

BÀN VỀ PHẠM VI NĂNG LỰC PHÁP LUẬT CỦA PHÁP NHÂN KINH DOANH

Phan Huy Hồng*

I. ĐẶT VẤN ĐỀ

Chế định pháp nhân vốn được du nhập từ khoa học pháp lý nước ngoài. Chính vì vậy, các quy định của Bộ luật Dân sự 1995 (sau đây gọi là BLDS 1995) về pháp nhân thể hiện những đặc điểm chung nhất cùng được khẳng định bởi các lý thuyết pháp nhân khác nhau và được ghi nhận trong chế định pháp nhân của các hệ thống pháp luật quốc gia khác nhau.

Việc Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)¹ (sau đây gọi là Dự thảo) chỉ sửa đổi không đáng kể về mặt câu chữ đối với khái niệm pháp nhân (Điều 94 BLDS 1995, Điều 84 Dự thảo) thể hiện sự ổn định trong quan điểm lập pháp về pháp nhân.

Dự thảo cũng giữ nguyên thiết kế các quy định về pháp nhân của BLDS 1995 gồm các quy định chung và các quy định riêng về các loại pháp nhân. Các quy định chung trong BLDS 1995 và Dự thảo đều nhằm vào mọi loại pháp nhân: pháp nhân công quyền lẫn pháp nhân dân sự, pháp nhân kinh doanh lẫn pháp nhân không hoạt động vì mục tiêu lợi nhuận.

Nhưng chính việc phần “Những quy định chung” quy định các vấn đề quan trọng nhất về pháp nhân, trong đó có vấn đề phạm vi năng lực pháp luật của pháp nhân, đã dẫn đến hệ quả là luật không chú ý đến hết các đặc thù của các loại pháp nhân có chức năng, và mục đích tồn tại khác nhau.

Vấn đề được đặt ra là có phải mỗi loại pháp nhân cần có một phạm vi năng lực pháp luật khác nhau hay không? Phạm vi năng lực

pháp luật đó cần phải được giới hạn như thế nào và cần phải được thể hiện trên quy phạm pháp luật như thế nào?

Bài viết nhằm vào phạm vi năng lực pháp luật của pháp nhân kinh doanh, các quan điểm lý thuyết, các quy định pháp luật hiện hành về vấn đề này, thực tiễn đời sống pháp nhân chịu chi phối bởi các quy định đó; nhằm chỉ ra các hạn chế của chúng và đề xuất quan điểm hoàn thiện pháp luật trong bối cảnh pháp luật dân sự và pháp luật kinh tế đứng trước những yêu cầu mới được đặt ra bởi nền kinh tế thị trường và tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế.

II. CÁC LÝ THUYẾT VỀ NĂNG LỰC PHÁP LUẬT CỦA PHÁP NHÂN

1. Khái niệm “năng lực pháp luật” của một chủ thể pháp luật không còn là một vấn đề phải tranh luận. Tuy nhiên, vẫn tồn tại nhiều quan điểm khác nhau về phạm vi năng lực pháp luật của các loại chủ thể pháp luật khác nhau. Ngay cả BLDS 1995 cũng quy định về năng lực pháp luật của cá nhân và pháp nhân ở các điều khoản riêng (các điều 16, 17 và 96). Dự thảo giữ nguyên cấu trúc này. Điều đó trước hết phản ánh nhận thức rằng năng lực pháp luật của cá nhân là “con người tự nhiên” không đồng nhất với năng lực pháp luật của pháp nhân là “sáng tạo pháp lý”.

2. Sự khác nhau trong phạm vi năng lực pháp luật của cá nhân và pháp nhân cũng là điều được thừa nhận trong mọi lý thuyết pháp nhân. Không chỉ *Friedrich Carl von Savigny*² là người nhìn nhận pháp nhân chỉ là

* TS Luật học, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

¹ Các viện dẫn đến “Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)” đều nhằm vào Dự thảo lấy ý kiến nhân dân theo Quyết định số 310/UBTVQH11 của UBTVQH ngày 14.01.2005.

