

## 中国香港地区保函特点与风险防控

香港因其特殊的政治体制、经济地位和法律体系，一直是连接内地与世界各地贸易和投资往来的最佳门户。内地依托内地经济的高速发展，香港金融业得以不断发展壮大，是内地“走出去”企业的首选落脚点，衍生出了大量的贸易融资、银团贷款和并购交易需求。粤港澳大湾区的发展和“一带一路”建设亦将进一步巩固香港作为国家重要的国际金融、商业及贸易枢纽地位。内地是香港最大的贸易伙伴，在 2018 年，两地贸易占香港整体贸易总值超过 50%。香港是内地最大的实际利用外商直接投资来源地，根据内地的统计数字，截至 2018 年年底，香港在内地的实际直接投资额累计超过 10,000 亿美元，占内地外来直接投资的逾半总值。另一方面，内地也是香港主要的投资者。至 2019 年 6 月，已有 1799 家内地企业在香港设有地区总部、地区办事处和当地办事处。截至 2018 年年底，内地在香港的直接投资总额累计达 5260 亿美元，是香港外来直接投资的第二大来源地。

### 一、内地开往香港地区的银行保函概况

银行保函<sup>1</sup>在内地与香港地区企业的贸易与投资交易中一直发挥着重要的作用。内地开往香港地区的保函包括融资性保函及非融资性保函两大类，其中融资性保函占有较大比例，主要

---

<sup>1</sup> 本文的“银行保函”包含 Demand Guarantee 和 Standby Letter of Credit

为各类投、融资交易提供保障。非融资性保函又包括投标保函、履约保函、预付款保函、付款保函、质量维修保函等。保函币种除人民币外，主要为美元、港币、欧元、日元等自由兑换货币。保函一般规定适用 URDG758、ISP98 及 UCP600 等国际惯例，部分保函会特别注明适用中国法律（港、澳、台除外）并受保函开立人所在地有管辖权法院排他性管辖。在监管政策方面，香港地区对保函申请人、受益人等主体方面无特别限制，融资性保函项下的申请人、受益人一般为法人，非融资性保函项下的申请人也可接受为自然人，有法律约束力的身份即可，执行反洗钱审查时除要审查当事人、所涉国家地区外，还会充分了解保函所涉的交易背景。

## 二、香港地区保函司法判例

香港继承自英国的英美法系，采用判例法，因此，研究以往具有代表性的法院判例，可以更好地理解香港司法系统对见索即付保函的观点和看法。（一）关于保函独立性的判断标准

所谓保函的独立性，就是指该保函的担保行承担的是“独立的见索即付责任”抑或是“从属性的连带责任保证”，香港法院认为，如果保函本身已经约定的，就遵从保函约定，如果没有约定，就从保函本身条款来判断是否独立。举例来说，如果保函中注明遵从 URDG758 等独立保函规则，法院一般会尊重双方意愿予以承认，除非是 URDG 没有规范到的部分，才会去寻求

法律条款的支持。如果保函只注明了遵照香港法律，那就要从条款本身来判断。

在 *Dragages Et Travaux Publics HK Ltd v Citystate Insurance Ltd* [2001] 1 HKC 196 一案中，被告开立了以原告为受益人的保函，保函的条款为：在分包商违约并且在原告提出书面索赔的情况下，被告将承担原告遭受的损失及费用等，相关原文如下：In the event of default by the Sub-contractor of any of its obligations under the Sub-Contract and upon demand in writing made by the Main Contractor upon the Surety, the Surety shall satisfy and discharge any claims, actions, damages... whether directly or indirectly sustained thereby by the Main Contractor up to an aggregate of the Bonded Sum。在分包商破产清算后，原告在保函项下针对被告提起诉讼。被告抗辩理由为本案保函条款与 *Konocase* 中的有条件保函相同，*Konocase* 中的相关保函条款为：Or if on default by the contractor the surety shall satisfy and discharge the damages sustained by the employer thereby up to the amount to the above written bond，虽然该条款中无“on demand in writing”措辞，但“on demand in writing”措辞并不能将一个有条件保函转变为一个见索即付保函，所以本保函应该是一个有条件担保。而原告认为本案保函条款与 *Esal case* 相同，应为见索即付保函，*Esal case* 中的相关保函条款为：We undertake to pay the said amount on your written demand in the event that the

