

学校编码: 10384  
学 号: 9408026

分类号 \_\_\_\_\_ 密级 \_\_\_\_\_  
UDC \_\_\_\_\_

## 学 位 论 文

# 对国际商业贷款担保的若干法律问题研究

高 红 军

指 导 教 师: 朱崇石 教授  
申请学位级别: 硕 士  
专 业 名 称: 国际经济法  
论文提交日期: 1999 年 5 月 日  
论文答辩日期: 1999 年 7 月 日  
学位授予单位: 厦 门 大 学  
学位授予日期: 1999 年 月 日

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评 阅 人: \_\_\_\_\_

1999 年 5 月 日

## 内 容 摘 要

在开展国际商业贷款实践中，如何落实担保、防范风险，尤其是弄清弄懂国际商贷中担保所涉及的法律问题，对包括国内外银行、企业在内的各个商贷主体而言，是极富现实意义的。本文主要通过对国内外有关担保法律的研究，结合笔者多年从事国际商贷的经验，对担保的法律适用、风险防范以及我国法律没有明确规定的一些担保类型进行探讨，并对我国国际商贷中担保的立法现状提出看法。

本文除导言和结语之外，共分为下列三章：

第一章，对关系到对外担保法律关系当事人能否切实有效地保障相互间交易安全和各项义务的全面履行，以及如何确定违约责任，并提供相应法律救济措施的法律适用问题进行探讨。本章具体分析了国外对外担保法律适用的一般理论和特点、我国对外担保法律适用的准则，并对我国对外担保实务中法律适用的确定提出见解。

第二章，主要探讨了国际商贷中境内机构对外担保的三种形式——保证、抵押、质押的法律特征，法律风险以及对风险的防范措施。

第三章，分析了我国法律未有明确规范或有歧义，但在国际商贷实践中却时有发生消极担保、浮动担保、政府担保在我国的法律效力。

关键词：国际贷款      担保      法律

# 目 录

导言

第一章 对外担保的法律适用

一、 国际规则

二、 外国对外担保法律适用的一般理论和特点

三、 我国对外担保法律制度

四、 我国对外担保法律适用之探析

五、 我国对外担保实务对法律适用的确定

第二章 担保的法律风险之防范

一、 保证的法律风险之防范

二、 抵押的法律风险之防范

三、 质押的法律风险之防范

第三章 消极担保、浮动担保和政府担保之法律效力

一、 消极担保之法律效力

二、 浮动担保之法律效力

三、 政府担保之法律效力

结语

# 对国际商业贷款担保的若干法律问题研究

## 导 言

国际投资，是指一个国家将本国的资本（包括货币、黄金、机器设备、物资、技术秘密、专利、商标、有价证券及其他财产权利）投放到另外的国家，以盈利为目的的经济活动。<sup>①</sup>从国际经济学的角度看，国际投资实质上就是国际资本流动。国际投资有狭义和广义理解。狭义的国际投资，特指私人直接投资。广义的国际投资泛指以任何形式出现的国际资本流动。以投资主体划分，可分为政府投资和私人投资；以投资方式划分，可分为直接投资和间接投资。这里我们使用广义的国际投资概念，将其划分为直接投资和间接投资两种类型。至于一些信贷和贸易相结合的国际投资方式，则归入其他形式的国际投资一项中去。直接投资，是指投资者把资本直接投放到国外开设公司企业，进行经营管理，其基本特征是投资者控制国外经营活动。间接投资，是指投资者（包括政府、银行、企业或个人）向外国政府、银行、企业或个人贷款，或者购买外国的公司债券、政府债券及股票等的投资活动，其基本特征是投资者无须进行具体的经营活动，经过一定时间后，即可获得相应资产收益。

截止到 1996 年底，中国实际利用的外资累计已经超过了 2800 亿美元，其中外商直接投资 1772 亿美元；对外借款约 1100 亿美元。另据国家外汇管理局统计，中国因接受外国政府、国际金融机构和各种商业机构贷款以及对外发行债券、股票等形成的外债余额达到 1163 亿美元。<sup>②</sup>总之，间接投资已对国内生产总值 GDP 的增长起到了重要作用。放眼未来，中国社会科学院《1996 年——2050 年中国经济社会发展战略研究》课题组的科研成果指出：“由于开放资本市场以及实现 2005 年资本项目可兑换，海外资本通过间接投资方式进入中国大陆的资金约 5000 亿美元，即到 2010 年中国外债余额将达 6000 亿美元，”。<sup>③</sup>也对间接投资寄予厚望。

