

沈达明

冯大同

编著

国际经济贸易中 使用的银行担保

法律出版社

国际经济贸易中使用的银行担保

沈达明 冯大同 编著

法律出版社

国际经济贸易中使用的银行担保

沈达明 冯大同 编著

法律出版社出版 新华书店发行

法律出版社印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 4.5印张 95,000字
1987年6月 第一版 1987年6月 第一次印刷
印数0,001—5,000

ISBN 7-5036-0166-3
D·166

书号6004·1071 定价0.79元

编者说明

近年来，我国在对外经济贸易业务中，越来越多地使用各种银行担保，作为保障交易安全的一种工具。在各类银行担保中，凭要求即付担保使用更为普遍，这是一种新型的担保方式，与传统的保证合同有很大的区别。目前，包括我国在内的世界上绝大多数国家的法律对这种新型的担保方式都没有作出明文规定。各国的判例和学理对此亦有不同的解释。为了适应我国对外经济贸易业务发展的需要，我们根据国际上对这个问题的有关论著和我国某些部门的业务做法，编写了这本书，供外贸院校（系）和有关业务部门在教学和业务工作中参考。

本书共分为六章：第一章主要介绍各国关于保证合同与担保合同的基本法律原则及二者的区别；第二章主要介绍凭要求即付这种新型担保方式的法律特点及其与凭单据付款担保的差别；第三章主要介绍在凭要求即付担保中，各有关当事人之间的关系；第四章和第五章分别介绍东欧一些社会主义国家和中近东一些发展中国家有关人的担保的法律，因为这些国家的担保法各有特点；东欧一些社会主义国家是现世界上对担保合同特别是银行担保在成文法上作出规定的为数极少的几个国家；而中近东一些阿拉伯国家则是对凭要求即付担保作出自己独特解释的国家，同西方发达国家的法律

解释有所不同。它们的立法和司法解释都有值得我们参考和借鉴之处。最后一章为案例分析。

由于编者的水平和掌握的资料有限，书中难免会有错误、遗漏或不妥之处，敬请读者批评指正。

编 者

1986年8月于北京

目 录

绪 论	(1)
第一章 保证合同与担保合同	(7)
第一节 保证合同	(7)
第二节 担保合同	(19)
第三节 银行担保合同的模式及类型	(34)
第二章 凭要求即付担保与凭单据付款担保	(47)
第一节 凭要求即付担保	(47)
第二节 凭单据付款担保	(60)
第三节 担保合同的法律适用与国际商会的统一规则	(66)
第三章 与担保有关的各个合同及各方当事人之间的 关系	(73)
第一节 担保合同的成立、期限、变更及转让	(73)
第二节 受益人要求担保人付款时可能涉及的法律问题	(79)
第四章 东欧社会主义国家在国际交易中使用的担 保	(92)
第一节 东欧社会主义国家关于人的担保的法律	(92)
第二节 东欧各国使用银行担保的业务实践	(96)
第五章 中近东国家关于银行担保的法律	(104)
第一节 对银行担保的法律性质的看法	(104)
第二节 对凭要求即付担保的态度	(112)

第六章 凭要求即付担保案例分析.....	(118)
第一节 基本案情.....	(118)
第二节 对若干法律问题的探讨.....	(125)
附 录	(133)

绪 论

在国际贸易中，人们往往要求提供各种担保，以确保各项债务的履行。按照各国的法律，担保可以分为两类：一类是物的担保，另一类是人的担保。两者分属于不同的法律范畴。物的担保属于财产法或物权法的范畴，人的担保则属于债法或合同法的范畴。

物的担保亦称物权担保或担保权益 (Secured interest)，是指以确保债务清偿为目的，而在债务人或第三人的有形财产或权利财产上所设定的担保物权，如抵押权、质权、留置权等，如果债务人到期不履行其债务，债权人得通过处分作为担保品的财产优先得到清偿。供作担保品的财产，一般可包括不动产（如土地、建筑物等）、有形动产（如货物、机器设备等）和无形财产（如股票、债券、专利权、商标权等）。尽管物权担保是一种强有力的担保方式，但是，在国际贸易中使用并不广泛，在大多数场合下，人们宁愿采用人的担保，而不采用物权担保。这主要是因为：（1）在国际贸易中，设定担保物权的财产一般都座落在债权人所在国之外的其他国家，须受财产所在地国法律的管辖，债权人对这些法律不熟悉，当债务人不履行其债务，债权人需要实现这些担保物权时，往往要经过复杂的诉讼程序，费用很高，时间拖得很长，而且最后结果如何也没有把握；（2）如果是

