

基础设施融资租赁交易：现实与法律困境

从基础设施投融资改革的视角

高圣平^{*}

摘要 在基础设施投融资体制变革的当下，融资租赁公司可以在基础设施建设中发挥重要的作用。就基础设施而言，只有在法律明确规定属于国家专有时，才不能作为融资租赁交易的标的物。仅就公路而言，法律并未规定属于国家专有，融资租赁公司自可基于交易或投资行为取得所有权，公路可以作为融资租赁交易的标的物。基础设施在性质上属于构筑物，就基础设施与其定着土地的利用关系而言，基础设施的所有权人应当取得相应土地的建设用地使用权。同时，融资租赁标的物无须是现实存在的物，只需具有观念上的特定性即可。具有特定性的未来财产可以作为融资租赁交易的标的物，也可以作为售后回租交易的标的物。

关键词 基础设施 融资租赁 公路所有权 售后回租

引言

随着我国投资体制改革的不断深入，基础设施投融资模式也面临着革新。传统的政府投资、国内债务融资、利用国外资金投资和股权融资已经不能满足基础设施建设的需求，“进一步

^{*} 中国人民大学法学院副教授。本文为国家法治与法学理论研究一般项目“金融担保创新的法律规制研究”(项目编号:12SFB2038)和教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“加快发展民营金融机构的法律保障研究”(项目编号:13JZD012)的阶段性成果。

拓宽项目融资渠道,发展多种融资方式”〔1〕成了我们必然的选择。各地逐步探索出了BOT融资、TOT融资、资产证券化融资、以融资租赁为基础的项目融资、PFI融资等多种形式。〔2〕其中,融资租赁作为一种现代投融资方式,以其兼具融资和融物的独特功能,为基础设施建设融资提供了一个全新的思路。〔3〕与其他创新融资方式相比,融资租赁具有操作程序简单、融资成本较小的优势,适宜于纯经营性基础设施中能独立发挥效益,并且在财务上能独立核算的项目。〔4〕

国务院各规范性文件为基础设施的融资租赁提供了政策和法律依据。其中,《国务院关于投资体制改革的决定》(国发〔2004〕第20号)明确规定:“通过深化改革和扩大开放,最终建立起市场引导投资、企业自主决策、银行独立审贷、融资方式多样、中介服务规范、宏观调控有效的新型投资体制”,并进而指出,“运用银行贷款、融资租赁、项目融资、财务顾问等多种业务方式,支持项目建设”。《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》(国发〔2005〕3号)进一步指出:“允许非公有资本进入公用事业和基础设施领域。”“支持非公有资本积极参与城镇供水、供气、供热、公共交通、污水垃圾处理等市政公用事业和基础设施的投资、建设与运营。在规范转让行为的前提下,具备条件的公用事业和基础设施项目,可向非公有制企业转让产权或经营权。”《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》(国发〔2010〕13号)明确指出,“对于可以实行市场化运作的基础设施、市政工程和其他公共服务领域,应鼓励和支持民间资本进入”,鼓励并引导民间资本进入基础产业和基础设施领域,其中包括公路、水运、港口码头、民用机场、通用航空设施、铁路干(支)线、城际轨道交通等项目。〔5〕《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(2013年11月12日)更是明确指出:“允许社会资本通过特许经营等方式参与城市基础设施投资和运营。”

在这些政策文件的指引下,各融资租赁公司主要以以下三种方式参与基础设施建设:直接融资租赁方式,大幅度缓解了基础建设的资金压力;设备融资租赁方式,解决了购置成本较高的大型设备的融资难题;售后回租方式,购买“有可预见的稳定收益的基础设施资产”并回租,

〔1〕 《国务院关于投资体制改革的决定》(国发〔2004〕20号,2004年7月16日)第1条。

〔2〕 基础设施投融资模式的详细介绍参见彭清辉:《我国基础设施投融资研究》,湖南师范大学出版社2012年版,页19以下;丁芸:《城市基础设施资金来源研究》,中国人民大学出版社2007年版,页15-18、73-91;毛腾飞:《中国城市基础设施建设投融资问题研究》,中国社会科学出版社2007年版,页59-70;程工、张秋云等:《转轨时期基础设施融资研究》,社会科学文献出版社2006年版,页49以下;张伟:《城市基础设施投融资研究》,高等教育出版社2005年版,页32以下。

〔3〕 参见彭清辉,见前注〔2〕,页25。

〔4〕 参见谭向东:《基础设施融资租赁——经营城市的重要金融手段》,中信出版社2011年版,页21-24。

〔5〕 参见《国务院关于投资体制改革的决定》(国发〔2004〕20号,2004年7月16日)第2条。

盘活了存量资产,改善了相关企业的财务状况。〔6〕由于我国融资租赁法制尚不健全,目前基础设施融资租赁交易面临着较大的法律风险。第一,基础设施在性质上属于不动产(附着物)。在融资租赁交易的发源地——美国,标的物仅限于动产设备(equipment)。〔7〕在我国,是否允许不动产作为融资租赁交易的标的物,在学说上存在争议。第二,如果不动产可以作为融资租赁交易的标的物,接下来的问题是公路等基础设施的所有权是否可以移转为融资租赁公司所有?在我国《合同法》之下,融资租赁的交易结构是沿着“出租人(融资租赁公司)享有标的物所有权(虽然这种所有权只是名义上的),而承租人享有标的物的使用权(租赁权)”的思路而展开。〔8〕融资租赁公司对标的物享有所有权,也就成了融资租赁相关制度设计的前提,并被认为是融资租赁公司控制交易风险、保全资产安全的主要工具和手段。相关规范性文件大多在此基础上展开,如《金融租赁公司管理办法》(中国银行业监督管理委员会令2007年第1号)即明确指出:“从事售后回租业务的金融租赁公司应真实取得相应标的物的所有权。”(第34条)在我国,基础设施关涉公共利益,往往被理解为仅能为国家所专有,融资租赁公司是否可以取得基础设施的所有权,尚存疑问。第三,融资租赁公司如果能够取得基础设施的所有权,那它如何取得基础设施占有范围内的土地的适法权源?第四,售后回租作为一种新型的融资租赁交易,满足了特定情形下的融资需求,但其是否必须以现实存在的有体物为交易的基础和前提?对这些问题的不同回答均直接影响到了相关融资租赁业务的开展。以下分别讨论。

