

# 国际经贸交易中银行担保的内涵及其适用<sup>\*</sup>

郭德香<sup>\*\*</sup>

内容提要: 适应国际经贸交易高效率和多样化需求,具有巨大创新功能的银行担保能更有效快捷地保护债权人合法权益的实现。但是,无论在理论界还是实务界,国际社会对银行担保的涵义和识别标准存在多种见解,对其常见的两种形式见索即付保函和备用信用证之间的关系认识也大相径庭。如今,银行担保在经历了逐步兴起和日益推广的发展历程之后,已在国际经贸交易中被广泛适用。不过,由于不同国家的传统差异和不当索赔风险等影响,国际社会对银行担保的适用态度异彩纷呈,呈现出“不承认、部分承认或者全部承认以及或见索即付保函或备用信用证等形态各异的不同景观”。

关键词: 银行担保 内涵 适用

在经济全球化发展大背景下,银行担保在国际经贸领域使用得越来越多,其以见索即付为主要特征所呈现出的独立性和快捷性倍受国际商人的青睐。然而,对于何谓银行担保,理论界和实务界百家争鸣、众说纷纭,莫衷一是。科学理解其内涵有助于当事人在国际经贸交易中正确使用其各种形式,消除大陆法系和英美法系对其理解不同所带来的分歧和误解,从而促进其国际经贸领域更加广泛和更加统一的适用。

## 一、国际经贸交易中银行担保的内涵

### (一) 国际经贸交易中银行担保的涵义之争

迄今为止,尽管银行担保已在许多国家被大量使用,但是,由于理解角度和层面存在差异,加之各国在经济、文化、历史传统等方面的不同,其国际经贸交易中的具体运用形式也不尽相同,无论理论界还是实务界都没有形成一个通行的概念。<sup>①</sup>目前,对于何谓银行担保,表现得比较混乱和不统一。首先,实践中对其具体称谓多种多样,例如,担保、银行担保、凭要求即付担保、见索即付保函、见索即付保证、无条件付款保证等等,英语称谓中也有 demand guarantee、first demand guarantee,莫衷一是。其次,两大法系对其认识不统一。大陆法系国家一般称银行担保为见索即付保函或担保,称传统的从属性担保为保证;英国理论上则不区分银行担保和从属性担保,而是根据担保函件的上下文内容或者每一个函件中的具体条款来确定;美国称银行担保为备用信用证,而对传统的担保仍称为担保。第三,不同国际法律文件对其表述不一致。例如,《见索即付担保统一规则》用 demand guarantee 指代银行担保,并且侧重指见索即付保证,其在第2条规定,“见索即付保证,不管其如何命名,是指由银行、保险公司或其他组织或个人以书面形式出具的,表示只要凭付款要求声明或符合保证文件规定就可以从他那里获得付款的保证、担保或其他付款承诺。”<sup>②</sup>但是,《银行担保和备用信用证公约》则用 demand guaranty 来表示银行担保。公约第2条规定,“就公约的目的来说,担保是指国际实践中像银行担保或备用信用证一样,是由商业银行或其他机构或个人作出的一项在法律性质上独立的承诺。”<sup>③</sup>第四,不同学者对其认识和理解形态各异。例如,我国有学者认为,“无论其称呼为何,从担保与主债务之间的关系分析,即从银行担保与传统担保的最本质的区别出发,我们认为应将银行担保定义为:所谓

\* 本文受国家社科基金项目“后危机时代跨国银行风险防范法制改革研究”(项目编号:12BFX134)、教育部人文社会科学规划基金项目“外资银行风险及其防治法律问题研究”(项目编号:10YJA820024)资助。

