

## BÀN VỀ ĐỊNH NGHĨA ‘BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM’

Vũ Hùng Đức

Trường Đại học An ninh nhân dân

Email: [hungducplan1985@gmail.com](mailto:hungducplan1985@gmail.com)

Ngày nhận bài: 09/05/2022; Ngày nhận đăng: 10/06/2022

### Tóm tắt

Thông qua quy định về phạt vi phạm, bảo lưu quyền sở hữu và cầm giữ tài sản trong các Bộ luật Dân sự năm 1995, 2005 và 2015, có thể nhận thấy sự ‘bối rối’ của các nhà làm luật, bởi các chế định trên có lúc được quy định như một nội dung trong hợp đồng, có lúc được coi là biện pháp bảo đảm. Nguyên nhân là vì các nhà làm luật, dù đưa ra định nghĩa về từng biện pháp bảo đảm cụ thể, nhưng chưa từng đưa ra một định nghĩa khái quát về “biện pháp bảo đảm”. Trong bài viết này, tác giả đối chiếu quy định của pháp luật Việt Nam với quy định trong pháp luật của một số nước tiêu biểu trên thế giới về biện pháp bảo đảm, từ đó đưa ra định nghĩa về biện pháp bảo đảm.

**Từ khoá:** biện pháp bảo đảm, giao dịch bảo đảm, hợp đồng bảo đảm.

### Discussing on definition of ‘secured measure’

Vu Hung Duc

People’s Security University

Received: May 09, 2022; Accepted: June 10, 2022

### Abstract

Through the provisions on fines for violations, retention of ownership, and possession of the property in the Civil Codes of 1995, 2005, and 2015, it can be seen that the ‘confusion’ of legislators, by the above regulations is sometimes specified as a content in the contract, sometimes considered as a secured measure. The reason is that the legislators, although defining each specific secured measure, have never provided a general definition of “secured measure”. In this article, the author compares the provisions of Vietnamese law with those in the laws of some typical countries in the world on the secured measure, thereby defining “secured measure”.

**Keywords:** secured measure, secured transaction, secured contract.

### 1. Phân biệt “biện pháp bảo đảm” với “giao dịch bảo đảm”, “hợp đồng bảo đảm”

Trong quy định tại Mục 3 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, bên cạnh thuật ngữ “biện pháp bảo đảm” (xuất hiện trong hầu hết các điều luật ở Mục 3 này), còn có thuật ngữ “giao dịch bảo đảm” (ít phổ biến hơn, tại các Điều 296, 298, 305). Ngoài 2 thuật ngữ trên, trong

thực tiễn áp dụng biện pháp bảo đảm cũng như trong bài viết của nhiều nhà nghiên cứu về lĩnh vực này, còn xuất hiện thuật ngữ “hợp đồng bảo đảm”. Trong BLDS năm 2015 không có thuật ngữ “hợp đồng bảo đảm” nhưng có các thuật ngữ “hợp đồng cầm cố”, “hợp đồng thế chấp” bên cạnh các thuật ngữ “biện pháp cầm cố”, “biện pháp thế chấp”. Các thuật ngữ trên khác nhau như

thế nào, và việc sử dụng thuật ngữ nào là chính xác?

*Về mối quan hệ giữa thuật ngữ “giao dịch bảo đảm” với thuật ngữ “hợp đồng bảo đảm”*

Giao dịch dân sự là hợp đồng hoặc hành vi pháp lý đơn phương (Điều 116 BLDS năm 2015). Do đó, nội hàm thuật ngữ “giao dịch bảo đảm” sẽ bao trùm nội hàm thuật ngữ “hợp đồng bảo đảm” và việc sử dụng thuật ngữ “giao dịch bảo đảm” có vẻ chính xác hơn. Tuy nhiên, khi xem xét các biện pháp bảo đảm được quy định trong BLDS năm 2015, không có biện pháp nào phát sinh từ hành vi pháp lý đơn phương. Như vậy, trong pháp luật Việt Nam ở thời điểm hiện tại, việc sử dụng thuật ngữ “giao dịch bảo đảm” với thuật ngữ “hợp đồng bảo đảm” là khác nhau về mặt hình thức nhưng không khác biệt về nội dung. Do đó, hai thuật ngữ này có thể thay thế cho nhau.

*Về mối quan hệ giữa thuật ngữ “biện pháp bảo đảm” với “hợp đồng bảo đảm” hoặc “giao dịch bảo đảm”*

Bàn về vấn đề này, luật sư Trương Thanh Đức (2010) đã khẳng định “biện pháp bảo đảm không thể là hợp đồng bảo đảm”, mà “chỉ là một biện pháp gắn liền với một hợp đồng, là một bộ phận, một điều kiện, điều khoản của hợp đồng chính”.

