

# THƯƠNG NHÂN THEO PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM

ThS. Lê Văn Tranh\*

\*Giảng viên, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Thương nhân, phân loại thương nhân.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 18/05/2020

Biên tập : 28/05/2020

Duyệt bài : 08/06/2020

Article Information:

*Key words:* The merchant, classification of merchant.

*Article History:*

Received : 18 May. 2020

Edited : 28 May. 2020

Approved : 08 Jun. 2020

Tóm tắt:

Sau hơn ba mươi năm đổi mới, tầng lớp “thương nhân” của Việt Nam đã và đang khẳng định được vai trò của mình trong việc tạo công ăn việc làm cũng như thúc đẩy phát triển kinh tế, sự thịnh vượng của quốc gia. Vì thế, việc ghi nhận chế định thương nhân trong pháp luật thương mại là một sự ghi nhận hợp lý của Nhà nước đối với chủ thể này. Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung trình bày về nhận diện thương nhân ở ba góc độ: i) khái niệm, ii) đặc điểm, iii) phân loại về thương nhân theo pháp luật hiện hành.

Abstract:

After more than thirty years of reform, the “merchant” of Vietnam has been asserting its role in job generation as well as economics development and nation prosperity. Therefore, the recognition of the institution of merchant in the commercial law is a reasonable recognition of the State to this subject. Within the scope of this article, the author focuses on discussions on identification of merchant in three aspects: i) definition, ii) characteristics, iii) classification of merchant under current law.

## 1. Khái niệm về thương nhân

Trong cuốn Business Law có viết, “*Một người được gọi là thương nhân khi người đó hành động trong khả năng thương mại, sở hữu hoặc sử dụng chuyên môn liên quan cụ thể đến hàng hóa được bán*”<sup>1</sup>. Thương nhân trong trường hợp này được hiểu là người có chuyên môn, hiểu biết nhất định về hoạt động thương mại của mình. Cách tiếp cận này hoàn toàn phù hợp với đặc thù nghề nghiệp của mỗi thương nhân bởi hoạt động thương mại luôn gắn với yếu tố “*lợi nhuận - rủi ro*” nếu thương nhân không có chuyên môn thì khó có thể hành nghề cũng như tồn tại trên thương trường. Cách tiếp cận của Luật Thương mại

Việt Nam cũng hướng đến yếu tố này khi mà nhà làm luật quy định tính chất “*thành lập hợp pháp, hoạt động thường xuyên*”. Cụ thể, khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại quy định<sup>2</sup>, “*thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, có nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh*”. Bên cạnh đó, pháp luật doanh nghiệp cũng tồn tại khái niệm “*doanh nghiệp*” có nội hàm gần giống với khái niệm “*thương nhân*”. Theo đó, doanh nghiệp “*là tổ chức có tên riêng, có tài sản, có trụ sở giao dịch, được thành lập hoặc đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật nhằm mục đích kinh doanh*”<sup>3</sup>. Cụm từ “*chi*

1 Nguyễn Văn “A person is a merchant when she or he acting in a mercantile capacity, possesses or uses an expertise specifically related to the goods being sold”. Xem thêm: Clarkson. Miller. Cross, Business law – Text and cases (thirteenth Edition), p.380.

2 Luật Thương mại năm 2005.

3 Khoản 10 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2020, có hiệu lực thi hành 01/01/2021.

thể kinh doanh" không được luật hoá nhưng cũng được sử dụng trong một số giáo trình và được hiểu là "những tổ chức, cá nhân thực hiện hoạt động kinh doanh mang tính nghề nghiệp, hoạt động dưới một hình thức pháp lý nhất định... theo quy định của pháp luật"<sup>4</sup>. Trên thực tế, cụm từ này được sử dụng khá phổ biến với nội hàm bao gồm tất cả các tổ chức, cá nhân kinh doanh trên thị trường.

