

独立担保的商事法理构造

——兼论民法典视野下的独立担保制度建构

刘 斌

内容提要:独立担保作为新兴的担保工具,学理上将其界定为合同和信用证的学说存在诸多不足,应当将其界定为商事保证。基于商事保证的法律属性,独立担保可得摆脱民事担保规范所设定的利益平衡机制。进一步而言,独立担保在法理构成上主要包括三个方面:独立抽象的债务承诺、严格相符的单据交易以及特殊的修正机制。基于独立担保的法理属性及构造,在未来的民法典体系中,独立担保应当与保证相并列,共同作为人的担保的下属概念。在规则设置上,应当容纳独立性及其认定的规则、单据相符及其判断的规则、独立担保的修正机制等三个方面的构成性规则。

关键词:独立担保 独立抽象性 单据性 修正机制 民法典

刘斌,河南财经政法大学民商经济法学院讲师。

独立担保是商事实践的产物,在实务中体现为银行保函、备用信用证、履约保函等不同形式。从业已形成的商事习惯视之,独立担保与见索即付的保证(独立保证)、独立的担保契约(Garantievertrag)显属不同,非同一概念所能涵盖。与日趋统一的商事惯例相比,独立担保制度在解释论与立法论层面均存在激烈争议,从术语名词的选用到各项具体规则,不一而足。^[1] 如何弥合消除这些法律争议并实现妥当的规整秩序,有赖于对独立担保的法律性质加以明晰,并在此基础上剖析其法理构造。正如拉伦茨指出,立法者对法律关系的规整,常是在法律生活中先发现它们,掌握其类型特征,然后再赋予适合其类型的规则,毋宁说,立法者是在“发现”其构造类型而非“发明”。^[2] 具体到我国而言,在法院所作出的一系列独立担保判决中,普遍存在名词术语失准、裁判依据混乱、法律适用失

[1] 高祥:《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》,《比较法研究》2014年第6期,第2页。

[2] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第341页。

序等问题,其根本原因在于司法实务多停留在独立担保系对担保从属性的突破层面,而未能以体系化视角对独立担保的法理构造进行阐释。2013年11月29日,最高人民法院公布了《最高人民法院关于审理独立保函案件纠纷若干问题的规定(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)。^[3]在当前民法典编纂的背景下,我们可以民商法体系的视角对独立担保制度予以重新审视。在未来的民法典中,独立担保的法律构造关系到其法典位置与条款设置。唯有通过对独立担保的法律构造进行完整的逻辑剖析,才能发现其妥当的规整基础,并进而界定其在民法典中的定位与规范设置。进一步而言,由于涉及到独立性担保与从属性担保的关系问题,独立担保制度还关涉到我国民法典中担保法体系的设置与安排。

一 独立担保的法律属性:从民事保证到商事保证

对于独立担保的法律性质予以界定,不仅是理论研究的需求,也是司法实践的需要。从法律适用的角度而言,处理案件的过程是由事实寻找规范,借规范认定事实的往复过程。^[4]因此,将独立担保界定为何种性质之法律事实,对其所适用之规范存在着重要影响。早期理论与实务多倾向于将独立担保与既有的相似法律制度相比较,比如汇票、保证、担保、赔偿合同等,然而受制于独立担保的鲜明特征,该种理论路径在解释力上存在诸多欠缺。因此,应当基于独立担保的自身特征,寻求更加契合的理论阐释。

(一) 契约学说及其缺陷

早期学说倾向于将独立担保视为一种特殊的保证合同。在英国的一个案件中,法官指出,“独立担保项下受益人的义务既不比合同权利多,也不比合同权利少。”^[5]在我国,合同说的影响亦最为广泛,为许多学者和实务界人士所坚持。在起草《关于〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释(以下称“担保法解释”))的过程中,最高人民法院也倾向于将独立担保作为一种合同。^[6]在立法例上,合同说也并不鲜见。比如,《澳门商法典》第942条明确规定,“独立担保系指一方当事人有义务于发生一定风险或事件后,他方当事人提出清偿确定或可确定之款项之请求时,立即作出清偿之合同,该请求得附随或不附随与债务有关之文件。”^[7]作为对独立担保性质的理论阐释,合同说又可进一步区分为允诺说、自成一体的合同说以及无因债权契约说。

其一,独立担保的允诺说多为英美法系早期理论所采。在英美法系国家,早期理论与

[3] 参见《最高人民法院关于审理独立保函案件纠纷若干问题的规定(征求意见稿)》,网址:http://www.court.gov.cn/gzhd/zqyj/201312/t20131206_189961.htm,访问时间:2016年3月10日。

[4] 王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第39页。

[5] United Trading Corp CA v. Allied Arab Bank, [1985] 2 Lloyd's Rep. 554, p. 559.

[6] 参见最高人民法院公布的《关于〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释(草案)》第五稿,其中第18条规定:“在国际经济活动中,合同当事人约定担保合同的效力独立于主合同的,担保人不能以主合同无效来对抗债权人,担保人应根据约定承担担保责任。”

[7] 参见《澳门商法典》(1999年8月2日签署,1999年11月1日起生效),第942条。《澳门商法典》以《葡萄牙商法典》为范本,同时吸收了来自国际商事立法的先进经验,借鉴了许多商事统一规则,具有国际化和趋同化的特征。

实务普遍将独立担保和保证视为一种允诺(Promise),不同之处在于二者的履行条件不同。由于保证法是合同法的一部分,因此独立担保也相应地归入到合同法的规制范围之内,并且在解释方法和法律渊源上适用合同法的规定。^[8]实际上,独立担保的允诺说是英美法系合同法理论在独立担保领域的延伸。由于英美合同法将合同界定为可强制执行的允诺,进而将独立担保视为一种允诺也合乎逻辑。在法国,法院曾经试图将独立担保作为合同对待,但因为缺乏约因,独立担保的效力就成为了一个困扰问题。^[9]

其二,独立担保为无因债权契约的学说,来自德国法律理论,并为大陆法系国家的部分学者所承继。无因性理论是德国民法的代表性理论,从历史上来看,不要因性或无因性理论是《德国民法典》的鲜明特点之一,该理论发端于19世纪的普通法学,主要源自萨维尼的学说。^[10]无因行为以德国法上的物权行为为其著例,^[11]但是,也并不完全局限于物权行为,亦兼及票据行为等其他行为。不要因的负担行为包括独立的债务约定(第780条)、创设性的债务承认(第781条)、汇票出票人以及无记名债权出票人(第793条)等。^[12]就独立担保而言,德国学说认为“担保契约”的法律命运并不依存于被担保债务,担保人也不能以其他法律关系项下的抗辩对抗担保受益人,这种独立性构成了担保契约和保证契约最重要的区别。^[13]除了独立性,德国学说上对担保契约的无因性多采肯定的观点,也有学者持否定的见解。^[14]但是,就票据行为、信用证、独立担保、交互计算的差额承认等无因债权契约而言,这些行为之间的巨大差异使得这种界定意义式微。这种归类方式显然代表了这样一种思路,即试图用传统民法理论解决商事实践中的问题。

其三,不少著述和判例区分了独立担保与保证合同,并将独立担保进一步界定为自成一体的合同或者特殊的合同,并试图作为典型合同之一。比如,伯特伦(Roeland Bertrams)教授认为,尽管有时可以将独立担保归入到“委托(Delegation)”、德国法上的“无因债务允诺(Abstraktes Schuldversprechen)”或“独立的担保契约(Garantievertrag)”等宽泛概念之中,但判例法和法理仍将独立担保视为“自成一体的合同(Contract sui generis)”。^[15]英国学者伊恩重(Nelson Enonchong)教授认为,独立担保是合同权利义务的体现。^[16]在欧洲学者所起草的《欧洲示范民法典草案》中,“独立保证”一词涵盖了本文意义上的独立担保,并将备用信用证囊括在内,并将独立保证界定为有名合同之一种。^[17]

[8] Kevin Patrick McGuinness, *The Law of Guarantee* (2nd edition, 1996), Carswell, p. 3.

