

# CƠ SỞ LÝ THUYẾT CỦA BẢO LÃNH VÀ LIÊN HỆ VỚI QUY ĐỊNH VỀ BẢO LÃNH TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

NGUYỄN HẢI NGÂN\*

*“Bảo lãnh” là biện pháp bảo đảm được quy định trong pháp luật dân sự Việt Nam. Bảo lãnh là việc người thứ 3 cam kết với bên có quyền sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ, khi đến thời hạn mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Về cơ bản, Bộ luật dân sự năm 2015 đã có những sửa đổi, bổ sung khắc phục một số hạn chế, bất cập trong các quy định về bảo lãnh từ Bộ luật dân sự năm 2005. Tuy vậy, vẫn có những quy định chưa thật rõ ràng dẫn đến những cách hiểu không thống nhất. Do đó, việc nghiên cứu các vấn đề lý luận nhằm làm rõ các quy định của pháp luật dân sự hiện hành về bảo lãnh là đòi hỏi tất yếu.*

*Từ khóa: Biện pháp bảo lãnh, bảo lãnh, Bộ luật dân sự năm 2015.*

**“Guarantee” is a security measure stipulated in Vietnamese civil law. It is a third party’s commitment to a party with the right to perform the obligation on behalf of the obligor in case the guaranteed party fails to perform or improperly perform that obligation when the time comes. Basically, the Civil Code in 2015 has amended and supplemented regulations that overcome some limitations and shortcomings on guarantee provisions in the Civil Code in 2005. However, there are still some regulations are not very clear that lead to inconsistencies. Therefore, the study of theoretical issues to clarify current civil law provisions on guarantee is indispensable.**

**Keywords: Guarantee measures, guarantee, the Civil Code in 2015.**

## 1. Cơ sở lý thuyết của bảo lãnh.

“Bảo lãnh” là một từ có nguồn gốc Hán Việt: “Bảo là gánh vác lấy trách nhiệm”. Theo từ điển Tiếng Việt giải thích, “bảo lãnh được hiểu là bảo đảm người khác thực hiện một nghĩa vụ và chịu trách nhiệm nếu người đó không thực hiện”<sup>1</sup>. Xuất phát từ những ngữ nghĩa cơ bản trên, chúng ta có thể hiểu bảo lãnh là một cách thức mà các chủ thể lựa chọn để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thông qua cam kết của bên bảo lãnh, cam kết này buộc bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ và chịu trách

nhiệm trước bên nhận bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ.

Trong xã hội phong kiến người ta đã biết đến khái niệm bảo lãnh cho tù nhân trong thời gian thi hành án, cha mẹ bảo lãnh cho con. Sau đó bảo lãnh được phát triển sang lĩnh vực dân sự và nhiều lĩnh vực khác của đời sống xã hội<sup>2</sup>. Nhu cầu bảo lãnh được hình thành chính từ sự phát triển kinh tế, đặc biệt là thương mại và tín

<sup>1</sup> Nguyễn Như Ý (1999), Từ điển Tiếng Việt, NXB Văn hóa – Thông tin, Hà Nội.

\* Thạc sĩ, Khoa Luật và Quản lý xã hội - Đại học Khoa học

<sup>2</sup> Khái niệm về “Bảo lãnh và bảo lãnh ngân hàng”: voer.edu.vn

dụng. Khi thương mại và dịch vụ phát triển, sự thiếu hụt thông tin và thiếu tín nhiệm đối với đối tác dẫn tới tăng nguy cơ rủi ro trong xác lập và thực hiện giao dịch. Nhu cầu bảo lãnh nảy sinh, đòi hỏi một người thứ ba đứng ra làm trung gian đảm bảo để các bên yên tâm trong xác lập, thực hiện giao dịch.