我于 1992 年初至 1997 年底，有幸在香港华侨商业银行中国业务部从事近六年的开发中国国内项目贷款业务，共叙做国际商业贷款 20 笔，金额共 5.8 亿美元，折人民币达 48.02 亿元。在实际工作中，感悟到最重要的两方面：一是对项目可行性的审定及确定贷款条件；二是法律条件的确定。前者主要是注重项目的现金流量及还本付息的能力，以保证还贷，主要由银行决定是否叙做审查的项目及贷款条件；后者主要是注重当项目出现异常无法预期还贷时，通过法律的效

① 参见蔡曙涛著：《国际投资法》，北京大学出版社 1996 年版，第 1 页。

② 参见李江、颜波主编：《中国经济问题》，经济日报出版社 1998 年版，第 862 页。

③ 参见李成勋主编：《1996—2050 年中国经济社会发展战略——走向现代化的构想》，北京出版社 1997 年版，第 373 页。

力，以保证银行的合法权益，法律条件的确定由国际商业贷款当事人共同决定。然而，在实务中我常遇到国内借款人或担保人由于缺乏国际商业贷款法律知识，特别是对担保的法律问题认识不足，丧失了力争维护自身利益的权力。作为经济工作者，希望看到的是：在能成功地为我国引进国际商业贷款增强国民经济动力的同时，又能维护好我国借款人和担保人的自身利益。为此，本文专题研究：对外担保的法律适用问题；担保的法律风险之防范问题；消极担保、浮动担保和政府担保之法律效力问题，以期对引进间接投资的国际商业贷款中如何处理好担保问题有所帮助。

厦门大学博硕士论文摘要库

## 第一章 对外担保的法律适用

对外担保作为发展国际经贸和促进国际融资的一种法律手段，在我国利用外商投资、加强外向型经济活动中发挥了越来越重要的作用。对外担保的法律适用问题是对外担保法律制度中一项重要的内容，它关系到对外担保法律关系当事人能否切实有效地保障相互间交易安全和各项义务的全面履行，以及如何确定违约责任，并提供相应的法律救济措施，是各方当事人争论的焦点问题之一。

### 一. 国际规则

对外担保作为各国间发展经贸、鼓励投资的一种法律手段，在保障交易安全、降低风险、维护各国当事人的合法利益方面具有重要作用。对外担保的法律适用历来就是各国经贸投资界、金融界、法律界研究和关注的热点问题之一。各国国内立法和国际经贸金融组织制定的国际规则根据对外担保的法律特点从不同角度对其法律适用问题进行规范和调整，以求达到一致的观点和主张并在国际司法实践中形成共识。

在国际上，随着国际经贸和投资方式的日趋多样化，融资和金融交易规模不断扩大，国际经贸金融组织为了适应这种形式，制定和颁布了许多有关对外担保国际性或区域性的国际规则。在这一方面，国际商会(International Chamber of Commerce ICC)的成绩最大，国际商会制定的有关对外担保的国际规则包括：(1) 国际商会 1978 年第 325 号出版物《合约保函统一规则》；(2) 国际商会 1992 年第 458 号出版物《见索即付保函统一规则》；(3) 国际商会 1993 年第 500 号出版物《跟单信用证统一惯例》。这些国际规则除了规定不同类型对外担保（包括备用信用证）的适用范围、受益人索赔受偿条件、担保人责任、对外保函效力等问题外，还在一定程度上就适用这一些国际规则的方式以及对外担保的法律适用问题作了规定。<sup>①</sup>

上述有关对外担保的国际规则在适用方式上都有一个共同的特点，即只有这一些国际规则被纳入对外担保合同的情况下，它们才对对外担保合同当事人具有约束力。当然这并不是说要将这一些国际规则的全文条款列入对外担保合同中，一般情况下，只需以文字表明对外担保合同受这一些国际规则的约束，或表明该对外担保合同是依据这些国际规则出具的就可以了。如《合约保函统一规则》规定，“本规则使用于任何保证书，……，不问其名称及说明如何，只要声明系按国际商会第 325 号出版物开立……”。《见索即付保函统一规则》规定，“本统一规则适用于担保人受托而开具的，并在其正文标明遵循《见索即付保函统一规则》之文句……”。《跟单信用证统一惯例》关于备用信用证使用方式的规定也是相似的。除此之外，这一些国际规则均规定，如果对外担保合同中没有约定适用

<sup>①</sup> 参见刘丰名著：《国际金融法》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 121-123 页。

