

# GÓP Ý DỰ THẢO LUẬT DOANH NGHIỆP (THỐNG NHẤT)

*Nguyễn Như Phát\**

Ngày 23.5.2005, Bộ Kế hoạch và Đầu tư công bố Tờ trình Chính phủ số 3447/TTr-BKH về Dự án Luật Doanh nghiệp (thống nhất). Nhân dịp này, chúng tôi có một số bình luận để trao đổi trong giới pháp lý.

## I. Về tính thống nhất của pháp luật doanh nghiệp và nhu cầu ban hành Luật Doanh nghiệp (thống nhất)

Về lý luận, pháp luật nói chung và pháp luật về doanh nghiệp nói riêng luôn đòi hỏi sự thống nhất. Tính thống nhất của pháp luật về doanh nghiệp thể hiện ở chỗ pháp luật về doanh nghiệp là một chỉnh thể, được cấu thành bởi các quy phạm, các chế định có nội dung tương thích, không mâu thuẫn, không chồng chéo lên nhau.

Tính thống nhất của pháp luật về doanh nghiệp bao gồm cả nội dung và hình thức văn bản. Tính thống nhất của pháp luật về doanh nghiệp thể hiện ở những điểm cơ bản như: các quy phạm pháp luật về doanh nghiệp được sắp xếp một cách lôgic, khoa học; các văn bản được sắp xếp theo trật tự hiệu lực, đảm bảo không mâu thuẫn, chồng chéo lên nhau... Từ đó có thể suy luận lô gic rằng, tính thống nhất của pháp luật về doanh nghiệp không đồng nghĩa với sự tồn tại một đạo luật duy nhất để điều chỉnh tổ chức và hoạt động của mọi loại hình doanh nghiệp. Nói cách khác, tính thống nhất của pháp luật về doanh nghiệp về cơ bản không phụ thuộc vào số lượng (một hay nhiều) văn bản pháp luật về doanh nghiệp.

Đảm bảo tính thống nhất của pháp luật về doanh nghiệp thể hiện những ý nghĩa pháp lý quan trọng sau đây:

(i) Là điều kiện căn bản để đảm bảo đối xử bình đẳng giữa các thành phần kinh tế và hình thức sở hữu khác nhau (các nhà đầu tư)

trong việc tổ chức các hình thức pháp lý của hoạt động kinh doanh, một trong những yêu cầu cơ bản của kinh tế thị trường đã được Hiến pháp (1992) ghi nhận;

(ii) Tạo điều kiện thuận lợi cho việc nhận thức và áp dụng pháp luật của nhà đầu tư; tạo tâm lý tin tưởng, yên tâm của các nhà đầu tư vào chính sách, pháp luật của nhà nước, trên cơ sở đó phát huy tối đa mọi nguồn lực vào đầu tư kinh doanh phát triển kinh tế;

(iii) Hình thành đồng bộ hệ thống pháp luật về doanh nghiệp, giúp tăng cường hiệu lực và hiệu quả quản lý, kiểm soát của nhà nước đối với tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp.

Từ những nhận thức trên đây chúng tôi có ý kiến về việc ban hành Luật Doanh nghiệp (thống nhất) như sau:

*Thứ nhất:* Việc thống nhất pháp luật doanh nghiệp không nhất thiết phải đồng nghĩa với việc pháp điển hóa pháp luật doanh nghiệp, nghĩa là đưa tất cả các quy định pháp luật về mọi loại hình doanh nghiệp vào trong một văn bản pháp luật. Việc pháp điển hóa pháp luật, suy cho cùng chỉ là một nghiệp vụ mang tính kỹ thuật lập pháp. Việc thống nhất pháp luật về phương diện nội dung mới chính là tạo được thống nhất về chính sách pháp luật và tư duy pháp lý. Đây cũng chính là cơ hội để thiết lập sự thống nhất bên trong của pháp luật, khắc phục sự mâu thuẫn nội tại và hình thành sự minh bạch của pháp luật.

