

银行国际保理风险的法律研究

李勋

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要: 国际保理已成为当今国际贸易结算中的一种重要方式。从法律上看, 国际保付代理就是一种经营由基础交易所产生的应收帐款的买卖的综合性金融服务。银行叙做国际保理交易的风险主要是指信用风险, 即银行作为保理商, 其客户不履行或不正当履行合同条款规定的义务的一种潜在可能。这种可能一旦成为现实, 便会给银行带来直接经济损失, 其实质是一种违约风险(Default risk), 主要包括: 进口商信用风险、出口商信用风险、相应保理商信用风险及国家风险。其法律防范在于建立相应的信用风险防范机制, 即对进口商、出口商、相应保理商的风险防范机制, 以及建立相关法律适用和争议解决的机制。

关键词: 国际保理; 信用担保; 信用风险; 防范

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2004)05-0584-05

国际保理作为一项以债权转让为基础的综合性金融服务品种, 近年来在全球呈迅猛发展态势, 各国都在竞相发展国际保理业务, 以提高本国商品在国际市场上的竞争力。据国际保理商联合会公布的 2002~2003 年度会员评比结果, 中国银行在参加评比的 159 家保理商中出口保理排名位列十甲, 居第七位, 超过了香港汇丰、日本住友等一些知名保理商, 表明中行在出口保理业务领域已处于全球领先地位^[1]。总体上而言, 我国的国际保理业务虽然有了长足的发展, 但与发达国家相较, 还有很大的差距。对我国大多数金融机构而言, 国际保理还是一块亟待开发的沃土。一方面, 在当前以买方市场为特点的世界贸易格局中, 出口商尤其重视在结算方式上向买方提供更有竞争力的贸易条件; 而另一方面, 随着商业银行传统资产负债业务的盈利空间的不断缩小和同业竞争的进一步加剧, 银行也应该大力发展这一中间业务以寻求新的利润增长点, 才能获取竞争优势。我们应该看到的是, 国际保理业务在给银行提供新的利润空间的同时, 也会给银行带来一些新的风险, 如何最大限度地预防和控制这些风险是一个重大的现实课题。

一、国际保理的概念

国际保理(International factoring) 是国际保付代

理的简称。它是 18 世纪 80 年代后期在国际货物贸易中崛起的一种介于托收与信用证之间兼具商业和银行双重信用功能的结算方式。根据 1995 年生效的国际统一私法协会《国际保付代理公约》第 2 条的规定, 保理是指一方当事人(供应商)与另一方当事人(保理商)之间存在的一种合同关系。根据该合同, 卖方(供应商)将根据其现有或将来的基于与买方(债务人)订立的货物(服务)贸易销售合同所产生的应收帐款转让给保理商, 由保理商为其提供下列服务中的至少两项: ①为供应商融通资金, 包括贷款和预付款; ②管理与应收帐款有关的帐户; ③代收应收帐款; ④对债务人的拖欠提供坏帐担保^[2]。按参与保理业务的保理商的多少, 国际保理可分为单保理和双保理。前者指由同一保理商在出口商、进口商之间进行保理业务; 后者指两个不同保理商通过业务联接分别与本地区的出口商或进口商操作保理业务。从法律上看, 国际保付代理就是一种经营由基础交易所产生的应收帐款的买卖的综合性金融服务。

国际保理业务一般涉及四方当事人即债权人(出口商)、债务人(进口商)、出口保理商、进口保理商; 国际保理业务涉及的合同相应地包括出口商与进口商之间的货物(服务)销售合同、出口商与出口保理商之间的出口保理合同、出口保理商与进口保

理商之间的相互保理合同。国际保理业务的法律基础是债权转让^[3]。出口商通过出售应收帐款,即债权,从而获取融资,保理商从出口商买断出口商出售货物(服务)的应收帐款,并作为新的债权人以自己的名义向进口商催收帐款^[4]。由于保理业务能够很好地解决赊销供应商面临的资金积压与进口商信用风险的问题,因而目前已成为国际贸易市场上的一种重要结算方式。

二、 银行国际保理风险的法律分析

银行在国际保理交易中的风险主要是指信用风险,即银行作为保理商,其客户不履行或不正当履行合同条款规定的义务的一种潜在可能,这种可能一旦成为现实便会给银行带来直接经济损失,其实质是一种违约风险(Default risk)。银行面临的风险是与其四大服务内容密切相关的。由于销售帐户管理是保理商利用其便利条件和专业提供的管理服务,不涉及风险问题,所以其风险主要与其他三项服务相关,大致有如下四类:①进口商信用风险。一旦发生进口商破产、倒闭的极端情况,其风险将由银行承担。②出口商信用风险。银行由于缺乏对其监管,出现进口商提出追索而出口商无力偿付的风险。③相应保理商的信用风险。主要指双保理而言,指在两个保理商共同提供服务的情况下,一个保理商不愿履行义务而可能损害对方利益的可能。④国家信用风险。进口国的政治经济、法律制度、社会稳定情况的变化,或直接影响该国的国际贸易状况,或间接影响进口商的偿债能力,从而使银行面临着一定的国家风险。

