

**BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO  
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI**

Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của  
pháp luật dân sự Việt Nam hiện hành

**Vũ Thị Hồng Yến**

**Chuyên ngành:** Luật dân sự

**Mã số:** 62 38 01 03

**Người hướng dẫn khoa học:**

1. TS. Nguyễn Thúy Hiền
2. TS. Nguyễn Thị Quế Anh

**2013**



## MỞ ĐẦU

### 1. Tính cấp thiết của đề tài

Trong điều kiện của nền kinh tế thị trường hiện nay khi mà các giao dịch dân sự, thương mại được xác lập ngày càng nhiều thì các tranh chấp, kiện tụng cũng theo đó ngày một gia tăng. Thế chấp tài sản được coi là một trong những công cụ pháp lý hữu hiệu để hạn chế những rủi ro có thể nảy sinh từ các giao dịch vay vốn, tín dụng. Khi xác lập quan hệ thế chấp, điều mà các bên quan tâm là lựa chọn tài sản nào để bảo đảm, liệu việc xử lý tài sản đó có thuận tiện? Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp là yếu tố cốt lõi của quan hệ thế chấp, xuyên suốt toàn bộ quá trình xác lập và thực hiện hợp đồng thế chấp, đảm bảo quyền lợi cho các bên trong quan hệ.

Trong những năm gần đây, Việt Nam đã là thành viên chính thức của Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) các quan hệ thế chấp được phát triển song hành với các giao dịch dân sự, thương mại, đặc biệt trong các quan hệ cấp tín dụng. Vậy hành lang pháp lý cho các quan hệ thế chấp đã thực sự an toàn, quyền và lợi ích hợp pháp của bên có quyền trong quan hệ đã được bảo đảm hay chưa? Cho đến thời điểm này, các văn bản pháp luật đã được ban hành như BLDS năm 2005, Luật Đất đai năm 2003, Luật Nhà ở năm 2005, Luật kinh doanh Bất động sản năm 2005...; và đặc biệt sự ra đời của Nghị định 163/2006/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm đã đánh một dấu mốc quan trọng trong lĩnh vực giao dịch bảo đảm nói chung và quan hệ thế chấp nói riêng. Các dự thảo Luật Đăng ký giao dịch bảo đảm, Luật đăng ký Bất động sản đang trong quá trình hoàn thiện. Tuy nhiên, các quy định pháp luật này đã bộc lộ những bất cập: có quá nhiều văn bản pháp luật liên quan đến tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp ở trong tình trạng vừa chồng chéo vừa thiếu hụt. Những quy định này thực sự gây khó khăn cho các chủ thể khi xác lập, thực hiện giao dịch thế chấp và cũng gây lúng túng cho các cơ quan chức năng khi áp dụng pháp luật để giải quyết các tranh chấp xảy ra. Thực tiễn xác lập và thực hiện các quan hệ thế chấp trong thời gian qua cũng đã bộc lộ nhiều điểm thiếu sót như: việc xác định chủ sở hữu của tài sản thế chấp thường rất khó khăn; bên thế chấp dùng một tài sản đi thế chấp ở nhiều nơi có các yếu tố lừa đảo, vấn đề xử lý tài sản thế chấp thường rất chậm, không kịp thời và nhiều khi bên nhận thế chấp không thu giữ được tài sản thế chấp để xử lý nợ. Số lượng các vụ tranh chấp có liên quan đến thế chấp tại Tòa án ngày càng nhiều nhưng tiến độ giải quyết lại chậm do phải xét xử theo nhiều cấp khác nhau.

Từ thực trạng nêu trên, nghiên cứu một cách có hệ thống, khoa học các quy định của pháp luật về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp để hiểu đúng và thực hiện đúng, cũng như phát hiện những điểm bất cập nhằm hoàn thiện chúng là một công việc thực sự cần thiết và cấp bách. Lựa chọn vấn đề: "*Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam hiện hành*" làm đề tài nghiên cứu luận án tiến sĩ, chúng tôi mong muốn sẽ góp phần hoàn thiện hơn nữa các quy định của pháp luật hiện hành về vấn đề tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp, để khẳng định vị trí xứng đáng của biện pháp thế chấp trong điều kiện nền kinh tế thị trường hiện nay.

### 2. Tình hình nghiên cứu đề tài (Xem phụ lục 1)

### 3. Phạm vi nghiên cứu đề tài

*Thứ nhất*, dựa trên những vấn đề lý luận về biện pháp thế chấp, luận án tập trung đi vào nghiên cứu các khía cạnh pháp lý và thực tiễn của tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp. Trong điều kiện nền kinh tế thị trường của Việt nam ngày

