

學術專論

國際金融法之研究

The Law of International Finance



許忠信 著



元照出版

國際金融法之研究



許忠信 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

國際金融法之研究 / 許忠信著. — 初版. —

臺北市：元照, 2006[民 95]

面；公分

ISBN 978-986-7279-93-4(精裝)

1. 國際金融 - 法規論述

561.2

95019918

國際金融法之研究

1D103GA

2006 年 11 月 初版第 1 刷

作 者 許忠信

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 250 元

訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890

訂購傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN-10 986-7279-93-X

ISBN-13 978-986-7279-93-4

序 言

金融法，包括銀行法、保險法、證券法，其國內之研究，由於諸多前輩之耕耘，在個別之領域已有長足之進步。然而，近年來由於德國綜合銀行（universal banking）模式可以藉單一窗口（one stop）提供其客戶全面性之服務，造成英美專業銀行之競爭壓力，紛紛成立金融控股公司，藉其轄下之銀行子公司、保險子公司、證券子公司，希冀達到全面服務其客戶之目的。我國亦受此潮流之推波助瀾，通過金融控股公司法。然而，由於我國法制在信託法、忠實義務、利益衝突規範等方面不甚健全，造成金融控股公司得以透過轄下子公司進行套利，甚至做出有違其對客戶之忠實義務之情事。

在國際層面上，由於金融之自由化以及人類通訊技術之發達，現在之金融交易已常為跨國交易。不僅較傳統之國際貿易融資，例如擔保信用狀交易與factoring等，常為跨國交易，而且，間接金融（例如國際聯貸等）與直接金融（例如銀行資產證券化與公司債之發行等）亦常有涉外因素。聯合國國際貿易法委員會與國際商會（ICC）等機構遂有甚多之國際公約與國際規則之制定，希望儘量調和世界上主要國家之金融相關法律，甚至創造國際規範以利國際金融交易之進行。在此一國際趨勢下，我國亦思圖加緊進行金融國際化工程。然而，由於我國法制乃以德國民商法為基礎，而國際金融實務卻常受英美銀行實務之影響，此造成我國在受英美影響之國際金融交易上須適用以德國法為根基之民商法之扞格現象，甚至在德國民商法

已大幅修正以因應現代國際交易（例如德國民法第676a條以下）之此刻，我國由於相關法律未及時翻新，而須適用十九世紀之德國民商法原理之窘境，例如將我國民法租賃之規定適用到國際融資性租賃、以我國民法合夥之規定解釋聯合開發（Joint Venture）、以我國民法保證之規定來理解銀行擔保狀（Demand Guarantees, die Bankgarantie）等，即為顯例。

筆者有鑑於此，從在政大法研所博士班跟隨蔡英文教授學習國際貿易融資法時開始，即持續向蔡明誠教授與許玉秀大法官學習德國法及德文，並在經蔡英文教授與蘇永欽教授推薦進入劍橋大學法律系博士班後，著手進行英美法與德國法之比較研究。於西元2000年回國後，經林秀雄教授推薦進輔大財經法律系任教四年，開設國際金融法與國際貿易法等課程，開始以比較英美法與德國法之方法發表國際金融法之論文，並參考日本法在融合英美法與德國法之一些作法。

鑑於金融國際化工程為當前國家首要任務之一，雖然筆者法學素養仍淺，仍將回國後所發表之論文更新資料集結成冊，希望能拋磚引玉。感謝蔡英文老師、蔡明誠老師、蘇永欽老師、林秀雄老師、許玉秀老師在法學研究上的啟發與教導，亦感謝內人月琴在生活上相夫教子之辛勞。最後，本書之成，亦要感謝元照出版公司對出版本書構想之支持，以及在出版、行銷與編輯方面之鼎力協助。

