

GS, TS NGUYỄN THỊ MƠ
CHỦ BIÊN

SỬA ĐỔI LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM 1997

PHÙ HỢP VỚI PHÁP LUẬT VÀ TẬP QUÁN
THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ



NHÀ XUẤT BẢN LÝ LUẬN CHÍNH TRỊ

TẬP THỂ TÁC GIẢ

Chủ biên: GS, TS Nguyễn Thị Mơ

Những người tham gia

- | | |
|-------------------------------|------------------------|
| <i>ThS Hồ Thuý Ngọc</i> | - Đại học Ngoại thương |
| <i>ThS Nguyễn Minh Phương</i> | - Đại học Ngoại thương |
| <i>ThS Nguyễn Minh Hằng</i> | - Đại học Ngoại thương |
| <i>CN Nguyễn Bình Minh</i> | - Đại học Ngoại thương |
| <i>CN Phạm Đình Thuởng</i> | - Bộ Thương mại |

SỬA ĐỔI LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM 1997
phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế

*Cuốn sách này được xuất bản nhân Kỳ họp thứ 6
Quốc hội khoá XI đang thảo luận Dự thảo
Luật Thương mại Việt Nam sửa đổi*

GS, TS NGUYỄN THỊ MƠ (Chủ biên)

SỬA ĐỔI
LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM 1997
phù hợp với
pháp luật và tập quán thương mại quốc tế

NHÀ XUẤT BẢN LÝ LUẬN CHÍNH TRỊ

Lời giới thiệu

Luật Thương mại đầu tiên của Việt Nam đã được Quốc hội thông qua tại Kỳ họp thứ 11 Quốc hội khoá IX tháng 5 năm 1997 và có hiệu lực từ ngày 01-01-1998. Đến nay, trải qua 7 năm thực hiện, Luật Thương mại đã đạt được những thành tựu đáng tự hào: đã thể chế hoá đường lối, chính sách về thương mại của Đảng và Nhà nước ta trong thời kỳ đổi mới; đã tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho hoạt động thương mại hình thành và phát triển. Bên cạnh đó, trong quá trình triển khai và thực hiện, Luật Thương mại năm 1997 đã và đang bộc lộ nhiều bất cập. Một số vấn đề được quy định trong Luật đã trở nên lạc hậu so với trình độ phát triển của nền thương mại trong nước cũng như so với yêu cầu của thực tiễn thương mại quốc tế. Đặc biệt, việc thực hiện các cam kết với Hoa Kỳ trong Hiệp định Thương mại song phương Việt Nam - Hoa Kỳ cũng như tiến trình đàm phán để gia nhập WTO của Việt Nam đang đặt ra yêu cầu cần thiết và cấp bách phải sửa đổi Luật Thương mại năm 1997.

Vấn đề là cần phải sửa đổi đạo luật này như thế nào. Có thể đứng từ nhiều góc độ để đặt ra yêu cầu sửa đổi Luật này: cơ quan quản lý có yêu cầu khác với giới luật gia và các doanh nghiệp Việt Nam cũng có những mong muốn riêng của mình. Bên cạnh đó, các nước thành viên của WTO, trong quá trình đàm phán đa phương và song phương, cũng đang yêu cầu

Lời Nhà xuất bản

Trong thời kỳ đổi mới hiện nay, mở rộng quan hệ đối ngoại và chủ động hội nhập kinh tế quốc tế là một trong những chủ trương lớn của Đảng và Nhà nước ta. Việc điều chỉnh hệ thống pháp luật quốc gia phù hợp với pháp luật và tập quán quốc tế trở nên cấp thiết hơn bao giờ hết. Luật Thương mại là bộ luật có vai trò rất quan trọng trong hệ thống pháp luật kinh tế, mặc dù mới được ban hành năm 1997, nhưng cũng cần phải được sửa đổi và đã được Quốc hội khóa XI đưa vào chương trình nghị sự.

*Nhằm giúp cho các nhà làm luật, các chuyên gia về chính sách và luật pháp cũng như đông đảo các giới, các ngành quan tâm đến đề tài sửa đổi Luật Thương mại cũng như việc áp dụng Luật trong các quan hệ kinh tế, đặc biệt là kinh doanh quốc tế, Nhà xuất bản Lý luận chính trị xin trân trọng giới thiệu cuốn sách **"Sửa đổi Luật Thương mại 1997 phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế"**. Cuốn sách còn là tài liệu hữu ích cho đông đảo các giáo viên ngành luật, các học viên và sinh viên chuyên ngành pháp luật kinh tế và quan hệ kinh tế quốc tế.*

Các vấn đề cuốn sách đề cập vừa mang tính tranh luận, vừa là những đòi hỏi cấp thiết trong tiến trình sửa đổi Luật Thương mại nói riêng và luật pháp kinh tế nói chung, đồng thời mang tính

chuyên ngành rất cao. Do vậy, việc biên tập, xuất bản cuốn sách khó tránh khỏi những thiếu sót. Rất mong nhận được ý kiến đóng góp của bạn đọc.

NHÀ XUẤT BẢN LÝ LUẬN CHÍNH TRỊ

Chính phủ Việt Nam phải khẩn trương sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 theo hướng phù hợp với “luật chơi chung” nếu muốn gia nhập WTO.

Nhằm góp phần làm rõ thêm những đòi hỏi, những yêu cầu xuất phát từ cộng đồng quốc tế đối với việc phải sửa đổi Luật Thương mại năm 1997, Bộ Thương mại trân trọng giới thiệu cuốn sách **“Sửa đổi Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế”**. Bằng phương pháp tiếp cận mới - phương pháp so sánh luật học, các tác giả đã nêu rõ không chỉ những điểm bất cập trong các quy định của Luật Thương mại năm 1997 so với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế mà còn chỉ ra những quy định cần phải được loại bỏ, cần phải được sửa đổi, cần phải được bổ sung trong Luật Thương mại sửa đổi. Chúng tôi tin rằng cuốn sách sẽ đưa đến cho người đọc một cách nhìn mới về một hướng sửa đổi nữa đối với Luật Thương mại năm 1997.

Cuốn sách này là kết quả của công trình nghiên cứu khoa học cấp Bộ do Bộ Thương mại đặt hàng, được thực hiện bởi GS, TS Nguyễn Thị Mơ cùng các tác giả là cán bộ giảng dạy, nghiên cứu của Bộ Thương mại và Trường Đại học Ngoại thương. Công trình này đã được Hội đồng Khoa học Bộ Thương mại nghiệm thu, đánh giá, xếp loại xuất sắc và được kiến nghị chỉnh lý, hoàn thiện để cho xuất bản thành sách tham khảo.

Bộ Thương mại xin trân trọng giới thiệu cuốn sách này với các độc giả, đặc biệt là các nhà nghiên cứu và các nhà lập pháp. Những ý kiến đề xuất khá chi tiết, cụ thể của tập thể các tác giả

sánh và phân tích. Các điều kiện Thương mại quốc tế do Phòng Thương mại quốc tế phát hành năm 2000 (Incoterms 2000) và Các nguyên tắc về Hợp đồng Thương mại quốc tế của UNIDROIT (PICC) là hai tài liệu được lựa chọn để phân tích với ý nghĩa là tập quán thương mại quốc tế. Ngoài ra, để khẳng định cơ sở khoa học cho những kiến nghị của mình về sửa đổi Luật Thương mại năm 1997, các tác giả cũng đã lấy bộ luật thương mại của một số nước tiêu biểu để phân tích trên cơ sở có đôi chiều, so sánh với Luật Thương mại Việt Nam năm 1997.

Cuốn sách tham khảo này do GS, TS Nguyễn Thị Mơ làm chủ biên, cùng với sự tham gia của ThS Hồ Thuý Ngọc, ThS Nguyễn Minh Phương, ThS Nguyễn Minh Hằng, CN Nguyễn Bình Minh - là các giảng viên Bộ môn Luật của Trường Đại học Ngoại thương và CN Phạm Đình Thường - chuyên viên Vụ Pháp chế, Bộ Thương mại.

Tập thể các tác giả xin chân thành cảm ơn Nhà xuất bản Lý luận chính trị và Bộ Thương mại đã tạo điều kiện để cuốn sách này sớm đến tay độc giả.

Chúng tôi rất mong nhận được ý kiến đóng góp quý báu của các luật gia, các nhà nghiên cứu và của bạn đọc.

Hà Nội, ngày 02 tháng 12 năm 2004

GS, TS Nguyễn Thị Mơ

cũng là những gợi ý quan trọng để các cơ quan lập pháp tham khảo khi tiến hành sửa đổi Luật Thương mại năm 1997.

Hà Nội ngày 01 tháng 12 năm 2004

THỨ TRƯỞNG BỘ THƯƠNG MẠI
Chủ tịch Hội đồng Khoa học Bộ Thương mại

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, flowing characters, positioned above a horizontal line.

TS Lê Danh Vĩnh

Lời tác giả

Hội nhập kinh tế quốc tế là tất yếu đối với mọi quốc gia trong đó có Việt Nam. Để hội nhập, tất cả các nước đều phải điều chỉnh chính sách và pháp luật theo hướng mở cửa, thông thoáng, tạo điều kiện để thực hiện tốt các cam kết quốc tế, Việt Nam cũng không nằm ngoài quy luật đó.

Trong những tháng gần đây, nhiều cuộc hội thảo khoa học ở quy mô quốc gia, nhiều cuộc gặp gỡ với các doanh nghiệp Việt Nam đều đã và đang xoay quanh chủ đề về sửa đổi Luật Thương mại năm 1997. Vấn đề này cũng đã và đang được thảo luận sôi nổi tại Kỳ họp thứ 6 Quốc hội khoá XI. Nhằm góp thêm tiếng nói để việc sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 được xem xét một cách toàn diện hơn, chúng tôi đã biên soạn cuốn sách **"Sửa đổi Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế"**.

Bằng phương pháp so sánh luật học, cuốn sách này hướng đến mục tiêu phân tích, làm rõ những quy định trong Luật Thương mại năm 1997 không hoặc chưa phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế. Tuy nhiên, pháp luật và tập quán thương mại quốc tế là những khái niệm có nội hàm rộng và phức tạp. Trong phạm vi cuốn sách, các tác giả đã lựa chọn các hiệp định của WTO, Công ước Vienna năm 1980 về Hợp đồng Mua bán hàng hoá quốc tế và Hiệp định Thương mại song phương Việt Nam - Hoa Kỳ với ý nghĩa là pháp luật thương mại quốc tế để so

Chương thứ nhất

SỬA ĐỔI LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM NĂM 1997: VÌ SAO?

I. LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM NĂM 1997: NHỮNG THÀNH TỰU VÀ HẠN CHẾ

1. Những thành tựu

Để có cơ sở pháp lý vững chắc, ổn định, thống nhất và từng bước phát triển các hoạt động thương mại ở Việt Nam, tại Kỳ họp thứ 11 Quốc hội khoá IX tháng 5 năm 1997, Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã thông qua Luật Thương mại đầu tiên của Việt Nam. Luật này có hiệu lực từ ngày 1 tháng 1 năm 1998.

Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 (sau đây gọi tắt là Luật Thương mại) là đạo luật đầu tiên của Việt Nam, kể từ khi nước Việt Nam do Đảng lãnh đạo và ra đời từ năm 1945, được ban hành nhằm điều chỉnh các hoạt động thương mại ở Việt Nam cũng như giữa Việt Nam với nước ngoài. Đây là sự kiện có ý nghĩa đặc biệt trong công tác lập pháp của Việt Nam. Luật Thương mại ra đời đã tạo dấu ấn đáng ghi nhớ, đặc biệt, tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho các hoạt động thương mại, cho việc chuyển một cách căn bản nền kinh tế

Việt Nam từ cơ chế bao cấp sang cơ chế thị trường gồm nhiều thành phần, có sự quản lý của Nhà nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa. Những thành tựu của Luật Thương mại thể hiện ở những nội dung sau:

1.1. Luật Thương mại đã thể chế hoá đường lối, chính sách của Đảng và Nhà nước ta đối với hoạt động thương mại trong thời kỳ đổi mới

Có thể khái quát nội dung này ở bốn điểm sau:

- Đã công nhận quyền bình đẳng trước pháp luật của các tổ chức, cá nhân kinh doanh thuộc các thành phần kinh tế. Các chủ thể tham gia các hoạt động thương mại với các tư cách pháp lý và đặc điểm sở hữu khác nhau được bình đẳng trước pháp luật (Điều 7).

- Đã thể hiện xu hướng mở rộng quyền kinh doanh thương mại, thúc đẩy rộng rãi các hoạt động thương mại, công nhận quyền tự do kinh doanh trên mọi lĩnh vực mà Nhà nước không cấm. Nếu trước đây, các chủ thể chỉ được kinh doanh những gì mà Nhà nước cho phép thì nay, các chủ thể được quyền kinh doanh những gì không bị Nhà nước cấm (Điều 6). Sự thay đổi từ nguyên tắc “cho phép” sang nguyên tắc “không cấm” là một bước tiến quan trọng, từ đó, các chủ thể có thể đa dạng hoá các mặt hàng kinh doanh. Điều này có ý nghĩa thiết thực cho việc phát triển nền kinh tế thị trường của Việt Nam.

- Luật Thương mại không chỉ quy định các hoạt động thương mại của *thương nhân Việt Nam* mà còn *quy định*

về quan hệ thương mại giữa thương nhân Việt Nam với thương nhân nước ngoài, do đó tạo thuận lợi cho sự giao lưu hàng hoá trong nước với nước ngoài. Quyền hoạt động thương mại của thương nhân còn được thể hiện trong việc mở rộng thị trường với nước ngoài để hội nhập (Điều 33) với định hướng “mở rộng giao lưu hàng hoá với nước ngoài, trên cơ sở tôn trọng độc lập chủ quyền, bình đẳng cùng có lợi theo hướng đa dạng hoá, đa phương hoá, khuyến khích các thành phần kinh tế sản xuất hàng xuất khẩu và tham gia xuất khẩu” (Điều 16). Luật Thương mại còn cho phép thương nhân nước ngoài được hoạt động tại Việt Nam dưới hình thức văn phòng đại diện và chi nhánh (Điều 37); cho phép thương nhân nước ngoài được tổ chức hoạt động mua bán hàng hoá tại Việt Nam (Điều 127). Quy định này đặt cơ sở để pháp luật thương mại Việt Nam được xây dựng theo hướng từng bước phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế, tạo cơ sở pháp lý để xử lý các quan hệ kinh tế, thương mại trong đàm phán song phương, đa phương với các nước, các tổ chức thương mại trong khu vực và trên thế giới.

- Luật Thương mại đã *góp phần quan trọng vào việc pháp điển hoá pháp luật về thương mại*. Lần đầu tiên, chế định về thương nhân đã được đưa ra (Mục 3 Chương 1) với sự liệt kê rõ ràng (Điều 5 Khoản 6) và những quy định về điều kiện được thừa nhận là thương nhân (Điều 17), thủ tục đăng ký thương nhân (Điều 19 và 20), quyền và nghĩa vụ của thương nhân (từ Điều 22 đến Điều 36)...; chế định về hoạt động thương mại và các quy định cụ thể về các loại hành vi thương mại và dịch vụ thương mại (Điều

45 Chương II). Luật cũng quy định rõ về các chế tài trong thương mại và giải quyết tranh chấp trong thương mại... Những chế định, quy định này chưa bao giờ được pháp luật trước đó của Nhà nước ta thừa nhận. Các hành vi thương mại và dịch vụ thương mại như mua bán hàng hoá, đại diện, môi giới, ủy thác, đại lý, gia công, đấu giá, đấu thầu, các dịch vụ thương mại như giao nhận hàng hoá, giám định hàng hoá và các hoạt động xúc tiến thương mại như khuyến mại, quảng cáo... đã được quy định một cách hệ thống trong Luật (Chương II, từ Mục 2 đến Mục 15). Điều này đã tạo thuận lợi cho việc thực hiện các hoạt động thương mại ở Việt Nam trong điều kiện đổi mới cơ chế quản lý.

1.2. Luật Thương mại đã góp phần thúc đẩy các hoạt động thương mại phát triển

Đánh giá một cách tích cực có thể kết luận rằng, Luật Thương mại năm 1997 đã góp phần thúc đẩy các hoạt động thương mại Việt Nam phát triển, trong đó, đáng kể nhất là các nội dung sau:

- Việc mua bán hàng hoá và cung ứng dịch vụ đã thực sự chuyển sang cơ chế thị trường, theo đó, giá cả, về cơ bản, đã hình thành trên cơ sở quan hệ cung cầu. Nhà nước chỉ điều tiết đối với một số mặt hàng thiết yếu phục vụ sản xuất và đời sống của nhân dân.

- Hoạt động thương mại đã huy động được tiềm năng về vốn, kỹ thuật của các thành phần kinh tế phục vụ phát triển xuất nhập khẩu, lưu chuyển hàng hoá trong nước và

góp phần cải thiện đời sống nhân dân. Thời kỳ 1996-2002, mặc dù chịu sự tác động của cuộc khủng hoảng kinh tế tài chính trong khu vực cùng với thiên tai hàng năm nhưng tốc độ tăng trưởng bình quân hàng năm của xuất khẩu vẫn đạt 17,5%, tổng mức lưu chuyển hàng hoá bán lẻ dịch vụ và xã hội vẫn giữ được ở mức 11%/năm⁽¹⁾.

- Đã hình thành nền thương mại gồm nhiều thành phần. Nếu như trước đây, thương mại nhà nước và hợp tác xã chiếm vị trí chủ yếu thì nay, thương mại nhà nước chỉ chiếm 17% tổng mức lưu chuyển hàng hoá bán lẻ, hợp tác xã chiếm 0,9%; trong khi đó, thương mại ngoài nhà nước chiếm 81% và thương mại khu vực có vốn đầu tư nước ngoài chiếm 0,9%⁽²⁾.

- Thương mại nhà nước đã hoạt động có hiệu quả hơn nhờ từng bước được chuyển đổi về mặt tổ chức và phương thức kinh doanh, chủ động xây dựng kế hoạch xuất nhập khẩu, nắm giữ từ 70-100% về bán buôn và kiểm soát được thị trường bán lẻ đối với một số mặt hàng quan trọng như: xăng dầu, phân bón, thép, xi măng, hoá chất, tân dược...; bảo đảm cung ứng các mặt hàng chính sách cho đồng bào ở miền núi, nhất là ở vùng sâu, vùng xa⁽³⁾.

- Quản lý nhà nước đối với các hoạt động thương mại đã có nhiều tiến bộ về hoạch định chính sách vĩ mô, tạo điều kiện cho sản xuất và kinh doanh phát triển.

(1), (2), (3) Nguyễn Văn Thụ: *Đánh giá thành tựu và hạn chế của thương mại Việt Nam trong tiến trình hội nhập kinh tế - thương mại quốc tế*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học quốc gia, Bộ Thương mại - ~~Đầu tư và Thương mại~~ ~~Đầu tư và Thương mại~~ Hà Nội 2003, tr. 251, 145, 253.

- Đã đổi mới cơ chế kế hoạch hoá cùng với việc xây dựng chiến lược thị trường và quy hoạch phát triển thương mại, đáp ứng yêu cầu của phát triển kinh tế hàng hoá; xác định các cân đối lớn (cân đối tổng cung - tổng cầu, cân đối cung - cầu từng mặt hàng thiết yếu); sử dụng đúng đắn các công cụ tài chính, tín dụng để điều tiết thị trường. Nhà nước chỉ can thiệp vào thị trường khi cần thiết để duy trì cân đối nền kinh tế quốc dân.

- Đã khuyến khích được các doanh nghiệp sản xuất thuộc mọi thành phần kinh tế trực tiếp tham gia kinh doanh thương mại và doanh nghiệp kinh doanh thương mại tham gia sản xuất; hình thành các kênh lưu thông ngắn nhất với chi phí ít nhất, trên cơ sở bám sát nhu cầu tiêu dùng ngày càng đa dạng, phong phú để cải tiến và hoàn thiện sản phẩm, tạo nhiều mặt hàng có uy tín và sức cạnh tranh trên thị trường trong nước và quốc tế.

Sau hơn 5 năm thi hành Luật Thương mại, cùng với các biện pháp đổi mới kinh tế khác, nền kinh tế đã liên tục tăng trưởng với tốc độ khá. Đến năm 2003, các chỉ số vẫn tiếp tục giữ ở mức ổn định, GDP tăng hơn 7%, cao hơn năm 2002⁽¹⁾. Các ngành kinh tế chủ yếu đều tiếp tục có sự chuyển dịch cơ cấu theo hướng tích cực và tăng trưởng khá. Đầu thập niên 90 của thế kỷ XX, nguồn tăng trưởng chính là do tăng năng suất nông nghiệp, khai thác dầu mỏ và phát triển lĩnh vực thương mại⁽²⁾. Trong giai đoạn gần

⁽¹⁾ *Kinh tế - xã hội Việt Nam năm 2003 và nhiệm vụ năm 2004*, Tạp chí *Những vấn đề kinh tế thế giới* số 11, 2003, tr.8.

⁽²⁾ James Riedel: *Nền kinh tế Việt Nam trong thập niên 90*, Tạp chí *Asia Pacific Economic Literature*, số 11 (2), tháng 11-1997, tr.58-65.

đây, tỉ trọng nông nghiệp trong GDP giảm, nhưng vẫn tăng khá về số tuyệt đối. Trong khi đó, từ năm 1995, trong lĩnh vực công nghiệp (bao gồm cả khai khoáng, các ngành công ích và xây dựng), công nghiệp chế tạo tăng trưởng nhanh nhất và chiếm hơn 1/2 tăng trưởng của toàn bộ lĩnh vực công nghiệp (xem *bảng 1*). Sự tăng tỉ lệ tăng trưởng công nghiệp chế tạo là thành tựu đáng kể, vì công nghiệp chế tạo là nguồn tăng năng suất tiềm năng dài hạn quan trọng nhất. Tuy nhiên, với tỉ trọng 20% GDP và tốc độ tăng trưởng 11,5% trong những năm gần đây, công nghiệp chế tạo còn nhiều tiềm năng tăng trưởng và có vai trò lớn hơn nữa trong nền kinh tế.

Bảng 1: Tỉ lệ tăng trưởng và mức độ đóng góp cho tăng trưởng GDP của các lĩnh vực kinh tế giai đoạn 1995-2001

(Tỉ lệ: %)

	Tỉ lệ tăng trưởng (1995-2001)	Đóng góp cho tăng trưởng GDP (1995-2001)	Tỉ trọng trong GDP	
			1995	2001
<i>Nông nghiệp</i>	4.2	17.3	26.2	23.3
<i>Công nghiệp nói chung</i>	10.2	54.1	29.9	37.7
<i>Trong đó: công nghiệp chế tạo</i>	11.5	30.9	15.5	20.1
<i>Dịch vụ</i>	4.1	28.6	43.8	40.0
<i>GDP</i>	6.1	100.0	100.0	100.0

Nguồn: Tổng cục Thống kê, Niên giám Thống kê 2002

1.3. Luật Thương mại góp phần tích cực trong việc hình thành và phát triển hệ thống pháp luật thương mại Việt Nam

Song song với quá trình đổi mới về kinh tế, hệ thống pháp luật điều chỉnh hoạt động thương mại ở Việt Nam cũng đã được xây dựng và phát triển theo hướng từng bước tạo cơ sở pháp lý phù hợp cho các hoạt động thương mại phát triển. Hệ thống pháp luật thương mại này gồm Luật, các văn bản dưới luật và các điều ước quốc tế điều chỉnh các hoạt động thương mại với những chế định, nguyên tắc, quy tắc phù hợp với đường lối đổi mới. Cụ thể như sau:

- Ban hành Luật Doanh nghiệp năm 1999 thay thế cho Luật Công ty năm 1990 và Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990.

- Ban hành Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996 trên cơ sở thống nhất Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1990, 1992.

- Ban hành một loạt các đạo luật về thuế như: Luật Thuế giá trị gia tăng năm 1999, Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp năm 1997 (sửa đổi năm 2003)...

Việc ban hành các luật trên là những mốc quan trọng về mặt pháp lý, có ý nghĩa đặc biệt trong việc xác nhận tính hợp pháp của các hoạt động thương mại thông qua các chế định, các quy định, nguyên tắc điều chỉnh địa vị pháp lý của các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế, mọi hình thức sở hữu trong cơ chế thị trường.

Tuy có đối tượng và phạm vi điều chỉnh khác nhau nhưng hầu hết các luật trên đều có điểm giống nhau: thừa nhận sự tồn tại, hiện hữu, tính hợp pháp của các hoạt động kinh doanh thương mại và đều thống nhất quy định mục đích của các hoạt động kinh doanh thương mại là thu lợi nhuận.

- Ban hành các văn bản dưới luật về thương mại

Từ năm 1997 đến nay, để đưa các quy định của các văn bản luật nói trên vào cuộc sống, Nhà nước ta đã ban hành hơn 60 văn bản dưới luật như: pháp lệnh, nghị định, nghị quyết... có liên quan đến hoạt động kinh doanh thương mại ở Việt Nam, trong đó đặc biệt phải kể đến các văn bản quan trọng như Pháp lệnh Quảng cáo năm 2001, Pháp lệnh Luật sư năm 2001, Pháp lệnh Giá năm 2002... Ngoài ra, hàng loạt các văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành Luật Thương mại cũng được ban hành như Nghị định số 57/1998/NĐ-CP ngày 31-07-1998 của Chính phủ quy định chi tiết việc thi hành Luật Thương mại về hoạt động xuất nhập khẩu hàng hoá; Nghị định số 11/1999/NĐ-CP ngày 3-3-1999 về các loại hình dịch vụ cấm kinh doanh và kinh doanh có điều kiện...

Việc các văn bản trên ra đời phản ánh tình hình thực tiễn diễn ra sôi động ở Việt Nam trong mọi lĩnh vực của hoạt động thương mại. Các văn bản này góp phần hướng dẫn các loại hình, các phương thức, các cách thức tiến hành để hoạt động thương mại ở Việt Nam đi dần vào thế ổn định, phù hợp với đường lối, chính sách mở cửa của

Đảng và Nhà nước, tạo thành hệ thống pháp luật thương mại tương đối đồng bộ và phù hợp.

- Đã ký các hiệp định thương mại song phương và đa phương với các nước

Nếu như trong thời kỳ trước đổi mới, quan hệ thương mại của Việt Nam ở phạm vi quốc tế chủ yếu chỉ tập trung vào một số nước xã hội chủ nghĩa - những nước cũng áp dụng hệ thống pháp luật dựa trên cơ chế bao cấp, kế hoạch hoá để phát triển kinh tế đất nước - thì ở thời kỳ đổi mới, đặc biệt là từ sau năm 1997, Việt Nam đã mở rộng quan hệ thương mại với tất cả các nước trên cơ sở không phân biệt chế độ chính trị, chế độ kinh tế, tôn trọng độc lập chủ quyền và pháp luật của nhau. Từ năm 1997 đến nay, Việt Nam đã ký hiệp định thương mại song phương với hơn 50 quốc gia, trong đó có cả các nước phương Tây, các nước phát triển thuộc nhiều châu lục. Đặc biệt, Việt Nam đã ký Hiệp định Thương mại song phương với Hoa Kỳ, tạo cơ sở pháp lý thuận lợi cho doanh nghiệp Việt Nam được tiếp cận một thị trường rộng lớn mà Việt Nam đã bị cấm vận 30 năm.

Các hiệp định thương mại song phương này đã tạo cơ sở pháp lý ổn định, vững chắc cho quan hệ thương mại giữa Việt Nam với các nước, kể cả các nước phát triển, tạo đà phát triển và mở rộng quan hệ thương mại giữa các doanh nghiệp Việt Nam với các doanh nghiệp nước ngoài trên cơ sở bình đẳng, cùng có lợi.

Song song với việc phát triển và củng cố quan hệ thương mại song phương, Việt Nam đã ký kết và tham gia

hiệp định khu vực và đa phương về thương mại như: Hiệp định Dệt may với EU năm 1993, Hiệp định khung về Hợp tác Việt Nam - EU năm 1995, gia nhập ASEAN năm 1996, gia nhập APEC năm 1996...

Như vậy, cùng với các *văn bản luật và dưới luật* điều chỉnh hoạt động thương mại ở trong nước, các *hiệp định thương mại song phương, đa phương và các quy tắc pháp luật hàm chứa trong đó đã tạo thành hệ thống pháp luật điều chỉnh các quan hệ thương mại ở Việt Nam*, phù hợp với đường lối đổi mới của Đảng và Nhà nước. Hệ thống pháp luật này đã từng bước khẳng định sự cần thiết khách quan của pháp luật thương mại, khẳng định vị trí, vai trò của pháp luật thương mại trong hệ thống pháp luật thống nhất của Việt Nam trong giai đoạn từ năm 1997 đến nay.

Luật Thương mại, mặc dù đến năm 1997 mới được ban hành nhưng đã nhanh chóng trở thành đạo luật xương sống, cùng với những chế định, quy định, quy tắc điều chỉnh các hoạt động thương mại tương thích đã tạo cơ sở pháp lý ổn định cho nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần, vận hành theo cơ chế thị trường có sự quản lý của Nhà nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa, tiếp tục được xây dựng một cách đồng bộ hơn, phù hợp hơn và hiệu quả hơn.

1.4. Luật Thương mại là cơ sở pháp lý để các doanh nghiệp (Việt Nam và nước ngoài) có thể lựa chọn luật áp dụng để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng mua bán quốc tế

Trước khi Luật Thương mại có hiệu lực, tức là từ năm

1997 trở về trước, các doanh nghiệp Việt Nam gặp rất nhiều khó khăn khi phải lựa chọn luật áp dụng cho những vấn đề phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hoá mà họ đã ký kết với doanh nghiệp nước ngoài. Lý do đơn giản là vì luật áp dụng cho các hợp đồng này phải là pháp luật về thương mại, cụ thể là những quy định có liên quan trong các văn bản luật và dưới luật về thương mại. Thực tế ở Việt Nam, trong một thời gian dài chúng ta không có các văn bản luật và dưới luật điều chỉnh vấn đề này. Đây là một điểm khuyết rất lớn trong hệ thống pháp luật Việt Nam cho dù năm 1989, Việt Nam có Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế và năm 1995, Việt Nam ban hành Bộ luật Dân sự đầu tiên. Nhưng Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế và Bộ luật Dân sự của Việt Nam kể trên không được các doanh nghiệp nước ngoài công nhận là các văn bản pháp luật về thương mại. Vì vậy, họ không chấp nhận những đề nghị của bên Việt Nam mỗi khi đối tác Việt Nam đưa vào hợp đồng mua bán điều khoản về luật áp dụng là pháp luật Việt Nam. Tình hình đó đã đẩy các doanh nghiệp Việt Nam lâm vào thế “tiến thoái lưỡng nan”, và do đó, doanh nghiệp Việt Nam buộc phải chấp nhận luật áp dụng cho hợp đồng mua bán với thương nhân nước ngoài là luật thương mại của nước thứ ba hoặc là luật thương mại của chính quốc gia của thương nhân nước ngoài đó. Khi đó, những khó khăn mới lại nảy sinh. Nếu luật áp dụng là luật nước ngoài thì khả năng am hiểu của doanh nghiệp Việt Nam về luật thương mại nước ngoài là rất hạn chế. Ngoài ra, các cơ quan giải quyết tranh chấp của Việt Nam (như tòa án hoặc các tổ

chức trọng tài của Việt Nam) - với tư cách là cơ quan xét xử, sẽ phải có sự hiểu biết đầy đủ về luật nước ngoài đó để giải thích và áp dụng khi tranh chấp xảy ra. Điều này rõ ràng đã gây rất nhiều vấn đề phức tạp.

Luật Thương mại năm 1997 ra đời với những quy định về mua bán hàng hoá (từ Điều 46 đến Điều 82), về mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài (Điều 80, Điều 81 và Điều 82), về chế tài trong thương mại và giải quyết tranh chấp trong thương mại (từ Điều 222 đến Điều 243)... đã góp phần tháo gỡ những khó khăn nói trên. Thực tế từ năm 1999 đến nay, trong hầu hết các hợp đồng mua bán hàng hoá, mà các doanh nghiệp Việt Nam đã ký kết với đối tác nước ngoài, đều có điều khoản về luật áp dụng và 80% trong số các trường hợp đó đều ghi rõ luật áp dụng là luật thương mại Việt Nam.

Như vậy, Luật Thương mại năm 1997 chính là cơ sở pháp lý chắc chắn, là luật áp dụng mà các doanh nghiệp Việt Nam có thể lựa chọn khi tham gia ký kết các hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế. Thậm chí, ngay cả khi trong hợp đồng mua bán quốc tế đã ký kết không chỉ rõ luật áp dụng là luật nước nào, thì cơ quan giải quyết tranh chấp của Việt Nam - tòa án hoặc trọng tài - cũng có thể áp dụng Luật Thương mại năm 1997 làm luật áp dụng để giải quyết tranh chấp phát sinh về thương mại⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Điều 7 đoạn 2 Khoản 2 Pháp lệnh Trọng tài Thương mại năm 2003 quy định: "Trong trường hợp các bên không lựa chọn được pháp luật để giải quyết vụ tranh chấp thì Hội đồng Trọng tài quyết định".

2. Những hạn chế, bất cập

Mặc dù có những thành tựu nêu trên nhưng sau gần 7 năm thi hành, Luật Thương mại năm 1997 cũng đã và đang bộc lộ nhiều bất cập: phạm vi điều chỉnh hẹp; nhiều quy định không còn phù hợp với sự thay đổi và phát triển của các quan hệ thương mại trong nước; chế định hợp đồng bộc lộ những mâu thuẫn, chồng chéo với các văn bản pháp luật khác; còn có sự chưa tương thích khá xa giữa Luật Thương mại năm 1997 với pháp luật thương mại quốc tế (cụ thể như các nguyên tắc của WTO, các quy định về thương mại trong Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ...). Điều này đã dẫn đến những khó khăn trong việc thực hiện các cam kết của Việt Nam trong Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ cũng như khó khăn trong đàm phán song phương và đa phương để gia nhập WTO và hội nhập kinh tế quốc tế. Dưới đây là những phân tích cụ thể về những hạn chế, bất cập của Luật Thương mại năm 1997.

2.1. Bất cập về phạm vi điều chỉnh của Luật

- Phạm vi điều chỉnh của Luật quá hẹp

Phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại năm 1997 quá hẹp. Cụ thể, Luật chỉ điều chỉnh 14 hành vi thương mại (Điều 45), trong đó chủ yếu là 1 hành vi thương mại mua bán hàng hoá và 13 hành vi thương mại liên quan đến một số dịch vụ hỗ trợ cho mua bán hàng hoá như đại lý, gia công, giao nhận... Các hoạt động sản xuất, vận tải, ngân hàng, du lịch, xây dựng, bảo hiểm, mua bán chứng khoán...

không được điều chỉnh bởi Luật này. Phạm vi điều chỉnh như vậy là quá hẹp, không bao quát hết các hiện tượng kinh tế phát sinh của nền kinh tế thị trường.

- Sự không thống nhất về khái niệm thương mại giữa Luật Thương mại năm 1997 với các luật khác

Khái niệm thương mại quy định trong Luật Thương mại theo nghĩa hẹp đã tạo nên sự bất tương thích với khái niệm kinh doanh được quy định trong Luật Doanh nghiệp năm 1999. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 1999, khái niệm kinh doanh rất phong phú (Điều 2 Khoản 3), bao gồm các hoạt động từ sản xuất đến lưu thông, phân phối, tiêu thụ sản phẩm và cả các hoạt động dịch vụ. Trong quá trình tham gia vào hoạt động sản xuất, kinh doanh, doanh nghiệp Việt Nam cũng tham gia vào nhiều mối quan hệ, rất nhiều trong số đó tuy mang bản chất thương mại nhưng lại không được điều chỉnh bởi Luật Thương mại mà bởi một văn bản pháp luật khác. Điều này tạo nên sự không ổn định, rủi ro pháp lý cao cho các hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Bất cập nêu trên đã dẫn đến những khó khăn trong thực tế khi Việt Nam thực hiện các cam kết của mình trong các điều ước quốc tế hữu quan. Việc thực hiện Công ước New York năm 1958 về Công nhận và thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài là một ví dụ cụ thể để minh chứng cho điều này. Công ước này có ý nghĩa thực tiễn quan trọng đối với tính hiệu lực pháp lý của phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng trọng tài quốc tế. Công

ước này đã có sự tham gia của hơn 100 quốc gia, trong đó có Việt Nam, và đang tiếp tục thu hút sự tham gia của nhiều quốc gia khác. Việt Nam đã ban hành văn bản pháp quy để nội luật hoá Công ước này dưới hình thức Pháp lệnh từ năm 1995. Tuy nhiên, khi tham gia Công ước này, Việt Nam tuyên bố bảo lưu rằng: (1) chỉ công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài được tuyên tại quốc gia là thành viên của Công ước. Đối với quốc gia chưa phải là thành viên, việc công nhận phán quyết được thực hiện trên cơ sở có đi, có lại; (2) chỉ áp dụng Công ước đối với các tranh chấp phát sinh từ *giao dịch thương mại*; (3) mọi giải thích Công ước trước tòa án phải phù hợp với Hiến pháp và pháp luật Việt Nam. Trong khi đó, Luật Thương mại năm 1997, như ở trên đã phân tích, phạm vi điều chỉnh chỉ giới hạn ở 14 hành vi thương mại. Nếu tuân thủ ba điều kiện bảo lưu mà Việt Nam đã công bố trong Công ước New York trên thì các tranh chấp về tài chính, về kinh doanh dịch vụ pháp lý, về đầu tư v.v. sẽ không thể giải quyết được. Thực tế cho thấy, các phán quyết của trọng tài nước ngoài đối với các tranh chấp phát sinh liên quan đến các hoạt động kinh doanh khác (thường được coi là có tính thương mại theo Công ước New York năm 1958 ở phần lớn các quốc gia) lại không có khả năng áp dụng ở Việt Nam. Tình huống này rõ ràng không theo tinh thần và cam kết của Việt Nam theo Hiệp định Thương mại song phương Việt Nam - Hoa Kỳ, theo đó, Việt Nam cho phép các tranh chấp thương mại được giải quyết bằng các quy

tắc trọng tài được quốc tế công nhận và quy định các phương thức hiệu quả cho việc công nhận và thi hành các phán quyết trọng tài⁽¹⁾.

- *Khái niệm về hàng hoá trong Luật Thương mại năm 1997 không rõ ràng*

Phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại năm 1997 mới chỉ giới hạn ở lĩnh vực thương mại hàng hoá và các dịch vụ liên quan đến thương mại hàng hoá. Do vậy, khái niệm hàng hoá rất quan trọng, vì mọi hành vi thương mại quy định trong Luật đều liên quan đến khái niệm này. Tuy vậy, khái niệm hàng hóa cũng không được quy định đầy đủ và rõ ràng. Khoản 3 Điều 3 Luật Thương mại năm 1997 quy định: *“hàng hoá gồm máy móc, thiết bị, nguyên liệu, nhiên liệu, vật liệu, hàng tiêu dùng, các động sản khác được lưu thông trên thị trường, nhà ở dùng để kinh doanh dưới hình thức cho thuê, mua, bán”*. Nếu hiểu theo cách quy định này thì đối tượng của mua bán hàng hoá trong thương mại chỉ bao gồm các loại hàng hoá là tài sản hữu hình. Lỗ hổng pháp lý chính là ở đây, liên quan đến khái niệm hàng hoá. Những tài sản cũng là đối tượng mua bán trong các hoạt động kinh doanh như *các quyền về tài sản bao gồm các quyền sở hữu công nghiệp, quyền sở hữu trí tuệ; các tài sản vô hình như tên thương mại, bí quyết kỹ thuật...; các loại chứng khoán như cổ phiếu, trái phiếu v.v.* lại không

⁽¹⁾ Star - Vietnam: *Đánh giá tác động kinh tế của Hiệp định Thương mại song phương* (Báo cáo Kinh tế năm 2002) Việt Nam - Hoa Kỳ, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2003, tr. 42.

được coi là hàng hoá thuộc đối tượng và phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại năm 1997.

Pháp luật thương mại của các nước khác cũng như các điều ước quốc tế về thương mại nói chung thường có cách hiểu khái niệm hàng hoá theo nghĩa rộng, tức là mọi đối tượng “có thể đưa vào lưu thông” và “có tính thương mại”, bao gồm cả nhóm hàng hóa hữu hình và những đối tượng hàng hoá là tài sản vô hình. Ngoài ra, thực tiễn thương mại quốc tế ngày nay cho thấy rõ rằng, trong các hiệp định thương mại, hoạt động thương mại thường được chia thành các lĩnh vực hẹp như thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ, các giao dịch thương mại liên quan đến sở hữu công nghiệp và liên quan đến đầu tư. Tham gia hội nhập kinh tế quốc tế, Việt Nam phải mở cửa thị trường đầu tư cho các nhà đầu tư nước ngoài vào nhiều lĩnh vực dịch vụ, vốn trước đây được ưu tiên cho các doanh nghiệp trong nước như các dịch vụ ngân hàng, bảo hiểm, viễn thông, kiểm toán, tư vấn và các dịch vụ khác. Những lĩnh vực này cũng có hoạt động thương mại với đặc thù riêng. Đây chính là bất cập rất quan trọng trong Luật Thương mại năm 1997.

- Những quy định về phạm vi và đối tượng điều chỉnh của Luật chưa chặt chẽ

Phạm vi và đối tượng điều chỉnh của Luật Thương mại năm 1997 quá hẹp đã dẫn đến những khó khăn ngay cả trong việc áp dụng các đạo luật hiện hành của Việt Nam. Có những quan hệ mang bản chất thương mại nhưng

không được Luật Thương mại năm 1997 điều chỉnh. Do phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại hẹp nên hiện nay, trong nhiều giao dịch hoàn toàn mang tính thương mại, nhưng các bên thường phải chọn Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 làm cơ sở pháp lý chứ không phải Luật Thương mại năm 1997 để tránh trường hợp các bên có thể không được coi là chủ thể theo quy định của Luật Thương mại hoặc khi các bên là chủ thể theo Luật, nhưng giao kết hợp đồng với đối tượng nằm ngoài đối tượng điều chỉnh của Luật. Ví dụ, các hành vi như mua bán bản quyền, nhãn hiệu hàng hoá... hoạt động cung ứng, thuê dịch vụ... thì không thể áp dụng Luật Thương mại. Hiển nhiên, Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 đến nay đã trở nên lạc hậu và không còn phù hợp để điều chỉnh nhiều hoạt động có bản chất thương mại trong thời kỳ mới.

Điều này cũng gây lúng túng cho các cơ quan tài phán. Do phạm vi điều chỉnh quá hẹp, nhiều hoạt động thương mại không được Luật Thương mại điều chỉnh, do đó, các bên chủ thể của giao dịch có bản chất thương mại tương ứng, và cơ quan tài phán không thể áp dụng các quy định của Luật Thương mại. Vì vậy, Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 đến nay vẫn được miễn cưỡng áp dụng, mặc dù bản thân Pháp lệnh này đã có nhiều nội dung quá lạc hậu, không còn phù hợp và cần phải loại bỏ.

2.2. Bất cập trong quy định về chủ thể của hành vi thương mại

Luật Thương mại năm 1997 xác định chủ thể của các

quan hệ thương mại là thương nhân. Đây là khái niệm mới trong pháp luật thương mại Việt Nam song rất phổ biến trong pháp luật thương mại của các nước trên thế giới. Tuy nhiên, Luật Thương mại năm 1997 không xác định rõ các chủ thể nào, trên thực tế, có thể được coi là thương nhân. Chế định thương nhân trong Luật Thương mại không gắn kết được với chế định về doanh nghiệp trong Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995 (được thay thế bằng Luật Doanh nghiệp nhà nước mới, có hiệu lực từ ngày 01 tháng 7 năm 2004), Luật Doanh nghiệp năm 1999. Đồng thời, chế định này cũng không gắn kết được với thuật ngữ “tổ chức, cá nhân kinh doanh” được sử dụng trong nhiều văn bản pháp luật. Các quy định chưa đầy đủ về thương nhân trong Luật Thương mại năm 1997 ở một chừng mực nhất định đã gây không ít khó khăn cho quá trình thực thi pháp luật về thương mại.

Ví dụ, Luật Thương mại không xác định rõ tính chất của thương nhân nên rất khó phân biệt rõ trên thị trường ai là thương nhân, ai không phải là thương nhân. Điều 17 Luật Thương mại mới chỉ quy định điều kiện để trở thành thương nhân, là có đủ điều kiện kinh doanh thương mại, có yêu cầu hoạt động thương mại... chứ không quy định tính chất của thương nhân. Ngoài ra, theo Điều 5 Luật Thương mại, “*thương nhân gồm các cá nhân, pháp nhân, tổ hợp tác, và hộ gia đình có đăng ký kinh doanh hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên*”. Tuy nhiên, thế nào là tính “độc lập” và “thường xuyên” trong hoạt động thương mại thì cả hai điều kiện quan trọng này

để xác định đối tượng thương nhân lại chưa được quy định cụ thể trong Luật Thương mại và các văn bản hướng dẫn thi hành. Như vậy, các quy định về thương nhân trong Luật Thương mại chỉ mang tính hình thức, dẫn đến hiện tượng có đối tượng thực hiện những hành vi mang bản chất thương mại nhưng lại không được điều chỉnh bởi đạo luật này. Ví dụ, Luật Thương mại không thừa nhận các doanh nghiệp tư nhân, được thành lập theo Luật Doanh nghiệp năm 1999, có thể trở thành thương nhân (xem Điều 5 Luật Thương mại đã trích ở trên) mặc dù trên thực tế, các doanh nghiệp tư nhân có đủ tư cách pháp lý để kinh doanh và trở thành thương nhân.

2.3. Bất cập về chế định hợp đồng thương mại

- Sự chưa thống nhất trong khái niệm về hợp đồng thương mại và luật điều chỉnh hợp đồng thương mại

Luật Thương mại năm 1997 không quy định về chế định hợp đồng thương mại. Thay vào đó, Luật chỉ quy định về hợp đồng mua bán hàng hoá (Điều 49, Điều 50) và hợp đồng mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài (Điều 80, 81, 82). Trong khi đó, Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 lại quy định về hợp đồng kinh tế, xét về mặt bản chất, những quy định trong Pháp lệnh này hiện nay lại mang đặc điểm của hợp đồng thương mại. Việc không có chế định về hợp đồng thương mại trong Luật Thương mại mà chỉ có chế định hợp đồng dân sự trong Bộ luật Dân sự năm 1995 và chế định hợp đồng kinh tế trong Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế hiện nay đang gây ra nhiều

khó khăn, phức tạp trong quá trình thực thi luật.

Khó khăn phức tạp thể hiện ở việc xác định xem trong ba nguồn luật trên, nguồn luật nào có thể áp dụng cho từng loại hợp đồng cụ thể, áp dụng như thế nào và cơ quan nào có thẩm quyền giải quyết tranh chấp phát sinh liên quan, ví dụ, như thế nào là hợp đồng kinh tế; thế nào là hợp đồng thương mại; phân biệt hai loại hợp đồng này như thế nào? v.v.. Bên cạnh đó, còn nhiều kẽ hở và trùng lặp, đồng thời lại thiếu sự rõ ràng về mối quan hệ giữa ba nguồn luật này (hành vi vi phạm hợp đồng kinh tế, theo Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 thì bị xử lý nặng hơn so với hành vi vi phạm hợp đồng mua bán, thực chất là hợp đồng thương mại theo Luật Thương mại năm 1997...). Điều này gây nhiều khó khăn, phức tạp không chỉ cho các cơ quan giải quyết tranh chấp phát sinh từ việc ký kết và thực hiện hợp đồng kinh tế hay hợp đồng thương mại, thậm chí cả hợp đồng dân sự mà còn gây lúng túng cho các cơ quan quản lý cũng như cho bản thân các doanh nghiệp.

- Bất cập trong các quy định về các điều khoản chủ yếu của hợp đồng mua bán hàng hoá.

Các điều khoản chủ yếu của hợp đồng mua bán hàng hoá được quy định ở Điều 50 Luật Thương mại năm 1997, theo đó, có sáu nội dung chủ yếu của hợp đồng là tên hàng; số lượng; quy cách, chất lượng; giá cả; phương thức thanh toán; địa điểm và thời hạn giao hàng.

Nhiều học giả và luật gia cho rằng, Điều 50 Luật Thương mại năm 1997 về các điều khoản chủ yếu của hợp đồng cần

được sửa đổi vì nhiều lý do. Trước hết là do mâu thuẫn giữa nguyên lý cơ bản của pháp luật thương mại (Điều 7 Bộ luật Dân sự năm 1995) quy định các chủ thể tham gia kinh doanh được *tự do thoả thuận* mọi giao dịch của mình với chính các quy định *ràng buộc về sáu nội dung* không thể thiếu trong hợp đồng mua bán hàng hoá (Điều 50 Luật Thương mại). Mâu thuẫn là rõ ràng giữa việc các chủ thể cùng lúc phải tuân thủ quy định bắt buộc gồm sáu nội dung của hợp đồng với việc pháp luật đã trao cho các chủ thể quyền tự do thoả thuận hợp đồng. Mặc dù pháp luật các nước đều quy định những nội dung nhất định phải có của hợp đồng mua bán hàng hoá. Song cần lưu ý rằng, mục tiêu của quy định về nội dung chủ yếu trong hợp đồng là nhằm giúp các bên *xác định* được thoả thuận cụ thể giữa họ chứ không phải để ràng buộc hay hạn chế quyền tự do hợp đồng của họ. Vì thế, việc xác định các nội dung chủ yếu này là bao nhiêu, cụ thể là những nội dung nào phụ thuộc vào việc các luật gia hiểu một thoả thuận như thế nào thì *đủ xác định* ⁽¹⁾. Do có cách nhìn nhận khác nhau về khái niệm *đủ*

⁽¹⁾ Công ước Vienna năm 1980 về Hợp đồng Mua bán hàng hóa quốc tế, Điều 14: “A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is **sufficiently definite** and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it **indicates the goods** and expressly or implicitly fixes or make provisions for determining the **quantity** and the **price**”.

Dịch sang tiếng Việt: “Một đề nghị giao kết hợp đồng gửi cho một hay nhiều người cụ thể được coi là chào hàng nếu **đủ xác định** và chỉ rõ ý chí của người chào hàng muốn tự ràng buộc mình trong trường hợp chào hàng được chấp nhận. Một đề nghị là **đủ xác định** nếu chỉ rõ **hàng hóa** và **án định số lượng** và **giá cả** một cách trực tiếp hay gián tiếp hoặc quy định thể thức xác định các nội dung này”.

xác định nên ý kiến của họ về vấn đề này không giống nhau. Ngày nay, pháp luật của nhiều nước có nền kinh tế thương mại phát triển và Công ước Vienna năm 1980 về Hợp đồng Mua bán hàng hoá quốc tế có xu hướng quy định tối thiểu về các nội dung bắt buộc này, thường chỉ xoay quanh ba điều khoản: tên hàng, số lượng, và giá cả (Điều 14 Công ước Vienna năm 1980 về Hợp đồng Mua bán hàng hoá quốc tế). Với quy định được đơn giản hoá về các nội dung bắt buộc trong hợp đồng theo Công ước Vienna năm 1980, có thể thấy rõ rằng, số hợp đồng không vi phạm điều kiện hiệu lực về nội dung sẽ ít hơn so với quy định của Luật Thương mại năm 1997.

2.4. Bất cập về thương mại điện tử

Những tiến bộ của khoa học công nghệ, đặc biệt trong lĩnh vực tin học, đã dẫn tới sự hình thành những mạng lưới toàn cầu như “xa lộ thông tin”, thương mại điện tử. Các doanh nghiệp Việt Nam đã và đang tiếp cận ngày càng nhiều kỹ thuật thương mại điện tử như xây dựng các trang Web, tiến hành giao dịch qua mạng. Dù còn khiêm tốn so với các nước phát triển nhưng các doanh nghiệp Việt Nam đã và đang bắt đầu đạt được những thành công nhất định. Trong khi đó, theo khung pháp luật hiện hành, đặc biệt là pháp luật thương mại mới chỉ điều chỉnh trong phạm vi rất hạn chế về thương mại điện tử. Chẳng hạn, Bộ luật Dân sự năm 1995 gần như chưa đề cập đến các hình thức thương mại điện tử. Điều 400 Bộ luật này nói về hình thức hợp đồng dân sự cũng chưa có các điều khoản quy định về hình

thức hợp đồng có thể là từ các thông điệp dữ liệu, chưa đề cập đến chứng chỉ điện tử hay chữ ký điện tử. Pháp lệnh Thương phiếu ở Điều 7 cũng chỉ quy định chung chung: “việc sử dụng các hình thức thông tin điện tử trong quan hệ thương phiếu được thực hiện theo quy định của Chính phủ”. Còn Luật Thương mại thì chỉ có duy nhất Điều 49 quy định về hình thức hợp đồng mua bán hàng hoá: “điện báo, telex, fax, thư điện tử và các hình thức thông tin điện tử khác cũng được coi là hình thức văn bản”, tức là được thừa nhận là văn bản hợp đồng.

Như vậy, Luật Thương mại sửa đổi cần có những quy định cụ thể khẳng định giá trị pháp lý của các hình thức thông tin điện tử (các thông điệp dữ liệu được tạo lập bởi phương tiện điện tử, giá trị pháp lý của chào hàng, chấp nhận chào hàng, hợp đồng được tạo lập từ các thông điệp dữ liệu, các chứng chỉ điện tử, chữ ký điện tử...) trong giao dịch thương mại.

3. Nguyên nhân của những hạn chế, bất cập

Có rất nhiều nguyên nhân dẫn đến những bất cập nêu trên của Luật Thương mại năm 1997, trong đó đặc biệt đáng chú ý là hai nguyên nhân chủ yếu sau đây:

3.1. Còn chậm đổi mới trong nhận thức về thương mại và vai trò của pháp luật thương mại trong hệ thống pháp luật của Việt Nam

Đây là nguyên nhân có tính chủ quan. Hiện nay, nhiều

người, kể cả những cơ quan quản lý vĩ mô lẫn các nhà làm luật đều chưa nhận thức đúng bản chất của thương mại, vai trò của thương mại trong nền kinh tế quốc dân. Điều này dẫn đến tình trạng chưa có nhận thức đúng về sự cần thiết phải ban hành luật điều chỉnh các hoạt động thương mại, chưa nhận thức đủ về vai trò của pháp luật trong việc điều chỉnh các hoạt động thương mại.

Sự chậm đổi mới trong nhận thức nói trên cũng đang là lực cản cho công tác xây dựng các văn bản theo hướng hệ thống hoá, khoa học và logic. Nhiều người có trách nhiệm, khi xây dựng hoặc khi thông qua các văn bản pháp luật thường chỉ xuất phát từ lợi ích cục bộ của ngành, của lĩnh vực, của địa phương mà mình đang phụ trách. Tư duy sợ mất việc, mất quyền..., về việc “san sẻ” thì tốt hơn là “tập trung” vẫn còn tồn tại khá phổ biến. Vì vậy, pháp luật Việt Nam nói chung và pháp luật thương mại Việt Nam nói riêng còn ở trong tình trạng manh mún, chắp vá, thiếu tính hệ thống, thiếu tính dự đoán và thậm chí thiếu tính minh bạch.

