

银行保函 与备用信用证

The Law
Practice **Of** Bank
Guarantee and
Stand-by Letter of Credit
法律实务

周辉斌 著

The Law
Practice **of** Bank
Guarantee and
Stand-by Letter of Credit



中 信 出 版 社
CITIC PUBLISHING HOUSE

银行保函 与备用信用证 法律实务

周辉斌 著

中信出版社
CITIC PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

银行保函与备用信用证法律实务 / 周辉斌著. — 北京: 中信出版社, 2002.5

ISBN 7-80073-371-8

I. 银… II. 周… III. ① 国际结算-银行信用-担保-财政法-研究-中国 ② 国际结算-信用证-财政法-研究-中国 IV. D922.282.4

中国版本图书馆CIP数据核字 (2003) 第029085号

银行保函与备用信用证法律实务

YINHANG BAOHAN YU BEIYONGXINYONGZHENG FALÜ SHIWU

著 者: 周辉斌

责任编辑: 谢清平

责任监制: 朱 磊 王祖力

出 版 者: 中信出版社 (北京市朝阳区东外大街亮马河南路14号塔园外交办公大楼 邮编 100600)

经 销 者: 中信联合发行有限公司

承 印 者: 北京忠信诚胶印厂

开 本: 880mm × 1230mm 1/32 印 张: 15.5 字 数: 329 千字

版 次: 2003年6月第1版 印 次: 2003年6月第1次印刷

书 号: ISBN 7-80073-371-8/D · 35

定 价: 32.00元

版权所有 · 侵权必究

凡购本社图书, 如有缺页、倒页、脱页, 由发行公司负责退换。服务热线: 010-85322521

E-mail: sales@citicpub.com

010-85322522

前言

无论是大陆法系还是英美法系都将担保划分为物的担保和信用担保两大类型，前者是指以债务人或第三人的特定财产来担保债权人债权的实现；而后者又称之为人的担保，是指第三人以其信用来担保债权人债权的实现。由于物的担保一般要以财产或财产所有权凭证的转移为条件，加之各国物权立法差别太大、冲突太多的缘故，所以在国际商事交往中，物的担保远没有信用担保应用广泛。尤其是现代国际商事交往中，由于银行及担保公司等专门的担保机构将开展国际信用担保作为一项专门业务，从而使传统的商业信用转变为银行信用，这大大促进了国际信用担保业务的发展，从而也推动了国际信用担保制度的发展。信用担保的主要形式就是保函和备用信用证，而备用信用证只是美国以及受美国影响的少数国家采用的一种担保法律文件，其法律性质和法律属性以及基本的运作程序均与独立保函没有两样。

信用担保制度源远流长，早在罗马法时代，就有了比较发达的保证制度。^①到了近代，西方各国的保证制度日趋完善的同时，无论是英美法系国家还是大陆法系国家，都对信用担保制度进行了许多创新，例如，英国法中一直存在的赔偿合同制度，美国法中广泛运用的备用信用证制度，以及大陆法系国家的抵销权制度，从而使得信用担保制度变得更加丰

^① 参见[意]彼德罗·彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社1996年版，第336—340页。

富，当然也变得更加复杂。特别是自20世纪60年代以来，随着国际商事交往的频繁开展，跨国商业交易的信用危机越来越凸显出来，传统的保证制度由于其从属性的本质很不利于债权人债权的实现，所以在克服跨国信用危机方面显得无能为力。因此，在国际商事交易实践中逐渐创立了一种完全不同于传统从属保证制度的独立保证（Independent Guarantee）制度，并取代传统从属保证制度在国际商事交易担保中占住了主导地位。尽管至今世界上除少数几个国家之外，很少有国家的立法明确地规定了独立保证制度，但是几乎世界各国都普遍承认独立保证的法律效力，而且，实际上传统的从属保证已经很难为国际商事交易中的债权人所接受，但是，以保险公司为代表的保证人却对从属保证情有独钟，这样，从国际范围来看，传统保证制度与独立保证制度相互并存的格局业已形成。因此，从属保函与独立保函也将长期并存。