\*\* 郑州大学法学院副教授,法学博士。

① 参见左海聪主编《国际商法》,法律出版社2008年版,第314页。

② 国际商会出版物《见索即付担保统一规则》,第2条。

③ 联合国《银行担保和备用信用证公约》,第2条。

银行担保,是指担保人应申请人(债务人)的委托(或申请),为保障受益人(债权人)对债务人所享有的合法基础合同中的权益,担保人保证他将放弃根据基础合同所可能产生的任何抗辩……的新型信用担保。”<sup>④</sup>所谓银行担保指的是一种担保人的承诺,这份书面承诺与基础合同相脱离,其一旦出具后,便不从属于基础合同的担保。<sup>⑤</sup>故有人认为“银行担保(含备用信用证)是担保人根据担保申请人的申请向受益人作出的、凭保函或备用信用证条款付款的一项独立的付款承诺。”<sup>⑥</sup>我国有学者认为“约定为无条件、不可撤销的或见单即付的或见索即付的或担保人不享有先诉抗辩权和主合同一切抗辩权,就是银行担保。”<sup>⑦</sup>法国学者 Cabrillic 认为,银行担保是担保人为提供担保而对申请人所作出的保证支付一定金额的允诺。<sup>⑧</sup>德国学术界的观点比较一致,大多数人倾向认为,银行担保是担保人向债务人保证,无论债务人的债务没有成立还是其后不存在,担保人对债务人所承担的给付义务都将得到履行。英国学者 Roy Goode 认为,银行担保是一方当事人根据对另一方当事人即申请人或委托人的请求,对其接受并进行承诺,在基础合同中的债务人不履行其合同义务从而导致受益人提出索款要求时,担保人这一方当事人应按照担保合同约定,向受益人支付事先约定的担保款项。<sup>⑨</sup>

从上述种种不同观点可以看出,在国际经贸交易中,无论对银行担保如何称谓,其内涵都是保证人与受益人之间的一种信用担保,它不需要担保人提供可供支配的担保物作担保,而是以担保人的独立的、无条件的、第一位的为债务人的债务提供担保的信用做担保,因此,银行担保仅存在于人的担保之中,而且是一种特殊的、新型的人的担保形式,在物的担保中根本不存在银行担保。

## (二) 国际经贸交易中银行担保两种常见形式的关系认识

根据国际经贸实践,见索即付保函和备用信用证是银行担保的两种最常见形式。在两者的关系问题上,也是仁者见仁智者见智。有学者认为,见索即付保函和备用信用证只存在技术上的差别,如见索即付保函要求对价,备用信用证不要求;见索即付保函无普遍适用的规则,备用信用证则适用 UCP600 号;备用信用证的可转让性大大超过见索即付保函的可转让性等。除此之外,就其作用和目的而言,两者并无多大差别。<sup>⑩</sup>英国学者 Goode 教授认为,将备用信用证与见索即付保函在法律上相区别是错误的,就法律意义而言,备用信用证不过是见索即付保函的另一称谓。<sup>⑪</sup>联合国《银行担保和备用信用证公约》虽然在标题中分别写明银行担保和备用信用证,但条文并未对二者分别做出规定,而是适用统一的规则。美国代表曾建议《银行担保和备用信用证公约》就见索即付保函和备用信用证分别做出规定,但公约未予采纳,这说明公约认为两者是同一的。<sup>⑫</sup>我国有学者认为,银行担保或独立保函包括见索即付保函、备用信用证及具有银行担保性质的其他担保文书。<sup>⑬</sup>

但是,更多的人则是把见索即付保函和备用信用证进行比较,认为二者既有异曲同工之处,也有云壤之别。笔者认为,二者在主体、法律性质、功能和业务内容方面基本相同,备用信用证可被称作是见索即付保函的替代品。二者的区别主要是产生方式、生效条件及对付款单据的要求不同,此外,于备用信用证已经发展为适用于国际经贸领域各种用途的融资工具,包含了比见索即付保函更广泛的使用范围,而且备用信用证在运作程序方面比见索即付保函更像商业信用证,包含了许多见索即付保函所不具备的程序。

## 二、不同学者和国际公约对国际经贸交易中银行担保的识别标准

在国际经贸交易中,一份担保合同是银行担保合同还是传统的从属性担保合同,对受益人权益的实现和

④ 前注①,左海聪主编书,第314页。

⑤ 参见邹小燕、朱桂龙《独立保函及案例分析》,中信出版社1993年版,第127页。

⑥ 李国安主编《国际融资担保的创新与借鉴》,北京大学出版社2005年6月版,第18页。

⑦ 参见曹士兵《中国担保制度与担保方法——根据物权法修订》,中国法制出版社2008年版,第16页。

⑧ 参见沈达明《法国/德国担保法》,中国法制出版社2000年版,第61页。

⑨ 参见 Roy Goode, Guide To The ICC Uniform Rule For Demand Guarantees, p. 8.