[9] Roeland Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade* (3rd edition, 2004), Kluwer Law Press, p. 67.

[10] [德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》,王晓晔、邵建东、徐国建等译,法律出版社2003年版,第442页。

[11] 《德国民法典》第873条因合意和登记而取得土地上权利的规定、第925条对土地所有权转移的合意的规定、第929条中对动产所有权转移的合意和交付的规定。

[12] [德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》,王晓晔、邵建东、徐国建等译,法律出版社2003年版,第445页。

[13] 陈自强著:《无因债权契约论》,中国政法大学出版社2002年版,第46页。

[14] 肯定的观点可见 Canaris, *Bankvertragsrecht*, Rz. 1125, Fn. 63, 否定的观点可见 Kubler, *Feststellung und Garantie*, 1967, S. 211.

[15] Roeland Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade* (3rd edition, 2004), Kluwer Law Press, p. 68.

[16] Nelson Enonchong, *The Independence Principle of Letters of Credit and Demand Guarantees* (2011), Oxford University Press, p. 47.

[17] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔等著:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第四卷),于庆生等译,法律出版社2014年版,第1261页。

在我国,独立担保的合同学说影响广泛。沈达明先生很早就将这种新型的人的担保方式称之为担保合同,并认为独立担保是不同于保证合同的合同关系,具有非从属性和独立性。^[18] 费安玲教授指出,“独立担保合同,系指由有代偿能力的保证人以担保负有债务的第三人的给付为目的,根据受益人的简单请求即向其支付一定的款项,同时放弃对担保受益人与主债务人之间债之关系的存在性、有效性和可强制性的抗辩权的协议。”^[19] 在我国司法实践中,将独立担保涵摄于合同规范之中的做法也非常普遍。比如,在著名的“湖南机械进出口公司、海南国际租赁公司与宁波东方投资公司代理进口合同纠纷案”(下称“湖南机械进出口公司案”)中,最高人民法院将涉案的不可撤销保函认定为“独立担保合同”,并且认为“虽然有‘本担保函不因委托人的原因导致代理进口协议书无效而失去担保责任’的约定,但在国内民事活动中不应采取此种独立担保方式,因此该约定无效,对此应当按照担保法第五条第一款的规定,认定该担保合同因主合同无效而无效。”^[20] 在广东发展银行北京分行诉中国新良储运贸易公司、中国饲料集团公司案,^[21] 中国银行天津市分行诉中国天诚(集团)总公司、天津双龙矿业发展有限公司案,^[22] 广西桂林南方橡胶(集团)公司与中国光大银行南宁星湖支行借款合同纠纷上诉案^[23] 等案件中,法院均采取了合同的界定方式。

然而,在存在涉外因素的江苏溧阳莎菲特非织造布有限公司诉意大利商业银行、意大利费尔特高公司案,^[24] 荷兰商业银行上海分行诉苏州工业园区壳牌燃气有限公司案,^[25] 中国银行福建省分行诉中福技术服务(澳门)有限公司、福建省中福实业股份有限公司案,^[26] 马来西亚 KUB 电力公司诉被告中国光大银行股份有限公司沈阳分行见索即付保函案^[27] 等案件中,法院则多回避了将保函或者备用信用证界定为合同的做法,而倾向于直接适用商事惯例。事实上,同样机制的法律工具因是否涉外而认定法律性质不同,则有悖于基本逻辑。

在该问题上,若遵循从实定法出发的法教义学立场,我们应当将现行法框架中的相关规范作为理论探讨基点。我国《担保法》第五条第一款规定,“担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定。”就该条款但书的含义,学者之间争议颇大。从广义范畴而言,学者认为当事人另有约定的范围为担保合同的从属性。如曹士兵教授指出,独立担保合同的当事人对从属性通过特别意思表示进行排除,其结果就形成了不同情形的独立担保。^[28] 从狭义范畴而言,有学者认为当事人另有

[18] 沈达明、冯大同著:《国际经济贸易中使用的银行担保》,法律出版社1987年版,第4页。

[19] 费安玲主编:《比较担保法》,中国政法大学出版社2004年版,第86页。

[20] (1998)经终字第184号。

[21] (1999)二中经初字第72号。

[22] (2000)经终字第280号。

[23] (2000)经终字第180号。

[24] (1998)经终字第289号。

[25] (2000)苏经初字第1号。

[26] (2001)闽经终字第123号。

[27] (2004)沈中民(4)外初字第12号。

[28] 曹士兵著:《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2008年版,第37页。

约定的范围仅及于担保合同的效力从属性。如高圣平教授指出,所谓另有约定是指当事人可依其明示的意思表示排除效力从属性的适用。^[29]除此之外,尚有学者认为另有约定的仅为主合同无效时担保人承担的担保责任,并将主合同无效时的担保合同视为两个担保合同:一个是对主合同项下债务的担保;另一个是对主合同无效时主债务人承担责任的担保。^[30]尽管在“另有约定”的范围界定上存在巨大争议,并且不断掉入循环解释的泥淖之中,^[31]但前述探讨仍然建立在独立担保系独立保证合同的共识之中。笔者认为,广义学说将见索即付保函作为独立担保之典型例证,^[32]而狭义学说则将破除掉从属性的担保类型排除于保证合同之外,^[33]该争议最终可归结为概念逻辑的错位。按照广义学说的概念预设,其独立担保概念实际上与从属性担保相并列,共同构成现代担保制度的两大支柱。^[34]与之不同,狭义学说实际上仅将独立保证作为传统保证的衍生品种,并在此种意义上与传统保证一起作为保证制度的下位概念,即独立保证的“独立”与从属性并非对称并列概念。因此,独立保证合同固然是合同,但独立担保却难以被涵摄于《担保法》第五条的规范之下,也难以归入担保合同之列。

将独立担保视为合同的学说不仅在司法实践、概念界定方面存在不周严之处,其理论解释力亦较弱,合同法理论在适用上存在局限性。首先,合同的成立制度不能适用于独立担保。英国著名商法学者古德(Roy Goode)教授指出,“独立担保等付款承诺独立于其基础交易,一旦受益人收到即为生效,无需承诺、约因、信赖,也无需任何特定形式的执行。”^[35]具体而言,在意思表示的形成方式上,独立担保本身是发出即生效的,而无需受益人的同意。就独立担保的修改而言,与独立担保的发出一样都是发出即生效的,只要其不为受益人所拒绝。^[36]其次,合同的履行制度不能直接适用于独立担保。就独立担保而言,囿于其自身的特征,包括履行抗辩权、履行的抵充、履行障碍、违约责任等制度并不能直接适用。比如,与合同法上的多种履行抗辩权相比,独立担保的担保人在履行义务时并不能主张基础交易项下的抗辩事由。再次,合同的解释规范不能简单地适用于独立担保。仅以合同的体系解释(Systematische Auslegung)为例,其意指把全部合同条款和构成部分看作统一的整体,从各个合同条款及构成部分的相互关联、所处的地位和总体联系上阐明当事人系争合同用语的含义。^[37]体系解释的逻辑在于合同的缔结是一个系统的过程,合同的含义与其背景因素息息相关。然而,就独立担保的解释而言,并不能扩大至基础交易等法律事实,而应当限于独立担保本身的资源。

[29] 高圣平著:《担保法新问题与判例研究》,人民法院出版社2001年版,第44页。

[30] 郭明瑞、杨立新著:《担保法新论》,吉林人民出版社1996年版,第24-25页。

[31] 高圣平:《论独立保证的典型化与类型化》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》,2016年第1期,第95页。

[32] 孙礼海著:《中华人民共和国担保法释义》,法律出版社1995年版,第6页。

[33] 高圣平:《论独立保证的典型化与类型化》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》,2016年第1期,第95页。

[34] 李国光等著:《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〉理解与适用》,吉林人民出版社2000年版,第29-30页。

[35] Roy Goode, "Abstract Payment Undertakings", in Peter Cane and Jane Stapleton (editors), *Essays for Patrick Atiyah* (1991), Oxford, p. 209.