为了将国际商事交易领域运用的从属保函规则与独立保函规则尽可能地统一起来，为国际商事交易当事人在国际商事交易中的信用担保提供统一的指导规则，有关的国际组织如国际商会从20世纪60年代开始，就致力于信用担保法的国际统一工作。迄今为止，国际商会先后制定并生效实施了《合同保证统一规则》（Uniform Rules for Contract Guarantees, 1978年国际商会325号出版物）、《见索即付独立保证统一规则》（Uniform Rules for Demand Guarantees, 1992年国际商会458号出版物）、《合同保函统一规则》（Uniform Rules for Contract Bonds, 1993年国际商会524号出版物）、《国际备用信用证惯例》（International Stand-by Practice, 1998年国际

商会590号出版物)等五项国际法律文件,同时,联合国国际贸易委员会也于1996年正式通过了《联合国独立保证和备用信用证公约》(United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit, 1996年50/48号决议)试图制定独立保函领域的国际统一法。由此可见,20世纪90年代成为国际信用担保的法领域相当活跃的年代,统一工作取得了前所未有的成就,但同时这些工作仍然没有解决从属保函与独立保函相互并存的二元格局而将二者统一起来,这其中最主要的原因是从属保函与独立保函反映了立法者截然不同的立法价值取向,即从属保函反映的是立法者对保证人的偏爱,而独立保函反映的是立法者追求效率优先,在一定程度上加强对债权人利益保护的立法取向,因此从这一角度而言,从属保函与独立保函相互之间的统一似乎成为不可能。

我国有关担保法的研究中对从属保函法律制度的研究已经达到了一定的水平,而对独立保函法律制度的研究却显得相当薄弱,尤其是对独立保函机制下各当事人之间的权利义务缺乏系统的研究。而实践中我国目前的涉外经济交往中广泛使用的银行保函和备用信用证就具有独立保函的性质,而且我国《担保法》事实上也承认了独立保函的法律效力,^①可以预见,随着我国经济活动进一步融入国际大

① 《担保法》第5条规定:“担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同也无效。担保合同另有约定的,按照约定。”该条关于“担保合同另有约定的,按照约定”的规定实际上是承认合同当事人可以通过合同约定改变保证合同的从属性而使之成为独立保证。

市场，尤其是随着我国专业担保公司的发展壮大以及银行和保险公司的国际担保业务的拓展和扩张，独立保函在实践中将会运用得越来越广泛，这就要求我们加强对独立保函领域广为流行的国际惯例的研究。

本文通过将从属保函与独立保函进行比较研究，发现二者的根本区别在于保证人的权利截然不同：在从属保函中，保证人不但对债权人享有专属的抗辩权，而且还享有凡是债务人能够享有的任何抗辩权，这实际上就削弱了从属保函的担保功能。尤其在国际商事交易中，由于保证人、债务人与债权人大都分别处于不同的国家，所以债权人的利益很难得到保护；与之相比较，独立保函中保证人享有的权利非常有限，只要独立保证的受益人（即债权人）提出的索款要求及提交的相应单据与保函中规定的付款条件在形式上相符，保证人就必须支付独立保函项下的保证金，保证人不能享有属于债务人的任何抗辩权，他对受益人的惟一的抗辩权就是“欺诈例外抗辩”，即保证人有证据证明受益人的索款是欺诈性的，他才有权拒绝向受益人付款。独立保函这种担保机制不但对债权人债权的实现就提供了充分的担保作用，而且由于有银行等专业保证机构充当保证人，实际上独立保证人并不需要像从属保证人那样多的抗辩权以保护其利益，反而，保证人可以从处理烦琐的国际商事交易实务中解脱出来，而只进行它所擅长的单据交易，这正是独立保函能够取代从属保函而成为国际信用担保主导形式的根本原因。