以企业现有的机器设备作为物权担保的担保品，则随着时间的推移，机器设备将因使用损耗而减损其价值，当债权人最后为实现其担保物权，将机器设备依法变卖抵债时，其价值可能已大大减小，甚至难以售出；（3）在国际货物买卖交易中，卖方在买方付清货款以前，常常保留对其售出的货物的所有权，这无疑是一种最强有力的物权，但这种做法同样存在不少问题：第一，有些国家的法律不承认保留所有权条款的效力；第二，有些国家虽然承认保留所有权条款的效力，但需要办理复杂的登记手续，才能对抗善意的第三人，否则，如果未付货款的买主将货物转卖给善意的第三人，卖方就无法从善意的第三人手中将货物追回；第三，在保留所有权的买卖中，由于货物已落入异国买方之手，卖方在追回货物时往往也要经过复杂的诉讼程序，即使能将货物追回，但要在外国将货物另行出售亦非易事，如将其运回本国，则势必增加运费和保险费的负担。所有这些，对卖方都是不利的。所以，除非保留所有权条款在实际上容易得到执行，否则，卖方都宁愿采用其他办法而不用保留所有权的办法。目前，最常用的办法是使用银行信用证。银行信用证对买方来说是一种信贷，对卖方来说则是一种人的担保，即由银行以其信誉所提供的付款担保。

由于以上种种原因，当前在国际经济贸易中出现了一种以人的担保代替物权担保的趋势。虽然有些国际交易，如国际项目融资（Project Financing）、船舶与飞机的交易，仍习惯以项目的资产和船舶与飞机作为担保品，向债权人（贷款银行）提供物权担保，但是，其他一些交易，特别是通过国际招标投标成交的大型工程项目，主要都是采用人的

担保而不是物权担保。即使在项目融资或船舶、飞机的融资交易中，除采用物权担保外，一般都同时使用人的担保。例如，由项目的主办人向贷款银行提供完工担保、追加投资担保等，以保证项目的完工，从而有利于贷款银行能收回其贷款的本金和利息。

人的担保是指由自然人或者法人以其自身的信誉和资产为他人的债务提供担保。如债务人不履行其债务时，即由保证人（或担保人）负责履行其债务。有人曾形象地把人的担保喻为偿还债务的另一个钱袋，即当债务人掏空钱袋尚不足以偿债时，债权人可要求保证人从他们的钱袋中拿出钱来偿债。在国际经济贸易中，保证人可以是自然人也可以是法人，但通常都是法人，如公司、企业、商业银行、中央银行、保险公司、官方信贷机构、政府，等等。其中尤以银行担保使用最为普遍，因此，本书的内容主要集中介绍各种银行担保，不涉及物权担保，也很少涉及由自然人或其他机构所提供的人的担保^①。

人的担保又可分为两种：一种是传统的人的担保，称为保证。保证是一种合同关系。它是指由保证人与债权人约定，当主债务人不履行债务时，即由保证人负责履行。保证合同的主要特点是，它对于主债务人与债权人之间订立的合同具有从属性和补充性，它的订立完全是为了保证主债务人与债权人之间所订立的合同的履行，如果前者的合同得以顺利履行，保证人即无责任可言；只有当主债务人违约，使前者的合同不能得到履行的时候，保证人才有义务替他所保证的

