



中国银行业 法律合规前沿问题研究

(第四辑)

(2018)

中国银行业协会 编



中国出版集团 | 全国百佳图书
中国民主法制出版社 | 出版单位

中国银行业 法律合规前沿问题研究 (第四辑) (2018)

中国银行业协会 编



中国出版集团 | 全国百佳图书
中国民主法制出版社 | 出版单位

图书在版编目（CIP）数据

中国银行业法律合规前沿问题研究. 第四辑, 2018 /中国银行业协会编. --
北京 : 中国民主法制出版社, 2019. 12
ISBN 978-7-5162-1934-8

I. ①中… II. ①中… III. ①银行法—研究—中国 IV. ①D922.281.4

中国版本图书馆CIP数据核字（2018）第283856号

所有权利保留。

未经许可，不得以任何方式使用。

责任编辑 / 修文龙

装帧设计 / 郑文娟

书 名 / 中国银行业法律合规前沿问题研究（第四辑）（2018）

作 者 / 中国银行业协会 编

出版·发行 / 中国民主法制出版社

社 址 / 北京市丰台区右安门外玉林里7号（100069）

电 话 / 010-62155988

传 真 / 010-62168123

经 销 / 新华书店

开 本 / 16开 710mm×1000mm

印 张 / 21.25

字 数 / 323千字

版 本 / 2019年12月第1版 2019年12月第1次印刷

印 刷 / 涿州市京南印刷厂

书 号 / ISBN 978-7-5162-1934-8

定 价 / 75.00元

出 版 声 明 / 版权所有，侵权必究。

（如有缺页或倒装，本社负责退换）

编 委 会

主 任：潘光伟

副 主 任：黄润中 胡忠福 张 芳 白瑞明 张 亮

古 瑞 周更强 郭三野 赵 濛 金淑英

卜祥瑞 艾亚萍 高连宝

主 编：卜祥瑞

（以下按姓氏笔画排序）

编委会成员：于钟海 马元哲 王 申 王彦君 王高义

牛光军 邓海东 向中发 刘 东 孙星涛

杜彬瑜 张卫国 陈 珺 陈 蔚 陈慧强

周宋良 侯太领 姚建波 徐 萍 郭卫华

董建军 鲍景魁 魏安义

编 写 人 员：于 剑 万彘平 王菊平 文建秀 叶 丹

刘目兰 刘 鹏 孙星涛 杨 琴 何 琳

沈全水 张卫国 陈 良 周 波 周春梅

赵文俊 禹丽芳 姜 晨 秦好冰 徐 燕

高 越 唐绪回 寇相亮 蒋佳瑜 雷 震

工 作 人 员：冯守尊 吴 璠

目 录

第一篇 担 保

- 商业银行跨境保函业务法律风险与防范研究 / 3
- 优先受偿源自对权利的救济——浅析抵押权预告登记之效力 / 37
- 动产质押监管业务风险点的专题调研 / 50
- “抵押+”的法律风险问题研究——以四起“抵押+”案件为例 / 61
- 预告登记效力与银行信贷业务的风险防范——基于省内法院判决案例的思考 / 77
- 涉外保函的转让与款项让渡解析 / 91
- 关于林权抵押贷款业务的调研报告 / 98

第二篇 票据与保理

- 关于票据业务改革新政出台对银行票据业务开展的影响和应对报告 / 113
- 手机银行业务中的法律风险分析 / 122
- 银行基金类资管业务需关注的法律合规问题 / 129
- 浅谈票据同业投资业务法律风险及处置要点 / 139
- 商业银行在资产管理通道类业务中的法律风险 / 149
- 结构化融资业务中委托人的诉讼资格 / 157

第三篇 债权保护

- 关于银行破产债权法律保护探讨 / 165
- 当事人约定司法送达地址相关司法政策及实践的专项调研报告 / 172
- 从银行信贷视角审视僵尸企业的存亡 / 179
- 企业破产中银行债权的保护问题 / 187
- 实现债权的费用之法律实践分析和操作建议 / 197
- 关于银行公告催收贷款的案例分析 / 208