² 1779-1861, nhà bác học người Phổ, sáng lập ra “Trường phái luật lịch sử” (historische Rechtsschule), có ảnh hưởng lớn đến khoa học luật của Đức từ thế kỷ XIX đến nay.

một “hư cấu”³, mà ngay cả *Otto von Gierke*⁴ là người xem pháp nhân là một tồn tại thực tế phải được thừa nhận⁵ cũng không đòi hỏi pháp nhân phải có năng lực pháp luật như một cá nhân. Còn lý thuyết vượt quá quyền hạn cho phép (*ultra vires doctrine*) được phổ biến trong hệ thống *Common law* từ đầu thế kỷ XX thì nhìn nhận pháp nhân là một chủ thể được sáng tạo vì một mục đích nhất định và bởi vậy chỉ có năng lực pháp luật giới hạn trong phạm vi thực hiện mục đích đó. Sự giới hạn đó dẫn đến hậu quả là các giao dịch pháp luật do các cơ quan đại diện của pháp nhân xác lập nhân danh pháp nhân mà vượt khỏi hoặc nằm ngoài phạm vi đó thì không có hiệu lực đối với chính pháp nhân đó và đối với cả bên thứ ba.

3. Tuy nhiên, từ giữa thế kỷ XX các quốc gia thuộc hệ *Continental law* đã công nhận phạm vi năng lực pháp luật bao trùm của pháp nhân tư luật⁶. Theo đó, năng lực pháp luật của pháp nhân tư luật không bị giới hạn bởi mục đích hoạt động, đối với pháp nhân kinh doanh thì hiểu theo nghĩa năng lực pháp luật của chúng không bị giới hạn bởi quy định về ngành nghề kinh doanh. Mục đích hoạt động ghi nhận trong điều lệ của pháp nhân tư luật không có giá trị giới hạn phạm vi năng lực pháp luật của chúng, mà chỉ giới hạn thẩm quyền của bộ máy quản lý

và điều hành pháp nhân trong quan hệ nội bộ. Trong quan hệ đối ngoại, quy định về mục đích hoạt động chỉ có ý nghĩa thông báo cho bên thứ ba biết pháp nhân đó làm gì. Điều lệ một pháp nhân kinh doanh ghi nhận một ngành nghề kinh doanh nhất định nào đó, nhưng khi nhận thấy một cơ hội kinh doanh trong một ngành nghề khác, bộ máy quản lý và điều hành có thể nắm bắt ngay cơ hội đó và các giao dịch được xác lập để thực hiện điều đó vẫn có hiệu lực pháp luật.

4. Quan điểm về năng lực pháp luật bao trùm của pháp nhân tư luật cũng nhằm vào doanh nghiệp nhà nước. Ở Tây Âu, trước khi “Thị trường chung châu Âu” có hiệu lực vào đầu năm 1993⁷, tồn tại nhiều lĩnh vực độc quyền nhà nước, được thực hiện thông qua doanh nghiệp nhà nước. Thẩm quyền của loại doanh nghiệp này trong nhiều trường hợp được điều chỉnh bởi luật ban hành riêng cho doanh nghiệp đó, như luật về công ty đường sắt hay luật về công ty bưu điện. Nhưng để đảm bảo sự bình đẳng và sự an toàn trong giao dịch pháp luật, các giao dịch pháp luật của loại doanh nghiệp này với bên thứ ba vẫn có hiệu lực pháp luật kể cả khi đối tượng giao dịch vượt ra khỏi phạm vi chức năng luật định. Còn nếu để thực hiện một nhiệm vụ công ích mà nhà nước thành lập một công ty dưới một hình thức công ty theo tư luật thì năng lực pháp luật của công ty đó hoàn toàn phụ thuộc vào hình thức công ty.

5. Còn đối với pháp nhân công quyền, khoa học luật nhà nước và hành chính phương Tây luôn thừa nhận sự giới hạn năng lực pháp luật bởi mục đích tồn tại của chúng. Mục đích tồn tại của loại pháp nhân này là thực hiện quyền lực nhà nước, chức năng và thẩm quyền của chúng được quy định trong các văn bản pháp luật. Khi thực hiện quyền lực nhà nước, pháp nhân công quyền nhân danh nhà nước, ban hành văn bản quy phạm

³ Friedrich Carl von Savigny đại diện cho “thuyết hư cấu” (*Fiktionstheorie*), phủ nhận hiện thực của pháp nhân, xem pháp nhân chỉ là sự hư cấu.

⁴ 1841-1921, nhà bác học Đức, nhà lịch sử pháp quyền, tác giả của nhiều cuốn kinh điển trong lĩnh vực luật nhà nước và tư luật.