⑩ 参见李燕《银行担保法律制度——见索即付独立保函的理论与实践》,中国检察出版社2004年版,第16页。

⑪ 转引自 Goode 著,中国银行河南分行冯家全、高飞译,国际商会第510号出版物《见索即付保函统一规则指南》,第12页。

⑫ 参见 Draft Convention on Guarantee Letter, the International Lawyer, 1993 winter p. 865.

⑬ 参见前注⑥,李国安主编书,第12页。

担保人的担保责任都有十分重大的影响。但如今,不同人士对其识别标准看法迥异,各有千秋。

我国著名学者沈达明、冯大同在其所著的《国际经济贸易中使用的银行担保》一书中认为,可以参照以下标准判断一份合同是否是银行担保合同:第一,合同的名称。如果担保人在担保函中使用了约定其将作为第一位债务人或主债务人等类似措辞,则可认为这种合同是一种非从属性的、独立的担保合同;第二,凭要求即付。如果当事人在担保函中约定有“凭要求即付”、“不得推迟付款”、“不得在付款时以任何理由提出异议”等文句,则可以毫无异议地推定该担保为非从属性的银行担保,从而可以排除根据基础合同所产生的抗辩。<sup>⑭</sup> 这种判断标准既提供了形式方面的判断标准,也提供了内容方面的判断标准,是一种综合判断方法。

曹士兵则以列举方式提供了判断标准,他认为,如果国际经贸合同当事人在担保函中约定有以下其中一方面内容,便可断定该担保属于银行担保:第一,约定担保人对受益人承担不可撤销、无条件付款责任的;第二,约定只要受益人提交了符合担保函约定的单据,担保人就需向其无条件付款的;第三,约定只要受益人向担保人提出索款要求,担保人就需向其承担付款责任的;第四,约定只要受益人提出付款要求,担保人就需无条件向其付款,而不能享有先诉抗辩权和主合同抗辩权的。<sup>⑮</sup> 该方法主要是从形式约定方面进行判断,为人们提供了比较清晰和现实可行的具体参考标准,易于在实践中适用。但是,其不足之处也明显存在,如其第四项约定担保人不享有先诉抗辩权和主合同一切抗辩权是属于内容方面的约定,但却和其他三项形式上的约定同时进行了列举,这容易使银行担保内容和形式方面的判断标准发生混淆,另外,采取列举方式不能穷尽银行担保的所有表现形式,容易遗漏某些事项,具有很大的局限性。

学者白彦认为,判断一份国际担保合同是银行担保还是从属性担保应考虑实质要件和形式要件两个方面。其中,实质要件是:第一,银行担保必须具备担保的基本要求,在性质和内容上属于担保。在担保合同中,担保人应向受益人承担担保责任,约定当基础合同中的债务人不履行合同债务时,担保人将向受益人清偿合同债务或承担付款责任;第二,银行担保应该具有独立性。银行担保区别于一般担保的主要特征是具有独立性,它不受主合同变更等情况的影响。因此,当事人在担保合同中应有对担保人的无条件付款责任、不享有先诉抗辩权及对主债务人的一切权利等内容进行不同方式的约定。形式要件是:第一,在合同名称上应有银行担保合同或类似字样的表述方式,在合同内容中也未引用基础合同或与保证有关的法律;第二,在合同或担保书的语言表述中,有“凭要求即付”、“见单即付”、“见索即付”、“担保人担当第一位债务人”、“无条件、不可撤销的担保”等字样。根据这些形式表述,我们基本可以判断这种担保属于银行担保。<sup>⑯</sup> 此外,如果担保合同的形式和内容存在不一致的情况,例如,虽然名称上写明“银行担保”等字样,但内容却有关于从属性担保的约定,此时应当以内容作为主要判断标准。联合国贸促会起草的《合同担保统一书》也作出了类似规定,认为当出现合同内容和形式相矛盾时,如何认定担保合同的性质,可以依据以下两个原则进行处理:1. 如果担保合同名称上明确了是独立的或者无条件的担保合同,那么应当认定该担保合同为银行担保合同,其他与此性质约定相悖的条款无效;2. 如果担保合同虽然在名称上被称之为银行担保合同,但是,其他主要条款的规定却对其独立性进行了明确否定,此时,就应该根据其实质性的内容而不是名称或者其他形式判断担保合同是独立性还是从属性担保合同。<sup>⑰</sup>

