【司法与实践】

独立担保的独立性:法理内涵与制度效力

——兼评最高人民法院独立保函司法解释

刘 斌

【摘 要】与传统的从属性担保相异,独立担保以独立性为其根本特征,但这一特征仍未得到我国担保法理论界与实务界的系统认识。从内涵上而言,独立担保的独立性意指其与基础交易、反担保等的分离与抽象,体现了商事效率与商事外观法理。从效力上而言,独立担保的独立性效力及于实体、程序两大方面。从实体效力上而言,独立担保得以自成一体,切断基础交易项下的抗辩与抵销权,并构成担保义务单据化的基础。从程序效力上而言,独立担保可排除基础交易的仲裁和诉讼管辖约束,限制审理范围并促使案件迅捷处理,单独确定独立担保所适用的法律。此外,独立担保的有效期不同于保证期间,为单独的或有期间。独立担保的独立性原则作用于独立担保开出之后、担保人承担担保义务之前的期间内,而于付款后不应发生嗣后效力。《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》在一定程度上体现了独立担保的独立性效力,但相关条款仍需进一步解释。

【关 键 词】独立担保;独立性;效力;抗辩;管辖;效力期间

【作者简介】刘斌,中国人民大学法学院博士后研究人员,副教授。

【原文出处】《比较法研究》(京),2017.5.26~44

【基金项目】本文为国家社会科学基金项目"独立担保的商事法理构造及法律制度构建研究"(项目编号:15CFX044)和中国民法学研究会2016年青年学者项目"民商合一视野下商事担保论"的阶段性研究成果。

基于担保行为的单务性与无偿性,传统担保坚持以从属性为原则,在偏重于保护担保人利益的同时,也影响了担保的效率。随着民商事实践的发展,突破了从属性的独立担保开始被商人特别是银行广泛运用于基础建设、融资担保等交易领域。[①]正如我妻荣教授在解释新型物权担保制度出现时所言,其出现原因正是因为传统担保物权很难发挥企业融资和投资媒介的作用。[②]独立担保的出现,反映了传统从属性担保制度无法满足现代市场经济的需求。与之相适应,最高人民法院几易其稿,终在2016年11月公布了《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》(以下简称《独立保函司法解释》)。[③]在该解释颁行之前,我国各级人民法院对待独立担保的司法态度并不一致。最高人民法院的态度较为坚定,即不承认国内经济活动中的独立担保,仅承认涉外经济活动中的独立担保,并对涉外因素作扩大解释,然而此立场亦未能保持连续。[④]《独立保函司法解释》第23条改变了最高人民法院否认国内独立保函的多数立场,承认了国内独立保函的合法地位,从而改变了独立抽象性的规范适用范围。[⑤]尽管《独立保函司法解释》开创了世界范围内就独立担保进行单独规范之先河,引起了全球银行业和法律界之关切,[⑥]但其条文毕竟寥寥,成文法之局限性同样存在。由此,该解释条文背后之法理对于业务实践、司法实践均有重要的透析价值,值得深入研究。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

无论从逻辑结构上，还是从制度价值上，独立性都是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之一。[7]因而，独立担保的独立性也是独立担保基础理论中最重要和最复杂的部分之一，国际立法、国际惯例和各国国内法都难以回避对独立抽象性的阐释和界定。在各国的司法实践中，独立担保的独立性被不同程度上得以贯彻，也不时地在部分程度上被否定。[8]在我国司法实践中，集中存在的独立担保付款纠纷、追偿纠纷、止付保函项下款项纠纷等类型均不同程度上与独立性原则相关。[9]就独立担保的独立性而言，其基本难题在于：独立担保究竟有多独立？其独立性的效力如何？对于这些问题，《独立保函司法解释》在一定程度上予以了回答。本文基于比较法视野与解释论视角，将其独立担保的独立性效力分为实体效力、程序效力与效力期间等三个方面，以为我国独立担保规范的适用提供规范系统诠释的基础。

一、独立担保的独立性内涵

在独立担保业务中，一般涉及三种法律关系，即申请人和担保人之间的申请开立独立担保的法律关系、担保人和受益人的独立担保法律关系、申请人与受益人的基础交易关系。其中，基础交易关系和申请开立独立担保的法律关系是独立担保的基础关系。由于担保人承担的担保属于一种新债(Obligation nouveau)、独立债(Obligation autonome)，[10]独立担保在效力上与两个基础交易相独立：一是独立担保本身与基础交易相独立；二是独立担保与申请人和担保人之间的申请开立独立担保的协议相独立。此外，如果独立担保本身是反担保，那么其与本担保也是相独立的。此种独立性内涵未被严格把握的结果，即造成了我国司法实践中随意止付独立担保的情况较为严重，给我国金融机构开立的独立担保在各国之间的流通造成了不良影响，影响了我国银行的国际业务开展，甚至进一步影响了我国“一带一路”战略。[11]故而，在我国独立担保实务界为该司法解释欢欣鼓舞之时，进一步在理论上明晰独立担保的独立性，显系解决困扰实务界发展难题的良好契机。[12]

(一)独立担保的独立性之基本内涵

独立担保作为一项独立的付款承诺，构成了担保人和受益人之间的一项独立债务，担保人只受其在独立担保中的允诺内容所约束。独立性作为独立担保制度的核心，如何界定其内涵同样也是独立担保各规则不可回避的问题，因此，《见索即付保函统一规则(URDG458)》、《见索即付保函统一规则(URDG758)》、《国际备用证惯例(ISP98)》、《跟单信用证统一惯例(UCP600)》、《联合国独立担保和备用信用证公约》等规则都对独立性进行了明确的规定。由于措辞和文本的差异，这些规则对独立性的规定各具特征。国际商会的前后两个《见索即付保函统一规则》的规定较为一致，都规定了保函与基础合同相独立，同时也明确规定了作为反担保的独立担保与本担保相独立。[13]《国际备用证惯例(ISP98)》作为一个法律化程度较高的惯例，以更为准确的法律措辞规定了备用信用证项下义务与基础交易项下义务的独立关系，开证人对受益人的义务，不受任何适用的协议、惯例和法律下开证人对申请人的权利和义务的影响。[14]对于《跟单信用证统一惯例》而言，虽然其并非为独立担保而专门设定的规则，但也不时地被当事人选择作为独立担保的准据规则，其同样明确规定了信用证与基础交易相独立。[15]《联合国独立担保和备用信用证公约》第3条的规定则较为全面，不但明确规定了与基础交易、其他承保相独立，也规定了担保人/开证人的义务仅取决于担保文本规定的条件。[16]这些国际惯例和国际公约中所确立的“独立性原则”明确地刻画了独立担保的一大制度基础。然而，正如《独立保函司法解释》第5条所规定，前述惯例规则的适用需要当事人的明确选择，否则法院不应当适用此类规则。[17]因此，司法解释对独立担保的独立性效力的规定，其与独立担保的惯例规则相比具有更普遍的

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

约束力。

在阐述独立担保与主债权的独立关系时,学者多交互使用独立性、自主性、抽象性、无因性等语词,不加区分。但是,在有些情况下独立性和抽象性也被区分使用。比如,英国商法权威学者古德教授(Goode)在《国际商会见索即付保函统一规则指南》中即同时将独立性和抽象性作为独立保函的特征。[18]根据古德教授的区分,"独立担保的独立性主要包括两个方面,即独立担保与基础交易相独立、独立担保与本人和担保人的关系相独立";[19]而抽象性则是指"见索即付保函体现为一项抽象的付款承诺,在受益人不予拒绝的情况下,该承诺的效力基于担保人出具保函这一单独的行为"[20]。这种将独立性与抽象性进行区分的做法更为严谨,但并未得到学者的普遍遵循。

就"独立性"一词的含义而言,大多数国内外学者有一定共识。比如,德国学者罗伯特·霍恩教授同样认为,独立担保的独立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)。[21]这与古德教授的观点相一致,其他诸多学者也大多认同这一观点。[22]在德国,有学者进一步将独立担保的独立性区分为"外部独立"(external independence)和"文义独立"(textual independence)。所谓"外部独立"是指该法律文件的设立原因并未在其文本中得以阐述,比如汇票;而"文义独立"则是指在文本中阐明其独立性的情形,比如独立担保。这种区分方式的意义在于,可以对法律工具独立性的来源进行界定,即文本本身抑或是其他渊源。实际上,这种区分方式并不重要,独立性即已经表明独立担保是自足的,并不依赖其他债务的创设、存续和消灭。在哈丁(Hadding)、豪瑟(Hauser)和维尔特(Welter)起草的《债法改革报告》中,他们批评了这一区分标准,认为这种表述方式容易与独立担保的独立性相混淆。[23]

相较于"独立性"一词,法国最高法院更倾向于使用"自主性"(autonomous)。何谓自主性?法国最高法院在判决中指出,自主性是指相对于基础合同而言的,独立担保并非和基础合同毫无联系,事实上,独立担保衍生于基础合同。[24]对于作为反担保的独立担保而言,其自主性则是同时相对于原担保和基础合同而言的。[25]法国最高法院认为:一方面,"自主性"一词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"一词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。[26]法国最高法院的用法并未受到我国学者的沿用,我国学者在介绍法国担保法时使用了独立性一词。[27]从法国最高法院对独立担保"自主性"的阐释来看,其兼具了独立性与抽象性两层内涵,即表明了独立担保与基础交易相独立,也表明了独立担保的效力与基础交易无涉。

