

致：国家外汇管理局资本项目管理司外债管理处

地址：北京市海淀区阜成路18号华融大厦

邮编：100048

传真：8610-68402208

dan-bao@mail.safe.gov.cn

以传真及电邮方式递交

关于：《跨境担保外汇管理规定（征求意见稿）》

尊敬的先生/女士，

我们谨代表国际掉期和衍生工具协会（ISDA）的会员向国家外汇管理局就《跨境担保外汇管理规定（征求意见稿）》（以下简称《意见稿》）呈递此函。

自1985年成立以来，ISDA一直致力于提高场外衍生交易市场的安全和效率。目前，ISDA是世界上最大的全球性金融同业协会之一，拥有超过八百多名会员，成员遍及六大洲的六十二个国家和地区。这些会员包括场外衍生交易市场的各类参与者：国际或地区性银行、资产管理人、能源和商品交易商、政府机构及国际组织、保险公司和其他金融机构、公司、律师事务所、交易所、中央清算所及其他服务性机构。关于ISDA的信息可以在ISDA网站上获得：www.isda.org。

ISDA欢迎《意见稿》的发布，自1997年《境内机构对外担保管理办法实施细则》实施以来，中国在金融市场发展和外汇体制改革方面均取得了重大的进展，旧的对外担保外汇管理法规的许多内容已不再适应目前经济发展的要求。《意见稿》的发布无疑在外汇改革方面有着重大的意义。我们就外管局为起草《意见稿》所做的工作表示感激，也对外管局在《意见稿》中体现的简政放权的理念表示赞赏。

自《意见稿》发布之后，我们和会员曾就《意见稿》的内容进行讨论，我们对《意见稿》的问题和建议，现总结如下：

1. 《意见稿》第二条

《意见稿》第二条规定：“本规定所称跨境担保是指担保人以自身信用、财产或权利为基础，以保证、抵押、质押等中国法律认可的担保方式，向债权人书面作出的、具有法律约束力、保证自身或第三人（债务人）按照合同约定履行相关付款义务并可能产生国际收支交易（跨境资金收付或资产所有权的跨境转让等）的各种承诺。”

(1) 《意见稿》的适用范围

我们对第二条理解是：跨境担保的定义不仅涵盖了外币担保，也包括了人民币担保。鉴于目前市场参与者对这一问题有不同理解，如果我们的理解符合外管局的思路，我们希望外管局在《意见稿》或《意见稿》的说明中能明确澄清这一问题。另外，如果人民币跨境担保也适用于《意见稿》，则我们建议在《意见稿》中明确说明人民币跨境担保是否会占用规定中各种额度要求。

(2) 外国法下设立的担保权益

就第二条中划线的部分而言，我们想指出：在涉及跨境担保的交易中，经常会涉及位于境外的担保物。在这种情况下，为便于执行，境外担保物的合同通常依据国际私法中的 Lex Situs（财产所在地的法律）原则，选择适用担保物所在地的法律。这些依据外国法（尤其是普通法系国家／地区法律）设立的担保权益，有些并未得到中国法的认可，例如香港和英国法下常见的“charge of bank account”（账户质押）或“mortgages of shares”（股票抵押）。此外，在国际市场上的场外衍生交易中，市场参与者常使用 ISDA 发布的“信用支持附件（英国法）”（Credit Support Annex (English Law)）和“信用支持附件（纽约法）”（Credit Support Annex (New York Law)）。“信用支持附件（英国法）”采用所有权转移(title transfer)的方式来提交履约保障品，但并不创设任何担保物权；而“信用支持附件（纽约法）”虽创设纽约法下的担保权益(security interest)，但这一担保权益并非中国法下的质押。

正如外管局在《意见稿》的说明中提及的：外汇管理应和跨境担保合同的有效性、合法性脱钩，我们认为“跨境担保”的定义不应局限于中国法律下认可的担保方式。我们建议将本条修改为（红色为建议修改的内容）：