[36] Roy Goode, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees* (1992), *ICC Publication No. 510*, p. 20.

[37] 崔建远著:《合同法》,法律出版社2007年版,第349页。

(二) 信用证说及其有限性

在英美法系,美国法院和英国法院普遍以与信用证相似的方式对待独立担保,将其视为信用证之变种。^[38] 在 *Bolivinter Oil SA v Chase Manhattan Bank NA* 案中,法官指出,“信用证、保函或者担保的独特价值在于,无论受益人与银行的客户之间的基础合同产生什么样的争议,银行都必须在条款满足的情况下承担付款责任。当客户向银行请求开出信用证、保函或者担保时,其正是为了利用这一独特的机制。”^[39] 究其原因,独立担保和信用证有着相似的运行机制,都有着提供信用、反转风险、迅捷付款等相同功能。从法律角度而言,独立性和单据性同样是信用证的两大重要特征,欺诈例外在独立担保和信用证中也同样适用。尽管存在诸多相似性,美国法院对信用证与备用信用证的区别也给予了相当的注意。比如,在 *Arbest Construction Co. v. First National Bank & Trust Co. of Oklahoma City* 案中,法院指出,“备用信用证与标准的商业信用证是不同的。后者是一个简单的付款机制,开证人承诺向受益人付款,因此,付款是期待发生的。而备用信用证则只是一个备份,在当事人未能付款或者履约的情况下受益人方能向开证人要求付款。”^[40] 在 *First Empire Bank v. FDIC* 案中,法院指出,“传统的信用证与新型的备用信用证的主要区别在于,在典型的机制中,信用证是基于履约而付款,备用信用证是基于违约而付款。”^[41]

在我国,较少有学者在理论层面将独立担保归结为信用证的种属。比较而言,独立担保与信用证仍然存在相当的差异,更加适合建构相对独立的规范体系。首先,二者的目的和功能不同。正如德国学者罗伯特·霍恩(Norbert Horn)教授认为,独立担保在技术上和法律上与包括商业信用证在内的付款条款和融资安排不同,其处理的不是进出口贸易的正常履行。^[42] 其次,就交易项下的单据而言,信用证和独立担保所存在的区别更为显著。这种差异集中体现在,信用证项下的单据用以证明受益人的履行行为与基础交易的要求相一致,而独立担保项下的单据则用来证明申请人在基础交易中的违约。^[43] 再次,在交易风险上,独立担保的交易风险远大于信用证的风险。这种较大的风险使得银行在开展独立担保业务时将其作为贷款来对待,但是,大多数的独立担保是“备而不用”的,并未启动付款程序。^[44]

(三) 商事保证说及其具体化

由于合同说的不足以及信用证说的局限性,理论上逐渐发展出了将独立担保界定为商事保证的学说。商事保证理论的契合性体现在两个方面:其一,独立担保的营利属性凸显,此为商事保证说的理论基石。从担保主体的角度而言,商事担保人为商事主体,与自

[38] Roeland Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade* (3rd edition, 2004), Kluwer Law Press, p. 69.

[39] *Bolivinter Oil SA v Chase Manhattan Bank NA* [1984], 1 *W. L. R.* 392.

[40] *Arbest Construction Co. v. First National Bank & Trust Co. of Oklahoma City*, 777 F. 2d 581 (10th Cir. 1985).

[41] *First Empire Bank v. FDIC*, 572 F. 2d 1361, 1367 (9th Cir. 1978).

[42] Norbert Horn, “Bank Guarantees, Standby Letters of Credit, and Performance Bonds in International Trade”, in *The Law of International Trade Financing* (1989), Kluwer, p. 457.

[43] Boris Kozolchyk, “Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for a Return to the Fold” (1990), 11 *U. Pa. J. Int’l Bus. L.* 1.

[44] James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code* (5th edition, 2004), West Group, p. 669.

然人身份的担保人身份差异明显。从独立担保的域外判例来看,在营利性因素欠缺的情况下,法院普遍更倾向于否定独立担保的效力。比如,在英国,独立担保的主体为银行或金融机构被法院认定为构成独立担保的一项积极条件。^[45] 在《欧洲示范民法典草案》中,起草者为消费者所提供的独立保证构建了特别的消费者保证的特殊规则,以强化对自然人的保护。^[46] 从商行为的角度而言,独立担保往往具有营业性特征,其理应承担较民事担保更为严格的法律责任。其二,从法律性质上而言,独立担保所具有的单方性、独立性等特征较好地契合了商事保证的特征。前述最高人民法院对国内独立担保的保守态度中,实则弥合了民事担保与商事担保的界限,以对自然人的保护理念施加于商事保证之上,实乃司法理念之错位。

进一步而言,商事保证包括诸多的具体类型,简单将其界定为商事保证仅具备归类意义,对独立担保规则的体系构建仅具有概括的指导意义。故而,在将独立担保界定为商事保证属别之下,仍然有进行具体界定的必要。在商事保证具体化的道路上,域外权威学者存在较大共识。霍恩教授认为,从广义而言,独立担保可以定义为一方当事人(担保人,通常是银行)的严格承诺,根据该承诺,在符合特定条件的情况下担保人向另一方当事人(受益人)支付一定数额金钱以填补该当事人的损失。^[47] 古德教授将信用证、独立担保归为“抽象付款承诺(Abstract Payment Undertaking)”,并指出,该承诺的有效性与受益人的承诺、约因和信赖均无关系。^[48] 比较而言,霍恩教授的非因允诺说更为抽象,而古德教授的抽象付款承诺说则更为具体,但二者在法律性质的界定上并无实质争议。鉴于非因允诺说作为民法中的概念,难以容括独立担保本身所具有的单据性特征、欺诈例外制度等特征,独立承诺说更为契合独立担保的性质。

将独立担保界定为独立承诺的学说也得到了相关国际立法和惯例的支持。比如,国际商会《见索即付保证统一规则(URDG758)》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。”^[49] 该定义准确地揭示出独立保函的基本属性,即效力的自足性。再比如,联合国《独立保证和备用信用证公约》第2条同样采取了承诺(Undertaking)一词作为定义的基础,“就本公约而言,承保是一项独立承诺,在国际惯例中称之为独立担保或备用信用证……”美国货币监理署(OCC)在其制定的监管规则《凭单据付款的独立承诺》中,使用的也是与《联合国独立担保和备用信用证公约》相似的“Independent undertaking(独立承诺)”一词。^[50]

[45] Jack, Malek and Quest, *Documentary Credits* (3rd ed., Butterworths 2001), p. 357.

[46] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔等著:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第四卷),于庆生等译,法律出版社2014年版,第1303页。

[47] Norbert Horn, “Bank Guarantees, Standby Letters of Credit, and Performance Bonds in International Trade”, in *The Law of International Trade Financing* (1989), Kluwer, p. 459.