某国法律，则以担保人住所（或营业所在地）的法律作为对外担保合同的准据法。如《合约保函统一规则》规定，“如保证书中未列明其所受约束之法律，则可引用之法律应为担保人营业所在地之法律……”。《见索即付保函统一规则》也规定，“除非在保函或反担保函中另有规定，保函的适用法律将是担保人（如有指示方时）营业所在地的法律……。”

我们可以看到这样一个事实：国际间众多经贸金融组织为了促进国际资本的安全流通，保护投资交易各方的利益，共同协商制定了一系列有关调整和规范对外担保的法律适用的国际规则，为确定对外担保准据法提供了依据，在各国对外担保实务中发挥了越来越重要的作用，并成为一种发展趋势。

## 二、外国对外担保法律适用的一般理论和特点

从法律上讲，对外担保是指一国境内机构（担保人）以自身的信用或特定财产对境外的债权（或受益人）提供的担保，是一种特定范围内的担保，其实质属于外汇债务担保。这种担保的法律关系含有涉外因素，即作为对外担保的债权人（或收益人）属于境外的法人或自然人。但是由于对外担保责任的承担往往与一国的外汇管理制度（特别是外汇平衡问题）和外债管制有密切的联系，因此也有人认为对外担保是外汇管制国家的一个特有概念<sup>①</sup>。各国在对外担保立法规范上表现为不同的形式和内容。

### （一）根据担保的不同法律性质确定适用的法律

按照传统的民法理论，担保合同是从属于主合同的从合同，<sup>②</sup>但在现代担保实践中，独立性作为对外担保合同的法律属性逐渐为各国接纳，主从合同理论被突破，担保合同“越来越形成了不依附于基础合同的独立性担保文件……。”<sup>③</sup>因此，在国际借贷担保实践中根据担保合同是否具有独立性问题，在法律适用上存在两种不同做法：

1. 依照传统担保理论，如果当事人认为对外担保合同是作为主合同或基础合同（在国际借贷中指借款合同）的从合同，那么对外担保准据法的确定一般与主合同选择的法律相一致，主合同适用的法律往往就是对外担保合同适用的法律。如国际商业信贷协议中贷款协议签订地、贷款偿付地、当事人住所地的法律都可能被选择作为对外担保合同的准据法。这样能够解决履行主合同和对外担保合同过程中遇到的一揽子问题，减少许多不必要的、繁琐的法律环节。在国际借贷中，特别是在国际银团贷款中，由于保证人往往处于借款人所在国，贷款银行当然希望担保合同的适用法律与其基础合同相一致，有利于统一解释和避免因适用法律不同可能导致的任何冲突，尽量消除不必要的法律风险。

<sup>①</sup> 参见李文、高翔阳等编著：《律师涉外金融业务——国际商业银团贷款》，法律出版社1997年版，第317页。

<sup>②</sup> 参见王家福、梁慧星主编：《中国民法学——民法债权》，法律出版社1998年版，第98页。

<sup>③</sup> 参见张向东著《对外担保》，中国对外经济贸易出版社，1992年版，第5页。

2. 依照现代担保实践, 如果当事人根据合同条款认为对外担保合同是一个与主合同(基础合同)相分离的、单独的法律关系, 担保人承担的是一种独立性责任的话, 那么对外担保合同当事人可以自主选择适用的法律, 而不受主合同或基础合同所确定准据法的约束。对外担保实务中, 一般选择对外担保合同签订地、履行地、担保人住所地(或营业所在地)以及物之所在地(通常在不动产对外抵押担保合同中)的法律作为对外担保合同的准据法。因为在担保人承担独立的、无条件的偿付责任的情况下, 法律对担保人主体资格、担保范围、担保责任及对外担保合同效力的规定, 直接关系到债权人债权的实现以及相关权益的保障, 与担保人履行担保责任具有密切的联系。对于国际借贷的担保人而言, 显然希望尽可能适用本国法律(即借款人所在国法), 这样一方面可以避免对国外法的不熟悉, 另一方面也可能从国内法的有关规定及其随后变动中获取一定利益。

## (二) 准据法之选择

### 1. 意思自治原则

意思自治原则是指合同当事人在一定范围内有自由选择合同准据法的权利, 法律必须尊重当事人的意愿和选择的结果, 这是私法中的意思自治原则的一个具体表现。<sup>①</sup>现在世界各国都在不同程度上承认了这一原则。在国际借贷担保实践中, 当事人一般都在担保合同中明确规定, 双方一致同意以某个国家(如英国法)或某个国家中某个地区(如美国纽约州法)的法律作为准据法, 因此, 对外担保合同当事人可以通过谈判、协商, 按照自己的意志协议确定对外担保的准据法。