BLDS năm 2005 sử dụng đồng thời thuật ngữ “biện pháp bảo đảm” với thuật ngữ “giao dịch bảo đảm”, và BLDS năm 2015 cũng vậy. Tuy nhiên, tư duy của nhà làm luật đã có sự đổi khác: thuật ngữ “đăng ký giao dịch bảo đảm” tại Điều 323 BLDS năm 2005 đã được sửa thành “đăng ký biện pháp bảo đảm” tại Điều 298 BLDS năm 2015. Có thể thấy trong BLDS năm 2015, thuật ngữ “biện pháp bảo đảm” không đồng nhất với thuật ngữ “giao dịch bảo đảm”.

So với BLDS năm 2005, BLDS năm

2015 đã bổ sung thêm 2 biện pháp bảo đảm mới là bảo lưu quyền sở hữu và cầm giữ tài sản, trong đó có biện pháp cầm giữ tài sản phát sinh theo quy định của pháp luật chứ không xuất phát từ ý chí của các chủ thể. Vì vậy, việc sử dụng thuật ngữ “biện pháp bảo đảm” là đầy đủ và chính xác hơn, với nội hàm bao gồm những biện pháp bảo đảm phát sinh theo ý chí của các bên và những biện pháp phát sinh theo quy định của pháp luật.

## **2. Định nghĩa biện pháp bảo đảm trong pháp luật nước ngoài**

### ***- Trong pháp luật La Mã***

Cùng với nghĩa vụ, biện pháp bảo đảm (BPBĐ) là một chế định xuất hiện rất sớm trong pháp luật La Mã với tư cách là những ‘*thỏa thuận bổ sung*’ (Bryan A. Garner (Editor in Chief), 2009) cho các quan hệ vay nợ, là sự bảo đảm cho chủ nợ việc thực hiện nghĩa vụ đúng mực và kịp thời từ phía những người vay nợ bằng cách chuyển tài sản của người vay nợ thành tài sản bảo đảm (TSBĐ). Trong lịch sử pháp quyền La Mã có 3 hình thức bảo đảm được áp dụng, bắt đầu từ ‘*fiducia cum creditore*’, ‘*pignus*’ và sau cùng là ‘*hypotheca*’ (Nguyễn Ngọc Đào, 1994).

Trong 3 biện pháp trên, ‘*Fiducia cum creditore*’ là hình thức bảo đảm xuất hiện sớm nhất và phát triển rất mạnh. Tuy nhiên, tới thời đại Justinian, hình thức này “*hoàn toàn không còn được sử dụng và được thay thế bởi biện pháp thế chấp (hypotheca) do sự đơn giản và tiện lợi hơn nhiều của thế chấp*” (Bryan A. Garner (Editor in Chief), 2009). Hậu quả pháp lý của quan hệ này là sự xác lập quyền sở hữu của chủ nợ đối với TSBĐ. Sau khi nghĩa vụ được thực hiện xong, việc chủ nợ có hoàn trả lại đồ vật cho người nợ hay không, lúc đầu phụ thuộc vào sự trung thực của chủ nợ, về sau người mắc nợ được quyền khiếu nại để đòi chủ nợ phải hoàn trả đồ vật hoặc bồi thường thiệt hại (Nguyễn Ngọc Đào, 1994).

'*Pignus*' là hình thức bảo đảm mà theo đó, người mắc nợ phải chuyển cho phía chủ nợ một đồ vật để bảo đảm (Bryan A. Garner (Editor in Chief), 2009). Theo hình thức này, chủ nợ không thể là chủ sở hữu mà chỉ như người chiếm giữ đối với TSBD. Do đó, người mắc nợ được quyền yêu cầu chủ nợ không sử dụng và phải hoàn trả đồ vật khi đã nhận được nợ. Chủ nợ chỉ được bán hoặc giữ lại TSBD trong trường hợp người mắc nợ không hoàn trả nợ (Nguyễn Ngọc Đào, 1994).

'*Hypotheca*' là hình thức bảo đảm phổ biến nhất vào thời kỳ phát triển kinh tế - xã hội La Mã (Bryan A. Garner (Editor in Chief), 2009). Theo hình thức này, người mắc nợ vẫn tiếp tục được sử dụng đồ vật được coi là đồ bảo đảm. Trường hợp người mắc nợ không trả được nợ thì chủ nợ có quyền yêu cầu chiếm giữ lại đồ vật hoặc mang bán để thu nợ (Nguyễn Ngọc Đào, 1994).