Quy luật về sự ra đời của biện pháp bảo lãnh, mối quan hệ pháp lý của các bên trong quan hệ bảo lãnh, thi hành và chấm dứt bảo lãnh... có sự tác động của hệ thống các lý thuyết về nghĩa vụ. Trong đó phải kể đến lý thuyết tự do ý chí, lý thuyết nguyên nhân, lý thuyết Khế ước, lý thuyết trái quyền bảo đảm.

Khi nghiên cứu các lý thuyết về nghĩa vụ trong đó có sự phát sinh, thực hiện và hiệu lực của nghĩa vụ thì **Thuyết nguyên nhân** được nhiều học giả nghiên cứu. Lý thuyết này được khởi lập bởi giáo hội pháp “Các giáo sĩ phản đối tính cách nệ thức của Luật La mã”. Theo giáo hội, một khi đã cam kết, “ta phải có bốn phận thi hành nghĩa vụ. Bốn phận này thuộc cả về luân lý và lương tâm”. Thuyết nguyên nhân được Donat phát triển trong cuốn Dân luật “Lois civils”. Donat bàn về nghĩa vụ với 2 câu hỏi chính: “1. Người kết ước đã cam kết điều gì? – Quid debetur”. 2. Tại sao người ấy cam kết như vậy? – Cur debetur.” Trả lời được các câu hỏi này sẽ tìm được đối tượng và nguyên nhân của nghĩa vụ. Donat quan niệm đối với mỗi loại khế ước lại có một nguyên nhân và chủ trương tìm nguyên nhân của nghĩa vụ căn cứ vào dữ liệu khách quan được cấu tạo lên khế ước.

Thuyết nguyên nhân do Donat phát triển từ La Mã không giải thích được nguồn gốc, quyền và nghĩa vụ của các bên

trong quan hệ nghĩa vụ. Những nhầm lẫn giữa nguyên nhân của nghĩa vụ với đối tượng của nghĩa vụ. Đối với Donat trong khế ước đơn phương, nghĩa vụ của một bên là nguyên nhân sự cam kết của bên kia. Nhưng trong song phương khế ước các nghĩa vụ tương đối của hai bên phát sinh đồng thời. Vì vậy, một trong 2 nghĩa vụ không thể là nguyên nhân cho nghĩa vụ tương đối của đối phương, vì nói tới nguyên nhân là nói đến hậu quả, không thể coi nguyên nhân và hậu quả phát sinh cùng một lúc. Theo Giáo sư Vũ Văn Mẫu, “ý niệm nguyên nhân trong nghĩa vụ của Donat chỉ là ý niệm lỗi thời, sai lạc và vô ích<sup>3</sup>”.

Lý thuyết nguyên nhân được phát triển mạnh mẽ qua các giai đoạn khác nhau, trở thành chủ đề sôi nổi được các học giả quan tâm. Khi đánh giá về bản chất, nguồn gốc của nghĩa vụ, để có sự nhầm lẫn giữa nguyên nhân với đối tượng của nghĩa vụ, nhưng tinh thần cốt lõi của thuyết nguyên nhân là sự cam kết thực hiện nghĩa vụ, một khi các bên thỏa thuận thì sẽ làm phát sinh trách nhiệm phải thực hiện nghĩa vụ thì vẫn được ghi nhận giá trị.

Nghĩa vụ bảo lãnh hình thành từ thỏa thuận của các bên tham gia xác lập và thực hiện giao dịch. Bảo lãnh là việc người thứ ba cam kết với bên có quyền sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ, nếu khi đến hạn mà người được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Từ góc nhìn là sự thỏa thuận thống nhất ý chí của các bên thì bảo lãnh là giao dịch mà bên bảo lãnh cam kết

<sup>3</sup> Vũ Văn Mẫu, Việt Nam dân luật lược khảo, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, 1868, tr. 215.

với bên nhận bảo lãnh về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh trong trường hợp bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ.

