lake River Corp. v. Carborundum Co., 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985)
139. LL Cole & Son, Inc. v. Hickman 282 Ark. 6 (Ark. 1984) (1984)
140. Mc Neil v Forest Lawn Memorial Services Ltd (1976) 72 D L R (3d) 556 (Canada)
141. Patton v. Mid-Continent Systems, Inc., 841 F.2d 742
142. Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Company, 382 P.2d 109 – CourtListener.Com’ (CourtListener, 1962)
143. Ross v Forest Lawn Memorial Park (1984) [Civ. No. B001209. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division Five. March 8, 1984.]
144. Shore Investments, Inc. v. Bhole, Inc., et al. 2011 WL 5967253 (Del.Super. Nov. 28, 2011)
145. Sullivan v O’Connor - 363 Mass 579, 296 NE2d 183 (1973)

**DANH MỤC CÔNG TRÌNH NGHIÊN CỨU**

1. Duong Anh Son and Gian Thi Le Na, *Efficient Breach of Contract*, Journal of US-China Public Administration, 2020, Vol. 17, No. 4
2. Giản Thị Lê Na, *Vi phạm hợp đồng hiệu quả (Efficient Breach) từ thuyết vị lợi của Jeremy Bentham và tư tưởng tự do của John Stuart Mill*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11(39) /2020
3. Giản Thị Lê Na, *Nghĩa vụ cung cấp thông tin trong hợp đồng dưới góc độ kinh tế*, Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, số 08 (138)/2020
4. Giản Thị Lê Na, *Bồi thường thiệt hại về tinh thần trong hợp đồng*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, Số 1(405)/2022