一、金融市场细分之下的不动产融资租赁交易

融资租赁作为一种新型交易形态,各国在法制发展过程中均对其作了一定程度的规制。就融资租赁交易是否可以以不动产作为标的物,一直存在争议。一种观点认为,融资租赁交易的标的物仅限于动产,不动产融资完全可以借助其他制度来达致;〔9〕另一种观点认为,融资租赁交易的标的物既可以是动产,也可以是不动产,融资租赁的交易结构不同于信贷担保等其他类似交易,不动产信贷担保制度并不能取代不动产融资租赁交易。〔10〕本文作者赞成第二种观点,理由如下:

第一,在金融市场细分的态势之下,信贷等正规金融和融资租赁、信托、保险、典当等非正规金融各有其金融产品和服务对象。在“紧紧围绕使市场在资源配置中起决定性作用深化经

〔6〕 参见彭清辉,见前注〔2〕,页26;谭向东,见前注〔4〕,页73。谭向东所著书中还提供了实践案例,参见该书,页133-148。

〔7〕 See Peter W. Schroth, “Financial Leasing of Equipment in the Law of the United States”, 16 *Uniform Law Review*, 437-442(2011-1/2).

〔8〕 详细分析参见高圣平、王思源:“论融资租赁交易的法律构造”,《法律科学》2013年第1期。

〔9〕 参见李鲁阳主编:《融资租赁若干问题研究与借鉴》,当代中国出版社2007年版,页95。

〔10〕 参见李鲁阳,见前注〔9〕,页238。

济体制改革”、^[11]“鼓励金融创新,丰富金融市场层次和产品”^[12]的大背景之下,不宜对标的物的范围作出限制性规定,这样才能满足实体经济多元化的金融服务需求。不动产融资的各种金融产品的交易模式和交易成本各有不同,完全可以由市场主体参酌具体情事自由选择。现如今,不动产融资的渠道主要是银行信贷,但不可忽视的是,典当交易和小额贷款交易等非正规金融已经在不动产融资中占据着一席之地,同样属于非正规金融的融资租赁交易自可在不动产融资中发挥相应作用。如此,才能增强市场机制在金融资源配置中的决定性作用。

融资租赁交易兼具“融资”和“融物”的双重特色,所“融”之“物”应当具备以下条件:其一,必须是具有交换价值和使用价值的财产,否则无法达到融资租赁交易的“融物”目的;其二,必须是可以转让的财产。在典型的融资租赁交易中,出租人应按承租人的指令购买财产,并将之出租给承租人,“不可转让的财产”将无法由出租人取得,亦就无法充当融资租赁物;其三,必须是使用寿命较长的财产。融资租赁交易是涉及数方的金融安排,其交易成本较之一般的买卖交易和租赁交易都要高,这就决定了租赁物的使用寿命必须较长才能实现交易的目的。从实践中的情况看,融资租赁交易的标的物均是高价值、使用寿命较长的财产。准此,不动产就是适于融资租赁的标的物。

第二,我国法律、行政法规并未禁止不动产作为融资租赁物。《合同法》第237条规定:“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择,向出卖人购买租赁物,提供给承租人使用,承租人支付租金的合同。”这里,并没有将不动产排除于“租赁物”之外。在同一部法律中,第212条规定:“租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益,承租人支付租金的合同。”依体系解释方法,这两条所称的“租赁物”应作同一理解。第212条位于《合同法》第十三章“租赁合同”,同章第230条^[13]和第234条^[14]均以不动产租赁物为规制对象。很明显,第212条中“租赁物”既包括动产,又包括不动产。因此,第237条所规定的融资租赁物也包括动产和不动产。除《合同法》之外,其他法律、行政法规对不动产融资租赁并未做禁止性规定。在法律、行政法规未作禁止性规定的情况下,依私法上“法无禁止即为允许”的基本原理,自应允许不动产作为融资租赁交易的标的物。

第三,我国相关部门规章和规范性文件已经承认不动产融资租赁交易。《金融租赁公司管理办法》第3条第2款规定:“适用于融资租赁交易的租赁物为固定资产。”所谓固定资产,根据《企业会计准则第4号——固定资产》第3条的规定,是指“同时具有下列特征的有形资产:①为生产商品、提供劳务、出租或经营管理而持有的;②使用寿命超过一个会计年度。使用寿命,

[11] 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》“一、全面深化改革的重大意义和指导思想”之(2)。

[12] 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》“二、坚持和完善基本经济制度”之(12)“完善金融市场体系”。

[13] 该条规定:“出租人出卖租赁房屋的,应当在出卖之前的合理期限内通知承租人,承租人享有以同等条件优先购买的权利。”

[14] 该条规定:“承租人在房屋租赁期间死亡的,与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋。”

