

单证员考试辅导：进口押汇中风险产生的原因单证员考试
PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/518/2021_2022__E5_8D_95_E8_AF_81_E5_91_98_E8_c32_518357.htm 进口押汇中风险产生的原因 第一节 对进口押汇中信托关系的错误理解是进口押汇法律风险产生的直接原因 有的学者认为造成进口押汇法律风险的原因是由于进口押汇中的担保机制存在问题，并据此分析了进口押汇中抵押和质押两种担保模式的利弊，希望能通过担保方式的完善来避免进口押汇中的风险[1]。但笔者认为这种看法并没有触及到进口押汇中风险产生的本质。事实上，造成这种风险的直接原因是对进口押汇中的信托关系认识不清，而之所以会对信托收据产生这样或那样的错误理解，归根到底是由于对信托收据中信托关系的“基础财产权利”缺乏正确的认识。即开证行对信用证项下的单据信托给开证人的“基础财产权利”难以明确。目前理论界对信托收据中的“基础财产权利”，主要有以下几种观点：一、质押权说从国际惯例来看，有不少国家认为信托收据的“基础财产权利”是质押权。可是在我国目前担保法的框架体系内，将信托收据中的“基础财产权利”理解为质押权，存在着不小的障碍：1、如果这种质押权是动产质押，那么就意味着进口商需将进口货物本身质押给开证行。根据《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）第63条的规定[2]，动产质押的成立是以转移质押物的占有为前提的。但在进口押汇的整个过程中，质押物并没有被开证行实际占有，银行所持有的只是代表货权的单据。因此这种质押权不属于动产质押，而只可能是权利质押。2、如果质押权是权利质押，那么质押

的有效成立和效力持续，依赖于权利单据的交付和实际占有。我们知道，权利质押合同生效的条件是出质人将质押的权利凭证移交质权人占管，即质押的单据必须要由开证行占有。在实践操作中，当开证行垫付货款之后，信用证项下的单据即由开证行控制，这时可以认为开证行对这些单据享有质押权。但是，当进口商无力赎单而向银行申请进口押汇时。开证行如果同意续作进口押汇，就必须要通过信托收据将这些单据交给进口商。因为只有这样进口商才能提货销售，并用销售所得款项归还银行的垫款。在这一过程中，开证行作为质权人失去了对单据的占有，从而丧失了质押权据以成立和对抗第三人的公示条件。而且在进口商向第三人出售货物后，开证行将无法以信托收据项下的权利追及该第三人，更不用说是善意的付出对价的第三人了。

二、抵押权说

在司法实践中，我国法院更倾向于认定银行在进口押汇中的基础权利是一种抵押权。而且在实务操作中，有不少银行如建设银行和招商银行也都认为信用证（进口）押汇，是以进口货物作为抵押的融资行为。抵押说虽然能够使银行较为方便的对进口货物行使权利，但抵押说的漏洞也是显而易见的：

- 1、在押汇业务过程中，进口商对单据及单据所代表的货物不享有所有权或处分权。因为，银行对外付款，通过给付对价取得了信用证项下单据的所有权。由于提单是所载货物的物权凭证（Document of Title），通常认为提单的转移等于货物所有权的转移，提单的合法持有人取得向承运人主张物权的权利，掌握了提单，才能掌握货物[3]。进口商没有向银行付款赎单，也即没有支付对价，当然没有取得提单，也即没有掌握货物，因此，便无法以其不享有所有权或处分权的货物来

向银行作抵押。从这点上来讲，进口商缺乏以信用证项下的单据及单据所代表的货物进行抵押的法律基础和前提条件。

2、按我国《担保法》规定[4]，如果在货物销售后，作为抵押权人的银行想要对抗第三人，必须还要通过对抵押物进行自愿登记才能实现。《担保法》司法解释第67条规定：“如果抵押物未经登记的，抵押权不得对抗受让人，因此给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。”可是，在现实操作中，一方面，对信用证项下的每批货物都进行抵押登记显然不太可能做到，另一方面，如果要等货物到港后再去登记部门办理抵押登记手续，势必会因此而产生巨额的货物滞港费、仓储费，这显然有悖进口押汇短期融资的预期目的[1]

三、所有权说事实上，在进口押汇业务流程中，前后存在两个不同的法律行为，首先是银行的对外付款行为，也就是银行的“买单”行为，然后是银行的信托行为，既银行将单据及单据所代表的货物信托给进口商的行为。通过买单行为，银行取得了单据的所有权；通过信托行为，银行将单据及单据所代表的货物转移给进口商，进口商作为受托人处理单据及货物，但受益权属于委托人银行。通过这两个行为，银行收回了押汇款项。简而言之，押汇银行对单据享有的既不是抵押权，也不是质押权，而是享有所有权和受益权。但是，“所有权说”首先要解决的问题是：开证行的所有权是从何而来的？1、开证行并不是根据进口商的转让取得单据所有权的 有种观点认为，在将单据及单据所代表的货物信托给进口商之前，开证行对单据享有所有权，这种权利是基于进口商的转让行为取得的。开证行与进口商（开证申请人）在契约中写明,将信用证项下单据及货物所有权转让给开证行,这

种转让是附条件的,即当进口商不能偿还融资贷款时,货物所有权发生实际转让,归银行所有;如果融资不到期或开证申请人能正常处理货物,开证申请人仍依契约有条件的享有所有权。但是,所有权保留说在如何取得所有权方面,并没有足够的说服力,如果认为押汇行对单据所有权的取得是基于进口商的转让的话,就犯了本末倒置的逻辑错误:在信用证的操作流程中,作为物权凭证的提单一直在银行手上,进口商又如何将其转让给银行呢?