第四篇 金融立法

关于政府购买服务的法律风险研究 / 217

析赤道原则：现状、问题与路径选择 / 228

近年涉及商业银行及其从业人员刑事犯罪问题的趋势分析及建议 / 240

关于我国反洗钱刑事立法的几点思考 / 252

第五篇 法律风险管理

浅析商业银行并购贷款法律合规问题 / 263

关于加强跨境业务法律风险防范的思考 / 273

第六篇 不良资产处置

“互联网+”时代的不良资产业务法律模式探索与风险分析 / 289

银行不良贷款盘转规范性问题研究 / 303

第七篇 银行卡

银行卡盗刷案件法律风险现状及对商业银行的应对建议 / 317

担保

中国银行业法律合规前沿问题研究（第四辑）（2018）

第一篇



商业银行跨境保函业务法律风险与防范研究

工商银行总行法律事务部课题组

摘 要

近年来，随着全球一体化的纵深发展以及中国经济与全球经济的深度融合，在“一带一路”建设、中国企业“走出去”的征程中，跨境保函在贸易、投资、国际合作领域中的增信助力作用凸显，银行跨境保函业务正以此为契机，打造全行经济新常态下新的利润增长点。本课题报告通过对银行跨境保函主要业务类型、风险事件及其诱因进行全面梳理，以相关风险事件为切入点，同时结合典型司法案例及最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件的最新司法解释，深入分析跨境保函涉及的法律适用规则、索赔环节的审查标准、欺诈止付原则、跨境司法冲突等法律问题，系统总结银行跨境保函业务各环节涉及的主要法律风险，并为加强跨境保函法律风险防范提出针对性的意见和建议。

本课题报告分为四章，主要内容如下：第一章明确本课题项下跨境保函的界定，梳理总结跨境保函担保责任独立性、偿付条件单据化、相符索赔标准化、单据审核表面化等基本特征，对直接和间接开立的跨境保函所涉法律关系进行简明解析，并对银行跨境保函业务发展趋势以业务规模、种类分布、业务集中度等为维度进行清晰的图示展现。第二章在简要介绍银行近年跨境保函总体风险事件发生情况基础上，以欺诈止付权利滥用风险、核心条款瑕疵风险、国别法律风险为切入点，对跨境保函业务法律风险分布情况进行重点梳理与深入分析。第三章围绕近年银行典型保函案件及最高人民法院再审案件或指导案例中有关司法裁判观点，以审单和拒付须遵循国际惯例、明确保函适用规则、完善保函文本、深入理解欺诈例外止付纠纷裁判思路为维度，对跨境保函开立、审单、拒付、止付

等操作环节的法律风险进行剖析和总结。第四章结合银行跨境保函业务实际及经典案例，从深入领会新司法解释精神、做好保函文本的条款设计、谨慎审单并规范拒付、妥善处理跨境保函争议等四方面，提出防范跨境保函相关法律风险的可行性意见和建议。

跨境保函业务作为银行担保业务中主要的业务品种，是中间业务收入的重要来源之一。随着中国企业“走出去”步伐的加快，越来越多的重要客户在国际工程承包、船舶建造、设备租赁等领域向银行申请开立跨境保函。该业务已成为银行维护与客户关系的重要切入点，未来还将面临更多发展机遇。

由于独立性、单据性、不可撤销性等基本特征，跨境保函具有不同于其他业务的风险特点。特别是该业务中银行担保金额较高而担保费较低，一旦发生受益人索赔等风险事件，开立保函的银行可能面临高达数百倍于担保费的赔付风险。近年来，随着国际经济环境的诸多变化，银行因跨境保函引发的争议与纠纷的数量及涉案担保金额均呈明显增长趋势。保函案件具有涉及法律关系复杂、境内外法律冲突、单笔风险敞口较大等特点，必须予以高度重视并审慎应对。由于国内保函申请人和部分境内机构对跨境保函的法律关系及银行担保责任存在认知偏差，加之国内关于跨境保函的立法在很长一段时间内存在空白等客观因素，在出现受益人索偿纠纷时，保函开立银行往往面临境外受益人依据国际惯例提出的权利主张与境内申请人依据国内法采取的欺诈止付抗辩相互冲突的两难境地。如果处理不当，势必给银行带来较大经济损失；特别是境外败诉后，不仅相关海外资产面临被当地司法机关强制执行的风险，海外分支机构的正常经营也会受到较多负面影响。更为严重的是，在某些跨境保函纠纷中，境外受益人还通过向境外监管部门及外交部门投诉、在银行同业之间散布负面言论等方式对银行造成不利声誉影响。在此背景下，系统研究银行跨境保函业务可能面临的各种法律风险，并采取有针对性的风险防范措施，对银行跨境保函业务的可持续健康发展具有重要的现实意义。

