**THƯƠNG NHÂN THEO LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM**

**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”****[[1]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn1" \o ")****.*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[[2]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn2" \o "),*“thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá 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”*[[3]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn3" \o ")*.*Cụm từ*“chủ thể kinh doanh”*không được luật hoá nhưngcũng 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”*[[4]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn4" \o ")*.*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[[5]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn5" \o "), doanh nhân[[6]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn6" \o "), 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[[7]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn7" \o ") 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 địa vị pháp lý của thương nhân, chúng ta thấy Hiến pháp [8]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn8" \o ") 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”*[[9]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn9" \o "). 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 cá 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 nhântheo 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[[10]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn10" \o "), các chủ thể được công nhận là thương nhân khi đáp ứng yếu 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 vênh nhất định khi đối chiếu với cụm từ *“tổ chức”* 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 đó 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 nhânlà 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. Vì thế, 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[[11]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn11" \o ").

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 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”****[[12]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn12" \o ")****.*

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[[13]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn13" \o ") 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 đượcđăng kýkinh 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[[14]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn14" \o ") 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”*[[15]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn15" \o ")*.*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, cáccá nhân, tổ chức kinh tế được xem là thươngnhân 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[[16]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn16" \o "). 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[[17]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn17" \o ").

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 phảithực hiện hành vi thương 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[[18]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn18" \o ").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 thuộc 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[[19]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn19" \o ").

Đối với tổ chức kinh tế thì tính thường xuyên đã bao hàm trong mục đích thành lập, yêu cầu về tính thường 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[[20]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn20" \o "). Ví dụ, đối với hộ kinh doanh trongtrường 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[[21]](file:///C:\\Users\\84903\\AppData\\Local\\Temp\\9.%20LVTranh%20-%20Thuong%20nhan%20theo%20phap%20luat%20thuong%20mai%20Viet%20Nam-PH.HA.MT.Tg%20bo%20sung.doc" \l "_ftn21" \o ").