贺绍奇认为,从国际经贸交易中担保人的身份上来看,银行提供的保函通常是银行担保,而保险公司或者其它非银行金融机构一般提供的都是从属性担保。<sup>⑱</sup>

英国著名学者 Anthony Pierce 认为,国际担保不能以受益人提供债务人违约证明作为判断担保性质的主要依据。以受益人提供债务人违约证明为索赔条件的保函既可以是银行担保也可以是从属性担保。请求索赔提供的债务人违约证明有两种情况:第一,在从属性担保情况下,索赔时建立在银行对合同的解释和对出口商对合同义务的履行的解释上;第二,在银行担保情况下,要求索赔以出口商对请求的接受或者独立第三

<sup>⑭</sup> 参见沈达明、冯大同《国际经济贸易中使用的银行担保》,法律出版社1987年版,第30-32页。

<sup>⑮</sup> 参见前注⑦,曹士兵书,第37页。

<sup>⑯</sup> 参见白彦《银行担保制度探析》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2003年第2期。

<sup>⑰</sup> 参见《合同担保统一书》第3条。

<sup>⑱</sup> 参见贺绍奇《国际金融担保法律理论与实务》,人民法院出版社2001年版,第28页。

人的报告或者仲裁机构作出的有利于受益人的裁决为条件的。<sup>①⑨</sup>

德国学者 Robert Horn 认为,从名称上而言,如果国际担保合同的名称写为 Guarantee,则该合同为从属性国际担保合同;如果合同的名称写为 Indemnity,则可判断其为国际银行担保合同。但是,名称只是一种形式,不是识别担保合同性质的主要依据,关键还是需要从内容方面作出判断。<sup>②⑩</sup>

通过上述国内外不同学者和公约对国际经贸交易中银行担保的判断标准的不同见解的综合分析,结合对其法律性质和特征的理解,笔者认为,在国际经贸交易中,判断一份担保是从属性担保还是银行担保的标准,主要应该从其实质内容方面进行判断,即看该担保的独立性如何。如果其产生于基础合同之后与基础合同不再具有从属关系而是具有独立性,担保人在受益人提出符合担保合同约定要求的索款要求时,需要承担第一位的、无条件和不可撤销的付款责任,除了存在受益人恶意欺诈之外不能行使任何抗辩权,这种担保便是银行担保,否则便是从属性担保。在担保合同的名称上使用是银行担保还是保证,并不是识别担保的法律性质的主要标准,只能起到一种参考性的辅助作用。

### 三、银行担保在国际经贸交易中的发展、适用及国际认可

#### (一) 银行担保在国际经贸领域中的兴起和推广

##### 1. 银行担保在国际经贸交易中的日益兴起及国际认可

在国际经贸交易实践中,作为银行担保的两种主要表现形式,见索即付保函和备用信用证最初主要在德国、法国等欧洲大陆法系国家和美国等英美法系国家使用。英国一位学者认为,银行担保兴起于20世纪六七十年代并能快速发展和中东的石油开发密切相关。<sup>②⑪</sup>

20世纪60年代,一些中东石油输出国通过石油开发赚取大量财富之后,逐步开始在一些公共工程项目、基础设施建设项目、国防设施建设及工农业投资等领域与西方国家的公司签订交易金额巨大、履行期限较长的合同。由于此类合同标的金额巨大,合同结构复杂,所涉及的当事人数量众多,很有可能出现一份合同不予履行引起连锁违约的情况。这种情况一旦出现,采取传统的担保方式就会使受益人权益的实现极为被动,因为受益人要提供有关当事人构成实际违约的证据十分困难。但是,通过采用见索即付保函,受益人只要能够提供符合保函要求的单据,即可得到保函中事先所约定的付款金额,而不管基础合同履行的实际情况如何,更不用提供债务人实际违约的证据材料。这种做法显然快速实现了债权人的合法权益,加速了国际经贸交易的顺利进行。

