

GUOJI JINRONG DANBAO
FALU LILUN YU SHIWU

国际金融担保 法律理论与 实务

■ 贺绍奇 著



人民法院出版社

PUBLISHING HOUSE OF PEOPLE'S COURT

国际金融担保法律 理论与实务

贺绍奇 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际金融租赁担保法律理论实务/贺绍奇著. —北京:
人民法院出版社, 2001. 1

ISBN 7-80161-091-1

I. 国… II. 贺 III. 国际法: 金融法: 担保法
IV. D996. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 72592 号

国际金融担保法律理论与实务

贺绍奇 著

人民法院出版社

北京东交民巷 27 号 100745

(电话 65136849 65299981 65134290)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 16.25 印张 397 千字

2001 年 1 月第 1 版 2001 年 1 月第 1 次印刷

印数: 1—3000 册

ISBN 7-80161-091-1/D·091

定价: 24.00 元

前 言

本书是一部关于国际融资中担保法律制度理论与实务的专著，本书对担保制度的论述以银行为中心，内容涉及两个方面，一是国际经济贸易中银行担保，此种担保是银行国际业务的一个重要组成部分；一是银行国际信贷业务中涉及到的各种担保问题。

全书共分为三大部分：

第一部分，即本书上篇，国际信用担保。这一部分系统论述了国际经济贸易中银行担保制度。国际经济贸易中的银行担保在业务上属于银行的国际信用业务，它构成银行的一个主要业务，在担保法上它属于信用担保。国际信用担保主要分为两种：一是传统的从属担保，即保证；一种是独立担保，人们通常称之为无条件的、不可撤销担保。本书主要围绕银行提供这些担保业务在法律上面临的主要问题和风险从理论层面和实践层面进行系统全面的剖析，并结合国际惯例发展的最新动态对银行如何解决这些问题和防范这些风险提出了一些法律对策。尤其是1996年联合国《独立担保和备用信用证公约》颁布前后，国际独立担保发展最新动态。

第二部分是关于国际融资中物权担保制度。物权担保制度在国际上没有统一的立法，也缺乏统一的国际惯例。在国际融资的物权担保就必然涉及到适用国内法，根据冲突规则来解决担保中涉及的法律适用和法律效力问题。本书对主要发达国家英美日法德等国银行普遍接受的的物权担保制度进行了比较研究和论述，

阐述了这些国家融资担保的法律制度和实践作法。英美国家两国的担保制度是以债权人优位为价值取向的,也就是说担保制度涉及着重保护债权人的利益,其担保制度,尤其是其灵活、实用的动产担保制度广为各国银行界所称道,主导着国际融资担保制度的发展方向。传统属于大陆法系的日本、德国和我国台湾地区的担保法都积极借鉴学习英美担保制度一些内容,如英美浮动担保制度、动产担保制度都极大影响了它们担保法的发展。日本、台湾最新担保立法,尤其是动产担保立法都显示出积极向英美担保法靠拢的迹象。在国际融资实践操作中,银行使用的担保文本不仅是英文,而且其内容也更接近于英美担保范式。可以说,英美在物权担保制度上主导着国际担保法的发展。因此,本书比较全面地和系统地论述了英美物权担保制度及其实践做法。以期能够为法律界和银行界提供一个比较全面有关英美融资担保制度的知识,为我国银行也为我国担保法发展提供有益借鉴意义。实际上,由于受香港的影响,我国国内银行在实践中使用的担保文本受香港银行使用的文本的影响,它们有深厚的英美法渊源。

最后一部分是三章专论,它们是:浮动担保制度、船舶和航空器融资担保制度和美国环保法上银行的清污责任。严格说起来,它们都是有关物权担保的,但浮动担保制度和船舶融资担保在实际操作中涉及的技术面和法律面都非常复杂,因此,本书专章进行论述。

美国环保法上银行的清污染责任是在环保呼声日高、人民环保意识觉醒的情况下,原本属于道义上的义务的法律化,是国家法律课以银行的社会责任。它不仅对美国银行产生重大影响,也对国际银行界产生了深远影响。环保责任已成为银行在进行项目融资、接受担保和实现银行债权时所面临的一种新的风险。对于从事国际业务的银行来说,如果不将环保风险纳入其经营决策,不