第一节 跨境保函及业务发展概况

一、跨境保函的界定和基本特征

(一) 跨境保函的界定

银行保函作为银行担保业务的主要业务品种，是银行应基础交易合同一方当事人（申请人）申请，以其自身信用向基础交易合同另一方当事人（受益人）作出的，担保基础合同项下某种责任和义务履行的付款保证书面承诺。根据保函申请人、担保行和受益人注册地或住所地、相关事实发生地以及担保物所在地是否位于不同国家（或地区），保函可进一步划分为国内保函和跨境保函。¹

虽然银行保函系依据特定的基础交易合同而产生，但对于银行保函与基础交易合同的关系即所谓的保函属性，各国法律和实践认识并不一致，保函也

1 严格地讲，“跨境保函”与“涉外保函”、“跨境担保”与“涉外担保”，是两组相互联系的概念，前者是后者的载体和表现形式。“跨境担保”是在金融行政监管关系中使用的概念。根据国家外汇管理局《跨境担保外汇管理规定》（汇发〔2014〕29号）第2条、第3条规定，“跨境担保”是指担保人向债权人书面作出的、具有法律约束力、承诺按照担保合同约定履行相关付款义务、可能产生资金的跨境收付或资产所有权的跨境转移等国际收支交易的担保行为，按照当事人的注册地，跨境担保分为“内保外贷”、“外保内贷”、其他形式跨境担保。“内保外贷”是指担保人的注册地位于境内，受益人和被担保人的注册地均位于境外。“外保内贷”是指担保人的注册地位于境外，受益人和被担保人的注册地均位于境内。“其他形式跨境担保”是指担保人的注册地位于境内或境外，受益人和被担保人的注册地分别位于境内和境外。另据《跨境担保外汇管理操作指引》第4部分第1条规定，其他形式跨境担保还包括担保人、受益人、被担保人的注册地均位于境内，担保物权标的财产位于境外的情形，以及担保人、受益人、被担保人的注册地均位于境外，担保物权的标的财产位于境内的情形。“涉外担保”是在民商事关系中使用的概念。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》第1条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第522条对于涉外民商事关系的认定，符合以下四个条件之一的，可以认定为涉外担保，一是担保人、受益人或被担保人的注册地位于境外，二是担保人、受益人或被担保人的营业地位于境外，三是担保合同或担保申请合同的订立、履行等事实发生于境外，四是担保物权标的财产位于境外。对比上述两个概念，“跨境担保”的认定因素包括三方当事人的注册地、担保物权标的财产所在地；“涉外担保”的认定因素包括三方当事人的注册地、三方当事人的营业地、相关事实的发生地、担保物权标的财产所在地等。由此可见，“涉外担保”所涵盖的范围大于“跨境担保”。相应地，“涉外保函”与“跨境保函”的认定因素亦有所区别，范围应亦有所不同。但在此需特别说明的是，为本课题研究目的，并方便起见，如无特别交代，课题报告中“跨境保函”“涉外保函”“保函”“独立保函”的表述不作区分，含义相同。

因此被分为两类：从属性保函与独立性保函。从属性保函作为传统的担保方式，其法律效力依附于基础商务合同；银行作为担保人履行保函约定的偿付责任取决于基础合同项下当事人违约的认定，担保行承担第二性的、间接的付款责任。独立保函²是从20世纪中叶起，英美金融机构基于从属性保函发展出的一类能够满足国际经贸交往中快速索偿需求的新型保函产品。这种保函的法律效力独立于其所依据的基础交易合同，银行作为担保人只要在保函有效期内收到受益人提交的合格索偿文件，就将无条件地向受益人支付担保款项。根据付款机制选择上的不同，独立性保函又可分为见索即付保函、凭第三方单据付款保函和凭裁决书付款保函。其中，根据国际商会《见索即付保函统一规则》（以下简称“URDG758”），见索即付保函是指任何已签署的承诺，无论其名称或者描述如何，该承诺保证根据相符索赔要求的交单提供付款。³ 因其索赔的便捷性，有助于保函受益人快速实现担保权益，在合同标的金额巨大、交易结构复杂、涉及合同当事方众多的国际工程承包、船舶建造、设备租赁等业务领域，见索即付保函已成为适用范围最广的银行担保方式。

