

民商法学博士文库

独立保函产生于上个世纪六七十年代的国际商业实践，伊朗革命后，在英国发生的大量索款纠纷导致了理论和实务界对其相关法律问题的重视和探讨。

独立担保法律制度

李 燕 著

见索即付银行保函与跟单信用证一样，是银行界与商业界为解决国际商事交易各方的利益冲突而发展起来的两种国际结算工具，商业惯例中把不可撤销信用证和见索即付保函下产生的权利，视作“手中现金”。

中国检察出版社

民商法学博士文库

独立担保法律制度

——见索即付银行保函的理论与实践

李 燕 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

独立担保法律制度——见索即付银行保函的理论与实践 /
李燕著. —北京: 中国检察出版社, 2004. 9
ISBN 7-80185-283-4

I. 独... II. 李... III. 担保法 - 研究 - 中国
IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 075783 号

独立担保法律制度

——见索即付银行保函的理论与实践

李 燕 著

出版发行: 中国检察出版社
社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)
网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)
电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com
电 话: (010) 68650027 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)
经 销: 新华书店
印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司
开 本: A5
印 张: 16 印张
字 数: 441 千字
版 次: 2004 年 9 月第一版 2004 年 9 月第一次印刷
书 号: ISBN 7-80185-283-4 / D · 1264
定 价: 32.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换



总 序

西南政法大学，坐落在长江和嘉陵江交汇处的美丽山城重庆，背倚以红岩精神称著的烈士英灵安寝处歌乐山脚。西政大校园和西政大人似乎受到烈士英灵的格外庇佑，以至从此处走出的西政学子常有一种得道成仙的灵气和悟性。中国海内不少优秀法学人才，多出自西政大这所并不悠久但却著名的学府；于民商法学人方面而言，尤其典型：在这块热土上不仅崛起过我国老一辈著名民商法学家张序九先生、金平先生、杨怀英先生等人，更培育出了当今中国诸如梁慧星、王卫国、尹田、张新宝、黄松有、张玉敏、赵万一、陈苇等著名民商法理论家和实务家。茵蕴如此，作为西政大民商法学科学术带头人和负责人之一的我和我的几位博导同仁梁慧星教授、张玉敏教授、赵万一教授、陈苇教授、石慧荣教授等便有了继往开来、进一步建设好西政大民商法学科，为祖国培养更多、更优秀的民商法人才的义务和责任。正是意识到这种义务和责任，我们才有了与中国检察出版社合作，共同创办“民商法博士文库”的举措，希望以此作为一个阵地，培养和推出民商法新秀。当然，本文库亦非专为西政大民商法博士点而设，在出版西政大民商法博士点毕业生的博士论文的同时，我们亦欢迎校内外其他博士点的毕业生参与，将其民商法学研究范围内的优秀博士论文在本文库出版。

西政大民商法学科是1998年获得博士学位授予权的，自1999年开始到2003年为止已招收五届四个方向（民法、商法、知识产权法、婚姻家庭法）的数十名博士研究生。本《文库》



首批陆续推出的数篇论文就是从西政大民商法博士点 1999 级至 2001 级博士生通过答辩的优秀或比较优秀的博士学位论文中遴选的。这些博士论文自然是博士研究生们独立完成的，但是在选题、研究设计及创作过程中亦融合和凝结了导师们的心血以及博士生师兄兄弟们的集体智慧。有些选题还源自导师们授课、指导讨论的专题，如刘云生的《民法与人性》，章礼强的《民法本位论》，就是我为民法博士生所开《民法总论专题研究》课中的一个学习、研究、讨论专题“民法本位、伦理、价值取向和基本原则”延展出来的子课题。因此，我们可以说这些博士论文既是西政大近几年培养的民商法学博士生个人，同时也是西政大博士点集体奉献给法学界和读者们的心香。这些博士论文或从人性新角度对民法学问题进行解析；或从哲学新视野对民商法学有关问题进行追问、辩剖；或结合历史与现实、理论与实务对民法具体制度进行审视、置疑、检讨和重构，都有其独到之处。这些论文成果或许存在某些稚嫩和苦涩之处，但可以肯定的是，它们植根于西政大这块经由前辈和先行者们辛勤开拓、耕耘半个世纪的熟土之中，只要读者愿用心品尝，都能品出清馨的新春茶味来——苦中带甜、涩中带香……