càng hội nhập sâu rộng vào nền kinh tế quốc tế thì nhu cầu xác lập các giao dịch vay tiền (hay giao dịch cấp tín dụng) ngày càng trở thành cấp bách. Đây là loại giao dịch tiềm ẩn nhiều rủi ro nên cần có sự cân trọng của bên cho vay về khả năng trả nợ của bên vay. Có 3 yếu tố cơ bản để bên cho vay sàng lọc chủ thể vay, đó là uy tín, khả năng tài chính và tài sản bảo đảm. Tài sản bảo đảm (trong đó có tài sản thế chấp) là chỗ dựa tin cậy để bên cho vay quyết định cấp tín dụng bởi việc kiểm tra tính xác thực hai yếu tố là uy tín và khả năng tài chính của khách hàng là một công việc không dễ dàng. Tài sản thế chấp, đúng hơn là giá trị của nó, là một nguồn dự phòng chắc chắn cho cam kết thanh toán của con nợ. Không những thế, tài sản thế chấp còn có ý nghĩa trong việc ngăn ngừa tâm lý ỷ lại của bên vay sau khi đã nhận được tiền vay bởi nếu sử dụng tiền vay không hiệu quả thì tài sản thế chấp sẽ bị xử lý để khấu trừ cho khoản nợ phải thanh toán. Trong trường hợp bên vay không có khả năng trả nợ do bị phá sản, giải thể thì tài sản thế chấp được coi là cơ sở duy nhất để bên cho vay thu giữ nợ. Do vậy, để hạn chế rủi ro, đồng thời vẫn thúc đẩy sự vận hành của nền kinh tế, trước khi giao kết hợp đồng thế chấp, bên nhận thế chấp phải chủ động tìm hiểu thông tin về tình trạng pháp lý của tài sản. Đó là những nội dung mà luận án sẽ tập trung đi vào nghiên cứu, tìm hiểu, cụ thể như những loại tài sản nào được phép dùng làm tài sản thế chấp, điều kiện của tài sản thế chấp, việc xác lập, công bố và chấm dứt quyền của bên nhận thế chấp trên tài sản thế chấp... Xử lý tài sản thế chấp được xem là khâu cuối cùng có vai trò quan trọng để bảo đảm quyền của bên cho vay được thực thi trên thực tế và còn là đảm bảo lẽ công bằng giữa các chủ thể trong giao dịch. Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp là hai vấn đề pháp lý có mối quan hệ qua lại, tương hỗ với nhau, cụ thể: một khi tài sản thế chấp hợp pháp thì mới có thể xử lý được chúng để bảo đảm lợi ích cho bên nhận thế chấp, theo logic "*đầu có xuôi thì đuôi mới lọt*". Tuy nhiên, hiệu quả xử lý tài sản thế chấp còn phụ thuộc vào các quy định của pháp luật về trình tự, thủ tục xử lý loại tài sản đó có dễ dàng và thuận tiện hay không? Thực tế cho thấy, một trong các tiêu chí để bên nhận thế chấp lựa chọn tài sản đó để làm tài sản thế chấp là tài sản đó phải xử lý được. Như vậy, xử lý tài sản thế chấp có vai trò tác động ngược trở lại tài sản thế chấp ở chỗ định hướng các chủ thể giao kết hợp đồng thế chấp lựa chọn những tài sản nào có thể xử lý được dễ dàng và hiệu quả để làm tài sản thế chấp. Điều này còn góp phần giảm thiểu tình trạng tài sản thế chấp không xử lý được trở thành lượng vốn "*chết*" của hệ thống các ngân hàng hiện nay. Như vậy, nghiên cứu về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp nhằm tạo điều kiện cho các chủ thể sử dụng tài sản của mình để bảo đảm vay vốn một cách hiệu quả, ít chi phí và còn tạo ra khung pháp lý ổn định, chắc chắn, đáng tin cậy để bảo vệ quyền lợi của chủ nợ trong việc tiến hành xử lý tài sản thế chấp.

*Thứ hai*, một số tài sản thế chấp có tính đặc thù như quyền sử dụng đất, tài sản hình thành trong tương lai, quyền đòi nợ, hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất kinh doanh... với các điều kiện pháp lý và phương thức xử lý chúng sẽ được tập trung phân tích như là những điểm nhấn cần thiết của luận án. Việc đăng ký thế chấp cũng nằm trong nội dung nghiên cứu của luận án với ý nghĩa: đăng ký thế chấp là một thủ tục nhưng nó được coi như công cụ hữu hiệu để minh bạch, công khai hóa tình trạng pháp lý của tài sản thế chấp, là căn cứ để xử lý tài sản thế chấp một cách an toàn và hiệu quả. Những nội dung về trình tự, thủ tục đăng ký thế chấp, luận án sẽ không đề cập tới mà chỉ đi vào phân tích các trường hợp nào các chủ thể phải đăng ký và ý nghĩa pháp lý của việc đăng ký này. Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp trong các quan hệ tín dụng ngân hàng cũng được phân tích dưới góc độ so sánh với các quan hệ dân sự thông thường.

*Thứ ba*, luận án đề cập đến thực tiễn áp dụng các quy định về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp để đưa ra những đánh giá, nhận định về hệ thống pháp luật hiện hành đã thực sự phù hợp và đáp ứng được sự đòi hỏi của thực tiễn hay chưa? Một số vụ việc thực tế liên quan đến việc xác định tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp cũng sẽ được phân tích, bình luận trong luận án trên cơ sở quy định của BLDS năm 2005, Nghị định 163/2006/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm, pháp luật về bán đấu giá tài sản. Những quy định của luật tố tụng dân sự, về thi hành án dân sự có liên quan đến vấn đề xử lý tài sản thế chấp cũng là nội dung nghiên cứu của luận án để từ đó đưa ra các giải pháp tổng thể về xử lý tài sản thế chấp.

