

试述进口押汇有关法律问题与风险防范

杨丽华¹, 刘春明²

(1、厦门大学法学院, 福建 厦门 361005; 2、三明学院政治法律系, 福建 三明 365004)

摘要: 文章结合当前进口押汇的有关理论研究和实务操作中的具体做法, 阐述并分析了进口押汇的不同观点, 并结合相关法律对银行和开证申请人之间订立的信托收据做进一步论述, 最后指出银行和立法机关为防范风险的发生所应该采取的积极措施。

关键词: 进口押汇; 质押权; 信托收据

中图分类号: D922.281 文献标识码: A 文章编号: 1673-4343(2006)01-0076-04

The Legal Issues and the Risk Prevention of the Import Documentary Bill

YANG Li-hua¹, LIU Chun-ming²

(1.College of Law, Xiamen University, Xiamen 361005, China;

2. Politics and Law Department, Sanming University, Sanming 365004, China)

Abstract: This paper analyzes the different viewpoints on the import documentary bill according to the current research and the practical modes of operation. Then, it focuses the discussion on the trust receipt concluded between the banks and the applicants through relating to the relevant laws. At last, the paper indicates that the bank and the legislature must take active measure to prevent the various ventures from happening.

Key words: import documentary bill; impawn right; trust receipt

进口押汇是我国国内银行普遍开展的一项国际贸易融资业务, 是各银行国际业务中非常重要的一项业务品种, 也是国际商务活动中进口企业通常使用的融资方式。但是, 无论是在银行界还是司法界, 有关进口押汇的争论十分激烈。本文在对进口押汇进行介绍的基础上, 分析和阐述了进口押汇中涉及到的有关法律问题, 并提出若干风险防范措施。

一、进口押汇的含义

在我国, 进口押汇是银行为信用证开证申请人提供的一种短期融资业务。进口押汇一般而言是指, 开证申请人在开证行给予减免保证金的情况下, 委托银行开出信用证, 在单证相符须对外承担付款责任时, 由于申请人临时资金短缺, 无法向银行缴足全额付款资金, 经向银行申请并获得批准后, 由银行在申请人保留追索权和货权质押(抵押)的前提下代为垫付款项给国外银行或出口商, 并在规定期限内由申请人偿还银行押汇贷款及利息的融资业务。^{[1] (P132)}在进口押汇中, 主要存在押汇

申请书、押汇合约书、质押条款或总质权书以及信托收据等法律文件。

然而, 在实务操作中我国各商业银行对进口押汇的界定并非完全一致。例如, 中国银行认为, 进口押汇是指信用证项下单到并经审核无误后, 开证申请人因资金周转关系, 无法及时对外付款赎单, 以该信用证项下代表货权的单据为质押, 并同时提供必要的抵押/质押或其他担保, 由银行先行代为对外付款。交通银行指出, 进口押汇指进口信用证开立后, 银行在掌握进口货权情况下, 对开证申请人对外付款时提供的短期资金融通。而中国建设银行、农业银行等也分别规定了进口押汇的含义。显然, 国内银行对进口押汇各自持有不同看法。同时, 由于我国至今不存在有关进口押汇的法律法规和相关司法解释, 司法界对进口押汇, 特别是开证行对信用证项下单据及其所代表的货物所享有的权利, 即进口押汇押什么的理解存在很大争议。目前, 在实践中主要有所有权说、留置权说、抵押权说以及质押权说等。