### 2. 意思自治原则的限制

虽然各国都允许当事人按照“意思自治原则”选择合同准据法, 但这并不意味着当事人可以绝对自由地选择任何一种法律制度。事实上, 各国对当事人选择准据法的自由都施加了一定的限制, 只不过限制的范围有所区别而已。在国际借贷担保业务中, 各国法律对当事人自由选择准据法的限制主要体现在以下几个方面:

[1] 公共秩序保留。公共秩序, 在英国、美国又称公共政策(Public Policy)。公共秩序构成所有法律的最一般基础, 一旦公共秩序被抛弃, 所有的其他法律原则将遭到破坏。<sup>②</sup>世界各国冲突法都规定, 选择与本国公共秩序相抵触的外国法律作为合同准据法将是无效的。

公共秩序不仅影响到当事人对担保合同准据法的选择, 而且还将影响到随后可能发生的合同的强制执行。例如, 英国的弗莱法官在 Rousillon v. Tousillon 一案中认为, 不管合同在什么地方签订, 只要它与法院地国公共秩序相抵触, 法

<sup>①</sup> 参见李文、高翔阳等编著:《律师涉外金融业务——国际商业银团贷款》, 法律出版社 1997 年版, 第 34 页。

<sup>②</sup> 参见李文、高翔阳等编著:《律师涉外金融业务——国际商业银团贷款》, 法律出版社 1997 年版, 第 35 页。



院就不会强制执行该合同。可见，只要在英国强制执行合同，不管其在什么地方签订，合同都必须遵守英国国内的公共政策。

## (2) 无法律规避

法律规避(Evasion of Law)又称法律欺诈，是指当事人故意制造一种连结因素，以避开本应适用的准据法，而使对自己有利的法律得以适用的一种行为。<sup>①</sup>这里所指规避的法律必须是强行法而非任意法。国际借贷担保合同当事人的法律选择中，法律规避是指当事人通过故意制造新的连结因素，如改变国籍、变换住所、选择有利的订约法或履行地等，以避开对担保有真实联系的根据有关冲突规范本应适用的法律。在国际私法实践中，诉讼法院往往以当事人规避法院地国的强行性法律为由，否认当事人所作的法律选择的效力。例如，在澳大利亚 Golden Acres Ltd. V. Queensland Estates Property Ltd 一案中，当事人为了避免因适用 Queensland 法律而使合同归于无效而选择了香港法作为合同的准据法。审理该案的 Hoare 法官以当事人所作的准据法选择旨在规避法院地为由，判定当事人的选择无效。

因此，针对国际借贷担保的具体情况，为避免其所作的法律选择被法院认为属法律规避，当事人在选择准据法时不得规避各国有关强行法的规定，尤其不得规避担保人住所地(或营业所在地)和不动产对外抵押中不动产所在地的法律，因为这些法律通常对于担保人的主体资格、缔约能力等有严格的规定。在实践中当事人选择法律适用时应做到两点：一是所选择的法律应与担保合同有真实的联系；二是当事人作出的选择应有正当的理由。如当事人选择国际主要金融市场所在地的法律，一般可以被认为其选择有正当的理由。

## (三) 准据法之推定

在某些情况下，当事人可能由于种种原因没有在担保合同中明示选择准据法，或者当事人的选择被诉讼法院认定为无效，这时就需要诉讼法院来推定或确定准据法。从世界范围来看，大多数国家的法院是根据最密切联系原则来确定担保合同的准据法，但也有一些国家，如英国、德国等，诉讼法院首先采取推定当事人默示意图的方式来决定准据法，只有当无法推定当事人默示意图时，法院才根据最密切联系原则来确定准据法。

### 1. 默示选择法 (Implied Choice)

在英国，根据《英国冲突法》中所归纳的冲突规则，在合同中缺乏明示选择准据法时，英国法院将根据合同条款、性质以及案件的一般情况，从中推测出当事人的默示意图，并据此决定合同的准据法。<sup>②</sup>默示选择法的优点在于，它仅仅需要考虑合同的条款、性质以及案件的一般情况来推断当事人意图，而无需考