近几年来，基于我国民商事立法和司法的需要，我国民商法学的研究已呈蓬勃发展、欣欣向荣的景象，在民商法学的白花园中已开满簇簇鲜花，结出累累硕果。但是，面对这令人鼓舞的景色亦有人常感遗憾之处，这就是民商法博士论文这类鲜花和硕果并未得到人们应有的培育和关注。这不仅表现在迄今为此出版界尚无出版民商法博士论文的专门阵地，更表现在民商法博士论文的读者层面远较民商法系列教材、一般专著、论文为窄。其实，在本人看来，民商法博士论文大都具有选题前沿，资料收集丰富，研究方法多样，运用相关学科知识广泛，观点创新，论证严密等优点。经过数名专家评审阅和数名专家面对面的质疑、答



辩，其学术质量较之民商法系列教材、一般专著和论文更有保障，更值得出版界出版和民商法理论工作者、实务工作者、教师和学生阅读、学习、研究。就本人之情况而论，如果说本人这些年来在学问上还有长进的话，那我要说句诚实的话，这大多源于对本人指导的博士论文初稿的阅读、研究和进一步修改的指导，源于对他人指导的博士论文的评审和答辩。

在《文库》最初几本博士论文即将出版之际，我要首先感谢中国检察出版社的合作与支持。他们不计经济得失，一心开辟和培育这个专门出版民商法博士论文的学术园地的高远志向令我钦佩。有容乃大，我更希望有更多的出版社关心民商法博士论文的出版，有更多的民商法博士点和民商法博士生参与我们这个文库的合作与出版，有更多的民商法理论工作者、实务工作者、教师和学生关爱和欣赏我们这个《文库》出版的民商法博士论文。我相信，我们这个《文库》出版的民商法博士论文之是真是伪、是美是丑，是经得起读者诸君公正评判的。

最后，我想改用孙中山先生的一句话来作为《文库》总序的结语，以勉励我自己和《文库》的广大合作者们：“我们的事业尚未成功，同志仍需努力”。我相信，只要我们共同做出不懈的努力，我们的《文库》一定能够茁壮成长、壮大。

李开国

2004年8月



序

欣闻我带的第一个博士生李燕同学的专著即将交付出版，我为她感到由衷的高兴。

我既是李燕同学的硕士生导师，也是她的博士生导师，这几年来她的努力和勤勉我都看在眼里，相信她必然有非常好的发展前途。六年前，李燕同学被推荐免试攻读我校商法专业的硕士学位，她来到我的办公室时，还是稚气未脱，只是别的学生告诉我，她是法律系综合成绩第一名的获得者，当时我就对她留下了深刻的印象。我告知我的硕士生，商法是一门技术性和实用性都非常强的学科，希望他们能积极参与社会实践，培养自己的口头表达、组织策划等各方面的能力。很快我就听到喜讯，李燕同学荣获第五届全国大学生辩论邀请赛优秀辩手称号。在接下来的博士生入学考试中，她又以全校第一名的成绩顺利地成为了我的第一个博士生。

李燕同学前年在英国留学期间，就博士论文的选题与我进行了反复斟酌，我坚持认为她应该借助自己的英语优势，在国际商事领域寻找自己的学术立足点，并以此服务于国内的经济、法律现实。总体而言，我认为她关于独立担保的这个选题是成功的，文章的写作也是成功的。

法律上所称之“独立担保”，在国际商事贸易实践中惯常称之为“独立保函”、“见索即付保函”，因该类保函通常由银行开立，故又称之为“见索即付银行保函”。传统民商法认为保证合同是从属性的合同，附属于基础合同或主合同，基础合同或主合



