

国际金融法论丛

教育部人文社会科学研究“十五”规划资助项目

# 国际融资担保的 创新与借鉴

李国安 ◎主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

教育部人文社会科学研究“十五”规划资助项目

# 国际融资担保的 创新与借鉴

李国安 主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

SBU32/06

## 图书在版编目(CIP)数据

国际融资担保的创新与借鉴/李国安主编. —北京:北京大学出版社, 2005.6

(国际金融法论丛)

ISBN 7-301-09099-4

I. 国… II. 李… III. 国际金融-融资-担保法-研究-世界  
IV. D912.284

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 047938 号

**书 名: 国际融资担保的创新与借鉴**

著作责任者: 李国安 主编

责任编辑: 王晓娟

标准书号: ISBN 7-301-09099-4/D·1201

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: [pl@pup.pku.edu.cn](mailto:pl@pup.pku.edu.cn)

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 20.5 印张 346 千字

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

## 序 言

20 世纪上半期以来,国际融资担保方式及其相应的法律制度发生了前所未有的创新和变革,尤其是 20 世纪 70 年代以来,随着金融自由化、全球化和信息化的快速推进,国际担保方式也顺应国际经济交易方式的高效率和多样化需求,在国际商人组织实用主义理念的推动下,大胆突破传统担保制度的束缚,在国际商务实践中进行了务实的创新。

在国际融资担保领域,传统的担保方式通常分为物的担保和人的担保。在物的担保中,跨国的抵押或质押,常常因各国的担保和物权法律制度的不同而在其设立和执行过程中遇到各种难以逾越的法律障碍或现实的困难,如登记制度的不同、实际行使担保权的程序差异以及跨国移转担保物占有的实际不便等。这些制度上的差异和现实的障碍,往往使担保权人费了九牛二虎之力却未必能真正有效地实现其优先受偿的目的。而人的担保,即传统的保证(即使是连带责任保证),则要求债权人须证明债务人违约事实的实际存在,才能行使对保证人的追偿权。如果约定为一般保证,则更要求债权人须在用尽对债务人的一切追偿权之后,才能要求保证人承担保证责任。这些制约因素的存在,一方面使受益人在实际向保证人行使追偿权之前,不得不耗费大量的时间和财物去证明债务人违约事实的存在,甚至包括诉诸繁杂和旷日持久的国际诉讼,另一方面则使保证人卷入其并不熟悉的基础合同的纠纷之中。在瞬息万变的国际市场面前,这些传统的、种类单调和低效率的担保方式形同“老牛拉破车”。这对于已经习惯了快节奏经济运行方式、崇尚“效率优先”理念的国际融资债权人和保证人来说都是难以接受的。于是,国际融资担保方式的创新已不是一种时髦或标新立异,而是国际商事活动的现实需要。

纵观 20 世纪以来的国际融资担保方式创新,主要表现集中在以下几个方面:

第一,冲破传统的从属性担保方式的束缚,创造性地成就了以独立性、无条件性和单据化为特征的独立担保方式(如见索即付保函和备用信用证);

第二,冲破传统的物权法“一物一权”观念的束缚,实现了以转移所有权代替移转担保物占有为特征的担保方式的运用和推广(如让与担保和国际融资租赁);

第三,在以债权为质押的担保方式的基础上,创设了以债权的直接转让创造现金流的方式代替担保融资而满足债权人的融资需求的变革(如应收账款转让和国际保理);

第四,冲破了传统的担保方式对确定的、现实存在的担保物的固守,引入了以债务人的总括性财产(包括现在的和将来的财产)设立担保的浮动担保方式;

第五,冲破了传统的担保旨在实现特定债权的单一目的需求,通过资产的证券化,实现了融担保与融资于一体的综合经济交易目的的创新。

正是这些务实的国际担保方式的创新,为国际融资担保实践注入了新的活力。独立担保方式的引入,克服了传统的保证所固有的从属性弊端,使保证人承担了独立、不可撤销和无条件的付款义务;而各种创新的物权担保方式,则在兼蓄传统的抵押和质押的优点的同时,克服了以固定的物设立担保所难以逾越的种种障碍,为国际债权人提供了灵活和高效率的多样化担保工具,实现了国际商人对“效率”的无限追求。