[48] Roy Goode, “Abstract Payment Undertakings and the Rules of the International Chamber of Commerce” (1995), 39 *St. Louis U. L. J.* 725.

[49] 此处的承诺,英文为 undertaking,不同于合同缔结中的承诺,与允诺更为相似,鉴于已经形成了习惯用语,笔者从习惯用法。

[50] OCC, “Independent undertakings to pay against documents,” 12 CFR § 7.7016.

二 独立担保的法理构成

从逻辑结构上而言,独立抽象性和单据性同时构成了独立担保的重要特征,也是独立担保与从属性担保之间最主要的区别。独立抽象性和单据性使得独立担保成为极有效率的担保工具,受益人可以在满足担保文本要求的情况下获得付款,从而避开基础交易项下的争议,使之成为和现金一样好的商业工具。但是,欺诈、权利滥用等风险也不断考验着独立担保制度。如果顽固恪守独立抽象性原则和单据机制,将损害法律的其他重要价值。^[51] 因此,在独立抽象性和单据性之外,各国法上逐渐发展出了独立担保的修正机制。总而言之,独立担保在法律构造上有三重构成因素:其一,独立抽象的债务承诺;其二,严格相符的单据交易;其三,独立性和单据性的修正机制。

(一) 独立抽象的债务承诺

独立担保作为担保人的独立承诺,不但与基础交易相独立,也与担保人及其关联银行之间的关系相独立。在有些著述中,独立性也被称为自主性(Autonomy)^[52]或抽象性(Abstract)^[53]。就独立性的含义而言,学者之间具有普遍的共识。霍恩教授认为,独立担保的自主性可以被定为其独立存在于基础交易(即主债务,Valutaverhältnis)和银行客户关系(Deckungsverhältnis)。^[54]这与古德教授的观点一致,其他学者也大多认同这一观点。^[55]相较于独立性一词,法国最高法院更倾向于使用“自主性”。其原因在于,法国最高法院认为:一方面,“自主性”能够强烈地表明独立担保的担保人所作出的承诺是自己的债务,而不是以主债务人的代理人身份作出的承诺;另一方面,“自主性”能够表明独立担保本身不受基础交易的任何影响,在反担保的情况下,同样不受原担保函的影响。^[56]严格而言,一项独立的行为当然是自足的(也即无因的),否则其便不是充分独立的,因此,自主性和独立性在内涵上应无二致。当然,独立担保的独立抽象性与物权行为的抽象性不同,物权行为的抽象性既包括物权行为与债权行为的分离,也包括物权行为与债权行为的无因安排。独立担保本身已经是一项个别存在的法律行为,并不存在与基础交易分离的困难。故而,独立担保的独立性重点关注的是独立担保与基础交易的有因或无因关系,独立性与抽象性实为同一问题的不同表述。

[51] Nelson Enonchong, “The Autonomy Principle of Letters of Credit: An Illegality Exception?” (2006), *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* 404, p. 405.

[52] Ewan Mckendrick, *Goode on Commercial Law* (4th edition, 2010), Penguin, p. 1079.

[53] Boris Kozolchyk, *Commercial Letters of Credit in the Americas* (1966), Matthew Bender & Company, p. 454.

[54] Norbert Horn, “Bank Guarantees, Standby Letters of Credit, and Performance Bonds in International Trade”, in *The Law of International Trade Financing* (1989), Kluwer, p. 469.

[55] Nelson Enonchong, *The Independence Principle of Letters of Credit and Demand Guarantees* (2011), Oxford University Press, p. 67; Peter Ellinger & Dora Neo, *The Law and Practice of Documentary Letters of Credit* (2010), Hart Publishing, p. 300; Jack, Malek and Quest, *Documentary Credits* (3rd ed., 2001), Butterworths, p. 354; Michelle Kelly-Louw, *Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees: The Main Exceptions to the Autonomy Principle* (2009), VDM Verlag, pp. 53 – 63.

[56] Michel Vasseur, “Ten Years of French Case Law Relative to Independent Guarantees” (1990), *Int’l Bus. L. J.* 357.

就独立担保的独立性实现而言,主要受到以下两方面制约:一是当事人是否做出了独立担保的意思表示;二是该意思表示能否得到法律的认可。前一问题涉及到如何界定一项担保属于独立担保,也即独立担保的识别问题;后一问题则涉及到独立担保的独立性能否获得法律承认的问题。就后一问题而言,在从属性担保中,“从属性对于担保行为而言,不需要当事人在合同中进行约定,该种关系因法律的规定而当然成为合同的组成部分。”^[57]由此观之,担保行为的从属性是法律对担保行为的一般规定,无需当事人做出特别的意思表示。易言之,如果当事人缺乏相反的意思表示,法律将推定其进行的担保为从属性担保,故而,独立担保的界定需要担保人明确的意思。进一步而言,担保的从属性可否由当事人通过意思表示放弃,也就是担保的从属性是否属于法律的强制性规定的问题。

由于独立担保只涉及人的担保,不涉及物的担保,故而该问题仅限于保证法的框架。关于保证法的性质,沈达明先生指出,“《法国民法典》制定柔性的保证法,保护保证人,但其规定几乎都是补充当事人的意思性质的;凡是放弃这些法律规定的,就是排除对保证人的保护。”^[58]就法国保证法的规定而言,先前法律虽然没有明确规定独立保证,但是在当事人意思表示真实的情况下,约定非强制性事项是合适的。这一点是值得赞同的,保证法作为平衡当事人之间利益的补充性规定,在当事人之间做出意思表示放弃这些规定的时候,其实是当事人对法律预设平衡机制的否认。独立担保的出现也说明了当事人对从属性担保中利益平衡机制的不满,债权人希望得到更为确实的保证。“每一种保证,开始时都很严格而且有效益,后来日益削弱,终于成为柔性的保证,对保证人来说危险不大,但不能使债权人感到满意。借款人的信贷需要以及贷款人的安全需要,导致发明一种不同的,更加严格的和结实的人的担保。连带保证可能被独立担保所取代。”^[59]从国外对独立担保的承认历程来看,无论是基于对意思自治的尊重,抑或通过商事习惯的承认,独立担保的独立抽象性都能够得以实现。作为商事实践的产物,其独立抽象性的实现乃是基于商事习惯本身,亦是对当事人意思自治的尊重。

(二)严格相符的单据交易

基于独立抽象性,独立担保可以单据性的规定作为义务履行的条件,从而成为一项单据交易。由此,单据性与独立性共同构成了独立担保制度的基础。独立担保的单据属性被银行实务界的人士称之为独立担保的“单据化”现象。^[60]通过将付款条件进行单据化,担保人(通常是银行)可以通过其专业技能判断受益人提交的单据与独立担保的条款是否相符,而无需再就基础交易的履行情况进行调查了解。单据相符原则最早起源于信用证法律之中,后来被引入到独立担保等单据交易机制之中。

从比较法上而言,由于独立担保项下单据的特殊性,严格相符原则在一定程度上被法院所稀释甚至放弃,有的已经超出了单据内容而扩展至单据种类之上,这一点可能会受到

[57] 曹士兵著:《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2008年版,第35页。

[58] 沈达明著:《法国/德国担保法》,中国法制出版社2000年版,第9页。

[59] 沈达明著:《法国/德国担保法》,中国法制出版社2000年版,第9页。

[60] 邹小燕、朱桂龙著:《银行保函及案例分析》,立信出版社1993年版,第125页;贺绍奇著:《国际金融担保法律理论与实务》,人民法院出版社2001年版,第116页;徐捷:《独立保函交易的单据化论》,《中国政法大学学报》2011年第3期,第105页。

