

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

NGUYỄN PHAN PHƯƠNG TÂN

BẢO VỆ QUYỀN CỦA NGƯỜI DÙNG
TRONG HỢP ĐỒNG CẤP QUYỀN NGƯỜI DÙNG CUỐI

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

TP. HỒ CHÍ MINH - NĂM 2021

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

NGUYỄN PHAN PHƯƠNG TÀN

BẢO VỆ QUYỀN CỦA NGƯỜI DÙNG
TRONG HỢP ĐỒNG CẤP QUYỀN NGƯỜI DÙNG CUỐI

Ngành: *Luật Kinh tế*

Mã số: 62380107

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

NGƯỜI HƯỚNG DẪN KHOA HỌC: PGS. TS. DƯƠNG ANH SƠN

TP. HỒ CHÍ MINH NĂM - 2021

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

NGUYỄN PHAN PHƯƠNG TÀN

BẢO VỆ QUYỀN CỦA NGƯỜI DÙNG
TRONG HỢP ĐỒNG CẤP QUYỀN NGƯỜI DÙNG CUỐI

Ngành: *Luật Kinh tế*

Mã số: 62380107

Phản biện 1: PGS.TS. Lê Thị Bích Thợ - Đại học Luật Tp.HCM

Phản biện 2: TS. Nguyễn Hải An – Tòa án Nhân dân tối cao

NGƯỜI HƯỚNG DẪN KHOA HỌC

PGS. TS. DƯƠNG ANH SƠN

TP. HỒ CHÍ MINH NĂM - 2021

LỜI CAM ĐOAN

Tôi tên là Nguyễn Phan Phương Tàn, nghiên cứu sinh Khóa 16, Ngành Luật Kinh tế, Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh tế - Luật, mã số học viên 01680107009.

Tôi xin cam đoan rằng: luận án mang tên “*Bảo vệ các quyền của người dùng trong hợp đồng cấp quyền người dùng cuối*” này là do chính tôi thực hiện; các thông tin được sử dụng trong luận án là trung thực và đã được trích dẫn nguồn đầy đủ; không có bất kỳ kết quả nghiên cứu nào của luận án đã được công bố hoặc nộp để lấy bằng cấp ở trường này hoặc bất kỳ trường nào khác. Nếu có bất kỳ nội dung nào sai sự thật, tôi xin hoàn toàn chịu trách nhiệm.

Tp. Hồ Chí Minh, Ngày Tháng Năm 2021

Tác giả

NGUYỄN PHAN PHƯƠNG TÀN

DANH MỤC VIẾT TẮT

Tên đầy đủ	Viết tắt
Đạo luật bảo vệ người tiêu dùng California	CCPA
Đạo luật Lạm dụng và Gian lận Máy tính	CFAA
Công nghệ thông tin	CNTT
Trao đổi dữ liệu điện tử	EDI
Châu Âu (Europe)	EU
Hợp đồng cấp quyền người dùng cuối (End User License Agreement)	EULA
Liên đoàn và Hiệp hội quản lý rủi ro châu Âu	FERMA
Đạo luật Quản trị An ninh Thông tin Liên bang	FISMA
Hội đồng Thương mại Liên bang (The United States Federal Trade Commission)	FTC
The General Data Protection	GDPR
Đạo luật về tính linh hoạt và tính trách nhiệm về bảo hiểm y tế	HIPAA
Diễn đàn quản lý Internet	IGF
Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế	OECD
Cơ quan giám sát độc lập	SA
Thương mại điện tử	TMĐT
Luật Thống nhất về Giao dịch Điện tử của Hoa Kỳ (Uniform Electronic Transaction Act)	UETA
Diễn đàn Kinh tế Thế giới	WEF

DANH MỤC BẢNG BIỂU

Bảng 1.2 Tỷ lệ Vi phạm Bản quyền.....	73
Bảng 2.2 EULA của Microsoft Software.....	87
Bảng 3.2.Thống kê độ dài các EULA của các chương trình phổ biến.....	88
Bảng 1.3 Top 5 khiếu nại thường gặp của người tiêu dùng.....	115

DANH MỤC HÌNH ẢNH

Hình 1.2 Chữ ký điện tử dưới dạng chữ ký	54
Hình 2.2. Hợp đồng góp kèm.....	56
Hình 3.2 Hợp đồng nhấp chuột.....	57
Hình 4.2 Đường dẫn đến hợp đồng trình duyệt trên trang web	59
Hình 5.2 Đơn hàng hiển thị trên tài khoản mua hàng của giao dịch tự động	60
Hình 6.2 Xác nhận đơn hàng gửi từ hệ thống tự động đến email người mua hàng ..	61
Hình 7.2 Vị trí mục “Điều khoản” của Google.....	85
Hình 8.2 Vị trí mục “Điều khoản” TOS của Facebook	86

MỤC LỤC

LỜI CAM ĐOAN

DANH MỤC VIẾT TẮT

DANH MỤC BẢNG BIỂU

DANH MỤC HÌNH ẢNH

MỤC LỤC

Trang

PHẦN MỞ ĐẦU.....1

1. Tóm tắt luận án 1

2. Tính cấp thiết của đề tài 2

3. Mục tiêu nghiên cứu 4

4. Đối tượng nghiên cứu và phạm vi nghiên cứu..... 5

4.1. Đối tượng nghiên cứu 5

4.2. Phạm vi nghiên cứu: 5

5. Câu hỏi nghiên cứu 6

6. Phương pháp nghiên cứu 9

7. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của luận án 10

8. Bố cục luận án..... 10

**CHƯƠNG 1 TỔNG QUAN NGHIÊN CỨU VỀ BẢO VỆ NGƯỜI DÙNG
TRONG HỢP ĐỒNG CẤP QUYỀN NGƯỜI DÙNG CUỐI11**

1.1 Tổng quan tình hình nghiên cứu11

1.1.1 Các công trình liên quan đến hợp đồng điện tử 12

1.1.2 Các công trình nghiên cứu liên quan đến EULA..... 20

1.1.3 Các công trình nghiên cứu liên quan đến lý thuyết hợp đồng 23

1.2 Điểm mới của luận án.....	24
1.3 Cơ sở lý thuyết nghiên cứu.....	26
1.3.1 Lý thuyết về chi phí giao dịch của Ronald Coase.....	26
1.3.2 Lý thuyết về hành vi của người dùng của Philip Kotler	28
1.3.3 Lý thuyết về hợp đồng theo mẫu	30
1.3.4 Học thuyết về tính bất hợp lý (The Unconscionability Doctrine) trong giao kết hợp đồng điện tử phát triển bởi Thomas Gamarello	31
1.3.5 Mô hình “Điều lệ Thế giới ảo” (Charter of Interration) của Edward Castronova liên quan đến quyền tài sản trong thế giới ảo	34
Kết luận chương 1.....	37
CHƯƠNG 2 KHÁI QUÁT CHUNG VỀ HỢP ĐỒNG ĐIỆN TỬ VÀ HỢP ĐỒNG CẤP QUYỀN NGƯỜI DÙNG CUỐI.....	38
2.1 Hợp đồng điện tử và các hình thức phổ biến của hợp đồng điện tử	38
2.1.1 Khái niệm hợp đồng điện tử	40
2.1.2 Đặc điểm của hợp đồng điện tử	43
2.1.3 Phân loại các hợp đồng điện tử được giao kết trong môi trường mạng toàn cầu	51
2.2 Giới thiệu về hợp đồng cấp quyền người dùng cuối	62
2.2.1 Lịch sử hình thành và phát triển	62
2.2.2 Khái niệm.....	65
2.2.3 Vai trò của hợp đồng cấp quyền người dùng cuối	68
2.2.4 Chủ thể tham gia hợp đồng cấp quyền người dùng cuối	77
2.2.5 Đối tượng của hợp đồng cấp quyền người dùng cuối.....	81
2.2.6 Hình thức biểu đạt và phương thức giao kết.....	85

2.3 Bản chất pháp lý của EULA	89
2.3.1 Bản chất hợp đồng của EULA	89
2.3.2 Bản chất hợp đồng theo mẫu của EULA	93
2.4 Giới hạn bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ của chủ sở hữu phần mềm trong các hợp đồng cấp quyền người dùng cuối.	96
Kết luận chương 2.....	98
CHƯƠNG 3 QUYỀN CỦA NGƯỜI DÙNG TRONG CÁC GIAO DỊCH LIÊN QUAN ĐẾN HỢP ĐỒNG CẤP QUYỀN NGƯỜI DÙNG CUỐI.....	99
3.1 Người dùng cuối trong hợp đồng cấp quyền người dùng cuối	99
3.1.1 Người dùng cuối và người tiêu dùng	99
3.1.2 Người dùng cuối tại Việt Nam.....	102
3.1.3 Quyền của người dùng cuối trong pháp luật Việt Nam và pháp luật các nước	104
3.2 Tác động của giao dịch điện tử đối với hành vi của người dùng cuối.....	134
3.2.1 Các yếu tố tác động đến hành vi của người dùng cuối	134
3.2.2 Hành vi và thái độ của người dùng khi sử dụng phần mềm	136
3.3 Những điều khoản trong EULA có thể mang lại rủi ro cho người dùng cuối.	140
3.3.1 Thỏa thuận cho phép sử dụng dữ liệu và thông tin cá nhân	140
3.3.2 Điều khoản về giới hạn trách nhiệm và bồi thường thiệt hại.....	144
3.3.3 Điều khoản đơn phương chấm dứt dịch vụ.....	145
3.4 Những bất cập của pháp luật Việt Nam về bảo vệ quyền riêng tư của người dùng cuối trong các EULA.....	147
3.4.1 Sự thất bại của điều khoản bắt buộc trong các hợp đồng theo mẫu.....	147

3.4.2 Quy trách nhiệm cho người dùng đối với việc kiểm soát thông tin của mình trong các EULA	149
3.5 Bảo vệ quyền riêng tư của người dùng thông qua hợp đồng cấp quyền người dùng cuối.....	150
3.6 Bảo vệ quyền tài sản của người dùng thông qua hợp đồng cấp quyền người dùng cuối.....	152
3.6.1 Công nhận quyền tài sản đối với tài sản ảo	152
3.6.2 Luật hóa mô hình của Castronova và Balkin	154
Kết luận chương 3	157
PHẦN KẾT LUẬN	158
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO	
DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH CÔNG BỐ KẾT QUẢ NGHIÊN CỨU CỦA LUẬN ÁN TIỀN SĨ	

PHẦN MỞ ĐẦU

1. Tóm tắt luận án

Luận án đặt vấn đề là giải quyết việc bảo vệ quyền lợi của người dùng liên quan đến các giao dịch được thực hiện trong môi trường mạng internet. Chủ yếu các quyền của người dùng trong môi trường này gắn liền với hợp đồng cấp quyền người dùng cuối (EULA), là các thỏa thuận được đề xuất bởi các nhà sản xuất chương trình phần mềm hay ứng dụng di động trước khi người dùng có tiến hành sử dụng các dịch vụ mà họ cung cấp.

Để giải quyết được vấn đề này, luận án đi từ việc tìm hiểu hợp đồng cấp quyền người dùng cuối là gì và các đặc điểm cơ bản của nó. Dựa trên nhiều quan điểm đang còn tranh cãi giữa các nhà nghiên cứu pháp lý trên thế giới, luận án đưa ra kết luận về bản chất hợp đồng theo mẫu của EULA. Từ đó, định hướng rõ ràng hơn về thái độ cần thiết của pháp luật quản lý các giao dịch này trên thực tế.

Ngoài ra, luận án còn đi từ nguồn gốc của vấn đề là quyền lợi người dùng mạng đang bị xâm phạm nghiêm trọng xuất phát từ đặc tính giao kết và hình thức giao kết của EULA. Kết quả nghiên cứu cho thấy, vì đặc tính giao kết qua mạng với thời lượng xuất hiện ngắn nhưng dung lượng nội dung lại dài, khiến cho người dùng không thể dành đủ sự chú ý cũng như có thể hiểu rõ các rủi ro có thể xảy ra với mình. Vì vậy, luận án lý giải lý do các quy định hiện hành về bảo mật thông tin người dùng lại không mang lại hiệu quả cao, cũng như chưa thể làm tròn nhiệm vụ bảo vệ người dùng mạng. Đồng thời, về quan hệ tài sản từ tài sản ảo, pháp luật Việt Nam cũng chưa có quan điểm rõ ràng. Trong khi đó, các văn bản dưới luật đều đi theo xu hướng không công nhận và không bảo vệ người dùng nếu có tranh chấp về tài sản ảo.

Do đó, luận án chủ yếu đưa ra các đề xuất theo hai hướng, một là nhằm tăng cường quy định về bảo vệ quyền riêng tư và thông tin cá nhân của người dùng, và hai là đề xuất bổ sung quy định công nhận tài sản ảo và mô hình bảo vệ quyền tài

sản của người dùng mạng thông qua đối tượng nghiên cứu chính được nghiên cứu trong luận án này là hợp đồng cấp quyền người dùng cuối.

2. Tính cấp thiết của đề tài

Tháng 4/2018, vụ bê bối của của “ông trùm” mạng xã hội Facebook về việc làm rò rỉ thông tin cá nhân của hơn 50 triệu người dùng làm chấn động thị trường công nghệ, các dữ liệu cá nhân được thu thập và sử dụng cho mục đích thương mại lẫn chính trị, ảnh hưởng đến cả cuộc bầu cử Tổng thống Mỹ năm 2016.¹ Tháng 11/2018, tổ chức Privacy International đã tố cáo các công ty môi giới dữ liệu Acxiom, công ty phần mềm tên tuổi Oracle, công ty xếp hạng tín nhiệm Experian, Equifax và các công ty quảng cáo Criteo, Quantcast và Tapad vì đã mua bán dữ liệu khách hàng mà không có nền tảng pháp lý nào cho phép điều đó.²

Không còn là chuyện của thế giới, ngay cả tại Việt Nam, các vụ rò rỉ thông tin của khách hàng ngày càng trở nên phổ biến. Ngày 10/11/2018, dữ liệu khách hàng của Thế Giới Di Động, Con Cưng cũng bị đưa lên diễn đàn Raid Forums.³ Danh sách này có thể chưa kết thúc vì còn những lời dọa sẽ đưa tiếp những tên tuổi lớn khác.

Không những thế, người dùng các chương trình phần mềm như Google hay Facebook trên các thiết bị di động thường xuyên phàn nàn về cảm giác như đang bị theo dõi, thu thập thông tin cá nhân hàng ngày hàng giờ, thường xuyên bị quấy rối bởi các tin nhắn hay thư rác quảng cáo, hay có những trường hợp bị lừa mất tiền từ các ứng dụng trực tiếp hoặc mất phí do tài khoản đột ngột bị khóa bởi nhà cung cấp,

¹ Thông tin được tổng hợp từ Trang báo điện tử BBC, web: <https://www.bbc.com/news/topics/c81zyn0888lt/facebook-cambridge-analytica-data-breach>, truy cập ngày 27/11/2018.

² David Mayer, Privacy Activists Take On Oracle and Equifax Over Shadowy Profiling, Fortune, 8 November 2018, web: <http://fortune.com/2018/11/08/privacy-international-oracle-acxiom/>, truy cập ngày 27/11/2018.

³ Sau Thế Giới Di Động, đến lượt Con Cưng bị lộ dữ liệu nhân viên?, Trang tin của Phapluatnet, web: <https://phapluatnet.vn/mang-xa-hoi/sau-the-gioi-di-dong-den-luot-con-cung-bi-lo-du-lieu-nhan-vien>, truy cập ngày 27/11/2018.

v.v. Tất cả giống lên như một hồi chuông cảnh báo về một điều gì đó mà từ trước đến nay người ta vẫn luôn hoài nghi nhưng vẫn còn mơ hồ và đôi khi có lúc người dùng còn chấp nhận hiện tượng này như một điều bình thường một cách vô thức. Ngoài việc bị lợi dụng về thông tin cá nhân, người dùng trong các giao dịch điện tử còn thường xuyên bị xâm phạm về quyền tài sản khi các giao dịch liên quan đến tài sản ảo chưa được pháp luật nhiều nước công nhận và bảo vệ.

Hàng loạt các ý tưởng và giải pháp về pháp lý đã được đặt ra bao gồm thắt chặt hơn việc buộc “Doanh nghiệp phải xin phép người dùng trước khi thu thập dữ liệu người dùng, được sự đồng ý rõ ràng mới tiến hành, đồng thời cần nói rõ dữ liệu thu thập nhằm mục đích gì, có trao cho bên thứ ba để kinh doanh, đổi chác hay không” như đã được Anh và EU điều chỉnh trong Luật Bảo vệ Dữ liệu Chung GDPR (The General Data Protection Regulation) mới ra đời.⁴ Tuy nhiên giải pháp này vẫn còn nhiều tranh cãi bởi những đặc tính riêng biệt của giao dịch mạng chi phối không nhỏ đến tính hiệu quả của pháp luật, đặc biệt là các vấn đề về cân bằng giữa quyền của nhà phát triển/chủ sở hữu phần mềm và quyền của người dùng. Mặt khác, công ty vẫn sẽ có quyền truy cập vào dữ liệu đó, đem bán dữ liệu cho công ty khác trong tình huống được sự cho phép của khách hàng mà thậm chí họ còn không hề biết đến do sự bất cân trong giao dịch các hợp đồng điện tử.

Vấn đề đặc biệt nghiêm trọng xuất phát từ các hợp đồng cấp quyền người dùng cuối (End-user License Agreement – EULA), một trong những loại hợp đồng điện tử phổ biến nhất hiện nay. Loại hợp đồng này được sử dụng nhiều trong các giao dịch có đối tượng là chương trình máy tính hay ứng dụng di động thuộc sở hữu của các tác giả hay các công ty phát triển phần mềm, vốn đang bùng nổ về số lượng và được sử dụng rộng rãi trên quy mô toàn cầu. Tần suất giao kết các EULA ngày càng tăng nhanh vì khi cần sử dụng hoặc tải các chương trình bất kỳ, người dùng đều phải đồng ý ký kết các hợp đồng này thông qua việc nhấn vào nút “Yes” hoặc

⁴ Xem tóm tắt và toàn văn của GDPR tại trang thông tin của Intersoft Consulting, web: <https://gdpr-info.eu/>.

“Tôi đồng ý” trên giao diện màn hình⁵. Với mức độ phổ biến như vậy nhưng các quy định về hợp đồng cấp quyền người dùng cuối lại chưa rõ ràng, cũng như chưa có đủ công cụ để điều chỉnh việc lạm dụng của các nhà cung cấp phần mềm đối với người dùng, thông qua các điều khoản hợp đồng không công bằng mà người dùng đã đồng ý trước đó.

Trong số các hình thức phát triển ngày càng đa dạng, thâm nhập ngày càng sâu rộng của các loại hình hợp đồng điện tử vào đời sống xã hội và hoạt động thương mại trên toàn cầu, tác giả đặc biệt nhận thấy tầm ảnh hưởng của các EULA có vai trò không nhỏ đối với các hiện tượng nêu trên. EULA là cánh cổng đầu tiên và duy nhất dẫn người dùng tiếp cận đến các chương trình phần mềm máy tính hay các ứng dụng di động, mà việc sử dụng chúng đã có tác động và ảnh hưởng trực tiếp đến cuộc sống và quyền lợi của mỗi người dùng.

Đó là lý do vì sao tác giả lựa chọn thực hiện đề tài “***Bảo vệ quyền của người dùng trong hợp đồng cấp quyền người dùng cuối***” làm đề tài luận án tiến sĩ của mình. Ngoài việc phát hiện các vấn đề có liên quan đến khả năng bị lạm dụng của người tiêu dùng trong giao dịch này, nghiên cứu còn tập trung phân tích để xác định bản chất pháp lý của hợp đồng cấp quyền người dùng cuối thông qua các lý thuyết hợp đồng hiện đại và cổ điển. Từ đó đề xuất các ứng xử cần thiết của pháp luật để bảo vệ quyền của bên yếu thế hơn trong EULA.

3. Mục tiêu nghiên cứu

Nghiên cứu này nhằm mục tiêu đi tìm bản chất của EULA, giải quyết các vấn đề tác động đến quá trình giao kết, thực hiện và giải quyết tranh chấp liên quan đến các hợp đồng điện tử nói chung và EULA nói riêng. Cụ thể, tác giả muốn làm rõ các tranh cãi xung quanh việc xác định bản chất của EULA để có thể đưa ra cách thức ứng xử phù hợp với loại hợp đồng này. Đồng thời, mục tiêu cuối cùng của vấn

⁵ Xem thêm tại các nghiên cứu của Gamarello, Thomas, "The Evolving Doctrine of Unconscionability in Modern Electronic Contracting". Law School Student Scholarshio, Vol. 647(2015) và Winn, Jane K. and Brian H. Bix, "Diverging Perspectives on Electronic Contracting in the U.S. and EU". Cleveland State Law Review (Law Journals), Vol. 54, No. (1), pp. 175-190, 2006.

đề chính là tìm ra các giải pháp pháp lý hiệu quả nhằm mục tiêu đảm bảo nguyên tắc tự do, bình đẳng và bảo vệ bên yếu thế hơn trong quan hệ hợp đồng giữa một bên là người dùng và một bên là nhà cung cấp chương trình phần mềm trong EULA.

Để có thể giải quyết những vấn đề đó, luận án xác định câu hỏi nghiên cứu chính và sau đó chia nhỏ vấn đề thành các câu hỏi nghiên cứu nhỏ hơn, từng bước phân tích, đánh giá, sử dụng dữ liệu thứ cấp thu thập được để trả lời các nghiên cứu này. Giải quyết được các mục tiêu trên, kết quả nghiên cứu của đề tài hy vọng sẽ góp phần tạo nên một môi trường pháp lý đầy đủ, thông suốt và công bằng hơn cho các giao dịch qua mạng, cũng như là nguồn tư liệu nghiên cứu cho các công trình trong tương lai liên quan đến thương mại điện tử.

4. Đối tượng nghiên cứu và phạm vi nghiên cứu

4.1. Đối tượng nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu của đề tài nghiên cứu là hợp đồng cấp quyền người dùng cuối (EULA), những quan điểm, học thuyết của pháp luật hợp đồng, pháp luật về quyền tài sản, pháp luật về thương mại điện tử, và pháp luật bảo vệ người tiêu dùng của Việt Nam và của một số quốc gia trên thế giới liên quan đến khái niệm, phân loại, các đặc điểm, tính chất, cách thức xử lý các EULA.

Về mặt thực tiễn, đối tượng nghiên cứu của đề tài là thực tiễn giao kết EULA và cách thức xử lý của các cơ quan tài phán liên quan đến giải quyết tranh chấp hợp đồng.

4.2. Phạm vi nghiên cứu:

Về nội dung, phạm vi của đề tài mà tác giả hướng đến sẽ chỉ đề cập đến các vấn đề như sau: Khái quát các vấn đề lý luận về EULA làm nền tảng đi vào xác định, phân tích những yếu tố, những cơ sở mà người nghiên cứu cho rằng có tác dụng hỗ trợ cho việc xác định bản chất của EULA. Tác giả cũng nghiên cứu để đưa ra các đánh giá về khả năng ảnh hưởng đến các quyền cơ bản của người tiêu dùng xuất phát từ bản chất của EULA theo các nguyên tắc chung của học thuyết luật hợp

đồng. Các vấn đề liên quan đến tư pháp quốc tế và giải quyết tranh chấp xuyên quốc gia sẽ không được đề cập trong nghiên cứu này.

5. Câu hỏi nghiên cứu

Để hoàn thành mục tiêu nghiên cứu đặt ra, tác giả xác định câu hỏi nghiên cứu chính của luận án này sẽ là: “***Giải pháp pháp lý nào để bảo vệ được quyền lợi của người dùng trong giao kết EULA?***”. Trả lời câu hỏi nghiên cứu trên, tác giả phân loại nội dung trong phạm vi nghiên cứu và tự đặt ra ba câu hỏi nghiên cứu phụ để tìm ra lời giải đáp, và ba câu hỏi nghiên cứu này cũng chính là các vấn đề sẽ được giải quyết trong các chương của luận án.

Các câu hỏi nghiên cứu cụ thể như sau:

(1) Bản chất của hợp đồng cấp quyền người dùng cuối (EULA) là gì?

Trong các lý thuyết nghiên cứu được đặt ra ở phần cơ sở nghiên cứu và tình hình nghiên cứu tổng quan, cho thấy trên các diễn đàn pháp luật và giới luật học vẫn còn tồn tại rất nhiều quan điểm tranh cãi và trái chiều liên quan đến bản chất của EULA. Nếu chỉ đứng ở góc nhìn kỹ thuật giao kết và phương tiện giao kết, phần lớn các quan điểm đều chỉ dừng lại ở việc công nhận về sự tồn tại dưới hình thức văn bản của loại những loại thỏa thuận này, tất cả các khía cạnh pháp lý khác đều vẫn được xử lý như các hợp đồng giao kết truyền thống khác. Tuy nhiên, đặt hợp đồng điện tử (bao gồm cả EULA) trong một bối cảnh giao kết đặc thù, khi người bán và người mua không hề hiểu biết thông tin về nhau trước đó, hoặc có thì rất hạn hẹp, cũng như cách thức giao kết mang tính chất phi ranh giới (non-border), không giới hạn, và vô hình, đã tạo nên những độ chênh lệch và khó khăn trong giải quyết các vấn đề pháp lý của hợp đồng nếu chỉ dựa trên lý thuyết hợp đồng truyền thống.

Ở một góc độ khác liên quan đến quyền của bên cấp quyền và quyền của người dùng, các nhà nghiên cứu cũng có các quan điểm khác nhau về bản chất của EULA. Các tranh luận cho rằng EULA sẽ dẫn đến một chứng nhận (cấp phép) hay

một hợp đồng chuyển giao một phần quyền sở hữu.⁶ Các chủ sở hữu phần mềm đơn thuần xem EULA như một dạng cấp phép, trao quyền sử dụng phần mềm, do đó EULA thường rất hạn chế quyền của người dùng, chủ yếu chỉ quy định các giới hạn về quyền sử dụng nhằm bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ do các công ty hay tác giả đang nắm giữ. Tuy nhiên, nếu xét về cách thức xác lập và phạm vi hiệu lực, cũng như khả năng ràng buộc trách nhiệm của người dùng trong EULA, thì EULA cần được xem xét như một hợp đồng. Nếu nhìn dưới góc độ là một hợp đồng, EULA sẽ thỏa mãn các điều kiện của loại hợp đồng gia nhập (Adhesion Contract) hay hợp đồng theo mẫu (Rolling Contract hay Standard-Form Contract). Vấn đề này đóng vai trò rất lớn trong việc xác định phạm vi quyền và lợi ích cần được bảo vệ của người dùng, cũng như cách thức Tòa án ứng xử trước các vụ kiện liên quan đến EULA.

Để có thể giải quyết được câu hỏi nghiên cứu này, tác giả cũng sẽ lần lượt nhấn mạnh và giải đáp các câu hỏi nghiên cứu kèm theo trong quá trình xác định bản chất của một hợp đồng như:

- EULA là một giấy phép hay là một hợp đồng?
- Đối tượng của EULA là gì?
- Tính chất đặc trưng của EULA là gì?
- Hiệu lực và chế tài vi phạm trong EULA được quy định và đảm bảo thực hiện như thế nào?

(2) Những rủi ro của người dùng khi giao kết các EULA?

Câu hỏi nghiên cứu thứ hai xác định một cách cụ thể các rủi ro pháp lý có thể xảy đến với người dùng trong quá trình giao kết và thực hiện các giao dịch liên quan đến EULA. Phạm vi nghiên cứu của câu hỏi chỉ gói gọn đối với EULA mà không phải là các dạng hợp đồng điện tử khác vì tác giả cho rằng, dựa trên các tính chất đặc trưng (sẽ được nêu rõ khi giải quyết câu hỏi nghiên cứu đầu tiên) của loại hợp đồng này, người dùng đứng trước nguy cơ bị xâm phạm quyền cao hơn hẳn so với các dạng hợp đồng điện tử thông thường khác, bao gồm hai yếu tố xâm phạm

⁶ Michael Terasaki, *Do End User License Agreements Bind Normal People?*, 41 W. St. U. L. Rev. (2013).

chính: một là xâm phạm các quyền tài sản và hai là quyền nhân thân của người tiêu dùng trong quá trình hợp đồng có hiệu lực và ngay cả sau khi hợp đồng kết thúc.

Phần thứ hai của luận án sẽ được thực hiện thông qua các kết quả nghiên cứu thống kê và phân tích đánh giá các vụ việc đã xảy ra trên thực tế để phát hiện, xác định và giải đáp câu hỏi nghiên cứu này. Để có thể giải quyết được câu hỏi nghiên cứu này, tác giả cũng sẽ lần lượt nhấn mạnh và giải đáp các câu hỏi nghiên cứu kèm theo trong quá trình nhận diện rủi ro của EULA như:

- Các quyền nào của người dùng cần được bảo vệ trong các EULA?
- Giới hạn trách nhiệm hiện tại của nhà phát triển phần mềm được quy định như thế nào trong các EULA?
- Thực tiễn bảo vệ quyền của người dùng đang ở mức độ nào qua thái độ của Tòa án và nhà làm luật?

(3) Những biện pháp quản trị rủi ro có thể được áp dụng để bảo vệ quyền lợi người dùng trong EULA?

Quan hệ hợp đồng luôn được xem là cần phải tuân theo các nguyên tắc cơ bản về tự do tự nguyện và bình đẳng trong giao kết và thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên những nguyên tắc này cũng cần phải được áp dụng một cách linh hoạt và phù hợp với từng loại hợp đồng để đảm bảo hiệu quả tự do và bình đẳng là cao nhất. Dựa trên phương châm này, câu hỏi nghiên cứu cuối cùng và cũng là mục tiêu quan trọng nhất của luận án, chính là hướng đến các giải pháp pháp lý nhằm cân bằng lợi ích của cả hai bên trong quan hệ của EULA, giữa người tiêu dùng và phía cung cấp chương trình phần mềm, hoặc chủ sở hữu chương trình. Vấn đề pháp lý được nêu lên ở đây không chỉ dừng lại ở tìm ra biện pháp pháp lý hữu ích bảo vệ quyền lợi người dùng, mà muốn hướng đến yếu tố “cân bằng lợi ích” nhằm tạo môi trường thuận lợi, khuyến khích các nhà phát triển chương trình phần mềm, các chủ sở hữu trí tuệ có điều kiện tiếp tục phát huy sự sáng tạo và thúc đẩy tài sản trí tuệ là đối tượng của các EULA được tiếp tục phát triển.

Câu hỏi này sẽ được giải đáp sau mỗi vấn đề được nêu ra ở chương 2 và chương 3 của luận án.

6. Phương pháp nghiên cứu

Tác giả sử dụng những phương pháp nghiên cứu sau trong luận án:

- Phương pháp nghiên cứu lý thuyết luật học (doctrinal study research): phương pháp này được sử dụng để làm rõ một số vấn đề lý luận và pháp lý về hợp đồng điện tử, EULA, các quyền tài sản là đối tượng của EULA, v.v. thông qua việc phân tích các cơ sở lý luận và quy định pháp luật liên quan. Các kết quả của nghiên cứu lý thuyết sẽ làm nền tảng lý giải có các vấn đề được nhận diện trong thực tiễn và là nguồn cơ sở để đề xuất các giải pháp của luận án.

- Phương pháp nghiên cứu lịch sử (historical research): Phương pháp này được sử dụng để đánh giá tính hiệu quả của các quy định, chính sách pháp luật liên quan đến các EULA qua từng giai đoạn phát triển của thị trường. Từ đó nhận diện được vấn đề trong bối cảnh hiện đại, làm cơ sở đánh giá pháp luật hiện hành, và tìm các giải pháp pháp lý cho phù hợp với các vấn đề được đặt ra trong luận án.

- Phương pháp nghiên cứu so sánh (comparative research): phương pháp này được sử dụng để làm rõ sự tương đồng và khác biệt giữa pháp luật các quốc gia và pháp luật quốc tế đối với các quy định liên quan đến xác định hiệu lực của hợp đồng điện tử, giá trị của EULA trong quan hệ tài sản và quan hệ hợp đồng, là cơ sở đánh giá những thiếu sót của pháp luật hiện hành tại Việt Nam và kế thừa các giải pháp hoặc quy định hiệu quả hơn cho vấn đề pháp lý liên quan. Nghiên cứu lựa chọn một số các quốc gia điển hình cho các quan điểm pháp luật trên thế giới để so sánh. Cụ thể theo hệ thống thông luật có Mỹ, Anh Quốc; hệ thống luật thành văn có Liên minh Châu Âu, Pháp, Nhật Bản, Hàn Quốc, Trung Quốc.

- Phương pháp nghiên cứu định tính (qualitative research): dựa trên các số liệu thống kê thứ cấp, kết quả khảo sát (survey) được thực hiện bởi các cá nhân tổ chức đã được công bố liên quan đến thái độ và phản ứng của người dùng trong đối với hoạt động giao kết các EULA để đưa ra các đánh giá định tính về mức độ hiệu quả của các quy định pháp luật hiện hành về giao kết EULA, làm cơ sở cho các đề xuất giải pháp hiệu quả hơn để bảo vệ quyền của người dùng trong giao dịch EULA trong tương lai.

7. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của luận án

Về mặt lý luận, luận án bàn luận các quan điểm xoay quanh bản chất của EULA từ đó đóng góp thêm cơ sở lý luận cho các nghiên cứu về hợp đồng điện tử nói chung và các giao dịch liên quan đến phần mềm nói riêng.

Về mặt thực tiễn, luận án đề xuất các hướng tiếp cận cụ thể cho pháp luật Việt Nam trong bảo mật thông tin cá nhân của người dùng và quản lý tài sản ảo, bổ sung, điều chỉnh các quy định về giao dịch điện tử và bảo vệ quyền lợi của người dùng trong giao dịch điện tử.

8. Bố cục luận án

Từ những mục tiêu trên, tác giả phân chia luận án thành 4 chương với bố cục như sau:

Chương 1: Tổng quan nghiên cứu về bảo vệ người dùng trong hợp đồng cấp quyền người dùng cuối.

Chương 2: Khái quát chung về hợp đồng điện tử và hợp đồng cấp quyền người dùng cuối.

Chương 3: Quyền của người dùng trong các giao dịch liên quan đến hợp đồng cấp quyền người dùng cuối.

CHƯƠNG 1

TỔNG QUAN NGHIÊN CỨU VỀ BẢO VỆ NGƯỜI DÙNG TRONG HỢP ĐỒNG CẤP QUYỀN NGƯỜI DÙNG CUỐI

1.1 Tổng quan tình hình nghiên cứu

Cùng với sự phát triển như vũ bão và chưa có dấu hiệu thoái trào của công nghệ thông tin toàn cầu, thương mại điện tử nói chung và hợp đồng điện tử nói riêng đã trở thành mảnh đất màu mỡ, trở thành đề tài của các nhà nghiên cứu từ cả ba lĩnh vực có liên quan, bao gồm công nghệ thông tin, kinh tế học và luật học. Trong đó, những chuyên gia luật học xem xét hợp đồng điện tử dưới diện mạo và góc nhìn như là một công cụ hữu hiệu để đảm bảo các giao kết mạng thông tin ảo có thể đem lại lợi ích thật và có giá trị đối với cuộc sống hàng ngày. Và để có thể phát huy tối đa hiệu quả của hợp đồng điện tử, cũng như giảm thiểu những rủi ro trong giao dịch xuống mức thấp nhất, pháp luật cần có những khung pháp lý chặt chẽ và hợp lý để phát huy hoạt động của giao dịch thương mại điện tử đang ngày càng phát triển cả về số lượng và quy mô trên toàn cầu.

Xu hướng nghiên cứu hợp đồng điện tử xuất hiện từ rất sớm, tuy nhiên việc xác định và phân loại các dạng phổ biến của hợp đồng điện tử, trong đó có hợp đồng cấp quyền người dùng cuối (End-users License Agreement) (sau đây gọi tắt là “EULA”), chỉ mới bắt đầu được quan tâm từ những năm 2000 cho đến gần đây. Đặc biệt, sau khi tiến hành tìm kiếm và khảo sát, tác giả vẫn không tìm thấy bất kỳ một đề tài nghiên cứu bài bản nào tập trung nghiên cứu về EULA được thực hiện tại Việt Nam.

Trong phần này, để có cái nhìn tổng quát và dễ hiểu về tổng quan tình hình nghiên cứu của vấn đề liên quan, tác giả sẽ phân thành một số nội dung pháp lý chủ yếu để giới thiệu các công trình đã được công bố theo thứ tự thời gian từ trước về sau.

1.1.1 Các công trình liên quan đến hợp đồng điện tử

Từ những năm 90 của thế kỷ XX, các nhà nghiên cứu luật học đã bắt đầu có thái độ hoài nghi đối với sự phát triển của phương thức giao tiếp mới của nhân loại, đó là thông qua hệ thống mạng internet. Trong số các nghiên cứu vào giai đoạn này, nghiên cứu mang tên “Giao kết hợp đồng trong không gian máy tính” của Dodd, J. C., và Hernandez, J. A. vào năm 1998⁷ đã giới thiệu những nội dung căn bản nhất liên quan hoạt động giao dịch thông qua hệ thống mạng máy tính. Thông qua nghiên cứu này, các tác giả đã đưa ra quan điểm cho rằng ký kết hợp đồng điện tử vốn chỉ xoay quanh vấn đề phương pháp và kỹ thuật vận hành mà không phải xuất phát từ vấn đề lý luận hợp đồng. Các lý luận căn bản của hợp đồng thông thường không bị ảnh hưởng nhiều bởi phương thức giao dịch mới này. Bài viết đã có những phân tích khá sâu sắc về các yếu tố liên quan đến tính hiệu lực của hợp đồng dựa trên hình thức của hợp đồng, các điều kiện để một giao dịch điện tử có hiệu lực pháp luật và phân tích 5 vấn đề cội rễ của việc ký kết và thực hiện hợp đồng đối với hợp đồng điện tử. Tuy nhiên, các tác giả chỉ dừng lại ở lý giải những điểm chung trong mối quan hệ giữa lý luận hợp đồng thông thường và hoạt động giao kết hợp đồng điện tử, mà chưa nhìn nhận những đặc trưng cơ bản của hợp đồng điện tử là có những khác biệt so với hợp đồng thông thường.

Cụ thể là các vấn đề liên quan đến thời điểm xác định hiệu lực của đề nghị giao kết, chấp nhận giao kết, hợp đồng, sự chênh lệch quyền và nghĩa vụ của các bên trong loại hình giao dịch này. Mặc dù các kết quả của nghiên cứu đã cũ nhưng vẫn có giá trị trong luận án này với vai trò là nền tảng cơ sở lý luận để phân tích mối quan hệ giữa hợp đồng điện tử với các nguyên tắc hợp đồng cổ điển, bổ sung cho việc xác định bản chất của các UELA.

⁷ Dodd, Jeff C. and James A. Hernandez, "Contracting In Cyberspace". Computer Law Review and Technology Journal, Vol., No., 1998.

Theo sau đó, các nghiên cứu của Donnie L. Kidd & William H. Daughtrey (2000)⁸ và Micheal Gisler, Stanoevska-Slabeva, & Greunz (2000)⁹ đã bắt đầu có những nghiên cứu nghiêm túc và chính thống về vấn đề lý luận của hợp đồng điện tử dưới góc nhìn pháp lý, xác định các khái niệm cơ bản và các giai đoạn của quá trình giao kết hợp đồng điện tử, từ đó hướng đến giải thích lý do và các giải pháp để tương thích luật hợp đồng hiện thời vào thực tiễn ký kết các hợp đồng điện tử. Các tác giả bước đầu đã có những phân tích về mối quan hệ giữa lý luận hợp đồng cổ điển với hợp đồng điện tử, xem đây là nền tảng của các phương thức giao dịch mới, nhưng cần có sự thay đổi cho phù hợp, sự thay đổi sẽ mang tính mở rộng và linh hoạt hơn, đồng thời cũng khẳng định được tầm quan trọng của việc phải mở rộng lý luận hợp đồng để tương thích với các hình thức giao thương hiện đại ngày càng phát triển. Dù còn những hạn chế khi chỉ dừng lại ở lý giải nền tảng mối quan hệ giữa lý luận hợp đồng và phương thức hợp đồng điện tử, chưa phân tích đặc tính và sự khác biệt mang tính chất căn bản và tiến hóa của loại hợp đồng này, và cũng chưa dự đoán được những rủi ro tiềm ẩn của các giao dịch, nhưng các kết quả nghiên cứu vẫn có thể được sử dụng để làm nền tảng lý luận cho các phân tích sâu hơn về các khái niệm cơ bản của hợp đồng điện tử sẽ được trình bày trong nghiên cứu này.

Bước qua ngưỡng cửa của thế kỷ XXI cũng là thời điểm mà sức ảnh hưởng của mạng thông tin toàn cầu bắt đầu cho thấy sức ảnh hưởng của mình đến cách thức con người giao tiếp, sống, làm việc và giao thương mua bán. Các công ty lớn bắt đầu nhận biết được những lợi ích mà giao dịch điện tử có thể mang lại và trở thành công cụ hỗ trợ đắc lực cho hoạt động kinh doanh của mình. Đi kèm với sự phát triển của hợp đồng điện tử, là các chương trình máy tính hỗ trợ cho hoạt động này, trong đó phải kể đến trước hết là các chương trình liên quan đến thư điện tử

⁸ Donnie L. Kidd, Jr. and Jr. William H. Daughtrey, "Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions ". Rutgers Computer and Technology Law Journal Vol., No., 2000.

⁹ Gisler, Michael, Katarina Stanoevska-Slabeva, and Markus Greunz, Legal Aspects of Electronic Contracts, in Dynamic Business-to-Business Service Outsourcing (IDSO'00), Stockholm. 2000.

(email) và chữ ký điện tử (e-signature). Năm 2001, bài báo của tác giả Stern, J. E.¹⁰ giới thiệu chi tiết các loại chữ ký điện tử và các yếu tố để xác nhận một giao dịch điện tử theo Luật thương mại Hoa Kỳ. Các nghiên cứu của tác giả có giá trị giới thiệu một số mô hình quản lý chữ ký điện tử nhằm giảm rủi ro dẫn đến phá vỡ hợp đồng. Không những vậy, tác giả còn đề cập đến khía cạnh quyền lợi người tiêu dùng đối với các giao dịch điện tử trong phạm vi mua bán hàng hóa trong không gian mạng. Kết quả bài báo chỉ tập trung phân tích các yếu tố kỹ thuật của chữ ký điện tử được đăng ký, không phân tích khía cạnh pháp lý của chữ ký điện tử thông thường, hơn nữa, chỉ áp dụng trong bối cảnh hợp đồng đã ký kết xong mà không đề cập đến quá trình thương lượng, đề nghị giao kết và các lỗi trong quá trình giao kết. Vì vậy, bài viết này được dùng để tham khảo đối với các vấn đề về giá trị hiệu lực của chữ ký điện tử ở khía cạnh gắn với quyền của người mua trong các hợp đồng mua hàng hóa qua mạng.

Cũng liên quan đến yếu tố kỹ thuật, nghiên cứu năm 2008 của Wright, C.S.¹¹ về khía cạnh pháp lý của hợp đồng, liên quan đến chữ ký điện tử và các trường hợp chối bỏ hợp đồng trong giao dịch điện tử. Đồng thời giới thiệu các kỹ thuật hỗ trợ hình thành và quản lý, các công cụ kéo theo liên quan đến hợp đồng điện tử. Bài viết không phát hiện các rủi ro gắn liền với phương thức giao kết hợp đồng điện tử hiện đại, không chỉ ra được sự khác biệt về mặt lý luận và nguyên tắc giữa hợp đồng điện tử và các hợp đồng thông thường. Bài viết có đặt ra được vấn đề về trường hợp nào cần áp dụng chữ ký điện tử thông thường và chữ ký điện tử nâng cao, nhưng lại chưa giải quyết được câu hỏi này.

Ngoài ra, một mô hình về quản lý hợp đồng điện tử cũng được giới thiệu trong bài báo của Pillai & Adavi (2013)¹². Bài viết giới thiệu mô hình quản lý hợp

¹⁰ Stern, Jonathan E., "The Electronic Signatures in Global and Commerce Act". Berkeley Technology Law Journal, Vol. 16, No. (1), pp. 391-414, 2001.

¹¹ Wright, Craig S., "Electronic contracting in an insecure world". SANS Institute, InfoSec Reading Room, Vol., No., 2008.

¹² Pillai, Manju and Pramila Adavi, "Electronic Contract Management". International Journal of Engineering and Advanced Technology (IJEAT), Vol., No., 2013.

đồng điện tử hiện đại đảm bảo các mục tiêu (1) cho người dùng dễ dàng truy cập hệ thống hợp đồng điện tử; (2) cải thiện giao dịch thông suốt; và (3) đảm bảo an toàn thanh toán. Mô hình được mô tả thông qua trong bốn bước đơn giản. Nghiên cứu đơn thuần mang tính kỹ thuật và cung cấp nội dung chương trình quản lý, chứ không đánh giá dưới góc nhìn pháp lý của hợp đồng điện tử. Nhưng các kết quả nghiên cứu này cung cấp khái quát quy trình vận hành của các giao dịch và hợp đồng điện tử được thực hiện tại thời điểm mới nhất, có thể dùng để tham khảo cho đánh giá kỹ thuật của các giao thức hợp đồng điện tử hiện đại.

Đồng thời, với đặc tính phi biên giới của môi trường mạng toàn cầu, các tác giả cũng quan tâm đến khía cạnh thương mại quốc tế của các hợp đồng này. Và kéo theo đó, không chỉ pháp luật thương mại của các quốc gia, mà các quy định và công ước quốc tế về thương mại trước đó cũng phải cần có sự nhìn nhận và tương thích với loại hình giao kết hợp đồng với dạng thức mới này. Bài báo của Hill J. E. từ năm 2003 đã đề cập đến các vấn đề này. Theo đó, tác giả Hill J.E. đã khẳng định xu hướng phát triển của hợp đồng điện tử trong hoạt động mua bán quốc tế, từ đó đề xuất phải giải quyết các vấn đề lựa chọn luật áp dụng sao cho phù hợp¹³. Dù chỉ phân tích các vấn đề trong khuôn khổ của CISG, đồng thời tác giả cũng không mở rộng phân tích các vấn đề còn bất cập liên quan đến đề nghị giao kết, chấp nhận đề nghị giao kết, dẫn đến phạm vi nghiên cứu của bài viết hẹp, chưa làm rõ bản chất của các hợp đồng điện tử. Tuy nhiên, bài viết đã cung cấp tương đối đầy đủ các cơ sở lý luận nhằm phân biệt đối tượng của hợp đồng điện tử thành hai đối tượng chính là tài sản/hàng hóa hữu hình và tài sản/hàng hóa vô hình với các cách thức cần ứng xử khác nhau đối với từng loại, mà trong nghiên cứu này, tác giả sử dụng để làm nền tảng cơ sở lý luận cho EULA.

Tương đồng với quan điểm của Hill J. E., Winn J. K. (2006) cũng đề cập đến các vấn đề pháp lý của hợp đồng điện tử nói chung ở khía cạnh thương mại phi biên

¹³ Hill, Jennifer E., "The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and Natural Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* Vol.2, No. (1), 2003.

giới, khẳng định các hợp đồng điện tử cũng là một bộ phận ngày càng phát triển của hoạt động thương mại quốc tế. Bài viết phân tích kết hợp cả về kỹ thuật công nghệ thông tin và cơ sở lý luận của luật hợp đồng để đưa ra đề xuất điều chỉnh các quy định của hợp đồng thương mại quốc tế. Trong nghiên cứu tại thời điểm này của mình, Winn không phân loại và tiếp cận đối với từng loại hợp đồng điện tử cụ thể, dẫn đến phân tích các nguyên tắc kỹ thuật mà không phân tích các nguyên lý hợp đồng căn bản trong hợp đồng điện tử. Do đó các giải pháp áp dụng chung cho thương mại quốc tế là khó thực thi. Nhưng cách tiếp cận của tác giả từ góc nhìn của luật công, luật tư và đối với các tổ chức phi chính phủ trong mối quan hệ với hợp đồng điện tử là một điểm mạnh có thể tham khảo để nghiên cứu sâu hơn đối với EULA trong nghiên cứu này.

Từ sự ra đời của Luật Giao dịch Điện tử Thống nhất của Hoa Kỳ năm 1999 (Uniform Electronic Transaction Act - UETA) và hàng loạt các điều chỉnh trong pháp luật của các nước Châu Âu có liên quan đến việc ký kết và thực hiện hợp đồng điện tử như Hướng dẫn Thương mại Điện tử (Electronic Commerce Directives), Hướng dẫn Điều khoản Hợp đồng Không công bằng (Unfair Contract Terms Directives), Luật Hợp đồng Điện tử Tiêu dùng EU (EU Consumer Electronic Contract Law), v.v. nghiên cứu so sánh cũng của Winn J. K. cùng với Bix, B. H. vào năm 2006¹⁴ lại phân tích hai hướng tiếp cận khác nhau của 2 hệ thống luật chủ yếu là Luật Mỹ và Luật Châu Âu trong cách ứng xử với các vấn đề liên quan đến hợp đồng điện tử. Đồng thời, trong bài viết của mình, tác giả còn đưa ra quan điểm và trình bày cụ thể nội dung về tài sản là đối tượng của các hợp đồng điện tử là có sự tương thích và khác biệt so với các hợp đồng thông thường, cụ thể trong một số phạm vi của hợp đồng mua bán, hợp đồng thuê, hợp đồng sử dụng phần mềm, hợp đồng mua máy tính. Rất tiếc là tác giả cố tình không đưa ra bất kỳ đánh giá nào đối với tính hiệu quả của từng cách ứng xử của hai hệ thống luật khác nhau, tuy nhiên, đây vẫn là nguồn so sánh luật có giá trị tham khảo lớn đối với nghiên cứu này.

¹⁴ Winn, Jane K. and Brian H. Bix, "Diverging Perspectives on Electronic Contracting in the U.S. and EU". *Cleveland State Law Review (Law Journals)*, Vol. 54, No. (1), pp. 175-190, 2006.

Tiếp theo sự phát triển của pháp luật quốc tế nhằm tương thích với thực tiễn giao kết và thực hiện hợp đồng thương mại điện tử, Hiệp định về sử dụng giao dịch điện tử trong hợp đồng quốc tế (theo UNCITRAL ngày 23/11/2005) được ký kết và nhận được nhiều sự quan tâm của thế giới. Trong báo cáo của Masadeh, A., & Bashayreh, M. (2007)¹⁵ đã có giới thiệu và đánh giá tổng quát khả năng điều chỉnh của UNCITRAL 2005. Từ đó chỉ ra các vấn đề còn tồn tại liên quan và đề xuất một số giải pháp cho các vấn đề này. Tác giả chỉ ra được các vấn đề cơ bản của một giao dịch điện tử thường mắc phải như giá trị về hình thức và thời điểm xác định hiệu lực của hợp đồng; các nhầm lẫn và lỗi phát sinh trong quá trình ký kết (cần phân biệt giữa lỗi cơ bản và lỗi không cơ bản), và khẳng định không thể áp dụng lý thuyết *prima facie* (chứng cứ thực tế) cho các giao dịch online. Tuy nhiên, bài viết không có sự phân loại cụ thể các loại hợp đồng điện tử. Tác giả chưa phân tích và giải quyết được các vấn đề liên quan đến thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thông qua trung gian điện tử (electronic agent) mà chỉ đánh giá theo quy định của Hiệp định. Các giải pháp mà tác giả đưa ra làm mất đi đặc tính và những ưu việt của hợp đồng online, đó chính là tính nhanh chóng và thông suốt. Những vấn đề còn bỏ ngỏ của bài viết sẽ được sử dụng để trở thành những vấn đề cần giải quyết trong nghiên cứu này. Có đối tượng phân tích tương tự khi đi vào đánh giá những điểm không hiệu quả của UNCITRAL 1996 và EU Electronic Transaction Directives và các bản sửa đổi đối, nhưng lại hướng đến những vấn đề về chữ ký điện tử, là nghiên cứu so sánh của Forder, J. (2010)¹⁶. Điểm nổi bật của nghiên cứu này là các quan điểm đối với trường hợp phổ biến khi một cá nhân không sử dụng chữ ký điện tử được đăng ký thì tính hiệu lực của các nội dung thư điện tử được công nhận như thế nào. Các kết quả so sánh này có thể được sử dụng để tiếp tục đánh giá các quy định liên quan đến chữ ký trong hợp đồng điện tử.

¹⁵ Masadeh, Aymen and Mohammad Bashayreh, "Contemporary Legal Issues of Contract Formation by Online Orders". *Shariah and Law Journal - UAE University*, Vol. 31, No., 2007.

¹⁶ Forder, Jay, "The inadequate legislative response to e-signatures ". *Computer law & security review*, Vol. 26, No. (4), pp. 418-426, 2010.

Những năm cuối của thập kỷ đầu tiên của thế kỷ XXI trở về sau đánh dấu sự bùng nổ phát triển và sự quan tâm chưa từng thấy đối với hình thức giao dịch điện tử. Hàng loạt bài viết, nghiên cứu lớn nhỏ, sách, báo cáo từ tất cả các quốc gia trên thế giới hướng đến đối tượng nghiên cứu là các hợp đồng điện tử, từ Hoa Kỳ¹⁷, Canada¹⁸, đến các quốc gia Châu Âu¹⁹, Australia²⁰ cho đến các quốc gia mới phát triển, đang phát triển tại Châu Á như Ấn Độ, Malaysia, Việt Nam, ...²¹. Trong số này, phải nói đến tác phẩm sách tham khảo có quy mô lớn của tác giả người Ấn Độ, Nagpal, R. (2008). Bộ sách này trình bày tổng quát và bao gồm tất cả các nội hàm cơ bản của thương mại điện tử, đánh giá dưới góc nhìn pháp lý, cụ thể là pháp luật Ấn Độ. Các kết quả của tác giả cho phép tiếp cận với thương mại điện tử dưới góc nhìn pháp lý từ một quốc gia có nền công nghệ thông tin phát triển nhanh chóng bậc

¹⁷ Counsel, The Association of Corporate, Contract 2.0: Making and Enforcing Contracts Online, LLP Venable, Editor. 2012. p. 1-57.

¹⁸ Melliship, Neil and Seva Batkin, Introduction to Electronic Commerce in Canada. 2008. p. 1-12.

¹⁹ Xem thêm: Trandafirescu, Bogdan Cristian, The electronic contract signing and its coming into force in the Romanian Law, in The 6th International Conference of PhD students - University of Miskolc. 2007, University of Miskolc: Hungary; Cartwright, John and Martijn W. Hesselink, "Precontractual Liability in European Private Law: Conclusions". Cambridge University Press, Vol., No., pp. 449-488, 2008; Mamedova, Natalya and A.N. Baykova, "Practices and perspectives of functioning electronic trading system for state and municipal needs in Russia". Vol., No., 2015; và Ababneh, Lara. E-contract under the existing UAE Laws. 2011 [7/25/2015]; Available from: <http://www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-7/may-6/e-contract-under-the-existing-uae-laws.html>.

²⁰ Delaney, Hayden and Briar Francis. Electronic signatures and their legal validity in Australia Available from: <http://www.findlaw.com.au/articles/5777/electronic-signatures-and-their-legal-validity-in.aspx>.

²¹ Xem các nghiên cứu của Nagpal, Rohas Ecommerce - Legal Issues. 2008, India; Nguyễn, Văn Thoan, Ký kết và thực hiện hợp đồng điện tử trong điều kiện Việt Nam hội nhập kinh tế quốc tế, in Trường Đại học Ngoại thương (Foreign Trade University) 2010, Trường Đại học Ngoại thương (Foreign Trade University) Hanoi. p. 262; Palanissamy, Ayyappan, "Legal Issues in e-Commerce and e-Contracting - An Overview of Initiatives in Malaysia". International Journal of e-Education, e-Business, e-Management and e-Learning, Vol. 3, No., pp. 173-177, 2013; Juwana, Hikmahanto, Legal Issues on E-Commerce and E-Contract in Indonesia in 8th General Assembly of the ASEAN Law Association: ASEAN Laws in the 21st Century. 2003: Singapore. p. 212-222; và Wei, Jun, "Analysis of the New Electronic Signature Law". China Legal Watch, Vol., No., pp. 10-13, 2004.

nhất thế giới. Mặc dù công nghệ phát triển nhanh nhưng tư duy pháp luật về thương mại điện tử của Ấn độ cho thấy chỉ dừng lại ở mức tiếp thu các nguyên tắc cơ bản của luật quốc tế. Kết quả làm nền tảng kinh nghiệm đánh giá cho các quốc gia có tốc độ tăng trưởng tương tự. Mặc dù dừng lại ở phân tích các khái niệm và đặc tính cơ bản cho sinh viên, mang tính giới thiệu tổng quan và đánh giá chung về luật thực định, đồng thời không phân tích sâu các rủi ro dưới góc độ lý luận hợp đồng, nhưng công trình có ý nghĩa trong giới thiệu cơ sở lý luận của hợp đồng điện tử và so sánh với pháp luật quốc tế của nghiên cứu.