收稿日期: 2005-04-05

作者简介: 杨丽华(1981-), 女, 福建明溪人, 硕士研究生; 刘春明(1980-), 女, 湖北黄石人, 助教。

持所有权说的学者认为,谁占有提单就占有提单所代表的所有权。甚至是最高人民法院的观点也是谁持有提单谁就享有所有权。^{[2] (P168)}留置权说认为,因为银行有时不控制提单,且依照国际惯例,银行和开证申请人订立质押合同时,往往没有书面合同。所以主张银行对提单等货权单据享有留置权更能保护银行的利益。而抵押权说则认为,银行对货权单据享有抵押权。这些学说都存在严重的不足之处。例如,留置权是一种法定权利。我国的留置权只适用于保管合同、运输合同、加工承揽合同等以劳务为标的的合同,而其他合同债权能否使用留置担保,应当取决于其他法律、法规是否对某种合同债权作出了债权人可以留置债务人财产的规定。^{[3] (P354)}通观我国的法律法规及司法解释,无法找到有关在信用证项下的开证行可以行使留置权的规定。因此,认为银行对信用证项下的货权单据享有留置权没有法律依据。相对于其他学说存在的不足和缺陷,本人更赞成质押权说。该观点认为,银行在进口单据上至少应该有明示或默示的质押权。不但开证行有,保兑行也有。银行的质押权是基于该套货物单据已经交付给开证行或保兑行占有。另外,其他中间行对交付在自己手里、而又垫付了款项的单据有质押权。该质押权是默示的质押权。^{[2] (P178)}

该观点还认为,这种权利是信用证行业和法律机制长期发展的历史结果。银行必须在单据上设定特殊的担保权利,即质押权,以确保在进口人破产或偿付不能时银行仍有担保物。因为作为质押物的单据可被银行控制,且银行有权要求开证申请人付款赎单。开证行和开证申请人可以明示地对此加以设定,即使没有明示的约定,由于开证行单据在手,则开证行也有。^{[2] (P179)}

笔者认为,将银行对货权单据的权利认定为质押权,不但具有一定的法律依据,同时也更符合实践,更能够保障银行利益。首先,依据《中华人民共和国担保法》第 75 条的规定,提单作为一种具有交换价值而得以流通的财产权利,可为权利质押的标的。其次,开证行对提单等货权单据享有质押权为信用证实务界所认可。因为整个信用证交易机制的设计就是以“担保链”来保证各方只有在付款后才能得到代表进口货物或能够提取货物的单据。每一方在交付单据时即意味着失去对货物的控制。为了不至于使每一方在失去对货物的控制权时仍具有担保利益,在单据上设定质押权就必不可少。^{[2] (P180)}并且,我国的商业银行在办理进口

押汇的实务过程中,往往也会与开证申请人签订总质权书或者订立含有质押条款的押汇合约书。再次,权威的学理认为,银行必须在单据上设定特殊的担保权利,即质押权,从而确保在进口人破产或偿付不能时银行占有质押物。只要作为质押物的单据为银行所控制,则银行有权要求开证申请人付款赎单,否则银行有权处理货物,使自己的垫款得到补偿。最后,我国某些法院作出的相关判决中,也对此予以认可。最高法院在 2001 年 8 月 21 日给福建省高级人民法院就一宗疑难案件请示报告的批复中,明确其立场,指出提单持有人在提单以及提单代表的货物上具有“担保物权”。^{[4] (P31)}虽然最高院未明确指出开证行享有质押权,但是若当事人双方约定开证行对货权单据享有质押权,则会得到法院的认可。

但是,采用质押权说还存在一定的缺陷。由于我国法律没有就进口押汇问题作出相关规定,因此,只能适用相关的法律,例如担保法等。但是,依据我国《担保法》第 64 条,质押合同为要式合同,须采用书面形式订立。因此,若当事人即进口商和开证行,在进口押汇协议中未约定开证行对货权单据享有质押权,则依据担保法的规定将难以确定开证行的权利。对此,有些学者提出,银行在这种情况下应当享有默示的质押权。但是,我国的法学界和法律界认为只有在法律的明文规定的情况下,默示的行为才具有法律效力。关于默示质押权的看法显然是来自于英美法系。英国的权威判例直接认定开证行在进口单据上具有默示的质押权,如果没有事先明示约定的话。并且,英国学理明确承认开证行必须在进口单据或货物上设定特殊的财产担保权益,这种法律权利就是开证行无论是否控制单据或已经放单,它将作为质押权人在进口单据上具有质押权。权威学理指出,开证行在单据上的质押权是事先就存在的。^{[2] (P184-185)}但是,由于我国以成文法为基础,学理和判例不能作为法院判决的依据。在当事人缺乏约定的情况下,将无法确定开证行对货权单据所享有的权利。要解决这一缺陷,只能有待于我国立法的完善和发展予以解决。同时,采用质押权说,还带来另一个缺陷,即质押权等担保物权与信托收据产生矛盾。下文将对此进行阐述。

