

工商首领系列

6

涉外担保 法律与实务

• 张 磊 编著 •



SHEWAI
DANBAO FALU YU SHIWU

中国经济出版社

涉外担保法律与实务

张 磊 编著

中国经济出版社

图书在版编目(CIP)数据

涉外担保法律与实务/张磊编著. —北京: 中国经济出版社,
1997.9

(工商首脑系列丛书)

ISBN 7-5017-3994-3

I. 涉… II. 张… III. 涉外经济—经济合同—担保—法规
基本知识 中国 IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 19961 号

责任编辑: 邵 岩

封面设计: 高书精

涉外担保法律与实务

张 磊 编著

*

中国经济出版社出版发行

(北京市百万庄北街3号)

邮编: 100037

各地新华书店经销

北京通县建新印刷厂印刷

*

850×1168毫米 1/32 15.125印张 389千字

1997年9月第1版 1997年9月第1次印刷

印数: 6000册

ISBN 7-5017-3994-3/D·85

定价: 22.00元

前 言

随着中国改革开放的不断深入，中国吸引外资、扩大外贸出口、进一步与国际金融、国际贸易接轨工作得到了拓展。当前，动荡的国际金融市场和激烈的贸易竞争使得中国在国际间的融资和贸易中大量使用担保，这带动了中国涉外担保业务的飞速发展。涉外担保对中国来说，还是一项崭新的业务，它与国内担保在做法上有许多不同之处，而相应这方面专门、系统介绍这方面知识的书籍还为之甚少，这与我国涉外担保业务的发展是极不相称的。另外，中国人民银行新颁布的《境内机构对外担保管理办法》也亟需有书籍对之诠释，以便于在对外担保业务中得到贯彻执行。据此，作者萌发编写本书的想法。

本书较全面、系统阐述了对外经贸往来中所使用的保证、独立保证、备用信用证、安慰信、物权担保等各种涉外担保方式的概念、作用、法律性质、法律特征以及法律问题。在此基础上，本书介绍了常见担保业务，如融资担保，租赁担保、贸易担保、境外工程承包担保等具体担保业务的操作和注意重点。以期读者对涉外担保有一个全新的概念和认识，并以此来指导具体业务实践。

1996年9月颁布的《境内机构对外担保管理办法》，是我国对外担保业务所应遵循的准则。本书系统介绍了我国对外担保管理的目的、原则以及具体的对外担保管理制度，帮助读者理解和贯彻执行该《办法》，以便在对外担保业务中，维护国家以及国内外当事人的利益。

涉外担保大都是与基础合同无依从关系的独立合同。它结构周密、用词严谨，可以有效避免因担保债务而产生的各种纠纷。在国内经济交往中，为了维护交易安全、避免欺诈、违约、赖帐等

不良现象的发生、维护社会经济关系的稳定，也可借鉴这种做法。当然，金融机构可在这种业务中扮演重要角色，因为金融机构在拓展国内保函业务中已不存在任何法律障碍。

本书在编写过程中，得到了许多老师和同事们热情支持和帮助，也引用国内外一些学者的最新研究成果，其中李继军、张瑞、章守仁三位同事还参与本书第七章、第十章、第十一章等有关章节的撰写，在此向他们表示衷心感谢！同时，由于作者才疏识浅，恐有遗误之处，还望读者批评指正。

编 者
1997 年 4 月

目 录

上编 涉外担保法律

第一章 涉外担保法的一般原理	(3)
第一节 概述	(3)
第二节 世界各国涉外担保立法现状及趋势	(6)
第三节 涉外担保术语及分类	(12)
第二章 保证	(15)
第一节 保证的基本性质及功能	(15)
第二节 保证合同的缔结及保证合同的法律特征	(18)
第三节 保证合同的效力和分类	(27)
第四节 保证合同的变更和消灭	(37)
第三章 独立保证	(40)
第一节 概述	(40)
第二节 独立保证的法律特征	(55)
第三节 独立保证合同的成立	(70)
第四节 独立保证合同各方当事人的权利和义务	(74)
第五节 独立保证合同的分类、转让、变更、消灭以及 法律的适用	(86)
第六节 凭要求即付独立保证	(99)
第七节 凭单据付款独立保证	(107)
第八节 独立保证的法学根据以及它与其他信用工具的 比较	(119)
第四章 备用信用证与安慰信	(134)
第一节 备用信用证	(134)