Trong phạm vi nghiên cứu tại Việt Nam, chỉ có một vài công trình nổi bật liên quan đến giao kết hợp đồng điện tử. Một là luận án tiến sĩ của Nguyễn Văn Thoan (2010) về Ký kết và thực hiện hợp đồng điện tử trong điều kiện Việt Nam hội nhập kinh tế quốc tế. Luận án nhằm phân tích vị trí của hợp đồng điện tử trong hoạt động thương mại tại Việt Nam và những yêu cầu khi gia nhập kinh tế thế giới. Đồng thời giải quyết các vấn đề liên quan đến kỹ thuật và quy trình quản lý hợp đồng điện tử sao cho hiệu quả. Bằng phương pháp duy vật biện chứng, so sánh, phân tích tổng hợp, và phương pháp lịch sử, luận án có ý nghĩa trình bày được các đánh giá khảo sát hoạt động của hợp đồng điện tử tại thị trường Việt Nam, chỉ ra các hạn chế trong quá trình thực hiện và tính cấp thiết của việc quản lý và điều chỉnh của pháp luật đối với phương thức giao dịch này. Tuy nhiên, luận án chỉ dừng lại ở các kết quả và giải pháp cải thiện quy trình quản lý và các quy định hình thức của luật giao dịch điện tử, chưa đi đến phân tích hợp đồng điện tử trên nền tảng cơ sở lý luận của luật hợp đồng.

Thứ hai, ở khía cạnh bảo vệ quyền của người dùng trong môi trường thương mại điện tử, có luận văn thạc sĩ của Lê Thị Thu (2011) nghiên cứu về các giao thức bảo vệ thông tin trong thỏa thuận hợp đồng điện tử và gần đây nhất là bài viết của tác giả Bùi Lê Thục Linh (2018) liên quan đến bảo mật thông tin cá nhân trong kỷ nguyên Big Data. Các tác giả đã đưa ra các phương thức thực hiện và ký kết hợp đồng điện tử sao cho đảm bảo tính bảo mật, an toàn thông tin và an toàn trong giao dịch. Trong đó, luận văn của tác giả Lê Thị Thu chỉ phân tích các mô hình dưới

hình thức giải pháp kỹ thuật chứ không phải dưới góc độ pháp lý, nên những kết quả của luận văn chỉ được sử dụng để tham khảo trong mô hình quản lý hợp đồng điện tử, cơ sở xem xét các giải pháp pháp lý để bảo vệ quyền lợi cho người dùng trong EULA. Bài viết của tác giả Bùi Lê Thục Linh đặt vấn đề bảo mật thông tin cá nhân trong kỷ nguyên mới, khi các thông tin cá nhân của người dùng đã gia nhập vào cơ sở dữ liệu toàn cầu (Big Data). Giới hạn của nghiên cứu là tác giả chỉ tập trung phân tích định nghĩa các khái niệm mạng và mô tả sơ lược định nghĩa quyền riêng tư của Mỹ cùng với xác định các thách thức của các nhà làm luật trong bảo vệ quyền riêng tư của người dùng.²² Bảo mật thông tin cá nhân chỉ là một trong những nội dung cần được bảo vệ người dùng trong thương mại điện tử, và EULA là một trong những công cụ ban đầu có khả năng tác động đến quyền này của người dùng. Do vậy, luận án có thể sử dụng một phần thông tin và đề xuất của nghiên cứu này liên quan đến bảo vệ thông tin của người dùng trên cơ sở quyền nhân thân, ngoài ra chủ yếu luận án này sẽ tập trung nghiên cứu sâu hơn ở giai đoạn đầu từ khi người dùng xác lập giao kết EULA chứ không phải ở giai đoạn khi thông tin người dùng đã được lưu hành rộng rãi ở cơ sở dữ liệu toàn cầu.

1.1.2 Các công trình nghiên cứu liên quan đến EULA

Ở giai đoạn đầu, EULA được các nhà nghiên cứu pháp lý đề cập đến dưới tên gọi là các “Thỏa thuận Cấp phép Phần mềm”²³, sau đó EULA được quan tâm chú ý nhiều hơn trên cơ sở là nền tảng cho các quyền sở hữu trí tuệ và quyền tài sản được xác lập thông qua các chương trình phần mềm.

²² Bùi Lê Thục Linh, Bảo mật thông tin cá nhân trong kỷ nguyên Big Data, Tạp chí Pháp luật & Phát triển, số tháng 06/2018. Website: <http://phapluatphattrien.vn/bao-mat-thong-tin-ca-nhan-trong-ky-nguyen-big-data-a500.html?fbclid=IwAR0THgl0bQu7AZeBKdw5-ldMh0Fy2E2VIppUXXw2USWqfHS0D3ifjDywZng>, truy cập ngày 10/01/19.

²³ Nguyên văn tiếng Anh là “Software License Agreement”, EULA được nhắc đến trong bài viết của Robert W. Gomulkiewicz và Mary L. Williamson (1996) như một loại thỏa thuận cấp phép đặc biệt và mới mẻ, hữu ích cho thị trường phần mềm toàn cầu đang có xu hướng nở rộ tại thời điểm hiện tại. Xem thêm tại: Robert W. Gomulkiewicz; Mary L. Williamson, A Brief Defense of Mass Market Software License Agreements, 22 Rutgers Computer & Tech. L.J. 335 (1996).

Từ năm 2004 đã có một số các nghiên cứu quan trọng liên quan đến EULA khi đặt vấn đề về quyền tài sản được phát sinh trong thế giới ảo mà các phần mềm mang lại. Nổi bật nhất trong giai đoạn này là nghiên cứu của Edward Castronova (2004), ông nhấn mạnh vấn đề công nhận các quyền của người dùng trong thế giới ảo, đặc biệt là quyền về tài sản, đồng thời đưa ra một mô hình giải pháp mang tên “Charter of Interration” (Tạm dịch là “*Điều lệ Thế giới ảo*”) và nhấn mạnh vai trò của EULA trong việc bảo vệ các quyền của người dùng trước nhà phát triển phần mềm trong thế giới ảo mới mẻ này.²⁴ Lý thuyết của Castronova sau đó còn được một số các nhà nghiên cứu khác tiếp nối, có thể kể đến Jack M. Balkin (2004)²⁵ và Jamie J. Kayser (2006).²⁶ Lý thuyết của Castronova và các nhà nghiên cứu kế thừa có ý nghĩa đặc biệt quan trọng với luận án này trong việc đi tìm câu trả lời cho câu hỏi bản chất của EULA là gì, đồng thời cũng là nền tảng xác định các quyền của người dùng cần phải được bảo vệ trong EULA là gì. Hạn chế của những nghiên cứu này là chỉ tập trung đến quyền tài sản mà không đề cập đến các quyền khác của người dùng, do đó chưa nhìn nhận hết các khía cạnh rủi ro của người dùng có thể gặp phải, cũng như không phản ánh được chúng trong các mô hình giải pháp của mình.

Trong năm 2007, lần đầu tiên EULA được phân loại và định nghĩa chi tiết trong báo cáo hội thảo của Wittmann, J. E. về hợp đồng điện tử²⁷. Tại báo cáo này, tác giả đánh giá dự đoán sự phát triển của hợp đồng điện tử nói chung và giới thiệu từng loại hình hợp đồng điện tử nhằm rút ra đặc tính và cách thức ứng xử đối với từng loại hợp đồng này. Tuy nhiên, lại không đề cập đến các rủi ro cho các bên khi

²⁴ Edward Castronova, The Right to Play, New York Law School Law Review, Vol.49, 2004, p.185.

²⁵ Jack M. Balkin, Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds, 90 VA. L. REV. 2043, 2043 n.1 (2004).

²⁶ Jamie J. Kayser, The New New-World: Virtual Property and the End User License Agreement, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review, Vol. 27, 2006, p.59.

²⁷ Wittmann, Jeffery E., Electronic contract, in Negotiation and Drafting Major Business Agreements Conference. 2007: Vancouver, BC.

tham gia EULA và tính bất cân xứng trong quan hệ hợp đồng này nên sẽ chỉ là nguồn tham khảo cho các khái niệm cơ bản của EULA trong nghiên cứu này.

Cùng liên quan đến nội dung xác định bản chất hợp đồng điện tử dưới góc nhìn bảo vệ người tiêu dùng, luận án tiến sĩ của Macsim, A.R. năm 2012²⁸ đã đánh giá mức độ được bảo vệ của quyền lợi của người tiêu dùng trong mối quan hệ lợi ích trong hợp đồng điện tử với các doanh nghiệp, nhằm đưa ra các kết luận về ưu điểm và hạn chế của quy định liên quan đến thời hạn được hủy hợp đồng (cooling-off period) của người tiêu dùng khi áp dụng trong hợp đồng điện tử. Mặc dù chưa giải quyết các vấn đề liên quan tính phi biên giới của hoạt động giao dịch điện tử. Ngoài ra, giải pháp áp dụng "thời hạn được hủy hợp đồng" chỉ có tác dụng đối với các hợp đồng mua bán hàng hóa với số lượng tương đối ít, cụ thể, có thể xác định được thời gian giao kết và không có tranh cãi về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng, cũng như không giải quyết được vấn đề bảo vệ quyền của người tiêu dùng đối với các giao dịch mang đặc tính tức thời như EULA. Nhưng một số kết luận và giải pháp bảo vệ người tiêu dùng trong mối quan hệ hợp đồng một bên dưới hình thức giao dịch điện tử thông qua áp dụng "thời hạn được hủy hợp đồng" sẽ được xem xét cân nhắc trong nghiên cứu này để vận dụng giải pháp cân bằng quyền lợi của người tiêu dùng trong EULA.

Và cuối cùng, ảnh hưởng khá lớn đến luận án phải kể đến nghiên cứu mới nhất của Michael Terasaki (2013)²⁹ và Thomas Gamarello (2015)³⁰ về Thuyết bất hợp lý (Unconscionability Doctrine) trong EULA. Tác giả đồng tình với quan điểm của các tác giả trên dưới góc độ xác nhận bản chất bất hợp lý của Hợp đồng Cấp

²⁸ Macsim, Andreia-Roxana, The new Consumer Rights Directive. A comparative law and economics analysis of the maximum harmonisation effects on consumers and businesses. The case of the cooling-off period from online contracts., in Department of Business Law. 2012, Aarhus School of Business, Aarhus University. p. 58.

²⁹ Michael Terasaki, "Do End User License Agreement Bind Normal People?", Western State University Law Review, Volume 41, Issue 2, 2013, Tr.467-489.

³⁰ Gamarello, Thomas, "The Evolving Doctrine of Unconscionability in Modern Electronic Contracting". Law School Student Scholarshio, Vol.647, No., 2015.

quyền Người dùng EULA. Các nghiên cứu của Gamarello cung cấp tư duy pháp lý rõ ràng và sâu sắc về sự phát triển, đặc tính của Thuyết bất hợp lý, tạo tiền đề nhận định tính chất căn bản của các hợp đồng điện tử là thuộc dạng hợp đồng theo mẫu. Ngoài ra, bài viết giới thiệu tương đối rõ ràng các hình thái phổ biến của EULA và các loại hợp đồng điện tử tương tự. Trong khi đó Terasaki đưa ra các nghi vấn đối với việc Tòa án công nhận hiệu lực của các EULA thông qua khảo sát những án lệ điển hình. Tuy nhiên, các giải pháp của cả hai tác giả vẫn chưa thể được xem là hiệu quả vì vẫn theo đuổi thuyết hiệu quả của thông báo và chỉ mang tính cảnh báo chứ chưa đề cập đến giải quyết vấn đề cốt lõi của hiện tượng này xuất phát từ hành vi của người dùng. Do đó, trong luận án này, tác giả sẽ đưa ra các lý giải về sự thờ ơ của người dùng đối với EULA để đề xuất các giải pháp hiệu quả hơn.

1.1.3 Các công trình nghiên cứu liên quan đến lý thuyết hợp đồng

Để làm cơ sở nền tảng giải quyết các vấn đề của EULA, tác giả cũng khảo sát một số các công trình nghiên cứu liên quan đến lý thuyết hợp đồng gần đây, đặc biệt là các nghiên cứu về hợp đồng theo mẫu, hợp đồng một bên và học thuyết bất hợp lý trong giao kết hợp đồng của hệ thống Thông Luật. Một số các công trình nổi bật được tác giả ghi nhận sau đây:

Một nghiên cứu đáng chú ý của Đại học Harvard vào năm 2006, tuy ban đầu không chủ đích hướng đến đối tượng là hợp đồng điện tử, nhưng có ý nghĩa quan trọng đối với việc nhận dạng bản chất của EULA nói riêng và các hợp đồng điện tử nói chung là nghiên cứu về “Hợp đồng một bên trong thị trường tiêu dùng cạnh tranh” của Bebchuk & Posner³¹. Nghiên cứu này nhằm mục tiêu chứng minh tính cân bằng trong giao dịch một bên, thông qua phương pháp phân tích kinh tế, dựa trên các rủi ro về chi phí của bên đề nghị hợp đồng. Từ những kết quả của bài viết này có thể ứng dụng để phát triển lý thuyết tính bất hợp lý trong các hợp đồng một bên (như EULA), đồng thời có cách thức giải thích và giải quyết tình trạng lạm dụng quyền lực của một bên trong hợp đồng nói chung. Điểm hạn chế của các kết

³¹ Bebchuk, Lucian A. and Richard A. Posner, "One-sided contracts in competitive consumer markets". Michigan Law Review, Vol., No., pp. 827-836, 2006.

quả nghiên cứu của Bebchuk và Posner là chỉ chứng minh một khía cạnh về tính cân bằng trong mối quan hệ của hợp đồng một bên, tuy nhiên đối với các điều khoản bắt công trong các hợp đồng như hợp đồng điện tử thì kết quả này không có giá trị giải quyết vấn đề cho bên yếu thế hơn. Nghiên cứu không chỉ cung cấp các kết quả nghiên cứu có giá trị, mà cùng với sự giới thiệu về phương pháp nghiên cứu luật học kết hợp với phân tích các yếu tố kinh tế mà sau này tác giả Dương Anh Sơn và tác giả Hoàng Vĩnh Long³² có đề cập đối với các nghiên cứu trong lĩnh vực pháp luật hợp đồng vào năm 2013.

Phương pháp mới này nghiên cứu luật kết hợp giữa phân tích các nguyên lý kinh tế học trong giải thích, nhận định và giải quyết các vấn đề trong hợp đồng và luật hợp đồng dựa trên chi phí giao dịch. Tận dụng các kết quả nghiên cứu và phương pháp nghiên cứu của bài viết, tác giả sẽ tiếp tục so sánh, đánh giá và giải quyết sự bất cân xứng và bất hợp lý của EULA.

Trong khi đó các nghiên cứu của Omri Ben-Shahar và Carl E. Schneider (2014)³³ đã cho thấy sự thất bại của các điều khoản bắt buộc trong mục tiêu giúp người dùng nhận thức rõ hơn về quan hệ hợp đồng mà mình đang giao kết, hay hiểu biết rõ hơn về đặc tính sản phẩm, quyền và nghĩa vụ của các bên, v.v. Sự thất bại này chủ yếu xuất phát từ thái độ ứng xử một cách thờ ơ của người dùng đối với nội dung hợp đồng, hoặc ngay cả khi quan tâm cũng không đủ kiến thức chung để hiểu rõ. Đối với các biện pháp để hóa giải vấn đề này, tác giả sẽ tiếp tục đặt ra và giải quyết trong nghiên cứu này dựa trên các lý thuyết nền tảng mà Gamarello và Omri Ben-Shahar và Schneider đã đề xuất.

1.2 Điểm mới của luận án

Từ các công trình nghiên cứu được khảo sát ở mục trên, tác giả nhận thấy rằng các nghiên cứu trước đây chưa cụ thể và thống nhất trong việc xác định bản

³² Dương, Anh Sơn and Vĩnh Long Hoàng, "Thư bàn về bản chất của hợp đồng từ góc độ Kinh tế học". Tạp chí Nhà nước và Pháp Luật, Vol., No., 2013.

³³ Omri Ben-Shahar, et. Carl E. Schneider, "More than you wanted to know. The failure of Mandated Disclosure", Princeton University Press, New Jersey, 2014.

chất thật của EULA, là một hợp đồng hay là một giấy phép, trao cho người dùng quyền sử dụng các sở hữu trí tuệ của nhà phát triển chương trình phần mềm. Đồng thời, phương thức giao kết đặc thù và yếu tố tâm lý, thái độ của người dùng trong quá trình giao kết EULA chưa được các công trình quan tâm đúng mức, từ đó các giải pháp pháp lý cho vấn đề quyền của người dùng bị xâm phạm sau khi EULA được xác lập cho đến nay hầu như chưa đem lại hiệu quả nào rõ rệt.

Do vậy, điểm mới của đề tài này chính là luận án sẽ giải quyết vấn đề quyền của người dùng bị xâm phạm đi từ (1) xuất phát điểm là nghiên cứu lý luận về bản chất thật của EULA là gì, thông qua phân tích các yếu tố đặc tính giao kết, các đối tượng và quyền liên quan đến EULA, v.v. từ đó đưa ra những yêu cầu về cách ứng xử cần thiết của nhà làm luật và Tòa án đối với pháp luật điều chỉnh các hợp đồng này; và (2) nhận diện và dự đoán nguồn gốc dẫn đến việc các quyền của người dùng bị xâm phạm có kèm theo phân tích các nguyên nhân từ tất cả các bên liên quan, bao gồm cả lỗi của người dùng để làm cơ sở đưa ra các giải pháp pháp lý thích hợp và hiệu quả hơn.

Từ đó, nghiên cứu sẽ phân tách những yếu tố khác biệt về mặt lý luận và đặc điểm của EULA so với các loại hợp đồng thông thường khác. Đồng thời tập trung tìm ra giải pháp pháp lý cho vấn đề của hợp đồng cấp quyền người dùng cuối.

Trong môi trường giao kết phi vật chất, các hợp đồng cấp quyền người dùng cuối mang đặc tính bất cân bằng nghiêm trọng giữa một bên mạnh thế (công ty) và một bên yếu thế hơn (người dùng). Không những vậy, những giá trị lợi ích mà người dùng có thể bị khai thác dường như đang vượt khỏi những gì người ta có thể lường tượng ban đầu, bao gồm cả các rủi ro bị xâm phạm về các quyền cơ bản như quyền tự do ngôn luận, quyền tài sản, quyền bí mật thông tin cá nhân, v.v. buộc pháp luật và các cơ quan giải quyết tranh chấp cần ứng xử với EULA đặc biệt hơn hẳn so với các loại hợp đồng theo mẫu khác. Các giải pháp hiện hành áp dụng cho các hợp đồng theo mẫu là chưa đủ, do đó đề tài sẽ đưa ra các giải pháp mới cụ thể hơn và đặc thù hơn cho EULA, cũng như xem xét lại đối với biện pháp áp dụng các điều khoản bắt buộc sao cho hiệu quả hơn.

Hơn nữa, bên phía các công ty cung cấp chương trình phần mềm cũng có nhu cầu và quyền được bảo hộ ở mức độ nhất định đối với quyền sở hữu trí tuệ đi kèm với phần mềm là đối tượng của hợp đồng, do đó điểm mới của đề tài sẽ là các giải pháp bảo vệ quyền lợi người dùng sẽ mang tính cân bằng lợi ích ở mức độ tương đối nhất. Để các giải pháp này được thực hiện hiệu quả, pháp luật của các quốc gia cần có sự tương thích và điều chỉnh hợp lý trên tinh thần chung của pháp luật quốc tế, tuy nhiên sự tương thích như thế nào sẽ là những vấn đề cần được nghiên cứu thêm.

1.3 Cơ sở lý thuyết nghiên cứu

Để giải quyết các vấn đề nghiên cứu đã được nêu trên, đề tài sẽ vận dụng một số nền tảng cơ sở lý thuyết đã được nghiên cứu để tiếp cận các vấn đề liên quan đến EULA. Đề tài sử dụng các lý thuyết nghiên cứu chính như sau:

Ở khía cạnh kinh tế, các lý thuyết kinh tế học cung cấp phương thức giao kết và công thức giảm chi phí tối thiểu, nhằm mục đích tối đa hóa lợi nhuận thông qua các hoạt động giao kết thương mại toàn cầu. Nghiên cứu vận dụng hai lý thuyết kinh tế chính: một là lý thuyết về chi phí giao dịch (Ronald Coase, 1988)³⁴ và hai là lý thuyết về hành vi của người dùng (Kotler và Keller, 2006).

1.3.1 Lý thuyết về chi phí giao dịch của Ronald Coase

Định lý Coase là một trong những lý thuyết kinh tế về tài sản nổi bật được phát biểu bởi Ronald H. Coase (1937) và đã được các nhà kinh tế học và luật học trên thế giới vận dụng trong các nghiên cứu của mình. Mỗi nhà nghiên cứu mô tả Định lý Coase ở những khía cạnh và mức độ khác nhau. Coase sử dụng khái niệm “chi phí giao dịch” để chỉ các chi phí liên quan đến trao đổi thông tin, tất cả các trở ngại trong thương lượng hợp đồng. Với định nghĩa này, thương lượng chỉ thành công khi chi phí giao dịch bằng không.³⁵ Nói cách khác, khi các bên có thể tự thỏa

³⁴ Coase, R (1988) *The Firm, The Market, and the Law*. The University of Chicago Press, IL;

³⁵ Douglas W. Allen, “Transaction Costs,” in Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, eds., *The Encyclopedia of Law and Economics*, volume 1. Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 897; “In the absence of transaction costs, the allocation of resources is independent of the distribution of property rights.”

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. 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.³⁶

Vì con người luôn luôn đối mặt với sự đánh đổi, nên quá trình quyết định đòi hỏi phải so sánh lợi ích và chi phí của các đường lối hành động khác nhau. Song trong nhiều trường hợp, chi phí của một số hành động không phải lúc nào cũng rõ ràng như biểu hiện ban đầu của chúng. Kinh tế học định nghĩa chi phí của một thứ là cái mà bạn phải từ bỏ để có được nó, bao gồm cả chi phí thực tế và chi phí cơ hội.³⁷ Chi phí giao dịch là một trong các chi phí thuộc nhóm chi phí thực tế và được Oliver E. Williamson xem là yếu tố kinh tế tương đương với sức ma sát trong các hệ thống vật lý.³⁸

Có khá nhiều định nghĩa về chi phí giao dịch được đưa ra và vẫn còn đang được tranh cãi, phần lớn các nhà nghiên cứu đưa ra hai khái niệm phổ biến: (1) chi phí giao dịch là chi phí phát sinh khi một giao dịch được xác lập trên thị trường; và (2) chi phí giao dịch là chi phí được phát sinh khi một quyền sở hữu được xác lập và có nhu cầu phải được bảo vệ quyền sở hữu. Việc xác định định nghĩa nào phù hợp hơn chỉ có ý nghĩa hơn chi phụ thuộc vào các vấn đề cần phân tích là gì.³⁹ 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,

³⁶ Dương Anh Sơn, Hoàng Vĩnh Long, 2013, Thử bàn về bản chất của hợp đồng từ góc độ kinh tế học, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, Viện Hàn lâm KHXH Việt Nam, Số 2, tr.298;

³⁷ N. Gregory Mankiw, Nguyên Lý Kinh Tế Học (Principal of Economics), NXB. Thống Kê, Hà Nội, 2003, Tập 1, tr 17;

³⁸ Oliver E. Williamson, 1985, The Economic institutions of capitalism, 1985, Nhà xuất bản The Free Press. Bản dịch tiếng Việt do Chương trình Giảng dạy Kinh tế Fulbright thuộc Đại học kinh tế TP HCM biên soạn và thực hiện, p.3;

³⁹ Douglas W. Allen, "Transaction Costs," in Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, eds., The Encyclopedia of Law and Economics, volume 1. Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 912-913;

theo đó chi phí giao dịch bao gồm cả các chi phí để hình thành và kiểm soát các hợp đồng (Barzel 1977).⁴⁰

Các cơ sở lý thuyết về chi phí giao dịch mà Coase và các hậu duệ của ông đề nghị sẽ là nền tảng để tác giả đánh giá mức độ hiệu quả của pháp luật điều chỉnh EULA, thông qua đó cho thấy sự cần thiết phải thiết lập một cơ chế pháp lý thích hợp cho quá trình giao kết, vận hành và thực hiện EULA không chỉ đạt mức chi phí thấp nhất, mà hiệu quả bảo vệ lợi ích cho người tiêu dùng là cao nhất.

1.3.2 Lý thuyết về hành vi của người dùng của Philip Kotler

Philip Kotler được xem là ông tổ của ngành marketing học, đã xây dựng trong các nghiên cứu của mình một mô hình liên quan đến quyết định mua hàng của người dùng.⁴¹ Theo đó, người dùng sẽ trải qua năm giai đoạn liên quan đến quyết định mua lần đầu và tác động đến các quyết định mua sau đó của người dùng, bao gồm: (i) Nhận thức nhu cầu; (ii) tìm hiểu sản phẩm và những thông tin liên quan; (iii) Đánh giá, so sánh sản phẩm thuộc nhiều nhãn hiệu khác nhau; (iv) mua sản phẩm; và (v) Đánh giá sản phẩm sau khi sử dụng. Các quyết định của người dùng phân hóa từ hành vi mua hàng đơn giản đến hành vi mua hàng phức tạp⁴² và chịu ảnh hưởng bởi các yếu tố quan sát trực tiếp (Directly observable influences) như yếu tố nhân khẩu, yếu tố kinh tế, yếu tố tình huống, và các yếu tố suy diễn (Deductible influences) như các yếu tố nội tác (quan điểm, động cơ cá nhân, cá tính, trình độ, thái độ) và các yếu tố ngoại tác (gia đình, nhóm tham khảo, tầng lớp xã hội, văn hóa, vùng miền).⁴³

Liên quan đến giao kết các đối tượng của EULA là các chương trình phần mềm trên máy tính, điện thoại hoặc trên các thiết bị điện tử thông dụng khác, các giai đoạn dẫn đến quyết định mua phần mềm của người dùng cũng sẽ trải qua các

⁴⁰ Douglas W. Allen, sdd., pp. 906;

⁴¹ Kotler P. & Keller, K. Marketing Management, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2006.

⁴² Kotler P. & Keller, Sdd. , p.145.

⁴³ Teleşpan C. Cercetări de marketing. Studiul pieței (Marketing researches. Market study), Editura Universității Lucian Blaga, Sibiu.2008.

bước tương tự như mô hình của Kotler. Tuy nhiên, các bước tìm hiểu thông tin liên quan đến sản phẩm và hành vi mua sản phẩm sẽ có những đặc tính riêng biệt liên quan đến yếu tố ảnh hưởng là thái độ của người dùng không chỉ ở giai đoạn tìm hiểu thông tin liên quan đến sản phẩm mà còn thái độ của người dùng ở giai đoạn quyết định mua, tức là tại giai đoạn đối diện với quyết định “chấp nhận” khi màn hình hiển thị nội dung EULA. Tác giả cho rằng mô hình của Kotler đề xuất sẽ rất có giá trị đối cho việc lý giải thái độ người dùng đối với những rủi ro của họ trong các giao dịch liên quan đến EULA, cũng như đánh giá hiệu quả của các điều khoản bắt buộc được quy định trong luật bảo vệ người tiêu dùng khi áp dụng cho các thỏa thuận dạng này.

Dựa trên các cơ sở học thuyết này, đề tài sẽ đóng góp đánh giá và phán đoán hành vi của doanh nghiệp và người dùng đối với cách ứng phó trong từng trường hợp của giao kết điện tử. Nền tảng này có ý nghĩa với việc bảo đảm cho các giao dịch “mang lại giá trị cao”, tức là toàn bộ nền kinh tế trong hệ thống thương mại được cân bằng, không bị lạm dụng bởi một bên nào và phát huy tối đa lợi ích kinh tế cho xã hội, và cũng là cơ sở để các nhà nghiên cứu pháp luật có cơ sở quy định luật lệ sao cho tương thích với tính liên tục thay đổi của hoạt động thương mại điện tử hiện đại.

Lĩnh vực pháp luật tham gia lĩnh vực thương mại điện tử với tư cách là hành lang đảm bảo cho toàn bộ hoạt động được “đảm bảo an toàn và công bằng”. Thái độ của các nhà làm luật luôn đóng vai trò vô cùng quan trọng trong việc quyết định xu hướng phát triển của các giao dịch thương mại, cả nội địa lẫn quốc tế. Do đó, cách ứng phó hợp lý của các quy định pháp luật sẽ quyết định cho các hoạt động giao kết hợp đồng điện tử có được đảm bảo hiệu quả và hạn chế rủi ro hay không. Trong phạm vi đề tài nghiên cứu này, tác giả chủ yếu phân tích hợp đồng điện tử dưới hai nhóm lý thuyết chính: (1) các lý thuyết về pháp luật hợp đồng; và (2) Lý thuyết về quyền tài sản liên quan đến hợp đồng điện tử.

Phần lớn các nghiên cứu hiện nay chỉ mới dừng lại ở nhìn nhận hợp đồng điện tử là một nhánh của luật hợp đồng, mang đầy đủ các đặc tính của lý thuyết hợp

đồng cổ điển, vốn được áp dụng cho việc giao kết hợp đồng theo phương thức thông thường từ trước đến nay.⁴⁴ Hơn nữa, có rất ít nghiên cứu đi vào phân tích về lý luận hợp đồng trong quá trình giao kết hợp đồng điện tử, để phân tách các thời điểm xác định giá trị và hiệu lực của hợp đồng, mà chỉ xoay quanh về các vấn đề kỹ thuật giao kết sao cho đảm bảo và phụ thuộc vào các yếu tố kỹ thuật để xác định giá trị chứng cứ của hợp đồng, điều mà đôi khi không thể hiện được toàn bộ bản chất của giao dịch, dẫn đến những bất lợi không đáng có cho một bên yếu thế hơn trong giao dịch điện tử.

Để giải quyết vấn đề này, luận án sẽ tiến hành phân tích các giai đoạn giao kết EULA dưới ánh sáng của các học thuyết hợp đồng cổ điển và hiện đại. Cụ thể là trên hai nền tảng pháp lý quan trọng, lý thuyết hợp đồng của hệ thống Luật Châu Âu Lục địa (Civil Law) và lý thuyết hợp đồng của hệ thống Thông Luật (Common Law). Ngoài ra còn một số mô hình lý thuyết hợp đồng hiện đại khác.

Đã có khá nhiều nghiên cứu trước đây nghiên cứu về hợp đồng điện tử dưới khía cạnh pháp lý,⁴⁵ các lý thuyết được đưa ra để giải quyết cho các khía cạnh khác nhau của hợp đồng điện tử. Trong giới hạn nghiên cứu là các EULA, tác giả nhận thấy có một số cơ sở lý thuyết sau đáng chú ý và có thể vận dụng để lý giải cho vấn đề nghiên cứu này:

1.3.3 Lý thuyết về hợp đồng theo mẫu

Hợp đồng điện tử là một bộ phận của hợp đồng, mang các bản chất và đặc tính của hợp đồng thông thường, tuy nhiên vì là các hợp đồng mang tính vô hình và trong môi trường giao kết phi vật chất, các hợp đồng điện tử lại mang những đặc thù riêng biệt hơn so với hợp đồng dưới hình thức văn bản thông thường khách. Đặc biệt, đối với các EULA, cách thức giao kết của các EULA chủ yếu thông qua môi trường mạng, nơi người dùng và nhà phát triển sản phẩm không trực tiếp gặp gỡ và

⁴⁴ Dodd, Jeff C. and James A. Hernandez, 1998, sdd.và Wright, Craig S. , 2008, sdd.

⁴⁵ Dawson, Ed, Sharon Christensen, Ernest Foo, Audun Josang, Praveen Gauravaram, Kathryn O'Shea, and Judith McMamara, Electronic Contract Administration - Legal and Security Issues. Literature Review. 2005. p. 1-88.

trao đổi với nhau và sự nhanh chóng trong tích tắc của các giao dịch được tiến hành, người dùng không có nhiều cơ hội được lựa chọn trong các giao dịch EULA mà họ được đề nghị khi tiến hành cài đặt chương trình phần mềm, ứng dụng hay các giao dịch web. Vì vậy, 100% EULA tồn tại dưới dạng các hợp đồng theo mẫu, là loại hợp đồng mà chỉ do một bên soạn thảo nên, bên còn lại không có nhiều lựa chọn trong việc thương thảo, đòi hỏi, bổ sung hoặc lược bỏ bớt các điều khoản trong hợp đồng mà chỉ có thể chấp nhận toàn bộ hay không chấp nhận giao kết (take it or leave it). Do đó, tác giả nhận thấy rằng không thể không vận dụng các lý thuyết về hợp đồng theo mẫu (Rolling Contract hay Standard-Form Contract) hay hợp đồng gia nhập (Adhesion Contract)⁴⁶ trong nghiên cứu này khi nghiên cứu EULA, vì chúng có ảnh hưởng rất lớn đến sự tồn tại và tác động của EULA đến người dùng trong môi trường mạng. Các lý thuyết về hợp đồng theo mẫu từ lâu đã được nghiên cứu và tiếp nhận rộng rãi ở hệ thống pháp lý của hầu hết các quốc gia.

Pháp luật và Tòa án ở các nước đều có thái độ ứng xử đặc biệt hơn đối với loại hợp đồng này, thông qua công nhận và ban hành các nguyên tắc giải thích hợp đồng theo hướng có lợi cho người dùng trong phần lớn các trường hợp, tương tự như cách ứng xử với các hợp đồng một phía khác để giải quyết vấn đề bảo vệ và cân bằng lợi ích cho người dùng. Mỗi hệ thống luật khác nhau với các quan điểm khác nhau sẽ có cách ứng xử riêng, tuy nhiên vẫn phải đảm bảo tính vận dụng và so sánh các cách thức ứng xử này để đề xuất giải pháp phù hợp cho luật Việt Nam về hợp đồng và bảo vệ người tiêu dùng nói riêng và luật quốc tế nói chung đối với EULA.

1.3.4 Học thuyết về tính bất hợp lý (The Unconscionability Doctrine) trong giao kết hợp đồng điện tử phát triển bởi Thomas Gamarello

Trên cơ sở của lý thuyết về hợp đồng theo mẫu, học thuyết về tính bất hợp lý có ý nghĩa quan trọng trong xác định cách thức ứng xử cần thiết đối với các loại hợp đồng mang đặc tính áp đặt một cách bất công các điều khoản mang tính bóc lột

⁴⁶ Robert A. Hillman, Rolling Contracts, 71 Fordham L. Rev. 743 (2002) và William Lawrence, Rolling Contracts Rolling Over Contract Law, 41 SAN DIEGO L. REV. 1099, 1116–17 (2004).

và/hoặc quá vô lý trong các hợp đồng theo mẫu ấy. Nằm trong mục tiêu nhận diện rủi ro và tìm giải pháp bảo vệ cho người dùng trong các giao dịch EULA, rất cần thiết phải vận dụng các cơ sở lý thuyết này làm nền tảng chính cho nghiên cứu và tìm ra giải pháp phù hợp.

Mặc dù học thuyết về tính bất hợp lý trong hợp đồng xuất hiện trong hệ thống tư điển pháp lý của hệ thống thông luật đầu tiên từ thế kỷ 20 nhưng dấu chân của nó đã tồn tại trong nhiều thế kỷ trước đó thông qua các nghiên cứu về giao dịch mang tính bất công bằng trong luật của Pháp và Đức.⁴⁷ Ý tưởng ban đầu của học thuyết là các Tòa án nên từ chối thực thi các giao dịch với giá cả rẻ một cách không công bằng, hoặc ít nhất là cần cân nhắc cẩn trọng về chúng, ý tưởng này đã được tiếp thu rộng rãi trong cả hệ thống thông luật lẫn luật thành văn. Những thay đổi trong môi trường kinh tế và xã hội của đầu thế kỷ 20 đã tạo ra một nhu cầu rõ ràng về cách Tòa án có thể và nên xét xử những giao dịch mang tính vô cùng bất công này. Các doanh nghiệp lớn xuất hiện bùng nổ trong khoảng thời gian này dẫn đến nhu cầu tìm kiếm các cách thức giao kết nhanh chóng, dễ dàng và được tiêu chuẩn hóa, và lý tưởng nhất chính là các hợp đồng mẫu với nhiều điều khoản tiêu chuẩn (boilerplate clauses)⁴⁸ cực kỳ thuận lợi cho các công ty lớn hay còn được xem như bên mạnh thế hơn trong các giao dịch.

Mặc dù học thuyết về tính bất hợp lý trong hợp đồng được xây dựng chủ yếu để bảo vệ người tiêu dùng ít hiểu biết pháp luật trước các thương nhân khôn ngoan và đầy mưu mẹo, nó cũng cung cấp một mức độ bảo vệ cho các doanh nghiệp nhỏ chống lại các lạm dụng của các doanh nghiệp “cá mập” lớn, nhưng khi các hợp đồng

⁴⁷ John P. Dawson, Duress and the Fair Exchange in French and German Law, 11 Tul. L. Rev. 345, 12 Tul. L. Rev. 42 (1937).

⁴⁸ “Boilerplate” theo định nghĩa của từ điển Black Law Dictionary là dùng để chỉ những “nội dung hoặc điều khoản trong hợp đồng có thể được sử dụng cho nhiều hợp đồng khác nhau, đã được tiêu chuẩn hóa, thường là các điều khoản có nội dung cố định không thay đổi, hoặc không thể thương lượng, in sẵn trong các mẫu hợp đồng của các công ty”. Một số các điều khoản tiêu chuẩn phổ biến như điều khoản bảo mật, luật áp dụng và giải quyết tranh chấp, bảo lưu quyền, bồi thường thiệt hại, bảo vệ lợi ích bên thứ ba, v.v. Xem thêm tại: <https://thelawdictionary.org/boilerplate/> truy cập ngày 29/12/2018.

tiêu chuẩn (hợp đồng mẫu) được áp dụng hàng loạt cùng với sự phát triển bùng nổ của các giao dịch kinh doanh phức tạp như bảo hiểm, ngân hàng, các giao dịch bảo đảm hoặc giao dịch liên quan đến các tài sản hình thành trong tương lai, các Tòa án thường thất vọng khi cố gắng đạt được kết quả bằng cách áp dụng nhiều chiến lược hợp đồng truyền thống.

Ở các quốc gia theo hệ thống luật thành văn, các nhà làm luật cố gắng điều chỉnh các quy định trong luật nhằm tăng cường các biện pháp bảo vệ trong các quy định của pháp luật nhằm hạn chế ở mức tối thiểu tính bất hợp lý của các giao dịch, nỗ lực này luôn mang tính chậm trễ so với sự phát triển chóng mặt của các giao dịch trong thời đại mới, đặc biệt là “thời đại 4.0” như hiện nay. Trong hệ thống Thông Luật, các Tòa án chủ yếu bám víu vào lý thuyết của Quasi contract, dựa trên lý thuyết về đối xử công bằng, mà ở đó, sự được lợi không chính đáng và sự mất mát không công bằng sẽ bị ngăn chặn.⁴⁹ Lý thuyết này dường như linh hoạt và có khả năng thích ứng lâu dài hơn với sự thay đổi của thế giới mới, nhưng về cơ bản nó chỉ phù hợp với các quốc gia mà hệ thống giải quyết tranh chấp phát triển ở một trình độ nhất định, các thủ tục tố tụng nhanh chóng, ít rườm rà, hiệu quả cao và người dân có tư duy cởi mở với việc kiện tụng tại Tòa án. Hơn nữa, nếu một số hợp đồng hoặc hoàn cảnh không phù hợp chính xác với các tiêu chí của chuẩn hợp đồng hoặc của các biện pháp bảo vệ hợp đồng,⁵⁰ các thẩm phán sẽ không có lựa chọn nào khác ngoài việc thực thi hợp đồng không công bằng, mà như Gamarello đã nhận xét, chúng như “một sự bám víu vào chủ nghĩa hình thức tư pháp không có ý nghĩa”⁵¹. Không có gì đáng ngạc nhiên, điều này nảy sinh mối lo ngại về sự biến dạng tư

⁴⁹ “Quasi contract” là một khái niệm trong khoa học pháp lý về luật hợp đồng, về bản chất, đây là định nghĩa ám chỉ trạng thái “gần như hợp đồng”, các tiêu chí của hợp đồng được tạo ra bởi Tòa án để áp dụng nguyên tắc đối xử công bằng, từ đó tạo ra nghĩa vụ giữa hai bên.

⁵⁰ Tính Bất hợp lý là một trong số các khái niệm pháp lý được biết đến trong luật hợp đồng như là những biện pháp phòng vệ hợp đồng (contract defenses, được ám chỉ các lý lẽ để biện minh và lý giải cho việc vì sao một hợp đồng không nên được thực thi). Xem thêm định nghĩa về các biện pháp phòng vệ hợp đồng tại https://law.freeadvice.com/general_practice/contract_law/defenses_contracts.htm, truy cập ngày 29/12/2018.

⁵¹ Gamarello, Thomas, 2015, sdd.

pháp của luật hợp đồng truyền thống khi không có một chuẩn phù hợp, dẫn đến không thể đoán trước được việc ra quyết định của Tòa án với những vụ việc khác nhau. Một quyết định không hợp lý phải tập trung vào các quy định tương đối của các bên, sự phù hợp của vị trí thương lượng, các lựa chọn thay thế có ý nghĩa cho nguyên đơn và sự tồn tại của các điều khoản không công bằng trong hợp đồng.

Tác giả sẽ vận dụng các lý thuyết liên quan đến hợp đồng theo mẫu như đặc tính của hợp đồng theo mẫu (Rolling Contract)⁵² và lý thuyết về bất hợp lý (The Unconscionability Doctrine)⁵³ trong quan hệ hợp đồng theo mẫu để chứng minh các yếu tố khác biệt về mặt lý luận và đặc trưng của EULA so với các loại hợp đồng thông thường khác.

1.3.5 Mô hình “Điều lệ Thế giới ảo” (Charter of Interration) của Edward Castronova liên quan đến quyền tài sản trong thế giới ảo

Quyền tài sản là một trong những nội dung cần được công nhận và đóng vai trò quan trọng trong các quyền của người dùng cần được bảo vệ trong môi trường mạng nói chung, và trong các giao dịch phần mềm gắn với EULA nói riêng (bên cạnh các quyền cá nhân khác như quyền được bảo vệ đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, hình ảnh, thông tin cá nhân). Trong số các lý thuyết liên quan đến quyền tài sản trong môi trường mạng thì tác giả lựa chọn một mô hình lý thuyết nổi bật là mô hình “Điều lệ Thế giới ảo” (Charter of Interration) của Edward Castronova (2004)⁵⁴, được tiếp nối bởi Jack M. Balkin (2004)⁵⁵.

Lý thuyết này đưa ra dẫn chứng, biện giải và mô hình giải pháp để khẳng định và bảo vệ cho các quyền tài sản của người dùng trong môi trường ảo. Mô hình của Castronova sẽ là cơ sở quan trọng cho nghiên cứu này trong quá trình chứng

⁵² Robert A. Hillman, 2002 và William Lawrence, 2004, sdd.

⁵³ Michael Terasaki, 2013 sdd. và Gamarello, Thomas, 2015 Sdd.

⁵⁴ Edward Castronova, The Right to Play, New York Law School Review, Vol.49, 2004, p.185.

⁵⁵ Jack M. Balkin, Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds, 90 VA. L.REV. 2043, 2043 n.l., 2004.

minh tính chất hợp đồng của EULA và xác định các yếu tố cần được bảo vệ đối với người dùng thông qua EULA.

Trong công trình của mình, Edward Castronova đã đề nghị một hệ thống điều lệ cho các thế giới ảo tương tự như hệ thống điều lệ của các công ty. Thế giới ảo xác nhận các không gian trong trò chơi sẽ được bảo vệ dưới mô hình “Điều lệ Thế giới ảo”.⁵⁶ Castronova tranh luận rằng các thế giới ảo xứng đáng có được vị thế pháp lý tương tự như cách mà các công ty tồn tại theo lý thuyết pháp lý về cá nhân. Các công ty được phép giới hạn trách nhiệm pháp lý bởi các tác động tích cực của trách nhiệm tài sản hữu hạn đối với xã hội, trên cơ sở đó Castronova cho rằng thế giới ảo có khả năng mang lại cho xã hội những lợi ích độc đáo mà chưa được công nhận theo cấu trúc pháp lý kinh tế xã hội hiện tại. Lợi ích cuối cùng là khả năng thoát khỏi mô hình hệ thống làm việc được thiết lập trong cách mạng công nghiệp. Bởi vì thế giới ảo cho thấy một tiềm năng to lớn như vậy để cung cấp một điều tốt đẹp cho xã hội, các thỏa thuận mà các thế giới ảo này được quy định xứng đáng với vị thế đặc biệt. Dưới một “Điều lệ Thế giới ảo”, những người tham gia trò chơi/ người sử dụng phần mềm/chương trình máy tính sẽ được tự do thay đổi các giao diện trong thế giới ảo. Những thay đổi này sẽ không bị Tòa án can thiệp hay ngăn cấm, vì họ đã được trao cho các quyền sở hữu ảo rồi. “Điều lệ Thế giới ảo” có sự khác biệt một chút so với các hợp đồng tiêu chuẩn như EULA hoặc các điều khoản dịch vụ sử dụng phần mềm (Terms of Service). Trong EULA, các nhà phát triển phần mềm sẽ nêu ra các quyền và trách nhiệm của người dùng khi chơi hoặc sử dụng chương trình. Tòa án có thể xem xét các điều khoản quan trọng của thỏa thuận để phân biệt những mục đích giao kết nào là hợp lý. Mặc dù chưa có nền tảng pháp lý cho hệ thống điều lệ của Castronova, nhưng ý nghĩa tiềm ẩn dưới lý thuyết của Castronova có thể sẽ hấp dẫn các nhà làm luật và Tòa án vì sự tương đồng với các nền tảng lý thuyết hợp đồng.

Jack Balkin cũng chia sẻ ý tưởng tương tự với Castronova, nhưng bổ sung thêm hướng phân tích thứ hai để Tòa án có thể đánh giá các EULA liên quan đến

⁵⁶ Edward Castronova, 2004, sdd.

chương trình phần mềm liên quan đến kiến tạo thế giới ảo như game hay mạng xã hội. Balkin cho rằng thế giới ảo cũng thúc đẩy việc truyền đạt ý tưởng tự do trong môi trường liên kết, có thể làm cơ sở cho luật pháp can thiệp vào hành vi của nhà phát triển chương trình trong việc hạn chế quyền tự do thương thảo. Đối với các chương trình phần mềm nơi nhà phát triển kiến tạo một nền tảng thế giới ảo và người tham gia góp phần xây dựng thế giới đó thông qua các giao tiếp lẫn nhau giữa các người dùng hoặc trao đổi tài sản ảo, Tòa án hoặc luật pháp cần có thể xu hướng tham gia vào thế giới ảo nhiều hơn và xác nhận quyền lợi tài sản của người tham gia nhiều hơn. Ngược lại, đối với các chương trình mà nhà phát triển phần mềm là tác giả chính và người chơi chỉ đơn thuần sử dụng theo những hướng đã định sẵn bởi tác giả thì Tòa án sẽ chỉ can thiệp ở mức độ xem chương trình như một tác phẩm để bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ của các tác giả trên cơ sở EULA. Nếu các điều khoản quan trọng của EULA giữa các bên tiết lộ một “kỳ vọng hợp lý” rằng các bên sẽ hợp tác trong việc phát triển thế giới ảo, Tòa án sẽ có thể can thiệp vào việc cân bằng lợi ích tài sản ảo của các bên. Mặt khác, nếu các điều khoản quan trọng của thỏa thuận tiết lộ ý định của nhà phát triển rằng đó là người tạo ra trải nghiệm trong thế giới ảo và người tham gia chỉ là một hành khách trên các câu chuyện được kể bởi nhà phát triển, Tòa án sẽ không can thiệp để cân bằng lợi ích tài sản ảo của các bên; thay vào đó, một Tòa án có thể sẽ chỉ hoãn lại thẩm quyền của EULA.⁵⁷

Các hệ thống và lý thuyết của Castronova và Balkin có ý nghĩa đối với việc xác định quan điểm chủ đạo của pháp luật trong việc bảo vệ quyền của người dùng trong thế giới ảo hay thế giới mạng. Các lý thuyết này nếu được luật hóa thành các quy định sẽ làm cơ sở bảo vệ tối ưu quyền của người dùng trên nhiều khía cạnh, đặc biệt là đối với các quyền tài sản và quyền tài sản gắn với nhân thân của người dùng. Ngoài ra, trong suốt quá trình nghiên cứu, tác giả cũng có thể phải sử dụng nhiều học thuyết, lý thuyết pháp lý và kinh tế khác như lý thuyết về hành vi cạnh tranh, bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ, lý thuyết về quyền sở hữu, tính công bằng, nguyên tắc

⁵⁷ Jamie J. Kayser, 2006, Sdd., tr.71.

giải quyết xung đột pháp luật quốc tế, v.v. có liên quan để lý giải các hiện tượng khách quan và bàn luận về cách thức giải quyết về vấn đề này.

Kết luận chương 1

Tóm lại, phần này trình bày tóm lược một số nghiên cứu nổi bật liên quan đến học thuyết hợp đồng hiện đại, hợp đồng điện tử, và EULA nói riêng. Các nghiên cứu trên đây được phân tích và đánh giá dưới cả khía cạnh pháp lý, kinh tế và kỹ thuật nhằm có cái nhìn tổng quan và đầy đủ nhất trong mối quan hệ hợp đồng đặc biệt như hợp đồng điện tử. Mặc dù đã có khá nhiều nghiên cứu trên thế giới về vấn đề này, nhưng các nghiên cứu trước đây vẫn chưa lý giải nguồn gốc dẫn đến sự phân tách và khác biệt giữa hợp đồng điện tử, cụ thể là đối với EULA, so với các loại hợp đồng thông thường khác, dẫn đến chưa xác định đúng bản chất của EULA, khiến pháp luật bỏ ngỏ việc công nhận và bảo vệ quyền người dùng khi giao kết các hợp đồng này. Do đó, để giải quyết câu hỏi nghiên cứu chính được đặt ra, luận án sẽ đi từ nguồn gốc vấn đề, trên cơ sở các cơ sở lý luận được đề xuất, tác giả nghiên cứu và làm sáng tỏ việc xác định bản chất của EULA, để từ đó đề xuất các giải pháp pháp lý nhằm bảo đảm quyền lợi tốt nhất cho người dùng trong các giao dịch điện tử có sự hiện diện của EULA.

CHƯƠNG 2

KHÁI QUÁT CHUNG VỀ HỢP ĐỒNG ĐIỆN TỬ VÀ HỢP ĐỒNG CẤP QUYỀN NGƯỜI DÙNG CUỐI

2.1 Hợp đồng điện tử và các hình thức phổ biến của hợp đồng điện tử

Ngay cả trước khi “Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư” (Công nghiệp 4.0)⁵⁸ được giáo sư người Đức Klaus Schwab lần đầu tiên đưa ra thảo luận và là chủ đề chính của Diễn đàn kinh tế thế giới Davos năm 2016⁵⁹ đánh dấu sự thâm nhập sâu sắc của công nghệ thông tin vào đời sống nhân loại, thì khái niệm “Thương mại điện tử” đã xuất hiện và quen thuộc với hoạt động kinh tế thế giới từ trước đó rất lâu nhờ các phát minh liên quan đến hệ thống thông tin mạng toàn cầu và internet⁶⁰. Thập niên 90 của thế kỷ 20 đã chứng kiến sự phát triển nhanh chóng tới mức độ kinh ngạc của hoạt động thương mại điện tử cả về hình thức lẫn phạm vi, kéo theo sự quan tâm của giới nghiên cứu đối với hình thức giao thương mới mẻ và đầy triển vọng này.

⁵⁸ Thuật ngữ "Công nghiệp 4.0" (tiếng Đức: Industrie 4.0) khởi nguồn từ một dự án trong chiến lược công nghệ cao của chính phủ Đức, nó thúc đẩy xây dựng các “nhà máy thông minh” thông qua vận dụng công nghệ điện toán như internet, điện toán đám mây vào hoạt động nhà máy, tự động hóa sản xuất cũng như vào chuỗi cung ứng hàng hóa và bán hàng. Thuật ngữ này ra đời trước nhưng thường gắn liền với thuật ngữ “Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ 4” được đánh dấu bởi công nghệ mới đột phá trong một số trường, bao gồm cả robotics, trí thông minh nhân tạo, công nghệ nano, công nghệ sinh học, internet vạn vật, in 3D, và xe tự lái.

Xem thêm tại website của Diễn đàn Kinh tế Thế giới (World Economic Forum): <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>

⁵⁹ Effoduh, Jake Okechukwu. "The Fourth Industrial Revolution by Klaus Schwab." The Transnational Human Rights Review 3. (2016): <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/thr/vol3/iss1/4>

⁶⁰ Mạng internet đầu tiên được phát minh vào năm 1969 theo một dự án nghiên cứu phát triển của ARPA (Advanced Research Projects Agency Network – Mạng lưới Cơ quan Nghiên cứu các Dự án Tân tiến) thuộc Bộ Quốc phòng Mỹ bảo trợ. Sau đó được mở rộng ra phạm vi toàn cầu nhờ phát minh ra Mạng Toàn Cầu (World Wide Web) của Tim Berners (Thuộc CERN của Châu Âu) vào năm 1989. Xem thêm tại: Tim Berners-Lee, Information Management: A Proposal, CERN, March 1989.

Luật Mẫu về Thương mại Điện tử UNCITRAL của Liên Hợp Quốc năm 1996 (*“UNCITRAL 1996”*) đưa ra cách hiểu về khái niệm thương mại điện tử tại Điều 1 như sau:⁶¹ *“Luật này áp dụng cho bất kỳ loại thông tin nào dưới dạng một thông điệp dữ liệu có nội dung về các hoạt động thương mại”*; *“Thuật ngữ thương mại cần được diễn giải theo nghĩa rộng để bao quát các vấn đề phát sinh từ mọi quan hệ mang tính chất thương mại dù có hay không có hợp đồng. Các quan hệ mang tính chất thương mại bao gồm, nhưng không giới hạn bởi các giao dịch sau: bất cứ giao dịch nào về cung cấp hoặc trao đổi hàng hóa hoặc dịch vụ; đại diện hoặc đại lý thương mại; ủy thác hoa hồng,...”*; cũng theo đó *“Thông điệp dữ liệu là thông tin được tạo ra, gửi đi, tiếp nhận và lưu trữ bằng phương tiện điện tử, quang học, và các phương tiện tương tự, bao gồm nhưng không hạn chế ở, trao đổi dữ liệu điện tử (EDI), thư điện tử, điện tín, điện báo hoặc fax”*.⁶² WTO cũng đưa ra khái niệm về thương mại điện tử tương tự nhưng ở mức độ chung hơn, bao hàm tất cả các hoạt động sản xuất, quảng cáo, bán hàng và phân phối sản phẩm được mua bán và thanh toán trên mạng internet, nhưng được giao nhận có thể hữu hình hoặc giao nhận qua internet dưới dạng số hóa.⁶³ Thương mại điện tử thường được phân thành ba dạng thức cơ bản: (i) B2B (Business to Business), tức là các giao dịch giữa các bên là doanh nghiệp với nhau; (ii) B2C (Business to Consumer), tức là các giao dịch từ doanh nghiệp cung cấp hàng hóa dịch vụ cho người tiêu dùng; và C2C (Consumer to Consumer), chỉ những giao dịch giữa các người dùng với nhau.⁶⁴

Với hình thức tồn tại đa dạng và độ lan rộng mang tính toàn cầu như vậy, thương mại điện tử đã làm sản sinh ra vô số các công cụ và phương tiện giao

⁶¹ Luật Mẫu về Thương mại Điện tử UNCITRAL 1996 (với một số sửa đổi bổ sung năm 1998), United Nations Publication, Sales No. E.99.V.4, ISBN 92-1-133607-4, 1999, Điều 1.

⁶² UNCITRAL 1996, Điều 2.

⁶³ Chương trình Làm việc về Thương mại Điện tử (Work Programme on Electronic Commerce), WTO, 1998. Website: https://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/ecom_e.htm truy cập ngày 8/2/2018.