备用信用证则是于20世纪60年代首先在美国使用。根据1864年美国联邦银行法的规定,银行不得经营担保业务,只有保险公司和担保公司才能经营保证业务,这一规则被称为银行不得提供保证规则。<sup>②⑫</sup>然而,由于在国际金融领域,银行之间的同业竞争十分激烈,客户的需求比较强烈,所以,在此背景下,美国银行开辟出一条既能为客户提供担保又能规避本国法律禁止性规定的道路,具体方法是利用签发承兑汇票和具有担保功能的商业信用证,为客户在国际经贸领域中的债务提供担保。这种信用证主要被适用于国际商业的借贷款项,如果借款人能够在贷款到期后自觉履行还款义务,则该信用证则自动失效。所以,此种信用证常常处于备而待用的状态,因此,美国人称之为备用信用证(Standby Letter of Credit)。<sup>②⑬</sup>通过这种方式,美国的银行成功地传统信用证业务扩展到了担保领域,赋予了传统信用证业务独特的担保功能,为传统的商业信用证注入了新鲜血液,更为国际商人签订和履行大宗经贸合同提供了强有力的保障。

尽管由于根据美国的法律规定备用信用证存在着明显的规避法律的目的,从而在理论界和实务界对其合理性存在着长期的争论和质疑,但是,备用信用证全新的担保功能所带来的广泛实用性却占据了上风,最终获得了美国官方的承认。1977年5月,美国货币监理官于其一项解释规则中,承认了银行充当银行担保

<sup>①⑨</sup> 参见 Anthony Piece, Demand Guarantees Guarantee in International Trade, London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 18 - 20.

<sup>②⑩</sup> 参见 Robert Horn, Security for International Transactions: Standby Credit of Letter, Bonds Guarantees and Similar Security, appeared in the Transnational Law of International Commercial Transactions, edited by Robert Horn and Clive Mischmitt Hoff, Cluwer Law and Taxation Publishers, 1982, p. 279.

<sup>②⑪</sup> 参见前注<sup>①⑨</sup>, Anthony Piece 文, p. 62.

<sup>②⑫</sup> 参见 No - guarantee Rule, Guarantees in the International Trade (second reversed edition) Kluwer Law International, p. 5.

<sup>②⑬</sup> 参见周辉斌《独立保函与备用信用证法律实务》,中信出版社2003年版,第63页。

人的权利并赋予其银行担保行为以法律效力。该解释规则的(d)项规定“只要在受益人提交了信用证规定的汇票及其他单据后,银行就必须承担付款义务,而不必要求银行去决定申请人与受益人之间存在争议的法律问题或事实问题。”<sup>④</sup>1977年,美国联邦储备银行管理委员会在其一项声明中进一步明确肯定了备用信用证的法律效力,<sup>⑤</sup>首次对备用信用证作出了如下定义:“备用信用证,不论其名称和描述如何,是一种信用证或类似安排,构成开证行对受益人的下列担保义务:(a)偿还债务人的借款或预支付给债务人的款项;(b)支付由债务人所承担的负债;(c)对债务人不履行契约而付款。”<sup>⑥</sup>根据以上情况,有学者认为,在其作为担保工具的情况下,备用信用证在法律层面上就等同于银行担保。<sup>⑦</sup>

自此,适应商事实践发展的需求,备用信用证在美国、法国、日本、中东及拉丁美洲等许多国家逐步兴起。它不仅在这些国家的国内贸易中使用,而且在国际贸易中也开始大量使用,其后的《独立担保和备用信用证公约》和《见索即付保函统一惯例》等国际文件对此也进行了承认和规定。