*Thứ hai:* Việc thống nhất pháp luật doanh nghiệp theo cách làm như hiện nay không có mục tiêu tạo “môi trường pháp lý bình đẳng trong kinh doanh” của các loại hình doanh nghiệp. Những pháp luật có nhiệm vụ chủ yếu để thiết lập sự bình đẳng về pháp lý trong quá trình tồn tại và hoạt động của các doanh nghiệp (sau khi doanh nghiệp đã được thành lập) là những văn bản pháp luật nằm ngoài hệ thống pháp luật doanh nghiệp (thí dụ như pháp luật về

\* PGS. TS Luật học, Viện Nhà nước và Pháp luật

dân sự, về hoạt động thương mại<sup>1</sup>, về hợp đồng, thậm chí pháp luật về thuế, hải quan...)

Như vậy, vấn đề mà chúng ta cần lưu ý thêm là tính chất và mục tiêu của pháp luật về doanh nghiệp.

Như chúng ta đều thấy, pháp luật về doanh nghiệp là loại pháp luật mang tính tổ chức. Nói khác đi, đó là loại pháp luật phải giải quyết vấn đề tổ chức và quản lý các loại chủ thể kinh doanh trong cơ chế thị trường. Trong khi thực hiện nhiệm vụ này, pháp luật doanh nghiệp buộc phải thực thi việc mô tả (chi tiết) về những đặc tính và dấu hiệu về kinh tế - tổ chức - quản lý (không luôn giống nhau) của các loại hình doanh nghiệp. Và như vậy, pháp luật doanh nghiệp không thể tạo ra nhiều những "mẫu số chung" của các loại hình doanh nghiệp và từ đó có thể có những "mặt bằng pháp lý bình đẳng" cho các hoạt động của doanh nghiệp, như nhiều người đã tưởng tượng.

Tuy nhiên, với tính cách là pháp luật của việc xác lập "đầu vào" của thị trường, pháp luật về doanh nghiệp cũng cần có những tư tưởng và quan niệm thống nhất về việc thể chế hóa một cách cụ thể nguyên tắc tự do kinh doanh, mà cụ thể là tự do thành lập doanh nghiệp, của các nhà đầu tư. Trong chừng mực đó, pháp luật về doanh nghiệp cũng có một chút "mẫu số chung" cho mọi loại hình doanh nghiệp, trong khi các vấn đề "kỹ thuật" của việc thành lập và vận hành các loại hình doanh nghiệp vẫn không thể hoàn toàn thống nhất.

Xuất phát từ thực trạng hệ thống pháp luật doanh nghiệp ở nước ta hiện nay, chúng tôi rút ra một số nhận xét dưới đây:

Quả thực là, hệ thống pháp luật về doanh nghiệp của nước ta đang có một cơ cấu không bình thường. Đó là cơ cấu hệ thống văn bản các luật về doanh nghiệp được sắp xếp theo tính chất sở hữu hay thành phần kinh tế của các nhà

đầu tư (góp vốn thành lập doanh nghiệp). Trong khi đó, tự do và bình đẳng trong đầu tư thành lập doanh nghiệp đặt ra yêu cầu là chỉ cho phép sự phân biệt doanh nghiệp theo dấu hiệu về hình thức pháp lý của tổ chức kinh doanh. Với việc phân biệt này, điều không tránh khỏi trong lập pháp và quản lý kinh tế là sự phân biệt đối xử về các điều kiện và khả năng gia nhập thị trường của các loại chủ đầu tư khác nhau khi họ thành lập doanh nghiệp. Điều này đã không chỉ tạo sự thiếu thống nhất và đồng bộ trong pháp luật về doanh nghiệp mà còn tiếp tay cho những sự phân biệt đối xử vốn có trong hệ thống quản lý kinh tế. Tất cả những tư duy pháp lý chia cắt và khác biệt thể hiện trong các luật về doanh nghiệp đang hiện hành đã tạo tiền đề tư tưởng cho sự phân biệt đối xử của công quyền vào các đối tượng quản lý khác nhau như: doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp dân doanh, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Hơn thế nữa, sự chia cắt về pháp luật doanh nghiệp giữa đầu tư trong nước và đầu tư nước ngoài đã không chỉ vi phạm nguyên tắc bình đẳng trong kinh doanh mà thực sự là một vật cản đáng kể đối với việc Việt Nam tham gia vào hội nhập kinh tế toàn cầu.