3.2. Sự ảnh hưởng khá nặng nề của cơ chế quản lý kinh tế cũ

Đây là nguyên nhân khách quan. Cơ chế quản lý nền kinh tế kế hoạch hoá, phi thị trường mới được bắt đầu xoá bỏ từ năm 1987. Sau hơn 40 năm tồn tại, cơ chế quản lý kinh tế này đã ảnh hưởng không tốt đến công tác xây dựng pháp luật, trong đó có xây dựng Luật Thương mại năm 1997.

Trong thời kỳ bao cấp, kế hoạch hoá, thương mại chỉ đóng vai trò là “người nội trợ” của nền kinh tế. Tất cả các hoạt động vì mục đích thu lợi nhuận đều bị triệt tiêu, bất kể đó là mục đích hợp pháp hay không hợp pháp; không có văn bản pháp luật nào thừa nhận kinh doanh là một nghề; không một doanh nghiệp nào được tôn vinh do làm ăn có lãi. Vì vậy, vào năm 1997, khi Luật Thương mại đầu tiên của Việt Nam được ban hành, rất nhiều người còn ngỡ ngàng, e ngại, thậm chí tỏ ra xa lạ với những chế định vốn là đương nhiên của thể chế kinh tế thị trường và đã được áp dụng rất phổ biến trong các bộ luật, đạo luật thương mại của các nước phát triển.

II. NHỮNG YÊU CẦU ĐẶT RA ĐỐI VỚI VIỆC SỬA ĐỔI LUẬT THƯƠNG MẠI NĂM 1997

Hội nhập kinh tế quốc tế là tất yếu đối với mọi quốc gia trong đó có Việt Nam. Để hội nhập, tất cả các nước đều phải điều chỉnh chính sách và pháp luật theo hướng mở cửa, giảm và tiến tới dỡ bỏ hàng rào thuế quan và phi quan thuế làm cho việc trao đổi hàng hoá và dịch vụ giữa các nước ngày càng tự do hơn. Hội nhập kinh tế quốc tế thực chất là một quá trình vừa hợp tác, vừa đấu tranh rất phức tạp. Vì vậy, Việt Nam cần chủ động điều chỉnh chính sách, đặc biệt là điều chỉnh hệ thống pháp luật của mình để hội nhập thành công. Kịp thời sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 chính là để chủ động hội nhập kinh tế quốc tế.

1. Sửa đổi Luật Thương mại là tất yếu khách quan, xuất phát từ chính đòi hỏi của quá trình thực hiện chủ trương chủ động hội nhập kinh tế quốc tế của Đảng và Nhà nước ta

Báo cáo Chính trị tại Đại hội lần thứ IX của Đảng đã khẳng định chủ trương của Đảng ta là “*chủ động hội nhập kinh tế quốc tế và khu vực theo tinh thần phát huy tối đa nội lực, nâng cao hiệu quả hợp tác quốc tế, bảo vệ độc lập tự chủ và định hướng xã hội chủ nghĩa...*”⁽¹⁾.

Thực hiện chủ trương này, Việt Nam đã ký kết hơn 80 hiệp định về thương mại và thoả thuận tối huệ quốc (MFN) với các quốc gia và vùng lãnh thổ, trở thành thành viên thứ 7 của Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN) tháng 7 - 1995; thành viên của Diễn đàn hợp tác kinh tế các nước châu Á - Thái Bình Dương (APEC) từ tháng 12-1998, nộp đơn gia nhập WTO năm 1995 (đã trải qua 7 phiên đàm phán đa phương minh bạch hoá chính sách và hai phiên đàm phán mở cửa thị trường); không chỉ bình thường hoá quan hệ thương mại với Hoa Kỳ mà còn ký kết Hiệp định Thương mại song phương với Hợp chủng quốc Hoa Kỳ (ngày 13-7-2000). Hiện nay, Việt Nam đang thực hiện các cam kết trong CEPT/AFTA, đang thực hiện lộ trình mở cửa theo Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, đang thực hiện các cam kết theo chương trình xoá đói, giảm nghèo với IMF, WB và đang bước vào

⁽¹⁾ Đảng Cộng sản Việt Nam: *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IX*. Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2001, tr.120.

phiên đàm phán thứ 8 - đàm phán song phương với các nước thành viên của WTO về cam kết mở cửa trên lĩnh vực thương mại, chuẩn bị gia nhập WTO.

Có thể khẳng định rằng, khác với một số nước, sau khi Liên Xô và hệ thống xã hội chủ nghĩa tan rã, Việt Nam không rơi vào tình thế phụ thuộc, bị động. Ngược lại, Đảng và Nhà nước ta đã rất linh hoạt, tài tình “chèo lái”, trụ vững và đưa nước ta từ chỗ bị bao vây, cấm vận, đói nghèo... chuyển sang thế chủ động, không những không bị phụ thuộc về mặt chính trị mà còn mở rộng quan hệ về kinh tế - thương mại với các nước phương Tây. Điều này minh chứng rằng, đường lối chủ động hội nhập kinh tế quốc tế, chủ động “thêm bạn bớt thù”... trên cơ sở xây dựng nền kinh tế độc lập, tự chủ của Đảng ta là hoàn toàn đúng đắn.

Trong quá trình chủ động hội nhập kinh tế quốc tế, Việt Nam đã được cộng đồng thế giới biết đến là một đất nước kiên trì thực hiện đường lối đổi mới và đã đạt được nhiều thành tựu quan trọng trên lĩnh vực kinh tế. Đó là việc thực hiện thành công Chiến lược ổn định và phát triển kinh tế - xã hội. Trong giai đoạn 1991-1995, GDP tăng trưởng bình quân đạt 8,2%. Giai đoạn 1997-2000, mặc dù chịu nhiều ảnh hưởng bất lợi từ cuộc khủng hoảng trong khu vực nhưng mức tăng trưởng GDP bình quân vẫn đạt gần 7%/ năm⁽¹⁾. Năm 2003, GDP tăng 7,24%, được

⁽¹⁾ Lương Văn Tự: *Thương mại Việt Nam trong tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học quốc gia, Bộ Thương mại - Đại học Ngoại thương, Hà Nội 2003, tr.39-45.

coi là năm có tốc độ tăng trưởng cao nhất trong bốn năm từ 2000-2003⁽¹⁾.

Hội nhập kinh tế quốc tế đã góp phần thúc đẩy sự chuyển dịch cơ cấu của nền kinh tế một cách tích cực theo hướng tăng dần tỷ trọng giá trị công nghiệp và dịch vụ. Cơ cấu vùng kinh tế cũng bắt đầu thay đổi theo hướng hình thành các vùng trọng điểm, các khu công nghiệp tập trung, các khu chế xuất. Trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng, Việt Nam đã thành công trong việc thực hiện những cải cách cơ cấu quan trọng. Nhờ vậy, mức độ tiền tệ hoá nền kinh tế đã được cải thiện rõ rệt. Thị trường chứng khoán đã được hình thành và phát triển. Song song với quá trình hội nhập kinh tế quốc tế, hoạt động xây dựng và hoàn thiện pháp luật nói chung và pháp luật thương mại nói riêng của Việt Nam cũng đạt được những kết quả nhất định, đặc biệt là trong việc ký kết các điều ước quốc tế song phương và đa phương về thương mại.

Bên cạnh đó, việc Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ có hiệu lực cũng đang đặt ra cho Nhà nước và các doanh nghiệp Việt Nam nhiều thách thức, trong đó có thách thức về sự cạnh tranh khốc liệt để giành lấy thị trường một khi cả hai nước đều mở cửa cho hàng hoá và dịch vụ theo quy định của Hiệp định. Các cam kết của Việt Nam trong Hiệp định đòi hỏi Việt Nam phải sửa đổi nhiều quy định, nhiều chính sách, trong đó trước hết là

⁽¹⁾ Bộ Thương mại: *Kinh tế, thương mại thế giới và Việt Nam - Cục diện 2003 và dự báo năm 2004*, Hà Nội 2004, tr.87.

phải sửa đổi Luật Thương mại năm 1997. Vì vậy, đối với Việt Nam hiện nay, việc thực hiện có hiệu quả Hiệp định này và trở thành thành viên của WTO trong tương lai gần là một trong những công tác quan trọng nhất để chủ động đẩy nhanh tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế. Để làm được điều này, Việt Nam phải nhanh chóng sửa đổi Luật Thương mại năm 1997.

2. Sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 để thể chế hoá đường lối, chính sách của Đảng ta về phát triển nền thương mại trong điều kiện mới

Quá trình hoàn thiện pháp luật thương mại của Việt Nam thực chất là quá trình “đưa lên thành luật” các đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng, Nhà nước và thực tiễn vận động của các quan hệ thương mại. Đây là quá trình có định hướng, có mục đích và có kế hoạch. Như C. Mác đã nói: “Nhà lập pháp phải coi mình như là nhà khoa học tự nhiên. Ông ta không *làm ra* pháp luật, ông ta không phát minh ra chúng, mà chỉ nêu chúng lên; ông ta biểu hiện những quy luật nội tại của những mối quan hệ tinh thần thành những đạo luật thành văn có ý thức”⁽¹⁾. Với mỗi giai đoạn khác nhau, mục đích, định hướng và kế hoạch hoàn thiện pháp luật thương mại sẽ không hoàn toàn giống nhau.

Tiếp tục đường lối đổi mới đất nước được khởi xướng

⁽¹⁾ C. Mác và Ph. Ăngghen: *Toàn tập*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 1995, t.1, tr. 232.

từ Đại hội lần thứ VI của Đảng, Đại hội lần thứ IX của Đảng đã đề ra Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội giai đoạn 2001-2010 là: “Đưa nước ta ra khỏi tình trạng kém phát triển, nâng cao rõ rệt đời sống vật chất, văn hoá, tinh thần của nhân dân, tạo nền tảng để năm 2020 nước ta cơ bản trở thành một nước công nghiệp theo hướng hiện đại.”⁽¹⁾. Trong đó, các mục tiêu kinh tế chủ yếu là phấn đấu đạt GDP năm 2010 tăng gấp đôi so với năm 2000; tích lũy nội bộ nền kinh tế đạt trên 30% GDP; nhịp độ tăng xuất khẩu lớn hơn 2 lần nhịp độ tăng GDP; tỉ trọng trong GDP của nông nghiệp chiếm 16%-17%, công nghiệp là 40%-41%, dịch vụ là 42%-43%; tỉ lệ lao động nông nghiệp còn khoảng 50%; xoá hộ đói, giảm nhanh hộ nghèo; nâng tỷ lệ người lao động được đào tạo nghề lên khoảng 40%...⁽²⁾.

Cũng tại Đại hội lần thứ IX của Đảng, định hướng phát triển thương mại trong Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội giai đoạn 2001-2010 là “phát triển mạnh thương mại, nâng cao năng lực và chất lượng hoạt động để mở rộng thị trường trong nước và hội nhập quốc tế có hiệu quả. Hình thành các trung tâm thương mại lớn, các chợ nông thôn, nhất là ở miền núi, bảo đảm cung cấp một số sản phẩm thiết yếu cho vùng sâu, vùng xa và hải đảo, tạo thuận lợi cho việc tiêu thụ nông sản. Phát triển thương mại điện tử. Nhà nước, các hiệp hội, các doanh nghiệp phối hợp tìm kiếm, mở rộng thị trường cho sản phẩm Việt Nam”⁽³⁾.

Luật Thương mại năm 1997 đã thể chế hoá đường lối,

(1), (2), (3) *Việt Nam hướng tới 2010*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2001, t.1, tr.59, 89, 98.

chính sách của Đảng và Nhà nước ta đối với hoạt động thương mại trong thời kỳ đổi mới. Hoạt động thương mại ở Việt Nam từ năm 1997 đã phát triển mạnh và ngày càng đóng vai trò quan trọng trong nền kinh tế quốc dân. Các nguyên tắc và chính sách trong Luật đã thể chế hoá quan điểm, đường lối, chính sách ghi trong các văn kiện của Đảng và Nhà nước ta bằng những quy phạm có tính định hướng, bảo đảm sự vận hành cơ chế thị trường trong nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần có sự quản lý của Nhà nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa. Môi trường pháp lý đã được thiết lập, làm cơ sở và khung pháp luật cần thiết cho hoạt động thương mại, phù hợp với đường lối đổi mới, phát huy được mặt tích cực, hạn chế được mặt tiêu cực của nền kinh tế thị trường.

Trong điều kiện mới, công tác sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 cần quán triệt chủ trương của Đảng về phát triển kinh tế xã hội và yêu cầu về hội nhập kinh tế quốc tế. Luật Thương mại dù được sửa đổi, thiết kế theo hướng *mở* hay *mềm dẻo*... như thế nào thì cũng không được đi chệch định hướng mà Đảng ta đã khẳng định. Nói cách khác, sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 là nhằm thể chế hoá đường lối, chính sách của Đảng về phát triển nền thương mại Việt Nam trong điều kiện mới.

3. Sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 nhằm tạo thuận lợi cho Việt Nam thực hiện nghĩa vụ theo các cam kết quốc tế

Mục đích của việc sửa đổi Luật Thương mại năm 1997

là nhằm đáp ứng yêu cầu đưa Việt Nam hội nhập sâu rộng vào nền kinh tế khu vực và thế giới, là nhằm loại bỏ những điểm bất cập, cản trở tiến trình hội nhập của Việt Nam, là nhằm giảm bớt sự cách biệt quá xa giữa pháp luật thương mại Việt Nam so với “luật chơi” chung của thế giới.

Với việc ký kết hơn 80 hiệp định về thương mại và thoả thuận MFN với các quốc gia và vùng lãnh thổ, với việc trở thành thành viên thứ 7 của Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á và thành viên của Diễn đàn hợp tác kinh tế các nước châu Á - Thái Bình Dương, với việc bình thường hoá quan hệ thương mại với Hoa Kỳ trên cơ sở ký kết Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, Việt Nam có nhiều nghĩa vụ phải thực hiện mà một phần không nhỏ là hoàn thiện hệ thống pháp luật thương mại, trong đó có việc sửa đổi Luật Thương mại năm 1997.

Với trên 146 quốc gia thành viên và hơn 25 quốc gia đang xin gia nhập, WTO đang trở thành một tổ chức toàn cầu. Có ý kiến cho rằng, WTO ngày nay có vai trò như Liên hợp quốc về mặt kinh tế, tuy nhiên lại hoạt động hiệu quả hơn Liên hợp quốc⁽¹⁾. Những quy định pháp lý của WTO có ảnh hưởng rất lớn đối với việc hình thành và phát triển thể chế pháp lý trong quan hệ thương mại giữa các nước. Các quy định của GATT/WTO đang trở thành

⁽¹⁾ Theo báo cáo năm 2003 của WTO, thương mại hàng hóa toàn cầu năm 2002 đạt 13.109 tỷ USD, 146 thành viên WTO chiếm 85% trong tổng số này; tổng thu từ thương mại dịch vụ toàn cầu đạt 3.060 tỷ USD, WTO chiếm 90%.

“luật chơi chung” của thương mại quốc tế hiện đại.

Kinh nghiệm lập pháp của Trung Quốc cho thấy, để đáp ứng được các yêu cầu của WTO, tính đến năm 2002, nước này đã phải rà soát hơn 2.300 văn bản luật, bãi bỏ 830 văn bản, sửa đổi 323 văn bản pháp luật có liên quan khác, hủy bỏ hoặc sửa đổi hơn 19.000 văn bản luật của các địa phương⁽¹⁾.

Theo kết quả rà soát, để gia nhập WTO, Việt Nam cần sửa đổi và xây dựng mới 37 luật và pháp lệnh liên quan đến 16 hiệp định chính của WTO⁽²⁾. Vì vậy, sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 trong giai đoạn hiện nay là cần thiết và nhằm các mục tiêu sau:

3.1. Đẩy nhanh lộ trình gia nhập WTO của Việt Nam

Với ý nghĩa là pháp luật thương mại toàn cầu, là “luật chơi chung” trong phạm vi thương mại quốc tế, một trong những yêu cầu của WTO đối với các nước thành viên là chính sách, pháp luật của các nước này phải minh bạch, rõ ràng và có thể dự báo trước. Đặc biệt, tại Điều XVI Khoản 4 của Hiệp định Marrakesh về thành lập WTO, các nước thành viên đã cam kết: “*đảm bảo sự thống nhất của các văn bản pháp luật, các quy định và các thủ tục hành chính của nước mình với những nghĩa vụ mà mình đã cam kết*”

(1) Phạm Thái Quốc: *Trung Quốc sau một năm gia nhập WTO*, đăng trên *Thời báo Tài chính*.

(2) Lương Văn Tỵ: *Thương mại Việt Nam trong tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học quốc gia, Bộ Thương mại - Đại học Ngoại thương, Hà Nội 2003, tr.39-46.

trong các hiệp định của WTO ". Do vậy, việc sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam là việc cấp bách cần phải làm. Điều này sẽ tạo thuận lợi cho Việt Nam thực hiện các cam kết quốc tế của mình, nhất là sau khi Việt Nam gia nhập WTO.

Tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế của Việt Nam đã bước vào giai đoạn mới - giai đoạn quan trọng với việc thực hiện các cam kết quốc tế. Việc đàm phán gia nhập WTO được đẩy nhanh, trong năm 2003 đã thực hiện được hai phiên 6 và 7, tạo đà cho đàm phán trong năm 2004. Năm 2004 là năm diễn ra những hoạt động sôi động nhất trên lĩnh vực hội nhập kinh tế quốc tế. Kết quả từ các hoạt động này đã góp phần thực hiện mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội của Đảng và Nhà nước ta; đồng thời tạo điều kiện tiên quyết để hoàn thành mục tiêu trở thành thành viên chính thức của WTO. Do đó, việc rà soát toàn bộ hệ thống văn bản pháp luật, trong đó có pháp luật thương mại và sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 có ý nghĩa đặc biệt quan trọng.

Việc sửa đổi Luật Thương mại là bước đầu tiên và quan trọng nhất nhằm đảm bảo sự thống nhất của các văn bản pháp luật, các quy định và các thủ tục hành chính với những nghĩa vụ mà Việt Nam đã, đang và sẽ cam kết thực hiện. Bởi vì, Luật Thương mại là đạo luật khung - đạo luật cơ bản điều chỉnh các hoạt động thương mại ở Việt Nam. Việc xác định đúng đối tượng, phạm vi điều chỉnh của Luật cũng như xác định rõ các nguyên tắc cơ bản của Luật sẽ là nền tảng để sửa đổi các văn bản pháp luật về thương

mại khác có liên quan; là cơ sở để tạo sự thống nhất, sự hệ thống và loại bỏ sự chồng chéo, tản mạn giữa Luật Thương mại - đạo luật chung về thương mại - với các luật chuyên ngành; đồng thời, khi các quy định của Luật Thương mại sửa đổi phù hợp với yêu cầu thực tiễn và đáp ứng các yêu cầu của quá trình hội nhập kinh tế quốc tế nói chung cũng như tiến trình gia nhập WTO nói riêng của Việt Nam sẽ dẫn đến các quy định trong các văn bản luật khác sẽ phù hợp với các yêu cầu nêu trên. Điều này sẽ làm cho hệ thống pháp luật thương mại trở nên đồng bộ, ổn định và minh bạch.

Nói tóm lại, để Việt Nam đạt mục tiêu gia nhập WTO trong tương lai không xa, việc sửa đổi pháp luật thương mại nói chung cũng như sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 nói riêng không phải là yêu cầu, áp lực từ bên ngoài mà xuất phát từ đòi hỏi của chính các nước thành viên của WTO trong tiến trình đàm phán. Theo đó, Việt Nam phải đổi mới đồng bộ, nhanh chóng hệ thống pháp luật thương mại của mình để có được một môi trường pháp lý thuận lợi cho hoạt động thương mại và từng bước trở nên phù hợp với “luật chơi chung” của thế giới.

3.2. Tạo cơ sở pháp lý thuận lợi cho Việt Nam nâng cao năng lực cạnh tranh của nền kinh tế, từ đó thực hiện có hiệu quả các cam kết trong Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ

Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ có hiệu lực đã được gần 3 năm. Theo đó, nhiều lĩnh vực về thương

mại hàng hoá phải được mở cửa vào cuối năm 2004 và từ ngày 1-1-2005, rất nhiều lĩnh vực thương mại dịch vụ của Việt Nam sẽ phải đối mặt với sự cạnh tranh khốc liệt từ các công ty cung ứng dịch vụ của Hoa Kỳ và của các nước khác. Vì vậy, để bắt buộc các doanh nghiệp Việt Nam nâng cao năng lực cạnh tranh của mình, sự tác động của các quy định pháp luật thông qua Luật Thương mại sửa đổi, về một phương diện nào đó, sẽ có ý nghĩa tích cực: những quy định trong Luật Thương mại sửa đổi theo nguyên tắc của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ sẽ tạo điều kiện cho các doanh nghiệp Hoa Kỳ thâm nhập thị trường Việt Nam, buộc các doanh nghiệp Việt Nam phải chủ động, phải quyết tâm nếu muốn tồn tại. Điều này sẽ góp phần nâng cao năng lực cạnh tranh của các doanh nghiệp Việt Nam, từ đó góp phần nâng cao năng lực cạnh tranh của cả nền kinh tế.

Ngoài ra, việc thực thi Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ cũng là bước tập dượt và chuẩn bị quan trọng để Việt Nam gia nhập WTO vì trong Hiệp định chứa đựng khoảng từ 60-70% các yêu cầu của WTO. Hơn thế nữa, bản thân Hoa Kỳ là một đối tác thương mại lớn, có ảnh hưởng rất quan trọng trong quan hệ thương mại quốc tế hiện nay. Qua việc thực thi Hiệp định này, Việt Nam sẽ tiếp nhận những quy định pháp lý được coi như chuẩn mực quốc tế tiên tiến trong lĩnh vực thương mại (kể cả thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ, thương mại trong bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ, thương mại trong đầu tư...) vào hệ thống chính sách, pháp luật hiện hành của mình.

Sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 cũng chính là để tạo cơ sở pháp lý thuận lợi cho Việt Nam nâng cao năng lực cạnh tranh của các doanh nghiệp, của nền kinh tế, của quốc gia, từ đó thực hiện có hiệu quả các cam kết trong Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ.

4. Sửa đổi Luật Thương mại Việt Nam 1997 để đáp ứng yêu cầu điều chỉnh xuất phát từ nội tại nền thương mại Việt Nam

Yêu cầu sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 xuất phát chính từ nhu cầu nội tại của nền kinh tế đất nước, đòi hỏi đổi mới đồng bộ, các hoạt động có bản chất thương mại cần nhanh chóng được thể chế hoá, từ đó tạo nên môi trường pháp lý thuận lợi nhất cho thương mại và đầu tư.

Thứ nhất, cần xử lý yêu cầu về mở rộng đối tượng và phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại, cụ thể là:

- Mở rộng khái niệm “thương mại”. Một trong những nội dung cơ bản của toàn cầu hoá là tự do hoá thương mại, loại bỏ cản trở thương mại, tạo điều kiện cho hàng hoá, dịch vụ, sức lao động và tư bản được di chuyển tự do trong một thị trường rộng lớn, vượt khỏi khuôn khổ bó hẹp của một quốc gia. Khái niệm thương mại trên thế giới thường được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm, song không giới hạn bởi các giao dịch cung cấp hay trao đổi hàng hoá, dịch vụ, các hợp đồng phân phối, chi nhánh hoặc đại diện thương mại, đại lý, cho thuê, gia công sản

phẩm, tư vấn, sở hữu công nghiệp, đầu tư, tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, khai thác, tô nhượng, liên doanh hoặc các hình thức khác của hợp tác công nghiệp hoặc kinh doanh⁽¹⁾. Khái niệm *thương mại* theo nghĩa này tương đương với khái niệm *kinh doanh* được dùng trong pháp luật Việt Nam⁽²⁾.

- Việc thay đổi cách quy định về các hành vi thương mại do Luật Thương mại điều chỉnh là tất yếu. Nhưng cho đến nay, việc thay đổi như thế nào vẫn còn nhiều tranh cãi. Vấn đề là Luật Thương mại có mở rộng phạm vi điều chỉnh vốn chỉ bó hẹp trong 14 hành vi thương mại như hiện nay, tiến tới điều chỉnh tất các lĩnh vực khác có bản chất thương mại (thương mại hàng hoá, thương mại dịch vụ, thương mại liên quan đến sở hữu công nghiệp và thương mại liên quan đến đầu tư) hoặc pháp luật thương mại Việt Nam sẽ tiếp tục có từng đạo luật riêng biệt điều chỉnh mỗi hoạt động dịch vụ trên? Hay một bộ luật tổng hợp điều chỉnh mọi lĩnh vực thương mại có thể là một giải pháp? Nếu chúng ta không quy định cụ thể về hoạt động thương mại mà chỉ xác định bản chất của hoạt động này với từng lĩnh vực riêng thì sẽ được điều chỉnh trong các luật chuyên ngành? Có thể có nhiều sự lựa chọn ứng với những hạt nhân hợp lý nhất định cho việc thay đổi phạm vi điều chỉnh của Luật

⁽¹⁾ Điều 1 Luật mẫu của UNCITRAL về Trọng tài Thương mại quốc tế, thông qua ngày 21-6-1985.

⁽²⁾ Điều 3 Khoản 2 Luật Doanh nghiệp năm 1999.

Thương mại. Tuy nhiên, lựa chọn đó phải hướng đến mục tiêu cuối cùng là một nền thương mại phát triển, tự chủ và hội nhập quốc tế hiệu quả.

- Mở rộng khái niệm “hàng hoá” để phù hợp với sự phát triển không ngừng của nền thương mại Việt Nam trong giai đoạn mới. Theo Khoản 3 Điều 3 Luật Thương mại năm 1997, đối tượng của mua bán hàng hoá trong thương mại chỉ bao gồm các loại tài sản hữu hình. Do vậy, cần xem xét để mở rộng khái niệm hàng hoá cả đối với các quyền về tài sản như quyền sở hữu công nghiệp, quyền sở hữu trí tuệ; các tài sản vô hình như tên thương mại, bí quyết kỹ thuật...; các loại chứng khoán như cổ phiếu, trái phiếu.

Thứ hai, cần xử lý những bất cập về mối quan hệ giữa Luật Thương mại và tổng thể các văn bản pháp luật khác có liên quan đến lĩnh vực kinh doanh thương mại cơ bản - đặc biệt là mối quan hệ giữa chế định hợp đồng được quy định trong mỗi nguồn luật là Bộ luật Dân sự năm 1995, Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 và Luật Thương mại năm 1997.

Các quy định của Luật điều chỉnh mối quan hệ hợp đồng kinh doanh phải được đơn giản hoá và thống nhất, từ đó cho phép các doanh nghiệp thực hiện các giao dịch với trở lực tối thiểu.

Cần có một hệ pháp lý cải cách, hài hoà và hiện đại áp dụng cho các hoạt động kinh doanh, phát triển xung

quanh Luật Thương mại được sửa đổi và hoàn thiện để áp dụng cho tất cả các loại hợp đồng có bản chất kinh tế và thương mại.

5. Sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 nhằm làm cho Luật trở thành đạo luật khung điều chỉnh các hoạt động thương mại trong thời kỳ mới

Thị trường trong nước đang phát triển mạnh mẽ, đa dạng từ trạng thái chia cắt, khép kín kiểu “tự cung, tự cấp” sang tự do lưu thông theo quy luật thị trường. Cùng với lưu thông hàng hoá, các loại hình dịch vụ cũng phát triển mạnh. Trong quan hệ thương mại với nước ngoài, Đảng ta đã xác định rõ chủ trương “gắn thị trường trong nước với thị trường thế giới, giải quyết tốt mối quan hệ giữa tiêu dùng trong nước với xuất khẩu”⁽¹⁾. Gắn kết thị trường nội địa với thị trường quốc tế là nội dung chủ yếu của hội nhập kinh tế quốc tế trong lĩnh vực thương mại, nhằm không ngừng nâng cao năng suất, chất lượng và hiệu quả của các hoạt động thương mại thông qua sự mở rộng từng bước phạm vi, mức độ và đối tượng cạnh tranh trên các thị trường nội địa, khu vực và toàn cầu⁽²⁾.

⁽¹⁾ Đảng Cộng sản Việt Nam: *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VII*, Nxb. Sự thật, Hà Nội 1991, tr.64.

⁽²⁾ Xem GS, TS Nguyễn Thị Mơ: *Thương mại Việt Nam trong tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế - quá khứ, hiện tại, tương lai*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học quốc gia, Bộ Thương mại - Đại học Ngoại thương, Hà Nội 2003, tr.56-62.

Như vậy, chính sách mở cửa và hội nhập kinh tế quốc tế đã trở thành động lực to lớn trong việc phát huy nội lực, tạo tiền đề vật chất cho thương mại Việt Nam phát triển.

Tuy nhiên, bên cạnh các thành tựu đạt được, thương mại Việt Nam đang bộc lộ những hạn chế như: quy mô và khối lượng hoạt động thương mại còn nhỏ bé, hệ thống kinh doanh thương mại dịch vụ phân tán, manh mún; khả năng cạnh tranh của hàng hoá còn thấp cả ở thị trường nội địa và nước ngoài; tình trạng buôn bán “chộp giật” còn khá phổ biến; buôn lậu, gian lận thương mại và tệ tham nhũng có xu hướng gia tăng đã tác động không tốt đến hoạt động thương mại nói riêng và tình hình kinh tế - xã hội nói chung.

Thương mại Việt Nam, trong tình hình mới, đòi hỏi Luật Thương mại phải được sửa đổi cho thích ứng. Tuy vậy, khác với bộ luật thương mại ở nhiều nước trên thế giới, Luật Thương mại năm 1997 chỉ có một vị trí khiêm tốn với phạm vi điều chỉnh chỉ gồm 14 hành vi thương mại như đã nêu ở trên. Vì thế, cũng như Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Các tổ chức tín dụng, Luật Xây dựng..., Luật Thương mại năm 1997 chưa có vị trí trung tâm, chưa phải là luật khung như các bộ luật thương mại ở các nước có nền kinh tế phát triển...⁽¹⁾. Để phát huy những thành

⁽¹⁾ Xem PGS, TS Dương Đăng Huệ, TS Phan Chí Hiếu: *Những vấn đề mâu thuẫn giữa Luật Thương mại với các quy định trong Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế và những vướng mắc trong thực tiễn xét xử tại Việt Nam*, VIE/01/004, MOT & UNDP, 2003, tr. 26.

tự đã đạt được, đồng thời để khắc phục những hạn chế, Luật Thương mại năm 1997 nhất thiết phải được sửa đổi theo hướng mở rộng phạm vi, đối tượng điều chỉnh để trở thành đạo luật khung điều chỉnh mọi hoạt động thương mại ở Việt Nam cũng như giữa Việt Nam với nước ngoài. Luật Thương mại phải được sửa đổi, được “thiết kế” theo hướng trở thành “trục chính”, trên cơ sở đó “toả” ra các đạo luật chuyên ngành khác.

6. Sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 để loại bỏ những quy định không phù hợp, từ đó tạo cơ sở cho việc sửa đổi và hoàn thiện pháp luật thương mại Việt Nam

Để làm được điều này, đòi hỏi phải có sự rà soát toàn bộ các văn bản liên quan đến hoạt động thương mại. Do vậy, Luật Thương mại năm 1997 cần được sửa đổi theo những nguyên tắc nhất định với những chế định cụ thể, hàm chứa những quy phạm pháp luật mang tính hiện đại. Theo đó, nhiều chế định mới cần thiết phải được đưa vào Luật Thương mại sửa đổi. Cùng với việc ban hành những đạo luật mới, có thể sẽ có hàng loạt các đạo luật và văn bản dưới luật bị hủy bỏ, được sửa đổi hoặc ban hành mới. Điều này đòi hỏi một sự nỗ lực rất lớn của Nhà nước, của các cơ quan lập pháp cũng như của Chính phủ. Mặt khác, đây thực sự sẽ là một sự biến đổi có tính tích cực trong việc hoàn thiện hệ thống pháp luật thương mại của Việt Nam.

Chương thứ hai

PHÂN TÍCH, SO SÁNH GIỮA LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM NĂM 1997 VỚI PHÁP LUẬT VÀ TẬP QUÁN THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ, XÁC ĐỊNH CÁC NỘI DUNG KHÔNG PHÙ HỢP

Mục tiêu của chương này là đối chiếu, so sánh để tìm ra những điểm, những quy định không phù hợp giữa Luật Thương mại năm 1997 với những quy định của pháp luật và tập quán thương mại quốc tế. Để đạt được mục tiêu này, có hai vấn đề cần phải được làm rõ. *Thứ nhất*, pháp luật thương mại quốc tế và tập quán thương mại quốc tế là gì, gồm những văn bản nào. *Thứ hai*, Luật Thương mại năm 1997 có những điểm gì không hoặc chưa phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế. Ngoài ra, để có cơ sở khẳng định những điểm không phù hợp, chúng tôi sẽ dẫn chiếu đến một số bộ luật thương mại hoặc luật thương mại của một số nước khác.

I. VÀI NÉT KHÁI QUÁT VỀ PHÁP LUẬT VÀ TẬP QUÁN THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

1. Pháp luật thương mại quốc tế

Pháp luật thương mại quốc tế (*International Trade Law*) là tổng hợp các quy phạm pháp luật do các quốc gia (hoặc các chủ thể khác) xây dựng nên nhằm điều chỉnh các mối quan hệ về thương mại phát sinh trong phạm vi quốc tế.

Theo truyền thống, chỉ các quốc gia có chủ quyền mới được coi là chủ thể của pháp luật quốc tế. Vì vậy, chủ thể của pháp luật thương mại quốc tế là các quốc gia, nếu các quốc gia đó tham gia vào các hoạt động thương mại quốc tế. Tuy nhiên, ngày nay, cùng với sự phát triển ngày càng đa dạng của các hoạt động thương mại trong phạm vi quốc tế, không chỉ có các quốc gia mà còn xuất hiện nhiều tác nhân khác với tư cách là chủ thể của pháp luật thương mại quốc tế. Đó chính là các tổ chức quốc tế mang tính chất chính phủ (như WB, IMF v.v.), các tập đoàn xuyên quốc gia và thậm chí các cá nhân cũng có thể có quyền và nghĩa vụ hoặc có sự tác động nhất định đến pháp luật thương mại quốc tế.

Pháp luật thương mại quốc tế chủ yếu được tập hợp trong các điều ước quốc tế về thương mại. Điều ước quốc tế về thương mại là văn kiện pháp lý quốc tế do các quốc gia, các chủ thể ký kết với nhau, trong đó quy định quyền và nghĩa vụ đối với nhau trong các hoạt động thương mại quốc tế. Điều ước quốc tế thường được thể hiện dưới các

hình thức tên gọi là công ước, hiệp ước, hiệp định, thỏa ước, nghị định thư... Căn cứ vào đối tượng và phạm vi điều chỉnh, vào nội dung điều chỉnh, điều ước quốc tế về thương mại có các tên gọi: hiệp định thương mại, hiệp ước thương mại và hàng hải, hiệp định chung về thuế quan... Căn cứ vào các chủ thể tham gia, điều ước quốc tế về thương mại có thể là điều ước quốc tế song phương, điều ước quốc tế khu vực, đa phương hoặc toàn cầu.

Điều ước quốc tế về thương mại, dưới mọi hình thức và tên gọi, đều là hình thức biểu hiện của pháp luật thương mại quốc tế, là nguồn của pháp luật thương mại quốc tế và đều được coi là pháp luật thương mại quốc tế.

Với quan điểm như vậy, khi đối chiếu, so sánh để tìm ra những quy định chưa phù hợp giữa Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 so với pháp luật thương mại quốc tế, cần phải đối chiếu, so sánh Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 với các điều ước quốc tế về thương mại. Nói cách khác, phải đối chiếu Luật Thương mại Việt Nam với các hiệp định thương mại.

Trước hết, phải đối chiếu với các hiệp định thương mại mà Việt Nam đã ký kết (hoặc đã tham gia hay thừa nhận). Chỉ những hiệp định mà Việt Nam đã ký kết (hoặc đã thừa nhận) mới có giá trị pháp lý đối với Việt Nam, dù ở cấp độ vĩ mô hay vi mô. Những hiệp định dạng này có rất nhiều loại: có thể là các hiệp định song phương, có thể là các hiệp định thương mại khu vực v.v.. Trong phạm vi cuốn sách này, chúng tôi chỉ lựa chọn một hiệp định

thương mại song phương mà Việt Nam đã ký kết và phê chuẩn, đó là Hiệp định Thương mại song phương Việt Nam - Hoa Kỳ để đối chiếu, so sánh và phân tích với ý nghĩa là pháp luật thương mại quốc tế.

Bên cạnh đó, chúng tôi cũng lựa chọn các hiệp định của WTO để phân tích với ý nghĩa là hiệp định thương mại toàn cầu. Mặc dù Việt Nam chưa gia nhập WTO, chưa ký kết các hiệp định của WTO, tuy nhiên, trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế hiện nay, quán triệt chủ trương chủ động hội nhập kinh tế quốc tế của Đảng và Nhà nước ta, ngành thương mại Việt Nam đã đặt mục tiêu gia nhập WTO trong một tương lai không xa. Vì vậy, việc phân tích các quy định của WTO với ý nghĩa là pháp luật thương mại quốc tế để đối chiếu với Luật Thương mại năm 1997 là hết sức cần thiết.

Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, với ý nghĩa là hiệp định thương mại song phương và các hiệp định của WTO, với ý nghĩa là hiệp định thương mại toàn cầu đều hàm chứa hệ thống các nguyên tắc, quy tắc, các chế định pháp lý quốc tế điều chỉnh các mối quan hệ thương mại phát sinh giữa các quốc gia thành viên. Các hiệp định này được coi là hệ thống các quy phạm pháp luật quốc tế điều chỉnh các hoạt động thương mại theo “luật chơi chung” trên thương trường quốc tế, giữa các quốc gia hoặc vùng lãnh thổ với nhau. Tuy nhiên, trong thương mại quốc tế, hoạt động thương mại không chỉ phát sinh trong phạm vi giữa các quốc gia mà còn mở rộng sang cả các hoạt động mua bán, trao đổi giữa các doanh

nghiệp, giữa các công ty của các nước với nhau. Những hoạt động này, do đặc thù là chỉ phát sinh giữa các tổ chức kinh doanh của các nước với nhau nên chúng chịu sự điều chỉnh của hệ thống các quy phạm pháp luật riêng, thường được gọi là hệ thống pháp luật kinh doanh quốc tế (*International Business Law*).

Chủ thể của pháp luật kinh doanh quốc tế thường là các công ty, các doanh nghiệp của các nước khác nhau. Các công ty, doanh nghiệp này thường ký các hợp đồng mua bán, trao đổi cụ thể để thực hiện các giao dịch kinh doanh của mình. Để tạo thuận lợi cho các doanh nghiệp, công ty của nước mình trong việc thực hiện các giao dịch thương mại, các quốc gia thường ký với nhau các điều ước quốc tế, trong đó có các quy tắc hướng dẫn việc ký kết, thực hiện hợp đồng, hướng dẫn việc giải quyết tranh chấp phát sinh... Như vậy, các điều ước quốc tế này cũng được coi là pháp luật thương mại quốc tế (nói chính xác hơn là pháp luật kinh doanh quốc tế). Trong số các điều ước quốc tế loại này, đáng lưu ý nhất là Công ước Vienna năm 1980 về Hợp đồng Mua bán hàng hóa quốc tế. Vì vậy, Công ước này cũng được lựa chọn là văn bản pháp lý để đối chiếu, so sánh với Luật Thương mại năm 1997.

Tóm lại, khi so sánh pháp luật thương mại quốc tế với Luật Thương mại năm 1997 để tìm ra những quy định không hoặc chưa phù hợp, chúng tôi lựa chọn ba văn bản pháp lý quốc tế tiêu biểu là:

- Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ;

- Hiệp định của WTO;
- Công ước Vienna năm 1980 về Hợp đồng Mua bán hàng hóa quốc tế (viết tắt là CISG).

2. Tập quán thương mại quốc tế

Tập quán thương mại quốc tế là những phong tục, những thói quen về thương mại, được nhiều nước áp dụng và áp dụng một cách phổ biến, thường xuyên với những nội dung rõ ràng nhằm xác định quyền và nghĩa vụ có liên quan. Cũng như các điều ước quốc tế, tập quán quốc tế cũng là nguồn của pháp luật thương mại quốc tế.

Tập quán thương mại quốc tế có thể và bất thành văn, cũng có thể được tập hợp dưới dạng văn bản. Tập quán thương mại quốc tế bất thành văn là những thói quen, những phong tục về thương mại được mặc nhiên áp dụng ở các hải cảng, các khu vực thương mại mà không cần quy định dưới dạng văn bản. Tập quán thương mại được tập hợp dưới dạng văn bản là những tập quán được nhiều nước áp dụng, được nhiều doanh nghiệp kinh doanh của các nước thừa nhận trong thực tiễn thương mại của mình và được các tổ chức có uy tín tập hợp, sắp xếp, hệ thống hóa dưới dạng văn bản. Ví dụ như tập hợp các điều kiện thương mại quốc tế do Phòng Thương mại quốc tế (ICC) phát hành dưới dạng Incoterms. Dù tồn tại dưới dạng văn bản hay phi văn bản, các tập quán thương mại quốc tế đều được coi là nguồn của pháp luật thương mại quốc tế và đều đóng vai trò quan trọng trong thực tiễn thương mại quốc tế.

Khác với pháp luật thương mại quốc tế, tập quán thương mại quốc tế chỉ có giá trị tham khảo, không có giá trị bắt buộc. Tuy nhiên, trong lĩnh vực thương mại ở phạm vi quốc tế, các quốc gia không phải lúc nào cũng dễ dàng đạt được sự thống nhất về ý chí. Vì vậy, không phải mọi hoạt động thương mại quốc tế đều đã có pháp luật điều chỉnh. Ngược lại, trong thực tế có rất nhiều lĩnh vực thương mại còn bỏ ngỏ. Do vậy, người ta thường dựa vào các phong tục, thói quen phổ biến, tức là dựa vào các tập quán để điều chỉnh các hoạt động thương mại trong các lĩnh vực này.

Có nhiều loại tập quán thương mại: tập quán thương mại của một khu vực cảng, của một vùng hay của những lĩnh vực thương mại cụ thể. Để hỗ trợ các doanh nghiệp trong các hoạt động kinh doanh quốc tế, người ta đã đứng ra tập hợp, hệ thống hóa những tập quán thương mại phổ biến nhất và phổ biến chúng dưới dạng cẩm nang cho các bên có liên quan trong các giao dịch kinh doanh quốc tế.

Trong hệ thống các tập quán thương mại quốc tế, điển hình phải kể đến Các điều kiện Thương mại quốc tế do Phòng Thương mại quốc tế phát hành và phổ cập dưới dạng các Incoterms. Incoterms được phát hành lần đầu tiên vào năm 1936; sau đó được sửa đổi, bổ sung vào các năm 1953, 1967, 1976, 1980, 1990. Đến nay, bản Incoterms mới nhất đang được giới thương gia quốc tế áp dụng phổ biến là Incoterms năm 2000.

Trong Lời nói đầu của Incoterms năm 2000 có nêu rõ: *“Mục đích của Incoterms là cung cấp một hệ thống trọn*

vện các quy tắc quốc tế để giải thích các điều kiện thương mại thường được sử dụng rộng rãi nhất trong thương mại quốc tế. Như vậy, có thể tránh được sự thiếu nhất quán trong việc giải thích những điều kiện này ở các nước khác nhau hoặc ít nhất có thể giảm một mức đáng kể sự không nhất quán đó ⁽¹⁾. Incoterms, như vậy, sẽ giúp các bên - tức là các doanh nghiệp - trong hợp đồng xác định một cách rõ ràng nghĩa vụ mỗi bên, từ đó làm giảm rủi ro cho các nhà kinh doanh trong các hoạt động thương mại quốc tế.

Tuy vậy, cũng cần chú ý là, Incoterms chỉ giới hạn áp dụng trong những vấn đề có liên quan đến quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa hữu hình đối với việc giao hàng. Hay nói cách khác, Incoterms chỉ đề cập đến mối quan hệ giữa người mua và người bán trong hợp đồng mua bán; hơn nữa, cũng chỉ nói đến một số vấn đề nhất định như nghĩa vụ giao hàng, nghĩa vụ thuê phương tiện vận tải, nghĩa vụ mua bảo hiểm, vấn đề chuyển rủi ro của hàng hóa. Ngoài ra, Incoterms còn quy định nghĩa vụ thông quan hàng xuất khẩu và nhập khẩu, nghĩa vụ đóng gói bao bì cho hàng hóa, nghĩa vụ nhận hàng của người mua... Tuy vậy, có rất nhiều vấn đề phát sinh từ hợp đồng mua bán nhưng không được Incoterms đề cập tới, như việc chuyển quyền sở hữu hàng hóa, việc vi phạm hợp đồng và hậu quả của

⁽¹⁾ Những điều kiện Thương mại quốc tế Incoterms 2000 của Phòng Thương mại quốc tế, Nxb. Khoa học và kỹ thuật, Hà Nội 2000, tr.7.

nó, những trường hợp miễn trách... Những vấn đề này phải được giải quyết bởi những quy định trong hợp đồng và luật áp dụng cho hợp đồng.

Ngoài các Incoterms do Phòng Thương mại quốc tế phát hành, hiện nay, giới doanh nhân còn thường nhắc tới một bộ các quy tắc về Hợp đồng Thương mại quốc tế (tên tiếng Anh là *Principles on International Commercial Contracts*, viết tắt là PICC), do Viện Nghiên cứu quốc tế về thống nhất luật tư (tên tiếng Anh là *International Institute for the Unification of Private Law*, viết tắt theo tiếng Pháp là UNIDROIT) tập hợp và ban hành vào tháng 5 năm 1994. Đây là kết quả nghiên cứu của nhiều nhà luật học nổi tiếng đến từ nhiều quốc gia, đại diện cho nhiều hệ thống pháp luật trên thế giới cùng với sự cộng tác, đóng góp ý kiến của nhiều chuyên gia hàng đầu về luật hợp đồng và luật thương mại quốc tế. Mục đích của PICC là thống nhất, hài hoà hóa những quy định về hợp đồng thương mại quốc tế bằng cách tìm ra những nguyên tắc về ký kết, thực hiện các hợp đồng thương mại quốc tế đã được áp dụng và thừa nhận rộng rãi; sau đó tập hợp chúng lại một cách có hệ thống để các bên trong hợp đồng có thể dẫn chiếu đến. Như vậy, PICC sẽ giúp các bên giảm bớt những khó khăn thường gặp phải khi ký kết và thực hiện các hợp đồng thương mại quốc tế.

PICC được soạn thảo với sự linh động cần thiết để có thể thích ứng với sự thay đổi của các tập quán giao dịch thương mại giữa các quốc gia và với sự phát triển của

kinh tế, khoa học, công nghệ. Một mặt, PICC quy định rõ quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng; mặt khác, cho phép xác định một cách hợp lý các quyền và nghĩa vụ đó trong các trường hợp cụ thể, theo những nguyên tắc cơ bản của thương mại quốc tế như nguyên tắc thiện chí và trung thực, nguyên tắc cư xử đúng mực, nguyên tắc hợp tác, nguyên tắc trao đổi thông tin...

Tuy vậy, khi giới thiệu PICC với cộng đồng các luật gia và doanh nhân trên thế giới, Hội đồng UNIDROIT đã nhấn mạnh rằng, bản thân các nguyên tắc này không phải là một văn bản pháp luật có tính bắt buộc vì chúng không được các quốc gia ký kết hay phê chuẩn như các điều ước quốc tế. PICC chỉ được áp dụng khi các bên trong hợp đồng thống nhất lựa chọn PICC hoặc khi PICC được các tòa án và trọng tài lựa chọn để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng thương mại quốc tế. Có thể thấy được sự ưu việt, tính thuyết phục của PICC thông qua phán quyết sau đây⁽¹⁾: “*Trọng tài quyết định áp dụng PICC vì PICC thể hiện được các nguyên tắc và các quy phạm chung được chấp nhận. Trọng tài cho rằng PICC, một văn bản được soạn thảo bởi một nhóm các chuyên gia, các giáo sư có trình độ cao đến từ các hệ thống pháp luật chủ yếu trên thế giới, chứa đựng tất cả những nguyên tắc có tính chỉ đạo được chấp nhận trên phạm vi toàn cầu và là hạt nhân thể hiện tất cả các khái*

⁽¹⁾ Xem Phán quyết số 7375 của ICC tuyên ngày 5-6-1996 (nguồn: <http://www.unilex.info>).

niệm cơ bản nhất đã được áp dụng thường xuyên trong thực tiễn trọng tài ”.

Tóm lại, khi đề cập đến các tập quán thương mại quốc tế, trong phạm vi cuốn sách này, chúng tôi lựa chọn hai văn bản được coi là những tập hợp khá đầy đủ về các tập quán trong thương mại quốc tế hiện hành để phân tích và so sánh với Luật Thương mại năm 1997. Đó là:

- Incoterms 2000 của Phòng Thương mại quốc tế;
- Các nguyên tắc về Hợp đồng Thương mại quốc tế của UNIDROIT (viết tắt là PICC).

Tập quán thương mại quốc tế và pháp luật thương mại quốc tế có quan hệ tương hỗ trong việc điều chỉnh các hoạt động thương mại quốc tế. Thông thường, tập quán thương mại quốc tế sẽ được áp dụng khi pháp luật quốc gia không điều chỉnh vấn đề đó hoặc khi các bên trong hợp đồng thương mại quốc tế dẫn chiếu đến tập quán đó và việc áp dụng tập quán thương mại quốc tế không trái với các nguyên tắc cơ bản của điều ước quốc tế hoặc luật quốc gia. Tuy vậy, việc áp dụng tập quán thương mại quốc tế cũng phải tuân thủ một số nguyên tắc nhất định, tùy vào quy định của mỗi quốc gia. Việc cho phép áp dụng cũng như điều kiện áp dụng cụ thể đối với tập quán thương mại quốc tế này hay tập quán thương mại quốc tế khác thường được quy định trong luật quốc gia của mỗi nước. Ví dụ, Luật Thương mại năm 1997 quy định: *“Các bên trong hợp đồng được thỏa thuận áp dụng tập quán thương mại quốc tế nếu tập*

quán thương mại quốc tế đó không trái với pháp luật Việt Nam ” (Khoản 3 Điều 4). Tuy nhiên, Luật Thương mại năm 1997 lại không có một điều khoản nào quy định về việc áp dụng PICC.

Như vậy, trong quan hệ với pháp luật thương mại quốc tế, tập quán thương mại quốc tế có vai trò là nguồn bổ trợ quan trọng, được áp dụng để điều chỉnh các mối quan hệ phát sinh giữa các chủ thể của các hợp đồng kinh doanh quốc tế, trong đó đặc biệt là hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

Ở phạm vi quốc tế, trong quan hệ giữa các quốc gia, các mối quan hệ về thương mại thường do các điều ước quốc tế, với ý nghĩa là pháp luật thương mại quốc tế, điều chỉnh. Còn trong quan hệ kinh doanh giữa các công ty, các doanh nghiệp của các nước với nhau, giới doanh nghiệp lại thường áp dụng các tập quán quốc tế về thương mại. Những quy định hay cách hiểu như vậy đã được công nhận như một điều hiển nhiên trong thương mại và kinh doanh quốc tế. Vì vậy, khi xây dựng các đạo luật thương mại, các quốc gia đều phải căn cứ vào pháp luật thương mại quốc tế, tức là phải dựa vào các hiệp định thương mại mà mình đã ký kết; đồng thời phải quy định sao cho các doanh nghiệp nước mình có thể dễ dàng tiếp cận với các tập quán quốc tế về thương mại. Điều này giải thích vì sao tất cả các nước phát triển đều muốn đưa vào pháp luật thương mại nước mình những chế định, quy định phù hợp, không trái với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế.

II. NHỮNG QUY ĐỊNH TRONG LUẬT THƯƠNG MẠI NĂM 1997 KHÔNG PHÙ HỢP VỚI PHÁP LUẬT VÀ TẬP QUÁN THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

Pháp luật và tập quán thương mại quốc tế, như đã phân tích ở trên, là một hệ thống bao gồm rất nhiều văn bản pháp luật và quy định khác nhau, từ các điều ước quốc tế song phương, đa phương đến các tập quán đã được công nhận, áp dụng rộng rãi trong thương mại quốc tế. Trong phạm vi cuốn sách này, chúng tôi sẽ chỉ tập trung phân tích Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, các hiệp định của WTO, Công ước Vienna năm 1980 của Liên hợp quốc về Hợp đồng Mua bán hàng hóa quốc tế với ý nghĩa là pháp luật thương mại quốc tế và Incoterms 2000, Các nguyên tắc về Hợp đồng Thương mại quốc tế của UNIDROIT với ý nghĩa là tập quán thương mại quốc tế.

Ngoài ra, chúng tôi cũng sẽ chọn Bộ luật Thương mại Pháp năm 1807 (đã được sửa đổi năm 2000), Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ (UCC) năm 1952, Bộ luật Thương mại Nhật Bản năm 1899 (đã được sửa đổi năm 2002) và Luật Hợp đồng của Trung Quốc năm 1999 để so sánh với Luật Thương mại năm 1997 của Việt Nam.

1. Sự không phù hợp trong những quy định về đối tượng điều chỉnh và phạm vi áp dụng của Luật

Khi nghiên cứu đối tượng điều chỉnh và phạm vi áp dụng của Luật Thương mại năm 1997, những câu hỏi đầu tiên được đặt ra là: Luật Thương mại là gì? Điều chỉnh

những hành vi nào và được áp dụng cho những đối tượng nào? Là “*luật của các thương nhân*” như quan niệm thường được nhắc đến ở Pháp hay là “*luật quy định các hoạt động thương mại*” như trong Lời nói đầu của Luật Thương mại năm 1997?...

Từ điển Luật học Dalloz của Pháp (Dictionnaire de Droit de Dalloz) giải nghĩa rằng: “*pháp luật thương mại*” (droit commercial) là ngành luật tư, bao gồm các quy phạm pháp luật điều chỉnh hoạt động của các thương nhân và các hành vi thương mại.

Còn theo Từ điển Thuật ngữ pháp lý⁽¹⁾, “*pháp luật thương mại*” là tổng hợp các quy phạm pháp luật đặc thù áp dụng cho thương nhân, các công ty thương mại và các hành vi thương mại.

Luật Thương mại năm 1997 (Điều 1 và Khoản 1 Điều 2) cũng có cách tiếp cận theo những quan điểm trên khi quy định rằng: “*Luật thương mại điều chỉnh các hành vi thương mại*” và “*đối tượng áp dụng Luật thương mại là thương nhân hoạt động thương mại tại Việt Nam*”. Như vậy, theo Luật Thương mại năm 1997, đối tượng điều chỉnh của Luật là các hành vi thương mại của thương nhân.

Quy định này của Luật Thương mại năm 1997, về cơ bản, phù hợp với cách tiếp cận của pháp luật thương mại của nhiều nước. Không chỉ Pháp mà nhiều quốc gia khác,

⁽¹⁾ Gérard Cornu : *Vocabulaire juridique*, Nxb. PUF, 2003, tr.170.

đặc biệt là các quốc gia thuộc hệ thống luật châu Âu lục địa như Đức, Bỉ, Tây Ban Nha, Bồ Đào Nha, Áo... đều xác định đối tượng và phạm vi điều chỉnh của các đạo luật hay bộ luật thương mại của họ theo cách tiếp cận này. Trong đó, có nước hướng vào chủ thể của hoạt động thương mại là thương nhân (như Đức, Áo), có nước lại tập trung tới khách thể của hoạt động thương mại là hành vi thương mại (Bỉ, Tây Ban Nha)⁽¹⁾. Tuy vậy, cần phải thấy rằng, hành vi thương mại và thương nhân là hai yếu tố hữu cơ, bổ sung cho nhau. Vì thế, hiện nay, nhiều nước kết hợp cả phương pháp chủ thể và khách thể nhằm có được một cái nhìn mềm dẻo hơn về đối tượng và phạm vi điều chỉnh của luật thương mại.