"Thương nhân", "doanh nghiệp" hoặc "chủ thể kinh doanh" đều là những thuật ngữ chỉ các chủ thể thực hiện hoạt động kinh doanh, thương mại nhằm mục đích sinh lợi. Trong đó, khái niệm "chủ thể kinh doanh" được xem là khái niệm có nội hàm rộng nhất, nó bao hàm cả "thương nhân" và "doanh nghiệp". Thực tế còn có nhiều tên gọi khác như thương gia<sup>5</sup>, doanh nhân<sup>6</sup>, nhà buôn... nhưng tựu chung lại thì các thuật ngữ này đều chỉ một chủ thể tiến hành hoạt động kinh doanh, thương mại nhằm mục đích sinh lợi<sup>7</sup> và lấy đó làm nghề nghiệp chính của mình trên cơ sở kết hợp các nguồn lực và thế mạnh khác nhau của mỗi thương nhân.

Mở rộng quy định liên quan đến đại vị pháp lý của thương nhân, chúng ta thấy Hiến pháp<sup>8</sup> năm 1992 ghi nhận quyền tự do kinh doanh của công dân; theo đó, công dân có quyền tự do kinh doanh theo quy định của pháp luật. Đến Hiến pháp năm 2013 thì quyền tự do kinh doanh được mở rộng theo nguyên tắc "mọi người có quyền tự do kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm"<sup>9</sup>. Quy định này cho thấy, tự do kinh doanh được mở rộng theo hướng "được kinh doanh những gì mà pháp luật cho phép" sang "được kinh doanh những gì mà pháp luật không cấm". Cùng với việc

ghi nhận quyền tự do kinh doanh trong Hiến pháp, Luật Thương mại năm 1997, Luật Thương mại năm 2005 đã xây dựng một chế định thương nhân với các quy định về quyền và nghĩa vụ của thương nhân. Cụ thể, khoản 6 Điều 5 Luật Thương mại năm 1997 quy định, "Thương nhân bao gồm cả nhân, pháp nhân, tổ hợp tác, hộ gia đình có đăng ký hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên". Luật Thương mại năm 2005 thay đổi định nghĩa về thương nhân theo hướng "rút gọn" khi liệt kê ít chủ thể hơn so với Luật Thương mại năm 1997 nhưng vẫn giữ nguyên thuộc tính cơ bản của thương nhân. Theo đó, thương nhân chỉ bao gồm hai nhóm "tổ chức kinh tế" và "cá nhân" hoạt động thương mại một cách độc lập thường xuyên và có đăng ký kinh doanh<sup>10</sup>, các chủ thể được công nhận là thương nhân khi đáp ứng yêu tố có đăng ký kinh doanh" và "hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên". Tại đây, tư cách thương nhân được xác lập bước đầu thông qua thủ tục "đăng ký" với cơ quan nhà nước có thẩm quyền (ở công đoạn này chủ thể không cần phải chứng minh rằng mình đã, đang hoặc sẽ hoạt động thương mại đối với cơ quan đăng ký kinh doanh). Quy định về "đăng ký kinh doanh" này được xem là bước "khai sinh" ra chủ thể thương nhân, và theo lẽ đó, những chủ thể không tiến hành đăng ký với cơ quan có thẩm quyền thì sẽ không được gọi là "thương nhân".

Quy định "thương nhân là tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp..." có những điểm không rõ ràng khi cụm từ "tổ chức kinh tế" không được luật giải thích và có độ vĩnh nhất định khi đối chiếu với cụm từ "tổ chức"

4 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2013), Giáo trình pháp luật về chủ thể kinh doanh, Nxb. Hồng Đức, tr. 16.

5 Thương gia là thuật ngữ được sử dụng nhiều lần (chính) trong Bộ luật Thương mại Việt Nam cộng hoà năm 1972.

6 Hiện nay, doanh nhân là thuật ngữ được sử dụng, tuyên dương trong ngày truyền thống (13/10 hàng năm) của những người hoạt động kinh doanh, thương mại. Tuy vậy, xét trên tính tổng quát thì quy định "ngày thương nhân" sẽ hợp lý và thuyết phục hơn.

7 Không chỉ hướng đến lợi ích vật chất thuần túy mà còn bao gồm cả yếu tố phi vật chất (uy tín, hình ảnh, thương hiệu).

8 Tính đến nay đã có năm bản Hiến pháp Việt Nam qua các năm: 1946, 1959, 1980, 1992 và 2013.

9 Điều 33 Hiến pháp năm 2013.