Ở một phương diện khác, chúng tôi thấy rằng, ngoài tính chất chia cắt, thiếu thống nhất và bất bình đẳng trong pháp luật doanh nghiệp liên quan đến gia nhập thị trường, bản thân các văn bản nói chung và từng văn bản nói riêng vẫn còn nhiều bất cập và khiếm khuyết, chưa đáp ứng được nhu cầu tổ chức và vận hành các loại hình doanh nghiệp trong bối cảnh có sự phát triển của các quan hệ thị trường.

Trên tinh thần đó, chúng tôi cho rằng, xuất phát từ truyền thống nhận thức giản đơn và không đầy đủ về các dạng tồn tại của pháp luật và thói quen cứng nhắc và thiếu năng động trong thi hành và áp dụng pháp luật ở Việt Nam, điều cần thiết là phải luật hóa một loạt các nguyên tắc pháp lý và khái niệm khoa học (những vấn đề mà ở các quốc gia khác được coi là hiển nhiên và không cần tồn tại dưới dạng quy phạm) về pháp luật doanh nghiệp để tạo tiền đề cho sự áp dụng thống nhất pháp luật

<sup>1</sup> Theo cách hiểu chung, pháp luật thương mại suy cho cùng cũng chỉ đề cập và giải quyết hai vấn đề: thương gia (mà ở Việt Nam thường gọi là doanh nghiệp) và hành vi thương mại. Như vậy, pháp luật về doanh nghiệp chỉ là một bộ phận của pháp luật thương mại, hiểu theo nghĩa chung.

trong tương lai. Đó là những vấn đề như trách nhiệm hữu hạn, trách nhiệm vô hạn, vấn đề về đối nhân và đối vốn, vấn đề phá hạn (Ultra Veris)<sup>2</sup> và thậm chí cả về pháp nhân và thể nhân<sup>3</sup>....

Bên cạnh đó, trong cả hệ thống pháp luật hiện hành về doanh nghiệp vẫn còn có nhu cầu được bổ sung và sửa đổi liên quan đến những vấn đề như:

- Tài sản và tài sản góp vốn;
- Những đối tượng được quyền thành lập doanh nghiệp, góp vốn vào doanh nghiệp;
- Những nguyên tắc, mức độ và trình tự hạn chế quyền tự do thành lập doanh nghiệp;
- Hợp đồng công ty;
- Các mô hình quản trị công ty;
- Bảo vệ cổ đông thiểu số,....

Tóm lại, trước tình hình được nêu và phân tích kể trên, chúng tôi nhìn thấy nhu cầu cấp thiết là phải hoàn thiện hệ thống pháp luật về doanh nghiệp vì các mục tiêu:

Một là, thống nhất về cách thức, tiêu chí cơ cấu hệ thống pháp luật doanh nghiệp cho phù hợp với yêu cầu của kinh tế thị trường và hội nhập kinh tế quốc tế;

Hai là, khắc phục và đi đến xóa bỏ sự phân biệt đối xử về các điều kiện gia nhập thị trường của mọi loại nhà đầu tư;

Ba là, ghi nhận đầy đủ và cụ thể hơn nữa về các hình thức pháp lý của tổ chức kinh doanh (loại hình doanh nghiệp) để các nhà đầu tư có điều kiện tự do hơn trong việc quyết định đầu tư của mình;

Bốn là, khắc phục những bất cập hiện hữu trong hệ thống pháp luật hiện hành về doanh

NGHIỆP.