supplier fails to execute the contract in perfect performance。法院审理认为，本案中的保函条款从整体看，很清楚的是保函赔付金额有待确定，因此得出结论，本案中的保函并非见索即付保函。法院裁定保函是否为“见索即付”保函，主要取决于保函文本的结构。由于“见索即付”保函可能是“压迫性”（oppressive）文件，因此，这些保函的措辞必须以清晰明确的措词起草，并且有必要确定所承担的义务是否以文件的提交或文件中所指事实的实际存在为条件。可见，香港法院判定涉案保函是否为“见索即付”保函，需要保函中的措辞清晰明了的表明担保人的责任是不可撤销的、无条件的和见索即付的，其所承担的义务是以提交规定的文件为条件。

## （二）关于适用法律及司法管辖权

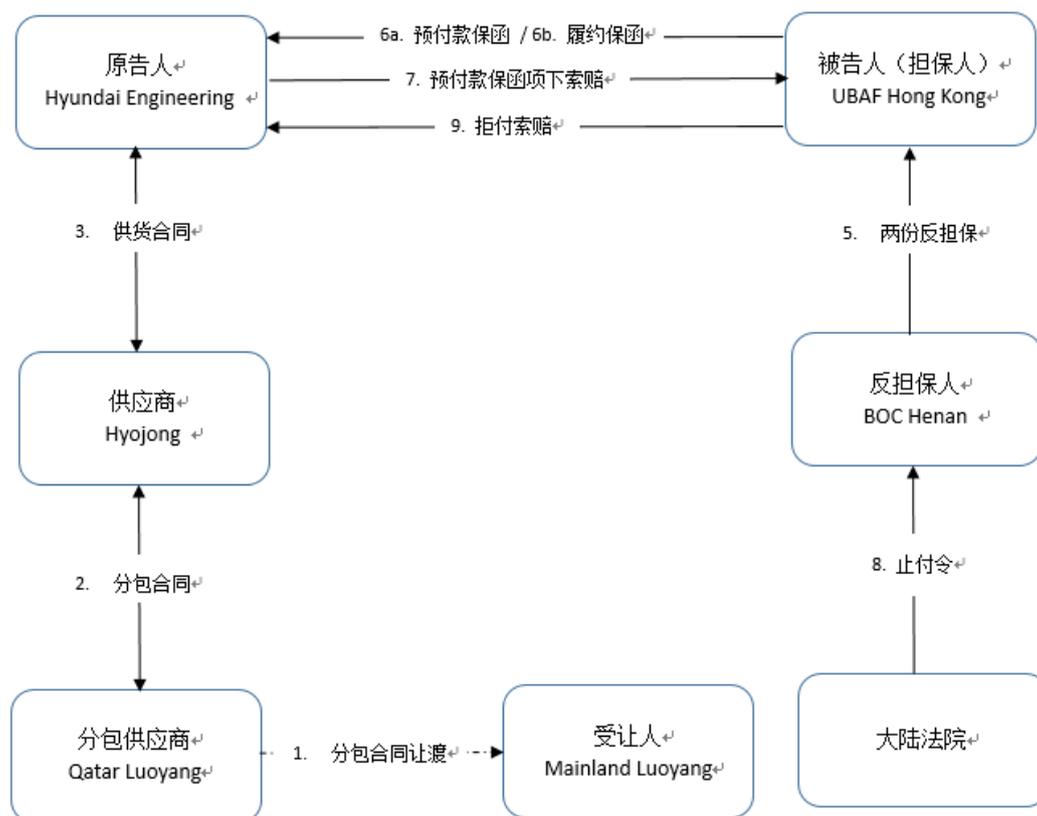
### 1、适用法律相关判例

在 *Credit Agricole Indosuez v Shanghai Erfangji Co Ltd and Another* [2002] HKCU 706 一案中,原告为法国一家银行的上海分行，被告为依据中国法律注册的公司，营业地点在上海。原告与第一被告签署外汇交易协议，第二被告出具保函担保第一被告履约。外汇交易协议约定适用香港法律，香港法院具有非排他性的管辖权。保函条款规定适用法律同外汇交易协议。第一被告违约后，原告因未能在外汇协议及保函项下获得赔付，因而针对两家被告提起诉讼。被告抗辩的理由为本案中的外汇交易协议在中国

法下是不合法的且不能执行，之所以签订外汇交易协议是因为错误地认为其是合法的。法院判决中明确表示：明确的法律选择条款是有效的，并且在通常情况下是结论性的。即使在合同的当事人和标的与所涉司法管辖区无关的情况下，也是如此。因此法院最终判决本案中的外汇交易协议及保函的适用法律为香港法律。

## 2、司法管辖权相关判例

在 Hyundai Engineering v UBAF (Hong Kong) Ltd [2012] 5 HKLRD 620 一案中（见下图）。



原告为韩国一家工程与建筑公司，与供应商 H 公司签订供货合同，H 公司又与 Q 公司签订分包合同，Q 公司又将合同项下的权利义务让渡给 M 公司。B 银行应 H 及 Q 公司申请开立了以被告为受益人的两份反担保保函，被告又相应开立了以原告为受

益人的预付款及履约保函，4份保函均表明适用URDG758。原告在H公司违约后，在保函项下向被告提出索赔，被告以基础合同项下存在欺诈为由拒绝赔付。原告针对被告提起诉讼，被告辩称反担保保函项下，内地法院出具了止付令，所以只能拒付。同时反担保保函项下，M公司及其母公司还在内地法院对B银行、本案中的原告、H公司提起了诉讼。被告要求停止诉讼程序等待内地法院的判决，或者将诉讼交由内地法院审理。法院认为，保函明确表明适用URDG758，其第34条规定：除非保函另有约定，保函的适用法律应为担保人开立保函的分支机构或营业场所所在地的法律；第35条规定：除非保函另有约定，担保人与受益人之间有关保函的任何争议应由开立保函的分支机构或营业场所所在地有管辖权的法院专属管辖。因此法院驳回被告的申请。