“本规定所称跨境担保是指担保人以自身信用、财产或权利为基础，以保证、抵押、质押等中国法律或其他适用法律认可的担保方式，……”

基于同样的原因，我们认为《意见稿》第十七条（四）关于外保内贷的定义、第二十七条、附件三第二部分《外保内贷外汇管理操作指引》第一（四）款及第四部分《跨境担保其他事项外汇管理操作指引》第四款也应做出相应的修正。

另外，就采用所有权转移(title transfer)的方式来提交履约保障品，因为合约本身在法律上并不创设任何担保物权，我们建议外管局在《意见稿》中明确这不属于跨境担保的范围。

2. 《意见稿》第三条

《意见稿》第三条将跨境担保分为融资性担保和非融资性担保，但并未提及为衍生交易提供担保属于哪个类别。随着人民币汇率、利率制度的改革及中国企业海外投资的需要，越来越多的境内企业需要利用衍生交易来对冲风险并按约定提供担保品。此外，境内机构（尤其是银行）和海外机构有许多现存的衍生交易（包括交易所内和场外交易），这些交易项下也多涉及跨境担保的问题。我们希望外管局能在本条中对衍生交易的分类做明确规定，使得市场交易者有法可依、有章可循。

尤其，我们注意到《意见稿》在内保外贷的情况下对融资性和非融资性担保作出了分别规定，但是在外保内贷的情况下却未作区分。在内保外贷的情况，《意见稿》规定了如果是融资性担保的话，金融机构作为担保人需要受制于第十条规定的限制，包括该金融机构融资性内保外贷项下付款责任本金余额，在任意一个工作日末，不超过其上年度末未经审计的净资产的 50%。但是，在非融资性担保的情况下，第十条规定的限制并不适用。考虑到这将对我们的业务开展有重要的影响，我们希望外管局能在本条中对衍生交易的分类做明确规定，使得市场参与者能够明确相关的限制要求是否会适用。

就为衍生交易提供担保的定性问题，我们主张将与场外衍生交易相关的担保定性为非融资性担保，这是因为场外衍生交易的目的常常和对冲风险有关，¹尤其对非金融机构而言，其所进行的场外衍生交易通常和企业的产品买卖息息相关（如对冲产品出口合同下的汇率风险），而非基于企业融资目的。其次，大部分场外衍生交易的性质也和融资性付款义务不同，场外衍生交易通常涉及现金流的交换而非一方贷出，一方贷入的融资行为。

另外，在衍生交易下的担保属于内保外贷的情况下，《意见稿》又规定了非金融机构作为担保人需要就担保合同逐笔办理登记手续，并在担保合同主要条款变更时，办理签

¹ 中国法律允许一些金融机构进行非避险性衍生交易。

约变更登记手续。我们会员反映这一登记要求在实践中就衍生交易下的担保而言有许多操作困难。衍生交易的一大特点是其价值时时处于变动之中，出于审慎控制风险的需要，交易双方需要有盯市机制，并在交易价值变更时，按照约定要求对方追加担保品。目前在国内市场中最常使用的衍生交易担保品是现金，而在中国法律下现金只能以特户、封金或保证金的方式提供。就银行较多使用的特户质押而言，通常认为中国法律要求账户内的金额必须特定化，这意味着每次账户的金额变动时，需要订立补充协议来确认变更后的质物，并去外管局进行变更登记，这在实践中造成很多困难。我们希望外管局能在对衍生交易下的担保作出定性的时候，考虑到这些衍生交易在实践中的难点。

3. 《意见稿》第十七条

《意见稿》第十七条规定：

“境内企业从境内金融机构借用贷款或获得授信额度，在同时满足以下条件的前提下，可以接受境外机构或个人提供的担保，并自行签订外保内贷合同：

- （一）债务人为在境内注册经营的非金融机构；
- （二）债权人为在境内注册经营的金融机构；
- （三）担保标的为债务人借用的本外币普通贷款或金融机构授予的信用额度；
- （四）担保形式为中国法律法规允许的保证、抵押或质押。