Tuy nhiên, chúng tôi nhấn mạnh là, xuất phát từ tính chất và mục tiêu của pháp luật doanh nghiệp (một bộ phận của pháp luật thương mại nói chung) không nên kỳ vọng nhiều vào khả năng tạo "đột biến" lớn trong đời sống pháp lý và kinh tế của việc ra đời Luật này. Nói khác đi, Luật Doanh nghiệp (thống nhất) không thể gánh vác sứ mệnh mà nó không thể có. Sứ mệnh chủ yếu của nó chỉ là cải thiện trình tự và thủ tục ra nhập thị trường cũng như sự tổ chức và vận hành (corporate governance) của các doanh nghiệp trên thương trường. Để có những chuyển biến đồng bộ trong đời sống kinh tế, vì thế cần có sự "hiệu chỉnh" thêm trong nhiều luật có liên quan đến tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp.

## **II. Một số ý kiến cụ thể về Dự thảo Luật doanh nghiệp (thống nhất)**

### **1. Cần thừa nhận công ty thực tế**

Công ty thực tế là công ty tồn tại trên thực tế, hoạt động như một công ty mà không hoặc chưa tiến hành đăng ký kinh doanh. Trong nhiều trường hợp, công ty thực tế là công ty đã đăng ký kinh doanh nhưng vì một lý do nào đó mà vào một thời điểm nhất định giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh không có hiệu lực.

Vấn đề này đã được dự liệu ít nhiều trong Luật Thương mại sửa đổi mà xu hướng cho thấy là cần có sự ghi nhận của pháp luật. Pháp luật thương mại của nhiều quốc gia đều có thừa nhận thương nhân thực tế xuất phát từ thực tiễn của đời sống kinh tế. Khi pháp luật thừa nhận công ty thực tế thì điều này sẽ không có nghĩa là pháp luật khuyến khích các doanh nghiệp kinh doanh không đăng ký. Việc coi kinh doanh không đăng ký sẽ là vi phạm pháp luật và vẫn có thể bị xử lý về hành chính (theo Điều 120, khoản 3, Luật Doanh nghiệp hoặc Điều 161, khoản 3 của bản Dự thảo). Đến nay, Luật Doanh nghiệp dường như vẫn quan niệm như vậy. Việc xử phạt hành chính đối với các doanh nghiệp không có đăng ký kinh doanh hợp pháp và kèm theo chế tài bổ sung là bắt buộc phải tiến hành đăng ký kinh doanh với việc xem xét đánh giá về mặt pháp

<sup>2</sup> Đây là vấn đề liên quan đến những trường hợp ngoại lệ của việc áp dụng chế độ độc lập chịu trách nhiệm hữu hạn của pháp nhân. Vấn đề này, Luật doanh nghiệp đã đề cập một hiện tượng trong Điều 23 song không phải như cách thể hiện của Luật nên bị hiểu lầm.

<sup>3</sup> Thực ra, pháp nhân và thể nhân là những khái niệm chung của pháp luật dân sự. Song, kể cả khi được sửa đổi, Bộ luật Dân sự vẫn chưa giải quyết được thỏa đáng về vấn đề này và vì thế, nguy cơ về nhận thức và áp dụng thống nhất pháp luật về vấn đề này vẫn luôn tồn tại.

lý về những hành vi của các "công ty" này là hai vấn đề có bản chất pháp lý khác nhau. Vì vậy, khi xem xét, xử lý các hành vi của thương nhân thực tế này cần coi chúng là thương nhân và hành vi đó là hành vi thương mại. Việc xác định như vậy là hợp lý vì lúc đó, hành vi thương mại trên thực tế không thể coi là hành vi dân sự mà theo đó, chủ nhân của hành vi có thể thoái thác khỏi trách nhiệm với tính cách là thương nhân. Việc kinh doanh không có đăng ký là vi phạm chế độ quản lý doanh nghiệp và cần bị xử lý về mặt hành chính. Song, không thể vì thế mà những hành vi thương mại đã được thực hiện bởi những công ty chưa đăng ký là không tồn tại hay vô hiệu. Trong khi đó, dấu hiệu đăng ký kinh doanh không phải là dấu hiệu bắt buộc của một thương nhân theo Luật Thương mại (sửa đổi).