(一) 进口商信用风险

依风险随所有权转移的原则,银行买断出口商应收帐款,便成为应收帐款的债权人,同时也承担了原先由出口商承担的应收帐款难以回收的风险。银行面临的进口商风险具体表现主要有:①买方无力偿还债务或破产;②买方拖欠付款;③买方拒收货物(服务)并拒绝付款。对前两种情况,暴露这些风险的原因主要有:一是银行融资判断失误。融资审查缺乏客观性和全面性,高估了进口商的资信程度,对进口商履约能力做出了错误判断。此外,进口商的资信水平起初不错,但在履约过程中,因种种原因使其资信水平下降,无法继续履约,而银行缺乏充分的事中监管。二是进口商对银行隐瞒自身的资信情

况,伪造反映自己还款能力的财务数据,不及时告知可能影响自己及时还款的各种重大事件等。上述因素使银行面临的进口商风险可能导致银行遭受巨额的违约损失,且难以得到补偿。而对于后一种情况,原因可能是出口商未按合同要求交付货物(服务),因货物(服务)质量、数量或履行期限不符等违约行为引起的拒付、少付,对此进口商不承担责任。

具体而言,在单保理中,由于只有一个保理商,出口商信用风险由该保理商承担;在双保理中,出口保理商相对出口商直接承担进口商风险,进口保理商则相对出口保理商直接承担进口商风险,所以实质上这种风险最终由进口保理商承担。但是银行承担进口商的信用风险是有条件、有限度的:第一,进口保理商在到期日前收到副本发票和必需的其他单据是承担风险的必备条件。第二,银行对进口商的信用风险的承担额限于所核准的信用额度,超出信用额度的应收帐款的风险由出口商自己承担。第三,如上所提及,出口商必须依约全面履行货物(服务)销售合同。在这些条件和范围内,银行承担100%的坏帐担保。

(二) 出口商信用风险

在具体实践中,银行一般更为关注的是进口商的资信状况,因为进口商是应收帐款的最终支付者。但是出口商的资信也是极为重要的一个方面,因为存在于出口商方面的信用风险同样可能给银行带来巨大损失。出口商信用风险主要表现在以下方面:①由于出口商的过错导致进口商拒收货物(服务),拒绝付款,甚至进口商提出索赔,而供应商倒闭或由于其他原因丧失清偿能力;②由于出口商的过失或故意欺诈,发票上所签明的货物或债务人根本不存在,甚至出口商与进口商串通欺诈。这就表明相关应收帐款存在瑕疵,银行无义务进一步付款,但是银行会面临预付款丧失的风险。如果出口商资信良好,银行能够追回预付款,反之,如果出口商倒闭或骗取预付款后逃匿,则银行不得不承担损失。

在双保理中,一般而言,由于提供预付款的是出口保理商,因而由出口保理商而非进口保理商承担这种风险。一方面,进口保理商将预付款付给出口保理商,与出口商之间没有发生直接的法律关系;另一方面,出口保理商对转让给进口保理商的应收帐款负瑕疵担保责任,若有瑕疵,出口保理商有重新购回有瑕疵的应收帐款的义务。这是因为,对出口商的应收帐款是否叙作保理并提供预付款是以出口保理商对出口商的资信评估为基础的,出口保理商因

此而应承担错误评估或所评估情况恶化而带来的不利后果。

(三) 相应保理商信用风险

主要是指在双保理中,一个保理商不履行义务而给对方利益带来损害的可能。对出口保理商而言,其来自进口保理商的风险主要是进口保理商不遵守相互保理协议,在向进口商收取应收帐款后,逃匿或拒绝向出口保理商转付相应款项。对进口保理商而言,其承担的出口保理商的风险相对较小,主要是在非因其本身的原因不能收到应收帐款时,不能得到出口保理商对保理费用支付的风险。一般情况下,出口保理商可从收取的款项中扣取保理费用。如没有收到,并不由进口保理商承担此风险,而应由出口保理商另行支付相互保理协议中的保理费用时,出口保理商可能无力或拒绝支付。