⁶⁴ Ayyappan Palanissamy, Legal Issues in e-Commerce and e-Contracting – A overview of Initiatives in Malaysia, International Journal of e-Education, e-Business, e-Management and e-Learning, Vol.3, No.2, 04/2013.

thương mới nhằm phục vụ triệt để cho hiệu quả của nó, theo đó hàng loạt hợp đồng điện tử được thiết lập dưới nhiều dạng và hình thức khác nhau đã được ghi nhận trong suốt hơn ba thập niên qua và dường như chưa có dấu hiệu chững lại.

2.1.1 Khái niệm hợp đồng điện tử

Có rất nhiều tên gọi có thể được dùng để chỉ một hợp đồng được giao kết trong môi trường điện tử như hợp đồng điện tử (electronic contract), hợp đồng trực tuyến (online contract), hay hợp đồng phi giấy tờ (paperless contract); tuy nhiên được sử dụng rộng rãi và phổ biến nhất vẫn là thuật ngữ “hợp đồng điện tử”. Hợp đồng điện tử được hiểu là các hợp đồng mà toàn bộ hoặc một phần của nó được đàm phán, xác lập, ký kết hoặc thực hiện thông qua các phương tiện điện tử, dưới dạng thông điệp dữ liệu như email, tin nhắn, websites hoặc thông qua các giao thức điện tử khác. Cách hiểu này được thừa nhận rộng rãi trong giới học thuật và pháp luật của các quốc gia.

Từ năm 1996, khái niệm hợp đồng điện tử đã được phổ quát hóa thông qua khẳng định tại Điều 11 của UNCITRAL 1996, theo đó việc giao kết hợp đồng bằng một chào hàng và một chấp nhận chào hàng có thể được thực hiện bằng thông điệp dữ liệu (data message), và trong trường hợp đó, hợp đồng sẽ không bị từ chối hiệu lực của nó. UNCITRAL giải thích “thông điệp dữ liệu” là các thông tin được kiến tạo, gửi, nhận hoặc lưu trữ bằng các phương tiện điện tử, quang học, hoặc tương tự, bao gồm nhưng không giới hạn ở EDI (Trao đổi dữ liệu điện tử), thư điện tử, thư tín, telex, hay fax.⁶⁵ Quy định của UNCITRAL dựa trên cách thức mà lời chào hàng và chấp nhận chào hàng, hai yếu tố hàng đầu của quan hệ hợp đồng thể hiện mong muốn và ý định giao kết của các chủ thể mà các lý thuyết hợp đồng truyền thống trên khắp thế giới đã khẳng định, được chuyển đi hoặc trao đổi qua lại để xác định tính chất của một hợp đồng điện tử. Điều này có nghĩa là những nội dung, văn bản, bản ghi được truyền tải hoặc tồn tại thông qua các phương tiện điện tử đều có thể trở thành hợp đồng điện tử nếu nó đáp ứng được các điều kiện có hiệu lực của một

⁶⁵ UNCITRAL 1996, Điều 2(a).

hợp đồng như các hợp đồng thông thường được giao kết dưới hình thức văn bản truyền thống khác.

Cách hiểu này cho thấy, ở giai đoạn phát triển đầu tiên của thương mại điện tử, những hợp đồng được giao kết trong môi trường điện tử được các nhà nghiên cứu pháp luật xem xét không có nhiều đặc tính khác biệt so với các hợp đồng được ký kết trong “thế giới thực”, sự khác biệt nếu có cũng chỉ là việc yếu tố công nghệ can thiệp vào có thể đã làm lu mờ đi một số yếu tố truyền thống của hợp đồng, như ý định giao kết, mục đích giao kết của chủ thể không được bộc lộ một cách rõ ràng, hoặc không có một chữ viết tay và chữ ký bên dưới các văn bản hợp đồng.⁶⁶ Quan niệm này sau đó vẫn được tiếp thu vào luật của các quốc gia liên quan đến hợp đồng điện tử.

Ví dụ như Luật Thống nhất về Giao dịch Điện tử của Hoa Kỳ (Uniform Electronic Transaction Act 1999 – “**UETA 1999**”) khẳng định sự tồn tại của hợp đồng điện tử thông qua việc công nhận tính hợp pháp của các hợp đồng có chứa đựng các văn bản điện tử⁶⁷, mà theo đó văn bản điện tử (electronic record) có nghĩa là một văn bản được “kiến tạo, gửi đi, thông tin, nhận hoặc lưu trữ bởi các phương tiện điện tử”.⁶⁸

Đối với các quy định tương tự của Liên minh Châu Âu, luật liên quan đến thương mại điện tử cũng không có định nghĩa toàn diện nào về một hợp đồng điện tử được quy định trong luật. Tuy nhiên, việc ký kết các hợp đồng sử dụng "phương tiện điện tử" đã được thừa nhận rõ ràng trong Điều 9 “Sắc lệnh của nghị viện Châu Âu và của hội đồng về một số khía cạnh pháp lý của dịch vụ xã hội thông tin trong thị trường nội địa, đặc biệt là thương mại điện tử” (Sắc lệnh về thương mại điện tử).⁶⁹ Nội dung tương tự cũng có thể được tìm thấy trong Sắc lệnh của nghị viện Châu Âu và của hội đồng về bảo vệ người tiêu dùng đối với các hợp đồng từ xa

⁶⁶ Jeff C.Doff and James A.Hernandez, sdd., tr.3.

⁶⁷ UETA 1999, Phần 7(b).

⁶⁸ UETA 1999, Phần 2(7).

⁶⁹ Directive of European Parliament and of the Council on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive 2000/31/EC).

(Distance selling directive), theo đó các bên có khả năng giao kết một hợp đồng “bằng một hoặc nhiều phương tiện thông tin liên lạc từ xa”.⁷⁰ Các định nghĩa nói trên cho thấy hợp một hợp đồng có thể được xem là có đủ điều kiện khi các thỏa thuận giữa nhà cung cấp dịch vụ và người sử dụng được thực hiện trên nền tảng các phương tiện điện tử và ở môi trường internet. Cả hai chỉ thị đề cập đến “phương tiện điện tử”, đây là tính năng chính để xem xét một hợp đồng là điện tử. Cụm từ “phương tiện điện tử” là thiết bị điện tử, được các bên sử dụng để ký kết thỏa thuận.⁷¹ Đồng thời, hợp đồng điện tử cũng bao gồm giao diện (hoặc dịch vụ) có thể kiểm tra được dưới các ngôn ngữ, cú pháp lập trình, ngôn ngữ cần thiết cho phần mềm làm việc với thiết bị điện tử.⁷²

Ở các quốc gia Châu Á, hợp đồng điện tử cũng được ghi nhận rộng rãi về tính pháp lý cũng như nội dung của nó trong hệ thống pháp luật của các nước. Luật Giao dịch Điện tử Singapore, Ấn Độ đều khẳng định hiệu lực của các hợp đồng mà ở đó một hoặc các phương thức thông tin điện tử được sử dụng trong quá trình giao kết nên hợp đồng.⁷³ Tương tự như Trung Quốc, pháp luật của Việt Nam từ lâu cũng đã xem các văn bản tồn tại dưới hình thức thông điệp dữ liệu hoặc thông tin điện tử, thư điện tử đều được công nhận là có giá trị văn bản.⁷⁴ Ngoài ra, Luật Giao dịch Điện tử 2005 của Việt Nam cũng đưa ra khái niệm khá cụ thể của hợp đồng điện tử “là hợp đồng được thiết lập dưới dạng thông điệp dữ liệu”,⁷⁵ thông điệp dữ liệu được giải thích là những “thông tin được tạo ra, gửi đi, được nhận và được lưu trữ

⁷⁰ Directive 97/7/EC,” Điều 2 (1).

⁷¹ Olga Mironenko Enerstvedt, *The Applicable Law to the Electronic Contracts under EU Data Protection Directive*, University of Oslo, 2013,

⁷² Nuth, “E-Commerce Contracting: The Effective Formation of Online Contracts,” 43–44.

⁷³ Electronic Transaction Act of Singapore 2010, Điều 11; ITA 2000 of India 2000, phần 10.

⁷⁴ Luật Hợp đồng của Cộng Hòa Nhân dân Trung Hoa, Điều 11; Luật Thương mại Việt Nam 2005, Điều 3(15).

⁷⁵ Luật Giao dịch điện tử của Việt Nam 2005, Điều 33.

bằng phương tiện điện tử”⁷⁶. Có thể thấy, cách hiểu về hình thức tồn tại và giá trị pháp lý của hợp đồng điện tử trong pháp luật các nước hiện nay là tương tự nhau.

Không như cách thức giao kết hợp đồng truyền thống, các bên của hợp đồng cần phải trực tiếp gặp mặt trao đổi, thương lượng với nhau về các điều khoản của hợp đồng trước khi đặt bút ký kết vào một văn bản cụ thể, hoặc tiến hành đàm phán gián tiếp với nhau bằng cách gửi cho nhau những đề nghị giao kết hợp đồng hoặc chấp nhận lời đề nghị giao kết hợp đồng dưới hình thức văn bản chính thức như bằng chứng xác nhận cho giao kết của mình. Quá trình đàm phán, ký kết các hợp đồng điện tử cho phép các bên thể hiện ý chí và mục đích giao kết của mình thông qua các phương tiện điện tử, và nội dung của hợp đồng có thể tồn tại dưới nhiều dạng thông điệp dữ liệu khác nhau.

Như vậy, một hợp đồng sẽ được xem là một hợp đồng điện tử khi quá trình đàm phán (bao gồm đề nghị và chấp nhận đề nghị), giao kết các nội dung của nó được thực hiện trong không gian điện tử (electronic hoặc internet), được sự hỗ trợ bởi các phương tiện điện tử, nội dung của chúng được tồn tại và lưu giữ dưới hình thức các thông điệp dữ liệu mà sau đó các bên không nhất thiết phải thiết lập chúng trở lại thành cách văn bản cứng tồn tại độc lập ngoài môi trường mạng. Cùng với sự phát triển vượt bậc của công nghệ thông tin toàn cầu, làm thay đổi phương thức giao dịch của các chủ thể, các hợp đồng điện tử hiện đại sẽ mang nhiều đặc điểm, đặc trưng riêng khác biệt, chứ không chỉ đơn thuần những đặc điểm như các hợp đồng văn bản truyền thống khác.

2.1.2 Đặc điểm của hợp đồng điện tử

Trước tiên, cần khẳng định một điều rằng, về bản chất, hợp đồng điện tử cũng là hợp đồng như các hợp đồng “trong thế giới thực”, chúng được giao kết, thực hiện và chấm dứt như các hợp đồng tồn tại dưới các hình thức như văn bản giấy, lời nói hay hành vi cụ thể.⁷⁷ Do vậy, tất cả các đặc điểm cơ bản của một hợp đồng theo lý thuyết hợp đồng cổ điển đều có ở các hợp đồng điện tử, ví dụ như về

⁷⁶ Luật Giao dịch điện tử của Việt Nam 2005, Điều 4(12).

⁷⁷ Jeff C.Doff and James A.Hernandez, sđd., tr.3.

điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, các đặc điểm liên quan đến nguyên tắc giao kết, thực hiện hợp đồng. Theo đó, không có giới hạn nào đặc biệt về mặt chủ thể của một hợp đồng điện tử so với các hợp đồng khác, chủ thể tham gia ký kết hợp đồng điện tử có thể là bất kỳ ai bao gồm các cá nhân, tổ chức, pháp nhân đáp ứng đủ các điều kiện về năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự. Các nguyên tắc ký kết hợp đồng truyền thống cũng cần phải được tôn trọng và đảm bảo một cách đầy đủ khi ký kết, thực hiện các hợp đồng điện tử, ví dụ nguyên tắc tự do, bình đẳng khi giao kết và thực hiện hợp đồng, nguyên tắc trung thực thiện chí giữ vững cam kết, nguyên tắc đảm bảo quyền tự do của người khác thông qua việc nội dung và mục đích của hợp đồng không được vi phạm điều cấm của luật hoặc trái đạo đức xã hội, v.v.

Tuy nhiên, mặc dù vẫn mang đầy đủ tính chất của các hợp đồng thông thường khác, hợp đồng điện tử lại có một số tính chất riêng, xuất phát từ cách thức hình thành và hình thức tồn tại đặc biệt của chúng, và vì vậy hợp đồng điện tử đặt ra yêu cầu phải có những cơ chế đặc thù để xử lý. Cụ thể, hợp đồng điện tử mang những đặc điểm đặc trưng như sau:

Thứ nhất, sự tồn tại đa dạng của hợp đồng điện tử luôn gắn liền với sự phát triển của công nghệ thông tin.

Quá trình đàm phán, giao kết và lưu trữ chứng cứ liên quan đến thương mại điện tử nói chung và các hợp đồng điện tử nói riêng đòi hỏi phải có sự trợ giúp của các phương tiện điện tử, phần mềm tin học, công nghệ kỹ thuật số, v.v. Điểm khác biệt cơ bản này nhấn mạnh đến tầm quan trọng của công nghệ thông tin và hệ thống mạng liên kết toàn cầu đối với sự tồn tại và phát triển của hợp đồng điện tử. Yếu tố kỹ thuật mạng và máy tính không chỉ tạo cơ sở vật chất nền tảng, tác động đến hình thức tồn tại của chúng trong thế giới khách quan, mà còn là nguyên nhân dẫn đến đặc tính đa dạng và không ngừng thay đổi của chúng.

Công nghệ điện tử hiện đại đã có tác động không nhỏ đến thói quen, cách thức giao dịch, mua bán, kinh doanh thương mại của tất cả mọi người, từ chúng ta, những người tiêu dùng thông thường, cho đến các công ty, doanh nghiệp, thậm chí

là các tập đoàn công nghiệp vĩ đại. Khác biệt với các loại sản phẩm hàng hóa, dịch vụ thông thường, các sản phẩm công nghệ thường vượt ngoài sự tưởng tượng của con người, các nhà phát minh ra công nghệ mới sau đó phải hướng dẫn người dùng sử dụng chúng, nếu người dùng thích thú với chúng, sản phẩm đó sẽ là một sản phẩm thành công. Hợp đồng điện tử cũng chính là một sản phẩm của công nghệ.

Sự phát triển chóng mặt của công nghệ kéo theo sự ra đời của hàng loạt các hình thức của thương mại điện tử buộc nhân loại phải luôn đuổi theo sau nó và tìm cách thích nghi với quá trình tiến hóa của nó. Hàng ngày hàng giờ con người lại có cơ hội tiếp cận với các giao thức giao dịch mới, các loại hợp đồng điện tử mới không ngừng xuất hiện, tham gia vào những cuộc chơi mới. Một mặt, đặc điểm này của hợp đồng điện tử đóng góp những giá trị hữu ích đến cho người dùng, nhưng mặt khác, chúng đặt người dùng vào một tâm thế luôn bỡ ngỡ và có phần e dè bởi tính mới mẻ của chúng. Hơn nữa, sự phức tạp của yếu tố kỹ thuật làm tác động không nhỏ đến cách thức vận hành của các đạo luật khi luôn phải thay đổi mạnh mẽ để thích nghi với các loại hợp đồng điện tử vừa xuất hiện, đảm bảo sao cho vừa bảo vệ được các nguyên tắc về tự do hợp đồng mà vẫn không dẫn đến những hậu quả bất lợi cho các bên liên quan.

Hay nói cách khác, những lý thuyết pháp lý cổ điển có nguy cơ sẽ không còn thích hợp trong thế giới mới đang thay với tốc độ chóng mặt, không ngừng nghỉ một giây, và sẽ luôn bị coi là lỗi thời so với chính sự tồn tại của các hợp đồng điện tử. Vì vậy, đặc điểm này buộc các nhà làm luật và các bên liên quan phải luôn cẩn trọng và cân nhắc đến đặc tính dễ thay đổi của khoa học công nghệ và kỹ thuật số khi nghiên cứu xây dựng các cơ sở pháp lý, pháp luật, các cơ chế ứng xử với các hợp đồng điện tử, cũng như buộc các cơ quan giải quyết tranh chấp như Tòa án cũng cần phải lưu tâm khi giải quyết các tranh chấp phát sinh từ từ loại hợp đồng này.

Thứ hai, hợp đồng điện tử mang tính “phi giấy tờ”.

Không thể nói sự tồn tại của các hợp đồng điện tử là “vô hình” hay “ảo”⁷⁸ vì sự tồn tại thực tế của các hợp đồng này là có thật, và chúng ta vẫn có khả năng chuyển hóa các ký tự điện tử được lưu trữ trên máy tính hay các phương tiện điện tử thành ra các dạng tồn tại thực tế thông qua việc “bằng chứng hóa” chúng thành văn bản chính thức. Tuy nhiên, tính phi giấy tờ của các hợp đồng điện tử có ý nghĩa rất lớn đối với các bên trong quan hệ thương mại nhờ tính phi giấy tờ của chúng.

Đầu tiên, tính phi giấy tờ của hợp đồng điện tử giúp các bên giảm chi phí giao dịch. Dựa trên lý thuyết về chi phí giao dịch của Ronald H. Coase, các giao dịch sẽ đạt được hiệu quả cao nhất khi chi phí giao dịch bằng không.⁷⁹ Có khá nhiều định nghĩa về chi phí giao dịch được đưa ra và vẫn còn đang được tranh cãi. Việc xác định định nghĩa nào phù hợp hơn chỉ có ý nghĩa hơn chỉ phụ thuộc vào các vấn đề cần phân tích là gì.⁸⁰ 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 (Barzel, 1977).⁸¹ Có thể phân chi phí giao dịch thành ba loại: chi phí tìm kiếm (search costs), chi phí mặc cả (bargaining costs) hay còn gọi là chi phí thông tin – đánh giá thông tin, và chi phí thực thi (enforcement costs).⁸²

Đa số các hợp đồng điện tử được xác lập trên nền tảng máy tính và hệ thống mạng toàn cầu sẽ được lưu giữ dưới hình thức các tệp máy tính (soft copy hoặc file) trong các tập tin hoặc kho dữ liệu điện toán... sẽ không cần in ra thành các văn bản

⁷⁸ Tác giả Nguyễn Văn Thoan đề cập tại Nguyễn, V. T. (2010), sđd, tr.18. Theo đó tác giả cho rằng “cách thức ký kết và thực hiện hợp đồng điện tử ... tạo cảm giác hợp đồng điện tử là “ảo”, “phi giấy tờ”, không dễ dàng “cầm nắm” và “sử dụng” một cách dễ dàng”.

⁷⁹ Coase, R (1988) *The Firm, The Market, and the Law*. The University of Chicago Press, IL;

⁸⁰ Douglas W. Allen, “Transaction Costs,” in Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, eds., *The Encyclopedia of Law and Economics*, volume 1. Cheltenham, Edward Elgar, 2000, tr. 912-913;

⁸¹ Douglas W. Allen, Sđd., tr. 906;

⁸² Robert Cooter (Nguyễn Thị Xinh Xinh biên dịch), *Giáo Trình Giảng dạy Kinh tế Fullbright*, biên soạn từ “*The Elements of Transaction Costs*” LAW AND ECONOMICS (ISBN 0-321-20471-9) (Pearson Addison Wesley) (2004), tr. 91-95;

cứng (hard copy). Nếu các giao dịch đều chuyển qua giao dịch dưới hình thức hợp đồng điện tử thì các bên sẽ giảm được các chi phí liên quan đến chuyển giao các thông tin và hợp đồng giữa các bên trong quá trình thương lượng và giao kết (qua chuyển phát thư tín trong trường hợp các bên cách xa nhau về mặt vị trí địa lý), chi phí lưu trữ (diện tích tổ chức kho lưu trữ hay thư viện), chi phí khôi phục văn bản trong trường hợp hợp đồng giấy hoặc các văn bản liên quan bị hư hỏng hay không còn nguyên gốc, chi phí in ấn,... các chi phí này có mặt ở cả ba loại chi phí giao dịch đã được giới thiệu bên trên.

Không những vậy, tính phi giấy tờ còn giúp giảm chi phí giao dịch cho toàn nền kinh tế, cũng như thân thiện với môi trường hơn nhờ việc hạn chế sử dụng giấy làm từ gỗ và mực in có hóa chất ảnh hưởng đến môi trường. Một hình dung rất đơn giản là các giao dịch ngân hàng. Thông thường nếu mỗi cá nhân có nhu cầu tiến hành thực hiện các giao dịch chuyển tiền hoặc thanh toán tiền gửi trong ngân hàng cho đối tác, khách hàng phải đích thân đi đến các phòng giao dịch, chờ đợi đến lượt, điền vào các phiếu yêu cầu, chờ đợi xác nhận của ngân hàng mới được chuyển tiền hoặc nhận được tiền. Với hệ thống giao dịch điện tử, khách hàng chỉ cần tiến hành đăng ký giao dịch một lần, sau đó, toàn bộ các giao dịch mua bán chỉ cần xác nhận qua hợp đồng điện tử tại nhà mà không cần phải đến tận phòng giao dịch (thanh toán qua thẻ credit hoặc visa). Khách hàng có thể sử dụng các dịch vụ của ngân hàng với toàn bộ thông tin và lịch sử giao dịch được cập nhật trên hệ thống để có thể kiểm tra và kiểm soát một cách chặt chẽ. Các loại hợp đồng giao dịch trên mạng sẽ giúp các bên và ngân hàng giảm bớt thời gian giao dịch, tăng hiệu quả về số lượng và năng suất giao dịch, giảm chi phí quản lý đối với các giao dịch mang tính hàng loạt.

Tuy nhiên, tính phi giấy tờ đòi hỏi yêu cầu chứng minh giá trị hiệu lực của các giao dịch mà những hợp đồng này đại diện. Như đã giới thiệu ở phần khái niệm, hầu hết hệ thống pháp luật của các quốc gia và quốc tế đều không phủ nhận giá trị hiệu lực của hợp đồng điện tử. Mặc dù vậy, tính phi giấy tờ khiến cho việc đảm bảo điều kiện chủ thể của các hợp đồng điện tử phát sinh trong trường hợp các bên

ký kết hợp đồng không gặp mặt trực tiếp nhau để kiểm chứng về thẩm quyền ký kết cũng như tính xác thực của các minh chứng cho năng lực của các chủ thể. Đặc tính này đặt ra cho các bên liên quan lẫn Tòa án một vấn đề cấp thiết trước khi tiến hành giải quyết các tranh chấp liên quan đến phần nội dung của tranh chấp, đó chính là chứng minh giá trị hiệu lực của các hợp đồng này, hay nói cách khác là xác định giá trị chứng cứ của hợp đồng điện tử để công nhận những nội dung đã được giao kết chính là ý chí, nguyện vọng của chính các chủ thể đứng tên trong các giao kết đó.

Thực tế, không phải hợp đồng nào khi ký kết cũng phát sinh tranh chấp, do đó chỉ khi có giao dịch phát sinh vấn đề mới đòi hỏi phải trích xuất file để chuyển thành bản gốc để Tòa án xác nhận giá trị pháp lý và giá trị chứng cứ của hợp đồng liên quan. Để giải quyết vấn đề này, pháp luật đòi hỏi các bên phải có những biện pháp đảm bảo tính chứng cứ của các hợp đồng kèm theo quá trình giao kết và thực hiện hợp đồng, đòi hỏi về mặt kỹ thuật, phải có những công cụ hoặc phương tiện chứng minh cho tính chứng cứ của các hợp đồng điện tử là đáng tin cậy, nhưng ngược lại pháp luật cũng cần có thái độ rộng lượng hơn với tính chất này của các hợp đồng điện tử.

Đối với hầu hết các trường hợp, luật pháp các quốc gia đều cho phép hợp đồng có giá trị hiệu lực mà không phụ thuộc vào yếu tố hình thức như giao kết bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi. Khi cần thiết, các bên sẽ đưa ra các bằng chứng chứng minh cho sự tồn tại của nội dung. Tuy nhiên, không phải lúc nào cũng vậy. Một số quốc gia bao gồm một số nước châu Âu "hiện đại" cũng có thể không công nhận tính hợp lệ của các văn bản điện tử hoặc chữ ký điện tử, dù chúng được chứng thực và không có khả năng giả mạo.⁸³

⁸³ Ralph Amissah, *The Autonomous Contract: Reflecting the Borderless Electronic-Commercial Environment in Contracting*. (1997), bài viết đăng tại: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/amissah2.html#ecs4> truy cập ngày 10/3/2018.

Pháp luật về hợp đồng là một trong những đóng góp quan trọng nhất của La Mã đối với lịch sử pháp lý. Tuy nhiên, theo Watson⁸⁴, thật ngạc nhiên là lý thuyết hợp đồng cổ điển của người La Mã dường như không bao giờ quan tâm phát triển các hợp đồng văn bản, vốn sẽ thay thế vị trí của các hợp đồng “stipulatio”⁸⁵. Ý tưởng của stipulatio đã ăn sâu trong tâm trí pháp lý La Mã coi trọng hợp đồng miệng hơn so với hợp đồng văn bản dường như đã trở nên lỗi thời từ rất lâu, khi mà giờ đây, các hợp đồng văn bản dưới hình thức hợp đồng điện tử đã cho phép các bên đang ở cách nhau nửa vòng trái đất có thể đàm phán và giao kết ngay tức thì các hợp đồng với nhau. Điều này theo nghĩa nào đó là một lời nhắc nhở cho các hệ thống pháp luật kế thừa người La Mã, trong đó có Việt Nam, ưa chuộng các hợp đồng bằng văn bản giấy thì thực tế không kém gì việc không chấp nhận chữ ký điện tử và chữ ký bất kể khả năng chứng thực và xác minh phù hợp.

Thứ ba, hợp đồng điện tử mang tính phi biên giới.

Với sự phát triển của công nghệ, toàn cầu hóa trở thành không thể ngăn cản, chúng ta phải học cách sống chung với nó, nhận ra những lợi thế của nó và tìm cách tận dụng nó. Các hợp đồng điện tử ngày nay được ký kết thông qua các phương tiện điện tử và mạng toàn cầu, phổ biến nhất là internet, giúp cho các đối tác bao gồm cá nhân, doanh nghiệp, công ty, tổ chức, người tiêu dùng, v.v. trên khắp thế giới được kết nối với nhau, có thể tìm thấy nhau bất cứ khi nào, bất kỳ nơi đâu miễn ở đó có sự hiện diện của internet. Do vậy, các hợp đồng điện tử có thể được tự do giao kết ở không gian vô cùng rộng lớn, vượt khỏi giới hạn vật chất của biên giới các quốc gia, chúng trở nên phi biên giới. Tính chất này ảnh hưởng rất lớn đến việc quản lý các

⁸⁴ Watson, Alan. “The Evolution of Law: The Roman System of Contracts.” *Law and History Review*, vol. 2, no. 1, 1984, pp. 1–20. JSTOR, JSTOR, www.jstor.org/stable/743908, truy cập ngày 10/3/2018.

⁸⁵ Theo Luật La Mã, Stipulatio dùng để chỉ một dạng hợp đồng tiêu chuẩn, theo đó một bên bị ràng buộc hoàn toàn bằng cách sử dụng những từ đặc biệt được giao kèo trước. Một bên sẽ nói “spondesne (anh có đồng ý) sẽ chuyển nhượng các bản sao của Aristotle để lấy 20 đồng sesterces”, và người kia sẽ nói “spondeo” (tôi đồng ý). Xem thêm tại Từ điển pháp lý online: Collins Dictionary of Law © W.J. Stewart, 2006, web: <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/stipulatio> truy cập ngày 10/3/2018.

hợp đồng điện tử, đặt ra vấn đề khó khăn cho các cơ quan quản lý, các nhà làm luật và cơ quan giải quyết tranh chấp trong việc bảo vệ quyền lợi của các bên trong hợp đồng khi họ thậm chí chưa từng gặp mặt nhau, xác định luật điều chỉnh cho hợp đồng và giải quyết các vấn đề khác liên quan đến khía cạnh tư pháp quốc tế của hợp đồng điện tử.

Ở cấp độ quốc gia, các nhà làm luật của một nước xây dựng riêng cho quốc gia của họ các hệ thống riêng nhằm phục vụ cho các giá trị mà xã hội và nhà nước đó theo đuổi. Khi các hợp đồng được có hàm chứa yếu tố nước ngoài, đặt ra vấn đề lựa chọn luật áp dụng và cơ quan giải quyết tranh chấp thì hầu hết pháp luật các nước đều khẳng định rằng việc cho phép các bên tự lựa chọn "luật pháp" và phương tiện giải quyết tranh chấp sẽ là giải pháp tối ưu, tiện ích nhất. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, vì đặc tính các bên của hợp đồng cách xa nhau về mặt địa lý, khó khăn trong quá trình trao đổi thông tin hoặc ảnh hưởng bởi tính "theo mẫu" của một số loại hợp đồng điện tử, tính chất tự do lựa chọn này không được đảm bảo một cách rõ rệt. Dẫn đến kết quả sẽ lại đặt ra vấn đề lựa chọn luật áp dụng phù hợp cho các hợp đồng điện tử được giao kết bởi các chủ thể đến từ các quốc gia khác nhau.

Đối với hợp đồng điện tử phi biên giới và có hiệu quả trên toàn cầu thì việc chấp nhận giá trị trên toàn thế giới phải có hiệu lực trên toàn thế giới. Trong giai đoạn hiện nay, giải pháp được áp dụng phổ biến nhất chính là các quy phạm thực chất được xây dựng trong các văn bản luật thống nhất có giá trị toàn cầu. Vì lợi ích của các giải pháp toàn cầu chứ không phải của riêng quốc gia nào, điều đó có nghĩa là vì đặc tính "phi biên giới" của các hợp đồng điện tử, các quốc gia cần phải trao cho thương mại điện tử những sự hỗ trợ cần thiết bằng cách cho phép áp dụng luật mẫu hoặc ban hành các đạo luật phù hợp với nó, công tác này vẫn còn đang vấp phải những vấn đề trở ngại xuất phát từ những nguyên nhân cố hữu như chính trị hay quan điểm.

2.1.3 Phân loại các hợp đồng điện tử được giao kết trong môi trường mạng toàn cầu

Dựa trên khái niệm hợp đồng điện tử đã được giới thiệu tại phần trước, có thể thấy phạm vi của hợp đồng điện tử được thiết lập dưới dạng thông điệp dữ liệu rất rộng, bao gồm tất cả các thông điệp được mã hóa và được thể hiện dưới nhiều hình thức trao đổi dữ liệu khác nhau như chứng từ điện tử, điện tín, fax, email, v.v. Tuy nhiên, trong phạm vi của nghiên cứu này, luận án muốn tập trung nghiên cứu loại hợp đồng điện tử có liên quan đến hoạt động giao kết thông qua môi trường mạng toàn cầu (World Wide Web), do đó, căn cứ trên bốn (04) công cụ chính của mạng toàn cầu mà các chủ thể thường sử dụng để thiết lập hợp đồng, bao gồm thư điện tử (email), công cụ tán gẫu (chat), trang thông tin điện tử (website), và trao đổi dữ liệu điện tử (EDI)⁸⁶ để phân chia hợp đồng điện tử được giao kết trong hai phiên bản chính, bao gồm (a) Hợp đồng giao kết qua thư điện tử; và (b) Hợp đồng giao kết qua trang thông tin điện tử.⁸⁷

a. Hợp đồng giao kết qua thư điện tử

Giao kết hợp đồng thông qua thư điện tử là một trong những cách thức giao kết hợp đồng điện tử xuất hiện sớm nhất và được sử dụng nhiều nhất của thương mại điện tử từ những giai đoạn đầu tiên. Cách thức giao kết hợp đồng điện tử này được phổ biến nhờ các phát minh của Ray Tomlinson liên quan đến thư điện tử

⁸⁶ EDI có nghĩa là Electronic Data Interchange, là sự truyền thông tin từ máy tính gửi đến máy tính nhận bằng phương tiện điện tử, trong đó có sử dụng một số định dạng chuẩn nhất định nào đó. Theo Luật thương mại quốc tế của Ủy ban Liên hợp quốc, việc trao đổi dữ liệu điện tử được định nghĩa như sau: "Trao đổi dữ liệu điện tử (EDI) là việc chuyển giao thông tin từ máy tính điện tử này sang máy tính điện tử khác bằng phương tiện điện tử, có sử dụng một tiêu chuẩn đã được thỏa thuận để cấu trúc thông tin". EDI là hình thức thương mại điện tử đầu tiên được sử dụng trong doanh nghiệp, và đã tồn tại nhiều năm trước đây, trước khi chúng ta nói tới thuật ngữ thương mại điện tử. Cho đến nay EDI vẫn là các giao dịch quan trọng bậc nhất trong thương mại điện tử B2B. Xem thêm tại: Kantor; James H. Burrows (ngày 29 tháng 4 năm 1996). "Electronic Data Interchange (EDI)". National Institute of Standards and Technology. Truy cập ngày 13 tháng 5 năm 2008.

⁸⁷ Nguyễn Văn Thoan (2010), Sđd., tr.19-23.

(electronic mail hay e-mail) từ những năm 1970.⁸⁸ Từ khi ra đời, thư điện tử đã trở thành một công cụ hiệu quả và thiết yếu cho các công ty, doanh nghiệp trong hoạt động kinh doanh mua bán, giúp họ giảm bớt các chi phí thông thường liên quan đến thông tin liên lạc trong quá trình giao kết các hợp đồng với đối tác thương mại của mình. Các hợp đồng giao kết qua thư điện tử có cách thức giao kết gần giống các hợp đồng dưới hình thức văn bản giấy truyền thống khác. Thông thường, quá trình đàm phán, ký kết hợp đồng một cách gián tiếp sẽ được thiết lập qua các bước chuẩn mực như đề nghị giao kết hợp đồng với các điều kiện và điều khoản cụ thể, chấp nhận đề nghị, chính thức giao kết và hợp đồng bắt đầu phát sinh hiệu lực pháp luật. Nhưng thay vì các bên phải viết tay, đánh máy, in ấn thành văn bản, sau đó gửi và nhận những đề nghị giao kết hợp đồng này thông qua hệ thống thư tín của bưu điện, thì nhờ có thư điện tử, toàn bộ nội dung của lời đề nghị sẽ được hệ thống mạng chuyển đến bên được đề nghị qua thư điện tử.

Vấn đề pháp lý quan trọng nhất của loại hợp đồng điện tử giao kết qua thư điện tử chính là giá trị pháp lý và giá trị chứng cứ của chúng để chứng minh cho các giao dịch mà chúng đại diện. Mặc dù phần lớn pháp luật quốc tế và luật quốc gia đề công nhận giá trị pháp lý của loại hợp đồng điện tử này⁸⁹ và xem hình thức tồn tại của chúng tương đương với hình thức văn bản, tuy nhiên giá trị chứng cứ của các văn bản điện tử này vẫn còn là một vấn đề gây nhiều tranh cãi cho các bên của hợp đồng, các doanh nghiệp và của cả Tòa án, bởi lẽ nếu không có công cụ nào có thể xác nhận hoặc chứng thực các hợp đồng điện tử này thì không thể chứng minh được

⁸⁸ Có nhiều tranh cãi cho rằng người đầu tiên phát minh ra email không phải là Ray Tomlinson mà là một nhà khoa học máy tính đến từ Ấn Độ có tên là Shiva Ayyadurai vào năm 1978 khi ông mới 14 tuổi, tuy nhiên công lao của Tomlinson trong việc kiến tạo loại hình tin nhắn điện tử và đưa email vào cuộc sống và hoạt động thương mại toàn cầu là không thể phủ nhận. Tomlinson mất vào năm 2016 ở tuổi 74. Xem thêm tại: Amar Shekhar, Who Invented Email? Ray Tomlinson Or Shiva Ayyadurai? Here's The Truth, Fossbytes, 2016, web: <https://fossbytes.com/who-invented-email-ray-tomlinson-or-shiva-ayyadurai-know-the-truth/>, truy cập ngày 22/2/2018.

⁸⁹ Xem lại phần 1.1.1

một cách chắc chắn sự đồng ý của người gửi đi nội dung hoặc thông tin trong lời đề nghị hoặc hợp đồng đã được gửi đi.

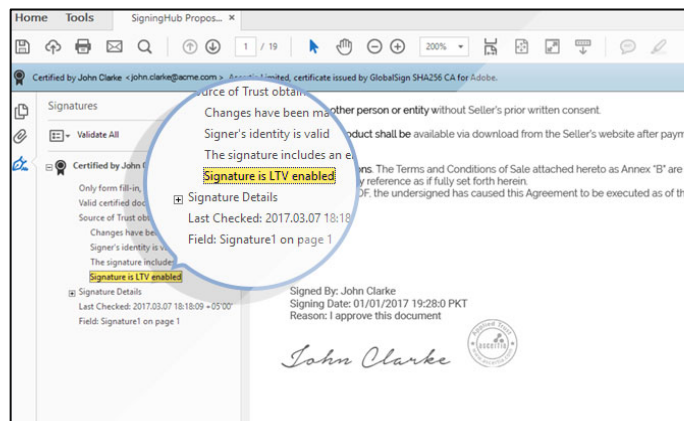
Nhìn chung, một hợp đồng điện tử qua email sẽ có giá trị chứng cứ cao nhất nếu nó có thể chứng minh rằng người gửi đi hợp đồng này cũng chính là cá nhân/người đại diện có thẩm quyền giao kết hợp đồng đó. Và nếu một văn bản thông thường sẽ cần các chữ ký sống, hoặc đôi khi là con dấu của các nhân/người đại diện có thẩm quyền để chứng minh đó chính là bản gốc có giá trị thì các hợp đồng qua thư điện tử sẽ phải cần đến “chữ ký điện tử”⁹⁰ hay “chữ ký số” để xác nhận giá trị chứng cứ cho chúng.⁹¹ Về lý thuyết, khi văn bản điện tử đã được ký bởi chữ ký điện tử thì không thể thay đổi, nếu thay đổi dù chỉ một ký tự trong văn bản, việc kiểm tra chữ ký sẽ không mang lại kết quả trùng khớp, và văn bản đó đương nhiên sẽ không được coi là bản gốc có hiệu lực. Như vậy, chữ ký chữ ký điện tử và chữ ký số là công cụ hữu hiệu để các bên xác định được tác giả tài liệu điện tử cũng như tính toàn vẹn của chúng. Tuy vậy, chữ ký điện tử cũng có những hạn chế nhất định. Với sự phát triển không ngừng nghỉ của công nghệ thông tin và mạng lưới các tin tặc ở số lượng khủng, tính bảo mật mà từ trước đến nay được khẳng định và ca ngợi của chữ ký điện tử sẽ không còn là điều chắc chắn, bởi chính sự hình thành từ các mật mã và ký tự của chữ ký. Nếu chữ ký viết tay được thực hiện trên giấy và gắn liền với các văn bản có nội dung gốc, không thể tháo rời, thì chữ ký điện tử là một bộ mật mã được cấp cho người sử dụng, là một phần mềm máy tính không gắn

⁹⁰ Luật mẫu UNCITRAL về Chữ ký Điện tử 2001 (“*UNCITRAL 2001*”), Điều 2 định nghĩa “Chữ ký điện tử” có nghĩa là dữ liệu dưới dạng điện tử ở trong, gắn liền với hoặc liên kết hợp lý với một thông điệp dữ liệu, có thể được sử dụng để xác định người ký kết liên quan đến thông điệp dữ liệu và cho biết sự chấp thuận của người ký nhận thông tin chứa trong thông điệp dữ liệu.

⁹¹ Chữ ký điện tử (E-signature) là thông tin đi kèm theo dữ liệu (văn bản, hình ảnh, video...) nhằm mục đích xác định người chủ của dữ liệu đó. Còn chữ ký số (Digital Signature) là một dạng chữ ký điện tử được tạo ra bằng sự biến đổi một thông điệp dữ liệu sử dụng hệ thống mật mã không đối xứng theo đó người có được thông điệp dữ liệu ban đầu và khoá công khai của người ký có thể xác định được chính xác (Nghị định 26/2007/NĐ-CP). Hay nói cách khác, chữ ký số có thể được xem như một dạng chữ ký điện tử cao cấp dựa trên các công nghệ mã hóa (RSA). Xem thêm: <http://dailychukyso.net/chu-ky-dien-tu-chu-ky-so-la-gi/> và <http://www.plf.vn/vi/bai-viet-phap-ly/Gia-tri-phap-ly-cua-chu-ky-so>, truy cập ngày 22/2/2018.

với vật mang tin, do đó nó có khả năng tách biệt khỏi chủ nhân của chữ ký, hay nói cách khác chủ nhân của chữ ký trong một số trường hợp có thể không phải là người duy nhất có được mật mã chữ ký đó.

Tuy nhiên trong giới hạn của đề tài này, chúng ta sẽ không đi sâu hơn giải quyết các vấn đề của chữ ký điện tử, mà chỉ dừng lại ở việc khẳng định giá trị pháp lý và giá trị chứng cứ của các hợp đồng điện tử giao kết bằng thư điện tử có gắn chữ ký điện tử mà thôi. Hiện nay, đa số pháp luật liên quan đến thương mại điện tử toàn cầu đều công nhận giá trị chứng thực hợp đồng của chữ ký số,⁹² hay nói cách khác, một hợp đồng giao kết qua thư điện tử được gửi đi từ các hộp thư có đăng ký chữ ký điện tử (chữ ký số) có giá trị chứng cứ và hiệu lực pháp lực ngang bằng như việc các bên trực tiếp ký vào các hợp đồng văn bản giấy bằng chính chữ ký sống của chính mình.



Hình 1.2 Chữ ký điện tử dưới dạng chữ ký⁹³

b. Hợp đồng giao kết qua trang thông tin điện tử

Trang thông tin điện tử (website) còn được gọi là trang mạng, là tập hợp các trang (web page) bao gồm văn bản, hình ảnh, video, flash, v.v. thường chỉ nằm

⁹² Luật mẫu UNCITRAL 2001 về chữ ký điện tử công nhận giá trị của chữ ký điện tử tương đương với chữ ký thông thường nếu đáp ứng được các điều kiện luật định được quy định tại Điều 6,7 và 8 của Luật mẫu. Luật Giao dịch điện tử 2005, Điều 24(1) cũng quy định tương tự như sau: “Trong trường hợp pháp luật quy định văn bản cần có chữ ký thì yêu cầu đó đối với một thông điệp dữ liệu được xem là đáp ứng nếu chữ ký điện tử được sử dụng để ký thông điệp dữ liệu đó.”

⁹³ Nguồn: <https://www.signinghub.com/>

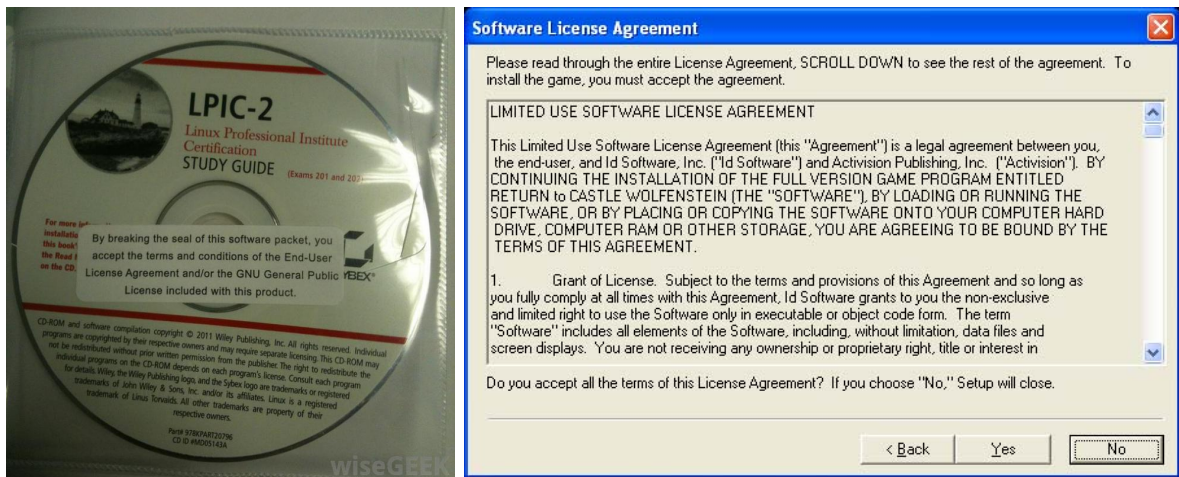
trong một tên miền (Domain name) hoặc tên miền phụ (Subdomain). Website được lưu trữ trên máy chủ web (server web) có thể được truy cập trên nền tảng internet nhờ dịch vụ mạng toàn cầu (World Wide Web). Các chủ thể tham gia mạng toàn cầu thường thiết lập riêng cho mình những website để làm môi trường truyền tải thông tin, giới thiệu bản thân và làm nền tảng tương tác với các chủ thể khác cùng hoạt động trên đó. Đặc biệt đối với các chủ thể thực hiện hoạt động các hoạt động thương mại điện tử, website trở thành một công cụ vô cùng đắc lực và hiệu quả trong việc quảng bá sản phẩm, dịch vụ, giúp họ giới thiệu sản phẩm của mình đến từng người tiêu dùng, ở khắp mọi nơi thế giới. Không những vậy, trên nền các trang web page, các công ty, doanh nghiệp còn có thể tích hợp kèm các phần mềm chương trình hỗ trợ việc giao kết hợp đồng trực tuyến, giúp cho các giao dịch được thực hiện nhanh chóng, gọn gàng và đồng bộ trên phạm vi toàn cầu, từ đó làm sản sinh ra hàng loạt các loại hợp đồng điện tử được tiến hành giao kết trên nền tảng website. Có thể chia các hợp đồng điện tử giao kết qua trang thông tin điện tử có thể được chia thành hai loại phổ biến, một là hợp đồng với nội dung tồn tại trên website và hai là hợp đồng giao kết qua giao dịch tự động.

b.1. Hợp đồng với nội dung tồn tại trên website

Trong một số lĩnh vực như đăng ký sử dụng dịch vụ internet, điện thoại, du lịch, học trực tuyến, dịch vụ, v.v. thì các hợp đồng truyền thống được sử dụng một cách thường xuyên cho nhiều đối tượng, chuẩn hóa về mặt nội dung, một bên sẽ soạn sẵn toàn bộ nội dung của hợp đồng và đưa lên website của mình hoặc gửi cho khách hàng, người sử dụng sản phẩm, dịch vụ có thể ký kết hợp đồng đó thông qua các công cụ điện tử. Hợp đồng được đưa lên với đầy đủ các điều khoản và điều kiện để các chủ thể tham gia ký kết hợp đồng có thể cân nhắc và quyết định có giao kết hợp đồng hay không (Rolling contract). Có thể chia các hợp đồng điện tử này thành ba loại phổ biến: hợp đồng gói kèm (Shrink-wrap contract), hợp đồng nhấp chuột (Click-wrap contract) và hợp đồng trình duyệt (Browse-wrap contract).

b.1.1 Hộp đồng gói kèm

Hộp đồng gói kèm (Shrink-wrap contract) là loại hợp đồng mà các điều khoản và nội dung của các hợp đồng được gửi đi trong một chiếc hộp (nếu trên môi trường điện tử thì là một hộp thông tin) kèm theo với máy tính hoặc chương trình máy tính, phần mềm, hoặc các loại đối tượng khác được mua bán hoặc cấp quyền sử dụng, và người mua hoặc người dùng được cho là đã đồng ý với các điều khoản của hợp đồng nếu họ không phản đối hoặc trả lại các đối tượng hợp đồng trong khoản thời gian hợp lý.⁹⁴ Đối với loại hợp đồng gói kèm này, người mua hoặc người dùng không có quyền được trao đổi qua lại, thay thế hoặc sửa đổi bất kỳ các thông tin được thể hiện trong hợp đồng, mà chỉ có thể quyết định chấp nhận hay không chấp nhận sử dụng đối tượng mua bán đó, và họ chỉ có thể sử dụng đối tượng khi đã chấp nhận toàn bộ các điều khoản được liệt kê trong hộp thông tin đính kèm bằng cách tuyên bố “chấp nhận” toàn bộ hợp đồng liên quan đến sản phẩm mà mình muốn mua. Các hợp đồng gói kèm thường phổ biến ở các giao dịch mua bảo hiểm, sử dụng dịch vụ mạng, cấp quyền sử dụng phần mềm hoặc cài đặt ứng dụng cho các thiết bị điện tử.



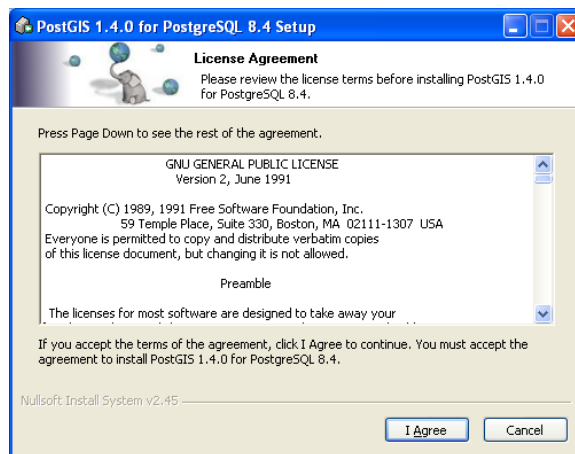
Hình 2.2. Hợp đồng gói kèm⁹⁵

⁹⁴ Winn, J. K., & Bix, B. H. (2006), Sdd., tr.177.

⁹⁵ Nguồn: <http://www.wisegeek.com/what-is-software-licensing.htm#comments>

b.1.2 Hợp đồng nhấp chuột

Hợp đồng nhấp chuột (Click-wrap contract) là loại hợp đồng rất phổ biến đối với các giao dịch mua hàng trực tuyến hoặc tải xuống (có trả phí hoặc không trả phí) các chương trình phần mềm trực tuyến. Các giao dịch này chỉ được tiến hành khi người mua nhấp chuột vào nút “Tôi đồng ý” (hoặc các lời lẽ tương tự thể hiện sự đồng ý) sau khi màn hình hiện lên các tuyên bố về điều khoản và điều kiện, cũng chính là nội dung hợp đồng của giao dịch đó.⁹⁶ Tương tự như hợp đồng gói kèm, người mua hay người dùng cũng chỉ có hai lựa chọn, một là nhấp vào nút “Tôi đồng ý” (I agree) để tiếp tục giao dịch, hoặc nhấp vào “Hủy bỏ” (Cancel) để thoát khỏi giao dịch đó và sẽ không được tiếp cận bất kỳ nội dung nào của sản phẩm hoặc đối tượng giao dịch. Cách thức giao kết này làm chúng ta dễ dàng hình dung đến quá trình giao kết hợp đồng bằng lời đề nghị giao kết như các hợp đồng thông thường khác, chính là các điều khoản và điều kiện được tuyên bố, hiển thị trên màn hình. Nếu người dùng nhấp vào đồng ý, chính là gửi lời chấp nhận toàn bộ nội dung của lời đề nghị giao kết và hợp đồng coi như được ký kết, còn người lại nhấp vào hủy bỏ, người dùng đã trả lời không chấp nhận đối với lời đề nghị đó.



Hình 3.2 Hợp đồng nhấp chuột⁹⁷

⁹⁶ Winn, J. K., & Bix, B. H. (2006), Sdd., tr.177.

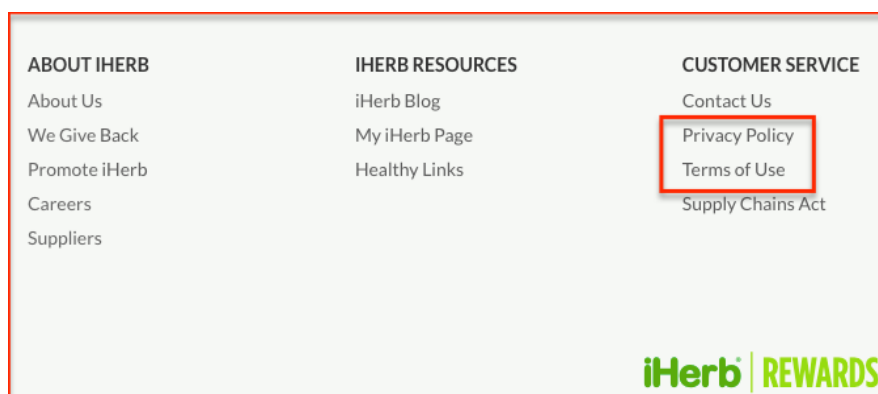
⁹⁷ Nguồn: <https://blog.ipleaders.in/e-contracts-shrink-wrap-click-wrap-browse-wrap-agreements/>

b.1.3 Hợp đồng trình duyệt

Hợp đồng trình duyệt (*Browse-wrap contract*) là một trong những điều khoản của hợp đồng được đặt trên một trang web, thường được kết nối với trang web chính của sản phẩm bằng một liên kết đến một trang web khác có chứa điều khoản và điều kiện của hợp đồng. Thông thường người dùng không cần thiết phải có bất kỳ một sự thể hiện nào khẳng định về sự đồng ý với những điều khoản này (như chấp nhận hay nhấp chuột vào ô đồng ý) để đồng ý với các điều khoản được đặt trên trang web được liên kết. Khi sử dụng các dịch vụ trên trang trình duyệt đó, như tiếp tục truy cập trang hoặc tải về phần mềm, người dùng sẽ được khuyến cáo xem trước nội dung của hợp đồng, tuy nhiên không phải là điều bắt buộc. Các hợp đồng duyệt web này mang nhiều đặc tính của các “Điều kiện giao dịch chung” hoặc “Điều khoản mẫu” được nhắc đến trong luật quốc gia và thông lệ quốc tế liên quan đến giao kết hợp đồng theo mẫu⁹⁸ hoặc các hợp đồng gia nhập.⁹⁹ Theo đó, các điều khoản và điều kiện trong hợp đồng trình duyệt chỉ do một bên đơn phương soạn thảo hoặc công bố, được sử dụng trên thực tế với đối tác mà không cần có sự thoả thuận, mặc cả về nội dung của điều khoản mẫu đó.

⁹⁸ Khái niệm “Điều khoản giao dịch chung” được nhắc đến tại Bộ Luật Dân sự của Nước CHXHCN Việt Nam năm 2015, Điều 406, và được dịch là “Điều khoản mẫu” theo nghiên cứu của Đỗ Giang Nam. Đọc thêm tại Đỗ Giang Nam, Bình luận về các quy định liên quan đến hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi), Tạp chí NCLP, số tháng 03/2015.

⁹⁹ Theo tác giả, “hợp đồng gia nhập” có thể được xem là tên gọi khác của các hợp đồng theo mẫu vì khái niệm hợp đồng gia nhập (*adhesion contract*) được định nghĩa trong Từ điển Luật học Black’s Law Dictionary có nội hàm tương tự như khái niệm hợp đồng theo mẫu được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự 2015. Nguyên văn như sau: “An adhesion contract is “[a] standard-form contract prepared by one party, to be signed by another party in a weaker position, usu. a consumer, who adheres to the contract with little choice about the terms.” Xem thêm tại BLACK’S LAW DICTIONARY 366 (9th ed. 2009).



Hình 4.2 Đường dẫn đến hợp đồng trình duyệt trên trang web¹⁰⁰

Với sự lan tỏa và phát triển không ngừng của công nghệ thông tin và mạng điện tử, các hợp đồng điện tử giao kết qua trang mạng được đánh giá là sẽ ngày đa dạng và phức tạp hơn cả về thể loại lẫn hình thức thể hiện, thực hiện, giao kết, đòi hỏi các lý thuyết hợp đồng cổ điển phải có sự nhìn nhận và thay đổi thích hợp để có thể thích ứng với sự tồn tại của chúng trong thực tế khách quan.

b.2. Hợp đồng giao kết qua giao dịch tự động

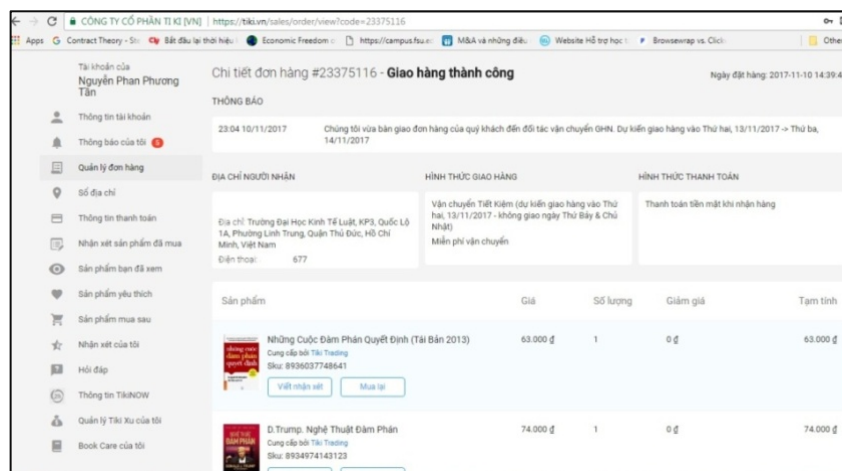
Cuối cùng là một loại hợp đồng điện tử đang được sử dụng vô cùng rộng rãi và phổ biến, đặc biệt gắn bó chặt chẽ với các quan hệ giao dịch mua bán hàng hóa của mô hình thương mại điện tử B2C, đó là các hợp đồng giao kết qua giao dịch tự động (automated transaction).