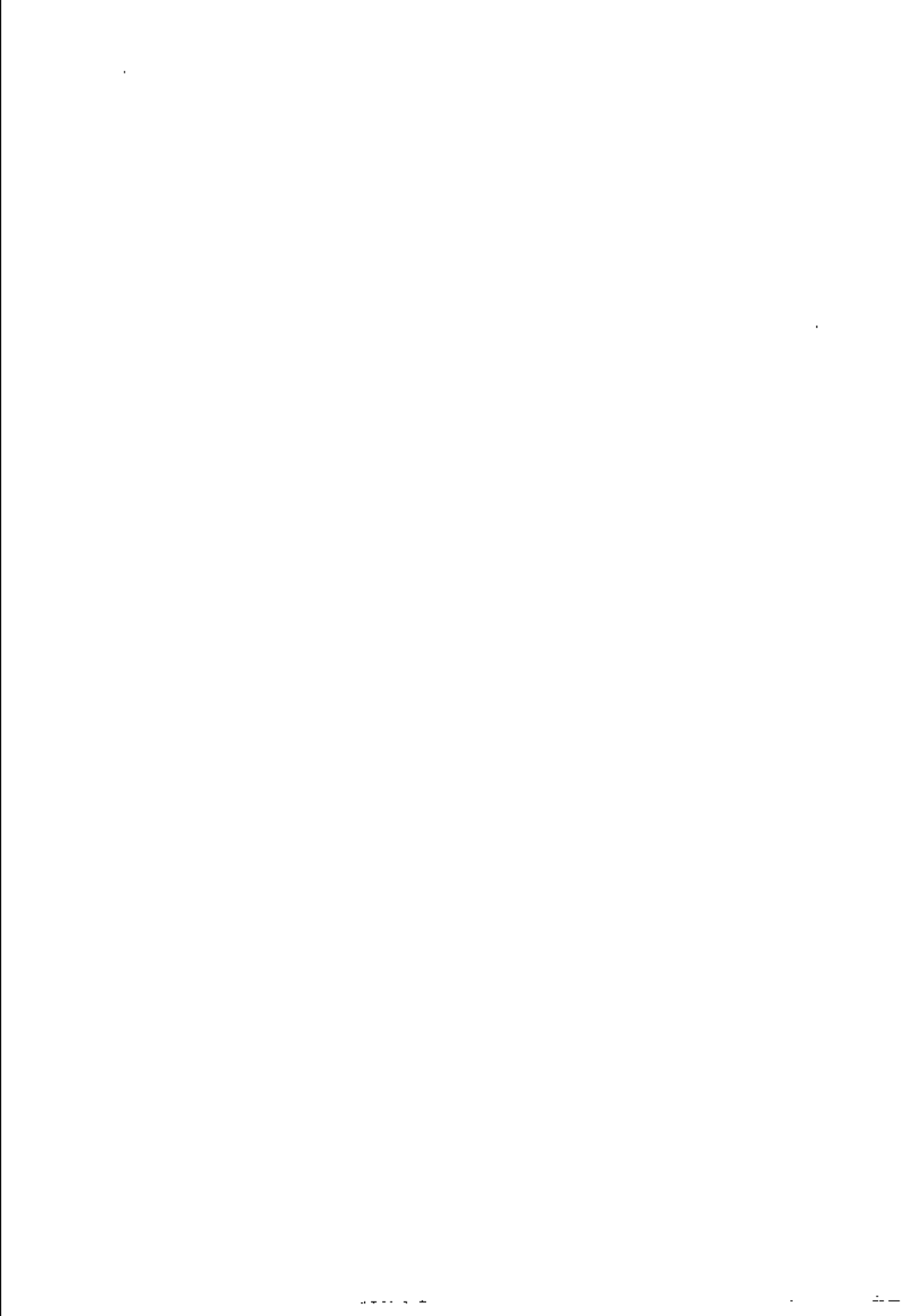
第二节 安慰信.....	(141)
第五章 物权担保.....	(149)
第一节 物权担保概述.....	(149)
第二节 物权担保的种类.....	(155)
第三节 其他涉外担保方式.....	(186)
第六章 我国对外担保管理.....	(195)
第一节 我国对外担保管理概述.....	(195)
第二节 《对外担保管理办法》.....	(211)
第三节 境内担保机构对外担保管理.....	(227)