Sự cam kết này đã thiết lập nghĩa vụ bảo lãnh. Trong đó, cam kết được thỏa thuận giữa các bên là sự ràng buộc pháp lý. Theo đó, nếu bên bảo lãnh không thực hiện đúng nghĩa vụ bảo lãnh khi nghĩa vụ này đến hạn thì bên nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ. Bên bảo lãnh đã cam kết thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh thì sẽ làm phát sinh trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ đến cùng.

Bảo lãnh là biện pháp đảm bảo thực hiện nghĩa vụ mang tính dự phòng giữa các bên tham gia xác lập thực hiện giao dịch. Nghĩa vụ bảo lãnh do ý chí tự nguyện thỏa thuận của các chủ thể, hiệu lực của nghĩa vụ bảo lãnh cũng được xác định trên nguyên tắc tự do ý chí. Nguyên tắc này được hình thành từ thời La Mã. Thế kỷ thứ 18 ở Châu Âu, với ảnh hưởng *lý thuyết tự do* ý chí, ý chí của cá nhân được coi là căn bản thiết yếu của nghĩa vụ, phải được tôn trọng triệt để. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, ý chí tự do của các chủ thể phải không được trái pháp luật và trái đạo đức xã hội. Nghĩa vụ bảo lãnh là mối liên hệ pháp lý buộc người bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ trước người nhận bảo lãnh nên bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Sự ưng thuận của các bên chủ thể là nguồn gốc của nghĩa vụ bảo lãnh. Có thể giải thích nghĩa vụ này bằng lý thuyết *Khế ước - Le contrat*. Khế ước – hợp đồng là những thỏa thuận được pháp luật bảo hộ thông qua các hình thức thực hiện, những thỏa thuận được coi là khế ước được pháp

luật ghi nhận<sup>4</sup>. Sự giao kết hợp đồng bảo lãnh xuất phát từ sự ưng thuận của bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh về việc bên bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh nếu chủ thể này không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Chính sự thiết lập hợp đồng bảo lãnh đã làm phát sinh nghĩa vụ bảo lãnh.

Lý thuyết *trái quyền*, trái quyền còn gọi là quyền đối nhân, là quyền cho phép một người gọi là trái chủ đòi hỏi một người khác – gọi là người thụ trái, thực hiện hoặc không thực hiện một việc. Quan hệ trái hình thành, nhất thiết phải có sự hợp tác của cả trái chủ và thụ trái, chứ một mình trái chủ thực hiện thì không **đạt hiệu quả**. Trong đó, người có trái quyền yêu cầu thực hiện nghĩa vụ; người thụ trái thực hiện và người có trái quyền tiếp nhận việc thực hiện. Theo Bộ luật dân sự Pháp, các biện pháp bảo đảm được thiết kế theo nguyên lý vật quyền và trái quyền. Chia thành: vật quyền bảo đảm và trái quyền bảo đảm. Trái quyền bảo đảm là bảo đảm theo đó một trái quyền được tăng cường bởi trái quyền khác. Tiêu biểu là biện pháp bảo lãnh.

Bảo lãnh là biện pháp bảo đảm đối nhân, hình thành trên cơ sở sự thỏa thuận giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh thể hiện dưới hình thức hợp đồng bảo lãnh. Nói cách khác, chính hợp đồng bảo lãnh là căn cứ làm phát sinh nghĩa vụ bảo lãnh. Quyền của bên nhận bảo lãnh được thỏa mãn hay không phụ thuộc vào việc thực hiện hành vi của bên bảo lãnh nếu bên được bảo lãnh không thực hiện được nghĩa vụ.

<sup>4</sup> Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật La mã, Nxb Tư pháp.