⁵ *Otto von Gierke* đại diện cho “thuyết chủ thể hiện thực” (*Theorie der realen Verbandspersoenlichkeit*), nhìn nhận pháp nhân là một tồn tại thực tế có ý chí, thông qua các cơ quan của nó mà có năng lực hành vi và năng lực trách nhiệm.

⁶ Khoa học pháp lý phương Tây phân hệ thống pháp luật của một quốc gia thành công luật, tư luật và hình luật. Tư luật là một bộ phận của hệ thống pháp luật quy định các mối quan hệ giữa các chủ thể trên cơ sở chế độ bình đẳng và tự quyết. Pháp nhân tư luật là pháp nhân được thành lập trên cơ sở một hành vi pháp lý dân sự, ví dụ như hợp đồng thành lập (điều lệ cũng là một dạng hợp đồng).

⁷ Về thỏa thuận thiết lập Thị trường chung châu Âu xem Điều 14, trước đó Điều 7 a Hiệp định về cộng đồng châu Âu (ECT); trước đó nữa Điều 8 a Hiệp định về cộng đồng kinh tế châu Âu (EECT).

pháp luật hoặc quyết định hành chính mang tính áp đặt, tạo nên mối quan hệ bất bình đẳng với chủ thể chịu sự điều chỉnh. Bởi vậy, một quyết định không đúng thẩm quyền hoặc vượt giới hạn thẩm quyền được xem là trái pháp luật, có thể bị hủy bỏ bởi cơ quan cấp trên trong thủ tục khiếu nại hoặc bởi tòa án trong thủ tục khiếu kiện.

III. NGHĨA VỤ KINH DOANH ĐÚNG NGÀNH NGHỀ ĐÃ ĐĂNG KÝ HAY LÀ SỰ HẠN CHẾ NĂNG LỰC PHÁP LUẬT CỦA PHÁP NHÂN KINH DOANH

1. Khoa học Luật nhà nước và hành chính Việt Nam cũng thừa nhận sự giới hạn phạm vi năng lực pháp luật của pháp nhân công quyền bởi mục đích tồn tại của chúng. Tuy nhiên lý luận pháp luật Việt Nam không phân định hệ thống pháp luật thành ba mảng công luật, tư luật và hình luật như phương Tây. Hệ quả là cũng không có sự đối xử khác biệt giữa pháp nhân công quyền và pháp nhân tư luật nói chung và pháp nhân kinh doanh nói riêng trong vấn đề phạm vi năng lực pháp luật.

2. Điều khoản về năng lực pháp luật của pháp nhân trong BLDS 1995 quy định “pháp nhân phải hoạt động đúng mục đích” (Điều 96). Đối với pháp nhân kinh doanh, điều khoản “gốc” này được cụ thể hóa trong các văn bản pháp luật về chủ thể kinh doanh với quy định doanh nghiệp có nghĩa vụ “hoạt động kinh doanh theo đúng các ngành nghề đã đăng ký”.⁸ Hậu quả pháp lý hành chính kinh tế của việc vi phạm nghĩa vụ này là chủ thể kinh doanh có thể bị xử phạt vi phạm hành chính bằng các hình thức khác nhau.⁹ Nhưng việc vi phạm nghĩa vụ này cũng còn

dẫn đến hậu quả pháp lý dân sự kinh tế là giao dịch pháp luật của chủ thể đó có thể bị xem là vô hiệu¹⁰.

3. Xét ở góc độ quản lý nhà nước về kinh tế thì quy định doanh nghiệp có nghĩa vụ “hoạt động kinh doanh đúng ngành nghề đã đăng ký” là hợp logic. Quy định như vậy không vi phạm quyền tự do kinh doanh hiến định. Bởi vì nhà đầu tư có quyền tự do lựa chọn ngành nghề kinh doanh, nhưng đã lựa chọn ngành nghề nào và đăng ký kinh doanh ngành nghề đó thì phải tuân thủ sự giới hạn đó. Trong quá trình hoạt động kinh doanh, tùy theo nhu cầu thực tế nhà đầu tư có thể thay đổi hoặc bổ sung ngành nghề kinh doanh. Nhưng logic quản lý nhà nước không phải lúc nào cũng phù hợp với logic kinh doanh. Quy định như vậy có thể bó tay doanh nghiệp luôn chỉ muốn ứng xử phù hợp với quy định pháp luật khi một cơ hội kinh doanh chợt đến, nhưng “không có đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật để thực hiện công việc” mà họ muốn thỏa thuận với đối tác. Đối với doanh nghiệp sẵn sàng nắm bắt cơ hội bất chấp việc không có đăng ký kinh doanh phù hợp thì quy định này là một rủi ro tiềm tàng. Đồng thời quy định đó cũng còn tạo nên rủi ro tiềm tàng đối với đối tác “ngay tình” của doanh nghiệp đó. Chính quy định như vậy gây nên sự bất an toàn trong giao dịch pháp luật.