结合银行跨境保函业务的开展情况，除非特别说明，本课题报告项下的跨境保函特指境内银行应客户申请，向受益人开立的，不可撤销地承诺在符合保函约定条件时即承担担保责任的涉外保函。

（二）跨境保函的基本特征

1. 担保责任独立化

我们认为，跨境保函担保责任的独立化是该类保函的基本法律属性，是识别、防控相关法律风险，以及妥善应对保函风险事件的认知前提和法律基础。根据 URDG758 第 5 条的阐释，跨境保函独立于基础交易关系和申请开立保函的合同关系，担保人在保函项下的付款义务，不受除担保人与受益人关系之外的其他任何关系项下产生的请求或抗辩的影响。⁴ 跨境保函的这种独立化属性是对传统担保中有关担保责任成立、担保责任范围、担保责任履行、担保责任

2 《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》将“独立保函”定义为：银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。

3 中国国际商会：《国际商会见索即付保函统一规则（URDG758）》[M]. 北京：中国民主法制出版社，2010年4月第1版，第9页。

4 中国国际商会：《国际商会见索即付保函统一规则（URDG758）》[M]. 北京：中国民主法制出版社，2010年4月第1版，第17页。

解除等维度从属性的突破，主要表现在：

（1）担保责任的成立具有独立性。跨境保函担保责任的产生与基础合同相互独立，保函一经开出，担保责任即已产生，且其有效性并不取决于基础交易的有效性。

（2）担保责任的范围具有独立性。跨境保函可以约定独立的责任数额，担保责任的范围可不以基础合同项下主债务的范围为限，除非特别约定，亦不必随着主债务范围的变更而相应变更。⁵

（3）担保责任的履行具有独立性。跨境保函中担保人的付款义务取决于保函规定的条件，而非保函所提及的基础交易。在受益人提交符合保函要求的单据后，担保人必须履行担保责任，而不能援引基础合同的原因拒绝履行。担保人所实际履行的担保责任大小并不必然等同于基础合同当事人的实际损失，而是取决于保函所规定的责任范围或担保金额。

（4）担保责任的解除具有独立性。跨境保函中担保责任的解除源于保函独立的解除事由（比如保函有效期届满或约定的特定事件发生），而不会因基础合同中的原因予以解除。基础合同中债务人转让债务或者当事人修改基础合同，亦不会导致保函担保责任的免除或变更。需要特别指出的是，跨境保函的有效期是担保人在出具担保时即已指定的期间，与基础合同的履行期间无必然关联，也不适用我国担保法中有关“保证期间”的规定。

（5）担保责任抗辩事由上的独立性。除欺诈外，跨境保函中的担保人不享有基础合同项下债务人在该基础债权债务关系项下的抗辩，不得以基础债权债务关系下的抗辩理由对抗受益人。

2. 偿付条件单据化

客观上，跨境保函的独立性是以规范、标准的单据化交易方式来支持和实现的。保函受益人在索偿时无需证明基础交易项下债务人违约的事实，只需提交符合保函约定的单据，一旦满足相符交单的要求，就有权获得偿付。对此，URDG758第6条明确规定了跨境保函开立行处理的仅仅是单据，而不是与单据相关的货物、服务或履约行为。⁶这里的单据是指保函受益人向保函开立行提

5 在从属性担保中，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第三十条规定，保证期间，债权人与债务人变更主合同，减轻债务人债务的，保证人应当对变更后的合同承担保证责任。

6 中国国际商会：《国际商会见索即付保函统一规则（URDG758）》[M].北京：中国民主法制出版社，2010年4月第1版，第17页。

交的一切证明保函付款条件成就的文件，包括索赔书和支持声明。URDG758第7条特别指出，除日期条件外，保函中不应只约定某一项条件，但却未同时约定表明满足该条件要求的单据。对于上述非单据化的条件，担保行可以不予理会。⁷保函的单据化特征直接表现为担保金额、付款期限、付款条件和付款责任均取决于保函自身条款及索赔书和保函所规定其他单据的提交。至于基础合同债务人的违约事实或受益人由此遭受的实际损失，对于保函开立行而言可在所不问。