Sự không phù hợp và được coi là bất cập lớn nhất của Luật Thương mại năm 1997 thể hiện ở các quy định về khái niệm thương nhân và hành vi thương mại. Khái niệm thương nhân được quy định chưa rõ, thiên về liệt kê nhiều hơn là đưa ra một cách hiểu bao quát. Còn khái niệm về hành vi thương mại lại được hiểu quá hẹp. Điều này làm cho phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại năm 1997 bị hạn chế. So với Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, với các hiệp định của WTO và pháp luật thương mại của nhiều nước, những quy định về đối tượng và phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại năm 1997, với ý nghĩa là đạo luật cơ bản điều chỉnh hoạt động thương mại ở Việt

⁽¹⁾ Xem Alain Piedelièvre, Stéphan Piedelièvre: *Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce*, Nxb. Dalloz, 2001, tr.12.

Nam, thực sự chưa phù hợp. Có thể thấy rõ điểm này qua việc phân tích theo phương pháp so sánh luật học sau đây:

1.1. Khái niệm thương nhân chưa phù hợp

1.1.1. Luật Thương mại năm 1997

Điều 5 Khoản 6 Luật Thương mại năm 1997 nêu định nghĩa về thương nhân như sau: “*Thương nhân gồm cá nhân, pháp nhân, tổ hợp tác, hộ gia đình có đăng ký kinh doanh hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên*”.

Về định nghĩa này, có thể có các nhận xét như sau:

Thứ nhất, đây không phải là một định nghĩa về thương nhân mà chỉ là sự liệt kê các chủ thể có thể trở thành thương nhân và những điều kiện để trở thành thương nhân. Điều này thể hiện sự hạn chế về trình độ của công tác xây dựng các quy tắc hàm chứa trong một văn bản luật. Sự liệt kê này không mang tính bao quát, thậm chí thể hiện sự cứng nhắc, máy móc và thiếu độ mở, độ mềm dẻo, linh hoạt cần thiết.

Thứ hai, điểm bất cập trong định nghĩa này còn thể hiện ở chỗ, việc liệt kê các chủ thể có thể trở thành thương nhân, gồm “cá nhân, pháp nhân, tổ hợp tác, hộ gia đình” (liệt kê đóng) vừa thừa lại vừa thiếu. Thừa ở chỗ, theo Điều 5 thì “tổ hợp tác” là thương nhân nhưng Điều 17 Luật Thương mại năm 1997 lại quy định: “cá nhân từ đủ 18 tuổi trở lên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, pháp

nhân, tổ hợp tác, hộ gia đình có đủ điều kiện để kinh doanh thương mại theo quy định, nếu có yêu cầu hoạt động thương mại thì được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và trở thành thương nhân”. Như vậy, các chủ thể phải thực hiện đăng ký kinh doanh thì mới trở thành thương nhân. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành không quy định về đăng ký kinh doanh đối với tổ hợp tác (Luật Hợp tác xã chỉ quy định đăng ký kinh doanh đối với Hợp tác xã. Theo Luật này, tổ hợp tác là đơn vị cấp thấp hơn Hợp tác xã mà không phải là Hợp tác xã⁽¹⁾). Do đó, tổ hợp tác trong thực tế không thể trở thành thương nhân. Còn việc liệt kê trên đây thiếu ở chỗ, nhiều chủ thể trên thực tế là thương nhân nhưng theo quy định của Điều 17 lại không thể trở thành thương nhân. Ví dụ, công ty hợp danh là loại hình công ty mới, được ra đời theo Luật Doanh nghiệp năm 1999, công ty hợp danh không phải là một cá nhân kinh doanh và cũng chưa được pháp luật Việt Nam công nhận là pháp nhân, vậy phải chăng công ty hợp danh không thể trở thành thương nhân? Có thể thấy chế định thương nhân trong Luật Thương mại không gắn kết được với các chế định về doanh nghiệp trong Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995 (sửa đổi năm 2003), Luật Doanh nghiệp năm 1999... và cũng không thể gắn kết được với thuật ngữ

⁽¹⁾ Điều 2 Luật Hợp tác xã năm 1996: “Các tổ hợp tác có hình thức tổ chức khác nhau được Nhà nước hướng dẫn giúp đỡ và có chính sách khuyến khích phát triển để trở thành hợp tác xã khi có đủ điều kiện”.

“tổ chức, cá nhân kinh doanh” được quy định trong nhiều văn bản pháp quy khác. Do đó, các quy định về thương nhân trong Luật Thương mại năm 1997 đã thể hiện những hạn chế trong quá trình thực thi pháp luật về thương mại.

Thứ ba, Luật Thương mại năm 1997 đưa ra một chế định về đăng ký kinh doanh thống nhất cho thương nhân khi thực hiện các hoạt động thương mại. Nhưng trên thực tế, chế định này đã không được thực thi vì các luật khác (Luật Doanh nghiệp năm 1999, Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 1995 - sửa đổi năm 2003, Luật Hợp tác xã 1996 - sửa đổi năm 2003) đã đảm nhận vai trò này. Không thể một lúc có hai loại đăng ký, một để trở thành thương nhân (đăng ký theo Luật Thương mại) và một để thành lập doanh nghiệp (đăng ký theo Luật Doanh nghiệp nhà nước, Luật Doanh nghiệp năm 1999, Luật Hợp tác xã). Vì vậy, như đã nêu, một loạt các quy định về đăng ký kinh doanh, đăng ký thuế, kê khai thuế trong Luật Thương mại năm 1997... đã trở nên không có ý nghĩa thực tiễn. Xét về thực chất, Luật Thương mại năm 1997 định nghĩa thương nhân theo kiểu hình thức khi nhấn mạnh nghĩa vụ “đăng ký kinh doanh”. Đây là một quy định có tính thủ tục, thiên về một biện pháp mang tính quản lý nhà nước, như vậy sẽ làm cho đạo luật thương mại mất đi tính chất là một văn bản pháp luật khung về thương mại.

Trong các hiệp định của WTO, Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, Công ước Vienna năm 1980 cũng như trong Incoterms và trong PICC đều không nêu định nghĩa

về thương nhân. Vì vậy, ta có thể tham khảo định nghĩa về thương nhân trong pháp luật thương mại của Pháp, Hoa Kỳ, Nhật Bản để có sự so sánh nhằm tìm ra những điểm không hoặc chưa phù hợp với khái niệm thương nhân trong Luật Thương mại năm 1997.

1.1.2. Cộng hoà Pháp

Trong Bộ luật Thương mại sửa đổi năm 2000 của Pháp, Điều L121-1 (tương ứng với Điều 1 Bộ luật Thương mại năm 1807) định nghĩa thương nhân như sau: “*Thương nhân là những người thực hiện các hành vi thương mại và coi đó là nghề nghiệp thường xuyên của mình*”. Theo định nghĩa này, một chủ thể được công nhận là thương nhân khi thỏa mãn ba điều kiện sau đây:

- Thực hiện các hành vi thương mại;
- Thực hiện các hành vi thương mại như một nghề;
- Thực hiện chúng một cách độc lập (tuy điều kiện này không được nói đến trong luật nhưng được rút ra từ các án lệ và được công nhận trong thực tiễn).

Ba điều kiện trên đây cho thấy, Bộ luật Thương mại của Pháp nhằm vào hành vi thương mại để xem xét tiêu chí trở thành thương nhân. Quy định này hợp lý ở chỗ, nó chứng minh rằng ngày nay ở Pháp, tất cả những ai sinh tồn nhờ nghề kinh doanh thương mại đều được coi là thương nhân, đều được pháp luật bảo vệ. Đây là một quy định mềm dẻo vì nó không tự “chặt đứt” hay “chia khúc” hoạt động thương mại do những quy định có tính cứng nhắc như trong Luật Thương mại năm 1997.

Định nghĩa trên đây của Pháp về thương nhân đem lại một cách hiểu khá rõ ràng về các chủ thể được coi là thương nhân. Cần phải nhấn mạnh rằng định nghĩa này bao trùm cả các thương gia thể nhân và thương gia pháp nhân. Như vậy, cả Bộ luật Thương mại năm 1807 cũng như Bộ luật Thương mại sửa đổi năm 2000 của Pháp đều thiên về góc độ khách quan - tức là hướng tới hành vi thương mại để làm chuẩn pháp lý cho nghề nghiệp của người được coi là thương nhân.

1.2.3. Hoa Kỳ

Bộ luật Thương mại Thống nhất của Hoa Kỳ (Uniform Commercial Code - viết tắt là UCC) năm 1952 quy định thương nhân là “*người tiến hành hoạt động kinh doanh hàng hóa các loại thông qua công việc lâu dài của mình*”. Công việc này đòi hỏi người được coi là thương nhân phải có những “*kiến thức và kỹ năng thực hiện riêng biệt*”⁽¹⁾, trong đó “*người*” ở đây bao gồm cá nhân riêng lẻ và tổ chức⁽²⁾; “*hàng hóa*” ở đây bao gồm mọi thứ được trao đổi tại thời điểm xác định theo hợp đồng⁽³⁾. Như vậy, UCC cũng đồng nhất quan điểm với Bộ luật Thương mại Pháp ở hai điểm: *thứ nhất*, thương nhân là người tiến hành các hoạt động kinh doanh, tức là thực hiện các hành vi thương mại và phải tiến hành hoạt động đó một cách lâu dài, ổn định; *thứ hai*, UCC đặt ra yêu cầu cho thương nhân về kỹ

⁽¹⁾ Điều 2-104 - UCC.

⁽²⁾ Điều 1-102 - UCC.

⁽³⁾ Điều 2-105 - UCC.

năng đối với hàng hóa mà mình kinh doanh, nghĩa là phải có một trình độ, kỹ năng, hiểu biết nhất định mới trở thành thương nhân. Mặc dù không chính thức quy định đó là một nghề nhưng hai điều kiện trên đây thực chất cũng chính là những đòi hỏi đối với một nghề nghiệp - nghề thương mại.

1.2.4. Nhật Bản

Điều 4 Bộ luật Thương mại Nhật Bản năm 2002 quy định:

1. Thuật ngữ “thương nhân” được sử dụng trong Bộ luật này dùng để chỉ những người thực hiện nhân danh bản thân mình các hành vi thương mại như nghề nghiệp.

2. Những người thực hiện việc mua bán hàng hóa như một nghề nghiệp tại cửa hàng hoặc với những hình thức tổ chức tương tự; hoặc những người tiến hành hoạt động sản xuất - khai thác được coi là thương gia kể cả khi người đó không thực hiện các hành vi thương mại như một nghề nghiệp. Điều này cũng được áp dụng đối với công ty có bản chất được nói tại Điều 52 Khoản 2.

Điều 5 bổ sung quy định: trong trường hợp vị thành niên thực hiện bất kỳ một hoạt động kinh doanh nào đã được quy định ở trên thì việc đăng ký về hoạt động của anh ta cũng phải được thực hiện.

Những điều trên cho thấy, Luật Thương mại Nhật Bản quy định thương nhân là người nhân danh mình thực hiện hành vi thương mại như là một nghề nghiệp của mình.

Hành vi đó phải được thực hiện nhân danh thương nhân để tránh nhầm lẫn với những người làm thuê cho thương nhân. Ngoài ra, hành vi mua bán hàng hóa hay hành vi sản xuất - khai thác được xem là hành vi thương mại do bản chất nên những người thực hiện những hành vi đó, bất kể có phải là nghề nghiệp hay không, đều được coi là thương nhân. Vấn đề đăng ký chỉ được đặt ra với những vị thành niên khi họ tham gia vào hoạt động kinh doanh.

Từ việc phân tích khái niệm thương nhân trong các bộ luật thương mại của Pháp, của Hoa Kỳ và của Nhật Bản, ta có thể đưa ra nhận xét sau đây: mặc dù không hoàn toàn giống nhau nhưng các bộ luật thương mại của ba nước nói trên đều quy định tương đối giống nhau. Đó là:

- Có những tổ chức, cá nhân đương nhiên được coi là thương nhân khi họ thực hiện những hành vi thương mại nhất định như mua bán hàng hóa, giấy tờ có giá, sản xuất hoặc gia công hàng hóa cho người khác, làm dịch vụ bảo hiểm, ngân hàng, dịch vụ vận chuyển hành khách và hàng hóa, dịch vụ kho vận, đại diện, môi giới thương mại, đại lý... mà không phụ thuộc vào việc họ có đăng ký vào danh bạ thương mại hay không.

- Có những tổ chức, cá nhân, xuất phát từ đặc điểm kinh doanh của mình mà đăng ký trở thành thương nhân, bao gồm đăng ký bắt buộc và đăng ký tự nguyện.

- Có những tổ chức, cá nhân chủ động thành lập công ty thương mại để hoạt động thương mại thì đương nhiên được coi là thương nhân.

- Ngoài các chủ thể nêu trên, các tổ chức, cá nhân kinh doanh với quy mô nhỏ, không đòi hỏi phải có cơ sở kinh doanh như một thương nhân bình thường, không bắt buộc phải thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ của thương nhân (có tên thương mại, trụ sở...) nhưng trong hoạt động thương mại, họ được hưởng những quyền và gánh vác những nghĩa vụ như một thương nhân đầy đủ. Những người này được gọi là thương nhân nhỏ (thương nhân không đầy đủ).

- Định nghĩa về thương nhân của các nước này là định nghĩa theo bản chất thương mại. Theo đó, những người có đủ đặc điểm theo bản chất của một thương nhân thì được công nhận là thương nhân. Đăng ký thương mại chỉ được đặt ra như một nghĩa vụ đối với thương nhân, chứ không phải việc đăng ký thương mại tạo ra thương nhân.

Từ những phân tích về định nghĩa thương nhân trong bộ luật thương mại của ba nước nói trên, ta có thể rút ra kết luận: khái niệm thương nhân trong Luật Thương mại năm 1997 của Việt Nam thực sự chưa phù hợp so với pháp luật thương mại của nhiều nước.

1.2. Khái niệm về thương mại không phù hợp

Hiện nay, pháp luật thương mại của các quốc gia đều theo xu hướng mở rộng khái niệm thương mại cho phù hợp với thực tiễn phát triển thương mại quốc gia và quốc tế. Trong khi đó, Luật Thương mại năm 1997 lại đưa ra khái niệm thương mại hết sức hẹp. Có thể thấy rõ điều

này khi so sánh khái niệm về hành vi thương mại trong Luật Thương mại năm 1997 với quan niệm về thương mại ở một số nước cũng như trong Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ và các hiệp định của WTO.

1.2.1. Luật Thương mại năm 1997

Luật Thương mại năm 1997 không đưa ra khái niệm về thương mại mà chỉ đưa ra khái niệm về hành vi thương mại. Khái niệm hành vi thương mại theo Luật Thương mại năm 1997 được định nghĩa (tại Điều 5 Khoản 1) là *“hành vi của thương nhân trong hoạt động thương mại làm phát sinh quyền và nghĩa vụ giữa các thương nhân với nhau hoặc giữa thương nhân với các bên có liên quan”*. Còn theo Điều 5 Khoản 2, hoạt động thương mại là *“việc thực hiện một hay nhiều hành vi thương mại của thương nhân, bao gồm việc mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ thương mại và các hoạt động xúc tiến thương mại nhằm mục đích lợi nhuận hoặc nhằm thực hiện các mục tiêu kinh tế - xã hội”*. Điều 45 liệt kê 14 hành vi được coi là hành vi thương mại, bao gồm các hành vi: mua bán hàng hóa, đại diện cho thương nhân, môi giới thương mại, ủy thác, đại lý mua bán hàng hóa, gia công, đấu giá hàng hóa, đấu thầu hàng hóa, dịch vụ giao nhận hàng hóa, dịch vụ giám định hàng hóa, khuyến mại, quảng cáo, trưng bày giới thiệu hàng hóa và hội chợ, triển lãm thương mại.

Như vậy, các định nghĩa nói trên cùng với 14 hành vi thương mại được liệt kê trong Điều 45 cho thấy khái niệm hành vi thương mại chỉ được hiểu theo nội hàm rất hẹp.

Do đó, phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại năm 1997 không bao gồm tất cả các hoạt động kinh doanh của thương nhân mà chỉ tập trung điều chỉnh các hành vi: “mua bán hàng hóa”, “cung ứng dịch vụ gắn với việc mua bán hàng hóa” và “tìm kiếm thúc đẩy cơ hội mua bán hàng hóa”. Nhiều hoạt động khác của thương nhân như tham gia liên kết kinh doanh, tham gia đấu thầu xây dựng, huy động vốn trên cơ sở các hợp đồng không phải là mua bán (ví dụ hoạt động mở rộng năng lực sản xuất trên cơ sở thuê - mua thiết bị của các công ty thuê - mua)..., các hoạt động trao đổi công nghệ, các giao dịch kinh doanh chứng khoán... không được Luật Thương mại năm 1997 điều chỉnh.

Hơn nữa, các khái niệm “thương nhân”, “hành vi thương mại” và “hoạt động thương mại” trong Luật được định nghĩa một cách mơ hồ, khái niệm này được định nghĩa dựa vào khái niệm kia và điều này tạo thành một vòng tròn luẩn quẩn. Ví dụ, khái niệm “thương nhân” được định nghĩa dựa trên khái niệm “hoạt động thương mại”, khái niệm “hoạt động thương mại” lại được định nghĩa theo khái niệm “hành vi thương mại”, trong đó “hành vi thương mại” một lần nữa lại được định nghĩa theo khái niệm “thương nhân” và “hoạt động thương mại”.

1.2.2. Cộng hoà Pháp

Pháp luật thương mại của Pháp không định nghĩa hành vi thương mại mà chỉ tiến hành liệt kê các hành vi

được coi là hành vi thương mại. Điều L110-1 Bộ luật Thương mại sửa đổi năm 2000 (tương ứng với Điều 632 Bộ luật Thương mại năm 1807) chia hành vi thương mại ra làm ba loại⁽¹⁾:

- Các hành vi thương mại do bản chất;
- Các hành vi thương mại do hình thức;
- Các hành vi thương mại do phụ thuộc.

Các hành vi thương mại do bản chất được phân định thành hai loại:

Thứ nhất là các hành vi được coi là hành vi thương mại ngay cả khi chúng được thực hiện một cách riêng rẽ, bao gồm:

- Việc mua động sản để bán lại không kể tới việc có gia công, sửa chữa, hoàn thiện hoặc làm tăng thêm giá trị hay không;
- Việc mua bất động sản để bán lại hoặc mua để xây dựng lại rồi bán toàn bộ hay từng phần;
- Hoạt động làm trung gian để mua hoặc bán các bất động sản, cơ sở kinh doanh, cổ phần của công ty kinh doanh bất động sản;
- Hoạt động môi giới thương mại;
- Hoạt động ngân hàng hay hối đoái.

⁽¹⁾ Xem Francis Lemeunier: *Nguyên lý và thực hành luật thương mại, luật kinh doanh*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 1993, tr. 20 và Alain Piedelièvre, Stéphan Piedelièvre: *Actes de commerce, commercants, fonds de commerce*, Nxb. Dalloz, 2001, tr.26-40.

Thứ hai là các hành vi chỉ được coi là hành vi thương mại trong trường hợp chúng được thực hiện bởi một doanh nghiệp. Các loại hình doanh nghiệp sau đây được liệt kê trong Bộ luật:

- Các doanh nghiệp cho thuê động sản;
- Các doanh nghiệp hoạt động chế tạo hay các nhà công nghiệp;
- Các doanh nghiệp vận tải đường biển, đường bộ, đường sắt, đường hàng không...
- Các doanh nghiệp hoạt động cung ứng nguyên, nhiên vật liệu, phân phối hàng hóa;
- Các doanh nghiệp hoạt động biểu diễn công cộng như tổ chức biểu diễn ca nhạc, xiếc, kịch... và các nhà xuất bản;
- Các doanh nghiệp hoạt động ủy thác, các hãng đại lý và các văn phòng kinh doanh;
- Các cửa hàng bán đấu giá;
- Các hãng bảo hiểm, các hãng điện ảnh, các hãng quảng cáo, thông tin.

Các hành vi thương mại do hình thức là các hành vi được coi là hành vi thương mại ngay cả khi chúng được những người không phải là thương nhân thực hiện. Các hành vi này bao gồm hành vi lập hối phiếu, hành vi của các công ty thương mại...

Các hành vi thương mại do phụ thuộc là các hành vi

về thực chất là hành vi dân sự, nhưng trở thành hành vi thương mại khi được thực hiện bởi các thương nhân với mục tiêu thương mại, ví dụ việc thực hiện các trái vụ giữa các thương nhân với nhau, các giao dịch giữa các thương nhân. Điều này dẫn đến hệ quả, các hành vi của thương nhân trong hoạt động kinh doanh đều được xem là hành vi thương mại dù bên đối tác có phải là thương nhân hay không, trừ khi có chứng minh các hành vi đó không được thực hiện vì nhu cầu thương mại. Tuy nhiên, các giao dịch về sở hữu công nghiệp là giao dịch dân sự cũng được coi là hành vi dân sự đối với các hành vi nhằm sở hữu bất động sản.

Cách thức liệt kê như trên là một cách tiếp cận khá chi tiết và rõ ràng về những hành vi được coi là hành vi thương mại. Ưu điểm của nó là dễ hiểu, dễ áp dụng trong thực tiễn. Việc phân chia các hành vi thương mại làm ba loại, cho phép xác định rõ bản chất của từng hành vi thương mại. Có những hành vi được “đương nhiên” coi là hành vi thương mại, có những hành vi chỉ trở thành hành vi thương mại khi nó được thực hiện bởi một thương nhân. Từ các hành vi được liệt kê nêu trên, ta thấy, pháp luật thương mại Pháp quan niệm rằng các hành vi được thực hiện vì mục đích kinh doanh, mục đích lợi nhuận đều được coi là hành vi thương mại dù chúng được thực hiện bởi thương nhân hay không. Với cách hiểu như vậy, việc xác định thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về thương mại cũng sẽ dễ dàng và đơn giản hơn: các tranh chấp liên quan đến các hành vi thương mại do tòa án

thương mại giải quyết; những tranh chấp liên quan đến các hành vi dân sự thuộc thẩm quyền của tòa án dân sự.

1.2.3. Hoa Kỳ

Phạm vi điều chỉnh của Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ năm 1952 (UCC) được đề cập đến ở phần tựa đề. Tuy nhiên, UCC không đưa ra khái niệm về giao dịch thương mại mà chỉ quy định chung chung là UCC “*gắn liền với những giao dịch thương mại đối với sở hữu cá nhân, hợp đồng và những việc khác có liên quan như: mua bán giấy tờ thương mại, tiền gửi ngân hàng, thư tín dụng, vận chuyển hàng hóa, kho hàng, hóa đơn vận chuyển, đầu tư chứng khoán và an toàn giao dịch, kế toán thương mại, giấy tờ sở hữu và quyền hợp đồng, quy định thông báo công khai cho bên thứ ba trong những hoàn cảnh nào đó, quy định các thủ tục liên quan, bằng chứng và sự thiệt hại trong những vụ kiện - bao hàm cả giao dịch, hợp đồng hoặc tài liệu*”. Có thể thấy, cách hiểu về giao dịch thương mại như vậy là rất rộng. Ngoài ra, với đặc thù là nước theo hệ thống Common Law, việc xác định một giao dịch có phải là giao dịch thương mại hay không lại phụ thuộc vào phán quyết của tòa án. Luật chỉ liệt kê mang tính chất ví dụ, thể hiện ở cụm từ “*như là*”. Ngoài ra, UCC mở rộng phạm vi điều chỉnh đến cả các hoạt động của ngân hàng, hoạt động vận chuyển hàng hóa... Điều này cho thấy, UCC dễ thích ứng với thực tiễn thương mại bởi những quy định rất mềm dẻo của nó.

1.2.4. Nhật Bản

Điều 2 Bộ luật Thương mại Nhật Bản năm 2002 quy định: “*Bộ luật này áp dụng cho các giao dịch thương mại do các thể nhân thực hiện, ngoại trừ có quy định khác trong luật hoặc sắc lệnh khác*”. Như vậy, khác với Bộ luật Thương mại của Pháp, Bộ luật Thương mại của Nhật Bản đưa ra khái niệm giao dịch thương mại thay vì khái niệm hành vi thương mại. Chương 1, Quyển 3 (từ Điều 501 đến Điều 503) liệt kê các loại giao dịch được coi là giao dịch thương mại. Đó là:

- Các giao dịch có mục đích hoặc là thụ đắc giá trị của động sản, bất động sản hoặc chứng từ có giá với mục đích chuyển nhượng chúng để lấy lãi, hoặc là chuyển nhượng những vật đã thụ đắc;

- Hợp đồng cung ứng động sản hoặc chứng từ có giá được thụ đắc từ người khác và các giao dịch mà mục tiêu của nó là thụ đắc chúng nhằm thực thi những hợp đồng như vậy;

- Giao dịch chứng khoán;

- Những giao dịch liên quan tới hối phiếu và những chứng từ thương mại khác.

Điều 502 còn liệt kê thêm những giao dịch mà nếu được thực hiện bởi doanh nghiệp thì chúng sẽ trở thành giao dịch thương mại:

- Các giao dịch mà mục đích là việc thụ đắc giá trị hoặc thuê động sản hay bất động sản với mục đích cho thuê, hoặc thuê những đồ vật đã thụ đắc;

Các giao dịch liên quan tới sản xuất hoặc gia công hàng hóa cho người khác;

- Các giao dịch liên quan tới việc cung ứng điện và gas;

- Các giao dịch thực thi công việc hay cung ứng lao động;

- Các giao dịch liên quan tới xuất bản, in ấn hoặc chụp ảnh;

- Các giao dịch liên quan đến việc khai thác cơ sở có mục đích đón khách tham quan;

- Đổi tiền và các giao dịch ngân hàng khác;

- Bảo hiểm;

- Nhận đặt cọc;

- Các giao dịch liên quan tới môi giới hoặc đại lý hoa hồng;

- Nhận làm đại lý cho các giao dịch thương mại.

Ngoài ra, Điều 503 còn khẳng định các giao dịch do thương nhân thực hiện nhằm mục đích nghề nghiệp cũng là các hành vi thương mại⁽¹⁾.

Như vậy, Bộ luật Thương mại Nhật Bản coi tất cả các giao dịch nhằm mục đích thu lợi nhuận hoặc phục vụ kinh doanh đều là giao dịch thương mại. Dù đưa ra sự liệt

⁽¹⁾ Art. 503 Japanese Commercial Code 2002: "Transactions effected by a trader for the purpose of his business are commercial transactions".

kê các loại giao dịch thương mại, nhưng quy định tại Điều 503 của Bộ luật Thương mại Nhật Bản đã cho thấy hướng mở và linh hoạt của Bộ luật này. Điều đó cho phép có thể dễ dàng sửa đổi hoặc bổ sung Bộ luật theo những biến động đầy phức tạp và đa dạng trong đời sống thương mại.

1.2.5. WTO

Các mối quan hệ thương mại quốc tế ban đầu được điều chỉnh bởi Hiệp định chung về thương mại và thuế quan năm 1947 (viết tắt là GATT 1947). Phạm vi điều chỉnh của GATT 1947 chỉ là các vấn đề liên quan đến thương mại hàng hóa. Nói cách khác, GATT 1947 chỉ điều chỉnh những vấn đề liên quan đến thương mại hàng hóa trong phạm vi cắt giảm thuế quan và phi quan thuế.

Sự ra đời của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) và chính thức hoạt động từ ngày 01-01-1995, trên cơ sở kế thừa GATT 1947, đã mở rộng phạm vi điều chỉnh các hoạt động thương mại sang cả lĩnh vực dịch vụ, đầu tư và sở hữu trí tuệ. Các vấn đề liên quan đến thương mại trong khuôn khổ của WTO hiện nay được điều chỉnh bởi các hiệp định được đưa vào Phụ lục 1A (gồm các hiệp định về thương mại hàng hóa và thương mại trong đầu tư), Phụ lục 1B (Hiệp định chung về thương mại dịch vụ - GATS), Phụ lục 1C (Hiệp định chung về các khía cạnh của quyền sở hữu trí tuệ liên quan đến thương mại - TRIPS) (xem *bảng 2*).

Bảng 2: Các hiệp định của WTO⁽¹⁾

I.	Hiệp định Marrakesh thành lập Tổ chức Thương mại thế giới
II.	Các hiệp định đa phương
1.	Thương mại hàng hóa Hiệp định chung về thương mại và thuế quan (GATT 1994) <i>Các hiệp định kèm theo:</i> - Hiệp định về thực hiện Điều VII của GATT 1994 (xác định trị giá tính thuế hải quan) - Hiệp định về giám định hàng hóa trước khi gửi (PSI) - Hiệp định về các hàng rào kỹ thuật đối với thương mại (TBT) - Hiệp định về áp dụng các biện pháp kiểm dịch động thực vật (SPS) - Hiệp định về thủ tục cấp phép nhập khẩu - Hiệp định về các biện pháp tự vệ - Hiệp định về trợ cấp và các biện pháp đối kháng (SCM) - Hiệp định về thực hiện Điều VI của GATT 1994 (chống bán phá giá) (ADP)

⁽¹⁾ *Hướng dẫn doanh nghiệp về Hệ thống Thương mại thế giới*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2001.

	Hiệp định về các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại (TRIMS) - Hiệp định Dệt may (ATC) - Hiệp định Nông nghiệp - Hiệp định về quy tắc xuất xứ
2.	Thương mại dịch vụ Hiệp định chung về thương mại dịch vụ (GATS)
3.	Quyền sở hữu trí tuệ (IPRS) Hiệp định về các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (TRIPS)
III.	Hiệp định thương mại nhiều bên - Hiệp định về thương mại máy bay dân dụng - Hiệp định về mua sắm của chính phủ - Hiệp định về sản phẩm sữa - Hiệp định về sản phẩm thịt bò

Mặc dù các hiệp định của WTO không đưa ra một định nghĩa mang tính khái quát về thương mại, nhưng có thể thấy rằng, khái niệm thương mại theo cách hiểu của WTO là khái niệm rộng mang tính hiện đại, bao gồm bốn lĩnh vực là:

- Thương mại hàng hóa;
- Thương mại dịch vụ;
- Thương mại trong đầu tư;
- Thương mại liên quan đến sở hữu trí tuệ.

Đối với thương mại hàng hóa, khái niệm hàng hóa theo quy định của WTO được quy định rất cụ thể. Trên cơ sở đó, WTO đưa ra các quy tắc pháp lý có tính chất chung điều chỉnh tất cả các sản phẩm hữu hình và những quy tắc riêng điều chỉnh các sản phẩm hàng nông nghiệp, hàng công nghiệp, hàng thủy sản, hàng dệt may v.v..

Đối với thương mại dịch vụ, theo quy định của WTO, cụ thể là Hiệp định chung về thương mại dịch vụ (GATS) không đưa ra khái niệm thương mại dịch vụ mà chỉ quy định 4 phương thức cung cấp dịch vụ:

- *Cung ứng qua biên giới* - dịch vụ được cung cấp từ một nước sang một nước khác. Ví dụ như một nhà tư vấn pháp luật ở nước ngoài tư vấn qua điện thoại cho một công ty ở Việt Nam.
- *Tiêu dùng ở nước ngoài* - người tiêu dùng của nước này sử dụng dịch vụ tại một nước khác. Ví dụ như người nước ngoài du lịch tại Việt Nam.
- *Hiện diện thương mại* - một công ty nước ngoài thành lập chi nhánh hoặc công ty con ở một nước khác. Ví dụ như Ngân hàng Hoa Kỳ lập chi nhánh ở Thái Lan.
- *Hiện diện thể nhân* - công dân nước này cung cấp dịch vụ tại một nước khác. Ví dụ như nhà tổ chức ca nhạc của Việt Nam mời một ca sĩ Hàn Quốc sang biểu diễn tại Việt Nam.

Như vậy, theo GATS, ngoại trừ một số dịch vụ do các chính phủ cung cấp không mang tính thương mại nên

không nằm trong phạm vi điều chỉnh của WTO/GATS, còn lại tất cả các dịch vụ khác nếu được đem ra cung ứng nhằm mục đích thu lợi nhuận, theo bốn phương thức nêu trên thì đều thuộc phạm vi điều chỉnh của GATS và đều được hiểu là thương mại dịch vụ. Bên cạnh đó, vì lĩnh vực dịch vụ là lĩnh vực rất nhạy cảm nên WTO/GATS đã tiến hành phân loại dịch vụ theo ngành, phân ngành và tiểu ngành. Với 12 ngành, trong đó có trên 155 phân ngành dịch vụ, việc phân chia của WTO/GATS đã tạo ra cách hiểu thống nhất, tạo ra chuẩn mực chung về ngành và phân ngành dịch vụ trong phạm vi quốc tế. Hơn nữa, việc phân chia này còn tạo ra “luật chơi chung”, “khung chơi chung” để các nước dựa vào đó điều chỉnh các ngành, phân ngành dịch vụ của nước mình trước khi tiến hành đàm phán để gia nhập WTO/GATS và mở cửa thị trường dịch vụ của nước mình.

Từ ngày 1-1-1995 đến nay, cùng với sự ra đời của WTO và việc tham gia vào WTO, đã có 148 nước ký Hiệp định GATS. Tất cả các nước này đều đã từng bước chấp nhận cách phân chia như trên của GATS. Từ đó đã điều chỉnh lĩnh vực dịch vụ của mình, thậm chí đã thay đổi cách nghĩ, cách tiếp cận mạnh mẽ, chưa đầy đủ về khu vực dịch vụ để tiến tới một sự thống nhất trong nhận thức về dịch vụ, về thương mại dịch vụ và về vai trò của khu vực dịch vụ đối với thương mại thế giới cũng như đối với thương mại nước mình. Với cách làm như vậy, một trong những thành công của WTO/GATS trong việc điều chỉnh thương mại toàn cầu là không chỉ đưa thương

mại dịch vụ vào phạm vi điều chỉnh của pháp luật thương mại quốc tế mà còn giúp các nước, kể cả các nước phát triển và các nước đang phát triển, xích lại gần nhau hơn trong cách hiểu, trong nhận thức, trong tư duy về sắp xếp phân loại khu vực dịch vụ. Từ đó, các nước đang phát triển có thể lựa chọn những lĩnh vực, khu vực hay ngành dịch vụ có lợi thế cạnh tranh để đàm phán và ưu tiên mở cửa cho các nước thành viên trước khi “mở toang” theo quy định của GATS. Đó là đặc điểm của GATS và cũng là nét đặc trưng của thương mại dịch vụ trong phạm vi cách hiểu hiện đại về thương mại hiện nay.

Đối với thương mại trong đầu tư, theo quy định của Hiệp định về các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại (TRIMS), Hiệp định này được áp dụng đối với các biện pháp đầu tư có liên quan đến thương mại hàng hóa bao gồm 5 nhóm biện pháp được quy định tại Điều 2 như sau: doanh nghiệp mua và sử dụng những sản phẩm có xuất xứ trong nước hoặc từ những nguồn trong nước (những đòi hỏi về hàm lượng nội địa); doanh nghiệp mua hay sử dụng những sản phẩm nhập khẩu phải hạn chế ở mức tương ứng với khối lượng hay trị giá của sản phẩm địa phương mà doanh nghiệp đó xuất khẩu (những đòi hỏi về cân cân thương mại); hạn chế nhập khẩu với mức tương ứng với số lượng hoặc trị giá của sản phẩm xuất khẩu (tức là những đòi hỏi cân đối thương mại tạo nên những hạn chế nhập khẩu); hạn chế khả năng tiếp cận ngoại hối của doanh nghiệp (nghĩa là hạn chế ngoại hối

để tạo nên hạn chế nhập khẩu); quy định tỷ lệ xuất khẩu tương đối với khối lượng hay trị giá sản xuất tại địa phương (nghĩa là đòi hỏi tiêu thụ ở địa phương do vậy hạn chế xuất khẩu).

Đối với thương mại liên quan đến sở hữu trí tuệ, Hiệp định chung về các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (TRIPS) đã quy định tiêu chuẩn tối thiểu để bảo hộ các quyền sở hữu trí tuệ đối với: bằng phát minh sáng chế (Điều 27); quyền tác giả và các quyền liên quan (Điều 9); thương hiệu (Điều 15 - 21); kiểu dáng công nghiệp (Điều 25 - 26); thiết kế bố trí mạch tổ hợp (Điều 35 - 38); các thông tin bí mật, kể cả các bí mật thương mại (Điều 39); và biểu hiệu địa danh, kể cả tên gọi xuất xứ hàng hóa (Điều 22 - 24). Đây là các yếu tố thể hiện sự kết tinh của công nghệ, tính sáng tạo trong các hàng hóa và dịch vụ được cung cấp trên thị trường thế giới.

Từ những điều phân tích ở trên cho thấy, các hiệp định của WTO, với ý nghĩa là pháp luật thương mại quốc tế, đã đi được những bước rất xa, tiến bộ trong việc điều chỉnh hoạt động thương mại giữa các quốc gia. Những quy định này của WTO đã trở thành “luật chơi chung”, “sân chơi chung” cho mọi quốc gia. Vì vậy, muốn gia nhập WTO, Việt Nam tất yếu sẽ phải chấp nhận luật chơi chung này và phải điều chỉnh pháp luật thương mại của mình nhằm tạo sự phù hợp và loại bỏ những điểm không phù hợp, đặc biệt là sự không phù hợp trong cách hiểu về

hóa thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật. Hẹp là ở chỗ nếu chiếu theo định nghĩa này thì vẫn còn nhiều “hàng hóa” (ví dụ các thương phiếu, giấy tờ có giá v.v..) chưa thấy xuất hiện trong sự liệt kê của Điều 5 Khoản 3 nói trên. Ngoài ra, cũng theo định nghĩa này, hàng hóa chỉ bao gồm các tài sản hữu hình. Nhiều loại tài sản khác dùng trong kinh doanh nhưng không được hiểu là hàng hóa theo Luật, ví dụ: quyền sử dụng đất, các quyền tài sản, tài sản vô hình, chứng khoán... Như vậy, một lần nữa, Luật Thương mại năm 1997 lại tự thu hẹp đối tượng điều chỉnh của mình.

Phương pháp định nghĩa bằng liệt kê như trên thường *không mang lại hiệu quả vì thiếu tính* bao quát. Cách định nghĩa này không phù hợp với các quy định của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, theo đó hàng hóa được hiểu là tất cả những gì được nêu tại danh mục hệ thống HS⁽¹⁾. Đây cũng là những quy định không phù hợp với pháp luật thương mại quốc tế.

Điều 5: Sản nghiệp thương mại

Sản nghiệp thương mại là khái niệm lần đầu tiên được

⁽¹⁾ Hệ thống mã hóa và phân loại hàng hóa hài hòa của ủy ban Hợp tác hải quan, thông qua ngày 14-6-1983 và có hiệu lực từ ngày 01-01-1998. Tiếng Anh đầy đủ của Hệ thống này là: Harmonized Commodity Description and Coding System, gọi ngắn gọn là Harmonized System (Hệ thống hài hòa). Theo Hệ thống này, hàng hóa gồm tất cả những sản phẩm hữu hình, đã hay có thể, được đem trao đổi trên thị trường. Mỗi loại hàng hóa được tổ chức thành nhóm và được đánh theo mã số chi tiết đến 8 chữ số. Ví dụ mã 09 gồm cả phê, chè và các loại gia vị, mã 0904 để chỉ cà phê, 090411 để chỉ cà phê chưa xay và chưa tán, 09041110 để chỉ cà phê chưa xay chưa tán được đóng thùng để bán lẻ.

mặt pháp lý, khái niệm về thương mại và các lĩnh vực hoạt động thương mại cũng được nhìn nhận theo cách tiếp cận mới, hiện đại.

Từ những điểm phân tích trên đây, có thể rút ra ***kết luận*** rằng mặc dù cách dùng từ ngữ có thể khác nhau (Pháp gọi là hành vi thương mại, Nhật Bản là giao dịch thương mại, Hoa Kỳ là giao dịch - hợp đồng thương mại) nhưng pháp luật thương mại của các nước nói trên cũng như pháp luật thương mại quốc tế đều có chung các đặc điểm sau:

- Đối tượng và phạm vi điều chỉnh rộng, bao trùm các lĩnh vực thương mại hàng hóa, thương mại dịch vụ, thương mại trong sở hữu trí tuệ và thương mại về đầu tư.

- Do đặc thù xuất phát từ nền kinh tế thị trường nên các nước phát triển đều xây dựng pháp luật thương mại theo hướng là hệ thống các quy tắc pháp luật điều chỉnh một lĩnh vực hoạt động đặc thù, đó là hoạt động thương mại. Điều này nói lên tầm quan trọng của cả hoạt động thương mại lẫn pháp luật thương mại.

- Các chế định về thương mại (như chế định thương nhân, chế định về hành vi thương mại, chế định về hàng hóa, chế định về thương mại dịch vụ...) trong các bộ luật, đạo luật thương mại quốc gia cũng như trong các điều ước quốc tế về thương mại đều được thiết kế theo hướng mở, linh hoạt và “mềm”. Điều này phản ánh thực tiễn khách quan là hoạt động thương mại luôn luôn biến động

thương mại cũng như trong việc giới hạn phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại năm 1997.

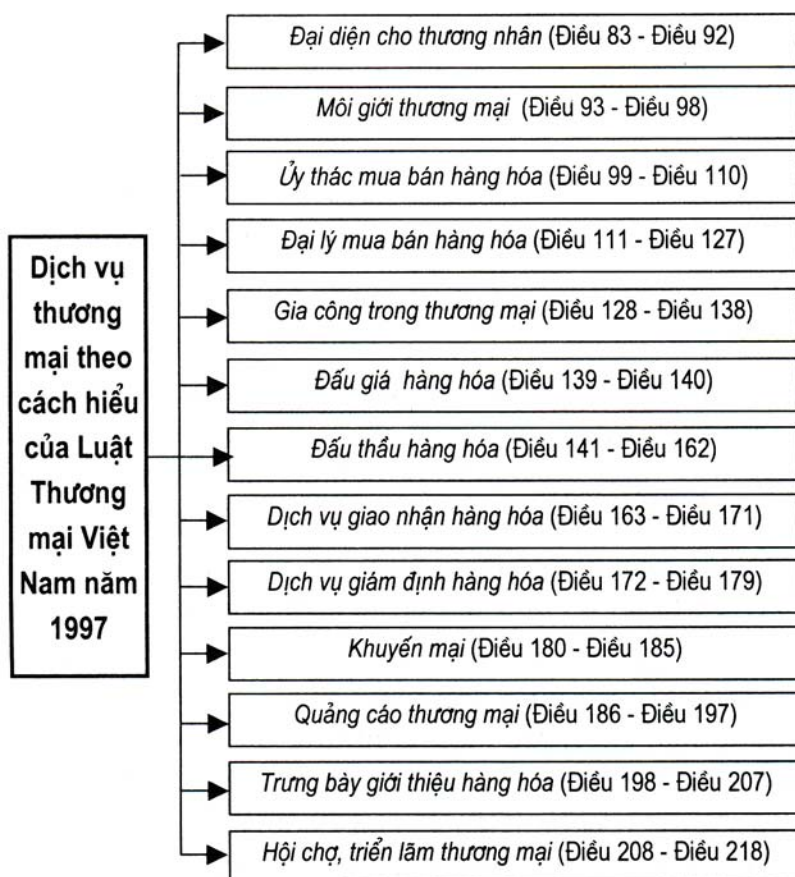
1.2.6. Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ

Cũng như các hiệp định của WTO, Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ không đưa ra định nghĩa về thương mại hay hành vi thương mại mà quan tâm nhiều hơn đến đối tượng và phạm vi điều chỉnh, đến những lĩnh vực thương mại mà Hiệp định bao trùm. Theo đó, cách hiểu về lĩnh vực hoạt động thương mại của Hiệp định cũng chính là cách hiểu của WTO về thương mại nói chung và lĩnh vực hoạt động thương mại nói riêng. Cụ thể, theo Hiệp định, đối tượng và phạm vi điều chỉnh của Hiệp định này cũng gồm bốn lĩnh vực chủ yếu. Đó là:

- Thương mại hàng hóa (Chương I);
- Quyền sở hữu trí tuệ (Chương II);
- Thương mại dịch vụ (Chương III);
- Phát triển quan hệ đầu tư (Chương IV).

Lời mở đầu của Hiệp định khẳng định bốn lĩnh vực này “là những nhân tố quan trọng và cần thiết cho việc tăng cường các mối quan hệ thương mại song phương giữa hai quốc gia”. Có thể thấy rằng với cách tiếp cận như vậy, Hiệp định có phạm vi điều chỉnh rộng về các vấn đề thương mại và có liên quan đến thương mại. Vì vậy, để thực hiện tốt các cam kết trong Hiệp định, buộc Việt Nam phải sửa đổi pháp luật thương mại của mình sao cho, về

Sơ đồ Dịch vụ thương mại theo cách hiểu của Luật Thương mại Việt Nam năm 1997



Với sự liệt kê này, Luật đã “giới hạn” những hoạt động được coi là dịch vụ thương mại. Như vậy, về bản chất, khái niệm dịch vụ thương mại ở Việt Nam có nội hàm hẹp hơn khái niệm dịch vụ thương mại trong pháp luật thương mại quốc tế. Việc không đưa các dịch vụ như ngân hàng, tài chính, bảo hiểm, vận tải, dịch vụ kiểm toán, dịch vụ pháp lý, dịch vụ về kỹ sư và kiến trúc công trình... vào Điều 45 của Luật, vô hình chung, dễ khiến người ta suy đoán rằng các dịch vụ này không được coi là dịch vụ thương mại. Đây là điểm không phù hợp của Luật Thương mại năm 1997 so với cách hiểu về dịch vụ và thương mại dịch vụ trong pháp luật các nước cũng như trong pháp luật thương mại quốc tế, cụ thể là trong WTO/GATS và trong cả Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ.

Trong bối cảnh hội nhập kinh tế khu vực và thế giới, đặc biệt sau khi Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ có hiệu lực cuối năm 2001, khái niệm thương mại dịch vụ được nói đến ngày càng nhiều ở Việt Nam. Tuy nhiên, Luật Thương mại năm 1997 cũng như các văn bản pháp luật hiện hành về thương mại của Việt Nam chưa đưa ra được định nghĩa phù hợp về khái niệm này. Đây là điểm bất cập của Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 so với pháp luật thương mại quốc tế.

Ngoài ra, trong các văn bản này, các quy định liên quan đến các vấn đề như giá cả, điều kiện đầu tư, sự hiện diện của thể nhân nước ngoài đều có sự phân biệt đối xử giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài. Vì

dụ, giá cả của các dịch vụ do Việt Nam cung cấp cho các nhà đầu tư nước ngoài đều cao hơn so với giá cung cấp cho các nhà đầu tư trong nước; nhà đầu tư nước ngoài muốn đầu tư vào Việt Nam phải thoả mãn các điều kiện về vốn pháp định, tiêu chuẩn nghiệp vụ, kỹ thuật cao hơn các nhà đầu tư Việt Nam đầu tư vào cùng một lĩnh vực. Trong một số lĩnh vực như dịch vụ tài chính, viễn thông, hàng không v.v. các doanh nghiệp nhà nước của Việt Nam vẫn nhận được sự ưu ái hơn; đồng thời, còn nhiều lĩnh vực người nước ngoài chưa được phép kinh doanh. Điều này cho thấy, nếu không sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 nói riêng và các văn bản có liên quan thì Việt Nam sẽ khó gia nhập WTO vì sẽ bị coi là vi phạm nguyên tắc cạnh tranh công bằng trong thương mại quốc tế.

2. Sự không phù hợp trong các điều khoản cụ thể thuộc bốn chương của luật

Sự không phù hợp giữa Luật Thương mại năm 1997 so với pháp luật thương mại quốc tế còn biểu hiện rải rác ở các điều khoản cụ thể hàm chứa trong bốn chương của Luật.

2.1. Chương I: Những quy định chung

Chương I của Luật Thương mại năm 1997 gồm 44 điều. Trong số các điều này, có 8 điểm quy định chưa phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế. Đó là những quy định ở các điều cụ thể sau đây:

Điều 4: Áp dụng điều ước quốc tế, pháp luật nước ngoài và tập quán thương mại quốc tế trong hoạt động thương mại với nước ngoài

1- Trong trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam ký kết hoặc tham gia có quy định khác với quy định của Luật này thì các bên trong hợp đồng áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó.

2- Các bên trong hợp đồng được thoả thuận áp dụng pháp luật nước ngoài nếu pháp luật nước ngoài không trái với pháp luật Việt Nam hoặc trong trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam ký kết hoặc tham gia có quy định áp dụng pháp luật nước ngoài.

3- Các bên trong hợp đồng được thoả thuận áp dụng tập quán thương mại quốc tế nếu tập quán thương mại quốc tế đó không trái với pháp luật Việt Nam.

Điều 4 nêu trên có 3 khoản. Theo tinh thần của Khoản 1, nếu điều ước quốc tế (tức là các hiệp định thương mại) mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia có quy định khác với quy định của Luật Thương mại năm 1997 thì Việt Nam sẽ áp dụng các quy định của điều ước quốc tế đó. Nếu chiếu theo Khoản 1 này thì sẽ có rất nhiều điểm khác biệt trong Luật Thương mại năm 1997 so với các điều ước quốc tế mà Việt Nam đã hoặc sẽ ký. Thực tế cho thấy, hiện nay, Luật Thương mại năm 1997 còn có khoảng cách khá xa so với những tiêu chuẩn và quy tắc của pháp luật thương mại quốc tế hiện đại cũng như còn có nhiều bất cập so với pháp luật nhiều nước phát triển. Điều này sẽ đặt các doanh nghiệp Việt Nam vào tình thế khó xử và lúng túng

khi tham gia vào thương mại quốc tế vì các doanh nghiệp này thường vẫn chọn Luật Thương mại năm 1997 để áp dụng cho hợp đồng xuất nhập khẩu của mình. Như vậy, ở những điểm, những nội dung có sự khác biệt giữa Luật Thương mại năm 1997 với các điều ước quốc tế, thì Luật Thương mại năm 1997 chắc chắn sẽ không được áp dụng nữa. Và các doanh nghiệp Việt Nam (thậm chí kể cả các doanh nghiệp nước ngoài nếu những doanh nghiệp này chọn luật Việt Nam làm luật điều chỉnh hợp đồng xuất nhập khẩu của mình) sẽ rất lúng túng khi không được áp dụng chính đạo luật của nước mà mình đã chọn.

Tiếp theo, Khoản 2 của Điều 4 nói trên cho phép các bên trong hợp đồng xuất nhập khẩu được thoả thuận áp dụng pháp luật nước ngoài nếu pháp luật nước ngoài đó không trái với pháp luật Việt Nam. Vậy như thế nào là “trái” với pháp luật Việt Nam, là “khác” hay là “mâu thuẫn”? Quy định chung chung như vậy thực chất là loại bỏ việc áp dụng pháp luật nước ngoài vào các quan hệ hợp đồng thương mại giữa thương nhân Việt Nam với thương nhân nước ngoài. Điều này là trái với các quy định của pháp luật thương mại quốc tế.

Tham khảo Luật Hợp đồng của Trung Quốc năm 1999 - Điều 126 quy định: *“Các bên trong một hợp đồng có yếu tố nước ngoài có thể lựa chọn luật áp dụng cho việc giải quyết tranh chấp hợp đồng, trừ khi pháp luật có quy định khác. Trường hợp các bên trong hợp đồng có yếu tố nước ngoài không lựa chọn luật áp dụng, hợp đồng sẽ được điều chỉnh bởi pháp luật của quốc gia có mối liên hệ chặt chẽ nhất...”*

Đối với những hợp đồng có yếu tố nước ngoài, Luật Hợp đồng của Trung Quốc năm 1999 cho phép các bên tham gia vào hợp đồng được tự do lựa chọn luật áp dụng, có thể áp dụng luật của nước mà các bên thoả thuận và cho rằng phù hợp nhất với hợp đồng. Khi có tranh chấp xảy ra mà các bên chưa thoả thuận về luật áp dụng cho hợp đồng thì Luật Hợp đồng của Trung Quốc năm 1999 cho phép các cơ quan tài phán có thể lựa chọn luật của nước có liên hệ chặt chẽ nhất với hợp đồng. Đây là quy định phù hợp với nguyên tắc phổ biến về xung đột pháp luật do tư pháp quốc tế quy định. Như vậy, quy định ở Khoản 2 Điều 4 của Luật Thương mại năm 1997 của Việt Nam đã không thể hiện được thực tiễn này.

Tương tự như vậy, Khoản 3 của Điều 4, khi quy định về việc áp dụng tập quán quốc tế, đã không làm rõ được thế nào là những tập quán quốc tế trái - hoặc không trái - với pháp luật Việt Nam. Đây thực chất cũng là những quy định không phù hợp với tập quán thương mại quốc tế.

Điều 5: *Giải thích từ ngữ*

Về giải thích từ ngữ, tại Điều 5 Khoản 3 Luật Thương mại năm 1997 có đưa ra định nghĩa về hàng hóa như sau: *“Hàng hóa gồm máy móc, thiết bị, nguyên liệu, nhiên liệu, vật liệu, hàng tiêu dùng, các động sản khác được lưu thông trên thị trường, nhà ở dùng để kinh doanh dưới hình thức cho thuê, mua, bán”*.

Quy định như trên về hàng hóa vừa rộng lại vừa hẹp. Rộng ở chỗ định nghĩa này coi nhà ở (bất động sản) là hàng

và phát triển không ngừng. Việc thiết kế theo hướng mở như vậy là rất hợp lý.

- Những điểm chung về cách tiếp cận của pháp luật thương mại quốc tế, mà cụ thể ở đây là của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ và các hiệp định của WTO, cũng như pháp luật thương mại của từng nước (như Pháp, Hoa Kỳ, Nhật Bản về đối tượng và phạm vi điều chỉnh) cho thấy rõ những quy định không phù hợp về những vấn đề có liên quan trong Luật Thương mại năm 1997.

1.3. Khái niệm về dịch vụ thương mại không phù hợp

Sự không phù hợp này thể hiện ở chỗ, trong Luật Thương mại năm 1997 cũng như trong các văn bản khác, Việt Nam chưa có sự tiếp cận đúng theo tinh thần của GATS về thương mại dịch vụ cũng như chưa có cách phân loại dịch vụ thành 12 ngành và 155 phân ngành. Ngược lại, Luật Thương mại năm 1997 lại đưa ra khái niệm rất hạn hẹp, manh mún về dịch vụ thương mại. Điều 5 Khoản 4 của Luật có nêu định nghĩa về dịch vụ thương mại, theo đó “*dịch vụ thương mại là những dịch vụ gắn với việc mua bán hàng hóa*”. Như vậy, dịch vụ thương mại chỉ được hiểu là những dịch vụ gắn liền với việc mua bán hàng hóa của thương nhân. Cách hiểu này được cụ thể hóa tại Điều 45 của Luật bằng cách liệt kê 13 loại hình dịch vụ thương mại gồm: môi giới thương mại, gia công, dịch vụ giao nhận, dịch vụ giám định hàng hóa... (xem sơ đồ trang 98).

