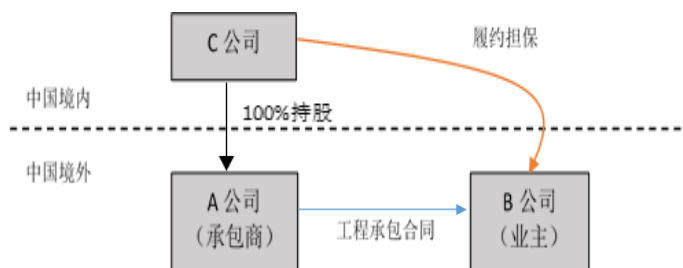


SAFE 笔下的“内保外贷”：猜猜我是谁？

一、一个项目引发的困惑

A 公司系一家在美国注册的工程企业，A 公司作为承包商，拟与美国当地的项目业主 B 公司在 2016 年签订工程承包合同。为保障项目的顺利履行，B 公司要求 A 公司在中国大陆境内的股东 C 公司（非金融机构）为 A 公司履行工程承包合同项下的义务和责任提供保证，该保证无赔偿限制（下称“履约担保”）。

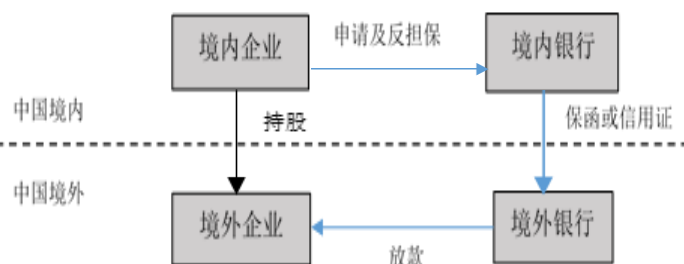


就 C 公司在上述项目中提供履约担保是否需要在外汇管理局（以下简称“外汇局”或“SAFE”）进行跨境担保登记的问题，C 公司咨询了有关地方的外汇局和不同的银行，却得到了不同的回答。有的说上述履约担保属于国家外汇局 2014 年 6 月 1 日发布的《跨境担保外汇管理规定》（汇发[2014]29 号）（下称“29 号文”）中规定的“内保外贷”，因此在签订履约担保合同后需要到当地外汇局进行担保登记；但同时也有不同的观点认

为上述履约担保不属于“内保外贷”，而属于 29 号文所称的“其他形式跨境担保”，因此在担保合同签订后无需到外汇局办理担保登记，在发生担保责任时，可以自行到银行办理支付。面对这些不同的回答，C 公司感到很困惑。看来要解决这些困惑，还得从搞清楚“内保外贷”到底是什么开始。

二、“内保外贷”的前世今生

“内保外贷”的概念在 29 号文出台之前就已存在了，它起源于企业的融资业务实践，最常见的方式为境内银行以保函或备用信用证为境内企业在境外投资的企业提供融资担保，由境外银行给境外企业发放相应贷款。



在“内保外贷”后来的发展实践中，除银行作为担保主体外，也产生了由境内的企业直接为境外的企业获得境外的贷款而提供融资性担保的模式。通常情况下，该种模式下的境内担保人（非金融机构）和境外借款人具有股权关联关系，“内

保外贷”主要用于解决境内企业的境外关联公司的融资担保问题。

在 29 号文出台前，外汇局并未将“内保外贷”作为一种单独的跨境担保形式进行管理，而是将其纳入统一的“对外担保”¹的范畴进行管理。在之前的“对外担保”管理模式下，境内企业（非金融机构）提供“内保外贷”下的担保，根据企业的不同情况，需要向外汇局逐笔申请核准或申请核定担保余额指标。

29 号文首次将跨境担保区分为“内保外贷”、“外保内贷”及“其他形式跨境担保”三类并实施分类管理，其中，除“外保内贷”曾在外汇局过去的法规中有过定义和规定外²，“内保外贷”和“其他形式跨境担保”均是第一次被外汇局作为单独的跨境担保类别进行定义和管理。

根据 29 号文，上述三类跨境担保的区分标准系担保当事各方的注册地，其中，“内保外贷”是指担保人注册地在境内、债务人和债权人注册地均在境外的跨境担保。

	担保人	债务人	债权人
内保外贷	境内	境外	境外
外保内贷	境外	境内	境内

¹ 根据《国家外汇管理局关于境内机构对外担保管理问题的通知[已失效]》（汇发[2010]39 号），对外担保是指境内机构（担保人）根据《中华人民共和国担保法》、《中华人民共和国物权法》及《办法》的规定，以保证、抵押或者质押等形式，向境外机构（担保受益人）承诺，当债务人（境内外机构）未按照合同约定履行义务时，由担保人履行义务或者由受益人依照《中华人民共和国担保法》、《中华人民共和国物权法》的规定，将抵押物、质物折价拍卖、变卖的价款优先受偿的行为。

² 根据《国家外汇管理局关于规范境内银行资本项目数据报送的通知[已失效]》（汇发[2012]36 号），外保内贷指的是境内银行向境内机构发放的附有境外机构担保的贷款。

29 号文对跨境担保的定义是：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并可能产生资金跨境收付或资产所有权跨境转移等国际收支交易的担保行为。29 号文同时将跨境担保分为融资性担保和非融资性担保³。

如前所述，从本文所述项目的履约担保各方当事人的注册地分布来看，符合 29 号文对“内保外贷”的定义，即担保人注册地在境内、债务人和债权人注册地均在境外的跨境担保。但是，本文所述项目履约担保的担保对象是境外工程承包合同项下义务的履行，这样的担保安排中并不涉及债务人的任何境外贷款或融资，缺少了通常理解的“内保外贷”中“贷（款）”这一重要组成元素，让人感觉与“内保外贷”没有关系，似乎又不应当被定性为 29 号文下的“内保外贷”。因此，要探求 29 号文中“内保外贷”的具体含义，还需要对 29 号文的具体内容进行分析。

