

项目综合管理：BOT项目融资模式中的担保问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/260/2021_2022__E9_A1_B9_E7_9B_AE_E7_BB_BC_E5_c41_260124.htm

开题报告：如何认识我国基础设施BOT投融资项目中的担保需求和实现形式，如何既考虑外国投融资者的应得利益，又避免我国政府承担过多的风险，这是我国在基础设施建设引进BOT投融资模式方面需要解决的一个刻不容缓的课题。目前，在BOT项目以及一般项目融资担保实践及其理论阐述中，存在着经济学分析多而法律分析少和法律分析缺乏针对性等问题。本文主要从法律角度对BOT项目的担保关系进行分析和探讨。正文：担保产生于风险管理需要。从风险管理的角度来看，任何项目投融资都是一个存在着风险、需要进行风险分配和化解的决策活动。BOT项目谈判中利益和风险的一揽子安排，正反映了BOT项目风险的密切关联性与风险责任分担化解对于项目成功的重要性。因此，BOT项目风险责任的合理分配是谈判中的一个关键因素，而成功融资方式的标志之一正是在各参与方之间实现了合理和有效的项目风险分配。BOT项目投融资既有一般投融资的风险管理问题，又有其特殊的风险管理问题。BOT项目风险管理特殊性的原因在于其适用对象基础设施投资运营的特殊性。基础设施项目的投资规模大、回收周期长、整体系统性、服务公益性和效益社会性等特殊性，决定了BOT项目投融资风险大、互相关联性强、不确定因素多、经济核算难等特点，由此也产生了风险责任确定及其分担方式的复杂性和特殊性。因而比其他投资项目更需要一种合理、有效、全面、周密的风险分散和化解机制。而且担

保是BOT项目融资结构中的重要组成部分，在一定程度上可以说是项目融资结构的生命线。目前，在我国BOT（Build-Operate-Transfer）项目谈判中，担保不仅是热点问题，而且是个难点问题。其原因不仅在于我国的BOT项目实践经验少，理论研究不够，而且由于存在着明显的法律制度及其法律观念上的差异所造成的隔阂，不仅各方当事人很难取得一致意见，还存在着我方当事人面对担保问题手足无措的现象。那么如何解决这一问题呢？怎么才能和国际惯例接轨呢？就此问题谈谈个人的观点和看法。根据我国目前的实践，我们将BOT项目中出现的民法上担保的具体形式归纳为以下几种：保证、备用信用证、抵押、所有权担保（或谓所有权转让担保）、浮动担保或财团担保、债权转让担保、担保权转移。

(1)保证：又称人的担保、信用担保。这是国际贷款融资包括BOT项目融资中使用较多的一种担保方式，即保证人和贷款人（债权人）约定，当债务人不履行债务时，由保证人按照约定承担债务履行责任的行为。

(2)抵押：抵押是物权担保形式之一。抵押是BOT项目中最重要担保形式，主要发生在项目公司与贷款人之间。以项目经营收益为还款的基本来源甚至唯一来源，这是项目融资的一个重要特点，也是BOT项目投融资得以广泛适用的一个重要原因。以项目投资形成的不动产和动产等项目主要财产及其相关权益作担保，是对其“唯一来源”所产生缺陷的一种必要补救，是避免和减少项目融资贷款人风险的一种重要法律措施。

(3)浮动担保（或财团担保）：浮动担保的概念来自英美法系，财团担保（还有企业担保）则来源于大陆法系，两者内涵十分接近。在BOT项目前期融资中并不能通过抵押来实现项目财产

的担保功能。但在实践中已出现了允许BOT项目专营权抵押的实例。由于项目财产是以专营权为基础和核心内容，并包括项目设施及其运营收益的一种公司法人财产权，专营权抵押的实质是包含着项目全部设施及其运营收益的全部法人财产权的抵押。这种抵押只能以“浮动抵押”的形式来操作。

(4)所有权担保（或称所有权转让担保）：所有权担保即以向债权人转移项目财产所有权、由项目公司保留担保物所有权的赎回权的形式，以项目财产来担保债权实现的物权担保制度。所有权担保是一种物之权属转移控制型担保，物之实态并不转移；与之相反，限制物权担保是物之实态控制型担保，物之权属并不转移。对于BOT项目的担保需求而言，非占有型的所有权担保具有更强的适应性，当传统抵押制度不符合现代市场经济对资金顺畅流通的需要时，尤为明显。对于担保权人而言，所有权转让担保的优点是：一旦发生项目公司不能偿还贷款的违约事件，贷款银行可直接作为财产所有人行使权利。但对处于建设期的BOT项目，由于设施和其他财产尚未形成，较难采用所有权担保，即使采用，那么担保物只能局限于已经形成的财产，担保价值不大。股权转让担保则可弥补这一缺陷。

(5)债权转让担保：这是国际商业融资以及BOT项目中使用的又一种担保形式，源自于英美法系，现已为世界各国所普遍采用。与所有权担保的差异是，以借款人或第三人拥有的某一债权性权利附条件地先行转让给贷款人的形式，作为借款人履行到期债务的担保。借款人或第三人保留该财产权利的现行支配权和赎回权，但如出现双方约定的违约行为，贷款人就可取得该债权的支配权利，而借款人或第三人则将丧失赎回权。与抵押、质押等担保不同，