## 2. Xem lại vấn đề áp dụng pháp luật có liên quan (Điều 2-Dự thảo)

Lần này, Dự thảo đưa ra một quan niệm mà theo chúng tôi là lại ngược, giống như đã ghi nhận trong Điều 5, Luật Cảnh tranh.

Đây là vấn đề luật chung - luật chuyên ngành mà hiện nay, nhận thức chung, mà theo chúng tôi là chưa chính xác về vấn đề này là: Khi nói đến luật chung và luật chuyên ngành, người ta coi đây là (i) vấn đề về mối quan hệ giữa các văn bản pháp luật và (ii) đối tượng được nói đến chỉ là các văn bản có giá trị luật. Điều này đã không phù hợp với khái niệm chung về pháp luật và với nội dung và tinh thần của Luật về thẩm quyền và trình tự ban hành các văn bản quy phạm pháp luật lại càng chưa hiểu thấu về luật chung và luật chuyên ngành (Lex Generalis and Lex Specialis)<sup>4</sup>.

Có lẽ vì cũng theo cách thức trên đây, Ban soạn thảo đã thiết kế trong Điều 2 về "mối quan hệ" giữa Luật doanh nghiệp với các văn bản pháp luật khác, bao gồm pháp luật quốc gia và pháp luật quốc tế. Theo cách diễn giải của Điều 2 (Dự thảo) thì trong mối quan hệ với các văn bản pháp luật quốc gia thì Luật Doanh nghiệp

là "luật riêng" còn trong mối quan hệ với điều ước quốc tế thì Luật này lại là "luật chung".

Chúng tôi có nghi ngờ về tính chất thường xuyên "riêng" của đạo luật này. Nếu áp dụng một đạo luật có chức năng tổng hợp về chủ thể kinh doanh hay về lĩnh vực kinh doanh (thí dụ Chương II Hiến pháp hay Điều 57 của Hiến pháp, Luật thương mại) thì khi xem xét hành vi thành lập, tổ chức quản lý của một doanh nghiệp rõ ràng là Luật doanh nghiệp sẽ gần với sự việc hơn. Tuy nhiên, căn cứ vào Luật Doanh nghiệp, các Luật về kinh tế ngành (thí dụ Luật các tổ chức tín dụng) sẽ "có quyền" căn cứ vào nội dung của Luật Doanh nghiệp mà cụ thể hóa một hành vi nào đó trong điều kiện của ngành kinh tế này. Lúc đó, khó có thể coi Luật doanh nghiệp vẫn là luật riêng. Lấy ngay thí dụ về sáp nhập doanh nghiệp: Điều 145 của Dự thảo chắc sẽ là quy định áp dụng chung cho mọi cuộc sáp nhập doanh nghiệp. Nhưng khi một cuộc sáp nhập có thị phần kết hợp từ 50% thì phải áp dụng thêm các điều 15, 18... của Luật Cảnh tranh. Đến lúc này, không thể bỏ qua quy định "chuyên ngành" của Luật Cảnh tranh.