Khái niệm “giao dịch tự động” (Automated Transaction) được UETA 1999 có đề cập là các giao dịch được tiến hành hoặc thực hiện toàn bộ hoặc một phần, bằng phương tiện điện tử hoặc dữ liệu điện tử, trong đó các hành vi hoặc ghi chép của một hoặc cả hai bên không được xem xét bởi một cá nhân theo cách thức thông thường của xác lập hợp đồng, thực hiện theo một hợp đồng đang tồn tại, hoặc thực hiện một hợp đồng nghĩa vụ theo yêu cầu của giao dịch.¹⁰¹ Các giao dịch tự động được giao kết và thực hiện thông qua sự can thiệp của các hệ thống máy móc chứ không cần đến sự hiện diện của con người để thực hiện các nghĩa vụ của hợp đồng.

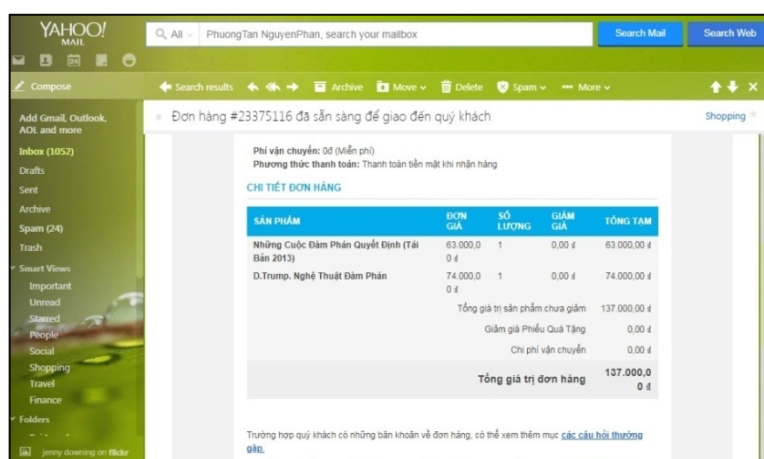
¹⁰⁰ Nguồn: <https://termly.io/blog/browsewrap-vs-clickwrap/>

¹⁰¹ UETA 1999, Phần 2(2).

Ví dụ như khi một người đặt mua sách từ trang Tiki.vn, giao dịch này sẽ được xem là một giao dịch tự động vì đề nghị giao kết trong trường hợp này được ghi nhận và gửi xác nhận thông qua hệ thống máy chủ của Tiki. Khi khách hàng truy cập vào trang mua hàng của Tiki.vn, họ có thể tiến hành lựa chọn mặt hàng mà mình muốn mua, sau khi tìm được loại sản phẩm ưng ý, khách hàng sẽ nhấn vào nút “cho vào giỏ hàng”, hệ thống sẽ tự động hiển thị các bước mua hàng tiếp theo như hiện đơn hàng, tính giá tổng cộng, chọn phương thức thanh toán, phương thức giao hàng, xác nhận đơn hàng, v.v. Tất cả các bước này được hệ thống máy tính điều khiển tự động để người tiêu dùng có thể thực hiện giao kết hợp đồng bất kỳ thời điểm nào tại bất kỳ địa điểm nào họ muốn. Việc xác nhận đơn hàng, hay nói cách khác là xác nhận chấp nhận lời đề nghị giao kết hợp đồng được gửi qua các phương tiện điện tử như điện thoại (kiểu cũ, nay ít áp dụng), fax, và phổ biến nhất hiện nay là email.



Hình 5.2 Đơn hàng hiển thị trên tài khoản mua hàng của giao dịch tự động



Hình 6.2 Xác nhận đơn hàng gửi từ hệ thống tự động đến email người mua hàng

Đa số các hệ thống phân phối hàng hóa bán lẻ đều đang áp dụng các hợp đồng điện tử qua giao dịch tự động để vận hành hoạt động kinh doanh của mình. Những nhà tiên phong nổi tiếng trên toàn cầu như Amazon (Hoa Kỳ), Alibaba (Trung Quốc), Ebay (Hoa Kỳ), Walmart (Hoa Kỳ), Flipkart (Ấn Độ), v.v.¹⁰² Tại Việt Nam cũng đã du nhập loại hình thương mại điện tử vô cùng tiện lợi và tiềm năng này từ những năm 2010 với các đại diện nổi bật như Tiki, Lazada, Nhommua, Vatgia, Chodientu, Sendo, v.v.¹⁰³ và cho đến nay, hầu như tất cả các hệ thống bán lẻ trên toàn quốc đều bắt đầu triển khai mở rộng loại hình mua bán trực tiếp thông qua hệ thống giao dịch này trên các website riêng của mình.

Đối với các hợp đồng điện tử được thực hiện qua giao dịch tự động, bằng chứng chứng minh cho các giao dịch này, hay nói cách khác “hợp đồng” ở đây, chính là các đơn hàng và xác nhận đơn hàng được gửi lưu trữ trong hệ thống máy tính của bên bán và gửi đến email của người mua. Quá trình giao kết được thực hiện tương tự như cách thức giao kết truyền thống thông qua đề nghị giao kết hợp đồng

¹⁰² Xem thêm tại trang thông tin của Vietnammoving: <https://www.vinamoving.com/vn/tin-tuc/515/top-10-website-mua-ban-truc-tuyen-hang-dau-the-gioi.html> truy cập ngày 24/2/2018.

¹⁰³ Xem thêm tại trang thông tin của Sem Vietnam: <https://www.semvietnam.com/quang-cao-truc-tuyen/10-website-mua-ban-truc-tuyen-hang-dau-tai-viet-nam/> truy cập ngày 24/2/2018.

(ở đây bên đề nghị là người mua) và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng (ở đây bên được đề nghị là người bán thông qua xác nhận đơn hàng). Toàn bộ các quyền và nghĩa vụ khác của bên mua và bên bán được thể hiện ở các “Điều kiện giao dịch chung”¹⁰⁴ được đăng tại ở các trang đính kèm trên website như “chính sách đổi trả”, “chính sách bảo hành”, “phương thức đặt hàng”, “phương thức thanh toán” tương tự như hình thức của các hợp đồng điện tử dưới dạng hợp đồng trình duyệt. Sau khi nhận được “xác nhận” đơn hàng từ người bán mà người mua không có bất kỳ phản đối nào trong khoản thời gian thích hợp thì sẽ xem như là người mua đã đồng ý và chấp nhận các điều khoản và điều kiện của hợp đồng trình duyệt của người bán. Như vậy có thể thấy, cũng dựa trên lý thuyết của hợp đồng theo mẫu, các giao dịch mua hàng tự động sẽ cùng lúc ràng buộc người mua bằng hai hợp đồng, một là hợp đồng điện tử trình duyệt (browse-wrap) áp dụng chung cho tất cả các người mua và hợp đồng điện tử tự động khi người mua tiến hành đặt hàng với mỗi đơn hàng riêng biệt.

Như vậy, ở phần trên đã trình bày một số các đặc điểm cơ bản cũng như giới thiệu các hợp đồng điện tử phổ biến để làm nền tảng cho phần phân tích chi tiết ở phần tiếp theo, về hợp đồng điện tử có tên gọi hợp đồng cấp quyền người dùng cuối (End User Licence Agreement).

2.2 Giới thiệu về hợp đồng cấp quyền người dùng cuối

2.2.1 Lịch sử hình thành và phát triển

Hợp đồng cấp quyền người dùng cuối (End User License Agreement – EULA),¹⁰⁵ là loại thỏa thuận mà hầu như bất kỳ ai trong thế giới hiện đại ngày nay

¹⁰⁴ Xem footnote số 33.

¹⁰⁵ Có nhiều bản dịch khác nhau mà các công ty phát triển phần mềm và các nhà nghiên cứu sử dụng để gọi tên các End User License Agreement như thỏa thuận cấp phép người dùng cuối, thỏa thuận giấy phép người dùng cuối, điều khoản cấp phép người dùng cuối, v.v.. Trong nghiên cứu này, tác giả lựa chọn sử dụng “hợp đồng cấp phép người dùng cuối” để gọi tên cho các EULA nhằm mục đích nhấn mạnh đến giá trị pháp lý của các thỏa thuận này tương đương như các hợp đồng (được soạn thảo sẵn) có tính ràng buộc trách nhiệm và nghĩa vụ của người tiêu dùng và bên cấp quyền sử dụng các phần mềm.

đều đã từng nhìn thấy, tiếp xúc hoặc thậm chí giao kết ít nhất một lần trong đời, nhưng lại không có nhiều người nhận ra và hiểu rõ về chúng. EULA là một thành phần quen thuộc trong hầu hết các giao dịch liên quan đến phần mềm máy tính cá nhân. Mặc dù còn nhiều chỉ trích đối với việc sử dụng EULA,¹⁰⁶ nhưng loại hợp đồng này vẫn tiếp tục được sử dụng rộng rãi và ngày càng phổ biến nhiều hơn bởi các nhà sản xuất phần mềm trên toàn cầu.

EULA xuất hiện lần đầu từ những năm 90 của thế kỷ trước, cùng với sự phổ biến của các máy tính cá nhân, việc kinh doanh các phần mềm máy tính trở nên thương mại hóa rộng rãi, không chỉ gói gọn cho mục đích an ninh quốc phòng, quản lý nhà nước mà giờ đây phục vụ cho các mục đích kinh doanh và sử dụng trong gia đình.¹⁰⁷ Hầu hết hoạt động phát triển phần mềm ban đầu tập trung vào việc tạo ra phần mềm tùy chỉnh cho máy tính cá nhân và máy tính xách tay. Hợp đồng giao kết riêng cho các chương trình phần mềm tùy chỉnh loại này giữa hai bên khách hàng và nhà cung cấp là rất ít diễn ra. Mô hình này đã thay đổi khi máy tính cá nhân và phần mềm đi kèm của họ trở thành sản phẩm đại chúng. Để phù hợp với thị trường đại chúng, các thỏa thuận cấp phép phần mềm không thể giao kết một cách riêng lẻ được, mà phải được chuẩn hóa và ngắn gọn. Thỏa thuận cấp phép phần mềm cần được trình bày cho khách hàng theo kiểu cho phép phân phối hàng loạt, mà vẫn thu hút sự chú ý của khách hàng về các điều kiện mà nhà xuất bản đề nghị cho phép sử dụng phần mềm.

¹⁰⁶ Dựa trên các án lệ điển hình được nêu tại nghiên cứu của Robert W. Gomulkewicz và Mary L. Williamson (1996). Xem thêm tại Robert. W. Gomulkewicz; Mary L. Williamson, A Brief Defense of Mass Market Software License Agreement, 22 Rutgers Computer & Tech. L.J.335 (1996).

¹⁰⁷ EULA được nhắc đến trong bài viết của Robert W. Gomulkewicz và Mary L. Williamson (1996) như một loại thỏa thuận cấp phép đặc biệt và mới mẻ, hữu ích cho thị trường phần mềm toàn cầu đang có xu hướng nở rộ tại thời điểm hiện tại. Xem thêm tại: Robert W. Gomulkewicz; Mary L. Williamson, A Brief Defense of Mass Market Software License Agreements, 22 Rutgers Computer & Tech. L.J. 335 (1996).

Về mô tả, các EULA ban đầu được sử dụng là loại "shrinkwrap" hoặc "bóc tem" (break the seal).¹⁰⁸ EULAs ở dạng này được in trên bao bì sản phẩm, hộp đựng đĩa hoặc đĩa CD-ROM (như phong bì hoặc vỏ nhựa), thẻ bên trong bao bì hoặc trang hướng dẫn sử dụng. Người dùng được yêu cầu "chấp nhận" các điều khoản của thỏa thuận bằng cách thực hiện một hành động nhất định được chỉ định trên bao bì hoặc trong EULA, chẳng hạn như xé mở vỏ bọc nhựa bao phủ hộp, bóc con dấu trên hộp đựng đĩa, tự gửi địa chỉ email, gửi thẻ đóng dấu lại cho nhà sản xuất, hoặc cài đặt hoặc sử dụng phần mềm. Người dùng có thể từ chối tham gia vào thỏa thuận bằng cách trả lại sản phẩm phần mềm để được hoàn lại tiền.

Khi các nhà xuất bản hệ điều hành phần mềm bắt đầu phân phối phần mềm của họ bằng cách tải trước phần mềm trên đĩa cứng máy tính, họ phải tìm các cách khác để cho phép người dùng "chấp nhận" giấy phép. Một số nhà xuất bản phần mềm đặt một thông báo gần công tắc "bật/tắt" của máy tính, cho biết rằng người dùng chấp nhận các điều khoản của giấy phép - thường được in trên nhãn dán bên cạnh công tắc, trên thẻ đi kèm hoặc trong hướng dẫn sử dụng - bằng cách lật việc chuyển sang vị trí "bật". Các nhà xuất bản khác đính kèm một thông báo vào dây nguồn của hệ thống máy tính nói rằng người dùng cuối chấp nhận các điều khoản cấp phép đi kèm bằng cách cắm dây nguồn và khởi động máy tính.

Sau này, các nhà sản xuất phần mềm bắt đầu thử nghiệm trình bày EULA thông qua các phương tiện khác ngoài giấy để làm cho thỏa thuận cấp phép dễ thấy hơn đối với người dùng phần mềm. Một phương pháp phổ biến hiển thị EULA trên màn hình máy tính khi người dùng vận hành phần mềm lần đầu tiên. Sau đó, người dùng có thể chấp nhận các điều khoản của EULA bằng cách nhấn một phím nhất định, nhấp vào biểu tượng nút "có" hoặc thực hiện một số hành động được chỉ định khác.

Trình bày EULA qua màn hình máy tính đặc biệt quan trọng hiện nay khi có nhiều phần mềm được phân phối điện tử. Ví dụ: các chương trình có thể được phân

¹⁰⁸ Robert W. Gomulkiewicz; Mary L. Williamson, A Brief Defense of Mass Market Software License Agreements, 22 Rutgers Computer & Tech. L.J. 335 (1996).

phối cho máy tính để bàn của người dùng từ máy chủ qua mạng cục bộ và có thể được tải xuống từ bảng tin máy tính và các trang web World Wide Web. Đối với hình thức phân phối này, EULA thường xuất hiện trên màn hình của người dùng tiềm năng trước khi phần mềm được tải xuống cho người dùng. Nếu người dùng chấp nhận EULA trên màn hình (thường bằng cách nhập "có" hoặc "Tôi chấp nhận", nhấp vào biểu tượng có từ tương tự hoặc chỉ cần nhấn phím "Enter"), người dùng có thể cài đặt phần mềm.

Ngày nay, việc sử dụng các chương trình phần mềm không còn giới hạn trong phạm vi các máy tính cá nhân mà đang dần chuyển dịch sang các thiết bị di động hiện đại, mà người dùng có thể cài đặt và sử dụng ở bất kỳ nơi nào với sự hỗ trợ của mạng di động 3G, 4G. Vì vậy, các EULA mặc dù đa số vẫn tồn tại dưới hình thức “click-wrap” nhưng sẽ nhanh chóng và đơn giản hơn, người dùng chỉ cần chạm vào các nút trên giao diện màn hình điện thoại là có thể giao kết các EULA này.

Tóm lại, có thể được xem là chấp thuận các điều khoản của EULA qua nhiều cách tùy thuộc vào cách thức phát hành của nhà cung cấp phần mềm như:

- Nhấn vào nút “Tôi chấp thuận” (“I accept”) khi cài đặt chương trình.
- Mở gói bao bì phần mềm.
- Mở niêm phong trên đĩa CD phần mềm.
- Gửi mail thẻ đăng ký cho nhà phát hành phần mềm.
- Cài đặt ứng dụng (Terms of service).
- Sử dụng ứng dụng (Terms of service).

2.2.2 Khái niệm

Hợp đồng cấp quyền người dùng cuối là loại thỏa thuận vô cùng phổ biến hiện nay. Ai cũng có thể tiếp cận và thực hiện chúng. Tuy nhiên, dưới góc độ pháp lý, để đi tìm một khái niệm thống nhất cho EULA cũng không hẳn dễ dàng, bởi nó chịu ảnh hưởng bởi các quan điểm khác nhau của các nhà làm luật lẫn những người đang nghiên cứu về nó.

Một số từ điển luật học đưa ra định nghĩa về hợp đồng cấp quyền người dùng cuối có nghĩa là “*Các hợp đồng liên quan đến các phần mềm dành cho người sử*

dùng một sản phẩm, thường là người mua phần mềm. Người dùng sản phẩm phải đồng ý với tất cả các điều khoản và điều kiện được nêu trong EULA thì mới được sử dụng sản phẩm”,¹⁰⁹ hoặc “Thỏa thuận pháp lý giữa bên sản xuất và người mua phần mềm, quy định các điều khoản của việc sử dụng phần mềm đó.”¹¹⁰ Theo đó, EULA được xem là một “**hợp đồng**” cấp quyền sử dụng cho các giao dịch giữa người dùng cuối từ nhà phát triển hoặc tác giả (chủ sở hữu) của chương trình khi họ mua và cài đặt các chương trình phần mềm vào máy tính của họ.

Trong khi đó, khái niệm của Black’s Law Dictionary có nhấn mạnh đến đặc điểm cơ bản của một EULA là việc người dùng bắt buộc phải đồng ý hoặc chấp nhận toàn bộ các điều khoản và điều kiện mà bên cấp quyền quy định trong hợp đồng thì mới được sử dụng sản phẩm. Đặc điểm này khiến cho EULA mang tính chất của một hoạt động cấp quyền (licensing), hoặc xem như một “**giấy phép**”¹¹¹ để

¹⁰⁹ Nguyên văn theo định nghĩa của Từ điển luật học online TheLaw.Com Dictionary & Black’s Law Dictionary 2nd. Edition. “End user license agreement; a software agreement for the user of a product, usually the person who has purchased the software. The user of the product must agree to all the terms and conditions in the EULA in order to use the product.” Nguồn: <https://dictionary.thelaw.com/end-user-license-agreement-eula/> truy cập ngày 16/5/2018.

¹¹⁰ Nguyên văn “legal agreement between the manufacturer and purchaser of software that stipulates the terms of usage”.

Xem thêm tại EULA, PCMAG.COM, <http://www.pcmag.com/encyclopedia/term/42799/eula> truy cập ngày 18/5/2018.

¹¹¹ Thuật ngữ “giấy phép” ở đây nhằm ám chỉ đến các giấy phép như Giấy phép Mã nguồn Mở (Open Source Licenses hay General Public Licenses (GPL)). Giấy phép Mã nguồn Mở là các giấy phép bản quyền dành cho các phần mềm máy tính trong đó đặt ra các quy định buộc người sử dụng phần mềm đó phải tuân theo. Giấy phép mã nguồn mở được sử dụng cho các phần mềm nguồn mở. Giấy phép mã nguồn mở vẫn duy trì xác nhận về bản quyền của tác giả gốc đối với phần mềm, tuy nhiên được đưa thêm các điều khoản để các hành vi phân phối, sửa đổi, sao chép... các phần mềm này trở thành hợp pháp. Vì vậy giấy phép này và các điều quy định trong nó có giá trị về mặt pháp lý. Xem thêm Thom Holwerda, The Difference Between EULAs and Open Source Licenses, OSNew, 25/9/2009.

Nguồn:

http://www.osnews.com/story/22233/The_Difference_Between_EULAs_and_Open_Source_Licenses truy cập ngày 22/5/2018.

người dùng có thể tiếp cận xa hơn với nội dung của sản phẩm.¹¹² Cũng có quan điểm cho rằng quan hệ EULA giống một quan hệ “*thuê quyền sử dụng*” ứng dụng hoặc phần mềm giữa bên sản xuất hoặc tác giả của chương trình và người dùng trong một giới hạn về nội dung hoặc về thời hạn mà bên chủ sở hữu quy định trong hợp đồng.¹¹³

Các EULA được nhắc đến trong luật bản quyền hay luật sở hữu trí tuệ của các nước dưới tên gọi là “thỏa thuận cấp phép” (licensing agreement) như luật của Hoa Kỳ hay “giấy phép phần mềm” (software license) như trong luật của EU. Ít có quốc gia nào đưa ra một định nghĩa cụ thể của EULA trong quy định pháp luật. Hiếm hoi có Luật Bản quyền của Úc (Copyright Act 1968) định nghĩa rằng: “*Thỏa thuận cấp phép người dùng cuối (EULA) là hợp đồng giữa hai hoặc nhiều bên dựa trên quyền sở hữu của người cấp phép để cấp quyền cho người được cấp phép sử dụng hoặc truy cập sản phẩm hoặc dịch vụ. Quyền sở hữu có thể dựa trên nhiều quyền sở hữu trí tuệ, bao gồm bản quyền, nhãn hiệu thương mại, bằng sáng chế, thiết kế và bí mật thương mại.*”¹¹⁴

EULA không được nhắc đến nhiều trong các luật liên quan đến thương mại hay hợp đồng, trừ các quy định về công nhận hình thức và không bị phủ nhận giá trị hiệu lực như các hình thức thông điệp dữ liệu khác như đã được giới thiệu ở chương trước.¹¹⁵ Do đó, về mặt hình thức, các EULA có thể được coi là đã có cơ sở pháp lý đầy đủ. Tuy nhiên, về nội dung và các điều kiện ràng buộc để đảm bảo giá trị hiệu lực khác thì hầu như pháp luật hợp đồng của các nước không nhắc nhiều đến EULA, trừ một số quốc gia có quy định ràng buộc đối với các điều khoản trong

¹¹² Theo định nghĩa của Tecttarget, nguồn: <https://searchcio.techtarget.com/definition/End-User-License-Agreement> truy cập ngày 22/5/2018.

¹¹³ Theo định nghĩa của Lawtrades, nguồn: <https://www.lawtrades.com/legal-services/website-agreements/eula-licensing-lawyers/> truy cập ngày 22/5/2018.

¹¹⁴ Xem thêm tại: <https://www.dundaslawyers.com.au/what-is-an-end-user-licence-agreement/>

¹¹⁵ Xem phần 1.1.1

EULA phải tuân thủ quy định một số các luật khác như luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, hay pháp luật bảo vệ thông tin người dùng.¹¹⁶

Tuy nhiên, EULA vẫn còn đang được nhìn nhận dưới hai quan điểm chính, một là xem EULA như một loại hợp đồng giữa nhà cung cấp/sở hữu phần mềm và người dùng cuối, quan điểm thứ hai chỉ xem EULA như một dạng giấy phép, ở đó chủ sở hữu phần mềm chia sẻ quyền được sử dụng phần mềm cho người dùng. Hai cách tiếp cận này ảnh hưởng lớn đến cách các Tòa án giải quyết các vụ kiện liên quan giữa người dùng cuối và nhà sản xuất phần mềm máy tính.

Qua các định nghĩa được giới thiệu, tác giả cho rằng EULA có các đặc tính cơ bản là tồn tại dưới hình thức các thỏa thuận giữa một bên là chủ sở hữu sản phẩm phần mềm (hoặc các sản phẩm tương tự) với một bên là người dùng cuối khi người dùng mua sản phẩm; về các quyền và nghĩa vụ mà việc chủ sở hữu sản phẩm giao kết người dùng trong những giới hạn quyền được quy định, trước khi tiếp cận hoặc sử dụng một phần hoặc toàn bộ phần mềm đó; và người dùng hoàn toàn không có cơ hội được thương lượng các điều khoản của hợp đồng trước khi hợp đồng được giao kết.

2.2.3 Vai trò của hợp đồng cấp quyền người dùng cuối

a. Bảo vệ thị trường phần mềm toàn cầu

Một vai trò quan trọng của EULA chính là thúc đẩy các giao dịch phần mềm hiệu quả trên phạm vi toàn cầu. Cũng như các hợp đồng điện tử khác, EULA có tính phi biên giới. Nhiều nhà xuất bản phần mềm máy tính cá nhân phân phối các tác phẩm của họ trên quy mô thị trường toàn cầu. Để phân phối rộng rãi, các hợp đồng được đàm phán riêng lẻ là không khả thi và EULA là một công cụ hiệu quả để đặt các điều khoản cho các giao dịch thị trường đại chúng.

Các nhà xuất bản phần mềm được hưởng lợi từ quy mô kinh tế đáng kể trong việc phát triển phần mềm có thể được phân phối trên cơ sở thị trường đại chúng. Ví dụ: nếu một chương trình phần mềm mới tốn 100.000.000 đô la để phát triển và

¹¹⁶ Ví dụ Luật Người tiêu dùng của Úc hay Luật bảo mật thông tin người dùng GDPR của Châu Âu.

xuất bản và 1.000.000 người dùng cuối có được một bản sao, nhà xuất bản chỉ cần nhận 100 đô la cho mỗi bản sao để phục hồi chi phí phát triển và xuất bản. Phân phối hàng loạt cho phép người dùng có được giấy phép cho phần mềm tinh vi và đắt tiền với giá tương đối thấp. Tuy nhiên, nhà xuất bản phần mềm chỉ có thể cung cấp sản phẩm với giá thấp như vậy nếu mỗi giao dịch có chi phí giao dịch rất thấp. Để thỏa mãn được mục tiêu này, tất cả các EULA đều được thiết lập dưới dạng các điều khoản thống nhất, tạo điều kiện cho việc phân phối và cấp quyền ở khối lượng lớn mà không phải trả chi phí đàm phán riêng cho từng lần cấp phép.

Chế định Hợp đồng tiêu chuẩn hiện đại (Restatement (second) of contracts § 211) của Hoa Kỳ khẳng định rằng "tiêu chuẩn hóa các thỏa thuận phục vụ nhiều chức năng giống như tiêu chuẩn hóa hàng hóa và dịch vụ, cả hai đều cần thiết cho một hệ thống sản xuất và phân phối hàng loạt. Sự khan hiếm và tốn kém về thời gian và kỹ năng có thể được dành để phân loại các giao dịch hơn là quan tâm đến những chi tiết các giao dịch cá nhân."¹¹⁷ Vì vậy, các nhà cung cấp phần mềm tận dụng triệt để lợi ích của các điều khoản tiêu chuẩn trong từng EULA để áp dụng chung cho tất cả các khách hàng của mình trên toàn cầu, giảm chi phí giao dịch ở mức thấp nhất. Tính chất này giúp hoạt động phân phối phần mềm máy tính ở quy mô lớn với số lượng không giới hạn mà vẫn đảm bảo về cơ sở pháp lý, làm nền tảng bảo vệ quyền lợi của các bên liên quan bất kể nhà cung cấp hay người dùng cuối đang ở đâu. Nhờ vậy, với tác dụng làm giảm chi phí giao dịch, có thể nói EULA đã thúc đẩy và bảo đảm cho các chương trình phần mềm được bán đi ở quy mô toàn cầu.

b. Cung cấp thông tin giá trị cho người dùng cuối

EULA cung cấp cho người dùng cuối nhiều thông tin có giá trị. Lợi ích này thường bị một số nhà phê bình bỏ qua, một số quan điểm cho rằng EULA là không

¹¹⁷ Zacks, Eric A., The Restatement (Second) of Contracts § 211: Unfulfilled Expectations and the Future of Modern Standardized Consumer Contracts (May 5, 2016). 7 William & Mary Business Law Review 733 (2016); Wayne State University Law School Research Paper No. 2016-14. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2776182>

cần thiết, bởi các quy định về bản quyền, bằng sáng chế và luật thương mại đã xác định đầy đủ quyền của người dùng cuối đối với các sản phẩm phần mềm và cung cấp sự bảo vệ rộng rãi cho các nhà xuất bản phần mềm. Do đó, họ cho rằng các nhà xuất bản phần mềm nên ngừng sử dụng EULA và chỉ dựa vào luật sở hữu trí tuệ nói chung là đủ.¹¹⁸ Tuy nhiên, quan điểm nghi ngờ tính cần thiết của EULA chỉ mới nhìn nhận EULA dưới góc độ của một văn bản cấp quyền, chỉ mang lại lợi ích một phía cho nhà sản xuất phần mềm, mà chưa xem xét đến góc độ lợi ích đối với người sử dụng phần mềm. Trong thị trường phần mềm toàn cầu, EULA có vai trò đặc biệt giáo dục và cung cấp thông tin cơ bản của việc sử dụng EULA cho người dùng cuối.

Hầu hết người mua phần mềm trong thị trường đại chúng có rất ít kiến thức về quyền của họ theo luật bản quyền, chưa kể tới các học thuyết liên quan đến bản quyền như học thuyết bán hàng đầu tiên (the doctrine of first sale)¹¹⁹, học thuyết sử

¹¹⁸ Gary W. Hamilton & Jeffrey C. Hood, *The Shrink-Wrap License – Is it Really Necessary?*, *Computer Law.*, Aug. 1993, at 16;

¹¹⁹ Học thuyết bán hàng đầu tiên được pháp luật Hoa Kỳ công nhận và luật hóa tại 17 U.S.C. § 109 nhằm đưa ra các giới hạn của quyền độc quyền của chủ sở hữu bản quyền.

Học thuyết bán hàng đầu tiên quy định rằng nếu một cá nhân cố ý mua một bản sao của tác phẩm có bản quyền từ chủ bản quyền sẽ nhận được quyền bán, hiển thị hoặc loại bỏ bản sao cụ thể đó, bất chấp lợi ích của chủ sở hữu bản quyền. Tuy nhiên, quyền phân phối kết thúc, một khi chủ sở hữu đã bán bản sao cụ thể đó. Vì học thuyết bán hàng đầu tiên không bao giờ bảo vệ bị cáo thực hiện sao chép trái phép tác phẩm có bản quyền, nên học thuyết bán hàng đầu tiên không thể bảo vệ thành công trong các trường hợp cáo buộc vi phạm sao chép.

Hơn nữa, các đặc quyền được tạo ra bởi nguyên tắc bán hàng đầu tiên không "mở rộng cho bất kỳ người nào có được quyền sở hữu bản sao hoặc mở rộng đối tượng có quyền từ chủ sở hữu bản quyền, bằng cách cho thuê, cho mượn, hoặc cách khác, mà không có quyền sở hữu nó." Hầu hết các phần mềm máy tính được phân phối thông qua việc sử dụng các thỏa thuận cấp phép. Theo hệ thống phân phối này, chủ bản quyền vẫn là "chủ sở hữu" của tất cả các bản sao được phân phối. Vì lý do này, những người vi phạm bị cáo buộc không thể xác lập rằng bất kỳ bản sao nào của những tác phẩm này đều là chủ đề của lần bán đầu tiên.

Xem thêm tại [Criminal Resource Manual 1847](https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-1854-copyright-infringement-first-sale-doctrine); [Criminal Resource Manual 1849](https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-1854-copyright-infringement-first-sale-doctrine); [JM 9-71.001](https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-1854-copyright-infringement-first-sale-doctrine), <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-1854-copyright-infringement-first-sale-doctrine>;

dụng hợp lý (the doctrine of fair use)¹²⁰, v.v. Do đó, nếu không có tài liệu từ nhà xuất bản phần mềm giải thích các quyền của họ, người dùng thông thường sẽ thiếu kiến thức cần thiết để tận dụng các quyền mà họ có theo luật bản quyền.

EULA thường cấp các quyền mà người dùng sẽ không nhận được với tư cách là người mua bản sao của phần mềm theo học thuyết bán hàng đầu tiên của luật bản quyền. Trong một số trường hợp, các quyền này có vẻ rõ ràng, ví dụ người dùng cuối có quyền sao chép và in "clip art" theo lý thuyết giấy phép ngụ ý (the doctrine of implied license). Tuy nhiên, việc mô tả các điều khoản cấp phép trong một hồ sơ bằng văn bản, thông báo cho người dùng cuối về các quyền "phụ" của họ rõ ràng hơn so với giấy phép ngụ ý. Một EULA bằng văn bản cũng giải thích các cấp phép phức tạp hơn, chẳng hạn như những yêu cầu để vận hành phần mềm mạng, một văn bản giải thích về quyền là điều cần thiết để hiểu mối quan hệ giữa các bên và phạm vi quyền có sẵn cho mỗi bên.

Hơn nữa, EULAs thực sự thông báo cho người dùng cuối về các điều khoản và điều kiện của giao dịch tốt hơn nhiều hợp đồng tiêu dùng khác hiện nay và có tiềm năng để làm điều đó thậm chí còn tốt hơn trong tương lai. Các nhà xuất bản phần mềm thường cố gắng đưa EULA đến sự chú ý của người dùng theo cách có ý nghĩa, vì họ muốn xác định các tham số của các quyền được cấp.

c. Bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ

¹²⁰ Theo nghĩa chung nhất của nó, sử dụng hợp lý là bất kỳ việc sao chép tài liệu có bản quyền nào được thực hiện cho mục đích giới hạn và biến đổi, như bình luận, phê bình hoặc nhại lại tác phẩm có bản quyền. Việc sử dụng như vậy có thể được thực hiện mà không cần sự cho phép từ chủ sở hữu bản quyền. Nói cách khác, sử dụng hợp lý là một biện pháp bảo vệ chống lại khiếu nại vi phạm bản quyền. Nếu việc sử dụng của bạn đủ điều kiện là sử dụng hợp lý, thì nó sẽ không bị coi là vi phạm. Vì vậy, một sử dụng chuyển đổi thể giới là gì? Nếu định nghĩa này có vẻ mơ hồ hoặc mơ hồ, hãy lưu ý rằng hàng triệu đô la chi phí pháp lý đã được sử dụng để cố gắng xác định những gì đủ điều kiện là sử dụng hợp lý. Không có quy tắc khó và nhanh, chỉ có hướng dẫn chung và các quyết định khác nhau của tòa án, bởi vì các thẩm phán và nhà lập pháp tạo ra ngoại lệ sử dụng hợp lý không muốn giới hạn định nghĩa của nó. Giống như tự do ngôn luận, họ muốn nó có ý nghĩa mở rộng có thể mở ra để giải thích. Xem thêm tại: <https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/what-is-fair-use/>;

EULA rất quan trọng đối với các giao dịch mạng hiện đại có liên quan đến các sản phẩm phần mềm, ứng dụng và chương trình bao gồm trên nền tảng máy tính và cả di động. Bất kỳ doanh nghiệp nào cung cấp ứng dụng hoặc các chương trình phần mềm khác để tải xuống qua Internet hoặc qua mạng không dây phải quan tâm đến việc soạn thảo các EULA để những người dùng cuối đồng ý trước khi tải xuống các ứng dụng di động/phần mềm máy tính của họ. EULA là thiết yếu trong việc thiết lập quyền sở hữu của nhà phát triển phần mềm đối với các sản phẩm của mình, đồng thời đặt ra các hạn chế, điều kiện và ràng buộc đối với người dùng cuối trong quá trình sử dụng phần mềm hoặc ứng dụng. Vấn đề này có ý nghĩa đặc biệt vì liên quan trực tiếp đến bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ của các nhà phát triển phần mềm đối với các sản phẩm của họ.

Vi phạm bản quyền phần mềm máy tính luôn là một vấn đề nhức nhối và tăng trưởng khá nhanh trên toàn cầu, không chỉ phổ biến ở các quốc gia có thị trường mới nổi, đang phát triển như Đông Nam Á, Trung Quốc, Ấn Độ, mà còn đang bén rễ và lây lan mạnh mẽ ở các thị trường phát triển lâu đời như Hoa Kỳ và Châu Âu. Theo nghiên cứu của Liên minh Doanh nghiệp Phần mềm (2012) về “Vi phạm Bản quyền Phần mềm Toàn cầu”, hơn một nửa số người dùng máy tính cá nhân trên thế giới thừa nhận họ sao chép lậu phần mềm. Bao gồm 31% nói rằng họ sao chép lậu “mọi lúc”, “phần lớn thời gian” hay “thỉnh thoảng”, cộng với 26% thừa nhận họ ăn cắp bản quyền, nhưng chỉ “hiếm khi”. Trong số này, 5% thừa nhận rằng họ sử dụng nó “mọi lúc”. Chỉ có ít hơn 40% người dùng nói rằng họ “không bao giờ” sử dụng phần mềm không cấp phép đầy đủ.¹²¹

¹²¹ Simrit Kaur, Intellectual Property Rights and Software Piracy in India, Quyền Sở Hữu Trí Tuệ Ở Các Nước Đang Phát Triển, Kỳ yếu Hội thảo, Việt Nam, NXB. Đại học Quốc gia Tp.HCM, 2012.

Bảng 1.2 Tỷ lệ Vi phạm Bản quyền

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Ấn Độ	72%	71%	69%	68%	65%	64%	63%
Trung Quốc	86%	82%	82%	80%	79%	78%	77%
Brazil	64%	60%	59%	58%	56%	54%	53%
Nga	83%	80%	73%	68%	67%	65%	63%
Bắc Mỹ	22%	22%	21%	21%	21%	21%	19%
Châu Á – Thái Bình Dương	54%	55%	59%	61%	59%	60%	60%
Hoa Kỳ	21%	21%	20%	20%	20%	20%	19%
Liên minh Châu Âu	36%	36%	35%	35%	35%	35%	33%
Khối BRIC	81%	77%	75%	73%	71%	71%	70%
Toàn cầu	35%	35%	38%	41%	43%	42%	42%

(Nguồn: WIPO Website <http://www.wipo.int/portal/index.html.en>)

Vi phạm bản quyền phần mềm có thể biểu hiện dưới các hình thức sau đây:¹²²

- Theo quan hệ cấp quyền: Theo quan hệ cấp quyền xảy ra trong hai hình thức sau đây:
 - Sao chép bất hợp pháp: Khi hoạt động kinh doanh phát triển và đòi hỏi lượng cấp quyền sử dụng mới tăng lên, một số tổ chức thực hiện sao chép bất hợp pháp từ các bản sao được cấp phép và cài đặt chúng trên các máy tính khác. Điều này cũng có thể vô tình xảy ra các tổ chức lớn.
 - Lạm dụng Cấp quyền: Vi phạm bản quyền phần mềm thường xảy ra trên các mạng máy tính khi một chương trình phần mềm được truy cập bằng bởi số lượng người dùng nhiều hơn mức cấp phép.

¹²² Taori, Harish N, Victor Lim and ArchanShetty (2011), White Paper, Software Piracy in India: Costing Millions to State Exchequer in Tax Losses, Sponsored by: BSA.

- Làm giả phần mềm: Sao chép bất hợp pháp của phần mềm ban đầu có thể bao gồm việc sao chép phong cách bao bì, nhãn hiệu, sổ tay hướng dẫn, và thậm chí là sao chép các giấy chứng nhận tính xác thực.
- Vi phạm bản quyền kênh phân phối: Những người bán lại/bán lẻ trái phép bán hoặc phân phối phần mềm bất hợp pháp bằng cách sao chép các phần mềm trên đĩa CD/phương tiện truyền thông khác.
- Hành vi tải lên đĩa cứng: Những người lắp ráp máy tính tự do bán các máy tính lắp ráp với các phần mềm được cài đặt sẵn. Thật không may, hầu hết các máy tính lắp ráp này đều cài đặt phần mềm không có bản quyền.
- Vi phạm bản quyền Internet: Quá trình thâm nhập của mạng Internet làm tăng tốc độ vi phạm bản quyền phần mềm thông qua phương tiện này. Kênh này được sử dụng để hoặc tải lên hoặc tải xuống miễn phí phần mềm hợp pháp hoặc bất hợp pháp từ các trang Web.

Nhiều nghiên cứu đã cho thấy, việc vi phạm bản quyền phần mềm có ảnh hưởng đến doanh thu ngành công nghiệp tiềm năng, nguồn thu thuế cho chính phủ, ảnh hưởng đến số lượng việc làm, tăng tỷ lệ tội phạm máy tính bằng cách tăng cường an ninh, và hạn chế quá trình trao đổi công nghệ mới trong xã hội.¹²³

Trong bối cảnh hệ thống các quy phạm pháp luật và cơ chế thực thi quyền sở hữu trí tuệ chưa phát huy được nhiều tác dụng ở nhiều quốc gia, giấy phép phần mềm thông qua EULA là công cụ pháp lý cho phép những nhà phát triển phần mềm (đa phần đến từ các quốc gia đã phát triển lâu đời như Hoa Kỳ, Nhật Bản, Châu Âu) bảo vệ sản phẩm trí tuệ của họ khi chuyển giao cho người tiêu dùng sử dụng hoặc phân phối lại phần mềm, vì nếu không có thỏa thuận cấp phép, việc sử dụng phần mềm sẽ cấu thành vi phạm luật bản quyền. Thỏa thuận cấp phép cụ thể sẽ giải thích cho người dùng cuối cách họ có thể sử dụng phần mềm. Tất cả phần mềm phải được cấp phép hợp pháp trước khi có thể cài đặt. Trường hợp cấp phép phần mềm trở nên

¹²³ Simrit Kaur, Intellectual Property Rights and Software Piracy in India, Quyền Sở Hữu Trí Tuệ Ở Các Nước Đang Phát Triển, Kỷ yếu Hội thảo, Việt Nam, NXB. Đại học Quốc gia Tp.HCM, 2012.

khó hiểu là trong các loại giấy phép khác nhau và các quyền gắn liền với các giấy phép khác nhau.

Thực tế EULA (cùng với các điều khoản dịch vụ ToS) thường là thỏa thuận duy nhất giữa nhà phát triển ứng dụng dành cho thiết bị di động/phần mềm và công chúng tiêu thụ, điều quan trọng là EULA giải quyết nhiều sự cố khác có thể phát sinh theo mỗi quan hệ thương mại cơ bản. Vì vậy, EULA được xem là một công cụ hữu hiệu và trực tiếp nhằm tăng cường quyền của các nhà phát triển chương trình phần mềm trước sự lạm dụng mạnh mẽ của các hành vi vi phạm quyền sở hữu trí tuệ, đồng thời sẽ hỗ trợ tăng phúc lợi xã hội và duy trì hiệu quả của nền kinh tế, đặc biệt đối với các thị trường đang phát triển như Việt Nam.

d. Bảo vệ các quyền pháp lý của người dùng cuối

Sự nhộn nhịp của thương mại điện tử, cùng các giao thức giao tiếp mạng không dây đã chứng kiến việc hình thành và phát triển nhanh chóng tới mức độ kinh ngạc của một thế giới mới, tồn tại song song với thế giới vật chất mà chúng ta đang sống, thế giới ấy không ngừng nghỉ và cũng không có giới hạn, đó chính là “thế giới ảo”.

Theo Kevin W. Saunders (2007), “thế giới ảo” (Virtual World)¹²⁴ nếu hiểu theo nghĩa hẹp, thường được dùng để chỉ một môi trường không gian phi vật chất trên nền tảng mạng kết nối thông tin toàn cầu và internet, nơi những người tham gia có thể chơi đùa, trò chuyện, chiến đấu (trong trò chơi trực tuyến), hoặc thực hiện các tương tác với nhau. Cách hiểu này căn bản ám chỉ đến không gian trong các trò chơi trực tuyến. Tuy nhiên, nếu hiểu theo nghĩa rộng, thế giới ảo là bất kỳ một môi trường phi vật chất nào được tạo nên bởi các chương trình máy tính, tồn tại độc lập lâu dài, ngay cả khi những người tham gia không đăng nhập thì không gian này vẫn tồn tại và phát triển.¹²⁵

¹²⁴ Kevin W. Saunders, *Virtual Worlds – Real Courts*, 52 VILL.L.REV. 187, 191 (2007);

¹²⁵ Jason T. Kunze, *Regulating Virtual Worlds Optimally: The Model End User License Agreement*, 7 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 102 (2008);

Ngày nay, con người vẫn minh đường như không thể không hòa nhập vào các thế giới ảo thông qua những ứng dụng mà họ sử dụng hàng ngày. Các ứng dụng máy tính đang trở thành một phần tất yếu và có khả năng đáp ứng gần như hầu hết các nhu cầu của con người, từ nhu cầu kết nối thông qua Facebook, Instagram, Twitter; đầu tư tài chính qua Amazon, Clickbank, VFM; giao dịch thương mại xuyên biên giới qua Ebay, Alibaba, Lazada; v.v. và phổ biến nhất chính là nhu cầu giải trí qua vô số các trò chơi trực tuyến. Mặc dù thế giới ảo không mang tính vật chất hữu hình, nhưng khi tương tác trong thế giới ảo, con người cũng bắt đầu tạo nên “tài sản ảo”, và sau đó phát sinh nhu cầu trao đổi và giao dịch với nhau. tài sản ảo bao gồm tất cả tên miền, địa chỉ e-mail, và các đối tượng ảo trong thế giới ảo.¹²⁶ Việc trao đổi tài sản ảo đã gán cho tài sản ảo những giá trị về tiền tệ nhất định, là cơ sở tác động đến quyền tài sản và quyền nhân thân của người dùng cuối. Các quyền tài sản bao gồm quyền được công nhận sở hữu đối với các tài sản ảo phát sinh trong quá trình sử dụng phần mềm. Trong khi đó, quyền nhân thân là các quyền liên quan đến thông tin của người dùng như hình ảnh, thông tin tài chính, thông tin cá nhân, và quyền được riêng tư khác.

Các EULA có ý nghĩa đặc biệt quan trọng đối với các quyền của người dùng cuối bởi trước khi bước vào thế giới ảo, người dùng phải xác lập giao kết một EULA và/hoặc một Điều khoản Dịch Vụ, thiết lập các quyền và nghĩa vụ của người dùng và bên phát triển trò chơi. Việc đồng ý với các điều khoản của các thỏa thuận trực tuyến là nền tảng của một hợp đồng có hiệu lực và hợp thức hóa việc cài đặt các phần mềm.

Tuy nhiên, hiện nay có rất nhiều báo cáo cho thấy, các quyền trên của người dùng cuối đang bị xâm phạm một cách nghiêm trọng, vẫn dựa trên xuất phát điểm là các EULA. Vì vậy, các nội dung và hình thức của EULA rất cần thiết phải được xem xét và nghiên cứu để có thể đảm bảo được vai trò này.

¹²⁶ Phạm Thanh Bình, Cần Luật Hóa vấn đề “Tài Sản Ảo”, Báo Điện Tử Pháp Luật Việt Nam, website: <http://baophapluat.vn/tu-phap/can-luat-hoa-van-de-tai-san-ao-207671.html> truy cập ngày 24/2/2019.

2.2.4 Chủ thể tham gia hợp đồng cấp quyền người dùng cuối

Như đã trình bày tại phần định nghĩa, EULA là thỏa thuận giữa chủ sở hữu sản phẩm (thường là phần mềm hoặc ứng dụng điện tử) và người mua sản phẩm nhằm thiết lập quyền của người mua được sử dụng một phần hoặc toàn bộ sản phẩm đó. Vì EULA là một loại của hợp đồng cấp quyền nên chúng ta có thể phân chia chủ thể của EULA ra thành hai chủ thể chính, là bên cấp quyền và bên nhận quyền.

a. Bên cấp quyền

Đối với hoạt động cấp quyền liên quan đến các đối tượng là chương trình phần mềm vi tính hoặc ứng dụng di động, bên cấp quyền là bên đang nắm giữ bản quyền, bằng sáng chế, hoặc có thể là bí mật kinh doanh trên đối tượng phần mềm hay ứng dụng đó.¹²⁷

Luật Sở hữu trí tuệ hiện hành của Việt Nam¹²⁸ quy định chủ sở hữu quyền tác giả là tổ chức, cá nhân giao nhiệm vụ cho tác giả hoặc giao kết hợp đồng với tác giả;¹²⁹ chủ sở hữu sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí là tổ chức, cá nhân được cơ quan có thẩm quyền cấp văn bằng bảo hộ các đối tượng sở hữu công nghiệp tương ứng; chủ sở hữu bí mật kinh doanh là tổ chức, cá nhân có được bí mật kinh doanh một cách hợp pháp và thực hiện việc bảo mật bí mật kinh doanh đó.¹³⁰

Theo đó, (những) người trực tiếp viết một chương trình hoặc làm ra một phần mềm/ứng dụng là (các) tác giả của chương trình đó. Trong trường hợp các tác giả này tự bỏ tiền và công sức ra để sáng tạo, phát triển và trực tiếp bán cho người dùng, thì chính họ là các chủ sở hữu của sản phẩm, nắm giữ toàn bộ quyền tác giả

¹²⁷ Tập quyền sở hữu trí tuệ của một phần mềm bao gồm quyền tác giả (copyright), sáng chế (patent), và bí mật kinh doanh (trade secret).

¹²⁸ Luật số 36/2009/QH12 ngày 19 tháng 6 năm 2009 của Quốc hội sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật sở hữu trí tuệ, có hiệu lực kể từ ngày 01 tháng 01 năm 2010 (Sau đây gọi chung là “**Luật Sở hữu trí tuệ**”).

¹²⁹ Luật Sở hữu trí tuệ, Điều 39.

¹³⁰ Luật Sở hữu trí tuệ, Điều 121.

bao gồm quyền nhân thân và quyền tài sản liên quan đến sản phẩm đó.¹³¹ Tuy nhiên, đa phần các tác giả viết chương trình phần mềm chỉ là người làm thuê cho các công ty có nhu cầu sử dụng phần mềm hoặc các công ty lớn chuyên phát triển phần mềm, nhưng người có vốn lớn và cơ sở vật chất đầy đủ để phát triển một cách hoàn chỉnh các sản phẩm phần mềm hay ứng dụng trước khi đưa ra chào bán cho người dùng. Bất kỳ công ty nào giao kết hợp đồng với tác giả để sau khi hoàn tất chương trình phần mềm theo yêu cầu, họ sẽ là chủ sở hữu quyền tác giả (trong trường hợp đăng ký dưới hình thức sáng chế/bí mật kinh doanh thì sẽ là chủ sở hữu của bằng sáng chế/bí mật kinh doanh) của phần mềm, mặc dù quyền nhân thân có thể vẫn do tác giả nắm giữ. Bên cấp quyền trong các EULA đa phần chính là các công ty nắm giữ quyền sở hữu các chương trình phần mềm/ứng dụng.

b. Bên nhận quyền

Hợp đồng cấp quyền người dùng cuối chỉ rõ bên nhận quyền trong giao dịch này bắt buộc là các “người dùng cuối”. Theo Black’s Law Dictionary, **người dùng cuối (end user)** là những “Cá nhân sử dụng một thành phẩm, là một sản phẩm, một hệ thống, hoặc một quy trình. Đối lập với bên cấp quyền, quản lý, xây dựng và chuyển giao thành phẩm.”¹³² Khái niệm nhắc đến người dùng ám chỉ cá nhân (actual person), không phải bao hàm tổ chức hay công ty. Khái niệm người dùng

¹³¹ Về phương diện pháp lý, quyền tác giả là tổng hợp quyền nhân thân và quyền tài sản của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả đối với tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học. Quyền tác giả là quyền sở hữu trí tuệ có đối tượng điều chỉnh rộng lớn nhất. Quyền nhân thân (liên quan chủ yếu đến các chuyên viên phân tích hệ thống và lập trình viên của phần mềm) bao gồm các quyền: đặt tên cho tác phẩm, đứng tên trên tác phẩm, được nêu tên khi tác phẩm được công bố, sử dụng, công bố tác phẩm hoặc cho phép người khác công bố tác phẩm... Quyền tài sản (của chủ sở hữu phần mềm, có thể là chính (nhóm) tác giả hoặc doanh nghiệp hay người đầu tư để phát triển phần mềm) gồm các quyền: làm tác phẩm phái sinh; sao chép; phân phối, nhập khẩu bản gốc hoặc bản sao; truyền đạt tác phẩm đến công chúng bằng phương tiện hữu tuyến, vô tuyến, mạng thông tin điện tử hoặc bất kỳ phương tiện kỹ thuật nào khác; cho thuê bản gốc hoặc bản sao tác phẩm điện ảnh, chương trình máy tính. Xem thêm: Lê Nết, Quyền Sở hữu trí tuệ (tài liệu bài giảng), NXB. ĐHQG. Tp.HCM 2006, tr.48.

¹³² Nguyên văn “Actual person who uses a deliverable, be it a product or a system or a process. Contrasts to those who authorize, manage, build and deliver the deliverable.” Định nghĩa trên trang Black’s Law Dictionary online. Nguồn: <https://thelawdictionary.org/end-user/> truy cập ngày 24/5/2018.

cuối này mang tính tương đồng như khái niệm người tiêu dùng được sử dụng phổ biến trong các quan hệ hợp đồng thông thường. Như vậy, người dùng cuối và người tiêu dùng có phải là hai khái niệm có thể đồng nhất hay không?

Trong công nghệ thông tin, thuật ngữ người dùng cuối được sử dụng để phân biệt người mà một sản phẩm phần cứng hoặc phần mềm được thiết kế từ các nhà phát triển, trình cài đặt và dịch vụ của sản phẩm. Thuật ngữ "cuối cùng" (end) xuất phát từ thực tế là hầu hết các công nghệ thông tin liên quan đến một chuỗi các thành phần sản phẩm được kết nối với nhau ở cuối đó là "người dùng". Thông thường, các sản phẩm phức tạp đòi hỏi sự tham gia của những người dùng khác, chẳng hạn như trình cài đặt, quản trị viên và nhà điều hành hệ thống. Do đó, người dùng cuối là thuật ngữ phân biệt người dùng mà sản phẩm được thiết kế từ những người dùng khác, những người đang làm cho sản phẩm hoàn chỉnh để phục vụ người dùng cuối. Thông thường, thuật ngữ "người dùng" là đủ nghĩa để ám chỉ những cá nhân hay tổ chức sử dụng một phần mềm, chương trình ở trạng thái hoàn chỉnh để phục vụ cho mục đích sử dụng trực tiếp của mình.¹³³ Đứng trên quan điểm pháp lý, khái niệm người dùng cuối không được nhắc nhiều trong các văn bản pháp luật mà chỉ đề cập chủ yếu đến khái niệm người tiêu dùng.

Hầu hết, luật các quốc gia không thừa nhận khái niệm người tiêu dùng gắn với hoạt động có mục đích sản xuất, kinh doanh, hay nói cách khác, người tiêu dùng không bao gồm các công ty hay thương nhân, cho dù việc sử dụng sản phẩm đó có liên quan đến hoạt động kinh doanh của họ hay không. Điều này là hợp lý, bởi lẽ cho dù mục đích sử dụng của sản phẩm của các công ty hay thương nhân là gì thì cũng sẽ dẫn đến mục tiêu cuối cùng là phục vụ cho hoạt động kinh doanh sinh lời, các chi phí đó có thể được hạch toán thành giá bán, công ty hay thương nhân không phải là người phải gánh chịu những chi phí này. Vì vậy, các công ty cần phải được loại trừ khỏi khái niệm người tiêu dùng hay người dùng cuối.

¹³³ Xem thêm tại các trang thông tin của Techtarget <https://whatis.techtarget.com/definition/end-user>, SAP <https://experience.sap.com/basics/what-is-an-end-user/> truy cập ngày 24/5/2018.

Khái niệm người tiêu dùng thường được sử dụng chỉ để nhắm đến các đối tượng gắn với mục đích tiêu dùng cá nhân, gia đình, tổ chức phi thương mại. Ở các nước châu Âu, khái niệm người tiêu dùng theo Chỉ thị của Châu Âu là bất kỳ cá nhân nào mua hàng theo hợp đồng mà mục tiêu của hợp đồng không liên quan đến thương mại, kinh doanh hay nghề nghiệp.¹³⁴ Trong khi đó luật liên bang và tiểu bang liên quan đến bảo vệ người tiêu dùng của Hoa Kỳ dẫn chiếu người tiêu dùng phải được hiểu là “là **cá nhân** tham gia giao dịch với mục đích chủ yếu vì nhu cầu cá nhân hoặc sinh hoạt hộ gia đình”¹³⁵, tương tự với khái niệm người dùng cuối đã đề cập tại từ điển Black’s Law. Trong pháp luật Việt Nam, chúng ta cũng không có định nghĩa người dùng cuối mà chỉ có khái niệm về người tiêu dùng tại khoản 1 Điều 3 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010. Theo đó, “Người tiêu dùng là **người** mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ cho mục đích tiêu dùng, sinh hoạt của cá nhân, gia đình, tổ chức”. Trong khái niệm này, luật Việt Nam không nhấn mạnh chủ thể tiêu dùng là tổ chức mà chỉ nói đến “cá nhân” mặc dù mục đích có thể phục vụ cho một hoặc một nhóm người. Như vậy, về mặt nội hàm, thuật ngữ người tiêu dùng có thể được sử dụng để chỉ chung cho người dùng cuối trong mọi quan hệ giao dịch bao gồm cả quan hệ EULA.