本书着眼于从属保函和独立保函的区分，在较为详尽地研究了《中华人民共和国担保法》、最高人民法院《关于适用

《中华人民共和国担保法》若干问题的解释》中有关保证的规则、国际商会颁布的几个有关保函及备用信用证的国际惯例，以及联合国国际贸易法委员会制订的独立保函与备用信用证统一公约的基础上，对银行保函及备用信用证的含义、分类、法律属性、运作程序以及当事人的权利和义务进行了系统的探讨。这对于我国银行及其他担保机构开展保函及备用信用证业务的实践具有很强的指导意义，同时，也为我国未来完善相关立法提供了参考。由于作者水平有限，错误之处在所难免，希望得到读者的批评指正。

本书能够写成并得以出版，首先要感谢我的导师李双元教授，是先生在四年前不弃愚鲁将我收为弟子，是先生兼容并蓄的学术胸怀以及兢兢业业、严谨治学的态度使我立志走上了学术的道路。从本书的选题到结构布局都倾注了先生的心血和精力，值此书出版之际，在此真诚的感谢先生的浩荡师恩。师母陈锡禄女士虽然不能给我专业上的指导，但是她老人家乐观向上的人生态度以及每每流露出对我的关怀，总能让我感动不已！愿老人家幸福平安！

本书在写作过程中还得到了我国国际私法学界的泰斗韩德培先生以及著名国际私法学者黄进教授、肖永平教授、赖来焜教授、张仲伯教授、王献枢教授的指导和无私的帮助，在此深表感谢！感谢一切对我提供过帮助的人们。

周辉斌

目录

前言

第一章 保函的含义及分类	1
第一节 从属保函	2
一、从属保函的含义	2
二、从属保函的基本分类	19
第二节 独立保函	31
一、独立保函的含义	31
二、独立保函的分类	38
第三节 备用信用证	61
一、备用信用证的起源和发展	61
二、备用信用证的定义及种类	66
三、备用信用证的法律关系结构	74
四、备用信用证的运作程序	75
五、备用信用证的法律特征	77
六、备用信用证与独立保证比较	83
七、备用信用证与跟单商业信用证比较	88
第二章 保函的法律属性	
第一节 从属保函的法律属性	94
一、大陆法系关于保证从属性的观点	94
二、英美法系关于保证从属性的观点	105
三、保证从属性的理论基础	108
第二节 独立保函的法律属性	120
一、独立性的含义	120
二、独立保函兴起的原因	130

第三章	保函的成立与效力	
第一节	从属保函的基本内容	140
	一、被保证债仪的种类、数额	140
	二、债务人履行债务的期限	143
	三、保证的方式	143
	四、保证担保的范围	144
	五、保证期间	146
	六、双方约定的其他事项	150
第二节	从属保函的成立与效力	151
	一、从属保函合同的成立	151
	二、从属保函的无效及其处理	154
第三节	独立保函的基本内容	184
	一、保函的独立性与从属性条款	185
	二、基础交易关系及约因条款	188
	三、受益人条款	190
	四、先决条件条款	190
	五、有效期条款	193
	六、延期条款	198
	七、保函文本归还条款	199
	八、最高保证金额及币种条款	201
	九、保证金额递减和增加条款	202
	十、不可抗力条款	203
	十一、基础交易合同变更对保函义务的 影响条款	204
	十二、付款时间及迟延利息条款	205
	十三、保函转让、质押条款	206
	十四、抵销条款	207
	十五、司法管辖权利和法律适用条款	207
第四章	从属保函当事人的权利与义务	
第一节	从属保函保证人对债务人的权利	210
	一、保证人的求偿权	210

