



银行金融法律

跨境担保外汇管理新政简述

王舒 | 朱俊

国家外汇管理局（下称“外管局”）2014年5月19日晚正式发布《关于发布〈跨境担保外汇管理规定〉的通知》（下称“汇发29号文”），并公布了最终定稿的《跨境担保外汇管理规定》（下称“《规定》”）和《跨境担保外汇管理操作指引》（下称“《指引》”）。根据汇发29号文的规定，《规定》和《指引》将于2014年6月1日起正式生效，外管局1997年发布的《境内机构对外担保管理实施细则》以及之后发布的11项跨境担保政策将于新政开始实施之日同时废止。但由中国人民银行1996年发布的、规定中国对外担保管理制度基本框架的《境内机构对外担保管理办法》仍将继续有效。

《规定》和《指引》根据简政放权、国民待遇和强化违规责任的方针对现行的跨境担保管理政策进行了大幅度的调整和更新，将可能会对当前的跨境融资和担保交易造成比较大的影响。

与现行的跨境担保管理政策相比，《规定》和《指引》主要的调整和更新包括：

1. 跨境担保的界定

为了贯彻全面规范跨境担保外汇管理的目标，与现行政策主要以担保的形式判断一项担保措施是否应当纳入对外担保进行管理不同，《规定》更加注重担保的实质。根据《规定》，满足以下两项条件的担保合同即有可能导致该项担保作为跨境担保进行管理：

- (1) 担保人向债权人书面做出具有法律约束力的承诺，其将按照担保合同的约定对债权人履行相关付款义务；
- (2) 该等承诺可能导致资金跨境收付或资产所有权跨境转移等国际收支交易。

上述调整将可能导致在现行的对外担保管理政策项下并不明确属于跨境担保管理对象的担保方式，包括资产回购担保、备用贷款支持等非典型的担保方式被纳入跨境担保进行管理。

除了以上概括性规定之外，《指引》还特别列举了五项不按跨境担保管理的交易类型，包括不具有契约性质或不受法律约束的承诺（如不具法律约束力的安慰函或支持函）、不涉及现金支付或财产折价清偿等付款义务的承诺、对债权人履行义务不会同时产生与此直接对应的对债务人享有债权的承诺、已按其他外汇管理方式进行有效管理的跨境承诺（如即期和远期信用证、信用保险）、经外管

局明确不再重复纳入规模和统计范围的跨境承诺（如境内机构申请境内银行对境外开立保函、信用证或向境外放款时提供的保证金或反担保）。

2. 取消跨境担保的事前审批和额度控制，并以事后登记为跨境担保的主要管理方式

《规定》和《指引》取消了跨境担保的事前审批和额度控制，而改为以事后登记为跨境担保的主要管理方式。这将极大的简化提供跨境担保的政府手续，并减轻交易各方申请批准和检验该等批准的有效性方面的负担。

《规定》还明确，外管局对跨境担保合同的核准、登记或备案情况以及对外担保其他管理事项与管理要求，不构成跨境担保合同的生效要件。这将改变现在某些地区的外管局要求必须在担保合同中规定外管局的审批将构成跨境担保合同生效条件的做法。

外管局同时废止了其 2001 年发布的转发和执行《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》的通知，进一步明确了违规对外担保合同并不会直接导致合同无效。但同时，由于《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》中关于“未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的，对外担保合同无效”的规定并未被最高人民法院废除，后续就该等政策方面的协调问题，还待法院方面进一步澄清。

3. 外保内贷、内保外贷和其他形式跨境担保进行区别管理

与现行政策中以担保的内外资机构性质以及担保的融资或非融资属性来区分跨境担保的管理方式不同，《规定》和《指引》按照担保履约后是否可能导致新增中国境内的居民对中国境外的非居民的负债或债权，将跨境担保分为内保外贷、外保内贷和其他形式跨境担保三个大类，并以此作为区分不同跨境担保管理方式的主要标准。