*Thứ tư*, luận án tìm hiểu quy định của pháp luật một số nước trên thế giới về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp để tham khảo kinh nghiệm, đưa ra hướng giải quyết phù hợp với điều kiện kinh tế, chính trị, xã hội của Việt Nam.

*Thứ năm*, luận án đề xuất các giải pháp để hoàn thiện hệ thống pháp luật và nâng cao hiệu quả áp dụng các quy định pháp luật về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp.

#### **4. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu đề tài**

Trên cơ sở phương pháp luận duy vật biện chứng và duy vật lịch sử, luận án kết hợp chúng với một số phương pháp nghiên cứu chuyên sâu như: Phương pháp phân tích kết hợp với bình luận được sử dụng để làm rõ quy định của pháp luật hiện hành về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp; Phương pháp tổng hợp nhằm khái quát hóa thực trạng áp dụng pháp luật về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp để đề xuất các kiến nghị hoàn thiện pháp luật; Phương pháp so sánh được áp dụng để tìm ra những nét khác biệt và tương đồng giữa quy định của pháp luật của Việt Nam với các nước khác, giữa nội dung của pháp luật thực định qua các thời kỳ khác nhau; Phương pháp tổng kết thực tiễn... nhằm vận dụng nhuần nhuyễn giữa kiến thức lý luận và thực tiễn để làm sáng tỏ những vấn đề nghiên cứu về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp.

#### **5. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu của đề tài**

Mục đích nghiên cứu của luận án là làm sáng tỏ về mặt lý luận, cơ sở pháp lý và thực trạng của các quy định pháp luật về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp trên cơ sở đó đề xuất các giải pháp hoàn thiện quy định của pháp luật.

Là công trình khoa học đầu tiên nghiên cứu chuyên sâu, toàn diện và có hệ thống những quy định của pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp trong bối cảnh thực tại của Việt Nam, luận án có nhiệm vụ nghiên cứu sau:

*Thứ nhất*, làm rõ những bản chất pháp lý của biện pháp thế chấp tài sản; xây dựng các khái niệm khoa học về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp; phát hiện những đặc điểm pháp lý riêng biệt của tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp.

*Thứ hai*, xác định phạm vi các loại tài sản là đối tượng của biện pháp thế chấp; phân tích các điều kiện pháp lý của tài sản thế chấp và sự chi phối ảnh hưởng của nó đến quá trình hình thành, thực hiện hợp đồng thế chấp.

*Thứ ba*, xác định các phương thức cơ bản để xử lý tài sản thế chấp và đánh giá những ưu điểm và hạn chế của từng phương thức đó để tìm ra những giải pháp hữu hiệu nhất.

*Thứ tư*, so sánh đối chiếu quy định về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của BLDS năm 2005 với BLDS năm 1995, với quy định của một số nước trên thế giới để làm nổi bật tính độc lập của pháp luật Việt Nam, qua đó phát hiện được "tính thống nhất" cũng như "tính hiệu quả" trong pháp luật Việt Nam hiện hành và xác định các mục tiêu cần đạt tới.

*Thứ năm*, nêu ra các kiến nghị cũng như các giải pháp đồng bộ để hoàn thiện quy định của pháp luật dân sự hiện hành về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp.

#### **6. Những đóng góp mới của đề tài**

Kết quả của việc nghiên cứu đề tài: "**Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam hiện hành**" có thể đem lại những điểm mới sau đây:

*Thứ nhất*, luận án tập trung phân tích và xác định được tài sản được dùng để thế chấp và các phương thức xử lý hiệu quả đối với tài sản thế chấp; để có cơ sở nhận diện các tài sản thế chấp cũng như phương thức xử lý tài sản thế chấp, luận án đã xây dựng khái niệm, các đặc trưng pháp lý của tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp;

*Thứ hai*, luận án đưa ra một cách nhìn toàn diện, đầy đủ cả về lý luận và

thực tiễn đối với tài sản thế chấp, xử lý tài sản thế chấp ở Việt Nam; trên cơ sở phân tích, tham chiếu với pháp luật của một số nước trên thế giới, luận án đã đúc rút những kinh nghiệm cần thiết về xác định tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp một cách hiệu quả;

*Thứ ba*, luận án nêu bật tầm quan trọng trong việc xây dựng cơ chế phối hợp giữa các cơ quan như công chứng, đăng ký thế chấp và các cơ quan chức năng khác trong việc đảm bảo tính an toàn của các giao dịch thế chấp. Luận án chỉ ra những bất cập ngay trong chính các quy định của pháp luật trong việc quy định về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp bởi chúng là một trong những nguyên nhân dẫn tới tình trạng yếu kém trong quá trình giao kết, thực hiện hợp đồng thế chấp và xử lý tài sản thế chấp;

*Thứ tư*, luận án phân tích bức tranh toàn cảnh và đa dạng, trong đó mô tả kèm theo phân tích, bình luận và đánh giá về một số tranh chấp liên quan đến xác định tài sản thế chấp và xử lý chúng phổ biến ở Việt Nam trong thời gian qua;

*Thứ năm*, luận án mạnh dạn đưa ra những đề xuất ban đầu nhằm hoàn thiện các quy định của pháp luật hiện hành về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp trên cơ sở tiếp thu có chọn lọc những kinh nghiệm điều chỉnh pháp luật của nước ngoài phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh nền kinh tế của đất nước trong điều kiện hội nhập thương mại quốc tế hiện nay.