质疑。法院作为争议的裁判者,并不对当事人的权利负有注意义务。作为理性主体的担保人有能力也有义务保护其自己的权利,如果独立担保规定的条件过于松散以至于影响到其商业利益,其完全可以通过商事手段予以修正。如果独立担保规定的条件有失明确,那么当事人要自己承担风险。^[61] 故而,从积极意义上而言,严格相符原则的价值在于判断担保人是否具有独立担保项下的付款义务,从而为当事人之间的权利义务关系提供根据;从消极角度而言,严格相符原则可以排除那些缺乏根据的索款请求,更加确定、清晰,更易于为银行的审单员所掌握,也利于排除审单过程中的自由裁量情形,从而降低银行被卷入基础交易的可能性。此种严格相符原则的价值取向,以及已经形成了广为接受的业务实践,为大多数判例法和学者所支持。

在我国的司法实践中,单据相符原则已经成为独立担保案件中的重点问题。比如,在中国机械设备工程股份有限公司与中国建设银行股份有限公司杭州宝石支行保证合同纠纷案中,双方就涉案保函是否为独立保函产生了激烈的争议,法院明确将单据性视为独立担保的重要特征。^[62] 在招商银行股份有限公司成都科华路支行与成都华川进出口集团有限公司保函纠纷案中,最高人民法院认为违约证明等单据符合独立保函所规定的单据条件,构成了单据相符,担保行应当予以付款。^[63] 虽然严格相符原则为绝大多数判例和学者所支持,但单据相符原则的严格程度并不统一,这一点尚未引起国内学者的普遍关注。

在《征求意见稿》中,第一条在对独立保函进行定义时即指明了“凭与保函条款相符的付款请求书或其他单据付款”的单据机制特征。^[64] 就单据审核标准,起草者采取了表面相符原则:“受益人提交的单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面上不等同一致,但并不导致相互之间产生歧义的,人民法院应当认定构成表面相符。”^[65] 就该条规定来看,解释起草者实际上持严格相符原则的判断标准,即单据、独立担保文本等内容之间“不得矛盾”。面对复杂的商事实践,严格相符原则的判断标准应该更加具体:单据的种类和类型不能突破;相符标准明确的客观事实不得突破;其他事项可遵循较为灵活的判断标准。当然,在每一个案件中,严格相符的程度应当基于具体情况而进行个案判断。

(三) 利益平衡下独立担保的修正机制

以独立抽象性和单据性为基础的独立担保机制,极大地满足了商事效率的需求。但是,这种机制也使得欺诈和滥用等风险凸显。为了修正独立抽象性原则和单据性机制所带来的弊端,各国立法者和法院开始设定各种例外情形。但是,为独立担保设定例外是一个非常棘手的问题:如果例外设定过窄,将无法为独立担保的担保人提供充分保护;如果设定的例外过于宽泛,将损害到独立担保的担保效率。因此,在设定修正机制的问题上涉及到立法者更深层次的价值判断。任何一个国家或地区的立法者在界定独立担保的修正

[61] Geraldine Mary Andrews & Richard Millett, *Law of Guarantees*, Sweet & Maxwell, 2005, p. 542.

[62] (2013)浙商外终字第 89 号。

[63] (2014)民申字第 2078 号。

[64] 《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定(征求意见稿)》第 1 条,网址:http://www.court.gov.cn/gzhd/zqyj/201312/t20131206_189961.htm,访问时间:2016 年 3 月 10 日。

[65] 《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定(征求意见稿)》第 9 条,网址:http://www.court.gov.cn/gzhd/zqyj/201312/t20131206_189961.htm,访问时间:2016 年 3 月 10 日。

情形时,都必须面对效率和公平之间的平衡。一方面,独立担保的商业价值在很大程度上取决于其独立抽象性在多大程度上为法律所认可和保护;另一方面,独立担保业务的公平则取决于法律如何界定其修正机制。面对这两者之间的平衡,不同国家的立法者或司法者基于其政策差异往往持不同见解。

在英美法系国家,法院对独立担保的付款例外普遍持谨慎态度。在英国法上,独立担保付款例外的情形非常有限,在既有的判例中,欺诈是唯一的例外。^[66] 即使对于这唯一的付款例外,当事人也往往难以获得法院支持,部分原因在于严格的证据标准,以及欺诈被限定为受益人自己的行为或者需要受益人负责的当事人的行为。就独立担保的欺诈类型而言,英国法上承认的类型包括实质性的单据欺诈和欺诈性索款,而单据无效例外、基础交易违法等情形虽然饱受学者争议,却仍然未形成有约束力的判例。^[67] 至于显失公平的例外,更不为英国法所承认。

在美国法上,独立担保被识别为备用信用证并适用相关法律。就备用信用证的付款例外而言,1995年修订的《统一商法典》第5-109条规定了“欺诈和伪造”,并设定了严格的欺诈标准。^[68] 根据该条规定,构成欺诈例外的情形包括单据欺诈和受益人的实质欺诈行为。对于基础交易违法,制定法并未承认这一例外,在判例中则存在分离的意见。^[69] 至于显失公平例外,在美国法上则缺乏制定法和判例法的根据。正如美国《统一商法典》第5-109条的正式述评中指出,包括交互诉讼、确权判决、扣押等方法与禁令一样,都会危及信用证的独立性原则,对此,法院应对这些方法持有同样的意见,对它们的使用进行限制,而不应允许“以衡平法的神圣性来威胁信用证法律脆弱的肢体”。^[70]

显失公平则是独立担保法律中出现的新情况。在澳大利亚,由于其制定法的特殊原因,澳大利亚在显失公平问题上采取了与英国法院不同的思路,但这种思路尚未得到判例法的普遍承认。^[71] 在新加坡,判例法上虽然确立了显失公平例外,但是其所涵盖的情形

[66] United City Merchant (Investment) Ltd v Royal Bank of Canada, [1983] AC 168.

[67] Montrod Ltd v. Grundkötter Fleischertriebs GmbH, [2002] 1 WLR 1975.

[68] 该条(a)款规定,“如果一个提示行为在表面上严格符合信用证条款的规定,但信用证要求的一个单据是伪造的或者实质性欺诈的,或者对此提示的承付会构成受益人对开证人或申请人的实质性欺诈…善意行事的开证人,可以兑付或拒付此种提示。”其中前段规定的为“单据是伪造的或者实质性欺诈的”,对于“实质性”一词,《统一商法典》的正式述评解释为,“单据欺诈的部分对于该单据的卖方来说应当是实质性的,或者欺诈行为对于基础交易的当事人非常重要。”

[69] 1962年版的《统一商法典》第5-114条规定了“交易欺诈”(Fraud in Transaction),但在理论上产生了激烈的争议。在NMC Enterprises, Inc v. Columbia Broadcasting System, Inc案中,法院基于基础交易中的欺诈止付了信用证。该判例受到学者的激烈抨击。比如,美国商法权威多兰教授指出,如果将基础交易中的欺诈认定为信用证的例外,那么对信用证的独立性将是一个极大的损害,《统一商法典》的起草历史也不支持这种观点,参见John Dolan, *The Law of Letter of Credit: Commercial and Standby Credits* (4th edition, 2007), A. S. Pratt & Sons, pp. 7-73. 1995年修订后《统一商法典》重新表述了信用证的欺诈例外情形,将构成欺诈归纳为两种情形:其一,单据中存在实质性的欺诈或者伪造行为;其二,受益人对开证人或申请人进行的实质性欺诈。

[70] 参见Uniform Commercial Code(1995), Article 5-109.