4. 内保外贷的界定和管理方式

在内保外贷结构项下，提供担保的一方（下称“**担保人**”）应是在中国境内注册的机构，而接受担保的债权人（下称“**债权人**”）和实际负债的债务人（下称“**债务人**”）均是在中国境外注册的机构。这种担保结构常见于中国境内的公司为其在中国境外设立的项目公司或子公司在中国境外的贷款提供的各种形式的担保。

针对内保外贷业务，主要涉及以下跨境担保管理手续：

- (1) 签约数据报送：银行担保人在担保合同签订后需向外管局报送内保外贷业务相关数据；
- (2) 内保外贷签约登记：非银行担保人在签订担保合同后 15 个工作日内需要到所在地外管局办理内保外贷签约登记手续；
- (3) 履约后对外债权登记：内保外贷业务发生担保履约的，中国境内的担保人应当按规定办理对外债权登记手续。

《规定》还进一步明确了中国境内的个人可以参照非银行机构办理内保外贷业务，从而放宽了当前对外担保管理政策下个人可以提供对外担保的空间。

值得注意的是，《规定》和《指引》对使用内保外贷结构的融资项下的资金有一系列的限制，包括：

- (1) 债务人不得通过向中国境内进行借贷、股权投资或证券投资等方式将该等资金直接或间接调回中国境内使用；
- (2) 债务人不得使用担保项下资金直接或间接向在境内注册的机构进行股权或债权投资；
- (3) 担保项下资金不得直接或间接用于获得境外标的公司的股权，且标的公司 50% 以上资产在境内的；
- (4) 担保项下资金不得用于为债务人或境外其他公司曾以股权或债权形式直接或间接调回中国境内使用的融资进行再融资；
- (5) 债务人使用担保项下资金向境内机构预付货物或服务贸易款项，且付款时间相对于提供货物或服务的提前时间超过 1 年、预付款金额超过 100 万美元及买卖合同总价 30% 的（出口大型成套设备或承包服务时，可将已完成工作量视同交货）；
- (6) 如果内保外贷项下担保责任为境外债务人债券发行项下还款义务时，境外债务人应由境内机构直接或间接持股，且境外债券发行收入应用于与境内机构存在股权关联的境外投资项目，且相关境外机构或项目已经按照规定获得国内境外投资主管部门的核准、登记、备案或确认；
- (7) 如果担保所融取的资金用于直接或间接获得对境外其他机构的股权或债权时，该投资行为应当符合中国相关部门有关境外投资的规定；以及
- (8) 内保外贷合同项下义务为境外机构衍生交易项下支付义务时，债务人从事衍生交易应当以止损保值为目的，符合其主营业务范围且经过股东适当授权。

对于需要突破上述限制使用内保外贷项下的资金的，将可能需要取得外管局的特别批准或同意。

5. 外保内贷的界定和管理方式

在外保内贷结构项下，担保人应是在中国境外注册的机构，债权人应是中国境内注册的金融机构，并且债务人应是在中国境内注册的非金融机构（但《规定》已明确外保内贷结构不能直接适用于企业之间通过银行所做的委托贷款）。这种担保结构常见于在中国境外注册的母公司为其在中国境内的子公司向中国境内的银行借取的人民币或外汇贷款提供各种形式的担保。

与当前政策要求外保内贷在履约时直接占用中国境内的债务人外债额度不同，《规定》和《指引》更为宽松，规定只有当境内债务人因外保内贷项下担保履约形成的对外负债中的未偿本金余额超过其上年度未经审计的净资产数额的，超过部分才需要占用其自身的外债额度。

外保内贷业务在担保合同签约后无需在外管局进行签约登记手续，仅需发放贷款或提供授信额度的境内金融机构向外管局集中报送外保内贷业务相关数据。外保内贷业务发生境外担保履约的，中国境内的金融机构债权人可自行办理与担保履约相关的收款，中国境内的债务人应在担保履约后 15 个工作日内到所在地外管局办理短期外债签约登记及相关信息备案手续。

此次的《规定》和《指引》未澄清外管局 2013 年发布的《外债登记管理办法》中规定的“中资企业办理境内借款接受境外担保的，应事前向所在地外管局申请外保内贷额度”与《规定》和《指引》规定的上述管理方式如何进行衔接。