## **7. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của đề tài**

Kết quả đạt được của luận án góp phần làm sáng tỏ phương diện lý luận trong khoa học pháp lý của vấn đề tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp. Cụ thể: Xây dựng được khái niệm và đưa ra những tiêu chí cơ bản nhất để xác định tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp, phân tích thực trạng điều chỉnh pháp luật đối với tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp, chỉ ra những bất cập của pháp luật và đưa ra phương hướng hoàn thiện pháp luật về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp... Ngoài ra, những giải pháp hoàn thiện pháp luật là cơ sở quan trọng để các cơ quan chức năng trong phạm vi, thẩm quyền của mình sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện pháp luật trong lĩnh vực tương ứng.

Bên cạnh đó, luận án sẽ là tài liệu tham khảo hữu ích không chỉ với đội ngũ giảng viên, sinh viên mà còn có giá trị đối với các cán bộ đang làm công tác hoạch định chính sách và xây dựng pháp luật về giao dịch bảo đảm ở Việt Nam.

## **8. Kết cấu của luận án**

Ngoài phần mở đầu, kết luận, danh mục tài liệu tham khảo và phụ lục, nội dung của luận án gồm 3 chương:

*Chương 1*: Những vấn đề lý luận về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp.

*Chương 2*: Thực trạng pháp luật hiện hành về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp từ thực tiễn áp dụng.

*Chương 3*: Hoàn thiện pháp luật về tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp.

### **Chương 1**

## **NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ TÀI SẢN THẾ CHẤP VÀ XỬ LÝ TÀI SẢN THẾ CHẤP**

### **1.1. KHÁI NIỆM VÀ BẢN CHẤT CỦA THẾ CHẤP**

#### **1.1.1. Các quan niệm về thế chấp**

"Thế chấp" là một từ có nguồn gốc Hán Việt: "*Thế là bỏ đi, thay cho*" [2, tr.

154], còn "*Chấp là cầm, giữ, bắt*" [2, tr. 394]. Từ điển tiếng Việt giải thích: "*Thế chấp dg [tài sản] dùng làm vật bảo đảm, thay thế cho số tiền vay nếu không có khả năng trả đúng kỳ hạn*" [97]. Xuất phát từ ngữ nghĩa cơ bản của từ thế chấp như trên,

chúng ta có thể hiểu thế chấp là một cách thức mà bên có quyền và bên có nghĩa vụ đã lựa chọn để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ thông qua một tài sản; giá trị của tài sản này có khả năng thay thế cho nghĩa vụ bị vi phạm. Thế chấp là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự đã xuất hiện từ thời La Mã cổ đại. Theo các học giả La Mã, *Luật về Cầm cố và Thế chấp* là luật thứ hai xuất hiện sau *Luật về quyền dụng ích*. Hình thức đầu tiên của cách thức bảo đảm có tên gọi là *Fiducia Cum Creditore* (còn được gọi là bán đợ). Người có nghĩa vụ chuyển giao **quyền sở hữu** đối với một số tài sản của mình cho bên có quyền, khi người có nghĩa vụ thực hiện xong nghĩa vụ thì bên có quyền hoàn trả lại tài sản. Đây là biện pháp bảo đảm chuyển giao vật cùng với chuyển giao quyền sở hữu vật. Xét dưới góc độ lợi ích của bên có nghĩa vụ thì biện pháp này ẩn chứa nhiều rủi ro bởi lẽ khi bên có quyền đã được trao cho quyền sở hữu đối với vật thì có thể sẽ bán tài sản đó cho người thứ ba. Người có nghĩa vụ thậm chí đã hoàn thành nghĩa vụ cũng không thể đòi lại vật (có chăng đó là quyền yêu cầu đòi bồi thường thiệt hại) nếu người có quyền không ngay tình và không muốn trả. Việc hoàn trả lại tài sản bảo đảm cho bên nghĩa vụ hoàn toàn phụ thuộc vào đạo đức của bên có quyền. Sau đó, các cơ quan chấp chính đã công nhận quyền được đòi lại tài sản đó của bên có nghĩa vụ sau khi đã hoàn thành nghĩa vụ hoặc yêu cầu được đền bù nguyên giá trị của tài sản. Đến thời kỳ Justinian (Thời gian cuối của thời Cổ đại được gọi theo tên của Hoàng đế Justinian I của La Mã) loại giao dịch *fiducia* đã chấm dứt và thay vào đó là *pignus* (cầm cố) và *hypotheca* (thế chấp).