10 Xem thêm: Khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại năm 2005.

trong pháp luật doanh nghiệp và đầu tư. Hoặc, quy định “được thành lập hợp pháp... có đăng ký kinh doanh” trong điều luật là có sự trùng lặp. Bên cạnh đó, quy định thương nhân phải hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên nhưng luật lại không quy định thế nào là hoạt động thương mại độc lập và thường xuyên. Hoặc có thể thấy, khái niệm thương nhân với nhiều tiêu chí như pháp luật hiện hành là không cần thiết, chưa rõ ràng có thể làm hạn chế quyền kinh doanh của một số tổ chức, cá nhân hoạt động thương mại. Chế định thương nhân được một số nước trên thế giới quy định đều dựa trên những tiêu chí đơn giản, đi sâu vào bản chất khái niệm. Ví dụ Luật thương mại Cộng hòa Pháp quy định thương nhân là người thực hiện những hành vi thương mại và có là nghề thường xuyên của họ. Theo pháp luật Hoa Kỳ, khái niệm “thương nhân (thương gia)” được định nghĩa trong Bộ luật Thương mại Hoa Kỳ (Uniform Commercial Code -1990). Theo Luật này, có 3 loại hình thương nhân chủ yếu là cá nhân kinh doanh (sole propration), công ty đối nhân (partnership) và công ty đối vốn (corporation). Ngoài ra, chế định thương nhân một số nước còn quy định thương nhân phải thực hiện các hành vi thương mại nhân danh mình và lợi ích của chính mình. Vì vậy, trong pháp luật các nước thường xác định điều kiện trở thành thương nhân dựa trên yếu tố cơ bản nhất là thực hiện hoạt động thương mại. Thông lệ này có thể là một tham khảo cho Luật Thương mại Việt Nam khi sửa đổi có thể tiếp cận theo hướng này.

## 2. Đặc điểm của thương nhân

*Thứ nhất*, các chủ thể có thể trở thành thương nhân gồm 2 nhóm là cá nhân và tổ chức kinh tế. Việc xác định cá nhân là ai phải căn cứ theo pháp luật dân sự; theo đó, cá nhân với tư cách là chủ thể pháp luật dân sự kể từ lúc sinh ra và chấm dứt sự tồn tại khi chết. Đây là con người cụ thể có năng lực pháp luật và năng lực hành vi để thực hiện

các hoạt động thương mại, đồng thời tự mình gánh chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về hoạt động thương mại đó. Theo quy định chung, thương nhân là cá nhân phải từ đủ mười tám tuổi trở lên và không thuộc các trường hợp pháp luật cấm kinh doanh. Ở đây, cá nhân khác biệt với “công dân” bởi lẽ, “công dân” là người có quốc tịch của một hoặc một số quốc gia hoặc vùng lãnh thổ có chủ quyền. Ví thể, theo pháp luật Việt Nam thì cá nhân có thể trở thành thương nhân không chỉ là công dân Việt Nam mà còn có thể là công dân nước ngoài, thậm chí cả người không có quốc tịch<sup>11</sup>.

Tổ chức kinh xét về bản chất là tổ chức được thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật, đó có thể là doanh nghiệp, hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã và các tổ chức khác thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh. Ngoài ra, với chính sách thu hút đầu tư nước ngoài vào Việt Nam hiện nay thì *tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài* (tổ chức kinh tế có nhà đầu tư nước ngoài là thành viên hoặc cổ đông) đóng vai trò quan trọng. Tổ chức kinh tế là chủ thể nhân tạo, được lập dựa trên các quy định của pháp luật mà mục đích thành lập để tiến hành các hoạt động kinh doanh, thương mại với khách thể là “nhằm mục đích sinh lợi”. Đối với tổ chức khác như tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị, hiệp hội không thuộc phạm trù “tổ chức kinh tế”, vì thế sẽ không có tư cách thương nhân.