同的效力直接决定了保证合同的效力，且保证人只有在主债务人未履行偿付义务时才负有履行之责任。然而国际交易中巨大商业风险的存在，决定了独立担保的产生。该担保不依附于基础合同，担保人的责任不取决于基础合同的履行与否，而取决于债权人的付款要求，故也被形象地称为“凭要求即付的担保”或“见索即付的担保”。这种独立性保函一般都要明确担保人的责任是不可撤销的、无条件的和第一见索即付的。保函一经开出，未经受益人同意，不能修改或解除其所承担的保函项下的义务；保函项下的赔付只取决于保函本身，而不取决于保函以外的交易事项；银行收到受益人的索赔要求后应立即予以赔付规定的金额。独立性保函的特征为：第一，独立于基础交易，不受基础合同的影响。除非有法定的欺诈理由，担保人不得拒绝付款；第二，具有确定性，只要债权人提示了符合要求的单据，银行就应付款；第三，具有快速性，自债权人提示单据之日起，担保人必须在合理时间内付款等。独立性保函在二战后为适应当代国际贸易发展的需要，在银行和商业实践的发展基础上逐步成为国际担保的主流和趋势。这种担保方式，第一，便于债权人直接快速地实现债权；第二，使担保人银行摆脱了产生于基础合同的争议，避免了不当拒付产生的声誉损失；第三，主债务人也可避免因提供抵押而使财产不能有效利用产生的损失，而且银行的担保也提高了其履约信誉。

由于各种原因，独立担保业务在我国地开展受到诸多限制，因此，我国理论界和实务界对独立保函的相关法律问题并没有足够重视，但是中国入世后此制度与相应的国际商事规则接轨并保持一致，是我国融入整个国际市场经济的重要支撑。因此对该课题的深入研究是相当紧迫和现实的，而非常欣慰的是，李燕同学的这篇文章正是就此而生，所以其学术价值是显著的。

文章主要从三个方向对独立担保做了详细分析和阐述，即理



论认识篇、规则实践篇和现实借鉴篇。

在理论认识篇中，首先，文章就独立保函的起源、种类、定义、法律性质、特征、结构和法律渊源做了详细介绍，尤其将其与容易引起混淆的附属性保证、信用证、备用信用证等作出了理论上的比较分析；其次，针对独立保函的三种支付机制——仅凭要求即付款、凭第三方单据付款、凭法院判决或仲裁裁决付款——做了详细地分析和论述，并重点阐述了最为典型的独立保函支付机制——凭要求即付款的法律机制；最后，就独立保函当事人——委托人、担保人、受益人，包括间接四方保函中的指示行和担保行——的权利义务做了详细论述，为我国独立担保制度的构建打下了理论基础。

在规则实践篇中，文章对独立担保的相关国际规则，《见索即付保函统一规则》（URDG）、《跟单信用证统一惯例》（UCP）、《合同担保统一规则》（URCB）、《合约保函统一规则》（URCG）、《国际备用信用证惯例》（ISP98）、《联合国独立担保和备用信用公约》（UNCITRAL CONVENTION）做了比较和分析，并指出了国际商会第458号出版物《见索即付保函统一规则》（URDG）在最大程度上协调了各方当事人的冲突利益，以及委托人、担保人、受益人选择适用URDG的各自好处。在该篇中，文章结合国际惯例URDG的规定，对保函的实质运作程序及相关法律问题，分章节作出了详尽分析，这在我国目前学术界还是首次，内容主要涉及保函的签发和生效、保函的转让、保函金额的递减、保函的请求支付、保函的延期或支付、保函的终止、保函的适用法和管辖权、以及当事人各方在URDG下的义务等。另外文章对实践中应如何起草适用URDG的保函作出了介绍，并提炼出了起草独立保函的几个黄金规则，同时翻译了国际商会推荐采用的独立保函示范文本格式，并对我国银行开立和起草保函的有关情况作出了评述，对我国商事活动主体和有关部门提供了可资借



鉴的参考意见。

在现实借鉴篇中，文章通过对独立保函的原理和技术的分析，提出了在我国构建独立担保制度的主张，指出了在我国构建独立担保制度的必要性和现实性，并提出了具体的制度设计方式和相应的制度规范内容。

综上所述，这部专著不但可以帮助我们对独立担保的原理和技术形成普遍的认知，对这三二十年发展起来的相关国际惯例和有关国际规则做以了解和认识，而且也为我国独立担保制度的建立奠定了坚实的理论和实践基础，它为我国融入世界经济潮流贡献了一份力量。