[71] 澳大利亚法上的“显失公平”例外并非基于普通法而产生,也并未遵循普通法上对欺诈概念进行界定的思路和方法。相反,“显失公平”例外的适用是建立在《澳大利亚交易习惯法》的基础之上,而该法并非为信用证和独立担保等独特的法律工具所设。虽然在Olex Focas Pty Ltd v. Skodaexport Co Ltd和Boral Formwork & Scaffolding Pty Ltd v. Action Makers Ltd案中,法院选择适用了《澳大利亚交易习惯法》对显失公平的规定,但是该两个判决所未得到广泛的遵循。Ideas Plus Investments Ltd v. National Australia Bank Ltd和Clough Engineering Limited v. Oil and Natural Gas Corporation Limited案等后续判例又强调了普通法上独立担保的例外规则,并将显失公平排除在外。

部分可以纳入到欺诈性索款的范畴之内,部分则超出了这一欺诈性索款的边界。新加坡上诉法院指出,显失公平的概念是难以界定的,只能做出非常宽泛的界定,比如缺乏诚实信用。^[72]而且,与欺诈不同,显失公平涉及到不公平的价值判断问题,缺乏诚实信用的行为不为法院所允许,但是基础合同的违约并不必然导致有失公平。^[73]由于显失公平缺乏明确的内涵,何种情况下构成显失公平只能在个案中予以界定。

在大陆法系国家,独立担保的付款例外则基于民法中的诚实信用原则、禁止权利滥用原则或者公平原则等。由于这些宽泛的原则缺乏准确的内涵,德国、法国在内的大陆法系国家在形成新的修正情形时面临着更小的困难。德国法上将例外情形限定在明显的权利滥用和欺诈范围之内,而排除了显失公平等一般情形。在德国法上,独立担保的欺诈例外规则与滥用索款权规则乃是基于《德国民法典》第 242 条和第 826 条的规定。因此,德国法上的滥用索款权行为往往是从违反诚实信用原则或违反公平原则的角度进行界定的。在德国判例中,法院认为,只有受益人的索款声明中存在事实明显错误和其他同等滥用情形下,方能构成滥用索款权。^[74]

在法国法上,欺诈曾经是唯一的付款例外,但是后来的判例确立了多种例外,并称之为有失公平。^[75]对于有失公平的情形,法国法院一般并不愿意介入独立担保的履行,法院介入独立担保的履行必须符合以下条件:其一,“有失公平”的事实必须是明确的、确定无疑的。比如,法院不应当指定专家来判断基础合同是否得到了正确履行。^[76]其原因在于基础合同违反的事实应当是确定无疑的,而不需要依赖专家的判断。其二,提出阻止付款请求的当事人必须提供确凿的证据。受益人提供的声明或者报告、法院判决、仲裁裁决等将被法院认为是充足的证据,而诸如一方当事人指定专家出具的报告并不充分。^[77]尽管如此,在法国法上,例外情形不断被延伸,逐渐扩展到相当于普通法上显失公平的例外情形。尽管修订后的《法国民法典》第 2321 条明确将例外情形限定为权利滥用、欺诈、通谋,但是由于这一领域的判例法色彩,该条规定仍然有待司法实践的具体化。

总之,各国法上独立担保修正情形包括欺诈、权利滥用、独立担保违法、基础交易违法、显失公平等。其中,显失公平对独立抽象性的破坏最为严重,因为其将基础交易中的权利失衡状态与独立担保相关联。其次为基础交易违法,使得独立担保的效力取决于基础交易的法律效力。再次为欺诈、权利滥用作为大陆法系的概念,实则与普通法上受益人欺诈性索款相当。最后,违反法律的独立担保本身无效或者不可执行,其对独立担保的独立抽象性并不破坏性。因此,从对独立担保独立抽象性的破坏程度而言,顺序排列为显失公平、基础交易违法、欺诈(权利滥用)、独立担保违法。因其价值判断的差异,各国立法

[72] Dauphin Offshore Engineering & Trading Pte Ltd v. The Private Office of HRH Sheikh Sultan bin Khalifa, [2002] 1 SLR 657, p. 668.

[73] Raymond Construction Pte Ltd v. Low Yang Tong, (11 July 1996).

[74] Norbert Horn & Eddy Wymeersch, *Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International trade* (1990), Kluwer, p. 28.

[75] Paul De Drée, “Guarantees Under French Law” (1998), 26 *Int'l Bus. Law.* 463.

[76] Paul De Drée, “Guarantees Under French Law” (1998), 26 *Int'l Bus. Law.* 463.

[77] Paul De Drée, “Guarantees Under French Law” (1998), 26 *Int'l Bus. Law.* 463.

者和司法者在独立担保修正机制的道路上远近各异。截至目前,各种修正情形不断地冲刷着独立担保付款义务的边界,例外设定的尺度仍然是一个开放性的问题。

在我国法院的判决中,欺诈作为独立担保的付款例外得到了普遍的承认,但其范围仍然有赖于更加明确的界定。在《征求意见稿》第十八条中,起草者规定了可认定为欺诈的三种情形:“(一)受益人与保函申请人或第三方恶意串通,没有真实基础交易的;(二)受益人提交的单据记载内容虚假或系伪造的;(三)根据独立保函的类型和目的,受益人的付款请求没有可信依据的。”^[78]此外,第十九条还通过列举的方式规定了受益人明显滥用索赔权构成欺诈的五种具体情形,而且还设有兜底条款。^[79]过分扩张的滥用索赔权情形特别是兜底条款的设置,削弱了独立担保的付款确定性与迅捷性,应当在未来的立法中予以严格限制。^[80]

三 民法典视野下独立担保制度的定位与建构

在十八届四中全会作出编纂民法典的决定之后,我国民法典编纂工作正在分步进行。按照多数见解,我国未来的民法典模式属民商合一,即在民法典之外不再单独制定商法典,但是否制定《商法通则》尚存在争议。^[81]就与民法典的关系而言,商法规范多是对民法中确立的一般原则加以变更、补充或排除。^[82]比如,《德国商法典》关于商事保证的规定,即为民法典中保证规定的部分排除。因此,独立担保制度的具体设置首先要契合我国民商合一的民法典模式,构建妥当的效力规则与适用逻辑。具体而言,独立担保制度设置面临的主要问题有三:其一,独立担保合法化与法定化是否必要?其二,独立担保制度在未来的民法典体系之中定位如何?其三,独立担保的规则应当涵盖哪些基本内容?

(一) 独立担保的商事保证属性与合法化

在我国法律理论与司法实践中,涉外独立担保有效不生异议,但在国内独立担保的效力问题上,争论颇为激烈,系争焦点在于现行《担保法》第五条第一款后段的“但书”规定是否意味着对国内独立担保的承认。实际上,学者对该问题的不同见解,充分体现了不同价值取向的影响。在价值多元化的社会里,讨论者由于社会阅历、教育背景以及个人偏好

[78] 《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定(征求意见稿)》第18条,网址:http://www.court.gov.cn/gzhd/zqyj/201312/t20131206_189961.htm,访问时间:2016年3月10日。

[79] 《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定(征求意见稿)》第19条,网址:http://www.court.gov.cn/gzhd/zqyj/201312/t20131206_189961.htm,访问时间:2016年3月10日。

[80] 刘斌:《独立担保欺诈例外的类型化—兼评我国独立保函司法解释征求意见稿》,《比较法研究》2014年第5期,第134页。

[81] 根据中国商法学研究会的建议,民法典对商法通则的安排有四种可能:其一,分立式,即在民法典之外制定商法通则,同时在民法典中对商法的关系与适用作出接口性的链接规定;其二,独立成编式,即在民法典之内制定商法通则,将其独立成编,与民法总则、物权法、债权法、侵权责任法、亲属法等并列;其三,独立成章式,即在民法典的总则部分独立成章,统一规定商法通则的内容;其四,融合式,即将商法通则的内容全部分解,设定具体条款融入到民法典的各个章节之中。参见《中国商法学研究会关于民法典编纂中统筹规划商事立法的建议》(2015年6月13日)。