研究和考察其资金投向的当地或项目涉及到的环保风险，就可能
在经济上造成血本无亏，同时其企业形象也将受到极大损害。

作者：

中国社会科学院法学博士，著述：司法部统编教材《金融法教程》（合著）、《内幕交易法律透析》（独著）、《证券投资基金法律透析》（合著）等共十多本著作，先后在核心刊物上发表论文 20 多篇。

目 录

上篇 国际信用担保制度

第一章 国际信用担保制度的概述	(2)
一、国际信用担保制度的概念.....	(2)
二、国际经济关系中常见的国际信用担保的分类.....	(3)
三、国际信用担保与国内担保的联系与区别.....	(6)
第二章 国际独立担保制度	(10)
一、独立担保制度的产生.....	(10)
二、独立担保的概念及特征.....	(13)
三、独立担保与其邻法律制度的比较.....	(21)
四、如何在实务中区分识别担保的法律性质.....	(27)
五、跟单独立保函.....	(34)
六、跟单独立担保法律关系结构.....	(39)
第三章 在理论和实践中独立担保所涉及到的主要法律问题	(44)
一、担保合同的成立.....	(44)
二、担保的责任范围.....	(47)
三、担保期限.....	(49)
四、保兑.....	(52)
五、基础合同的变更和转让对担保合同的影响.....	(52)
六、付款.....	(53)

七、不公平索赔·····	(58)
八、担保银行付款后的追索权和代位权·····	(75)
九、担保银行付款后对受益人的追回权·····	(77)
十、担保银行付款后申请人与受益人之间的关系·····	(78)
第四章 保证制度 ·····	(80)
一、保证人·····	(81)
二、影响保证效力的主要法律问题·····	(86)
三、保证合同的主要内容及主要法律问题·····	(87)
四、保证人是独立担保人的保证合同的特殊条款·····	(98)
第五章 国际独立担保统一立法运动 ·····	(100)
一、ICC1978 年《合同担保统一规则》·····	(101)
二、1992 年国际商会 458 号规则·····	(106)
三、联合国大会 1996 年《独立担保和备用信用证 公约》·····	(110)
四、结论·····	(115)
五、我国独立担保立法述评·····	(116)

中篇 国际担保物权制度

第六章 概述 ·····	(122)
一、担保物权的特征·····	(122)
二、担保物权在国际融资及经贸往来中的作用·····	(123)
三、担保物权的分类·····	(124)
四、国际融资担保物权中的主要法律问题·····	(127)
第七章 英国的担保物权制度 ·····	(130)
一、担保利益的概念·····	(130)
二、英国法上的物·····	(132)

三、不动产按揭制度·····	(133)
四、债务负担·····	(142)
五、留置·····	(143)
六、质押·····	(144)
七、英国法上担保利益的附系·····	(146)
八、担保利益完善·····	(148)
九、对将来取得财产的担保·····	(151)
十、优先权顺序·····	(153)
十一、货物担保·····	(155)
十二、有价证券担保·····	(157)
十三、债帐或其他应收款担保·····	(161)
第八章 美国的动产担保交易制度·····	(166)
一、美国传统法上的动产担保制度·····	(166)
二、统一商法典动产担保交易制度的显著特点·····	(171)
三、动产担保交易的六要素和担保交易中的物·····	(172)
四、担保利益的创设·····	(175)
五、担保当事人之间的权利和义务·····	(183)
六、担保利益的完善·····	(189)
七、担保权人和其他人之间优先权顺序·····	(205)
八、债务人破产对担保交易的影响·····	(210)
九、担保利益的实现·····	(213)
第九章 德日法三国担保物权制度·····	(221)
一、德国的担保物权制度·····	(221)
二、日本的担保物权制度·····	(225)
三、法国的担保物权制度·····	(227)