Pháp luật về bảo lãnh của các nước theo hệ thống luật Civil Law và Common Law đều có quan niệm chung về bảo lãnh là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ có tính đối nhân, hình thành từ sự thỏa thuận của các bên chủ thể tham gia quan hệ bảo lãnh làm phát sinh các quyền và nghĩa vụ của các chủ thể trong quan hệ nghĩa vụ bảo lãnh, quyền của bên nhận bảo lãnh chỉ được thỏa mãn thông qua việc thực hiện cam kết của bên bảo lãnh nếu đến hạn mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Điều 2011 Bộ luật dân sự Pháp quy định: “Người nhận bảo lãnh một nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ đó đối với người có quyền nếu chính người có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ”. Cùng quan điểm, Bộ luật dân sự Đức quy định: “Bằng một hợp đồng bảo lãnh, bên bảo lãnh cam kết với chủ nợ của bên thứ ba trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ của bên thứ ba đó” (Điều 756). Theo pháp luật về bảo lãnh của Singapore thì “Bảo lãnh là một cam kết được đưa ra bởi người thứ nhất (bảo lãnh) cho người thứ hai (chủ nợ) đối với nghĩa vụ thanh toán của người thứ ba (con nợ chính) đối với người thứ hai. Về bản chất, một bảo đảm là nơi A hứa B: ‘Nếu C chịu trách nhiệm với bạn và không trả tiền cho bạn, tôi sẽ trả cho bạn’ (Chương 23, Luật Bảo lãnh). Như vậy, bảo lãnh theo pháp luật của các nước dù theo hệ thống pháp luật Common Law hay Civil Law đều có những đặc điểm chung: (i) Bảo lãnh là cam kết thực hiện nghĩa vụ cho một chủ thể khác; (ii) Bảo lãnh là biện pháp bảo đảm đối nhân nhằm đảm bảo cho quan hệ trái quyền.

### 2. Bản chất của bảo lãnh

Trong giới luật học có nhiều cách tiếp cận về bảo lãnh. Có những chủ thể tiếp cận

bảo lãnh dưới góc độ là giao dịch dân sự. *Bảo lãnh là một hợp đồng – một quan hệ pháp luật hình thành do sự gặp gỡ ý chí giữa người bảo lãnh và người nhận bảo lãnh. Đó thực sự là một hợp đồng chứ không phải giao dịch dân sự một bên*<sup>5</sup>. Cách tiếp cận này đã làm rõ được mối quan hệ giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh về việc bên bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh nếu đến hạn mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Các bên cũng có thể thỏa thuận về việc sử dụng tài sản để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Theo đó, bên nhận bảo lãnh phát sinh quyền yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ khi các điều kiện gọi bảo lãnh phát sinh. Quyền của bên nhận bảo lãnh mang tính gián tiếp, và quyền này chỉ được thỏa mãn thông qua việc thực hiện hành vi của bên bảo lãnh. Nếu bên bảo lãnh vi phạm nghĩa vụ đã cam kết thì bên nhận bảo lãnh có quyền khởi kiện ra tòa yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ. Rõ ràng, tính chất bảo đảm của bảo lãnh là “không có bảo đảm” vì phụ thuộc vào ý chí và hành vi của bên bảo lãnh. Vì không có tính bảo đảm nên bên nhận bảo lãnh ở vị trí kém ưu tiên thanh toán hơn so với các chủ thể có bảo đảm khác như bên nhận cầm cố, cho thuê, cho mượn tài sản... Bản thân hợp đồng bảo lãnh chỉ có giá trị ràng buộc đối với các bên trong quan hệ bảo lãnh. Có quan điểm cho rằng, hợp đồng bảo lãnh là căn cứ làm phát sinh nghĩa vụ bảo lãnh, nghĩa vụ này có tính đối nhân. Quyền đối nhân trong nghĩa vụ bảo lãnh có tính đối kháng với người thứ ba. Khi một nghĩa vụ được thiết lập giữa bên bảo

<sup>5</sup> Nguyễn Ngọc Điện, Bình luận khoa học về đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trong luật dân sự Việt Nam, Nxb trẻ, 2001, tr.20.

lãnh và bên nhận bảo lãnh, nghĩa vụ bảo lãnh được tất cả mọi người thừa nhận. Việc nghĩa vụ ấy vẫn có hiệu lực đối kháng với người thứ ba. Còn nghĩa vụ ấy chưa thể phát sinh hiệu lực đối với họ là là câu chuyện khác<sup>6</sup>.