[82] [德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2013年版,第10页。

的不同,而持守不同的价值取向,讨论价值判断问题难免“众口难调”,价值判断问题就成为困扰人类智慧的难解之题。^[83] 持肯定见解的学者,虽然论证形式系于文义解释、意思自治等依据,实际上反映了在商事工具的效率与安全之间偏向效率的价值选择。^[84] 与此同时,持否定见解的观点则强调国内独立担保存在过于严厉、欺诈和滥用权利等弊端。^[85] 就前述价值争论而言,囿于讨论者的前见及主观价值,系争观点之间难以形成共识。与之相比,通过对民商事效力区分,能够为独立担保制度的合法化提供新的论证路径。

我国现行《担保法》颁行于1995年,当时商事交易和商事立法尚未繁荣,故而该部法律民法色彩浓厚,而商法色彩欠缺。^[86] 然而,随着担保实务的发展,越来越多的担保业务在性质上属于商事担保,却又受制于民事担保的规范本体,在法律适用上有削足适履之嫌。在独立担保领域,这种现象愈加明显。根据我国现行《合同法》第58条规定,“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。”《担保法解释》第7条规定,“主合同有效而担保合同无效,债权人无过错的,担保人与债务人对主合同债权人的经济损失,承担连带赔偿责任;债权人、担保人有过错的,担保人承担民事责任的部分,不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”《担保法解释》第9条规定,“担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后,可以向债务人追偿,或者在承担赔偿责任的范围内,要求有过错的反担保人承担赔偿责任。”这三个条款即呈现出复杂的适用关系:根据《合同法》第58条之规定,若独立担保合同因自身瑕疵归于无效,担保人一方承担的责任为过错责任,无过错则无责任;根据《担保法解释》第7条之规定,担保人所承担的责任不以其过错为要件,与主债务人处于同一地位,此责任可为债权人的过错所减免;根据《担保法解释》第8条之规定,担保人向债务人享有追偿权。从特别法优先于一般法的适用顺位,《担保法解释》的规定显属优位,即为担保人施加严苛的赔偿责任,持对债权人强化保护之立场,与《合同法》第58条规定的一般原理存在抵牾。前述规范在民事担保领域尚不周严,在适用于独立担保等商事担保领域时更显捉襟见肘。具体到独立担保而言,若国内独立担保的效力为司法政策所否认,其带来的直接结果是担保人将处于连带保证人的地位,可援引主债权合同项下的抗辩权利,直接改变了当事人之间的法律关系平衡。从裁判实践来看,我国法院也倾向于否认独立担保效力之后将其转换为连带责任保证。^[87] 此即为“无效民事法律行为效力转换”原理基础上的“裁判解释转换”方法。^[88]

[83] 王轶:《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》,《中国社会科学》2004年第6期,第104页。

[84] 曹士兵著:《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2008年版,第12页;高祥:《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》,《比较法研究》2014年第6期,第13-14页。

[85] 最高人民法院民事审判第二庭:《民商事审判指导(总第13辑)》,人民法院出版社2008年版,第71页。

[86] 范健:《商事担保的构成与责任特殊性》,《法学》2013年第3期,第18页。

[87] 参见湖南机械进出口公司、海南国际租赁公司与宁波东方投资公司代理进口合同纠纷案,(1998)经终字第184号;江苏省锡山市路市镇人民政府与中国银行锡山支行等借款合同纠纷上诉案,(1999)经终字第82号;沧州市健发蛋白氨基酸公司与中国建设银行沧州署西街办事处借款担保纠纷上诉案,(2000)冀经一终字第50号等案件。

[88] 王闯:《规则冲突与制度创新》,《人民法院报》2007年6月20日/第006版。

然而,前述转换方式的正当性基础值得质疑。首先,该种裁判方法名为“无效民事法律行为效力转换”之原理,实则有擅用法院权力,突破法官的中立裁判地位变更当事人之间法律关系之嫌。其次,法院对独立担保的否定直接改变了当事人之间的利益平衡关系,也否定了当事人之间的意思表示的效力。故而,纵然采取所谓的“无效法律行为的转换”,亦极难贯彻当事人的真实意思表示。再次,当事人之间法律关系的固有平衡被打破之后,若以从属性担保规则处理,又会落入到强化债权人保护的民事担保之窠臼。独立担保的形成,是当事人之间谈判竞争的结果。如果法院将其转换为从属性担保,实则罔顾了担保人的交易风险,殊难体现维护交易安全之价值。在银行作为独立担保的担保人的情形下,由于其并非主债权合同的专家,连带责任方式将导致业务风险增长。因此,该种裁判转换方式仍然是民事思维的裁判方式,无法适应商事担保的制度需求。

如前所述,与传统的民事保证相比,独立担保的商事特征已经十分明显,因此,从保护价值上而言,应当避免用民法上对自然人加以保护的方式施加于商事活动之中,否则将构成“家父主义”立场下的过度保护。遗憾的是,在《征求意见稿》中,最高人民法院仍然未能以商事担保的视角予以重新审视。该解释第二稿第六条规定,“保函不具有涉外因素,且保函所对应的基础交易亦在我国领域内履行的,当事人主张保函性质为见索即付独立保函,人民法院不予支持。保函独立性的约定无效,不影响保函依法被认定为从属性保证。”该解释的起草者提及了不同意见,即统一承认独立担保在国内交易和涉外交易中的效力,但是起草者并不赞成这种意见。其理由在于:其一,国内交易对独立担保无迫切需求;其二,完全放开易产生欺诈和滥用权利的弊端,在市场交易主体信用状况欠佳的情况下,可能导致纠纷增多并对该业务的长期发展产生不利益影响。^[89]就独立担保的担保人与债权人之间责任设置而言,由于二者皆属于商事主体,其皆负有较高的商事注意义务,规范的天平同样应当持中不偏,任何一方并无施加特别保护的必要,这一点与民事担保显然不同。因此,在探讨独立担保规则的设置之前,应当明晰该制度的保护价值,不能用民事保护机制去束缚商主体。总之,从民法与商法的视角对独立担保进行效力区分,可为独立担保的合法化提供又一理由。

(二)独立担保制度的民法典定位

民法典编纂为系统梳理和重新构建担保法的规范体系提供了契机。就独立担保制度而言,由于其产生较晚,早期民法典没有机会将其纳入。在早期司法实务中,独立担保所适用的主要法律渊源为法院判例。但是,随着独立担保实践不断发展,判例法所具有的复杂性极大地阻碍了商事交易的效率和确定性,特别是在大陆法系国家,这种缺陷更为明显。比如,法国2006年修改《法国民法典》时,通过第2321条对独立担保的概念和欺诈情形进行了界定,改变了长期以来依靠法院判例的局面,使得独立担保从非典型担保成为法国法上的一种新型典型担保。美国《统一商法典》第五编的规定适用于独立担保的形式之一备用信用证,也是商事规则明确化的例证。在我国,长期以来,独立担保纠纷缺乏明确的法律根据,也没有有效的司法解释,阻碍了独立担保业务的发展。藉由我国制定民法