Tóm lại, từ những so sánh và phân tích bên trên, bên nhận quyền trong quan hệ EULA nên được xác định là “cá nhân sử dụng phần mềm, chương trình vi tính, ứng dụng di động (hoặc các sản phẩm tương tự) ở trạng thái hoàn chỉnh nhất, nhằm phục vụ cho mục đích tiêu dùng, sinh hoạt và mục đích cá nhân trực tiếp phi thương mại.” Người dùng cuối ở đây có thể được hiểu chính là người tiêu dùng cá nhân, không tính đến các tổ chức vì liên quan đến trách nhiệm và thông tin được khai thác của EULA gắn liền trực tiếp đến cá nhân sẽ phân tích ở các phần sau.

¹³⁴ Trang thông tin pháp luật công thương, *Pháp nhân có được coi là người tiêu dùng trong pháp luật các nước trên thế giới*, nguồn: http://legal.moit.gov.vn/default.aspx?page=news&do=detail&category_id=9&news_id=656 truy cập ngày 24/5/2018.

¹³⁵ Michael L. Rustad, *Everyday Law for Consumers* (Paradigm Publishers, 2007), tr 2.

2.2.5 Đối tượng của hợp đồng cấp quyền người dùng cuối

a. Quyền sở hữu trí tuệ của chủ sở hữu phần mềm

Không giống như các chương trình phần cứng (hardware) của máy tính vốn được cài đặt và bán kèm với thiết bị chính như một bộ phận không thể tách rời, EULA gắn liền các giao dịch mua bán các chương trình phần mềm (software), được bán riêng rẽ sau khi người sử dụng máy tính đã mua thiết bị chính. Phần mềm máy tính có thuộc tính cạnh tranh gay gắt và vòng đời sản phẩm ngắn vì có thể rất dễ dàng bị sao chép, đặc biệt trong bối cảnh mạng internet phổ biến toàn cầu như hiện nay. Vì những tính chất này, chủ sở hữu phần mềm sẽ gặp phải hai vấn đề phổ biến: (1) về mặt kinh tế, những người khác có thể tiếp cận và sử dụng phần mềm mà không thanh toán phí sử dụng cho chủ sở hữu; và (2) về mặt cạnh tranh, các đối thủ cạnh tranh có thể tạo ra các sản phẩm cạnh tranh tương tự một cách vô cùng nhanh chóng.¹³⁶ Ngoài phạm vi bảo toàn các lợi ích kinh tế của chủ sở hữu, việc bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ đối với phần mềm thông qua một cơ chế pháp lý thích hợp được xem là cần thiết để khuyến khích sự sáng tạo, cải tiến và đầu tư. Bởi vì phần mềm có thể bị sao chép mà không tốn chi phí nào, nên bắt buộc phải có những cách thức nhằm hạn chế tự do sao chép và phân phối đối với các sản phẩm phần mềm máy tính.

Cùng là một dạng mua bán, tuy nhiên về mặt bản chất, hoạt động thương mại đối với phần mềm hay ứng dụng máy tính không thể được xử lý theo các nguyên tắc như các loại hàng hóa truyền thống khác. Khi một hạng mục của phần mềm được bán đi, chủ sở hữu của phần mềm không hoàn tất việc mua bán trong phạm vi thông thường. Thay vào đó, người dùng được chuyển giao hoặc cấp quyền đối với một số nội dung của quyền sở hữu liên quan đến phần mềm đó thông qua việc mua bán.¹³⁷ Vì vậy nội dung và mục đích chính của các EULA chủ yếu liên quan đến vấn đề cấp quyền (licensing), và các đối tượng chủ yếu của EULA là các quyền liên quan đến

¹³⁶ Verma S K, *IP Protection of Software and Software Contracts in India: a Legal Quagmire*, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol 17, 07/2012, pp 285.

¹³⁷ Verma S K, sđd., pp 286.

sở hữu trí tuệ, phổ biến là các quyền tài sản và quyền nhân thân đối với chương trình phần mềm máy tính hoặc các ứng dụng trên điện thoại di động.

b. Quyền tài sản của người dùng cuối

Trước khi bước vào thế giới ảo, người dùng phải xác lập giao kết một EULA và/hoặc một điều khoản dịch vụ, thiết lập các quyền và nghĩa vụ của người dùng và nhà sản xuất phần mềm. Việc đồng ý với các điều khoản của các thỏa thuận trực tuyến là nền tảng của một thỏa thuận có hiệu lực. Ví dụ phổ biến nhất là các trò chơi kiến tạo không gian trực tuyến (game world), nơi người chơi nhập vai một nhân vật nào đó mà mình yêu thích để thực hiện một số nhiệm vụ. Trong quá trình thực hiện các nhiệm vụ mà trò chơi đưa ra, người chơi có thể nhận được sự hỗ trợ bằng các công cụ được mua bằng tiền thật. Và sau khi hoàn thành các nhiệm vụ, người chơi cũng có thể được thưởng vật phẩm ảo. Có những vật phẩm ảo trở thành đối tượng mua bán giữa những người chơi với nhau, đôi khi được mua bán với giá trị nhỏ, nhưng cá biệt cũng có thể được trao đổi với số tiền vô cùng lớn. Đơn cử, năm 2009, một người Úc tên David Storey đã mua một hòn đảo trong trò chơi trực tuyến mang tên Planet Calypso với giá lên đến 26.500 Đô La Mỹ (tiền thật).¹³⁸ Như vậy, tài sản được hình thành từ thế giới ảo cũng có thể mang lại giá trị thật trong “thế giới thực”. Vậy nếu các tài sản ảo được coi như một loại tài sản của người dùng cuối, thì mặc nhiên nó phát sinh quyền tài sản tương ứng. Từ đó, quyền tài sản của người dùng cuối vô tình đã trở thành một trong những đối tượng chịu sự điều chỉnh của các EULA mà người dùng đã chịu ràng buộc trước đó.

Về mặt này, pháp luật các nước vẫn còn nhiều tranh cãi. Các EULA rõ ràng mang tính bất công bằng về khả năng thương lượng giữa một bên là các công ty triệu đô và một bên là các cá nhân trẻ tuổi, thậm chí chưa đủ tuổi thành niên. Và hầu hết các EULA thường trở thành công cụ cho phép các công ty phát triển game nắm

¹³⁸ Theo Chris Jager trên GamePro Australia (2009), website: https://www.pcworld.idg.com.au/article/325324/life_treasure_island_an_interview_virtual_real-estate_mogul_david_storey/ /Truy cập ngày 24/2/2019.

quyền lực thông qua việc cho phép họ có thể tự ý chấm dứt hợp đồng và trục xuất người dùng ra khỏi thế giới ảo.

Việc có nên công nhận tài sản ảo vẫn còn là một vấn đề tranh cãi tại một số quốc gia, trong đó có Việt Nam. Tuy nhiên có thể thấy, dù có công nhận chính thức hay không, quyền tài sản liên quan đến tài sản ảo cũng là một trong những đối tượng quan trọng mà các EULA hướng đến. Bởi EULA chính là cơ sở pháp lý đầu tiên ràng buộc các quyền và nghĩa vụ của người dùng cuối trong các giao dịch liên quan đến phần mềm và các tài sản ảo kéo theo sau đó.

c. Một số quyền nhân thân của người dùng cuối

Việc lộ dữ liệu bảo mật (data breach) của khách hàng đang diễn ra phổ biến và đang trở thành mối lo ngại của nhiều người dùng phần mềm gắn với internet. Vấn đề không đơn giản nằm ở khâu bảo mật của các công ty phần mềm, bởi chính các công ty phần mềm cũng đang ra sức thu thập thông tin từ người dùng để khai thác yếu tố thương mại. Hầu hết các phần mềm miễn phí như google, facebook, tiktok, instagram, v.v. đều thực hiện việc này thông qua yêu cầu người dùng đăng ký thông tin ngay từ khi bắt đầu sử dụng dịch vụ mà họ cung cấp. Nhiều cuộc điều tra cho thấy các công ty phần mềm âm thầm theo dõi người dùng, sau đó sử dụng những thông tin thu được từ người dùng để xây dựng danh mục đầu tư quảng cáo về sở thích của người dùng, từ đó bán lại cho các doanh nghiệp để hiển thị những nội dung quảng cáo phù hợp với sở thích của họ. Các doanh nghiệp sẽ tìm đến các chương trình này nhiều hơn để quảng cáo hiệu quả hơn do các nội dung quảng cáo sẽ được phân phối đến đúng người quan tâm, thay vì tiêu tốn chi phí quảng cáo mà không nhắm đến đúng đối tượng. Điều này tiềm ẩn nhiều rủi ro đối với cá nhân nếu các thông tin này không được xử lý đúng cách, bị những kẻ xấu lấy cắp, và sử dụng nó để lừa đảo hay trục lợi từ các giao dịch thanh toán mạng.¹³⁹

¹³⁹ Các Chính phủ như Mỹ, Liên minh Châu Âu, Úc, v.v. đã tiến hành điều tra và ra án phạt tiền đối với hành vi điều tra thông tin người dùng của Facebook và Google. Xem thêm tại: <http://baodansinh.vn/google-facebook-bi-dieu-tra-ve-su-dung-du-lieu-20191204055242854.htm>; <https://www.techsignin.com/tintuc/uc-kien-google-thu-thap-du-lieu-vi-tri-nguoi-dung/>

Dưới góc độ pháp lý, các quyền liên quan đến bảo đảm thông tin và hình ảnh cá nhân của người dùng được xem là quyền nhân thân được ghi nhận là một trong hai quyền cơ bản của quyền dân dục của cá nhân. Tại Việt Nam, các quyền nhân thân này được khẳng định trong Bộ luật Dân sự 2015, cụ thể như quyền của cá nhân đối với hình ảnh (Điều 32); quyền được bảo vệ danh dự, nhân phẩm, uy tín (Điều 34); và quyền về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình (Điều 38). Theo đó, hầu hết các quyền trên sẽ chỉ được phía nhà cung cấp sử dụng và khai thác khi có được sự đồng ý của người dùng thông qua một thỏa thuận,¹⁴⁰ Và dĩ nhiên, thông qua việc đăng ký hay cài đặt các ứng dụng di động của các nhà cung cấp, người dùng cũng đã cho phép thông qua chấp nhận các EULA của các nhà cung cấp chương trình phần mềm này.

Từ vụ bê bối của facebook, hàng loạt các ý tưởng và giải pháp về pháp lý đã được đặt ra bao gồm thắt chặt hơn việc buộc *“Doanh nghiệp phải xin phép người dùng trước khi thu thập dữ liệu người dùng, được sự đồng ý rõ ràng mới tiến hành, đồng thời cần nói rõ dữ liệu thu thập nhằm mục đích gì, có trao cho bên thứ ba để kinh doanh, đổi chác hay không”* như đã được Anh và EU điều chỉnh trong Luật Bảo vệ Dữ liệu Chung GDPR (The General Data Protection Regulation) mới ra đời.¹⁴¹ Tuy nhiên giải pháp này vẫn còn nhiều tranh cãi bởi những đặc tính riêng biệt của giao dịch mạng chi phối không nhỏ đến tính hiệu quả của pháp luật, đặc biệt là các vấn đề về cân bằng giữa quyền của nhà phát triển/chủ sở hữu phần mềm và quyền của người dùng. Mặt khác, công ty vẫn sẽ có quyền truy cập vào dữ liệu đó, đem bán dữ liệu cho công ty khác trong tình huống được sự cho phép của khách hàng mà thậm chí họ còn không hề biết đến do sự bất cẩn trong giao dịch các hợp đồng điện tử.

¹⁴⁰ Điều 38, BLDS 2015 “Việc thu thập, lưu giữ, sử dụng, công khai thông tin liên quan đến đời sống riêng tư, bí mật cá nhân phải được người đó đồng ý, việc thu thập, lưu giữ, sử dụng, công khai thông tin liên quan đến bí mật gia đình phải được các thành viên gia đình đồng ý, trừ trường hợp luật có quy định khác.”

¹⁴¹ Xem tóm tắt và toàn văn của GDPR tại trang thông tin của Intersoft Consulting, web: <https://gdpr-info.eu/>.

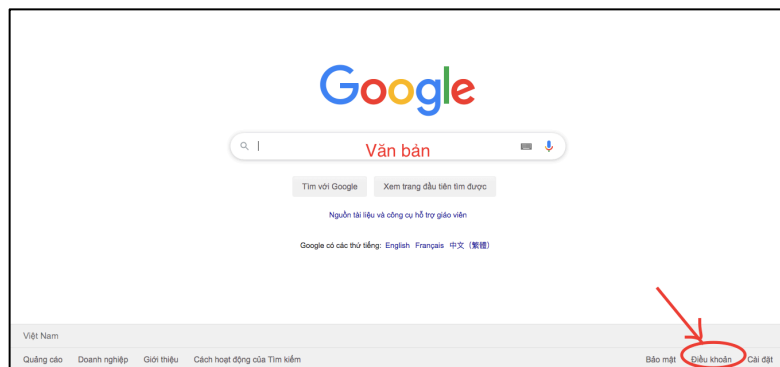
Do vậy, quyền nhân thân của người dùng cuối, đặc biệt là quyền được bảo mật thông tin, hình ảnh cá nhân có thể được coi là một trong những đối tượng quan trọng mà EULA phải giải quyết.

2.2.6 Hình thức biểu đạt và phương thức giao kết

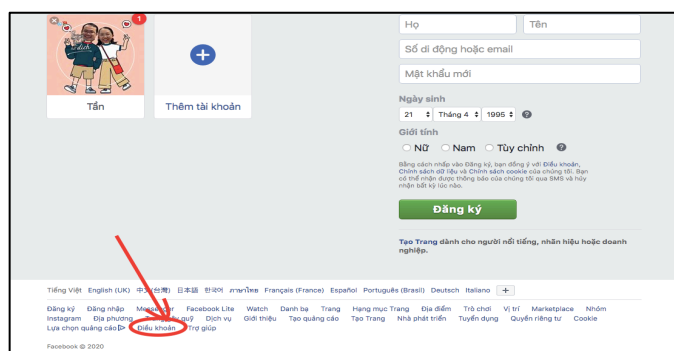
Thứ nhất, liên quan đến hình thức trình bày của EULA gắn với từng loại phần mềm, EULA hiện nay tồn tại dưới hai hình thức chính là các hợp đồng nhấp chuột (click-crap contract), thường áp dụng với các giao dịch cài đặt phần mềm một lần, và hợp đồng trình duyệt (browse-web contract), hay còn hay được gọi với tên là “Các điều khoản dịch vụ” (Terms of service).

Qua các số liệu được trình bày ở phần trên, số lượng áp đảo của việc sử dụng các thiết bị di động thông minh để lên internet so với máy tính là một dấu hiệu cho thấy, các EULA bằng hình thức click-crap đang được thực hiện nhiều hơn.

Nếu như các TOS tồn tại mà không cần quan tâm đến việc người dùng có đọc hay hiểu chúng hay không, thì các EULA trên ứng dụng lại đòi hỏi người dùng phải bỏ ra một khoản thời gian nhất định để tiếp xúc với nó trước khi có thể cài đặt và sử dụng phần mềm. Ví dụ như các TOS của Facebook hay Google đều được thiết kế nằm ở những vị trí rất khiêm tốn trên trang trình duyệt, người dùng phải đảo mắt hết trang hoặc kéo thanh công cụ sang cuối trang mới có thể thấy được.



Hình 7.2 Vị trí mục “Điều khoản” của Google



Hình 8.2 Vị trí mục “Điều khoản” TOS của Facebook

Tuy nhiên, tần suất xuất hiện của EULA click-crap cũng không không nhiều, và không đủ thu hút sự chú ý của người dùng cuối. EULA chỉ xuất hiện một lần khi người dùng cài đặt chương trình lần đầu, và hầu như không xuất hiện trở lại trừ trường hợp người dùng cuối cập nhật ứng dụng và có thay đổi chính sách do luật định.

Người dùng cuối thông thường được khuyến nghị đọc đầy đủ các điều khoản và điều kiện của EULA với thời gian tùy thích, thông qua các cảnh báo ở câu đầu tiên của các EULA, ví dụ như sau tại bảng 2.2.¹⁴²

CẢNH BÁO - “VUI LÒNG ĐỌC THỎA THUẬN GIẤY PHÉP NGƯỜI DÙNG CUỐI (“EULA”) NÀY CẨN THẬN. BẰNG CÁCH NHẬP VÀO “TÔI ĐỒNG Ý” HOẶC THỰC HIỆN BẤT KỲ BƯỚC NÀO NHẪM TẢI XUỐNG, THIẾT LẬP, CÀI ĐẶT HOẶC SỬ DỤNG TẤT CẢ HOẶC BẤT KỲ PHẦN NÀO CỦA SẢN PHẨM NÀY (BAO GỒM NHƯNG KHÔNG CHỈ GIỚI HẠN Ở PHẦN MỀM VÀ CÁC TẬP TIN LIÊN QUAN (“PHẦN MỀM”), PHẦN CỨNG (“PHẦN CỨNG”), (CÁC) Ổ ĐĨA, HOẶC PHƯƠNG TIỆN KHÁC) (GỌI CHUNG LÀ “SẢN PHẨM”) THÌ BẠN VÀ CÔNG TY CỦA BẠN CHẤP NHẬN TẤT CẢ CÁC ĐIỀU KHOẢN VÀ ĐIỀU

¹⁴² Xem thêm chi tiết EULA của phần mềm Microsoft, tại trang [http://download.microsoft.com/documents/useterms/Visual%20Basic%20Enterprise 6.0 English 11762fc4-f3b9-4bf5-a513-b4a9b76b4f60.pdf](http://download.microsoft.com/documents/useterms/Visual%20Basic%20Enterprise%206.0%20English%2011762fc4-f3b9-4bf5-a513-b4a9b76b4f60.pdf) truy cập ngày 21/4/2020.

KIỆN CỦA EULA NÀY. NẾU BẠN LẤY SẢN PHẨM NÀY ĐỂ CHO CÔNG TY CỦA BẠN SỬ DỤNG, BẠN TUYÊN BỐ RẰNG BẠN LÀ MỘT NGƯỜI ĐẠI DIỆN THEO ỦY QUYỀN CÓ THẨM QUYỀN RÀNG BUỘC CÔNG TY CỦA BẠN VỚI EULA NÀY VỀ MẶT PHÁP LÝ. NẾU BẠN KHÔNG ĐỒNG Ý, ĐỪNG NHẤP VÀO “TÔI ĐỒNG Ý” VÀ ĐỪNG TẢI XUỐNG, THIẾT LẬP, CÀI ĐẶT HOẶC SỬ DỤNG PHẦN MỀM..”

Bảng 2.2 EULA của Microsoft Software

Ngoài ra, về kích cỡ chữ cách soạn thảo, các điều khoản được coi là quan trọng trong các EULA đều được viết in hoa.¹⁴³ Nhưng theo cá nhân tác giả, đây không phải là một cách thu hút chú ý người dùng cuối hiệu quả vì nó chỉ khiến nội dung được trình bày rối mắt hơn, khó đọc hơn. Ví dụ như trang đầu tiên của EULA phần mềm Microsoft như bảng 2.2, việc viết in hoa chỉ một đoạn nhỏ cũng khiến nội dung rối mắt hơn và làm mất kiên nhẫn của người đọc đối với những nội dung trong bảng này.

Thứ hai, về độ dài của các EULA, tác giả thực hiện một thống kê nho nhỏ của một số các điều khoản sử dụng chương trình và EULA của ứng dụng phổ biến hiện. Cụ thể như sau:

Tên chương trình/ứng dụng	Phân loại sử dụng	Số trang
Google (ToS)	Trình tìm kiếm web	19
Cốc cốc (ToS)	Trình tìm kiếm web	21
Facebook (ToS)	Mạng xã hội	14
Youtube (ToS)	Mạng xã hội/giải trí	13
Instagram (ToS)	Mạng xã hội	8
Zalo (EULA)	Mạng xã hội/liên lạc	7

¹⁴³ Tham khảo các điều khoản quan trọng (được in hoa) trong EULA của GameLoft và Saga tại: <https://www.sega.com/EULA> và <https://www.gameloft.com/en/eula> truy cập ngày 21/4/2020.

Apple App Store (EULA)	Nền tảng ứng dụng	4
Google Play App.Store (EULA)	Nền tảng ứng dụng	12
Shopee (TOS)	Phần mềm mua sắm	40
Lazada (TOS)	Phần mềm mua sắm	38
Ứng dụng ngân hàng UOB (EULA)	Hỗ trợ thanh toán	12
Ứng dụng ngân hàng Agribank (EULA)	Hỗ trợ thanh toán	5
Game Loft (EULA)	Trò chơi trực tuyến	4
SEGA (EULA)	Trò chơi trực tuyến	9

Bảng 3.2. Thống kê độ dài các EULA của các chương trình phổ biến

Có thể thấy về dung lượng, không có một giới hạn chung nào cho các EULA và ToS, tuy nhiên, đa số các ToS có dung lượng dài hơn nhiều so với các EULA. Theo nhận định của tác giả, nguyên nhân có thể xuất phát từ hình thức trình bày của hai loại EULA này. Khi người dùng cuối click vào ToS, trang duyệt mới sẽ giúp nhà cung cấp cho nhiều không gian để thể hiện các điều kiện và điều khoản một cách đầy đủ hơn. Trong khi đó, vì cần có sự chú ý của người đọc ngay tức khắc để đưa ra quyết định cài đặt chương trình hay không, các EULA click-crap thường có xu hướng trình bày ngắn gọn hơn và xúc tích hơn.

Tuy nhiên, cho dù là xúc tích đến mức có thể thì khả năng người dùng cuối cố đọc hết từng ấy trang giấy trên màn hình điện thoại là cả một sự nỗ lực tập trung vô cùng của người dùng.

Thứ ba, về ngôn ngữ. Hiện nay theo Điều 4 của nghị định 72/2013/NĐ-CP của Chính phủ về quản lý cung cấp, sử dụng dịch vụ internet và thông tin trên mạng ngày 15/7/2013, nhà nước khuyến khích các doanh nghiệp sử dụng tiếng Việt đối với các chương trình và phần mềm tại Việt Nam. Ngoài ra, Nghị định 99/2011/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng cũng có quy định về

hình thức của các hợp đồng theo mẫu bắt buộc phải lập thành văn bản, ngôn ngữ sử dụng bằng tiếng Việt, nội dung phải rõ ràng, dễ hiểu; cỡ chữ ít nhất là 12; nền giấy và màu mực thể hiện nội dung hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung phải tương phản nhau.¹⁴⁴

Hầu hết các nhà sản xuất và cung cấp chương trình phần mềm và ứng dụng trong nước đều đã có ngôn ngữ tiếng Việt, bao gồm cả các EULA dưới hình thức ToS hay click-crap. Các động thái này tương thích với yêu cầu của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng đối với việc nhà cung cấp phải tạo điều kiện cho người dùng được cung cấp đầy đủ thông tin. Đồng thời, cho thấy họ cũng tự xác định các EULA đang được hiểu là các hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung, bắt buộc phải công bố công khai và rõ ràng cho người dùng cuối có thể dễ dàng tiếp cận, đọc và ra quyết định.

Tuy nhiên, ngôn ngữ tiếng Việt, tiếng Anh, hay bất kỳ ngôn ngữ mang tính phổ thông nào cũng chỉ là một phần tác động đến khả năng hiểu và tiếp thu của người giao kết. Bởi đa phần các EULA đều liên quan đến công nghệ, chương trình phần mềm, từ ngữ dịch từ nước ngoài, v.v. Đối với những người dùng cuối thuộc đối tượng phổ thông khó có thể hiểu được nếu không được hướng dẫn giải thích cụ thể như trường hợp các hợp đồng theo mẫu khác như hợp đồng với ngân hàng hay bảo hiểm.

2.3 Bản chất pháp lý của EULA

2.3.1 Bản chất hợp đồng của EULA

Các điều khoản trong EULA phổ biến hiện nay được thiết kế nhằm mục đích cung cấp cho người tiêu dùng “giấy phép” để sử dụng phần mềm thay vì sở hữu một bản sao của phần mềm. Mặc dù quan điểm này bị hoài nghi bởi nhiều Tòa án, ví dụ như vụ UMG Recordings (2008) và vụ Krause (2005) như đã đề cập, nhưng các chủ sở hữu vẫn muốn sử dụng EULA như là công cụ để thiết lập việc cấp phép thay vì chuyển giao quyền sở hữu. Cách thức này cho phép quyền lợi của các nhà phát triển

¹⁴⁴ Nghị định 99/2011/NĐ-CP, Điều 7.

phần mềm được bảo vệ cao hơn so với bảo vệ bản quyền đối với sản phẩm đã bán trên cơ sở luật sở hữu trí tuệ. Như đã khẳng định tại phần định nghĩa, rằng EULA là một hợp đồng về thỏa thuận mà chủ sở hữu sẽ chuyển giao quyền được sử dụng phần mềm cho người dùng, do đó trong phạm vi nghiên cứu này sẽ không đề cập đến việc có cần thiết phải công nhận quyền sở hữu bản sao của người dùng cuối hay không mà chỉ hướng đến các thỏa thuận cụ thể trong việc cấp quyền giữa chủ sở hữu phần mềm và người dùng. Phụ thuộc vào nội dung và phạm vi cấp quyền của từng EULA, chủ sở hữu sẽ thể hiện rõ họ chia sẻ những “quyền” nào trong tập quyền sở hữu trí tuệ mà họ đang nắm giữ đối với sản phẩm, cũng như hạn chế những hành vi nào mà người dùng không được phép làm.

Ngay cả trong các án lệ liên quan đến EULA của Hoa Kỳ cũng thể hiện sự không thống nhất trong việc có xem EULA như là “giấy phép” hay không. Cách tiếp cận của các Tòa án trong án lệ liên quan đến hợp đồng cấp quyền người dùng cuối giữa UMG Recordings (2008)¹⁴⁵ kiện Augusto không căn cứ dựa trên ngôn ngữ của hợp đồng, mà chỉ cho phép công nhận việc thiết lập một giấy phép khi thỏa thuận thực tế có chứa đựng các yếu tố của một giấy phép, nhằm xem xét có đủ chứng cứ cho chủ sở hữu bản quyền tạo ra một giấy phép hay không. Trong khi các thẩm phán trong vụ kiện giữa Krause v. TitleServ¹⁴⁶ đưa ra một loạt các nguyên tắc nên được sử dụng để xác định xem có hay không công nhận quyền sở hữu bản sao phần mềm của người chiếm hữu sản phẩm, tức là nếu có thì không thể xem thỏa thuận giữa các bên là quan hệ “cấp phép”.

Để giải quyết sự tranh cãi này, trước tiên chúng ta cần khảo sát sơ lược về nội dung và cách thức thực hiện của các EULA. Về nội dung, các điều khoản các EULA thường bao gồm các điều khoản được sử dụng phổ biến trong các hợp đồng

¹⁴⁵ UMG Recordings, Inc. v. Augusto, 558 F. Supp.2d 1055, 1060 (C.D. Cal 2008). Xem thêm tại Michael Terasaki, Do End User License Agreements Bind Normal People?, 41 W. St. U. L. Rev. (2013), p.485.

¹⁴⁶ Krause v. Titleserv, Inc., 402 F.3d 119,112 (2d Cir. 2005). Án lệ này không liên quan đến EULA nhưng liên quan đến một thỏa thuận nhằm tạo nên một giấy phép về bản quyền. Xem thêm tại Michael Terasaki (2013), Sđd. p.481.

theo mẫu hay hợp đồng gia nhập, như quy định trọng tài, giới hạn trách nhiệm pháp lý và các quyền được truy cập thông tin người dùng. Tuy nhiên, nhiều nhất là các điều khoản và điều kiện liên quan đến việc cấp phép sử dụng và bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ.¹⁴⁷

Như đã trình bày chi tiết tại phần phân loại hợp đồng điện tử, đa số các nhà nghiên cứu pháp lý đều thừa nhận hai loại EULA phổ biến nhất chính là là hợp đồng gói kèm (shrinkwrap contract), hợp đồng nhấp chuột (clickwrap contract, loại EULA phổ biến mà người dùng thường gặp nhất).¹⁴⁸ Dù được thể hiện dưới loại hình nào thì các EULA thường bao gồm các bộ phận chính như: (1) thông báo về thỏa thuận cấp phép về đóng gói sản phẩm, (2) trình bày giấy phép đầy đủ về các tài liệu bên trong gói và (3) cấm truy cập vào sản phẩm mà không có chỉ dẫn rõ ràng sự chấp nhận.¹⁴⁹ Với những bộ phận như vậy, đặc trưng của EULA chính là các nội dung này hoàn toàn được trình bày sẵn, đính kèm trên bao bì của sản phẩm như điện thoại hay đĩa mềm, do đó khi người mua xé niêm phong bao bì sẽ được xem như EULA bắt đầu phát sinh hiệu lực; hoặc được cài đặt sẵn kèm theo chương trình, nội dung của EULA sẽ xuất hiện khi người dùng tiến hành cài đặt, hợp đồng phát sinh hiệu lực từ thời điểm người dùng nhấn vào “nút” chấp nhận hay đồng ý. Điều đó có nghĩa là, trong bối cảnh các giao dịch liên quan đến sản phẩm phần mềm hay sở hữu trí tuệ, người tiêu dùng không chấp nhận các điều khoản sử dụng trong thời điểm mua hàng (thanh toán hay nhận hàng); thay vào đó, người tiêu dùng thể hiện sự đồng ý với các điều khoản bằng các hành động sau này, khi họ nhận hay tiến hành cài đặt sản phẩm.

Ngoài ra, khi khảo sát một số trường hợp trên thế giới mà Tòa án công nhận quyền sở hữu của người dùng trong thế giới ảo (như Hàn Quốc, Đài Loan), đã cho thấy quyền sở hữu với tài sản hữu hình có xuất phát điểm từ tài sản vô hình là có thật. Sẽ bất hợp lý và bất công bằng với người dùng nếu các quyền này phải phụ

¹⁴⁷ Michael Terasaki (2013), Sđd., p.468.

¹⁴⁸ Xem chi tiết tại mục b.1, Michael Terasaki (2013) và Gamarello, Thomas (2015).

¹⁴⁹ Gamarello, Thomas (2015), Sđd, p. 647.

thuộc vào sự “cấp quyền” của các EULA. Bởi 100% các EULA đều do các nhà phát triển phần mềm soạn thảo ra, người dùng không có các lựa chọn hay trả giá. Nếu nhà phát triển tự cho mình quyền được ngắt quyền sử dụng hoặc đóng tài khoản người dùng bất kỳ lúc nào tùy ý thì sẽ ảnh hưởng đến các quyền tài sản của người dùng. Do đó, các EULA cần được tiếp cận dưới góc độ hợp đồng, để ngoài các quy định căn bản về cấp phép trong thỏa thuận, các quyền khác của người dùng sẽ được bảo vệ một cách chính đáng và tối thiểu thông qua các nguyên tắc của pháp luật hợp đồng.

Từ một số đặc trưng vừa nêu, tác giả cho rằng các EULA nên được nhìn nhận là quan hệ “hợp đồng” chứ không phải một loại “giấy phép”. Bởi lẽ một EULA không thể được xác lập chỉ dựa trên hành vi đơn phương của chủ sở hữu phần mềm, mà nhất thiết cần phải có hành vi xác nhận sự đồng ý của người dùng, hoàn toàn khác biệt với giấy phép mã nguồn mở hay GPL. Tương tự như cách chúng ta nhìn nhận các quan hệ hợp đồng theo mẫu hay hợp đồng gia nhập. Trong khi đó quan hệ cấp phép không cần thiết đòi hỏi phải có sự chấp thuận hay đồng ý một cách rõ ràng của bên được cấp phép, và hơn nữa việc cấp các “giấy phép” chỉ áp dụng cho các chương trình phần mềm hoặc ứng dụng mã nguồn mở, trong khi đa số các đối tượng của EULA là các phần mềm giới hạn và nguồn đóng. Hơn nữa, các EULA đảm bảo việc người dùng chỉ được sử dụng một thời hạn nhất định đối với một phạm vi nhất định của sản phẩm phần mềm hay ứng dụng mà bên chủ sở hữu đồng ý cho phép, chủ sở hữu thường sẽ không phải chịu trách nhiệm đối với hành vi của người dùng nếu người dùng sử dụng phần mềm nhằm để gây thiệt hại cho bên thứ ba, trong khi phạm vi trách nhiệm của bên cho thuê luôn gắn liền với việc quản lý các rủi ro liên quan đến đối tượng tài sản thuê. Hơn nữa, các đối tượng của EULA cũng phù hợp với đối tượng của các hợp đồng cấp quyền theo định nghĩa phổ biến.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Theo Black’s Law Dictionary, Hợp đồng Cấp quyền (Licensing Agreement) là hợp đồng bằng văn bản giữa chủ sở hữu/người cấp phép bằng sáng chế, bản quyền, nhãn hiệu, bí quyết, nhãn hiệu dịch vụ hoặc tài sản trí tuệ khác và người được cấp phép sử dụng, tạo hoặc bán bản sao của bản gốc. Các hợp đồng

Hơn nữa, vào năm 2012, Tòa án Công lý Liên minh Châu Âu (The Court of Justice for the European Union - CJEU) đã đưa ra phán quyết bất ngờ đối với vụ kiện giữa UsedSoft vs Oracle.¹⁵¹ Cụ thể, Tòa án công nhận giấy phép phần mềm là một “hợp đồng mua bán”, và các điều khoản trong hợp đồng có thể bị bỏ qua tùy vào từng trường hợp. Châu Âu căn cứ dựa trên học thuyết bán hàng đầu tiên (doctrine of first sale) để giải thích cho phán quyết của mình. Mặc dù phán quyết bị nhiều ý kiến chỉ trích, tuy nhiên cho thấy xu hướng hiện nay, các Tòa án đang nghiên cứu về quan điểm rằng EULA cần được xem là một hợp đồng, để có thể đảm bảo được tính hợp lý và công bằng đối với từng giao dịch khác nhau, bảo vệ được quyền lợi của người dùng cuối.

2.3.2 Bản chất hợp đồng theo mẫu của EULA

Như đã khẳng định ở phần vai trò của EULA đối với thị trường phần mềm toàn cầu, EULA có khả năng giúp các nhà sản xuất phần mềm giảm được chi phí giao dịch ở mức thấp nhất, dù phân phối chương trình ở quy mô đại chúng, là nhờ hình thức hợp đồng tiêu chuẩn (standard contract) hay hợp đồng gắn kèm phần mềm (rolling contract).

Mô hình đàm phán trực tiếp sẽ kém hiệu quả trong giao dịch mua hoặc phân phối phần mềm máy tính cá nhân, đặc biệt trên phạm vi toàn cầu.¹⁵² Ít khi nào người ta lại đi thương lượng, ký kết từng hợp đồng một riêng biệt để mua một đĩa trò chơi, đăng ký sử dụng thẻ tín dụng hoặc vay tiền mua nhà. Trong thực tế, một hợp đồng được ký kết riêng rẽ là không điển hình trong bối cảnh thị trường đại chúng; hầu hết các giao dịch đại chúng đều là hợp đồng theo mẫu, và các EULA cũng mang tính chất này.

này thường (1) giới hạn phạm vi hoặc lĩnh vực của người được cấp phép, (2) làm cho giấy phép độc quyền hoặc không độc quyền, (3) yêu cầu tiền bản quyền hoặc bồi thường khác nếu cấp phép thêm.

Xem nguyên văn tại: <https://thelawdictionary.org/licensing-agreement/> truy cập ngày 22/5/2018.

¹⁵¹ UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., Case C-128/11 ECLI:EU:C:2012. Xem đầy đủ tại: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564&doclang=EN> truy cập ngày 3/2/2020.

¹⁵² Robert W. Gomulkiewicz; Mary L. Williamson, A Brief Defense of Mass Market Software License Agreements, 22 Rutgers Computer & Tech. L.J. 335 (1996).c

Điểm chung của các hợp đồng điện tử tồn tại trên web, bao gồm cả EULA, chính là tính chất “theo mẫu” của chúng. Tất cả các dạng hợp đồng này đều được bên cung cấp sản phẩm, dịch vụ, phần mềm, v.v. tự soạn thảo ra, đưa chúng lên trang web hoặc đính kèm với sản phẩm, dịch vụ được đặt bởi người mua. Người mua hàng hoặc người dùng hoàn toàn không có khả năng can thiệp vào nội dung của các điều khoản và điều kiện đính kèm sản phẩm được gửi đến. Họ cũng có không có nhiều lựa chọn trong các giao dịch này, một là chấp nhận toàn bộ hợp đồng để có thể tiếp cận đối tượng mà mình muốn mua, hai là chấm dứt giao dịch mà không đạt được bất kỳ điều gì cả. Và mặc dù có vẻ như tương đối rõ ràng là đối với các trường hợp liên quan đến nguyên tắc hợp đồng theo mẫu¹⁵³, các mặt hàng đã được bán đi có thể được trả lại nếu người mua phản đối các điều khoản ngay sau khi họ biết và buộc phải biết đến các điều khoản bất lợi của hợp đồng, nhưng một số bằng chứng cho thấy thực tế hoạt động thương mại có thể phức tạp hơn nhiều. Các nhà bán lẻ thường không cho phép người tiêu dùng trả lại thiết bị điện tử sau khi hộp sản phẩm đã được mở nếu trước đó không tham gia gói dịch vụ đổi trả với chi phí tăng thêm, hoặc bị sẽ bị mất đi một khoản tiền nhất định tùy thuộc lỗi của sản phẩm.¹⁵⁴ Đối với các giao dịch liên quan đến phần mềm thì gần như người dùng không được hoàn trả nếu vi phạm điều kiện hoàn trả bao gồm bao bì không còn

¹⁵³ Đặc điểm này được biết đến phổ biến qua thuật ngữ “take it or leave it”, là một đặc điểm đặc trưng của các hợp đồng theo mẫu (rolling contracts) trong lý thuyết hợp đồng cổ điển được pháp luật của các quốc gia ở cả hệ thống Luật Thành văn lẫn Thông Luật công nhận và có những nguyên tắc riêng khi áp dụng cho các loại hợp đồng này. Đọc thêm các phân tích sâu hơn về lý thuyết hợp đồng theo mẫu của các tác giả Robert A. Hillman, Rolling Contracts, 71 Fordham L. Rev. 743 (2002) và William Lawrence, Rolling Contracts Rolling Over Contract Law, 41 SAN DIEGO L. REV. 1099, 1116–17 (2004). Luận án sẽ phân tích sâu hơn đặc tính này của loại hợp đồng này ở phần tiếp theo của Phần 1.

¹⁵⁴ Xem chi tiết Chính sách đổi trả của FPT Shop tại <https://fptshop.com.vn/ho-tro/chinh-sach-doi-san-pham>, Chính sách đổi trả của Cửa hàng Thế Giới Di Động tại: <https://www.thegioididong.com/chinh-sach-bao-hanh-san-pham>, Chính sách đổi trả của BestBuy: <https://www.bestbuy.com/site/help-topics/return-exchange-policy/pcmcat260800050014.c?id=pcmcat260800050014>. Truy cập ngày 24/2/2018.

nguyên tem dấu.¹⁵⁵ Do vậy, các vấn đề phát sinh liên quan đến đặc tính này của các hợp đồng điện tử được giao kết qua website vẫn còn chưa được giải quyết một cách triệt để, ngay cả khi nền tảng lý thuyết của chúng đã được xác nhận và có nhiều giải pháp pháp lý được áp dụng từ rất lâu.

Cũng có nhiều nghiên cứu cho rằng các EULA ít khi gây hại.¹⁵⁶ Phần lớn các hợp đồng ở Hoa Kỳ là hợp đồng theo mẫu và bất kỳ quy tắc nào tự động vô hiệu hóa chúng sẽ không thể thực hiện được. Riêng về mặt này, các EULA về phần mềm không khác với hầu hết các hợp đồng thị trường đại chúng khác, bao gồm cả các hợp đồng được ký kết thực sự. Tuy nhiên, “sự trầm trọng” của đặc tính “theo mẫu” của loại hợp đồng điện tử còn trở nên nan giải hơn xuất phát từ một yếu tố chủ quan khác, chính là từ hình thức thể hiện của chúng. Cách thức thể hiện của các hợp đồng điện tử giao kết qua trang thông tin điện tử cũng có tác động nhất định, nếu không muốn nói là khá lớn, đến kết quả giao kết của hợp đồng. Như Clayton Gillette (2005) nhận định: *“Những người tiêu dùng phải đối mặt với các hợp đồng clickwrap, shrinkwrap, hay browsewrap thường có xu hướng làm ngơ trước các điều khoản quy định trên hoặc bên trong bao bì chứa sản phẩm, trên mạng tại thời điểm đặt hàng, hoặc trong các bao bì đến kèm với sản phẩm hàng hóa sau khi hàng được đặt trước.”*¹⁵⁷ Đây cũng là một tính chất đặc biệt và đặc trưng gắn liền với loại hợp đồng điện tử này. Khi các khung hoặc trang web chứa nội dung các điều khoản

¹⁵⁵ Xem thêm chi tiết Chính sách Hoàn trả của Microsoft: <http://banquyenphanmem.org/tra-lai-hoan-tien.html>, truy cập ngày 24/2/1018.

¹⁵⁶ Joseph. M. Perillo, Corbin on contracts, (rev. Ed. 1993); Todd D. Radkoff, Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction, 96 HARV. L. REV. 1173, 1218-25 (1983).

¹⁵⁷ Winn, J. K., & Bix, B. H. (2006), Sđd., tr.176. Bản gốc lời bình phát biểu tại Clayton P. Gillette, Pre-Approved Contracts for Internet Commerce, 42 Hous.L.Rev. 975, 975-76 (2005), Gillette tiếp tục thể hiện quan điểm trên như sau: *“Việc không đọc các thuật ngữ có thể được tiên đoán dựa trên các phán đoán hợp lý về tỷ lệ lỗi thấp hoặc do không thể tìm ra các điều khoản áp đặt, ép buộc này hoặc do không có khả năng đàm phán về chúng. Tuy nhiên, xu hướng bỏ qua các điều khoản này có thể trầm trọng hơn do các lỗi về nhận thức, các hình thức hạn chế khác hoặc những lần lướt thông tin thậm chí khiến người tiêu dùng có đọc cũng hiểu sai về những rủi ro khi mua hàng, hoặc áp dụng tỷ lệ chiết khấu không phù hợp với rủi ro mà họ chịu, dẫn đến tính toán sai lệch các điều khoản không thuận lợi.”*

và điều kiện của hợp đồng xuất hiện trên màn hình máy tính, màn hình điện thoại, trên các đường dẫn, hoặc thậm chí dán trên các sản phẩm mà người dùng cầm trên tay, vẻ ngoài hình thức kém hấp dẫn của chúng dường như là yếu tố làm nản lòng bất kỳ khách hàng nào, dù họ có mong muốn tìm hiểu chúng đến đâu cũng dễ dàng nhận thấy sự thôi thúc muốn nhanh chóng sử dụng sản phẩm làm cho lu mờ đi, tác động đến quyết định giao kết hợp đồng của khách hàng, ngay cả khi họ chưa đọc và cân nhắc kỹ lưỡng nội dung của chúng.

2.4 Giới hạn bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ của chủ sở hữu phần mềm trong các hợp đồng cấp quyền người dùng cuối.

Với những kết quả đã trình bày ở trên, tác giả nhấn mạnh tầm quan trọng của việc Tòa án cần giữ quan điểm công nhận EULA là các hợp đồng theo mẫu. EULA không chỉ là công cụ của nhà sản xuất phần mềm nhằm bảo vệ quyền lợi của mình về quyền sở hữu trí tuệ, mà còn là các căn cứ làm phát sinh nghĩa vụ của họ đối với người dùng cuối. Hay nói cách khác, giới hạn miễn trách của nhà cung cấp phần mềm chỉ được phép trong phạm vi quyền sở hữu trí tuệ đối với sản phẩm phần mềm hoặc chương trình mà họ bán ra, kèm theo với các quy định liên quan đến hạn chế cạnh tranh và cạnh tranh không lành mạnh trong phạm vi sản phẩm đã hoặc chưa đăng ký bảo hộ.

Với cách tiếp cận này, Tòa án sẽ có nhiều quyền hơn trong việc giải thích hợp đồng, đồng thời không áp dụng một cách cứng nhắc các quy định của hợp đồng theo mẫu đã được quy định trước đó trong pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

Ví dụ, tại Điều 16 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010 có quy định một số điều khoản của hợp đồng giao kết với người tiêu dùng, điều kiện giao dịch chung không có hiệu lực như:

- Loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đối với người tiêu dùng theo quy định của pháp luật;
- Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đơn phương thay đổi điều kiện của hợp đồng đã thỏa thuận trước với người tiêu dùng hoặc quy tắc,

quy định bán hàng, cung ứng dịch vụ áp dụng đối với người tiêu dùng khi mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ không được thể hiện cụ thể trong hợp đồng;

- Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ quy định hoặc thay đổi giá tại thời điểm giao hàng hóa, cung ứng dịch vụ;

- Loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ trong trường hợp tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ thông qua bên thứ ba;

- Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ chuyển giao quyền, nghĩa vụ cho bên thứ ba mà không được người tiêu dùng đồng ý.

Điều 16 dường như mang lại sự bảo vệ rất lớn cho người dùng cuối nếu Tòa án công nhận EULA là hợp đồng theo mẫu, tuy nhiên, trong bối cảnh đối tượng của EULA là các quyền sở hữu trí tuệ rất dễ bị xâm phạm, dễ bị sao chép, biến đổi và EULA thực chất chỉ chuyển giao quyền sử dụng chứ không chuyển giao quyền sở hữu, thì quy định này không thỏa đáng với các nhà sản xuất chương trình. Thậm chí nó có thể tổn hại đến quyền sở hữu trí tuệ và khả năng sáng tạo của tác giả chương trình. Do đó, nhà làm luật cần có sự hướng dẫn cụ thể đối với trường hợp của EULA. Cần phải xem EULA là một loại hợp đồng theo mẫu đặc biệt, trao quyền cho Tòa án được xem xét mức độ bảo vệ trong từng trường hợp để cân bằng lợi ích giữa người dùng cuối và các nhà sản xuất/cung cấp chương trình máy tính hoặc phần mềm.

Do đó, pháp luật Việt Nam nói riêng rất cần thiết phải có văn bản hướng dẫn riêng đối với các EULA. Việc chỉ áp dụng chung quy định hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung của luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng cho EULA theo cách hiểu của luật hiện nay là không hợp lý.

Kết luận chương 2

Chương này giới thiệu về hợp đồng cấp quyền người dùng cuối (EULA) như là một trong những loại thỏa thuận điện tử phổ biến nhất hiện nay, có tác động rất lớn đến nhiều khía cạnh của đời sống con người. Bởi có vai trò quan trọng như vậy đối với thị trường phần mềm, sự tác động của EULA lên các bên ngày càng lớn, đặc biệt là với các chủ thể là người dùng cuối. Tuy nhiên, còn nhiều tranh cãi về bản chất của EULA, dẫn đến việc áp dụng và giải thích các hợp đồng này còn nhiều quan điểm trái chiều, chưa được nhất quán.

Trên cơ sở xác định các tính chất và mô tả của EULA, tác giả chứng minh và khẳng định hai bản chất cơ bản của EULA là: (i) EULA là một hợp đồng, chứ không phải chỉ là một giấy phép cấp quyền sử dụng từ chủ sở hữu phần mềm cho người dùng cuối; và (ii) các EULA mang tính theo mẫu. Từ đó làm nền tảng định hướng cho pháp luật điều chỉnh loại hợp đồng này tại thị trường Việt Nam trong chương tiếp theo.

Từ đó tác giả đưa ra một số giải pháp mang tính hệ thống để giải quyết vấn đề bảo vệ quyền lợi của người dùng cuối đối với các thông tin cá nhân của người dùng theo hướng Tòa án cần tiếp cận EULA như là các hợp đồng theo mẫu. Tuy nhiên, vì đối tượng của các hợp đồng này là quyền sở hữu trí tuệ, và nhà cung cấp chỉ cấp quyền sử dụng chứ không chuyển giao toàn bộ quyền sở hữu, nên Tòa án phải xem xét trong từng trường hợp cụ thể đối với giới hạn trách nhiệm của nhà sản xuất trong các EULA.

CHƯƠNG 3

QUYỀN CỦA NGƯỜI DÙNG TRONG CÁC GIAO DỊCH LIÊN QUAN ĐẾN HỢP ĐỒNG CẤP QUYỀN NGƯỜI DÙNG CUỐI

3.1 Người dùng cuối trong hợp đồng cấp quyền người dùng cuối

3.1.1 Người dùng cuối và người tiêu dùng

Trên thị trường đại chúng, chúng ta thường bắt gặp và nghe đến thuật ngữ “người tiêu dùng” nhiều hơn là “người dùng cuối”. Tuy nhiên, mối quan hệ giữa hai đối tượng này là bao hàm lẫn nhau và cần được phân biệt để hiểu rõ vị trí của người dùng cuối trong EULA và trong các quan hệ pháp luật nhằm bảo vệ quyền lợi của người dùng. Phần này sẽ tiếp cận khái niệm “người dùng cuối” (End user) dưới góc độ so sánh với khái niệm “người tiêu dùng” (Consumer).

Có thể tìm thấy các định nghĩa về “Người tiêu dùng” trong hầu hết luật của các quốc gia và từ điển pháp lý. Theo từ điển Cambridge, người tiêu dùng là *“một người mua các hàng hóa hoặc dịch vụ để phục vụ cho các mục đích riêng của mình.”*¹⁵⁸ Về mặt chủ thể, tùy quan điểm của pháp luật mỗi quốc gia mà người tiêu dùng có bao hàm luôn cả cá nhân và tổ chức hay không.

Ví dụ như trong Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng số 59/2010/QH12 của Quốc hội nước CHXHCN Việt Nam ban hành ngày 1/7/2011 (**“Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010”**) đưa ra định nghĩa người tiêu dùng tương tự như khái niệm “consumer” trong từ điển của Cambridge, nhưng chủ thể mua được gọi là người mua, không chỉ rõ là cá nhân hay tổ chức, và mục đích của việc mua được giới hạn là tiêu dùng và sinh hoạt của cá nhân, gia đình và tổ chức.¹⁵⁹

Luật Bảo vệ người tiêu dùng của Mỹ định nghĩa người tiêu dùng là những cá nhân “individuals” mua, sử dụng, bảo quản và thải bỏ các sản phẩm và dịch vụ, là

¹⁵⁸ Nguyễn văn tiếng Anh: “person who buys goods or services for their own use”. Xem thêm tại Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/consumer> truy cập ngày 24/3/2020.

¹⁵⁹ Điều 3.1 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010.

những người sử dụng sản phẩm cuối cùng.¹⁶⁰ Với khái niệm này, theo quan điểm của Hoa Kỳ, người tiêu dùng chỉ bao gồm các cá nhân mà không có các tổ chức hay pháp nhân.

Tương tự như vậy, theo luật của EU, người tiêu dùng phải là một người tự nhiên (natural person), và hoạt động ngoài phạm vi của một hoạt động kinh tế (hoạt động thương mại, kinh doanh, ngành nghề thủ công, nghề tự do).¹⁶¹ Khái niệm người tiêu dùng không mở rộng cho các pháp nhân, ngay cả khi họ có tính chất phi kinh doanh (ví dụ: các hiệp hội phi lợi nhuận). Tòa án Công lý đã kiên quyết cho rằng các định nghĩa về người tiêu dùng của EU không được đưa ra một cách giải thích rộng hơn. Điều này không ngăn cản Liên minh EU áp dụng các quy định rộng rãi hơn trong luật pháp quốc gia trong các lĩnh vực được bảo vệ bởi sự hài hòa tối thiểu. Các hệ thống pháp lý của Liên minh EU thay đổi rất nhiều về phạm vi của khái niệm người tiêu dùng. Ví dụ trong Thông báo của Ủy ban 2004 giải thích về Luật Cạnh tranh EU 2004 lại đưa ra giải thích: “*Người tiêu dùng bao gồm tất cả người dùng trực tiếp của sản phẩm được thỏa thuận trong thỏa thuận, bao gồm các nhà sản xuất sử dụng các sản phẩm làm đầu vào, nhà bán buôn, nhà bán lẻ, và người tiêu dùng cuối cùng, tức là những người tự nhiên đang hành động cho các mục đích ngoại thương mại hoặc nghề nghiệp của họ.*”¹⁶²

Phần lớn các nước trong Liên minh đều có một định nghĩa bao quát, áp dụng theo Luật về Người tiêu dùng (ví dụ: Áo, Đức, Ba Lan). Một số có một vài định

¹⁶⁰ Ngoài ra trong các án lệ, người tiêu dùng còn được xác định dựa trên một số đặc điểm khác như: “Người tiêu dùng là những người bị ảnh hưởng bởi chính sách giá, thực tiễn tài chính, chất lượng hàng hóa và dịch vụ, báo cáo tín dụng, thu nợ và các hoạt động thương mại khác mà luật bảo vệ người tiêu dùng của tiểu bang và liên bang ban hành.” Xem thêm tại *Bowe v. SMC Elec. Prods.*, 945 F. Supp. 1482, 1485 (D. Colo. 1996).

¹⁶¹ Rafal Manko, The notion of “consumer” in EU law, Library Briefing: Library of the European Parliament, 130477REV1, 2013, link truy cập tại: <http://www.library.ep.ec> – <http://libraryeuroparl.wordpress.com>.

¹⁶² Daskalova, Victoria I., Consumer Welfare in EU Competition Law: What is It (Not) About? (May 1, 2015). The Competition Law Review (2015), Vol. 11, Issue 1, pp 131- 160; TILEC Discussion Paper No. 2015-011.

nghĩa, tùy thuộc vào bối cảnh. Tuy nhiên, ở Pháp, khái niệm về người tiêu dùng hoàn toàn không được định nghĩa, và nó tùy thuộc vào các tòa án để quyết định xem trong những trường hợp cụ thể, ai đó có nên được coi là người tiêu dùng hay không.¹⁶³

Tuy nhiên, hầu hết pháp luật các quốc gia, bao gồm luôn cả luật Việt Nam, đều không đề cập đến khái niệm “Người dùng cuối”.

Từ điển Blacklaw dictionary đưa ra khái niệm tương đối khái quát: “*Người dùng cuối là người thực tế sử dụng một sản phẩm, hệ thống hoặc quy trình có thể chuyển giao*”.¹⁶⁴ Từ điển Cambridge định nghĩa “Người dùng cuối” là “*cá nhân hoặc tổ chức sử dụng một cái gì đó hơn là một tổ chức thực hiện việc mua bán thứ đó*”.¹⁶⁵ Có thể thấy, nếu người dùng cuối được xác định tập trung vào mục đích sử dụng thì trong khái niệm người tiêu dùng, từ điển chỉ nói một cách khái quát là mục đích riêng, không cụ thể. Như vậy xét về mục đích thì người tiêu dùng sẽ có mục đích đa dạng hơn so với người dùng cuối. Ngoài ra, chủ thể là người dùng cuối bao gồm cả cá nhân và tổ chức, thay vì chỉ nói đến cá nhân.

Trên thực tế, người dùng cuối chỉ được sử dụng để chỉ người sử dụng các sản phẩm phần mềm hay hệ thống máy tính. Người dùng cuối là cá nhân sử dụng sản phẩm sau khi sản phẩm được phát triển và đưa ra thị trường. Thuật ngữ này hữu ích vì nó phân biệt hai lớp người dùng, người dùng yêu cầu một sản phẩm thành phẩm, toàn vẹn, không có lỗi (tức là người dùng cuối) và người dùng có thể sử dụng cùng một sản phẩm nhưng cho mục đích phát triển thêm hoặc mục đích khác ngoài sử dụng.

Tóm lại, khái niệm “Người dùng cuối” sẽ có phạm vi hẹp hơn và bị bao hàm bởi “Người tiêu dùng”, thường ngụ ý chỉ một cá nhân/tổ chức có trình độ chuyên

¹⁶³ Rafal Manko, tlđd.

¹⁶⁴ Nguyễn văn tiếng Anh: “Actual person who uses a deliverable, be it a product or a system or a process.” Xem tại: <https://thelawdictionary.org/end-user/> truy cập ngày 29/3/2020.

¹⁶⁵ Nguyễn văn tiếng Anh: “the person or organization that uses something rather than an organization that trades in it”. Xem thêm tại Cambridge Dictionary Online, <https://dictionary.cambridge.org/vi/dictionary/english/end-user> truy cập ngày 24/3/2020.

môn máy tính tương đối thấp. Trừ khi bạn là một lập trình viên hoặc kỹ sư, bạn gần như chắc chắn là người dùng cuối.