6. 其他形式跨境担保的界定和管理方式

除内保外贷和外保内贷以外的其他跨境担保情形，均被称为其他形式跨境担保。这种担保结构常见于在中国境内注册成立的机构就向中国境外的银行所借取的外债所提供的各种形式的担保，或者在中国的银行支持中国的企业走出去的项目当中，当地的项目公司就在境外的有关资产上为中国的贷款银行所设立的各种形式的担保。

针对其他形式的跨境担保，境内机构提供、接受或执行该等跨境担保在符合相关外汇管理规定和遵守有关的适用法律规定即可操作，不再需要在外管局办理跨境担保签约登记和履约核准手续。

7. 银行和非银行机构提供的对外担保进行区别管理

《规定》和《指引》中延续了2010年公布的《国家外汇管理局关于境内机构对外担保管理问题的通知》中针对银行和非银行机构所提供的对外担保进行区别对待和管理的做法。在《规定》和《指引》中，银行和非银行机构提供的对外担保在管理方式上主要有以下不同：

- (1) 对外担保登记和对外担保履约后的对外债权登记方式不同。就对外担保登记而言，对于银行担保人，银行可以通过数据接口程序或其他方式向外管局报送内保外贷业务相关数据，而对于非金融机构担保人，除非经外管局特别批准可以通过有关的资本项目系统报送该等数据，担保人只能到所在地外管局办理签约登记手续。就内保外贷履约后的对外债权登记而言，对外债权人为银行的，可以通过资本项目信息系统报送对外债权相关信息，而对于非银行机构，其应当在担保履约后15个工作日内到所在地外管局办理对外债权登记。
- (2) 对外担保履约后签署新的对外担保合同限制不同：非银行机构有内保外贷履约的，在境外债务人偿清该非银行机构承担的债务之前（因债务人破产、清算等原因导致其无法清偿债务的除外），未经外管局批准，该非银行机构必须暂停签订新的内保外贷合同，但银行担保人无此限制。
- (3) 对外担保履约后办理对外支付的手续不同：银行发生内保外贷担保履约的，可自行办理担保履约项下对外支付；非银行机构发生内保外贷担保履约的，需凭加盖外管局印章的担保登记文件到银行办理担保履约项下购汇及对外履约支付。

8. 其他值得关注的内容

除了以上变化和更新外，《规定》和《指引》还进一步澄清了以下内容：

- (1) 同一内保外贷业务下存在多个中国境内的担保人的，可自行约定其中一个担保人到所在地外管局办理登记手续。外管局在办理内保外贷登记时，应在备注栏中注明其他担保人。这将对有多个中国境内的机构或个人提供担保的项目提供登记方面的便利。
- (2) 金融机构作为担保人提供内保外贷应具有相应担保业务经营资格。由于现行政策项下针对金融机构的担保业务经营资质还没有统一的规定，该项政策的执行将受限于有关金融机构监管部门的意见，并有可能需要监管部门和外管局的进一步协调或通过后续的操作实践进行确认。
- (3) 外管局不对担保当事各方设定担保物权的合法性进行审查，并且明确担保人或债权人申请汇出或收取担保财产处置收益时，可直接向中国境内银行提出申请，在银行审核担保履约真实性、合规性并留存必要材料后，担保人或债权人可以办理相关购汇、结汇和跨境收支。这将进一步简化一般性物权担保履约的手续，并且有利于保护债权人的利益。

- (4) 内保外贷项下的担保合同或担保项下债务合同主要条款发生变更的（包括债务合同展期以及债务或担保金额、债务或担保期限、债权人等发生变更），应当在 15 个工作日内办理内保外贷变更登记手续。

以上是我们对《规定》和《指引》的一些主要内容进行的初步梳理。后续请继续关注我们就《规定》和《指引》对具体的融资担保交易结构的影响进行的深度跟踪分析。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与王舒律师（+8610 8525 5526; shu.wang@hankunlaw.com）或朱俊律师（+86 10 8525 4690; jun.zhu@hankunlaw.com）联系。