đưa vào Luật Thương mại năm 1997. Điều 5 Khoản 7 có đưa ra định nghĩa như sau: “*sản nghiệp thương mại là toàn bộ tài sản thuộc quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng hợp pháp của thương nhân, phục vụ cho hoạt động thương mại như trụ sở, cửa hàng, kho tàng, trang thiết bị, hàng hóa, tên thương mại, biển hiệu, nhãn hiệu hàng hóa, mạng lưới tiêu thụ hàng hóa và cung ứng dịch vụ*”. Tiếp theo, Điều 32 quy định: “*Thương nhân được thuê, cho thuê, chuyển nhượng sản nghiệp thương mại theo quy định của pháp luật*”.

Việc đưa khái niệm sản nghiệp thương mại vào Luật Thương mại năm 1997 là một điểm tiến bộ của Luật. Khái niệm này thường chỉ gắn kết với hệ thống pháp luật của các nước sớm có nền kinh tế thị trường phát triển (ví dụ luật của Pháp). Vì vậy, bằng cách đưa khái niệm này vào Luật Thương mại năm 1997, cơ quan làm luật của Việt Nam đã có sự cố gắng lớn trong việc tiếp cận với những phạm trù thuộc về pháp luật điều tiết nền kinh tế theo cơ chế thị trường.

Tuy nhiên, ở khía cạnh khác, định nghĩa về sản nghiệp thương mại trong Luật là chưa phù hợp với khái niệm sản nghiệp thương mại ở các nước phát triển. Sự chưa phù hợp thể hiện ở chỗ những liệt kê về sản nghiệp thương mại nói trên mang tính chất “đóng”. Điều này sẽ gây nhiều khó khăn cho thực tiễn áp dụng, vì qua phân tích và tìm hiểu thực tiễn kinh doanh của các nước phát triển, trong phạm trù sản nghiệp thương mại còn có cả yếu tố khách hàng, thuê thương mại v.v.. Hơn nữa, việc đưa ra

khái niệm này sẽ không có ý nghĩa nếu không giải nghĩa các yếu tố cấu thành nó.

Tham khảo pháp luật thương mại của Pháp, ta thấy, sản nghiệp thương mại (tiếng Pháp là *fonds de commerce*)⁽¹⁾ không được định nghĩa trong Bộ luật Thương mại Pháp mà khái niệm này được xây dựng từ thực tiễn tư pháp (jurisprudence) và từ các học thuyết pháp lý (doctrine). Theo đó, sản nghiệp thương mại được hiểu là toàn bộ các tài sản phục vụ cho hoạt động thương mại của thương nhân, đó là phương tiện không thể thiếu được, nghĩa là không có sản nghiệp thương mại thì thương nhân không hành nghề thương mại được. Theo quy định của Pháp, sản nghiệp thương mại bao gồm các yếu tố vô hình và các yếu tố hữu hình.

Các yếu tố vô hình gồm:

- *Khách hàng (la clientele et l'achalandage)*: là yếu tố chủ yếu và cơ bản mà thiếu nó thì không tồn tại sản nghiệp thương mại (không có khách hàng thì không có đầu ra, không có thu nhập và lợi nhuận). Yếu tố này được xác định dựa trên các mối quan hệ kinh doanh mang tính tương đối ổn định của thương nhân cộng với số lượng khách qua đường (số lượng này thường phụ thuộc vào vị trí kinh doanh của thương nhân).

- *Tên thương mại (le nom commercial)*: là tên được dùng trong giao dịch để phân biệt thương nhân này với

⁽¹⁾ Xem Alain Piedelièvre, Stéphan Piedelièvre: *Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce*, Nxb. Dalloz, 2001, tr.130-159.

thương nhân khác và được coi như một tài sản vô hình thuộc sở hữu trí tuệ.

- *Biển hiệu (l'enseigne)*: là dấu hiệu bên ngoài có chức năng cá biệt hóa và thu hút khách hàng. Biển hiệu có thể gồm tên và các hình ảnh, biểu tượng mang tính tượng trưng khác.

- *Quyền đối với trụ sở kinh doanh (le droit au bail)*: quyền này có thể là quyền sở hữu khi thương nhân là chủ sở hữu của cửa hàng nơi thực hiện hoạt động kinh doanh, có thể là quyền sử dụng khi thương nhân là người thuê cửa hàng để kinh doanh.

- *Các quyền về sở hữu công nghiệp (les droits sur la propriété industrielle)*: như các sáng chế, kiểu mẫu và đặc biệt là nhãn hiệu hàng hóa. Chúng đều được coi là các tài sản vô hình cấu thành sản nghiệp thương mại của một thương nhân.

Còn các yếu tố hữu hình bao gồm:

- *Hàng hóa;*
- *Các dụng cụ, thiết bị và vật dụng;*
- *Các tài sản hữu hình khác thuộc quyền sở hữu của thương nhân.*

Như vậy, có thể thấy rằng, các yếu tố quan trọng nhất của sản nghiệp thương mại không phải chỉ là các yếu tố hữu hình như cửa hàng, trụ sở, kho tàng, thiết bị, hàng hóa... Trên thực tế, trường hợp phổ biến xảy ra là thương nhân không phải là người chủ sở hữu của cửa hàng, trụ sở hay kho tàng mà chỉ là người đứng ra thuê nhằm phục vụ cho công việc kinh doanh của mình. Vì vậy, nếu tính giá trị của

các trụ sở hay kho tàng đổ vào sản nghiệp thương mại của thương nhân thì sẽ không phản ánh đúng thực tế. Thực tế là thương nhân chỉ có “quyền sử dụng” đối với các tài sản đó mà thôi, và “quyền sử dụng”, về bản chất, là tài sản vô hình.

Điều 6: *Quyền hoạt động thương mại và độc quyền nhà nước*

Về quyền hoạt động thương mại, Luật Thương mại năm 1997 (Điều 6 đoạn 1) quy định: “*Cá nhân, pháp nhân, tổ hợp tác, hộ gia đình có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật được hoạt động thương mại trong các lĩnh vực, tại các địa bàn mà pháp luật không cấm*”.

Như vậy, sự liệt kê trên đây đã bó hẹp các chủ thể có quyền được tham gia hoạt động thương mại. Nếu hiểu theo nghĩa đó, quy định này là trái với nguyên tắc của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, theo đó mọi đối tượng đều có quyền tham gia hoạt động thương mại. Các quy định trong Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ được áp dụng đối với mọi công dân và công ty của Việt Nam và Hoa Kỳ, trong đó khái niệm “công ty” được định nghĩa rộng, bao trùm mọi đối tượng tham gia hoạt động thương mại⁽¹⁾.

Trên thực tế, quy định tại Điều 6 có thể coi là một điểm tiến bộ trong Luật Thương mại của Việt Nam so với

⁽¹⁾ Điều 9 Khoản 1 Chương I của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ: “Công ty là bất kỳ thực thể nào được thiết lập hay tổ chức theo luật áp dụng, bất kỳ vì mục đích lợi nhuận hay phi lợi nhuận, do Chính phủ hay tư nhân sở hữu hay kiểm soát, bao gồm các loại hình công ty, công ty tín thác, các hội kinh doanh, doanh nghiệp một chủ, chi nhánh, liên doanh, hiệp hội hay các tổ chức khác”.

các văn bản quy định trước đó. Đây là sự mở rộng quyền hoạt động thương mại dựa trên nguyên tắc “không cấm”, nghĩa là những lĩnh vực, địa bàn không nằm trong danh mục cấm của Nhà nước Việt Nam thì các đối tượng được nêu trong Điều 6 có thể tiến hành kinh doanh. Nhưng nếu phân tích Điều 6 theo các nguyên tắc của WTO thì sẽ nảy sinh vấn đề phân biệt đối xử, vì như vậy, chỉ có các cá nhân, pháp nhân, tổ hợp tác, hộ gia đình mới được pháp luật cho phép tham gia hoạt động thương mại, còn các đối tượng, chủ thể khác thì không được hưởng quyền lợi này. Đây là sự phân biệt đối xử trái với quy định của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ cũng như các hiệp định của WTO.

Về độc quyền nhà nước, Điều 6 đoạn 2 quy định: “*Để đảm bảo lợi ích quốc gia, Nhà nước độc quyền kinh doanh thương mại trong một số lĩnh vực, tại một số địa bàn, đối với một số mặt hàng, dịch vụ theo danh mục do Chính phủ công bố*”. Quy định này gây ra sự không thoải mái, vì chúng còn chung chung, mơ hồ, chưa rõ ràng.

Các nhà làm luật nên lưu ý đến danh mục các lĩnh vực mà WTO cho phép có sự ngoại lệ là rất hẹp. Vì vậy, các lĩnh vực độc quyền cần được quy định một cách hợp lý và có tính đến các cam kết của Việt Nam trong Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ. Ví dụ, độc quyền nhà nước trong lĩnh vực xuất nhập khẩu phải tuân theo cam kết nêu trong Phụ lục C của Hiệp định. Tuy vậy, vướng mắc ở đây là Hiệp định không có bất kỳ một quy định nào về độc quyền thương mại theo địa bàn. Việc quy định độc

quyền nhà nước tại những địa bàn nhất định sẽ ảnh hưởng đến việc mua bán và phân phối hàng hóa tại những địa bàn đó, ảnh hưởng đến quyền kinh doanh của các chủ thể tại địa bàn có độc quyền nhà nước. Điều này là không phù hợp với tinh thần của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ cũng như các hiệp định của WTO.

Điều 10 đến Điều 16: *Các chính sách thương mại*

Nhiều luật gia nước ngoài, khi nghiên cứu Luật Thương mại năm 1997 của Việt Nam đã tỏ ra ngạc nhiên khi nhận thấy các quy định liên quan đến các chính sách của Nhà nước lại được đưa vào Luật, thể hiện ở các nội dung từ Điều 10 đến Điều 16. Điều này không phù hợp với tinh thần của một văn bản luật tư vì luật tư chỉ điều chỉnh các mối quan hệ pháp lý khách quan, phát sinh giữa các chủ thể kinh doanh trong việc thực thi các giao dịch, hợp đồng hay các hoạt động thương mại.

Các chính sách được nêu từ Điều 10 đến Điều 16 trong Luật có tính chất tuyên ngôn và tỏ ra phù hợp với các văn bản quản lý của Nhà nước hơn là các quy định pháp lý. Nhà nước, để thực hiện được những mục tiêu kinh tế, chính trị, xã hội, thường đặt ra những chính sách nhất định trong từng thời kỳ và những chính sách này chỉ phù hợp với những thời kỳ nhất định đó. Trong khi đó, văn bản luật cần được soạn thảo như là những nguyên tắc và quy định có tính chất ổn định tương đối và lâu dài. Nếu không giữ được tính ổn định thì khi Nhà nước thay đổi chính sách, ví dụ như thay đổi những ưu đãi nhất định

đối với các thành phần kinh tế, thì Luật Thương mại cũng phải thay đổi theo. Điều này rõ ràng là không phù hợp với thực tiễn xây dựng các đạo luật hay các văn bản pháp luật.

Không chỉ có vậy, các chính sách này còn thể hiện sự phân biệt đối xử giữa các thành phần kinh tế. Ví dụ, Điều 10, 11, 12 thể hiện rõ sự phân biệt đối xử giữa các doanh nghiệp nhà nước, các hợp tác xã và thương nhân thuộc các thành phần kinh tế khác như kinh tế cá thể hay tư bản tư nhân. Đối với doanh nghiệp nhà nước thì Nhà nước “*đầu tư về tài chính, cơ sở vật chất - kỹ thuật, nhân lực...*”, “*có chính sách ưu đãi, hỗ trợ*” cho các hợp tác xã; còn đối với thương nhân thuộc các thành phần kinh tế khác thì Nhà nước không có bất kỳ một “ưu đãi, hỗ trợ” nào. Trong khi đó, Điều 7 đã khẳng định rằng: “*Nhà nước đảm bảo quyền bình đẳng trước pháp luật của các thương nhân thuộc các thành phần kinh tế trong hoạt động thương mại*”. Như vậy, rõ ràng những quy định từ Điều 10 đến Điều 16 về chính sách thương mại trong Luật Thương mại năm 1997 đã vi phạm nguyên tắc “không phân biệt đối xử” trong Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ và trong các hiệp định của WTO.

Điều 24: Tên thương mại, biển hiệu

Khoản 1 của Điều 24 quy định, thương nhân phải có tên thương mại, biển hiệu. Tuy nhiên, các Khoản 2, 3 và 4 của Điều 24 này lại không nêu định nghĩa về tên thương mại mà chỉ quy định sơ sài về tên thương mại:

“Tên thương mại, biển hiệu phải được viết bằng tiếng Việt, có thể viết thêm bằng tiếng nước ngoài với kích thước nhỏ hơn; tên thương mại phải được ghi trong hóa đơn, chứng từ, giấy tờ giao dịch của thương nhân, tên thương mại, biển hiệu phải được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền”⁽¹⁾.

Trên thực tế, tên thương mại và biển hiệu đóng một vai trò quan trọng đặc biệt trong nền kinh tế nói chung và trong sản nghiệp thương mại của thương nhân nói riêng. Hầu hết các nước phát triển đều có quy định chi tiết về vấn đề này. Chẳng hạn, Bộ luật Thương mại Nhật Bản quy định rõ những trường hợp bảo hộ tên thương mại, ví dụ, thương nhân không được sử dụng trùng tên thương mại với thương nhân khác kinh doanh cùng một lĩnh vực trong cùng một thành phố, thị trấn hoặc làng xã. Việc dùng tên thương mại gây nhầm lẫn cũng bị cấm. Ngay cả việc một thương nhân cho phép thương nhân khác sử dụng tên thương mại của mình cũng sẽ liên đới chịu trách nhiệm với bất kỳ giao dịch nào mà thương nhân đi mượn tên hoặc thực hiện dưới tên thương mại đi mượn. Thậm chí, nếu tên thương mại đã đăng ký mà không được sử dụng trong vòng 2 năm vì bất cứ lý do gì cũng sẽ bị loại khỏi sổ đăng ký⁽²⁾.

Trong thực tế, việc quy định còn rất chung chung về tên thương mại ở Điều 24 đã dẫn đến tình trạng các doanh

⁽¹⁾ Điều 20, 24 Luật Thương mại Việt Nam năm 1997.

⁽²⁾ Điều 16-31 Bộ luật Thương mại Nhật Bản.

nghiệp ô ạt đưa các loại tên thương mại giống nhau, thậm chí đan xen giữa tiếng Việt và tiếng Anh rất lộn xộn. Việc sử dụng tên thương mại tùy tiện ở Việt Nam gây nhầm lẫn cho khách hàng là rất phổ biến nhưng chưa có bất kỳ hình thức xử lý nào.

Điều 33: *Hoạt động thương mại với nước ngoài*

Điều 33 quy định: “*Thương nhân chỉ được hoạt động thương mại với nước ngoài nếu có đủ các điều kiện do Chính phủ quy định sau khi đã đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền*”. Việc dùng cụm từ “*thương nhân chỉ được...*” khiến doanh nghiệp, cơ quan quản lý dễ suy đoán là thương nhân muốn hoạt động thương mại với nước ngoài thì phải có giấy phép của Chính phủ. Trong khi đó, theo Điều 2.7 Chương I của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ thì tất cả các doanh nghiệp trong nước của Việt Nam đều có quyền tham gia hoạt động xuất nhập khẩu kể từ ngày Hiệp định có hiệu lực (tức là từ ngày 10-12-2001), trừ một số ngoại lệ được liệt kê tại Phụ lục B và C. Hơn nữa, Nghị định 57/CP ngày 30-07-1998 của Chính phủ quy định chi tiết việc thi hành Luật Thương mại cũng đã cho phép tất cả các doanh nghiệp trong nước được tiến hành xuất nhập khẩu với doanh nghiệp nước ngoài theo một số điều kiện nhất định mà không cần giấy phép. Các ngoại lệ chỉ áp dụng đối với một số mặt hàng cấm hoặc hạn chế xuất nhập khẩu. Việc dùng thuật ngữ như trên là quá nặng, là chưa phù hợp với pháp luật thương mại quốc tế.

Mục 4 (Điều 37 đến Điều 44): *Thương nhân nước ngoài hoạt động thương mại tại Việt Nam*

Với 8 điều ở Mục 4 Chương I, Luật Thương mại năm 1997 quy định khá đầy đủ về những vấn đề cơ bản liên quan đến hoạt động thương mại của thương nhân nước ngoài tại Việt Nam. Đây là điểm rất tiến bộ của Luật. Tuy nhiên, nếu xét về tính logic và hệ thống thì những quy định ở mục này chưa phù hợp với các quy định của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ và các hiệp định của WTO. Ngoài ra, những quy định này cũng bộc lộ sự lạc hậu so với những quy định có liên quan trong Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam.

Điều 37 của Luật Thương mại chỉ cho phép tồn tại hai hình thức hoạt động của thương nhân nước ngoài tại Việt Nam là văn phòng đại diện và chi nhánh. Trong khi đó, theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam hiện nay thì các nhà đầu tư nước ngoài được đầu tư dưới hình thức hợp đồng hợp tác kinh doanh, doanh nghiệp liên doanh và doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài. Việc quy định hai hình thức hoạt động của thương nhân nước ngoài trong Luật vừa không đầy đủ, vừa có thể gây sự hiểu lầm về phân biệt đối xử giữa thương nhân trong nước và thương nhân nước ngoài. Với điều kiện thực hiện các cam kết đối xử quốc gia, những quyền và nghĩa vụ của văn phòng đại diện hay chi nhánh của thương nhân nước ngoài và thương nhân Việt Nam phải như nhau và nên được quy định thống nhất trong Luật chứ không nên có những quy định riêng biệt cho thương nhân nước ngoài.

Điều 37 viết: “*Thương nhân nước ngoài có đủ điều kiện quy định của pháp luật Việt Nam được Chính phủ Việt Nam cho phép hoạt động thương mại dưới hình thức văn phòng đại diện hoặc chi nhánh tại Việt Nam*”. Như vậy ta dễ thấy, cơ chế điều chỉnh cơ bản của Luật Thương mại đối với thương nhân nước ngoài vẫn là cơ chế “xin - cho”.

Điều này là không phù hợp với các nguyên tắc của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ và cũng trái với các nguyên tắc trong các hiệp định của WTO. Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ không cho phép có sự phân biệt đối xử về quyền kinh doanh giữa thương nhân trong nước và thương nhân nước ngoài. Hơn nữa, quyền kinh doanh của các công ty Hoa Kỳ sẽ cần được mở rộng theo cam kết của hai quốc gia trong Hiệp định. Hiệp định này quy định 3 năm kể từ khi Hiệp định có hiệu lực (nghĩa là kể từ sau ngày 10-12-2004), các công ty Hoa Kỳ được phép tham gia liên doanh để tiến hành kinh doanh xuất nhập khẩu tất cả các mặt hàng và 7 năm kể từ khi Hiệp định có hiệu lực (nghĩa là đến ngày 10-12-2008), các công ty Hoa Kỳ sẽ được thành lập công ty 100% vốn Hoa Kỳ để kinh doanh xuất nhập khẩu tất cả các mặt hàng. Khi đó, các công ty của Hoa Kỳ sẽ có quyền kinh doanh xuất nhập khẩu như các công ty của Việt Nam theo Nghị định 57/CP.

Có thể nói, các quy định từ Điều 37 đến Điều 44 ở Mục 4 Chương I của Luật Thương mại năm 1997 đã tạo ra sự phân biệt đối xử, sự hạn chế về quyền cũng như phạm vi

hoạt động thương mại của thương nhân nước ngoài tại Việt Nam. Đây là những quy định không còn phù hợp với pháp luật thương mại quốc tế và cần phải có sự loại bỏ hay điều chỉnh theo hướng tạo ra sự phù hợp với Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, với các hiệp định của WTO cũng như phù hợp với Luật Đầu tư trực tiếp nước ngoài tại Việt Nam.

Trên đây là 8 điểm nổi cộm, cơ bản nằm rải rác trong các điều khoản tại Chương I của Luật, còn có sự chưa hoặc không phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế cũng như pháp luật thương mại của một số nước.

2.2. Chương II: Hoạt động thương mại

Với 15 mục và 46 điều khoản, Chương II đưa ra các quy định điều chỉnh các hoạt động thương mại tại Việt Nam. Ngay ở Mục 1, ta đã thấy sự không phù hợp so với Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ và các hiệp định của WTO của Điều 45 khi quy định về hành vi thương mại. Mười bốn hành vi thương mại được liệt kê ở Điều 45 đã cho thấy cách hiểu quá hẹp về các hành vi - hoạt động thương mại - thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật.

Tiếp đó, các điều khoản ở Mục 2 (từ Điều 46 đến Điều 82) quy định các vấn đề về hợp đồng mua bán hàng hóa, từ việc hướng dẫn thủ tục ký kết hợp đồng, điều kiện hiệu lực của hợp đồng đến việc thực hiện hợp đồng, quyền, nghĩa vụ của các bên và cả các quy định về hợp đồng mua bán với thương nhân nước ngoài. Đây là những quy định

hết sức quan trọng vì chúng ảnh hưởng trực tiếp đến quyền và lợi ích của các bên khi họ ký kết và thực hiện các hợp đồng mua bán hàng hóa với nhau. Nói cách khác, Mục 2 của Chương II Luật Thương mại năm 1997 đã đưa ra cả những quy định cụ thể để điều chỉnh một loại hình kinh doanh cụ thể là mua và bán hàng hóa. Lĩnh vực này thường thuộc đối tượng điều chỉnh của pháp luật kinh doanh quốc tế mà hình thức biểu hiện của nó là Công ước Vienna năm 1980 của Liên hợp quốc về Hợp đồng Mua bán hàng hóa quốc tế. Công ước này đưa ra các quy định điều chỉnh việc ký kết và thực hiện các hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, trong đó đặc biệt là các quy định về thủ tục và trình tự ký kết hợp đồng (chào hàng và chấp nhận chào hàng); về quyền và nghĩa vụ của người bán và người mua; về trách nhiệm đối với việc vi phạm hợp đồng mua bán và về các loại chế tài được áp dụng đối với từng loại vi phạm. Đánh giá về tác động tích cực của Công ước, giới luật gia thế giới thừa nhận rằng, Công ước Vienna chính là pháp luật kinh doanh quốc tế - là hệ thống các quy phạm pháp luật thống nhất trong phạm vi toàn cầu về hợp đồng mua bán quốc tế giữa các doanh nghiệp kinh doanh của các nước thành viên tham gia Công ước. Nhờ có Công ước này, các doanh nghiệp kinh doanh của các nước đã loại bỏ được những khó khăn, cản trở do có sự khác nhau trong pháp luật quốc gia của các nước, tiết kiệm được thời gian đàm phán, từ đó tiết kiệm được chi phí. Ngoài ra, Công ước Vienna năm 1980 còn được coi là hệ thống quy phạm pháp luật điều chỉnh việc mua và

bán, theo đó, các quy định của nó thể hiện sự bình đẳng giữa người bán (người xuất khẩu) và người mua (người nhập khẩu): người bán có quyền gì thì người mua cũng có quyền tương ứng; người mua vi phạm nghĩa vụ trả tiền thì phải bồi thường thiệt hại cho người bán; ngược lại, người bán vi phạm các cam kết cũng sẽ phải gánh chịu các chế tài tương ứng.

Vì lẽ đó, hiện nay đã có 62 quốc gia tham gia Công ước Vienna năm 1980⁽¹⁾. Cũng cần nhấn mạnh rằng, 62 quốc gia thành viên của Công ước bao gồm các quốc gia ở mọi châu lục với các trình độ phát triển khác nhau. Việt Nam chưa tham gia Công ước, nhưng bất kể khi nào, bên Việt Nam hay bên nước ngoài trong hợp đồng mua bán hàng hóa cũng có thể dẫn chiếu đến việc áp dụng CISG như là luật áp dụng cho hợp đồng mua bán của mình. Hơn nữa, trong tương lai không xa, chắc chắn Việt Nam sẽ phải gia nhập Công ước này. Vì vậy, không thể không tính đến việc sửa đổi Luật Thương mại theo hướng tạo sự phù hợp với các nguyên tắc của Công ước Vienna năm 1980.

Cùng với Công ước Vienna năm 1980, cũng cần tham khảo Các nguyên tắc về Hợp đồng Thương mại quốc tế của UNIDROIT (*Principles of International Commercial Contracts* - gọi tắt là PICC) do Viện Nghiên cứu quốc tế về thống nhất luật tư (*International Institute for Unification of Private Law*) soạn thảo và ban hành. Các nguyên tắc này

⁽¹⁾ Tính đến ngày 30-06-2004. Xem Phụ lục 1.

được đánh giá là phù hợp với thực tiễn thương mại quốc tế hiện nay và đã được nhiều quốc gia sử dụng làm luật mẫu để soạn thảo pháp luật về hợp đồng.

Ngoài ra, cần thiết phân tích cả Luật Hợp đồng của Trung Quốc. Bởi vì, trong tiến trình đàm phán để được gia nhập WTO, Trung Quốc đã phải sửa đổi, ban hành hàng nghìn văn bản pháp luật và sự ra đời của Luật Hợp đồng Trung Quốc năm 1999 được đánh giá là một thành công của Trung Quốc trong việc hoàn thiện pháp luật về hợp đồng.

Từ việc nghiên cứu, phân tích để so sánh các quy định trong Chương II của Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 với các quy định trong các văn bản kể trên, có thể thấy rõ, ở Chương này còn có những quy định chưa hoặc không phù hợp sau đây:

Điểm thứ nhất: chưa có nguyên tắc đảm bảo quyền tự do định đoạt của các bên trong giao dịch thương mại.

Trong mua bán hàng hóa, nguyên tắc quan trọng nhất là bảo đảm quyền tự do định đoạt, quyền tự do thoả thuận của các bên trong giao dịch. Các quy định trong Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 về vấn đề này vẫn còn mang nặng tính chất mệnh lệnh. Một cụm từ hay gặp trong pháp luật về hợp đồng của các nước trên thế giới, theo đó, thể hiện tinh thần của nguyên tắc bảo đảm quyền tự do định đoạt của các bên là “trừ phi các bên có thoả thuận khác”, tức là thoả thuận ý chí của các bên đóng vai trò quyết định; pháp luật chỉ mang tính hướng dẫn và được viện dẫn khi thoả thuận nói trên không đạt được. Điều này chưa được thể hiện trong Luật Thương mại năm 1997.

Điểm thứ hai: Luật Thương mại năm 1997 còn thiếu các quy định về nguyên tắc thành lập và thực hiện hợp đồng thương mại đã được công nhận trong pháp luật và tập quán thương mại quốc tế.

Như đã phân tích ở phần trước, tinh thần của Luật Thương mại là phải được soạn thảo để trở thành một đạo luật khung cho các luật chuyên ngành khác về thương mại, phải nêu lên được các vấn đề có tính nguyên tắc trong thương mại. Vì vậy, Luật Thương mại cần quy định rõ các nguyên tắc trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng thương mại, thay vì quy định những nguyên tắc dành riêng cho hợp đồng mua bán hàng hóa hay hợp đồng cung cấp dịch vụ.

Các quốc gia có thể đưa ra các nguyên tắc khác nhau liên quan đến hợp đồng thương mại. Trong thương mại quốc tế, người ta đã đúc rút ra một số nguyên tắc chung cho các hợp đồng thương mại quốc tế, đó là các nguyên tắc đã được thực hành, chấp nhận và trở nên phổ biến. Các nguyên tắc này thường thống nhất và không khác nhiều so với quy định của các luật quốc gia. Vì thế, đôi khi người ta còn gọi những nguyên tắc này là các quy phạm pháp luật “siêu quốc gia”. Đặc biệt, các nguyên tắc này thường được các tòa án, trọng tài áp dụng để diễn giải, giải thích các quy định trong hợp đồng hay trong luật áp dụng, hoặc để giải quyết các vấn đề mà hợp đồng hay luật áp dụng cho hợp đồng chưa điều chỉnh.

Tham khảo PICC có thể thấy, PICC chứa đựng và bao hàm hầu hết các nguyên tắc quan trọng trong hợp đồng thương mại quốc tế. Đó là các nguyên tắc chủ yếu sau:

- Nguyên tắc thiện chí và trung thực

Đây là một trong những nguyên tắc phổ biến và quan trọng nhất trong thương mại quốc tế và cũng là tư tưởng chủ đạo của PICC⁽¹⁾. Nguyên tắc này được thể hiện trong nhiều quy định như: bảo vệ bên yếu thế trong hợp đồng, yêu cầu sự hợp tác giữa các bên, nghĩa vụ ngăn ngừa và hạn chế tổn thất cho hàng hóa. Nguyên tắc này cho phép bên gặp khó khăn trong quá trình thực hiện hợp đồng có thể yêu cầu bên kia đàm phán lại và đảm bảo rằng các quy định tạo ra sự bất bình đẳng giữa hai bên sẽ không được công nhận. Trong nhiều trường hợp, nguyên tắc này cho phép tòa án hay trọng tài diễn giải một vấn đề mà trong hợp đồng chưa quy định⁽²⁾.

- Nguyên tắc hợp tác

Một hợp đồng có thể được coi là một dự án chung mà hai bên đều phải hợp tác để thực hiện nhằm đạt được các mục đích mà các bên mong muốn khi ký hợp đồng, nghĩa là người bán bán được hàng và được thanh toán, người mua mua được hàng phù hợp với nhu cầu. Nguyên tắc

⁽¹⁾ Điều 1.7 của PICC quy định: "Các bên trong hợp đồng phải hành động phù hợp với nguyên tắc thiện chí và trung thực trong các giao dịch thương mại quốc tế. Các bên trong hợp đồng không được hạn chế hay loại bỏ nghĩa vụ này".

⁽²⁾ Ví dụ: A lắp đặt và cho B thuê một mạng máy tính hoàn chỉnh. Hợp đồng không nói gì đến việc A có nghĩa vụ cung cấp cho B các thông tin tối thiểu và cơ bản liên quan đến việc vận hành hệ thống này. Tuy nhiên, điều này có thể được xem là một nghĩa vụ ngầm hiểu vì theo nguyên tắc thiện chí, người bán các loại hàng hóa có tính năng phức tạp cần phải cung cấp cho người mua các thông tin tối thiểu về tính năng của máy móc, đảm bảo máy móc vận hành theo đúng mục đích mà người mua mong muốn.

hợp tác thể hiện ở việc không cản trở việc thực hiện hợp đồng của bên kia, tạo điều kiện để bên kia thực hiện hợp đồng. Khi có những tình huống khó khăn cản trở việc thực hiện hợp đồng thì các bên phải có tinh thần hợp tác, hỗ trợ để cùng giải quyết.

- Nguyên tắc trao đổi thông tin

Nguyên tắc này yêu cầu các bên trong quá trình thực hiện hợp đồng phải thông tin cho nhau về các vấn đề phát sinh, ví dụ như về việc hàng hóa giảm sút chất lượng, về việc hàng đến cảng muộn, về một trường hợp bất khả kháng... Nếu không thực hiện tốt nghĩa vụ thông báo, người có quyền có khả năng bị mất các quyền mà đáng lẽ người đó có được theo hợp đồng.

- Nguyên tắc áp dụng tập quán và thói quen thương mại

Nguyên tắc này thể hiện ở việc các bên sẽ phải tuân theo những tập quán mà họ đã thoả thuận và những thói quen mà họ đã thiết lập với nhau. Như vậy, theo tinh thần này, cần tôn trọng đến mức tối đa thoả thuận của các bên về việc áp dụng tập quán thương mại cho hợp đồng của mình. Trong trường hợp các bên đã thiết lập những thói quen với nhau thì cũng phải tuân theo những thói quen đó, vì chúng đã được các bên ngầm hiểu và thực hiện mà không cần quy định lại trong hợp đồng. Luật Thương mại năm 1997 chưa có quy định gì về việc áp dụng thói quen trong quan hệ thương mại giữa các bên. Đây cũng chính là sự không phù hợp của Luật

Thương mại năm 1997 so với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế.

- Nguyên tắc giải thích hợp đồng

Theo truyền thống và tương đối phổ biến, pháp luật về hợp đồng thương mại thường có các quy định về giải thích hợp đồng. Luật pháp các nước thường hay quy định ba nguyên tắc cho việc giải thích hợp đồng. Ba nguyên tắc này cũng đã được nêu rõ trong PICC. Đó là:

i) hợp đồng phải được giải thích theo cách hiểu, ý định thông thường của các bên. Trường hợp không thể xác định được ý định thông thường đó thì hợp đồng sẽ được giải thích theo cách hiểu của người bình thường có đủ năng lực hành vi dân sự khi người đó ở vào vị trí của các bên trong cùng hoàn cảnh thực tế.

ii) tuyên bố hoặc hành động của các bên phải được giải thích theo ý định của bên đó nếu bên kia biết hoặc không thể không biết về ý định đó.

iii) khi các nguyên tắc trên không áp dụng được thì sẽ căn cứ vào các điều kiện trong hoàn cảnh thực tế, có tính đến quá trình đàm phán, thói quen được thiết lập giữa các bên, bản chất và mục đích giao kết hợp đồng... để giải thích hợp đồng và hành vi của các bên.

Ở phần này của Chương II, Luật Thương mại năm 1997 chưa có quy định cụ thể về việc giải thích hợp đồng thương mại. Còn Bộ luật Dân sự năm 1995 chỉ có một số

quy định về giải thích giao dịch dân sự⁽¹⁾, nhưng sự giải thích này chỉ phù hợp với các hợp đồng có tính chất dân sự. Vì vậy, không thể áp dụng các quy định của Bộ luật Dân sự năm 1995 cho các hợp đồng thương mại.

- Nguyên tắc thực hiện hợp lý

Trong việc giao kết, thực hiện hợp đồng, tính hợp lý luôn được đề cao, thể hiện ở việc các bên phải hành động một cách hợp lý trong quá trình đàm phán ký kết cũng như trong tiến trình thực hiện hợp đồng. Chẳng hạn phải chấp nhận chào hàng trong một thời hạn hợp lý (nếu không xác định được thời hạn hiệu lực của đơn chào hàng). Sau khi ký kết hợp đồng, nếu hợp đồng không quy định về thời gian và địa điểm mà một bên phải thực hiện một nghĩa vụ nào đó thì bên đó phải thực hiện nghĩa vụ này tại địa điểm phù hợp, trong một thời gian hợp lý. Tính hợp lý được xác định dựa trên cơ sở thực tế của từng trường hợp cụ thể và trên suy luận logic của người bình thường.

Sự chưa hoặc không phù hợp của Luật Thương mại ở chương này thể hiện ở chỗ các nguyên tắc nói trên chưa được quy định trong Luật. Vì vậy, trong thực tế, các bên của hợp đồng thương mại cũng như các cơ quan xét xử sẽ gặp rất nhiều khó khăn khi phải giải thích những quy định trong hợp đồng thương mại do các bên ký kết.

⁽¹⁾ Điều 135 Bộ luật Dân sự năm 1995.

Điểm thứ ba: nhiều điều khoản trong Luật chưa phù hợp với những quy định của pháp luật và tập quán thương mại quốc tế về hợp đồng thương mại

Những nội dung chưa phù hợp thể hiện trong các điều sau của Luật:

Điều 47: Chủ thể của quan hệ mua bán hàng hóa

Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 chỉ điều chỉnh những quan hệ mua bán được thực hiện khi ít nhất một bên là thương nhân⁽¹⁾. Vậy khi hai công ty hợp danh giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa thì sao? Hay khi các bên trong hợp đồng mua bán đều không phải là thương nhân nhưng họ lại ký hợp đồng nhằm mục đích thu lợi nhuận? Những hợp đồng loại này sẽ do Luật Thương mại năm 1997 hay Bộ luật Dân sự điều chỉnh? So sánh với luật các nước, ta thấy, Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ (UCC) chỉ quy định người bán là seller hoặc hợp đồng nhằm bán hàng, người mua là buyer hoặc hợp đồng nhằm mua hàng⁽²⁾. Hoa Kỳ không có Luật Dân sự nên quy định như trên là hợp lý. Hợp đồng mua bán hàng hóa được đề cập trong UCC bao gồm mọi loại hợp đồng, miễn là nhằm mục đích mua bán. Việt Nam đã có Bộ luật Dân sự quy định chi tiết về hợp đồng mua bán hàng hóa. Bên cạnh đó, vẫn còn thiếu các quy định về hợp đồng thương mại hàng hóa nói chung. Đây rõ ràng cũng là điểm chưa phù hợp của Luật Thương mại năm 1997.

⁽¹⁾ Điều 47 Luật Thương mại Việt Nam năm 1997.

⁽²⁾ Điều 2-103 - UCC.

Điều 49: Về hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa

Khoản 2 của Điều 49 quy định: “*Hợp đồng mua bán hàng hóa được thực hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể*”. Từ “thực hiện” ở điều khoản này cần được thay bằng từ “lập” hoặc từ “ký kết” hoặc từ “giao kết” thì sẽ chính xác hơn. Ngoài ra, những quy định về hình thức của hợp đồng mua bán trong Luật hiện đang tỏ ra không còn phù hợp nữa.

Cách hiểu về hình thức văn bản theo quy định của Luật Hợp đồng của Trung Quốc tiến bộ hơn so với quy định trong Luật Thương mại năm 1997. Theo quy định tại Khoản 3 Điều 49 Luật Thương mại năm 1997, văn bản là điện báo, telex, fax, thư điện tử và các hình thức thông tin điện tử khác. Đây là kiểu quy định liệt kê theo hiện tượng bề ngoài, cho nên dễ bị lạc hậu theo thời gian.

Trong khi đó, Luật Hợp đồng của Trung Quốc quy định (tại Điều 11): hình thức văn bản là chỉ những hình thức mà chúng có thể biểu hiện nội dung được truyền tải một cách hữu hình như: văn bản hợp đồng, thư tín và các văn bản điện tử số liệu (bao gồm điện báo, telex, fax, trao đổi số liệu điện tử và thư điện tử). Cách quy định này vừa đi vào bản chất vấn đề lại vừa có tính liệt kê, rất hệ thống, đầy đủ, dễ hiểu và phù hợp với việc phát triển triển thương mại điện tử hiện nay.

Điều 50: Nội dung chủ yếu của hợp đồng mua bán hàng hóa

Điều 50 quy định hợp đồng mua bán hàng hóa phải có

sáu nội dung chủ yếu (có thể hiểu là sáu điều khoản chủ yếu) sau:

1. Tên hàng;
2. Số lượng;
3. Quy cách, chất lượng;
4. Giá cả;
5. Phương thức thanh toán;
6. Địa điểm và thời hạn giao hàng.

Luật các nước thường đưa ra những nội dung chủ yếu mà một hợp đồng phải có thì mới có hiệu lực, tuy vậy quy định này ở mỗi nước lại khác nhau. Ở Pháp, Đức chỉ cần hai điều khoản là đối tượng và giá cả. Đối tượng gồm tên hàng, số lượng, còn chất lượng có thể được xác định theo tập quán. Trong khi đó, theo luật các nước thuộc hệ thống thường luật (Common Law) như Anh, Hoa Kỳ, chỉ cần xác định được đối tượng của hợp đồng, còn giá cả, nếu các bên chưa xác định trong hợp đồng thì sẽ được xác định theo giá hợp lý trên thị trường vào thời điểm giao hàng⁽¹⁾. Người ta gọi các hợp đồng này là hợp đồng có giá mở (*open price contract*)⁽²⁾.

Luật Hợp đồng của Trung Quốc không quy định các điều khoản chủ yếu của hợp đồng mà chỉ đưa ra hướng

⁽¹⁾ Điều 2-302, 2-305 - UCC.

⁽²⁾ Điều 8 Luật Mua bán hàng hóa của Anh năm 1979: “Khi giá cả chưa được quy định hoặc chưa xác định được, người mua phải trả một giá hợp lý”. Điều 2-305 - UCC: “Theo thỏa thuận, các bên có thể ký hợp đồng mua bán không có điều khoản giá cả. Trong trường hợp này, giá hợp đồng sẽ là giá hợp lý tại thời điểm giao hàng”.

dẫn những nội dung mà một hợp đồng nên có và các quy tắc để xác định các điều khoản trong hợp đồng. Về nguyên tắc, các điều khoản trong hợp đồng như chất lượng, giá tiền hay thù lao, địa điểm thực hiện, thời hạn thực hiện, phương thức thực hiện v.v. do các bên tự do thoả thuận. Nếu các bên không thể thoả thuận được thì sẽ được xác định theo các điều khoản có liên quan mà hai bên đã thoả thuận được trước đó hoặc các tập quán giao dịch của hợp đồng. Nếu không thể dựa vào các điều khoản liên quan hoặc các tập quán giao dịch thì các điều khoản trên sẽ được xác định theo các quy tắc sau:

1. Nếu yêu cầu chất lượng không rõ ràng thì thực hiện theo tiêu chuẩn quốc gia, tiêu chuẩn ngành nghề; nếu không có tiêu chuẩn quốc gia, tiêu chuẩn ngành nghề thì thực hiện theo tiêu chuẩn thông thường hoặc tiêu chuẩn đặc định phù hợp với mục đích của hợp đồng.
2. Nếu giá tiền hay thù lao không rõ ràng thì thực hiện theo giá cả thị trường của nơi thực hiện khi kí kết hợp đồng; nếu cần phải chấp hành định giá của chính phủ hoặc giá chỉ đạo của chính phủ theo luật pháp, thì thực hiện theo quy định đó.
3. Trường hợp địa điểm thực hiện không rõ ràng, nếu là trả tiền, thì thực hiện ở nơi cư trú của bên nhận tiền; nếu là trao trả bất động sản thì thực hiện ở nơi có bất động sản đó; nếu là các đối tượng khác thì thực hiện ở nơi cư trú của bên thực hiện nghĩa vụ.

4. Nếu thời hạn thực hiện không rõ ràng, thì trái có thể thực hiện bất cứ lúc nào, trái chủ cũng có thể yêu cầu thực hiện bất cứ lúc nào, nhưng cần phải cho đối phương thời gian chuẩn bị cần thiết.
5. Nếu phương thức thực hiện không rõ ràng thì thực hiện theo phương thức có lợi cho việc thực hiện mục đích hợp đồng.
6. Nếu trách nhiệm chi trả chi phí thực hiện không rõ ràng thì do bên thực hiện nghĩa vụ gánh chịu.

Công ước Vienna đã đưa ra hai quy định về cách xác định giá trong hợp đồng mua bán. Theo đó, Điều 14 đòi hỏi giá cả phải được quy định rõ ràng hay cần phải xác định được theo các điều khoản trong đề nghị ký kết hợp đồng⁽¹⁾. Đồng thời, Điều 55 quy định rằng nếu các điều kiện về giá cả theo Điều 14 không được thỏa mãn thì giá hàng trong hợp đồng được hiểu là giá của hàng hóa đó trên thị trường vào thời điểm giao hàng⁽²⁾. Quy định này là rất mềm dẻo và rất phù hợp với thực tiễn thương mại quốc tế hiện nay, khi

⁽¹⁾ Điều 14 CISG: “Một lời đề nghị ký kết hợp đồng gửi đến một hay nhiều người xác định được coi là một chào hàng nếu nó đủ chính xác và nó chỉ rõ ý chí của người chào hàng là tự ràng buộc trong trường hợp có chấp nhận chào hàng. Một lời đề nghị là đủ chính xác khi nó nêu rõ tên hàng, ấn định số lượng và giá cả một cách trực tiếp hoặc gián tiếp hoặc quy định thể thức để xác định các yếu tố này”.

⁽²⁾ Điều 55 CISG: “Trong trường hợp hợp đồng đã được ký một cách hợp pháp nhưng trong hợp đồng không quy định giá cả một cách trực tiếp hoặc gián tiếp hoặc không quy định cách xác định giá thì được phép suy đoán rằng các bên, trừ phi có quy định trái ngược, đã có ngụ ý dựa vào giá được ấn định cho loại hàng hóa như vậy khi hàng hóa này được đem bán trong những điều kiện tương tự của ngành buôn bán hữu quan”.

mà giá cả hàng hóa thường có nhiều biến động.

Tại Điều 2.2 PICC định nghĩa rằng: “*một đề nghị được gọi là đề nghị giao kết nếu nó rõ ràng, đầy đủ...*”, trong đó, một đề nghị có thể được coi là rõ ràng, đầy đủ ngay cả khi nó không hàm chứa các mô tả chi tiết về hàng hóa hoặc dịch vụ sẽ cung cấp, giá cả thanh toán, thời gian và địa điểm thực hiện hợp đồng. Các điều khoản này có thể được xác định bằng nhiều cách: bằng việc giải thích ngôn ngữ của chào hàng và ý chí của các bên (xem Điều 4.1 - PICC), bằng việc áp dụng các tập quán hay quy ước giữa các bên (xem Điều 1.8 - PICC), bằng việc áp dụng các điều khoản cụ thể của PICC (như Điều 5.6 về xác định chất lượng⁽¹⁾, Điều 5.7 về xác định giá cả, Điều 6.1.1 về thời gian thực hiện hợp đồng, Điều 6.1.6 về địa điểm thực hiện hợp đồng và Điều 6.1.10 về đồng tiền thanh toán).

Có thể thấy rằng Luật Thương mại yêu cầu quá nhiều nội dung chủ yếu cho một hợp đồng và như vậy tạo ra nhiều ràng buộc đối với các bên ký kết. Hơn nữa, theo quy định tại Điều 51 thì một hợp đồng (một chào hàng) chỉ có hiệu lực khi có đủ sáu điều khoản hay nội dung chủ yếu nêu tại Điều 50. Quy định này làm cho nhiều hợp đồng được ký kết có “nguy cơ” bị vô hiệu. Hiện nay, để chớp thời cơ kinh doanh, các bên thường ký kết các hợp đồng

⁽¹⁾ Điều 60 Khoản 2 Luật Thương mại cũng có quy định về nghĩa vụ của người bán phải giao hàng có chất lượng trung bình trên thị trường tại thời điểm giao hàng, nếu chất lượng hàng hóa chưa được xác định cụ thể trong hợp đồng. Như vậy, về bản chất, quy định này là mâu thuẫn với quy định tại Điều 50 vì theo Điều 50, điều khoản chất lượng là một trong những nội dung chủ yếu mà thiếu điều khoản này, hợp đồng sẽ không có hiệu lực.

ngắn gọn chỉ gồm một vài điều khoản. Các đối tác đã làm ăn thường xuyên với nhau cũng chỉ cần chào hàng với các nội dung là tên hàng, giá cả, số lượng, các nội dung khác có thể được xác định theo các hợp đồng trước đó.

Hơn nữa, quy định này thu hẹp quyền “tự do hợp đồng” của các chủ thể và làm cho khả năng thực thi các hợp đồng trên thực tế bị mất đi. Có rất nhiều hợp đồng không có đủ điều khoản chủ yếu quy định tại Điều 50 của Luật Thương mại năm 1997 nhưng vẫn diễn ra bình thường. Tuy nhiên, khi có tranh chấp đến mức phải đưa ra tòa, thay vì giải quyết tranh chấp, tòa lại tuyên bố hợp đồng vô hiệu và yêu cầu các bên khôi phục lại trạng thái ban đầu. Đây không phải là điều các bên mong muốn. Bộ luật Thương mại Nhật Bản dẫn chiếu đến các quy định về hợp đồng mua bán trong Bộ luật Dân sự Nhật Bản đã nêu rõ các bên tự do giao kết và tự do quy định nội dung của hợp đồng. Tòa án khi giải quyết tranh chấp thuộc thẩm quyền của mình, chỉ xem xét tính công bằng và hợp lý của các điều khoản⁽¹⁾.

Điều 51: Chào hàng và chấp nhận chào hàng

Luật Thương mại chưa có quy định cụ thể về việc chấp nhận chào hàng bằng hành vi. Thực tế, Điều 49 thừa nhận việc ký kết hợp đồng bằng hành vi, vì vậy, có thể “suy luận” rằng, Luật cho phép việc bên chấp nhận chào hàng thể hiện sự chấp nhận của mình bằng một hành vi cụ thể, ví dụ như việc thực hiện một nghĩa vụ theo đơn chào hàng (mở L/C, ứng trước tiền, giao hàng...). Tuy

⁽¹⁾ Hiroshi Oda: *Japanese Law*, tr.185-186.

vậy, cần có sự bổ sung cho Điều 51 về các quy định cụ thể liên quan đến việc chấp nhận bằng hành vi cũng như giá trị của sự im lặng hay bất tác vi (*inaction*) của người được chào hàng. Có thể tham khảo Điều 18 Khoản 1 - CISG: *“Một lời tuyên bố hay một hành vi khác của người được chào hàng biểu lộ sự đồng ý với chào hàng cấu thành chấp nhận chào hàng. Sự im lặng hoặc bất tác vi không mặc nhiên có giá trị như một chấp nhận”*⁽¹⁾.

Luật Thương mại chưa có quy định về thu hồi chào hàng và hủy bỏ chào hàng

Đây là hai khía cạnh hết sức quan trọng liên quan đến chào hàng mà Luật Thương mại chưa đề cập đến. Trong Bộ luật Dân sự, Điều 398 có nói đến trường hợp “rút lại đề nghị giao kết hợp đồng”, chính là việc thu hồi chào hàng. Tuy vậy, quy định của Luật Dân sự lại chưa phù hợp với những quy định trong pháp luật và tập quán thương mại quốc tế.

Tham khảo CISG, có thể thấy Công ước này quy định và phân biệt rất rõ hai trường hợp thu hồi chào hàng (*retraction*) và hủy bỏ chào hàng (*revocation*). Một chào hàng, dù là loại không thể hủy ngang (*irrevocable*) vẫn có thể bị thu hồi nếu thông báo về việc thu hồi chào hàng đến trước hoặc cùng lúc với chào hàng. Còn trường hợp hủy chào hàng chỉ có thể xảy ra khi chào hàng đó thuộc loại có thể hủy ngang. Trong trường hợp này, người chào

⁽¹⁾ Xem thêm Điều 2.6 Khoản 1 - PICC: “Lời nói, văn bản hay hành vi cụ thể của bên nhận đề nghị thể hiện sự đồng ý với lời đề nghị giao kết được coi là chấp nhận giao kết. Im lặng hay bất tác vi tự bản thân nó không nói lên sự chấp nhận đề nghị”.

hàng có thể hủy đơn chào hàng ngay cả khi người được chào hàng đã nhận được chào hàng với điều kiện thông báo về việc hủy tới được người này trước khi người này gửi thông báo chấp nhận chào hàng⁽¹⁾.

Việc quy định về thu hồi hay hủy bỏ chào hàng có ý nghĩa quan trọng trong thực tế, cho phép người chào hàng thay đổi lời đề nghị ký kết hợp đồng của mình khi có những biến đổi tình hình kinh doanh hay có những chuyển biến trên thị trường không có lợi cho mình.

Luật Hợp đồng của Trung Quốc cũng phân biệt rõ ràng giữa hai trường hợp thu hồi chào hàng và hủy bỏ chào hàng.

Thu hồi chào hàng, theo Luật Hợp đồng của Trung Quốc, được quy định giống như trường hợp hủy chào hàng theo Luật Thương mại của Việt Nam. Tức là, việc thu hồi phải được làm thành văn bản và thông báo thu hồi phải đến tay người được chào hàng trước hoặc cùng một lúc với đơn chào hàng.

Hủy chào hàng là trường hợp người được chào đã nhận được đơn chào hàng nhưng chưa gửi chấp nhận chào hàng đi và thông báo hủy đơn chào hàng đến trước lúc người được chào hàng gửi chấp nhận chào hàng đi.

Như vậy, nếu thông báo gửi đến người được chào hàng vào khoảng thời gian từ lúc người chào hàng gửi đơn chào hàng đi đến khi người được chào hàng nhận được chào hàng thì đó là thông báo thu hồi chào hàng.

⁽¹⁾ Tham khảo thêm Điều 2.3 và 2.4 - PICC về rút lại đơn đề nghị giao kết hợp đồng và hủy đơn đề nghị giao kết hợp đồng.

hàng có thể hủy đơn chào hàng ngay cả khi người được chào hàng đã nhận được chào hàng với điều kiện thông báo về việc hủy tới được người này trước khi người này gửi thông báo chấp nhận chào hàng⁽¹⁾.

Việc quy định về thu hồi hay hủy bỏ chào hàng có ý nghĩa quan trọng trong thực tế, cho phép người chào hàng thay đổi lời đề nghị ký kết hợp đồng của mình khi có những biến đổi tình hình kinh doanh hay có những chuyển biến trên thị trường không có lợi cho mình.

Luật Hợp đồng của Trung Quốc cũng phân biệt rõ ràng giữa hai trường hợp thu hồi chào hàng và hủy bỏ chào hàng.

Thu hồi chào hàng, theo Luật Hợp đồng của Trung Quốc, được quy định giống như trường hợp hủy chào hàng theo Luật Thương mại của Việt Nam. Tức là, việc thu hồi phải được làm thành văn bản và thông báo thu hồi phải đến tay người được chào hàng trước hoặc cùng một lúc với đơn chào hàng.

Hủy chào hàng là trường hợp người được chào đã nhận được đơn chào hàng nhưng chưa gửi chấp nhận chào hàng đi và thông báo hủy đơn chào hàng đến trước lúc người được chào hàng gửi chấp nhận chào hàng đi.

Như vậy, nếu thông báo gửi đến người được chào hàng vào khoảng thời gian từ lúc người chào hàng gửi đơn chào hàng đi đến khi người được chào hàng nhận được chào hàng thì đó là thông báo thu hồi chào hàng.

⁽¹⁾ Tham khảo thêm Điều 2.3 và 2.4 - PICC về rút lại đơn đề nghị giao kết hợp đồng và hủy đơn đề nghị giao kết hợp đồng.

Trong trường hợp thông báo gửi đến người được chào hàng vào khoảng thời gian trước khi người được chào hàng phát đi thông báo chấp nhận chào hàng thì đó là thông báo hủy bỏ chào hàng. Ở đây, ta có thể dễ dàng nhận thấy rằng trong hai khoảng thời gian trên thì khoảng thời gian sau dài hơn. Như vậy, nếu người chào hàng không chắc chắn rằng liệu thông báo của mình có đến người được chào hàng trước khi hoặc cùng lúc chào hàng đến hay không thì thông báo đó nên mang tên là thông báo hủy bỏ chào hàng trong mọi trường hợp.

Ngoài ra, Luật Hợp đồng của Trung Quốc cũng quy định hai trường hợp không thể hủy bỏ chào hàng để bảo vệ quyền lợi chính đáng của người được chào hàng:

1. Người chào hàng đã quy định rõ ràng về thời hạn chấp nhận chào hàng.
2. Người được chào hàng có lí do để nhận thấy rằng chào hàng là không thể hủy bỏ, đồng thời đã làm các công việc chuẩn bị cho việc thực hiện hợp đồng.

Việc quy định rõ ràng như vậy đã đảm bảo quyền lợi cho người chào hàng, đồng thời không làm tổn hại đến quyền lợi của người được chào hàng. Đây là điểm tiến bộ của Luật Hợp đồng của Trung Quốc so với Luật Thương mại năm 1997 của Việt Nam và cách quy định như vậy cũng phù hợp với pháp luật thương mại của các nước phát triển cũng như tập quán thương mại quốc tế.

Luật chưa có quy định về thời gian đến của chào hàng

Trong trường hợp sử dụng phương tiện điện tử để chào

hàng, Luật Hợp đồng của Trung Quốc quy định về thời gian đến của chào hàng rất phù hợp với sự phát triển công nghệ thông tin ngày nay và sự phát triển của thương mại điện tử:

- Nếu người nhận văn bản chỉ định hệ thống riêng để nhận văn bản điện tử truyền số liệu thì thời gian văn bản này nhập vào hệ thống riêng đó được coi là thời gian đến.