(四) 国家信用风险

这是指在国际保理交易中,由于进口商国家政治、法律、经济政策的变化给银行带来损失的可能。国家信用风险给国际保理业务带来的直接后果是延迟付款、暂停付款,或没收付款。由于国家信用风险一般不易预测,一旦出现,往往对进出口商和银行保理商造成巨大损失。影响国家信用风险的因素纷繁复杂,主要有政治、经济、法律、战争等多方面的因素。

三、银行国际保理风险的法律防范

由于国际保理业务中各方当事人的权利义务关系至少涉及两个以上国家的法律,因此必然涉及跨国法律适用问题。虽然在国际范围内已有《国际保理公约》及《国际保理业务惯例规则》等规则调整,但是由于其存在各种局限性,而且各国对国际保理业务的法律规定还存在较大差异,我国也尚未形成一套完整的国际保理业务法律体系,使得当国际保理业务发生争议时,诉讼期限长,诉讼程序复杂。因此,商业银行要充分防范国际保理业务中的信用风险,除了诉诸事后诉讼之外,更重要的是要建立严密而高效的事前防范机制。

(一) 建立对进口商的信用风险防范机制

在赊销国际贸易中,进口商的信用风险无疑是存在而且比较大的,银行作为这种风险的承担者,是无法消除该风险的,但可从以下几方面努力来进行充分防范。

第一,对进口商的信用、资本实力、还款能力等资信情况进行周密的调查研究,从而为出口商针对不同客户(进口商)分别建立信用销售额度。在信用额度内的应收帐款列为已核准应收帐款,对此银行保理商才提供无追索权的融资与坏帐担保,超出信用额度的应收帐款则为未核准的应收帐款,对此,银行保理商只提供有追索权的贸易融资,并不承担坏帐风险。由此可见,资信调查是银行控制风险的主要依据和保障业务营运的手段。为了保障自己的权益,银行可根据进口商的资信变化情况作相应调整或撤销信用额度。不过,在保理协议中应对此做出明确约定,否则,随意调整或撤销信用额度有损出口商的利益,会导致不仅承担违约责任,也会损害自身的信誉。

第二,在信用销售的额度内,准确区分合格的应收帐款与不合格的应收帐款。不合格的应收帐款主要有出口商对自己卖方的返售、因关联交易如因出口商接受其母/子公司、控股公司、附属机构及集团其他成员销售而产生的内部销售、物权不发生转移的销售或用于个人消费的销售等,这些应收帐款通常由于自行抵消等因素而无法回收。应当将其与其他合格的应收帐款区分开来,银行保理商对不合格的应收帐款不应提供预付融资与坏帐担保。

第三,在接受应收帐款时,避免接受债务人过于集中的应收帐款。对于这种应收帐款,一旦债务人破产,丧失清偿能力,银行保理商蒙受的损失将更大,所以应尽量避免,即使接受,也应采取集中限额的方式减少自己的责任。

第四,要求出口商投保出口信用保险。^[5]当出口商对少数进口商的业务依赖性很强,分散业务风险存在困难,或业务风险虽已分散,但由于信用风险和政治风险等原因,整体业务风险仍很大时,银行保理商可以通过保险公司来分散风险。可以由出口商投保出口信用保险,然后将此保险单背书给银行,在进口商破产时,银行可凭保单及保险受益权转让证明向保险公司索赔,但在此情况下,应当督促出口商履行相应的义务,避免因其违反保险合同义务而得不到赔偿。此外,也可由银行与出口商作为联合投保人共同投保,银行因此可以作为投保人直接索赔。

第五,银行在国际保理业务中应尽量采取双保理方式,通过一名相应的进口商所在国的进口保理商,可以对进口商进行更全面的了解和更便利的收款。总之,对于出口商最根本的防范在于事前调查清楚其资信情况,并在收款前密切关注其营业和资

信变化,必要时再采取保护措施。

(二) 建立对出口商的信用风险防范机制

为防范出口商的信用风险,银行首先应做的工作也是对外出口商及其应收帐款做详尽周密的评估与调查。一般而言,银行选择的被保理出口商应该经营管理规范、财务制度健全、信用记录良好以及偿债能力较强,且大多为银行的现有重点客户。出口商的产品(服务)通常应是科技含量高、市场前景广阔的高附加产品(服务)或高端公用设施。然后,在此基础上强化出口商的保证机制,银行应该在出口保理协议中要求出口商对其债权做出以下承诺与保证:

第一,保证债权的合法性。出口商应该保证所出售的应收帐款的债权源于正当交易,而非无权经营产品(服务)而产生的应收帐款;出口商已经全部履行了合同项下的责任和义务;出商提供的产品(服务)已经或将被进口商接受,不会发生争议。