Theo *Pignus*, biện pháp bảo đảm không đòi hỏi phải chuyển giao quyền sở hữu nữa mà chỉ cần chuyển giao **quyền chiếm hữu**. So với biện pháp *fiducia* trên, cách thức này đơn giản hơn, bởi vì sau khi được thanh toán đầy đủ thì người có quyền chỉ cần giao trả lại tài sản cho người có nghĩa vụ mà không phải làm thủ tục chuyển giao lại quyền sở hữu. Tuy nhiên, sau một thời gian áp dụng, biện pháp này nảy sinh sự bất tiện cho cả hai bên: Người có quyền chỉ có mỗi quyền chiếm hữu mà không có quyền sử dụng và định đoạt đối với tài sản; người có nghĩa vụ mặc dù có quyền sở hữu đối với tài sản bảo đảm nhưng không thể sử dụng và hay bán chúng vì tài sản đã nằm trong tay người có quyền. Vì những lý do bất tiện trên mà các quan chấp chính cho phép thực hiện một biện pháp bảo đảm mới đó là *hypotheca* (thế chấp) mà **không có chuyển giao quyền sở hữu cũng như quyền chiếm hữu** đối với tài sản bảo đảm từ bên có nghĩa vụ sang bên có quyền. Một hợp đồng văn bản ghi nhận cam kết giữa hai bên là đủ: tài sản bảo đảm được xác định (đặc định hóa) để dự phòng sẽ bị bán chuyển đổi thành tiền để thanh toán cho nghĩa vụ bị vi phạm. Hình thức này là sự kế thừa biện pháp bảo đảm đã xuất hiện từ trước đó của *Hy Lạp* hay *Ai Cập*. Những cam kết dạng này ở *Hy Lạp* và *Ai Cập* cần phải được lập thành văn bản và có công chứng, đăng ký, nhưng ở *La Mã* các quy định hiện tại chưa đưa ra các yêu cầu về những thủ tục này [98, tr. 144].

Quá trình phát triển của biện pháp thế chấp trong luật *La Mã* đã ảnh hưởng và chi phối mạnh mẽ đến sự ra đời, sự thay đổi các quy định pháp luật về thế chấp ở các nước theo hệ thống luật *Civil Law* mà điển hình là các nước Pháp, bang *Quebec* của *Canada*, Đức, Nhật Bản. Chính bởi vậy, trong suốt thế kỷ 19 và gần như cả thế kỷ 20 ở Pháp, thuật ngữ "thế chấp" được dùng để chỉ biện pháp bảo đảm không có yếu tố chuyển giao vật và là biện pháp bảo đảm bằng bất động sản. Điều 2114 *BLDS Pháp* quy định: "*Thế chấp là một quyền tài sản đối với bất động sản được dùng để đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ*". Cùng với quan điểm đó, *BLDS Nhật Bản* cũng quy định: "*Người nhận thế chấp có quyền ưu tiên so với các chủ nợ khác trong việc đáp ứng yêu cầu của mình từ bất động sản mà bên nợ hoặc người thứ ba đưa ra như là một biện pháp bảo đảm trái vụ và không chuyển giao quyền chiếm hữu nó*" (Điều 369). Như vậy, do ảnh hưởng chủ yếu bởi luật *La Mã* cổ đại nên thế chấp theo pháp luật của các nước theo hệ thống pháp luật *Civil Law* được hiểu là biện pháp bảo đảm với những đặc điểm: (i) Đối tượng của thế chấp là bất động sản; (ii) Không có sự chuyển giao quyền chiếm hữu bất động sản thế chấp từ người có nghĩa vụ sang người có quyền. Chính vì vậy, để đảm bảo lợi ích cho bên có quyền cũng như sự an toàn, hiệu quả của giao dịch, pháp luật của các nước trên đều quy định về cơ chế đăng ký công khai quyền của bên nhận thế chấp đối với bất động sản thế chấp.

