

一. 消极保证条款简介

消极保证(Negative Pledge, 一译反面承诺)条款是国际融资法律文件中常用的条款, 近来, 在非涉外的融资法律文件中, 消极保证条款也时有运用。

消极一词, 在法律上就是不做某种事情的意思。所谓消极保证, 就是借款人(其含义包括债券发行人, 下同)向贷款人(其含义包括债券投资者, 下同)保证, 他将不从事该条所规定的事项。最主要的消极保证事项通常表述如下:

“在偿还贷款(或债券)以前, 借款人不得在其资产或权利上设定任何抵押权、质权、留置权或其他担保物权, 也不得允许这些担保物权继续存在。”

必须说明, 在经济生活中, 要绝对禁止借款人设定或存在任何担保权益殊非易事。因为, 根据各国法律, 许多留置权是依照法律的规定产生的, 而不是借款人根据合同设定的, 对于这类留置权的产生, 借款人无法加以阻止; 另外, 借款人为了其自身的利益也往往要求保留在一定条件下设定担保物权的权利。如此, 经借贷双方谈判以后, 上述条款可能被修改成大致如下:

“假如借款人为其他人设定担保物权, 借款人必须为贷款人设定担保物权。”或“只要贷款人同时享有同等的、按比例担保物权, 贷款人可以允许借款人为其他人的利益设定担保物权。”

其余消极保证事项一般有:

1. 除贷款人许可的债务外, 借款人不得举借任何其他债务(包括借款、发行债券、租赁、延迟支付应付款项等方式)。
2. 借款人不得向任何人提供信贷(包括信用保证)。
3. 借款人不得与其他任何公司合并。

消极保证条款的作用是通过直接或间接地限制借款人举债, 或限制其现金流出, 以确保借款人的偿债能力。同时应当说明的是, 在英国法中, 消极保证条款只有在其得到借款人遵守时才有价值。如果借款人违反不设定担保物权的规定, 将其资产抵押或出质给第三人(在本文中, 第三人指在借贷双方达成包含消极保证事项的交易后, 与借款人发生交易的借款人的其他债权人), 贷款人是无权要求法院撤销这些担保物权的。除非借款人破产, 则贷款人可以以欺诈性转移财产优待某一债权人为理由, 申请宣告上述担保物权无效。在通常情况下, 贷款人只能向借款人提起违约之诉, 行使加速贷款到期的权利, 要求借款人立即归还贷款。此外, 贷款人可以以第三人诱使借款人违反借贷双方签订的合同为由, 对第三人提起诱使他人违约的诉讼。这是因为, 根据英国法, 引诱违约作为妨害合同权利的行为构成侵害债权的侵权行为。但是, 如果借款人在其与第三人签订的协议中说明该协议并不违反借款人与其他人(此处的其他人当然包括贷款人)所签订的任何协议下借款人的义务, 则一旦贷款人向第三人提起诱使借款人违约的侵权之诉时, 第三人可凭藉借款人的上述说明来对抗贷款人。

二. 消极保证的公示探讨

所谓公示, 是指将某一法律事实通过适当方式向社会公众公开。根据中国目前的情况, 笔者所建议的消极保证的公示, 是指将消极保证条款的内容向借款人所在地的工商行政管理机关登记, 以供社会公众查阅。目前中外各国的法律并没有规定消极保证条款必须登记, 然而, 从保护交易安全和减少民事纠纷的角度考虑, 笔者认为, 建立消极保证的公示制度是很有价值的, 尤其是在我国。笔者根据中国法律和外国法中有代表性的英国法下的有关规定, 试将具体理由阐述如下:

1. 公司法下的理由

与英国公司法相类似，我国公司法规定，公司经营范围须记载于公司章程，须经登记而发生效力，非经修改公司章程并作登记不得变更；公司应当在登记的经营范围内从事经营活动。

笔者注意到，英国法下的公司章程组织大纲中的目的条款(相当于我国公司章程下的经营范围条款)通常包括几十项乃至上百项内容，大多占去组织大纲的大部分篇幅。其内容包括借款、为本公司或他人的利益对外提供担保、对外直接投资、收购或持有其他公司发行的证券等。据笔者所知，国内公司尽管也从事上述各项活动，但除境外上市公司和境内上市外资股公司外，其他公司在其章程中的经营范围一条下规定以上各项的似乎并不多见。这可能主要是因为尚没有股东以公司董事、经理超越权限为由提出诉讼并胜诉的先例。从发展的趋势来看，我国公司章程经营范围一条的规定将日趋严密、日趋规范。