在我国,大部分学者简单使用了"独立性"一词。[28]亦有学者并列使用了"独立性"、"自足性"、"单据抽象性"、"第一位性"、"无条件性"等错综复杂的概念关系,弥合了独立抽象性特征及其表现形式的关系,有失精准。[29]包括单据性、书面性、无条件性等特征实际上构成了独立性的支撑要素,但并不等同于独立性本身、[30]从独立性的文义角度而言,该词可以在两层含义上被使用:其一,独立性与同一性相对应,独立性用以表征两项法律行为,而同一性则用以表征一项法律行为,此独立性为相对的独立性,与区分或分离的意义相当;其二,独立性与有因性相对应,独立性指抽象性或无因性,有因性则表明法律行为效力上的从属,此独立性为绝对的独立性。与物权行为的无因性理论相比较,此间的逻辑冲突更加明显。物权行为的无因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性。对于独立担保而言,其本身即已经是一项独立存在的法律行为,并不存在与基础交易分离的困难。独立担保需要解决的问题实际上是独立担保与相关基础交易的效力关系问题,也即抽

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

象性或者无因性问题。故而,严格来说,一项独立的行为当然是自足的,否则其便不是充分独立,因此,独立性与抽象性实为同一问题的不同表述。

从扩张当事人意思自治的角度而言,不同独立性因素之间的相互选择和组合,通过当事人的特别意思表示可形成不同的效力,并构成对保证人抗辩的限制和约束。例如,曹士兵先生指出,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。[31]但是,当事人通过对各种独立性因素的相互选择和组合所形成的独立保证合同,并不具有独立担保所具有的独立抽象性和单据性等构成性特征,也并非商事活动中所普遍开展的独立担保业务。商事实践中的独立担保,比如独立保函和备用信用证等,其独立性具有典型化的特征,即同时具备成立、效力、消灭等方面一体的抽象性,而非这些因素之间的选择性组合。故而,对于独立保证合同而言,其对独立担保的独立性规则并不能完全适用。[32]

(二)独立担保的独立性之法理内涵

独立担保作为一项"生于斯,长于斯"的典型商事工具,其独立性体现了商事效率、交易安全、公平交易、外观主义等商事法理。这些商事法理之间不仅有交叉重叠,甚至相互之间有一定的冲突,比如效率和安全之间的冲突、法律的可预测性与灵活性之间的冲突等。但是,在独立担保这一商事工具中,独立性主要蕴含了商事效率原则和商事外观法理。

其一,商事效率原则。独立担保的迅捷性主要体现在两个方面:一方面是先付款,后诉讼;另一方面是付款或者拒付行为的迅捷。[33]基于独立担保的独立性和单据性基础,"先付款,后诉讼"得以实现,从而改变了保证、保险等传统商业工具付款耗时的缺点。在此基础上,付款或者拒付行为的迅捷性要求,则为商业实践和惯例所要求,用以保障付款过程的迅速。比如,与信用保险相比,独立担保在效率性方面有着明显的优势。首先,在信用保险中,保险人必须首先通过调查等方式确认发生了保险事故,方能启动赔付程序。理赔程序通常是繁琐而且耗时的,并且由于各保险公司的政策差异,信用保险具有较大的不确定性。比如,在工程建设领域,开出保险的保险公司比开出保函的银行更加倾向于拒绝付款。[34]其次,独立担保项下有着确定的付款额度和付款条件,一旦付款条件触发,担保人即应当支付确定的款项。而在信用保险中,保险公司不仅要确定保险事故的发生,还要确定损害范围和赔偿额度,这无疑将削弱保险工具的效率。再次,在发生争议的情况下,保险诉讼仍然遵循"先诉讼,后赔偿"的原则,只有在保险事故和赔付额度得到诉讼或仲裁的终局裁决时方启动赔偿程序,而独立担保则遵循"先付款,后诉讼"的原则,即使发生了基础交易的争讼,付款过程根据担保文件数日内即可完成。值得注意的是,《独立保函司法解释》并未规定审单、付款等各项时间要求,故而,包括《见索即付保函统一规则(URDG758)》《国际备用证惯例(ISP98)》等在内的商事惯例仍将共同发挥规范作用,这就决定了独担保的独立性固然体现于《独立保函司法解释》,也同样遵循相关惯例规则。

其二,独立担保作为典型的商事行为,其法律规则体现着强烈的商事外观法理。在独立担保中,商事外观主义原则首先体现在其单据规则方面。在独立担保业务中,担保人是否付款取决于受益人是否提交了表面相符的单据,至于受益人的主观状态则不予关注。比如,1995年修订后的美国《统一商法典》第5-108条a款规定,在交单与信用证规定的条款表面上严格相符的情况下,开证人必须承付,如果不交单与信用证条款不符,开证人必须拒绝承付。[35]《统一商法典》该条的正式述评指出,本条不仅要求提示的单据本身与信用证的规定在表面上严格相符,还要求提示行为严格符合信用证中规定的提示时间和地点等其他条款。[36]《统一商法典》的该规定同样适用于备用信用证等独立担保类型中。严格相符的单据规则在独立担保的相关惯

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

例中也得以规定。根据单据规则,担保人不仅无须关注交单人的主观状态,也无须对单据的真实性负责,商事外观法理可谓体现得非常透彻。这一点同样体现在《独立保函司法解释》之中,其第6条对单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面相符等事项之规定,均体现了强烈的商事外观法理。[37]

除了单据规则之外,在独立担保的欺诈领域,各国法上亦采取客观主义的欺诈标准,以受益人的行为外观作为判断的根据,而不关注其主观状态。比如,在英国法上,为了证明欺诈是明确的,英国法院往往要求当事人提供强有力的证据,譬如来自受益人的文书等,但是对欺诈的界定仍然限于客观标准,而不需要证明受益人欺诈的主观意图。[38]在德国法上亦然。霍恩教授指出,导致受益人获得独立担保付款的基础交易事项未成就时,受益人提出的索款请求即为欺诈。[39]虽然对欺诈的判断存在多种进路,但是,欺诈的客观性标准为判例和学者所赞同,即在判断欺诈的成立与否时无需关注是否存在主观上的故意或者恶意。这一点与民法中的欺诈显然不同。[40]

二、独立担保的独立性之实体效力

基于独立性,独立担保可产生多方面的效力,包括成为一项独立抽象之债务、阻断基础交易项下的抗辩、阻断基础交易项下的抵销权、构成单据机制的基础等。当然,这些效力在各国法上或有差异。比如,在法国判例上,独立担保的独立性原则的效力可及于以下方面:其一,独立担保的受益人索款时无需证明基础交易的履行情况;其二,独立担保的申请人不能以要求正确履行基础合同为由阻止付款;其三,独立担保人不能援引基础合同拒绝受益人的付款请求;其四,适用的法律是独立担保的法律而不是基础交易的法律。[41]基于独立担保的独立性原则,法国最高法院在判例中推导出来了以下效力:银行不能从主债务人向受益人提出的基础合同未履行或未正确履行的抗辩中受益;基础交易中的仲裁条款对独立担保不构成影响;基础合同的修改以及合同无效不构成对银行承诺的影响,但评论者认为这种情形不适用于违反公共秩序的合同,比如买卖毒品的合同;反担保的范围与原担保无关,反担保可以提供更为宽泛的事项,不受原担保的影响;即便原担保是从属性担保,其对反担保的独立性同样不构成影响;在缺乏共谋的情况下,原担保项下遭受欺诈索款之后,受益人索取反担保项下款项并不构成欺诈;原担保项下的索款逾期,并不影响反担保项下的索款,重要的是反担保项下的索款是否逾期;虽然独立担保的担保人通常会就其付款行为通知申请人,但是由于独立担保是其独立的债务,担保人并无此项义务。[42]在我国《独立保函司法解释》中,作为独立性的核心要素,独立担保的独立性被不同程度地涉及,具体而言,独立性的法律效力及于以下方面:

(一)使独立担保构成一项独立债务

在从属性保证中,保证债务随着主债务的成立而成立,随着主债务的生效而生效,随着主债务的消灭而消灭;如果主债务不生效力,则保证债务也不生效力的。在独立担保中,独立担保的效力不再取决于基础交易的有效性,其本身是一项自足的法律文件。从属性保证需要符合合同法和担保法对保证合同成立和生效的规定,而独立担保随着担保文件的发出即告生效,这一点为国际立法和国际商事惯例所承认,亦为我国银行业所普遍遵循。[43]在存续期间上,独立担保由担保文本本身规定,而不再受限制于主债的期限。换言之,独立担保的命运已经与基础交易的命运无关。[44]然而,即便如此,实务中独立担保的担保人容易受到诸多的付款干扰因素,比如,在委托开立保函的基础交易中委托人施加的特别条款。对此,《独立保函司法解释》第8条明确了独立担保的债务主体以及其权利:开立人有独立审查单据的权利与义务,有权自行决定是否相符以及是否接受不符点。该条文明确指向了独立担保债务的独立性,不受其他债务项下权利义务的干涉。[45]《独立保函司法解释》第11条则对独立