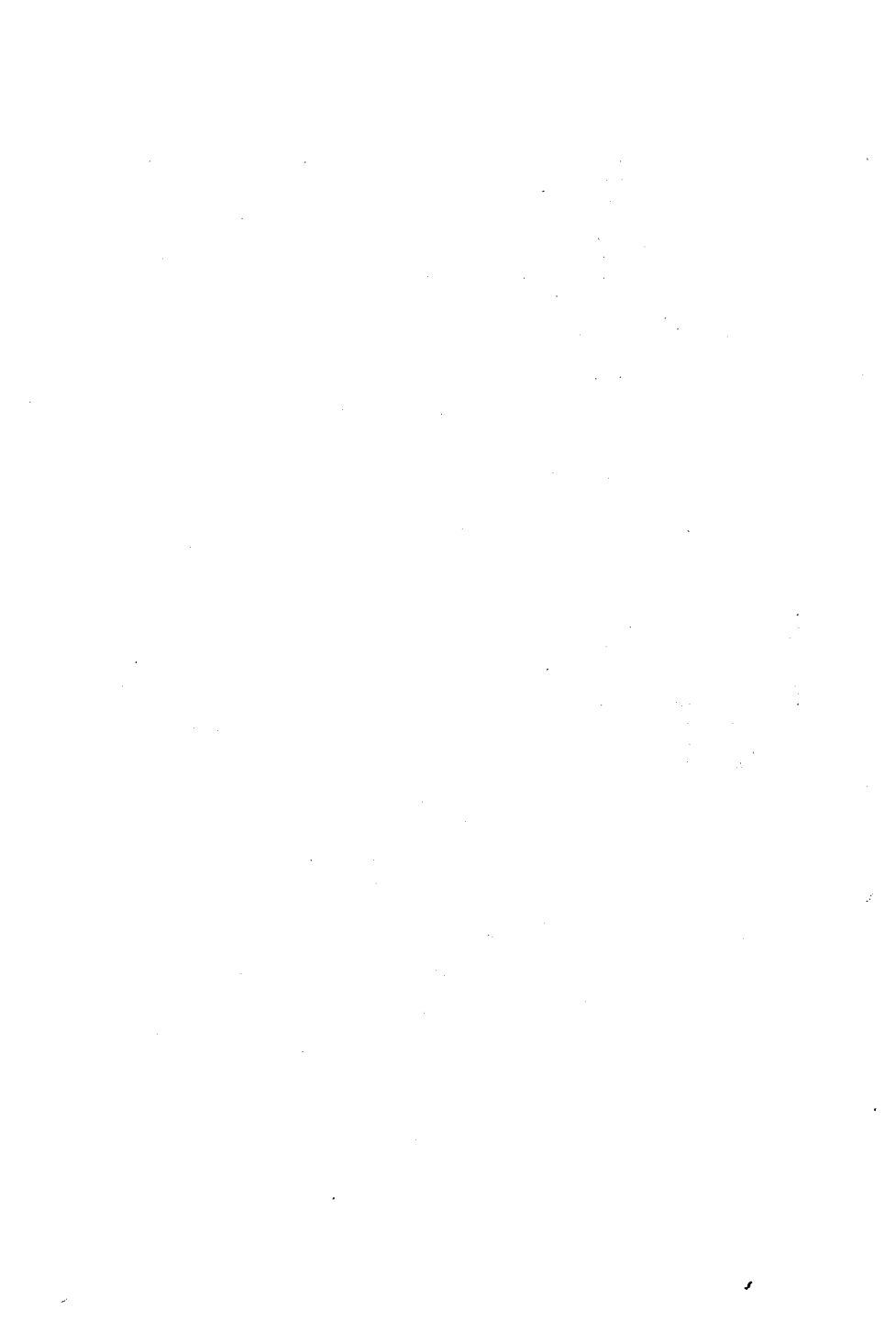
① 关于物权担保，请参阅拙著《国际融资的法律与实务》一书。

主债务人履行主债务人本应履行的债务。因此，保证人的责任范围须取决于主债务的责任范围，如主债务被宣告无效或消灭，保证人的保证义务亦随之消灭。同时，主债务人根据他与债权人之间的合同可以对债权人提出的抗辩，如主张合同无效、主债务人已正当地履行其义务或债权人未完全履行其义务等，保证人亦有权向债权人提出同样的抗辩。由于保证合同具有从属性与补充性的特点，所以，当债权人以主债务人不履行其债务为理由要求保证人承担其保证义务时，保证人往往就以上述各种抗辩理由来对付债权人，使债权人的要求得不到满足，或者不得不被迫进行复杂的诉讼程序，既耗资又费时，这对债权人来说显然不是一种理想的保证方式。因此，在第二次世界大战后，在国际经济贸易实践中，又发展了一种新的人的担保的方式，人们习惯称之为担保。担保也是一种合同关系，它同上述保证合同的主要区别在于，它具有非从属性与独立性。它是担保人与债权人之间的一种独立的合同，它开不从属于主债务人与债权人之间的合同，担保人原则上不能以主债务人根据他同债权人之间的合同所产生的抗辩理由来对抗债权人，因此，当债权人由于主债务人不履行其债务而转向担保人要求其履行担保义务时，一般比较容易得到满足，也较为省事，原则上不会卷入由于主债务人与债权人之间的合同关系所引起的各种讼争。正是因为这个原故，所以在国际经济贸易活动中，当债权人需要采用人的担保的方式时，一般都要求对方提供这种新型的担保，特别是要求提供所谓“凭要求即付（On Demand）”的担保。这对债权人来说，是一种最强有力的、最容易得到实现的人的担保。在国际经济贸易中，由于债权人往往处于较为优越

的谈判地位，当他要求提供这种担保时，债务人和担保人一般都不得不接受其要求，向他提供这种非从属性的、独立的担保，所以，这种担保特别是“凭要求即付”的担保，在国际经济贸易活动中使用十分广泛。近年来，我国在国际经济贸易活动中，也越来越多地使用这种新型的担保。为了适应国际经济贸易业务发展的需要，本书在介绍各种银行担保时，将着重介绍这种新型的、“凭要求即付”的担保。