3. 相符索赔标准化

显而易见，相符索赔的标准化是偿付条件单据化的内在和必然要求。只有在与保函条款相符的情况下，受益人才有权得到担保行的偿付。URDG758第2条明确指出，“相符索赔”是指满足“相符交单”要求的索赔，判断相符的顺序为：第一，交单要与保函条款相符，比如索赔单据（包括该索赔书自身、任何支持声明以及保函所要求的其他单据等）必须符合保函规定；第二，要与URDG758所要求遵循的相关适用规则相符，只要该等规则未被保函修改或排除；第三，在保函及URDG758均未作出规定的情况下，必须符合见索即付保函国际标准实务。⁸

4. 单据审核表面化

与跟单信用证类似，担保行只对受益人提交的索偿单据是否符合跨境保函条款约定做表面、形式的审查，即通过审查单据来判断保函付款条件是否成就，而无需核实基础交易的实际情况，也不受基础合同履行或其他因素的干扰。例如，URDG758第19条规定，担保人应仅基于交单本身来确定其是否符合表面上的相符交单。保函所要求单据的内容应结合该单据本身、保函和URDG758进行审核。单据的内容无需与该单据的其他内容、其他要求的单据或保函中的内容等同一致，但不得矛盾。⁹

（三）跨境保函的主要法律关系

1. 直接跨境保函

在这类保函中，银行接受保函申请人的申请向受益人直接开立保函。其

7 中国国际商会：《国际商会见索即付保函统一规则（URDG758）》[M].北京：中国民主法制出版社，2010年4月第1版，第19页。

8 中国国际商会：《国际商会见索即付保函统一规则（URDG758）》[M].北京：中国民主法制出版社，2010年4月第1版，第7页。

9 中国国际商会：《国际商会见索即付保函统一规则（URDG758）》[M].北京：中国民主法制出版社，2010年4月第1版，第43页。

中主要涉及三方当事人，即保函申请人（基础合同项下的主债务人）和受益人（基础合同项下的债权人）及担保行，对应的法律关系包括（见图1）：保函申请人与受益人基础交易项下的合同关系；保函申请人与担保银行因保函申请而形成的合同关系；保函受益人接受担保银行担保形成的独立担保关系。如果商业银行采取电开形式，利用通知行将跨境保函通知给受益人，则在该保函流程中加入了通知行一方当事人，其功能仅限于通知和传递保函文件，不对受益人承担任何其他义务，且在履行通知职责时，通知行承担的是一般注意义务，若出现因签发通知延迟或保函在传送过程中出现过错导致申请人受到损失，应当由担保人对申请人承担过失责任。¹⁰

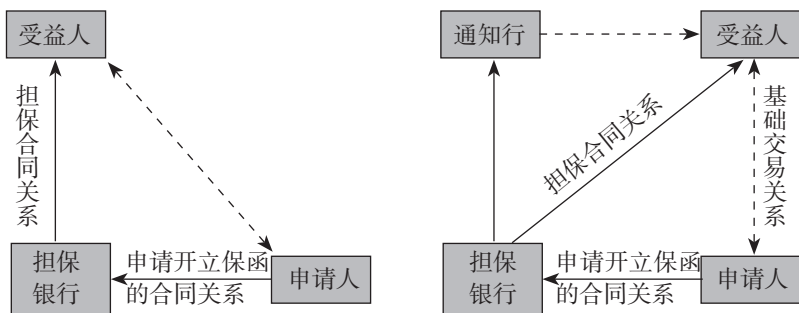


图1 直接跨境保函法律关系

2. 间接跨境保函

在这类跨境保函业务中，由于保函受益人所在国金融管制等原因，或出于对保函开立人缺乏了解和信任以及便利性需要的考虑，境外保函受益人可能会要求保函由其本国银行开立，在这种境外银行“搭桥”转开的情况下，跨境保函的开立流程为：境内银行接受保函申请人申请，向境外银行提供反担保函，该境外银行（转开行）如接受反担保函，则向境外或者其本国受益人开立保函，在保函申请人出现基础合同项下违约的情形下，受益人依据保函约定的条件向境外银行索偿，境外银行承担担保责任后依据反担保函向境内银行追偿。

间接跨境保函主要包含四方当事人：保函申请人（基础合同项下的主债务人）、保函受益人（基础合同项下的债权人）、保函开立银行（境外银行）和反担保函开立银行（境内银行）。对应的法律关系包括（见图2）：保函申请人