2、开证行也不是依据信托收据取得单据所有权的 还有一种说法是,银行根据信托收据取得了货物的所有权,但这种说法的谬误也是显然易见的;由于信托收据实际上是银行和进口商之间建立信托关系的契约,银行签订信托收据必须以取得货物所有权为前提,而不是说银行通过信托收据“证明”其取得所有权的状态。

3、开证行是由于支付对价而取得单据所有权的 按照我国《民法通则》的规定,所有权转移的条件是:买卖、赠予、继承、占有无主财产等。有人认为,由于在进口押汇中,没有任何一方甚至开证行自己曾有合意将提单项下货物的所有权转移给开证行,因此开证行具有所有权并没有事实和法律上的根据。而对价理论恰恰可以为银行在此情况下取得所有权提供理论支持。由于出口商与开证行之间没有合同对所有权转移进行明确约定,该权利要从法律角度从卖方转移给开证行,就要引入英美法系的对价理论,即开证行由于向出口商支付了对价,从而取得了单据及单据所代表的货物的所有权。所谓对价是指在法律上一方当事人得到某种权利、利益、利润或好处,或另一方作出某种容忍、承受损害、损失、或者承担责任[1]。对价理论源于合同必须具备一定的法律形式的理念。尽管

对价理论在我国还没有被明确适用，很难作为审判的依据。而且对价理论本身近年来也多有批评。但相比较其它理论而言，银行依据对价取得所有权无疑是最具有说服力的。在进口押汇业务中支持对价理论的是信用证的独立抽象原则。所谓独立抽象性原则是指，在信用证业务中，信用证是与和信用证有关的销售合同或其它合同相互独立的，各有关当事人处理的只是单据，而不是单据所涉及的货物、服务或其它行为。国际商会第500号出版物《跟单信用证统一惯例（1993年修订本）》第三条、第四条等均对该原则作了明确的规定。货物的买卖在信用证支付方式中体现为单证的买卖[3]，议付行、开证行对信用证项下的单据进行了议付或者付款后，也就是在给付了对价之后，就取得了单据及单据所代表的货物的所有权。

第二节 法律移植过程中不同法系的冲突是进口押汇法律风险产生的深层次原因

进口押汇中信托收据赖以产生和发展的基础是西方已经比较成熟的信托制度，而信托法源于英美法系，其本身的制度设计和理论阐释是在英美法体系下完成的。英国普通法的衡平法传统使信托的概念得以成立：在英美法系的观念中，普通法上的所有权和衡平法上的所有权能够分开，信托人具有衡平法上的所有权，而受托人可以获得普通法上的所有权，并将该所有权转移给一个善意的付出对价的第三人，该人只要善意行事并付出对价，就可以获得普通法上不受抗辩的所有权。否则他将要受到信托物的衡平法上所有权人即信托人的追及。由于受托人受信托契约的约束，有为信托人的利益善意谨慎行事和计算的信托义务，在将货物出售后，有将货款偿还信托人的义务，否则将会受到追及。信托义务的落实依赖于信托人对信托物或信托

物出售后的货款的追及制度。没有追及制度，信托不过是一句空话。我国《信托法》第7条规定：“设立信托，必须有确定的信托财产，并且该信托财产必须是委托人合法所有的财产。本法所称财产包括合法的财产权利。”从该条规定可以看出，设立信托的一个重要条件就是要有明确合法的财产关系，然而在我国进口押汇业务中，由于信用证下货物的归属问题始终存在争议，如果这时候在银行和进口商之间设立信托关系，就会不可避免的会产生很多法律上的漏洞，风险也由此产生。应该指出的是，信托财产权利不同于其它财产权，由于它是一方为他方管理或处分信托的财产而发生的权利义务关系，所以在性质上具有特殊性和复杂性。这就要求我们必须把信托财产分割出来，让它独立与受托人的财产之外。我国《信托法》第10条规定：“设立信托，对于信托财产，有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，应当依法办理信托登记。未依照前款规定办理信托登记的，应当补办登记手续；不补办的，该信托不产生效力。”这说明，我国的立法者对信托财产的独立性有所考虑，不过，到现在为止，我国还没有办理信托财产登记的部门，这不能不说是一个遗憾。可见，产生于英美法下的信托制度移植到我国后，在法律思维、司法体制和及配套措施上都与我国原有的法律体系存在着一定的隔阂，因此信托制度必须进行本土化改造，否则难以和其它制度协调与平衡。毕竟信托制度不是在真空中运行，它需要其它制度，例如登记制度等配合和支持。百考试题收集整理。"#F8F8F8" 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com