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

保函项下权利义务的终止情形进行了规定，多系于独立保函的自身缘由抑或保函债务的消灭等事项，亦体现了独立担保从生至死的独立性。[46]

独立担保制度上的独立性安排，实际上是商事实践需求的产物。究其原因，通常作为独立担保之开立人的银行等金融机构是银行保函、备用信用证等独立担保业务的专家，却并非建设工程、货物买卖等基础交易领域的专家。如果金融机构超越其业务范围而涉足到基础交易之中，对他们而言是非常危险的。银行业务实践表明，对于银行而言，如果试图在信用证等单据业务中获得成功，必须严守银行业务的范围，而不能逾越其业务范围涉足到基础交易之中。[47]正是基于此，银行界很早就认识到要将其信用证业务与基础交易相独立，1933年国际商会在制定第一版的《信用证统一惯例》时，就明确表明，“银行处理的是单据，而不是货物”[48]。对于独立担保业务而言，这种区分同样重要。如果独立担保的担保人超越独立担保本身而涉足到基础交易之中，其不仅会丧失独立担保制度为其提供的绝佳保护，而且不得不在其不熟悉的领域中疲于应对基础交易中的各种法律争议。故而，依据《独立保函司法解释》第6条第2款，基础交易或者申请关系的抗辩，不为人民法院所支持。[49]

总之，基于独立性原则，独立担保得以自成一体，成为了担保人的一项自足的独立债务。具体而言，其效力及于如下方面：

其一，独立担保的效力与基础交易无涉。独立担保在其成立、效力、履行等都能够建立于其自身条款之上，不再受制于基础交易的效力状况，这与传统的从属性担保构成了很大的不同。对于独立担保而言，独立性使得其具备比从属性担保更强大的担保功能。在独立担保中，受益人可凭借其自己的判断确定基础交易的履行状况，如果其认为基础交易中存在违约情形，即可以凭与独立担保相符的单据向担保人索款，而无需向法院提起诉讼。即使在获得付款后进入诉讼，受益人在最终判决前仍然持有独立担保项下款项。在这种机制下，受益人可以向基础交易中的对方当事人施压，要求其全面正确地履行合同义务。对基础交易的债务人而言，受益人索取独立担保项下款项的压力毫无疑问将促使其全面履行合同义务。

其二，独立担保构成了担保人的债务，而非申请人的债务。在美国《担保法重述》中，从属性保证被界定为一项合同，在合同中保证人同意承担另一方当事人的债务、违约等带来的责任。[50]与从属性保证不同，独立担保的担保人以自己的信用承担付款的责任，从而取代了申请人的信用。担保人有权利自行决定付款，而不需要经过申请人同意，也无通知申请人的义务。这一点在《独立保函司法解释》第8条中得以明确，“开立人有独立审查单据的权利与义务，有权自行决定单据与独立保函条款之间、单据与单据之间是否表面相符，并自行决定接受或者拒绝接受不符点”[51]。这一点与从属性担保中担保人为主债务人提供的补足信用不同，独立担保的担保人应当独立履行债务，与其他债务人不生连带或按份之关系。至于独立担保的担保人和申请人之间，如果申请人的信用不足，申请开立独立担保的基础合同中常常会通过设立担保的形式以确保申请人的及时偿付，此时实际上构成一项反担保关系。正如古德教授所认为的，“反担保还独立于指示方出具的委任指示。委任关系是本担保的担保人和指示方之间的内部关系，违反该内部关系并不能成为拒绝付款的理由，除非该条款被整合到了反担保之中”[52]。笔者认为，无论是本担保还是指示方的委任指示，都可以归入反担保的基础关系。例如，《独立保函司法解释》第9条所规定的开立人之追偿权问题，即属于基础交易纠纷，而非独立担保纠纷本身。[53]

对于独立担保的担保人而言，独立性有着重要的价值。独立担保的担保人往往是银行等金融机构，并非基础交易项下的当事人。对于独立担保业务，担保人在收取一定的费用之后提供基于自己信

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

用的担保。如果担保人的权利义务涉足到基础交易,其将不得不投入大量的时间和人力对基础交易进行关注,这无疑将推高担保的成本。正是由于独立性的存在,独立担保得以代替从属性担保为银行等商事主体所广泛运用。对于独立担保的担保人而言,独立性的另外一个价值在于其能够保证付款的确定性。在从属性担保中,如果担保人基于错误的原因向受益人承担了担保责任,那么担保人向被担保人的追偿权利将面临不确定性。独立性原则在很大程度上使得担保人避免了这种不确定性,从而对担保人的利益构成保护。

其三,独立担保中的偿付数额与基础交易中受益人的实际损失相分离。这一点体现在独立担保项下付款金额的确定性,即独立担保须载明最高付款金额或者可确定的金额,即通过担保文本或付款单据加以确定。[54]独立担保的申请人不能以独立担保中的数额超过了基础交易项下的损失为由要求拒绝付款,独立担保的担保人也不能据此拒绝付款或者减少付款数额。但是,这并不是说受益人可以因此获得超过其损失额度的赔偿。在独立担保的担保人付款之后,申请人或可基于基础交易关系向受益人提起款项索偿之诉。当然,这取决于当事人在基础交易中对损害赔偿性质的界定。如果基础交易中规定该赔偿属于损害赔偿金性质,申请人有权利请求偿付超过实际损失的款项部分。如果该项赔偿属于惩罚性违约金,申请人能否主张超过实际损失的款项取决于合同法对惩罚性违约金的规定。

其四,独立担保债务的履行不受基础关系中情事变化的影响。基于独立性机制,申请人和担保人之间的基础关系的变更、消灭、效力瑕疵等因素对独立担保的效力均不构成影响。即使独立担保的申请人陷入破产,独立担保的担保人仍然需要承担独立担保文本规定的责任。[55]"先付款,后诉讼"仍然是这一商事工具的重要特征。[56]对于受益人而言,这种担保责任的确定性是十分重要的。在我国破产法实务中,由于金融机构破产受到严格规制,尚未见到此类案件,然则域外的判例则有迹可循。在我国未来的独立担保实践中,由于担保人主体的范围的扩张,此类纠纷亦值得关注。

在美国破产法上,在破产情形下备用信用证的独立性得到了判例的承认。[57]在In re Twist Cap, Inc案[58]中,在买方提出破产申请之后,破产法院作出禁令禁止银行承付备用信用证。法院认为,因为备用信用证是以申请人的财产为担保的,备用信用证的付款将导致对没有担保利益的受益人构成间接的偏颇性清偿。在该判例之前,没有法院或者学者认为备用信用证的独立性会受到银行对申请人的抵押权的影响。对于该判例,许多学者对该判决提出了批评。比如,贝尔德教授认为,"Twist Cap案是一个错误的判决,该判决使得备用信用证这一商业融资工具的效力毫无必要地被质疑。破产法院绝对不应该以银行承付备用信用证将会导致银行向破产人主张担保利益为由禁止银行承付。银行对受益人的付款义务与银行和申请人之间的基础交易是独立的,并不对破产债务人和其他债权人构成影响。"[59]罗登伯格教授认为,该判决忽略了备用信用证的独立性,以及风险转移功能。[60]邓澜教授指出,在Twist Cap案中法院的明显错误在于将受益人归为没有担保的债权人,事实上,受益人有着非常坚实的担保措施。[61]在Twist Cap案之后,美国破产法院的判例对信用证以及备用信用证的独立属性给予了尊重。[62]以至于在当事人陷入破产之前,信用证或者备用信用证用来实现偏颇性财产转让,破产管理人可以向获得优先受偿的受益人请求返还,而不能止付信用证或备用信用证项下的付款。由此可见,在破产案件中,备用信用证的独立抽象性仍然是完整的,并不能基于其对破产财产的偏颇性清偿而止付。

(二)阻断基础交易项下的抗辩

在从属性保证中,保证人不仅可以主张保证合同中的抗辩,还可以主张主债务中的抗辩,即使主

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

债务项下的抗辩权为主债务人所抛弃，保证人亦可主张。在一般保证合同中，保证人还可以主张强大的先诉抗辩权，要求就主债务人的财产进行先予执行。但是，从属性保证的保证人并不总是拥有先诉抗辩权的。比如，在德国法上，如果有下列情况之一，保证人不得提出先诉抗辩权：保证人已经抛弃先诉抗辩权；在保证合同成立之后，因主债务人的住所、居所发生变更，致使债权人向其请求清偿发生困难；主债务人宣告破产；根据情况可以推定对主债务人的财产强制执行仍不足以清偿债务人。[63]在独立担保项下，基于独立担保的独立抽象性，担保人不能以基础交易的抗辩为由拒绝付款，基础交易中的抗辩不能构成履行独立担保义务的影响。在独立担保领域的国际惯例和公约中，这一点被以不同的方式予以描述，并为各国的判例法所承认。[64]

《独立保函司法解释》第6条明确规定，开立人以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务提出抗辩的，人民法院不予支持。[65]由此，独立保函的基础交易关系和保函申请关系项下的抗辩权均不能在独立保函交易中援用，此实则为独立性的效力使然。不仅如此，《独立保函司法解释》的起草者进一步认为，独立保函的抗辩权已经不是排他的问题，而是保函开立人的抗辩权具有单一性——仅能够根据保函本身提出单据不符的抗辩，而不能提出其他事由的抗辩。[66]这一点是对独立担保的独立性效力的正确认识，惟有欺诈等例外事由直接损害了独立担保的独立性，并可以击穿单据相符基础之上的单据交易机制。[67]