三、“内保外贷”，掀起你的盖头来

29 号文规范“内保外贷”担保标的的规定主要集中在第 11 条和第 12 条。其中第 11 条规定：“内保外贷项下资金用途应当符合以下规定：（一）内保外贷项下资金仅用于债务人正常经营范围内的相关支出，不得用于支持债务人从事正常业务范围以外的相关交易，不得虚构贸易背景进行套利，或进行其他形式的投机性交易。（二）未经外汇局批准，债务人不得通过向境内进行借

³ 根据 29 号文规定，融资性担保是指担保人为融资性付款义务提供的担保，这些付款义务来源于具有融资合同一般特征的相关交易，包括但不限于普通借款、债券、融资租赁、有约束力的授信额度等。非融资性担保是指担保人为非融资性付款义务提供的担保，这些付款义务来源于不具有融资合同一般特征的交易，包括但不限于招投标担保、预付款担保、延期付款担保、货物买卖合同下的履约责任担保等。

贷、股权投资或证券投资等方式将担保项下资金直接或间接调回境内使用。”第12条规定：“担保人办理内保外贷业务时，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，对是否符合境内外相关法律法规进行尽职调查，并以适当方式监督债务人按照其声明的用途使用担保项下资金。”

从上述规定的内容可以看出，外汇局对“内保外贷”监管的重点是担保项下资金的用途，这自然让人感到这是与境外贷款或融资有关的融资性担保，而不包括本文所述项目的非融资性的履约担保。这种理解与29号文下“外保内贷”的担保标的只限于金融机构提供的本外币贷款（不包括委托贷款）或有约束力的授信额度⁴的规定是相对应的，也与外汇局之前的规定⁵中对“外保内贷”的定义——“外保内贷指的是境内银行向境内机构发放的附有境外机构担保的贷款”是相对应的，即“外保内贷”是与境内贷款有关的融资性担保，而不包括非融资性担保。

通常而言，“内保外贷”与“外保内贷”被理解为一组性质相同但结构相反的概念，并且因为上面提到的29号文对各自有关内容的表述（即均涉及担保项下资金的用途问题），“内保外贷”被理解为一种不包括非融资性履约担保在内的跨境担保，似乎是可以理解的。

尽管上述理解是符合29号文的行文逻辑的，且在29号文正文的规定中并未找到与该等理解相反的规定，但是在29号文的附件《跨境担保外汇管理操作指引》第一部分（内保外贷外汇管理）

⁴ 29号文第17条。

⁵ 参见《国家外汇管理局关于规范境内银行资本项目数据报送的通知[已失效]》（汇发[2012]36号）。

的有关规定中，似乎又让人看到了外汇局实际的意图是在“内保外贷”中包括非融资性履约担保的一点“蛛丝马迹”。该部分有如下表述：“担保人对担保责任上限无法进行合理预计的内保外贷，如境内企业出具的不明确赔偿金额上限的项目完工责任担保，可以不办理登记，但经外汇局核准后可以办理担保履约手续。”

至此，我们对实践中不同的地方外汇局和银行对本文所述项目的履约担保是否属于“内保外贷”有不同理解的原因有了进一步的认识。造成这些困惑的原因，我们认为主要有以下几点：首先，过去传统意义上的“内保外贷”并不包括非融资性的履约担保；其次，29号文统一按当事方注册地的不同分布对“内保外贷”和“外保内贷”进行定义，但同时29号文中与“内保外贷”相对应的“外保内贷”的描述范围并不包括非融资性的履约担保；再次，29号文正文有关“内保外贷”的规定显示外汇局监管的重点是作为担保标的的资金用途，并没有关于对非融资性担保标的的限制或监管的规定。

因此我们认为，从29号文的行文逻辑来看，很难直接看出29号文项下的“内保外贷”包括本文前述项目的履约担保。如果外汇局的本意是要将该等履约担保列入“内保外贷”范畴，我们认为应当对此进行明确或澄清，以避免给企业和银行在业务实践中造成困惑。

四、 本文所述履约担保：登记 or 不登记？

根据29号文的规定，担保人为非银行机构的，应在签订担保合同后15个工作日内到所在地外汇局办理内保外贷签约登记手续。担保合同主要条款发生变更的，应当办理内保外贷签约变更登记手续。因此，如果本文所述项目的履约担保被视为29号文项下的“内保外贷”，则C公司在

签订担保合同后原则上需要到所在地外汇局办理担保登记；如果该等履约担保不被视为“内保外贷”，则C公司在签订担保合同后无需到所在地外汇局办理担保登记。

尽管本文所述项目的履约担保是否属于 29 号文项下的“内保外贷”可能还存在一定的争论，但我们认为，就该履约担保的特点而言，即

属于没有明确的赔偿限制的履约担保，不论该履约担保是否被视为“内保外贷”，C公司在签订担保合同后都可以不到所在地外汇局办理担保登记，但在C公司实际发生担保责任而办理担保履约手续时，银行如果认为该履约担保属于“内保外贷”，则可能会根据前述《跨境担保外汇管理操作指引》的规定，要求C公司就担保履约取得外汇局的核准。

郑 宇 合 伙 人 电 话： 86 10 8519 2552 邮 箱 地 址： zhengy@junhe.com
张 华 律 师 电 话： 86 10 8519 1359 邮 箱 地 址： zhanghua@junhe.com
林 涛 律 师 电 话： 86 10 8519 2487 邮 箱 地 址： lintao@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