下篇 专 论

第十章 德日美英四国非典型担保制度比较	(232)
一、德国.....	(232)
二、日本.....	(234)
三、美国.....	(235)
四、英国.....	(237)
第十一章 船舶和航空器融资担保制度	(247)
一、船舶和航空器融资担保结构.....	(247)
二、登记.....	(249)
三、影响船舶和航空器抵押权的主要因素.....	(253)
四、船舶抵押、航空器抵押的合同约定主要事项.....	(259)
五、违约和抵押的强制执行.....	(261)
六、司法管辖.....	(264)
七、对外国船舶与航空器抵押的承认.....	(268)
八、海事和航空器留置权.....	(272)
九、我国的船舶、航空器融资担保制度.....	(277)
十、我国航空器抵押制度.....	(283)
第十二章 美国环保法上银行的清污责任	(285)
一、美国银行清污责任的由来及发展.....	(286)
二、美国 70—80 年代环保政策、立法产生的背景 及对美国商业银行信贷政策的影响.....	(290)
三、80 年代后半叶美国环保政策、立法的调整及 对银行信贷政策的影响.....	(295)
四、美国环保法上银行的清污责任对国际金融界 及国际金融法产生的影响.....	(306)

五、结论.....	(312)
第十三章 浮动担保	(314)
一、浮动担保的概念与特征.....	(314)
二、债权人对浮动担保的财产享有的优先权.....	(319)
三、浮动担保的结晶.....	(320)
四、浮动担保的不足与缺陷.....	(327)
五、英国浮动担保制度与其他国家的企业担保 制度的比较.....	(328)
六、浮动担保的执行.....	(331)
附录一：国际惯例与公约	(332)
1. 国际备用证惯例	(332)
2. 合约保函统一规则	(371)
3. 开立合约保函的示范格式	(377)
4. 见索即付保函统一规则	(387)
5. 跟单信用证统一惯例（修订本）	(394)
6. 国际商会合同保函统一规则	(425)
附录二：国内有关法律、法规、规章	(434)
1. 中华人民共和国担保法	(434)
2. 境内机构借用国际商业贷款管理办法	(450)
3. 境外进行项目融资管理暂行办法	(459)
4. 境内机构对外担保管理办法	(463)
5. 关于规范对外担保履约审批权限的通知	(467)
6. 关于改进外汇担保项下人民币贷款管理的通知 ...	(468)
7. 境内机构对外担保管理办法实施细则	(471)
8. 境外外汇帐户管理规定	(483)
9. 中国农业银行对外提供外汇担保试行办法	(486)
10. 中国农业银行对外提供外汇担保内部管理规程 ...	(489)

上篇

国际信用担保制度

第一章

国际信用担保制度的概述

一、国际信用担保制度的概念

信用担保，在国内法上又称之为人的担保或保证，它是第三人为担保债务履行合同产生的债务，在债务人违约或无法履行债务的情况下代债务人清偿债务的承诺。国际信用担保是指涉及到涉外因素的信用担保合同，担保具有国际性。担保是否具有国际性，这是确定担保合同关系的法律适用首要的前提。根据联合国《独立担保与备用信用证公约》第4条的规定，确定担保的国际性主要依据是担保法律关系的当事人的营业住所，它是指：（1）担保人或开证行、受益人、申请人、通知人、保兑人等当事人中任何一方与其他方不在同一国家；（2）在确定上述当事人的营业地点时，如果当事人有多个营业地点，与担保最密切的联系营业地点与其他关系人不在同一国家，担保仍被认定具有国际性；（3）如果当事人的住所没有在担保中明确，但提到其惯常居住地，只要其惯常居住地与其他关系人不在同一国家，该担保就具有国际性。

符合上述任何一种情况，该担保即具有国际性。因此根据上述规定，担保的国际性主要表现在三个方面：

（一）该担保本身具有国际性；即：担保合同双方当事人不在同一国家同一法律管辖之内；

（二）担保赖以产生的基础合同关系具有国际性，合同关系的当事人不在同一国家或同一法律管辖之中；

（三）反担保关系具有国际性。反担保当事人不在同一国家之中或同一法律管辖之下。

凡属于上述任何一种情形，该担保均为国际担保。

二、国际经济关系中常见的国际信用担保的分类

国际信用担保的发展受到具体的国际经济环境，各国的法律传统及当事人的偏好影响而发展出多种不同类别的担保制度，当事人在具体的国际商务中根据具体交易情况，根据自己可能承担的权、责和风险，权衡各种因素，选择担保的种类。国际信用担保按不同的分类标准可以分为以下几种：