- Nếu chưa chỉ định hệ thống riêng thì thời gian văn bản điện tử lần đầu tiên nhập vào bất kỳ một hệ thống nào của người nhận được coi là thời gian đến.

Điều 52: *Sửa đổi, bổ sung chào hàng*

Điều 52 Khoản 1 của Luật Thương mại Việt Nam quy định người được chào hàng có sửa đổi, bổ sung một trong sáu điều khoản chủ yếu của chào hàng: tên hàng; số lượng; chất lượng; giá cả; phương thức thanh toán; địa điểm và thời hạn giao nhận hàng thì được coi là từ chối chào hàng và hình thành một chào hàng mới.

Trong khi đó, Luật Hợp đồng của Trung Quốc quy định nếu người được chào hàng sửa đổi các điều khoản như tên hàng, số lượng, chất lượng, giá tiền hay thù lao, thời hạn thực hiện, địa điểm và phương thức thực hiện, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng và biện pháp giải quyết tranh chấp của hợp đồng thì những sửa đổi đó được coi là những sửa đổi bản chất đối với nội dung của chào hàng. Cách quy định như vậy là toàn diện hơn và đầy đủ hơn. Bởi vì, việc sửa đổi đối với hai điều khoản sau (trách nhiệm do vi phạm hợp đồng và biện pháp giải quyết tranh chấp) cũng rất quan trọng và ảnh hưởng lớn đến quyền lợi của các bên trong hợp đồng.

Như vậy, tinh thần của Luật Hợp đồng của Trung Quốc là phù hợp với tinh thần của Công ước Vienna vì Trung Quốc đã gia nhập Công ước này). Điều 19 của Công ước quy định, các yếu tố bổ sung hay sửa đổi liên quan đến các điều kiện giá cả, thanh toán, phẩm chất và số lượng hàng hóa, địa điểm và thời hạn giao hàng, phạm vi trách nhiệm của các bên hay đến việc giải quyết tranh chấp được coi là những điều kiện làm biến đổi một cách cơ bản nội dung của chào hàng.

Điều 53: Thời hạn trách nhiệm của bên chào hàng

Điều 53 quy định: “*thời hạn trách nhiệm của bên chào hàng bắt đầu từ thời điểm chào hàng được chuyển đi cho bên được chào hàng đến hết thời hạn chấp nhận chào hàng. Trong trường hợp không xác định thời hạn chấp nhận chào hàng thì thời hạn trách nhiệm của bên chào hàng là 30 ngày, kể từ ngày chào hàng được chuyển đi cho bên được chào hàng*”.

Như vậy, quy định tại Điều 53 kể trên cho thấy sự không hợp lý khi quy định thời hạn trách nhiệm của người chào hàng là một khoảng thời gian cố định áp dụng chung cho các chào hàng khác nhau với tính chất phức tạp khác nhau, quy mô khác nhau, với các mặt hàng khác nhau và cho các giao dịch khác nhau với các khoảng cách địa lý khác nhau. Thời hạn chấp nhận của một hợp đồng mua bán các sản phẩm nhanh hỏng như rau, hoa quả sẽ không thể đồng nhất với thời hạn chấp nhận của một hợp đồng mua bán các thiết bị đồng bộ. Nếu một thương nhân Việt Nam gửi chào hàng cho một thương nhân Hồng Kông

bằng phương tiện fax thì thời hạn chấp nhận chào hàng chỉ nên là 10 ngày. Nhưng nếu thương nhân Việt Nam đó lại gửi chào hàng cho một thương nhân Hoa Kỳ bằng thư thì thời hạn 30 ngày lại là quá ngắn.

Tập quán thương mại của các nước cũng như tập quán thương mại quốc tế quy định thời hạn để chấp nhận chào hàng, nếu không được quy định trong chào hàng, sẽ được tính là một thời gian hợp lý (*reasonable time*). Thời gian này được xác định là thời gian cần thiết thông thường để chào hàng đến tay người chào hàng và thời gian để người này suy nghĩ và trả lời chào hàng đó, tùy theo tính chất của hợp đồng, khoảng cách giữa các bên và có tính đến phương tiện chào hàng khác nhau (thư tay, telex, fax, thư điện tử...). Công ước Vienna và PICC cũng quy định theo tinh thần trên đây⁽¹⁾.

Luật Hợp đồng của Trung Quốc quy định nếu chưa xác định thời hạn chấp nhận thì thời hạn chấp nhận sẽ là

⁽¹⁾ Điều 18 Khoản 2 - CISG: “Chấp thuận chào hàng không phát sinh hiệu lực nếu sự chấp thuận ấy không được gửi tới người chào hàng trong thời gian mà người này đã quy định trong chào hàng, hoặc nếu thời hạn đó không được quy định như vậy, thì trong một thời hạn hợp lý, xét theo các tình tiết của giao dịch, trong đó có xét đến tốc độ của các phương tiện liên lạc do người chào hàng sử dụng. Một chào hàng bằng miệng phải được chấp nhận ngay trừ khi các tình tiết bắt buộc ngược lại”.

Điều 2.7 - PICC: “Sự chấp nhận đề nghị cần phải được tiến hành trong thời hạn bên đề nghị ấn định, nếu thời hạn này không được ấn định, đề nghị giao kết phải được chấp nhận trong khoảng thời gian hợp lý tùy từng trường hợp, có xem xét đến tốc độ truyền tin mà bên đề nghị dùng. Đề nghị giao kết bằng miệng phải được chấp nhận ngay, trừ khi hoàn cảnh có yêu cầu khác”.

một khoảng thời gian hợp lý và phân chia thành hai trường hợp:

1. Nếu chào hàng theo phương thức đối thoại thì cần phải chấp nhận chào hàng ngay lập tức, trừ trường hợp các bên đương sự có thoả thuận khác.
2. Nếu chào hàng không theo phương thức đối thoại thì chấp nhận chào hàng cần phải đến trong một thời hạn hợp lý.

Điều 58 và Điều 76: *Thời điểm chuyển quyền sở hữu và chuyển rủi ro đối với hàng hóa*

Vấn đề chuyển quyền sở hữu và chuyển rủi ro trong mua bán hàng hóa đặt ra nhiều khó khăn trong các quy định chung chung và sơ sài tại Điều 58 và Điều 76 chưa thể giải quyết thỏa đáng được. Trên thực tế, đối với các bên mua bán, cái khó không phải là xác định thời điểm chuyển quyền sở hữu hàng hóa (thông thường người nào cầm chứng từ chứng minh quyền sở hữu thì là người sở hữu lô hàng) mà là xác định thời điểm chuyển giao rủi ro (*transfer of risks*). Điều 76 Luật Thương mại lại quy định rằng, thời điểm chuyển rủi ro đồng nhất với thời điểm chuyển quyền sở hữu. Thực ra trong rất nhiều trường hợp, hai thời điểm này là không giống nhau. Thông thường, các bên trong hợp đồng có thể quy định một điều khoản về vấn đề này, hoặc trong mua bán quốc tế, các bên thường lựa chọn một điều kiện giao hàng của Incoterms trong đó đã có các quy định về chuyển giao rủi ro đối với hàng hóa. Có thể tham khảo các điều từ 66 đến 70 của

CISG, ở đó quy định rất cụ thể, chi tiết về việc chuyển giao rủi ro trong các trường hợp khác nhau.

Điều 77: Các trường hợp miễn trách nhiệm

Về miễn trách, Luật Thương mại năm 1997 đưa ra hai trường hợp: *một là* khi việc không thực hiện một phần hay toàn bộ nghĩa vụ hợp đồng là do có các điều kiện được quy định trong hợp đồng; *hai là* do bất khả kháng. Quy định về bất khả kháng chỉ là “*các trường hợp xảy ra sau khi ký hợp đồng, do những sự kiện có tính chất bất thường xảy ra mà các bên không thể lường trước được và không thể khắc phục được*”⁽¹⁾. Làm một phép so sánh với UCC về các trường hợp được miễn trách ta thấy, ngoài bất khả kháng, UCC còn cho phép miễn trách khi các bên, do phải chịu những điều chỉnh của chính phủ trong hoặc ngoài nước, xảy ra sau khi ký hợp đồng mà không thực hiện được nghĩa vụ của mình và khi các bên phải tuân theo những điều mà sau này mới chứng minh được chúng không có hiệu lực⁽²⁾. Hai trường hợp sau (trong UCC) nếu xảy ra với các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa tại Việt Nam thì sẽ không thể áp dụng các quy định về miễn trách theo quy định của Luật Thương mại Việt Nam, mặc dù trên thực tế lẽ ra chúng phải được coi là các trường hợp miễn trách.

Ngoài ra, Điều 77 chỉ quy định cụ thể về một trường hợp miễn trách là bất khả kháng. Trong thực tế, một

⁽¹⁾ Điều 77 Khoản 3 Luật Thương mại Việt Nam năm 1997.

⁽²⁾ Điều 2-615 - UCC.

trường hợp xảy ra khá phổ biến và đều được pháp luật các nước coi là trường hợp miễn trách. Đó là trường hợp vi phạm hợp đồng do lỗi của người thứ ba. Ví dụ người bán không giao được hàng vì nhà cung cấp của người bán gặp bất khả kháng và không giao hàng đúng thời hạn. Trong trường hợp này, người bán có được miễn trách không? Luật Thương mại sửa đổi nên đưa ra câu trả lời cho trường hợp này. Có thể tham khảo các quy định tại Điều 79 Khoản 2 - CISG.

Điều 80: *Hợp đồng mua bán với thương nhân nước ngoài*

Hợp đồng mua bán với thương nhân nước ngoài được định nghĩa (tại Điều 80) là hợp đồng “*được ký kết giữa một bên là thương nhân Việt Nam và một bên là thương nhân nước ngoài*”. Đây là định nghĩa dựa trên tiêu chí quốc tịch của các bên tham gia hợp đồng. Hiện nay, tiêu chí này không được sử dụng một cách phổ biến nữa, nhất là từ khi xuất hiện các chủ thể “đa quốc tịch” và sự “bành trướng” của các công ty đa quốc gia và xuyên quốc gia. Ví dụ, chi nhánh của một công ty của Pháp tại Việt Nam (mang quốc tịch Pháp) ký hợp đồng với một công ty Việt Nam là một hợp đồng trong nước tuy rằng hai bên có hai quốc tịch khác nhau. Ngược lại, khi chi nhánh này ký kết hợp đồng với công ty mẹ ở Pháp thì đây lại là hợp đồng mang tính chất quốc tế mặc dù hai chủ thể cùng là quốc tịch Pháp.

Vậy, cần dựa vào tiêu chí nào để xác định một hợp đồng là quốc tế hay không? Về vấn đề này, CISG đã đưa

ra giải pháp được chấp nhận và áp dụng phổ biến hiện nay, đó là dựa vào tiêu chí “trụ sở thương mại”. Một hợp đồng mua bán, được ký giữa các bên có trụ sở thương mại ở các quốc gia khác nhau, được coi là một hợp đồng mua bán quốc tế. Điều 10 - CISG chỉ rõ, nếu một bên có hơn một trụ sở thương mại thì trụ sở thương mại được tính đến sẽ là trụ sở có mối liên hệ chặt chẽ nhất với hợp đồng và với việc thực hiện hợp đồng đó. Nếu một bên không có trụ sở thương mại thì sẽ lấy nơi cư trú thường xuyên của họ (quy định này áp dụng đối với cá nhân kinh doanh).

Điều 81: Điều kiện hiệu lực của hợp đồng mua bán với thương nhân nước ngoài

Trong các điều kiện được nêu tại Điều 81, cần chú ý hai nội dung:

Thứ nhất, Khoản 1 quy định chủ thể Việt Nam trong hợp đồng phải là thương nhân được phép hoạt động thương mại trực tiếp với nước ngoài. Thực tế là Nghị định 57/CP ngày 30-07-1998 của Chính phủ, quy định chi tiết thi hành Luật Thương mại, đã cho phép tất cả các doanh nghiệp trong nước được tiến hành xuất nhập khẩu với doanh nghiệp nước ngoài. Hơn nữa, Việt Nam đã cam kết trong Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ rằng, kể từ khi Hiệp định có hiệu lực, tất cả các doanh nghiệp trong nước được phép kinh doanh xuất nhập khẩu. Vì vậy, quy định này cần được bãi bỏ.

Thứ hai, về hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, chúng tôi cho rằng vẫn nên duy trì quy định tại

Khoản 4 về vấn đề này. CISG, PICC và pháp luật của rất nhiều quốc gia phát triển khác như Pháp, Đức, Hoa Kỳ... đều cho phép hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được ký kết bằng miệng và các hợp đồng này có thể được chứng minh bằng mọi cách, kể cả bằng nhân chứng⁽¹⁾. Tuy vậy, các doanh nghiệp Việt Nam hiện nay nhìn chung chưa có đủ kiến thức nghiệp vụ và kinh nghiệm thực tế đối với các giao dịch quốc tế vốn phức tạp hơn các giao dịch trong nước rất nhiều. Trong khi đó hình thức ký kết hợp đồng bằng miệng có thể gây ra nhiều rủi ro. Hơn nữa, hình thức văn bản là an toàn hơn vì nó sẽ là bằng chứng có sức thuyết phục cho việc khiếu nại, kiện tụng nếu có tranh chấp xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng. Do đó, hình thức văn bản vẫn là thích hợp hơn đối với các doanh nghiệp tại các nước đang phát triển, như Việt Nam, khi tham gia vào các giao dịch thương mại quốc tế.

Thứ tư, một số quy định về môi giới thương mại và về ủy thác mua bán hàng hóa chưa phù hợp

Điều 93: Môi giới thương mại

Theo quy định của Luật Thương mại năm 1997, người làm môi giới thương mại phải là thương nhân. Ngoài ra, phạm vi hoạt động của người làm môi giới bị giới hạn bởi việc làm trung gian cho đàm phán, ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ thương mại⁽²⁾. Quy định

⁽¹⁾ Xem Điều 11 - CISG, Điều 1.2 - PICC.

⁽²⁾ Điều 93 Luật Thương mại Việt Nam năm 1997.

như vậy rõ ràng quá hẹp và không tạo điều kiện cho các hoạt động môi giới trong thương mại. Trên thực tế, có rất nhiều người, tổ chức làm trung gian thương mại nhưng không nhất thiết phải là thương nhân. Bên cạnh đó, việc môi giới cho các bên có tiềm năng giao kết hợp đồng nói chung rất phổ biến trong đời sống thương mại. Tuy nhiên, theo Luật Thương mại năm 1997, các chủ thể này không phải là môi giới thương mại.

Nghiên cứu các quy định của pháp luật Nhật Bản ta thấy, người làm môi giới thương mại là người đứng ở vị trí trung gian của các hành vi thương mại⁽¹⁾. Quy định như vậy bao quát được hết các khả năng làm môi giới trong thực tế cũng như trong các hành vi thương mại.

Điều 99: Ủy thác mua bán hàng hóa

Luật Thương mại năm 1997 cũng quy định bên nhận ủy thác phải là thương nhân và phải kinh doanh mặt hàng phù hợp với hàng hóa được ủy thác. Thực ra, đây chỉ là yêu cầu để giúp cho việc ủy thác có hiệu quả hơn, nhưng không có nghĩa là nếu bên ủy thác không phải là thương nhân, và/hoặc kinh doanh mặt hàng không phù hợp với mặt hàng được ủy thác thì anh ta không thể làm được nghiệp vụ ủy thác. Việc quy định cụ thể về ủy thác như vậy không những không đáp ứng được yêu cầu thực tế mà còn đem lại kết quả ngược lại. Luật của các nước chỉ định nghĩa rất cơ bản về ủy thác mua bán hàng hóa, theo

⁽¹⁾ Điều 543 Bộ luật Thương mại Nhật Bản.

đó, họ là “người mua hoặc bán hàng hóa nhân danh mình và vì quyền lợi của người khác”⁽¹⁾.

2.3. Chương III: Thương phiếu

Luật Thương mại năm 1997 dành hẳn một chương (Chương III) nhưng chỉ với 3 điều quy định về thương phiếu. Xét về bố cục thì một chương với 3 điều đã là không hợp lý. Xét về nội dung thì còn nhiều điểm chưa phù hợp. *Thứ nhất*, thương phiếu (*commercial papers*) chỉ bao gồm hối phiếu và lệnh phiếu (kỳ phiếu) theo quy định tại Điều 219 Khoản 2. Trong khi đó, séc cũng là một loại thương phiếu nhưng không được đề cập đến trong chương này. Thương nhân có thể thực hiện nghiệp vụ thanh toán bằng nhiều phương thức, không chỉ riêng hối phiếu và kỳ phiếu. *Thứ hai*, Việt Nam đã có Luật về tài chính ngân hàng, quy định về các hình thức thanh toán. Việc lặp lại trong Luật Thương mại các nội dung về hình thức thanh toán là không cần thiết. *Thứ ba*, các quy định trong các Điều 219, 220, 221 rất sơ sài, hoàn toàn không nói lên điều gì cụ thể và đều dẫn chiếu đến pháp luật chuyên ngành. Do đó, quy định tại Chương 3 vừa thiếu lại vừa thừa.

Xem xét UCC ta thấy, UCC dành hẳn một chương quy định chi tiết về các công cụ thanh toán. Nhật Bản có luật riêng về séc và hối phiếu, do đó, Bộ luật Thương mại Nhật Bản không đề cập gì đến các vấn đề này nữa.

⁽¹⁾ Điều 551 Bộ luật Thương mại Nhật Bản.

2.4. Chương IV: Chế tài trong thương mại và việc giải quyết tranh chấp trong thương mại

Luật Thương mại năm 1997 đưa ra bốn chế tài thương mại sau đây: buộc thực hiện đúng hợp đồng, bồi thường thiệt hại, phạt vi phạm và hủy hợp đồng. Về các chế tài, còn có một số quy định chưa phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế, cụ thể như sau:

Điều 225: Quan hệ giữa chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng và các loại chế tài khác

Điều 225 Khoản 1 quy định, trong thời gian áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, bên có quyền lợi bị vi phạm không được áp dụng các chế tài khác. Chế tài thực hiện thực sự và chế tài hủy hợp đồng sẽ không thể áp dụng đồng thời vì một chế tài có mục đích duy trì hợp đồng, còn chế tài kia có mục đích là kết thúc hợp đồng. Tuy vậy, chế tài thực hiện thực sự và chế tài phạt hay đòi bồi thường thiệt hại vẫn có thể được áp dụng đồng thời, nghĩa là khi áp dụng chế tài thực hiện thực sự, trái chủ vẫn có quyền áp dụng chế tài phạt hay bồi thường thiệt hại. Trên thực tế, khi người bán không giao hàng, người mua áp dụng chế tài thực hiện thực sự buộc người bán giao hàng. Lúc này, dù người bán có giao hàng theo yêu cầu của người mua thì người mua vẫn có quyền đòi người bán tiền phạt chậm giao hàng hay đòi bồi thường các thiệt hại phát sinh do việc người bán giao hàng chậm. Hay khi người mua yêu cầu thay thế hay sửa chữa hàng hóa thì người mua vẫn có thể đòi bồi thường các thiệt hại phải

gánh chịu trong khi chờ đợi người bán thay thế hay sửa chữa hàng hóa.

Tinh thần của CISG là có thể đòi bồi thường thiệt hại trong mọi trường hợp vi phạm và ngay cả khi áp dụng các chế tài khác, nghĩa là cứ có thiệt hại là có thể đòi bồi thường. Điều 47, 48, 63 của CISG chỉ rõ các trường hợp chế tài buộc thực hiện hợp đồng và chế tài bồi thường thiệt hại được áp dụng đồng thời.

Điều 226 đến Điều 228 : Về phạt vi phạm

Chế tài phạt chỉ được áp dụng nếu trong hợp đồng có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định mức phạt cụ thể (Điều 226). Luật Thương mại năm 1997 quy định về chế tài này rất chung chung, không quy định các mức phạt cụ thể cho từng vi phạm mà chỉ đưa ra mức phạt cao nhất là 8% trị giá phần nghĩa vụ bị vi phạm (Điều 228). Như vậy, trên thực tế không thể áp dụng được chế tài này nếu trong hợp đồng không có điều khoản phạt. Trong khi đó, Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 và Nghị định 17/NĐ-HĐBT ngày 16-01-1990 quy định rất cụ thể, chi tiết mức phạt đối với từng loại vi phạm. Chính vì vậy, tòa án khi xét xử tranh chấp thường áp dụng Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế và Nghị định 17/NĐ-HĐBT vì dễ xác định mức phạt đối với từng loại vi phạm. Luật Thương mại không có các quy định chi tiết về phạt vi phạm nên trong thực tiễn rất khó áp dụng chế tài này khi có sự vi phạm hợp đồng mua bán có tính thương mại.

Điều 227 quy định về căn cứ phát sinh quyền đòi tiền

phạt là chưa đầy đủ, cần phải bổ sung thêm một căn cứ nữa là bên vi phạm có lỗi.

Điều 235 : Hủy hợp đồng

Điều 235 quy định bên có quyền lợi bị vi phạm có quyền tuyên bố hủy hợp đồng nếu việc vi phạm của bên kia là điều kiện để hủy bỏ hợp đồng mà các bên đã thỏa thuận. Như vậy, Luật Thương mại không quy định cụ thể điều kiện để được hủy hợp đồng mà do các bên tự thỏa thuận. Trên thực tế, các bên khi ký hợp đồng thường không quy định các điều kiện được hủy hợp đồng. Như vậy, chế tài hủy hợp đồng sẽ rất khó được áp dụng đối với bên bị vi phạm.

Luật của Pháp quy định một bên có quyền hủy hợp đồng khi có sự vi phạm cơ bản (hay chủ yếu) hợp đồng. Đó là những vi phạm mà, nếu một bên, khi ký kết hợp đồng biết rằng bên kia sẽ vi phạm thì họ sẽ không ký nữa. Quy định này khá trừu tượng và trên thực tế, việc xác định đâu là vi phạm cơ bản rất khó khăn, thường phải do tòa án hay trọng tài xác định.

Điều 64-1 và Điều 49-1 Công ước Vienna năm 1980 quy định hai trường hợp được hủy hợp đồng:

- Khi một bên có sự vi phạm cơ bản (chủ yếu) hợp đồng;
- Khi một bên không thực hiện hợp đồng trong thời gian đã được gia hạn thêm.

Điều 25 của Công ước giải thích sự vi phạm cơ bản

(essential contravention) như sau: “*Một sự vi phạm hợp đồng do một bên gây ra là vi phạm cơ bản nếu sự vi phạm đó làm cho bên kia bị thiệt hại mà người bị thiệt hại, trong một chừng mực đáng kể bị mất cái mà họ có quyền chờ đợi trên cơ sở hợp đồng, trừ phi bên vi phạm không tiên liệu được hậu quả đó và một người có lý trí minh mẫn cũng sẽ không thể tiên liệu được nếu họ cũng ở vào hoàn cảnh tương tự*”. Giải thích này cũng rất mơ hồ, khó xác định và thông thường một sự vi phạm là cơ bản hay không là do tòa án hay trọng tài quyết định.

Trong thực tiễn thương mại quốc tế và thực tiễn xét xử của tòa án, trọng tài, các trường hợp sau đây được công nhận là điều kiện để hủy bỏ hợp đồng:

Người mua có quyền hủy hợp đồng khi:

- Người bán không giao hàng trong khi thời hạn giao hàng là một ngày cụ thể.
- Người bán không giao hàng trong thời hạn đã được gia hạn thêm.
- Giao thiếu trong thời hạn gia hạn thêm mà một phần hàng được giao trước đó không thể đưa vào khai thác và sử dụng được (thường chỉ áp dụng đối với hàng máy móc thiết bị).
- Giao sai loại hàng trong hợp đồng (giao hàng khác, giao hàng sai mẫu).
- Giao hàng kém phẩm chất đến mức không đáp ứng được mục đích sử dụng đã nêu trong hợp đồng.

Người bán có quyền hủy hợp đồng khi:

- Người mua không trả tiền trong thời hạn đã được gia hạn thêm hoặc tuyên bố không thanh toán trong thời hạn gia hạn thêm đó (tùy vào hình thức thanh toán).

- Người mua không nhận hàng trong thời gian đã gia hạn thêm.

Những quy định trong pháp luật thương mại của Pháp, của Công ước Vienna và các trường hợp hủy hợp đồng được chấp nhận trong thực tiễn nêu trên có thể được Ban soạn thảo Luật Thương mại sửa đổi tham khảo để đưa ra một giải pháp phù hợp cho điều khoản hủy hợp đồng. Có thể kết hợp cả cách định nghĩa “vi phạm cơ bản” của Công ước Vienna và cách liệt kê (không hạn chế) các vi phạm có thể đem lại cho bên bị vi phạm quyền được hủy hợp đồng.

Điều 240: Thẩm quyền giải quyết tranh chấp thương mại với thương nhân nước ngoài

Điều 240 quy định, các tranh chấp với thương nhân nước ngoài được giải quyết tại Tòa án Việt Nam. Quy định này đã ảnh hưởng đến quyền tự do thỏa thuận, trong đó có quyền tự do lựa chọn cơ quan xét xử của các bên trong hợp đồng. Có thể nói, quy định này đã vi phạm một trong những nguyên tắc cơ bản của tư pháp quốc tế, cũng như vi phạm tinh thần của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, theo đó, các bên được “khuyến khích” để đưa các tranh chấp ra xét xử tại trọng tài. Các quy định của Luật Thương mại cần tôn trọng tối đa quyền tự thỏa

thuận của các bên và không nên có sự bắt buộc việc lựa chọn cơ quan xét xử như tại Điều 240.

3. Sự chưa phù hợp về kết cấu của Luật

Không chỉ có sự không phù hợp về đối tượng, phạm vi điều chỉnh và về một số nội dung cụ thể, Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 còn bộc lộ sự chưa thật phù hợp về mặt kết cấu.

Luật Thương mại năm 1997 gồm 6 chương với 264 điều. Qua kết cấu này có thể nhận thấy ngay rằng, việc đưa Chương Thương phiếu vào sẽ tạo ra sự bất hợp lý về kết cấu cũng như sự không ăn nhập với nội dung của Luật. Chương Quản lý nhà nước về thương mại làm cho Luật mất đi bản chất là một đạo luật về thương mại - hình thức pháp luật thương mại cao nhất, sau Hiến pháp.

Dưới đây có thể tham khảo về bố cục của một số bộ luật, đạo luật thương mại ở một số nước.

3.1. Cộng hoà Pháp

Bộ luật Thương mại của Pháp năm 1807 (Bộ luật Thương mại đầu tiên trên thế giới) từ khi được ban hành vào năm 1807 cho đến nay đã có rất nhiều thay đổi về nội dung và kết cấu. Gần 2 thế kỷ qua, Bộ luật này thường xuyên được sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện cho phù hợp với thực tiễn phát triển thương mại trong và ngoài nước Pháp. Điều này cho thấy việc sửa đổi và hoàn thiện pháp luật thương mại luôn được đặt ra không chỉ đối với Việt

Nam mà đối với mọi quốc gia, nhất là trong điều kiện thương mại quốc tế phát triển với tốc độ chóng mặt cùng với sự xuất hiện của những vấn đề thương mại quốc tế mới.

Về mặt bố cục tổng thể, Bộ luật Thương mại Pháp năm 1807 bao gồm 4 quyển với 648 điều. Đó là:

- Quyển 1: Khái quát chung về thương mại
- Quyển 2: Thương mại hàng hải
- Quyển 3: Phá sản và vỡ nợ
- Quyển 4: Tài phán thương mại

Bộ luật Thương mại năm 1807 của Pháp, sau nhiều lần sửa đổi, đã được soạn thảo lại. Trên cơ sở đó, một Bộ luật Thương mại mới đã được ban hành vào ngày 18-9-2000. Chỉ có 33 điều khoản của Bộ luật cũ năm 1807 được giữ lại trong Bộ luật mới và hàng nghìn điều khoản với những quy định mới đã được bổ sung. Bộ luật mới gồm hơn hai nghìn điều khoản, được phân bố trong 9 quyển, theo bố cục sau đây⁽¹⁾:

- Quyển 1: Khái quát chung về thương mại
- Quyển 2: Các công ty thương mại và các tập đoàn kinh tế
- Quyển 3: Một số hình thức bán hàng và các điều khoản về độc quyền

⁽¹⁾ Có thể tham khảo thêm cuốn *Code de commerce*, Nxb. Dalloz, 2002.

- Quyển 4: Tự do giá cả và cạnh tranh
- Quyển 5: Thương phiếu và các hình thức bảo đảm
- Quyển 6: Phá sản doanh nghiệp
- Quyển 7: Tổ chức hoạt động thương mại
- Quyển 8: Một số nghề nghiệp đặc biệt
- Quyển 9: Các quy định liên quan đến lãnh thổ hải ngoại

So với Bộ luật Thương mại năm 1807, bố cục của Bộ Luật Thương mại mới của Pháp đã có rất nhiều thay đổi: đã đưa thêm các quy định về các công ty thương mại và các tập đoàn kinh tế (Quyển 2); các điều khoản về độc quyền (Quyển 3); các quy định về nghề nghiệp đặc biệt (Quyển 8) và dành hẳn một quyển (Quyển 9) để nói về các quy định liên quan đến lãnh thổ hải ngoại. Điều này chứng tỏ Bộ luật Thương mại của Pháp ngày càng được xây dựng một cách đồ sộ hơn theo hướng mở rộng đối tượng và phạm vi điều chỉnh. Với tên gọi và với đặc thù của nền kinh tế, thương mại của Pháp cũng như với kỹ thuật lập pháp dày dặn kinh nghiệm, việc sửa đổi Bộ luật Thương mại Pháp năm 2000 như trên là phù hợp.

Đây là kinh nghiệm mà Việt Nam có thể tham khảo trong quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật thương mại nói chung và sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 nói riêng. Việc tham khảo là hết sức cần thiết, nhưng việc sửa đổi, bổ sung Luật Thương mại năm 1997 như thế nào lại là

vấn đề cần có sự phân tích kỹ căn cứ vào thực tiễn của Việt Nam.

3.2. Hoa Kỳ

Bố cục của Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ (UCC), gồm 9 chương (Article):

- Chương 1: Những quy định chung
- Chương 2: Mua bán
- Chương 2A: Thuê thương mại
- Chương 3: Các công cụ thanh toán
- Chương 4: Đặt cọc ngân hàng
- Chương 4A: Chuyển giao các quỹ
- Chương 5: Thư tín dụng
- Chương 6: Chuyển giao khối lượng lớn và mua bán khối lượng lớn
- Chương 7: Biên lai kho hàng, Vận đơn, và các chứng từ sở hữu khác
- Chương 8: Chứng khoán đầu tư
- Chương 9: Giao dịch được đảm bảo

Bố cục trên đây cho thấy, mặc dù là nước theo Common Law nhưng Hoa Kỳ cũng đã đầu tư rất lớn cho việc xây dựng và ban hành Bộ luật Thương mại thống nhất của mình. Bộ luật này cũng đồ sộ không kém Bộ luật Thương mại của Pháp. Điểm khác là Hoa Kỳ xây dựng Bộ luật Thương mại thống nhất của mình theo hướng dành nhiều dung lượng cho các quy định trên các lĩnh vực ngân hàng, chứng khoán... Đây cũng là điểm mà Việt Nam có thể tham khảo.

3.3. Nhật Bản

Bố cục của Bộ luật Thương mại Nhật Bản gồm 851 điều, được tập hợp trong 4 quyển tập:

- Quyển 1: Những quy định chung
- Quyển 2: Công ty
- Quyển 3: Giao dịch thương mại
- Quyển 4: Vận tải và bảo hiểm thương mại

Một điều dễ nhận thấy là Nhật Bản đã cố gắng sắp xếp theo trật tự logic, hệ thống hóa, đi từ những quy định chung đến các quy định dành riêng cho công ty, cho giao dịch thương mại và cuối cùng là những quy định về vận tải và bảo hiểm thương mại. Như vậy, Nhật Bản đã cố gắng xây dựng một bộ luật dành riêng cho việc điều chỉnh các hoạt động thương mại. Đồng thời, ta cũng thấy, những vấn đề cơ bản nhất liên quan đến thương mại đã được đưa vào phạm vi, đối tượng điều chỉnh của Bộ luật này.

3.4. Trung Quốc

Trung Quốc không có Bộ luật Thương mại cũng như không có đạo luật thương mại. Các hoạt động thương mại của Trung Quốc được điều chỉnh bởi nhiều văn bản khác nhau, trong đó, đáng chú ý nhất là Luật Hợp đồng năm 1999.

Luật Hợp đồng năm 1999 gồm có 23 chương với 428 điều và được chia làm 3 phần:

- Phần 1: Những quy tắc chung
- Phần 2: Những quy tắc riêng

- Phần 3: Quy tắc phụ (Điều khoản bổ sung)

Phần “Những quy tắc chung” gồm 8 chương, là phần quy định các chế định cơ bản về hợp đồng của Luật Hợp đồng:

- *Chương I*: Những quy định chung
- *Chương II*: Kí kết hợp đồng
- *Chương III*: Hiệu lực hợp đồng
- *Chương IV*: Thực hiện hợp đồng
- *Chương V*: Sửa đổi và chuyển nhượng hợp đồng
- *Chương VI*: Kết thúc quyền lợi và nghĩa vụ hợp đồng
- *Chương VII*: Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng
- *Chương VIII*: Các quy định khác

Phần “Những quy tắc riêng” từ Chương IX đến Chương XXIII, là các chế định cụ thể cho 15 loại hợp đồng cụ thể:

- *Chương IX*: Hợp đồng mua bán
- *Chương X*: Hợp đồng cung cấp điện, nước, khí và nhiệt lực
- *Chương XI*: Hợp đồng tặng cho
- *Chương XII*: Hợp đồng vay tiền
- *Chương XIII*: Hợp đồng thuê mướn
- *Chương XIV*: Hợp đồng thuê tài chính
- *Chương XV*: Hợp đồng tiếp nhận ủy thác
- *Chương XVI*: Hợp đồng xây dựng công trình
- *Chương XVII*: Hợp đồng vận tải
- *Chương XVIII*: Hợp đồng kỹ thuật - công nghệ

- *Chương XIX*: Hợp đồng bảo quản
- *Chương XX*: Hợp đồng lưu kho
- *Chương XXI*: Hợp đồng ủy thác
- *Chương XXII*: Hợp đồng nhận ủy thác
- *Chương XXIII*: Hợp đồng môi giới

Phần “Quy tắc phụ” là phần cuối cùng, chỉ gồm một điều khoản duy nhất, quy định về thời điểm phát sinh hiệu lực của Luật Hợp đồng năm 1999 là ngày 01 tháng 10 năm 1999 và quy định việc hủy bỏ “Luật Hợp đồng kinh tế”, “Luật Hợp đồng kinh tế có yếu tố nước ngoài” và “Luật Hợp đồng kỹ thuật” của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa.

Một điểm rất giống Việt Nam là Trung Quốc cũng đầu tư rất nhiều công sức cho việc ban hành các quy tắc pháp luật hướng dẫn việc ký kết và thực hiện hợp đồng nói chung và từng loại hợp đồng nói riêng. Điều này là dễ hiểu vì Trung Quốc cũng là một nước đang phát triển, vì vậy, để luật dễ “sống”, điều quan trọng là cố gắng đưa ra những quy định, những chế định sát với thực tế đời thường của hoạt động kinh tế.

Nhìn một cách tổng quát, có thể thấy rằng bố cục đạo luật (hay bộ luật) thương mại ở các nước được xây dựng không hoàn toàn giống nhau. Việc đưa ra kết cấu của Bộ luật Thương mại Pháp, Hoa Kỳ và Nhật Bản trên đây hoàn toàn chỉ mang tính tham khảo. Kết cấu của một đạo luật hay bộ luật thương mại của một quốc gia không chỉ phụ thuộc vào lịch sử lập pháp, mà còn phụ thuộc vào kỹ thuật lập

từng là thuộc địa trong nhiều năm; Hoa Kỳ - đại diện cho hệ thống pháp luật Common Law và cũng là nước mà Việt Nam mới ký Hiệp định Thương mại song phương sau 30 năm cấm vận; Nhật Bản - nước có nền kinh tế phát triển nhất châu Á và cũng là nước đầu tư ODA lớn nhất cho Việt Nam; cuối cùng là Trung Quốc - nước láng giềng có chế độ chính trị - kinh tế gần giống Việt Nam.

1. Cộng hòa Pháp

Với dấu ấn lịch sử từ những năm Pháp thuộc, việc xây dựng pháp luật nói chung của Việt Nam mang những ảnh hưởng và màu sắc nhất định của pháp luật Civil Law mà cụ thể là pháp luật của Pháp. Nghiên cứu kinh nghiệm xây dựng và hoàn thiện pháp luật thương mại của Pháp - một điển hình của hệ thống pháp luật Civil Law - có thể đem lại cho Việt Nam nhiều bài học trong việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật thương mại nói chung và sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 nói riêng.

Qua nghiên cứu, có thể rút ra một số kinh nghiệm về xây dựng và hoàn thiện pháp luật thương mại của Pháp như sau:

Thứ nhất, Bộ luật Thương mại Pháp sớm được xây dựng là một tập hợp các quy tắc pháp luật điều chỉnh các hoạt động thương mại tại Pháp.

Ở Pháp, đã từ lâu, người ta coi trọng vai trò của pháp luật thương mại trong việc điều chỉnh các quan hệ thương mại. Pháp luật thương mại vì thế được ban hành và xây dựng với ý nghĩa là một ngành luật độc lập trong hệ thống

pháp cũng như đặc điểm phát triển của các hoạt động thương mại ở mỗi quốc gia. Ví dụ ở Pháp, các vấn đề về hợp đồng mua bán lại không được quy định trong Bộ luật Thương mại (trong Quyển 3 của Bộ luật chỉ đề cập đến một số hình thức bán hàng đặc biệt) mà lại nằm trong Bộ luật Dân sự: phần Hợp đồng và nghĩa vụ hợp đồng (từ Điều 1101 đến Điều 1369) và phần Hợp đồng mua bán (từ Điều 1582 đến Điều 1701). Trong Bộ luật Thương mại Nhật Bản có cả nội dung về luật công ty, luật vận tải và bảo hiểm thương mại. Còn UCC lại điều chỉnh cả các vấn đề về tài chính, chứng khoán đầu tư... Song, có thể nhận thấy một điểm chung giữa các bộ luật trên đây là pháp luật thương mại được xếp vào ngành luật tư, do đó các văn bản luật này đều không đề cập đến nội dung quản lý nhà nước. Những kết luận trên đây sẽ rất có ý nghĩa trong việc đề xuất những kiến nghị cụ thể về sửa đổi Luật Thương mại năm 1997.

III. NHỮNG QUY ĐỊNH TRONG CÁC VĂN BẢN HƯỚNG DẪN THI HÀNH LUẬT CHƯA PHÙ HỢP VỚI PHÁP LUẬT VÀ TẬP QUÁN THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

1. Các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Thương mại năm 1997

Ngày 1-1-1998, Luật Thương mại Việt Nam bắt đầu có hiệu lực thi hành. Trong các năm từ 1998 đến 2003, Chính phủ đã ban hành khoảng 14 nghị định quy định chi tiết việc thi hành Luật Thương mại. Đáng chú ý nhất là Nghị định số 57/1998/NĐ-CP được ban hành ngày 31-7-1998

nhằm quy định chi tiết việc thi hành Luật Thương mại về hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu, gia công và đại lý mua bán hàng hóa với nước ngoài.

Trên cơ sở các nghị định, các bộ, ngành đã ban hành hàng chục thông tư và các văn bản quy phạm pháp luật khác để thực hiện Luật. Ví dụ như Thông tư số 18/1998/TT-BTM và số 26/1999/TT-BTM của Bộ Thương mại hướng dẫn thực hiện Nghị định số 57/1998/NĐ-CP. Thậm chí từng chương của Nghị định này cũng được hướng dẫn thực hiện. Hoặc Thông tư số 04/1998/TT-TCHQ ngày 29-8-1998 của Tổng cục Hải quan hướng dẫn thi hành Chương 2 và Chương 4 của Nghị định.

Có thể nói rằng, các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Thương mại đã được ban hành kịp thời cùng với sự ra đời của Luật. Nhưng bên cạnh những điểm tiến bộ như loại bỏ giấy phép kinh doanh xuất nhập khẩu, mở rộng quyền kinh doanh xuất nhập khẩu tới mọi loại hình doanh nghiệp... thì các văn bản hướng dẫn thi hành Luật đã bộc lộ nhiều điểm hạn chế, chưa phù hợp thậm chí mâu thuẫn với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế.

2. Những quy định chưa phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế

Nghiên cứu về những quy định chưa phù hợp, ta thấy nổi lên ba nội dung quan trọng sau:

- Quy định về chủ thể tham gia hoạt động xuất nhập khẩu

Điều 2 Nghị định 57/1998/NĐ-CP quy định: “Hoạt

động xuất khẩu, nhập khẩu hàng hóa là hoạt động mua, bán hàng hóa của thương nhân Việt Nam với thương nhân nước ngoài...". Quy định này vô hình chung chỉ thừa nhận hoạt động xuất nhập khẩu giữa hai chủ thể có quốc tịch khác nhau. Nếu thương nhân Việt Nam bán hàng cho chi nhánh của mình tại nước ngoài thì sẽ không được coi là xuất khẩu? Quy định này chỉ phù hợp với Việt Nam trong bối cảnh kinh tế Việt Nam ở giai đoạn mới phát triển, khi mà hoạt động của thương nhân Việt Nam chưa vượt qua được “luỹ tre làng”. Nội dung quy định này hoàn toàn không phù hợp với pháp luật thương mại quốc tế. Hoạt động xuất nhập khẩu dựa trên hợp đồng xuất nhập khẩu. Hợp đồng xuất nhập khẩu là một loại hình hợp đồng mua bán quốc tế hàng hóa. Như đã phân tích ở phần I, CISG dựa vào tiêu chí “trụ sở thương mại” để xác định tư cách chủ thể của hợp đồng mua bán quốc tế hàng hóa. Sự đúng đắn của phương pháp xác định này đã được chứng minh ở hơn 62 nước thành viên và trong suốt hơn 20 năm tồn tại của CISG. Tiêu chí quốc tịch mà Nghị định 57/1998/NĐ-CP sử dụng không phù hợp với thực tiễn kinh doanh thương mại quốc tế.

- Về tính minh bạch và có thể dự đoán trước

Các văn bản dưới luật của Việt Nam trong thời gian qua nhìn chung có nhược điểm là thiếu tính minh bạch và tính có thể dự đoán trước. Điều này chưa phù hợp với yêu cầu của pháp luật thương mại quốc tế mà cụ thể là chưa đáp ứng được đòi hỏi trong các hiệp định của WTO cũng như của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ.

Danh mục hàng cấm xuất nhập khẩu chưa cụ thể, khiến các doanh nghiệp cũng như các cơ quan quản lý đều bị lúng túng. Các khái niệm “văn hóa phẩm đồi trụy”, “hàng tiêu dùng đã qua sử dụng”, “các phương tiện tự hành có tay lái nghịch”... cho đến nay vẫn còn chung chung, gây ra sự mơ hồ, không rõ ràng. Ngoài ra, một số hàng hóa không có trong biểu thuế xuất nhập khẩu, các cơ quan chức năng chưa có sự bổ sung liên tục các loại hàng mới vào biểu thuế, dẫn đến trường hợp doanh nghiệp hỏi Hải quan, Hải quan lại đánh công văn lên hỏi Bộ Tài chính và khi có câu trả lời chính xác thì cơ hội kinh doanh đã qua đi.

Trong trường hợp Thủ tướng Chính phủ quyết định tạm ngừng xuất hoặc nhập khẩu với một thị trường nào đó thì Bộ Thương mại có nhiệm vụ phải thông báo tới các tổ chức kinh tế quốc tế, khu vực và các nước có liên quan. Quy định này được nêu tại Điều 7 của Nghị định 57/1998/NĐ-CP. Đây là một nội dung phù hợp với yêu cầu minh bạch hóa chính sách của WTO. Tuy nhiên, quy định tương tự lại chưa được nêu ra đối với hàng hóa cấm xuất nhập khẩu và hàng hóa xuất nhập khẩu có điều kiện. Việc Việt Nam quyết định cấm hoặc hạn chế việc nhập khẩu hoặc/và xuất khẩu một mặt hàng nào đó không chỉ ảnh hưởng đến bản thân thị trường nội địa mà còn có tác động không nhỏ tới các thị trường có liên quan. Do vậy, thông báo của Bộ Thương mại tới các bên có liên quan là rất cần thiết và không thể thiếu được trong tiến trình đáp ứng yêu cầu minh bạch hóa chính sách theo các quy định trong các hiệp định của WTO và Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ.

- Thiếu thống nhất giữa các văn bản hướng dẫn thi hành Luật

Nhìn chung, giới nghiên cứu chính sách và cả các doanh nghiệp đều thống nhất cho rằng, Nghị định 57/1998/NĐ-CP đã có những bước cải cách rất thông thoáng. Tuy nhiên, khi Nghị định được thực hiện từ năm 1999 đến nay, nhiều vấn đề mới đã bộc lộ và nhiều cơ quan chức năng và doanh nghiệp đã nhận thấy sự thiếu thống nhất giữa Nghị định và các thông tư hướng dẫn. Điều này thể hiện ở ba điểm nổi cộm sau đây:

Thứ nhất, mặc dù Bộ Thương mại đã quyết định sử dụng giấy phép kinh doanh trong hoạt động xuất nhập khẩu, thay vì các loại giấy phép xuất nhập khẩu đã hết hiệu lực từ ngày 1-9-1998. Song, do có sự không trùng khớp về các mặt hàng ghi trong hai giấy phép này nên phía Hải quan vẫn phải chấp nhận giấy phép kinh doanh **xuất nhập khẩu không còn hiệu lực pháp lý**.

Thứ hai, Hải quan vẫn phải tiếp tục cấp mã số hải quan cho các doanh nghiệp tham gia hoạt động xuất nhập khẩu⁽¹⁾, vì việc áp dụng mã số thuế chưa được thực hiện đồng bộ và rộng khắp.

Thứ ba, việc các doanh nghiệp tham gia hoạt động gia công với nước ngoài có đăng ký mã số hay không vẫn chưa có sự thống nhất. Trong khi Thông tư số 18/TT-BTM ngày 28-8-1998 hướng dẫn thi hành Nghị định trên ghi rõ, các doanh nghiệp gia công có thể không cần đăng ký mã

⁽¹⁾ Điều 8 Khoản 3 Nghị định số 57/1998/NĐ-CP và Điều I-2 Thông tư số 04/1998/TT-TCHQ.

số kinh doanh xuất nhập khẩu⁽¹⁾, thì Tổng cục Hải quan trong Thông tư số 04/1998/TT-TCHQ ngày 29-8-1998 hướng dẫn về vấn đề này lại yêu cầu tất cả những doanh nghiệp mới tham gia vào hoạt động này đều phải đăng ký mã số để đảm bảo việc quản lý thống nhất⁽²⁾. Sự mâu thuẫn này đã được Tổng cục Hải quan xử lý bằng cách quy định: những thương nhân được phép kinh doanh xuất nhập khẩu theo quy định của Nghị định số 57/1998/NĐ-CP và Thông tư 04/1998/TT-TCHQ do mới xuất khẩu, nhập khẩu lần đầu nên trước đây Hải quan chưa cấp mã số thì những thương nhân này vẫn được xuất nhập khẩu hàng hóa theo đúng quy định hiện hành. Tuy nhiên, từ ngày 1-1-1999, tất cả các doanh nghiệp xuất nhập khẩu phải có mã số mới, được cấp và thực hiện theo Thông tư số 06/1998/TT-TCHQ ngày 3-9-1998 của Tổng cục Hải quan. Mặc dù kịp thời có sự xử lý như trên nhưng sự mâu thuẫn giữa các văn bản hướng dẫn thi hành Luật vẫn bộc lộ, trong đó có tình trạng các thông tư của các cơ quan thi hành Luật cũng mâu thuẫn với nhau. Rõ ràng, sự mâu thuẫn giữa Luật Thương mại năm 1997 với các văn bản dưới luật có liên quan, cũng như sự mâu thuẫn giữa chính các văn bản dưới luật với nhau đã nói lên sự chưa phù hợp, thậm chí không phù hợp giữa Luật Thương mại năm 1997 với pháp luật thương mại quốc tế.

⁽¹⁾ Điều II-1a Thông tư số 18/1998/TT-BTM.

⁽²⁾ Điều I-1 Thông tư số 04/1998/TT-TCHQ.

TÌM HIỂU KINH NGHIỆM XÂY DỰNG PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI Ở MỘT SỐ NƯỚC VÀ NHỮNG KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM NĂM 1997

I. QUÁN TRIỆT CÁC QUAN ĐIỂM SỬA ĐỔI LUẬT THƯƠNG MẠI NĂM 1997

Khác với nhiều nước đang phát triển trong tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế, Việt Nam là một nước xã hội chủ nghĩa “đang phát triển, có trình độ thấp, đang trong quá trình chuyển đổi”⁽¹⁾, do đó, không thể sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 nói riêng và pháp luật thương mại Việt Nam nói chung hoàn toàn theo “luật chơi chung” của quốc tế được. Với đặc thù của Việt Nam, trong quá trình sửa đổi Luật Thương mại năm 1997, cần phải quán triệt ba quan điểm cụ thể sau đây:

1. Giữ vững chủ quyền quốc gia, độc lập dân tộc và chủ nghĩa xã hội

Độc lập dân tộc và con đường đi lên chủ nghĩa xã hội

⁽¹⁾ Lời nói đầu của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ.

ở Việt Nam là định hướng trung tâm, cốt lõi, liên quan trực tiếp đến đường lối chính trị của Đảng và Nhà nước, chi phối mọi hoạt động chính trị, kinh tế, xã hội... và cả công tác xây dựng, hoàn thiện pháp luật của Đảng và Nhà nước ta. Ngay từ khi mới thành lập và cho đến tận ngày nay, Đảng ta đã khẳng định lý tưởng và mục tiêu phấn đấu của Việt Nam là độc lập dân tộc và chủ nghĩa xã hội. Bước sang thế kỷ XXI, mục tiêu này tiếp tục được khẳng định và ghi rõ trong Báo cáo Chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IX: *“Đảng và nhân dân ta quyết tâm xây dựng đất nước Việt Nam dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ, văn minh, độc lập dân tộc gắn với chủ nghĩa xã hội”*⁽¹⁾. Đây là đường lối, là quan điểm của Đảng và Nhà nước ta về chế độ chính trị. Vì vậy, các nhà làm luật Việt Nam khi soạn thảo hệ thống luật pháp nói chung, trong đó có việc sửa đổi Luật Thương mại năm 1997, phải có nhiệm vụ “luật hóa” đường lối, quan điểm nêu trên của Đảng. Luật Thương mại năm 1997 có được sửa đổi, thiết kế theo hướng “mở”, theo hướng “mềm dẻo”... như thế nào thì cũng không được đi chệch định hướng xã hội chủ nghĩa mà Đảng ta đã khẳng định.

2. Tôn trọng tính kế thừa, sự đổi mới, sự tiếp tục phát triển trong quá trình sửa đổi Luật Thương mại năm 1997

Sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 đòi hỏi phải có sự

⁽¹⁾ Đảng Cộng sản Việt Nam: *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IX*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2001, tr.85.

loại bỏ những quy định có tính bất cập, cản trở quá trình đổi mới của Việt Nam, thậm chí phải có sự phủ định hàng loạt các văn bản đã trở nên lỗi thời. Đây là điều tất yếu. Tuy nhiên, cũng như pháp luật nói chung, Luật Thương mại sửa đổi của Việt Nam vẫn phải có tính kế thừa và phát triển.

Yêu cầu kế thừa là phải phát huy những thành tựu, những mặt tích cực của hệ thống pháp luật hiện hành, tức là kế thừa những giá trị truyền thống tốt đẹp của dân tộc Việt Nam đã được kết tinh trong các hoạt động thương mại, đã được phản ánh trong các quy phạm pháp luật hiện hành về thương mại. Luật Thương mại sửa đổi phải có nhiệm vụ “luật hóa” những giá trị tốt đẹp, riêng có đó của Việt Nam, coi những giá trị tốt đẹp đó là cái gốc làm nên bản chất của Luật Thương mại sửa đổi.

Bên cạnh đó, Luật Thương mại sửa đổi cũng phải tiếp thu, có chọn lọc, những kinh nghiệm của các nước có nền pháp luật thương mại tiên tiến trong khu vực và trên thế giới. Điều này sẽ làm giảm bớt sự cách biệt giữa Luật Thương mại Việt Nam với pháp luật thương mại các nước.

3. Luật Thương mại sau khi sửa đổi phải mang tính hiện đại, tính thống nhất và phù hợp với đặc thù của Việt Nam

Luật Thương mại sửa đổi phải loại bỏ được sự chồng chéo, trùng lặp, mâu thuẫn giữa các văn bản pháp luật hiện hành điều chỉnh hoạt động thương mại ở Việt Nam.

Để làm được điều này, trước hết, các nhà làm luật phải rà soát lại tất cả các văn bản luật hiện hành điều chỉnh các hoạt động thương mại ở Việt Nam. Trên cơ sở đó giải quyết ba vấn đề cơ bản sau:

- Loại bỏ sự chồng chéo trong phạm vi, đối tượng điều chỉnh của Bộ luật Dân sự năm 1995 và Luật Thương mại năm 1997;

- Loại bỏ sự trùng lặp giữa Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 với Luật Thương mại năm 1997;

- Loại bỏ sự tản mạn, chắp vá trong các văn bản luật và dưới luật về các dịch vụ như đại lý, ủy thác, giám định, giao nhận, vận tải, tài chính, ngân hàng...

Đây là những công việc không đơn giản nhưng chỉ có làm được điều này, Luật Thương mại sửa đổi mới thực sự trở thành nền tảng pháp lý, trở thành đạo luật khung thống nhất điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động thương mại sống động hiện nay.

II. TÌM HIỂU KINH NGHIỆM XÂY DỰNG PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI CỦA MỘT SỐ NƯỚC

Trước khi đưa ra những kiến nghị cụ thể về việc sửa đổi Luật Thương mại năm 1997, việc tìm hiểu kinh nghiệm xây dựng pháp luật thương mại nói chung và ban hành, sửa đổi các đạo luật hay bộ luật về thương mại nói riêng của các nước là điều rất quan trọng. Có bốn nước được lựa chọn. Đó là Cộng hoà Pháp - đại diện cho hệ thống pháp luật Civil Law và cũng là nước mà Việt Nam

pháp luật thống nhất của Pháp. Hình thức biểu hiện của pháp luật thương mại là Bộ luật Thương mại năm 1807.

Như ở chương thứ hai đã trình bày, năm 1804, Bộ luật Dân sự Pháp ra đời. Ba năm sau, năm 1807, Bộ luật Thương mại Pháp được ban hành. Ngoài Bộ luật Thương mại năm 1807, Pháp đã ban hành nhiều văn bản luật điều chỉnh hoạt động thương mại tạo nên hệ thống pháp luật thương mại hiện nay khá hoàn chỉnh. Sự tồn tại song song hai ngành luật - ngành luật dân sự và ngành luật thương mại là một trong những nét đặc thù của việc xây dựng pháp luật thương mại ở Pháp. Điều này rất khác với thực tế xây dựng pháp luật thương mại ở Anh, Hoa Kỳ và ở các nước theo Common Law, những nơi mà người ta cho rằng việc phân biệt pháp luật thương mại và pháp luật dân sự là không cần thiết và chỉ gây ra nhiều rắc rối, phiền hà.