3.1.2 Người dùng cuối tại Việt Nam

Theo số liệu thống kê trong lĩnh vực công nghệ năm 2019,¹⁶⁶ dân số Việt Nam đạt mốc xấp xỉ 97 triệu dân, với tỷ lệ dân thành thị là 36%. Cùng trong năm này, có 64 triệu người sử dụng internet, tăng đến 28% so với năm 2017. Trong đó, có tới 58 triệu người dùng mạng xã hội trên thiết bị di động tính đến đầu năm 2019, con số này tăng đến 8 triệu người dùng so với cùng kỳ năm trước. So với thế giới, số người dùng internet của Việt Nam đang đứng thứ 12 thế giới, cao hơn cả Vương quốc Anh, Pháp, Ý và Hàn Quốc.

Cùng với sự phát triển của công nghệ, các dòng điện thoại phân khúc tầm trung – thấp liên tục được ra đời giúp cho nhiều người có thể dễ dàng sở hữu những chiếc điện thoại thông minh và tiếp cận với internet. Mặc dù dân số chỉ đạt 96.96 triệu người nhưng số thuê bao điện thoại đã được đăng ký lên tới 143.3 triệu số. Điều này cho thấy phần đông người dân Việt Nam đã tiếp cận với điện thoại di động thông minh và cũng không ít người sử dụng 2-3 chiếc điện thoại cùng một lúc để phục vụ cho cuộc sống, cũng như công việc.

Theo số liệu thống kê internet Việt Nam 2019,¹⁶⁷ người dùng Việt Nam dành trung bình tới 6 giờ 42 phút mỗi ngày để tham gia các hoạt động liên quan tới mạng Internet. Báo cáo cũng đề cập thêm, người dùng Việt Nam dùng trung bình 2 giờ 32 phút để dùng mạng xã hội, 2 giờ 31 phút để xem các stream hoặc các video trực tuyến và dùng 1 giờ 11 phút để nghe nhạc. 94% là tỷ lệ người dùng Internet ở Việt Nam sử dụng internet hàng ngày. Và 6% là số người sử dụng Internet ít nhất một lần trong tuần. Nhìn vào số liệu thống kê ta có thể thấy, người dùng internet ở Việt Nam không tách rời các hoạt động liên quan đến internet quá một tuần.

¹⁶⁶ Báo cáo Digital Marketing Việt Nam 2019, VNTWORK, Xem chi tiết tại: <https://vnetwork.vn/news/cac-so-lieu-thong-ke-internet-viet-nam-2019> truy cập ngày 29/3/2020.

¹⁶⁷ Bộ Công Thương – Cục TMDT và KTS, Sách trắng Thương mại Điện tử Việt Nam năm 2019. Truy cập tại idea.gov.vn.

Về cơ sở hạ tầng, tốc độ truy cập internet vẫn tăng trưởng hàng năm. Cụ thể theo báo cáo, tốc độ truy cập internet trung bình ở điện thoại là 21.56 MBPS (tăng 6.1% so với năm ngoái) và ở máy tính là 27.18 MBPS (tăng 9.7%). Thời gian sử dụng internet của người dùng Việt luôn gia tăng với tốc độ cao. Đó là vì ngày càng có nhiều các ứng dụng web hữu ích nhận được sự tin tưởng lớn từ người dùng internet hiện nay. Để có được sự tin tưởng lớn từ người dùng internet là cả một hành trình tranh đấu giữa các doanh nghiệp cung cấp ứng dụng website với bọn tội phạm mạng.

Trong số 64 triệu người dùng internet tại Việt Nam 2019, thì số lượng người dùng truy cập bằng thiết bị di động là 61.73 triệu người (chiếm 96% số người sử dụng internet). Trong số 143.3 triệu số thuê bao được đăng ký thì có tới 45% đã đăng ký 3G và 4G. Theo thống kê 2019, có tới hơn 2.7 tỷ lượt tải về các ứng dụng trên điện thoại và số tiền người tiêu dùng chi ra cho những ứng dụng này là 161.6 triệu \$, trung bình một ngày mỗi người chạm vào điện thoại hơn 150 lần, và chỉ từ năm 2018 đến 2019, số lượng người dùng mạng xã hội trên thiết bị di động đã tăng đến 16%.

Tần suất người dùng sử dụng internet ngày càng lớn, kéo theo đó là các dịch vụ kinh doanh qua internet cũng phát triển mạnh. Các dịch vụ tăng tốc độ truyền tải website luôn được quan tâm. Hai ứng dụng được sử dụng phổ biến nhất hiện nay, thu hút được nhiều người sử dụng nhất, đó là Youtube và Facebook. Có thể thấy hai ứng dụng này đều cung cấp dịch vụ liên kết mạng xã hội với nhiều hình thức giải trí khác nhau. Ngoài ra, nếu Youtube chi mạnh ở mảng thông tin và giải trí, Facebook có thể mạnh với khả năng phát triển thành trang thương mại điện tử với lượng người truy cập và mua hàng khổng lồ.

Các số liệu thống kê mới nhất cho thấy, hiện nay người dùng cuối chiếm số lượng khổng lồ và con số ngày càng tăng lên. Người dùng cuối tại thị trường Việt Nam chủ yếu sử dụng các ứng dụng trên thiết bị di động nhiều hơn so với các chương trình phần mềm gắn với máy tính xách tay hay máy tính bàn truyền thống. Do đó, có thể thấy chủ yếu các EULA mà người dùng cuối tại Việt Nam giao kết

đều là các EULA gắn kèm với các thiết bị di động, dưới hình thức hợp đồng tồn tại trên website (hoặc chủ yếu là các rolling contract), bao gồm cả hai loại phổ biến nhất là hợp đồng nhấp chuột (click-wrap contract) và hợp đồng trình duyệt (browse-wrap contract). Nhưng hầu hết các ứng dụng di động trên điện thoại thông minh hay các máy tính bảng hiện nay đều được thiết kế chủ yếu theo mô hình của click-wrap contract. Nếu tính trung bình mỗi điện thoại di động chứa 10 ứng dụng thì ít nhất, một người dùng cuối sẽ giao kết 10 EULA, chưa kể các cập nhật qua thời gian. Với 2,7 tỷ lượt tải ứng dụng, tức là tương ứng với 2,7 tỷ EULA được giao kết. Con số khổng lồ này cho thấy khả năng tác động của EULA đến thói quen tiêu dùng và quyền lợi của người dùng cuối tại Việt Nam là vô cùng lớn.

3.1.3 Quyền của người dùng cuối trong pháp luật Việt Nam và pháp luật các nước

Như được khẳng định tại phần đầu của chương này, người dùng cuối là một bộ phận của người tiêu dùng. Do đó, những các quyền cơ bản mà người tiêu dùng được công nhận thì người dùng cuối cũng sẽ có những quyền đó.

Ngày 15 tháng 3 năm 1962, cố Tổng thống Hoa Kỳ John F. Kennedy đã tuyên bố trong một bài phát biểu tại Thượng viện Mỹ rằng “*Người tiêu dùng bao gồm tất cả chúng ta. Đây là nhóm đối tượng lớn nhất trong nền kinh tế, tương tác với hầu hết các quyết định kinh tế. Tuy nhiên, dù quan trọng như thế, nhưng ý kiến và quan điểm của người tiêu dùng lại không được lắng nghe.*” Cũng trong bài phát biểu này, cố Tổng thống John J. Kennedy đã chỉ ra 04 quyền cơ bản của người tiêu dùng, cụ thể như sau:¹⁶⁸

- Quyền được an toàn: Hàng hóa không được gây hại cho người tiêu dùng.
- Quyền được cung cấp thông tin: Doanh nghiệp nên cung cấp thông tin đầy đủ, chính xác để người tiêu dùng có thể đưa ra lựa chọn đúng đắn..., người tiêu

¹⁶⁸ Papers of John F. Kennedy. Presidential Papers. President's Office Files. Speech Files. Special message to Congress on protecting consumer interest, 15 March 1962. Link: <https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028> truy cập ngày 1/4/2020.

dùng được bảo vệ khỏi những thông tin gây nhầm lẫn trong lĩnh vực quảng cáo, tài chính, gắn nhãn, v.v.

- Quyền được lựa chọn hàng hoá, dịch vụ: Người tiêu dùng được tự do lựa chọn hàng hóa và doanh nghiệp cung cấp hàng hóa.

- Quyền được lắng nghe, góp ý: Người tiêu dùng có quyền phản ánh, khiếu nại về hàng hóa và quyền nhận được sự xem xét, giải quyết triệt để và hiệu quả các phản ánh, khiếu nại đó.

Năm 1985, nội dung về quyền của người tiêu dùng được Liên hợp quốc (United Nations – UN) công nhận và mở rộng ra thành 08 quyền cơ bản của người tiêu dùng trong tài liệu Hướng dẫn của Liên hợp quốc về Bảo vệ người tiêu dùng (United Nations Guidelines on Consumer Protection). Cụ thể như sau:¹⁶⁹

- Quyền được bảo đảm an toàn tính mạng, sức khỏe, tài sản, quyền và lợi ích hợp pháp khác khi tham gia giao dịch, sử dụng hàng hóa, dịch vụ.

- Quyền được yêu cầu bồi thường khi hàng hóa, dịch vụ không đúng với công bố, niêm yết, quảng cáo hoặc cam kết.

- Quyền được lựa chọn, quyết định tham gia hoặc không tham gia giao dịch, các nội dung thỏa thuận về hàng hóa, dịch vụ.

- Quyền được góp ý kiến về giá cả, chất lượng hàng hóa, dịch vụ, phóng cách phục vụ, phương thức giao dịch và nội dung khác liên quan đến giao dịch.

- Quyền được tham gia xây dựng và thực thi chính sách, pháp luật về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

- Quyền được cung cấp thông tin chính xác, đầy đủ về tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ; nội dung giao dịch; nguồn gốc, xuất xứ hàng hóa; được cung cấp hóa đơn, chứng từ, tài liệu liên quan về hàng hóa, dịch vụ.

- Quyền được khiếu nại, tố cáo, khởi kiện theo quy định.

¹⁶⁹ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Guidelines for Consumer Protection, New York and Geneva, 2016. Link: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditceplpmisc2016d1_en.pdf truy cập ngày 1/4/2020.

- Quyền được tư vấn, hỗ trợ, hướng dẫn kiến thức về tiêu dùng hàng hóa, dịch vụ.

Từ những quyền cơ bản này, Hướng dẫn của Liên hợp quốc cũng đưa ra những kiến nghị cụ thể cho các Chính phủ trong chính sách bảo vệ người dùng trong một số lĩnh vực cụ thể.

Riêng đối với người dùng cuối trong các giao dịch liên quan đến ứng dụng, phần mềm và chương trình thương mại điện tử, Liên hợp quốc khuyến khích các quốc gia nên có chính sách bảo vệ người tiêu dùng thích đáng trong các giao dịch điện tử và có các chính sách ngang bằng như các phương thức giao dịch trực tiếp khác. Ngoài ra, Liên hợp quốc cũng khuyến nghị rà soát các văn bản pháp luật của các nước để đảm bảo thích nghi với các hình thức thương mại điện tử.

Đặc biệt là đối với quyền riêng tư của người dùng và khả năng bị lạm dụng từ các hợp đồng theo mẫu. Cụ thể tại mục IV.11.(e) của Hướng dẫn ghi rõ: *“Doanh nghiệp nên bảo vệ quyền riêng tư của người tiêu dùng thông qua kết hợp kiểm soát thích hợp, bảo mật, cơ chế minh bạch và sự đồng ý của người dùng liên quan đến việc thu thập và sử dụng thông tin cá nhân của họ”*.¹⁷⁰ Và tại mục 26 của Hướng dẫn, Liên hợp quốc cũng chỉ rõ *“Người tiêu dùng cần được bảo vệ khỏi việc bị lạm dụng từ các quan hệ hợp đồng như các hợp đồng mẫu một bên, thỏa thuận loại trừ các quyền thiết yếu trong hợp đồng và các điều kiện bất bình đẳng quy định bởi người bán.”*¹⁷¹

¹⁷⁰ Nguyễn văn tiếng Anh: *“Businesses should protect consumers’ privacy through a combination of appropriate control, security, transparency and consent mechanisms relating to the collection and use of their personal data.”* Xem thêm tại: United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Guidelines for Consumer Protection, New York and Geneva, 2016.

Link: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_en.pdf truy cập ngày 1/4/2020.

¹⁷¹ Nguyễn văn tiếng Anh: *“Consumers should be protected from such contractual abuses as one-sided standard contracts, exclusion of essential rights in contracts and unconscionable conditions of credit by sellers.”* UNCTAD, tldd.

Với những định hướng này về chính sách này, các quốc gia sẽ luật hóa và ban hành các quy định phù hợp và đầy đủ để bảo vệ các quyền của người dùng cuối trước các nguy cơ bị lạm dụng quyền từ các giao dịch mạng và thương mại điện tử.

Như vậy có thể thấy, hầu hết các hướng dẫn của Liên hợp quốc về bảo vệ quyền của người tiêu dùng, bao gồm cả trong môi trường mạng và thương mại điện tử, chỉ chú trọng đến bảo vệ quyền riêng tư với thông tin cá nhân, và hạn chế khả năng bị lạm dụng bởi các hợp đồng mẫu, không thấy đề cập đến bảo vệ quyền tài sản của người dùng đối với các tài sản ảo từ môi trường internet. Đây có thể là một thiếu sót khá lớn ở góc độ bảo vệ quyền của người dùng cuối trong bối cảnh các giao dịch mạng phát triển vô cùng mạnh mẽ như hiện nay. Vì thế, theo quan điểm của tác giả, quyền của người dùng cuối cần được tiếp cận ở hai góc độ: (1) Quyền tài sản của người dùng cuối phát sinh từ tài sản ảo; và (2) Quyền nhân thân bao gồm các quyền riêng tư đối với thông tin cá nhân đã được chấp nhận cung cấp qua các EULA.

a. Pháp luật bảo vệ người dùng cuối của Việt Nam

Với vai trò là người tiêu dùng, các quyền của người dùng cuối tại Việt Nam được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự 2015 như bên mua trong các giao dịch dân sự và được cụ thể hóa các quyền căn bản trong Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010.¹⁷² Riêng đối với quyền lợi của người tiêu dùng trong các hợp đồng theo mẫu/điều kiện giao dịch chung, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010 có quy định một số các điều khoản gây bất lợi cho người dùng mà nếu quy định trong hợp đồng thì sẽ không có hiệu lực như:¹⁷³

- a) Loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đối với người tiêu dùng theo quy định của pháp luật;
- b) Hạn chế, loại trừ quyền khiếu nại, khởi kiện của người tiêu dùng;

¹⁷²8 quyền căn bản của người tiêu dùng được quy định tại Điều 8, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010.

¹⁷³Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010, Điều 16.

c) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đơn phương thay đổi điều kiện của hợp đồng đã thỏa thuận trước với người tiêu dùng hoặc quy tắc, quy định bán hàng, cung ứng dịch vụ áp dụng đối với người tiêu dùng khi mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ ***không được thể hiện cụ thể trong hợp đồng***;

d) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đơn phương xác định người tiêu dùng không thực hiện một hoặc một số nghĩa vụ;

đ) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ quy định hoặc thay đổi giá tại thời điểm giao hàng hóa, cung ứng dịch vụ;

e) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ giải thích hợp đồng trong trường hợp điều khoản của hợp đồng được hiểu khác nhau;

g) Loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ trong trường hợp tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ thông qua bên thứ ba;

h) Bắt buộc người tiêu dùng phải tuân thủ các nghĩa vụ ngay cả khi tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ không hoàn thành nghĩa vụ của mình; và

i) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ chuyển giao quyền, nghĩa vụ cho bên thứ ba ***mà không được người tiêu dùng đồng ý trước***.

Người tiêu dùng cần phải khởi kiện ra Tòa án để yêu cầu tuyên bố và xử lý điều khoản của hợp đồng giao kết với người tiêu dùng, điều kiện giao dịch chung vi phạm những trường hợp trên.

Về bảo vệ các quyền của người dùng cuối trong môi trường mạng, Việt Nam bước đầu đã xây dựng một số các văn bản quy phạm pháp luật làm nền tảng bảo đảm quyền của người dùng trong các giao dịch điện tử như Luật Giao dịch điện tử ngày 29/11/2005, Luật Công nghệ thông tin ngày 29/6/2006, và Luật an toàn thông tin mạng số 86/2015/QH13 ngày 19/11/2015 và các văn bản hướng dẫn liên quan.

Gần đây nhất, Nghị định 15/2020/NĐ-CP Quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, tần số vô tuyến điện, công nghệ thông tin và giao dịch điện tử ("**Nghị định 15/2020/NĐ-CP**") do Chính Phủ ban hành ngày 3/2/2020, vừa bắt đầu có hiệu lực từ 15/4/2020. Nghị định này đã cụ thể các

mức phạt có liên quan đến xâm phạm một số quyền của người dùng cuối khi sử dụng các sản phẩm phần mềm và giao dịch điện tử đã được đề cập ở các Luật Giao dịch điện tử, Luật Công nghệ thông tin, Luật an toàn thông tin mạng và Luật An ninh mạng.

Ở đây, có thể thấy Nghị định 15/2020/NĐ-CP đã đưa vào xử phạt đối với một số hành vi liên quan đến bảo vệ quyền nhân thân và các quyền khác của người dùng cuối như hành vi không công bố hoặc công bố không đầy đủ nội dung thông tin trên sản phẩm hoặc bao gói của sản phẩm nội dung thông tin số hoàn chỉnh (Điều 74); hành vi mạo danh khi gửi thông tin trên môi trường mạng (Điều 77); không có các hệ thống bảo đảm quyền lợi cho người dùng cuối là trẻ em khi sử dụng chương trình. (Điều 77); hành vi gửi thư rác hoặc tin nhắn rác hoặc thư quảng cáo mang tính quấy nhiễu người dùng bằng nhiều hình thức khác nhau mà **chưa được người nhận/người dùng đồng ý hoặc đã bị họ từ chối** (Điều 82, 94); hành vi không ngăn chặn hoặc không trang bị đủ các yêu cầu kỹ thuật khác nhằm giảm hoặc ngăn chặn tin rác cho người dùng (Điều 82, 94); thu thập thông tin cá nhân khi **chưa có sự đồng ý** của chủ thể thông tin cá nhân về phạm vi, mục đích của việc thu thập và sử dụng thông tin đó. (Điều 84); không bảo mật, tiết lộ, cung cấp, bán hoặc lưu trữ thông tin liên quan đến người dùng cho bên thứ ba mà **chưa có sự chấp thuận hay đồng ý** của người dùng hoặc **khi đã có yêu cầu ngừng cung cấp** (Điều 84); sử dụng không đúng mục đích thông tin cá nhân **đã thỏa thuận** khi thu thập hoặc khi **chưa có sự đồng ý** của chủ thể thông tin cá nhân của người dùng (Điều 84); không thông báo cho chủ thể thông tin cá nhân sau khi hủy bỏ thông tin cá nhân đã lưu trữ hoặc chưa thực hiện được biện pháp phù hợp để bảo vệ thông tin cá nhân do yếu tố kỹ thuật (Điều 85); không cập nhật, sửa đổi, hủy bỏ thông tin cá nhân đã lưu trữ theo yêu cầu của chủ thể thông tin cá nhân hoặc không cung cấp cho chủ thể thông tin cá nhân quyền tiếp cận để tự cập nhật, sửa đổi, hủy bỏ thông tin cá nhân của họ (Điều 85); không hủy bỏ thông tin cá nhân đã được lưu trữ khi đã hoàn thành mục đích sử dụng hoặc hết thời hạn lưu trữ (Điều 85); và lưu trữ thông tin cá

nhân của người khác thu thập được trên môi trường mạng ***vượt quá thời gian quy định của pháp luật hoặc theo thỏa thuận giữa hai bên*** (Điều 103).

Đối với các tổ chức doanh nghiệp thiết lập mạng xã hội (như facebook, youtube, zalo, v.v.), Nghị định 15/2020/NĐ-CP sẽ xử lý các hành vi có khả năng làm ảnh hưởng đến quyền của người dùng mạng xã hội (Điều 100) như ***công khai không đầy đủ thỏa thuận cung cấp và sử dụng dịch vụ mạng xã hội trên trang chủ của mạng xã hội***; không có biện pháp bảo vệ bí mật thông tin riêng hoặc thông tin cá nhân của người sử dụng; ***không thông báo cho người sử dụng về quyền, trách nhiệm, rủi ro khi lưu trữ trao đổi, chia sẻ thông tin trên mạng***; ***không bảo đảm quyền quyết định của người sử dụng*** khi cho tổ chức, doanh nghiệp thiết lập mạng xã hội cung cấp thông tin cá nhân của họ cho bên thứ ba; không đăng ký, lưu trữ và quản lý thông tin cá nhân của người thiết lập trang thông tin điện tử cá nhân và người cung cấp thông tin khác trên mạng xã hội theo quy định; sử dụng thông tin cá nhân của người khác trên mạng xã hội nhưng ***chưa được sự đồng ý*** của cá nhân đó; và không công khai thỏa thuận cung cấp và sử dụng dịch vụ mạng xã hội trên trang chủ.

Riêng dịch vụ trò chơi điện tử trên mạng (Điều 104), Nghị định xử lý các hành vi xâm phạm quyền người chơi như ngừng cung cấp dịch vụ trò chơi điện tử khi thông báo trên trang thông tin điện tử cung cấp trò chơi điện tử ***chưa đủ 90 ngày*** hoặc báo cáo bằng văn bản với cơ quan nhà nước có thẩm quyền chưa đủ 15 ngày; không cung cấp thông tin về trò chơi điện tử trên mạng hoặc không phân loại trò chơi điện tử theo độ tuổi hoặc không khuyến cáo các tác động tiêu cực có thể xảy ra đối với người chơi trong các chương trình quảng cáo, trên trang thông tin điện tử của doanh nghiệp, trong từng trò chơi; không bảo đảm quyền lợi của người chơi theo đúng ***quy tắc của trò chơi điện tử đã công bố*** hoặc không có các giải pháp bảo đảm quyền lợi của người sử dụng khi ngừng cung cấp dịch vụ trò chơi điện tử trên mạng hoặc không tiếp nhận, giải quyết các tranh chấp phát sinh; và ***quy đổi vật phẩm ảo, đơn vị ảo, điểm thưởng được thành tiền hoặc thẻ thanh toán***

hoặc phiếu thưởng hoặc các hiện vật có giá trị giao dịch bên ngoài trò chơi điện tử dưới bất kỳ hình thức nào.

Với các hình thức phạt tiền lên đến vài chục triệu đồng đối với các hành vi vi phạm, kèm theo các hình thức phạt bổ sung khác, cho thấy các nhà làm luật Việt Nam đã nỗ lực trong việc xây dựng một cơ sở pháp lý tối thiểu để bảo vệ quyền lợi của các người dùng cuối tại Việt Nam. Tuy nhiên, với những quy định trên, tác giả có một số đánh giá như sau:

- Pháp luật Việt Nam về bảo vệ người dùng trong môi trường mạng đã có những tiếp thu và bổ sung kịp thời trước các hành vi xâm phạm thông tin cá nhân người dùng ở mức độ ngang bằng pháp luật của các quốc gia tiên tiến trên thế giới sẽ được giới thiệu ở phần sau đây.

- EULA chưa được công nhận một cách chính thức là các hợp đồng theo mẫu (hay điều kiện giao dịch chung đối với các browse-wrap contract) để áp dụng các quy định về hợp đồng theo mẫu. Như vậy, nếu xảy ra tranh chấp, các Tòa án cần được giải thích các EULA theo hướng là các hợp đồng theo mẫu hơn là các thỏa thuận cấp phép. Các EULA không nhất thiết phải bắt buộc đăng ký như quy định trong Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010,¹⁷⁴ vì hiệu quả của việc đăng ký không cao, nhưng ít nhất cần được thừa nhận là hợp đồng theo mẫu.

- Các hành vi có khả năng ảnh hưởng đến quyền của người dùng vẫn có thể được nhà cung cấp thực hiện mà không vi phạm luật nếu người dùng cuối đã cho phép (hoặc đã vô tình cho phép) dựa trên đặc tính giao kết của các EULA.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Căn cứ trên Quyết định 02/2012/QĐ-TTg ngày 13/1/2012 và Quyết định 35/2015/QĐ-TTg ngày 20/8/2015 thì hiện nay chỉ có 11 lĩnh vực hàng hóa, dịch vụ thiết yếu phải đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung với Sở Công Thương, bao gồm: (1) Cung cấp điện sinh hoạt, (2) Cung cấp nước sinh hoạt, (3) truyền hình trả tiền, (4) Dịch vụ điện thoại cố định mặt đất, (5) Dịch vụ thông tin cố định mặt đất, (6) Dịch vụ truy nhập internet, (7) Vận chuyển hành khách đường hàng không, (8) Vận chuyển hành khách đường sắt, (9) Mua bán căn hộ chung cư và các dịch vụ kèm theo, (10) Dịch vụ thẻ ngân hàng, vay vốn cá nhân, và (11) Bảo hiểm nhân thọ. Các EULA giữa người dùng cuối và nhà phát triển phần mềm, ứng dụng không nằm trong danh mục này.

¹⁷⁵ Xem phần tô đậm tại các nội dung bên trên.

- Thái độ của các nhà làm luật Việt Nam về phương diện tài sản ảo khá rõ ràng. Mặc dù có khá nhiều công trình nghiên cứu và ý kiến chuyên gia đề xuất việc công nhận tài sản ảo như một quyền tài sản,¹⁷⁶ nhưng pháp luật Việt Nam vẫn đứng trên tinh thần không công nhận quyền tài sản của người dùng cuối đối với tài sản ảo (bao gồm tất cả các giá trị phát sinh trong thế giới ảo và tiền ảo).

b. Bảo vệ người dùng cuối trong pháp luật một số quốc gia

b.1 Bảo vệ quyền riêng tư về thông tin cá nhân của người dùng cuối

**Pháp luật Hoa Kỳ*

Không giống như Việt Nam, có riêng một đạo luật về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, pháp luật liên quan đến bảo vệ các quyền của người dùng tại Hoa Kỳ bao gồm cả một hệ thống liên quan đến các lĩnh vực và mức độ khác nhau.

Cơ quan cao nhất chịu trách nhiệm đảm bảo quyền lợi của người tiêu dùng Hoa Kỳ là Hội đồng Thương mại Liên bang (The United States Federal Trade Commission – FTC). FTC hoạt động vừa riêng rẽ vừa có phối hợp với các cơ quan liên bang khác để quản lý các luật liên quan đến bảo vệ người tiêu dùng. Mục tiêu tổng thể là cung cấp cho người tiêu dùng một thị trường minh bạch, trung thực và cung cấp các sản phẩm chất lượng cao nhất với giá cả cạnh tranh. FTC là một cơ quan liên bang độc lập với 5 ủy viên được bổ nhiệm chính thức, được Thượng viện xác nhận, mỗi người phục vụ 70 nhiệm kỳ. Không quá ba ủy viên có thể là thành viên của đảng chính trị của Tổng thống. Được thành lập vào năm 1914, FTC có 2 mục tiêu chính:¹⁷⁷

(i) Bảo vệ người tiêu dùng bằng cách ngăn chặn gian lận, lừa dối và các hoạt động kinh doanh không công bằng trên thị trường và

¹⁷⁶ Xem thêm các nghiên cứu của TS. Phạm Thị Thúy Hằng, Giải pháp quản lý tiền ảo, tài sản ảo, Tạp chí Tài chính, số 05/2018, và ý kiến của ThS. LS. Phạm Thanh Bình, Có Nên Công Nhận “Tài Sản Ảo” là Một Loại Tài Sản?, đăng trên Cổng Thông Tin Liên Đoàn Luật Sư Việt Nam, 2016. Link: <http://liendoanluatsu.org.vn/index.php/vi/tin-tuc/phap-luat/1262-co-nen-cong-nhan-tai-san-ao-la-mot-loai-tai-san.html> truy cập ngày 13/4/2020.

¹⁷⁷ Xem thêm trên trang web chính thức của FTC tại <https://www.ftc.gov/>, truy cập ngày 14/4/2020.

(ii) Duy trì sự cạnh tranh bằng cách ngăn chặn các hoạt động kinh doanh chống cạnh tranh.

FTC có thẩm quyền thực thi Phần 5 (a) của Đạo luật Liên Bang (United State Code – U.S.C.), trong đó cấm các hành vi không công bằng hoặc lừa đảo và các hoạt động ảnh hưởng đến thương mại. Theo FTC, lừa dối xảy ra khi có một hiện diện vật chất, hoặc hành vi có khả năng đánh lừa người tiêu dùng đang hành động hợp lý trong các tình huống. Các hành vi không công bằng là những hành vi gây ra, hoặc có khả năng gây ra, gây thiệt hại đáng kể và không thể tránh khỏi cho người tiêu dùng mà không có bất kỳ lợi ích nào đối nghịch với người tiêu dùng hoặc cạnh tranh. Các hành vi vi phạm quyền lợi người tiêu dùng có thể bị FTC phạt dân sự lên đến 10.000 USD mỗi lần vi phạm.¹⁷⁸

Ngoài ra, FTC còn có khả năng thực thi và quản lý theo bốn mươi sáu đạo luật khác, ba mươi bảy trong số đó liên quan đến nhiệm vụ bảo vệ người tiêu dùng. Trong số các luật này có các hành vi liên quan đến tín dụng, chẳng hạn như Đạo luật cho vay (Truth in Lending Act), Luật thanh toán tín dụng công bằng (Fair Credit Billing Act), Luật báo cáo tín dụng công bằng (Fair Credit Reporting Act), Đạo luật cơ hội tín dụng công bằng (Equal Credit Opportunity Act), và Luật Tiếp thị dầu khí (Petroleum Marketing Practices Act), v.v.

Nói về bảo vệ quyền riêng tư của người dùng, luật bảo vệ người tiêu dùng Hoa Kỳ cũng đã trải qua cả một giai đoạn phát triển và chỉnh sửa để thích nghi với các hình thức kinh doanh và tiếp thị mới.

Trước năm 2003, có một thực tế khó chịu tại Mỹ, tương tự như tình trạng của người dùng ở Việt Nam hiện nay, chính là các cuộc gọi tiếp thị qua điện thoại không được yêu cầu. Khi người tiêu dùng đang ăn tối hay đang ngủ thường bị phá bình bởi một hoặc nhiều cuộc gọi điện thoại không mong của một số nhà cung cấp muốn tìm cách bán sản phẩm và dịch vụ của mình. Thông thường, đây có thể là ưu đãi thẻ tín dụng, giao dịch bảo hiểm, đăng ký báo, và đôi khi gạ gẫm và lừa đảo.

¹⁷⁸ Waller, Spencer & Brady, Jillian & Acosta, R.J, Consumer Protection in the United States: An Overview, Research Gate, 1/2011.

FTC đã thực hiện Quy tắc bán hàng qua điện thoại vào năm 1995, chi phối một số khía cạnh của các cuộc gọi không được yêu cầu, nhưng vào năm 1999, cơ quan này đã bắt đầu điều tra các thay đổi có thể để bảo vệ người tiêu dùng tốt hơn. Sau ba năm nghiên cứu mối quan tâm của người tiêu dùng và nghe bình luận từ các bên quan tâm, FTC đã xuất bản Quy tắc bán hàng qua điện thoại mới được sửa đổi vào ngày 29 tháng 1 năm 2003, hoàn thành với các điều khoản của “Do not Call Registry”.

Theo quy định mới, người Mỹ có thể chấm dứt các cuộc gọi tiếp thị qua điện thoại không mong muốn bằng một cuộc gọi điện thoại miễn phí tới FTC, hoặc đăng ký thông qua trang web của FTC.¹⁷⁹ Khi FTC mở đăng ký vào ngày 27 tháng 6 năm 2003, người Mỹ đã ngay lập tức tận dụng lợi thế của dịch vụ miễn phí. Chưa đầy ba tháng sau khi mở, hơn 50 triệu số điện thoại đã được đăng ký. Đến cuối tháng 9 năm 2006, hơn 132 triệu số điện thoại đã được đăng ký trên Sổ Đăng ký Không gọi điện, cho thấy luật mới đã phát huy hiệu quả tốt.¹⁸⁰

Ngoài ra, cùng năm 2003, FTC cũng bắt đầu ban hành Luật Kiểm soát Hành vi Tấn công bằng Tiếp thị và Khiêu dâm trái phép (Controlling Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing - CAN-SPAM) để xử lý các hành vi tấn công người dùng qua hành vi tiếp thị.

Theo khảo sát của FTC năm 2009 cho thấy, 5 hạng mục mà người tiêu dùng hay phàn nàn nhất lần lượt bao gồm ăn trộm danh tính, thu nợ từ chủ nợ và bên thứ ba, dịch vụ internet, mua hàng tại nhà (home shopping), và lừa đảo tiền nước ngoài. Các khiếu nại liên quan đến giao dịch phần mềm và thiết bị máy tính đứng ở vị trí thứ 15, chiếm chỉ 2% với 22.621 khiếu nại.¹⁸¹ Những số liệu khảo sát này ổn định qua các năm gần đây.

¹⁷⁹ Waller, Spencer & Brady, Jillian & Acosta, R.J, Consumer Protection in the United States: An Overview, Research Gate, 1/2011.

¹⁸⁰ Waller, Spencer, tldd.

¹⁸¹ Danh mục đầy đủ được đăng tại báo cáo khảo sát hàng năm của FTC, link: <http://www.ftc.gov/senti\nel/reports/sentinel-annual-reports/sentinel-cy2009.pdf>. Truy cập ngày 13/4/2020.

Stt	Hạng mục	Số lượng kiếu nại	Tỷ lệ
1.	Ăn trộm danh tính	278.078	21%
2.	Thu nợ từ chủ nợ và bên thứ ba	119,549	9%
3.	Dịch vụ internet	83.067	6%
4.	Mua hàng tại nhà	74.581	6%
5.	Lừa đảo tiền nước ngoài	61.736	5%

Bảng 1.3 Top 5 khiếu nại thường gặp của người tiêu dùng

Về khía cạnh an ninh mạng và bảo vệ thông tin của người dùng, Hoa Kỳ cũng không ban hành một đạo luật riêng biệt nào về bảo vệ thông tin cá nhân mà nằm rải rác ở các văn bản quy định khác nhau. Một số các Luật chuyên ngành của Mỹ như:

- Đạo luật về Ủy ban Thương mại Liên bang (FTC Act) là Luật bảo vệ người tiêu dùng liên bang, nghiêm cấm các hành vi không công bằng hoặc lừa đảo và đã được áp dụng cho các chính sách riêng tư và an toàn dữ liệu trực tuyến;

- Đạo luật Hiện đại hoá các dịch vụ tài chính (hay còn gọi Đạo luật Gramm - Leach - Bliley - Financial Services Modernization Act) quy định việc thu thập, sử dụng và tiết lộ thông tin tài chính;

- Đạo luật về tính linh hoạt và tính trách nhiệm về bảo hiểm y tế HIPAA cũng đã sửa lại Quy tắc Thông báo vi phạm về an ninh;

- Đạo luật Báo cáo Tín dụng Công bằng - Fair Credit Reporting Act (15 USC 1681 et seq);

- Đạo luật Bảo mật truyền thông điện tử;

- Đạo luật Lạm dụng và Gian lận Máy tính (CFAA) đã quy định việc ngăn chặn liên lạc điện tử và giả mạo máy tính.

- Đạo luật Quản trị An ninh Thông tin Liên bang (FISMA).

Trong đó, FISMA là đạo luật áp dụng cho mọi cơ quan của chính quyền Liên bang “yêu cầu sự phát triển và áp dụng các chính sách bắt buộc, các nguyên tắc, các

tiêu chuẩn và các hướng dẫn về an ninh thông tin”. Tuy nhiên, những luật này lại không giải quyết được vấn đề của các ngành khác liên quan tới máy tính chẳng hạn như ngành cung cấp dịch vụ Internet (ISPs) và ngành phần mềm. Hơn thế nữa, những đạo luật này không chỉ rõ những biện pháp an ninh mạng nào phải được áp dụng và yêu cầu chỉ một mức độ an ninh hợp lý. Ngôn ngữ mơ hồ của những đạo luật này khiến người ta hiểu theo nhiều cách khác nhau.

Gần đây nhất, giới lập pháp Mỹ của cả hai đảng đã chỉ trích các bê bối của Facebook, Alphabet (công ty mẹ của Google) và Twitter vi phạm dữ liệu, thiếu các tùy chọn bảo mật trực tuyến và thiên vị chính trị. Do đó, năm 2019, dự luật bảo vệ thông tin cá nhân người tiêu dùng (Consumer Data Privacy Legislation 2019) đã được soạn thảo và đang đưa ra lấy ý kiến thông qua của các bang trong năm nay. Dự luật sẽ đưa ra các quy định về thực hành quyền riêng tư của các thực thể thương mại, dịch vụ trực tuyến hoặc trang web thương mại, bao gồm các luật liên quan đến quyền riêng tư của dữ liệu người tiêu dùng, các khiếu nại về quyền riêng tư trực tuyến, thu thập dữ liệu sinh trắc học của người tiêu dùng, quy định môi giới dữ liệu và vấn đề riêng tư của người tiêu dùng linh tinh khác. Đồng thời, dự luật này sẽ cho phép chính phủ Mỹ áp đặt các án phạt tài chính với những công ty lạm dụng hoặc để rò rỉ dữ liệu người dùng. Ngoài ra, dự luật cũng trao quyền cho FTC có thể giám sát các công ty viễn thông và phi lợi nhuận, xử phạt hành chính dân sự và ban hành các quy định dưới luật bảo vệ quyền riêng tư trên internet.¹⁸²

Ở cấp tiểu bang, chính quyền các bang đã cố gắng để cải thiện an ninh mạng và tình trạng xâm phạm thông tin người dùng bằng cách tăng tầm nhìn chung của các doanh nghiệp về vấn đề an ninh mạng yếu kém.

Trong số đó, có thể thấy California là tiểu bang tích cực nhất trong việc đưa ra các luật bảo vệ thông tin người dùng. Vào năm 2003, California đã thông qua

¹⁸² Xem thêm tại website của cơ quan lập pháp Mỹ NVSL (National Conference of State Legislatures).

Link: <https://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/consumer-data-privacy.aspx> truy cập ngày 13/4/2020.

Đạo luật Khai báo lỗ hổng an ninh mạng, yêu cầu bất kỳ công ty nào giữ thông tin cá nhân của công dân California và có lỗ hổng an ninh mạng phải báo cáo chi tiết vụ việc này. Thông tin cá nhân này bao gồm tên, số an sinh xã hội, số giấy phép lái xe, số thẻ tín dụng hoặc thông tin tài chính. Một số tiểu bang khác đã làm theo California và thông qua đạo luật này. Các đạo luật khai báo lỗ hổng an ninh này trừng phạt các công ty vì thất bại trong việc bảo vệ an ninh mạng của họ đồng thời cho họ tự do lựa chọn cách đảm bảo mật hệ thống của họ. Ngoài ra, quy định này sẽ tạo ra một động lực cho các công ty tự nguyện đầu tư vào an ninh mạng để tránh khả năng mất danh tiếng và thiệt hại kinh tế có thể đến từ một cuộc tấn công mạng.

Năm 2004, Cơ Quan Lập Pháp California thông qua Dự luật California 1950 cũng áp dụng cho các doanh nghiệp sở hữu hoặc giữ thông tin cá nhân cho cư dân California. Dự luật này yêu cầu các doanh nghiệp duy trì một mức độ hợp lý về an ninh và những biện pháp bảo mật cần thiết này cũng mở rộng tới các đối tác kinh doanh. Đây là một sự cải tiến trên các tiêu chuẩn liên bang vì nó mở rộng số lượng doanh nghiệp cần thiết để duy trì một tiêu chuẩn chấp nhận được về an ninh mạng. Tuy nhiên, giống như pháp luật liên bang, nó đòi hỏi một mức độ an ninh mạng hợp lý và khiến người ta hiểu theo nhiều cách khác nhau cho đến khi án lệ được thiết lập.

Mới nhất, Đạo luật bảo vệ người tiêu dùng California năm 2018 (CCPA) đã được ban hành vào tháng 6 năm 2018 và được sửa đổi vào tháng 9 và sẽ có hiệu lực từ ngày 1 tháng 1 năm 2020 (có khả năng sửa đổi bổ sung vào năm 2019). CCPA là một trong những luật riêng tư trực tuyến rộng nhất trong Hoa Kỳ, ảnh hưởng đến các công ty trên toàn quốc làm kinh doanh với cư dân California.¹⁸³

Có thể thấy, hệ thống pháp luật của Hoa Kỳ về bảo mật thông tin người dùng vẫn còn đang được hoàn thiện và chưa có sự thống nhất của tất cả các tiểu bang. Còn khá nhiều xung đột phải giải quyết xoay quanh lợi ích của nhà cung cấp và người dùng, đó đó các quyền của người dùng cuối vẫn có nguy cơ bị lạm dụng trên

¹⁸³ Thông tin của NCSL. Link: <https://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/consumer-data-privacy.aspx> truy cập ngày 13/4/2020.

các giao dịch mạng, đặc biệt là thông quan các ứng dụng và phần mềm di động ngày càng tối tân và tinh vi.

**Luật của Liên minh Châu Âu*

Hội đồng Châu Âu ban hành Hiệp ước Bảo vệ dữ liệu cá nhân Châu Âu năm 1998, hiệp ước này chỉ đưa ra các khuyến nghị về vấn đề bảo vệ thông tin cá nhân nói chung. Đến năm 1995, Nghị viện Châu Âu và Hội đồng Châu Âu đã ban hành Chỉ thị số 95/46/EC về việc bảo vệ dữ liệu cá nhân liên quan đến việc xử lý dữ liệu cá nhân và cách thức lưu chuyển dữ liệu tự do trong khối Liên minh Châu Âu (EU). Đây là một nền tảng khuôn khổ pháp lý làm cơ sở trong việc bảo vệ thông tin cá nhân.

Một số quy định Chỉ thị số 95/46/EC của EU quy định dữ liệu cá nhân có nghĩa là bất kỳ thông tin nào liên quan đến một cá nhân đều được xác định hoặc nhận dạng. Người nhận dạng là người có thể được xác định trực tiếp hoặc gián tiếp bằng cách tham chiếu đến số nhận dạng hoặc một hoặc nhiều yếu tố cụ thể cho bản sắc thể chất, sinh lý, tinh thần, kinh tế, văn hóa hoặc xã hội.

Mục tiêu của Chỉ thị này là cung cấp một phương hướng hợp pháp nhằm bảo đảm an toàn và tự do lưu chuyển dữ liệu cá nhân liên quốc gia đối với các nước thuộc EU, cũng như thiết lập một mức độ an toàn cơ bản đối với việc lưu trữ dữ liệu, chuyển phát hoặc xử lý thông tin cá nhân. Chỉ thị về bảo vệ dữ liệu EU được ban hành để đáp ứng nhu cầu về thống nhất các quy định liên quan đến bảo vệ sự riêng tư.

Tháng 01/2012, Ủy ban Châu Âu đã đề xuất chương trình cải cách toàn diện các quy tắc bảo vệ dữ liệu ở EU. Đến tháng 05/2016 văn bản chính thức được đăng tải trên Tạp chí chính thức của EU, biên dịch hiệp định sang tất cả các ngôn ngữ chính thức của EU. (Quy chế có hiệu lực từ 24/5/2016, áp dụng từ 25/5/2016 và Chỉ thị có hiệu lực từ ngày 05/5/2016 và sau năm 2018 các nước thành viên EU phải chuyển đổi thành Luật quốc gia).¹⁸⁴

¹⁸⁴ Xem văn bản gốc Protection of personal data in the European Union tại

Tuy nhiên, ngay sau hàng loạt các cáo buộc của người dùng mạng về việc mua bán thông tin cá nhân và gián điệp mạng từ các nhà cung cấp phần mềm, ứng dụng lớn như Facebook, Google, v.v. thì Châu Âu mới ngay lập tức thông qua các quy định mới về bảo mật. Quy định bảo vệ dữ liệu chung của châu Âu (General Data Protection Regulation - GDPR) ra đời từ 14/4/2016 nhưng đến 25/5/2018 mới chính thức có hiệu lực, hướng đến mở rộng quyền tài phán của Liên minh châu Âu (EU) ngoài các quốc gia đó để có thể kiện cả nhà cung cấp ngoài lãnh thổ của Liên minh. Bất kỳ doanh nghiệp toàn cầu nào bán cho hoặc có khách hàng EU đều phải tuân theo GDPR, bất kể doanh nghiệp đó dựa vào đâu. GDPR đưa ra các quy tắc về cách các công ty đối xử với dữ liệu cá nhân của công dân EU, bao gồm cả những người mua sản phẩm hoặc dịch vụ của Hoa Kỳ hoặc sống ở Hoa Kỳ.

Dĩ nhiên, nội dung chính của GDPR trước hết vẫn là bảo vệ thông tin cá nhân người dùng, đặc biệt là người dùng cuối sử dụng phần mềm và ứng dụng mạng di động. Dưới đây là một số nội dung liên quan đến bảo vệ dữ liệu cá nhân mà GDPR chú trọng:¹⁸⁵

(1) Bảo vệ dữ liệu của công dân EU:

- Yêu cầu bộ phận xử lý dữ liệu cá nhân phải đưa ra các biện pháp kỹ thuật và tổ chức phù hợp để thực thi các nguyên tắc bảo vệ dữ liệu. Các quy trình kinh doanh có tương tác với dữ liệu cá nhân phải được thiết kế và xây dựng dựa trên các nguyên tắc và các biện pháp an ninh cần thiết để bảo vệ dữ liệu (ví dụ: sử dụng bút danh hoặc ẩn danh khi thích hợp) và sử dụng các cài đặt quyền riêng tư cao nhất có thể theo mặc định, sao cho dữ liệu không sẵn sàng công bố nếu thiếu rõ ràng hoặc không đủ thông tin để xác định chủ thể dữ liệu.

- Dữ liệu cá nhân không được phép xử lý, trừ khi nó được thực hiện dựa trên cơ sở luật pháp và các quy định hoặc ***trừ khi bộ phận kiểm soát (hoặc xử lý dữ***

http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/eujls08b-1002_-_protection_of_personnal_data_a4_en.pdf và Data protection in the EU - European Commission tại https://ec.europa.eu/health/data_collection/data_protection/in_eu_en truy cập ngày 13/4/2020.

¹⁸⁵ Xem nguyên văn của GDPR bản chính thức tại <https://gdpr-info.eu/> truy cập lần cuối ngày 14/4/2020.

liệu) đã nhận được sự xác nhận rõ ràng và độc lập từ chủ thể dữ liệu. Chủ thể dữ liệu có quyền thu hồi sự đồng ý công bố dữ liệu bất cứ lúc nào.

- Bộ phận xử lý dữ liệu cá nhân, khi có yêu cầu phải báo cáo rõ ràng việc thu thập dữ liệu, tuyên bố cơ sở pháp lý và mục đích xử lý dữ liệu và nêu rõ thời gian lưu giữ dữ liệu và quyền được phép chia sẻ với bên thứ ba hoặc tổ chức/cá nhân bên ngoài EEA. Chủ thể dữ liệu có quyền yêu cầu một bản sao giống như dữ liệu đang được thu thập xử lý theo định dạng chung và có thể xóa dữ liệu của họ trong một số trường hợp nhất định.

- Cơ quan công quyền và các doanh nghiệp có hoạt động chân rết xoay quanh việc xử lý dữ liệu cá nhân thường xuyên hoặc định kỳ, phải thuê nhân công có nghiệp vụ chuyên môn về bảo vệ dữ liệu chịu trách nhiệm bảo đảm việc tuân thủ GDPR.

- Doanh nghiệp phải báo cáo về các vi phạm dữ liệu trong vòng 72 giờ nếu chúng có ảnh hưởng xấu đến quyền riêng tư của người dùng. Trong một số trường hợp, nếu là doanh nghiệp, hoặc có quy mô lớn, bên vi phạm GDPR có thể bị phạt tới 20 triệu euro hoặc tối đa 4% doanh thu toàn cầu hàng năm của năm tài chính trước đó.

- GDPR không áp dụng cho việc xử lý dữ liệu cá nhân nhằm phục vụ cho các hoạt động an ninh quốc gia hoặc thực thi pháp luật của EU. Tuy nhiên, các nhóm ngành công nghiệp có thể được viện dẫn để yêu cầu bộ phận kiểm soát dữ liệu, chiếu theo luật của nước thứ ba phải tuân thủ yêu cầu pháp lý trong quá trình thực thi pháp luật của nước đó; theo lệnh tòa án, hoặc cơ quan an ninh nước đó cung cấp cho các cơ quan chức năng dữ liệu cá nhân của công dân EU, bất kể dữ liệu đó nằm trong hay ngoài EU.

GDPR là một bộ quy tắc duy nhất áp dụng cho tất cả các quốc gia thành viên EU. Mỗi quốc gia thành viên sẽ thành lập một cơ quan giám sát độc lập (SA) để theo dõi và điều tra các khiếu nại hoặc xử phạt vi phạm hành chính. Các SA ở mỗi quốc gia thành viên sẽ hợp tác, hỗ trợ lẫn nhau và tổ chức các hoạt động chung. Nếu một tổ chức có nhiều cơ sở tại EU thì tổ chức đó phải có một SA là “cơ quan

chính”, tại nơi diễn ra các hoạt động của trung tâm xử lý dữ liệu. Cơ quan chính sẽ đóng vai trò “một cửa” để giám sát tất cả các hoạt động xử lý của doanh nghiệp đó trên toàn EU.

(2) Các quyền của chủ thể dữ liệu

- Xác định dữ liệu cá nhân là bất kỳ thông tin nào liên quan đến cá nhân, cho dù đó là riêng tư nam hay nữ, nghề nghiệp hoặc hoạt động xã hội của họ. Nó gồm tất cả thông tin liên quan đến tên, địa chỉ nhà, ảnh, địa chỉ email, chi tiết tài khoản ngân hàng, bài đăng trên các trang mạng xã hội, thông tin y tế hoặc địa chỉ IP trên máy tính của các cá nhân. Các định nghĩa chính xác của các thuật ngữ như “dữ liệu cá nhân”, “xử lý”, “chủ thể dữ liệu”, “bộ phận kiểm soát” và “bộ phận xử lý dữ liệu”, v.v được nêu trong Điều 4 của GDPR.

- Theo Điều 6 của GDPR, các mục đích hợp pháp cho việc thu thập, lưu trữ thông tin là:

- (a) Nếu chủ thể dữ liệu ***đã đồng ý*** cho phép xử lý dữ liệu cá nhân của họ;
- (b) *Thực hiện nghĩa vụ hợp đồng với chủ thể dữ liệu hoặc cho các nhiệm vụ theo yêu cầu của chủ thể dữ liệu đang trong quá trình ký kết hợp đồng;*
- (c) Thực hiện hoạt động xử lý dữ liệu để tuân thủ nghĩa vụ pháp lý của bộ phận kiểm soát dữ liệu;
- (d) Thực hiện hoạt động xử lý dữ liệu để bảo vệ lợi ích sống còn của chủ thể dữ liệu hoặc cá nhân khác;
- (e) Thực hiện hoạt động xử lý dữ liệu để thực hiện một nhiệm vụ vì lợi ích công cộng hoặc cơ quan có thẩm quyền;
- (f) Thực hiện hoạt động xử lý dữ liệu vì lợi ích hợp pháp của bên kiểm soát dữ liệu hoặc bên thứ ba, trừ khi những lợi ích này bị chi phối bởi lợi ích của chủ thể dữ liệu hoặc quyền của họ chiếu theo chương quy định về các quyền cơ bản (đặc biệt là trong trường hợp của trẻ em).

- Chủ thể dữ liệu ***có quyền và được phép rút lại sự đồng ý này bất cứ lúc nào*** và quá trình thực hiện không được khó hơn so với việc chọn tham gia.

(3) Kiểm soát và xử lý dữ liệu.

- Để có thể tuân thủ GDPR, bộ phận kiểm soát dữ liệu phải triển khai các biện pháp đáp ứng các nguyên tắc bảo vệ dữ liệu theo thiết kế và theo mặc định.

- ***Bảo vệ dữ liệu theo thiết kế và theo mặc định*** (Điều 25) yêu cầu các biện pháp bảo vệ phải được thiết kế ngay trong các quy trình kinh doanh đối với sản phẩm và dịch vụ. Các biện pháp như vậy bao gồm giả danh dữ liệu cá nhân, được thực hiện bởi bộ phận kiểm soát, càng sớm càng tốt (Điều 78). Đó chính là nghĩa vụ và trách nhiệm của bộ phận kiểm soát dữ liệu triển khai các giải pháp hiệu quả và thể hiện việc tuân thủ của các hoạt động xử lý ngay cả khi việc xử lý được thực hiện bởi bộ xử lý dữ liệu thay cho bộ kiểm soát (Điều 74).

- ***Cài đặt quyền riêng tư phải được đặt ở mức cao theo mặc định*** và các biện pháp kỹ thuật và thủ tục phải được thực hiện bởi bộ phận kiểm soát để đảm bảo rằng việc xử lý, trong toàn bộ vòng đời xử lý, tuân thủ quy định. Kiểm soát viên cũng phải thực hiện các cơ chế để đảm bảo rằng, dữ liệu cá nhân không được xử lý, trừ khi cần thiết cho từng mục đích cụ thể.

Báo cáo của cơ quan an ninh mạng và thông tin Liên minh châu Âu soạn thảo kỹ lưỡng những gì cần phải làm để đạt được sự riêng tư và bảo vệ dữ liệu theo mặc định. Cụ thể, các hoạt động mã hóa và giải mã phải được tiến hành ngay tại chỗ, không được phép thực hiện bởi các nghiệp vụ xử lý từ xa, bởi vì cả khóa và dữ liệu phải nằm trong khả năng của chủ sở hữu dữ liệu để bảo đảm bí mật riêng tư.

Báo cáo chỉ định rằng, lưu trữ dữ liệu thuê ngoài trên ứng dụng điện toán đám mây từ xa là thiết thực và tương đối an toàn nếu chỉ chủ sở hữu dữ liệu, không phải dịch vụ đám mây, giữ các khóa giải mã.

GDPR đề cập đến giả danh là một quá trình được yêu cầu khi dữ liệu được lưu trữ (như là một thay thế cho tùy chọn ẩn danh dữ liệu hoàn chỉnh khác) để chuyển đổi dữ liệu cá nhân theo cách mà dữ liệu kết quả không thể được gán cho chủ thể dữ liệu cụ thể nếu không sử dụng thông tin bổ sung.

Một ví dụ là mã hóa, làm cho dữ liệu gốc không thể hiểu được và quá trình có thể được đảo ngược mà không cần truy cập vào khóa giải mã chính xác. GDPR yêu cầu thông tin bổ sung (như khóa giải mã) phải được lưu trữ tách biệt và cách ly

với dữ liệu giả danh. Một ví dụ khác về giả danh là tokenisation, đây là một cách tiếp cận phi toán học để bảo vệ dữ liệu ở phần còn lại thay thế dữ liệu nhạy cảm bằng các thay thế không nhạy cảm, được gọi là mã thông báo. Mặc dù các mã thông báo không có ý nghĩa hoặc giá trị bên ngoài hoặc có thể khai thác, chúng cho phép dữ liệu cụ thể hiển thị đầy đủ hoặc một phần để xử lý và phân tích trong khi thông tin nhạy cảm được giữ kín. Mã thông báo không làm thay đổi loại hoặc độ dài của dữ liệu, có nghĩa là nó có thể được xử lý bởi các hệ thống cũ như cơ sở dữ liệu có thể nhạy cảm với độ dài và loại dữ liệu. Điều này cũng đòi hỏi ít tài nguyên tính toán hơn để xử lý và ít không gian lưu trữ trong cơ sở dữ liệu hơn dữ liệu được mã hóa theo truyền thống.

Bút danh được khuyến nghị để giảm rủi ro cho các chủ thể dữ liệu liên quan và cũng để giúp các bộ phận kiểm soát và bộ xử lý đáp ứng các nghĩa vụ bảo vệ dữ liệu của họ (Điều 28).

Như vậy, có thể thấy sự đồng thuận đóng một vai trò quan trọng trong các quy định của GDPR. Các công ty nắm giữ dữ liệu liên quan đến công dân EU hiện thời cũng phải cung cấp cho các công dân quyền được từ chối chia sẻ dữ liệu dễ dàng như việc người dân đồng ý chia sẻ chúng. Ngoài ra, người dân cũng có thể hạn chế việc xử lý các dữ liệu được lưu trữ về họ; họ có thể chọn lựa để cho phép các công ty lưu trữ dữ liệu của họ nhưng không xử lý nó, do đó, điều này tạo ra một sự khác biệt rõ ràng. Tuy nhiên, giải pháp này chỉ hiệu quả khi có được sự quan tâm, hiểu biết một cách hợp lý của người dùng trong quá trình giao kết các EULA và sử dụng các ứng dụng. Hiểu rõ hạn chế này, GDPR đã có quy định bắt buộc các doanh nghiệp và nhà cung cấp ứng dụng phải đề chế độ mặc định mức bảo mật cao nhất đối với các chương trình mà người dùng cuối sử dụng, quy định này phần nào đã giải quyết được vấn đề thờ ơ của người dùng cuối.