是指企业使用固定资产的预计期间,或者该固定资产所能生产产品或提供劳务的数量。”准此,《金融租赁公司管理办法》已经明确了不动产可以作为融资租赁物。而财政部、国家税务总局也已发布相应的不动产融资租赁交易征税规则。^[15]由此可见,不动产融资租赁已经取得有关政府部门的认可。对不动产是否能作为融资租赁物作出不同规定的是《外商投资租赁业管理办法》,^[16]但该办法亦并未对不动产融资租赁作出禁止性规定。

第四,在比较法上,仅就融资租赁物的范围而言,通常仅将消耗物排除在租赁物之外,并不明确禁止不动产作为融资租赁物。德国、西班牙、日本等国虽对融资租赁物的范围没有作出具体规定,但不不动产作为租赁物在法律上并没有障碍。^[17]俄罗斯、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、韩国等国甚至明确规定不动产可以作为融资租赁物。^[18]相关的示范法也就融资租赁物的范围作了明确。如《中亚国家融资租赁示范法》第4条规定:“租赁物可以是用于商业活动的任何非消耗物。”在解释上,非消耗物当然包括不动产。《国际统一私法协会租赁示范法》一体调整租赁和融资租赁,^[19]在其第2条“定义”中明确将“租赁物”界定为:“承租人用于生产、贸易及经营活动的所有财产,包括不动产、固定资产、动产设备、未来资产、特制资产、植物和活的以及未出生的动物。”^[20]由此可见,就不动产是否作为融资租赁物,各国之间均存差异,并无统一的否定意见。

^[15] 《财政部、国家税务总局关于房产税城镇土地使用税有关问题的通知》(财税〔2009〕128号)在第3条“关于融资租赁房产的房产税问题”中指出:“融资租赁的房产,由承租人自融资租赁合同约定开始日的次月起依照房产余值缴纳房产税。合同未约定开始日的,由承租人自合同签订的次月起依照房产余值缴纳房产税。”《国家税务总局关于从事房地产开发的外商投资企业售后回租业务所得税处理问题的批复(国税函〔2007〕603号)》规定:“从事房地产开发经营的外商投资企业以销售方式转让其生产、开发的房屋、建筑物等不动产,又通过租赁方式从买受人回租该资产,企业无论采取何种租赁方式,均应将售后回租业务分解为销售和租赁两项业务分别进行税务处理。企业销售或转让有关不动产所有权的收入与该被转让的不动产所有权相关的成本、费用的差额,应作为业务发生当期的损益,计入当期应纳税所得额。”

^[16] 其第6条规定:“本办法所称租赁财产包括:①生产设备、通信设备、医疗设备、科研设备、检验检测设备、工程机械设备、办公设备等各类动产;②飞机、汽车、船舶等各类交通工具;③本条①、②项所述动产和交通工具附带的软件、技术等无形资产,但附带的无形资产价值不得超过租赁财产价值的二分之一。”

^[17] 参见李鲁阳,见前注〔9〕,页231-351。

^[18] 《俄罗斯联邦融资租赁法》第3条第1款规定:“任何可以用于经营活动的非消耗物,包括公司和其他资产、建筑物、在建物、设备、交通工具和其他不动产和动产,都可以作为租赁物”。第2款规定:“土地和其他自然遗产以及根据联邦法律禁止自由流通或限制流通的物不得作为租赁物。”《哈萨克斯坦共和国融资租赁法》第4条规定:“租赁对象可以是房屋、建筑物、机器、设备、用具、土地和其他未损物品。”《乌兹别克斯坦共和国租赁法》第3条规定:“租赁资产可以是任何的非消耗物,包括企业、不动产、建筑、构件、设备、交通设施和其他用于经营活动的动产和不动产。”《韩国租赁业务条例》第7条之2规定:“租赁物件等的范围…c.不动产与a、b物件直接相关的财产”。参见李鲁阳,见前注〔9〕,页231-351。

^[19] Unidroit Secretariat, *UNIDROIT Model Law on Leasing Official Commentary*, Unidroit 2010 Study LIXA-Doc.24.p.5.

^[20] 原文是:“Asset means all property used in the craft, trade or business of the lessee, including immovables, capital assets, equipment, future assets, specially manufactured assets, plants and living and unborn animals.”

总之,融资租赁业虽是我国金融业的朝阳产业,但目前适格的租赁物并不多见,需要不动产作租赁物以培育市场。^[21] 根据监管部门确定的调控范围和行业价值取向,目前不宜将不动产排除在融资租赁标的物之外。由于《金融租赁公司管理办法》已经将租赁物确定为固定资产,金融租赁公司全行业都普遍开展了不动产融资租赁业务,且这些业务投入资金量大、租赁期限又长,是目前一些金融租赁公司的支柱性业务。贸然否定不动产融资租赁交易,极易导致融资租赁公司的租赁债权被悬空,巨额经营资产流失,从而引发融资租赁经营危机,使刚起步的金融租赁业受到重创而陷入绝境。

就公路等基础设施而言,交通部、财政部颁发的《高速公路公司财务管理办法》第22条明确将公路作为固定资产的一种,并规定了其具体内容,“公路及构筑物:包括路基(土方和石方)、路面、桥梁(跨线桥和跨河桥)、涵洞、隧道、防护工程等”。由此可见,公路包括路基、路面、桥梁、涵洞、隧道、防护工程等,公路虽然定着于土地,但并不包括其所定着的土地本身。从财务会计角度分析,公路属于固定资产的范畴,仅就此而言,公路可以作为融资租赁交易的标的物。^[22] 近几年来,融资租赁实践中各融资租赁公司已经展开了公路融资租赁的探索,取得了较好的经济效益和社会效益。如2009年5月22日云南省昆石、楚大高速公路售后回租项目融资37.28亿元;2009年11月26日,河南郑州机场高速公路以售后回租方式融资9亿元;2011年4月29日,山东京福高速公路德齐北段出售给融资租赁公司,融资19亿元;2012年4月15日,河南京港澳高速新乡至郑州段公路资产采用售后回租方式融资50亿元。^[23]