Các nhà lập pháp tại Pháp cho rằng việc xây dựng pháp luật thương mại với ý nghĩa là một ngành luật độc lập là nhằm đáp ứng yêu cầu của thực tiễn khách quan: các hoạt động dân sự là những hoạt động nhằm mục đích thỏa mãn nhu cầu hàng ngày, nhu cầu tiêu dùng của con người; còn các hoạt động thương mại là các hoạt động có mục đích hoàn toàn khác, đó là kinh doanh thu lợi nhuận. Các hoạt động thương mại có những đặc điểm đặc thù khác với hoạt động dân sự, do đó, những quy phạm luật dân sự không thể điều chỉnh hiệu quả được mà các hoạt động này cần được pháp luật điều chỉnh với một cơ chế riêng, với các chế định đặc thù, đó chính là các chế định của pháp luật thương mại.

Thứ hai, pháp luật thương mại của Pháp được xây dựng trong mối quan hệ chặt chẽ với pháp luật dân sự.

Mặc dù là hai ngành luật độc lập cùng song song tồn tại nhưng pháp luật thương mại và pháp luật dân sự của Pháp không tách rời nhau mà có mối quan hệ hữu cơ với nhau. Các nguyên tắc được quy định trong Bộ luật Dân sự vẫn là những nội dung mang tính chất nền tảng mà các hoạt động thương mại phải tuân theo. Nhiều nội dung trong Bộ luật Dân sự vẫn được áp dụng trong lĩnh vực thương mại. Cụ thể như các quy định về tư cách chủ thể của công dân - tự nhiên nhân, về điều kiện trở thành pháp nhân, về các loại trái vụ, các nguyên lý chung về hợp đồng. Một số loại hợp đồng cơ bản trong hoạt động thương mại như hợp đồng mua bán, hợp đồng đấu thầu, gia công, hợp đồng vận chuyển... lại được quy định trong Bộ luật Dân sự chứ không phải trong Bộ luật Thương mại. Như vậy, có thể nói, pháp luật thương mại Pháp được xây dựng trên cơ sở và có kế thừa các quy định của pháp luật dân sự, đồng thời có sự điều chỉnh và phát triển cho phù hợp với hoạt động thương mại năng động, đầy rủi ro, luôn thay đổi và không ngừng phát triển.

Thứ ba, pháp luật thương mại của Pháp được xây dựng một cách hệ thống, được ban hành, tập hợp chủ yếu dưới dạng văn bản.

Với đặc điểm của một nước thuộc hệ thống Civil Law, tại Pháp, các quy phạm pháp luật nói chung và các quy phạm pháp luật điều chỉnh hoạt động thương mại nói riêng đều được pháp điển hóa, được hệ thống hóa một

cách bài bản, đầy đủ, cụ thể và được tập hợp trong các văn bản luật (bộ luật, đạo luật và các văn bản dưới luật có liên quan).

Trong số các văn bản điều chỉnh hoạt động thương mại ở Pháp, trước hết phải kể đến Bộ luật Thương mại năm 1807. Đây là Bộ luật Thương mại đầu tiên của Pháp và cũng là Bộ luật Thương mại đầu tiên trên thế giới. Theo đó, lần đầu tiên các quy phạm pháp luật thương mại được thể hiện khá đầy đủ vào trong một văn bản luật. Mặc dù được ban hành từ rất sớm nhưng Bộ luật này đã đề cập đến hầu hết các lĩnh vực hoạt động thương mại tiêu biểu ở thời đó, đặc biệt là các hoạt động thương mại và hàng hải. Cùng với Bộ luật Dân sự, Bộ luật Thương mại là niềm tự hào trong công tác lập pháp của nước Pháp.

Để cụ thể hóa những nguyên tắc và quy định trong Bộ luật Thương mại, Pháp đã ban hành gần 600 văn bản dưới hình thức Luật (Loi), Sắc luật (Décret - Loi), Sắc lệnh (Décret), Quyết định (Ordonnance)... Những văn bản này quy định các nội dung hết sức chi tiết, cụ thể và dễ áp dụng. Ví dụ, để cụ thể hóa Điều 1 của Bộ luật Thương mại năm 1807 về khái niệm thương nhân, hàng loạt các văn bản dưới luật đã được ban hành sau đó để làm rõ hơn cách hiểu, cách quan niệm về thương nhân. Người ta đã làm rõ khái niệm thương nhân bằng việc quy định sự khác nhau giữa thương nhân với thợ thủ công, giữa nghề nghiệp có tính thương mại với các nghề nghiệp có tính công nghiệp, nông nghiệp...; đồng thời đưa ra các tiêu chí để phân biệt các nghề nghiệp đó. Ví dụ, một người thợ

thủ công thuê thêm hơn 10 lao động, ngoài lao động trong gia đình anh ta thì anh ta sẽ được coi là thương nhân và vì vậy, phải tuân theo quy chế thương nhân trong Bộ luật Thương mại năm 1807 chứ không phải là quy chế thợ thủ công đơn thuần nữa.

Thứ tư, pháp luật thương mại của Pháp thường xuyên được sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện.

Như một quy luật tất yếu, sự thay đổi, phát triển đến chóng mặt của nền kinh tế và sự xuất hiện các vấn đề, các hiện tượng mới trong hoạt động thương mại đòi hỏi pháp luật thương mại phải được thường xuyên đổi mới, cập nhật, sửa đổi, bổ sung và đó là một quá trình hoàn thiện không ngừng. Lịch sử xây dựng và phát triển pháp luật thương mại của Pháp thể hiện rõ quá trình hoàn thiện đó, đặc biệt là việc hoàn thiện Bộ luật Thương mại năm 1807.

Khi mới được ban hành vào năm 1807, Bộ luật Thương mại của Pháp chỉ bao gồm 648 điều, được chia làm bốn tuyển tập: tuyển tập thứ nhất giới thiệu về thương mại nói chung, tuyển tập thứ hai quy định về thương mại hàng hải, tuyển tập thứ ba đề cập đến vấn đề phá sản và thủ tục phá sản, tuyển tập thứ tư là về giải quyết tranh chấp thương mại.

Như vậy, Bộ luật Thương mại của Pháp ban đầu chủ yếu chỉ điều chỉnh địa vị pháp lý của thương nhân, đưa ra quy chế thương nhân, quy chế phá sản của thương nhân, đặc biệt quy định rõ thương mại hàng hải là một hoạt động đang phát triển vào thời kỳ bấy giờ; đồng thời đưa ra các quy định về giải quyết tranh chấp thương mại phát sinh.

Cùng với thời gian, hoạt động thương mại ngày càng phát triển và trở nên phong phú, phức tạp, do đó, Bộ luật Thương mại Pháp đã liên tục được cập nhật và hoàn thiện bằng việc bổ sung, sửa đổi thông qua các luật sửa đổi, bổ sung cụ thể. Từ khi ban hành cho đến năm 2000, đã có hàng chục luật sửa đổi bổ sung Bộ luật Thương mại Pháp, ví dụ Luật ngày 30-8-1947 quy định về sự khác biệt giữa nghề nghiệp thương mại và các nghề nghiệp có tính công nghiệp, Luật sửa đổi ngày 13-7-1967, Luật sửa đổi ngày 9-1-1970 về các hành vi thương mại; mới đây nhất là Luật số 99-018 ngày 2-8-1999 về quy chế thương nhân, Luật số 99-025 ngày 19-8-1999 liên quan đến sự minh bạch trong hoạt động của các doanh nghiệp... Tuyến tập thứ hai của Bộ luật Thương mại năm 1807 về thương mại hàng hải đã được thay thế bằng Bộ luật Hàng hải ra đời năm 1966. Các vấn đề mà Bộ luật đề cập đến được mở rộng, bao trùm cả các nội dung về công ty thương mại, về thương phiếu, về các vấn đề liên quan đến cạnh tranh và chống độc quyền... Để tập hợp tất cả các luật sửa đổi, bổ sung đó vào trong một văn bản thống nhất, Bộ luật Thương mại mới của Pháp được soạn thảo lại và ban hành vào ngày 18-09-2000. Trong Bộ luật Thương mại năm 2000 này, các điều khoản được tập hợp một cách rất khoa học, rất hệ thống và rất tiện cho việc tra cứu. Người ta đã thống kê rằng chỉ có 33 điều khoản của Bộ luật cũ năm 1807 được giữ lại nguyên văn trong Bộ luật mới, các điều khoản khác đều được sửa đổi trên cơ sở kế thừa các nội dung của Bộ luật cũ và rất nhiều điều khoản mới được bổ sung. Bộ luật Thương mại

năm 2000 gồm hơn 2.000 điều khoản, được tổ chức thành 9 quyển (như đã nêu ở Chương II).

Cùng với việc hoàn thiện Bộ luật Thương mại, pháp luật thương mại ở Pháp cũng ngày càng phát triển cả về chất lượng và quy mô. Các hoạt động thương mại được mở rộng, không chỉ giới hạn ở hành vi mua bán hàng hóa mà còn bao gồm các hoạt động cung cấp dịch vụ (vận chuyển, môi giới, bảo hiểm, ngân hàng, kiểm toán, tư vấn...), các hoạt động về đầu tư, chuyển giao công nghệ... Ngày nay, ở Pháp, khái niệm thương mại (*commerce*) ngày càng tiến gần đến khái niệm kinh doanh (*affaires*). Vì thế, phạm vi điều chỉnh của pháp luật thương mại ngày càng rộng: pháp luật thương mại (*droit commercial*) ngày nay thường được thay thế bằng pháp luật kinh doanh (*droit des affaires*). Rất nhiều văn bản pháp luật mới được ban hành để điều chỉnh các lĩnh vực mới, những vấn đề thương mại mới phát sinh hoặc để thay thế các văn bản đã lỗi thời, không còn phù hợp với tình hình mới.

Điều này cho thấy rất rõ ràng, không chỉ Việt Nam mà ngay cả đối với các nước tư bản chủ nghĩa phát triển, việc sửa đổi pháp luật nói chung và pháp luật thương mại nói riêng là việc làm thường xuyên và tất yếu.

Thứ năm, trong quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật thương mại của Pháp, vai trò của án lệ, của tập quán thương mại ngày càng được công nhận và khẳng định.

Trước kia, các quốc gia theo hệ thống Civil Law thường chỉ công nhận giá trị của các văn bản pháp luật.

Vai trò của án lệ và tập quán thương mại ít được nhìn nhận. Tuy vậy, xu thế hiện nay cho thấy rằng, tại các quốc gia này, trong đó có Pháp, người ta bắt đầu thừa nhận vai trò của án lệ và của tập quán thương mại trong việc hệ thống hóa pháp luật thương mại. Đây không phải là một hiện tượng khó hiểu, mà là xu hướng phát triển tất yếu của pháp luật thương mại ở các quốc gia theo hệ thống Civil Law trong xu thế hội nhập kinh tế quốc tế.

Việc pháp điển hóa các quy định của pháp luật thương mại tại các nước thuộc hệ thống Civil Law dưới dạng các tập hợp văn bản đem lại tính hệ thống và sự ổn định tương đối cho pháp luật thương mại. Đây là mặt tích cực của hệ thống Civil Law. Tuy nhiên, mặt tiêu cực của nó là tính linh hoạt thường không cao. Trong thực tế, các văn bản pháp luật được ban hành không theo kịp thực tiễn khách quan luôn biến động. Vì vậy, trong nhiều trường hợp, tòa án phải vận dụng một cách sáng tạo và linh hoạt nhiều quy tắc pháp luật để giải quyết những vụ tranh chấp chưa được quy định trong luật. Trong những trường hợp như vậy, phán quyết của tòa án sẽ được tập hợp thành án lệ và được áp dụng như một “khuôn mẫu” cho các tranh chấp tương tự sau này.

Tuy nhiên, khác với ở Anh và ở Hoa Kỳ, những nơi án lệ được coi là nguồn của pháp luật, ở Pháp, án lệ chỉ có vai trò quan trọng trong việc giải thích các văn bản luật. Nói cách khác, các án lệ góp phần làm rõ thêm các ý nghĩa và nội dung của văn bản luật dưới ánh sáng của những vụ

việc và tranh chấp trong thực tiễn. Ví dụ, Điều L121-1 Bộ luật Thương mại năm 2000 chỉ đưa ra hai đặc điểm khi nêu định nghĩa về thương nhân. Đó là: (i) thực hiện hành vi thương mại; (ii) coi việc thực hiện các hành vi thương mại là nghề nghiệp thường xuyên. Trong thực tiễn, khi giải quyết các tranh chấp về vấn đề này, các tòa án đã giải thích rằng “thương nhân phải thực hiện hành vi thương mại một cách độc lập, nhân danh bản thân mình và vì lợi ích của mình”. Trên cơ sở đó, tòa án ra phán quyết. Do vậy, người ta mặc nhiên công nhận rằng đặc điểm thứ ba của thương nhân là thực hiện hành vi thương mại một cách độc lập, nhân danh và vì lợi ích của mình. Nói cách khác, đặc điểm thứ ba của thương nhân được hình thành và công nhận từ các án lệ chứ không phải được quy định trong Bộ luật Thương mại.

Bên cạnh việc vai trò của án lệ ngày càng được coi trọng, trong một số lĩnh vực như mua bán hàng hóa, tập quán thương mại cũng trở thành một trong những yếu tố quan trọng bổ sung cho các quy định của pháp luật thành văn. Tập quán làm ăn và tập quán kinh doanh được sử dụng để diễn giải hợp đồng, để giải thích ý chí của các bên trong hợp đồng. Ví dụ, theo quy định của luật pháp, để trả lời cho một chào hàng, sự im lặng không có ý nghĩa là sự chấp nhận. Tuy vậy, xét trong quan hệ làm ăn lâu dài của hai đối tác thường xuyên về mặt hàng tương tự, tòa án có thể ra phán quyết rằng sự im lặng phải được coi như là chấp nhận.

2. Hoa Kỳ

Trong lĩnh vực thương mại, ở Hoa Kỳ, các tập quán pháp và các án lệ về thương mại có giá trị đặc biệt quan trọng. Hoa Kỳ là một Hợp chủng quốc gồm 50 bang, do đó, việc coi trọng án lệ và tập quán làm cho hệ thống pháp luật thương mại Hoa Kỳ có các đặc điểm sau:

Thứ nhất, pháp luật thương mại Hoa Kỳ là tập hợp đồ sộ các án lệ của 50 bang.

Vì án lệ là phán quyết của tòa án về từng vụ việc tranh chấp, do đó, Hoa Kỳ, với hình thức là một Nhà nước Liên bang gồm 50 bang hợp thành (ở mỗi bang đều có tòa án bang, ở phạm vi Hợp chủng quốc thì có Tòa án Tối cao - Tối cao pháp viện của Liên bang) có một tập hợp đồ sộ, phức tạp các án lệ của 50 tòa án ở 50 bang và cả án lệ của Tối cao pháp viện Hoa Kỳ. Điều này tạo ra tính phức tạp trong hệ thống pháp luật thương mại cũng như trong quá trình giải quyết tranh chấp về thương mại của Hoa Kỳ.

Tính phức tạp này thể hiện rất rõ ở chỗ, vì phán quyết của tòa án mỗi bang chỉ có giá trị cho bang đó cho nên các bang khác rất khó khăn trong việc tiếp cận. Không chỉ các doanh nghiệp nước ngoài mà ngay cả người dân cũng như bản thân các công ty thương mại của Hoa Kỳ cũng rất khó tiếp cận. Đây chính là cơ sở để hình thành hệ thống hoạt động của các luật sư, các nhà tư vấn pháp lý. Chưa ở đâu mà vai trò của các luật sư, các nhà tư vấn pháp luật lại được khẳng định một cách mạnh mẽ, cả về nguyên tắc lẫn trong thực tế như ở Hoa Kỳ.

Thứ hai, pháp luật thương mại Hoa Kỳ không được xây dựng và hoàn thiện với ý nghĩa là ngành luật độc lập.

Các tập quán thương mại được thừa nhận là các quy tắc pháp luật điều chỉnh các hoạt động thương mại mà không cần thiết phải lý giải, lập luận sự khác biệt giữa pháp luật thương mại và pháp luật dân sự. Ngay cả những năm gần đây, khi giới luật gia Hoa Kỳ hướng tới quan điểm phải ban hành hệ thống pháp luật dưới dạng văn bản thì người ta cũng xây dựng, sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện các văn bản pháp luật về thương mại một cách tự nhiên nhằm đáp ứng yêu cầu của thực tiễn khách quan mà không cần phải phân biệt văn bản nào có “tính thương mại” và văn bản nào là “phi thương mại”. Nói cách khác, ở Hoa Kỳ, việc hệ thống hoá các văn bản luật một cách rạch ròi theo phân ngành luật (như ngành luật thương mại, ngành luật dân sự...) không tồn tại. Đó là điểm khác biệt với hệ thống pháp luật của Pháp và của các nước theo hệ thống Civil Law.

Thứ ba, pháp luật thương mại Hoa Kỳ mang nặng màu sắc chính trị và mang nặng dấu ấn của một siêu cường.

Để kiểm soát hoạt động xuất khẩu, Hoa Kỳ ban hành các đạo luật thành văn với nhiều mục tiêu, trong đó có cả những mục tiêu mang màu sắc chính trị. Ví dụ như Đạo luật Buôn bán với các nước thù địch năm 1917 (The Trading With The Enemy Act - viết tắt là TWTEA), các lệnh cấm vận, trừng phạt kinh tế và bao vây phong toả... đối với các nước bị coi là không “hữu hảo” với Hoa Kỳ đều xuất phát từ đạo luật này. Ngoài ra, tất cả các nước xã hội chủ nghĩa trước

đây, trong đó có Việt Nam, đều chịu sự tác động của Luật Thương mại năm 1974 của Hoa Kỳ. Theo đạo luật này (Mục 402), tất cả các nước xã hội chủ nghĩa đều bị loại khỏi danh sách các nước được Hoa Kỳ cho hưởng chế độ đãi ngộ tối huệ quốc về thương mại (MFN) chỉ vì đó là những nước cộng sản, phi thị trường. Lý do của sự phân biệt đối xử này được ngụy trang với những tiêu chí phi lý như: những nước này đã từ chối quyền di cư đối với công dân của mình, đánh thuế di cư cao hơn mức thuế danh nghĩa...

Thứ tư, pháp luật thương mại Hoa Kỳ hiện nay cũng có xu hướng pháp điển hoá các hoạt động thương mại dưới dạng văn bản.

Mặc dù pháp luật thương mại Hoa Kỳ ngày nay mang nặng dấu ấn của hệ thống Common Law nhưng bước vào thế kỷ XIX, giới luật gia Hoa Kỳ đã có ý muốn tạo thuận lợi cho các doanh nghiệp, các thương nhân Hoa Kỳ trong việc có thể tiên liệu trước được các hoạt động thương mại và pháp luật điều chỉnh các hoạt động này. Vì vậy, việc làm đầu tiên của họ là cố gắng loại bỏ tính phức tạp, tính rắc rối do các án lệ đem lại bằng cách quyết tâm xây dựng Bộ luật Thương mại thành văn đầu tiên của mình. Đó là Bộ luật Thương mại thống nhất của Hợp chủng quốc Hoa Kỳ (UCC).

Bộ luật này được soạn thảo từ thập niên 40 của thế kỷ XX, bản hoàn chỉnh đầu tiên được ban hành năm 1952. Đến năm 1962, UCC được 49 bang thông qua và năm 1970 nó được cả 50 bang thông qua.

Cùng với các đạo luật điều chỉnh hoạt động thương mại trước và sau năm 1952, UCC đã trở thành biểu tượng của hệ thống văn bản pháp luật thương mại cao nhất của Hoa Kỳ cho đến ngày nay.

3. Nhật Bản

Qua tiến hành khảo sát, phân tích, chúng tôi rút ra các đặc điểm cơ bản của Bộ luật Thương mại Nhật Bản như sau:

Thứ nhất, pháp luật thương mại Nhật Bản được cụ thể hóa và thể hiện ở nhiều văn bản luật, đạo luật và dưới luật.

Giống như các nước theo hệ thống Civil Law, Nhật Bản chủ yếu ban hành pháp luật dưới hình thức văn bản. Bộ luật Thương mại đầu tiên của Nhật Bản được ban hành năm 1890, dựa trên dự thảo của một nhà tư vấn người Đức là Herman Roesler. Bộ luật này gần như rập khuôn Bộ luật Thương mại Pháp, mặc dù về mặt nội dung, nó mang cả màu sắc Luật Thương mại của Đức. Tuy nhiên, ngay từ khi chưa kịp có hiệu lực, Bộ luật này đã không được xã hội Nhật Bản đón nhận và vấp phải một loạt những phê bình gay gắt. Cuối cùng, một Bộ luật sửa đổi mang mô hình luật Đức đã được thông qua và có hiệu lực vào năm 1899. Hơn 100 năm qua, Bộ luật này được sửa đổi rất nhiều lần và được cụ thể hoá bằng các đạo luật, văn bản dưới luật như Luật Thương phiếu, Luật Hối phiếu, Luật Đăng ký thương mại v.v. nhằm phù hợp với các hoạt động thương mại của Nhật Bản.

Thứ hai, Bộ luật Thương mại Nhật Bản là hình thức pháp luật cao nhất phản ánh đặc thù của các hoạt động thương mại ở Nhật Bản.

Về mặt kết cấu, Bộ luật Thương mại Nhật Bản được chia làm bốn quyển với 851 điều. Quyển 1 là “Những quy định chung”; Quyển 2 đề cập đến vấn đề “Công ty”; Quyển 3 đề cập đến “Giao dịch thương mại”; Quyển 4 là những quy định về “Vận tải và bảo hiểm thương mại”.

Mặc dù Nhật Bản là một nước châu Á nhưng pháp luật thương mại nói chung và Bộ luật Thương mại nói riêng ngay từ thời kỳ mới ban hành và cả hiện nay vẫn chịu ảnh hưởng của Bộ luật Thương mại Pháp năm 1807 về cả nội dung và kết cấu. Điểm khác biệt cơ bản chỉ là phạm vi của những mối quan hệ mà Bộ luật Thương mại Nhật Bản điều chỉnh: luật Nhật Bản đã mở rộng đối tượng điều chỉnh bao gồm tất cả các loại hình công ty thương mại (Quyển 2). Nguyên nhân chính làm nên điểm khác biệt này là vì Bộ luật Thương mại của Nhật Bản ra đời muộn hơn Bộ luật Thương mại của Pháp đến 92 năm. Trong thời gian này, các loại hình công ty thương mại ở Nhật Bản đã ra đời và phát triển mạnh mẽ, đòi hỏi phải có bộ luật điều chỉnh chung.

Thứ ba, Bộ luật Thương mại của Nhật Bản được xây dựng theo hướng tăng tính cưỡng chế để đảm bảo tính hiệu lực.

Là nước chịu sự tàn phá nặng nề của Đại chiến thế giới thứ hai, nhưng đến nay, Nhật Bản đã trở thành một

nước công nghiệp phát triển mạnh, mọi hoạt động kinh tế đều diễn ra một cách có trật tự, kỷ cương và nề nếp. Điều này sẽ được lý giải thông qua việc tìm hiểu một số quy định về xử lý vi phạm trong Bộ luật Thương mại Nhật Bản năm 1899. Sau đây là ba ví dụ về xử lý vi phạm của Bộ luật này:

- Để xử lý các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, Điều 22 Bộ luật năm 1899 quy định: “Một người vì mục đích cạnh tranh không tốt, đã sử dụng một tên thương mại như đã nói ở Điều 20 Khoản 1, sẽ phải chịu một khoản tiền phạt phi hình sự không quá 200.000 yên”.

- Về đăng ký tên thương mại, Điều 30 quy định: “Nếu một người đã đăng ký tên thương mại của mình nhưng lại không sử dụng nó trong một khoảng thời gian là hai năm, mà không có lý do chính đáng thì người đó bị coi như không còn sử dụng tên thương mại đó nữa”.

- Điều 28 đoạn 1 của Luật về những ngoại lệ đặc biệt liên quan đến kiểm soát công ty cổ phần quy định: “Nếu trong khi thực hiện chức năng của mình, kiểm soát viên đã có hành vi gạ gẫm không chính đáng, nhận, đòi hỏi hoặc hứa nhận hối lộ thì người đó sẽ bị phạt với hình phạt khổ sai trong 3 năm hoặc ít hơn, hoặc phạt tiền không quá 1.000.000 yên”.

Từ ba ví dụ trên đây, có thể rút ra nhận xét: Bộ luật Thương mại của Nhật Bản năm 1899 đã quy định rất cụ thể, rất chi tiết về các loại chế tài cho những hành vi vi phạm. Với cách quy định như vậy, tòa án cũng dễ áp

dụng mà các thương nhân cũng dễ tự răn đe mình. Bên cạnh đó, Bộ luật còn quy định cả các chế tài hình sự, giống như Bộ luật Thương mại của Pháp.

Có thể khẳng định trên đây là những điểm rất đặc sắc của Bộ luật Thương mại Nhật Bản năm 1899 và cũng là một kinh nghiệm mà Việt Nam cần quan tâm khi sửa đổi Luật Thương mại năm 1997.

4. Trung Quốc

Trong những năm gần đây, kinh tế Trung Quốc liên tục đạt được tốc độ tăng trưởng cao với nhiều thành tựu quan trọng. Có nhiều nguyên nhân dẫn đến những thành tựu này, trong đó, một trong những nguyên nhân chính là Trung Quốc đã có những chính sách thương mại phù hợp với từng giai đoạn lịch sử, đặc biệt từ thời kỳ Đặng Tiểu Bình thực hiện chính sách cải cách. Ngoài ra, để phù hợp với xu thế toàn cầu hoá và để đạt mục tiêu trở thành thành viên của WTO, pháp luật thương mại của Trung Quốc đã được tích cực sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với các yêu cầu của WTO.

Việc Trung Quốc trở thành thành viên của WTO vào năm 2001 và các kinh nghiệm của Trung Quốc trong việc hoàn thiện pháp luật thương mại rất đáng để Việt Nam học tập. Từ đó, chúng ta có thể rút ra các bài học kinh nghiệm trong việc hoàn thiện hệ thống pháp luật thương mại của Việt Nam - một bước chuẩn bị quan trọng cho Việt Nam trong mục tiêu trở thành thành viên của WTO.

Qua việc nghiên cứu lịch sử hình thành pháp luật thương mại của Trung Quốc, có thể rút ra một số kinh nghiệm sau:

Thứ nhất, pháp luật thương mại Trung Quốc ra đời trên cơ sở pháp luật về hợp đồng.

Pháp luật thương mại nói chung cũng như pháp luật hợp đồng nói riêng của Trung Quốc được hình thành từ rất sớm. Tuy chưa có khái niệm “hợp đồng” song từ rất xa xưa, người Trung Quốc đã rất quen thuộc với từ “khế ước”. Mặc dù nhiều người dân Trung Quốc chưa đọc thông viết thạo nhưng họ hiểu rằng, một khi đã điểm chỉ vào khế ước thì phải thực hiện tất cả những gì đã quy định trong đó cho dù họ có đồng ý hay không. Những năm cuối của triều đại nhà Thanh, bản thảo Dân Luật đầu tiên đã ra đời vào năm 1911, trong đó dành riêng một phần gồm 366 điều để quy định những vấn đề cơ bản về hợp đồng nói chung và 19 loại hợp đồng cụ thể.

Tới năm thứ mười bốn của thời kỳ chính quyền dân quốc (năm 1925), bản thảo thứ hai về Dân Luật được ban hành. Đến năm 1930, Bộ luật Dân sự của Chính phủ Trung Hoa dân quốc được chính thức ban hành, điều chỉnh 24 loại hợp đồng mua bán thông thường.

Trong thời kỳ đầu xây dựng và phát triển nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa, Trung Quốc áp dụng hệ thống pháp luật kiểu cũ của cơ chế kế hoạch hóa tập trung. Từ năm 1978, Trung Quốc thực hiện chính sách cải cách mở cửa trên toàn quốc, đòi hỏi phải có sự hoàn thiện hơn nữa

pháp luật về hợp đồng. Để đáp ứng yêu cầu này, Chính phủ Trung Quốc đã chính thức thông qua và ban hành Luật Hợp đồng kinh tế vào ngày 13-12-1981. Ngay sau đó, Trung Quốc liên tiếp cho ra đời trên mười hai bản điều lệ khác nhau để hướng dẫn chi tiết việc thi hành Luật Hợp đồng kinh tế năm 1981.

Tiếp đó, tại Kỳ họp thứ 10 Quốc hội khoá VI ngày 21-3-1985, Luật Hợp đồng kinh tế có yếu tố nước ngoài đã được thông qua, có hiệu lực thi hành từ ngày 01-7-1985. Đồng thời, để có thể tồn tại và phát triển lành mạnh trong thời đại khoa học - kỹ thuật phát triển như vũ bão, đáp ứng yêu cầu công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước, Luật Hợp đồng kỹ thuật công nghệ đã được ban hành vào ngày 23-10-1987 và chính thức đi vào thực hiện từ 07-11-1987.

Ngoài ra, hàng loạt các văn bản pháp luật khác như: Luật Bảo hiểm, Luật Đường sắt, Luật Thương phiếu, Luật Chứng từ... quy định chi tiết về các loại hợp đồng có liên quan được ban hành.

Mặc dù các văn bản pháp luật nêu trên đã mang lại những thành công nhất định cho nền kinh tế của Trung Quốc trong thời kỳ mới mở cửa, tuy nhiên, cho đến cuối thập niên 90 của thế kỷ XX, hệ thống pháp luật thương mại Trung Quốc nói chung và các chế định pháp luật về hợp đồng của Trung Quốc nói riêng đã bộc lộ nhiều bất cập trước những biến đổi mạnh mẽ của kinh tế cả trong và ngoài nước. Do đó, pháp luật thương mại cũng như pháp luật về hợp đồng cần được hoàn thiện để Trung Quốc đạt được mục tiêu trở thành thành viên của WTO.

Việc sửa đổi, bổ sung pháp luật thương mại của Trung Quốc cho phù hợp với các cam kết quốc tế và các hiệp định của WTO đã được các nhà lãnh đạo và lập pháp của Trung Quốc đặt lên hàng đầu trong tiến trình đàm phán để trở thành thành viên của WTO. Điều này được thể hiện thông qua việc Trung Quốc đã loại bỏ gần 200.000 quy định của chính quyền địa phương, đã sửa đổi, bổ sung 2.300 văn bản cấp Trung ương⁽¹⁾ và đặc biệt là việc ban hành Luật Hợp đồng năm 1999.

Luật Hợp đồng năm 1999 của Trung Quốc ra đời đã xoá bỏ sự tồn tại của ba văn bản luật về hợp đồng trước đó: “Luật Hợp đồng kinh tế”, “Luật Hợp đồng kinh tế có yếu tố nước ngoài” và “Luật Hợp đồng kỹ thuật” của nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa. Sự phát triển của nền kinh tế Trung Quốc đã làm cho ba văn bản luật này bộc lộ những nhược điểm như phạm vi, đối tượng điều chỉnh quá hẹp, số lượng, chủng loại hợp đồng được điều chỉnh quá ít, thiếu những quy định mang tính tổng quát, hệ thống về hợp đồng.

Luật Hợp đồng của Trung Quốc năm 1999 đã khắc phục được những nhược điểm này. Phạm vi, đối tượng điều chỉnh đã được mở rộng. Luật Hợp đồng được áp dụng cho tất cả các loại hợp đồng bao trùm cả hợp đồng thương mại và hợp đồng dân sự. Đối tượng chịu sự điều

⁽¹⁾ *Trung Quốc trở thành thành viên của WTO* (La Chine devient membre de l'OMC), Bộ Ngoại giao và Thương mại quốc tế, Quyển 19, số 19, ngày 15-11-2001, tr.1.

chính của Luật là các cá nhân, các tổ chức trong nền kinh tế không kể đến tổ chức đó là pháp nhân hay không. Ngoài ra, Luật Hợp đồng cũng đã đưa ra các nguyên tắc chung một cách hệ thống, đầy đủ cho việc ký kết và thực hiện hợp đồng.

Thứ hai, Luật Hợp đồng năm 1999 được coi là một đạo luật quan trọng điều chỉnh hoạt động thương mại ở Trung Quốc.

Hệ thống pháp luật thương mại ở Trung Quốc không được tập hợp riêng trong một bộ luật (hay đạo luật) về thương mại. Bởi vậy, nói đến pháp luật thương mại ở Trung Quốc, người ta thường nhắc đến Luật Hợp đồng năm 1999 như một điểm sáng, một thành công trong quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật thương mại ở quốc gia châu Á này. Bên cạnh Luật Hợp đồng năm 1999, nhiều đạo luật khác như Luật Công ty, Luật về hội buôn, Luật về doanh nghiệp tư nhân, Luật Bảo hiểm, Luật về Thương phiếu... cũng được ban hành. Nhưng có thể thấy, Luật Hợp đồng nằm ở vị trí trung tâm trong tất cả các đạo luật nói trên. Điều này được khẳng định không chỉ vì Luật Hợp đồng là một đạo luật tiên tiến và hoàn chỉnh mà còn vì, có thể khẳng định rằng, quan hệ hợp đồng là quan hệ phổ biến nhất trong các quan hệ thương mại và kinh doanh. Để mua bán hàng hoá, xuất nhập khẩu hàng hoá, các bên phải ký kết các hợp đồng mua bán hàng hoá, hợp đồng xuất nhập khẩu. Các bên muốn liên doanh liên kết với nhau cũng phải trên cơ sở hợp đồng hợp tác kinh doanh. Muốn vay vốn phải có hợp đồng tín dụng với

ngân hàng. Các thoả thuận về cung ứng dịch vụ cũng phải được thể hiện bằng các hợp đồng cụ thể như hợp đồng vận tải, hợp đồng xây dựng công trình, hợp đồng uỷ thác, hợp đồng môi giới... Có thể thấy, hầu như các quan hệ thương mại phát sinh giữa các thương nhân đều được hình thành trên cơ sở các hợp đồng.

Điều chỉnh các quan hệ hợp đồng này chính là việc điều chỉnh các hành vi thương mại và kinh doanh của thương nhân. Do đó, Luật Hợp đồng thể hiện vai trò to lớn trong việc điều tiết các hoạt động thương mại.

Thứ ba, Luật Hợp đồng của Trung Quốc năm 1999 - đạo luật cơ bản về hợp đồng của Trung Quốc - được xây dựng theo hướng thống nhất các loại hợp đồng, không phân biệt đó là hợp đồng có yếu tố nước ngoài hay yếu tố trong nước.

Luật Hợp đồng của Trung Quốc năm 1999 gồm ba phần được chia thành 23 chương với 428 điều, trong đó có rất nhiều các nguyên tắc cụ thể. Đó là:

+ Về phạm vi điều chỉnh:

Phạm vi điều chỉnh của Luật Hợp đồng của Trung Quốc năm 1999 được quy định tại Điều 2: “*Hợp đồng mà luật này nói đến là chỉ sự thoả thuận về việc thiết lập, thay đổi, kết thúc quan hệ quyền lợi và nghĩa vụ dân sự giữa các chủ thể bình đẳng là tự nhiên nhân, pháp nhân và các tổ chức khác. Thoả thuận có liên quan đến quan hệ cá nhân như: hôn nhân, nhận nuôi, giám hộ v.v. thì áp dụng quy định của các luật khác*”.

Khi so sánh với ba đạo luật về hợp đồng trước đây của Trung Quốc, phạm vi điều chỉnh của Luật Hợp đồng năm 1999 được mở rộng hơn và được áp dụng với nhiều loại hợp đồng hơn. Luật Hợp đồng kinh tế và Luật Hợp đồng kinh tế có yếu tố nước ngoài của Trung Quốc trước đây không được áp dụng đối với các hợp đồng mà chủ thể ký kết là tự nhiên nhân. Luật Hợp đồng kỹ thuật của Trung Quốc không điều chỉnh các hợp đồng kỹ thuật có yếu tố nước ngoài. Ngược lại, theo quy định của Luật Hợp đồng năm 1999, đối tượng điều chỉnh là các chủ thể của hợp đồng bao gồm tự nhiên nhân, pháp nhân và các tổ chức khác. Phạm vi điều chỉnh được mở rộng, bao gồm không chỉ hợp đồng kinh tế và hợp đồng kỹ thuật mà điều chỉnh đối với tất cả các loại hợp đồng được thành lập, sửa đổi, bổ sung theo đúng quyền và nghĩa vụ dân sự của các chủ thể trong nền kinh tế.

+ Về các nguyên tắc chung trong việc ký kết, thực hiện hợp đồng:

Các nguyên tắc chung của Luật Hợp đồng năm 1999 cũng giống như các nguyên tắc chung của PICC. Ví dụ như nguyên tắc tự do ký kết hợp đồng, Điều 4 của Luật Hợp đồng năm 1999 quy định: “*Các chủ thể của hợp đồng có quyền ký kết hợp đồng một cách tự nguyện theo pháp luật, bất kỳ cá nhân và đơn vị nào cũng không được can dự bất hợp pháp vào quyền này*”. Trong khi đó, Điều 1.1 của PICC quy định: “*Các bên tham gia vào hợp đồng có quyền tự do ký kết và thoả thuận nội dung hợp đồng*”. Nguyên tắc trung thực, nguyên tắc bình đẳng giữa các

chủ thể, nguyên tắc công bằng trong việc xác định quyền lợi và nghĩa vụ, nguyên tắc trung thực của Luật Hợp đồng năm 1999 của Trung Quốc và PICC cũng hoàn toàn giống nhau. Như vậy, có thể thấy được cách thức mà Trung Quốc “nội luật hoá” các quy định có tính tập quán quốc tế về thương mại là đưa vào luật nội địa của nước mình những định nghĩa, những phạm trù, những khái niệm có nội dung giống như trong các tập quán thương mại quốc tế. Đây là điều mà Việt Nam nên học tập.

Ngoài ra, các quy định về chào hàng, chấp nhận chào hàng, điều kiện hiệu lực của chào hàng, thu hồi chào hàng, hủy bỏ chào hàng, điều kiện hiệu lực của chấp nhận chào hàng, thời hạn hiệu lực của chào hàng, sửa đổi bổ sung chào hàng của Luật Hợp đồng năm 1999 Trung Quốc và PICC là tương tự nhau.

Kết luận: Từ việc phân tích kinh nghiệm của một số nước nói trên, ta có thể thấy rõ sự đa dạng, muôn màu, muôn vẻ trong việc xây dựng và sửa đổi pháp luật thương mại của mỗi nước. Điều này khẳng định rằng, pháp luật thương mại mỗi nước đều được thiết kế, xây dựng dựa trên cơ sở kinh tế, dựa trên thực tiễn kinh doanh thương mại cũng như dựa vào thực trạng thành tựu và kỹ năng xây dựng pháp luật của từng nước. Ngoài ra, trong xu thế toàn cầu hoá, dù muốn hay không, các nước đều nghiên cứu, phân tích tình huống cụ thể của mình để có sự lựa chọn sao cho pháp luật thương mại nước mình được xây dựng không cách biệt quá xa so với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế. Bên cạnh đó, mỗi quốc gia đều có

những khác biệt về xây dựng pháp luật thương mại của mình, rất đa dạng và không có sự dập khuôn một cách cứng nhắc. Đây là những kinh nghiệm bổ ích cho Việt Nam khi sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 nói riêng và hoàn thiện pháp luật thương mại nói chung.

III. NHỮNG KIẾN NGHỊ CỤ THỂ

1. Kiến nghị về tên gọi của Luật

Có rất nhiều ý kiến về tên gọi của Luật Thương mại sắp tới. Theo chúng tôi, tên gọi của đạo luật mới nên là **“Luật Thương mại Việt Nam, bản sửa đổi năm...”**.

Tên gọi của một đạo luật đóng vai trò rất quan trọng vì nó sẽ quyết định nội hàm của Luật. Nếu tên gọi là Bộ luật Thương mại thì quy mô, nội dung bên trong của nó sẽ phải được xây dựng sao cho tương xứng với một bộ luật. Nếu tên gọi là Bộ luật thì cơ sở hạ tầng, tức là nền thương mại của nước đó cũng phải tương đối ổn định. Còn nếu tên gọi là đạo luật thương mại thì nội dung bên trong sẽ khiêm tốn hơn, quy mô và phạm vi điều chỉnh sẽ hẹp hơn và vì vậy, việc sửa đổi Luật cũng dễ dàng hơn mỗi khi cơ sở hạ tầng có sự thay đổi. Ngoài ra, đối với một bộ luật, các chế định, quy định cũng như cấu trúc các quy phạm pháp luật trong đó phải được xây dựng một cách khoa học, hệ thống và logic. Điều này đòi hỏi một kỹ thuật lập pháp cao, một sự đầu tư lớn cả về con người, kinh phí và thời gian.

Vì lẽ đó, chúng tôi chọn tên của đạo luật thương mại mới của Việt Nam là Luật Thương mại Việt Nam chứ

hông phải là Bộ luật Thương mại Việt Nam. Điều này được quyết định bởi ba lý do sau:

- *Thứ nhất*, đạo luật thương mại đầu tiên của nước cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam mới ban hành năm 1997. Tính đến nay, nó mới chỉ có hiệu lực được 7 năm. Đó là quãng thời gian quá ngắn để có thể đổi tên Luật hành Bộ luật.

- *Thứ hai*, khi ban hành Luật Thương mại, tức là vào năm 1997, nền thương mại của Việt Nam vẫn còn mang nặng dấu ấn của nền kinh tế phi thị trường. Cho đến nay, mặc dù có nhiều thành tựu nhưng nền kinh tế đất nước nói chung và các hoạt động thương mại ở Việt Nam nói riêng còn có sự phát triển chưa bền vững. Vì vậy, dự đoán là sẽ còn nhiều thay đổi trong thời gian tới. Trong bối cảnh như vậy, tên gọi là Luật Thương mại sẽ phù hợp hơn là Bộ luật Thương mại.

- *Thứ ba*, về mặt kỹ thuật lập pháp, các nhà làm luật của Việt Nam, kể cả cơ quan lập pháp, vẫn còn có nhiều vướng mắc với những chế định, thuật ngữ, phạm trù... liên quan đến nội hàm cần đưa vào Bộ luật Thương mại.

Với những phân tích trên đây, vì hướng đi là sửa đổi Luật Thương mại, chứ không phải là sửa đổi thành Bộ luật Thương mại, cho nên, tên của đạo luật sửa đổi sắp tới nên là Luật Thương mại Việt Nam.

Nếu tên gọi là Luật Thương mại Việt Nam thì mục tiêu, nội dung, bố cục trong Luật sửa đổi vừa phải có tính kế thừa, vừa phải có sự sửa đổi và đồng thời phải có sự bổ sung

hoặc loại bỏ những bất cập sao cho tương xứng với tên gọi của nó, trong đó, tính kế thừa đóng vai trò quan trọng nhất.

2. Kiến nghị về sửa đổi mục tiêu của Luật

Giữ nguyên mục tiêu của Luật như đã khẳng định trong Lời nói đầu của Luật Thương mại năm 1997. Mục tiêu này của Luật nói lên bản chất của nền thương mại Việt Nam là phát triển theo cơ chế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa có sự quản lý của Nhà nước, trong đó kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo. Đây là sự “luật hóa” đường lối, quan điểm của Đảng.

Tuy nhiên, để Lời nói đầu của Luật Thương mại sửa đổi có tính bao quát và cô đọng hơn cũng như phù hợp với thực tiễn của thương mại Việt Nam trong giai đoạn mới, cần sửa đổi mục tiêu trong Lời nói đầu như sau: “*Luật Thương mại là cơ sở pháp lý thúc đẩy phát triển nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần theo cơ chế thị trường có sự quản lý của Nhà nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa, trong đó kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo; phát triển thị trường thương mại hàng hoá, thị trường **thương mại dịch vụ**; thị trường **thương mại sở hữu trí tuệ**, mở rộng quan hệ thương mại với nước ngoài; góp phần thúc đẩy nền kinh tế tăng trưởng nhanh và bền vững theo hướng công nghiệp hóa, hiện đại hóa vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, **dân chủ, văn minh**”.*

So với Lời nói đầu của Luật Thương mại năm 1997, Lời nói đầu này đã được “gọt giũa” cho súc tích hơn và bớt rườm rà hơn và ngắn gọn hơn. Ngoài ra, điểm mới của nó là

đã đưa thêm các cụm từ “thị trường thương mại dịch vụ”, “thị trường thương mại sở hữu trí tuệ” và “dân chủ”.

Chúng tôi hoàn toàn không nhất trí với những ý kiến là bỏ đi mục tiêu của Luật trong Lời nói đầu như Dự thảo lần thứ 6 mà Bộ Thương mại đã trình Chính phủ (xem *bảng 3*). Bởi vì, bất kỳ một bộ luật, một đạo luật hay một hiệp định thương mại nào cũng đều nêu rõ mục tiêu của nó ở lời nói đầu. Việc không ghi mục tiêu vào lời nói đầu của Luật sẽ làm cho người ta không phân biệt được, không nhận định được nét khác biệt cơ bản giữa Luật Thương mại năm 1997 (với ý nghĩa là đạo luật thương mại đầu tiên) với Luật Thương mại sửa đổi (với ý nghĩa là đạo luật thương mại sửa đổi lần thứ nhất). Và nó sẽ làm cho Luật Thương mại sửa đổi mất đi tính kế thừa, sự phát triển cũng như sự hoàn thiện hơn. Thậm chí, theo thời gian, nó dễ làm cho người ta phủ nhận hoàn toàn những cố gắng, những thành tựu của Luật Thương mại năm 1997.

Bảng 3: So sánh Lời nói đầu trong Luật Thương mại năm 1997 với Dự thảo số 6 của Bộ Thương mại và Kiến nghị sửa đổi của các tác giả

Luật Thương mại năm 1997	Dự thảo 6 của Luật Thương mại (sửa đổi) do Bộ Thương mại trình Chính phủ	Kiến nghị sửa đổi của các tác giả
Luật thương mại là cơ sở pháp lý để phát triển nền kinh tế hàng hoá nhiều	Căn cứ Hiến pháp nước Cộng hoà xã hội chủ	<i>Luật Thương mại là cơ sở pháp lý thúc đẩy phát triển nền kinh tế hàng hoá</i>

thành phần theo cơ chế thị trường có sự quản lý của Nhà nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa, trong đó kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo và cùng với kinh tế hợp tác xã là nền tảng của nền kinh tế quốc dân; phát triển thị trường hàng hoá và dịch vụ thương mại trên các vùng của đất nước; mở rộng giao lưu thương mại với nước ngoài; góp phần đẩy mạnh sản xuất, cải thiện đời sống nhân dân, bảo vệ lợi ích chính đáng của người sản xuất, người tiêu dùng và lợi ích hợp pháp của thương nhân, góp phần tích lũy nhằm thúc đẩy toàn bộ nền kinh tế tăng trưởng nhanh và bền vững theo hướng công nghiệp hoá, hiện đại hoá, vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, văn minh.	nghĩa Việt Nam năm 1992, đã được sửa đổi, bổ sung theo Nghị quyết số 51/2001/QH10 ngày 25-12-2001 của Quốc hội khoá 10, kỳ họp thứ 10; Luật này quy định hoạt động thương mại tại nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam.	nhiều thành phần theo cơ chế thị trường có sự quản lý của Nhà nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa, trong đó kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo; phát triển thị trường thương mại hàng hoá, thị trường thương mại dịch vụ; thị trường thương mại sở hữu trí tuệ, mở rộng quan hệ thương mại với nước ngoài; góp phần thúc đẩy nền kinh tế tăng trưởng nhanh và bền vững theo hướng công nghiệp hóa, hiện đại hóa vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ, văn minh.
--	--	--

Ngoài ra, như đã phân tích ở trên, mục tiêu của Luật được khẳng định ở Lời nói đầu của Luật Thương mại sửa

đổi cũng chính là cách thức pháp điển hoá đường lối, chủ trương của Đảng và Nhà nước ta. Đường lối của Đảng là linh hồn của pháp luật. Mục tiêu được đề xuất ở trên để đưa vào Lời nói đầu của Luật Thương mại sửa đổi khẳng định rõ chế độ chính trị của Việt Nam trong tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế: Việt Nam hội nhập nhưng không bị “hoà tan”.

3. Những kiến nghị về sửa đổi và bổ sung các điều khoản cụ thể trong Luật

3.1. Mở rộng phạm vi điều chỉnh của Luật bằng cách sửa đổi một số khái niệm ở Điều 5

Thứ nhất, sửa đổi khái niệm về hành vi thương mại.

Như đã phân tích trong Chương II, chúng tôi đề xuất phải mở rộng phạm vi và đối tượng điều chỉnh của Luật Thương mại, tuy nhiên phải mở rộng như thế nào và bằng cách nào?

Một câu hỏi được đặt ra là có cần thiết hay không việc đưa một định nghĩa về “thương mại” vào trong Luật Thương mại. Về hình thức, điều này dường như là không thể thiếu được vì đã nói đến “Luật Thương mại” thì phải có khái niệm “thương mại” để xác định được luật này điều chỉnh những nội dung nào. Tuy nhiên, khi xem xét kỹ lưỡng hơn, có thể thấy rằng điều này là không cần thiết vì hai lý do sau: *thứ nhất*, khi đã làm rõ hai khái niệm hành vi thương mại và thương nhân là đã xác định được một cách tương đối rõ đối tượng điều chỉnh và phạm vi

áp dụng của Luật Thương mại sửa đổi; *thứ hai*, rất khó có thể đưa ra một định nghĩa chính xác về “thương mại”. Một cách đơn giản, có thể quy định rằng thương mại được hiểu là tất cả các hoạt động nhằm mục đích kiếm lời hay mục đích thu lợi nhuận. Tuy vậy, định nghĩa này là quá rộng và có thể gây ra những suy đoán, diễn giải không thống nhất. Trong các đạo luật hay bộ luật thương mại của các quốc gia cũng như trong các hiệp định của WTO, Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, định nghĩa về thương mại cũng không được đưa ra.

Do vậy, để xác định đối tượng áp dụng và mở rộng phạm vi điều chỉnh, Luật Thương mại sửa đổi cần đưa vào Điều 5 một số khái niệm, một số thuật ngữ, trong đó đặc biệt cần nêu rõ khái niệm “thương nhân” và “hành vi thương mại”. Điều 5 liên quan đến việc giải thích từ ngữ, khái niệm hành vi thương mại nên được sửa đổi là:

Điều 5: Giải thích thuật ngữ

- Hành vi thương mại do Luật Thương mại điều chỉnh:

“Hành vi thương mại là hành vi nhằm mục đích sinh lời (không phân biệt đó là hành vi thương mại hàng hoá, dịch vụ, sở hữu trí tuệ hay đầu tư).

Hành vi thương mại do Luật này điều chỉnh bao gồm: mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, đầu tư, phân phối, chi nhánh hoặc đại diện thương mại, đại lý, cho thuê, gia công sản phẩm, tư vấn, công nghệ, sáng chế, tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, hợp đồng khai thác hay nhượng đất, liên doanh và các hình thức khác của hợp tác công

nghiệp hoặc kinh doanh, chuyên chở hàng hoá hay hành khách bằng đường hàng không, đường biển, đường sắt, đường bộ và các hành vi thương mại khác theo quy định của pháp luật ”.

- Hành vi thương mại do Luật chuyên ngành điều chỉnh:

“Những hành vi thương mại cụ thể khác trong lĩnh vực dịch vụ, sở hữu trí tuệ, đầu tư không được quy định trong Luật này sẽ do các đạo luật chuyên ngành điều chỉnh ”.

Khái niệm về hành vi thương mại được sửa đổi như trên thực chất là kết hợp vừa theo kiểu liệt kê, vừa có tính bao quát. Khi đề xuất Luật Thương mại sửa đổi theo cách này, chúng tôi đã có sự tham khảo đến Bộ luật Thương mại của Pháp, của Nhật Bản cũng như sự giải thích về thuật ngữ “thương mại” trong Luật mẫu về Trọng tài Thương mại quốc tế do UNCITRAL thông qua ngày 21-6-1985⁽¹⁾.

Một định nghĩa về hành vi thương mại rộng như vậy sẽ phù hợp với phạm vi mà các hiệp định của WTO bao

⁽¹⁾ Theo UNCITRAL: Thuật ngữ “thương mại” phải được giải thích theo nghĩa rộng để bao phủ hết các vấn đề phát sinh từ tất cả các quan hệ có bản chất thương mại, dù có hợp đồng hay không. Các quan hệ có bản chất thương mại bao gồm (nhưng không bị giới hạn) những giao dịch sau: các giao dịch thương mại để cung cấp hay trao đổi hàng hóa hoặc dịch vụ; hợp đồng phân phối; chi nhánh hoặc đại diện thương mại, đại lý, cho thuê, gia công sản phẩm, tư vấn, công nghệ, sáng chế, tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, hợp đồng khai thác hay nhượng đất, liên doanh và các hình thức khác của hợp tác công nghiệp hoặc kinh doanh; chuyên chở hàng hóa hay hành khách bằng đường hàng không, đường biển, đường sắt, đường bộ...

trùm cũng như phù hợp với những vấn đề mà Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ đề cập đến.

Lý do để đưa ra đề xuất sửa đổi này là nhằm làm rõ ràng, để xác định rõ đối tượng và phạm vi của Luật Thương mại cần phải dựa vào cả yếu tố khách thể và chủ thể, trong đó nhấn mạnh yếu tố khách thể. Luật Thương mại được áp dụng để điều chỉnh *các hành vi thương mại* (yếu tố khách thể) và *hoạt động của các thương nhân* (yếu tố chủ thể). Điều đó có nghĩa là, Luật được áp dụng cho tất cả các đối tượng dù là thương nhân hay không phải là thương nhân khi họ tiến hành thực hiện các hành vi thương mại được nêu lên trong Luật Thương mại sửa đổi. Ví dụ, một người không phải là thương nhân nhưng ký phát hối phiếu thì hành vi của người này cũng phải được điều chỉnh theo những quy định của Luật Thương mại và các luật liên quan. Cũng như vậy, ngoài những hành vi thương mại, Luật còn điều chỉnh các hành vi khác, tuy không phải là hành vi thương mại theo định nghĩa trong Luật nhưng được các thương nhân thực hiện khi kinh doanh (ví dụ như đăng ký kinh doanh, thực hiện chế độ *sổ sách kế toán, đăng ký thuế, mở tài khoản, giải quyết tranh chấp trong kinh doanh...*).

Ngoài ra, như đã phân tích ở Chương II, không thể lặp lại hạn chế của Luật Thương mại năm 1997 là chỉ liệt kê các hành vi thương mại. Trong môi trường kinh doanh đa dạng và phức tạp như hiện nay, kết hợp với xu hướng hội nhập với thế giới, các nhà làm luật không thể liệt kê một cách đầy đủ và logic những hành vi thương

mại hiện đang tồn tại; chưa kể đến những hành vi sẽ phát sinh trong tương lai mang bản chất thương mại. Tuy nhiên, việc liệt kê cũng có một tác dụng tích cực đáng kể. Đó là, người dân bình thường cũng có thể dễ dàng chỉ ra đâu là hành vi thương mại mà không cần nhờ đến sự giải thích luật. Do vậy, trong Luật Thương mại sửa đổi, một mặt vẫn nên liệt kê những hành vi thương mại nhưng không phải là sự liệt kê có tính đóng như Luật Thương mại năm 1997; mặt khác, nên quy định những điều kiện để một hành vi trở thành hành vi thương mại. Như vậy, vừa có thể liệt kê được những hành vi thương mại đã có, vừa dự trù được những hành vi thương mại có thể phát sinh trong tương lai.

Thứ hai, sửa đổi khái niệm về thương nhân.