国际融资担保方式的创新体现了国际经济交往的需求,实践了经济全球化背景下对效率的追求和创意。根据经济基础与上层建筑关系的理论,国际融资担保方式的创新必然带动相关法律制度的变革和创新,而创新的国际融资担保法律制度又将反过来对融资担保方式起到直接的规范和导向作用,进而推动创新的担保方式的进一步发展和在更广泛的范围内的运用。国际商会通过的《见索即付保函统一规则》和《国际备用信用证惯例》,联合国国际贸易法委员会通过的《独立保函与备用信用证公约》和《国际贸易中应收账款转让公约》,国际统一私法协会通过的《国际保理公约》和《国际融资租赁公约》等国际条约和惯例,为国际融资担保方式及其制度创新的研究提供了丰富的素材。通过对这些国际条约、惯例及各国相关法律制度的研究,厘清了国际融资担保方式及其法律制度创新的规律,即国际融资担保的创新适应了国际经济交往的现实需要,而国际融资担保制度的创新则为创新的国际融资担保方式的进一步发展提供了保驾护航的制度基础。

中国“入世”以来,伴随着跨国贸易和投资的进一步发展,跨国的金融服

务也赢得了前所未有的发展机遇和空间。在融入全球化、自由化的国际经济潮流的过程中,国际经济活动遵循国际惯例和国际规则已成必行之势。因此,谙熟国际规则,研究国际惯例,使之有效地为我所用,已是我国实务界和理论界共同面临和亟待解决的重要课题。本书力图通过对国际融资担保制度创新的法律理论与实践问题的研究,吸收国际上创新国际融资担保法律制度的先进经验,为我国国际融资担保方式的创新实践排除可能存在的法律障碍,为我国融资担保制度的创新提供可资借鉴的理论依据。

编 者

2005年5月15日

# CONTENTS 目 录

---

|                          |          |
|--------------------------|----------|
| <b>第一章 国际融资担保的创新</b>     | <b>1</b> |
| 第一节 国际融资担保及其创新的背景        | 1        |
| 第二节 国际融资担保创新的特点<br>与法律监管 | 4        |
| 第三节 我国现行的担保制度及其<br>创新趋向  | 9        |

---

|                              |           |
|------------------------------|-----------|
| <b>第二章 独立担保法律问题研究</b>        | <b>12</b> |
| 第一节 独立担保的国际实践及其<br>法律特征      | 12        |
| 一、独立担保制度的产生背景                | 12        |
| 二、独立担保在欧美的不同实践               | 13        |
| 三、独立担保的国际立法实践                | 14        |
| 四、独立担保的性质与特征                 | 18        |
| 五、独立保函与跟单信用证的比较              | 21        |
| 第二节 独立保函出具与履行的法律问题           | 22        |
| 一、独立担保法律关系生效的要件<br>及其在实践中的矛盾 | 23        |
| 二、独立保函修改的可能性及其对<br>各方当事人的约束力 | 25        |
| 三、独立保函相关权利的转让                | 28        |
| 四、受益人付款请求的“适当性”要求            | 32        |
| 五、担保人审单的谨慎要求与拒付的<br>程序要件     | 36        |
| 六、担保人的追偿权                    | 39        |
| 七、独立担保法律关系的终止                | 40        |