Hơn nữa, trong bối cảnh hiện nay, GDPR tạo tiền đề cho sự hợp tác giữa châu Âu và Mỹ - một phần vô cùng quan trọng trong vấn đề bảo vệ An ninh mạng và phòng chống tội phạm công nghệ, có thể đóng vai trò như một điển hình để các khu vực khác trên thế giới học hỏi theo. Quy định về an ninh mạng chủ yếu vẫn

được coi là một vấn đề của hành động đơn lẻ nhà nước - mặc dù nhiều sáng kiến được thúc đẩy bởi các tổ chức quốc tế như Diễn đàn Kinh tế Thế giới (WEF), Liên đoàn và Hiệp hội quản lý rủi ro châu Âu (FERMA), Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế (OECD) hay Diễn đàn quản lý Internet (IGF).

Với bước tiến trong cuộc chiến chống lại các hành vi xâm phạm bảo mật thông tin người dùng mạng, ngày 27/11/2018, một liên minh các tổ chức bảo vệ người tiêu dùng ở Hà Lan, Ba Lan và năm nước Liên minh châu Âu (EU) khác gồm Cộng hòa Séc, Hy Lạp, Na Uy, Slovenia và Thụy Điển đã yêu cầu cơ quan chức năng hành động chống lại Google với cáo buộc lừa dối và âm thầm theo dõi hoạt động đi lại của hàng triệu người dùng, vi phạm quy định bảo vệ quyền riêng tư mới của EU.

Cụ thể, các văn bản đã viện dẫn một nghiên cứu của Hội đồng người tiêu dùng Na Uy, trong đó kết luận rằng Google đã sử dụng "*thiết kế lừa bịp và các thông tin sai lệch, dẫn tới hậu quả người dùng chấp nhận bị theo dõi thường xuyên.*" Đại diện của Hội đồng người tiêu dùng Na Uy đã chỉ trích Google sử dụng các dữ liệu cá nhân chi tiết và toàn diện mà không có nền tảng pháp lý phù hợp, và thu thập những dữ liệu này bằng nhiều kỹ xảo lừa gạt.¹⁸⁶ Tuy nhiên không lâu sau đó, Tòa án Công lý châu Âu (ECJ) ngày 24/9/2019 lại đưa ra phán quyết khác cho Google thắng kiện và khẳng định "quyền được lãng quên" của những người sử dụng mạng Internet ở châu Âu sẽ không được áp dụng trên quy mô toàn cầu đối với các công cụ tìm kiếm như Google.¹⁸⁷ Phán quyết này như một cái tát vào những nỗ lực trước đó của GDPR.

Ở cấp quốc gia thành viên, một số nước cũng có luật riêng. Ví dụ như Đức cũng đã ban hành luật của riêng mình về vấn đề này. Luật Bảo vệ dữ liệu liên bang

¹⁸⁶ Google bị kiện theo dõi đi lại của hàng triệu người dùng Châu Âu, Báo Hà Nội Mới online, 28/11/2018. Link <http://www.hanoimoi.com.vn/tin-tuc/Cong-nghe/919863/google-bi-kiem-theo-doi-di-lai-lai-cua-hang-trieu-nguoi-dung-chau-au> truy cập ngày 13/4/2020.

¹⁸⁷ Tòa Châu Âu xử Google thắng Pháp trong vụ kiện quyền được lãng quên, Báo Tuổi trẻ Online, 1/10/2019. Link: <https://tuoitre.vn/toa-chau-au-xu-google-thang-phap-trong-vu-kiem-quyen-duoc-lang-quen-20190925101149542.htm> truy cập ngày 13/4/2020.

(Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) của Tòa án Hiến pháp Liên bang có quy định: Bảo vệ dữ liệu cá nhân là bảo vệ quyền cơ bản của cá nhân hay chính là quyền tự quyết định về thông tin của cá nhân đó. Những người có liên quan tới việc bảo vệ dữ liệu cá nhân có quyền tự quyết định thông tin sẽ được cung cấp cho những ai và sử dụng cho những mục đích nào. Ngoài ra, Tòa án Hiến pháp cũng ban hành Luật bảo vệ dữ liệu tiểu bang để quy định việc bảo vệ dữ liệu trong các cơ quan tiểu bang và địa phương đó.¹⁸⁸

**Pháp luật của Anh Quốc*

Riêng đối với Anh, theo dòng những sự kiện chính trị gần đây, trong đó có việc Vương quốc Anh đã quyết định rút khỏi EU (Brexit), các quy định hiện thời áp dụng đối với Vương quốc Anh chỉ bao gồm ENISA (European Network and Information Security Agency) và Chỉ thị về An ninh mạng và An ninh thông tin (NIS).

Tuy nhiên, hiện vẫn còn một số suy đoán cho rằng GDPR vẫn được áp dụng đối với Vương quốc Anh do thời gian mà các quy định GDPR được thiết lập. Bất kể ngày thực thi của GDPR là thời gian nào đi chăng nữa, bởi GDPR được ký kết và có hiệu lực trong khi Anh vẫn là một phần của Liên minh châu Âu EU, Vương Quốc Anh vẫn phải tuân thủ những quy định này. Thêm vào đó, không phải là một phần của GDPR cùng đồng nghĩa với việc bỏ lỡ Anh đã bỏ lỡ những nguồn tài nguyên giá trị.

Mặc dù vậy, thời điểm này vẫn chỉ là suy đoán, với Quốc hội Anh đã ban hành Luật bảo vệ dữ liệu từ năm 1998 để bảo vệ dữ liệu cá nhân được lưu trữ trong các hệ thống thông tin hay trong máy tính áp dụng riêng cho Vương quốc Anh. Luật bảo vệ dữ liệu cá nhân của Anh nhằm thực thi Chỉ thị bảo vệ dữ liệu cá nhân của Liên minh Châu Âu số 95/46/EC và Chỉ thị về Bảo mật và Truyền thông điện tử số 02/58/EC.

¹⁸⁸ The new German Federal Data Protection Act

link: https://www.skwschwarz.de/fileadmin/user_upload/Artikel_Dokumente/BDSG-neu_2017-06-07_EN.pdf truy cập ngày 13/4/2020.

Luật bảo vệ dữ liệu cá nhân của Anh năm 1998 quy định các quy tắc và thông lệ khi xử lý thông tin về cá nhân, trong đó thông tin về cá nhân là bất kỳ thông tin về một cá nhân còn sống có thể được xác định. Cá nhân có thể được trao các quyền đối với thông tin của họ; và quy định nơi kiểm soát, cơ quan giám sát độc lập để thực thi các quy tắc, các quyền xử lý thông tin cá nhân. Nơi kiểm soát này cũng cho phép tìm kiếm các loại thông tin về cá nhân mà không cần phân tích thêm.¹⁸⁹

**Pháp luật Hàn Quốc*

Ở Châu Á, có thể lấy đại diện điển hình là Hàn Quốc, một trong những quốc gia có mối quan tâm lớn đến quyền của người dùng mạng bởi số lượng người sử dụng internet và ứng dụng di động, phần mềm máy tính của Hàn Quốc luôn đứng top đầu thế giới (top 20).¹⁹⁰

Ngày 24/7/2012, Hàn Quốc ban hành Luật bảo vệ thông tin cá nhân, trong đó đã quy định: “Thông tin cá nhân” là thông tin gắn liền với một cá nhân, trong đó ghi rõ họ tên, số chứng minh nhân dân, số nhận dạng, thường trú, v.v. và quy định 8 nguyên tắc bảo vệ thông tin cá nhân của cơ quan quản lý, bao gồm:¹⁹¹ (i) Có trách nhiệm lập danh sách mục đích quản lý thông tin cá nhân rõ ràng, chỉ thu thập thông tin cá nhân tối thiểu hợp pháp và chính đáng, phục vụ cho các mục đích cần thiết; (ii) Có trách nhiệm quản lý thông tin cá nhân trong phạm vi thích hợp cần thiết để đạt được các mục đích quản lý thông tin cá nhân và không sử dụng nó cho các mục

¹⁸⁹Wessing T., An overview of UK data protection law, link: http://www.taylorwessing.com/uploads/tx_siruplawyermanagement/NB_000168_Overview_UK_data_protection_law_WEB.pdf truy cập ngày 13/4.2020.

¹⁹⁰ Số liệu thống kê của internetworldstats, xem thêm tại website của dammio. Link: <https://www.dammio.com/2017/11/07/viet-nam-thuoc-top-20-quoc-gia-co-so-nguoi-su-dung-internet-cao-nhat-nam-2017> truy cập ngày 14/4/2020.

¹⁹¹ Văn bản gốc được đăng lại Personal Information Protection Act – Korean LII, link: <http://koreanlii.or.kr/w/images/0/0e/KoreanDPAct2011.pdf>, Personal Data Protection Laws in Korea, link: <https://www.privacy.go.kr/eng/>, và Data Protection Laws of Korea, link: http://unctad.org/meetings/en/Presentation/dtl_eweeek2016_HyunJoonKwon_en.pdf truy cập ngày 13/4/2020.

đích khác so với những dự định ban đầu; (iii) Nỗ lực để bảo đảm tính chính xác, đầy đủ thông tin cá nhân ở mức độ cần thiết cho mục đích quản lý thông tin cá nhân; (iv) Có trách nhiệm quản lý thông tin cá nhân một cách an toàn, xem xét rủi ro mà các quyền của chủ sở hữu thông tin có thể được vi phạm và mức độ rủi ro đi kèm tùy thuộc vào phương pháp quản lý; (v) Công bố cho công chúng các vấn đề liên quan đến công tác quản lý thông tin cá nhân, nhưng không giới hạn chính sách quản lý thông tin cá nhân và bảo đảm các quyền của chủ sở hữu thông tin; (vi) Có trách nhiệm quản lý thông tin cá nhân bằng các phương tiện giảm thiểu bất kỳ hành vi xâm phạm sự riêng tư của chủ sở hữu thông tin; (vii) Có trách nhiệm bảo đảm rằng thông tin cá nhân được quản lý một cách ẩn danh bất cứ khi nào có thể; và (viii) Nỗ lực để đạt được sự tin tưởng của chủ sở hữu thông tin của mình hoàn thành trách nhiệm và nghĩa vụ theo pháp luật.

Như vậy, về mặt bằng chung, các quốc gia đã có những nỗ lực nhất định trong việc bảo vệ quyền riêng tư đối với thông tin cá nhân của người dùng mạng ở những mức độ cao thấp lẫn nhau. Trong phạm vi này, GDPR của Châu Âu đã thực hiện khá tốt ở mức độ quy định ràng buộc thêm các nghĩa vụ của các nhà cung cấp, mà ở mức độ này luật Việt Nam chưa có quy định tương xứng.

Có thể tóm tắt một số quyền của người dùng cuối về bảo mật thông tin cá nhân trên internet đã được pháp luật các quốc gia quan tâm như sau:

(i) Quyền được biết: người dùng cuối được quyền biết thông tin cá nhân của mình được thu thập bằng cách nào, mục đích sử dụng các loại thông tin, lý do thông tin được thu thập và các phương pháp xử lý dữ liệu cá nhân sau đó. Việc trình bày mục đích chính đáng có thể được thể hiện qua các EULA, trình bày bằng ngôn ngữ dễ hiểu để người dùng có thể nắm rõ. Mỗi khi các công ty muốn sử dụng thông tin cá nhân của bạn cho bất kỳ mục đích nào cũng phải gửi thông báo cụ thể **và phải nhận được sự đồng thuận** của người dùng thì mới có quyền thực hiện.

(ii) Quyền được chỉnh sửa thông tin: Người dùng có quyền yêu cầu các công ty chỉnh sửa những thông tin đã cung cấp theo đúng ý mình.

(iii) Quyền được từ chối: Có quyền từ chối nếu người dùng không muốn công ty sử dụng hoặc thu thập thông tin của mình thì họ phải tuyệt đối tuân theo. Dĩ nhiên phụ thuộc vào các EULA mà việc cấp quyền có được tiếp tục hay không.

(iv) Quyền được truy vấn thông tin: Người dùng có quyền yêu cầu công ty cung cấp toàn bộ thông tin cá nhân đã được thu thập.

(v) Quyền được lãng quên: Người dùng được quyền yêu cầu các công ty xóa bỏ những thông tin mình đã cung cấp trong quá khứ sau khi đã hoàn thành mục đích lưu trữ hoặc hết hạn lưu trữ.

Xét về mặt hiệu quả, tác giả vẫn đứng trên quan điểm rằng những biện pháp này là chưa đủ. Bởi mặc dù các quốc gia đã cố gắng đưa ra các hình phạt hành chính hay dân sự rất nặng nhưng những gì đã bị tổn hại là không thể khôi phục. Hay nói cách khác quyền riêng tư về thông tin cá nhân của người dùng mạng đã chết, vấn đề là chúng ta cần nhiều công cụ hơn để bảo vệ cho người dùng khỏi các tấn công mạng trong tương lai sắp tới.

b.2 Bảo vệ quyền tài sản của người dùng cuối trên thế giới ảo

Không giống như vấn đề bảo mật thông tin cá nhân người dùng, vốn được các quốc gia đồng lòng đồng thuận bảo vệ. Ở khía cạnh bảo vệ quyền tài sản đối với tài sản ảo lại vấp phải nhiều tranh cãi và nhiều quan điểm khác nhau.

Trước hết, rất cần thiết phải thống nhất phạm vi của khái niệm tài sản ảo (virtual asset). Bởi nếu hiểu theo nghĩa rộng, tài sản ảo bao gồm cả tên miền internet, địa chỉ hộp thư điện tử, các loại tài khoản game online. Còn nếu tiếp cận theo nghĩa hẹp, tài sản ảo là các đối tượng trong thế giới ảo, có nguồn gốc từ các hoạt động trong các chương trình, ứng dụng mà người dùng sử dụng thông qua các EULA với nhà cung cấp chương trình, được xác định giá trị bằng tiền và có thể chuyển giao trong các giao dịch dân sự.¹⁹² Cách hiểu phổ biến nhất hiện nay về tài sản ảo đó chính là ám chỉ các vật phẩm, tiền tệ trong trò chơi trực tuyến. Ngoài ra, quan điểm của một số quốc gia cũng công nhận tiền ảo như Bitcoin cũng được coi

¹⁹² Phạm Thị Thúy Hằng, Giải pháp quản lý tiền ảo, tài sản ảo, Tạp chí Tài chính, số 05/2018, tr.19.

là tài sản ảo, ví dụ như Nhật Bản.¹⁹³ Tuy nhiên, vì phạm vi nghiên cứu của luận án chỉ tập trung hướng đến bảo vệ quyền của người dùng cuối trong các EULA với nhà cung cấp chương trình phần mềm hoặc ứng dụng, tức là thông qua việc người dùng phải sử dụng các sản phẩm mạng của nhà cung cấp, do đó, trong nghiên cứu này, tác giả xin không bàn đến tài sản ảo là tiền ảo, chỉ tập trung bàn về quyền tài sản của người dùng cuối đối với tài sản ảo có nguồn gốc từ các chương trình, ứng dụng, phần mềm trên internet.

Khi nói đến vị trí pháp lý của tài sản ảo thì mỗi quốc gia có quan điểm và cách nhìn nhận riêng, thay đổi theo từng giai đoạn phát triển của mạng internet. Căn cứ theo báo cáo về tình trạng pháp lý của tài sản ảo tại một số quốc gia trên thế giới được đăng tải trên Thư viện Quốc hội Hoa Kỳ thì cách ứng xử của các quốc gia đối với tiền ảo được chia làm hai nhóm chính.¹⁹⁴ Nhóm thứ nhất là các quốc gia công nhận cho phép thị trường tài sản ảo hoạt động, trong đó có một số quốc gia đã làm rõ tình trạng pháp lý của tài sản ảo và ban hành văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh chi tiết, số còn lại chưa có quan điểm rõ ràng về tính pháp lý của tài sản ảo cũng như chưa có khung pháp lý điều chỉnh. Nhóm thứ hai gồm các quốc gia cấm một phần hoặc toàn bộ các hoạt động liên quan đến tài sản ảo trên lãnh thổ.

**Các quốc gia công nhận tài sản ảo.*

(1) Nhật Bản: là một trong những quốc gia có thị trường về tiền ảo và tài sản ảo lớn nhất thế giới và đồng thời là quốc gia đi đầu trong việc hợp pháp hóa và xây dựng khung pháp lý cho tài sản ảo. Nhật Bản thống nhất khái niệm tiền ảo và tài sản ảo (tài sản điện tử) theo Đạo luật Dịch vụ Thanh toán Nhật Bản sửa đổi, bổ sung

¹⁹³ Xem thông tin đăng tại Báo Mới online: Link: <https://baomoi.com/gia-tien-ao-hom-nay-18-11-nhat-ban-goi-tien-ao-la-tai-san-ao/c/29042389.epi> truy cập ngày 13/4/2020.

¹⁹⁴ The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, Regulation of Cryptocurrency in Selected Jurisdictions, 2018.

Link: <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/regulation-of-cryptocurrency.pdf>, ngày truy cập 25/02/2020.

năm 2016¹⁹⁵. Theo đó ngoài việc quy định các nhà cung cấp dịch vụ giao dịch tài sản ảo cho cư dân Nhật Bản phải đăng ký với cơ quan có thẩm quyền. Đạo luật này còn hướng đến bảo vệ quyền lợi của khách hàng tham gia giao dịch tài sản ảo.

(2) Hàn Quốc: là đất nước có thị trường tài sản ảo vô cùng sôi nổi và đa dạng, nhưng chỉ đến ngày 05/03/2020, Quốc Hội Hàn Quốc mới thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Báo cáo và Sử dụng Thông tin Giao dịch Tài chính Đặc biệt (Act on partially amending the Act on Reporting and Use of Certain Financial Transaction Information),¹⁹⁶ chính thức có khung pháp lý điều chỉnh tài sản ảo (virtual asset), công nhận tài sản ảo là tài sản hợp pháp và có thể xác lập quyền sở hữu đối với chúng. Quy định này có ý nghĩa rất lớn trong việc đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của người dùng cuối trong các ứng dụng trò chơi trực tuyến. Tuy nhiên, quy định này cũng làm phát sinh nghĩa vụ nộp thuế của họ như các tài sản truyền thống khác.

(3) Đài Loan: Tại Đài Loan, văn bản ngày 23-11-2003 của Bộ Tư pháp Đài Loan đã công nhận sản phẩm ảo trong trò chơi trực tuyến là tài sản, có thể chuyển giao. Ăn cắp sản phẩm ảo là ăn cắp tài sản và bị xét xử theo luật hình sự. Sản phẩm thuộc về người chơi, không thuộc người sở hữu máy chủ hay người viết ra phần mềm trò chơi.¹⁹⁷

**Các quốc gia công nhận nhưng chưa xác định rõ bản chất pháp lý của tài sản ảo*

(1) Liên minh Châu Âu (EU): phần lớn các quốc gia thành viên của EU đều công nhận tính hợp pháp của tài sản ảo, tuy nhiên vẫn chưa có sự thống nhất về bản

¹⁹⁵ Sayuri Umeda, Japan: Bitcoin to Be Regulated, 2016. Link: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/japan-bitcoin-to-be-regulated/>, ngày truy cập: 25/02/2020.

¹⁹⁶ Xem toàn văn của văn bản luật tại Link: <https://www.fsc.go.kr/downManager?bbsid=BBS0085&no=106346> truy cập ngày 13/4/2020.

¹⁹⁷ Xem thêm tại: Bá Huy, Không công nhận và bảo hộ tài sản ảo, Báo Pháp Luật Online, ngày 21/2/2009, website: <https://plo.vn/van-hoa/khong-cong-nhan-va-bao-ho-tai-san-ao-250319.html> truy cập ngày 24/2/2019.

chất pháp lý của chúng cũng như chưa có khung pháp lý hoàn chỉnh về loại hình công nghệ này ở cấp độ toàn khu vực.

Chỉ thị Chống rửa tiền (Anti-Money Laundering Directive - AMLD) với lần sửa đổi gần đây nhất là lần sửa đổi thứ năm công bố ngày 19/06/2018 đưa ra khái niệm tài sản mã hóa (crypto-assets) bao gồm cả tiền ảo. Theo đó, tài sản mã hóa là *"đại diện số có giá trị không do Ngân hàng Trung ương hay cơ quan có thẩm quyền phát hành, không có địa vị pháp lý như tiền pháp định, có thể được coi là phương tiện thanh toán hoặc trao đổi hoặc tài sản đầu tư dựa trên sự đồng thuận của các cá nhân và pháp nhân, và được chuyển giao, lưu trữ và giao dịch trên điện tử"*¹⁹⁸. Theo đó vẫn công nhận khả năng trở thành phương tiện thanh toán, trao đổi hay tài sản đầu tư của tài sản mã hóa, tùy thuộc vào thỏa thuận của các bên, luật không cấm nhưng cũng không chính thức công nhận.

Ủy ban châu Âu (European Commission) vào tháng 12 năm 2019 đã tiến hành một cuộc tham vấn công chúng (public consultation) về khung pháp lý của EU trong tương lai cho thị trường tài sản mã hóa, cụ thể hơn là tham khảo các ý kiến về các vấn đề sau: (1) công dụng (uses) của tài sản mã hóa trên thị trường hiện nay và các công dụng tiềm năng (potential uses) của chúng; (2) cách phân loại tài sản mã hóa; (3) loại tài sản mã hóa nào nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của các quy định về dịch vụ tài chính của EU; (4) loại tài sản mã hóa nào nằm trong phạm vi điều chỉnh của pháp luật Liên minh Châu Âu.

(2) Vương quốc Anh: hiện vẫn chưa có văn bản pháp lý nào trực tiếp điều chỉnh tài sản ảo mà chỉ có văn bản hướng dẫn của Cơ quan Giám sát Tài Chính Anh (FCA).¹⁹⁹ Văn bản hướng dẫn và giải thích những loại tài sản mã hóa (crypto assets)

¹⁹⁸ Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, art. 1(2)(d).

¹⁹⁹ Phạm Long Phương, Quản lý nhà nước về an toàn thông tin mạng internet của một số quốc gia trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam, Báo Quản lý nhà nước online, 28/11/2019.

Link: <https://www.quanlynhanuoc.vn/2019/11/28/quan-ly-nha-nuoc-ve-an-toan-thong-tin-mang-internet-cua-mot-so-quoc-gia-tren-the-gioi-va-kinh-nghiem-cho-viet-nam-2/> truy cập ngày 20/4/2020.

nào sẽ thuộc phạm vi điều chỉnh của quy định pháp luật về tài chính hiện hành. Văn bản hướng dẫn chia tài sản mã hóa thành hai loại: được pháp luật điều chỉnh; và không được pháp luật điều chỉnh. Cụ thể, chỉ những đơn vị trao đổi điện tử nào có khả năng tập trung cao sẽ được pháp luật điều chỉnh (không bao gồm Bitcoin, Litecoin và Ether).

**Các quốc gia cấm một phần hoặc toàn bộ các hoạt động liên quan đến tiền ảo trên lãnh thổ.*

(1) Trung Quốc (không bao gồm Hong Kong): Quốc gia này là một trong những quốc gia có cách tiếp cận vô cùng thận trọng với tài sản ảo. Trung Quốc phủ nhận tính tiền tệ của tiền ảo và vẫn còn cân nhắc về việc có công nhận tài sản ảo khác như các quốc gia lân cận Nhật Bản, Hàn Quốc và Đài Loan hay không. Tuy nhiên, trên thực tế đã có ghi nhận vụ kiện liên quan đến vật phẩm ảo mà ở đó Tòa án tuyên người dùng thắng kiện. Cụ thể, Năm 2003, một cậu trai trẻ chơi trò chơi thể giới ảo của Hongyue, Red Moon, và trở thành bất khả chiến bại sau khi tiêu tốn hàng ngàn giờ chơi game, chăm chỉ thu nhặt vật phẩm là các vũ khí sinh học ảo. Trong một lần quên đăng xuất, một tin tặc đã xâm nhập vào tài khoản của cậu này và lấy cắp những vũ khí có giá trị. Sau đó, cậu đã liên hệ với nhà phát triển, yêu cầu nhận dạng tên trộm nhưng họ lại từ chối thực hiện. Sau đó cậu cũng đi báo cảnh sát nhưng cũng không nhận được sự giúp đỡ nào. Không còn cách nào khác, cậu ta đã khởi kiện ra Tòa án Trung Quốc và sau đó thắng kiện, thu hồi lại được tài sản của mình dưới hình thức vật phẩm ảo. Vụ kiện cho thấy người chơi được công nhận về quyền sở hữu đối với các vật ảo trong thế giới thực.²⁰⁰

(2) Việt Nam: các nhà làm luật Việt Nam rất rõ ràng trong quan điểm không công nhận bảo vệ các quyền liên quan đến tài sản. Công văn 575/PTTH&TTĐT Cục phát thanh, truyền hình và Thông tin điện tử ban hành ngày 24/4/2018 còn yêu cầu các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ trò chơi điện tử trên mạng tuyệt đối không được đổi thưởng, đổi tài sản ảo ra tiền mặt và các hiện vật có giá trị theo quy định

²⁰⁰ Jason T. Kunze, *Regulating Virtual Worlds Optimally: The Model End User License Agreement*, 7 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 102 (2008);

tại Thông tư 24/2014/TT-BTTTT. Điều 104 Nghị định 15/2020/NĐ-CP cũng ghi quy định rõ mức phạt tiền từ 170.000.000 đồng đến 200.000.000 đồng đối với một trong các hành vi quy đổi vật phẩm ảo, đơn vị ảo, điểm thưởng được thành tiền hoặc thẻ thanh toán hoặc phiếu thưởng hoặc các hiện vật có giá trị giao dịch bên ngoài trò chơi điện tử dưới bất kỳ hình thức nào. Dĩ nhiên, đối với tiền ảo thì càng kiên quyết không.

Lý giải cho việc này, Bộ Tư pháp Việt Nam phát biểu, hiện nay chưa có quan niệm thống nhất tài sản ảo, tiền ảo cả nội hàm lẫn ngoại diện, trong khi thực tế đã và đang tạo ra nhiều loại sản phẩm phi truyền thống khác nhau bởi những công nghệ khác nhau, được sử dụng vào các mục đích khác nhau như tài sản mã hóa, tiền mã hóa, kim cương... Vì vậy, cần làm rõ nội dung, mối quan hệ giữa chúng với nhau và với tiền thật, tiền pháp định để nghiên cứu, đề xuất chính sách, xây dựng khung khổ pháp luật.

Bên cạnh đó, Việt Nam vẫn muốn thận trọng, cần có thêm thông tin, kinh nghiệm quốc tế, gợi mở giải pháp phát huy mặt tích cực, giảm thiểu mặt tiêu cực để góp phần phát triển kinh tế - xã hội, phục vụ an ninh quốc phòng, phòng chống rửa tiền, lừa đảo, trốn thuế.²⁰¹

(3) Hoa Kỳ: Hiện tại Hoa Kỳ chưa có luật riêng công nhận tài sản ảo. Tuy nhiên thái độ của nước này có phần cởi mở hơn so với Trung Quốc hay Việt Nam. Thực tế Tòa án Hoa Kỳ không ít lần tiếp nhận các vụ kiện liên quan đến quyền tài sản của người dùng trong thế giới ảo, thông qua các trò chơi trực tuyến. Tuy nhiên, thái độ của Tòa án là không rõ ràng, và cũng không được giải quyết hoàn chỉnh. Hiện tại, đối với các tài sản ảo hình thành từ trò chơi trực tuyến, người dùng cuối được khuyến khích mua bảo hiểm cho các loại tài sản này, nhằm mục đích giảm rủi ro nếu có xảy ra các sự cố liên quan đến trò chơi khiến người dùng cuối bị mất toàn

²⁰¹Theo phát biểu của ông Phan Chí Hiếu, Thứ trưởng Bộ Tư pháp, vào ngày 16/9/2018 tại Hội thảo khoa học quốc tế “Tài sản ảo, tiền ảo: Kinh nghiệm quốc tế và một số vấn đề pháp lý đặt ra”, Hà Nội, 2018. Xem chi tiết phát biểu tại: <http://thanhtravietnam.vn/xa-hoi/tai-san-ao-tien-ao-kinh-nghiem-quoc-te-va-cac-van-de-phap-ly-dat-ra-cho-viet-nam-181850> truy cập ngày 13/4/2020.

bộ giá trị của những tài sản này, không loại trừ khả năng bị mất do nhà cung cấp trò chơi tự ý đóng tài khoản hoặc gỡ bỏ trò chơi.²⁰²

Theo báo cáo của Forbes, các nhà lập pháp Hoa Kỳ đang thảo luận về một dự luật mới có tên “Đạo luật tiền điện tử năm 2020”.²⁰³ Dự luật có đưa ra một số khái niệm như “Tài sản kỹ thuật số” được định nghĩa là “hàng hóa ảo, tiền ảo hoặc chứng khoán ảo”, làm tiền đề cho việc công nhận và quản lý các tài sản ảo trong thời gian tới.

Có thể thấy, đứng trên phương diện pháp luật, các nước Châu Á mới là các quốc gia đang tiên phong trong vấn đề công nhận tài sản ảo. Nguyên nhân có thể xuất phát từ lịch sử phát triển game online đã có sự bùng nổ lớn ở các nước Châu Á như Nhật Bản, Hàn Quốc, Đài Loan, v.v. hơn là các nước phương Tây.

3.2 Tác động của giao dịch điện tử đối với hành vi của người dùng cuối

3.2.1 Các yếu tố tác động đến hành vi của người dùng cuối

Theo Philip Kotler, người được xem là ông tổ của ngành marketing học, có rất nhiều nhân tố ảnh hưởng đến hành vi mua của người tiêu dùng, có thể được chia thành 4 nhóm như sau:²⁰⁴ (1) Các yếu tố văn hóa; (2) Các yếu tố xã hội; (3) Các yếu tố cá nhân; và (4) Các yếu tố tâm lý.

(1) Yếu tố văn hóa bao gồm nền văn hóa và văn hóa cộng đồng. Tùy thuộc vào văn hóa của mỗi quốc gia, hoặc các nhóm sắc tộc trong một quốc gia mà người dùng trong nhóm văn hóa đó có những hành vi và quyết định khác nhau. Ví dụ, các nhóm người dùng thuộc nhóm nền văn hóa cởi mở sẽ có xu hướng dễ bị thu sản phẩm mới, khả năng thích nghi cao với sản phẩm hút bởi những công nghệ hiện đại, v.v.

²⁰² Xem thêm tại: <https://www.the-digital-insurer.com/dia/piccs-virtual-product-insurance/> truy cập 13/4/2020.

²⁰³ Xem thêm tại: <https://www.vnfxtoday.com/industry/1912/3517241.shtml> truy cập ngày 13/4/2020.

²⁰⁴ Kotler P. & Keller, K. Marketing Management, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2006.

(2) Yếu tố xã hội bao gồm cộng đồng và mạng lưới xã hội/mạng lưới xã hội trực tuyến. Cộng đồng là hình thức truyền thông bằng lời nói (World of Mouth) có ảnh hưởng rất lớn đến hành vi mua hàng của người tiêu dùng, và có hiệu quả tốt hơn khi kết hợp với Buzz Marketing (Marketing tuyên truyền).

Trong thời đại 4.0, mạng lưới xã hội trực tuyến là tập hợp các cộng đồng liên kết với nhau qua Internet. Đây là yếu tố đang được doanh nghiệp tập trung chú ý hiện nay. Trong một mạng lưới xã hội trực tuyến, mọi người có thể xã giao, chat chit, trao đổi ý kiến và thông tin về một vấn đề gì đó thông qua các trang mạng xã hội hay website của một doanh nghiệp như Facebook, Blog Gizmodo, Twitter, Lazada, dongabank. Các doanh nghiệp có thể tự tạo cho riêng mình một website về thông tin, giá cả, chương trình khuyến mãi của những sản phẩm mà công ty đang bán cũng như tiếp nhận những ý kiến phản hồi từ khách hàng nhằm cải thiện chất lượng sản phẩm và dịch vụ ngày càng tốt hơn, các doanh nghiệp cũng có thể đăng quảng cáo trên các trang mạng xã hội khác để cho người tiêu dùng biết đến sản phẩm của công ty.

Một số các yếu tố khác có liên quan trong nhóm này có thể kể đến tầng lớp xã hội, gia đình, vai trò hay địa vị trong xã hội.

(3) Các yếu tố cá nhân có thể tác động kể đến như tuổi tác, nghề nghiệp, mức thu nhập, phong cách sống, hay tính cách và ngoại hình. Những người có nghề nghiệp khác nhau sẽ có cầu mua những sản phẩm khác nhau như xe máy, điện thoại, quần áo, mỹ phẩm... Bên cạnh đó hoàn cảnh kinh tế cũng ảnh hưởng đến việc lựa chọn mua sản phẩm của người tiêu dùng. Chính vì thế các nhà doanh nghiệp phải hết sức xem xét tình hình thu nhập, tiền tiết kiệm, lãi suất của người tiêu dùng để có thể định giá sản phẩm ở mức giá hợp lý, phù hợp với túi tiền của người tiêu dùng.

(4) Các yếu tố tâm lý bao gồm động cơ thúc đẩy, nhận thức, lĩnh hội, niềm tin và thái độ. Qua nhận thức, mỗi người tự mình chọn lọc, tổ chức, diễn giải thông tin để tạo nên một bức tranh thế giới đầy ý nghĩa. Nhận thức được chia thành 3 quá trình: quá trình chú ý có chọn lọc (selective attention), quá trình xuyên tạc, giải mã

có chọn lọc (selective distortion), quá trình ghi nhớ có chọn lọc (selective retention).

Sau khi nhận thức, người dùng sẽ lĩnh hội nhu cầu và bắt đầu thực hiện hành vi của mình một cách ổn định và lâu dài. Ví dụ khi bạn xài qua điện thoại Nokia, bạn biết rằng nó có độ bền rất tốt, không dễ hư hỏng; tuy nhiên, lại bị hạn chế về mẫu mã so với các hãng điện thoại khác. Và qua thời gian, người dùng sẽ hình thành niềm tin và thái độ bền vững tác động đến thói quen của mình.

Xem xét trong bối cảnh các đối tượng của EULA là các chương trình phần mềm trên máy tính, điện thoại hoặc trên các thiết bị điện tử thông dụng khác, các giai đoạn dẫn đến quyết định mua phần mềm của người dùng cũng sẽ trải qua các bước tương tự như mô hình của Kotler. Tuy nhiên, các yếu tố mạng lưới và yếu tố tâm lý của người dùng cuối trong môi trường internet tương đối khác biệt so với thông thường, do bị ảnh hưởng bởi phương thức giao kết qua màn hình vi tính hay điện thoại. Từ đó ảnh hưởng thái độ của người dùng không chỉ ở giai đoạn tìm hiểu thông tin liên quan đến sản phẩm mà còn thái độ của người dùng ở giai đoạn quyết định mua, tức là tại giai đoạn đối diện với quyết định “chấp nhận” khi màn hình hiển thị nội dung EULA.

3.2.2 Hành vi và thái độ của người dùng khi sử dụng phần mềm

Nghiên cứu này chủ yếu sử dụng những số liệu thống kê từ thị trường phần mềm của Việt Nam để đưa ra phân tích cho phù hợp với những kiến nghị trong chương tiếp theo tương thích với đặc điểm thị trường và hành vi người dùng cuối tại Việt Nam.

a. Mục đích sử dụng phần mềm của người dùng

Theo Sách Trắng TMĐT của Bộ Công Thương 2019,²⁰⁵ tỷ lệ sử dụng internet của người dùng tại Việt Nam phục vụ cho mục đích nghiên cứu học tập chiếm tỷ lệ cao nhất (66%), đứng thứ nhì là đọc báo và tham gia mạng xã hội (đều chiếm 62%), thứ 3 là mua sắm (61%), chơi game chiếm 36%. Ở khu vực nông thôn,

²⁰⁵ Bộ Công Thương – Cục TMĐT và KTS, Sách trắng Thương mại Điện tử Việt Nam năm 2019. Truy cập tại idea.gov.vn.

người sử dụng internet nhiều nhất là đọc báo và tiếp theo là nhằm phục vụ nhu cầu liên lạc qua zalo, viber hoặc các ứng dụng khác. Như vậy, có ba hoạt động chính có khả năng tác động lớn nhất đến các quyền của người dùng cuối tại Việt Nam đó là (i) tham gia mạng xã hội-liên lạc (thông qua các chương trình/ứng dụng như Facebook, Zalo, Instagram, Facebook Messenger, Youtube, v.v.), (ii) mua sắm qua mạng (Shopee, Lazada, Tiki, Sendo, v.v.), và (iii) chơi trò chơi trực tuyến.

Về phương tiện truy cập internet, người dùng lên mạng qua thiết bị di động chiếm tỷ lệ áp đảo với 81%. Tỷ lệ tương tự ở khu vực nông thôn khi 89% người dùng ở khu vực này lên mạng bằng điện thoại thông minh. Các ứng dụng di động đang dần trở thành một phần quan trọng trong cuộc sống của con người và thay đổi mạnh mẽ thói quen mua sắm của người tiêu dùng Việt Nam.

Nếu muốn mua sắm, người tiêu dùng Việt Nam sẽ tham khảo thông tin trên internet nhiều hơn (86%) là phương thức truyền thống (hỏi thăm bạn bè, người thân) (chỉ chiếm 36%). Tỷ lệ sử dụng website thương mại điện tử (trên máy tính) chiếm 74%, diễn đàn, mạng xã hội chiếm 36%, và ứng dụng di động chiếm 52%. Thống kê này cho thấy người tiêu dùng tại Việt Nam chịu ảnh hưởng bởi cộng đồng mạng xã hội khá lớn. Lý giải cho việc này có thể thấy xu hướng di động hóa các chương trình phần mềm, chuyển dần từ sử dụng máy tính sang điện thoại di động hoặc máy tính bảng. Hơn nữa các ứng dụng mua sắm qua mạng như Shopee, Lazada, Sendo, v.v. có cơ chế đánh giá người bán, giải quyết khiếu nại khá tốt, số lượng hàng hóa khổng lồ được niêm yết trên các sàn giao dịch hàng hóa điện tử giúp người mua dễ tham khảo, so sánh người bán bởi yếu tố giá cả và dịch vụ cạnh tranh. Những thông tin này có tính tin cậy cao để người dùng suy xét trước khi mua hàng. Yếu tố tác động của cộng đồng mạng xã hội đang dần chiếm vai trò quan trọng tác động đến tâm lý và hành vi của người tiêu dùng.

Vì thế, không có gì ngạc nhiên khi thấy có sự soán ngôi ngoạn mục giữa các ứng dụng di động với mạng xã hội.²⁰⁶ Năm 2017, số người mua sắm trên mạng xã hội như Facebook chiếm tỷ lệ cao hơn ứng dụng gần 20%, nhưng sang năm 2018,

²⁰⁶ Bộ Công Thương, Tlđđ., tr.34.

ứng dụng mạng vượt lên mạnh mẽ. Tuy nhiên, theo đánh giá của các doanh nghiệp thì mạng xã hội như facebook vẫn là kênh quảng cáo hiệu quả nhất (52%). Tức là người dùng mạng có xu hướng xem quảng cáo trên facebook nhưng sau đó mua hàng qua các ứng dụng sàn giao dịch hàng hóa.

Riêng về mảng trò chơi trực tuyến, theo một thống kê liên quan đến trò chơi trực tuyến tại Việt Nam năm 2018 cho thấy các con số ấn tượng của thị trường Việt Nam như sau:²⁰⁷

- Việt Nam đang có hơn 28 triệu game thủ. Người Việt Nam tiêu tốn trung bình 51 phút để chơi game trên điện thoại và điều đó thường được lặp đi lặp lại từ 5 - 7 lần trong một ngày.

- Năm 2018 tính chung cả ngành game online Việt Nam đã có được mức tăng trưởng khá cao lên tới 17%, đạt 322 triệu USD so với 275 triệu USD của năm 2017.

- Tổng số game mới trong năm 2018 là 160.

Các con số cho thấy sức ảnh hưởng không hề nhỏ của trò chơi trực tuyến đến đại đa số người dùng tại Việt Nam, khả năng thu về lợi nhuận cũng như các giá trị vật chất được hình thành từ game là khổng lồ. Do vậy, các nhà làm luật bỏ qua những yếu tố này thì sẽ rất đáng tiếc cho người dùng cuối ở phương diện mất đi nguồn thu nhập tiềm năng. Hơn nữa việc cấm đoán không khiến cho các giao dịch này ngừng hoạt động mà chỉ khiến việc quản lý khó khăn hơn và khó thu thuế hơn.

Tóm lại, internet đang trở thành một phần tất yếu trong cuộc sống hàng ngày của người dùng cuối tại Việt Nam, cả ở thành thị và nông thôn, thông qua sự phổ biến của các thiết bị di động. Do đó, sự tác động của EULA là đặc biệt lớn, đặc biệt là đối với những người dùng không am hiểu về công nghệ như người lao động phổ thông, nội trợ hoặc ở vùng nông thôn.

b. Mức độ quan tâm của người dùng cuối đối với các EULA

²⁰⁷ A Behavioral Analysis of Mobile Gamers, POKKT x DECISION LAB, 08/2018, link: [file:///Users/a/Downloads/Pokkt x Decision Lab-SEA Market Study 1.pdf](file:///Users/a/Downloads/Pokkt%20x%20Decision%20Lab-SEA%20Market%20Study%201.pdf) truy cập ngày 4/4/2020.

Với các đặc thù về cách thức giao kết như vậy, người dùng cuối dường như dành rất ít thời gian để đọc, nghiên cứu và hiểu các EULA trước khi họ đồng ý chấp nhận giao kết các điều khoản và điều kiện trong các thỏa thuận này.

Theo khảo sát của Bộ Công Thương, 39% người dùng lưu lại trên trang web di động từ 5-10 phút, 28% dưới 5 phút, chỉ có 18% là lưu lại trên 20 phút.²⁰⁸ Đây là khoảng thời gian lưu lại website để tham khảo các mục nói chung, không đề cập cụ thể có chú ý đến các EULA hay không.

Một nghiên cứu khác cụ thể về trường hợp của EULA hơn được thực hiện vào năm 2012 của nhóm các nhà nghiên cứu Florence M.Chee, Nicholas Taylor và Suzanne de Castell,²⁰⁹ họ đã đặt ra câu hỏi liệu người dùng đọc được bao nhiêu phần của EULA trước khi họ tiến hành giao kết chúng. Và kết quả khảo sát cho thấy, chỉ có 3% người được khảo sát trả lời là đọc toàn bộ, 35% trả lời đọc một phần và 62% trả lời là không đọc chút nào. Hơn nữa, trong số 35% trả lời “có đọc” thì cũng không thể chắc chắn là họ hiểu và cân nhắc kỹ lưỡng những điều khoản và điều khoản đã nêu trong các EULA. Theo một nghiên cứu khác của Jeff Sauro vào năm 2011, trong số 2500 người dùng mạng được khảo sát, không hơn 8% người dùng đọc hết các EULA, và trung bình mỗi người dùng chỉ dành 6 giây để lướt qua các EULA này.²¹⁰

Một khảo sát gần nhất được thực hiện bởi Yannis Bakos năm 2014 đã thống kê trong số 45.091 hộ gia đình truy cập vào website của 66 công ty phần mềm và cho ra kết quả rằng “chỉ có 1 hoặc 2 trong một nghìn người mua sắm qua mạng có truy cập vào EULA của sản phẩm trong vòng một giây”.²¹¹

²⁰⁸ Bộ Công Thương, Sách Trắng Thương Mại Điện Tử 2019, tr.57.

²⁰⁹ Florence M.Chee, Nicholas T. Taylor, and Suzanna de Castell, Re- Mediating Research Ethics: End – User License Agreements in Online Games, *Bulletin of Science, Technology & Society*, 32(6) 497-506, 2012.

²¹⁰ Jeff Sauro, Do Users Read License Agreements?, 11/11/2011. Khảo sát được thực hiện bởi Measuring U, đăng tại trang <https://measuringu.com/eula/> truy cập ngày 3/4/2020.

²¹¹ Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler, and David R. Trossen, Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts, 43 *J.Legal Stud.*, 2014.

Như vậy, có thể kết luận là hầu hết người dùng không đọc hoặc không dành đủ thời gian thích hợp để đọc các EULA khi sử dụng hay cài đặt các phần mềm trên mạng. Vậy những giải pháp hiện nay của luật hình như không hiệu quả nếu vẫn mặc định người dùng phải có đủ thời gian nghiên cứu và quyết định là có hay không đồng ý với những điều kiện mà các nhà sản xuất phần mềm đưa cho họ trên một bản thỏa thuận chỉ hiện trên màn hình điện thoại hay máy tính. Và hơn nữa, sự mong muốn sử dụng ngay lập tức chương trình đăng sau EULA cũng khiến đa phần người dùng dễ dàng đồng ý hơn.

3.3 Những điều khoản trong EULA có thể mang lại rủi ro cho người dùng cuối

3.3.1 Thỏa thuận cho phép sử dụng dữ liệu và thông tin cá nhân

Lượng thông tin cá nhân của người dùng cho phép các nhà cung cấp chương trình phần mềm là rất lớn. Điều nguy hiểm là khả năng thu thập gần như toàn bộ khía cạnh của cuộc sống của người dùng cuối.

Khảo sát điển hình điều khoản sử dụng của Facebook, nhà cung cấp nói rõ rằng những thông tin liên quan đến người dùng cuối mà họ sẽ thu thập bao gồm:²¹²

- Những hoạt động và thông tin do người dùng và người khác thực hiện/cung cấp: nội dung đăng tải, thông tin liên lạc và các thông tin khác, bao gồm cả khi người dùng đăng ký một tài khoản, tạo hoặc chia sẻ nội dung và nhắn tin hay liên lạc với người khác.

- Thông tin trong hoặc về nội dung người dùng cung cấp (ví dụ siêu dữ liệu), chẳng hạn như địa điểm chụp ảnh hoặc ngày tạo tệp.

- Thông tin thu thập từ máy ảnh của camera khi người dùng đã cho phép facebook truy cập trong quá trình chat hay đăng video lên mạng.

²¹² Xem thêm Điều khoản dịch vụ và Chính sách bảo mật của Facebook tại <https://www.facebook.com/about/privacy/update> truy cập ngày 22/4/2020.

- Thông tin về quan điểm tôn giáo, quan điểm chính trị, những người mà người dùng cuối "thích" hoặc thậm chí là lịch sử sức khỏe của của người dùng trong các trường trên trang cá nhân Facebook hoặc phần Sự kiện trong đời.

- Nguồn gốc dân tộc hoặc chủng tộc, niềm tin triết lý hoặc tư cách thành viên trong nghiệp đoàn.

- Thông tin liên hệ nếu người dùng chọn tải lên, đồng bộ hoặc nhập thông tin đó từ thiết bị (chẳng hạn như số địa chỉ, nhật ký cuộc gọi hoặc nhật ký SMS).

- Nội dung người dùng xem hoặc tương tác; các tính năng người dùng sử dụng; hành động bạn thực hiện; những người hoặc tài khoản bạn tương tác; và thời gian, tần suất cũng như khoảng thời gian hoạt động của bạn.

- Thông tin về các giao dịch được thực hiện trên Facebook. Thông tin này bao gồm thông tin thanh toán, chẳng hạn như số thẻ tín dụng hoặc thẻ ghi nợ và thông tin thẻ khác; thông tin xác thực và thông tin tài khoản khác; cũng như chi tiết lập hóa đơn, giao hàng và liên hệ.

- Thông tin về thiết bị: về máy tính, điện thoại, TV được kết nối cũng như các thiết bị kết nối web khác mà bạn dùng để tích hợp Facebook. Facebook cũng kết hợp thông tin này trên các thiết bị khác nhau mà người dùng sử dụng. Ví dụ sử dụng thông tin thu thập được về cách người dùng sử dụng Facebook trên điện thoại để nhận diện nội dung (bao gồm cả quảng cáo) hoặc để đo lường xem liệu người dùng có thực hiện hành động đối với quảng cáo mà facebook hiển thị cho bạn trên điện thoại trên một thiết bị khác hay không.

- Facebook thu thập thông tin các thiết bị của người dùng như hệ điều hành, phiên bản phần cứng và phần mềm, mức pin, cường độ tín hiệu, dung lượng bộ nhớ trống, plugin, loại trình duyệt, tên cũng như loại của tệp và ứng dụng.

- Số nhận dạng: số nhận dạng duy nhất, ID thiết bị và các số nhận dạng khác, chẳng hạn như từ trò chơi, ứng dụng hoặc tài khoản của người dùng, cũng như ID thiết bị gia đình.

Các nội dung tương tự, thậm chí còn tinh vi hơn xảy ra với Google, trình tìm kiếm lớn nhất thế giới.²¹³ Với những thông tin này, cuộc sống của người dùng gần như bị các nhà cung cấp “bóc trần”, vấn đề có bị “phơi bày” hay không sẽ phụ thuộc hoàn toàn vào khả năng bảo mật của nhà cung cấp. Sẽ không ngoa nếu kết luận rằng “*Quyền riêng tư của người dùng mạng đã “chết” và không còn cách nào cứu vãn được nữa*”.

Điều này lý giải vì sao thời gian gần đây, khi các chương trình phần mềm như google hay facebook càng lớn mạnh thì càng có nhiều phản ánh từ phía người dùng rằng họ có cảm giác như họ đang bị theo dõi và âm thầm thu thập thông tin (thực tế là không âm thầm mà công khai thu thập do đã ghi nhận đầy đủ trong các EULA).²¹⁴ Người dùng đang sống trong sự điều hướng một cách vô hình của các nhà cung cấp chương trình phần mềm. Họ phân tích từng hành vi của người dùng để cá nhân hóa một cách tinh vi, họ được tự ý xem xét để đưa cho chúng ta những đề xuất về quảng cáo và sản phẩm.

Trong bối cảnh người dùng bị tác động bởi cộng đồng mạng xã hội, tin tưởng vào các thông tin do Facebook cung cấp hơn. Và như lý thuyết hành vi người dùng của Philip Kotler đã đề cập, các yếu tố tâm lý bao gồm động cơ thúc đẩy, nhận thức, lĩnh hội, từ đó xây dựng niềm tin và hình thành thái độ người dùng. Khi các quảng cáo được phát đi phát lại, xuất phát từ một nhu cầu tiêu dùng ban đầu, người dùng rơi vào vùng không gian với vô vàn các lựa chọn được đập vào mắt mình mỗi ngày, làm động cơ thúc đẩy hành vi mua sắm của họ. Không dừng lại sau khi giao dịch hoàn thành, Facebook tiếp tục gửi các đề xuất quảng cáo là hình thành nhận thức người dùng. Dần dần qua thời gian, người dùng hình thành niềm tin và thái độ mua sắm theo định hướng mà doanh nghiệp mong muốn. Chúng ta như những con rối đang đi đứng, ăn uống, mua sắm theo “sợi dây” của nhà cung cấp phần mềm gần

²¹³ Xem thêm Điều khoản sử dụng và Chính sách bảo mật của Google tại <https://policies.google.com/privacy?hl=vi> truy cập ngày 22/4/2020.

²¹⁴ Xem thêm các bài viết tại Báo mới online, link: <https://baomoi.com/nguoi-dung-smartphone-dang-bi-google-theo-doi/c/27299549.epi> và Dân trí, link: <https://dantri.com.vn/suc-manh-so/google-thua-nhan-theo-doi-nguoi-dung-ke-ca-khi-tat-dinh-vi-20180820084656604.htm> truy cập ngày 22/4/2020.

cho khi “đồng ý” sử dụng dịch vụ của họ. Hay nói cách khác, các phần mềm “miễn phí” chúng ta đã sử dụng, không hẳn miễn phí như cách họ tuyên bố trong các EULA.

“Vậy có nguy hiểm không?” là câu hỏi mà người dùng lúc này đang băn khoăn, mặc dù họ vẫn chưa nhận thức được đầy đủ bức tranh của vấn đề. Trên thế giới có hàng tỷ người sử dụng internet và Facebook, và cũng không ít người sử dụng cùng lúc 4-5 ứng dụng và mạng xã hội, cuộc sống của họ vẫn diễn ra một cách bình thường và “an toàn”. Liệu có cần thiết lo lắng quá mức về vấn đề này khi các chính sách hiện nay gần như ràng buộc các nhà cung cấp không được tự ý cung cấp thông tin người dùng cuối cho bên thứ ba trừ một số trường hợp đặc biệt do luật định. Các quy định của Châu Âu, Hoa Kỳ, Trung Quốc, Nhật, v.v. và cả Việt Nam cũng đưa ra các mức phạt tiền nặng cho hành vi không bảo đảm an toàn thông tin mạng, thậm chí có bao gồm cả yêu cầu bồi thường dân sự kèm theo.

Tuy nhiên, chúng ta cần hiểu rõ, việc phạt nặng hay không cũng không giúp được gì nhiều nếu thông tin của người dùng cuối đã bị rò rỉ. Hay nói cách khác, nếu có trường hợp bị xâm phạm về quyền riêng tư xảy ra, thu hồi thông tin là điều không thể, bất chấp “quyền được lãng quên” đã được khẳng định trong GDPR của Châu Âu. Những thông tin đã đưa lên hệ thống dữ liệu toàn cầu không bao giờ có thể xóa bỏ hết, nó được lưu trữ ở nhiều tầng nấc khác nhau của hệ thống mạng internet.

Trong những năm gần đây, trong môi trường mạng bắt đầu xuất hiện một khái niệm, mà chỉ những người dùng công nghệ thuần thục mới biết, đó chính là “deep web” và “dark web”. Nôm na hai khái niệm này ám chỉ vùng tối tăm của thế giới mạng, nơi các tổ chức, cá nhân hoạt động ngoài vòng pháp luật. Số lượng lớn các hacker am hiểu công nghệ mới có khả năng hoạt động thường xuyên trong vùng tối này của thế giới mạng. Dữ liệu cá nhân đưa lên hệ thống dữ liệu toàn cầu càng nhiều, sẽ càng có nguy cơ bị tấn công. Và nhiều trường hợp, từ tấn công trên thế giới ảo sẽ chuyển hóa thành tấn công trong thế giới thực. Đây chính là những rủi ro mà ranh giới của pháp luật chưa đủ khả năng bảo vệ người dùng cuối.

3.3.2 Điều khoản về giới hạn trách nhiệm và bồi thường thiệt hại

Các nhà cung cấp phần mềm thường cố ý đưa vào các EULA những điều khoản nhằm giới hạn phạm vi chịu trách nhiệm của họ đến mức tối thiểu đối với những thiệt hại có thể xảy ra với người dùng.

Ví dụ như điều khoản “Giới hạn bồi thường thiệt hại” trong EULA của Seagate²¹⁵ như sau: *“Trong giới hạn tối đa được phép theo pháp luật có thể áp dụng, trong mọi trường hợp, Seagate hoặc các bên cấp giấy phép hoặc các nhà cung cấp của Seagate sẽ không chịu trách nhiệm về bất kỳ thiệt hại đặc biệt, lệ thuộc, trừng phạt, gián tiếp hoặc hệ quả nào (bao gồm nhưng không chỉ giới hạn ở các thiệt hại do mất lợi nhuận hoặc thông tin bí mật hoặc thông tin khác, về gián đoạn công việc, về thương tích cá nhân, về thương tích cá nhân, về mất sự riêng tư, về việc không đáp ứng bất kỳ nhiệm vụ nào bao gồm chu đáo thiện chí hay hợp lý, về sự cẩu thả và về bất kỳ tổn thất nộp phạt hay tổn thất nào khác) phát sinh từ hoặc liên quan dưới bất kỳ hình thức nào đến việc sử dụng hoặc không thể sử dụng sản phẩm hoặc bất kỳ phần nào hoặc thành phần nào của sản phẩm trong hoặc liên quan đến bất kỳ điều khoản nào của EULA, kể cả trong trường hợp lỗi, thiệt hại ngoài hợp đồng (kể cả cẩu thả), trình bày sai, trách nhiệm toàn diện, vi phạm hợp đồng hoặc vi phạm bảo hành của Seagate hoặc các bên cấp giấy phép hoặc các nhà cung cấp của Seagate, và cho dù Seagate hoặc các bên cấp giấy phép hoặc các nhà cung cấp của Seagate đã được biết về khả năng xảy ra thiệt hại đó và bất kể việc không thực hiện được mục đích cơ bản của hợp đồng này hay bất kỳ biện pháp khắc phục nào.”*

Điều khoản giới hạn trách nhiệm này đi ngược lại với mọi nguyên tắc về bồi thường thiệt hại trong và ngoài hợp đồng và phủ bỏ hoàn toàn trách nhiệm của Seagate trong mọi trường hợp có thể phát sinh thiệt hại cho khách hàng của mình.