Các chủ thể tiếp cận bảo lãnh dưới góc độ này, xác định bảo lãnh là biện pháp bảo đảm có tính chất trái quyền. *“Bảo lãnh là một biện pháp bảo đảm nghĩa vụ được Bộ luật Dân sự Việt Nam quy định, bản chất của nó là biện pháp bảo đảm đối nhân”*<sup>7</sup>. Bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ là mối quan hệ pháp lý được thiết lập giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Tính chất đối nhân của quan hệ bảo lãnh nghĩa vụ được ghi nhận. Bảo lãnh không thiết lập quan hệ liên đới giữa người bảo lãnh và người được bảo lãnh.

Bên cạnh đó, có chủ thể tiếp cận bảo lãnh dưới góc độ là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Các bên chủ thể coi bảo lãnh là biện pháp hỗ trợ mang tính chất dự phòng khi người có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ nghĩa vụ. *“Bảo đảm nghĩa vụ dân sự chỉ là một biện pháp gắn liền với một hợp đồng, là một bộ phận, một điều kiện, điều khoản của hợp đồng chính”*<sup>8</sup>. Theo tác giả, do pháp luật dân sự xác định đó là những hợp đồng, nên nảy sinh những hệ quả bất hợp lý. Tổ chức công chứng đã không công chứng cho một người tham gia giao dịch thể chấp đồng thời ký với hai tư cách vì mâu thuẫn với quy định về

đại diện. Theo quy định bộ luật dân sự thì “Người đại diện không được xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự với chính mình hoặc với người thứ ba mà mình cũng là người đại diện của người đó”. Với cách tiếp cận này, bảo lãnh chỉ có thể coi là biện pháp bảo đảm mà không thể xác định đó là một hợp đồng bảo đảm – hợp đồng bảo lãnh. Cách tiếp cận này không giải quyết được tính logic trong quan hệ bảo lãnh. Cụ thể: mối quan hệ pháp lý giữa các chủ thể trong quan hệ bảo lãnh không được làm rõ; quyền của bên nhận bảo lãnh đối với bên bảo lãnh phát sinh như thế nào, việc thực thi quyền này, sự phụ thuộc giữa nghĩa vụ bảo lãnh với nghĩa vụ được bảo lãnh sẽ được giải quyết ra sao...

Thông qua việc phân tích các cách tiếp cận về bảo lãnh, nhận thấy bảo lãnh cần tiếp cận dưới góc độ là một biện pháp bảo đảm có tính chất trái quyền, trên cơ sở hợp đồng bảo lãnh được xác lập và đó phải là hợp đồng hợp pháp, hình thành trên nguyên tắc tự nguyện, tự thỏa thuận, trong đó xác định các quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia hợp đồng bảo lãnh. Hợp đồng bảo lãnh có mối quan hệ phụ thuộc đối với hợp đồng làm phát sinh nghĩa vụ cần được đảm bảo thực hiện. Chúng tôi đồng ý với quan điểm của tác giả John Phillips and James O'Donovan and Wayne Courtney trong cuốn *“Hợp đồng bảo lãnh hiện đại – The Modern Contract of Guarantee”*. Các tác giả trên cho rằng, bảo lãnh được hình thành từ các yếu tố: *“sự cam kết của bên bảo lãnh; việc bảo lãnh được thể hiện dưới hình thức hợp đồng bảo lãnh”*<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Vũ Văn Mẫu, Việt Nam dân luật lược khảo, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, 1868, tr. 22.

<sup>7</sup> Phạm Văn Đàm, Bảo lãnh nhìn từ góc độ trái quyền, Tạp chí dân chủ pháp luật điện tử, số 8/2015.