二、基础设施的所有权归属——以公路为例

以“明确物的归属”为己任的《物权法》^[24]就基础设施的所有权并未给出清晰的规则,只是在其中第52条第2款规定:“铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施,依照法律规定为国家所有的,属于国家所有。”由此可见,“并不是所有的铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施,都属于国家所有,而是依照法律规定为国家所有的基础设施才属于国家所有”,^[25]“没有特别规定的,实行‘谁投资,谁收益’的原则,实现所有权主体的多元化”。^[26] 如此看来,就基础设施所有权的归属,《物权法》首先没有确定为国家专有,其次没有

[21] 参见王利明:《合同法研究》(第三卷),中国人民大学出版社2012年版,页350。

[22] 参见王晓燕:“高速公路售后回租探讨”,载高圣平、钱晓晨主编:《中国融资租赁现状与发展战略》,中信出版社2012年版,页180。

[23] 参见程艳、王维海:“售后回租在高速公路融资中的运用分析”,《公路》2013年第6期。

[24] 《物权法》第1条规定:“为了维护国家基本经济制度,维护社会主义市场经济秩序,明确物的归属,发挥物的效用,保护权利人的物权,根据宪法,制定本法。”

[25] 全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,页81。

[26] 最高人民法院物权法研究小组:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,页184。

具体规定哪些属于国家所有,哪些不属于国家所有,其第52条第2款只是一个援引性规定,即:其他法律如规定基础设施为国家所有的,这些基础设施才为国家所有;其他法律未规定某些基础设施为国家所有的,则依确认所有权的一般规则来判断基础设施所有权的归属。准此以解,我们还得去其他法律中寻找规范基础。

仅就公路而言,目前我国调整公路(规划、建设、养护、经营、使用和管理)法律关系的法律是《公路法》,^[27]该法于1997年7月3日通过,^[28]带有明显的计划经济色彩。这部法律中对公路所有权的归属并未作出明确规定。值得一提的是,该法第65条第2款中,“由国内外经济组织依照本法规定投资建成并经营的收费公路,约定的经营期限届满,该公路由国家无偿收回,由有关交通主管部门管理”,这一规定是否可以解释为公路所有权由国家专有?本文作者对此不以为然:其一,这里仅涉及收费公路,尚不包括不收费的公路;其二,从该款的表达方式可以看出,“由国家无偿收回”的是“收费公路”。这里,实际上收回的是收费权,并不涉及公路所有权的归属。

迄今,明确提及公路所有权的是《收费公路权益转让办法》,其第35条规定:“受让方依法拥有转让期限内的公路收费权益,转让收费公路权益的公路、公路附属设施的所有权仍归国家所有。”本文作者认为,这一规则无法起到确认公路所有权的作用,理由在于:

第一,《收费公路权益转让办法》第35条规定的是发生公路收费权益转让的情形,仅及于就公路所有权本来属于国家,但转让了公路收费权益的情况,并不能及于其他情形,并不适用于公路所有权不属于国家的情形。也就是说,该条并非判断公路所有权的规则,只是在已确认为国家所有的公路在发生公路收费权转让时对国家公路所有权的影响:受让方取得国家所有公路的收费权,并不影响国家对于该公路的所有权,转让公路收费权只是在国家公路所有权上设定权利负担。

第二,该办法是由交通运输部、国家发展和改革委员会、财政部联合发布的2008年第11号文件,在性质上属于行政规章。在物权法定原则^[29]之下,“物权的种类和内容,由法律规定”。这里的“法律”仅指狭义的“法律”,^[30]即全国人民代表大会及其常务委员会颁布的法律,而不包括国务院制定的行政法规和发布的决定、命令,以及国务院各部委发布的规章、地方人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规、地方政府颁布的地方规章。^[31]公路所有权的归属属于物权制度,而物权制度属于民事基本制度,^[32]根据《立法法》第8条的规定,应

[27] 《公路法》第2条规定:“在中华人民共和国境内从事公路的规划、建设、养护、经营、使用和管理,适用本法。本法所称公路,包括公路桥梁、公路隧道和公路渡口。”

[28] 该法虽经1999年10月31日、2004年8月28日两次修正,但这两次修正只涉及公路建设资金来源的多元化,以征税办法筹集公路养护资金,以及超限车辆的行使规则,并未触及原有的基本法权结构和规则设计。

[29] 《物权法》第5条。

[30] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室,见前注[25],页6。

[31] 崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2011年版,页20。

[32] 全国人大常委会法制工作委员会民法室,见前注[25],页6。

当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律加以规定,而不宜降由行政法规、行政规章、地方性法规、自治条例、单行条例和规章去创设;除非授权,不得由行政法规创设。^[33]由此可见,《收费公路权益转让办法》这部行政规章无权规定公路所有权的归属。即使采取物权法定缓和说,将有权规定物权制度的文件加以扩大解释,也不可能扩大解释到行政规章即可创设物权。确立物权法定主义的根本宗旨,在于使物权创设尽可能规范化和统一化,以便公示,从而维护交易安全和社会经济秩序。^[34]如果对“法律”作广义解释,物权法定的这一宗旨将无从实现,因此,行政规章等不能作为物权制度的法源。否则,既与物权法定主义相悖,又与《立法法》的规定有违。由此可见,《收费公路权益转让办法》第35条不是判断公路所有权归属的规范,即使将该条确定为公路所有权的判断规则,也因这一规范性文件的立法层次过低而无法起到确权的作用。