4. Thực tiễn giải quyết tranh chấp kinh tế cho thấy tranh chấp về hợp đồng kinh tế vô hiệu chiếm một tỉ trọng lớn, trong đó căn cứ vô hiệu do “không có đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật để thực hiện công việc đã thỏa thuận” là phổ biến. Trong hơn một thập kỷ hệ thống cơ quan tài phán đã áp dụng quy định này theo sự giải thích của Trọng tài kinh tế nhà nước. Theo đó, một hợp đồng kinh tế bị coi là vô hiệu ngay từ khi nó “hình thành”, nếu pháp luật quy định để thực hiện công việc đã thỏa thuận trong hợp đồng hai bên phải có đăng ký kinh doanh, mà một trong hai bên không có đăng

⁸ Xem khoản 1 Điều 8 Luật Doanh nghiệp, khoản 1 Điều 16 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003; khoản 1 Điều 7 Luật Hợp tác xã 2003. Bài viết chỉ đề cập đến pháp nhân, tuy nhiên một số quy định được chú dẫn lại đề cập đến “doanh nghiệp”, nghĩa là cả doanh nghiệp không có tư cách pháp nhân.

⁹ Xem khoản 4 Điều 120, khoản 1 Điều 121 Luật Doanh nghiệp, khoản 1 Điều 9 Nghị định 37/2003/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính về đăng ký kinh doanh.

¹⁰ Xem điểm b khoản 1 Điều 8 Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế.

ký kinh doanh hoặc pháp luật quy định chỉ một bên phải có đăng ký kinh doanh nhưng bên đó không có đăng ký kinh doanh¹¹. Áp dụng pháp luật để giải quyết tranh chấp theo quan điểm của Trọng tài kinh tế nhà nước có thể dẫn đến bất công trước hết đối với bên “ngay tình”, ngay cả khi giả thiết xử lý hậu quả theo cách giải quyết của BLDS 1995 là “bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường”. Sự bất công đó trở nên nhãn tiền khi áp dụng quy định giải quyết hậu quả theo Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế là “thiệt hại phát sinh các bên phải chịu mà không xem xét mức độ lỗi của các bên”¹².

5. Không chỉ doanh nghiệp và người bảo vệ quyền lợi của họ bức xúc với thực tiễn xét xử đó, mà ngày càng nhiều cơ quan tài phán cũng nhận thấy hậu quả không công bằng của quan điểm áp dụng luật như trên. Tuy nhiên phải chờ đến 13 năm sau, một quan điểm áp dụng luật công bằng hơn mới trở thành nghị quyết. Phải nói rằng Nghị quyết 04/2003/NQ-HĐTP của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao là sự “phản ứng” mặc dù khá chậm nhưng đúng đắn xuất phát từ thực tiễn xét xử nhằm khắc phục sự bất công có thể phát sinh khi áp dụng luật ban hành. Theo đó một hợp đồng kinh tế chỉ bị coi là vô hiệu, nếu khi ký kết một trong các bên chưa có đăng ký kinh doanh mà trong quá trình thực hiện giữa các bên phát sinh tranh chấp và đến trước thời điểm phát sinh tranh chấp bên chưa có đăng ký kinh doanh khi ký kết hợp đồng vẫn chưa có đăng ký kinh doanh để thực hiện công việc đã thỏa thuận.¹³ Người ta có thể tranh cãi rằng đây là một sự giải thích luật hay là “luật thẩm phán”, chỉ là sự tìm ra ý chí đích thực của nhà lập pháp hay là sự “sửa chữa” luật ban hành thành “luật công bằng”. Nhưng để

quan điểm này trở thành luật ban hành thì quy phạm pháp luật thay thế không được lập lại quy định của Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế.