Có thể không đúng chỗ nhưng nhân đây vẫn phải nhắc lại là, vấn đề trên đây, hiểu theo nghĩa thực dụng là việc áp dụng pháp luật cho một trường hợp cụ thể trong bối cảnh, về vấn đề này có nhiều quy định pháp luật cùng loại với giá trị pháp lý khác nhau, tồn tại ở những văn bản quy phạm pháp luật khác nhau và với mức độ trừu tượng khác nhau. Khi đó, người áp dụng pháp luật cần ưu tiên áp dụng những quy phạm pháp luật mà xét về chức năng chúng gần gũi nhất (chứ không nhất thiết phải là có giá trị pháp lý thấp nhất và lại càng không chỉ là các quy phạm luật) với vụ việc cần xử lý. Như vậy, khó có thể đặt vấn đề về mối liên quan giữa các văn bản pháp luật và lại càng không thể xác định chắc chắn theo một quy định pháp luật. Đây là một trong những nguyên tắc sơ đẳng trong áp dụng pháp luật mà ở nơi khác trên thế giới người ta không cần định nghĩa hay quy định bằng một điều luật. Cần phải nói thêm là, để áp dụng được pháp luật theo nguyên tắc pháp luật chung và pháp luật chuyên ngành thì

<sup>4</sup> Nguyễn Như Phát, Tham luận tại Hội thảo khoa học tại VCCI, 8.12.2004

hệ thống các quy định pháp luật về cùng một loại vấn đề với các giá trị pháp lý khác nhau không được mâu thuẫn với nhau.

### 3. Vấn đề pháp nhân và công ty hợp danh

Ban Dự thảo Luật Doanh nghiệp thống nhất đã coi và lập luận cho việc công ty hợp danh là có tư cách pháp nhân. Trước hết nên đặt vấn đề là, nếu coi hợp danh là có tư cách pháp nhân thì bản chất pháp lý của nó không khác gì công ty trách nhiệm hữu hạn có từ hai thành viên trở lên. Nếu vậy, không cần ghi nhận loại hình doanh nghiệp là công ty hợp danh.

Tại Trang 18 của Tờ trình, Ban Soạn thảo đã đưa ra ba lập luận để minh chứng cho quan niệm của mình về tư cách pháp nhân của công ty hợp danh. Theo thiện nghĩ của chúng tôi, cả ba loại lập luận này đều không và chưa có sức thuyết phục.

Thứ nhất: kể cả theo Điều 94 của Bộ luật Dân sự (mà Tờ trình trích dẫn để lập luận<sup>5</sup>) hiện hành và sẽ được sửa đổi thì pháp nhân được phân biệt với thể nhân ở các dấu hiệu cơ bản. Đó là (i) có tài sản độc lập, tách bạch với các cá nhân và pháp nhân khác (nguyên tắc tách bạch). Xuất phát từ tiền đề này pháp nhân sẽ có dấu hiệu phân biệt nữa là (ii) độc lập chịu trách nhiệm hữu hạn về các khoản nợ của mình bằng số tài sản tách bạch đó. Vì vậy, ngay quy định tại Điều 121, khoản 1, mục b của Dự thảo đã phân bác lại khả năng trách nhiệm hữu hạn của công ty hợp danh. Một đặc điểm của pháp nhân nữa là (iii) "nhân danh mình tham gia các quan hệ pháp luật một cách độc lập" (trích trong Tờ trình). Trong khi đó, các thành viên hợp danh luôn có thể nhân nhân danh mình và nhân danh thành viên khác và cả công ty để giao dịch pháp lý. Còn ở pháp nhân (thí dụ công ty trách nhiệm hữu hạn) không có thành viên công ty nào có thể hành động nhân danh công ty mà chỉ có cơ quan pháp nhân (đại diện pháp nhân) mới được thực hiện các giao dịch pháp lý.