Có thể nói, quy định về thương nhân theo dạng liệt kê các nhóm (chủ thể) của quan hệ thương mại theo cách mà pháp luật thương mại Việt Nam đang sử dụng cũng phù hợp với thông lệ quốc tế. Ví dụ, theo cơ sở dữ liệu pháp luật trực tuyến West Law thì thương nhân bao gồm:

“1. *Thương nhân; nhà bán lẻ; người mua hàng hóa để bán nhằm mục đích lợi nhuận.*

2. *Người bán hàng hóa chủ yếu theo hình thức mà họ được mua; người đã không*

11 Về nguyên tắc, để trở thành thương nhân thì cá nhân phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, không thuộc trường hợp cấm thành lập, quản lý doanh nghiệp theo quy định của pháp luật doanh nghiệp. Đối với cá nhân nước ngoài và người không có quốc tịch muốn trở thành thương nhân Việt Nam cũng phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo pháp luật Việt Nam. Một số tài liệu có nêu thương nhân là cá nhân cùng đồng nghĩa với thương nhân là thể nhân. Tuy vậy, pháp luật Việt Nam không sử dụng thuật ngữ “thể nhân” vì thế bài viết không đi sâu phân tích về vấn đề này.

chuyển đổi hàng hóa thành một dạng tài sản khác bằng kỹ năng và lao động.

3. Người mà với tư cách là thành viên của một sàn giao dịch chứng khoán mua và bán chứng khoán trên sàn giao dịch hoặc cho các nhà môi giới hoặc trên tài khoản của chính họ.

4. Người mua và bán hàng hóa và hàng hóa tương lai cho người khác hoặc cho chính mình để đón đầu lợi nhuận đầu cơ<sup>12</sup>.

Thứ hai, để trở thành thương nhân thì các chủ thể phải đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật. Về nguyên tắc, pháp luật Việt Nam không trực tiếp quy định về thành lập thương nhân, mà thương nhân chỉ được thành lập thông qua thủ tục gián tiếp. Theo đó, tổ chức và cá nhân kinh doanh có những quy định khác nhau để xác lập tư cách thương nhân. Đối với thương nhân là tổ chức kinh tế (thành lập doanh nghiệp) thì đăng ký tại Phòng Đăng ký kinh doanh thuộc Sở Kế hoạch và Đầu tư. Việc thành lập doanh nghiệp và đăng ký thành lập doanh nghiệp là quyền của nhà đầu tư, song để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, nhà đầu tư phải thỏa mãn những điều kiện nhất định. Đối với thương nhân là cá nhân (hộ kinh doanh) thì đăng ký tại Phòng đăng ký kinh doanh cấp huyện. Hộ kinh doanh<sup>13</sup> do một cá nhân hoặc một nhóm người gồm các cá nhân là công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, hoặc một hộ gia đình làm chủ, chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng dưới mười lao động và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh. Như vậy, có thể thấy

giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, đăng ký hộ kinh doanh là văn bản khai sinh ra chủ thể pháp luật mới là thương nhân.

Thứ ba, thương nhân phải thực hiện hoạt động thương mại<sup>14</sup> với tư cách là một nghề nghiệp. Hoạt động thương mại với thương nhân là mối quan hệ gắn bó không thể tách rời bởi không thể gọi là thương nhân khi mà chủ thể đó không thực hiện hoạt động thương mại, thực hiện hoạt động thương mại được xem là thuộc tính cơ bản của thương nhân. Hoạt động thương mại "là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác"<sup>15</sup>. Hoạt động thương mại luôn chịu ảnh hưởng tác động bởi các yếu tố kinh tế, chính trị, xã hội, vì thế chúng luôn ở trạng thái động theo bối cảnh xã hội. Không chỉ vậy, các cá nhân, tổ chức kinh tế được xem là thương nhân chỉ khi tiến hành hoạt động thương mại một cách độc lập, điều này có nghĩa là các chủ thể này phải tham gia vào hoạt động thương mại với tư cách là một chủ thể pháp luật độc lập<sup>16</sup>. Theo đó, sự phụ thuộc về mặt tài chính, kinh tế của các chủ thể không làm mất đi tính độc lập về mặt pháp lý của nó. Vì vậy, các công ty con hay công ty liên kết trong nhóm công ty là các chủ thể pháp luật độc lập với công ty mẹ và đều là thương nhân theo pháp luật thương mại<sup>17</sup>.