综上,在《物权法》及其所援引的其他法律——《公路法》对公路所有权的归属未作界定的情况下,只能依据《物权法》关于物的归属的一般规则来处理。纵观《物权法》,国家所有权的客体有专属于国家所有的客体和非专属于国家所有的客体之分,前者如矿藏、水流、海域(第46条)、城市土地(第47条)、无线电频谱资源(第50条)、国防资产(第52条第1款);^[35]后者如森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源(第48条)、野生动物资源(第49条)、文物(第51条)、铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施(第52条第2款)。就这些非专属于国家所有的客体,《物权法》上的规定都是:只有“法律规定属于国家所有”时,才属于国家所有。就此,王利明教授认为:“在计划经济时代,我国的铁路、公路、电力设施等基础设施都是由国家投资兴建的,因而所有权当然归国家。但是,在我国确立社会主义市场经济体制的今天,铁路、公路等基础设施投资领域已经逐渐开放,允许民营资本和私人资本进行投资,因此,这些设施中只有国家投资兴建的,才能归国家所有。”^[36]公路等基础设施的建设毕竟是基于投资而人工兴建的,该财产的形成凝结着人们的劳动,这是在确认所有权归属时所应考量的一个重大因素,不能仅因为它是基础设施就认定为国家所有。作为重要的交通基础设施,公路行业是一个弱周期行业,具有投资规模大、现金流稳定、受经济周期波动影响小、投资回收期长、服务全社会等特点。^[37]正是从这个角度,有学者认为,公路在本质上属于“公共产品”,具有社会公益性的特点,公路所有权主体应当属于国家,^[38]不适于融资租赁。本文作者以为,是否具有社会公益性,是否属于“公共产品”,不是判断所有权归属的考量因素,只有在法律基于其公益性将其直接规定为国家所有时,上述因素才具有意义。更何况,在公路等基础设施投融资体制变革的现状下,纯粹的公共产品很少,很多基础设施都带有准公共产品的特性,而且按照基础设

[33] 崔建远,见前注[31],页21。

[34] 高圣平:“物权法定主义及其当代命运”,《社会科学研究》2008年第3期。

[35] 参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2013年版,页512。

[36] 同上注,页517。

[37] 参见徐智鹏:“高速公路融资租赁的模式及风险防范研究”,《金融理论与实践》2013年第6期。

[38] 参见王秉钢主编:《〈中华人民共和国公路法〉学习问答》,人民交通出版社1999年版,页197。

施的可销售评估方法,多数基础设施都具有可销售性。^[39]由此可见,公路所有权并不专属于国家,其他民事主体亦可取得公路所有权,融资租赁公司当然可以取得公路的所有权,^[40]包括投资建造取得、行政划拨取得以及以受让等法律行为取得等。这一观点得到了融资租赁实践的回应与支持。^[41]准此,基础设施的融资租赁并不违背基础设施产业的内在特性。

三、基础设施的权利架构——以其与土地之间的利用关系为中心

基础设施,又称基础结构(infrastructure),是源于拉丁文“infra”(下部、底层)和“structure”(结构、建筑物)的合成词,^[42]其原意是地上定着物的底部结构或下部结构。^[43]以“为发展提供基础设施”为题的《1994年世界发展报告》将基础设施定义为“经济基础设施”和“社会公共设施”,其中将“经济基础设施”界定为永久性的工程构筑、设备、设施和它们所提供的为居民所用和用于经济生产的服务,包括公用事业、公共工程(大坝、灌渠和道路)以及其他交通部门(铁路、城市交通、海港、水运和机场)。^[44]这一界定为经济学界广为接受,本文讨论的范围也仅限于此,不及于社会公共设施(即所谓受教育水平、社会风尚、生产技术以及管理经验等)。

基础设施的所有权与基础设施所占有、通过的土地的所有权相互独立,两者并不必然属于同一主体。^[45]在承认公路等基础设施可以由除国家之外的民事主体所有的情况下,尚需研究的是,公路等基础设施与其所定着的土地是什么关系?除国家之外的民事主体取得公路等基础设施所有权之后,同时取得该基础设施所定着土地的什么权利?会不会因为所谓“地上定着物 and 其所定着的土地相一致”而丧失对基础设施的所有权?这还得从土地及不动产的权利架构说起。

我国实行土地公有制,^[46]反映在民事权利上即存在国家土地所有权和集体土地所有权两种不同的形态,私人无从取得土地所有权。由此可见,即使融资租赁公司取得地上基础设施的所有权,也无从取得基础设施所定着土地的所有权。在我国现行土地利用制度之下,国家和集体两个土地所有权人均不直接利用土地,他人利用土地需取得相应土地之上的其他权利。就地上定着物与土地之间的利用关系而言,可以表达为物权关系,也可以设计为债权关系。一

[39] 参见丁芸,见前注[2],页74-75。

[40] 同属基础设施的铁路所有权归属规则可以为这一观点提供佐证。《国务院关于改革铁路投融资体制加快推进铁路建设的意见》(国发[2013]33号)指出:“向地方政府和社会资本放开城际铁路、市域(郊)铁路、资源开发性铁路和支线铁路的所有权、经营权,鼓励社会资本投资建设铁路。”