下编 涉外担保实务

第七章 保函.....	(235)
第一节 概述.....	(235)
第二节 保函的结构.....	(246)
第三节 保函的种类.....	(258)
第四节 保函条款.....	(270)
第五节 保函的审查.....	(305)
第八章 国际融资担保.....	(320)
第一节 国际融资担保概述.....	(320)
第二节 国际融资担保的使用.....	(321)
第三节 国际融资担保合同.....	(344)
第九章 国际租赁担保.....	(359)
第一节 国际租赁与担保的使用.....	(359)
第二节 国际租赁担保合同.....	(372)
第十章 国际贸易担保.....	(376)
第一节 国际贸易与担保的使用.....	(376)
第二节 国际贸易担保合同.....	(385)
第十一章 境外工程承包担保.....	(400)
第一节 境外工程承包与担保的使用.....	(400)

第二节 境外工程承包担保合同.....	(402)
第十二章 涉外担保案例与评析.....	(415)
案例一、借款担保案例.....	(415)
案例二、项目融资担保案例.....	(422)
案例三、投标保函案例.....	(423)
案例四、来料加工保函案例.....	(424)
案例五、补偿贸易保函案例.....	(430)
附 部分涉外担保法规与国际惯例.....	(434)
一、《境内机构对外担保管理办法》(1996 年)	(434)
二、国家计委、国家外汇管理局关于印发《境外进行项目融资 管理暂行办法》的通知 (1997 年)	(438)
三、《跟单信用证统一惯例》(1993 年)	(443)
参考文献.....	(473)

上编 涉外担保法律



第一章 涉外担保法的一般原理

第一节 涉外担保法概述

一、涉外担保法的概念

涉外担保法是调整涉外担保关系的法律规范的总和。涉外担保法调整的对象是具有涉外因素的担保关系，即在担保关系的诸因素（主体、客体和权利义务关系）中至少有一个因素是与外国有联系的担保关系，如担保关系的主体一方是外国国家、金融机构、企业、个人的担保等。涉外担保关系在国际经济贸易交往中涉及的范围很广，包括国际融资担保、国际贸易项下担保、国际工程承包项下的担保等。调整这些涉外担保关系的法律渊源是：

（一）国际公约和国际惯例

如国际商会 1978 年制定的《合同保证统一规则》（325 规则），1991 年制定的《见索即付保证统一规则》（458 规则）等等，这些惯例都是在长期国际担保业务中形成或者由国际官方或民间组织制定的一般规则，只有在当事人双方明确表示接受时，它们对当事人具有直接的法律约束力。

（二）具有涉外担保内容的国内法

如我国制定的《中华人民共和国担保法》以及《境内机构对外担保管理办法》，巴基斯坦国法律关于保证人在保证有效期过后仍需对被担保债务负责的规定等等，这些内国法在调整涉外担保关系时将直接产生适用的效力，当事人不能协议排除国内法中关于涉外担保的强制性规定。