## CONTENTS 目 录

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| 第三节 独立担保中的欺诈法律问题            | 41 |
| 一、独立担保的制度缺陷                 | 42 |
| 二、受益人欺诈索赔的认定                | 43 |
| 三、担保人或申请人行使欺诈例外<br>抗辩权的依据   | 45 |
| 四、申请法院止付令对反欺诈索赔的<br>特殊有效性   | 48 |
| 第四节 我国独立担保的立法与实践            | 51 |
| 一、我国独立担保的业务实践               | 51 |
| 二、我国独立担保的立法实践               | 52 |
| 三、我国独立担保的司法实践               | 54 |
| 四、我国独立担保制度的构建与完善            | 56 |
| <hr/>                       |    |
| 第三章 转移所有权或债权的担保及其<br>法律问题研究 | 64 |
| 第一节 转移所有权或债权的担保概述           | 64 |
| 一、转移所有权或债权的担保对传统<br>担保的创新   | 64 |
| 二、转移所有权或债权的担保的国际<br>立法与实践   | 66 |
| 第二节 让与担保                    | 67 |
| 一、让与担保的内涵                   | 67 |
| 二、让与担保与相关法律制度的区别<br>和联系     | 69 |
| 三、让与担保制度的社会机能及其弊端           | 75 |
| 四、让与担保的法律性质                 | 78 |

CONTENTS

目 录

|                      |         |
|----------------------|---------|
| 五、让与担保的公示            | 82      |
| 六、让与担保在我国的实践         | 86      |
| 第三节  国际融资租赁及其担保的法律问题 | 92      |
| 一、国际融资租赁及其担保法律关系     | 93      |
| 二、国际融资租赁与担保的法律问题     | 95      |
| 第四节  应收款转让与国际融资担保    | 104     |
| 一、应收款转让及其融资担保功能      | 104     |
| 二、两大法系应收款转让制度及其国际协调  | 112     |
| 三、应收款转让中的若干具体法律问题    | 127     |
| 第五节  国际保理与国际融资担保     | 143     |
| 一、国际保理概述             | 143     |
| 二、国际保理的担保创新特点        | 148     |
| 三、国际保理中的法律问题         | 153     |
| 四、国际保理的新发展与我国的实践     | 159     |
| <br>第四章  浮动担保法律问题研究  | <br>165 |
| 第一节  浮动担保概述          | 165     |
| 一、浮动担保的历史演进          | 166     |
| 二、浮动担保的创新及其与固定担保的比较  | 170     |
| 第二节  英国法上的浮动担保       | 172     |
| 一、浮动担保的理论基础          | 173     |
| 二、浮动担保的设定            | 174     |
| 三、债务人的自由处分权及其限制      | 177     |

## CONTENTS 目 录

|                               |         |
|-------------------------------|---------|
| 四、浮动担保的结晶                     | 178     |
| 五、浮动担保的优先权顺序                  | 181     |
| 六、浮动担保的登记                     | 183     |
| 七、浮动担保的新发展——低权浮动担保            | 186     |
| 第三节  美国法上的后获财产担保              | 190     |
| 一、美国后获财产担保制度的演进及其<br>基本内容     | 191     |
| 二、美国后获财产担保的设定方式               | 194     |
| 三、美国破产法中的后获财产担保               | 195     |
| 第四节  项目融资中的浮动担保               | 198     |
| 一、项目融资中的风险防范及担保<br>的必要性       | 199     |
| 二、项目融资中的浮动担保                  | 200     |
| 第五节  我国浮动担保法律制度<br>及其完善       | 205     |
| 一、我国移植浮动担保制度的法律障碍             | 205     |
| 二、我国移植浮动担保制度的可能性              | 210     |
| 三、我国浮动担保的制度设计                 | 212     |
| <br>第五章  资产证券化融资担保法律问题研究      | <br>217 |
| 第一节  资产证券化及其法律制度概述            | 217     |
| 一、金融创新与法律变革：资产证券化<br>及其法制发展轨迹 | 217     |
| 二、资产证券化法律制度的一般框架              | 227     |

CONTENTS

目 录

|                 |     |
|-----------------|-----|
| 第二节 资产证券化中的担保法律 |     |
| 问题研究            | 249 |
| 一、资产证券化的信用基础    | 249 |
| 二、资产证券化信用基础的构建  | 253 |
| 三、资产证券化的担保机理    | 278 |
| 第三节 中国资产证券化若干法律 |     |
| 问题研究            | 296 |
| 一、中国资产证券化实践回顾   | 297 |
| 二、我国资产证券化法制建设   |     |
| 若干问题分析          | 301 |
| <hr/>           |     |
| 后 记             | 317 |