<sup>①</sup> 参见李文、高翔阳等编著：《律师涉外金融业务——国际商业银团贷款》，法律出版社 1997 年版，第 37 页。

<sup>②</sup> 参见李文、高翔阳等编著：《律师涉外金融业务——国际商业银团贷款》，法律出版社 1997 年版，第 43 页。

考虑没有直接关系的各种情况。

法院推断当事人的默示意图一般考虑法院的选择、合同中使用的语言和术语、支付的货币、当事人希望合同有效的意图等几个因素。如：法院的选择是指，当事人对法院或仲裁庭的选择一般被认为意味着合同准据法的选择，在实践中，法院选择条款或仲裁地条款往往具有默示选择准据法的效力。例如选择伦敦作为法院地或仲裁地可能意味着当事人倾向于适用英国法，因为英国法被国际社会公认为比其他任何法律更适合于解决担保所产生的问题。又如：当事人希望合同有效的意图是指，当法院的选择、合同中使用的语言和术语、支付的货币等因素处于均衡时，法律应选择使合同生效的法律，而不选择使合同无效的法律作为担保合同的准据法。在现代国际借贷担保中，由于合同文件已基本形成类似的格式，基本选择英语为语言，选择美元为主要货币，因此，语言和货币在默示推定中的重要性大大降低。在默示选择时要注意的一个问题是，所有这些被用来确定当事人选择意图的因素必须在签订合同之时或之前已经存在，而在担保合同签订后的各种因素和当事人的行为，除非构成不可反悔或者一个新的合同，否则都与默示选择无关。

## 2. 最密切联系法

在大多数国家，如果担保合同当事人没有选择适用的法律，则法院往往依照最密切联系原则，或与对外担保法律关系有客观联系的方法来确定某国的法律得以适用。如奥地利、丹麦、比利时、瑞士等国的法律，以及1980年的《罗马公约》均有类似规定，美国1971年的《冲突法重述（第二次）》也认为，在无当事人选择时，美国法根据“最重要联系(The most significant relationship)”原则来决定借款或担保合同的准据法。

最密切联系原则是指，当事人在合同中没有选择准据法时，合同将由与合同交易有最密切联系的法律制度来管辖<sup>②</sup>。在对外担保中，通常是确定担保人住所地（或营业所在地）、担保合同签订地或履行地的法律。与默示选择法不同的是：法院在推测当事人默示意图时，只能依赖合同文件本身，当事人的行为甚至商业习惯做法仅仅是进一步阐明合同文件本身的含义，即法院只能从合同文件中推导出当事人的意图，因此法院的行动只能在合同的框架内，不能超出合同之外；而采用最密切联系法时，法院能够独立于合同之外作出相应的判断，法院首先确定与合同相关或者可适用于合同的各种法律制度，接着对合同内容与相关法律制度之间的联系程度进行考查，最后决定其中哪一种法律制度与合同最密切联系。

## 三．我国对外担保法律制度

<sup>②</sup> 参见李文、高翔阳等编著：《律师涉外金融业务——国际商业银团贷款》，法律出版社1997年版，第45页。

我国对外担保是同我国吸引外资、利用国际资本、促进国际经贸发展密切联系。对外担保是我国一种利用外资的重要手段，因此，我国与各国政府一样重视对外担保的管理，不断完善有关对外担保的立法规范。

1980 年底国务院发布的《中华人民共和国外汇管理暂行条例》被普遍认为是我国对外担保管理和立法工作开始的标志。该《条例》规定，除了中国银行外，非经国家外汇管理局批准其他任何金融机构都不得经营外汇业务，这对提供对外担保的机构做了限制。1987 年 2 月中国人民银行颁布实施了《境内机构提供外汇担保的暂行规定》，这使对外担保成为我国专门外债管理的一项重要业务。1991 年随着外商投资的迅速发展，国家外汇管理局经中国人民银行批准发布实施了《境内机构对外提供外汇担保管理办法》，该办法总结了几年来对外担保的实践经验，客观实际地解决了在对外担保过程中出现的问题。1995 年 10 月《中华人民共和国担保法》颁布实施，进一步规范和完善了对外担保法律制度，使对外担保与我国的规定相衔接，促进了法律规定上形式和内容的一致性。1996 年初《中华人民共和国外汇管理条例》发布实施，该《条例》规定，提供对外担保，只能由符合条件的金融机构和企业办理，并须经外汇管理机关批准，而且，该《条例》从法律上明确采用“对外担保”一词而摒弃了长期以来一直使用的“外汇担保”一词。1996 年 9 月 25 日中国人民银行发布实施了《境内机构对外担保管理办法》，对于对外担保的概念、担保人资格、担保范围、担保责任及效力、管理机构、审批权限和程序，以及担保各方的权利义务等作了详尽规定，为境内机构对外担保业务提供了法律依据，使我国对外担保法律制度基本趋于完善。