Bên cạnh đó, cần ghi nhận rằng, hoạt động thương mại của thương nhân phải liên tiếp, liên tục mang tính nghề nghiệp và theo logic đó đây sẽ là nơi tạo ra nguồn thu nhập chính, thường xuyên cho thương nhân. Thương nhân phải thực hiện hành vi thương

12 Nguyên văn "trader (16c) 1. A merchant; a retailer; one who buys goods to sell them at a profit. 2. Someone who sells goods substantially in the form in which they are bought; one who has not converted them into another form of property by skill and labor. 3. Someone who, as a member of a stock exchange, buys and sells securities on the exchange floor either for brokers or on his or her own account. 4. Someone who buys and sells commodities and commodity futures for others or for his or her own account in anticipation of a speculative profit. Nguồn: Westlaw. © 2019 Thomson Reuters. No Claim to Orig. U.S. Govt. Works.

13 Thuật ngữ "hộ kinh doanh" chính thức được sử dụng tại các văn bản quy phạm pháp luật Việt Nam từ năm 2006. Có thể nói, hộ kinh doanh là khái niệm mang tính đặc thù riêng của Việt Nam.

14 Tuy vậy, cũng cần lưu ý rằng chỉ những hoạt động liên quan, phụ trợ cho nghề nghiệp của thương nhân mới có thể xem đó là hoạt động thương mại.

15 Khoản 1 Điều 3 Luật Thương mại năm 2005.

16 Đặc điểm này cho phép loại trừ Văn phòng đại diện, Chi nhánh khỏi khái niệm thương nhân bởi xét về bản chất chúng chỉ là các đơn vị phụ thuộc của thương nhân.

17 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2012), Giáo trình pháp luật về thương mại hàng hóa và dịch vụ, Nxb. Hồng Đức, tr. 12.

mại một cách tự thân, nhân danh mình, vì lợi ích của bản thân mình và tự chịu trách nhiệm về hành vi thương mại của mình<sup>18</sup>. Tuy vậy, tiêu chí này chưa đủ để tạo thành tư cách thương nhân, bởi các chủ thể hàng ngày thực hiện một, một số hoặc toàn bộ các hoạt động được pháp luật cho phép về mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác nhưng không theo đối tượng phải đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật về đăng ký kinh doanh thì sẽ không gọi là thương nhân theo quy định của Luật Thương mại<sup>19</sup>.

Đối với tổ chức kinh tế thì tính thương xuyên đã bao hàm trong mục đích thành lập, yêu cầu về tính thương xuyên dẫn đến hệ quả pháp lý nếu thương nhân có ý định tạm ngừng hoạt động trong một khoảng thời gian vượt quá một giới hạn nào đó thì phải thông báo với các cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền về việc tạm ngừng hoạt động đó<sup>20</sup>. Ví dụ, đối với hộ kinh doanh trong trường hợp tạm ngừng kinh doanh từ 30 ngày trở lên thì hộ kinh doanh phải thông báo với cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đã đăng ký kinh doanh và cơ quan thuế trực tiếp quản lý (thời gian tạm ngừng kinh doanh không được quá 01 năm). Hoặc đối với doanh nghiệp, khi tạm ngừng kinh doanh, doanh nghiệp phải gửi Thông báo tạm ngừng kinh doanh đến Phòng Đăng ký kinh doanh nơi chi nhánh, văn phòng đại diện, địa điểm kinh doanh đã đăng ký, chậm nhất 15 ngày trước khi tạm ngừng kinh doanh (thời hạn tạm ngừng kinh doanh cũng không được quá một năm). Sau khi hết thời

hạn đã thông báo, nếu doanh nghiệp, chi nhánh, văn phòng đại diện, địa điểm kinh doanh vẫn tiếp tục tạm ngừng kinh doanh thì phải thông báo tiếp cho Phòng Đăng ký kinh doanh. Tổng thời gian tạm ngừng kinh doanh liên tiếp không được quá hai năm<sup>21</sup>.