未经批准，境内企业、金融机构不得超出上述范围办理外保内贷业务。”

就上述第（三）款而言，由于(i)衍生交易价值不时变动，(ii)衍生交易实际敞口与其名义金额可能存在较大差别，(iii)各家银行计算衍生交易相关的信用额度的方式各有不同，因此大部分银行通常仅在内部系统设置信用额度并逐日监控以控制风险，而不会明确通知交易对手该等信用额度的金额，因此现有条款中“信用额度”难以适用于衍生交易。所以就第（三）款而言，我们希望外管局在该款中增加几个字以明确：该款也涵盖衍生交易。就第（四）款，请参阅本函1（2）段所述之意见。

4. 《意见稿》第二十六条

《意见稿》第二十六条第一款规定：

“境内机构提供或接受未纳入外汇局登记或备案范围的其他形式跨境担保，在符合中国法律法规和本规定的前提下，可自行办理担保合同签约。除外汇局明确要求办理跨境担保登记或备案的情形外，担保人、被担保人不需要就其他形式跨境担保到外汇局办理登记或备案。”

在场外衍生交易中，尤其是金融机构之间的交易，通常双方互相提供担保品来担保自身的债务，我们对《意见稿》的理解是：境内机构为自身债务提供跨境担保或者接受境外机构为自身债务提供跨境担保的，无需到外管局办理任何审批、登记或备案等手续，无论是在担保合约签订之时，还是在发生对外担保履约之时。我们希望外管局在本条中增加一句话来明确这一点。

5. 《内保外贷外汇管理操作指引》

《内保外贷外汇管理操作指引》四（三）3款规定：

“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，被担保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。”

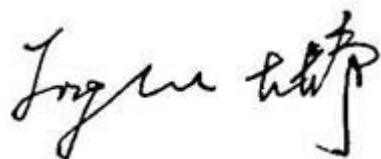
我们认为此条将境外机构的交易限制为“止损保值为目的”值得商榷。境外机构能进行何种衍生交易是由该机构的设立所在地的法律和其公司章程决定的，许多国家并无立法限制商业机构能进行的衍生交易的种类或目的。此外，这条规定并未区分金融机构和非金融机构，境内银行按银监会的规定可以进行非以止损保值为目的的交易，同样应能担保其境外子公司进行非避险性交易。比如，国内金融机构在香港多设有子公司，这些子公司领有香港银行／证券牌照，能进行非以止损保值为目的的各种衍生交易，这条规定将大大限制这些机构在有境内担保人的情况下的交易能力。此外，某一衍生交易是否需股东授权，是由公司章程决定的，如公司章程仅要求董事会批准，股东授权的规定明显与公司章程不符。对境外机构交易能力和授权的限制性规定和外管局提出的将外汇管理与跨境合同的有效性脱钩的主张并不完全协调一致。

如果外管局主要考量是为了防止国有企业的海外子公司在衍生领域的高风险投机行为，鉴于国资委对国有企业在海外从事衍生交易的行为已做了详尽的规定（包括交易目的、内部授权和审批程序等等问题），我们建议可将此条删除。

我们恳请外管局能考虑我们本函提出的建议，如您就本函有任何疑问，请随时联系 ISDA 香港办事处的古静女士（电话 +852 2200 5908，电子邮件 JGu@isda.org）。

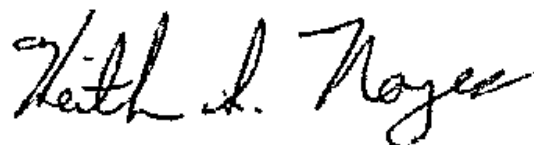
谨致敬意，

代表 国际掉期和衍生工具协会



古静

ISDA 亚洲法律助理总监



骆岚

ISDA 亚太区董事

二零一四年三月十日