[41] 参见谭向东,见前注[4],页141以下。

[42] 参见丁芸,见前注[2],页1。

[43] 参见谭向东,见前注[4],页1。

[44] 参见谭向东,见前注[2],页2。

[45] 参见王全弟主编:《物权法》,浙江大学出版社2007年版,页133。

[46] 《宪法》第6条第1款规定:“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。”而土地就是最重要的生产资料。

般认为,就此二元体系,当事人可以自由选择,但在契约自由原则之下,债权形态的利用关系总是掌握在土地所有人之手,利用人常常处于弱势境地,但物权形态的利用关系多需登记,增加了交易成本,且透露了个人的财产状况。^[47]由此可见,两者各有优劣。在我国当下,就短期的临时用地多采债权形态的利用关系,由利用人依用地合同享有相应的利用权(债法意义上的);^[48]而就长期、稳定的土地利用关系,则均采物权形态的利用关系,由利用人依用益物权设立合同分别取得建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权和地役权等。基础设施以长期使用为目的,与其定着的土地之间的利用关系以设计为物权关系为宜。

在法律上如何界定基础设施与其定着的土地之间的利用关系呢?就《物权法》规定的各类用益物权而言,唯一可以架构的是建设用地使用权,即在他人土地之上所设立的以建造并保有建筑物、构筑物及其附属设施为目的的用益物权。^[49]我国《物权法》第135条规定:“建设用地使用权人依法对国家所有的土地享有占有、使用和收益的权利,有权利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施。”这里,“建筑物”,是指定着于土地的上下,具有顶盖、梁、柱、墙壁等,可供人们居住或以其他目的使用的人工建造物;^[50]“构筑物”,则是具有居住、生产经营功能的建筑物之外的人工建造物,主要包括道路、桥梁、隧道、堤坝、水渠、水池、水塔等设施,人工养殖设施,以及地窖、地下管网等人工构筑物;^[51]“附属设施”主要是指附属于建筑物、构筑物并辅助其发挥功效的设施,如电线杆、电缆、变压器等电力、广播、通讯设施,以及雕塑、纪念碑等均属此类。^[52]基础设施这一经济学上的术语,可以依其具体性质归入上述“建筑物”、“构筑物”、“附属设施”之列。以公路为例,虽然我国法律上并未对公路的内涵和外延进行明确界定,且《物权法》上同时使用“公路”、“道路”两个词语,但一般认为,“公路”是指经公路主管部门验收认定的城间、城乡间、乡间能行驶汽车的公共道路,包括公路的路基、路面、桥梁、涵洞、隧道。^[53]《中华人民共和国交通部标准·公路工程名词术语》(JTJ002-87)中规定,公路是指联结城市、乡村和工矿基地等,主要供汽车行驶、具备一定技术条件和设施的道路。^[54]“道

[47] 参见谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社2011年版,页426。

[48] 《土地管理法》第57条即规定:“建设项目施工和地质勘查需要临时使用国有土地或者农民集体所有的土地的,由县级以上人民政府土地行政主管部门批准。其中,在城市规划区内的临时用地,在报批前,应当先经有关城市规划行政主管部门同意。土地使用者应当根据土地权属,与有关土地行政主管部门或者农村集体经济组织、村民委员会签订临时使用土地合同,并按照合同的约定支付临时使用土地补偿费。临时使用土地的使用者应当按照临时使用土地合同约定的用途使用土地,并不得修建永久性建筑物。临时使用土地期限一般不超过二年。”

[49] 参见崔建远,见前注[31],页281。

[50] 参见梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2007年版,页38-39;温丰文:《土地法》,台北正中书局1994年版,页30。

[51] 参见崔建远,见前注[31],页281;全国人大常委会法制工作委员会民法室,见前注[25],页254。

[52] 参见王利明,见前注[35],页888;崔建远,见前注[31],页281;梁慧星、陈华彬,见前注[50],页39。

[53] 参见《中华人民共和国公路管理条例》(1987年10月13日国务院发布)第39条第1项。但该条例已为国务院于2011年3月7日发布的《公路安全保护条例》所废止。

[54] 转引自王秉钢,见前注[38],页13。

路”是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方,包括广场、公共停车场等用于公共通行的场所。^[55]由此可见,“道路”的外涵要广于“公路”,但有一点是共同的,即都不属于具有居住、生产经营功能的建筑物,大抵可以归入“构筑物”一类。

由此可见,就公路等构筑物与其定着的土地之间的物权利用关系,公路所有权人应取得公路所定着土地的建设用地使用权,否则公路所有权人对于公路所定着的土地无正当权源,可以归入无权占有,^[56]土地所有权人可以请求排除妨害,拆除构筑物。这也是融资租赁公司相关业务中的风险点。在我国《物权法》之下,虽然土地所有权人与地上定着物(建筑物、构筑物及其附属设施)所有权人并不一致,但仍然坚持地上定着物及其定着土地的权利人相一致的原则。^[57]其第142条规定:“建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人,但有相反证据证明的除外。”但就此并不足以说明公路所有权人应依出让或转让方式取得公路所定着土地的建设用地使用权,例如,公路所有权人可以以租赁方式取得建设用地使用权人的建设用地使用权。^[58]也就是说,融资租赁公司如采取售后回租方式取得公路等基础设施的所有权,同时亦应取得该基础设施所定着土地的建设用地使用权。但这一建设用地使用权可以是在土地一级市场上依土地出让合同自国土资源管理部门取得,也可以是在土地二级市场上依转让合同、租赁合同自原建设用地使用权人处取得。