（三）判例

判例是英美法系国家法的主要渊源，其中有关涉及涉外担保方面的判例理所当然成为这些国家调整涉外担保的法律根据。在大陆法系国家，虽然成文法占主导地位，但判例在法的适用过程中也同样起着重要的作用。比如法国、德国等一些国家就是通过判例的方式承认了新型涉外担保形式——独立保证的法律地位。

从以上涉外担保法的规范可以看出，涉外担保法的基础是内国法，即涉外担保主要靠内国法来调整。但涉外担保法与内国担保法又有所不同，表现在：1. 内国担保法调整的是一国内部的担保关系，而涉外担保法调整的是涉外担保关系；2. 内国担保法仅以国内立法或判例作为渊源，而涉外担保法的渊源除了国内立法和判例外，还包括国际惯例；3. 内国担保法采用直接调整的方法，其规范是实体规范，而涉外担保法虽然不排除直接调整的方法，但在许多国家的实践中，大量采用间接调整的方法，并根据冲突规范可能导致它国法律的适用。

我国在处理国际经济贸易中出现的担保法律问题时，应遵守我国的法律，尊重当事人之间的合同条款，并在维护主权和平等互利的原则下，也参照国际惯例和习惯。

二、涉外担保法的作用和基本原则

（一）涉外担保法的作用

随着国际间经济贸易往来的日益频繁，全球经济相互依赖性的日益加强，人们对涉外交易安全的重视也相应达到一个新高度。在现代经贸交往中，交易一方为了避免在涉外交易中因对方违约而给自己造成损失，往往要求对方提供各种担保。涉外担保法在调整这些涉外担保关系方面将起到重要作用，表现在：

1. 规范涉外担保行为。涉外担保法对涉外担保的方式、程序、权利义务、纠纷的解决等方面都做出了较详细的规定，使当事人在出具对外担保时能够做到有法可依，有章可循，从而使涉外担保能够得到顺利履行，并且一旦产生争议，也能够得到依法处理。

2. 保障我国国家、企业法人与公民的正当权益。涉外担保是

一个充满风险的交易，涉外担保法通过各种制度与规范规定了国家机关、企业法人、公民在涉外担保中的法律地位，以及在各种情况下应当适用的规范，从而最大限度的保障了我国国家、企业法人与公民的正当权益。

3. 保护国外当事人合法利益，促进对外经贸的发展。涉外担保是应国际商业的需要而产生的，它增加了国际经贸交往中所必需的信任，因而会促进对外经贸的发展。涉外担保法在肯定涉外担保合法性的同时，规定一系列的制度去保证涉外担保交易的顺利实现，维护国内外双方当事人的利益，因而必然会促进对外经贸往来的顺利发展。

（二）涉外担保法的基本原则

涉外担保法的基本原则是指制定和实施涉外担保规范进行涉外担保活动和处理涉外担保法律纠纷所须遵循的原则。在处理涉外担保关系时，尊重国家主权和平等互利原则显得具有特别重要的意义。

1. 尊重国家主权原则。尊重国家主权是发展平等的国际经济贸易合作关系的前提，当然也是进行正常涉外担保交易所必须的基本前提。在涉外担保活动中，尊重国家主权原则主要表现在：（1）涉外担保合同的订立必须遵守当事国的法律和法令；（2）涉外担保合同的一方不得要求对方做有损于对方国家主权和独立的行为；（3）承认国家及其财产在国家没有明确放弃豁免权时享有豁免权，不得就担保合同向国家及其财产提出诉讼；（4）当事人在涉外担保合同中协议选择的外国法的适用必须无损于国家主权，不得与国内公共秩序相抵触。

2. 平等互利原则。平等互利原则包括当事人在法律上相互平等和在经济上彼此有利两层意思。在涉外担保活动中，平等互利原则主要体现在：（1）当事人在签订担保合同时彼此法律地位平等，在彼此尊重对方意愿的基础上平等协商，切实保证当事人的经济利益，力求使担保合同各方当事人之间做到权利与义务的平