二、保证人的代位权	214
三、保证责任免除请求权	217
四、保证人的预先追偿权	219
第二节 大陆法系从属保证人对债权人的抗辩权	223
一、主债务无效抗辩权	225
二、主债务可撤销抗辩权	228
三、抵销抗辩权	229
四、同时履行抗辩权	230
五、不安抗辩权	232
六、保证合同无效抗辩权	235
七、保证期间抗辩权	239
八、特殊免责抗辩权	241
九、先诉抗辩权	241
第五章 直接独立保函当事人的权利与义务	
第一节 直接独立保函法律关系概述	250
一、直接独立保函法律关系结构	250
二、申请人与保证人的关系	251
第二节 申请人的主要义务	254
一、向开证行提供反担保的义务	254
二、向开证行支付费用的义务	257
第三节 开证行的主要义务和权利	261
一、严格信守申请人委托的义务	261
二、开证行的审核义务	264
三、银行的合理注意义务	275
四、开证行的主要权利	282
第六章 间接独立保函当事人的权利与义务	
第一节 第一指示行的主要义务	289
一、向开证行转递出具保函委托的义务	289
二、调查基础保证付款条件是否	
满足的义务	291
三、将反保证的内容告之申请人的义务	294

四、向开证行提供反保证的义务	296
第二节 第二开证行的主要义务	313
一、接受并执行委托的义务	313
二、向申请人和第一指示行提供建议的义务	314
三、对付款条件是否相符进行审查的义务	315
四、提交反保证规定的单据的义务	316
第三节 独立保证人的欺诈例外抗辩权	317
一、受益人实施欺诈性索款的制度原因	317
二、对受益人欺诈的认定	320
三、对受益人实施欺诈的主要救济手段	328
第七章 调整银行保函和备用信用证的国际惯例与国际公约	
第一节 1978年《合同保证统一规则》	338
一、《合同保证统一规则》出台的背景	338
二、URCG的主要内容及其评述	340
第二节 1992年《见索即付独立保证统一规则》	345
一、《见索即付独立保证统一规则》出台的背景	345
二、URDG的主要内容及其评述	346
第三节 1993年《国际商会合同保函统一规则》	354
一、《国际商会合同保函统一规则》出台的原因	354
二、URCB的内容及其评述	355
第四节 1996年《联合国独立保证与备用信用证公约》	362
一、公约出台的背景	362
二、公约的内容及其评述	363

第五节 1998年《国际备用信用证惯例》	377
一、《国际备用信用证惯例》出台的原因	377
二、ISP98的内容及其评述	378
第八章 我国保函和备用信用证立法的完善	
第一节 我国从属保函立法的主要问题及其完善	408
一、关于保证的概念	408
二、关于保证人资格的规定	410
三、关于保证人的权利	414
四、关于保证与物的担保的关系	419
五、关于保证期间	421
第二节 我国独立保函立法评述及其对策	425
一、我国独立保函立法的历史演进	425
二、我国现行独立保函立法评述及对策	431
附录 保函与备用信用证的格式	
参考文献	

第一章

保函的含义及分类



第一节 从属保函

一、从属保函的含义

保函是保证的书面合同形式，要了解保函的含义，必须先弄清楚保证的含义。“保证”一词通常在多种意义上使用，如保证完成任务，保证不出问题等，但是这些都是在非法律意义上使用“保证”一词。担保法意义上的保证就其性质而言，属于债的范畴，是与物的担保相并立一种债的担保方式，它是自然人或者法人以及其他组织，以其自身的信誉和不特定的财产为他人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或承担责任。

但是，通过考察各国的立法，我们发现，各国立法对保证含义的理解并不完全相同，主要的区别在于对保证人所承担的究竟是一种债务还是一种责任有两种不同的理解：其一是德国和瑞士民法典主张保证债务是担保他人债务履行之责任，即保证人对债权人担保主债务之获履行或不因主债务人之不履行而受损害。^①《德国民法典》第765条第（1）项规定：“保证人因保证契约，对于第三人的债权人，就第三人债务之履行，负其责任。”^②据此有人指出“在德国法上，保