Cả 3 hình thức bảo đảm trên vẫn còn được sử dụng cho tới ngày nay, trong đó hình thức '*pignus*' và '*hypotheca*' phổ biến hơn và được sử dụng chủ yếu bởi các nước thuộc dòng họ pháp luật châu Âu lục địa, tương ứng với biện pháp '*cầm cố*' và '*thế chấp*' hiện nay. Hình thức '*Fiducia cum creditore*' được thừa nhận trong luật pháp những nước thuộc dòng họ pháp luật Anh - Mỹ như Nhật Bản, với tên gọi '*Biện pháp bảo đảm nghĩa vụ trên cơ sở chuyển giao quyền*' (Viện nghiên cứu khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp), 1995).

Việc phân loại BPBĐ thành '*Fiducia cum creditore*', '*pignus*' và '*hypotheca*' như trên là cách phân loại theo nội dung. Theo hình thức, BPBĐ trong Luật La Mã cũng gồm có 3 loại: '*sponsion*', '*fidepromission*' và '*fidejussio*' (Bryan A. Garner (Editor in Chief), 2009).

'*Sponsion*' là một loại hợp đồng miệng mà chỉ có công dân La Mã mới đủ tư cách xác lập (Bryan A. Garner (Editor in Chief), 2009).

'*Fidepromission*' cũng là một loại hợp đồng miệng, nhưng các bên phải tuân thủ nghi thức chặt chẽ khi giao kết hợp đồng (Bryan A. Garner (Editor in Chief), 2009).

'*Fidejussio*' là loại hợp đồng bảo đảm giao kết bằng hành vi. Thông qua hành vi này mà một người trở thành người bảo lãnh cho người khác. Hành vi đó không xóa trách nhiệm cho người được bảo lãnh, mà mang ý nghĩa bảo đảm bổ sung. Đây là hình thức hợp đồng bảo đảm duy nhất tồn tại trong Luật Justinian (Bryan A. Garner (Editor in Chief), 2009).

#### **- Trong Bộ luật Dân sự Pháp**

Trong các dòng họ pháp luật cơ bản trên thế giới, dòng họ pháp luật châu Âu lục địa là dòng họ pháp luật lớn nhất, chịu ảnh hưởng sâu sắc của Luật La Mã, mà Pháp là một đại diện tiêu biểu với BLDS Pháp năm 1804 (còn gọi là Bộ luật Napoléon). Giống như BLDS của những quốc gia khác trong dòng họ pháp luật châu Âu lục địa, BLDS Pháp năm 1804 cũng không đưa ra định nghĩa về BPBĐ nói chung, mà định nghĩa về từng BPBĐ trong các điều luật cụ thể: Điều 2011 về bảo lãnh, Điều 2071 về cầm cố và Điều 2114 về thế chấp.

Hiện nay, BLDS Pháp đã có nhiều thay đổi, trong đó có những thay đổi về BPBĐ. Trong BLDS Pháp hiện hành, các BPBĐ được quy định tại Quyển IV, gồm 2 hình thức bảo đảm: bảo đảm đối nhân và bảo đảm đối vật. Về bảo đảm đối nhân – bảo lãnh, Điều 2288 quy định bản chất của bảo lãnh như sau: "*Người đưa ra bảo đảm cho một nghĩa vụ phải chịu trách nhiệm trước chủ nợ về việc thực hiện nghĩa vụ này nếu người có nghĩa vụ không tự thực hiện nghĩa vụ*".

Về bảo đảm đối vật, BLDS Pháp quy định các biện pháp dựa trên TSBD là động sản hay bất động sản. Đối với động sản, có 2 BPBD: cầm cố động sản hữu hình (gage de meubles corporels) và cầm cố động sản vô hình (natissement de meubles incorporels). Điều 2333 định nghĩa về cầm cố động sản hữu hình như sau:

*Cầm cố là thỏa thuận theo đó, người cầm cố cam kết trước một chủ nợ quyền được ưu tiên trả nợ so với các chủ nợ khác trên một động sản hoặc một số động sản hữu hình, hiện có hoặc trong tương lai. Quyền đòi nợ có thể là hiện tại hoặc trong tương lai; nếu quyền đòi nợ xảy đến trong tương lai thì nó phải được xác định.*

Điều 2355 định nghĩa về cầm cố động sản vô hình như sau: *“Cầm cố là việc sử dụng một hoặc một số động sản vô hình, hiện có hoặc trong tương lai, để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ”* (động sản vô hình có thể là quyền sở hữu trí tuệ, tài khoản...).