許忠信

西元2006年8月書於台北閣樓書軒

目 錄

序 言

第一篇

論銀行擔保狀（含擔保信用狀）之獨立性原則 及其權利濫用例外	1
--	---

第二篇

解析國際金融上銀行間之契約網絡關係	89
-------------------------	----

第三篇

從國際金融法之觀點論融資性租賃立法規範 之必要性	121
-----------------------------------	-----

第四篇

海峽兩岸國際金融競爭情勢及因應之道 ——WTO法律規範下之資金阻流與回流機制	151
---	-----

第一篇

論銀行擔保狀（含擔保信用狀） 之獨立性原則及其權利濫用例外

目 次

壹、導 論

- 一、名稱用語與用途
- 二、擔保狀之法律概念

貳、獨立性原則之意義

參、獨立性原則之功能與目的

肆、獨立性原則之存在基礎

伍、獨立性原則與嚴格一致原則間之互動關係

- 一、嚴格一致原則之理論基礎

二、嚴格一致原則與獨立性原則之關係

三、嚴格一致原則在擔保狀交易之適用問題

陸、獨立性原則之法律效力

一、獨立於受益人與申請人間之基礎（契約）關係

二、獨立於申請人與開狀銀行間之基礎關係

三、主要擔保狀與間接擔保狀間之獨立性

四、開狀銀行主張抵銷之
問題

二、英國法

三、美國法

五、獨立性原則與擔保狀之
準據法

四、德國法

捌、結 論

柒、獨立性原則之權利濫用
例外

一、權利濫用（詐欺）例外
之理論基礎

中文摘要

近三十年以來，國際金融與貿易實務上流行以履約擔保狀（performance bonds），擔保信用狀（standby credits）及銀行擔保狀（die Bankgarantie）等來作信用工具，以確保基礎（契約）關係所生義務之履行。此些信用工具雖在名稱與銀行實務上有所差異，但在法律性質上則屬相同，皆要求開狀銀行在擔保狀受益人提出狀上所載之單據（或甚至單純請求）時，向受益人給付狀上所載之金額（擔保金），而不得以基礎關係上有所爭執為由而拒絕給付。因此，本文以「擔保狀」一詞概括稱之。

擔保狀本具有「先付款再爭論」（Pay first, argue later; Erst zahlen, dann prozessieren）之功能設計，其目的在於使受益人提出狀上所載之單據時，能迅速而確定地自銀行獲得付款，等該擔保金在手之後，若擔保狀申請人欲請求返還該擔保金，再與申請人爭論基礎關係上之是非。為確保此一目的與功能的達成，擔保狀須獨立於基礎（契約）關係，而不容開狀銀行以基礎關係上之爭執為由而拖延給付擔保金，此乃擔保狀所具之獨立性原則所生之效用。

所謂擔保狀之獨立性原則乃指擔保狀及其所含之付款承擔是與其所擔保之基礎關係個別地存在，而且在通常情況下係獨立於該基礎關係而不受其影響。擔保狀開狀銀行的義務在於當擔保狀受益人提出符合狀上所載條件之文件時，兌現其付款承擔，而且此一義務並不以該受益人證明擔保狀申請人（例如基礎承攬契約之承攬人）真有違反其基礎關係上的義務為前提。

因此，開狀銀行所關心者為：受益人所提出之文件（甚至是一單純請求）是否與擔保狀上所載條件相符，而非該基礎關係上所生之爭執是誰是誰非。與此一原則相呼應的另一原則是，開狀銀行所處理者為單據文件而非基礎關係所涉之商品、服務或履約與否之問題（或可稱之為單據原則）。然而，擔保狀之所以具有獨立性，並非僅因銀行所處理者為單據文件而已，而是因擔保狀交易之當事人有意使受益人於萬一基礎關係生變時有一迅速而確定地獲得付款的管道。

就擔保狀作為一個金融工具的功能圓滿性而言，獨立性原則具有舉足輕重的地位，因為擔保狀的簽發等於是將擔保金交給受益人，而欲確保此一付款管道的通暢，擔保狀須獨立於基礎（契約）關係所生的紛爭，而不允許開狀銀行以基礎契約有所爭執為由拒絕付款，亦不允許法院以命令禁止銀行付款（除非有構成獨立性原則之例外之事由發生），否則，此一流暢的付款管道將被阻塞。更何況，基礎契約的履行有所爭執，可謂十常八九，若申請人有權動輒以該爭執禁止開狀銀行付款，則擔保狀便未能給予受益人獲得擔保金的確定性，而終將造成無人願意接受擔保狀的後果。

然而所謂獨立性原則，其並不表示開狀銀行無論如何皆須兌現其付款承擔，而完全不得檢查受益人之請求在基礎契約中是否有所根據。若有明白證據足以證明受益人之請求在基礎契約顯無根據，則其請求在英國、美國法上將被認為具有欺騙性（fraudulent）；在德國、日本法上將被認為構成權利濫用。由於擔保狀交易常是一跨國交易，各國法律有加以統一協調之必要，而英國、美國、日本及德國等國家之法律，不但所使用之擔保狀之名稱不同，而且在獨立性原則之例外方面之論理架構