[89] 参见《关于〈最高人民法院关于审理见索即付独立保函纠纷案件若干问题的指导意见(第二稿)〉的起草说明》。

典的契机,将独立担保规则予以成文化和明确化,这不但是业务实践的需求,也是完善法律规则的应然要求。

在民法典体系中,独立担保的位置安排取决于其法律性质:如果将独立担保界定为保证合同之一种,则应将其纳入到保证合同章节之下;如果将独立担保界定为自成一体合同,则应当将其与其他有名合同并列;如果将其认定为商事保证,则应将其与保证制度相剥离,并视民商法体例而寻求定位。如前文所述,笔者坚持将具备独立性担保进行类型划分,即独立担保(商事保证)、见索即付的保证(独立保证合同)、独立的担保契约三类。^[90]其中,独立保证属于对保证合同从属性进行例外约定的产物,仍然从属于合同概念。独立的担保契约则相当于英国法上的赔偿合同,与基础交易的关联被阻隔,但仍可归属于合同之列。作为商事保证的独立担保,不应当置于合同之列,而应当归入具有单方属性的商事行为。因此,如果要在人的担保领域实现民商合一,人的担保概念将涵盖民事保证与商事保证,兼括合同行为与单方行为。在《欧洲示范民法典草案》中,起草者将保证作为从属保证和独立保证的上位概念,泛指以自己的全部财产承担责任。^[91]从这个角度而言,《欧洲示范民法典草案》中的“保证”一词实际上与人的担保或者一般担保相当。具体而言,在我国未来民法典体系中,如果我们坚持我国现行法中“保证”的词义,则独立担保应当作为人的担保的直接下位概念,与保证相并列。

(三) 独立担保制度的规范建构

就目前设有独立担保制度的民法典而言,其主要包括两种规范模式:其一,一般条款式的规定,即独立担保的效力及例外条款,以《法国民法典》为著例;其二,法律构造式的规定,即对独立担保的构成性规则予以明晰,以《欧洲示范民法典草案》为著例。2006年修改后的《法国民法典》第2321条是关于独立担保的唯一条文,共包括四款,分别规定了独立担保的概念(担保人基于第三人缔结的债务,按照约定方式承担义务或者见索即付一定款项的承诺)、修正例外(在此种担保的受益人滥用权利或明显欺诈的情况下,或者在其与命令发出人相互串通的情况下,担保人不承担义务)、抗辩限制(担保人不得提出来自受担保的债务的任何抗辩)、独立性(独立担保并不跟随受担保的债务)。^[92]该条款确立了独立担保在法国法上的地位,但是,由于一般条款存在局限性,因此法国判例上所确立的规则仍将在长期内发挥作用。与《法国民法典》相比,《欧洲示范民法典草案》的作法更为细致和具体,规定了包括适用范围、担保人的权利义务、单据相符、欺诈或权利滥用、追偿权、担保期间、权利转让等九个条款,较为系统地构建了独立担保的规则体系,值得我国借鉴。基于独立担保的法理构造,我国民法典中独立担保规则的体系应当主要涵盖三方面的规则,即独立性及其认定的规则、单据相符及其判断的规则、独立担保的修正机制。由于《征求意见稿》中的相关规范在上文已得讨论,本部分仅就尚需完善的部分进行探讨。

[90] 三个概念之间的关系,详见刘斌:《独立担保:一个概念的界定》,《清华法学》2016年第1期,第138页。

[91] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔等著:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第四卷),于庆生等译,法律出版社2014年版,第1093页。

[92] 罗结珍译:《法国民法典》,北京大学出版社2010年版,第505页。

首先,应当建构统一的独立担保效力规范。独立担保制度与物的担保无涉,是对从属性保证制度补充,作用范围有限,并不会损害我国担保法律制度的体系,相反,其是对我国担保法律制度的有机补充。独立担保作为人的担保之一种,在缺乏当事人明确的意思表示时,从属性仍然是担保的默示属性。在民法典体系中,我们应当打破独立保函和备用信用证的形式区分,以及国内独立担保与涉外独立担保的效力区隔,并适用同样的法律规则。

其次,应当完善独立担保的单据相符规则。《征求意见稿》确立了独立担保的严格相符原则,具有积极的价值。但是,该稿并未解决受益人的默示担保规则和非单据条款的效力问题。就默示担保制度而言,由于独立担保项下的担保人和申请人面临着更为严峻的欺诈,而其单据种类和内容又非常有限,因此通过默示担保规则来确保担保人和申请人在付款后获得返还的权利显得更为重要。默示担保规则的价值还在于为担保人和申请人的权利救济提供请求权基础,从而可以避免使用蹩脚且不合适的不当得利等制度。就非单据条款而言,虽然各国际银行业惯例已经明确了将其忽略的态度,但通过该司法解释予以规定将能够提供更为明确的裁判根据。

再次,应当严格限制独立担保的修正机制。从形式上来看,虽然《征求意见稿》第18条和第19条对欺诈的概念规定严格,但是却以“欺诈”的外衣纳入了其他内容,从而造成欺诈概念过于宽泛。这种规定方式在降低我国银行业的风险的同时,也降低了我国银行所提供的独立担保业务的市场竞争力。独立担保规则作为“先付款,后诉讼”的机制,并非在付款后即戛然而止,而是仍然可以藉由诉讼来进行最终的权利维护和调整。设定过多的例外,将势必削弱独立担保的付款确定性和迅捷性,从而最终危害到该工具的使用。

此外,囿于独立担保制度的商事保证属性,应当对独立担保的担保人资格予以限制,这也是将独立担保的效力在民事与商事领域中区隔对待的逻辑结果:从积极方面而言,由于独立担保发生于商事领域,故其中各主体无需以传统担保法对担保人施加保护,可将其合法化与典型化;从消极方面而言,对于不能充分构成商事担保主体的消费者等自然人主体,应当对其进行独立担保活动予以限制。这一保护逻辑在《欧洲示范民法典草案》中已经得以确立,该草案在第七编第四章专设了消费者保证的特殊规则,实际上排除了消费者保证人、非以提供保证为营利目的的自然人保证人作为独立担保的担保人之可能。这种区分方式使得商事领域的独立担保自由与民事领域的保证人保护价值并行不悖,能够有效地回应我国当前独立担保领域的价值错乱。

四 结 论

通过对独立担保的法律性质剖析可以发现,将独立担保解释为合同、信用证的学说解释力薄弱,理论上应当将其界定为商事保证,并可进一步界定为独立承诺。基于独立担保的商事规则,其法理构造上主要包括三个方面,即独立抽象的债务承诺、严格相符的单据交易以及特殊的修正机制。基于民法与商法的不同视野,独立担保的效力并不相同。将独立担保界定为商事保证,可以摆脱民事担保规范对担保主体所施加的限制,并且打破法

律预设的利益平衡机制。在商事保证的基础之上,我国未来的民法典中应当承担国内外独立担保的一体效力,纳入独立担保制度的构成性规则,并且将消费者、非营利目的的自然入等提供独立担保的行为予以限制。

[本文系作者主持的2015年国家社科基金青年项目“独立担保的商事法理构造及法律制度构建研究”(15CFX044)的阶段性研究成果之一。]

[**Abstract**] Independent guarantee, as a new form of security tool, has been defined by different scholars as either contract or credit letter. Such definitions, however, have many deficiencies. The author of this article believes that independent guarantee should be defined as commercial guarantee or, more specifically, as independent undertaking, so that it can rid itself of the restrictions established by the Civil Law. The jurisprudential structure of independent guarantee has three aspects: independent and abstract obligations, strict documentary compliance rules, and the exception to these obligations and rules. In view of the jurisprudential nature and structure of independent guarantee, the rules of independent guarantee, including those indicating of the three main jurisprudences of independent guarantee, should be incorporated into the future Chinese Civil Code along side with accessory guarantee.

(责任编辑:姚 佳)