## 2. 银行担保在国际经贸领域中的逐步推广

随着实践的发展和交易经验的增多,20世纪70年代之后,银行担保在国际经贸领域的适用范围日益扩大,见索即付保函和备用信用证被逐渐广泛地运用到各种国际经贸交易中,<sup>⑧</sup>例如,国际销售合同、国际工程承包合同、国际投融资交易,包括贷款和投资协议、参与合营企业、发行债券、进行再保险和其他融资业务等。可以说,在今天,大型的交易如果没有某种类型的银行担保支持,就很难真正开始。<sup>⑨</sup>

在国际经贸领域,作为银行担保的形式之一,见索即付保函被经常用于国际货物销售合同和国际工程承包合同之中。例如,在国际货物销售合同中,双方当事人一般约定,在货物出口前,进口商应向出口商交纳一定金额的预付款,而出口商则需向进口商出具由其委托银行开立的、以进口商为受益人的预付款保函。银行在预付款保函中承诺,如果出口商未按照约定履行其合同义务,则进口商有权要求退还预付款。在预付款保函中,一般只是笼统地将出口商没有履行其合同义务作为出口商即保函中的受益人进行索赔的条件,而并不具体写明受益人请求付款的条件。所以,从所担保的范围方面讲,预付款保函的适用事项比较广泛,在当事人双方合意撤销合同、合同未生效、合同因不可抗力无法履行、合同可能无效或无法履行等情况下,受益人都可以依据预付款保函请求银行付款。<sup>⑩</sup>

银行担保的另一种形式——备用信用证的运用情况和见索即付保函类同,在国际经贸交易中发挥着与见索即付保函基本相同的功能。如今,备用信用证不仅在美国,而且在世界许多国家都已得到广泛运用。除美国之外的其它国家开立备用信用证的数量很大,这些备用信用证大部分发生于和企业的企业和银行的生意往来上。<sup>⑪</sup>

鉴于银行担保在国际经贸交易中发挥着如此重要的作用,现在,英美法系与大陆法系国家的法院在司法判例中大多都承认了这种新型的担保形式,即银行担保。例如,英国法是将传统上的赔偿合同的原则直接适用于银行担保。主合同无效或主债务人免除责任时,赔偿合同的保证人也不能免责。<sup>⑫</sup>在大陆法系国家,例如在瑞士,法院通过司法判例承认银行担保合同的效力。该国法院认为,银行担保是一种非从属性的、独立

<sup>④</sup> 参见 Roeland F. Betrams, *Bank Guarantees in the International Trade*, second revised edition, 1996, Kluwer Law International, p. 5.

<sup>⑤</sup> Amold and Bransilver, *Uniform Commercial Code Law Journal*, 1978, p. 272.

<sup>⑥</sup> 左晓东《信用证法律研究与实务》,警官教育出版社1993年版,第140页。

<sup>⑦</sup> 参见 Gao X. & R. P. Buckley, *The Unique Jurisprudence of Letters of Credit: Its Origin and Sources*, *San Diego International Law Journal*, Spring 2003, p. 93.

<sup>⑧</sup> *Globalization and local adaptation in international trade law* / Pitman B. Potter & Ljiljana Biukovic. University of British Columbia Press 2010.

<sup>⑨</sup> 参见笪恺《国际贸易中银行担保法律问题研究》,法律出版社2000年版,第56页。

<sup>⑩</sup> 参见前注⑩,李燕书,第28页。

<sup>⑪</sup> 参见金赛波《中国备用信用证和银行担保法律:实务和问题》,http://www.shlawyer.org//Article/Class25/Sclass02/Article—934.htm。

<sup>⑫</sup> 参见姜圣复、林依伊《论国际贸易中银行担保法律问题》,载《当代法学》2001年第12期。

的合同。在担保合同中,担保人的义务是一项独立的义务,因此,担保人不能以基础合同中的种种抗辩事由对抗债权人。在德国,法院判例也承认银行担保的效力,认为其实质是担保人放弃了先诉抗辩权,在这种担保中,担保人相当于第一债务人的角色,要对受益人承担独立的担保责任。意大利最高法院则通过判决书的形式,直接承认保证人放弃主张主债务合同无效的抗辩,从而使其具有票据法上承兑人对债权人承担责任的同等效果。