四、售后回租交易标的物的限制

根据我国《合同法》和《金融租赁公司管理办法》的规定,融资租赁是指出租人根据承租人相对租赁物、供货人的选择或认可,将其从供货人处取得的租赁物提供给承租人占有、使用,承租人支付租金的交易活动。《金融租赁公司管理规定》并将售后回租作为融资租赁交易的一种形式加以界定,其第4条规定:“本办法所称售后回租业务,是指承租人将自有物件出卖给出租人,同时与出租人签定融资租赁合同,再将该物件从出租人处租回的融资租赁形式。售后回租业务是承租人和供货人为同一人的融资租赁方式。”在公路融资租赁中使用售后回租的交易模式,既能优化公路企业的资本结构,又能在不改变公路的管理权和经营权的情况下,及时筹集到大额资金,从而实现公路的滚动发展。^[59]

《金融租赁公司管理规定》指出:“售后回租业务必须有明确的标的物,标的物应当符合本

[55] 《中华人民共和国道路交通安全法》第19条第(一)项。

[56] 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2010年版,页281;崔建远,见前注[31],页302。

[57] 俗称“房地一致原则”,或“房随地走”、“地随房走”。详细分析参见高圣平:“土地与建筑物之间的物权利用关系辨析”,《法学》2012年第9期。

[58] 就国有建设用地使用权的租赁,《土地登记办法》中已规定了此类登记,其第29条规定:“依法以国有土地租赁方式取得国有建设用地使用权的,当事人应当持租赁合同和土地租金缴纳凭证等相关证明材料,申请租赁国有建设用地使用权初始登记。”

[59] 参见卢震玲:“试析售后回租在高速公路融资中的运用”,《企业导报》2009年第6期;谭向东,见前注[4],页73。

办法的规定”(第31条)、“售后回租业务的标的物必须由承租人真实拥有并有权处分。金融租赁公司不得接受已设置任何抵押、权属存在争议或已被司法机关查封、扣押的财产或其所有权存在任何其他瑕疵的财产作为售后回租业务的标的物”(第32条)、“从事售后回租业务的金融租赁公司应真实取得相应标的物的所有权。标的物属于国家法律法规规定其产权转移必须到登记部门进行登记的财产类别的,金融租赁公司应进行相关登记”(第34条)。由此可见,《金融租赁公司管理规定》大抵是认为:售后回租交易的标的物应是承租人现实拥有且有权处分的物。就此,尚有商榷余地。

第一,在“三方当事人、两份合同”的融资租赁交易结构^[60]之下,一个典型的融资租赁交易包括了融资租赁合同(当事人为出租人和承租人)和供货合同(当事人为供货人和出租人)。^[61]售后回租交易的当事人只有出租人和承租人两个当事人,但在解释上,承租人在供货合同充任着供货人的角色、在融资租赁合同中充当着承租人的角色;出租人在供货合同中充任着买受人的角色,在融资租赁合同中充当着出租人的角色。准此,售后回租交易实际上也是两份合同——买卖合同和融资租赁合同,也各有两个当事人,而供货合同的供货人是承租人,恰好符合供货人由承租人指定或认可这一要件。正是基于这一原因,《金融租赁公司管理办法》才将售后回租作为一种融资租赁交易加以规定,融资租赁交易一般规则自应适用于售后回租交易。

第二,在融资租赁交易中,出租人给付租赁物价金、供货人交付标物和承租人给付租金这三个时间点之间通常不一致。一般情况下,出租人给付价金的时间与承租人给付租金的时间是一致的,因为在解释上,出租人一旦给付价金,即发生成本和财务费用,承租人即应自此开始给付价金,而并不以其已经受领租赁物并开始使用租赁物为前提。在契约自由之下,三者之间的关系完全由当事人自由约定,没有必要在法律上进行干预。例如,承租人拟采购某生产厂商生产的成套设备(专用设备),但自有资金不足,寻求融资租赁公司的介入,在融资租赁公司根据承租人的指定与该生产厂商进行洽购时,该生产厂商提出应先预付80%的价款,才能投入生产,半年后才交付该成套设备。就此交易而言,融资租赁公司须先与生产厂商签订供货合同,并先支付大部分设备价款,但生产厂商半年后才交付设备;同时,融资租赁公司须与承租人签订融资租赁合同,租赁物过半年后才交付,但自合同生效之日起,承租人即应按月支付租金。虽然此时承租人并未开始使用租赁物,但基于融资租赁交易融资和融物并存的属性,在融资租赁公司已经开始给付租赁物价金的情况下,承租人自应依约定开始给付租金,而不管其是否使用租赁物。由此可见,融资租赁交易可以以未来财产为标的物而展开。

第三,售后回租交易与此相同。正如前述,售后回租交易与一般融资租赁交易的区别仅在于承租人同时又是供货人。此际,同样可能存在供货人依约定在合同订立后一段期间内交付标的物问题。准此以解,售后回租业务也可以以未来财产为标的物而叙做。《金融租赁公司