(三)阻断担保人及申请人的抵销权

基于独立担保的抽象性，独立担保的担保人或者申请人也不能以其他交易关系主张抵销权。在独立担保中，担保人付款的义务乃是基于独立担保本身，而申请人或者担保人的抵销权则是基于基础交易等其他交易关系。由于独立抽象性的存在，在受益人索款的过程中，其行使权利的基础乃是基于独立于其他交易关系的独立法律关系，其他交易关系中的权利不应当涉足其中。即使拥有基础交易项下正当的抵销权，独立担保的申请人仍然不能主张抵销权，法院也不应当就此作出禁止受益人索款或者禁止独立担保的担保人付款的禁令。[68]

禁止独立担保的担保人或者申请人主张抵销权的规则在美国法上有着明确的判例。在Steinmeyer v. Warner Consolidated Corp.案[69](以下简称“Steinmeyer案”)中，信用证的开证申请人请求银行向其本票的持有人开出备用信用证，并允诺为其从受益人处获得的股权向受益人分期付款。如果受益人提供了虚假的担保，相应的该期付款则予以减少。后来，开证申请人针对一笔到期的本票付款主张抵销权，并且请求法院作出禁止受益人索款的禁令。加利福尼亚州上诉法院允许了这一请求，但是在禁令中指出只是禁止受益人提交相应的索赔声明，而不禁止开证人付款。同时，法院在判决书中指出，在解释备用信用证时，不能与基础交易相孤立，因为它们共同构成了交易的一部分。这一错误的判例被Wyle v. Bank Melli案[70]所遵循，这些判例受到了学者的激烈批评。邓澜教授指出，“(备用)信用证本身没有提及到任何的抵销权，其付款条件是提交本票以及出票人未付款的声明。此时，备用信用证的独立抽象性原则应当适用，开证申请人基于任何理由主张的抵销权都应当是徒劳。在本案的上诉审中，持票人辩称加利福尼亚州的《统一商法典》已经将信用证的独立性予以明确的规定，但是法院却坚定地拒绝适用该条规定。该案的错误在于，法院误解了持票人的权源”[71]。

Steinmeyer案作为一个错误的判例，从反面诠释了备用信用证的独立抽象性原则。在本案中，虽然开证申请人对受益人拥有主张抵销的权利，但是，该权利不应当在备用信用证相符付款时行使。备用信用证是与基础交易相独立的，备用信用证的受益人获得付款的权利是基于信用证而不是基于基础交易，该项权利的行使不应该受到基础交易中

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

权利义务安排的限制。法院拒绝适用美国《统一商法典》第5-114条是缺乏理论支持的，其所谓的“备用信用证不能与基础协议和本票分开来孤立地解释”同样违反了独立抽象性规则，误解了备用信用证的法律属性。1990年，美国律师协会信用证委员会的专家小组同样将该案作为反面判例，指出一些法院忽略了信用证的内涵，而将其作为一项各方当事人之间的合同争议。[72]

作为人类理性有限性的体现，法律并不能完全涵盖社会生活之各种情形，故而法律解释具有重要价值。在《独立保函司法解释》中，虽然解释者没有明确规定阻断担保人及申请人的抵销权的规则，然则从该解释对独立担保之独立性的体系规范强度来看，这一规则仍可以从中得以阐释得出。

(四)构成单据性机制的基础

独立性作为独立担保的基本原则之一，使得独立担保与其他基础交易相独立。但是，独立性并不能直接决定独立担保的担保人付款的条件，也不能决定受益人在何种情况下应当获得付款。故而，除了独立性之外，单据性实则构成了独立担保制度的另一项基石。究二者关系，正是基于独立性原则，独立担保的单据性机制得以成立，从而使得独立担保的付款条件得以单据化的形式体现。[73]虽然独立抽象性与单据性发挥着不同的作用，但是二者的关系并非被割裂的：独立性一方面将独立担保与基础交易相隔离，另一方面也成为了构建独立担保单据性原则的基础。故而，从单据性的角度而言，单据性一方面为独立性的实现形式，另一方面也确保了独立担保与基础交易相独立。因此，虽然独立担保的独立性原则和单据性原则为相辅相成的关系，但独立性原则比单据性原则更关涉根本，构成了单据性的基础。

正是基于独立性，独立担保的担保人有义务凭与独立担保条款相符的单据付款，从而其义务被限制在单据审核范围之内，而不能涉足于基础交易之中。因此，独立性对单据性的作用可以归结为两个方面：其一，从正面而言，独立担保的担保人只有表面审核单据的义务，并且在单据相符时履行其独立担保项下的义务。这一点在《独立保函司法解释》第6条第一款得以规定：“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相符，受益人请求开立人依据独立保函承担付款责任的，人民法院应予支持。”[74]其二，从反面而言，独立担保的担保人没有涉足基础交易中的义务，法律也不应赋予其超越单据审核之外的其他权利或义务。《独立保函司法解释》第6条第二款则排除了担保人以基础交易关系或者独立保函申请关系对付款义务提出的抗辩，从反面予以了规定，由此在独立性基础上确立了独立担保的担保人之义务。[75]

总之，就《独立保函司法解释》框架之中，独立担保的单据性体现以下方面：其一，独立担保的数额、有效期、付款条件、终止条件等都取决于担保文本的规定，其他文件不构成对这些内容的影响；其二，受益人所应提交的单据同样由独立担保文本所规定，并且这种规定是具有排除性的，不受其他关系的影响；其三，独立担保项下担保人的付款义务与单据要求相一致，故而不涉足于对单据表征事实(比如基础交易中的违约事实)的调查，亦不负担真实性的责任。从这些单据性的内容而言，其效力都是基于独立性，由独立担保文本所决定。由此可见，如果将独立性从独立担保制度中抽离出来，单据性的大厦也将轰然倒塌。凡此种种，其导致的直接效果即是：独立担保的担保人可得凭自我意思进行单据审核和判断，不受制于申请人的意思和指示，也即审单行为之独立性。

三、独立担保的独立性之程序效力

由于担保合同的从属性，担保合同纠纷在管辖权、诉讼程序、法律适用等问题受主合同的影响较大。而突破了从属性的独立担保，其在仲裁与诉讼程序中与从属性担保亦存在较大差异，这些差异均系独立性原则所产生的结果。具体而言，独立担保的独立性在程序上可产生以下效力。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

(一)独立性原则与管辖权

管辖权问题是独立担保纠纷的司法疑点之一。[76]在《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》(以下简称《担保法司法解释》)中,其第129条明确规定:主合同和担保合同发生纠纷提起诉讼的,应当根据主合同确定案件管辖。[77]担保人承担连带责任的担保合同发生纠纷,债权人向担保人主张权利的,应当由担保人住所地的法院管辖。主合同和担保合同选择管辖的法院不一致的,应当根据主合同确定案件管辖。由此规定,在从属性担保中,担保从属性的效力不仅及于了实体部分,也扩张至了诉讼程序领域,其案件管辖权受到了主合同纠纷的管辖权竞合吸收。

然而,在独立担保领域,由于从属性被突破,此种管辖权竞合吸收规则的基础并不存在。由此,在诉讼与仲裁程序中,独立担保的管辖权不应受到基础关系中约定的诉讼或仲裁管辖之影响。就这一点而言,《独立保函司法解释》第13条规定了保函欺诈案件的管辖法院,即开立人住所地或者其他对独立保函欺诈纠纷案件具有管辖权的人民法院。[78]从该条文来看,该解释并未在一般意义上确立独立保函案件的单独管辖权,但基于独立担保的独立性,该条文的程序效力应当扩大至排除基础合同的约定诉讼管辖或约定仲裁之内容。有基于此,《独立保函司法解释》第21条单独规定了保函纠纷的管辖法院为开立人住所地或被告住所地人民法院,但保函载明意定管辖或仲裁的除外,且基础交易中的协议管辖和仲裁条款不构成对独立保函纠纷的约束。[79]

从最高人民法院的判决立场来看,基础交易的管辖权约定亦不及于独立担保纠纷。在贝尔公司诉乌兹特拉斯加斯公司保函欺诈纠纷一案中,贝尔公司以乌兹特拉斯加斯公司保函欺诈为由提起诉讼,乌兹特拉斯加斯公司认为双方之间有仲裁条款,受诉法院对此案无权管辖,并提出了管辖权异议。本案一审法院上海市第一中级人民法院、二审法院上海市高级人民法院和再审法院最高人民法院均驳回了管辖权异议。三级法院的共同立场是:首先,本案诉争的系保函欺诈纠纷而非基础交易纠纷,故而不属于基础合同的仲裁条款约束范围之内;其次,独立保函独立于基础合同,这种"先付款、后诉讼"的机制是独立保函的工作根基,人民法院虽然在必要时可以审查基础合同的部分事实,但此种审查应当是非常有限的,而非全面的审查。[80]由此,独立担保纠纷的管辖权得以独立确定,不仅可以排除基础交易纠纷的管辖权吸收,也可以排除来自基础交易中仲裁条款的影响。