Đối với những nước theo hệ thống luật Common Law như Anh, Úc, Mỹ, Canada thì thế chấp là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được phát triển theo hai học thuyết cơ bản: thuyết quyền sở hữu và thuyết giữ tài sản thế chấp [98]. Ở những nước theo **thuyết quyền sở hữu**, chủ nợ được nhận quyền sở hữu đối với tài sản trong hợp đồng thế chấp. Tuy nhiên, luật pháp và tòa án ở các nước này đã sửa đổi quyền tài sản của chủ nợ mà theo đó họ chỉ được phép thực hiện quyền này khi người vay không hoàn thành nghĩa vụ. Người nhận thế chấp có quyền sở hữu đối với tài sản trong suốt thời gian thế chấp nhưng chỉ có tính chất tạm thời. Nếu người đi vay không thực hiện nghĩa vụ của mình thì người nhận thế chấp có quyền sở hữu tuyệt đối. "*Thế chấp là sự chuyển giao quyền sở hữu tài sản theo cách thức bảo đảm với một ngụ ý rằng quyền sở hữu sẽ được chuyển giao lại cho con nợ nếu đã thực hiện xong nghĩa vụ thanh toán của mình*" [105]. Trong thực tế, hợp đồng thế chấp ở các quốc gia theo thuyết quyền sở hữu bao gồm các *điều khoản về quyền bán* cho phép chủ nợ, khi người vay không hoàn thành nghĩa vụ, được rút ngắn tiến trình tịch biên bằng cách theo luật thông báo trên các báo công cộng về việc bán để tịch biên sắp tới. Do đó, thuyết quyền sở hữu thường tiết kiệm thời gian và tiền bạc cho chủ nợ nhờ việc bỏ qua một vài thủ tục tịch biên nhất định. Học thuyết quyền sở hữu này cũng tương tự như quan niệm về thế chấp theo hệ thống luật cũ của Úc. Ở Úc có hai hệ thống quyền sở hữu đất đai: theo hệ thống luật cũ (chủ sở hữu phải tự chứng minh quyền sở hữu thông qua lịch sử quá trình sử dụng đất kể từ khi được nhà vua ban cấp) và quyền sở hữu Torrens (loại quyền do pháp luật thừa nhận) và tương ứng là thế chấp được áp dụng theo hệ thống luật cũ và thế chấp theo hệ thống luật Torrens [103]. Thế chấp đất đai theo hệ thống cũ được thực hiện bằng việc chuyển nhượng đất từ người thế chấp (người vay) sang người nhận thế chấp (người cho vay) như là một cách thức bảo đảm cho khoản vay. Sau khi trả hết tiền vay và lãi suất, người nhận thế chấp phải hoàn trả lại đất cho người thế chấp. Quyền nhận lại đất của người thế chấp gọi là *quyền công bằng của người thế chấp*. Với hệ thống Torrens, những người tham gia vào giao dịch đất đai hoàn toàn được bảo đảm. Họ có thể tiếp cận thông tin đầy đủ và chính xác về bất động sản thông qua cơ chế đăng ký. Bên thế chấp vẫn có quyền giữ tài sản thế chấp để khai thác sử dụng trong thời hạn thế chấp cho đến khi có sự vi phạm nghĩa vụ thì mới bị mất quyền sở hữu. Với một bất động sản, người vay có thể vay ở một ngân hàng nhưng nếu bất động sản đó vẫn có giá trị thì họ có thể thế chấp tiếp để vay ở ngân hàng đó hoặc một ngân hàng khác nhờ hệ thống đăng ký giao dịch bảo đảm [94, tr. 116]. Như vậy thế chấp theo hệ thống Torrens là thuộc thuyết giữ tài sản thế chấp mà chúng tôi đề cập tiếp theo đây. Ở các nước theo **thuyết giữ tài sản thế chấp** như Úc và một số bang của Mỹ như Florida, NewYork chủ nợ không được quyền sở hữu đối với vật bảo đảm, mà thay vào đó là quyền lợi được tiến hành tịch biên chính thức để thực hiện bán tài sản trong trường hợp người vay không hoàn thành nghĩa vụ. Trong hầu hết các trường hợp trên thực tế, người thế chấp có quyền chiếm giữ tài sản thế chấp bởi vì người nhận thế chấp chỉ quan tâm đến việc chiếm hữu khi người thế chấp không thực hiện nghĩa vụ [106]. Các hoạt động tịch biên có thể mất hàng tháng vì luật pháp ở các nước này cho người vay thêm thời gian để trả nợ quá hạn. Hầu hết các bang của Mỹ đều theo thuyết giữ tài sản thế chấp. Người thế chấp vẫn có quyền sở hữu đối với tài sản dùng để thế chấp và, kể cả trong trường hợp vắng mặt các điều khoản trong văn tự thế chấp, vẫn được quyền chiếm hữu tài sản đó trong thời hạn thế chấp. Ở thành phố NewYork và bang Florida của Mỹ, các lý luận về thế chấp tài sản chỉ phối quyền và nghĩa vụ của các bên đều dựa trên học thuyết nền tảng về quyền chiếm giữ vật thế chấp. Và đây là xu hướng phát triển chiếm ưu thế hiện nay của các nước theo hệ thống luật Common Law [106].

Như vậy, cả hai hệ thống pháp luật chủ yếu là Civil Law và Common Law đều có những quan niệm chung về thế chấp ở những điểm sau đây: (i) Đối tượng của thế chấp là bất động sản (đối với các nước Common Law thì còn ghi nhận cả động sản cũng là đối tượng của thế chấp); (ii) Sự phát triển của biện pháp thế chấp theo hướng chuyển từ hình thức thế chấp có chuyển quyền sở hữu tài sản thế chấp sang hình thức thế chấp không có sự chuyển giao quyền sở hữu cũng như quyền chiếm hữu đối với tài sản thế chấp. Văn tự thế chấp hay hợp đồng thế chấp có đăng ký là phương thức bảo vệ quyền của chủ nợ hiệu quả hơn cả. Trên cơ sở chứng cứ



chứng minh quyền đối với tài sản thế chấp, bên nhận thế chấp sẽ tiến hành quá trình tịch biên đối với bất động sản thế chấp để xử lý nợ.