但是，从法律角度看，这种新型的、“凭要求即付”的担保，会引起许多复杂的法律问题，对于这些问题，世界上除个别国家外，大多数国家在法律上还没有明确的规定，在实践中往往要靠法院的判例和法学的学理对其作出解释。即使对于传统的保证合同，各国法律虽有规定，但分歧也相当大，所以，本书在介绍这方面的法律问题时，有时不得不对各国的法律和业务实践分别加以介绍，并指出其异同之处。这样做在某些地方可能略有重复，但在当前国际上尚无一套统一的担保法的情况下，采用这种处理方法是必要的，否则，如果仅仅介绍某一个国家的法律与业务做法，都难免有以一概全之弊，不能适应当前业务发展的要求。

为了叙述上的方便起见，本书将首先介绍传统的人的担保——保证合同，然后介绍新型的人的担保形式——担保合同，并阐释二者的法律特征及其主要区别，尔后着重介绍“凭要求即付”的担保，除介绍若干主要国家的法律、法学学理和业务习惯做法之外，还将介绍一些典型的判例，以帮助读者了解这类新型的人的担保的法律特征、各方当事人之间的关系，以及这种关系可能引起的各种复杂的法律问题。



第一章 保证合同与担保合同

第一节 保 证 合 同

保证合同是一种传统的人的担保的方式。其正常的做法是，由保证人与债权人订立保证合同，由保证人向债权人保证：如主债务人不履行债务时，即由保证人负责予以履行。在国际贸易中，当债权人对债务人的资信不放心，或者对债务人能否履行其义务没有切实把握的时候，债权人为了保障其自身的利益，确保债务人的义务履行，往往要求债务人通过银行向他提供各种保证。

在国际上，许多国家对保证合同都在法律上作出具体规定，以此确定各有关当事人之间的权利与义务。在大陆法系各国，一般都在民法典中对保证合同作出规定；在英美法系国家，则主要体现在判例法中。

下面拟分别介绍大陆法与英美法关于保证合同的法律，大陆法以联邦德国的法律为主进行介绍，英美法则以英国的判例法为主加以介绍。

一、联邦德国关于保证合同的法律

联邦德国关于保证合同的法律规定于德国民法典第二编

第七章第十八节。其主要内容如下：

（一）保证合同的定义及其特点

按照德国民法典第765条的规定，保证合同(Bürgschaft)是指保证人(Bürge)与债权人约定，当主债务人不履行债务时，即由保证人负责予以履行。保证合同是三角关系，它涉及保证人、债权人与主债务人三方面的关系，通常是由三个不同的合同把他们联系起来，而这三个合同则分属于三种不同的法律关系。其结构如下：