## (二) 银行担保在国际经贸领域中的适用思考

### 1. 银行担保在国际经贸领域中得到广泛适用的原因

银行担保在经历了从兴起到日益推广这样一个渐进的发展过程之后,已经逐步在大部分国家得到适用。通过上文对银行担保的产生和发展过程追溯,我们可以发现,银行担保之所以能够在国际经贸领域中被广泛适用,主要由以下几方面因素推动:

(1) 银行担保在国际经贸领域中具有独特的担保功能。银行担保运行机制的核心在于作为担保人的银行以其信誉为受益人提供担保,这与此前的现金担保方式相比具有明显和不可比拟的优势。在现金担保方式下,债务人需要交存特定现金来担保其对债务的履行,这一方面加重了债务人的经济负担,影响了其资金周转,另一方面也可能使其处于被有关当事人欺诈的风险威胁之中。而在银行担保方式下,由于由资金实力雄厚和信誉良好的银行作为担保人,债务人的经济压力和风险大大减少,债权人的安全感大大增强,作为担保人的银行也不用为基础交易的履行情况而过多介入,因此,银行担保使当事人之间的利益实现了最大程度的平衡和协调,从而成为国际经贸交易中的一种主要担保工具。

(2) 银行担保多样化的用途能够满足国际经贸发展的需要。银行担保不仅具有担保功能,还具有融资等其它功能。不仅可以用于买卖合同、租赁合同以及工程承包合同等非融资交易,还可用于贷款、透支便利、参与合营企业、发行债券、再保险以及其它融资性活动。<sup>③</sup> 由于银行担保的多样化用途能够满足国际经贸发展的需要,所以,银行担保在国际经贸领域很快被推广开来。

(3) 由于银行资金实力雄厚,信誉可靠良好,在支付方面信用度高,一般情况下不会发生支付不能,所以在国际经贸交易中,由银行提供担保的需求日益增强,由于采用备用信用证方式规避了法律的强制性规定,见索即付保函方式能够保证受益人在尽可能短的时间内实现债权,银行作为担保人能够有效防范和减少国际经贸交易风险的发生,<sup>④</sup>因而助推了银行担保的更多采用。

### 2. 不同国家在经贸领域对银行担保适用情况不一致的原因

时至今日,从总体而言,银行担保的适用范围已经覆盖国内和国际经贸交易领域。但就具体而言,银行担保并非在每个国家都获得了承认和适用,从适用形式看,欧洲大陆国家多适用见索即付保函,但以美国为代表的英美法系国家多适用备用信用证形式;从适用程度看,有的国家全部承认银行担保,而有的国家只是部分承认甚至不承认银行担保。为什么诸多国家做法各异?这样做的原因何在?

(1) 当事人所在国家的传统和习惯使然。实际上,见索即付保函和备用信用证在法理和实体法律规则方面并无太多差别,仅仅是形式的不同而已,大多数国家的商业银行也都能适应客户的要求,为客户提供见索即付保函或者备用信用证担保服务。但是,在长期的国际经贸实践中,在担保方式的适用方面形成了两大传统和惯例,一种是在欧洲大陆国家,他们长期习惯以保函的形式对外提供担保,具体操作方法是当申请人向银行或者保险公司提出担保申请时,银行或者保险公司签发保函承诺对债权人的债权提供担保。欧洲以及受欧洲银行惯例影响的国家和地区根据长期的传统和惯例多采用保函的形式提供担保;另一种是在美国以及受美国影响较大的国家和地区,他们根据长期的商业习惯做法,多采用备用信用证方式提供担保。如前所述,备用信用证是美国商业银行为了规避当时法律规定的越权规则而采取的变通做法,除了担保功能之外,备用信用证在许多方面都和商业跟单信用证密切相关,被1978年国际商会《跟单信用证统一惯例》作为调整对象,所以,备用信用证属于跟单信用证的一种,适用《跟单信用证统一惯例》作为法律依据。