6. Tuy nhiên quan điểm của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao chỉ là quan điểm áp dụng luật và chịu sự giới hạn của nguyên tắc “khi xét xử thẩm phán chỉ tuân theo pháp luật”. Quan điểm đó không thể và cũng không giúp giải quyết triệt để vấn đề. Pháp luật kinh tế hiện hành chịu sự chi phối của quan điểm luật kinh tế là một ngành luật độc lập với phương pháp luận và phương pháp điều chỉnh riêng. Pháp luật kinh tế bao gồm cả các quy phạm pháp luật hành chính kinh tế lẫn các quy phạm pháp luật dân sự kinh tế. Quy phạm pháp luật dân sự kinh tế chịu sự chi phối bởi quy phạm pháp luật hành chính kinh tế. Trong mối quan hệ với đối tượng nghiên cứu của bài viết này thì điều đó thể hiện ở hậu quả của việc vi phạm quy định mang tính chất hành chính kinh tế “doanh nghiệp có nghĩa vụ hoạt động kinh doanh theo đúng các ngành, nghề đã đăng ký” không chỉ là chịu phạt vi phạm hành chính, mà còn có thể dẫn đến hậu quả dân sự kinh tế là hợp đồng đã ký kết có thể bị xem là vô hiệu.

7. Như vậy các quy định của pháp luật kinh tế rằng “doanh nghiệp có nghĩa vụ hoạt động kinh doanh đúng các ngành nghề đã đăng ký” chính là sự cụ thể hóa quy định “năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân là khả năng của pháp nhân có các quyền và nghĩa vụ dân sự phù hợp với mục đích hoạt động của mình” (khoản 1 Điều 96 BLDS 1995, khoản 1 Điều 87 Dự thảo) và là sự hạn chế năng lực pháp luật của pháp nhân nói chung và pháp nhân kinh doanh nói riêng.

IV. CẦN MỘT CÁCH TIẾP CẬN MỚI

1. Đã đến lúc cần tách bạch quy phạm pháp luật hành chính kinh tế với quy phạm pháp luật dân sự kinh tế và xử lý hậu quả vi phạm chúng một cách độc lập. Bởi vì áp dụng hậu quả phạt vi phạm hành chính đối với hành vi vi phạm nghĩa vụ hoạt động kinh doanh theo đúng các ngành nghề đã đăng ký có thể là công bằng đối với doanh nghiệp vi

¹¹ Xem mục VIII.1.b Thông tư của Trọng tài kinh tế nhà nước số 108/TT-PC ngày 19.5.1990 hướng dẫn ký kết và thực hiện hợp đồng kinh tế.

¹² Xem khoản 2 Điều 39 Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế.

¹³ Xem mục I.1.a Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao số 04/2003/NQ-HĐTP ngày 27.5.2003 hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật trong việc giải quyết các vụ án kinh tế.

phạm, nhưng đồng thời áp dụng hậu quả dân sự kinh tế “hợp đồng vô hiệu” lại có thể không công bằng. Bởi vì nếu xử lý như vậy thì đối tác hợp đồng của doanh nghiệp vi phạm cũng phải cùng gánh chịu hậu quả của việc vi phạm mặc dù có thể hoàn toàn không có lỗi. Một phán quyết căn cứ theo quy định của pháp luật về một tranh chấp cụ thể đã xảy ra có thể vì vậy mà bất công. Nhưng hậu quả lớn hơn là nó tạo nên sự bất an đối với các chủ thể kinh doanh trong giao dịch pháp luật. Cũng trong mối quan hệ này, một nhà nghiên cứu về pháp luật Việt Nam đã cảnh báo các nhà đầu tư nước ngoài như sau: “Đối tác hợp đồng nước ngoài chưa có kinh nghiệm về Việt Nam cần thận trọng và trước khi ký kết hợp đồng cần yêu cầu đối tác Việt Nam cung cấp một bản Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh có công chứng”¹⁴.