第一个合同是债权人与主债务人之间的合同，如买卖合同、借贷合同、承包工程合同，等等，这种合同所产生的法律关系是主债务关系，它是保证合同的基础，保证合同就是为了保证这个合同的履行而订立的，因此，人们常把这个合同称为基础合同。

第二个合同是主债务人与保证人之间订立的委托保证合同，在业务中，当债权人要求提供保证时，主债务人就必须设法寻找适当的保证人，例如，委托银行向债权人提供保证，这种由主债务人与保证人（如银行）之间订立的合同，德国法认为是属于委任合同。

第三个合同是保证人与债权人之间订立的合同，这个合同就是保证合同。保证人依据保证合同就主债务人的债务向债权人承担保证义务，如主债务人不履行债务，保证人即应据此向债权人负责。保证合同可以在主债务合同成立之后订立，也可以在主债务合同成立之前订立。德国民法典和其他一些国家的法律都允许为将来的债务或附条件的债务提供保证。这样规定的目的，是为了便于主债务合同的订立，因为在某些交易中，债权人如果不首先取得保证人提供的保证，

就不会同意同主债务人订立主债务合同。例如，在借贷交易中，贷款人如果不首先取得充分的保证，就往往不愿意同借款人订立借贷合同；又如，在以招标投标方式进行交易时，招标人如果不先取得投标人通过银行提供的保证，一般也不会让投标人得标，或不愿同投标人订立合同。

根据德国法，保证合同具有以下特点：

1. 保证合同是保证人与债权人之间订立的合同，依据合同法的一般原则，保证合同得依保证人与债权人的同意而成立，毋须征得主债务人的同意，因为主债务人并不是保证合同的当事人。诚然，事实上保证合同一般都是由主债务人寻觅保证人，并由主债务人的参预而订立的，完全由债权人与保证人撇开主债务人订立保证合同的情形是极为罕见的。

2. 保证合同具有从属性与补充性。所谓从属性是指保证合同所产生的保证义务须以主债务的存在为前提，保证人所承担的责任范围与责任标准取决于主债务的范围与标准，当主债务消灭时，保证人的保证义务亦随之消灭。主债务人根据主债务合同可以向债权人提出的抗辩，保证人也同样可以提出来对抗债权人。所谓补充性是指在保证合同的法律关系上，主债务人仍然是第一债务人，保证人只是第二债务人或从债务人，只有在主债务人不履行其债务时，保证人才负履行的责任。

3. 保证合同是一种单务合同与无偿合同。在保证合同中只有保证人一方承担保证义务，债权人毋须对保证人承担义务。保证合同一般是无偿合同，即债权人毋须对保证人提供任何报酬。至于保证人是否因为替主债务人向债权人提供保证而向主债务人收取报酬或费用，那是属于保证人与主债

务人之间的关系，须由他们双方之间订立的委任合同来决定，与保证人同债权人之间订立的保证合同无关。事实上，当主债务人委托银行向债权人提供保证时，银行总是要向主债务人收取一定的费用的。此外，联邦德国的法院判例亦承认有偿的保证合同，即承认由债权人向保证人支付报酬的保证合同。在这种情况下，这种保证合同就不再是单务合同而是双务合同了。

4. 保证合同必须以书面形式订立。因此，保证合同是一种要式合同，但德国法只要求采用书面方式，不要求公证。在实际业务中，保证合同可以与主债务合同订在一起，也可以分别订立。

（二）保证人与债权人的关系

保证人与债权人的关系主要表现在以下几个方面：

1. 保证人向债权人保证，当主债务人不履行其债务时，将由保证人负责履行。但保证人的责任范围以保证合同成立时主债务的范围为限，如果在保证合同成立之后，因主债务人的法律行为（例如变更主债务合同、加重主债务人的责任）而使主债务有所增加时，对于后来增加的债务，保证人可不承担责任。但是，对由于主债务人的过失或履行延迟所引起的损害赔偿或利息损失，保证人仍须负责。此外，按照德国法，如果几个人就同一债务提供保证时，不论其是共同提供保证抑或分别提供保证，所有保证人均须向债权人负连带责任。

2. 保证人得主张主债务人的一切抗辩。由于保证合同是从属于主债务合同的，所以，凡是主债务人根据主债务合同可以向债权人提出的抗辩，保证人也同样可以用来对抗债