[60] 本文作者曾对此提出质疑,参见高圣平等,见前注[8]。不过,这一交易结构模式仍是目前分析相关问题时的起点,本文也由此而展开。

[61] 参见王轶:《租赁合同、融资租赁合同》,法律出版社1999年版,页129;高圣平等,见前注[8]。

管理办法》第 31 条所称的“明确的标的物”,第 32 条所规定的“标的物必须由承租人真实拥有并有权处分”均是从融资租赁标的物必须是现实存在的物为前提,至为可议。承租人向出租人出售租赁物,该租赁物自应是具体明确的物(特定物),这是物权客体的特定性使然,^[62]但特定物仅须为一般社会或经济观念上的特定物即可,非必须为物理上之特定物。^[63]例如,正在建造中的船舶,有相应图纸设计为支撑,在观念上已具有特定化的要求,符合上述标的物的“明确”、“权利人真实拥有并有权处分”等条件,自可作为特定物进行交易,当然也可以叙做融资租赁交易。正在建设中的公路、轨道交通等基础设施亦应作相同解释。准此,即使是未来取得的财产,只要符合特定化的要求,均可作为融资租赁交易的标的物。

《金融租赁公司管理办法》第 34 条所规定:“从事售后回租业务的金融租赁公司应真实取得相应标的物的所有权。标的物属于国家法律法规规定其产权转移必须到登记部门进行登记的财产类别的,金融租赁公司应进行相关登记。”这里依循上述售后回租交易的标的物必须是现实存在的物的路径,就某些物权变动以登记为公示方法的情形,强调应当办理转移登记手续。这一规定欲借物权登记公示来保障融资租赁公司对租赁物的所有权,并以此管控融资租赁公司的交易风险和资产安全,其情可嘉。但是,我国《物权法》区分物权变动是否基于法律行为而引起,作了不同的规定,其中第二章第一节、第二节分别规定基于法律行为的物权变动方法——登记和交付,第三节规定非基于法律行为引起的物权变动。就后者而言,物权变动并不以登记或交付为前提,只需相应法律事实的发生即可发生物权变动。^[64]如《物权法》第 30 条规定:“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的,自事实行为成就时发生效力。”也就是说,基于合法建造行为即可取得物权,而无须登记。准此,如融资租赁公司以售后回租方式叙做某段公路,合同生效后,融资租赁公司即为该公路的所有权人,基于投资而合法建筑该公路,自公路修建完毕,即取得所有权,并不以登记为要件。虽然融资租赁公司此后处分该物权应办理登记,或者说登记是融资租赁公司保全其权利的最适当的方法,但登记却不是融资租赁公司取得所有权的方法。

综上,即使是售后回租交易,标的物也不应仅限于承租人现实拥有的物,只要是特定物,即使是未来财产,也可作为融资租赁的标的物。同时,在售后回租交易中,如果标的物是应登记才取得物权的,应分别不同的情形不同处理:若承租人对标的物已办理了所有权登记的,融资租赁公司应办理转移登记;若标的物尚不具备登记条件,承租人并未办理登记手续的,融资租赁公司可以不办理转移登记,但在标的物具备登记条件时,融资租赁公司应当办理所有权登记。在售后回租交易中,如果标的物是依交付而取得物权的,融资租赁公司自无必要办理所谓转移登记手续。

我国就公路所有权的登记并无明文规定。在我国目前不动产分散登记的情况下,尚不明确公路所有权的登记机关。融资租赁公司在此类项目的尽职调查时无法通过登记簿查询公路

[62] 参见谢在全,见前注[47],页 11;王泽鉴,见前注[56],页 41。

[63] 谢在全,见前注[47],页 12。

[64] 王利明,见前注[35],页 282;梁慧星、陈华彬,见前注[50],页 85;崔建远,见前注[31],页 62-63。

资产的权属现状,存在无法清晰识别资产所有权的风险。但鉴于公路建设事涉基础设施投资,我国一直采取强势管控的模式,融资租赁公司开展此类项目前,可以通过对项目的投资主体、建造批文、验收情况、有无合法划拨手续等进行逐一核查,以降低交易风险。就公路权属的判断,由于我国公路行政管理权由交通主管部门负责,省一级交通主管部门对于公路权属的确认具有一定的公信力,融资租赁公司应取得相关省一级交通主管部门对承租人为公路资产所有权的确认。此外,融资租赁实践中,交易双方基于公路资产的国有财产属性,将公路资产按照国有资产管理体制在产权交易中心挂牌交易,成交后在国有资产管理部登记备案,从而将公路资产转移至融资租赁公司名下。^{〔65〕} 这些做法是在目前没有相应登记制度的无奈之举,但也不失为融资租赁公司控制交易风险的权宜之计。不过,我国不动产统一登记条例已经纳入国务院立法规划,在不久的将来,公路所有权的登记问题有望解决。

五、结 语

市场对金融资源配置的决定性作用,有赖于多层次的金融市场和丰富的金融产品。^{〔66〕} 在当前基础设施投融资体制变革的大背景下,融资租赁在基础设施融资交易中自应有其一席之地。金融市场的细分无疑给融资租赁公司带来了一定的盈利空间,其基于自身经营能力的考量参与基础设施建设,无疑是我们乐于看到的。在法律的边界之内,市场行为本应由市场自行调控,所谓的监管更应体现为对适法交易行为的尊重。金融创新本身就告诉我们,只要风险可控,就不应过度管制,否则会扼杀刚刚勃兴的融资租赁业。对于制定于改革开放之初的法律,我们更应善用法律解释的方法,尽量减少过时的法律规定给金融创新带来的桎梏,而对于相关的金融监管规定,也要契合上位实体法,基于目的性扩张作出相对宽松的解释。唯有如此,才能把握金融创新的原意。

(责任编辑:邓 峰)

〔65〕 参见谭向东,见前注〔4〕,页142。

〔66〕 易纲:“扩大金融业对内对外开放”,载本书编写组:《〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉辅导读本》,人民出版社2013年版,页132。