# 第一章 国际融资担保的创新

## 第一节 国际融资担保及其创新的背景

国际融资泛指以各种手段跨国取得资金的活动,包括国际贷款、国际证券融资及其他跨国融资方式。由于国际融资的跨国性,使其存在比国内贷款更多、更大的风险,其中最主要的就是借款人到期拒绝还款的风险。为防患于未然,国际融资债权人通常都通过一定的担保方式来降低这一风险。

现代国际融资所面临的风险主要有操作风险、市场风险、信用风险和其他风险。操作风险是指由于内部管理程序、人员和计算机系统的不完善或失灵而导致损失的可能性。对于操作风险,银行可通过内部约束机制和管理纪律的完善加以控制,如在具体的运作过程中加强监督、实行交易分散化、信贷限额等经营策略,即通过对其金融产品、交易伙伴、业务活动的分散化,实现规避和降低风险目的。市场风险一般是指市场利率或价格的逆向变化对银行的资产负债价值、收益所产生的影响。市场风险的影响是以净利润或净资产的减少来衡量的。在国际融资领域,市场风险一般包括利率风险、汇率风险和市场价格风险。市场风险的化解,首先可能通过事前评估和合理搭配业务,即贷款机构根据各项业务的获利能力、市场机会和自身的长期战略定期调整各项业务、各部门间的资本配置,使银行获取预期收益的风险最小化。其次,市场风险的控制还需要一套准确的预警系统和灵活的应变机制,以便在风险发生时将损失降到最低的水平。

如果说操作风险与市场风险都具有一定的客观性,可以通过内部管理制度和经营策略的调整进行防范,那么,信用风险则带有较大的主观性,是借贷双方之间存在利益分歧的重要表现。由于信用风险无法仅依靠单方的制度调整就能控制,所以,信用风险对资金安全提出了更大的挑战。

在国际融资中,信用风险指的是因交易一方不能履行或不能完全履行合同义务而给另一方造成损失的风险。信用风险发生的原因是多方面的,可能是债务人经营作风不良而拒不还款,也可能是债务人经营不善或因受市场需求、市场价格波动的影响或因战乱或其他社会动荡而导致其营业收

入减少、清偿能力下降甚至丧失,确实无力清偿贷款。

具体来说,信用风险可分为两大类,即借款人的履约能力方面的风险和借款人的履约诚意方面的风险。对借款人的履约能力和履约诚意的认定,往往需要获取大量的信息,包括借款人的经营情况、盈利能力、融资项目的具体安排、可预期的收入、以往的信用记录等信息,才能作出较客观的评级和认定,进而为信用风险的防范提供可靠的依据。在跨国融资中,由于借贷双方相隔遥远,在信息的获取上成本较高、难度较大,而信息的阻隔可能对借款人信用的准确评估造成难以克服的困难。另一方面,在贷款的使用方面,贷款人本应经常性地对借款人的资金使用情况、按期提取还款基金情况进行监督,并及时处理可能对贷款的偿还造成不利影响的突发性事件。但在国际融资中,由于借贷双方远隔两地,这样的监控往往难以实现;同时,由于贷款人对借款人所在地的市场、法律和政策的陌生,即使实施监控,也很难取得预期的效果。