值得注意的是，我国有关对外担保的法律制度均未关于对外担保法律适用问题的规定，这是我国对外担保法律制度需要进一步完善的地方。由于对外担保合同实质是一种涉外合同，因此我国对外担保的法律适用可以从涉外合同的法律制度中寻找答案。我国的《民法通则》及最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》、《涉外经济合同法》及最高人民法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》中对涉外合同的法律适用，可以作为对外担保的法律适用原则。

## 四．我国对外担保法律适用之探析

### （一）意思自治原则

与大多数国家一样，我国将意思自治原则作为确定对外担保准据法的基本、首要的原则。我国《民法通则》第 145 条第 1 款与《涉外经济合同法》第 5 条第 1 款分别明确规定了涉外经济合同当事人有权选择合同的准据法。而且，根据最高法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第 6 条第 4 项的规定，即使当事人在订立涉外经济合同时或者发生争议后，对于合同所适用的法律未作选择，人民法院受理案件后，仍应允许当事人在开庭审理以前做出选择。我国关

于意思自治原则的规定还要求当事人选择的法律只能为一国现行的实体法，而不包括冲突法规范和程序法。同时法律的选择必须以明示方式作出，不能采取默示方式。

## （二）不损害社会公共利益及无法律规避原则

我国《涉外经济合同法》第4条规定，签订涉外经济合同“不得损害中华人民共和国的社会公共利益”。这里所谓的“社会公共利益”与其他国家立法和司法判决中使用的“公共秩序”、“公共政策”和“善良风俗”等措辞的含义是一致或接近的。我国最高法院在1988年4月《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第194条对法律规避也作了规定：“当事人规避我国强制性或者禁止法律规范的行为，不发生适用外国法律的效力。”因此，我国对外担保合同的法律选择应遵循不损害社会公共利益及无法律规避原则。

《涉外经济合同法》明确规定，我国法律、行政法规规定应当由国家批准的合同，获得批准后合同方能成立。同时《中华人民共和国外汇管理条例》和《境内机构对外担保管理办法》均规定，我国境内机构提供对外担保只能由符合规定的金融机构和企业办理，并且须经国家外汇管理机关批准，否则出具的对外担保合同无效。因此，我国当事人在确定对外担保合同准据法时，应符合我国法律有关对外担保形式要件和担保人缔约能力方面的规定。

## （三）最密切联系原则

我国1985年制定的《涉外经济合同法》第5条明确规定：“合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律”。1986年制定的《民法通则》第145条重申了该原则。最高法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第二部分对处理涉外经济合同争议的法律适用问题作了专门的解释，第6条第2款规定，对外担保合同的当事人没有选择准据法时，人民法院根据最密切联系原则确定所应适用的法律一般是担保银行所在地法，即担保银行住所地或营业所在地的法律。但是如果担保合同明显地与另一国家或其他地区的法律具有更密切的联系，人民法院应以另一国家或者地区的法律作为处理合同争议的依据，如以不动产对外抵押担保时，往往将物之所在地法作为适用的法律。

## （四）国际条约优先适用原则

我国目前虽然尚未缔结或参加有关对外担保法律方面的国际条约，但国际条约优先适用的原则对于对外担保的法律适用同样具有约束力。我国《民法通则》第142条和《涉外经济合同法》第5、6条都规定，中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国的法律有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外，中华人民共和国法律未作规定的，可以适用国际惯例。有关对外担保的国际惯例包括《合约保函统一规则》、《见索即付保函统一规则》、《跟单信用证统一惯例》等，都在条文中对其适用方式以及对外担

保的法律适用问题作了明确规定。但是按照我国法律规定，适用这一国际规则也不得与我国有关对外担保的法律规定相抵触，不得违反我国的公共秩序。

## 五. 我国对外担保实务对法律适用的确定

按照《境内机构对外担保管理办法》第 2 条规定，“我国对外担保是指境内机构（境内外资金融机构除外）以保函、备用信用证、本票、汇票等形式出具对外保证，以《中华人民共和国担保法》第 34 条规定的财产对外抵押或者以第四章第一节规定的动产对外质押、第二节第 75 条规定的权利对外质押，向中国境外机构或境内外资金融机构承诺，当债务人未按照合同约定偿付债务时，由担保人履行偿付义务”。由此可以看出，我国对外担保具有以下两个基本特点：（1）对外担保法律关系中一般存在三方当事人，即担保人、债务人（或被担保人）、债权人（或受益人）。作为担保人应为我境内的金融机构或企业；债务人可以为我国境内机构，也可以为境外机构；而债权人可以为境外机构也可以为境内外资金融机构。（2）我国对外担保包括对外保证、对外抵押和对外质押三种担保形式。因此在对外担保实务中，对外担保法律关系当事人通常根据上述特点选择和确定对外担保合同的准据法：