该书的出版既是法学理论界的幸事，也是外贸实务部门的幸事。是为序。

西南政法大学博士生导师

赵万一

2004年7月



内 容 摘 要

见索即付银行保函与跟单信用证一样，是银行界与商业界为解决国际商事交易各方的利益冲突，而发展起来的两种国际结算工具，商业惯例中把不可撤销信用证和见索即付保函下产生的权利，视作“手中现金”。基于现代国际商事交易中，交易标的额巨大，期限长，不同国家的法律制度、经济政治背景以及文化差异等原因增加了当事人的商业风险，因此商人们往往要求交易对方提供一种现成的、快速的、保证能实现的担保权益，以避免和减轻不履行的风险，保障交易的安全和各项义务的顺利进行。所以一种新的担保方式诞生于国际交易的实践，即不依附于基础合同的独立担保，担保人的责任不取决于基础合同的履行与否，而取决于债权人的付款要求，它弥补了从属性保证的不足，更符合国际交易的需求。

独立保函产生于上个世纪六七十年代的国际商业实践，伊朗革命后，在英国发生的大量索款纠纷导致了理论和实务界对其相关法律问题的重视和探讨，国际商会尤其是银行技术与实务委员会多年来一直致力于对其相关统一规则的制定，相继出台的《合同担保统一规则》（URCB）、《合约保函统一规则》（URCG）、《国际备用信用证惯例》（ISP98）、《见索即付保函统一规则》（URDG）及国际条约《联合国独立担保和备用信用公约》（UNCITRAL CONVENTION）都反映了这一成果，尤其是《见索即付保函统一规则》（URDG）和《联合国独立担保和备用信用公约》（UNCITRAL CONVENTION）对独立保函领域的法



律统一作出了不可磨灭的贡献。

我国从 80 年代起就开始在国家经济交往中使用独立保函，银行实践中称为对外担保或外汇担保，但是由于我国长期对外经济贸易的严格管理和外汇控制制度，使得我国在此领域的业务开展数量并不显著。而且我国国内立法对此尚付阙如，《担保法》和相应的司法解释是否承认其合法性还存在诸多争议；目前我国还没有加入《联合国独立担保和备用信用证公约》，相关的国际条约也不能作为我国的立法补充；而国际商会规则 URDG 和信用证领域的 UCP500 相比，建立时间相对较短，又没有获得世界范围内的普遍适用性，所以我国对其并不熟悉。但是随着我国加入 WTO，以及市场经济的深入发展，独立担保业务的广泛和深入发展必将成为不可阻挡的潮流，因此笔者认为我国理论界和实务界应该对独立保函的相关法律问题引起重视，注意在理念上和业务操作中与相应的国际商事规则接轨并保持一致，融入整个国际市场经济中。笔者认为随着我国经济的世界化，此项业务对增强我国企业对外经济的世界竞争力，推动我国市场经济的发展活力，必将显现出其重要的地位和价值，因此对该课题的深入研究也就产生了相应的紧迫性和现实性。鉴于笔者在独立保函的欧洲发源地——英国学习和工作的机会，笔者就此论题请教了国际商会的有关学者并收集了大量资料，回国后又针对此论题走访了我国主要的专业银行，就此论题进行了实务调研，应该说，本文的写作有充实的理论和实务基础。

本书通过对独立保函的原理和技术分析，以及对相关国际惯例的操作剖析，提出了在我国构建独立担保制度的必要性和现实性，并提出了具体的制度设计方式和相应的制度规范内容，这也是本书的最后落脚点。笔者认为我国目前规范对外担保的有关部门规章，其实只是行政管理性质的公法规范，而独立担保实际上是当事人对担保附属性的约定排除，应该属于私法性质的自治规



范，所以笔者认为有必要对独立担保的运作程序和当事人的权利义务关系作出立法性的规定。鉴于我国目前的经济现实和司法上对独立担保的谨慎态度，笔者主张独立担保的担保人应局限于银行。此外独立担保制度不但可以广泛运用于国际经济交往，还可以扩展到国内的经济活动中。笔者认为相关立法可以在借鉴国际条约和国际的惯例的基础上，先由业务部门牵头制定出统一的有关独立担保的规则，担保法和司法解释对此予以确认。最后笔者对作为独立担保人的银行的业务风险进行了预测和归纳，同时提出了防范风险的诸多措施以及业务操作中的技术处理。