当存在排他性的司法管辖权条款时，香港法院通常尊重当事人的自主选择。根据上述案例，在排他性的司法管辖权条款下，除非有例外原因，否则不能在所选择的司法管辖权之外进行裁决。根据香港以往的判例来看，在保函含有香港法院具有排他性司法管辖权的条款下，香港法院一般不会因被告的抗辩而停止诉讼程序。

### （三）关于止付态度与标准

在 *MBM Metal Works Hong Kong Ltd v Jonathan Derek Nichols & Anor* [2019] HKCU 67 一案中，香港法官引用了英国法院的一个判例（*American Cyanamid Co v Ethicon Ltd* [1975] AC

396) 中对于授予临时止付令的基本原则，该原则是：(i) 情况紧急且严重；(ii) 对便利的平衡在于是否发出临时止付令。关于临时止付令，法院还将考虑：(i) 是否有紧迫性授予临时止付令；(ii) 是否提供了足够补偿受益人因临时止付令而遭受损害的赔偿。由此可见，香港法院对于发出临时止付令的态度与国内独立保函司法解释类似。不同的是，香港的临时止付令不但可以禁止银行付款，也可以禁止受益人来索赔，甚至还可以银行先履约付款后再马上冻结这笔款项。法院发出临时止付令后，当事人可以在 14 天内提出复议。

### 三、开往香港地区惯用保函文本特点

#### (一) 大多数保函载有如下条款：

The guarantee is not transferable or assignable, 即保函不允许转让及让渡。

(二) 部分保函注明到期日的具体到期时间。例如：the guarantee become null and void at the close of business on 20190630 5: 00 pm (Beijing time)

#### (三) 有的保函要求赔付时不得有任何扣除。

例如：We shall, within 5 (five) banking days pay you the amount specified in each of your demands without delay, set-off, counterclaim or any other restriction or condition and such payment shall be made free and clear of any tax or other deductions or

withholdings of any nature, provided that the aggregate amount drawn under this stand-by letter of credit shall not exceed the guaranteed sum aforesaid.