1. 如果担保人为境内机构提供对外担保，债权人是境外机构或境内外资金融机构时，当事人应选择我国的法律，或根据最密切联系原则确定为适用我国的法律。因为在这一种情况下，对外担保合同的缔结和履行均发生在我国境内，对外担保责任承担及效力与我国法律的有关规定密切相关，在我国外商投资企业以我国境内机构作为担保进行对外融资活动中尤其如此。这是由于我国现行法律规定中外合资经营合同、中外合作经营合同、中外合作开发合同应适用我国法律，而外商投资企业对外融资提供对外担保往往与这些中外合资经营合同、中外合作经营合同、中外合作开发合同的投资项目有密切的联系。否则，我国境内的金融机构和企业就不可能为其担保。

### [案例一]

笔者 96 年底曾叙做合肥市金屯立交桥和美屯立交桥建设 1700 万美元银团贷款项目。项目借款方：合肥建隆基础设施开发有限公司，为合肥市城市基础设施开发公司（中方）与全隆有限公司（港方）的合资公司，负责合肥市一环路上金屯立交桥和美屯立交桥的建设，该项目总投资额 2900 万美元，公司注册资本 1200 万美元。项目贷款方：以华侨商业银行有限公司为安排及代理行的银团。项目主要担保人：合肥市建设综合开发公司及合肥市自来水总公司（均为合肥市建委直属企业），分别出具人民币履约担保函，并选择中国法律为准据法。该项目运作成功，各方均按约履行义务，未出现法律纠纷。

2. 如果担保人为境外机构提供担保，债权人为境外机构时，对外担保合同当事人可以选择适用我国的法律，也可以选择适用外国法。因为在此情形下，对

外担保合同的缔结或履行有可能发生在我国境外（主要为债权人所在地），根据最密切联系原则，通常债权人所在地法被选择或确定为对外担保的准据法。但是选择或确定适用外国法时，应注意我国法律关于对外担保合同生效形式要件的规定，即对外担保合同必须经我国外汇管理机构批准后才生效。因此在实务中，为使对外担保合同成为一份合法、有效的涉外合同，对外担保合同的当事人应选择适用承认该担保合同效力，且不与我国法律的基本原则和我国的社会公共利益相违背的某一境外国家的法律。

[案例二]

香港传统公司与广州市海珠区联星农工商总公司合资成立江南公司，经营江南大酒店。为筹集资金，香港传统公司向香港上海汇丰银行提出 7917 万港币的贷款申请。同时，传统公司、联星农工商总公司、江南公司与中国银行珠江分行签订协议，以江南大酒店的房产及附属设备抵押作为反担保，珠江分行向汇丰银行出具了保证书，保证传统公司按期归还贷款。汇丰银行遂向传统公司发放贷款。珠江分行向汇丰银行出具的保证书上注明适用英国法律。

[案例来源：《最新贷款纠纷防范与处理实务全书》第 856 页]

应当指出的是，虽然担保人与境外债权人签订的担保协议可以选择适用外国法，但一旦担保人向债权人偿付借款以后，担保人与被担保人之间产生了新的债权债务关系，这与担保关系是两个独立的法律关系，因此，担保合同所选择的准据法不适用于被担保人向担保人清付代偿款项的法律纠纷。

如上例中，由于江南公司经营亏损，致使香港传统公司未按约偿还贷款本息。在汇丰银行的要求下，珠江分行履行保证人义务，向汇丰银行垫付贷款本息。在向传统公司催讨未果的情况下，珠江银行向广州市中院提起诉讼。被告传统公司辩称：原告珠江银行与汇丰银行曾就被告借款一事签订过保证书，该保证书约定，如发生纠纷，适用英国法律，由英国法院管辖。因此，广州市中院对本案无管辖权，应当裁定驳回原告的起诉。

广州市中院对被告传统公司提出的管辖权异议进行审查后，认为：原告在提供担保时与贷款的汇丰银行签订担保协议，选择了适用英国法并由英国法院管辖，这是合法的。但这一选择与被告无关。原告因垫付保证款项后向被告催讨而产生新的债权债务关系，与原告为被告贷款向汇丰银行提供保证是两个独立的法律关系。且原告与被告关于履行担保责任协议，是在中国广州签订的，依照民事诉讼法第 243 条的规定，该院对协议履行产生的纠纷有管辖权。据此，广州市中院裁定驳回传统公司关于管辖权的异议。传统公司不服，提出上诉。广东省高院经审理裁定驳回传统公司的上诉，维持广州市中院关于管辖权的裁定。