当然,对于已经发生的信用风险,贷款人也可采取一定的事后救济。依具体情况而定,贷款人可向法院提起诉讼,请求判令借款人偿还到期贷款本息,对于借款人已丧失清偿能力乃至破产的,则可向破产管理人申报其贷款债权。但是,一方面,国际贷款人往往不愿意面对后果难以预料而且颇耗人力和物力的跨国诉讼;另一方面,除了少数故意拖延还款的情况之外,借款人到期未能还款往往是因财力枯竭而无力偿还,甚至已陷入破产状态。因此,即使贷款人积极采用各种事后救济措施,其效果也往往不尽如人意。可见,在借款人的信用难以把握的情况下(即使是在提供贷款时信用良好的借款人,也未必能确保在整个贷款期间都具有良好的还款能力),事先防范应是国际贷款人在提供贷款之时应精心筹划的重要步骤之一。而最有效的信用风险防范措施应是,要求借款人就借款的偿还提供有效的人的担保和物的担保。人的担保即信用担保,是担保人以其信用为借款人的借款提供还款保证的担保方式;物的担保是以一定的物为借款人的借款提供还款担保的担保方式。与国内融资相比,国际融资的情况更加复杂,因此,它的担保方式具有与国内融资担保不同的特征:

(1) 国际融资担保更强调担保的可靠性。由于跨国融资的信用风险一般来说高于国内融资,因此,国际贷款人往往更加注重担保产品的可靠性。具体表现在,贷款人往往要求担保物具有更强的流动性和可变现性,对担保人则要求采用国际性的评级标准对其信用进行评级,并仅接受信用卓著的担保人为借款人的借款提供担保。

(2) 国际融资担保往往要求担保本地化。在跨国融资中,由于信息取得的障碍,贷款人对借款人的履约能力和履约诚意可能无法充分了解和准确把握,因此,在大多数情况下,贷款人往往要求借款人以贷款人所在当地的担保人或担保物为其借款提供担保。显然,对于贷款人来说,当地担保人的信用和当地担保物的价值,较之国外的担保人和担保物更容易作出正确的评估,即使发生了借款人到期不还款的情况,向当地担保人追偿或执行位于本地的担保物,其成本也会比跨国追偿要低得多。

(3) 国际融资担保往往存在更复杂的法律问题。由于国际融资与担保的各方当事人往往位于不同的国家,其各自国家的法律、政策和行业惯例也存在差别,因此,国际融资担保更强调在合同中明确规定各自的法律责任,以免一旦发生纠纷,各方的权利得不到预期的保障。当然,在大多数情况下,国际融资担保合同会选择较成熟的国际金融惯例作为其准据法,但是,法律和惯例的制订和编纂往往不得不考虑其普遍适用性,同时,不同国家的法律或不同国际惯例的选择和适用,也可能与当事人订约时的良好预期相违背,因此,当事人权利义务的体现最终还是依赖于担保合同的具体规定。

尽管国际融资最初是为国际货物贸易提供服务而产生的,但在其长期的发展过程中,其业务范围已远远超出为跨国贸易提供融资的便利,并拓展到为项目建设、设备租赁、投资等非贸易活动提供融资。随着金融自由化和全球化的逐步推进,国际金融市场的风险也出现了许多新的特征,这从20世纪90年代以后的金融危机中可见一斑。20世纪90年代的新情况突出表现为金融市场与实际生产和贸易的逐渐脱钩,金融的投机性和资金的流动性急速膨胀,这使金融的不稳定性达到了史无前例的程度。

金融危机的产生大多源于金融衍生工具的信用膨胀和表外业务的失控,而金融投机的泛滥,又必然导致银行信贷风险加大。特别是在信贷资金大量流入证券市场的场合,一旦发生证券市场危机,往往同时引发债务危机,使银行深陷不良债权的泥潭。但是,对于银行来说,只有资金的流动,才能体现资金的价值,并为银行带来利润。在激烈的金融市场竞争中,为了谋求生存与发展,各市场主体只有进行深入的体制改革,锐意创新,提高自身的竞争力,才可能在竞争中立于不败之地。为了能在追求资金流动性的同时,实现经营的安全性,国际贷款人对跨国融资的安全性进行了积极的探索,尤其是对作为事先防范措施的担保方式进行大胆的创新,以契合以自由化、全球化和电子化为主要特征的现代金融的发展需要。