（四）融资性保函或备用信用证需要添加特殊条款。

自 2015 年开始，针对受益人是银行的情况，香港金管局要求内地开立的保函（payment undertaking）中须表明符合外汇管理要求，没有违反法律等内容。例如： We confirm that (i) All authorizations and approvals (including any approval limit from the state administration of foreign exchange of the People's Republic of China (for the purpose of this stand-by letter of credit, excluding Hong Kong, Macao and Taiwan, hereunder referred to as the "PRC")) required to enable us to lawfully issue and perform this stand-by letter of credit have been obtained and are in full force and effect; and (ii) we have complied, and will at all times comply, with all applicable laws and regulations of the PRC in relation to this stand-by letter of credit.

另外，对于所有国外开来的保函，除非明确表明适用 URDG、UCP600、ISP98 这三个规则，否则都需要律师出意见，声明没有违反当地法律，可以索赔。

（五）融资性保函的金额一般包括本金、利息、罚息及费用等。例如：

The maximum amount covering principal, accrued interest up to

the date on which we pay under this irrevocable stand-by letter of credit, penalty interest, fees, expenses and banking charges (hereinafter collectively called as “the guaranteed sum”).

#### 四、香港地区保函风险控制建议

##### （一）准确把握审单时限。

如前文所述，开往香港地区的保函一般规定适用 URDG758、ISP98 及 UCP600 等，保函条款中一般会明确规定担保银行在收到索赔后的具体付款时限，比如在 5 个营业日、7 个营业日或 10 个营业日内对相符索赔进行付款。须注意的是，在上述付款时限与保函所适用惯例规定的审单及拒付时限不同时，担保银行须注意必须在惯例所规定的时限内完成审单，以免在索赔不符时错过拒付时限。

##### （二）注意保函到期日的具体到期时间。

在保函对到期日的具体到期时间有明确规定的情况下，担保银行在收到保函项下索赔时，须注意记录并审核收到索赔的具体时间，纸质索赔单据以担保银行签收时间为准，通过 SWIFT 电报索赔情况下，应以担保银行收到索赔电报的时间为准。若在保函到期日的具体到期时间之后收到索赔，因保函已失效，担保银行可据此拒付。

##### （三）注意保函赔付条款中的不得扣减要求

若保函条款中明确规定赔付时不得有任何扣减，担保银行在对保函项下的索赔付款时，不可有任何扣除款项，比如电报费、

手续费等。

#### （四）融资性保函项下的履约风险控制

1、担保银行应对债务人主体资格、担保项下资金用途、预计的还款资金来源、担保履约的可能性及相关交易背景进行审核，确保担保项下资金仅用于债务人正常经营范围内的相关支出。

2、保函开出后应进一步加强与境外债权人银行的沟通，及时向境外贷款银行了解债务人在担保项下贷款还本付息情况，掌握债务人的财务情况，在出现风险预警的情况下，及时采取措施提前化解履约风险。

#### （五）保函汇率风险防控

在客户反担保币种与保函担保币种不同的情况下，担保银行须注意根据市场变动情况及时要求客户补足保证金或追加授信，确保反担保/授信足额覆盖保函金额；或通过叙做外汇衍生品交易锁定汇率敞口，规避信用风险和汇率风险。在融资性保函业务中，尽量避免对外担保的币种和债务人融资币种不同的情况，以免在汇率大幅波动的情况下债权人提前索赔的情况。