3. 如果担保人为境外机构提供担保，债权人为我国境内的外资金金融机构时，应适用我国的法律。因为在此情形下，对外担保合同的缔结和履行均发生在我国境内，且境内外资金金融机构属于我国的法人，其经营管理活动受我国法律的管制，

因此其法律地位、缔约能力均受我国法律的约束。

4. 如果我国境内机构以不动产提供对外抵押担保，那么该不动产抵押担保合同应选择或确定适用我国的法律。这是因为，根据物之所在地法的惯例，确定不动产的范围、不动产所有权取得、变更、消灭的条件和程序，以及不动产所有权的内容和保护方法均应适用不动产所在地法。我国法律对此也作了同样的规定，《民法通则》第 144 条规定：“不动产的所有权，适用不动产所在地法”。最高人民法院《关于贯彻〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 186 条规定：“不动产的所有权……抵押……等民事关系，均应适用不动产所在地法”。

[案例三]

笔者 96 年叙做过深圳海王同爱制药有限公司 1000 万美元银团贷款项目。项目借款方：深圳海王同爱制药有限公司，为深圳海王集团公司、吉林吉发农业开发集团公司和两家澳大利亚公司的合资公司，总规模 RMB2.6 亿，主营碘酸钾制剂。项目贷款方：由华侨商业银行、中国银行悉尼分行、新加坡农行组成的银团。项目主要担保人：深圳海王集团公司，以深圳海王大厦中市值 1.73 亿人民币的物业做抵押，抵押合同选择中国法律为准据法。该项目运作成功，各方均按约履行义务，未出现法律纠纷。

## 第二章 担保的法律风险之防范

我国《担保法》规定的担保方式有保证、抵押、质押、留置、定金五种。在我国银行贷款实践中，根据《贷款通则》，借款合同担保系指保证担保、抵押担保和质押担保三种。国际借贷业务的担保，根据《境内机构对外担保管理办法》规定，对外担保包括对外保证、对外抵押和对外质押（动产对外质押及权利对外质押）。

在借贷活动中实行担保是减少贷款银行经营风险的重要措施，它对于促进借款方切实履行合同，保障银行信贷资金的安全与完整有着重要意义。然而令人遗憾的是，在实践中贷款业务却隐患丛生，贷款方的合法权益遭到损害的事例不胜枚举。众所周知，我国四大国有商业银行不良资产数额巨大。按有关资料统计，全国国有商业银行不良信贷资产比例约为 20-25%，按 20% 计算，1990-1996 年不良信贷资产数额如下表<sup>①</sup>：

年份	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
不良贷款 (亿元)	2951.96	3518.96	4216.34	5173.94	6488.24	7849.92	9486.90

从不良信贷资产成因的法律分析看，除了我国法律体系有待进一步健全，法律规范未完全得到执行等因素外，还有银行自身依法放贷意识不强、法律知识欠缺、贷款担保不规范等原因，为不良资产的产生打开了方便之门。在此，笔者结合多年来从事银行工作的经验，对借贷业务中担保的法律风险与防范提出一些看法。

应该指出的是，这里所讨论的担保法律风险的防范，既指国内机构向国外贷款银行借款时对国外银行提出的担保，也指在以国内银行对外保证为担保形式的国际借贷中，国内机构向担保银行提出的反担保。<sup>②</sup>目前国际上的统一国家担保法运动仍停留在保证（或称人的担保）领域，而财产担保主要以适用各国国内法为主，因此在国际借贷中，特别是在国际银团贷款领域，财产担保，尤其是物的担保应用较少，绝大多数是以境内机构提供对外担保以及权利担保为形式。但是仍不能排除财产担保运用的可能，尤其是贷款直接与某个项目有关时，在保证之外再加设物的担保，对国际贷款人来说，无疑又多了一道保护屏障。然而在实践中，如果国外贷款人取得了足够的、可靠的保证（如国内主要商业银行的保证），就没有必要再浪费时间和精力、财力于其他担保上。因此，抵押、质押等物的担保主要出现在国内借款人对境内担保银行提供的反担保上。

### [案例四]

笔者 95 年曾叙做香港智发行为长沙卷烟厂进口设备 8900 万美元贷款项目。

<sup>①</sup> 参见黄学海等《防范不良信贷资产的法律机制研究》，刊自《国际金融研究》1999 第三期。

<sup>②</sup> 参见邹小燕、朱桂龙编著：《银行保函及案例分析》，中信出版社 1993 年版，第 122 页。



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库