以期本书能为我国商事活动主体和有关部门提供可资借鉴的参考资料。



目 录



目 录

总序	/1
序	/1
内容摘要	/1

理论认识篇

第一章 见索即付银行保函的基础问题研究	/2
第一节 见索即付银行保函的起源	/2
一、担保的从属性到相对独立性	/2
二、独立担保在国际贸易中的实践由来	/6
三、有关担保的术语澄清	/9
四、备用信用证的产生	/12
第二节 见索即付保函的实践用途分析	/17
一、见索即付银行保函在实际中的运用	/17



二、见索即付银行保函的用途在学理上的解释	/18
第三节 实践中见索即付保函的种类	/20
一、为融资性责任提供保障的银行保函	/21
二、为非融资性责任提供保障的银行保函	/23
三、保函种类的多样性	/31
第四节 各国对见索即付保函的定义认识	/32
一、大陆法系国家对保函定义的认识	/32
二、英美法系国家对保函定义的认识	/33
三、国际惯例和国际条约对保函定义的规定	/34
四、我国对保函定义的认识	/35
第五节 见索即付保函法律的实质	/37
一、见索即付保函定义的三层内涵	/37
二、见索即付保函法律性质的剖析	/38
三、见索即付保函的基本特征	/42
四、见索即付保函与附属性保证的区别	/46
五、见索即付保函与并存的债务承担	/48
六、见索即付保函与信用证	/51
七、见索即付保函与备用信用证	/55
八、见索即付保函书的鉴定标准	/58
第六节 见索即付保函的结构	/61
一、基本结构	/61
二、以备用信用证作为反担保函	/66
三、保函中的保兑银行	/67
四、委托人的赔偿或偿付	/68
五、辛迪加保函	/70
六、背对背保函	/71
七、总结	/72
第七节 见索即付保函的法律渊源	/74



一、国际公约	/74
二、国际惯例	/75
三、国内法	/87
四、判例学说	/88
第二章 见索即付保函的内在机制	/89
第一节 见索即付保函的支付机制剖析	/89
一、第一见索即付的支付机制	/90
(Payment on first demand)	
二、提交第三方证明的支付机制	/99
(Payment upon submission of third-party documents)	
三、提交法院判决或仲裁裁决的支付机制	/104
(Payment upon submission of an arbitral or court decision)	
第二节 见索即付保函的风险评估	/107
一、见索即付保函中当事人之间的风险分配	/107
二、第一见索即付保函的风险测算和把握	/112
三、第一见索即付保函风险转移的价值公正性	/118
第三节 见索即付保函中银行的地位和作用	/122
一、签发保函——银行的金融服务	/123
二、保函的独立性——银行的利益	/125
三、保函的条款和条件——银行的利益	/127
四、是否接受委托——银行考虑的因素	/128
第三章 保函当事人之间的法律关系	/132
第一节 委托人与银行之间的法律关系	/133
一、委托人的权利	/133
二、委托人的义务	/134



三、银行的权利	/137
四、银行的义务	/138
五、通知行的法律地位	/141
第二节 银行与受益人之间的法律关系	/142
一、银行的权利	/143
二、银行的义务	/152
三、受益人的权利	/159
第三节 指示行和担保行之间的法律关系	/164
一、反担保函的认识	/164
二、指示行的权利义务	/168
三、担保行的权利义务	/170
第四节 对受益人不当索赔的抗辩机制	/172
一、提呈的文件不合格时的不当索赔	/172
二、提呈的文件表面上合格时的不当索赔	/173
三、对欺诈或滥用权利的认识	/175
四、基于欺诈的抗辩机制	/179
五、间接保函下不当索赔时的抗辩机制	/184

规则实践篇

第四章 见索即付保函的法律实务研究	/187
第一节 使用 URDG 的优越性	/187
一、URDG 存在的空间	/187
二、怎样适用 URDG	/190
三、URDG 对各方当事人利益的协调	/194
四、受益人使用 URDG 的优越性	/197
五、担保人/指示人使用 URDG 的优越性	/201