二、进口押汇中的信托收据及相关法律问题

由于银行不是贸易合同的当事人,也没有专业能力对其所取得的货权单据所代表的货物进行处分,而进口商即开证申请人才是货物的真正需

求人。由进口商取得并处理货物,才能实现国际贸易中信用证项下进口押汇的最终目的。因此,信托收据成为银行叙做进口押汇时不可或缺的一份法律文件。

信托收据的主要内容有:进口商保证到期付款,承认在未付清货款前,货物所有权及其收益归银行,进口商以银行受托人身份代银行报关、提货、保险、销售货物,所有销售收入必须存入银行指定帐户不得动用等。^{[1] (P170)}2001年10月1日起施行的《中华人民共和国信托法》为进口押汇中的这种信托行为提供了法律依据。《信托法》第7条规定,“设立信托必须有确定的信托财产,并且该信托财产必须是委托人合法所有的财产。本法所称财产包括合法的财产权利。”同时,第8条还规定,“设立信托,应当采取书面形式。书面形式包括信托合同、遗嘱或者法律、行政法规规定的其他书面文件等。”可见,《信托法》中所指的信托财产不仅包括所有权,同时还包括抵押权、质押权等财产权利。因此,在进口押汇业务中,不论银行对货权单据享有的是所有权、抵押权还是质押权或留置权,银行皆可依照《信托法》将这些权利予以信托。而当开证申请人向开证行开具信托收据,也即满足《信托法》就成立信托行为须采取书面形式的要求后,信托行为成立,并有效。

在进口押汇中,银行同开证申请人之间不但存在信托收据,而且往往订立了总质权书,并且还要求开证申请人提供担保,以期实现双重保险的局面。但是,由此将产生以下问题:

第一,信托收据中往往规定开证申请人将货权单据的所有权转移给开证行,这同当事人之间订立的总质权书存在矛盾。原因在于,依据我国的担保法规定及相关的法理,质押关系的成立以质押人对质押物享有所有权为前提,不存在所有权的转移。若依照信托收据,则开证申请人将所有权转移给开证行,丧失对质押物的所有权,由此导致双方的质押协定无效。因此,若存在质押法律关系,则银行在信托收据中不应该要求进口商将自己的货物所有权转移到银行的名下。

第二,银行在进行进口押汇时,会依据信托收据将货权提单交由开证申请人,由开证申请人办理提货并委托进口商销售处理,待货款回笼后交存银行以偿还信用证押汇款。在这种情况下,若开证申请人恶意不履行还款义务,则银行可以通过以下途径予以救济。首先,依据《信托法》的规定,受托人即开证申请人应当为开证行的最大利益处

理信托事务,不得利用信托财产为自己谋取利益。如果其利用信托财产为自己谋取利益的,所得利益归入信托财产。由于开证申请人的不当行为给开证行造成的损失,开证行可要求开证申请人承担赔偿责任。在实践中,若开证申请人已经将信托财产出售,且其自身的财产状况严重恶化,银行就很难通过这种途径取得赔偿。其次,在受让人非善意受让该货权提单所代表的财产,且仍未支付价款的情况下,开证行可以向受让人行使追索权,要求受让人将价款直接偿付至银行。但这是以受让人恶意为前提。在实践中,受让人一般并不知道信托收据和受让物被质押的事实。此时,开证行不得向善意受让人要求给付价款。最后,当货物为善意第三人所购,而进口商又已经丧失履行债务的能力时,开证行的唯一求助途径为要求保证人承担保证责任。由此将产生物保和人保效力何者为先的问题。因为依据我国《担保法》第28条,同一债权既有保证又有物的担保的,保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的,保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。因此,银行的债权应优先通过物的担保来实现,银行不能放弃物的担保,否则保证人将只在物保范围外承担保证责任。同时,依据《担保法》司法解释第87条,出质人代质权人占有质物的,质押合同不生效;质权人将质物返还出质人后,以其质权对抗第三人的,人民法院不予支持。然而,在银行与进口商的融资业务关系中,银行无法对货物进行有效的处分,必须依赖进口商处理货物的专业能力。因此,银行不得不将货权单据交予进口商。在这种情况下,依据司法解释,开证行放弃了对货权提单的占有也就是放弃了对货权单据及其所代表的货物的质押权。银行放弃质押权就意味着赋予保证人主张在货物担保价值之外承担保证责任。通常而言,由于银行所放弃的担保物的价值不会低于银行的债权,所以,开证行放弃担保物权实质上就是免除保证人的保证责任,开证行的合法权益无法得到有效保护,所谓的双保机制也就成为无效机制。