此种限制基础交易纠纷的管辖权扩张至独立担保的态度,在域外法上亦然。在美国法上,《统一商法典》第5-109条(b)款明确规定作出禁令的法院必须为"能够行使管辖权的法院"。[81]在判例中,美国法院同样对信用证和备用信用证的管辖权持克制立场。在Falcoal, Inc. v. Tukiye Komur ISletmeleri Kurumu案[82]中,原告Falcoal是一家位于德克萨斯州的公司,被告为土耳其政府持有的TKI公司,双方签订了买卖煤炭的合同之后,原告向被告提供了一份由花旗银行安卡拉分行开出的总合同价款10%的履约保函,该保函由一份花旗银行达拉斯分行开出的备用信用证进行反担保。由于TKI公司未能如期开出进行付款的信用证,该批货物未被发运,TKI公司遂主张并获得了履约保函项下的付款。原告诉至美国联邦地区法院,主张被告错误索款并且损害了原告的商誉,被告则答辩称法院并无属人管辖权。美国联邦地区法院认为,保函纠纷与备用信用证纠纷为不同纠纷类型,并支持了被告的答辩请求。在该案中,所涉及的履约保函的开立地和履行地均为土耳其,与之相关的备用信用证虽然与美国法院的管辖权具有联系因素,但两项法律关系之间的独立性为法院所认可,独立性原则得以贯彻至管辖权事项之上。同样的判决立场可见于Hendricks v. Bank of America N.A. 案[83]等后续案件之中。当然,例外的情形是,如果当事人同时提起了基于基

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

础交易和独立担保(或信用证)的诉讼请求,此时适用基础交易中的管辖规则并不违反独立性原则。[84]在涉及破产案件时,破产案件管辖法院对备用信用证(或信用证)案件享有管辖权。[85]此种情形下,独立性原则的程序性效力受制于破产法的管辖规则。

(二)独立性原则与案件审理程序

虽然独立担保以独立性为其基础特征,但其仍然脱胎于各项基础交易。这种联系是多方面的,基础交易是独立担保产生的前提、目的和根据。这种关联造成的直接结果是,法院在处理保函纠纷时不仅要面对独立担保,还不可避免地需要面对基础交易,甚至于在特殊情况下,法院对基础交易的审查是不可避免的。[86]尽管如此,在案例审理过程中,法院仍然应当在程序中坚持独立担保的独立性原则,避免案件审理程序构成对独立性原则的损害。

首先,在案件审理程序上,独立性原则要求独立担保纠纷的迅捷解决,同时也为独立担保纠纷的迅捷解决提供基础。独立担保纠纷为典型的商事案件,其对迅捷解决的需求尤为强烈:若独立担保的付款受制于一国拖沓的诉讼程序,必将削该国银行等金融机构开出的独立担保的市场接受程度,并进而削弱该国独立担保工具的市场竞争力。故而,从独立担保的制度基础来看,其对纠纷的迅捷处理具有较高的迫切性。如果当事人在此过程中付出的代价过于昂贵,其不仅将导致当事人放弃通过审判来实现正义的希望,而且将进一步损害独立担保工具的生命。[87]在美国法上,法院通常使用简易判决(summary judgement)处理信用证与备用信用证纠纷。简易程序非常契合对纠纷处理有迅捷性要求的信用证与备用信用证纠纷:该种商事工具的重要优势即在于最低限度的诉讼和司法干预。[88]当然,在案件事实存在较大争议的情况下,简易程序就不再适用。[89]在我国法上,通过简易程序乃至速裁程序进行处理的纠纷多为事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单民事案件。[90]独立担保案件大多涉及域外当事人、数额较大,通常难以符合简易程序的受案范围。故而,对于采用普通程序审理的独立担保纠纷,强调独立性以及由其产生的速裁需求对审理程序而言具有重要价值。

其次,在案件审理的事实范围上,独立性原则要求法院应当避免对基础交易中的争议进行涉足和考虑,对案件审理范围应当持克制立场。这一点虽然未得到《独立保函司法解释》的明确规定,但《独立保函司法解释》第18条从反面进行了规定:人民法院在审理保函欺诈纠纷或处理止付申请时,可以就当事人主张的具体情形,审查认定基础交易的相关事实。[91]由于欺诈或止付纠纷构成独立性的例外,在此种情形下,法院超越独立担保本身审查基础交易并不损害独立性本身。然则,在独立担保的索款纠纷、不当拒付纠纷等纠纷类型中,由于独立性原则仍然发挥作用,法院在审理过程中应当尽量,避免扩及基础交易中的事实,以及避免基础交易事实对案件的不当影响。

(三)独立性原则与法律适用

由于基础交易通常为独立担保提供交易背景等信息,故而基础交易通常能够为独立担保的解释提供支撑。但在法律适用过程中,独立性原则的重要价值在于:基础交易所适用的法律并非独立担保本身所应当适用的法律。[92]事实上,独立担保与基础交易分别适用不同的法律为其通常情形。在理论上,就独立担保的法律适用而言,理论上亦存在是否可适用我国担保法的争议。有观点认为,《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)第5条第一款所规定的担保合同从属性之例外,为独立担保预留了空间。[93]依该观点递推,该条款实则提供了可得适用《担保法》之可能,至少是适用《担保法》第5条之可能。反对的观点则认为,独立担保与担保合同非同一所属,应当适用与信用证相同的法律规范。[94]在《独立保函司法解释》出台之前,这两种法律适用方式在我国司法实践中均存在,但以后者为主。对于当事人意定了所适用国际惯例的情形,我国法院多尊重当事人意思并适用《国际商会见索

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

即付保函统一规则(URDG758)》等惯例规则。[95]但值得注意的是,由于最高人民法院并未规定独立保函纠纷的单独案由,我国各级法院多将独立保函纠纷归入“保证合同”、“保函侵权”等不同案由之下,但究其实质,案由归类的方式通常并未对适用的法律产生必然影响。[96]

在《独立保函司法解释》中,最高人民法院涉外民商事审判的相关负责人明确指出采第二种意见,即独立保函虽然具有担保债权实现的功能,但不属于我国担保法规定的法定担保方式,故而不适用我国担保法关于保证的规定。[97]该解释第3条第三款明确规定,当事人主张独立保函适用担保法关于一般保证或连带保证规定的,人民法院不予支持。[98]由于该条文明确排除了独立保函纠纷适用一般保证或连带保证规则的可能,这标志着之前我国司法实践中面对国内独立担保所普遍采用的“无效民事法律效力转换”方式宣告终结,而该种方式为我国各级法院所普遍采用。[99]所谓“无效民事法律效力转换”系指,在主债权合同有效的场合,通过‘裁判解释转换’的方法,否定独立担保的独立性效力,并将其转换为有效的从属性担保或者连带责任保证。[100]建立于保证制度之上的价值判断与利益衡量结论,并不同于独立担保领域,此种转换过程之中,实则裹挟了司法能动主义之上的价值强硬切割和意思替代,与商事自治的理念并不相符。故而,从价值判断角度出发,保证制度与独立担保制度的价值判断基础并不一致,独立担保也缺乏适用保证法律制度之价值基础。

既然独立保函纠纷不能适用担保法中保证部分的规定,进一步而言,其能否适用担保法中关于追偿权等一般规定呢?《独立保函司法解释》第9条规定,独立保函的开立人有权在付款后向申请人追偿,但受益人提交的单据有不符点的除外。[101]该条规定为独立保函的开立人行使追偿权提供了请求权基础,其效果在于赋予了法定追偿权。对此,有实务界人士持反对态度,其主张独立担保不具有从属性,其追偿权的根据乃是基于开立人与申请之间的委托合同关系,而非法定追偿权。[102]笔者认为,追偿权作为判断是否构成一项担保的重要标志,对于抵押、质押、保证等典型担保形式,担保人的追偿权乃是基于法定固然不存在争议,对于法律上之非典型担保,其虽然缺乏明确的制定法根据,但其追偿权亦不容否认,否则最终的利益失衡则将有赖于不当得利等制度调整。由此,在追偿权问题上,这一点构成了独立担保与信用证的重要区别:对于信用证而言,其开证人的追偿权乃是基于当事人之间的合意安排,而独立担保的担保人则拥有独立构成的法定追偿权基础。因此,担保追偿权实则非保证所独具,而为诸种担保工具所共同面对之问题,独立担保作为担保方式之一种,其追偿权问题可适用担保追偿之一般制度,应予肯定。

四、独立担保的独立性之效力期间

除了前述问题之外,独立担保的独立性之存续期间也是一个颇为复杂的问题。一般而言,独立性的存续期间与独立担保本身同时延伸,即独立担保生效之后、消灭之前。[103]《独立保函司法解释》第4条规定:“独立保函的开立时间为开立人发出独立保函的时间。独立保函一经开立即生效,但独立保函载明生效日期或事件的除外。”[104]由此,独立保函的生效时间始于保函发出时间或特殊意定时间。至于独立保函的终止时间,则由该司法解释的第11条作出了规定,即独立保函权利义务终止的情形包括独立保函期间届满、独立保函项下应付款项全部支付、独立保函的金额减额至零、开立人收到受益人出具的免除独立保函项下付款义务的文件以及其他法定和约定情形。[105]由此,《独立保函司法解释》通过该两个条文明确了独立保函的生效和失效时点,但该期间的性质以及与独立性的关系值得。

(一)独立担保的有效期为或有期间

独立担保通常明确规定其有效期,此时不生异议,但当其没有约定有效期时效力如何,殆无根据。在《独立保函征求意见稿》中,其第13条规定

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

了受益人付款请求权消灭的事由之一是有效期届满。[106]第14条规定了独立保函有效期的两种处理方面:其一,规定独立保函有效期的推定规则,即无约定的推定为开立之日起满3年届满,反担保函的有效期为独立保函有效期届满之日起30日内届满;其二,允许当事人约定无期限的债务。[107]从《独立保函司法解释》的正式文本来看,司法解释的起草者最终选择了第二种方案,删除了该条规定。在《独立保函司法解释》第11条中,司法解释的起草者使用了"到期日或到期事件届至",并未直接使用"有效期"一词。尽管如此,此种立场也将不可避免地导致实务争议:《独立保函司法解释》中第13条规定的有效期与保证期间、诉讼时效关系如何?当事人能否自主设定无期限之有效期而非采取法定主义的保证期间?