^① 史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第876页。

^② 该条款转引自史尚宽：《债法各论》，第877页，而杜景林、卢湛译《德国民法典》（中国政法大学出版社1999年版）将第765条译为：“根据保证合同，保证人对第三人的债权人负有负责履行该第三人的债务的义务。”

证人的责任并非代为履行的责任，仅对主债务人的履行负有保证责任。”^①同样，《瑞士债法》第492条也规定：“保证人因保证契约，对于主债务人之债权人，就债务之履行，负其责任（fuer die Erfuehlung der Schuld eintehen）。”其二是法国和日本的民法典主张保证人的债务为应清偿主债务之债务，即主债务人不履行时，保证人负有履行其债务之义务。如《法国民法典》第2011条规定：“为债务之保证者，于债务人不清偿债务时，对债权人负清偿其债务之债务。”^②《日本民法典》第446条规定：“保证人于主债务人不履行其债务时，负履行责任。”^③两种不同的理解对实践的影响在于对某些具有专属性质的债务能否成为保证的标的存有不同的看法。依德、瑞民法典的观点，因保证人的义务是担保主债务获得履行或即使不能获得履行也不能遭受损失，因此即使是专属性的债务也可作为保证的标的。而依法、日民法典的观点，保证人的义务是当主债务人不履行时，负有履行其债务的义务，因此他人不得代为履行的专属性债务不能成为保证的标的。

之所以会出现上述两种不同的立法理解，主要原因在于民法理论上对债务和责任的关系有不同的看法。在罗马法时代，“债务与责任合而成为债务之观念，责任常随债务而生，

① 邹海林、常敏：《债权担保的方式和应用》，法律出版社1998年版，第1985年版，第161页、33页。

② 该条款转引自史尚宽：《债法各论》，第877页，而罗结珍译：《法国民法典》（中国法制出版社1999年版）将该条译为：“为某项债务作保证的人，在债务人不履行债务时，对债权人负履行该债务之责任。”

③ 王书江译：《日本民法典》，中国人民公安大学出版社1999年版，第81页。

二者有不可分离之关系。”^①正如我国台湾学者郑玉波先生所言“罗马法债务之观念，须由债务与责任相合而成，凡有债务，必同时有责任，所谓债务当然包含有责任在内也。”^②这是因为，在罗马法中，“债者，依国法而应负担履行义务之法锁也。”^③“罗马法将‘法锁’视为债的本质所在。”^④这表明罗马法债的观念中就已包含了法的强制约束力在内，而且，“罗马债的历史起源产生于对私犯（*ex, delicto*）的罚金责任；契约责任在初期从属于这一概念。”^⑤这就不难理解为什么罗马法债务与责任不加区分的原因。法国、日本民法受罗马法的影响，将保证视为保证人承担当主债务人不履行其债务时代为履行的义务，实际上，该义务中包含了主债务人不履行或不适当履行其债务而保证人又不能代为履行时保证人应当承担的责任在内。

现代英美法民法继承了罗马法这一思想，认为责任（*duty*）系债务不履行的当然结果，债务与责任结合而为一法律关系，因此对债务与责任也不加区分。^⑥德国普通法时代，也未对债务与责任予以区别。直到日耳曼法时代才将债务与责任严格地明确加以区分，它认为，债务（*Schuld*）是应为给付的义务，责任（*Haftung*）是义务的财产上的担保，当债

① 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第3页。

② 郑玉波主编：《民法债编论文选辑》（上），第20页。

③ 陈朝壁：《罗马法》上册，台湾商务印书馆，第123页。

④ 江平、米健：《罗马法基础》，中国政法大学出版社1987年版，第199页。

⑤ [意]彼德罗·彭凡得著，黄风译：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社1992年版，第284页。

⑥ 张广兴：《债法总论》，法律出版社1997年版，第30页。