Đối với bất động sản, có 2 BPBD: cầm cố và thế chấp. *“Cầm cố bất động sản là việc sử dụng bất động sản để bảo đảm thực hiện một nghĩa vụ; biện pháp này kéo theo việc mất quyền chiếm hữu của người cầm cố”* (Điều 2387). *“Thế chấp là một vật quyền trên bất động sản, sử dụng cho việc thanh toán một nghĩa vụ”* (Điều 2393).

#### **- Trong Luật Thương mại Thống nhất Hoa Kỳ**

Bên cạnh dòng họ pháp luật châu Âu lục địa, dòng họ pháp luật Anh - Mỹ cũng có ảnh hưởng không nhỏ đến hệ thống pháp luật các quốc gia. Những quốc gia chịu ảnh hưởng của dòng họ pháp luật này, mà Hoa Kỳ là một ví dụ điển hình, có đưa ra định nghĩa về giao dịch bảo đảm (GDBĐ).

Luật Thương mại Thống nhất Hoa Kỳ (The Uniform Commerce Code, viết tắt là UCC) đã dành riêng một chương (Chương

9) quy định những vấn đề về GDBĐ, trong đó có đoạn 73 điểm a Điều 102 giải thích *“Hợp đồng bảo đảm”* nghĩa là *một thỏa thuận tạo ra hoặc cung cấp một lợi ích bảo đảm.*

Với giải thích ngắn gọn như vậy, chỉ cần có mục đích tạo ra một lợi ích bảo đảm thì tất cả các thỏa thuận, không phụ thuộc vào hình thức và tên gọi, đều có thể được coi là hợp đồng bảo đảm. Tuy nhiên, thuật ngữ này chỉ bao gồm các BPBD đối vật có đối tượng là động sản chứ không bao gồm BPBD đối nhân (như bảo lãnh) và BPBD có đối tượng là bất động sản.

#### **- Trong Hướng dẫn lập pháp về giao dịch bảo đảm của Ủy ban Liên Hợp Quốc về Luật Thương mại Quốc tế**

Mặc dù hiện nay vẫn còn sự phân chia giữa các dòng họ pháp luật, trong đó chủ yếu là dòng họ pháp luật châu Âu lục địa và dòng họ pháp luật Anh - Mỹ, nhưng dưới tác động của toàn cầu hóa, giữa các dòng họ pháp luật cũng có sự giao thoa, và một trong những biểu hiện rõ nét nhất là định nghĩa của Ủy ban Liên Hợp Quốc về Luật Thương mại Quốc tế (tiếng Anh: United Nations Commission on International Trade Law, viết tắt là UNCITRAL) về GDBĐ và “hợp đồng bảo đảm”.

*“Giao dịch bảo đảm”* nghĩa là *một giao dịch tạo ra quyền bảo đảm. Mặc dù bảo lưu quyền sở hữu không bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nhưng cũng thuộc nội hàm của thuật ngữ này vì sự tiện lợi cho việc tham khảo.*

*“Hợp đồng bảo đảm”* nghĩa là *một thỏa thuận, dưới bất kỳ hình thức hay tên gọi nào, giữa bên bảo đảm và chủ nợ mà tạo ra một quyền lợi bảo đảm. Thuật ngữ này bao gồm cả biện pháp bảo lưu quyền sở hữu, dù biện pháp này không bảo đảm thực hiện nghĩa vụ* (United Nations Commission on International Trade Law, 2010).

Trong cách giải thích những thuật ngữ trên, dù có sự dung hòa giữa 2 dòng họ pháp luật, nhưng chúng ta vẫn có thể nhận thấy cách giải thích của UNCITRAL có nhiều điểm tương đồng với UCC (thuộc dòng họ pháp luật Anh - Mỹ) hơn dòng họ pháp luật châu Âu lục địa, tức là tiếp cận theo hệ quả (tạo ra quyền lợi (lợi ích) bảo đảm chứ không tiếp cận theo mục đích (để bảo đảm thực hiện một nghĩa vụ) hay hành vi (giao hoặc không giao tài sản bảo đảm).

### 3. Định nghĩa biện pháp bảo đảm trong pháp luật Việt Nam

Là một nước theo dòng họ pháp luật châu Âu lục địa, chịu ảnh hưởng mạnh mẽ từ BLDS Pháp, BLDS Việt Nam cũng không đưa ra định nghĩa về BPBĐ nói chung mà chỉ định nghĩa từng BPBĐ cụ thể.