就保函有效期与保证期间的关系而言,学者持不同见解。有学者认为,保证期间与保函有效期为不同概念,对于涉外独立担保函而言,保函有效期届满则保证期间终止,对于国内独立保函而言,保函有效期届满则实体权利消灭。[108]高圣平教授认为,独立担保与从属保证均有保证期间与诉讼时效期间,只不过长短不同、起算点不同,故而不应采取不同概念,以免造成法律适用上之困难。[109]就此两种观点而言,从规范适用的角度出发,由于《独立保函司法解释》对担保法中保证部分的规定持排斥立场,循此逻辑,担保法中保证期间的规定亦不直接适用于独立担保领域。不仅如此,实则囿于独立担保与保证在法律属性上完全不同,其并不能适用保证之规定,亦乃是其法律性质使然。若在非保证的法律工具上直接使用保证期间术语,将不可避免造成期间概念的混同。《欧洲示范民法典草案》中虽然在从属性保证与独立保证领域均使用了统一的保证期间概念[110],但其适用有着其特别的语境。《欧洲示范民法典草案》的起草者实则将保证作为从属保证和独立保证的上位概念,实则与我国法上"人的担保"概念范畴相当,为统一使用保证期间概念提供了可能。在我国法上,独立担保与从属性保证的法律规范尚未得以整合,在未来的民法典中的地位亦尚难确定,保证的概念亦未得以扩充至普遍意义上之人的担保制度,统一使用保证期间的规范基础并不存在。故而,笔者认为,独立担保的有效期与保证期间并不相同,其差别在于适用情形之差异,不宜统一使用保证期间。

从价值判断的角度观之,我国民法上之保证期间实则蕴含了立法者对保证人与被保证人等之间法律关系的价值判断。保证期间作为决定保证责任是否产生与消灭的期间,其主要功能在于保护保证人,保证人有权利知道债权人是否向其主张权利。由于民法上的保证人乃是以单务、无偿为其规范预设对象,法律对保证人持此立场概无争议。然则,就独立担保而言,其为典型商事担保,其担保主体多为银行等金融机构,其担保行为亦具备营利特征,故而简单移植民事保证之价值判断框架于独立担保之中,在价值判断层面即存不当。此外,即使在民事担保之中,作为主要体现私法特征的民法亦应当确认当事人是自己利益的最佳判断者,应最大限度地认可并满足当事人的真实意愿。[111]故而,独立担保之有效期对于当事人设定之无期限债务,并无更强价值理由予以否认。

从独立担保的有效期经过的法律后果来看,其与保证期间差异不大,即如果受益人在该期间内提出单据相符的付款请求,其即获得独立担保项下的付款请求权;若受益人在该期间内未能提出单据相符的付款请求,其即不能获得付款请求权。或有期间具有不同于其他期间制度的价值,即能够通过限制处于比较优势地位的一方当事人获得或行使特定的权利,结束权利所处的不确定状态,从而妥当地均衡双方当事人之间的权利义务关系。由于独立担保的有效期最终限制了当事人特定类型的请求权,并进而确定请求权的诉讼时效问题,与诉讼时效、除斥期间并不相同,亦不同于保证期间,笔者认为其应当为单独的或有期间类型。在或有期间

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

之内，由于特定法律事实的发生，并进一步确定请求权之有无以及其诉讼时效之起算。

(二)独立担保的有效期与独立性效力

如前所述，独立担保的消灭原因既包括因担保义务的履行而消灭，也包括因特定事件的发生或者有效期届至等原因而消灭。在独立担保有效期内，独立性原则的效力概不生争议。“先付款，后诉讼”是独立担保的一项原则，该原则可以被视为独立抽象性的另一种表述方式。与之相对应，“先诉讼，后付款”则是传统担保的特征。循此逻辑，独立抽象性应当适用的场合是付款阶段，而不是付款后的诉讼阶段。由于独立担保项下有着复杂的当事人关系，即使在独立担保消灭之后，当事人仍然可能基于错误付款、欺诈索款等事由陷入诉讼。在付款后的诉讼中，当事人能否援引独立抽象性或者在多大程度上可以援引独立抽象性原则存在疑问。在独立担保的担保人拒绝付款致讼的情况下，独立抽象性的效力又当如何？

就因独立担保的担保人拒绝付款致讼的情况而言，担保人在诉讼中并不能主张基础交易项下的抗辩，也即此时独立抽象性仍然是有效力的。如果此时独立担保仍然在有效期内，这固然易于解释，但是其原因并不在此。在由担保人拒绝付款引发的诉讼中，需要解决的争议仍然是是否应当付款的事项，也即在受益人索款时是否满足独立担保文本的要求，其判断的时点应当为付款时而非诉讼时。因此，即使在诉讼时独立担保有效期已经届满，也不能对受益人的索款权利构成影响，独立抽象性原则并不因索款诉讼而归于无效。

如果独立担保的担保人已经付款，在付款后的诉讼中，可以分为两种情形。其一，在大多数情况下，独立担保的担保人付款后向申请人进行追偿。此时，由于担保人与申请人之间往往有着事先的担保安排，担保人一般拥有保障其追偿权的多种担保措施，对担保人较为有利。其二，如果独立担保的担保人错误付款(比如向不符交单付款)，那么其将很难从申请人处获得偿付。这种困难在于，一方面，担保人未能正确履行其独立担保项下的义务，另一方面，担保人的错误付款往往意味着其未能正确履行其与申请人之间的基础协议项下的义务。此时，担保人将不得不向已经获得付款的受益人索还款项。

在第一种情况下，在担保人向申请人追偿的过程中，担保人仍然可以援引独立抽象性以证明其付款的正当性，申请人不能因基础交易项下发生违约等事由拒绝偿付担保人。此时，独立担保本身已经由于担保人的付款而消灭，独立抽象性也已经完成了使命，担保人对独立抽象性的援引是对其付款行为正当性的支持，并非独立抽象原则仍然发挥作用。因此，在这种情况下，独立抽象性并不具有嗣后效力。在申请人偿付担保人之后，其可以获得代位权，并且在以后的争讼中主张这一权利。

在第二种情况下，如果担保人错误付款且未能获得申请人偿付，那么其将面临着非常不利的形势：要么自己承担损失，要么向已经获得付款的受益人索还款项。在担保人向受益人索还款项的情况下，除了单据瑕疵之外，担保人能否主张受益人违反了基础交易等事由呢？在美国法上，《统一商法典》第5-110条规定了受益人的默示担保责任：“(a)如果受益人的交单被承付，受益人承担以下担保责任：(1)向开证人、其他接受交单者以及申请人担保不存在第5-109条(a)款所规定的欺诈和伪造；(2)向申请人担保其索款行为未违反申请人与受益人之间的协议，也未违反其他任何意图通过信用证加以强化的协议。”[12]在开立人承付之后，独立性原则不再构成约束，基础交易项下的违约同样可以构成受益人违反默示担保义务的原因。这一点在《独立保函司法解释》中虽然未臻规定，但该独立性规则的适用限制应当予以遵守。

五、结论

基于从属性构建的传统担保偏重于保护担保人的利益，无法满足民商事活动对效率的要求，独

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

立担保应运而生。对于独立担保的独立性,不同学者使用了多种表述,可统一使用独立性予以指称。从独立担保的独立性之实体效力而言,独立性的内容及于独立担保的成立、效力、消灭、抗辩等多个方面。基于独立性的效力,独立担保得以自成一体,成为一项独立债务;得以切断基础交易项下的抗辩,阻断基础交易项下的债权抵销;得以形成以单据相符为原则的单据性运行机制。从程序效力上而言,独立担保可排除基础交易的仲裁约定和诉讼管辖约定、促使案件迅捷解决、使得独立担保单独适用法律。从期间层面而言,独立担保的有效期不同于保证期间,为单独的或有期间,应在实践中得以单独确认。独立担保的独立性原则作用于独立担保开出之后至担保人承担担保义务之前的期间内,而于付款后不应发生嗣后效力。《独立保函司法解释》通过诸多条款确认了独立担保的独立性,其法理内涵与制度效力应在司法实践中予以严守。

注释:

①关于独立保函、独立担保与备用信用证的关系,参见刘斌:《独立担保:一个概念的界定》,载《清华法学》2016年第1期,第34页。

②参见[日]我妻荣:《民法讲义Ⅲ:新订担保物权法》,申政武等译,中国法制出版社2008年版,序言(昭和11年)。

③《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》于2016年7月11日由最高人民法院审判委员会第1688次会议通过,在2016年11月18日公布,自2016年12月1日起施行。

④最高人民法院否认国内独立担保交易的案例较多,比如,最为著名的是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],在该案中最高人民法院确立了前述立场。并在后续的江苏省锡山市路社镇人民政府与中国银行等借款合同纠纷上诉案[(1999)经终字第82号]、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[(2000)经终字第280号]、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[(2000)经终字第180号]、湖南洞庭水殖股份有限公司与中国光大银行长沙华顺支行等借款担保纠纷上诉案[(2007)民二终字第117号]等。但是,在2014年最高人民法院就中国建筑第五工程局有限公司与和记黄埔地产(成都)温江有限公司及中国银行股份有限公司湖南省分行申请再审一案[(2014)民申字第418号]中,明确指出二审法院将涉案保函认定为符合我国《担保法》第5条第一款的规定,从而打破之前的连续立场。就各地人民法院的判决而言,这种司法态度的冲突更为明显。根据笔者所搜集到138宗涉及独立担保的案件(包括最高人民法院案件),其中97宗被认定为国内独立担保,承认国内独立担保效力的为28宗,占比约28.9%,否认的为69宗,占比71.1%。在承认国内独立担保效力的判决中,法院多将其理论基础界定为意思自治或者合同自由,并且无法律的强制性规定,个别领导人的讲话不能作为判决的规范性依据;否定的判决理由则多援引最高人民法院领导人的讲话、国内审判工作会议的精神以及最高人民法院的判决态度。

⑤参见《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》第23条。

⑥参见高祥:《一部走在世界前列的理性创新的司法解释》,载《中国审判》2017年第15期。第24页。

⑦See Michelle Kelly-Louw, Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees 58(VDM Press 2009).

⑧关于独立担保的独立性修正情形,参见Michelle Kelly-Louw, Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees(VDM Press 2009); Ramandeep Kaur Chhina, Standby Letters of Credit in International Trade(Wolters Kluwer 2013); Roeland Bertrams, Bank Guarantees in International Trade(Wolters Kluwer 2013); Peter Ellinger & Dora Neo, The Law and Practice of Documentary Letters of Credit(Hart Publishing 2010); John Dolan, The Law of Letter of Credit: Commercial and Standby Credits 7-16(4th ed., A. S. Pratt & Sons 2007)..

⑨张勇健、沈红雨:《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》,载《人民司法(应用)》,2017年第1期,第23页。

⑩参见张民安:《法国民法》,清华大学出版社2014年版,第511页。

⑪参见仲昕:《从银行业务角度看独立保函司法解释》,载《中国外汇》2016年12月,第34页。

⑫参见朱宏生:《独立保函司法解释对银行保函业务的影

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

响》,载《中国外汇》2016年12月,第30页;仲昕:《从银行业务角度看独立保函司法解释》,载《中国外汇》2016年12月,第34页;蒋琪、干文淼:《如何看待国内独立保函的合法地位》,载《中国律师》2016年12月。第77页。

⑬参见国际商会《见索即付保函统一规则(URDG458)》第2条;国际商会《见索即付保函统一规则(URDG758)》第5条。其中,《见索即付保函统一规则(URDG758)》第5(a)条明确规定:"保函就其性质而言,独立于基础关系和申请,担保人完全不受这些关系的影响或约束。保函中为了指明所对应的基础关系而予以引述,并不改变保函的独立性。担保人在保函项下的付款义务,不受任何关系项下产生的请求或抗辩的影响,但担保人与受益人之间的关系除外。"

⑭参见《国际备用证惯例(ISP98)》第1.06条(c)款、第1.07条。

⑮参见国际商会《跟单信用证统一惯例(UCP600)》第4条。

⑯参见《联合国独立担保和备用信用证公约》第3条。

⑰参见《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》第5条。

⑱See Roy Goode, Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees 20(ICC publication No.510, 1992).

⑲See Roy Goode, Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees 18-19(ICC publication No.510, 1992).

⑳See Roy Goode, Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees 18(ICC publication No.510, 1992).

㉑See Norbert Horn, Bank Guarantees, Standby Letters of Credit, and Performance Bonds in International Trade, in The Law of International Trade Fiuancing 469(Kluwer Law Press 1989).

㉒See Nelson Enonchong, The independence Principle of Letters of Credit and Demand Guarantees 67(Oxford University Press 2011); Peter Ellinger & Dora Neo, The Law and Practice of Documentary Letters of Credit 300(2010 Hart Publishing); Raymond Jack, Ali Malek & David Quest, Documentary Credits: The Law and Practice of Documentary Credits Including Standby Credits and Demand Guarantees 354(3d ed., Butterworths Press 2001); Michelle Kelly-Louw, Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees: The Main Exceptions to the Autonomy Principle 53-63(VDM Press 2009).

㉓See Hadding, Hauser & Welter, Burgschaft und Garantie 709(Bundesanzeiger 1983).

㉔See D. 1983. 365; D. 1985. 269.转引自 Michel Vasseur, Ten Years of French Case Law Relative to Independent Guarantees, Int'l Bus. L.J. 357, 358(1990).

㉕See D. 1985. 269.转引自 Michel Vasseur, Ten Years of French Case Law Relative to Independent Guarantees, Int'l Bus. L.J. 357, 359(1990).

㉖See Michel Vasseur, Ten Years of French Case Law Relative to Independent Guarantees, Int'l Bus. L.J. 357, 357, 360 (1990).

㉗参见李世刚:《法国担保法改革》,法律出版社2011年版,第60-72页。

㉘参见李燕:《独立担保法律制度》,中国检察出版社2004年,第38页;曹士兵:《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2015年版,第42页。

㉙参见郭德香:《国际银行独立担保法律问题研究》,法律出版社2013年版,第58-61页。

㉚参见刘斌:《独立担保的单据机制研究》,载《北方法学》2015年第10期,第79页。

㉛参见曹士兵:《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2008年版,第37页。

㉜参见高圣平:《论独立保证的典型化与类型化》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2016年第1期,第93-103页。

㉝See Peter Ellinger & Dora Neo, The Law and Practice of Documentary Letters of Credit 139(Hart Publishing 2010).

㉞See Geraldine Mary Andrews & Richard Milett, Law of Guarantees 537(4th ed., Sweet & Maxwell 2005).

㉟See Uniform Commercial Code(1995), Article 5-108(a).

㊱See Uniform Commercial Code(1995), Article 5- 108, Official Comment 1.

㊲同注③,第6条。

㊳比如,在 United Trading Corp. v. Allied Arab Bank 案中,Achner法官指出,欺诈的证据必须是明确的,这种明确包括两个方面:其一,欺诈的事实本身;其二,就银行的专业知识而言。这种欺诈是显而易见的。除此之外,而无须当事人证明欺诈的主观状态。参见 United Trading Corp. v. Allied Arab Bank,[1985] 2 Lloyd´s Rep. 554.

㊴See Norbert Horn & Eddy Wymeersch, Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade 27(Kluwer Press 1990).

㊵关于独立担保的欺诈类型,参见刘斌:《独立担保欺诈

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

例外的类型化——兼评我国独立保函司法解释征求意见稿》，载《比较法研究》2014年第5期。

㊶ See Jean Stoufflet, Recent Development in the Law of International Bank Guarantees in France and Belgium, Ariz. J. Int'l Comp. L. 48, 50(1987).

㊷ See Michel Vasseur, Ten Years of French Case Law Relative to Independent Guarantees, Int'l Bus. L.J. 357, 357, 359 (1990).

㊸参见国际商会《见索即付保函统一规则(URDG458)》第6条；国际商会《见索即付保函统一规则(URDG758)》第4条；《国际备用证惯例(ISP98)》第2.03条；《联合国独立担保和备用信用证公约》第7条。

㊹同注⑩引书，第512页。

㊺参见《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》第8条。

㊻参见《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》第11条。

㊼ Boris Kozolchyk, Commercial Letters of Credit in the Americas 457(Matthew Bender & Company 1966).

㊽参见国际商会《跟单信用证统一惯例(UCP82)》第1条。

㊾参见《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》第6条。

㊿ See Neil B. Cohen(Reporter), Restatement of the Law Third, Suretyship and Guaranty, Section 1(1996).

(51)参见《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》第8条。

(52) See Roy Goode, Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees 20(1992 ICC publication No.510).