<sup>8</sup> LS. Trương Thanh Đức, Biện pháp bảo đảm không thể là hợp đồng bảo đảm, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử.

<sup>9</sup> John Phillips, James O'Donovan and Wayne Courtney (2003), “Hợp đồng bảo lãnh hiện đại - The Modern Contract of Guarantee”, xuất bản 2003 và tái bản lần thứ 3 tại Australian 2016.

trong đó người bảo lãnh đồng ý nhận trách nhiệm hoặc thanh toán khoản nợ nếu con nợ không trả được khoản vay của họ. Một sự đảm bảo có lợi cho cả người cho vay và con nợ. Lợi ích của người cho vay là khoản vay của họ được đảm bảo, người bảo lãnh chắc chắn rằng tiền sẽ được trả lại. Lợi ích cho con nợ là họ đủ điều kiện cho một khoản vay mà họ có thể không có khả năng nhận được nếu không có sự bảo đảm của người bảo lãnh.

Theo cách phân loại truyền thống của các nước theo hệ thống pháp luật Civil law, các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được phân thành 2 loại: các biện pháp bảo đảm đối vật và bảo đảm đối nhân. Bảo đối vật gồm các biện pháp cầm cố, thế chấp; bảo lãnh thuộc về bảo đảm đối nhân. Bảo lãnh được hình thành từ hợp đồng bảo lãnh, nói cách khác chính hợp đồng bảo lãnh là căn cứ làm phát sinh nghĩa vụ bảo lãnh. Nghĩa vụ bảo lãnh có các đặc điểm sau:

(i) Là mối quan hệ pháp lý ràng buộc giữa người bảo lãnh và người nhận bảo lãnh. Quan hệ nghĩa vụ bảo lãnh được pháp luật ghi nhận và các bên được bảo vệ quyền và nghĩa vụ. Nếu bên bảo lãnh không thực hiện nghĩa vụ thì bên còn lại có thể can thiệp hoặc yêu cầu pháp luật can thiệp.

(ii) Nghĩa vụ bảo lãnh có tính đối nhân. Người nhận bảo lãnh không có quyền trực tiếp đối với một sự vật nào và chỉ có quyền đối với người bảo lãnh mà thôi. Quyền của bên nhận bảo lãnh thuộc loại quyền tương đối mà không phải quyền đối vật.

(iii) Vì không phải là một loại quyền đối vật nên người nhận bảo lãnh chỉ có quyền bao quát đối với tài sản của bên bảo lãnh. Bên bảo lãnh vẫn tùy ý sử dụng tài

sản của mình. Nếu tài sản có bị mất thì quyền của người nhận bảo lãnh không được đảm bảo. Vì lẽ đó, người nhận bảo lãnh thường tìm cách bảo đảm quyền lợi của mình bằng cách yêu cầu các vật phụ thuộc - Droits reels accessoires. Theo đó, người nhận bảo lãnh có các quyền ưu tiên thanh toán, quyền xử lý tài sản khi bên bảo lãnh cầm cố, thế chấp tài sản để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

(iv) Nghĩa vụ bảo lãnh có thể là yếu tố tích cực hay hạn chế tùy theo góc độ.

Trong quyền đối nhân, thì bên nhận bảo lãnh có thể coi là chủ thể tích cực, là người có quyền yêu cầu bên bảo lãnh thi hành nghĩa vụ khi mà bên được bảo lãnh không thi hành hoặc thi hành không đúng, không đầy đủ nghĩa vụ. Đứng về phía người nhận bảo lãnh thì nghĩa vụ bảo lãnh mang lại thế chủ động. Về phía bên bảo lãnh thì nghĩa vụ bảo lãnh mang tính hạn chế hơn. Tuy nhiên, do hình thành từ sự tự nguyện cam kết và thỏa thuận của nên bên bảo lãnh chấp nhận sự thiệt thòi đó.