²¹⁵ Seagate là một trong những công ty sản xuất phần cứng lớn của Mỹ, chuyên về thiết bị lưu trữ dữ liệu, được thành lập vào năm 1978. Xem toàn bộ nội dung EULA của Seagate tại link: https://www.lacie.com/files/www-content/about/legal-privacy/en-us/docs/EULA_Single_User_Vietnam_Vietnamese_FINAL.pdf truy cập ngày 28/4/2020.

Dĩ nhiên, tác giả hiểu quy định này như một công cụ rào trước của nhà cung cấp, trong trường hợp pháp luật của các quốc gia không đủ chặt, và ưu tiên thỏa thuận hay đơn thuần công nhận EULA như là một giấy phép, điều khoản này sẽ tạo lợi thế lớn cho nhà cung cấp trước mọi cáo buộc về bồi thường của người dùng cuối.

Không những thế, nếu không cân nhắc kỹ lưỡng, người dùng có thể chịu sự ràng buộc bởi nghĩa vụ bồi thường mà nhà cung cấp áp đặt cho mình, ví dụ trong EULA của Seagate cũng có điều khoản: “**Bằng việc chấp nhận EULA này, bạn đồng ý bồi thường và bảo vệ vô hại** theo cách khác cho Seagate, cán bộ, nhân viên, đại diện, công ty con, bên liên kết và các đối tác khác của Seagate khỏi bất kỳ khoản bồi thường thiệt hại nào trực tiếp, gián tiếp, lệ thuộc, đặc biệt, hệ quả hoặc trừng phạt phát sinh, liên quan hoặc xuất phát từ việc bạn sử dụng Sản phẩm hoặc bất kỳ vấn đề nào liên quan đến Sản phẩm, bao gồm nhưng không chỉ giới hạn ở việc sử dụng bất kỳ Dịch vụ Bên thứ ba nào.”

Theo pháp luật Việt Nam, các điều khoản này có thể được xem như là các điều khoản miễn nghĩa vụ cho bên soạn thảo hợp đồng và tăng trách nhiệm cho bên kia (người dùng cuối), trong trường hợp đó các điều khoản này sẽ bị vô hiệu.²¹⁶ Tuy nhiên Tòa án sẽ chỉ xem xét và tuyên bố vô hiệu trong trường hợp Tòa công nhận EULA là một hợp đồng theo mẫu.

3.3.3 Điều khoản đơn phương chấm dứt dịch vụ

Thực tế tại Mỹ đã ghi nhận khá nhiều ví dụ về việc lạm dụng quyền lực trong EULA liên quan đến điều khoản chấm dứt. Như trường hợp của trò chơi Thế Giới Sims (Sims World)²¹⁷, Peter Ludlow, một giáo sư triết học thuộc Đại học Michigan, đã tham gia trò chơi và đóng vai như một phóng viên trong thế giới ảo, sau đó ông

²¹⁶ Bộ luật Dân sự 2015, Điều 405.3.

²¹⁷ Không giống như các trò chơi “game world” thông thường khác, người chơi vượt qua hàng loạt các thử thách để đạt được một kết quả xác định trước. Thay vào đó, Sims World giống như một thế giới ảo nơi các người chơi có thể “hẹn hò” với nhau. Không có các vật thể được nhà phát triển game thiết kế trong game, thay vào đó người chơi sẽ thu thập Simoleon, một dạng đơn vị tiền tệ sử dụng trong game thông qua các hoạt động trong game để tăng cường kỹ năng và sức khỏe. Simoleon có thể được tự do chuyển đổi thành tiền trong thế giới thực.

xuất bản cuốn Alphaville Herald, tập hợp các câu chuyện kinh ngạc tại thành phố Alphaville, thành phố lớn nhất trong trò chơi Sims Online. Những bài báo của Ludlow về nạn mại dâm trẻ em trên thế giới ảo nhận được nhiều quan tâm trong thế giới thực. Nhà sản xuất của trò chơi Sims là Electronic Arts (EA) đã phản ứng bằng cách khóa tài khoản của Ludlow trong The Sims Online, không cho phép ông tồn tại hay đăng nhập vào chương trình game. Lý do mà EA đưa ra là nhân vật ảo của Ludlow đã liên kết với một trang mạng thương mại của Alphaville Herald, vốn vi phạm EULA ký kết giữa Ludlow và EA, trong EULA cũng cho phép EA được quyền xóa bỏ tài khoản của bất kỳ người dùng nào tùy vào sự suy xét của công ty.²¹⁸

Việc tự ý xóa bỏ tài khoản của người dùng có thể dẫn đến việc người dùng mất đi khoản tiền tiêu tốn cho việc tham gia vào trò chơi mà không hề được hoàn lại. Mặc dù các vấn đề trên xảy ra trong một thế giới ảo, nhưng các vấn đề đó xuất phát từ thế giới thực và tác động đến con người thực, chưa kể đến các giá trị tài sản mà người chơi quy đổi từ thế giới thực thành tài sản ảo cũng có thể bị ảnh hưởng bởi ý chí đơn phương của một phía trong quan hệ này.

Nghị định 15/2020/NĐ-CP mới ban hành đã có quy định khắc phục cho tình trạng này bằng cách buộc các công ty game phải thông báo trước ít nhất 90 ngày (Điều 104). Tuy nhiên quy định này không có ý nghĩa gì nếu như Nhà Nước vẫn không công nhận tài sản ảo và cấm tất cả các hình thức quy đổi tài sản ảo thành tiền. Vậy trong điều kiện nhà cung cấp đơn phương chấm dứt dịch vụ, người dùng cuối có thể kiện để yêu cầu bồi thường thiệt hại, nhưng lại không thể chứng minh được thiệt hại thực tế bởi tất cả những giá trị từ trò chơi sẽ không được nhà nước công nhận.

²¹⁸ Jason T. Kunze, *Regulating Virtual Worlds Optimally: The Model End User License Agreement*, 7 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 102 (2008);

3.4 Những bất cập của pháp luật Việt Nam về bảo vệ quyền riêng tư của người dùng cuối trong các EULA

3.4.1 Sự thất bại của điều khoản bắt buộc trong các hợp đồng theo mẫu

Chúng ta đã biết rằng không có ai đọc nội dung của các EULA hay ToS. Thuyết tâm lý tiêu dùng của Kotler cho thấy các quyết định dẫn đến hành vi tiêu dùng của người dùng cuối không phải là những điều khoản được ghi nhận trong EULA mà dựa chủ yếu trên các nguồn tham khảo về sản phẩm và dựa trên mức độ cấp thiết của nhu cầu sử dụng. Người dùng vào mạng để tìm kiếm những thứ thu hút họ, phục vụ nhu cầu làm việc hay giải trí, không phải để đọc các chính sách bảo mật hay điều khoản sử dụng chương trình phần mềm và ứng dụng.

Việc luật bắt buộc các EULA phải được trình bày rõ ràng và đơn giản cũng không đem lại hiệu quả cao. Hầu hết pháp luật bảo vệ người tiêu dùng, trong đó có luật Việt Nam, đều yêu cầu các hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung phải được trình bày một cách “rõ ràng, cụ thể, dễ hiểu, đủ ý và đảm bảo đủ thời gian suy xét” được Omri Ben-Shahar và Carl E. Schneider (2014) đánh giá là “*những ý tưởng đẹp đẽ nhưng không liên quan.*”²¹⁹

Theo hai nhà nghiên cứu, sự đơn giản xúc tích không thể đảm bảo tác dụng của các hợp đồng theo mẫu, bởi có những giao dịch không thể được giải thích ngắn gọn, xúc tích và đơn giản. Còn trình bày dài dòng thì người dùng cuối vốn lạ lẫm với những thuật ngữ chuyên ngành lại càng không hứng thú liếc nhìn.²²⁰ Các điều khoản bắt buộc vốn dĩ phải hỗ trợ cho người dùng cuối trong việc đưa ra quyết định bằng cách cung cấp các thông tin hữu ích. Sự hữu ích của thông tin phụ thuộc vào việc nó được trình bày như thế nào. Các nhà làm luật cần phải chọn lọc những thông tin nào mà người dùng cần biết và sau đó đưa ra các quy định hướng dẫn nhà sản xuất phải cung cấp trong các EULA.

²¹⁹ Omri Ben-Shahar, Carl E. Schneider, *More Than You Wanted To Know – The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton Uni. Press, 2014, p.122.

²²⁰ Omri Ben-Shahar, Carl E. Schneider, 2014, Sdd., p.137.

Pháp luật không ngừng điều chỉnh để phù hợp với các tình huống phát sinh, mà các quy định giúp các nhà làm luật kiểm soát bên soạn thảo hợp đồng nhiều hơn. Tuy nhiên, không phải lúc nào nhà làm luật cũng có thể nhận diện được các tình huống cũng như đoán định được vấn đề có thể xảy ra, nên nhiều trường hợp các quy định trở nên quá cứng nhắc hoặc dễ gây nhầm lẫn.

Mặc dù nhiều quan điểm cho rằng việc luật quy định các điều khoản bắt buộc cũng không ảnh hưởng gì, càng có nhiều thông tin thì càng tốt.²²¹ Tuy nhiên, nó sẽ có hại nếu nó làm tăng gánh nặng chi phí so với những lợi ích mà nó mang lại.

Tác giả đồng ý với quan điểm của Ben-Shahar với quan điểm cho rằng các điều khoản bắt buộc làm tốn thêm chi phí giao dịch, khiến giá cả đắt đỏ và có khả năng gây hại.²²² Hơn nữa, các điều khoản bắt buộc có thể hạn chế khả năng của Tòa án trong việc bảo vệ người tiêu dùng. Các nhà sản xuất có thể trốn tránh trách nhiệm của mình bằng cách tập trung vào việc thiết kế các cảnh báo về rủi ro của sản phẩm hơn là tập trung vào việc làm cho sản phẩm an toàn hơn. Ví dụ như theo quy định tại Điều 17 và 18 của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010, nếu các nhà sản xuất đã thực hiện các yêu cầu về công bố thông tin và đăng tải nội dung hợp đồng, hoặc đăng ký theo luật, thì người tiêu dùng mặc nhiên được hiểu là đã đọc, hiểu và chấp nhận hợp đồng.

Tóm lại, nếu các điều khoản bắt buộc vốn dĩ đã được quy định từ lâu và áp dụng rộng rãi, nhưng thực tế cho thấy người dùng cuối vẫn không tránh khỏi tình huống bị lạm dụng. Luật cũng được sửa đổi bổ sung thường xuyên nhưng dường như tình hình cũng không khả quan, thậm chí chúng còn có khả năng gây hại. Điều đó có nghĩa là nhà làm luật nên ngừng áp dụng điều khoản bắt buộc để cải thiện tình hình.

²²¹ Hillman, Robert A. and O'Rourke, Maureen (2011) "Defending Disclosure in Software Licensing," University of Chicago Law Review: Vol. 78 : Iss. 1 , Article 6.

²²² Omri Ben-Shahar, Carl E. Schneider, 2014, sđd., Chapter 12.

3.4.2 Quy trách nhiệm cho người dùng đối với việc kiểm soát thông tin của mình trong các EULA

Dưới góc độ pháp lý, các quyền liên quan đến bảo đảm thông tin và hình ảnh cá nhân của người dùng được xem là quyền nhân thân được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự 2015, cụ thể là quyền của cá nhân đối với hình ảnh (Điều 32); quyền được bảo vệ danh dự, nhân phẩm, uy tín (Điều 34); và quyền về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình (Điều 38). Theo đó, hầu hết các quyền trên sẽ chỉ được phía nhà cung cấp sử dụng và khai thác khi có được sự đồng ý của người dùng thông qua một thỏa thuận, ở đây chính là EULA. Và thông qua việc đăng ký hay cài đặt các ứng dụng di động, người dùng đã đồng ý cho phép họ thực hiện quyền này.

Việt Nam hiện nay đã xây dựng một số các văn bản quy phạm pháp luật làm nền tảng bảo đảm quyền của người dùng trong các giao dịch điện tử như Luật Giao dịch điện tử ngày 29/11/2005, Luật Công nghệ thông tin ngày 29/6/2006, và Luật an toàn thông tin mạng số 86/2015/QH13 ngày 19/11/2015 và các văn bản hướng dẫn liên quan.

Gần đây nhất, Nghị định 15/2020/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, tần số vô tuyến điện, công nghệ thông tin và giao dịch điện tử do Chính Phủ ban hành ngày 3/2/2020, vừa bắt đầu có hiệu lực từ 15/4/2020. Nghị định này đã cụ thể các mức phạt có liên quan đến xâm phạm một số quyền của người dùng cuối khi sử dụng các sản phẩm phần mềm và giao dịch điện tử đã được đề cập ở các Luật Giao dịch điện tử, Luật Công nghệ thông tin, Luật an toàn thông tin mạng và Luật An ninh mạng, ví dụ như hành vi mạo danh khi gửi thông tin trên môi trường mạng (Điều 77); không có các hệ thống bảo đảm quyền lợi cho người dùng cuối là trẻ em khi sử dụng chương trình. (Điều 77); hành vi gửi thư rác hoặc tin nhắn rác hoặc thư quảng cáo mang tính quấy nhiễu người dùng bằng nhiều hình thức khác nhau mà chưa được người nhận/người dùng đồng ý hoặc đã bị họ từ chối (Điều 82, 94); thu thập thông tin cá nhân khi chưa có sự đồng ý của chủ thể thông tin cá nhân về phạm vi, mục đích của việc thu thập và sử dụng

thông tin đó. (Điều 84); không bảo mật, tiết lộ, cung cấp, bán hoặc lưu trữ thông tin liên quan đến người dùng cho bên thứ ba mà chưa có sự chấp thuận hay đồng ý của người dùng hoặc khi đã có yêu cầu ngừng cung cấp (Điều 84); sử dụng không đúng mục đích thông tin cá nhân đã thỏa thuận khi thu thập hoặc khi chưa có sự đồng ý của chủ thể thông tin cá nhân của người dùng (Điều 84); không hủy bỏ thông tin cá nhân đã được lưu trữ khi đã hoàn thành mục đích sử dụng hoặc hết thời hạn lưu trữ (Điều 85); v.v.

Theo tác giả, các quy định hiện hành của Việt Nam được đánh giá là khá tương thích với pháp luật các nước về mức độ bảo vệ quyền riêng tư của người dùng, bao gồm như các quyền được từ chối nhận quảng cáo, từ chối việc sử dụng thông tin trái mục đích, hay quyền được lãng quên. Tuy nhiên, các quy định này cũng chỉ phát huy được tác dụng trong trường hợp người dùng có đọc và hiểu rõ các nội dung của EULA. Trong khi như đã chứng minh ở các mục trên, khi người dùng không quan tâm hoặc không hiểu, họ sẽ có xu hướng đồng ý và chấp thuận với mọi điều kiện mà nhà cung cấp phần mềm đưa ra.

3.5 Bảo vệ quyền riêng tư của người dùng thông qua hợp đồng cấp quyền người dùng cuối

Để giải quyết các vấn đề đã nêu liên quan đến EULA, trên cơ sở kiến nghị tại chương 2 về việc cần có văn bản hướng dẫn riêng đối với các hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung đi kèm với giao dịch điện tử, phần này tác giả tiếp tục đưa ra các kiến nghị để bảo vệ quyền riêng tư của người dùng cuối theo ba hướng cụ thể cần được giải quyết trong các văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn riêng đối với EULA và ToS như sau:

Thứ nhất, các quy định cần nâng cao hơn trách nhiệm của các bên trung gian và đội ngũ tư vấn trong các giao dịch điện tử. Cụ thể là quy định rõ về nghĩa vụ tư vấn và giải thích của bên cung cấp phần mềm hoặc chương trình ứng dụng cho người dùng.

Người dùng rất cần thông tin, nhưng nhà làm luật sẽ không thể đoán định được hết tất cả những thông tin mà người dùng cần biết trong luật. Do đó, EULA

không cần là nơi để trình bày tất cả những thông tin này. Hơn nữa, sẽ không có ý nghĩa gì nếu nhà sản xuất đưa vào các điều khoản để sau đó luật bảo vệ người tiêu dùng hay Tòa án tốn công sức tuyên bố nó vô hiệu. Luật cần nêu rõ nghĩa vụ bắt buộc của nhà sản xuất chương trình phần mềm đối với trách nhiệm giải thích và hỗ trợ người dùng về thông tin sản phẩm và dịch vụ. Những thông tin tư vấn hoặc trao đổi đều có thể được lưu lại dưới hình thức văn bản để có thể làm bằng chứng giải quyết tranh chấp về sau cho các bên. Hầu hết các ứng dụng thương mại điện tử đều có mục giải quyết thắc mắc hoặc trò chuyện trực tiếp với tư vấn viên, hoạt động này cơ bản giảm bớt rủi ro của người dùng trong các giao dịch qua internet do không đọc các ToS hay EULA.

Việc này cần được nâng lên thành quy định bắt buộc, và trách nhiệm này có thể phải kèm theo hậu quả pháp lý là bồi thường thiệt hại nếu chứng minh được việc tắc trách của nhà cung cấp trong việc giải đáp thắc mắc dẫn đến thiệt hại cho người dùng.

Thứ hai, các quy định liên quan đến hình thức của hợp đồng EULA hoặc điều khoản giao dịch trên internet cần yêu cầu thay đổi để buộc người dùng cuối phải chú ý đến các EULA. Thay vì người dùng cuối chỉ cần đọc thông tin và nhấn chấp nhận, thì nên được trình bày EULA thành các mục lựa chọn. Đặc biệt, liên quan đến việc sử dụng thông tin cá nhân hoặc thiết kế chế độ bảo mật bắt buộc phải đưa vào trong các mục cần phải có sự xác nhận của người dùng cuối thì giao dịch mới thành công. Ngoài ra, chúng ta có thể tiếp thu rộng rãi quy định về mức bảo mật tối đa luôn để ở chế độ “mặc nhiên” để trong trường hợp người dùng cuối không chú ý thích hợp vẫn đảm bảo được an toàn thông tin của chính mình.

Cuối cùng, luật cần nâng cao hơn mức xử phạt đối với hành vi không áp dụng hoặc đã áp dụng các biện pháp bảo mật nhưng vẫn làm lộ thông tin của người dùng mạng (hiện nay Nghị định 15/2020/NĐ-CP đang áp mức phạt cao nhất là 30 triệu đồng). Với những thiệt hại có thể vô cùng lớn có thể xảy ra, các mức phạt cần có mức răn đe đủ cao để nhà sản xuất nỗ lực hết sức hạn chế thất thoát thông tin trong và sau khi người dùng đã kết thúc sử dụng chương trình. Đồng thời, sẽ không

đư thừa nếu pháp luật dân sự bổ sung thêm trách nhiệm bồi thường dân sự của nhà cung cấp trong trường hợp các giao dịch mạng có khả năng gây thiệt hại cho người dùng cuối. Về vấn đề này, tác giả xin phép bàn đến ở những nghiên cứu khác sâu hơn.

3.6 Bảo vệ quyền tài sản của người dùng thông qua hợp đồng cấp quyền người dùng cuối

3.6.1 Công nhận quyền tài sản đối với tài sản ảo

Để có thể bảo vệ được quyền tài sản của người dùng trong thế giới ảo, nhất thiết phải có cơ chế công nhận tài sản ảo.

Thứ nhất, tài sản bao gồm vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản (Bộ luật Dân sự 2015, Điều 105). Theo đó, quyền tài sản là quyền được trị giá bằng tiền, bao gồm quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, quyền sử dụng đất và quyền tài sản khác (Bộ luật Dân sự 2015, Điều 115). Nếu dựa trên giá trị bằng tiền của quyền tài sản và khả năng lưu thông trong dân sự của các tài sản ảo, thì ở đây chúng ta có thể thấy tài sản ảo có đầy đủ yếu tố để được xem là một quyền tài sản, tương tự như quyền sở hữu trí tuệ, bao gồm cả khả năng chiếm hữu được, sử dụng được và có thể định đoạt được.

Thực tế, có khá nhiều các giao dịch tài sản ảo được thanh toán bằng tiền thật tại Việt Nam. Ví dụ nổi tiếng nhất là việc Công ty An ninh mạng Bkav đã mua lại tên miền Bkav.com với giá lên đến 2,3 tỷ Đồng theo (Trang BKAV ngày 05 tháng 01 năm 2012), hay ông Phạm Trường Sơn, thuộc công ty Market4gamer đã mua lại hai tài khoản của người chơi với giá lên đến 1,8 tỷ Đồng (Zingnews ngày 11 tháng 09 năm 2008). Điều đó cho thấy, tài sản ảo chính là một quyền tài sản và rất cần thiết được các văn bản pháp luật thừa nhận, làm nền tảng bảo hộ các quyền tài sản liên quan nếu có phát sinh tranh chấp.

Thứ hai, nếu đứng dưới góc độ lợi ích của chủ sở hữu phần mềm trong yêu cầu được bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ, chúng ta có thể phân chia làm hai dạng chương trình phần mềm tạo nên thế giới ảo để có cách thức ứng xử khác nhau, bảo

đảm tài sản trí tuệ của họ không bị lạm dụng. Dựa trên quan điểm của Jack Balkin (2004),²²³ đối với các trò chơi hoặc chương trình phần mềm vốn được thiết kế sẵn, người chơi hoặc người tham gia chỉ đơn thuần sử dụng những lựa chọn có sẵn để thực hiện hoạt động trong thế giới ảo thì các hoạt động trong chương trình ấy sẽ được xem là thuộc sở hữu toàn bộ của tác giả/nhà phát triển phần mềm. Những chương trình này cũng sẽ không chịu ảnh hưởng của Tòa án, dĩ nhiên, phải là trong trường hợp EULA của giao dịch phần mềm liên quan tuân thủ các quy định của luật về bảo đảm quyền lợi của người tiêu dùng đối với quyền bí mật thông tin và các quyền khác theo pháp luật bảo vệ người tiêu.

Ngược lại, ở những trò chơi hoặc chương trình đòi hỏi người chơi có sự đầu tư về mặt công sức và tài sản nhằm kiến tạo các nội dung trong thế giới ảo, thì những sự sáng tạo này cần được công nhận và bảo hộ như một dạng tài sản của người chơi, vì tác giả hoặc nhà phát triển chỉ là người sáng tạo nên nền tảng chính của thế giới ảo. Các EULA lúc này nên được hiểu là một dạng “điều lệ” khi người chơi tham gia. Trong trường hợp người chơi vi phạm điều lệ thì căn cứ trên đó để thực hiện thanh toán hoặc xử lý các quyền tài sản liên quan. Trường hợp các chương trình thuộc nhóm thứ hai, Tòa án nên được trao cho thẩm quyền xem xét lại các điều khoản đã giao kết trong EULA để đảm bảo tính công bằng. Như vậy có thể giải quyết được mối lo ngại thứ hai đó là đối với việc giải quyết các giao dịch tài sản ảo có giá trị lớn khi nhà phát triển chương trình đóng cửa.

Với những quan ngại hiện nay của các nhà làm luật về khả năng quản lý loại tài sản này trên thị trường, tác giả cho rằng đã đến lúc chúng ta cần bổ sung khái niệm “tài sản” trong Bộ luật dân sự, bước đầu cần thừa nhận giá trị pháp lý của tài sản ảo trước để tránh những trường hợp quyền lợi chính đáng mà người dùng bị xâm phạm. Trong quá trình áp dụng trong thực tiễn dân sự, Tòa án sẽ có cách xem xét và giải quyết riêng đối với từng trường hợp căn cứ trên nội dung của EULA và tình huống thực tế của từng tranh chấp.

²²³ Jack M. Balkin, *Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds*, 90 VA. L. REV. 2043, 2043 n.1 (2004).

3.6.2 Luật hóa mô hình của Castronova và Balkin

Trong số các lý thuyết hướng đến công nhận và bảo vệ quyền tài sản trong môi trường mạng thì nổi bật là mô hình “Điều lệ Thế giới Ảo” (Charter of Interration) của Edward Castronova (2004),²²⁴ được tiếp nối bởi Jack M. Balkin (2004).²²⁵

Trên nền tảng công nhận giá trị pháp lý của tài sản ảo, trong công trình của mình, Edward Castronova (2004) đã đề nghị một hệ thống điều lệ cho các thế giới ảo tương tự như hệ thống điều lệ của các công ty. Không gian trong trò chơi sẽ được bảo vệ dưới mô hình “Điều lệ Thế giới Ảo”. Castronova tranh luận rằng các thế giới ảo xứng đáng có được vị thế pháp lý tương tự như cách mà các công ty tồn tại theo lý thuyết pháp lý về cá nhân. Các công ty được phép giới hạn trách nhiệm pháp lý bởi các tác động tích cực của trách nhiệm tài sản hữu hạn đối với xã hội, trên cơ sở đó Castronova cho rằng thế giới ảo có khả năng mang lại cho xã hội những lợi ích độc đáo mà chưa được công nhận theo cấu trúc pháp lý kinh tế xã hội hiện tại. Lợi ích cuối cùng là khả năng thoát khỏi mô hình hệ thống làm việc được thiết lập trong Cách mạng Công nghiệp. Bởi vì thế giới ảo cho thấy một tiềm năng to lớn như vậy để cung cấp một điều tốt đẹp cho xã hội, các thỏa thuận mà các thế giới ảo này được quy định xứng đáng với vị thế đặc biệt. Dưới một “Điều lệ Thế giới Ảo”, những người tham gia trò chơi/ người sử dụng phần mềm/chương trình máy tính sẽ được tự do thay đổi các giao diện trong thế giới ảo. Những thay đổi này sẽ không bị Tòa án can thiệp hay ngăn cấm, vì họ đã được trao cho các quyền sở hữu trong thế giới ảo rồi. “Điều lệ Thế giới Ảo” có sự khác biệt một chút so với các hợp đồng tiêu chuẩn như EULA hoặc các Điều khoản Dịch vụ sử dụng phần mềm (Terms of Service). Trong EULA, các nhà phát triển phần mềm sẽ nêu ra các quyền và trách nhiệm của người dùng khi chơi hoặc sử dụng chương trình. Tòa án có thể xem xét các điều khoản quan trọng của thỏa thuận để phân biệt những mục đích giao kết nào

²²⁴Edward Castronova, The Right to Play, New York Law School Law Review, Vol.49, 2004, p.185.

²²⁵Jack M. Balkin, Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds, 90 VA. L. REV. 2043, 2043 n.1 (2004).

là hợp lý. Mặc dù chưa có nền tảng pháp lý cho hệ thống điều lệ của Castronova, nhưng ý nghĩa tiềm ẩn dưới lý thuyết của Castronova có thể sẽ hấp dẫn các nhà làm luật và tòa án vì sự tương đồng với các nền tảng lý thuyết hợp đồng.

Jack Balkin (2004) cũng chia sẻ ý tưởng tương với Castronova, nhưng bổ sung thêm hướng phân tích thứ hai để Tòa án có thể đánh giá các EULA liên quan đến chương trình phần mềm liên quan đến kiến tạo thế giới ảo như game hay mạng xã hội. Balkin cho rằng thế giới ảo cũng thúc đẩy việc truyền đạt ý tưởng tự do trong môi trường liên kết, có thể làm cơ sở cho luật pháp can thiệp vào hành vi của nhà phát triển chương trình trong việc hạn chế quyền tự do thương thảo. Đối với các chương trình phần mềm nơi nhà phát triển kiến tạo một nền tảng thế giới ảo và người tham gia góp phần xây dựng thế giới đó thông qua các giao tiếp lẫn nhau giữa các người dùng hoặc trao đổi tài sản ảo, Tòa án hoặc luật pháp cần có thể xu hướng tham gia vào thế giới ảo nhiều hơn và xác nhận quyền lợi tài sản của người tham gia nhiều hơn. Ngược lại, đối với các chương trình mà nhà phát triển phần mềm là tác giả chính và người chơi chỉ đơn thuần sử dụng theo những hướng đã định sẵn bởi tác giả thì Tòa án sẽ chỉ can thiệp ở mức độ xem chương trình như một tác phẩm để bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ của các tác giả trên cơ sở EULA. Quan điểm này được Jamie J. Kayser (2006) chia sẻ. Nếu các điều khoản quan trọng của EULA giữa các bên tiết lộ một “kỳ vọng hợp lý” rằng các bên sẽ hợp tác trong việc phát triển thế giới ảo, Tòa án sẽ có thể can thiệp vào việc cân bằng lợi ích tài sản ảo của các bên. Mặt khác, nếu các điều khoản quan trọng của thỏa thuận tiết lộ ý định của nhà phát triển rằng đó là người tạo ra trải nghiệm trong thế giới ảo và người tham gia chỉ là một hành khách trên các câu chuyện được kể bởi nhà phát triển, Tòa án sẽ không can thiệp để cân bằng lợi ích tài sản ảo của các bên; thay vào đó, Tòa án có thể can thiệp để tạm ngừng hiệu lực của EULA.

Các hệ thống và lý thuyết của Castronova và Balkin có ý nghĩa đối với việc xác định quan điểm chủ đạo của pháp luật trong việc bảo vệ quyền của người dùng trong thế giới ảo hay thế giới mạng. Thực tế mô hình này đang được Hàn Quốc áp dụng để giải quyết các tranh chấp liên quan đến quyền tài sản của người dùng trong

thế giới ảo. Pháp luật Việt Nam có thể áp dụng mô hình này để làm cơ sở bảo vệ tối ưu quyền của người dùng trên nhiều khía cạnh, đặc biệt là đối với các quyền tài sản và quyền tài sản gắn với nhân thân của người dùng.

Kết luận chương 3

Chương 3 nhấn mạnh các quyền liên quan dễ bị xâm phạm của người dùng trong các giao dịch trên internet này chính là quyền riêng tư đối với thông tin cá nhân và quyền tài sản đối với tài sản ảo.

Tác giả cũng đã thống kê và so sánh pháp luật của một số quốc gia liên quan đến bảo vệ quyền nhân thân và quyền tài sản của người dùng cuối trong môi trường internet. Từ đó rút ra kết luận pháp luật Việt Nam cơ bản đã có những nỗ lực lớn trong việc xây dựng cơ sở pháp lý nền tảng để bảo vệ các quyền của người dùng cuối trên môi trường mạng. Ngoài ra, Việt Nam vẫn giữ quan điểm không công nhận tài sản ảo và cấm các hành vi quy đổi giá trị trong trò chơi trực tiếp thành tiền mặt. Tác giả cho rằng đây là một hạn chế cần thiết phải sửa đổi.

Đồng thời, tác giả cũng khắc họa người dùng cuối trong thị trường Việt Nam với những đặc tính và hành vi mang tính đặc trưng trong môi trường mạng. Kết quả cho thấy, người dùng cuối tham gia rất nhiều EULA, nhưng do sự ảnh hưởng của yếu tố tâm lý và phương thức giao kết, người dùng cuối có xu hướng không quan tâm đến các nội dung được thể hiện trong các EULA, cho thấy sự thất bại của các quy định hiện hành về hợp đồng theo mẫu trong pháp luật bảo vệ người tiêu dùng.

Trên cơ sở đó, tác giả đề xuất một số giải pháp theo hai hướng chính:

Một là, giải quyết vấn đề về bảo vệ quyền riêng tư của người dùng bằng cách bổ sung quy định về nghĩa vụ tư vấn và trách nhiệm giải quyết khiếu nại của nhà cung cấp; các EULA cần phải được thiết kế thành các mục lựa chọn và để mặc định bảo mật ở mức tối ưu; nâng cao hơn mức xử phạt đối với hành vi không áp dụng hoặc đã áp dụng các biện pháp bảo mật nhưng vẫn làm lộ thông tin của người dùng mạng.

Hai là, đối với quyền tài sản đối với tài sản ảo, tác giả khẳng định tầm quan trọng của việc công nhận quyền tài sản được phát sinh từ thế giới ảo bởi nhiều lợi ích khác nhau của nó. Trong bối cảnh của Việt Nam, có thể học hỏi mô hình của Hàn Quốc và luật hóa lý thuyết của Castronova và Balkin để từng bước công nhận và quản lý loại tài sản đặc biệt này.

PHẦN KẾT LUẬN

Lấy mục tiêu là nhận biết bản chất của EULA và các quyền cần phải được bảo vệ của người dùng cuối trong các giao dịch có liên quan đến hợp đồng cấp quyền người dùng cuối (EULA), luận án đã chứng minh đặc điểm cơ bản của EULA là hợp đồng theo mẫu với mức độ rủi ro cao đối với các quyền liên quan của người dùng cuối, bao gồm là quyền riêng tư đối với thông tin cá nhân và quyền tài sản đối với tài sản ảo.

Để có thể đánh giá được mức độ phát triển của pháp luật Việt Nam liên quan, tác giả đã tổng hợp pháp luật của một số quốc gia về bảo vệ quyền nhân thân và quyền tài sản của người dùng cuối trong môi trường internet. Từ đó nhận thấy, pháp luật Việt Nam cơ bản đã có cơ sở pháp lý nền tảng để bảo vệ các quyền của người dùng cuối trong môi trường mạng. Đặc biệt đã có các chế tài cho các hành vi làm lộ thông tin hoặc không áp dụng các biện pháp bảo mật cần thiết để bảo vệ người dùng. So với kinh nghiệm quốc tế là tương thích, mặc dù chưa đạt đến mức cao như của GDPR. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam nói riêng và pháp luật các nước trên thế giới nói chung vẫn chưa tìm được giải pháp thỏa đáng cho vấn đề lạm dụng quyền riêng tư về thông tin cá nhân của người dùng. Bởi kết quả nghiên cứu cho thấy, người dùng cuối rất ít quan tâm đến các nội dung được thể hiện trong các EULA. Do đó, các quy định hiện hành về điều khoản hợp đồng theo mẫu hay điều khoản bắt buộc là chưa đủ để bảo vệ cho các quyền của người dùng cuối trong môi trường mạng.

Vì vậy, tác giả đề xuất cơ chế mặc nhiên cho các giao dịch có chứa EULA. Cụ thể:

Thứ nhất, Tòa án và nhà làm luật cần thống nhất quan điểm công nhận các EULA là các hợp đồng, và cụ thể hơn là các hợp đồng theo mẫu đặc biệt có nguy cơ xâm phạm quyền với người dùng rất cao. Trao cho Tòa án quyền xem xét mức độ bảo vệ quyền của người dùng và cân bằng với mức độ bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ của các tác giả/ nhà sản xuất chương trình phần mềm, ứng dụng.

Thứ hai, cần có văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn riêng điều chỉnh cho các hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung gắn kèm với các giao dịch điện tử giữa một bên là nhà cung cấp phần mềm, ứng dụng, chương trình máy tính và một bên là người dùng cuối.

Thứ ba, luật cần nhấn mạnh hơn vai trò của các bên trung gian và đội ngũ tư vấn, cần nêu rõ nghĩa vụ bắt buộc của nhà sản xuất chương trình phần mềm đối với trách nhiệm giải thích và hỗ trợ người dùng về thông tin sản phẩm và dịch vụ.

Thứ tư, buộc người dùng cuối phải chú ý đến các EULA thông qua áp dụng trình bày EULA thành các mục lựa chọn. Ngoài ra, chúng ta có thể tiếp thu rộng rãi quy định về mức bảo mật tối đa luôn để ở chế độ “mặc nhiên” để trong trường hợp người dùng cuối không có sự chú ý thích hợp vẫn đảm bảo được an toàn thông tin của chính mình.

Thứ năm, luật cần nâng cao hơn trách nhiệm và các mức xử phạt đối với hành vi không áp dụng hoặc đã áp dụng các biện pháp bảo mật nhưng vẫn làm lộ thông tin của người dùng mạng, và bổ sung thêm trách nhiệm bồi thường dân sự của nhà cung cấp.

Cuối cùng, công nhận quyền tài sản đối với tài sản ảo hình thành từ mạng internet. Bước đầu có thể theo hướng chỉ công nhận tài sản ảo đối với những chương trình có sự đầu tư, đóng góp công sức của người dùng như một phần của chương trình phần mềm, theo mô hình của Castronova và Balkin.

Tác giả hiểu rằng, những đề xuất trên chỉ mới là những định hướng ban đầu giải quyết cho vấn đề của người dùng cuối. Tuy nhiên, tác giả tin rằng các hướng này sẽ khả thi và cần có những nghiên cứu sâu hơn để phù hợp với tính phi biên giới của các EULA./.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

I. Văn bản quy phạm pháp luật

1. Bộ luật Dân sự số 91/2015/QH13 của Nước CHXHCN Việt Nam được Quốc hội thông qua ngày 24/11/2015;
2. Luật Giao dịch điện tử của Việt Nam 2005;
3. Luật Công nghệ thông tin số 67/2006/QH11 ngày 29/6/2006;
4. Luật số 36/2009/QH12 ngày 19 tháng 6 năm 2009 của Quốc hội sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật sở hữu trí tuệ, có hiệu lực kể từ ngày 01 tháng 01 năm 2010;
5. Luật Bảo vệ Quyền lợi Người tiêu dùng số 59/2010/QH12 thông qua ngày 17/11/2010;
6. Luật An toàn thông tin mạng năm 2015
7. Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Hình sự số 100/2015/QH13 ngày 20/6/2017 (Điều 226);
8. Nghị định số 63/2007/NĐ-CP ngày 10/4/2007 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực công nghệ thông tin;
9. Nghị định số 64/2007/NĐ-CP ngày 10/4/2007 của Chính phủ về ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động của cơ quan nhà nước;
10. Nghị định số 90/2008/NĐ-CP ngày 13/8/2008 của Chính phủ về chống thư rác;
11. Nghị định 99/2011/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng;
12. Nghị định 72/2013/NĐ-CP của Chính phủ về quản lý cung cấp, sử dụng dịch vụ internet và thông tin trên mạng ngày 15/7/2013;
13. Nghị định 15/2020/NĐ-CP của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, tần số vô tuyến điện, công nghệ thông tin và giao dịch điện tử, ngày 3/2/2020;

14. Thông tư số 09/2008/TT-BCT ngày 21/7/2008 của Bộ Công Thương hướng dẫn Nghị định Thương mại điện tử về cung cấp thông tin và giao kết hợp đồng trên website thương mại điện tử;

15. Thông tư số 25/2010/TT-BTTTT ngày 15/11/2010 của Bộ trưởng Bộ Thông tin và Truyền thông quy định việc thu thập, sử dụng, chia sẻ, đảm bảo an toàn và bảo vệ thông tin cá nhân trên trang thông tin điện tử hoặc cổng thông tin điện tử của cơ quan nhà nước (Điều 8, 9, 12, 13).

16. Văn bản hợp nhất Quyết định 02/2012/QĐ-TTg ngày 13/01/2012 và Quyết định 35/2015/QĐ-TTg ngày 20/8/2015 về ban hành Danh mục hàng hóa, dịch vụ thiết yếu phải đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung.

17. Luật Mẫu về Thương mại Điện tử UNCITRAL của Liên Hợp Quốc năm 1996 và 2005.

18. Luật Thống nhất về Giao dịch Điện tử của Hoa Kỳ 1999;

19. Hướng dẫn Thương mại Điện tử (Electronic Commerce Directives) của Châu Âu;

20. Hướng dẫn Điều khoản Hợp đồng Không công bằng của Châu Âu (Unfair Contract Terms Directives);

21. Luật Hợp đồng Điện tử Tiêu dùng Châu Âu (EU Consumer Electronic Contract Law); và

22. Luật Bảo vệ Dữ liệu Chung GDPR (The General Data Protection Regulation) năm 2018;

23. German Federal Data Protection Act, 2017.

24. Electronic Transaction Act of Singapore 2010, Điều 11;

25. Personal Information Protection Act – Korean LII.

26. Data Protection Laws of Korea.

27. ITA 2000 of India 2000, phần 10.

28. Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, Law to Regulate Financial Technology Companies.

29. Luật Hợp đồng của Cộng Hòa Nhân dân Trung Hoa, Điều 11; Luật Thương mại Việt Nam 2005.

30. Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing.

II. Tài liệu tham khảo trong nước

1. Phạm Thanh Bình, Có Nên Công Nhận “Tài Sản Ảo” là Một Loại Tài Sản?, đăng trên Cổng Thông Tin Liên Đoàn Luật Sư Việt Nam, 2016.

2. Gregory N. Mankiw, *Nguyên Lý Kinh Tế Học* (Principal of Economics), Tập 1, NXB. Thống Kê, Hà Nội, 2003;

3. Bá Huy, Không công nhận và bảo hộ tài sản ảo, Báo Pháp Luật Online, ngày 21/2/2009.

4. Phạm Thị Thúy Hằng, Giải pháp quản lý tiền ảo, tài sản ảo, Tạp chí Tài chính, số 05/2018.

5. Bùi Lê Thục Linh, Bảo mật thông tin cá nhân trong kỷ nguyên Big Data, Tạp chí Pháp luật & Phát triển, số tháng 06/2018.

6. Lê Nét, *Quyền Sở hữu trí tuệ (tài liệu bài giảng)*, NXB. ĐHQG. Tp.HCM 2006;

7. Phạm Long Phương, Quản lý nhà nước về an toàn thông tin mạng internet của một số quốc gia trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam, Báo Quản lý nhà nước online, 28/11/2019.

8. Robert Cooter (Nguyễn Thị Xinh Xinh biên dịch), *Giáo Trình Giảng dạy Kinh tế Fullbright, biên soạn từ “The Elements of Transaction Costs” LAW AND ECONOMICS (ISBN 0-321-20471-9) (Pearson Addison Wesley) (2004)*, tr. 91-95;

9. Simrit Kaur, Intellectual Property Rights and Software Piracy in India, *Quyền Sở Hữu Trí Tuệ Ở Các Nước Đang Phát Triển*, Kỷ yếu Hội thảo, Việt Nam, NXB. Đại học Quốc gia Tp.HCM, 2012.

10. Dương Anh Sơn, Hoàng Vĩnh Long, Thử bàn về bản chất của hợp đồng từ góc độ Kinh tế học, Tạp chí Nhà nước và Pháp Luật, Viện Hàn lâm KHXH Việt Nam, Số 2, 2013;

11. Taori, Harish N, Victor Lim and ArchanShetty (2011), White Paper, Software Piracy in India: Costing Millions to State Exchequer in Tax Losses, Sponsored by: BSA.

12. Nguyễn Minh Tuấn, *Tập bài giảng Lịch sử nhà nước và pháp luật thế giới*, Nhà xuất bản chính trị Quốc gia, Hà nội, 2007;

13. Nguyễn Văn Thoan, *Ký kết và thực hiện hợp đồng điện tử trong điều kiện Việt Nam hội nhập kinh tế quốc tế*, Trường Đại học Ngoại thương (Foreign Trade University), Hà Nội, 2010;

14. Bộ Công Thương – Cục TMDT và KTS, Sách trắng Thương mại Điện tử Việt Nam năm 2019. Truy cập tại idea.gov.vn.

15. VECOM, Báo cáo chỉ số thương mại điện tử (E-business Index – EBI), 2019.

16. VNTWORK, Báo cáo Digital Marketing Việt Nam 2019, Xem chi tiết tại: <https://vnetwork.vn/news/cac-so-lieu-thong-ke-internet-viet-nam-2019> truy cập ngày 29/3/2020.

III. Tài liệu tham khảo nước ngoài

1. Ababneh Lara, *E-contract under the existing UAE Laws*, 2011, Available from: <http://www.tamimi.com/en/magazine/law-update/section-7/may-6/e-contract-under-the-existing-uae-laws.html>.;

2. Barnes A. James, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business* (4th edition), Irwin, Illinois, Massachusetts, USA, 1993;Bebchuk, Lucian A. and Richard A. Posner, *One-sided contracts in competitive consumer markets*, Michigan Law Review, 2006;

3. Cartwright, John and Martijn W. Hesselink, *Precontractual Liability in European Private Law: Conclusions*, Cambridge University Press, pp. 449-488, 2008;

4. Dawson, Ed, Sharon Christensen, Ernest Foo, Audun Josang, Praveen Gauravaram, Kathryn O'Shea, and Judith McMamara, *Electronic Contract Administration - Legal and Security Issues*, Literature Review. 2005;
5. Daskalova, Victoria I., Consumer Welfare in EU Competition Law: What is It (Not) About? (May 1, 2015). *The Competition Law Review* (2015), Vol. 11, Issue 1, pp 131- 160; TILEC Discussion Paper No. 2015-011.
6. David Mayer, *Privacy Activists Take On Oracle and Equifax Over Shadowy Profiling*, *Fortune*, 8 November 2018.
7. Dodd, Jeff C. and James A. Hernandez, *Contracting In Cyberspace*, *Computer Law Review and Technology Journal*, Vol., No., 1998;
8. Donnie L. Kidd, Jr. and Jr. William H. Daughtrey, *Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions*, *Rutgers Computer and Technology Law Journal* Vol., No., 2000;
9. Douglas W. Allen, *Transaction Costs*, Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, eds., *The Encyclopedia of Law and Economics*, volume 1, Cheltenham, Edward Elgar, 2000;
10. Edward Castronova, *The Right to Play*, *New York Law School Law Review*, Vol.49, 2004;
11. Effoduh, Jake Okechukwu. "The Fourth Industrial Revolution by Klaus Schwab." *The Transnational Human Rights Review* 3. (2016): <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/thr/vol3/iss1/4>
12. Emilija Stanković, *The influence of Roman law on Napoleon's Code Civil*, University of South Africa, 2005;
13. Florence M.Chee, Nicholas T. Taylor, and Suzanna de Castell, *Re-Mediating Research Ethics: End – User License Agreements in Online Games*, *Bulletin of Science, Technology & Society*, 32(6) 497-506, 2012.
14. Forder, Jay, *The inadequate legislative response to e-signatures*, *Computer law & security review*, Vol. 26, No. (4), pp. 418-426, 2010;

15. Gamarello Thomas, *The Evolving Doctrine of Unconscionability in Modern Electronic Contracting*, Law School Student Scholarshio, Vol. 647, 2015;
16. Gary W. Hamiltion & Jeffrey C. Hood, *The Shrink-Wrap License – Is it Really Necessary?*, Computer Law., Aug. 1993, at 16;
17. Gordon W. Brown, Paul A. Sukys, Business law with UCC applications (9th edition), Glencoe, Mc GrawHill, New York, USA, 1993;
18. Gisler, Michael, Katarina Stanoevska-Slabeva, and Markus Greunz, *Legal Aspects of Electronic Contracts*, in Dynamic Business-to-Business Service Outsourcing (IDSO'00), Stockholm. 2000;
19. Hill, Jennifer E., *The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and Natural Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property Vol.2, No. (1), 2003;
20. Jack M. Balkin, *Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds*, 90 VA. L. REV. 2043, 2043 n.1, 2004;
21. Jamie J. Kayser, *The New New-World: Virtual Property and the End User License Agreement*, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review, Vol. 27, 2006;
22. Jason T. Kunze, *Regulating Virtual Worlds Optimally: The Model End User License Agreement*, 7 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 102 (2008);
23. Jeffery E. Wittmann, Electronic contract, in Negotiation and Drafting Major Business Agreements Conference, Vancouver, BC, 2007;
24. John P. Dawson, *Duress and the Fair Exchange in French and German Law*, 11 Tul. L. Rev. 345, 12 Tul. L. Rev. 42, 1937;
25. Joseph. M. Perillo, Corbin on contracts, rev. Ed., 1993;
26. Juwana Hikmahanto, *Legal Issues on E-Commerce and E-Contract in Indonesia in 8th General Assembly of the ASEAN Law Association: ASEAN Laws in the 21st Century*, Singapore, p. 212-222, 2003;

27. Kantor; James H. Burrows, *Electronic Data Interchange (EDI)*, National Institute of Standards and Technology (1996);
28. Kevin W. Saunders, *Virtual Worlds – Real Courts*, 52 VILL.L.REV. 187, 191 (2007);
29. Kotler P. & Keller, K. *Marketing Management*, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2006;
30. Macsim, Andreia-Roxana, *The new Consumer Rights Directive. A comparative law and economics analysis of the maximum harmonisation effects on consumers and businesses. The case of the cooling-off period from online contract*, in Department of Business Law, Aarhus School of Business, Aarhus University, 2012;
31. Mamedova, Natalya and A.N. Baykova, *Practices and perspectives of functioning electronic trading system for state and municipal needs in Russia*, 2015;
32. Masadeh, Aymen and Mohammad Bashayreh, *Contemporary Legal Issues of Contract Formation by Online Orders*, Shariah and Law Journal - UAE University, Vol. 31, 2007;
33. Melliship, Neil and Seva Batkin, *Introduction to Electronic Commerce in Canada*, p. 1-12, 2008;
34. Michael L. Rustad, *Everyday Law for Consumers*, Paradigm Publishers, 2007.
35. Michael Terasaki, *Do End User License Agreement Bind Normal People?*, Western State University Law Review, Volume 41, Issue 2, 2013;
36. Nagpal Rohas, *Ecommerce - Legal Issues*, India, 2008;
37. Nuth, “E-Commerce Contracting: The Effective Formation of Online Contracts,” 43–44.
38. Oliver E. Williamson, *The Economic institutions of capitalism* Nhà xuất bản The Free Press, 1985;
39. Olga Mironenko Enerstvedt, *The Applicable Law to the Electronic Contracts under EU Data Protection Directive*, University of Oslo, 2013;

40. Omri Ben-Shahar, et. Carl E. Schneider, *More than you wanted to know. The failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, New Jersey, 2014;
41. Palanissamy Ayyappan, *Legal Issues in e-Commerce and e-Contracting - An Overview of Initiatives in Malaysia*, International Journal of e-Education, e-Business, e-Management and e-Learning, Vol. 3, pp. 173-177, 2013;
42. Pillai, Manju and Pramila Adavi, *Electronic Contract Management*, International Journal of Engineering and Advanced Technology (IJEAT), 2013;
43. Rafal Manko, The notion of “consumer” in EU law, Library Briefing: Library of the European Parliament, 130477REV1, 2013.
44. Ralph Amissah, The Autonomous Contract: Reflecting the Borderless Electronic-Commercial. Environment in. Contracting. (1997), bài viết đăng tại: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/amissah2.html#ecs4> truy cập ngày 10/3/2018.
45. Robert W. Gomulkiewicz, Mary L. Williamson, *A Brief Defense of Mass Market Software License Agreements*, 22 Rutgers Computer & Tech. L.J. 335, 1996;
46. Robert A. Hillman, *Rolling Contracts*, 71 Fordham L. Rev. 743, 2002;
47. Ronald Coase, *The Firm, The Market, and the Law*, The University of Chicago Press, IL, 1988;
48. Sayuri Umeda, Japan: Bitcoin to Be Regulated, 2016;
49. Stern, Jonathan E., *The Electronic Signatures in Global and Commerce Act*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 16, No. (1), pp. 391-414, 2001;
50. Teleșpan C. Cercetări de marketing. Studiul pieței (Marketing researches. Market study), Editura Universității Lucian Blaga, Sibiu, 2008;
51. Todd D. Radkoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, 96 HARV. L. REV. 1173, 1218-25 (1983).
52. Trandafirescu, Bogdan Cristian, *The electronic contract signing and its coming into force in the Romanian Law*, in The 6th International Conference of PhD students - University of Miskolc, 2007;

53. Verma S K, *IP Protection of Software and Software Contracts in India: a Legal Quagmire*, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol 17, 07/2012, pp 285.
54. Waller, Spencer & Brady, Jillian & Acosta, R.J, *Consumer Protection in the United States: An Overview*, Research Gate, 1/2011.
55. Watson, Alan. "The Evolution of Law: The Roman System of Contracts." *Law and History Review*, vol. 2, no. 1, 1984, pp. 1–20. JSTOR, JSTOR, www.jstor.org/stable/743908, truy cập ngày 10/3/2018.
56. Wei Jun, *Analysis of the New Electronic Signature Law*, China Legal Watch, pp. 10-13, 2004;
57. Wessing T., An overview of UK data protection law, 2017;
58. William Lawrence, *Rolling Contracts Rolling Over Contract Law*, 41 SAN DIEGO L. REV. 1099, 1116–17, 2004;
59. Winn, Jane K. and Brian H. Bix, *Diverging Perspectives on Electronic Contracting in the U.S. and EU*, Cleveland State Law Review (Law Journals), Vol. 54, No. (1), pp. 175-190, 2006;
60. Wright, Craig S., *Electronic contracting in an insecure world*, SANS Institute, InfoSec Reading Room, 2008;
61. Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler, and David R. Trossen, Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts, 43 J.Legal Stud., 2014;
62. Zacks, Eric A., The Restatement (Second) of Contracts § 211: Unfulfilled Expectations and the Future of Modern Standardized Consumer Contracts (May 5, 2016). 7 William & Mary Business Law Review 733 (2016); Wayne State University Law School Research Paper No. 2016-14. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2776182>;
63. Association of Corporate, *Contract 2.0: Making and Enforcing Contracts Online*, LLP Venable, p. 1-57, 2012;
64. Google & TEMASEK, E-Conomy SEA, 2018;
65. Google & TEMASEL, E-Conomy SEA, 2019;

66. The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, Regulation of Cryptocurrency in Selected Jurisdictions, 2018;
67. Ministry of Justice of UK, Contract Management Review, Findings and Recommendations Report, 2013;
68. Papers of John F. Kennedy. Presidential Papers. President's Office Files. Speech Files. Special message to Congress on protecting consumer interest, 15 March 1962;
69. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Guidelines for Consumer Protection, New York and Geneva, 2016;
70. *Bowe v. SMC Elec. Prods.*, 945 F. Supp. 1482, 1485 (D. Colo. 1996);
71. POKKT x DECISION LAB, *A Behavioral Analysis of Mobile Gamers*, 08/2018;
72. *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, Case C-128/11 ECLI:EU:C:2012.

IV. Website

1. Báo điện tử BBC: <https://www.bbc.com>
2. Intersoft Consulting, web: <https://gdpr-info.eu>
3. Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org>
4. Black Law Dictionary: <https://thelawdictionary.org>
5. Free Advice: <https://law.freeadvice.com>
6. Trang tin của Phapluatnet, web: <https://phapluatnet.vn>
7. World Economic Forum: <https://www.weforum.org>
8. World Trade Organization: <https://www.wto.org>
9. Vietnammoving: <https://www.vinamoving.com>
10. Sem Vietnam: <https://www.semvietnam.com>
11. Báo Điện tử Pháp luật Việt Nam: <http://baophapluat.vn>
12. PCMAG.COM: <http://www.pcmag.com/encyclopedia/term/42799/eula>
13. Measuring U: <https://measuringu.com/eula/>
14. FTC: <http://www.ftc.gov>
15. National Conference of State Legislatures: <https://www.ncsl.org>

**DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH CÔNG BỐ KẾT QUẢ NGHIÊN CỨU CỦA
LUẬN ÁN TIẾN SĨ**

**“ BẢO VỆ QUYỀN CỦA NGƯỜI DÙNG
TRONG HỢP ĐỒNG CẤP QUYỀN NGƯỜI DÙNG CUỐI”**

STT	Tên công trình	Năm công bố	Tên NXB, tạp chí, hội nghị (vol, N^o, pp)
1.	Limitation of protecting IP rights relating to software and computer programs in EULA	2016	Hội thảo quốc tế về Sở hữu trí tuệ và thương mại, ĐH Kinh tế luật
2.	Bảo vệ quyền tài sản trong thế giới ảo thông qua hợp đồng cấp quyền người dùng cuối. Hướng tiếp cận cho pháp luật Việt Nam.	2019	Tạp chí Pháp luật và Phát triển số tháng 9-10/2019, ISSN 0866 – 7500.
3.	Bản chất pháp lý của hợp đồng cấp quyền người dùng cuối và hướng tiếp cận của pháp luật bảo vệ người tiêu dùng Việt Nam.	2020	Tạp chí Tài chính, số tháng 6/2020 (731), ISSN 2615 – 8973.
4.	Sự thất bại của điều khoản bắt buộc trong hợp đồng cấp quyền người dùng cuối đối với việc bảo vệ quyền riêng tư của người dùng.	2020	Tạp chí Pháp luật và Phát triển số tháng 11-12/2020, ISSN 0866-7500.
5.	Một số bất cập của pháp luật Việt Nam về bảo vệ quyền riêng tư của người dùng trong các hợp đồng cấp quyền người dùng cuối.	2021	Tạp chí Khoa học Pháp lý Việt Nam. Số 02 (141)/2021. ISSN 1859 – 3879.