第二,保证债权的完整性。出口商应该保证银行保理商对应收帐款享有同出口商等同的一切权利:包括可向债务人收取利息和其他有关费用的权利、留置权、停运权、对流通票据的背书权、对该应收帐款的再转让权以及未收货款(服务)的卖方对可能拒收或退回的货物(服务)拥有的所有其他权利。

第三,保证债权的可转让性。出口商应该保证除了已经向银行披露的因素外,一开始就不存在任何阻碍债权可转让的因素,在保理协议期间也不会产生任何阻碍。

第四,保证债权转让的排他性。出口商应该保证如果未经银行保理商书面同意,不得以任何方式将应收帐款抵押给第三方。如果在协议签订前,已存在对应收帐款的某种抵押,银行保理商提出要求后,出口商必须解除这种抵押。而在签订国际保理协议以后,出口商也不得再与任何第三方签订类似的抵押协议。

第五,保证进口商抵消权的放弃。为防止批量保理业务中进口商对出口商行使债权与债务的抵消权(我国《合同法》中债务人对原债权人的抗辩权),保理协议应要求出口商在国际货物(服务)销售合同中明确约定进口商放弃抵消权。

第六,保证销售合同的有效性。出口商还应当维持销售合同的稳定性与有效性,在应收帐款叙做保理以后,有关此合同的变更与终止应当征得银行的书面同意。

(三) 建立相应保理商信用风险防范机制

出口保理商和进口保理商都应慎重选择相应的保理商。叙做保理业务前,需要对对方做相应的资信调查与评估。应该选择资信状况好、抗风险能力强的银行或保理公司。如果本身是国际保理商联合会(Factors Chain International)的成员,可以考虑选择同属本组织的成员。一般而言,保理商大都选择与自己已签订国际保理协议的业务伙伴来具体开展某项国际保理业务。

(四) 建立国家风险防范机制

保理商一般都会避免选择在政治、经济、法律环境动荡的国家叙做保理业务。就汇率风险而言,由于保理商往往在业务中涉及多国债务人,支持和接受支付的币种有多种,可在一定程序上消除风险,必要时也可通过购买有关货币的远期外汇买卖合同来消除汇率风险。由于国际保理融资期限较短,汇率风险也不是太大。最根本的防范还是选择投资环境稳定的国家。

(五) 建立法律适用和争议解决的机制

在保理协议中,应该明确规定调整保理协议的法律及国际规则,以避免不可预见的法律后果。具体来说,应该在保理协议中做出如下规定:出口商、进口商与银行保理商自签署保理协议之日起,遵守国际统一私法协会制定的《国际保理公约》及国际保理商联合会(FCI)制定的《国际保理业务惯例规则》以办理相关业务。同时,银行保理商在保理协议中还应争取约定,当发生贸易争议或应收帐款等有关债权债务争议时,由银行保理商所在地的法院管辖。这样,可以进一步保证银行保理商有效维护自身的合法权益。

四、 结语

风险与收益是成正比的,国际保理在为银行开辟了巨大的新的利润空间的同时,也给银行的风险防范机制提出了新的挑战。中国加入WTO后,国际保理这一重要国际贸易结算方式,必将成为中外资银行竞争的兵家之地,因此,我国的中资银行必须努力加强风险防范机制建设,以抢占先机。

参考文献:

- [1] 林建华,张建. 保理制度在我国的运作探索[J/OL]. <http://www.bank-of-china.com/product/balance>. 2004-04-08.
- [2] Chuah. Law of international trade(second edition)[M]. London: Lorr-

don Sweet & Maxwell, 2001.467.

London: Thomson South-western West. , 2003. 330.

[3] 李仁真. 国际金融法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999. 337.

[5] 朱宏文. 国际保理法律实务[M]. 北京: 中国方正出版社, 2001.

[4] Larry A. Dimattoo. The law of international business transaction [M].

149.

Legal study on banks' risks in international factoring

LI Xun

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: International factoring has become an important way of settlement in international trade. From the point of law, it is a kind of comprehensive financial service provided by banks, which deals with the receivables produced along with the basic trade. In the service, what banks mostly encounter are credit risks. That is, as factors, the banks may meet with the potential possibility that their customers won't fulfill their obligations or will fulfill them improperly. Once it turns into reality, it will bring economic loss to the banks directly. In essence, it is a kind of default risk, which includes importer's, exporter's, and corresponding factor's credit risks and national risk. The solution lies in building up relevant legal precautionary mechanisms against them.

Key words: international factoring; credit guarantee; credit risks; precaution

[编辑: 苏慧]