明确公司经营范围(目的)的意义不仅在于保护公司股东，使他们通过了解公司的经营范围(目的)来预测投资风险，作出投资决策并监督公司董事、经理的行为是否越权，而且同时也保护欲与公司交易的第三人，使他们可以根据公司章程来判断其将要与公司签订的合同是否超越了公司的权限。在这一点上，中、英法律是一致的。

笔者以为，消极保证条款的订立，因其限制了借款人某些权限，实质上对公司章程中的经营范围条款(目的条款)构成一定期限内一定程度上的修改。正如经营范围条款(目的条款)作为公司章程和必备条款须公示的意义一样，消极保证条款的公示亦将有助于公司股东、潜在的股东及欲与公司交易的第三人全面、准确地了解公司的权限。

2. 民法下的理由

据笔者所知，在国内的司法实践中，如借款人在与第三人交易时，隐瞒其此前与贷款人之间签订的合同下的消极保证条款(这里指不设定担保物权的保证)的内容，将其资产或权利抵押或出质给第三人时，法院多以物权优先于债权以及第三人是善意行事为由判定抵押权或质权有效。贷款人尽管可以向借款人提起违约之诉，但由于我国侵权法律制度本来就不发达，现行法律中尚未确立包括英国在内的西方发达国家已普遍确立的侵害债权制度^{*}，因此，贷款人没有可能向第三人提起侵权之诉。

消极保证当然属债权而非物权。由于债权不具有社会公开性，又由于消极保证义务的履行有赖于义务人(即借款人)的不作为，因此，从维护交易安全和保护消极保证债权人的利益考虑，笔者建议建立消极保证条款的公示制度，明确规定：消极保证非经公示不得对抗第三人(即，公示并非消极保证的生效要件)。并且，消极保证一经公示，借款人与第三人之间其后达成的违反消极保证的交易一概无效。前一条规定旨在促使贷款人确保消极保证条款的登记，后一条规定将促使第三人在与借款人达成有关协议以前，主动向有关部门查阅借款人有无消极保证义务。在我国法律尚未确立侵害债权构成侵权的法律制度以前，如此规定对于维护交易安全显得尤为必要。

毋需否认，上述公示制度的实施将产生一定的成本。但是，在我国目前的法律环境下，将公示的复杂程度及其产生的成本与不公示对贷款人可能产生的影响和损失以及对整个经济秩序可能造成的负面影响相比较，我们不难看出实施消极保证的公示制度利大于弊的结论。

3. 律师法下的理由

当借款人与第三人发生借贷交易时，借款人的律师有时会被要求在其出具给第三人的法律意见书在确认，签订和履行借贷协议、抵押协议(或类似文件)与对借款人有拘束力的协议、担保物权或其他义务并不抵触。如果消极保证不予公示的话，律师在作上述确认时就将完全依赖借款人的诚实和合作态度，一旦借款人不诚实或不合作，而律师又没有采取必要的免责措施，则此时律师就有可能陷入不必要的违反执业规范之诉。

英国关于律师责任的法律已有几百年的历史，其确立的“合理的谨慎态度”、“正常的、有技能的专业工作者”等概念是中国法中所没有的。相比较而言，由于法律操作时的不确定性增强，中国律师在执业不当之诉中面临的风险更大。有鉴于此，笔者认为消极保证条款的公示有助于保护律师。

三. 消极保证条款在贷款证上的披露探讨

1996年3月, 中国人民银行颁布了《贷款证管理办法》。同年9月, 中国人民银行上海市分行制定了《上海市〈贷款证管理办法〉实施细则》。制定上述规范性文件的目的之一是为了“减少金融机构贷款风险”。根据上文的分析, 笔者建议, 在《贷款证》中增加一部分内容, 即企业所作消极保证情况记录。内容主要包括限制企业设定担保物权、举借新债、提供担保、分配利润等。此部分由因消极保证而受益的金融机构登录, 并可供与该企业有往来所有金融机构查册。

一旦规范性文件中作出这样的规定, 将进一步确保消极保证条款的严肃性和可操作性, 同时, 也将减少金融机构的风险。就贷款人而言, 减少了消极保证形同虚设的风险, 就第三人而言, 减少了与贷款人发生诉讼以致影响借贷协议、抵押协议等文件有效性的风险。

注:* 《合同法》送审稿第一百二十五条规定“第三人明知当事人之间的债权债务关系, 以不正当手段, 故意阻碍债务人履行义务, 侵害债权人权利的, 应当向债权人承担损害赔偿责任。”但该条在人大审议过程中被删除。

此文刊登于《上海金融报》1997年1月 总293期。