当发生借款人违约或其他对贷款人不利的情况时，贷款人可直接以债权人的身份采取有效的法律措施，排除不利障碍，取得支配权而处分标的物。并可凭此转让所获得的权利直接与各方当事人包括政府发生法律联系。一旦发生争端，可以直接与有关当事人进行法律上的交涉和救济。

(6)担保权转移：从严格的法律意义看，这不是一种担保行为，但又与担保行为密切相关，并具有类似担保的功能，因而在此对其作一分析讨论。目前，在BOT项目中出现的主要是保证权利的转让，尽管这一转让是否允许存在着较大争议，但这一要求已经在BOT项目中出现。这一行为与上述其他担保行为的不同在于：其一，前述各项担保权的标的是一种物权或独立的债权，一般可以由权利人作转让处分；而担保权转让的标的则是一种从属于主债权的从属性债权，按我国民法规定不得单独转让。其二，前述各项担保的设定行为，是以在权利上设定负担或以权利转让形式行担保之实，从而形成担保关系；担保权转让则不改变担保法律关系内容，而只是改变担保法律关系的主体；担保权转让并未构成新的担保，而只是改变了担保权的控制人。其三，法律关系的层次不同。前述各项担保权所形成的法律关系分为两层：在主债权人与主债务人之间形成第一层次主债权债务法律关系；从债权人与从债务人之间形成第二层次担保法律关系，并依从于第一层次的法律关系。担保权转让的法律关系为三层次：除了上述两层法律关系外，又形成了从债权的受让人（在BOT项目中一般为项目投资人或贷款人）、从债权的保证人与项目贷款人之间的法律关系，即由三方合意所形成的担保权转让合同。则基于以上问题，为适应BOT项目融资需要，改进我国担保制度

，提出以下的看法。（一）修改担保法和涉外担保行政管理方面的法律、行政规章，增加适应BOT项目担保需要的内容从已有的实践经验看，修改《担保法》以及涉外担保方面的现行规章，增加适应现代市场经济活动担保需要、尤其是适应BOT项目担保需要的内容，是使BOT投融资模式更好地适用于我国基础设施建设融资实践的制度需要。修改的内容主要包括：在民事担保方式中需要根据国际通行惯例引进浮动担保（或财团担保）、所有权担保、债权转让担保等制度，应当允许担保权转让。在涉外担保行政管理方面需明确：政府或政府部门可以在基础设施建设融资中作为公共服务提供者与投资人签署基础设施项目特许协议，可以向项目公司提供诸如支付保证等间接担保，但不得提供类似贷款偿还担保等直接担保。（二）对现行法律、行政法规、规章作有利于BOT项目担保需要的解释在暂时难以对《担保法》和涉外担保行政管理制度进行的修改情况下，可以通过立法解释技术的运用，满足我国基础设施采用BOT模式的需要。例如，关于第三十四条第一款第六条“依法可以抵押的其他财产”的规定，可以通过扩张性解释确认集合财产抵押担保的合法性和有效性。再如，鉴于投资人经政府行政划拨取得的国有土地使用权对于实现集合抵押担保的需要，允许政府放弃收取土地使用权出让金或收受转让房地产时土地收益的权利。又如，在BOT投融资合同中往往规定：债务人未能按期履行偿债义务，抵押权人可立即处分或占有抵押物、扣收抵押帐户中款项、行使转让合同的权利。但根据我国《担保法》规定“债务履行届满抵押权人未受清偿的，可以与抵押权人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿

；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼”，即抵押权人在抵押人同意或法院判决生效前，无权处分抵押物。这与国际惯例不一致，应当通过解释允许BOT项目贷款抵押权人在债务清偿履行不能时作这一直接支配项目财产的约定，这是由BOT项目财产的特殊性所决定的。（三）制定BOT投融资单项法律或行政法规，创设适应BOT投融资需要的担保形式 我们认为，我国基础设施建设仍处于一个高速发展的历史时期，BOT模式在我国基础设施建设融资方面不仅有广泛的需求，而且将是一种长期的需要。在目前难以对《担保法》进行较大规模的结构性调整修改的情况下，制定单项的BOT方面的法律或行政法规不失为一种必要的选择。这样，可以根据制定单项法律或行政法规的立法技术特点为BOT项目投融资担保开辟一块“特区”，在不与现行《担保法》相冲突的前提下，在对BOT投融资活动进行全面规范的同时，借鉴国外经验，根据BOT投融资特点创设新的担保形式，及时适应BOT投融资的担保需要。（四）重视法律机制的创造功能，允许当事人按契约自由原则创设担保权 在有关BOT投融资担保方面的法律、行政法规、规章一时难以修改或制定的情况下，从适应市场经济发展和与国际接轨实践需要出发，应当重视法律机制的创造功能。对于法律没有禁止而由当事人创设的新型担保法律关系，可根据“契约自由”、“意思自治”原则承认其合法性。从主体平等角度看，市场经济是契约经济，契约自由、意思自治是市场经济活动当事人行为的基本原则。在合理的前提下，给主体充分的行为自由度是市场机制的内在要求之一，也是市场机制积极作用发挥的基本条件之一。在我国市场经济尚处于初期发展阶段和民

法制度不完善的情况下，重视这一民法原则的重要创造功能，不对市场经济发展实践中的新现象采取简单、僵硬的处理方法，不仅对于BOT模式在我国基础设施建设融资的适用是十分必要的，而且对整个市场经济发展和法律制度完善都是有益的。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com