2. Tuy nhiên, ngay cả trong pháp luật kinh tế Việt Nam, nghĩa vụ kinh doanh đúng ngành nghề đã đăng ký cũng không tuyệt đối. Bởi vì, chẳng hạn doanh nghiệp có quyền liên doanh với nhà đầu tư nước ngoài để thành lập doanh nghiệp liên doanh.¹⁵ Doanh nghiệp liên doanh được cấp phép đầu tư. Ngành nghề của doanh nghiệp liên doanh có thể hoàn toàn khác với ngành nghề kinh doanh của doanh nghiệp là bên Việt Nam mà doanh nghiệp này không phải đăng ký kinh doanh bổ sung. Điều này tuy phù hợp với logic hình thức pháp lý, bởi vì doanh nghiệp liên doanh là một chủ thể pháp luật mới và có một mục đích hoạt động riêng. Nhưng mặt khác, thông qua doanh nghiệp liên doanh, doanh nghiệp là bên Việt Nam có thể *trực tiếp* tham gia vào hoạt động kinh doanh trong ngành nghề khác với ngành nghề đã đăng ký kinh doanh, và như vậy về bản chất là không phù hợp quy định về nghĩa vụ “hoạt động kinh doanh đúng các ngành nghề đã đăng ký”.

3. Các phân tích trên cho thấy cách tiếp cận lập pháp từ góc độ quản lý nhà nước về kinh tế và cách xử lý hậu quả “liên đới” không chỉ có thể gây bất công và bất an cho các chủ thể tham gia giao dịch pháp luật, mà còn có thể làm phát sinh mâu thuẫn pháp lý. Chỉ một cách tiếp cận mới mới có thể giúp giải quyết triệt để vấn đề này. Tuy nhiên ở đây vẫn có thể lựa chọn hai phương án giải quyết khác nhau.

V. VÀ HAI PHƯƠNG ÁN GIẢI QUYẾT

1. Phương án thứ nhất là tách bạch hậu quả hành chính kinh tế đối với vi phạm nghĩa vụ “hoạt động kinh doanh đúng các ngành nghề đã đăng ký” với hậu quả dân sự kinh tế của nó. Ở đây người ta vẫn có thể tiếp tục quy định “doanh nghiệp có nghĩa vụ hoạt động kinh doanh đúng các ngành nghề đã đăng ký” và xử lý vi phạm về mặt hành chính kinh tế như quy định hiện hành. Tuy nhiên hậu quả hành chính kinh tế không được kéo theo hậu quả “hợp đồng kinh tế vô hiệu” về mặt dân sự kinh tế. Như vậy, một hợp đồng mà một hoặc cả hai bên “không có đăng ký kinh doanh để thực hiện công việc đã thỏa thuận” vẫn cần được xem là có hiệu lực; quy định tại điểm b khoản 1 Điều 8 Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế không được đưa vào văn bản pháp luật thay thế pháp lệnh này hay nói cách khác là cần được loại bỏ hoàn toàn trong luật mới. Như trên đã nói, cách giải quyết của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao vẫn chỉ trong khuôn khổ áp dụng luật hiện hành. Phương án này một mặt đảm bảo nhu cầu quản lý nhà nước đối với kinh tế, mặt khác vẫn có thể loại trừ được các trường hợp có thể xảy ra bất công đối với các chủ thể kinh doanh khi tham gia vào giao dịch pháp luật và như vậy tạo được sự an toàn về mặt pháp lý dân sự kinh tế. Tuy nhiên, phương án này một mặt chưa thể hiện một nhận thức triệt để về quyền tự do kinh doanh, mặt khác còn bộc lộ hạn chế khi xem xét đến quan hệ dân sự kinh tế có yếu tố nước ngoài.

¹⁴ Xem Trempel, trong: Frank Meier (chủ biên), Vietnam, Investitionsfuehrer, Berlin 1993, tr. 95.

¹⁵ Xem khoản 2 Điều 7 Luật Doanh nghiệp, khoản 5 Điều 15 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003, khoản 3 Điều 6 Luật Hợp tác xã 2003.