衡，不能让一方只享受权利而不承担任何风险；（2）兼顾效率。权利义务的平衡当然是比较公平合理的，但盲目追求公平合理而不兼顾效率，往往会走向事物的反面，因而平等互利原则在涉外担保中还要有兼顾效率的意思。

第二节 世界各国涉外担保立法现状及趋势

目前，国际间还不存在一部统一的、被各国所普遍接受的《涉外担保法》。虽然国际商会以及联合国国际贸易法委员会国际合同惯例工作组都试图制定出一个国际间保证的一般规则来协调各国担保业务，并且国际商会已分别拟定出《合同保证统一规则》、《保证统一规则》以及《见索即付保证统一规则》等几个草本和草案陆续公诸于众，但这些草案由于其自身的某些原因，以及各国对其所存在的某些争议，导致这些规则尚未能得到认可和生效。因而涉外担保关系目前仍需靠国内担保法来调整。下面就各国担保的立法状况及趋势作一介绍。

以确保债权实现和债务偿付为目的的担保法律制度，自罗马法以来至现代资本主义各国，始终受到充分关注，并处于不断发展和完善之中。法国、德国、瑞士、日本等大陆法诸国民法典无一不对担保制度加以明确规定。英美法中的担保制度虽不象大陆那样统一规定在成文法典中，但大量的法院判例和某些成文法把它作为民法中不可或缺的内容反复运用和特别强调。在我国，随着商品经济和信用关系的日益发展，债的担保方式也日益受到人们的重视。

债的担保可以从两个角度来理解：从债权的角度来看，是为了确保债权的顺利实现；从债务来看，是为了督促债务人自觉履行债务。根据设定担保的方式、提供担保的主体和担保自身内容的不同，一般可有这样几种分类：一是法定担保和约定担保；二是债务人的担保和第三人的担保；三是人的担保和物的担保。其

中人的担保和物的担保是各国法律对担保的最基本划分方法。

一、人的担保

人的担保是指自然人或者法人以其自身的资产和信誉为他人的债务提供担保。债务人不履行债务时，则由担保人负责清偿。在各国国内的商务中，根据各国的法律，人的保证一般是从属性的保证，它是以基础合同或主合同的执行为基础的。在大陆法系国家，大都在法律上明确规定保证人是在主债务人不履行偿付债务的责任时才负有履行保证债务的责任。比如，《德国民法典》第2编第7章第18节第765条规定：“保证合同是指保证人与债权人约定，当主债务人不履行债务时，即由保证人负责予以履行。”又如《法国民法典》第2011条规定：“债务的保证人，在债务人自己不履行其债务时，对债权人负履行其债务的责任，”并且在2021条中更明确规定：“保证人，仅在债务人不履行其债务时，始对债权人负履行债务的责任。债权人，应先就债务人的财产进行追偿，但保证人放弃此种抗辩的利益，或保证人与债务人负连带债务时，不在此限。”英美法系国家关于保证的法律来源于判例法。按照英国法，保证是一个人对另一个人的债务偿付、违约或履约失当承担附属性责任的书面承诺，在保证合同中规定的履约条件已具备而主债务人不予履行的条件下才负有履行的责任。

根据以上各国法律的规定，具有附属性特征的保证合同中的保证人，只有在被保证人不履行被担保的债务之后，才承担履行保证债务的责任，因而其承诺的保证责任属于第二性的清偿责任。另外，在英国法中，附属性保证的成立，除应由保证人用书面形式做成并正式签署外，还必须支付对价。

保证的附属性观点是50年代以前各国在处理涉外担保关系中所坚持的主要观点。但是在50年代以后，这种保证的附属性观点受到独立性保证的冲击，并于70年代取代了保证的附属性观点成为国际经贸往来实践中所奉行的占主导地位的观点。在国际上，这种独立性的保证方式，是适应当代国际经贸发展的需要，由银