亦不同，因此，本文探討了最常使用擔保狀之英國、美國、日本及德國之相關實體法與程序法規定，以了解有關獨立性原則及其權利濫用例外之現代發展與趨勢，俾供我國之借鏡。

關鍵詞：擔保信用狀、信用狀、履約擔保狀、銀行擔保狀、銀行保證狀、獨立性原則、詐欺例外、權力濫用例外、假處分、假扣押

壹、導 論

銀行擔保狀（die Bankgarantie, demand guarantees）與擔保信用狀（standby letters of credit）在國際交易上盛行是一晚近之法律現象。雖然美國與德國銀行在第二次世界大戰後即已開展銀行擔保狀的國內業務，但銀行擔保狀在國際上流行則是七〇年代初期的事，當時中東國家因石油輸出而賺進大量的外匯，因此，有餘力大興土木，西方營造業者及貿易公司遂紛紛前往多金的中東競爭商機。¹此時，由於是買方市場，買受人或定作人較有折衝力去要求銀行擔保狀以保障其利益。到了八〇年代，由於伊朗革命之爆發，因政治動機而請求擔保金之事件頻傳，遂使得擔保狀之濫用問題躍上司法舞台，英美德國之相關判例與學說遂紛紛出籠。

爲使讀者了解銀行擔保狀之實務作法，試舉例如下。當定作人（例如台北市政府）與外國承攬人（例如馬特拉公司）於簽訂工程承攬（例如捷運工程）等契約時，爲確保該外國承攬人會依約完成工作物，且爲避免於雙方有違約爭執時須遠赴國外起訴及強制執行，定作人常於承攬契約中要求外國承攬人須請位於定作人本國之銀行簽發擔保狀，並指定定作人爲擔保狀之受益人，只要受益人提出該擔保狀上所要求之文件或甚至單純（書面）請求，則開狀銀行即須給付狀上所載金額而不得拖延，亦不得以該擔保狀所擔保之基礎承攬契約有所爭執爲由而拒絕給付。

該本國銀行若對該外國承攬人之債信有所存疑而不願爲其開發擔保狀，則該承攬人可向與其有交往關係的外國銀行申請以該本國銀行爲受益人的擔保狀，再由該本國銀行以該擔保狀（此被

¹ A. Pierce, *Demand Guarantees in International Trade* (1993), p. 2; R. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade* (2nd ed., 1996), p. 1.

稱為間接擔保狀“counter guarantees”）為擔保而向定作人轉開同條件的擔保狀（此被稱為主要擔保狀“primary guarantees”）。在此一四角形的擔保狀交易中，與外國承攬人有交往關係的該外國銀行被稱為間接擔保銀行（the counter guarantor），而簽發主要擔保狀之本國銀行則被稱為主要擔保銀行（the primary guarantor）。由於各主要國家之法律與銀行實務之差異，有時，間接擔保狀為擔保信用狀，而主要擔保狀卻為履約擔保狀。

一、名稱用語與用途

由於銀行擔保狀是新生的法律概念，且由於各國之法律術語用法不同，這領域的法律用語相當分歧。在大英國協的國家中，「履約擔保狀」（performance bonds）、「請求即付保證」（demand guarantees）、「履約保證」（performance guarantees）、「銀行保證」（bank guarantees）等詞皆常被用來指本文所要探討的銀行擔保狀。在德、瑞、奧三個德語系國家中，法律用語則比較統一，通常稱之為銀行擔保狀（die Bankgarantie）。在日本，除擔保信用狀之使用外，於平成11年（西元1999年）亦首次有高等法院判決承認具獨立性之保證狀，而稱為「無因保證」。²然日本學者則稱之為「請求即時付保證狀」、³「銀行保證狀」、⁴「無條件保證」、⁵「請求付補償」、⁶「請求

² 金融・商事判例（1068号），頁45（1999.6.15）。

³ 小梁吉章，「請求即時払い保証狀」の無因性について，國際商事法務，30卷1期，31頁（2002年）。

⁴ 相澤吉晴，國際取引における銀行保証狀，広島法學，17卷3号，91頁（1993年）。

⁵ 澤田壽夫譯，無條件保證の濫用（上），國際商事法務，15卷10期，763頁

付無因保證」，⁷可見，由於剛引進日本而名稱甚為分歧。聯合國獨立保證與擔保信用狀公約（the United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit）則以「獨立保證」一詞代表擔保信用狀以外的銀行擔保狀。在美國，由於銀行不被允許經營保證業務，為避免誤會，美國銀行習慣在國際交易上使用擔保信用狀來扮演銀行擔保狀的角色。⁸擔保信用狀現在已在世界各地被普遍地使用，其使用者不再以美國銀行及受美國銀行實務影響的銀行為限。⁹