### 1.1.2. Bản chất của thế chấp

Hiện tại trong giới luật học có nhiều cách tiếp cận khác nhau khi tìm hiểu về bản chất của thế chấp. Có chủ thể tiếp cận thế chấp dưới góc độ là một giao dịch dân sự: "*Bản chất của quan hệ thế chấp tài sản để đảm bảo thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng là quan hệ hợp đồng...*" [47, tr. 47]. Theo chúng tôi, cách tiếp cận này đã làm rõ được mối quan hệ giữa bên thế chấp với bên nhận thế chấp về việc: bên thế chấp dùng tài sản của mình để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận thế chấp. Theo đó, bên nhận thế chấp có quyền kiểm tra việc khai thác, sử dụng tài sản thế chấp của bên thế chấp để tránh trường hợp tài sản đó bị tiêu hủy, giám sát giá trị, có quyền yêu cầu giao tài sản thế chấp để xử lý khi có sự vi phạm. Tuy nhiên, các quyền trên của bên nhận thế chấp đối với tài sản thế chấp mang tính "*gián tiếp*" thông qua hành vi thực hiện nghĩa vụ của bên thế chấp theo hợp đồng đã ký kết mà không có quyền trực tiếp trên tài sản thế chấp. Nếu bên thế chấp vi phạm nghĩa vụ đã cam kết thì bên nhận thế chấp chỉ có thể khởi kiện ra Tòa án để yêu cầu bên thế chấp thực hiện đúng, đầy đủ nghĩa vụ. Như vậy, tính chất "*bảo đảm*" của thế chấp sẽ có nguy cơ trở thành "*không có bảo đảm*" vì phải phụ thuộc vào ý chí của bên thế chấp (hoặc phải thông qua các thủ tục tố tụng tại Tòa án). Trường hợp tài sản thế chấp còn là đối tượng của nhiều quan hệ khác nữa như quan hệ cầm cố, bảo lãnh, cầm giữ, cho thuê, mua bán trả góp... thì hợp đồng thế chấp đã ký kết không đủ căn cứ để bên nhận thế chấp có quyền đối kháng (quyền ưu tiên lấy trước từ số tiền xử lý tài sản thế chấp) trước các chủ thể khác, vì hợp đồng thế chấp chỉ có hiệu lực ràng buộc giữa bên thế chấp với bên nhận thế chấp mà thôi. Như vậy, biện pháp thế chấp sẽ không hoàn thành được chức năng bảo đảm quyền cho bên nhận thế chấp nếu chúng ta đi theo cách tiếp cận trên.

Có chủ thể lại tiếp cận thế chấp dưới góc độ là một loại vật quyền bảo đảm: "*Thế chấp là một biện pháp bảo đảm mang tính chất đối vật, được pháp luật ghi nhận và bảo đảm thực hiện đối với các bên trong quan hệ thế chấp*" [58, tr. 17-19]. Tính chất vật quyền cho phép bên nhận thế chấp có quyền tác động trực tiếp đến tài sản thế chấp mà không phụ thuộc vào ý chí của bất kỳ chủ thể nào. Cụ thể, bên nhận thế chấp có quyền truy đòi tài sản thế chấp từ sự chiếm giữ của bất kỳ ai (trừ trường hợp pháp luật có quy định khác) để xử lý và có quyền ưu tiên thanh toán trước từ số tiền thu được khi xử lý tài sản thế chấp. Tuy nhiên, cách tiếp cận này đã không giải quyết được vấn đề có tính lôgic, đó là: dựa trên căn cứ nào để bên nhận thế chấp có quyền trên tài sản thế chấp (bởi tài sản vốn dĩ không thuộc quyền sở hữu của bên nhận thế chấp), việc xử lý tài sản thế chấp có phải hoàn toàn theo ý chí của bên nhận thế chấp hay không? Đây lại là những nội dung cơ bản của quan hệ thế chấp mà chúng ta không tìm thấy trong cách tiếp cận trên.

Trên cơ sở phân tích những ưu, khuyết của các cách tiếp cận trên, chúng tôi cho rằng thế chấp cần được tiếp cận dưới góc độ của một biện pháp bảo đảm và có nội hàm bao quát cả hai cách tiếp cận nêu trên, đó là biện pháp thế chấp vừa có yếu tố vật quyền và yếu tố trái quyền. Chúng tôi đồng ý với quan điểm của tác giả của cuốn "*Mortgages in transition economies, The legal framework for mortgages and mortgage securities*" (EBRD) khi cho rằng biện pháp thế chấp được tạo ra trên ba bước cơ bản như [101]: "*Bằng chứng để chứng minh bên thế chấp có quyền sở hữu (hoặc sẽ sở hữu) đối với tài sản thế chấp; Cam kết giữa bên thế chấp và bên nhận thế chấp về việc thế chấp; Việc công bố quyền của bên nhận thế chấp thông qua việc đăng ký*". Như vậy, trên cơ sở hợp đồng thế chấp được xác lập (là quan hệ có tính trái quyền), bên nhận thế chấp tiến hành hoàn thiện quyền của mình trên tài sản thế chấp để có quyền truy đòi và quyền ưu tiên thanh toán (là quan hệ có tính vật quyền). Như vậy, thế chấp là một biện pháp chứa đựng cả yếu tố trái quyền và cả yếu tố vật quyền, chúng tương hỗ cho nhau để thực hiện tốt nhất chức năng bảo đảm của mình mà không có sự đối lập với nhau.

Tính chất trái quyền của biện pháp thế chấp được thể hiện thông qua hợp đồng thế chấp được xác lập và đó phải là một hợp đồng hợp pháp. Nguyên tắc tự do thỏa thuận, tự do định đoạt trong quan hệ thế chấp cần được tuyệt đối tuân thủ khi

các bên lựa chọn tài sản thế chấp, xác định quyền và nghĩa vụ, thống nhất biện pháp xử lý tài sản thế chấp. Hợp đồng thế chấp còn có mối quan hệ phụ thuộc về hiệu lực đối với hợp đồng làm phát sinh nghĩa vụ cần được bảo đảm thực hiện.