行界和商业界实践中逐步发展起来。特别是在 50 年代后，由于国际经济贸易方式日趋多样化，如工程项目的投标承包、成套设备的供应、国际借贷和融资等，这些交易往往金额巨大、期限较长、问题复杂、风险较高，为了保障交易的安全，维护债权人的利益，债权人往往要求交易对方出具这种独立性的保证。独立性保证是一项独立于基础合同交易的一种付款保证承诺。特别是在凭要求即付独立保证项下，一旦债务人违约，债权人即可以根据保证书向保证人索赔，除了向保证人提供债务人违约的书面声明以外，他不需要提交任何债务人违约的证明，保证人在接到索赔时即应无条件付款，这对债权人的利益保障是非常有利的。他避免了债务人可能就基础合同项下提出来的各种抗辩，也避免了花钱费事，并且旷日持久的诉讼，因而这种担保方式在国际上商业界和银行界受到普遍欢迎。

独立保证是一种完全不同于传统附属性保证的一种新型人的担保方式。它在国际经贸往来中的普遍运用，极大的冲击了各国附属性保证的法律地位。尽管目前世界上绝大部分国家，无论是英美法系国家，还是大陆法系国家，对这种新型的担保方式还没有在法典中明确其法律地位，但是，目前英美法系和大陆法系的主要国家都在其国法院判例和学理上承认这种新型担保方式的效力，并承认和提出了这种担保合同具有许多与传统的从属性担保合同不同的法律特点。

从国际担保业务的实际情况来看，目前通行的人的保证大都属于独立性的保证，而注明从属性的保证已很难被国外受益人所接受。但由于各国国内法对独立保证的性质、属性、保付责任、付款义务等的认识、概念、规则等不尽相同，并且涉外担保又必然涉及地处两个或两个以上不同国家或地区的当事人的利益，这就使得在处理涉外担保纠纷时面临着巨大的法律难题。面对这种情况，一些组织，如国际商会、联合国等已开始意识到对独立保证进行国际协调的必要性。从国际商会颁布的几个规则来看，1991

年公布的《见索即付保证统一规则》已基本符合了国际担保业务实践的需要，因而对各国国内立法和司法产生了深远的影响。另外，独立保证虽然加强了对债权人利益的保护，但另一方面也增加了债权人恶意和滥用权利的可能，因而如何防止债权人的恶意和权利滥用也同样是各国法律所面临的任务。

二、物的担保

物的担保是指由自然人或者法人以其自身的财产为自己或他人的债务提供担保。如债务人不履行其债务，债权人可以通过处分作为担保物的财产而优先得到清偿。物的担保和人的担保尽管都需要建立一种附属于债权关系的合同关系，即形成担保之债，但前者和后者在担保的性质和内容上迥然相异，从而二者的实现形式也多有不同。首先，物的担保排除了人的信誉的担保能力，唯以一定的财产（有形财产和无形财产）为担保标的；其次，物的担保一经设立，就赋予债权人一定的物权，具有物权效力，所以物的担保就是物权担保或者称之为担保物权。它已不限于债权方面，而主要是物权内容，因而人的保证是属于债法的内容，而物权担保是属于物权法的内容。担保物权作为担保债权实现的法律制度，具有多种多样的内容和种类，大体上可以通过下列3种途径来确保债权经济价值得以顺利实现，从而达到设立担保物权的目的。

第一，由债权人掌握和控制对于债务人来说主观价值和抽象意义颇为重要的物品，加以心理上的压迫，促使债务人及时清偿债务。对于债务人而言，其主观上的价值越大，抽象意义越重要，则潜在的和相关的利益就越大，担保作用就会收到较佳效果。尽管这种担保物权的实现途径中债权人占有的物品只有相对较小的交换价值，在债权得不到实现时并不能获得及时充分的补偿，但在促使债务人竭力履行义务方面往往是富有成效的。除部分质权担保外，留置权担保亦属此类。

第二，由债权人掌握和使用债务人的能够带来收益的具体财