事實上，不論是稱為履約擔保狀或是擔保信用狀，其皆屬國際銀行慣例上的一種抽象付款承擔（abstract payment undertakings）。¹⁰其兩者間之差異在於銀行實務的不同，而非在法律性質上有所區別。兩者的付款機制皆因受益人的請求而啟動，而不須受益人證明其在與擔保狀申請人間之基礎關係上的請求基礎。在實務上，履約擔保狀（performance bonds; demand guarantees）通常被用來對跨國的非金融性交易的履行提供擔保，特別是營造工程承攬人的營造義務，或是國際貨物買賣出賣人的供貨義務等。與此相對地，擔保信用狀的用途並不以此為限，其已

（1987年）。

⁶ 柴崎曉，請求払い補償またはスタンバイクレジットの濫用と法律行為の社会的機能，判例タイムス，969期，70頁（1986.6.15）。

⁷ 椿久美子，損害担保契約の多様性と指導念書・請求払無因保証（下），NBL，782期，66頁（2004年4月）。

⁸ E. Ellinger, Standby Letters of Credit, 6 *Intern. Bus. Law.* 604, 610-611 (1978).

⁹ 國際銀行法律與實務組織在1998年制定「The International Standby Practices」，簡稱為「the ISP98」，而於1999年生效，以供擔保信用狀引用。

¹⁰ 請參閱許忠信，The Legal Nature of Documentary Credits and Documentary Guarantees，收錄於千禧年跨世紀法學之演進——柯澤東教授祝壽論文集，學林，2000年，223頁。

演變成全方位的一般性擔保工具，而被用以擔保金融性交易與非金融性交易的履行。¹¹縱然在銀行實務上，履約擔保狀與擔保信用狀有所差異，但就法律性質而言，其兩者間並無所不同。¹²因此，本文以下將以「擔保狀」一詞來涵蓋履約擔保狀與擔保信用狀。而且，由於我國法律在此方面的規定付諸闕如，本文將以英、美、德、日等國法律及學說為素材，來加以比較分析。

二、擔保狀之法律概念

為讓讀者較易掌握擔保狀之法律概念，以下試依其與保證契約及擔保契約之異同來加以比較，以便呈現擔保狀之法律概念輪廓。

（一）與保證契約之區別

擔保狀與保證契約雖同是以第三人之債信來彌補主債務人債信之不足，但保證契約之保證人惟於主債務人債務不履行時方可被訴追，而且原則上保證人的義務範圍與主債務人的義務範圍

¹¹ R. Goode, *Commercial Law* (2nd ed., 1995), p. 1031; R. Bertrams, *supra* note 1, p. 6.

¹² R. Goode, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees* (1992), p. 16; R. Bertrams, *supra* note 1, p. 6; K. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2nd ed., 1996), p. 834; J. Dolan, *The Law of Letters of Credit* (rev. ed. 1996), pp. 1-22, 23; E. Ellinger, Standby Letters of Credit, 6 *Intern. Bus. Law.* 604, 621 (1978); Von Marschall, Bankgarantien, Bonds und Standby Letters of Credit als Sicherheiten im Aussenhandel, in P. Schlechtriem und H. Leser, *Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1983, S. 70-72; 柴崎曉，請求払い補償またはスタンバイクレジットの濫用と法律行為の社会的機能，判例タイムズ，969期，70頁（1986.6.15）；江頭憲治郎，手形保証とスタンバイ信用狀，竹内昭夫先生還暦紀念・現代企業法の展開，130頁（有斐閣、1990年）。但請比較B. Kozolchyk, *Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for a Return to the Fold*, 11 *U. Pa. J. Int'l Bus. L.* 1, 10 (1989).

同。因此，保證契約不論在形式上（in form）或在本質內容上（in intent）都具從屬性。與此相對地，擔保狀雖在本質內容上具有從屬性（secondary in intent）（基礎契約之履行仍由擔保狀申請人負第一順位義務，惟於申請人違約時受益人方可訴諸擔保狀），但在形式上則具主債務之性質（primary in form），因為擔保狀受益人請求開狀銀行付款時並不必證明申請人已有違約，而端視其所提出之單據是否與擔保狀所載條件相符。¹³亦即，擔保狀具有獨立性，此在德國法上，有學者稱此為外部無因性。¹⁴