20世纪70年代以来,世界范围的金融工具、金融交易方式和金融监管

都发生了革命性的变化,人们将金融领域的这些变革称为金融创新。一般认为,金融创新是指金融内部通过各种要素的重新组合和创造性变革所创造或引进的新事物。<sup>①</sup>在不同的历史阶段,为了不同的特殊需要,金融创新往往有着不同的表现形式。近年来,在融资担保领域表现出来的新现象基本上正是反映了这样的创新思路。从金融机构的创新动力考察,金融创新可表现为“获利性创新”、“避管性创新”、“避险性创新”及“扩源性创新”。<sup>②</sup>尽管国际融资担保方式的创新与“避险性的创新”在追求资金的安全性和流动性方面并无不同,两者所意图规避的风险却是截然不同的。一般而言,“避险性创新”所要规避的风险是在金融自由化背景下利率和汇率的不规则波动而可能遭致的损失;而国际融资担保方式的创新所要规避的风险则是金融全球化背景下对位于异国的债务人的信用难以准确把握而可能带来的损失。尽管担保的原始职能就是为资金的安全提供保障,但这一基本职能在晚近的国际融资实践中得到了进一步的强调。在金融自由化、全球化和电子化的背景下,国际融资的风险变得更加复杂,贷款人不得不针对不同的贷款对象、贷款用途和贷款期限等因素采取不同的担保方式、设置不同的担保条件,这就是国际融资担保创新的一个重要原因。与此同时,随着国际金融交易的多元化、专业化趋势日益显现,人们发现,更多主体的参与、更广阔的流动市场和更大范围的风险分摊安排是国际贷款人得以同时保障资金流动性和安全性的有效方法,于是一大批多方参与、利益共享、风险共担的国际融资担保创新工具应运而生,如资产证券化、BOT、融资租赁等担保方式都体现了这样的创新趋向。

## 第二节 国际融资担保创新的特点与法律监管

传统的担保方式包括保证、抵押、质押、留置和定金,而在国际融资中,常用的担保方式主要是保证、抵押和质押。保证是指由合同当事人约定,债务人请求第三人作为保证人,在自己不能履行合同时,由第三人代为履行或清偿的担保方式。在抵押方式中,债务人或第三人向债权人提供特定的财产作为担保,当债务人不能如约履行合同时,抵押权人可依法请求拍卖或变

---

① 程刚:《金融创新理论与中国金融创新的路径探讨》, [http://www.zgjzj.com/jrcx/new\\_page\\_2.htm](http://www.zgjzj.com/jrcx/new_page_2.htm), 2004-07-21。

② 同上。

卖抵押物,并从中优先受偿。质押分为动产质押与权利质押,出质人将质物转移给债权人占有,债权人并享有收取质物孳息的权利和负有妥善保管质物的义务,债务人到期未履行债务的,债权人可依法请求拍卖、变卖质押物,并从中优先受偿。无论是保证、抵押还是质押,都处于从合同的地位,依赖于主合同的存在而存在,依主合同的变更或消灭而变更或消灭。

与传统的担保方式不同,创新的国际融资担保方式,或具有独立性特征,或具有移转所有权特征,或具有浮动性特征,且往往都具有总括性特征。典型的国际融资担保创新方式如见索即付保函、备用信用证、浮动抵押、让与担保和资产证券化担保等,它们都在不同程度上展现了上述法律特征:

(1) 独立性。见索即付保函、备用信用证等担保方式都具有显著的独立性特征,因而也常被合称为独立担保方式。在这些担保方式下,保证人履行保证义务和债权人(受益人)行使付款请求权均仅以独立担保合同(见索即付保函、备用信用证或其他具有相同或类似效果的法律文书)为根据,除非存在债权人明显的欺诈或单据伪造,基础合同的履行情况、债务人与保证人之间的纷争等均不影响独立担保合同的履行,不得成为保证人拒绝付款的理由和根据。