### 3. Phân loại thương nhân

Luật Thương mại năm 2005 của Việt Nam không phân loại thương nhân, vì thế việc phân loại chỉ mang tính chất tham khảo<sup>2</sup>. Theo đó, việc phân loại thương nhân được dựa theo những đặc tính sau: *i) Tư cách pháp nhân; ii) Hình thức tổ chức; iii) Chế độ trách nhiệm tài sản; iv) Quốc tịch của thương nhân.*

#### 3.1. Tư cách pháp nhân

Dựa vào căn cứ tư cách pháp nhân, có thể phân loại thương nhân thành thương nhân có tư cách pháp nhân và thương nhân không có tư cách pháp nhân. Theo pháp luật Việt Nam, để được công nhận là pháp nhân thì một tổ chức cần có đủ những điều kiện cơ bản như được thành lập hợp pháp, có cơ cấu tổ chức chặt chẽ, có tài sản độc lập và tự chịu trách nhiệm độc lập bằng tài sản của mình và phải nhân danh mình tham gia vào các quan hệ pháp luật. Với tiêu chí phân chia này, *thương nhân có tư cách pháp nhân* bao gồm các loại công ty được quy định tại Luật Doanh nghiệp năm 2020 là công ty TNHH hai thành viên trở lên, công ty TNHH một thành viên, công ty cổ phần và công ty hợp danh. Thương nhân có tư cách pháp nhân được xem là pháp nhân thương mại bởi suy cho cùng pháp nhân này có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận và lợi nhuận được chia cho các thành viên<sup>23</sup> hoặc thuộc về nhà đầu

- 18 Theo đó, những người làm công ăn lương như người quản lý điều hành một chi nhánh hay một cửa hàng thương mại thì không được coi là một thương nhân vì họ thực hiện những hành vi thương mại vì lợi ích của nhà đầu tư.
- 19 Xem thêm: Nghị định số 39/2007/NĐ-CP về hoạt động thương mại một cách độc lập, thương xuyên.
- 20 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2012), Giáo trình pháp luật về thương mại hàng hóa và dịch vụ. Nxb. Hồng Đức, tr.17.
- 21 Xem thêm: Nghị định số 78/2015/NĐ-CP về đăng ký doanh nghiệp.
- 22 Thương nhân là vấn đề có nhiều quan điểm khác nhau khi được đề cập, như thương nhân có phải là doanh nghiệp, doanh nghiệp có phải là thương nhân hoặc đăng ký thương nhân ở đâu, thành lập thương nhân như thế nào? Hoặc về mặt pháp lý đã thừa nhận thương nhân vẫn bán mặt trong thực tế lại là một cụm từ khác như doanh nhân, tiểu thương, lái buôn, thương gia, hoặc có nên ban hành một đạo luật về thương nhân, v.v..
- 23 Xem thêm: Điều 75 Bộ luật Dân sự năm 2015.

tư. *Thương nhân không có tư cách pháp nhân* bao gồm doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh<sup>24</sup>. Trong đó, doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp do một cá nhân làm chủ và tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp. Hộ kinh doanh do một cá nhân hoặc một nhóm người gồm các cá nhân là công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, hoặc một hộ gia đình làm chủ, chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng dưới mười lao động và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh<sup>25</sup>. Mặc dù không có tư cách pháp nhân nhưng doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh vẫn là các chủ thể pháp luật độc lập, điều này có nghĩa là việc chủ doanh nghiệp tư nhân hay chủ hộ kinh doanh chết sẽ không lập tức và không tự động dẫn đến chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp tư nhân hay hộ kinh doanh đó.