Thứ hai, trong nhiều thập kỷ qua quy chế pháp nhân không hề được áp dụng trên thực tiễn của kinh tế kế hoạch và vì vậy, kể cả các nhà lý luận cũng như thực tiễn đều đã từng có sự ngộ nhận về bản chất và ý nghĩa của chế định pháp nhân. Trên cơ sở đó, cái ý nghĩa ngộ nhận và tâm lý ưa dùng trong thực tiễn nhiều năm qua (như trong Tờ trình) đã được hình thành có thể là có thật. Tuy nhiên, pháp luật không thể không hướng dẫn dư luận và nhận thức của con người theo những quỹ đạo đúng đắn, có cơ sở khoa học. Xét về phương diện nhận thức luận không thể coi một nhận thức sai lầm vì đã trở thành thói quen mà từ sai trở thành đúng. Sự sai lầm đó chính là sự ngộ nhận và huyền hoặc về ý nghĩa của pháp nhân. Thực ra, pháp nhân chỉ khác biệt thể nhân ở chỗ là pháp nhân thì chịu trách nhiệm hữu hạn mà tiền đề vật chất của nó là tách bạch và độc lập về tài sản còn thể nhân chịu trách nhiệm vô hạn do không có sự tách bạch giữa tài sản đưa vào kinh doanh và tài sản nằm ngoài doanh nghiệp. Trong khi, trách nhiệm vô hạn hay hữu hạn chỉ được áp dụng trên thực tế khi doanh nghiệp bị tuyên bố là phá sản và thanh toán các khoản nợ bằng "tài sản phá sản". Vì vậy, khi tồn tại trên thương trường với tính cách là doanh nghiệp, pháp nhân không hơn kém thể nhân bất kỳ quyền và nghĩa vụ gì. Những sự phân biệt về quyền khách quan giữa thể nhân và pháp nhân đều là vô nghĩa.

Thứ ba, Tờ trình cho rằng, một số quốc gia ở Châu Âu đều công nhận hợp danh là pháp nhân đã tạo cho chúng tôi nhiều sự nghi ngờ. Theo sự hiểu biết của chúng tôi, ít nhất là ở CHLB Đức, các nhà luật nói rõ là "công ty hợp danh không phải là pháp nhân"<sup>6</sup>. Còn ở Hoa Kỳ, theo các luật mẫu về công ty hợp danh thường (Uniform Partnership Act) và công ty hợp danh hữu hạn (Uniform Limited Partnership Act) thì cả hai loại hợp danh này đều là những công ty đối nhân, các thành viên hợp danh (có thể là pháp nhân) đều không có sự tách bạch về tài sản

<sup>5</sup> Tờ trình lập luận là các quy định về công ty hợp danh có đầy đủ các đặc điểm của pháp nhân theo Bộ luật Dân sự.

<sup>6</sup> Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Verlag C.H.Beck, 2004, S.160.

với công ty và liên đới chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ của công ty<sup>7</sup>. Chúng tôi giả thuyết rằng, những người tìm thấy ở nước ngoài khái niệm pháp nhân để ám chỉ công ty hợp danh đã nhầm lẫn trong khi dịch thuật mà thay vì "thực thể pháp lý" (legal entity) mà trong thương trường ta gọi là chủ thể kinh doanh người ta gọi là pháp nhân.

Một vấn đề tiếp theo có liên quan đến hợp danh là có nên buộc một số loại ngành nghề kinh doanh<sup>8</sup> phải được tổ chức theo mô hình hợp danh hay không?

Việc pháp luật quy định những ngành nghề nào đó buộc phải được tổ chức kinh doanh theo hình thức hợp danh thì điều đó không có nghĩa là công ty hợp danh không được xuất hiện ở những ngành và lĩnh vực kinh tế khác. Việc Luật Doanh nghiệp thống nhất bắt buộc tại một số ngành phải tồn tại hợp danh vì lý do phải ngăn ngừa những rủi ro cao ở ngành nghề đó để phát sinh cho những người được hưởng dịch vụ từ những doanh nghiệp này. Theo đó, tính liên đới trách nhiệm vô hạn của các thành viên hợp danh là một trong những đảm bảo quan trọng cho khách hàng và đối tác. Thông thường, những doanh nghiệp này chỉ "đầu tư" ở mức rất thấp so với thiệt hại mà doanh nghiệp có thể tạo ra. Vì thế, nếu chỉ trả nợ trong phạm vi "vốn góp" (trách nhiệm hữu hạn) thì điều tai hại sẽ xảy ra, ví dụ, vốn của các thành viên một văn phòng thiết kế không thể bù đắp cho thiệt hại hàng ngàn tỷ đồng khi thiết kế nhầm một công trình xây dựng.