擔保狀及保證契約雖有獨立性與從屬性之區別，然其兩者皆是由第三人提供信用以彌補主債務人（在擔保狀則被稱為申請人）之債信之不足，且由於銀行亦常從事保證業務，因此，開狀銀行所為之某一承諾究竟構成一保證契約或一擔保狀，在實務上即常發生問題，特別是在承認所謂「一請求即付保證」（die Bürgschaft auf erstes Anfordern）的國家，例如德國。

在英國法上，此問題的判斷關鍵在於當事人的意思。¹⁵若當事人的意思是欲使該銀行承諾的受益人於提出狀上所載文件後，

¹³ R. Goode, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees* (1992), p. 15; J. Dolan, *Efforts at International Standardization of Bank Guarantees* (1990) 4 *B.F.L.R.* 237 at 242-243; *Barclays Bank D.C.O. v. Mercantile National Bank*, 481 F.2d 1224, 1236 (5th Cir. 1973); *Glacier Nat. Bank v. Challinor*, 833 P.2d 1046, 1048 (Sup. Ct. of Mont. 1992); *East Girard Sav. Ass'n v. Citizens Nat. Bank, ETC*, 593 F.2d 598, 601 (5th Cir. 1979); *Colorado Nat. Bank, Etc. v. Bd. of County Com'rs*, 634 P.2d 32, 37 (Sup. Ct. of Colo. 1981); *Black Collegiate Services, Inc. v. Ajubita*, 660 So.2d 761, 767 (1992).

¹⁴ Graf von Westphalen, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, 2., neubearbeitete und wesentlich erweiterte Aufl. 1990, S. 180.

¹⁵ *Esal (Commodities)* (1985) 2 *Lloyd's Rep.* at 549; *I.E. Contractors v. Lloyd's* (1990) 2 *Lloyd's Rep.* 496 at 500; *Rajaram v. Ganesh* (1995) 1 *S.L.R.* 159 at 161. 在法國法上亦同，參安ドレブルム（柴崎曉譯），ダイヤモンドギランティーの自律性（上），國際商事法務，28卷5期，始539頁，540頁（2000年）。

不待開狀銀行判斷基礎契約是否有違約情事，即能迅速而確定地獲得銀行付款，則該信用工具是一銀行擔保狀而非具從屬性之保證契約，除非有清楚之文字作相反之表示。¹⁶此一當事人意思應由該信用工具的用語、¹⁷相關銀行實務及其他相關情況來加以推論得知。¹⁸例如，若某一信用工具是某一跨國交易之一部分，則法院較會傾向將該信用工具認定為一銀行擔保狀。¹⁹因此，不能僅因某一信用工具使用銀行擔保狀一詞為名，即認定其為銀行擔保狀，因為當事人意思不能僅靠名稱來加以認定，²⁰而須對信用工具的內容等因素來加以綜合判斷。同理，即使某一信用工具明白規定銀行須於請求時即作給付（make payment on demand），此一事實亦未必能使該工具被認定為是一銀行擔保狀，因為「請求即付」（on demand）一詞可能僅被用來指付款的時點，而不具使該工具被認定為銀行擔保狀的效力。²¹然而，若某一信用工具使用「一請求即付」（on first demand），則它將會被英國法院認定為一銀行擔保狀，因為此一詞表達了當事人間有讓受益人迅速而

¹⁶ *Esal (Commodities)* (1985) 2 Lloyd's Rep. at 549; *Wichita Eagle & B. Pub. Co., Inc. v. Pacific Nat. Bk., San Fran.*, 493 F.2d 1285, 1286 (9th Cir. 1974).

¹⁷ *Siporex v. Banque Indosuez* (1986) 2 Lloyd's Rep. 146 at 158; *Wichita Eagle & B. Pub. Co.*, 493 F.2d at 1286.

¹⁸ *I.E. Contractors* (1990) 2 Lloyd's Rep. at 499.

¹⁹ R. Jack, *Documentary Credits* (rev. 2nd ed., 1996), pp. 278, 279.

²⁰ *Wichita Eagle & B. Pub.*, 493 F.2d at 1286; cf. *The "World Symphony" (No. 1)* (1987) 1 Lloyd's Rep. 165 at 169.

²¹ 例如 *Bradford Old Bank v. Sutcliffe* (1918) 2 K.B. 833一案即是一請求即付之保證契約之案例，又參 *Bank of Baroda v. Patel* (1996) 1 Lloyd's Rep. 391 at 394; *Hudson's Building and Engineering Contracts* (11th ed., 1995), par. 17-060; 日本學者橋本喜一亦採相同見解，參其所撰，銀行保証狀（バンクギヤランティー）の識別基準，國際商事法務，29卷9期，始1062頁，1066頁（2001年）。