独立担保所具有的独立性特征正是对传统保证方式的从属性特征的突破。传统的保证分为连带责任保证与一般性保证,两种保证义务的履行都离不开基础合同的履行,只有在证明基础合同的债务人到期不还款时,才能要求保证人履行保证义务。在一般保证的情况下,还要求受益人须用尽对债务人的一切救济方法仍未能满足自己的债权要求,才能请求保证人履行保证义务(即保证人拥有先诉抗辩权)。因此,在传统保证中,对基础合同履行情况的有效举证是受益人请求付款的一项非常重要的前提,而这种举证对国际融资债权人来说则是一项成本极高的繁琐负担。在很多情况下,国际贷款人往往是基于对本地保证人的信赖而将资金贷给国外借款人的,而贷款人对位于境外借款人的履约信用和履约能力等情况则未必有充分的了解;在融资合同履行过程中,也由于双方相隔两地而难以对债务人的财务状况和履约信用实施有效的动态监督。在这种情况下,如果要求国际贷款人必须对借款人的违约事实进行举证并须等待用尽对借款人的一切救济之后才能寻求保证人履行保证义务,那么,这样的保证对国际贷款人来说可能是十分低效因而也是难以接受的。因此,在国际融资担保实践中,逐步发展出了具有独立性特征的担保方式。在独立性担保的条件下,担保权利的行使和担保义务的履行都变得十分简便和快捷。

与传统保证不同的是,独立性担保并不是基础合同的从合同,而是一个完全独立的法律文件。担保人承担付款责任,并不是基于债务人违约事实的存在,而是受益人提交了与独立性担保合同的规定相符的索赔书及相关单据。独立性担保的担保人在付款之前无须调查基础合同的债务人(申请人)是否违约、债权人(受益人)是否已履行其在基础合同中的义务,更无须事先征求申请人的同意。独立担保人的付款行为与作为独立担保合同订立基础的基础合同及委托担保申请书完全相互独立,就像借款人是贷款合同的主债务人一样,担保人是独立担保合同的主债务人,其保证义务的履行是无条件的、绝对的和不可撤销的。

(2) 移转担保物所有权或债权。在传统的物的担保方式中,质押须将担保物交付债权人占有,而用于设立抵押的物则多是不动产或汽车、设备等大型固定资产,无须在提供担保时转移给债权人占有,但必须在物权凭证上加注抵押注册。无论是质押还是抵押,在设立担保时都不会将担保物的所有权或债权(在权利质押的场合)转让给债权人。而且,大多数国家的法律甚至不允许担保合同约定在债务人违约而需要执行担保合同时,担保物直接归债权人所有,而只能通过拍卖或变卖担保物的方式,使债权人从拍卖或变卖的价款中优先受偿。但是,在国际融资担保实践中,传统、典型的物权担保方式已不能完全满足当事人的需要,以移转担保物所有权或债权为特征的担保方式不断涌现,从而完全突破了传统的物的担保方式所具有的不移转担保物所有权或债权的典型特征,导致担保物权直接侵入到所有权的领地而使两者本来泾渭分明的关系变得扑朔迷离。

以移转担保物所有权或债权为特征的此类创新担保方式,是以移转标的物所有权或债权的形式来实现债权担保目的的。在这类担保条件下,债务人或第三人为担保债务人的债务偿还,将担保标的物的所有权或债权直接转移给债权人,并约定在债务清偿后,债权人应将担保标的物的所有权或债权返还债务人或第三人,即只有在债务未获清偿时,债权人才可依约定行使担保标的物的权利(所有权或债权)并优先受偿。<sup>①</sup>例如,在国际保理中,保理商通过保理协议购买了债权,而不是将债权作为质押。在银行的债权质押融资实践中,当银行接受代表出口商债权的各项单据凭证作为质押品

<sup>①</sup> 由于我国台湾地区的判例承认让与担保制度,因此,有关让与担保的研究较祖国大陆为早且深入,我国台湾地区诸多学者有关让与担保的定义虽不一而足,但大多大同小异。具体可参见陈荣隆:《让与担保之实行》,载于《法令月刊》(台湾)第51卷第10期(2000年10月),第380页注[5]。