Căn cứ vào tính chất đó của công ty hợp danh thì có lẽ phải buộc tất cả những ngành nghề dịch vụ nào có nguy cơ gây thiệt hại cao chỉ được tồn tại trong hình thức hợp danh hay bao quát hơn là trách nhiệm vô hạn.

Vì vậy tôi cho rằng, một mặt, bốn loại ngành nghề kinh doanh trong Dự thảo cần phải

buộc thực hiện trong hình thức của doanh nghiệp trách nhiệm vô hạn (có thể là hợp danh).

Như vậy, sự "kiềm chế rủi ro" của pháp luật được xác định theo tiêu chí trách nhiệm vô hạn nên doanh nghiệp tư nhân, theo tôi, cũng có thể kinh doanh trong những ngành nghề loại này vì chủ doanh nghiệp tư nhân cũng chịu trách nhiệm vô hạn. Bên cạnh đó, hộ kinh doanh cá thể khác công ty hợp danh có chăng chỉ ở mối quan hệ xã hội của các thành viên của hộ (mà điều này thì không quan trọng) nên khi "giải phẫu" các hộ kinh doanh cá thể mà coi các thành viên của hộ có tư cách pháp lý như thành viên hợp danh thì bản chất pháp lý của nó là một hợp danh. Vì lẽ đó, hộ kinh doanh cá thể vẫn có thể kinh doanh trong các ngành nghề nêu trong Dự thảo.

Trở lại với thực tại xã hội chúng ta thấy rằng, dù là liên đới chịu trách nhiệm vô hạn nhưng trên thực tế, có nhiều trường hợp mà tổng tài sản hợp pháp (bao gồm tài sản đưa vào kinh doanh và không đưa vào kinh doanh) của các thành viên hợp danh vẫn không thể so sánh nổi với một phần thiệt hại mà hợp danh đó gây ra. Vì vậy, kinh tế thị trường hiện đại lường trước vấn đề này bằng việc thiết lập chế độ bảo hiểm nghề nghiệp bắt buộc đối với các thành viên hợp danh. Mức độ và nơi bảo hiểm của những thành viên này cũng sẽ là một yếu tố cạnh tranh của mỗi doanh nghiệp.

Việc Tờ trình cho rằng, hợp danh ở nước ta hiện nay chưa xuất hiện nhiều, vì thế không nên bắt buộc về loại hình hợp danh là không thấy được tính chất, mục tiêu và chức năng của sự điều chỉnh pháp luật này. Mặt khác, chính Ban soạn thảo lại tự mâu thuẫn với chính mình khi đặt ra vấn đề bảo hiểm nghề nghiệp mà lại để các thành viên của doanh nghiệp thuộc nhóm bốn ngành nghề này là thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn. Vì khi là thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn, sau khi thực hiện xong nghĩa vụ góp vốn, các thành viên công ty sẽ không chịu bất kỳ trách nhiệm gì về hoạt động của công ty và như thế, vấn đề bảo hiểm nghề nghiệp cho những thành viên này sẽ trở nên vô nghĩa.

<sup>7</sup> Xem: Elsing/van Alstine, US-amerikanisches Handels - und Wirtschaftsrecht, 2. Auflage. Heidelberg. 1999, S. 226 -228.

<sup>8</sup> Bốn ngành nghề được Tờ trình nêu là: (i) Kế toán và kiểm toán, (ii) Thiết kế các công trình xây dựng, (iii) Khám và chữa bệnh, (iv) Dịch vụ pháp lý.