Điều 309 BLDS năm 2015 quy định: *“Cầm cố tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên cầm cố) giao tài sản thuộc quyền sở hữu của mình cho bên kia (sau đây gọi là bên nhận cầm cố) để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ”*.

Điều 317 BLDS năm 2015 quy định: *“Thế chấp tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và không giao tài sản cho bên kia (sau đây gọi là bên nhận thế chấp)”*.

Điều 335 BLDS năm 2015 quy định:

*Bảo lãnh là việc người thứ ba (sau đây gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (sau đây gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (sau đây gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ.*

Ngoài ra còn có định nghĩa về các BPBĐ khác quy định tại Khoản 1 Điều 328 BLDS năm 2015 về đặt cọc, Khoản 1 Điều 329 về

ký cược, Khoản 1 Điều 330 về ký quỹ, Khoản 1 Điều 331 về bảo lưu quyền sở hữu, Điều 346 về cầm giữ tài sản và Điều 344 BLDS năm 2015 về tín chấp.

Trong 9 BPBĐ ở trên, bảo lưu quyền sở hữu và cầm giữ tài sản là 2 BPBĐ mới so với BLDS năm 2005. Theo Bùi Đức Giang (2014), *“Điểm tiến bộ của Dự thảo là đã chính thức thừa nhận quyền cầm giữ tài sản là biện pháp bảo đảm”*. So sánh với giải thích của UNCITRAL về thuật ngữ *“giao dịch bảo đảm”*, việc coi bảo lưu quyền sở hữu là BPBĐ tương thích với xu hướng của pháp luật quốc tế hiện đại về GDBĐ.

Qua xem xét các định nghĩa về từng BPBĐ cụ thể trong BLDS năm 2015 (chưa có định nghĩa về biện pháp bảo lưu quyền sở hữu), có thể thấy dù mỗi BPBĐ có những điểm khác biệt nhất định về chủ thể, đối tượng, phạm vi, căn cứ phát sinh, thậm chí là mục đích xác lập... nhưng đều có một điểm chung là *xác lập quyền của chủ nợ liên quan đến nghĩa vụ được bảo đảm trong trường hợp nghĩa vụ này bị vi phạm*. Quyền này có thể là quyền xử lý tài sản bảo đảm (Điều 303); quyền sở hữu tài sản đặt cọc, ký cược, ký quỹ (khoản 2 các điều 328, 329, 330); quyền đòi lại tài sản (Điều 332); quyền yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ (Điều 340). Đặc điểm này không phù hợp với biện pháp tín chấp. Tuy nhiên, tác giả cho rằng về bản chất, biện pháp tín chấp không phải là một biện pháp bảo đảm, bởi không có tài sản bảo đảm, và không phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba, là những điểm đặc trưng của biện pháp bảo đảm. So với hai BLDS trước đây, quan niệm về BPBĐ trong BLDS năm 2015 đã có những điểm thay đổi đáng kể, tiến bộ, dần tiệm cận với pháp luật quốc tế về chế định này.

Từ những phân tích trên, tác giả đồng ý với cách định nghĩa về BPBĐ với nội hàm mở và tiếp cận theo hệ quả như cách của UNCITRAL, và xin nêu ra định nghĩa với cách tiếp cận từ quyền xử lý TSBĐ như sau:

**“Biện pháp bảo đảm là cách thức tạo cho chủ nợ quyền xử lý tài sản bảo đảm hoặc quyền yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ khi nghĩa vụ được bảo đảm bị vi phạm”**□

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

Bộ luật Dân sự năm 2015.

Bryan A. Garner (Editor in Chief) (2009), *Black's Law Dictionary (Ninth Edition)*, West Publication.

Bùi Đức Giang (2014), Sửa quy định về giao dịch bảo đảm: bước tiến hay lùi?, *Thời báo kinh tế Sài Gòn Online*, <http://www.thesaigontimes.vn/118984/Sua-quy-dinh-ve-giao-dich-bao-dam-buoc-tien-hay-lui?.html>

French Civil Code.

Nguyễn Ngọc Đào (1994), *Luật La Mã*, Nxb. Tổng hợp Đồng Nai.

The Uniform Commerce Code.

Trương Thanh Đức (2010), Những điều không thể về giao dịch bảo đảm, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử*, <https://phapluatdansu.edu.vn/2010/01/10/00/04/4307/>

United Nations Commission on International Trade Law (2010), *Legislation guide to Secured Transaction*, United Nations Publication, New York.

Viện nghiên cứu khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp) (1995), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự Nhật Bản*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.