### 3.2. Hình thức tổ chức

Dựa vào căn cứ này, có thể chia thương nhân thành thương nhân là doanh nghiệp và thương nhân không phải là doanh nghiệp. *Thương nhân là doanh nghiệp* gồm các loại hình công ty và doanh nghiệp tư nhân theo pháp luật doanh nghiệp. Hoặc trên thực tế dựa vào lĩnh vực hoạt động của doanh nghiệp có thể chia ra thành doanh nghiệp nông nghiệp, doanh nghiệp công nghiệp, doanh nghiệp thương mại và doanh nghiệp hoạt động dịch vụ. Căn cứ vào quy mô về vốn, lao động và sản phẩm có thể chia thành doanh nghiệp nhỏ, doanh nghiệp vừa và doanh nghiệp lớn. Về bản chất, việc lựa chọn loại hình doanh nghiệp cụ thể nào phụ thuộc vào nhiều nhân tố, cả phía chủ doanh nghiệp và môi trường. Còn *thương nhân không phải là doanh nghiệp* gồm hộ kinh doanh, hợp tác

xã và liên hiệp hợp tác xã.

Pháp luật doanh nghiệp Việt Nam không xem hộ kinh doanh là doanh nghiệp, có thể do tính chất “*quy mô kinh tế nhỏ*” của nó nhưng không vì thế mà tư cách thương nhân của nó bị phủ nhận. Bên cạnh đó, pháp luật hiện hành cũng không xem hợp tác xã là một loại hình doanh nghiệp mà là “*tổ chức kinh tế tập thể*” và “*hoạt động như một loại hình doanh nghiệp*”<sup>26</sup>. Trong khi đó, liên hiệp hợp tác xã là tổ chức kinh tế mà thành viên của nó là các hợp tác xã và hoạt động theo nguyên tắc tổ chức và hoạt động của hợp tác xã. Điều 3 Luật Hợp tác xã năm 2012 quy định:

“1. Hợp tác xã là tổ chức kinh tế tập thể, đồng sở hữu, có tư cách pháp nhân, do ít nhất 07 thành viên tự nguyện thành lập và hợp tác tương trợ lẫn nhau trong hoạt động sản xuất, kinh doanh, tạo việc làm nhằm đáp ứng nhu cầu chung của thành viên, trên cơ sở tự chủ, tự chịu trách nhiệm, bình đẳng và dân chủ trong quản lý hợp tác xã.

2. Liên hiệp hợp tác xã là tổ chức kinh tế tập thể, đồng sở hữu, có tư cách pháp nhân, do ít nhất 04 hợp tác xã tự nguyện thành lập và hợp tác tương trợ lẫn nhau trong hoạt động sản xuất, kinh doanh nhằm đáp ứng nhu cầu chung của hợp tác xã thành viên, trên cơ sở tự chủ, tự chịu trách nhiệm, bình đẳng và dân chủ trong quản lý liên hiệp hợp tác xã”

Như vậy, theo pháp luật thương mại thì hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã đều là thương nhân vì chúng có đầy đủ các đặc điểm của thương nhân theo quy định của pháp luật thương mại thực định. Cũng cần nói thêm, pháp luật thương mại ở nhiều quốc gia trên thế giới chỉ thừa nhận thương nhân là thể nhân (cá nhân) và pháp nhân<sup>27</sup> chứ

24 Tuy vậy, nếu xét một cách triết tự thì “hộ kinh doanh có phải là thương nhân hay không cũng là câu hỏi khó trả lời”. Xem thêm: Bùi Xuân Hải. Những hạn chế, bất cập về đặc điểm pháp lý của hộ kinh doanh và vấn đề hộ kinh doanh chuyển thành doanh nghiệp, nguồn tại <http://tapchikhplvn.hcmulaw.edu.vn/module/xemchitietbaibaot?oid=0b4e92d2-f2c9-41ae-8240-8b3e75ec2a53>. Truy cập: 20/7/2020.

25 Điều 66 Nghị định 78/2015/NĐ-CP về đăng ký doanh nghiệp.

26 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2012). Giáo trình pháp luật về thương mại hàng hóa và dịch vụ, Nxb. Hồng Đức, tr.22.

27 Trường Đại học Luật Hà Nội (2007), sđd, Tập 1, Nxb. Công an nhân dân, tr.59.

không tồn tại thuật ngữ hợp tác xã hay hộ kinh doanh như ở Việt Nam cho dù việc định danh, gọi tên là thương nhân của chủ thể này mang nhiều tính suy luận dựa trên quy định gián tiếp.