(53)参见《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》第9条。

(54)同注⑨引文，第24页。

(55) 在 In re Twist Cap, Inc., 1 Bankr. 284(Bankr. D. Fla. 1979)案中，在买方提出破产申请之后，破产法院的法官作出禁令禁止银行承付备用信用证。这一案件为学者所批评。在 Twist Cap 案之后，美国破产法院的判例对信用证以及备用信用证的独立属性给予了尊重。比如，Matter of Compton Corp., 831 F. 2d at 586(C.A. 5, 1987); In Re Air Conditioning, Inc of Stuart, 845 F.2d 293(C.A. 11, 1988); Pine Top Ins. Co. v. Century Indem. Co., 716 F. Supp. 311(N. D. Ill., 1989)等。

(56)比如，Matter of Compton Corp., 831 F. 2d at 586(C.A. 5, 1987; In Re Air Conditioning, Inc of Stuart, 845 F. 2d 293(C.A. 11, 1988); Pine Top Ins. Co. v. Century Indem. Co., 716 F. Supp. 311(N.D. Ill., 1989)等。

(57)关于美国备用信用证制度的发展，参见刘斌：《美国备用信用证制度的演进与借鉴》，载《河南财经政法大学学报》2016年第2期，第158页。

(58)In re Twist Cap, Inc., 1 Bankr. 284(Bankr. D. Fla. 1979).

(59) See Douglas G. Baird, Standby Letters of Credit in Bankruptcy, 49 U. Chi. L. Rev. 130, 132(1982).

(60)See James A. Rodenberg, Letters of Credit in Bankruptcy: Can the Independence Doctrine Survive Preference Attacks? 96 Com. L.J. 431, 435(1991).

(61)See John Dolan, The Law of Letter of Credit: Commercial and Standby Credits 7-16(4th ed., A. S. Pratt & Sons 2007).

(62)比如 Matter of Compton Corp., 831 F. 2d at 586(C.A. 5, 1987); In Re Air Conditioning, Inc. of Stuart, 845 F. 2d 293(C.A. 11, 1988); Pine Top Ins. Co. v. Century Indem. Co., 716 F. Supp. 311(N.D. Ill., 1989)等。

(63)参见沈达明、冯大同编著：《国际经济贸易中使用的银行担保》，法律出版社1987年版，第11页。

(64)在英国法上，在 Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd. 案中，法官明确表明了这一规则。这一判例被后来的 Power Curber International Ltd. v. National Bank of Kuwait 案等案件所遵循。在加拿大法上，在 Meridian Developments Inc. v. Toronto Dominion Bank 案中，确立了基础交易项下的抗辩不构成对独立担保项下付款义务的影响。这一判例被后来的 Morguard Bank of Canada v. Reigate Resources(Canada) Ltd. and Canada Trust Co. 案、Bank of Nova Scotia v. Arigelica Whitewear 案、Fuji Bank Canada v. 1440 Ste Catherine Street Developments Inc. 案、Royal Bank of Canada v. Gentra Canada Investments Inc. 案、Standard Trust Co. v. Bank of Nova Scotia 案等案件所遵循。

(65)参见《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》第6条。

(66)同注⑨引文，第25页。

(67)参见刘斌：《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》，载《比较法研究》2014年第5期，第134页。

(68)在美国法上，Steinmeyer v. Warner Consolidated Corp. 案判决允许信用证的开证申请人主张抵销权，受到了学者的激

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

烈批评。1990年,美国律师协会信用证委员会的专家小组将该案作为反面判例,指出一些法院忽略了信用证的内涵,而将其作为一项各方当事人之间的合同争议。

⑹Steinmeyer v. Warner Consol. Corp., 42 Cal. App. 3d 515, 116 Cal. Rptr. 57(1974).

⑺Wyle v. Bank Melli, 577 F. Supp. 1148(ND Cal. 1983).

⑻Steinmeyer v. Warner Consol. Corp., 42 Cal. App. 3d 515, 116 Cal. Rptr. 57(1974).

⑼ The Task Force on the Study of UCC Article 5, An Examination of UCC Article, 545 Bus. Law. 1527, 1589(1990).

⑽同注㉚引文,第79页。

⑾参见《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》第6条第1款。

⑿参见《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》第6条第2款。

⒀参见沈红雨:《独立保函纠纷的司法疑点与应对》,载《人民法院报》2011年8月21日,第7版。

⒁参见《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》第129条。

⒂参见《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》第13条。

⒃参见《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》第21条。

⒄参见最高人民法院"乌兹特拉斯加斯股份有限公司、上海贝尔股份有限公司、中国进出口银行上海分行独立保函纠纷管辖权异议民事裁定书",(2014)民申字第64号。

⒅Uniform Commercial Code(1995), Article 5-109(b).

⒆ Falcoal, Inc. v. Turkiye Komur Isletmeleri Kurumu, 660 F. Supp. 1536(SD Tex. 1987).

⒇ Hendricks v. Bank of America N. A., 398 F. 3d 1165, amended, 408 3d 1127(9th Cir. 2005).

㉑ Koechli v. BIP Int'l, Inc., 870 So. 2d 940(Fla. Ct. App. 2004).

㉒典型判例比如 Thomasson v. Amsouth Bank, NA, 59 BR 997(ND Ala. 1986); In Re Commonwealth Financial Services, Inc., 239 BR 586(Bankr. ND Okla. 1999); Zipp Indus., Inc. v. Ranger Ins. Co., 2001 Tex App. Lexis(Tex. Ct. App. Jan. 18, 2001).

㉓翟红、余希:《独立保函纠纷审判难点探究》,载《人民司法(应用)》2012年第3期,第32页。

㉔参见[日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,第266页。

㉕John Dolan, The Law of Letter of Credit: Commercial and Standby Credits 11-89(4th ed., A. S. Pratt & Sons 2007).

㉖See Glencore Ltd. v. Chase Manhattan Bank, NA, 92 Cir. 6214(JFK)(SDNY Feb. 2, 1998).

㉗参见《中华人民共和国民事诉讼法》第157条。

㉘参见《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》第18条。

㉙ Kevin Patrick McGuiness, The Law of Guarantee 819 (Carswell Press 1996).

㉚孙礼海主编:《担保法释义》,法律出版社1995年,第6页;曹士兵:《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2008年版,第41页。

㉛高祥:《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位——兼评最高人民法院独立保函司法解释征求意见稿》,载《比较法研究》2014年第6期,第1页。

㉜比如现代重工有限公司与中国工商银行股份有限公司浙江省分行保证合同纠纷案,(2016)浙民终157号。

㉝比如在前引现代重工有限公司与中国工商银行股份有限公司浙江省分行保证合同纠纷案中,虽然使用了保证合同纠纷的案由。但在裁判中法院并未直接适用担保法中保证部分或者合同法的一般原则。

㉞同注⑨引文,第25页。

㉟参见《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》第3条。

㊱典型案件可参见:湖南洞庭水殖股份有限公司与中国光大银行长沙华顺支行等借款担保纠纷上诉案,(2007)民二终字第117号;海南电广传媒投资控股有限公司诉西安正诺影视有限公司、西安新纪元文化传播有限责任公司合作合同保证纠纷上诉案,(2008)琼民二终字第71号;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,(2000)经终字第180号;江苏省锡山市路社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,等等。

㊲参见王闯:《规则冲突与制度创新》,载《人民法院报》2007年6月20日,第6版。

㊳参见《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》第9条。

㊴参见朱晓东:《独立日:中国独立保函制度的诞生——

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

最高法院独立保函司法解释逐条解读》，http://www.tylaw.com.cn，访问日期：2017年7月20日。

[103]关于独立担保的有效期与保证期间的关系，参见高圣平、何颖来：《论独立保证中保证人的权利保护体系——兼评独立保函司法解释征求意见稿》，载《社会科学》2016年第4期，第85页。

[104]参见《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》第4条。

[105]参见《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》第11条。

[106]参见《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13条。

[107]参见《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14条。

[108]参见刘文平：《见索即付独立保函业务法律风险浅析》，载《福建金融》2015年第3期，第40页。

[109]参见高圣平、何颖来：《论独立保证中保证人的权利保护体系——兼评独立保函司法解释征求意见稿》，载《社会科学》2016年第4期，第85页。

[110]同注109引文，第85页。

[111]参见李明发：《关于保证期间的几个问题——兼评〈担保法解释〉关于保证期间之若干规定》，载《政法论坛》2003年第1期，第84页。

[112]Uniform Commercial Code(1995), Article 5-110. 在美国，独立担保适用信用证的法律，即《统一商法典》第五编的规定，因此，此处的开证人实际上为担保人。

The Independence Principle of Independent Guarantees: Its Jurisprudence and Institutional Effect: Comments on the Independent Guarantee Interpretation by Supreme People´s Court

Liu Bin

Abstract: Different with traditional accessory guarantee, independent guarantees is based on the independence principle as its fundamental characteristic, but this feature has not yet been acknowledged by scholars and judicial practice in China. As to the connotation, the independence principle means that it is separated from the basic transaction, counter-guarantee and so on, which embodies commercial efficiency and Commercial Rechtssche in Theory. The effect of independence principle includes two aspects. In terms of substantive effect, the independent guarantees can be self-sufficient, cutting off the defenses and rights of set - off under the basic transaction, and form the basis of documentary transaction. In terms of procedural effect, it excludes the arbitration and jurisdiction of the underlying transaction, restricts the scope of the hearing and prompts the case to be dealt with expeditiously, and applies different laws. In addition, the validity period of the independent guarantee is different from the guaranty period and belongs to contingent period. The principle lasts in the contingent period and shall not have the effects after payment. The Judicial Interpretation of the Independent Guarantee embodies the independence principle to a certain extent, but the relevant provisions need to be further explained.

Key words: independent guarantees; independence; effect; defenses; jurisdiction; effectiveness period

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/