¹⁰ 周辉斌：《银行保函与备用信用证法律实务》[M].北京：中信出版社，2003年6月第1版，第251页。

与受益人在基础合同项下的基础交易合同关系；保函申请人与境内银行因反担保函的申请而形成的合同关系；境内银行与境外银行因反担保函的开立而产生的独立担保合同关系；境外银行与保函受益人之间因保函开立而形成的独立担保合同关系。在这种运作模式下，因保函申请人、反担保函开立银行、保函开立银行与保函受益人分别位于不同国家，受到不同的法律关系和监管规制，可能面临法律适用和法律冲突等问题。

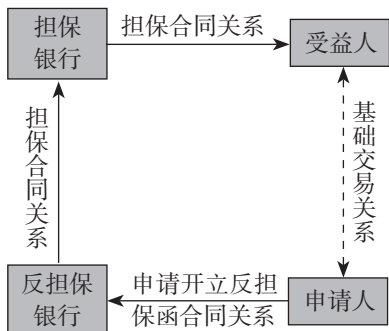


图2 间接跨境保函法律关系

（四）跨境保函的基本类型

根据所担保基础交易的类型不同，银行对外开立的跨境保函可分为融资性保函和非融资性保函两种。融资性保函指担保的基础交易为融资性交易的保函，主要包括借款、发行有价证券、透支、融资租赁等融资性交易。融资性保函的基础法律关系相对简单，被担保人在基础交易下是否存在违约也较为清晰，出现复杂争议的情形相对较少，风险主要来源于被担保人信用风险，法律风险的复杂程度相对较低。非融资性保函担保的基础交易为货物贸易及服务贸易（如工程承包）等非融资性交易，因该类基础交易关系的复杂性，发生争议的可能性相对较高，成为跨境保函法律风险的主要来源。实践中，常见的非融资性保函类型包括：

（1）投标保函，用于担保投标人在投标过程中不撤标，以及中标后根据标书条件签约。投标保函可以看作是对投标保证金的替代性安排。此类保函主要在涉外工程项目中使用，因其法律关系相对简单，实践中较少发生争议。

（2）预付款保函（又称退款保函），用于担保申请人在未能按照合同条款交付货物、设备、工程或服务时，偿还受益人已向申请人支付的预付款（加

利息)。此类保函在工程、造船项目中较为常见。其中，造船预付款保函因受航运经济周期和市场价格波动影响，且具有单笔保函金额大、基础合同风险隐蔽等特点，近年来成为银行跨境保函风险的主要来源之一。

(3) 履约保函，用于替代履约保证金，主要担保申请人未能按约交付货物、设备、工程或服务的延误罚金或损害赔偿，金额往往是合同价款的5%—10%。

(4) 质量维修保函，用于替代受益人要求申请人缴纳的保证金，担保申请人交付的货物、设备、工程或服务在质保期内符合合同约定，金额往往是合同价款的5%。

二、跨境保函的主要调整规范

(一) 国际惯例与条约

为顺应晚近国际私法中统一实体法规范潮流，国际商会、联合国国际贸易委员会等国际组织，先后制定了意在规范各国独立担保相关问题的三个国际惯例和一个国际公约¹¹，构建了国际规则规制跨境保函的基本框架和体系：

1. 1978年《合同担保统一规则》(Uniform Rules for Contract Guarantees, 以下简称“URCG”)

URCG由国际商会第325号出版物于1978年6月公布，是该机构制定的第一份关于担保事项的统一规则。该规则因以下原因未被国际商事交易当事人广泛认同，适用范围比较有限：一是没有明确界定及区分独立性担保和从属性担保；二是该规则规定的担保方式仍为从属性担保，在最大限度防控受益人恶性欺诈的同时，在本质上否定了银行独立担保的承认；三是该规则要求银行承担实质性审单义务。

2. 1992年《国际商会见索即付保函统一规则》(The Uniform Rules for Demand Guarantees ICC Publication No.458.1992 Edition, 以下简称“URDG458”)

URDG458由国际商会和联合国贸易法委员会合作起草，并由国际商会第458号出版物于1992年4月公布，该规则主要特点如下：一是确立了见索即付保函独立性原则；二是最大限度平衡了跨境保函各方当事人的利益；三是适用范围较广泛，国内贸易和国际贸易均可选择适用；四是规则相对简单，可操作性不强，未对保函的通知、生效、修改等关键操作环节做具体规定。

¹¹ 郭德香：《国际银行独立担保法律问题研究》[M]。北京：法律出版社，2013年9月第1版，第82—113页。