### 3.3. Chế độ trách nhiệm tài sản

*Thương nhân chịu trách nhiệm tài sản hữu hạn bao gồm* Công ty trách nhiệm hữu hạn, Công ty cổ phần, Hợp tác xã và Liên hiệp hợp tác xã. Trách nhiệm hữu hạn (limited liability) trong trường hợp này được hiểu là trách nhiệm của thương nhân trong phạm vi vốn đã góp, cam kết góp. Theo đó, các thành viên, cổ đông hay xã viên chỉ chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài chính khác của công ty hay hợp tác xã trong phạm vi số vốn đã góp hoặc cam kết góp vào công ty hay hợp tác xã mà thôi. Nói cách khác, chế độ trách nhiệm tài sản hữu hạn của thương nhân có nghĩa là, thương nhân chỉ chịu trách nhiệm tài sản bằng tài sản của chính mình bao gồm tài sản do thành viên, cổ đông, xã viên góp vốn và các tài sản hợp pháp khác tạo lập được trong quá trình hoạt động thuộc sở hữu của mình<sup>28</sup>.

*Thương nhân chịu trách nhiệm tài sản vô hạn bao gồm* doanh nghiệp tư nhân, hộ kinh doanh và công ty hợp danh. Trách nhiệm vô hạn (infinite responsibility) trong trường hợp này được hiểu là trách nhiệm của thương nhân đối với tài sản; theo đó, thương nhân bắt buộc phải chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ trong hoạt động kinh doanh, thương mại bằng toàn bộ tài sản. Đối với doanh nghiệp tư nhân thì chủ doanh nghiệp “*tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với mọi hoạt động của doanh nghiệp*”. Đối với cá nhân hộ gia đình là các chủ sở hữu của hộ kinh doanh cũng chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của họ đối với mọi hoạt động của hộ kinh doanh. Đối

với công ty hợp danh thì thành viên hợp danh phải liên đới chịu trách nhiệm thanh toán hết số nợ còn lại của công ty nếu tài sản của công ty không đủ để trả số nợ của công ty. Trong trường hợp công ty hợp danh có thêm thành viên góp vốn thì các thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn.

### 3.4. Quốc tịch của thương nhân

Theo tiêu chí này, thương nhân được chia thành thương nhân Việt Nam và thương nhân nước ngoài. *Thương nhân Việt Nam* là thương nhân được đăng ký thành lập theo quốc tịch Việt Nam; theo đó, các chủ thể thỏa mãn các điều kiện cần và đủ để đăng ký kinh doanh thì hoàn toàn có thể trở thành thương nhân. *Thương nhân nước ngoài* là thương nhân được thành lập, đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật nước ngoài hoặc được pháp luật nước ngoài công nhận<sup>29</sup>. Theo quy định của khoản 2 Điều 16 Luật Thương mại năm 2005, thương nhân nước ngoài được đặt Văn phòng đại diện, Chi nhánh tại Việt Nam, thành lập tại Việt Nam doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo các hình thức do pháp luật Việt Nam quy định. Bên cạnh đó, khi doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thương nhân nước ngoài thành lập tại Việt Nam theo quy định của pháp luật Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên thì được coi là thương nhân Việt Nam. Quy định này cũng phù hợp với bản chất của thương nhân Việt Nam là được đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật. Việc xác định thương nhân có quốc tịch Việt Nam hay quốc tịch nước ngoài có ý nghĩa đối với việc xác định luật áp dụng trong quan hệ giữa các thương nhân, không những vậy nó còn có “*ý nghĩa trong việc xác định chế độ đãi ngộ hay chế độ bảo hộ trong quan hệ giữa nhà nước với thương nhân*”<sup>30</sup>.

(Xem tiếp trang 64)

28 Trường Đại học Luật TP Hồ Chí Minh (2012), Giáo trình pháp luật về thương mại hàng hóa và dịch vụ. Nxb. Hồng Đức, tr.23.

29 Khoản 1 Điều 16 Luật Thương mại năm 2005.

30 Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (2012), Giáo trình pháp luật về thương mại hàng hóa và dịch vụ. Nxb. Hồng Đức, tr.29.