(2) 银行担保明显区别于从属性担保的优势使许多国家对其全部承认,快速实现了受益人的债权,加速

<sup>③</sup> 参见前注<sup>②</sup>,周辉斌书,第132-133页。

<sup>④</sup> 参见前注<sup>①</sup>,贺绍奇书,第12页。

了国际经贸交易的顺利进行。独立性是银行担保的核心,基于此,担保人不用再像从属性担保那样与基础交易合同密不可分,所以可以使债权人即担保法律关系中的受益人的权益得到快速实现,从而使整个国际交易的进程明显加快,交易成本大大降低,在追求效率至上的现代社会,银行担保因此而被许多国家全部接受和采用。

(3) 银行担保中的不当索赔风险使有些国家谨小慎微,对银行担保采取不承认或者部分承认的态度。我国是此种做法的典型代表。我国《物权法》第172条不允许当事人在国内经济活动中约定银行担保,<sup>⑤</sup>在司法实践中,对银行担保仅给予部分承认,即只承认国内企业、机构对外提供的担保和外国对我国国内提供的担保,但对国内企业和机构之间相互提供的银行担保,则不承认其法律效力。<sup>⑥</sup>究其原因,是因为银行担保的独立抽象性是其存在的生命之源,但同时又为恶意受益人进行不当索赔提供了制度上的便利。由于我国的诚信问题还比较突出,加之我国企业的抗风险能力还不太强,故有学者认为,银行担保与我国《担保法》中关于保证人权利义务的规定不符,违背了《民法通则》中所要求的诚实信用原则,尽管银行担保有利于对受益人的保护,但却对保证人十分不利。<sup>⑦</sup>因此,在建立起完备的社会信用体系之前,对银行担保不宜全部承认和适用。

#### 四、结语

目前,随着银行担保在担保债权实现方面的独立性、高效性和快捷性特征日益被更多的人所认识和体会,其在国际经贸领域的适用范围日益广泛。但与此同时,由于英美法系和大陆法系法律制度存在差异,加之当事人长期的交易习惯不同,独立担保在不同的国家有不同表现形式,欧洲大陆法系国家多适用见索即付保函,而英美法系国家则倾向于适用备用信用证。由于理解角度有差异,理论界和实务界对独立担保的含义界定和称谓也不一致,这种情况非常容易导致当事人在适用时因标准不一而出现纠纷,同时由于各国认识不一,也不利于纠纷的及时解决。基于此,科学、辩证地认识和理解银行担保有助于其在国际经贸交易中的顺利使用。笔者认为,银行担保是一种担保人应申请人的申请向受益人开出的、独立于基础合同、但当其一旦出具后,便不再从属于基础合同,担保人的付款责任只是根据银行担保条款自身为承诺。

关于国际经贸交易中银行担保两种常见形式的关系,笔者认为,备用信用证是一种特殊形式的信用证,具有信用证的形式和担保的内容。<sup>⑧</sup>见索即付保函和备用信用证有许多相同点,但在生效条件等方面也存在许多差别,备用信用证包含了比见索即付保函更广泛的使用范围。备用信用证是具有多种功能的担保工具,它既有担保功能,又有支付功能,还有许多其它功能和价值。所以,银行担保和备用信用证应被进一步推广适用,以使其发挥更大的作用。这两种担保方式尽管在不同法系国家的适用各有侧重,但从整个国际发展趋势来看,二者融合的趋势总体上在逐步加强,在全球经济一体化的发展浪潮下,我们应该用一种不断发展变化的眼光辩证地看待银行担保及其两种不同表现形式之间的关系。银行担保的两种形式——备用信用证和见索即付保函具有异曲同工的担保功能,二者犹如两架马车,将为国际经贸合同的顺利签订和履行添力助威,在国际经贸领域发挥着重要的担保作用并将具有广阔的发展空间。(责任编辑:黄德明)

<sup>⑤</sup> 参见卢一潇《银行担保适用范围述评——以〈物权法〉和〈担保法〉为基础》,载《宁波广播电视大学学报》2008年第2期。

<sup>⑥</sup> 参见郭德香《论银行担保的法律实践及其完善》,载《河北法学》2011年第5期。

<sup>⑦</sup> 参见祝建军、刘晓萍《浅析不可撤销的担保》,http://www.rmfb.com/html/2000/09/01/10020000901010..htm。

<sup>⑧</sup> 参见前注⑩,李燕书,第116页。