Tính chất vật quyền của biện pháp thế chấp được thể hiện thông qua các quyền trực tiếp của bên nhận thế chấp đối với tài sản thế chấp. Vật quyền được định nghĩa là các quyền "*trực tiếp kiểm soát và /hoặc định đoạt một vật*" để cho một người sử dụng và hưởng lợi riêng [1]. Theo pháp luật dân sự của Nhật Bản và Pháp thì vật quyền bảo đảm được phân thành hai loại: vật quyền bảo đảm pháp định và vật quyền bảo đảm ước định [51]. Vật quyền bảo đảm pháp định được hiểu là những vật quyền bảo đảm đương nhiên phát sinh dựa trên quy định của pháp luật như quyền ưu tiên lấy trước của cơ quan thuế đối với khoản tiền thuế còn thiếu của doanh nghiệp, của người lao động đối với tiền lương còn thiếu từ người sử dụng lao động. Vật quyền bảo đảm ước định được hiểu là những vật quyền bảo đảm phát sinh dựa trên cơ sở hợp đồng như hợp đồng cầm cố hoặc thế chấp tài sản. Mối quan hệ về hiệu lực giữa hai loại vật quyền này được thể hiện như sau: vật quyền bảo đảm pháp định có hiệu lực không phụ thuộc vào việc đăng ký trong khi vật quyền bảo đảm ước định thì phải đăng ký mới có hiệu lực (theo pháp luật của Đức và Nga); quyền ưu tiên của bên có quyền trong vật quyền bảo đảm pháp định luôn có thứ tự ưu tiên cao hơn so với bên có quyền trong vật quyền bảo đảm ước định. Tuy nhiên, trong xu thế phát triển của nền kinh tế theo hướng minh bạch hóa tình trạng pháp lý của tài sản, đăng ký công khai phải được coi là căn cứ để xác định quyền ưu tiên giữa các chủ thể cùng có lợi ích liên quan đến tài sản thế chấp. Tính chất vật quyền của biện pháp thế chấp được đề cập trong luận án này là thuộc loại vật quyền ước định. Theo cách phân loại truyền thống của pháp luật các nước theo hệ thống luật Civil Law (như Pháp, Nhật Bản) thì các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự được phân thành hai loại: các biện pháp bảo đảm đối vật và các biện pháp bảo đảm đối nhân. Các biện pháp bảo đảm đối vật cơ bản gồm có cầm cố và thế chấp ; bảo lãnh thuộc về bảo đảm đối nhân. Biện pháp bảo đảm đối vật có những đặc điểm sau đây:

Vật quyền bảo đảm phải được pháp luật quy định. Đây là tư tưởng bao trùm của luật tài sản ở các nước thuộc hệ pháp luật La Mã - Đức. Theo BLDS Nhật Bản: "*Không có vật quyền nào có thể được tạo lập khác hơn các vật quyền được quy định tại Bộ luật này hoặc các luật khác*" (Điều 175). Các loại vật quyền và nội dung của vật quyền phải được quy định trong luật. Nếu các bên ký kết hợp đồng thế chấp nhằm hình thành một vật quyền bảo đảm nhưng lại chưa được luật ghi nhận đó là một loại vật quyền thì vật quyền này cũng không hình thành; giữa các bên trong hợp đồng thế chấp sẽ chỉ tồn tại quan hệ mang tính trái quyền [43].

Vật quyền bảo đảm phải được công khai để người thứ ba nhận biết về sự tồn tại và sự dịch chuyển vật quyền: chủ thể nào và có quyền gì đối với vật. Trên cùng một vật có thể tồn tại đồng thời nhiều quyền lợi của nhiều chủ thể, vậy chủ thể nào có thực quyền chi phối đối với vật và có quyền ưu tiên cao nhất thì phải có cơ chế công khai để mọi người nhận biết.

Hiệu lực công tín (niềm tin có căn cứ phải được pháp luật bảo hộ) cũng là một đặc điểm riêng có của vật quyền thế chấp. Điều này được giải thích như sau: "*người nào đã tin sự thể hiện bề ngoài hoặc biểu trưng gì đó làm cho họ suy đoán rằng có sự tồn tại của vật quyền, cho dù sự thể hiện bề ngoài hoặc biểu trưng đó không có quyền thực sự kèm theo thì phải bảo vệ sự tin cậy ấy*" [43]. Nếu một người căn cứ vào giấy tờ đăng ký sở hữu tài sản để tin rằng người được ghi tên là chủ sở hữu đích thực của tài sản mà chấp nhận làm tài sản thế chấp thì pháp luật phải bảo vệ niềm tin ấy ngay cả khi sau này có kết luận việc ghi tên đó là sai. Điều

này rất có ý nghĩa đối với sự an toàn và nhanh chóng của các giao dịch nhưng cũng dẫn đến khả năng làm mất quyền sở hữu của chủ sở hữu đích thực của tài sản. Một vấn đề cần phải xem xét đến: có những trường hợp có sự mâu thuẫn giữa **sự thật** và **an toàn giao dịch** [55]. Theo quan điểm truyền thống, một người không được vượt quá phạm vi quyền mà nhà nước giao cho, các quy định của pháp luật đều đi theo triết lý tôn trọng sự thật, đó là bảo vệ lợi ích của chủ sở hữu đích thực đối với tài sản. Tuy nhiên, theo quan điểm hiện đại của nền kinh tế thị trường là thừa nhận