Định nghĩa về thương nhân trong Điều 5 cần được sửa đổi như sau: “*Thương nhân là tổ chức, cá nhân thực hiện hành vi thương mại một cách thường xuyên, độc lập như một nghề nghiệp*”.

Khái niệm về thương nhân được sửa đổi như trên sẽ loại bỏ được sự liệt kê đóng về những chủ thể có thể trở thành thương nhân. Như đã phân tích ở Chương II, theo Luật Thương mại năm 1997, chỉ có cá nhân, pháp nhân, hộ gia đình, tổ hợp tác mới có thể là thương nhân. Công ty hợp danh không phải pháp nhân, càng không phải là ba hình thức chủ thể còn lại nhưng rõ ràng hoạt động của nó mang bản chất là thương mại. Song, nếu theo cách hiểu của Luật Thương mại năm 1997 thì công ty hợp danh sẽ không

phải là thương nhân và như vậy, các hoạt động do công ty hợp danh thực hiện sẽ nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại. Điều này là không hợp lý. Ngoài ra, việc sửa đổi nói trên sẽ có tác động tích cực vì nó sẽ loại bỏ điều kiện phải đăng ký kinh doanh để trở thành thương nhân. Đăng ký kinh doanh là một thủ tục hành chính không làm nên bản chất thương nhân. Vì vậy, nhất thiết chỉ nên quy định các điều kiện để trở thành thương nhân. Các điều kiện đó có thể là: cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi thương mại; hành vi thương mại trên được thực hiện một cách thường xuyên như nghề nghiệp chính. Nghề nghiệp chính ở đây có thể hiểu là nghề nghiệp mang lại thu nhập chính cho chủ thể; các chủ thể thực hiện các hành vi thương mại nhân danh bản thân mình.

Ngoài ra, để khuyến khích thương nhân đăng ký kinh doanh, tạo điều kiện thuận lợi cho công tác quản lý của Nhà nước, Luật Thương mại sửa đổi nên có sự phân biệt giữa thương nhân có đăng ký và thương nhân không có đăng ký kinh doanh.

Thứ ba, sửa đổi khái niệm về sản nghiệp thương mại.

Như đã phân tích ở Chương II, khái niệm về sản nghiệp thương mại ở Điều 5 là chưa rõ ràng. Vì vậy, nên sửa đổi khái niệm này, đồng thời giải thích cụ thể về từng yếu tố của sản nghiệp thương mại. Có thể tham khảo những quy định về sản nghiệp thương mại (fonds de commerce) trong pháp luật kinh doanh (droit des affaires) của Pháp.

3.2. Bổ sung một số quy định, khái niệm, định nghĩa mới vào Luật Thương mại sửa đổi

Thứ nhất, bổ sung thêm những thuật ngữ mới vào Luật Thương mại sửa đổi.

Cần bổ sung vào Luật Thương mại sửa đổi một số thuật ngữ như sau:

- *Dịch vụ*: là những hoạt động phục vụ nhằm thỏa mãn nhu cầu sản xuất, kinh doanh và sinh hoạt.

- *Dịch vụ kinh doanh*: là những hoạt động hỗ trợ, thúc đẩy các hoạt động kinh doanh nhằm mục đích sinh lợi.

- *Dịch vụ thương mại*: là các hoạt động dịch vụ được tiến hành nhằm mục đích thu lợi nhuận.

- *Thương mại dịch vụ*: là việc mua bán tất cả các sản phẩm vô hình, phi vật chất nhằm mục đích thu lợi nhuận.

- *Thương mại trong sở hữu trí tuệ*: là việc mua bán, trao đổi các đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ nhằm mục đích thu lợi nhuận.

Thứ hai, bổ sung các quy định về tên thương mại.

Bên cạnh quy định chung về tên thương mại như tên thương mại phải viết bằng tiếng Việt, có thể viết thêm bằng tiếng nước ngoài với kích thước nhỏ hơn và phải đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền, cần có các quy định chi tiết hơn về các nội dung sau:

- Bảo hộ tên thương mại của thương nhân:

- Không được sử dụng tên thương mại trùng hoặc gây hiểu lầm trong cùng một lĩnh vực kinh doanh

trên cùng một đơn vị hành chính (có thể là tỉnh hoặc thành phố). Sẽ có ý kiến cho rằng quy định này là không cần thiết vì trùng với nội dung trong Luật Doanh nghiệp. Luật Doanh nghiệp có nội dung tương tự nhưng chỉ áp dụng với tên doanh nghiệp. Khái niệm tên thương mại của thương nhân rộng hơn tên doanh nghiệp rất nhiều.

- Trường hợp thương nhân không đăng ký mà sử dụng tên thương mại trùng hoặc gây nhầm lẫn với thương nhân đăng ký khác thì sẽ phải chịu trách nhiệm trước pháp luật

- Xử lý khi thương nhân ngừng sử dụng tên thương mại. Thực tế, có nhiều thương nhân đăng ký tên thương mại, sau một thời gian kinh doanh đã ngừng một thời gian dài. Nếu không có quy định xử lý vấn đề này sẽ gây khó khăn cho việc quản lý của Nhà nước cũng như xã hội. Do đó, nên có quy định xử lý những trường hợp này và có thể xử lý bằng cách loại tên thương mại nếu chúng không được sử dụng trong một thời gian nhất định là 2 hoặc 3 năm.

Thứ ba, bổ sung các nội dung liên quan đến chế định hợp đồng thương mại vào Chương II của Luật Thương mại sửa đổi.

Để phân biệt với những quy định về chế định hợp đồng dân sự trong Bộ luật Dân sự năm 1995, cần bổ sung các quy định sau đây liên quan đến chế định hợp đồng thương mại vào Luật Thương mại sửa đổi.

- Nêu rõ khái niệm về hợp đồng thương mại.

Tất cả những hợp đồng ký kết có mục đích lợi nhuận với ít nhất một bên trong hợp đồng nên được coi là hợp đồng thương mại. Thương mại hàng hóa và thương mại dịch vụ sẽ là hai vấn đề cốt lõi trong Luật Thương mại sửa đổi. Khi thực hiện bất kỳ hành vi thương mại nào, dù là thương mại hàng hóa hay thương mại dịch vụ, thì các mối quan hệ giữa các chủ thể thường được xác định trên quan hệ hợp đồng. Hợp đồng thương mại là một trong những điểm mới, cần đưa vào và nâng lên thành trọng tâm của Luật Thương mại sửa đổi.

Ngoài ra, nếu đưa chế định về hợp đồng thương mại vào Luật Thương mại sửa đổi thì sẽ có đủ cơ sở pháp lý để tiến tới loại bỏ Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989, đồng thời sẽ loại bỏ được sự chồng chéo với Bộ luật Dân sự năm 1995.

- Tôn trọng nguyên tắc cơ bản của hợp đồng thương mại, đó là nguyên tắc tự do thoả thuận.

Luật nên có các quy định hướng dẫn nhưng không nên áp đặt. Để loại bỏ tính áp đặt thì nhất thiết các quy định về hợp đồng thương mại phải được kết thúc bằng cụm từ “nếu các bên không có thoả thuận khác”.

Hợp đồng thương mại chỉ bị coi là vô hiệu khi nội dung của nó vi phạm các điều cấm của pháp luật. Hợp đồng thương mại không thể vô hiệu chỉ vì thiếu một trong các điều khoản cơ bản của hợp đồng theo như quy định của Luật Thương mại năm 1997. Luật Thương mại sửa đổi

có thể đưa ra những quy định hướng dẫn những nội dung cần thiết nên có trong hợp đồng thương mại, không nên áp đặt. Trên thực tế, có rất nhiều hợp đồng không đủ các điều khoản chủ yếu nhưng vẫn diễn ra bình thường và mang lại hiệu quả tốt đẹp cho các bên.

- Bổ sung các nội dung chi tiết về hợp đồng mua bán hàng hoá và hợp đồng cung ứng dịch vụ.

Trong Luật Thương mại sửa đổi, cần chú trọng xây dựng nội dung về hợp đồng, đặc biệt là nội dung về hợp đồng mua bán hàng hoá và hợp đồng cung ứng dịch vụ. Từ khi Luật Thương mại năm 1997 được ban hành, đã có nhiều ý kiến đề nghị hủy bỏ Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 vì nhiều quy định trong Pháp lệnh này đã trở nên lỗi thời, đôi khi mâu thuẫn với các quy định của Luật Thương mại. Tuy vậy, cho đến nay, Pháp lệnh vẫn chưa thể bị hủy bỏ, một phần là do Luật Thương mại chưa có đủ những điều khoản thật chi tiết quy định về hợp đồng thương mại để có thể thay thế các nội dung của Pháp lệnh này. Một khi các quy định về hợp đồng thương mại trong Luật Thương mại (gồm hợp đồng mua bán hàng hoá và hợp đồng cung ứng dịch vụ) được bổ sung và hoàn chỉnh, phù hợp với thực tiễn, Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế sẽ phải bị hủy bỏ. Như vậy, Luật Thương mại sửa đổi sẽ tạo ra sự thống nhất áp dụng cho các hợp đồng thương mại, chấm dứt tình trạng chồng chéo giữa hai văn bản như hiện nay.

- Bổ sung các nguyên tắc thành lập và thực hiện hợp đồng thương mại.

Các nguyên tắc này cần được xây dựng dựa trên tinh

thần chung của Bộ luật Dân sự năm 1995 (Điều 395 - nguyên tắc giao kết hợp đồng dân sự và Điều 409 - nguyên tắc thực hiện hợp đồng dân sự), đặc biệt cần có sự “nội hoá” những nguyên tắc chung về hợp đồng thương mại quốc tế đã được thừa nhận ở nhiều quốc gia và trong tập quán thương mại quốc tế (tham khảo PICC). Trong đó, cần chú ý các nguyên tắc như nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng thương mại, nguyên tắc bình đẳng cùng có lợi, nguyên tắc tự nguyện, nguyên tắc thiện chí và trung thực, nguyên tắc hợp tác, nguyên tắc trao đổi thông tin...

- Bổ sung quy định về thu hồi và hủy bỏ chào hàng.

Hiện nay, pháp luật thương mại Việt Nam vẫn chưa có sự phân biệt rõ ràng và thống nhất về thu hồi và hủy bỏ chào hàng. Thực tế là chưa có văn bản pháp luật nào nói rõ về hai khái niệm này. Bộ luật Dân sự cũng chỉ mới nói đến việc rút lại đề nghị giao kết hợp đồng. Vì vậy, Luật Thương mại sửa đổi cần bổ sung và làm rõ hai khái niệm trên. Hai khái niệm này đều dẫn đến hệ quả giống nhau là việc chấm dứt giá trị của chào hàng, nhưng trường hợp áp dụng là khác nhau. Một chào hàng chỉ có thể bị hủy bỏ nếu trong chào hàng, người chào hàng quy định là chào hàng có thể bị hủy, còn việc thu hồi chào hàng có thể được áp dụng đối với tất cả các chào hàng dù có được hủy ngang hay không. Việc thu hồi chỉ có thể được thực hiện nếu chào hàng chưa đến tay người được chào hàng. Trong khi đó, người chào hàng có thể hủy bỏ chào hàng ngay cả khi chào hàng đã đến tay người được chào hàng nhưng người này chưa gửi chấp nhận.

- *Làm rõ hơn thời hạn trách nhiệm của bên chào hàng.*

Như đã phân tích, việc quy định một thời hạn là 30 ngày áp dụng chung cho tất cả các chào hàng khác nhau là chưa hợp lý. Thời hạn này nên được quy định là “một thời gian hợp lý, xét theo các tình tiết của giao dịch và tốc độ của phương tiện liên lạc mà người chào hàng sử dụng”. Cũng cần bổ sung nội dung “một chào hàng bằng miệng cần được chấp nhận ngay trừ khi các bên có thoả thuận khác”. Như vậy, thời hạn chào hàng sẽ được xác định một cách linh hoạt, hợp lý, tùy thuộc vào loại hợp đồng, loại hàng hoá, phương tiện chuyên chở, tính chất thời vụ của hàng hoá, phương tiện truyền tin được sử dụng... và nhiều yếu tố khác. Cách quy định này là phù hợp với tập quán thương mại quốc tế. Nhiều quốc gia cũng áp dụng cách quy định như trên về thời hạn chấp nhận chào hàng (hay thời hạn trách nhiệm của người chào hàng).

- *Nên thay thuật ngữ “hợp đồng mua bán với thương nhân nước ngoài ” bằng thuật ngữ “hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế”.*

Khi nói đến mua bán quốc tế (tiếng Anh: international sale; tiếng Pháp: vente internationale), người ta thường sử dụng tiêu chí về “trụ sở thương mại” của các bên. Vì vậy, Điều 80 cần được sửa đổi như sau: “*Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế là hợp đồng được ký kết giữa các bên có trụ sở thương mại hay nơi cư trú ở các quốc gia khác nhau*”.

Nhìn chung, các quy định của Luật Thương mại về hợp đồng mua bán hàng hoá còn rất sơ sài. Thực tế, các

vấn đề về hợp đồng là rất đa dạng, đòi hỏi những quy định hết sức chi tiết, cụ thể. Tuy nhiên, các quy định chi tiết về hợp đồng mua bán hàng hoá nói riêng, về hợp đồng thương mại nói chung cần được soạn thảo dựa trên tinh thần của CISG và của PICC như đã phân tích ở phần trên, bởi vì CISG và PICC hàm chứa trong nó những nội dung mang tính nguyên tắc và các tập quán đã được thực hành tại nhiều quốc gia, được chấp nhận bởi thực tiễn kinh doanh quốc tế. Vì vậy, những nội dung mang tính nguyên tắc của CISG và PICC cần được “nội hoá” trong Luật Thương mại sửa đổi.

Thứ tư, bổ sung các quy định về hoạt động trung gian thương mại.

- Mở rộng khái niệm về hoạt động môi giới thương mại và ủy thác mua bán hàng hoá.

Hoạt động môi giới không phải chỉ giới hạn ở trung gian cho đàm phán, ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại theo như quy định của Luật Thương mại năm 1997. Cũng giống như vậy, hoạt động của bên nhận ủy thác không chỉ giới hạn ở những mặt hàng phù hợp với mặt hàng kinh doanh của mình. Bất kỳ hoạt động thương mại nào cũng có thể trở thành đối tượng của môi giới và ủy thác.

- Mở rộng khái niệm về người làm môi giới thương mại và người làm ủy thác mua bán hàng hoá.

Không nhất thiết chỉ có thương nhân mới được làm môi giới thương mại hoặc ủy thác mua bán hàng hoá. Bất

cứ ai làm trung gian cho các hoạt động thương mại đều là môi giới thương mại hoặc ủy thác mua bán hàng hoá.

Cần bổ sung các quy định về hoạt động trung gian thương mại, trong đó, tập trung vào các nội dung về nghĩa vụ của môi giới thương mại và ủy thác mua bán hàng hoá, cụ thể như: giữ bí mật kinh doanh cho các bên giao dịch nếu được yêu cầu; trách nhiệm đối với tổn thất hàng hoá được ủy thác; nguyên tắc thiện chí trong hoạt động trung gian thương mại; trường hợp người ủy thác sau đó trở thành người mua hoặc người bán của chính lô hàng được ủy thác v.v..

Thứ năm, bổ sung các quy định về các chế tài thương mại trong Chương IV.

- Về chế tài phạt.

Thực tế các bên khi ký kết hợp đồng rất ít khi có quy định các mức phạt cụ thể cho các vi phạm. Nếu Luật Thương mại sửa đổi cũng không quy định điều này thì theo Điều 226 của Luật Thương mại năm 1997, rất khó có thể áp dụng chế tài phạt. Để có thể áp dụng được dễ dàng chế tài này, Luật Thương mại sửa đổi cần quy định một số mức phạt cụ thể cho một số vi phạm cơ bản hợp đồng. Có thể áp dụng mức phạt như trong Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989.

- Về chế tài hủy hợp đồng.

Đây là chế tài thường được áp dụng trong các trường hợp vi phạm nghiêm trọng hợp đồng, mà theo cách lý

giải của Công ước Vienna năm 1980, là sự vi phạm cơ bản hợp đồng. Như đã phân tích ở Chương II, cần có những quy định cụ thể hơn về các trường hợp được áp dụng chế tài hủy hợp đồng. Do đó, có thể đưa ra quy định: “Bên bị vi phạm có quyền tuyên bố hủy hợp đồng nếu việc vi phạm của bên kia là vi phạm cơ bản hợp đồng”; đồng thời có sự giải thích về vi phạm cơ bản (tham khảo Điều 25 Công ước Vienna) và có thể có sự liệt kê (nhưng là liệt kê mở) các trường hợp bị coi là vi phạm cơ bản. Quy định như trên, một mặt, vừa mang tính thực tiễn, vừa mang tính cụ thể cao, dễ áp dụng; mặt khác, tạo ra sự tương thích với Công ước Vienna năm 1980 về Hợp đồng Mua bán hàng hoá quốc tế - vốn được coi là pháp luật quốc tế điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá trong phạm vi quốc tế. Tuy nhiên, đây chưa phải là một giải pháp hoàn hảo vì chưa thể bao quát được tất cả các tranh chấp hết sức đa dạng và sinh động trong thực tiễn. Tòa án và trọng tài sẽ giải thích và đưa ra phán quyết cho từng loại tranh chấp cụ thể.

- Về mối quan hệ giữa các chế tài.

Cần quy định rõ chế tài bồi thường thiệt hại có thể được áp dụng cho mọi trường hợp vi phạm, nếu vi phạm gây ra thiệt hại và trái chủ chứng minh được thiệt hại đó. Điều này có nghĩa là, ngay cả khi áp dụng chế tài thực hiện thực sự, trái chủ vẫn có quyền đòi bồi thường thiệt hại. Quy định như vậy mới đảm bảo được quyền lợi của bên bị vi phạm, đảm bảo nguyên tắc khôi phục quyền lợi cho bên bị thiệt hại như khi chưa xảy ra vi phạm.

4. Kiến nghị về những quy định của Luật cần phải bị bãi bỏ

Thứ nhất, nên bỏ Chương 5 - chương quy định quản lý nhà nước về thương mại.

Luật thương mại trước hết là luật tư nhằm mục đích chủ yếu là điều chỉnh mối quan hệ giữa các chủ thể (cá nhân, tổ chức) với nhau trong quan hệ thương mại. Trong bộ luật thương mại của các nước, chúng ta không thấy có sự hiện diện của một chương riêng về quản lý nhà nước. Ở Việt Nam, cả Bộ luật Dân sự và Bộ luật Hàng hải đều không có chương quản lý nhà nước. Việc quản lý nhà nước có thể được thực hiện qua từng điều khoản cụ thể của Luật Thương mại (dưới hình thức các điều khoản mang tính mệnh lệnh, không nên lập một chương riêng cho nội dung quản lý nhà nước).

Thứ hai, nên bỏ Chương 3 - chương quy định về thương phiếu.

Về nội dung thương phiếu, chúng ta đã có Pháp lệnh Thương phiếu. Vì vậy, Luật Thương mại có thể dẫn chiếu đến Pháp lệnh này với ý nghĩa là luật chuyên ngành mà không cần đưa quy định về thương phiếu vào Luật Thương mại sửa đổi.

Thứ ba, nên bỏ nội dung về các chính sách thương mại trong Mục 2 của Chương I.

Như đã phân tích ở trên, việc đưa các chính sách vào một văn bản luật tư là không phù hợp với thông lệ. Hơn

nữa, những chính sách này gây ra hậu quả về sự phân biệt đối xử giữa các thành phần kinh tế, trong khi đó, nguyên tắc không phân biệt đối xử là một nguyên tắc cơ bản của các hiệp định của WTO và Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ. Vì vậy, tại Mục 2 của Chương I không nên có các nội dung về chính sách thương mại mà chỉ nên tập trung xây dựng các nguyên tắc cơ bản điều chỉnh hoạt động thương mại. Nói cách khác, thay thế các chính sách thương mại có tại Mục 2 của Chương I Luật Thương mại năm 1997 bằng những nguyên tắc cơ bản của Luật, sao cho phù hợp với cơ chế thị trường, vừa tương thích với các nguyên tắc của WTO, vừa phản ánh yêu cầu của nền thương mại Việt Nam.

Thứ tư, nên bỏ những quy định về thương nhân nước ngoài hoạt động thương mại tại Việt Nam trong Mục 4 của Chương I.

Thay vào Mục 4 của Chương I nói trên, nên đưa vào các nguyên tắc không phân biệt đối xử, tự do kinh doanh, bình đẳng, cạnh tranh trong thương mại - những nguyên tắc cơ bản của thương mại quốc tế hiện nay. Những nguyên tắc này, đặc biệt là nguyên tắc không phân biệt đối xử, đòi hỏi các quốc gia trong tiến trình hội nhập, phải rà soát lại các văn bản pháp luật của mình để dần loại bỏ những quy định chưa phù hợp. Đây cũng là điều Việt Nam cần phải làm nhằm thực hiện các cam kết trong Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ và đẩy nhanh tiến trình gia nhập WTO. Hiện nay, Việt Nam vẫn thường có những quy định riêng cho thương nhân, doanh nghiệp trong nước và

thương nhân, doanh nghiệp nước ngoài. Những quy định riêng như vậy sẽ gây ra hậu quả về sự phân biệt đối xử và khó được các nước thành viên của WTO chấp nhận. Trong tương lai, Luật Đầu tư nước ngoài và Luật Khuyến khích đầu tư trong nước sẽ được thống nhất thành Luật Đầu tư. Vì vậy, không có lý do gì để có một mục riêng về thương nhân nước ngoài trong Luật Thương mại sửa đổi. Chi nhánh, văn phòng đại diện của thương nhân nước ngoài cũng bình đẳng về quyền và nghĩa vụ như chi nhánh, văn phòng đại diện của thương nhân Việt Nam. Thay bằng việc quy định một mục riêng cho thương nhân nước ngoài, Luật Thương mại sửa đổi có thể quy định việc thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện của thương nhân nói chung, dù đó là thương nhân Việt Nam hay nước ngoài.

5. Kiến nghị về những quy định của pháp luật và tập quán thương mại quốc tế cần được “nội hoá” trong Luật Thương mại sửa đổi

Thứ nhất, đưa các nguyên tắc cơ bản - với ý nghĩa là những quy định “cứng” của WTO vào Chương I của Luật Thương mại sửa đổi. Đó là những nguyên tắc: bình đẳng trong thương mại; không phân biệt đối xử; tự do cạnh tranh; tự do thương mại.

Thứ hai, giữ nguyên tinh thần của Điều 4 của Luật Thương mại năm 1997 và đưa vào Luật Thương mại sửa đổi. Điều 4 này đã quy định rất rõ ràng về tính hiệu lực của pháp luật quốc tế so với Luật Thương mại của Việt Nam -

với ý nghĩa là luật quốc gia (Điều 4 Khoản 1). Điều 4 cũng quy định về điều kiện áp dụng tập quán thương mại quốc tế (Điều 4 Khoản 3). Nội dung ở Điều 4 là phù hợp với tinh thần, yêu cầu của WTO, của Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ và của CISG.

Thứ ba, cần “nội hoá” Điều 25 của CISG vào Luật Thương mại sửa đổi. Điều 25 của CISG quy định về chế tài hủy hợp đồng. Ngoài ra, CISG cũng có những quy định cụ thể về điều kiện áp dụng chế tài này. Cần đưa các quy định về chế tài hủy hợp đồng (Điều 25) và các điều kiện áp dụng chế tài hủy hợp đồng trong CISG vào Luật Thương mại sửa đổi. Việc “nội hoá” này sẽ làm cho Luật Thương mại sửa đổi “sống tốt” trong thực tiễn giải quyết tranh chấp. Bởi vì, nếu chỉ với Điều 235, 236 và 237 trong Luật Thương mại năm 1997 thì các cơ quan giải quyết tranh chấp sẽ không thể áp dụng chế tài hủy hợp đồng vì sự chung chung và mơ hồ của các quy định trong các điều này.

6. Kiến nghị về bố cục của Luật Thương mại sửa đổi

Từ những điều phân tích ở trên, bố cục của Luật Thương mại sửa đổi sẽ gồm Lời nói đầu và 8 chương như sau:

Lời nói đầu (*sửa lại mục tiêu như đã kiến nghị*)

Chương I: Những quy định chung

Chương II: Cạnh tranh và độc quyền trong thương mại

Chương III: Những quy định về thương mại hàng hoá

Chương IV: Những quy định về thương mại dịch vụ

Chương V: Những quy định về thương mại trong sở hữu trí tuệ

Chương VI: Hợp đồng thương mại

Chương VII: Giải quyết tranh chấp về thương mại

Chương VIII: Điều khoản thi hành

Sự khác nhau giữa bố cục này với bố cục của Luật Thương mại năm 1997 có thể thấy rõ ở *bảng 4* sau đây:

Bảng 4: So sánh bố cục của Luật Thương mại năm 1997 với bố cục của Luật Thương mại sửa đổi

Luật Thương mại năm 1997	Luật Thương mại sửa đổi
<i>Chương I: Những quy định chung</i>	<i>Chương I: Những quy định chung</i>
<i>Chương II: Hoạt động thương mại</i>	<i>Chương II: Cạnh tranh và độc quyền trong thương mại</i>
<i>Chương III: Thương phiếu</i>	<i>Chương III: Những quy định về thương mại hàng hoá</i>
<i>Chương IV: Chế tài trong thương mại và việc giải quyết tranh chấp trong thương mại</i>	<i>Chương IV: Những quy định về thương mại dịch vụ</i>
<i>Chương V: Quản lý nhà nước về thương mại</i>	<i>Chương V: Những quy định về thương mại trong sở hữu trí tuệ</i>
<i>Chương VI: Điều khoản thi hành</i>	<i>Chương VI: Hợp đồng thương mại</i>
	<i>Chương VII: Giải quyết tranh chấp về thương mại</i>
	<i>Chương VIII: Điều khoản thi hành</i>

KẾT LUẬN

Luật Thương mại năm 1997 - đạo luật thương mại đầu tiên của Việt Nam, trải qua 7 năm áp dụng, bên cạnh những thành tựu trong việc điều tiết hoạt động thương mại trong cơ chế mới, đã bộc lộ rất nhiều điểm bất cập, hạn chế. Những đòi hỏi xuất phát từ nội tại nền kinh tế cũng như những yêu cầu, sức ép từ bên ngoài trong quá trình Việt Nam hội nhập kinh tế quốc tế đã khiến cho việc sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 trở thành một yêu cầu khách quan, tất yếu và cấp bách hơn bao giờ hết.

Điều khiến cho các nhà làm luật cũng như các nhà khoa học trăn trở nhất, đó chính là việc làm sao để Luật Thương mại sửa đổi phải trở thành một đạo luật hiện đại, tiên tiến, đáp ứng được các yêu cầu của nền kinh tế Việt Nam trong tình hình mới cũng như đáp ứng được những đòi hỏi của tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế của Việt Nam. Để đạt được mục tiêu đó, mỗi điều khoản của Luật Thương mại năm 1997 cần phải được sửa đổi, bổ sung sao cho phù hợp với những quy định được coi là những quy tắc, những chuẩn mực về pháp lý trên phạm vi quốc tế. Hay nói cách khác, trong xu thế hội nhập kinh tế và xu thế

quốc tế hoá đời sống kinh tế, thương mại hiện nay thì Luật Thương mại sửa đổi phải phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế.

Chúng tôi đã tiến hành phân tích Luật Thương mại năm 1997 và các văn bản hướng dẫn thi hành Luật một cách tương đối kỹ lưỡng để tìm ra những điểm bất cập của Luật so với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế. Bằng phương pháp so sánh luật học, chúng tôi đã đối chiếu, so sánh những bất cập này với những quy định trong các hiệp định của WTO, Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ, Công ước CISG với ý nghĩa là pháp luật thương mại quốc tế, và với các quy định của PICC, của Incoterms, với ý nghĩa là các tập quán thương mại quốc tế. Những phân tích và so sánh nói trên đã giúp đưa ra những nhận định một cách rõ ràng về những bất cập cơ bản, nổi cộm của Luật về đối tượng điều chỉnh, phạm vi áp dụng, kết cấu cũng như những điểm chưa hoặc không phù hợp trong từng điều khoản cụ thể của Luật.

Bên cạnh đó, chúng tôi cũng đã tiến hành phân tích kinh nghiệm ban hành pháp luật thương mại của một số quốc gia trên thế giới như Pháp, Nhật Bản, Hoa Kỳ, Trung Quốc, từ đó rút ra những bài học hết sức quý báu và có thể được nghiên cứu để áp dụng cho việc sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 của Việt Nam.

Trên cơ sở những phân tích có tính lý luận và thực tiễn nói trên, chúng tôi đã đề xuất một số kiến nghị cụ thể về sửa đổi Luật Thương mại năm 1997. Đó là những kiến nghị

về sửa đổi mục tiêu, bố cục của Luật ; kiến nghị về những quy định cụ thể cần được sửa đổi, cần phải bãi bỏ hay cần được bổ sung vào Luật. Việc sửa đổi Luật Thương mại năm 1997 sẽ là bước đi đầu tiên và quan trọng trong việc cải cách, sửa đổi hoặc ban hành mới nhiều văn bản pháp luật khác nhằm mục tiêu hoàn thiện hệ thống pháp luật thương mại nói riêng và hệ thống pháp luật nói chung của Việt Nam, tạo điều kiện cho Việt Nam thực hiện tốt các cam kết trong các điều ước quốc tế đã và sẽ ký kết.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

I. TÀI LIỆU TIẾNG VIỆT

Văn kiện Đại hội Đảng

1. Đảng Cộng sản Việt Nam: *Văn kiện Đại hội VII*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 1991.
2. Đảng Cộng sản Việt Nam: *Văn kiện Đại hội VIII*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 1996.
3. Đảng Cộng sản Việt Nam: *Văn kiện Đại hội IX*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2001.

Các văn bản luật

4. Luật Thương mại Việt Nam năm 1997.
5. Luật Doanh nghiệp Việt Nam năm 1999.
6. Công ước Vienna của Liên hợp quốc ngày 11-04-1980 về Hợp đồng Mua bán hàng hóa quốc tế.
7. Hiệp định Thương mại song phương Việt Nam - Hoa Kỳ.
8. Các nguyên tắc về Hợp đồng Thương mại quốc tế của UNIDROIT - Viện Nghiên cứu quốc tế về thống nhất luật tư (International Institute for the unification of private law).
9. Luật mẫu về Trọng tài Thương mại quốc tế năm 1985.
10. Bộ luật Thương mại của nước Cộng hòa Pháp (Code de Commerce), Nxb. Dalloz, 2002.

11. Bộ luật Dân sự của nước Cộng hòa Pháp (Code Civil), Nxb. Dalloz, 2000.
12. Bộ luật Thương mại của Nhật Bản.
13. Bộ luật Thương mại thống nhất của Hoa Kỳ.
14. Luật Hợp đồng của Trung Quốc năm 1999.
15. Những điều kiện thương mại quốc tế Incoterms 2000 của ICC, Nxb. Khoa học và kỹ thuật, Hà Nội 2000.¹
16. Nghị định số 45/2000/NĐ-CP ngày 6-9-2000 của Chính phủ về việc thành lập văn phòng đại diện, chi nhánh của thương nhân nước ngoài và của doanh nghiệp du lịch nước ngoài.
17. Nghị định số 57/1998/NĐ-CP ngày 31-7-1998 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Thương mại về hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu, gia công và đại lý mua bán hàng hoá với nước ngoài.
18. Thông tư số 18/1998/TT-BTM ngày 28-8-1998 của Bộ Thương mại hướng dẫn thực hiện Nghị định số 57/1998/NĐ-CP.
19. Thông tư số 26/1999/TT-BTM của Bộ Thương mại hướng dẫn thực hiện Nghị định số 57/1998/NĐ-CP.
20. Thông tư số 04/1998/TT-TCHQ ngày 29-8-1998 của Tổng cục Hải quan hướng dẫn thi hành Chương 2 và Chương 4 của Nghị định 57/1998/NĐ-CP.

Sách, tạp chí

21. C. Mác và Ph. Ăngghen: *Toàn tập*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 1995.
22. Văn phòng Quốc hội: *Báo cáo Nghiên cứu về kế hoạch công tác lập pháp thực thi Hiệp định Thương mại song phương Việt Nam - Hoa Kỳ*, tháng 8 năm 2003.

23. Bộ Thương Mại: *Kinh tế, thương mại thế giới và Việt Nam: Cục diện 2003 và dự báo năm 2004*, Hà Nội 2004.
24. Bộ Thương mại và Đại học Ngoại thương: *Thương mại Việt Nam trong tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học quốc gia, Hà Nội 2003.
25. GS, TS Nguyễn Thị Mơ: *Hoàn thiện pháp luật về thương mại và hàng hải trong điều kiện Việt Nam hội nhập kinh tế*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2002.
26. PGS, TS Dương Đăng Huệ, TS Phan Chí Hiếu: *Những vấn đề mâu thuẫn giữa Luật Thương mại với các quy định trong Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế và những vướng mắc trong thực tiễn xét xử tại Việt Nam*, dự án VIE/01/004, Bộ Thương mại & UNDP, 2003.
27. TS Nguyễn Minh Tú: *Việt Nam trên chặng đường đổi mới và phát triển kinh tế*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2002.
28. *Hướng dẫn doanh nghiệp về hệ thống thương mại thế giới*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2001 (dịch từ nguyên bản tiếng Anh: Business guide to the world trading system).
29. Francis Lemeunier: *Nguyên lý và thực hành luật thương mại, luật kinh doanh*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 1993.
30. TS Nguyễn Văn Lịch: *Thương mại Việt Nam trong tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế - Những vấn đề đặt ra và giải pháp*, Tạp chí *Thương mại*, số 46/2003.
31. *Kinh tế - xã hội Việt Nam năm 2003 và nhiệm vụ năm 2004*, trích Báo cáo của Phó Thủ tướng Nguyễn Tấn Dũng, đăng trên Tạp chí *Những vấn đề kinh tế thế giới*, số 11, năm 2003.
32. TS Phạm Duy Nghĩa: *Pháp luật thương mại Việt Nam trước thách thức của quá trình hội nhập kinh tế quốc tế*, Tạp chí *Nhà nước và pháp luật*, số 6/2000.

33. Tài liệu Hội thảo *Luật Thương mại sửa đổi* tổ chức tại Hà Nội ngày 30-6-2003 và tại Thành phố Hồ Chí Minh ngày 03-7-2003.
34. Star - Vietnam: *Hợp đồng và cơ chế giải quyết tranh chấp*. Tài liệu Hội thảo *Pháp luật về hợp đồng* - Bộ Tư pháp tháng 8 năm 2003.

II. TÀI LIỆU TIẾNG NƯỚC NGOÀI

35. Alain Piedelièvre, Stéphan Piedelièvre: *Actes de commerce, commercants, fonds de commerce*, Nxb. Dalloz, 2001.
36. Gérard Cornu: *Vocabulaire juridique*, Nxb. PUF, 2003.
37. Vincent Heuzé: *La vente internationale de marchandises, droit uniforme*, Tuyển tập *Traité des contrats*, Nxb. L.G.D.J, 2000.
38. James Riedel: *Nền kinh tế Việt Nam trong thập niên 90*, Tạp chí *Asia Pacific Economic Literature*, số 11(2), tháng 11-1997.

III. Các trang web

39. <http://www.unilex.info>
40. <http://www.cisg.law.pace.edu>
41. <http://www.uncitral.org>

IV. Các phụ lục

1. Phụ lục 1: Danh sách các nước đã tham gia Công ước Vienna năm 1980.
2. Phụ lục 2: Các nguyên tắc về Hợp đồng Thương mại quốc tế của UNIDROIT.

PHẦN PHỤ LỤC

Phụ lục 1 : Công ước Vienna năm 1980 về Hợp đồng Mua bán hàng hóa quốc tế và các quốc gia thành viên

Phụ lục 2 : Các nguyên tắc về Hợp đồng Thương mại quốc tế của UNIDROIT

Phụ lục 1

CÔNG ƯỚC VIENNA NĂM 1980 VỀ HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ VÀ CÁC QUỐC GIA THÀNH VIÊN

(tính đến ngày 30-06-2004)

Nguồn: <http://www.unilex.info>

Stt	Tên quốc gia	Ngày ký	Ngày phê chuẩn (gia nhập)	Ngày có hiệu lực
1	Achentina		19-07-1983	1-1-1988
2	Âi Cập		6-12-1982	1-1-1988
3	Aixalen		10-5-2001	1-6-2002
4	Áo	11-4-1980	29-12-1987	1-1-1989
5	Ba Lan	28-9-1981	19-5-1995	1-6-1996
6	Bêlarút		9-10-1989	1-11-1990
7	Bỉ		31-10-1996	1-11-1997
8	Bôxnia Hecxêgôvina		12-1-1994	6-3-1992
9	Bungari		9-7-1990	1-8-1991
10	Burundi		4-9-1998	1-10-1999
11	Canada		23-4-1991	1-5-1992
12	Cộng hòa Môngđôva		13-10-1994	1-11-1995
13	Cộng hòa Séc		30-9-1993	1-10-1994
14	Cộng hòa Xyri		19-10-1982	1-1-1988
15	Chilê	11-4-1980	7-2-1990	1-3-1991

Stt	Tên quốc gia	Ngày ký	Ngày phê chuẩn (gia nhập)	Ngày có hiệu lực
16	Côlômbia		10-7-2001	1-8-2002
17	Crôatia		8-6-1998	8-10-1991
18	Cuba		2-11-1994	1-12-1995
19	Đan Mạch	26-5-1981	14-2-1989	1-3-1990
20	Cộng hòa Liên Bang Đức	26-5-1981	21-12-1989	1-1-1991
21	Êcuado		27-1-1992	1-2-1993
22	Êxtônia		20-9-1993	1-10-1994
23	Grudia		16-8-1994	1-9-1995
24	Ghinê		23-1-1991	1-2-1992
25	Hà Lan	29-5-1981	13-12-1990	1-1-1992
26	Hônđưát		10-10-2002	1-11-1003
27	Hungari	11-4-1980	16-6-1983	1-1-1988
28	Hy Lạp		12-1-1998	1-2-1999
29	Irắc		5-3-1990	1-4-1991
30	Italia	30-9-1981	11-12-1986	1-1-1988
31	Ixraen		22-1-2002	1-2-2003
32	Kiécghidixtan		11-5-1999	1-6-2000
33	Látvia		31-7-1997	1-8-1998
34	Lêxôthô	18-6-1981	18-6-1981	1-1-1988
35	Liên bang Nga		16-8-1990	1-9-1991
36	Lítva		18-1-1995	1-2-1996

Stt	Tên quốc gia	Ngày ký	Ngày phê chuẩn (gia nhập)	Ngày có hiệu lực
37	Lúcxămbua		30-1-1997	1-2-1998
38	Môrixơ		20-8-1999	1-9-2000
39	Mêhicô		29-12-1987	1-1-1989
40	Mông Cổ		31-12-1997	1-1-1999
41	Hoa Kỳ	31-8-1981	11-12-1986	1-1-1988
42	Na Uy	26-5-1981	20-7-1988	1-8-1989
43	Niu Dilân		22-9-1994	1-10-1995
44	Ugandă		12-2-1992	1-3-1993
45	Pêru		25-3-1999	1-3-2000
46	Pháp	27-8-1981	6-8-1982	1-1-1988
47	Phần Lan	26-5-1981	15-12-1987	1-1-1989
48	Rumani		22-5-1991	1-6-1992
49	Xanh Vixen và Grênađinê		12-9-2000	1-10-2001
50	Xécbi và Môngtenegrô		12-3-2001	1-4-2002
51	Xingapo	11-4-1980	16-2-1995	1-3-1996
52	Xiôvakia		28-5-1993	1-1-1993
53	Xiôvênia		7-1-1994	1-2-1995
54	Tây Ban Nha		24-7-1990	1-8-1991
55	Thụy Điển	26-5-1981	15-12-1987	1-1-1989
56	Thụy Sĩ		21-2-1990	1-3-1991

Stt	Tên quốc gia	Ngày ký	Ngày phê chuẩn (gia nhập)	Ngày có hiệu lực
57	Trung Quốc	30-9-1981	11-12-1986	1-1-1988
58	Ucraina		3-1-1990	1-2-1991
59	Urugoay		25-1-1999	1-2-2000
60	Uđôbêkixtan		27-11-1996	1-12-1997
61	Ôxtrâylia		17-3-1988	1-4-1999
62	Dămbia		6-6-1986	1-1-1988

Phụ lục 2

CÁC NGUYÊN TẮC VỀ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ CỦA UNIDROIT ⁽¹⁾

LỜI NÓI ĐẦU

(Mục đích của Nguyên tắc Hợp đồng Thương mại quốc tế)

Những nguyên tắc Hợp đồng Thương mại quốc tế (Principles of International Commercial Contracts - được viết tắt theo tiếng Anh là PICC) trình bày những quy định chung cho các hợp đồng thương mại quốc tế.

1. PICC sẽ được áp dụng trong trường hợp các bên ký kết hợp đồng thoả thuận rằng hợp đồng của họ được PICC điều chỉnh.
2. PICC cũng có thể được áp dụng nếu các bên trong hợp đồng thoả thuận hợp đồng sẽ được điều chỉnh bằng "những nguyên tắc cơ bản của luật", "lex mercatoria" hoặc bằng những nguyên tắc tương tự.
3. PICC có thể đưa ra giải pháp cho một vấn đề nảy sinh trong hợp đồng mà luật đang áp dụng không thể giải quyết được vấn đề này.
4. PICC có thể được sử dụng để giải thích hoặc bổ sung cho các văn bản quốc tế nhằm thống nhất luật.
5. PICC có thể được dùng làm mẫu cho các nhà làm luật của một quốc gia hoặc quốc tế.

⁽¹⁾ Bản dịch từ tiếng Anh sang tiếng Việt của TS Lê Nét: *Nguyên tắc hợp đồng thương mại quốc tế*, Nxb. Thành phố Hồ Chí Minh 1999.

CHƯƠNG I: QUY ĐỊNH CHUNG

Điều 1.1

(Tự do hợp đồng)

Các bên trong hợp đồng được tự do giao kết hợp đồng và quy định nội dung của hợp đồng.

Điều 1.2

(Không bắt buộc về hình thức)

Không một chi tiết nào của PICC yêu cầu một hợp đồng phải được ký kết bằng văn bản hoặc phải được chứng minh có sự thoả thuận bằng văn bản. Sự tồn tại của một hợp đồng có thể được chứng minh bằng bất kì hình thức nào, kể cả bằng nhân chứng.

Điều 1.3

(Tính chất ràng buộc của hợp đồng)

Sau khi giao kết, hợp đồng sẽ có hiệu lực ràng buộc các bên trong hợp đồng. Hợp đồng chỉ có thể được thay đổi hoặc chấm dứt trên cơ sở các điều khoản của hợp đồng hoặc bằng sự thoả thuận, hoặc bằng những phương thức khác được đề cập đến trong PICC.

Điều 1.4

(Những quy định bắt buộc)

Nguyên tắc hợp đồng Thương mại quốc tế PICC không hạn chế việc áp dụng những quy phạm bắt buộc, có xuất xứ trong nước, quốc tế hoặc các tổ chức siêu quốc gia, nếu những quy định này được áp dụng trên cơ sở phù hợp với tư pháp quốc tế.

Điều 1.5

(Sửa đổi và huỷ bỏ hợp đồng)

Các bên trong hợp đồng có thể huỷ bỏ, hạn chế hay sửa đổi hiệu lực áp dụng của bất kỳ điều khoản nào trong PICC, nếu các điều khoản này không có quy định gì khác.

Điều 1.6

(Giải thích và bổ sung PICC)

1. Khi giải thích PICC cần căn cứ vào tính quốc tế và vào mục đích của PICC, kể cả nhu cầu thúc đẩy sự thống nhất trong áp dụng PICC.
2. Những vấn đề nằm trong phạm vi điều chỉnh của Nguyên tắc Hợp đồng Thương mại quốc tế nhưng không được quy định rõ, thì trong chừng mực có thể được, sẽ được giải thích theo tinh thần chung của PICC.

Điều 1.7

(Nguyên tắc thiện chí và trung thực)

1. Các bên trong hợp đồng phải hành động phù hợp với tinh thần thiện chí và trung thực trong các giao dịch thương mại quốc tế.
2. Các bên trong hợp đồng không được hạn chế hoặc loại bỏ nghĩa vụ này.

Điều 1.8

(Tập quán và quy ước)

1. Các bên trong hợp đồng cần phải tuân theo những tập quán mà họ đã nhất trí và các quy ước đã được xác định và ngầm hiểu.
2. Các bên trong hợp đồng nên tuân theo những tập quán phổ biến và thiết thực trong hoạt động mua bán của các chủ thể thuộc

cùng lĩnh vực buôn bán, trừ khi việc áp dụng tập quán đó vào hợp đồng này là phi lý.

Điều 1.9

(Thông báo)

1. Khi được yêu cầu, thông báo có thể được thực hiện dưới bất kỳ hình thức nào thích hợp.
2. Một thông báo có hiệu lực khi nó "truyền đạt đến" bên được nhận thông báo.
3. Trong Mục 2 của Điều này, một thông báo được coi như "truyền đạt đến" một bên, khi bên này được thông báo bằng miệng hoặc thư từ gửi đến địa chỉ thư tín giao dịch của bên này.
4. Trong điều này, "thông báo" bao gồm cả bố cáo, yêu cầu, hay bất kỳ một thông tin nào khác về một ý định.

Điều 1.10

(Định nghĩa)

- Trong PICC, khái niệm "toà án" bao gồm cả hội đồng trọng tài;
- Nếu một bên trong hợp đồng có nhiều nơi kinh doanh thì sau khi xem xét những tình tiết đã biết hoặc dự liệu bởi các bên trong hợp đồng tại bất cứ thời điểm nào trước khi giao kết hoặc vào thời điểm giao kết hợp đồng, "nơi kinh doanh" thích hợp là trụ sở có quan hệ gần gũi nhất với hợp đồng và thực hiện hợp đồng;
- "Bên có nghĩa vụ" là bên phải thực hiện một nghĩa vụ và "bên có quyền" là bên có quyền lợi đối với việc thực hiện nghĩa vụ đó;
- "Văn bản" có nghĩa là bất kỳ hình thức thông tin nào ghi chép nội dung chứa đựng trong đó và có khả năng được sao chép lại dưới dạng hữu hình.

Điều 2.1

(Phương thức giao kết hợp đồng)

Một hợp đồng có thể được giao kết bằng việc chấp nhận một đề nghị giao kết hoặc bằng hành vi của các bên mà nó có thể bộc lộ đầy đủ nội dung của sự thoả thuận.

Điều 2.2

(Định nghĩa đề nghị giao kết)

Một đề nghị được gọi là đề nghị giao kết nếu nó rõ ràng, đầy đủ và nêu rõ ý định của bên đưa ra đề nghị mong muốn bị ràng buộc bởi hợp đồng khi đề nghị giao kết được chấp nhận.

Điều 2.3

(Rút lại đề nghị giao kết)

1. Đề nghị giao kết có hiệu lực khi bên được đề nghị nhận được đề nghị.
2. Đề nghị, kể cả đề nghị không thể huỷ ngang, cũng có thể bị rút lại nếu bên được đề nghị chưa nhận được đề nghị giao kết hoặc yêu cầu rút lại đề nghị đến cùng lúc với đề nghị.

Điều 2.4

(Huỷ bỏ đề nghị giao kết)

1. Cho đến khi hợp đồng được giao kết, đề nghị giao kết có thể bị huỷ bỏ, nếu bên đề nghị thông báo cho bên nhận đề nghị trước khi bên này chấp nhận lời đề nghị.
2. Đề nghị giao kết không thể huỷ bỏ khi:
 - a. Lời đề nghị có ấn định thời hạn cố định để trả lời hoặc ấn định rằng nó không thể bị huỷ ngang; hoặc nếu

- b. Bên được đề nghị có thể tin tưởng một cách hợp lý là đề nghị giao kết không thể hủy ngang và bên được đề nghị đã hành động trên cơ sở tin tưởng vào lời đề nghị đó.

Điều 2.5

(Từ chối đề nghị giao kết)

Đề nghị giao kết bị từ chối khi bên giao kết nhận được sự từ chối của bên được đề nghị.

Điều 2.6

(Cách thức chấp nhận đề nghị giao kết)

1. Lời nói, văn bản hoặc các hành vi cụ thể của bên được nhận đề nghị nói lên sự đồng ý lời đề nghị giao kết, do đó được coi là chấp nhận giao kết. Im lặng hay bất tác vi tự bản thân nó không nói lên sự chấp nhận đề nghị.
2. Hợp đồng có hiệu lực khi bên đề nghị giao kết nhận được sự chấp thuận lời đề nghị giao kết.
3. Mặc dù vậy, nếu lời đề nghị giao kết hay quy ước đã được xác lập giữa đôi bên hoặc theo tập quán có quy định khác, bên nhận đề nghị có thể bày tỏ sự chấp nhận bằng việc thực hiện một công việc mà không cần phải thông báo cho bên đề nghị giao kết biết, sự chấp nhận có hiệu lực khi công việc đó được thực hiện.

Điều 2.7

(Thời hạn chấp nhận)

Sự chấp nhận đề nghị cần phải được tiến hành trong thời hạn bên đề nghị ấn định, nếu thời hạn này không được ấn định, đề nghị giao kết phải được chấp nhận trong khoảng thời gian hợp lý tùy từng trường hợp, có xem xét đến tốc độ truyền tin mà bên đề nghị dùng.

Đề nghị giao kết bằng miệng phải được chấp nhận ngay, trừ khi hoàn cảnh có yêu cầu khác.

Điều 2.8

(Chấp nhận đề nghị trong thời hạn quy định)

1. Đối với điện báo hoặc thư từ, thời hạn quy định cho sự chấp nhận được tính từ khi bức điện báo được yêu cầu gửi đi hoặc ngày gửi thư hoặc, nếu trong đó không có ngày gửi thư, thì là ngày ghi trên dấu bưu điện. Đối với các phương tiện trực tiếp trao đổi thông tin, thời gian quy định được tính từ lúc bên được đề nghị nhận đề nghị giao kết.
2. Số ngày lễ hoặc ngày không giao dịch trong thời hạn quy định cũng được tính vào khoảng thời hạn này. Tuy vậy, nếu thông báo chấp nhận không đến được bên đề nghị trong ngày cuối cùng của thời hạn quy định do ngày này trùng vào ngày lễ hoặc ngày không làm việc tại nơi kinh doanh của người nhận, thời hạn giao kết sẽ được kéo dài đến ngày giao dịch đầu tiên tiếp theo ngày lễ hoặc ngày không làm việc đó.

Điều 2.9

(Chấp nhận chậm trễ trong việc truyền tin)

1. Sự chấp nhận những thông tin chậm trễ vẫn có hậu quả pháp lý như sự chấp nhận những thông tin đúng hạn, nếu như bên đề nghị không thông báo ngay lập tức cho bên được đề nghị về việc này.
2. Nếu một lá thư hoặc một văn bản khác cho hay sự chấp nhận được chuyển đến bên đề nghị chậm trễ là do lỗi của việc chuyển tin, sự chấp nhận chậm trễ đó vẫn được coi như có hiệu lực, trừ khi bên đề nghị thông báo không chậm trễ cho bên được đề nghị rằng lời đề nghị giao kết đã hết hiệu lực vào thời điểm nhận được sự chấp nhận.

Điều 2.10

(Rút lại lời chấp nhận)

Một chấp nhận có thể được rút lại nếu như việc rút lại này được truyền đạt đến bên đề nghị trước hoặc cùng lúc với thời điểm mà lời chấp nhận trở nên có hiệu lực.

Điều 2.11

(Sửa đổi lời chấp nhận)

1. Khi bên được đề nghị trả lời chấp nhận đề nghị giao kết nhưng kèm theo các điều kiện mới hoặc những điều khoản bổ sung, hạn chế và sửa đổi, nó sẽ được coi như là sự từ chối đề nghị và là một đề nghị mới.
2. Dù vậy, nếu các điều kiện mới hoặc những hạn chế và sửa đổi nói trên không ảnh hưởng nhiều đến các điều khoản trong đề nghị giao kết, sự trả lời nói trên được xem là sự chấp nhận, trừ khi bên đề nghị bác bỏ không chậm trễ sự thay đổi này. Nếu bên đề nghị không phản đối, các điều khoản trong đề nghị giao kết và những sửa đổi bổ sung trong lời chấp nhận.

Điều 2.12

(Văn bản xác nhận)

Nếu văn bản nhằm xác nhận lại hợp đồng, bao gồm một vài điều khoản bổ sung, được gửi đi trong một thời hạn hợp lý sau khi giao kết hợp đồng, thì các điều khoản ghi trong văn bản sẽ trở thành một phần của hợp đồng, trừ trường hợp nội dung của văn bản xác nhận lại hợp đồng làm thay đổi "đáng kể" nội dung của hợp đồng đã được giao kết hoặc người nhận phản đối không chậm trễ những thay đổi này.

Điều 2.13

(Giao kết hợp đồng tùy thuộc vào những điều khoản được thoả thuận và hình thức cụ thể)

Trong những cuộc đàm phán để ký kết hợp đồng, nếu một bên khẳng định rằng hợp đồng sẽ chưa được giao kết cho đến khi có được thoả thuận về những điều khoản cụ thể và hình thức cụ thể, thì không một hợp đồng nào được giao kết cho đến khi các bên đạt được thoả thuận về những điều khoản đó hay hình thức đó.

Điều 2.14

(Hợp đồng với những điều khoản được đề nghị)

1. Nếu các bên trong hợp đồng thực sự mong muốn giao kết, việc họ cố ý đề nghị một điều khoản nào đó, sẽ được thoả thuận trong những cuộc đàm phán tiếp theo hoặc sẽ được một bên thứ ba xác định, sẽ không làm mất hiệu lực của hợp đồng.
2. Hiệu lực của hợp đồng vẫn có hiệu lực nếu sau đó
 - a. Hai bên không đạt được sự thoả thuận nào về điều khoản đề nghị; hoặc
 - b. Bên thứ ba không xác định được điều khoản này, với điều kiện có một khả năng khác có thể bổ sung chính xác và hợp lý các điều khoản này từ các tình tiết xung quanh hợp đồng, sau khi xem xét đến ý chí chung của các bên trong hợp đồng.

Điều 2.15

(Đàm phán với dụng ý xấu)

1. Các bên được tự do đàm phán về hợp đồng và không bị quy trách nhiệm nếu như không đạt được sự thoả thuận.

2. Tuy vậy, bên tham gia đàm phán hoặc phá vỡ đàm phán với dụng ý xấu sẽ bị quy trách nhiệm đối với những thiệt gây ra cho phía bên kia.
3. Cụ thể, dụng ý xấu là khi một bên tham gia hoặc tiếp tục đàm phán, mặc dù không có ý định tiến tới giao kết hợp đồng với phía bên kia nữa.

Điều 2.16

(Nghĩa vụ giữ bí mật)

Khi một bên trong đàm phán xem một thông tin là bí mật, thì bên kia có nghĩa vụ phải giữ gìn các bí mật này, không được phổ biến hoặc sử dụng bí mật một cách bất chính vào mục đích của mình, bất kể sau đó hợp đồng có được giao kết hay không. Khi cần, cách hữu hiệu để thoát khỏi nghĩa vụ có thể gồm cả việc đền bù thiệt hại dựa trên những lợi ích mà bên kia thu được từ bí mật này.