三、风险的防范

如上所述,虽然银行在进口押汇中可以订立各种合同维护自身利益。但是,由于法律缺失,银行的利益有时难以得到维护。因此,为维护银行特别是开证行的合法权益,防止上述风险的发生应当双管齐下。一方面,银行自身方面应严格依照现有的法律规定行事,减少相应的风险;另一方面,

我国的立法机构也应当对进口押汇加以规定, 为银行提供法律保障。

在银行方面, 首先银行要处理好质押与信托收据之间的关系。若银行和开证申请人的质押关系合法成立, 则信托收据中就不应当有所有权转让规定。反之, 信托收据中应当纳入所有权条款。如此, 银行才能对货权单据享有合法的财产权利, 从而进行信托。其次, 银行应当避免因物保和人保的效力优先问题而造成损失。如果银行和开证申请人之间未成立质押关系, 则保证人应当承担相应的保证责任。但是, 通常银行为了确保自身的利益, 往往会订立总质权书。此时, 由于银行依照信托收据转移货权单据造成质押权丧失, 从而使得保证人仅在物保的范围之外承担保证责任。因此, 在这种情况下, 有必要要求保证人放弃此抗辩。最后, 银行应当按照法律规定以书面形式订立质押协议和信托收据, 并予以登记, 以防开证申请人恶意出售货权单据所代表的货物。

在立法层面上, 我国的《信托法》和《担保法》对于担保物权的标的物的占有, 即质押权设立和出质人继续占有质物, 存在矛盾之处。要解决这一问题, 我国的立法机构可以借鉴国外的经验。目前, 国外主要有两种做法, 一是承认间接占有, 即将代开证行持有信托收据项下的单据视为其代理开证行直接占有该单据以及单据所代表的货物, 而开证行间接占有单据。换言之, 开证申请人仅仅是作为受托人代开证行持有单据并对单据作出处理。开证申请人在信托合同约定的范围内以约定的方式占有和处理代表货物的单据。所以从法律上开证行没有失去对质押物的占有, 开证行仍占有代表货物的单据, 尽管物质上单据被开证申请

人占有。^{[2] (P217)}如此, 因为开证行对货权单据间接占有, 则在银行依据信托收据将单据交予开证申请人时, 银行并未放弃担保物权。因此, 保证人也将无法主张物权效力优先的抗辩。其二, 设立让与担保制度。让与担保是指债务人或第三人以担保物所有权转移给债权人来担保债务, 担保人仍可保有担保物的占有, 也可以依约定处分担保物, 债务得以履行, 担保物所有权回归担保人, 债务不得履行, 则债权人可变卖或拍卖担保物或从对担保物的其他处分中优先受偿。^{[5] (P50)}让与担保制度为德国、日本和我国台湾法律所规定。让与担保是由债权人拥有债务人的动产担保物的所有权来担保债权的实现。^{[2] (P228)}债务人或提供标的物的第三人仍然占有该标的物。同时, 让与担保的债权人享有优先于质押权人的权利。当债务人恶意处分标的物、破产或标的物被强制执行时, 债权人有权依照有关物权的救济方法维护自身的利益。可见, 让与担保制度可以弥补进口押汇中, 开证行不得不转让货权单据而由开证申请人处分相应货物, 从而丧失对质押物占有的缺陷, 避免保证人逃避保证责任, 维护了银行的合法权益。

参考文献:

- [1] 李金泽. 信用证与国际贸易融资法律问题[M]. 北京: 中国金融出版社, 2004.
- [2] 金赛波. 中国信用证法律和重要案例点评[M]. 北京: 对外经贸大学出版社, 2002.
- [3] 彭万林. 民法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [4] 万鄂湘. 中国涉外商事海事审判指导与研究[M]. 北京: 人民法院出版社, 2001.
- [5] 王艳冰. 信用证交易中信托收据下进口押汇的法律性质[J]. 上海: 上海大学学报, 2004, (2).

(责任编辑: 林 泓)