Trên cơ sở những phân tích trên, nhận thấy bảo lãnh là một biện pháp bảo đảm có tính chất trái quyền nhằm đảm bảo cho quyền và nghĩa vụ của các chủ thể. Và hợp đồng bảo lãnh – mang tính chất trái quyền là căn cứ pháp lý để tạo lập quyền của bên nhận bảo lãnh đối với bên bảo lãnh và tài sản dùng làm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh (nếu các bên có thỏa thuận).

### 3. Khái niệm bảo lãnh theo quy định của Bộ luật dân sự năm 2015

Bảo lãnh được quy định tại Điều 335 Bộ luật dân sự năm 2015, “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”.*

Bộ luật dân sự năm 2015 tiếp cận bảo lãnh dưới dạng một giao dịch dân sự trên nền tảng lý thuyết trái quyền bảo đảm. Quy định về bảo lãnh được đặt trong quy định về nghĩa vụ và hợp đồng. Về cơ bản, các quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ bảo lãnh theo pháp luật dân sự Việt Nam và pháp luật dân sự Pháp, Nhật Bản có những nét tương đồng như: bảo lãnh là thỏa thuận được thiết lập giữa bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh; bên bảo lãnh phải chịu trách nhiệm trước bên nhận bảo lãnh về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh nếu bên này không thực hiện được nghĩa vụ. Tuy nhiên, quy định của pháp luật Việt Nam cũng có những điểm khác biệt. *Thứ nhất*, theo luật dân sự Việt Nam các bên có thể thỏa thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh trong trường hợp bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Bên nhận bảo lãnh có thể yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ mà không cần phải chứng minh việc bên có nghĩa vụ không có khả năng thực hiện nghĩa vụ vì lý do nào. Trong khi đó, pháp luật Pháp cho phép khi bên nhận bảo lãnh yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ, bên bảo lãnh có quyền yêu cầu bên nhận bảo lãnh phải tiến hành yêu cầu và bán tài sản của bên được bảo lãnh trước, nếu bên này trong tình trạng không còn tài sản thì bên bảo lãnh mới thực hiện nghĩa vụ. *Thứ hai*, luật Việt Nam ghi nhận sự liên đới về mặt

nghĩa vụ giữa bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh trong việc thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận bảo lãnh. Trong khi đó, luật của Pháp lại thiết lập tình trạng không liên đới trong việc thực hiện nghĩa vụ giữa bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh.

Trên thực tế, một khi nghĩa vụ được bảo đảm có sự vi phạm thì bên nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ, nhưng việc có thỏa mãn được nghĩa vụ hay không lại hoàn toàn phụ thuộc vào bên bảo lãnh. Bởi vậy, pháp luật nhiều quốc gia trong đó có Việt Nam ghi nhận các bên có quyền thỏa thuận thêm biện pháp bảo đảm để đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Theo đó, bảo lãnh cần được nhìn nhận dưới góc độ là *một biện pháp bảo đảm có tính chất trái quyền được hình thành từ sự thỏa thuận giữa các bên chủ thể mà theo đó một người cam kết cho việc thực hiện nghĩa vụ thay cho một chủ thể khác, nếu chủ thể này không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì người cam kết sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ.*

Quy định về bảo lãnh trong Bộ luật dân sự năm 2015 đã kế thừa những quy định hợp lý của Bộ luật dân sự năm 2005, đồng thời được sửa đổi, bổ sung nhiều nội dung mới khắc phục những điểm còn hạn chế của Bộ luật dân sự năm 2005. Tuy nhiên, cần phải hoàn thiện hơn nữa một số quy định về bảo lãnh, phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của luật dân sự và nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về bảo lãnh trong thực tiễn. Đồng thời, rất cần sự giải thích, hướng dẫn của các cơ quan có thẩm quyền để triển khai thực hiện các quy định của pháp luật dân sự hiện hành về bảo lãnh./.