2. Quyền tự do kinh doanh trong pháp luật hiện hành được hiểu là nhà đầu tư thành lập doanh nghiệp có thể tự do lựa chọn kinh doanh những ngành nghề mà pháp luật không cấm; nhưng đã lựa chọn và đăng ký kinh doanh ngành nghề nào thì phải hoạt động kinh doanh đúng ngành nghề đã đăng ký đó. Quan điểm này tỏ ra hợp lý và thể hiện ở việc các luật mới về chủ thể kinh doanh đều tái khẳng định điều đó. Tuy nhiên nó cũng chỉ hợp lý nếu nhìn nhận vấn đề từ góc độ hành chính kinh tế, nghĩa là từ nhu cầu quản lý nhà nước về kinh tế. Nó tạo thuận lợi cho quản lý nhà nước về nhiều mặt, trong đó có công tác thống kê tạo cơ sở dữ liệu cho việc hoạch định chính sách kinh tế vĩ mô. Nhưng nhìn từ góc độ chủ thể kinh doanh thì quan điểm này hạn chế khả năng nắm bắt cơ hội kinh doanh của họ, hạn chế sự chủ động của họ trong hoạt động kinh doanh. Sự hạn chế này trở thành một yếu tố bất lợi nhân tiền đối với doanh nghiệp Việt Nam trong quan hệ thương mại quốc tế, bởi vì nó thuộc phạm vi năng lực pháp luật của doanh nghiệp nói chung và doanh nghiệp là pháp nhân nói riêng. Trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì việc xem xét năng lực pháp luật dân sự của chủ thể pháp luật chiếu theo pháp luật mà chủ thể đó có quốc tịch (khoản 1 Điều 832 BLDS 1995).¹⁶ Theo quy định này thì phạm vi năng lực pháp luật của doanh nghiệp Việt Nam nói chung và doanh nghiệp Việt Nam là pháp nhân nói riêng giới hạn trong phạm vi ngành nghề đã đăng ký kinh doanh, trong khi đó các đối tác nước ngoài của họ có thể có năng lực pháp luật không hạn chế bởi ngành nghề đã đăng ký. Một tòa án nước ngoài thụ lý một vụ án giữa doanh nghiệp nước ngoài và doanh nghiệp Việt Nam xem xét phạm vi năng lực pháp luật của doanh nghiệp Việt Nam theo pháp luật Việt Nam và như vậy cũng có thể xem hợp đồng được ký kết là vô hiệu nếu

doanh nghiệp Việt Nam không có đăng ký kinh doanh để thực hiện công việc đã thỏa thuận. Điều đó bất lợi cho doanh nghiệp Việt Nam trong quan hệ thương mại quốc tế. Nhưng mặt khác, quy định “trong trường hợp pháp nhân nước ngoài xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam, thì năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài được xác định theo pháp luật Việt Nam” (khoản 2 Điều 832 BLDS 1995)¹⁷ lại hạn chế năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài trên lãnh thổ Việt Nam. Các luật gia nước ngoài có thể nhìn nhận sự hạn chế này là không chính đáng.

Để có thể loại bỏ hoàn toàn những bất lợi có thể xảy ra đối với doanh nghiệp nói chung và doanh nghiệp là pháp nhân nói riêng không chỉ trong giao dịch pháp luật trong nước mà cả trong quan hệ thương mại quốc tế, thiết nghĩ cần áp dụng phương án thứ hai: đó là loại bỏ cả các hạn chế về mặt pháp lý hành chính kinh tế đối với các chủ thể kinh doanh. Theo đó điều khoản về ngành nghề kinh doanh trong điều lệ của các chủ thể này và các ngành nghề kinh doanh ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh chỉ có giá trị công bố cho bên thứ ba biết rằng chủ thể này “làm gì”, mà không có giá trị ràng buộc họ phải “hoạt động kinh doanh đúng ngành nghề đã đăng ký”. Điều đó có nghĩa là cần loại bỏ những quy định tương ứng về nghĩa vụ này trong các văn bản pháp luật về chủ thể kinh doanh, về năng lực pháp luật của pháp nhân kinh doanh và cả quy định tương ứng về căn cứ hợp đồng vô hiệu. Phương án này phù hợp với quan điểm về năng lực pháp luật bao trùm của pháp nhân trong khoa học pháp lý phương Tây hiện đại, và giá trị của nó không chỉ là tạo cho các doanh nghiệp nói chung và doanh nghiệp là pháp nhân nói riêng một môi trường hoạt động linh hoạt và an toàn mà còn loại bỏ được các bất lợi đối với chính doanh nghiệp Việt Nam trong quan hệ thương mại quốc tế.

¹⁶ Điều khoản này quy định “...theo pháp luật của nước nơi pháp nhân đó thành lập”. Theo “lý thuyết thành lập” thì pháp nhân có quốc tịch của nước nơi pháp nhân đó được thành lập.

¹⁷ Dự thảo cũng chỉ sửa đổi điều khoản này về mặt câu chữ (xem Điều 778 Dự thảo).