1. 国际信用担保按其与基础合同的关系来分，可分为独立担保和从属性担保。独立担保又称之为无条件担保、见索即付担保、凭要求即付担保，它是指担保虽是因为基础合同而产生的，但一旦担保成立生效，它就独立于基础合同关系而构成一种担保人对受益人承担的独立之债。在受益人根据担保的约定进行索赔时，除构成明显的欺诈外，担保人付款责任是绝对的、无条件的。担保人不能援引基础合同的任何抗辩。担保也不因为基础合同无效、解除而无效或终止。

从属性担保是指担保责任是第二位的，从属于主债务的，担

保人享有基础合同所产生的一切抗辩权的担保。担保因主合同存在而存在，因主合同无效或解除而无效或终止。它是无法独立于主合同而存在的。

2. 按担保的债性质来分，可分为：

(1) 投标担保。投标担保是指银行、保险公司或其他当事人应投标人的委托向招标人承诺，或按照担保申请人授权的通知行的指示向招标人承诺，在申请人不履行其投标产生的义务时（即中标后不与招标人签订合同），担保人在约定的限度内向受益人赔偿。保函的目的是为了补偿受益人在投标人中标后不与其签订合同，招标人不得不另行与他人签订合同而支出的费用。如投标人不得不另行起草标书、重新招标等，这笔开支是巨大的。保函可以以固定的金额，也可以按投标金额的比例约定。一旦中标并签约，保函就被履约保函所代替。投标保函可以设定为在签约后自动转化为履约保函。如客户没有按要求的时间开出履约保函，中标人可以自由决定解除合同，还是继续请求开出保函。如投标失败，没有中标，保函应退还给投标人。投标保函普遍存在的问题是保函单方面的被延长。通常保函的有效期是 90 天，但发包人常常在 90 天还不能决标，所以通常要求延期，有时会延长到好几个月，这样就会给投标方带来汇率变动的风险，可能因为汇率的原因，价格变得无法接受了，因此，在出具保函时，一定要考虑这一问题。

(2) 预付款返还担保。它是指银行、保险公司或其他当事人承诺，当申请人没有按照他与受益人的合同规定，偿付受益人向他预防的款项时，担保人将在保函的约定限度内向受益人赔偿。

(3) 履约担保。履约担保是指担保人承诺，如果担保申请人不履行他与受益人之间订立的合同时，应由申请人在约定的金额限度内向受益人付款，或者，如果担保函规定有选择的话，担保

人亦可选择合同的履行。履约保函通常在合同签订后的几周内就要求开出。虽然在某些情况下,尤其是可转让合同,保函在合同履行时出具。如果在履行前开出,开出行要确定保函只有在合同已履行的情况下才有效。通常,履约保函常按合同金额的10%开出(但有的国家有法定比例,如沙特阿拉伯规定只能为5%)。通常它规定,担保金额随合同项下债务履行的进度而递减,因为它被视为对整个合同的履行的担保。

(4) 扣留金保函 (RETENTION GUARANTEE)。所谓扣留金是指在土木工程建筑与交钥匙合同中,通常都规定在合同结算时,如初步验收后工程质量合格,发包方扣留部分工程款作为工程的质量的担保,这部分未付余额(通常为整个价款的5%)就称之为扣留金。该部分余额只有在工程验收全部合格后才支付。如承包人为取得全部款项,要发包人不予扣留,则承包人就要提供扣留金担保。在工程最后验收中若发现质量问题,担保人就要向发包人支付约定的款项。

3. 根据当事人的传统和习惯,可分为欧洲银行保函和美国的备用信用证。在长期的国际商务实践中,国际上的信用担保发展为两大传统和惯例,欧洲长期以来对外提供担保都是银行或保险公司应申请人要求,出具保函为债权人提供担保,保函是欧洲和受欧洲银行惯例影响国家和地区普遍采用的担保形式。

而在美国,因为法律禁止银行从事担保业务,银行受监管的限制,银行发明了备用信用证这种担保工具来规避法律的管制。备用信用证是银行应客户的委托,开出的在债务人违约或不履行债务时,受益人根据信用证规定的条件向开证行请求付款,开证行以自己的信用来保证债务人债务的履行担保。在美国法律上,信用证是商业信用证的一种,除其特殊的规定之外,适用信用证的一般规定。1978年国际商会《跟单信用证统一惯例》将备用信用