Điều 2.17

(Điều khoản sáp nhập)

Nếu trong hợp đồng ký kết bằng văn bản có một điều khoản quy định rằng văn bản trên là toàn bộ những gì mà các bên trong hợp đồng đã thoả thuận, thì văn bản này không thể bị phản bác hoặc bổ sung bằng những chứng cứ khác với hợp đồng kể cả bằng văn bản được ký trước khi hợp đồng được giao kết. Tuy vậy, những chứng cứ này có thể được dùng cho việc giải thích nội dung của hợp đồng.

Điều 2.18

(Điều khoản sửa đổi bằng văn bản)

Nếu hợp đồng bằng văn bản có một điều khoản yêu cầu bất kỳ sự thay đổi hay thoả thuận chấm dứt hợp đồng nào phải được thực

hiện bằng văn bản, thì không thể thay đổi hay chấm dứt hợp đồng bằng hình thức khác. Mặc dù vậy một bên trong hợp đồng không được viện dẫn điều khoản này khi hành vi và lời nói của họ làm cho bên kia tin tưởng (là nội dung hợp đồng đã bị thay đổi) và hành động theo.

Điều 2.19

(Hợp đồng có các điều khoản đã được soạn sẵn)

1. Khi một hoặc cả hai bên sử dụng các điều khoản mẫu soạn sẵn để giao kết hợp đồng, các quy định chung về giao kết hợp đồng sẽ được áp dụng theo các Điều 2.20 - Điều 2.22 dưới đây.
2. Hợp đồng soạn sẵn là những hợp đồng có những điều khoản được chuẩn bị từ trước cho việc sử dụng lại nhiều lần và nhìn chung được tiến hành không qua đàm phán với phía bên kia.

Điều 2.20

(Các điều khoản bất thường)

1. Một điều khoản bất ngờ trong hợp đồng soạn sẵn, không được phía bên kia lường trước trong giới hạn hiểu biết của mình, sẽ không có hiệu lực, trừ khi chúng đã được phía bên kia chấp nhận một cách rõ ràng.
2. Để xác định một điều khoản có tính chất nói trên hay không, cần phải xem xét nội dung, ngôn từ hoặc cách diễn đạt của điều khoản.

Điều 2.21

(Mâu thuẫn giữa điều khoản soạn sẵn và không soạn sẵn)

Khi có mâu thuẫn giữa điều khoản soạn sẵn và không soạn sẵn, điều khoản không soạn sẵn chiếm ưu thế áp dụng.

Điều 2.22

(Hai bên trong hợp đồng đều sử dụng điều khoản soạn sẵn)

Khi cả hai bên trong hợp đồng đều sử dụng các điều khoản soạn sẵn và đạt được thoả thuận, trừ một vài điều khoản, thì hợp đồng được giao kết trên cơ sở của những điều khoản đã thoả thuận và bất kỳ điều khoản soạn sẵn nào tương đồng về nội dung, trừ khi một bên ghi rõ trước, hoặc sau đó thông báo kịp thời cho bên kia rằng họ không có ý định ràng buộc bởi hợp đồng như vậy.

CHƯƠNG III: HIỆU LỰC HỢP ĐỒNG

Điều 3.1

(Phạm vi áp dụng)

Nguyên tắc Hợp đồng Thương mại quốc tế không đề cập đến vấn đề vô hiệu hợp đồng do:

- a. Thiếu năng lực hành vi;
- b. Thiếu ủy quyền hợp pháp;
- c. Hành động trái với đạo đức và pháp luật.

Điều 3.2

(Hiệu lực của hợp đồng)

Hợp đồng được giao kết, sửa đổi hoặc chấm dứt chỉ bằng thoả thuận giữa các bên trong hợp đồng là có hiệu lực mà không cần thêm một điều kiện nào khác.

Điều 3.3

(Những việc không thể thực hiện được từ đầu)

1. Bản thân việc một hợp đồng, không thể nào thực hiện được vào thời điểm giao kết hợp đồng, không làm ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng.

2. Bản thân việc một bên trong hợp đồng, không có quyền định đoạt tài sản liên quan đến hợp đồng vào thời điểm giao kết hợp đồng, cũng không làm ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng.

Điều 3.4

(Nhầm lẫn)

Nhầm lẫn một giả thiết sai lầm liên quan đến sự việc hoặc luật lệ tồn tại vào thời điểm giao kết hợp đồng.

Điều 3.5

(Vô hiệu hợp đồng nếu nhầm lẫn chính đáng)

1. Một bên trong hợp đồng chỉ có thể áp dụng vô hiệu hợp đồng do nhầm lẫn, nếu vào thời điểm giao kết hợp đồng, sự nhầm lẫn quan trọng đến mức một người thường trong cùng trường hợp như trên sẽ chỉ giao kết hợp đồng với những điều khoản khác hoặc sẽ không khi nào giao kết hợp đồng đó nếu biết được sự thực, và
 - a. Phía bên kia cũng mắc cùng một nhầm lẫn như vậy, hoặc gây ra nhầm lẫn, biết hay không thể không biết về sự nhầm lẫn và việc để đối tác tiếp tục nhầm lẫn trái với những tiêu chuẩn thương mại thông thường.
 - b. Vào thời điểm nhầm lẫn, phía bên kia của hợp đồng đã không hành động trong sự tin tưởng vào hợp đồng.
2. Tuy vậy, một bên trong hợp đồng không thể vô hiệu hợp đồng do nhầm lẫn nếu
 - a. Bên này đã cấu tạo nghiêm trọng dẫn tới bị nhầm lẫn.
 - b. Sự nhầm lẫn đã xảy ra đối với những sự việc mà khả năng nhầm lẫn đã được dự tính trước hoặc rủi ro do bên nhầm lẫn phải tự gánh chịu.

Điều 3.6

(Nhầm lẫn về cách diễn tả hoặc truyền đạt thông tin)

Lỗi trong cách diễn tả hoặc truyền tin về một tuyên bố được xem như là nhầm lẫn của bên nêu ra tuyên bố đó.

Điều 3.7

(Biện pháp xử lý vi phạm hợp đồng)

Một bên trong hợp đồng không được phép vô hiệu hợp đồng trên cơ sở nhầm lẫn nếu các yếu tố mà bên đó dựa vào khi nhầm lẫn đủ điều kiện hoặc có thể đủ điều kiện cho việc áp dụng các biện pháp chế tài do vi phạm hợp đồng.

Điều 3.8

(Lừa dối)

Một bên trong hợp đồng được phép vô hiệu hợp đồng, nếu bên đó giao kết hợp đồng do bị phía bên kia lừa dối về sự việc, kể cả trong ngôn ngữ hoặc hành vi, hoặc do bên kia (bên lừa dối) không cung cấp thông tin về các yếu tố, mà theo những tiêu chuẩn thông thường về công bằng và hợp lý trong thương mại, họ phải được thông báo.

Điều 3.9

(Đe dọa)

Một bên trong hợp đồng được phép vô hiệu hợp đồng, nếu bên đó giao kết hợp đồng là do bị bên kia đe dọa không chính đáng, trong trường hợp nghiêm trọng và tức thời đến nỗi họ không còn cách nào khác hơn là buộc phải giao kết hợp đồng. Cụ thể, sự đe dọa là không chính đáng khi hành vi hoặc bất tác vi với một bên trong hợp đồng bị đe dọa là bất hợp pháp, hoặc khi mục đích sử dụng nó là bất hợp pháp nhằm đạt được giao kết hợp đồng.

Điều 3.10

(Bất bình đẳng)

1. Một bên của hợp đồng được phép vô hiệu hợp đồng hoặc một điều khoản của nó nếu, vào thời điểm giao kết hợp đồng, hợp đồng hoặc điều khoản đó đã làm cho bên kia được hưởng lợi thể do có sự bất bình đẳng một cách không chính đáng. Nói cụ thể, các yếu tố để xem xét sự bất bình đẳng này là:
 - a. Việc một bên đã lợi dụng sự lệ thuộc, hoàn cảnh khó khăn kinh tế và nhu cầu cấp bách của bên kia, hoặc lợi dụng sự thiếu suy nghĩ, bất cẩn, thiếu kinh nghiệm hoặc thiếu kỹ năng thương lượng hợp đồng của bên đó; và
 - b. Tính chất và mục đích của hợp đồng.
2. Theo yêu cầu của bên được quyền vô hiệu hợp đồng, toà án có thể sửa đổi hợp đồng hoặc các điều khoản sao cho phù hợp với những tiêu chuẩn thông thường về công bằng và hợp lý trong thương mại.
3. Toà án có thể sửa đổi hợp đồng hoặc các điều khoản của hợp đồng thể theo yêu cầu của bên được thông báo vô hiệu hợp đồng, miễn là bên đó thông báo yêu cầu của mình cho bên kia ngay lập tức, sau khi nhận được thông báo vô hiệu hợp đồng, và trước khi bên yêu cầu chấm dứt hợp đồng đã hành động theo sự tin tưởng vào thông báo vô hiệu hợp đồng. Những điều khoản trong Điều 3.13 (2) cũng áp dụng tương tự trong trường hợp này.

Điều 3.11

(Bên thứ ba)

1. Khi việc lừa dối, đe dọa, lợi dụng sự bất bình đẳng hoặc nhầm lẫn của một bên là do lỗi của bên thứ ba, mà bên này phải chịu

trách nhiệm về hành vi của bên thứ ba, và bên thứ ba biết hoặc phải biết về điều này, hợp đồng cũng có thể bị vô hiệu giống như khi hành vi hoặc nhận thức là do bên này gây ra.

2. Khi việc lừa dối, đe dọa, lợi dụng sự bất bình đẳng hoặc nhầm lẫn của một bên là do lỗi của bên thứ ba, mà bên này không phải chịu trách nhiệm về hành vi của bên thứ ba, hợp đồng cũng có thể bị vô hiệu nếu bên này biết hoặc phải biết về sự lừa dối, đe dọa, hoặc được lợi lớn, hoặc bên này đã không hành động dựa trên sự tin tưởng vào hợp đồng trước thời điểm vô hiệu hợp đồng.

Điều 3.12

(Xác nhận)

Nếu bên có quyền vô hiệu hợp đồng tuyên bố trực tiếp hoặc gián tiếp xác nhận lại hợp đồng, quyền vô hiệu hợp đồng coi như bị từ bỏ.

Điều 3.13

(Mất quyền vô hiệu hợp đồng)

1. Nếu một bên có quyền vô hiệu hợp đồng do nhầm lẫn, nhưng bên kia tuyên bố sẵn sàng thực hiện hợp đồng theo cách mà bên có quyền vô hiệu hợp đồng đã hiểu, hợp đồng được xem là đã được giao kết theo cách bên này hiểu. Bên kia phải tuyên bố sẵn sàng chấp nhận thực hiện hợp đồng hoặc thực hiện hợp đồng nhanh chóng, sau khi đã được thông báo theo cách mà bên nhầm lẫn hiểu về hợp đồng, và trước khi bên nhầm lẫn hành động theo sự tin tưởng và thông báo vô hiệu hợp đồng.
2. Sau khi tuyên bố hoặc thực hiện như trên, thì quyền vô hiệu hợp đồng của bên nhầm lẫn bị mất và bất kỳ một thông báo vô hiệu hợp đồng trước đó sẽ không có hiệu lực.

Điều 3.14

(Thông báo vô hiệu hợp đồng)

Quyền vô hiệu hợp đồng của một bên được thực thi bằng cách thông báo cho bên kia.

Điều 3.15

(Thời hạn, thời hiệu)

1. Thông báo vô hiệu hợp đồng cần được đưa ra trong một thời hạn hợp lý, tùy theo từng trường hợp, sau khi bên có quyền yêu cầu biết hoặc không thể không biết những sự việc liên quan hoặc khi họ có đủ khả năng hành động theo ý mình.
2. Khi một điều khoản nào đó bị vô hiệu bởi một bên trong Điều 3.10, thời hạn có quyền thông báo vô hiệu được tính từ khi phía bên kia xác nhận điều khoản này.

Điều 3.16

(Vô hiệu từng phần)

Khi nguyên nhân gây vô hiệu chỉ ảnh hưởng đến một vài điều khoản của hợp đồng, hiệu lực của việc vô hiệu chỉ được giới hạn trong những điều khoản này, trừ trường hợp việc giữ hiệu lực những điều khoản còn lại trong hợp đồng là không hợp lý.

Điều 3.17

(Hiệu lực hồi tố của việc vô hiệu hợp đồng)

1. Sự vô hiệu thường có hiệu lực hồi tố.
2. Khi hợp đồng vô hiệu, thì một bên có quyền yêu cầu bên kia phải hoàn trả lại cho mình những gì mình đã cung cấp trên cơ sở hợp đồng hoặc theo phần hợp đồng nay đã bị vô hiệu, nếu như họ cũng hoàn trả bên kia những gì họ đã nhận trên cơ sở hợp đồng.

hoặc điều khoản nay đã bị vô hiệu; nếu không hoàn trả được bằng hiện vật, thì phải hoàn trả bằng tiền theo giá trị tương đương mà mình đã nhận, tùy từng trường hợp cụ thể.

Điều 3.18

(Bồi thường thiệt hại)

Bất kể hợp đồng có bị vô hiệu hay không, bên biết hoặc phải biết về nguyên nhân gây ra vô hiệu phải bồi thường những thiệt hại gây ra cho bên kia, cho tới khi vị trí của bên đó bằng với vị trí ban đầu trước khi giao kết hợp đồng.

Điều 3.19

(Tính chất bắt buộc của những điều khoản)

Các điều trong chương này mang tính bắt buộc, trừ trường hợp chỉ liên quan đến tính ràng buộc của sự thỏa thuận giữa hai bên, việc không thể thực hiện được từ đầu của hợp đồng hoặc hợp đồng được giao kết khi nhầm lẫn.

Điều 3.20

(Tuyên bố của một bên đối với bên kia)

Các Điều trong chương này cũng áp dụng tương tự cho các sửa đổi thích hợp về bất kỳ thông tin nào, được một bên thông báo có chủ đích cho bên kia.

CHƯƠNG IV: GIẢI THÍCH HỢP ĐỒNG

Điều 4.1

(Ý chí của các bên trong hợp đồng)

1. Một hợp đồng phải được giải thích dựa trên ý chí chung của các bên trong hợp đồng đó.

2. Nếu ý chí chung của các bên trong hợp đồng không thể được xác định, hợp đồng sẽ được giải thích dựa trên ý nghĩa, mà một người bình thường trong cùng hoàn cảnh và điều kiện như các bên trong hợp đồng, có thể tự giải thích được.

Điều 4.2

(Giải thích lời phát biểu và hành vi khác)

1. Những tuyên bố hoặc hành vi của một bên sẽ được giải thích theo ý chí của bên tuyên bố, nếu bên kia biết hay không thể biết ý chí đó.
2. Nếu không áp dụng được Khoản (1), thì những tuyên bố hoặc hành vi của một bên sẽ được giải thích theo cách hiểu của một người bình thường có cùng hoàn cảnh tương tự với bên kia có thể hiểu.

Điều 4.3

(Những yếu tố có liên quan)

Khi áp dụng Điều 4.1 và 4.2, cần xem xét tất cả các chi tiết xung quanh hợp đồng, bao gồm:

- a. Những cuộc đàm phán giữa đôi bên trước khi giao kết hợp đồng;
- b. Những quy ước mà cả hai bên đã xác định và hiểu rõ;
- c. Hành vi của các bên sau khi giao kết hợp đồng;
- d. Tính chất và mục đích của hợp đồng;
- e. Ý nghĩa thường dùng cho các điều khoản và những thể hiện trong lĩnh vực thương mại mà hai bên tham gia trong hợp đồng;
- f. Tập quán.

Điều 4.4

(Tham khảo toàn bộ hợp đồng hoặc toàn bộ điều khoản)

Nội dung hợp đồng phải được giải thích bởi cảnh toàn bộ hợp đồng hoặc toàn bộ điều khoản được thể hiện trong hợp đồng.

Điều 4.5

(Tất cả các điều khoản cần có hiệu lực)

Các điều khoản của hợp đồng cần phải được giải thích sao cho tất cả các điều khoản đều có hiệu lực, hơn là chỉ làm cho một vài điều khoản có hiệu lực.

Điều 4.6

(Quy tắc contra proferentem)

Khi các điều khoản, do một bên trong hợp đồng soạn thảo không rõ ràng, thì phải giải thích các điều khoản đó theo ý nghĩa không tạo lợi thế cho bên soạn thảo.

Điều 4.7

(Sự tương phản của ngôn ngữ)

Khi một hợp đồng được dịch bằng hai hoặc nhiều ngôn ngữ mà có giá trị hiệu lực ngang nhau, khi có sự khác nhau giữa những bản dịch này, thì cách giải thích theo bản được thảo ra đầu tiên sẽ có giá trị ưu thế hơn.

Điều 4.8

(Bổ sung một điều khoản còn thiếu)

1. Khi các bên trong hợp đồng chưa thoả thuận một điều khoản nào đó, mà điều khoản ấy quan trọng trong việc xác lập quyền và nghĩa vụ của họ, một điều khoản thích hợp khi đó sẽ được bổ sung.

2. Khi xem xét điều khoản nào là thích hợp, cần lưu ý đến những chi tiết xung quanh, ví dụ như:
- a. Ý định của các bên trong hợp đồng;
 - b. Tính chất và mục đích của hợp đồng;
 - c. Nguyên tắc thiện chí và trung thực;
 - d. Tính hợp lý.

CHƯƠNG V: NỘI DUNG

Điều 5.1

(Nghĩa vụ rõ rệt và nghĩa vụ ngầm hiểu)

Nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng có thể là nghĩa vụ nêu rõ hoặc nghĩa vụ ngầm hiểu.

Điều 5.2

(Nghĩa vụ ngầm hiểu)

Các nghĩa vụ ngầm hiểu thường phát sinh từ:

- a. Tính chất và mục đích của hợp đồng;
- b. Những quy ước mà cả hai bên đã xác định và hiểu rõ, và những tập quán;
- c. Sự ngay tình và công bằng;
- d. Tính hợp lý.

Điều 5.3

(Sự hợp tác giữa các bên trong hợp đồng)

Mỗi bên sẽ hợp tác với bên kia, khi sự hợp tác này có thể được mong đợi một cách khách quan nhằm thực hiện những nghĩa vụ của cả hai bên.

Điều 5.4

(Nghĩa vụ thành quả và nghĩa vụ phương tiện)

1. Nếu một bên có nghĩa vụ phải thực hiện một kết quả nhất định, bên này phải đạt được kết quả đó.
2. Nếu nội dung của nghĩa vụ yêu cầu một bên phải nỗ lực trong việc thực hiện nghĩa vụ, bên này phải cố gắng tối đa như những nỗ lực của một người bình thường, trong cùng hoàn cảnh.

Điều 5.5

(Xác định loại nghĩa vụ)

Để xác định xem nghĩa vụ của một bên là nghĩa vụ thành quả hay nghĩa vụ phương tiện, cần xem xét ít nhất những chi tiết sau đây:

- a. Nội dung của nghĩa vụ trong hợp đồng;
- b. Giá của hợp đồng và những điều khoản khác;
- c. Mức độ rủi ro thường thấy trong việc thực hiện hợp đồng;
- d. Khả năng ảnh hưởng của bên kia trong việc thực hiện nghĩa vụ.

Điều 5.6

(Xác định chất lượng công việc)

Nếu chất lượng công việc không thể xác định được bằng hợp đồng, thì bên có nghĩa vụ phải thực hiện công việc với chất lượng vừa phải và không thấp hơn mức chất lượng trung bình trong cùng hoàn cảnh.

Điều 5.7

(Xác định giá trị hợp đồng)

1. Khi hợp đồng không xác định giá trị công việc, các bên trong hợp đồng được quyền xác định giá trị công việc thực hiện bằng cách

so sánh các trường hợp tương tự của ngành hàng mà các bên tham gia, nếu giá trị này không thể xác định được thì xác định một giá trị vừa phải.

2. Nếu một bên trong hợp đồng được quyền xác định giá trị, mà giá trị được xác định là phi lí, thì một giá trị hợp lý sẽ được các bên thoả thuận lại, kể cả khi trong hợp đồng có quy định khác.
3. Nếu giá trị hợp đồng do bên thứ ba xác định, và bên thứ ba này không thể hay không muốn xác định, thì giá trị vừa phải sẽ được dùng làm căn cứ xác định.
4. Nếu giá trị hợp đồng được xác định bằng cách tham khảo các nhân tố, mà các nhân tố này không tồn tại, chấm dứt tồn tại hay không thể xác định được, thì nhân tố tương đương gần nhất sẽ được dùng thay thế để xác định.

Điều 5.8

(Hợp đồng vô thời hạn)

Một hợp đồng vô thời hạn có thể bị chấm dứt bởi bất kỳ bên nào, bằng cách thông báo cho bên kia trong một thời hạn hợp lý.

CHƯƠNG VI: THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG

Mục 1: Những quy định chung về thực hiện hợp đồng

Điều 6.1.1

(Thời gian thực hiện)

Mỗi bên trong hợp đồng phải thực hiện nghĩa vụ của mình:

- a. Nếu thời gian thực hiện được ghi rõ trong hợp đồng, theo thời gian đó;
- b. Nếu một thời hạn nhất định được đưa ra cho việc thực hiện hợp đồng, là bất kỳ thời điểm nào trong thời hạn đó, trừ

trường hợp hoàn cảnh yêu cầu một trong các bên được chọn thời gian thực hiện;

- c. Trong tất cả các trường hợp khác, là trong thời hạn hợp lý sau khi hợp đồng được giao kết.

Điều 6.1.2

(Thực hiện một lần hoặc thực hiện làm nhiều lần)

Trong các trường hợp của Điều 6.1.1(b) hoặc (c), mỗi bên phải thực hiện nghĩa vụ ngay một lần, nếu việc thực hiện chỉ có thể được thực hiện làm một lần và hợp đồng không quy định gì khác.

Điều 6.1.3

(Thực hiện từng phần)

1. Người có quyền có thể từ chối đề nghị thực hiện nghĩa vụ theo từng phần khi thời hạn thực hiện đã đến, bất kể đề nghị đó có kèm đảm bảo sự tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ hay không, trừ khi người có quyền không có lý do chính đáng trong việc yêu cầu các biện pháp bảo đảm.
2. Bên có nghĩa vụ phải thanh toán các khoản chi phí phát sinh mà người có quyền phải chi do thực hiện từng phần nghĩa vụ, trừ trường hợp có thoả thuận khác hay pháp luật có quy định khác.

Điều 6.1.4

(Thứ tự của việc thực hiện)

1. Trong chừng mực mà việc thực hiện nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng có thể làm đồng thời, các bên trong hợp đồng buộc phải thực hiện các nghĩa vụ đồng thời, trừ trường hợp hoàn cảnh có yêu cầu khác.

2. Trong chừng mực mà việc thực hiện nghĩa vụ của một bên yêu cầu thời gian nhiều hơn bên kia, bên này buộc phải thực hiện nghĩa vụ của mình trước, trừ trường hợp hoàn cảnh có yêu cầu khác.

Điều 6.1.5

(Thực hiện sớm hơn quy định)

1. Bên có quyền từ chối công việc được thực hiện sớm hơn quy định, trừ khi họ không có lý do chính đáng trong việc từ chối.
2. Trong một hợp đồng song vụ, sự chấp nhận việc thực hiện sớm hơn quy định của một bên, không ảnh hưởng đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ của bên đó, nếu thời gian này đã được xác định bất kể thời hạn thực hiện nghĩa vụ của bên kia.
3. Các khoản chi phí phát sinh, mà người có quyền phải chi cho việc thực hiện nghĩa vụ sớm hơn dự định, sẽ được thanh toán bởi bên có nghĩa vụ, nếu điều đó không làm thiệt hại đến những cách giải quyết khác.

Điều 6.1.6

(Địa điểm thực hiện)

1. Nếu địa điểm thực hiện không được xác định trong hợp đồng, bên có nghĩa vụ phải được thực hiện tại:
 - a. Địa chỉ giao dịch của người có quyền, nếu là nghĩa vụ thanh toán;
 - b. Địa chỉ giao dịch của mình, nếu là nghĩa vụ khác.
2. Bên có nghĩa vụ phải chịu những chi phí phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng do việc thay đổi địa chỉ giao dịch sau khi hợp đồng được giao kết.

Điều 6.1.7

(Phương thức thanh toán)

1. Thanh toán có thể thực hiện dưới bất kỳ hình thức nào được sử dụng trong giao dịch tại địa điểm thanh toán.
2. Tuy vậy, kể cả trường hợp bên có quyền đã nhận séc hay bất kỳ hình thức chi trả hoặc bảo chi nào được quy định tại Khoản (1), thì việc thanh toán chỉ được coi như đã thực hiện nếu các hình thức trên ngân hàng chấp thuận.

Điều 6.1.8

(Thanh toán bằng chuyển khoản)

1. Trừ trường hợp người có quyền chỉ định một tài khoản nhất định, việc thanh toán có thể thực hiện bằng cách chuyển tiền vào bất cứ công ty tài chính nào, mà người có quyền có tài khoản.
2. Nghĩa vụ chấm dứt khi việc chuyển tiền của bên có nghĩa vụ vào tài khoản của công ty tài chính nói trên trở nên có hiệu lực.

Điều 6.1.9

(Tiền thanh toán)

1. Nếu nghĩa vụ thanh toán quy định đồng tiền thanh toán khác với đồng tiền của nơi thanh toán, bên có nghĩa vụ vẫn có thể chi trả bằng đồng tiền của nơi thanh toán, trừ khi:
 - a. Đồng tiền của nơi thanh toán không chuyển đổi được hoặc
 - b. Các bên trong hợp đồng đã thoả thuận là thanh toán chỉ có thể thực hiện bằng đồng tiền ghi trong hợp đồng.
2. Nếu bên có nghĩa vụ không thể thực hiện nghĩa vụ trả tiền bằng đồng tiền quy định trong hợp đồng, người có quyền có thể yêu

cầu thanh toán bằng đồng tiền của nơi thanh toán, kể cả trong trường hợp Mục b Điều 6.1.9 (1).

3. Thanh toán bằng đồng tiền của nơi thanh toán được thực hiện theo tỷ giá hối đoái tại nơi đó khi thời hạn thanh toán đã đến.
4. Tuy vậy, nếu bên có nghĩa vụ không thanh toán đúng hạn, người có quyền có thể yêu cầu thanh toán theo tỷ giá hối đoái tại nơi đó, khi thời hạn thanh toán đã đến hoặc tại thời điểm thực sự thanh toán.

Điều 6.1.10

(Đồng tiền thanh toán không được định trước)

Khi điều khoản thanh toán không quy định đồng tiền nào, bên có nghĩa vụ sẽ chi trả bằng đồng tiền của nơi thanh toán.

Điều 6.1.11

(Chi phí thực hiện)

Mỗi bên sẽ chịu chi phí trong việc thực hiện nghĩa vụ của mình.

Điều 6.1.12

(Thứ tự thanh toán)

1. Bên có nghĩa vụ có quyền xác định vào thời điểm thanh toán thứ tự nghĩa vụ được thanh toán nếu phải thực hiện nhiều nghĩa vụ trả tiền với cùng một bên có quyền. Tuy nhiên, trong khoản thanh toán đó, chi phí cho thanh toán sẽ được khấu trừ trước, sau đó là tiền lãi và cuối cùng là tiền vốn.
2. Nếu bên có nghĩa vụ không xác định như trên, người có quyền có thể thông báo cho bên có nghĩa vụ, trong một thời hạn hợp lý sau khi thanh toán, là sẽ quyết định quyền thanh toán được tính vào nghĩa vụ nào, với điều kiện nghĩa vụ đó phải đến hạn và không bị tranh chấp.

3. Nếu việc xem xét thanh toán không được tiến hành như trong Mục 1 và 2, việc thanh toán sẽ được tính vào nghĩa vụ thoả mãn một trong những điều kiện sau và theo thứ tự ưu tiên dưới đây:
 - a. Nghĩa vụ đến hạn và là nghĩa vụ đầu tiên đến hạn;
 - b. Nghĩa vụ mà người có quyền có ít bảo đảm nhất;
 - c. Nghĩa vụ có gánh nặng nhiều nhất cho bên có nghĩa vụ;
 - d. Nghĩa vụ được xác định trước.
4. Nếu các điều khoản trên đây không được áp dụng, thanh toán sẽ được chia theo tỷ lệ thuận cho tất cả các nghĩa vụ.

Điều 6.1.13

(Thứ tự các nghĩa vụ phải thực hiện công việc)

Điều 6.1.12 cũng được áp dụng tương tự như trường hợp nội dung của nghĩa vụ là thực hiện một công việc.

Điều 6.1.14

(Xin phép các cơ quan có thẩm quyền)

Nếu pháp luật quy định trước khi thực hiện hợp đồng các bên phải xin phép các cơ quan có thẩm quyền, thì

- a. Bên nào có địa điểm giao dịch tại nước cần xin phép, thì bên đó sẽ làm thủ tục xin phép;
- b. Trong các trường hợp khác, bên có nhu cầu cấp phép sẽ phải làm những thủ tục cần thiết để xin phép.

Điều 6.1.15

(Thủ tục xin phép)

1. Bên được yêu cầu làm những thủ tục cần thiết để xin phép không được chậm trễ trong việc thực hiện công việc đó và chịu mọi phí tổn có liên quan.

2. Bên này sẽ thông báo cho bên kia biết kết quả cho phép hay từ chối của giấy phép khi thích hợp nhưng không được chậm trễ.

Điều 6.1.16

(Giấy phép không được cấp cũng như không bị từ chối)

1. Trong trường hợp bên có nghĩa vụ đã làm mọi thủ tục yêu cầu nhưng vẫn không được cấp giấy phép, cũng như không bị từ chối trong một thời hạn xác định, hoặc khi thời hạn đó được quy định, nhưng trong thời hạn hợp lý từ khi giao kết hợp đồng, thì mỗi bên đều có quyền chấm dứt hợp đồng.
2. Nếu giấy phép chỉ ảnh hưởng đến vài điều khoản trong hợp đồng, các bên không thể chấm dứt hợp đồng mặc dù không được cơ quan có thẩm quyền cấp phép, các điều khoản không liên quan đến việc cấp giấy phép vẫn được giữ nguyên.

Điều 6.1.17

(Giấy xin phép bị từ chối)

1. Nếu việc cấp giấy phép bị từ chối làm ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng, thì hợp đồng sẽ vô hiệu. Nếu sự từ chối chỉ ảnh hưởng đến hiệu lực của vài điều khoản, thì chỉ các điều khoản đó bị vô hiệu, nếu việc giữ nguyên phần còn lại của hợp đồng là hợp lý trong trường hợp này.
2. Khi sự từ chối giấy xin phép làm cho việc thực hiện toàn phần hay toàn bộ hợp đồng không tiến hành được, quy định về chấm dứt hợp đồng sẽ được áp dụng.

Mục 2: Hoàn cảnh khó khăn

Điều 6.2.1

(Tuân thủ hợp đồng)

Khi việc thực hiện hợp đồng trở nên khó khăn hơn cho một bên,

bên này vẫn buộc phải thực hiện nghĩa vụ của mình, trừ những trường hợp liên quan đến các điều khoản về hoàn cảnh khó khăn được quy định dưới đây.

Điều 6.2.2

(Định nghĩa về khó khăn)

Một hoàn cảnh được gọi là khó khăn, nếu nó gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến sự cân bằng của hợp đồng, hoặc làm cho phí thực hiện tăng quá cao, hoặc giá trị nhận được do thực hiện nghĩa vụ giảm quá thấp, hơn nữa:

- a. Sự việc xảy ra hoặc được bên khó khăn biết sau khi giao kết hợp đồng.
- b. Sự việc này không được bên bị khó khăn dự đoán trước, vào thời điểm giao kết hợp đồng.
- c. Sự việc xảy ra ngoài tầm kiểm soát của bên bị khó khăn và
- d. Rủi ro do sự việc xảy ra không được bên bị khó khăn định liệu đến.

Điều 6.2.3

(Hậu quả của sự khó khăn)

1. Bên bị bất lợi có quyền đề nghị đàm phán lại. Lời đề nghị phải được đưa ra đúng lúc và đầy đủ cơ sở.
2. Bên bị khó khăn không đương nhiên được ngừng việc thực hiện nghĩa vụ khi đưa ra đề nghị đàm phán lại.
3. Nếu hai bên không đạt được sự thoả thuận nào khác, mỗi bên đều có quyền yêu cầu toà án giải quyết.
 - a. Nếu xét thấy hợp lý, toà án có thể xác định là có hoàn cảnh bất lợi và:

- b. Tuyên bố chấm dứt hợp đồng tại một thời điểm và theo các điều kiện được tòa án quyết định; hoặc
- c. Sửa đổi nội dung hợp đồng nhằm phục hồi sự công bằng cho các bên.

CHƯƠNG VII: KHÔNG THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG

Mục 1: Quy định chung

Điều 7.1.1

(Định nghĩa việc không thực hiện hợp đồng)

Không thực hiện hợp đồng là việc một bên không hoàn thành một hay nhiều nghĩa vụ của mình trong hợp đồng, kể cả việc thực hiện không đúng quy cách hoặc thực hiện chậm.

Điều 7.1.2

(Sự can thiệp của một bên)

Một bên không thể không thực hiện nghĩa vụ của mình vì lý do bên kia không thực hiện nghĩa vụ của họ, nếu như việc không thực hiện của bên kia là do hành động hay không hành động (bất tác vi) của mình hoặc từ những sự việc mà mình phải chịu rủi ro.

Điều 7.1.3

(Dừng thực hiện)

1. Nếu cả hai bên trong hợp đồng phải thực hiện nghĩa vụ cùng một lúc, thì mỗi bên có thể dừng thực hiện nghĩa vụ của mình khi bên kia chưa cam kết thực hiện tiếp nghĩa vụ của họ.
2. Nếu các bên trong hợp đồng phải thực hiện theo thứ tự, bên thực hiện sau có thể dừng thực hiện cho đến khi bên thực hiện trước thực hiện những hành vi cần thiết theo quy định trong hợp đồng.

Điều 7.1.4

(Cố gắng khắc phục của bên không thực hiện)

1. Bên không thực hiện có thể khắc phục hậu quả không thực hiện bằng chi phí của mình, miễn là:
 - a. Bên này thông báo cho phía đối tác đúng thời điểm về cách thức và thời gian khắc phục.
 - b. Hoàn cảnh khắc phục là thích hợp.
 - c. Bên kia không có lý do chính đáng để từ chối việc khắc phục.
 - d. Việc khắc phục có kết quả ngay.
2. Việc thông báo chấm dứt hợp đồng không làm hạn chế quyền sửa chữa, khắc phục.
3. Kể từ khi thông báo sửa chữa, khắc phục có hiệu lực, quyền của bên bị thiệt hại, nếu không thích hợp với việc thực hiện của bên gây thiệt hại do không thực hiện, sẽ bị đình chỉ đến khi thời hạn sửa chữa, khắc phục chấm dứt.
4. Bên có quyền có thể dừng thực hiện các nghĩa vụ liên quan trong khi đang sửa chữa, khắc phục.
5. Kể cả khi đang sửa chữa, khắc phục, bên bị thiệt hại vẫn có quyền đòi bồi thường thiệt hại do chậm trễ, cũng như các thiệt hại đã không ngăn chặn được bằng cách sửa chữa, khắc phục.

Điều 7.1.5

(Gia hạn thực hiện)

1. Trong trường hợp không thực hiện, bên bị thiệt hại có thể thông báo gia hạn thêm thực hiện cho bên kia.
2. Trong suốt thời gian gia hạn, bên bị thiệt hại có thể dừng thực hiện các nghĩa vụ song phương và có thể đòi bồi thường thiệt hại, nhưng không được yêu cầu các biện pháp giải quyết khác.

Nếu bên này nhận được trả lời từ chối thực hiện trong thời gian đó, hoặc đã quá hạn mà bên kia không thực hiện, bên bị thiệt hại có quyền dùng các cách giải quyết khác quy định trong Chương này.

3. Nếu sự chậm trễ không nghiêm trọng và bên bị thiệt hại đã cho phép gia hạn thêm thời gian thực hiện, bên này có thể chấm dứt hợp đồng khi hết thời gian gia hạn. Có thể được gia hạn thêm một cách hợp lý nếu thời gian thực hiện quá ngắn. Bên bị thiệt hại có thể thông báo cho bên kia biết rằng nếu bên kia không thực hiện hành vi khắc phục trong thời gian gia hạn, hợp đồng sẽ tự động huỷ bỏ.
4. Khoản 3 không được áp dụng khi nghĩa vụ chưa thực hiện chỉ đóng vai trò nhỏ trong những nghĩa vụ, mà bên chưa thực hiện phải thực hiện.

Điều 7.1.6

(Điều khoản miễn trừ)

Tùy theo mục đích của hợp đồng, điều khoản hạn chế hoặc miễn trừ trách nhiệm của một bên do không thực hiện, hoặc cho phép một bên thực hiện một nghĩa vụ khác nhiều so với nghĩa vụ mà bên kia chờ đợi, sẽ không được công nhận, nếu điều đó tạo ra sự bất bình đẳng có lợi cho bên không thực hiện.

Điều 7.1.7

(Trường hợp bất khả kháng)

1. Việc không thực hiện của một bên sẽ được miễn trừ trách nhiệm, nếu bên này chứng minh được rằng việc không thực hiện là do những trở ngại ngoài tầm kiểm soát của họ, và những trở ngại dù đã cân nhắc kỹ, vẫn không thể lường được vào thời điểm giao kết hợp

đồng, hoặc các trở ngại này là không thể tránh hoặc vượt qua được.

2. Khi trở ngại chỉ có ý nghĩa tạm thời, sự miễn trừ chỉ áp dụng trong một thời hạn hợp lý, cho đến khi trở ngại đó vẫn còn cản trở việc thực hiện hợp đồng.
3. Bên gặp trường hợp bất khả kháng phải thông báo cho bên kia về trở ngại và ảnh hưởng của chúng đối với việc thực hiện nghĩa vụ. Trong khoảng thời gian hợp lý sau khi trường hợp bất khả kháng xảy ra, nếu bên gặp trường hợp bất khả kháng không thông báo cho bên kia thì bên không thông báo phải chịu trách nhiệm về hành vi không báo của mình.
4. Điều khoản này không ngăn cấm các bên thực hiện quyền chấm dứt hoặc dừng thực hiện hợp đồng hoặc yêu cầu thanh toán tiền lãi vay cho các khoản tiền đến hạn thanh toán.

Mục 2: Quyền yêu cầu thực hiện hợp đồng

Điều 7.2.1

(Thực hiện nghĩa vụ thanh toán)

Khi một bên có nghĩa vụ thanh toán nhưng không thực hiện, thì bên kia có quyền yêu cầu thanh toán.

Điều 7.2.2

(Nghĩa vụ phải thực hiện một công việc)

Khi một bên có nghĩa vụ thực hiện một công việc nhưng không thực hiện, bên kia có thể yêu cầu bên vi phạm phải thực hiện, trừ khi:

- a. Không thể thực hiện nghĩa vụ đó trên thực tế hay theo quy định của pháp luật;
- b. Việc thực hiện hoặc bắt buộc thực hiện gây ra nhiều chi phí bất hợp lý;

- c. Bên có quyền có thể nhận được việc thực hiện một cách hợp lý từ các nguồn khác;
- d. Việc thực hiện mang tính tuyệt đối cá nhân; hay
- e. Bên có quyền không yêu cầu thực hiện công việc trong một thời hạn hợp lý, mặc dù họ biết hoặc phải biết về việc không thực hiện.

Điều 7.2.3

(Sửa chữa hoặc đổi vật)

Tùy từng trường hợp cụ thể, quyền yêu cầu thực hiện bao gồm yêu cầu sửa chữa, yêu cầu đổi vật và khắc phục những khuyết tật của vật (Điều 7.2.1 và 7.2.2 cũng áp dụng trong trường hợp này).

Điều 7.2.4

(Các biện pháp cưỡng chế thi hành)

1. Khi toà án buộc một bên phải thực hiện, toà cũng có thể phạt tiền nếu bên này không tuân theo lệnh buộc phải thực hiện.
2. Tiền phạt sẽ được trả cho bên bị thiệt hại, trừ khi luật ở nơi xét xử có quy định khác. Việc trả tiền phạt độc lập với việc đòi bồi thường thiệt hại.

Điều 7.2.5

(Thay đổi biện pháp xử lý)

1. Nếu bên bị thiệt hại, sau khi yêu cầu thực hiện hợp đồng mà bên kia vẫn không thực hiện sau một khoảng thời gian hợp lý, thì bên bị thiệt hại có thể áp dụng các biện pháp xử lý khác.
2. Nếu quy định của toà án yêu cầu thực hiện nghĩa vụ thực hiện một công việc, và việc yêu cầu này không được thực hiện, thì bên bị thiệt hại có thể áp dụng bất kỳ biện pháp xử lý nào khác.

Mục 3: Chấm dứt hợp đồng

Điều 7.3.1

(Quyền yêu cầu chấm dứt hợp đồng)

1. Mỗi bên có thể chấm dứt hợp đồng khi bên kia không thực hiện nghĩa vụ của mình, và nghĩa vụ ấy là một nghĩa vụ quan trọng (vi phạm nghiêm trọng).
2. Những căn cứ để xác định vi phạm nghĩa vụ của một bên là vi phạm nghiêm trọng là:
 - a. Không thực hiện hợp đồng làm mất đi những gì phía bên kia mong đợi từ hợp đồng, trừ trường hợp bên vi phạm không lường trước hoặc không thể lường trước hậu quả đã xảy ra;
 - b. Không tuân thủ chặt chẽ những nghĩa vụ vốn là những yếu tố quan trọng của hợp đồng;
 - c. Không thực hiện do cố ý hoặc bất cẩn;
 - d. Không thực hiện hợp đồng khiến cho bên bị thiệt hại có thể suy đoán một cách hợp lý rằng họ không thể tin tưởng bên kia trong việc thực hiện những nghĩa vụ tiếp theo trong hợp đồng;
 - e. Hợp đồng bị vi phạm có thể sẽ dẫn tới những tổn thất không cân xứng của hai bên khi hợp đồng bị chấm dứt.
3. Khi chậm thực hiện nghĩa vụ, bên bị thiệt hại cũng có thể chấm dứt hợp đồng, nếu thời điểm gia hạn thêm để thực hiện hợp đồng theo Điều 7.1.5 đã kết thúc.

Điều 7.3.2

(Thông báo chấm dứt hợp đồng)

1. Quyền chấm dứt hợp đồng của một bên được thực hiện bằng việc thông báo cho bên kia biết.

2. Nếu việc thông báo được tiến hành chậm hoặc không theo đúng các quy định trong hợp đồng, bên bị thiệt hại có thể mất quyền chấm dứt hợp đồng, trừ khi họ thông báo cho bên vi phạm biết trong một thời hạn hợp lý, sau khi họ đã biết hay không thể không biết việc vi phạm hợp đồng hoặc thực hiện chậm trễ đó.

Điều 7.3.3.

(Đoán trước việc vi phạm thực hiện hợp đồng)

Nếu trước ngày thực hiện nghĩa vụ của một bên mà có chứng cứ rõ ràng là bên kia sẽ vi phạm nghiêm trọng hợp đồng, thì bên có chứng cứ có thể chấm dứt hợp đồng.

Điều 7.3.4

(Các biện pháp bảo đảm cho việc thực hiện hợp đồng đúng hạn)

Nếu một bên có cơ sở để tin rằng bên kia sẽ vi phạm nghiêm trọng hợp đồng, thì họ có quyền yêu cầu bên sắp vi phạm đưa ra một biện pháp bảo đảm cần thiết cho việc thực hiện nghĩa vụ, và có thể cùng lúc tạm dừng việc thực hiện nghĩa vụ của mình. Nếu biện pháp bảo đảm không được đáp ứng, bên yêu cầu có quyền chấm dứt hợp đồng.

Điều 7.3.5

(Hậu quả của việc chấm dứt hợp đồng)

1. Hai bên được miễn trừ mọi quyền và nghĩa vụ kể từ thời điểm chấm dứt hợp đồng.
2. Các yêu cầu bồi thường thiệt hại do không thực hiện hợp đồng gây ra trước đó vẫn phải được thực hiện khi chấm dứt hợp đồng.
3. Các điều khoản về giải quyết tranh chấp hay các điều khoản khác phải được thực hiện thậm chí sau khi chấm dứt hợp đồng vẫn giữ nguyên hiệu lực sau khi hợp đồng bị chấm dứt.

Điều 7.3.6

(Hoàn trả)

1. Khi chấm dứt hợp đồng, mỗi bên có quyền yêu cầu bên kia hoàn trả những gì mình đã cung cấp, đồng thời hoàn trả cho bên kia những gì mình đã nhận. Nếu hoàn trả bằng hiện vật không thể thực hiện được, thì phải hoàn trả bằng tiền có giá trị tương đương.
2. Tuy vậy, nếu việc hợp đồng được thực hiện làm nhiều giai đoạn mà mỗi giai đoạn tách biệt nhau, thì hoàn trả chỉ áp dụng cho giai đoạn sau khi việc chấm dứt hợp đồng có hiệu lực.

Mục 4: Bồi thường thiệt hại

Điều 7.4.1

(Quyền đòi bồi thường thiệt hại)

Bất kỳ việc không thực hiện nghĩa vụ nào cũng cho phép bên bị thiệt hại yêu cầu bồi thường thiệt hại, hoặc chỉ yêu cầu bồi thường thiệt hại, hoặc đồng thời với những yêu cầu có các biện pháp khác, trừ khi việc không thực hiện này được miễn trừ trách nhiệm theo PICC.

Điều 7.4.2

(Nguyên tắc bồi thường toàn bộ)

1. Bên bị thiệt hại có quyền đòi bên kia bồi thường toàn bộ những tổn thất gây ra, do việc không thực hiện hợp đồng. Những tổn thất này bao gồm những tổn thất phải gánh chịu và những lợi ích đáng lẽ phải có từ việc thực hiện hợp đồng, có tính đến những chi phí tổn thất mà bên vi phạm tránh được.
2. Những tổn thất này có thể là vô hình: xâm phạm sức khỏe, danh dự, nhân phẩm của bên bị thiệt hại.

Điều 7.4.3

(Thiệt hại phải được xác định cụ thể)

1. Chỉ bồi thường những thiệt hại, kể cả những thiệt hại có thể xảy ra trong tương lai, khi chúng đã được xác định một cách chắc chắn và hợp lý.
2. Bồi thường thiệt hại có thể bao gồm việc bỏ lỡ các cơ hội, tỉ lệ với khả năng xuất hiện các cơ hội đó.
3. Nếu số tiền bồi thường thiệt hại không được xác định một cách cụ thể toà án có thẩm quyền sẽ quyết định giá trị khoản tiền bồi thường.

Điều 7.4.4

(Khả năng dự đoán trước thiệt hại)

Bên không thực hiện chỉ chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại đã được dự đoán trước hoặc có thể lường trước vào thời điểm giao kết hợp đồng nếu không thực hiện nghĩa vụ.

Điều 7.4.5

(Chứng minh thiệt hại khi thay thế giao dịch)

Khi bên bị thiệt hại đã chấm dứt hợp đồng và thực hiện một giao dịch khác thay thế hợp đồng đó trong một thời hạn hợp lý và với một cách thức hợp lý, bên này có thể yêu cầu bù đắp sự chênh lệch giá cả giữa giá hợp đồng và giá cả của giao dịch thay thế, cũng như những thiệt hại phát sinh do những hậu quả tiếp theo sau việc thay thế đó.

Điều 7.4.6

(Xác định thiệt hại theo giá thị trường)

1. Khi bên bị thiệt hại đã chấm dứt hợp đồng, nhưng không thực hiện một giao dịch nào khác thay thế cho hợp đồng, mà giá cả hiện tại có thể xác định được cho việc thực hiện các việc đã giao

kết, bên này có thể yêu cầu bù đắp sự chênh lệch giá cả giữa giá hợp đồng và giá cả hiện tại vào thời điểm hợp đồng bị chấm dứt, cũng như những thiệt hại của hậu quả tiếp theo đó.

2. Giá cả hiện tại là giá phải trả cho hàng hoá hoặc dịch vụ cung ứng trong hoàn cảnh có thể so sánh tương đối được, ở nơi mà hợp đồng lẽ ra phải được thực hiện hoặc, khi không xác định được giá cả hiện tại của nơi đó, là giá cả hiện tại của nơi khác khi giá cả của bên có thể được tham khảo.

Điều 7.4.7

(Thiệt hại gây ra do lỗi một phần của bên bị thiệt hại)

Khi thiệt hại do bên bị thiệt hại gây ra bởi hành động hoặc bất tác vi, hoặc thiệt hại do phạm vi mà bên bị thiệt hại phải chịu rủi ro, số tiền bồi thường sẽ được giảm đến chừng mực mà các yếu tố trên có ảnh hưởng và phụ thuộc vào hành vi của các bên trong hợp đồng.

Điều 7.4.8

(Khắc phục thiệt hại)

1. Bên không thực hiện không chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại gây ra cho bên bị thiệt hại khi thiệt hại có thể tránh được và nếu bên bị thiệt hại xử sự hợp lý.
2. Bên bị thiệt hại có quyền đòi đền bù những chi phí hợp lý đã chi để nỗ lực khắc phục thiệt hại.

Điều 7.4.9

(Lãi suất trong việc vi phạm nghĩa vụ thanh toán)

1. Nếu một bên không thực hiện nghĩa vụ thanh toán một khoản tiền đến hạn, bên bị thiệt hại được quyền yêu cầu bên kia trả thêm lãi cộng đối với tổng số tiền từ ngày thanh toán đến hạn cho đến khi

thực sự thanh toán, bất kể nguyên nhân của việc không thanh toán.

2. Lãi suất là lãi suất trung bình cho vay ngắn hạn của ngân hàng bằng đồng tiền thanh toán tại thời điểm thanh toán, nếu tại địa điểm thanh toán không xác định được lãi suất cho vay ngắn hạn trung bình, thì áp dụng tỉ lệ lãi trung bình cho vay ngắn hạn của quốc gia có đồng tiền thanh toán đó. Nếu cả hai tỷ lệ lãi trên đều không thể xác định, thì sẽ áp dụng tỷ lệ lãi hợp lý do luật của quốc gia có đồng tiền thanh toán đó xác định.
3. Bên bị thiệt hại có quyền yêu cầu bồi thường những thiệt hại khác, nếu việc không thanh toán gây ra những hậu quả lớn hơn.

Điều 7.4.10

(Tiền lãi từ khoản tiền bồi thường thiệt hại)

Trừ trường hợp có thoả thuận khác, tiền lãi từ khoản bồi thường thiệt hại do không thực hiện nghĩa vụ (không phải nghĩa vụ thanh toán) phát sinh bắt đầu từ thời điểm không thực hiện.

Điều 7.4.11

(Phương thức thanh toán tiền bồi thường thiệt hại)

1. Tiền bồi thường thiệt hại được trả một lần với khoản cố định. Tuy nhiên, có thể trả làm nhiều lần, khi tính chất của thiệt hại cho phép cách thức bồi thường này.
2. Tiền bồi thường thiệt hại trả làm nhiều lần có thể được cộng thêm hệ số trượt giá.

Điều 7.4.12

(Đồng tiền để tính thiệt hại)

Thiệt hại được tính hoặc bằng đồng tiền quy định trong điều khoản thanh toán của hợp đồng, hoặc bằng đồng tiền tại nơi thiệt hại phát sinh, tùy trường hợp cụ thể.

Điều 7.4.13

*(Khoản tiền bồi thường được ấn định trước
cho việc vi phạm hợp đồng)*

1. Khi hợp đồng có một điều khoản quy định bên không thực hiện nghĩa vụ phải trả một khoản tiền bồi thường cố định cho bên bị thiệt hại do việc không thực hiện, bên bị thiệt hại có quyền yêu cầu số tiền đó bất kể mức độ thiệt hại thực tế như thế nào.
2. Tuy vậy, khoản tiền bồi thường cố định trên đây có thể được giảm, nếu nó vượt xa mức độ thiệt hại thực tế và những chi tiết khác gây ra do việc không thực hiện nghĩa vụ.

DANH MỤC CÁC CHỮ VIẾT TẮT TIẾNG ANH

AFTA	Khu vực mậu dịch tự do Đông Nam Á
APEC	Diễn đàn hợp tác kinh tế châu Á - Thái Bình Dương
CISG	Công ước Vienna năm 1980 của Liên hợp quốc về Hợp đồng Mua bán hàng hoá quốc tế
EU	Liên minh châu Âu
GATT	Hiệp định chung về thương mại và thuế quan
GATS	Hiệp định chung về thương mại dịch vụ
ICC	Phòng Thương mại quốc tế
IMF	Quỹ tiền tệ quốc tế
MFN	Tối huệ quốc
PICC	Các nguyên tắc về Hợp đồng Thương mại quốc tế
UCC	Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ
UNCITRAL	Ủy ban Luật Thương mại quốc tế của Liên hợp quốc
UNIDROIT	Viện Nghiên cứu quốc tế về thống nhất luật tư
WB	Ngân hàng Thế giới
WTO	Tổ chức Thương mại thế giới

MỤC LỤC

Lời Nhà xuất bản	5
Lời giới thiệu	7
Lời tác giả.....	11
Chương thứ nhất: Sửa đổi Luật Thương mại Việt Nam năm 1997: Vì sao?	13
I. Luật Thương mại Việt Nam năm 1997: Những thành tựu và hạn chế	13
II. Những yêu cầu đặt ra đối với việc sửa đổi Luật Thương mại năm 1997	39
Chương thứ hai: Phân tích, so sánh giữa Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế, xác định các nội dung không phù hợp	57
I. Vài nét khái quát về pháp luật và tập quán thương mại quốc tế	58
II. Những quy định trong Luật Thương mại năm 1997 không phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế	69
III. Những quy định trong các văn bản hướng dẫn thi hành Luật chưa phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế	157

Chương thứ ba: Tìm hiểu kinh nghiệm xây dựng pháp luật thương mại ở một số nước và những Kiến nghị sửa đổi Luật Thương mại Việt Nam năm 1997	163
I. Quán triệt các quan điểm sửa đổi Luật Thương mại năm 1997.....	163
II. Tìm hiểu kinh nghiệm xây dựng pháp luật thương mại của một số nước	166
III. Những kiến nghị cụ thể	190
Kết luận.....	215
Tài liệu tham khảo.....	219
Phần phụ lục.....	223

Sửa đổi LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM 1997
phù hợp với pháp luật và tập quán thương mại quốc tế

Chịu trách nhiệm xuất bản

PGS, TS Kim Văn Chính

Biên tập nội dung

Ngô Anh Văn

Biên tập kỹ - mỹ thuật

Lưu Quang Đà

Đọc soát bản in

Đỗ Tuấn Đông

Trình bày bìa

Trần Đại Thắng

In 1.000 cuốn, khổ 14,5 x 20,5 cm tại Công ty In Công đoàn.
Giấy phép xuất bản số: 02-57/XB-QLXB, cấp ngày 17-1-2005.
In xong và nộp lưu chiểu tháng 1 năm 2005.

GS, TS NGUYỄN THỊ MƠ
CHỦ BIÊN

SỬA ĐỔI LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM 1997

PHÙ HỢP VỚI PHÁP LUẬT VÀ TẬP QUÁN
THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

NHÀ XUẤT BẢN

ĐC: 56B Quốc Tử Giám

ĐT: 04.720.720.72

Fax: 04.720.720.72

Email: Nxbtriviet@vnn.vn

SỬA ĐỔI LUẬT THƯƠNG MẠI VN1997



10151129

03/03/15

31.000 đ/C

llctri



Giá: 31.000đ