

# 浅谈消极保证在企业融资中的运用

王 晓

消极保证是借款人向贷款人所作的否定保证,即保证不做某些事,比如借款人保证在贷款还清以前,不在其财产、资产或收益上设定任何抵押权、担保权、质权、留置权或其他担保物权,如果有任何担保权,也不能使其继续存在等。消极保证条款不仅限制借款人在自己的资产上为第三人设立担保的行为,有时还限制第三人(如借款人的子公司或银行)为借款人的其他债务作担保,以保证贷款的安全性。这一条款的主要目的是使同一性质的债权处于同等的受偿顺序,使之符合相同的债权凭证享受相同的待遇的原则。同时,该条款还能间接地限制借款人举债,防止其因过度举债而影响其清偿能力。近年来,消极保证在国际商业贷款中得到了广泛运用,笔者在此对消极保证涉及的有关问题做简要分析。

## (一) 消极保证在担保融资和无担

保融资中的运用

企业融资分为担保融资和无担保融资。在无担保融资的情况下,贷款人将审查借款人的很多事项以确定其总体信用评级,同时审查其未来现金流量的现值,作为提供贷款的依据。无担保融资情形下债权人特别关注借款人在经营环境极端不利的情形下的资产数量,以使借款能够按期收回。如果债权人能够限制借款人的某些活动能力,就能创造更多的安全利益,这就是通过消极保证条款带给无抵押债权人的利益。

在担保融资的情况下,消极保证有着类似的作用,但功能却在初级安全利益上有所不同。消极保证使高级安全证券持有人更安心。因为只要高级安全证券持有人不同意,贷款人就不能付给初级安全证券持有人额外的金额。在此种情况下还涉及到优先浮动收益,有担保债权人可要求借款人抵押资产,以防止因浮动收益上涨而引发的财务危机。

## (二) 消极保证下的例外情形

在经济生活中,要绝对禁止借款人设定任何担保权益是不大现实的,因为按照各国的法律,某些担保权益(如留置权)是依法成立的,而不是依借款人的意思设定的。另外,有些担保活动也是借款人正常开展业务所必需的,所以贷款人在要求借款人进行消极保证的同时,往往也允许一定的例外,常见的例外情形包括:由于法律规定而产生的留置权;借款人在其财产上设定的担保权益在贷款协议签署之前已经向贷款人披露并经其同意;允许借款人在签订贷款协议之后取得已设定担保物权的新资产(如购买有抵押权的土地,收购已在其资产上设定了担保物权的新的子公司等);正常商业行为产生的担保权益;借款人为不超过1年的短期债务、国内债务以及不在股票交易所或正式证券市场上市或挂牌的证券而设立的物权担保一般也不受消极保证条款的限制。

消极保证条款的一个主要缺陷是它不能对抗第三人,即如果借款人违反消极保证,贷款人只能使用贷款协议中规定的救济方法但无法撤销第三人对借款人的资产享有的担保权益,除非该第三人明知或应知该项消极保证的存在。

为了避免上述缺陷,有的贷款协议规定:如果借款人违反消极保证,在其资产上设定任何担保权益,那么贷款人将自动同等享有此担保权益。

## (三) 借款人违反消极保证的补救措施

一般情况下,对于借款人违反消极保证条款的补救问题,分为两种情况:一是借款人如果正在设定担保权益,那么贷款人可向法院申请发布禁令;二是借款人如果已经设定了担保权益,贷款人一般无权要求撤销,但可以要求贷款加速到期,或者停止向借款人继续贷款。如果其他债权人明知借款人有消极保证的义务却仍接受其担保权益的,贷款人还可向第三人提起侵权诉讼。

在实践中,时常出现这样一个问题,即借款人在设立消极保证后,又将其财产设立了抵押,那么,消极保证债权人与抵押权人能否平等受偿借款人之财产呢?由于消极保证下贷款人无法要求借款人将拟作为抵押标的物提前公示,故消极保证的效力在很大程度上取决于借款人的诚信。如果借款人未将存在消极保证条款的事实告知抵押权人,尽管消极保证条款订立在先,也难以对抗善意的抵押权人,换言之,消极保证下债权人无法请求享有与抵押权人平等受偿权。反之,如果抵押权人确知在其抵押权设定之前已有消极保证条款存在,则抵押权人非善意,故消极保证债权人应有权请求与抵押权人就抵押标的物平等受偿。■

(作者单位:澳大利亚墨尔本皇家理工大学)

责任编辑 刘黎静