

FILE COPY

REFERENCE AND TERMINOLOGY UNIT
please return to room



联合国
大会



Distr.
GENERAL

A/CN.9/332/Add.7
22 March 1990
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会

第二十三届会议

1990年6月25日至7月6日，纽约

国际对销贸易

关于起草国际对销贸易交易合同的法律指南

草案：章节示例*

秘书长的报告

增编

第十二章 履约担保

目录

	<u>段 次</u>
A. 概述	1 - 6
B. 对销贸易协议中的担保条款	7 -37
1. 选择担保人	10-14
2. 按担保书获取付款的条件	15-20

* 此处所载本章草案系由秘书处起草，供委员会作为起草国际对销贸易交易合同法律指南草案部分预备性工作进行审议之用，而不应视为是讲述委员会的观点。

段 次

3. 担保金额和金额的减少	21-24
4. 提交担保书的时间	25-28
(a) 在对销贸易协议生效之时或生效后不久	25-26
(b) 在履约后期	27-28
5. 担保的期限	29-34
(a) 终止日期	29-31
(b) 退还担保书	32
(c) 延期	33-34
6. 对销贸易协议的修改或终止	35-37
C. 对贸易不平衡的担保	38-45
1. 单向货运的担保	40-44
2. 相互担保	45

A. 概述

1. 本法律指南侧重于对销贸易交易中加强对销贸易承诺的担保书（实践中亦称作“保证书”或“赔偿书”）。这种担保书可以加强承诺购买对销贸易货物一方的义务，也可加强承诺提供货物一方的义务。有时候担保书通过确保按有关对销贸易承诺的违约赔偿金或罚款条款获得付款来加强对销贸易承诺。对销贸易所特有的担保书还可用来清偿贸易流转的不平衡（下文第38段至第45段）。对于加强履行具体供货合同的担保书，本指南未作专门讨论，因为这类担保书不会引起对销贸易中的特有问題。

2. 要求担保书的通常好处是可防止不可靠或无足够财力的当事方参与对销贸易交易。担保机构在被要求为一当事方的义务提供担保时，通常都要对该当事方进行仔细的查询，且通常只在具有适当理由相信该当事方能够顺利履行义务时才会提供担保。对于进口方或出口方来说，这一点可能特别有利，因为否则他们便无法确定拟议中的对方是否可靠。

3. 担保书视其条款情况可独立于或从属于基本义务。在独立担保书的情况下，担保人的付款义务并不取决于取得担保的承担义务方（“投保人”）事实上是否违背了基本义务，而是取决于权益方（“受益人”）是否同意担保书的付款条件（关于付款条件的讨论，见下文第15段至第20段）。即使投保人与受益人之间对基本义务是否遭到违背尚有意分歧，但只要符合付款条件，受益人即可获得立即付款。如果保人提出诉讼，要求退还所付金额，投保人则需证明他未违背义务。尽管担保人的付款义务可能独立于基本义务，但受益人按担保书规定的索款权利却可能在特殊例外情况下根据适用于担保书的法律而被取消，如受益人的索款要求是骗人的，则尤其如此。

4. 如系从属担保书，只有在投保人事事实上确已违背了保证的义务时，担保人才必须付款。在各国的法律中，这种从属担保有各种名称，比如“Suretyship”（保证合同）、“cautionnement”（押金）、“garantía”（保证金）和“Bürgschaft”（抵押）在对索款要求付款之前，担保人必须查明基本义务是否遭到违背，以便确定索款要求是否有理，而且担保人通常有权提出投保人可以对受益人提出的所有抗辩。

5. 本法律指南的讨论仅限于独立担保书，但这并不因此即意味着偏向于这类担保。一般来说，独立担保书是用来加强对销贸易协议中所规定的义务的。投保人常常倾向于用从属担保书，而受益人则通常不大愿意接受这类担保书，因为可能不能及时获得付款。另外，担保人，特别是银行，则往往倾向于独立担保书，因为银行不愿意对基本义务的履行情况进行调查。虽然有关从属担保书的各种法律制度早已相当健全，但独立担保书，主要是在建立银行和商业惯例方面，则尚未在各种法律制度中确定下来，而且对于在何种程度上承认独立担保书，也没有一致的统一做法。

6. 在有些国家，银行出具“备用信用证”，从功能上来说，相当于独立担保书。因此，本法律指南有关投保人履约担保保证书的讨论，也适用于备用信用证。

B. 对销贸易协议中的担保条款

7. 如当事各方决定使用担保书来加强对销贸易承诺，那么就应在对销贸易协

议中列入有关签发担保书及担保书条款的一些基本规定。 当事各方还似宜考虑在对销贸易协议中附上担保书签发人应遵照办理的担保书式样。 在拟定对销贸易协议中有关未来担保书的条款时，当事双方应该做到肯定担保人将会接受商定的条文。

8. 通常是承诺购货的一方用担保书的形式来加强其承诺。 在许多情况下，这是因为该当事方在同意作出对销贸易承诺时，其主要目的是为了争取售货，而不是为了获得对方的货物。 当承诺购货的一方特别希望获得货物时，供货方可通过担保书来加强其订立合同供应商定的货物的承诺。 在一些情况下，对销贸易协议可规定购货方和供货方相互取得对方的担保书以加强双方的承诺。 如对销贸易协议的当事双方预见到可能第三者承担对销贸易承诺，则当事各方似宜考虑是应由最初承诺购货或供货的一方还是应由第三者取得担保（见第八章，“第三者的参与”）。

9. 如担保书是用以加强按违约赔偿金或罚款条款所规定的投保人义务的，则根据担保书付款是否可免除投保人履行对销贸易承诺义务的问题，便可按违约赔偿金或罚款条款的条文规定及该条款的适用规则加以解决（见第十一章，“违约赔偿金和罚款”，第___段至___段）。 如担保书不是用来加强违约赔偿金或罚款条款的，而当事各方预想（有些时候如此）按担保书付款会起到免除投保人的对销贸易承诺或赔偿超出担保书所定付款金额之外的任何损失的责任的作用，那么当事各方应在对销贸易协议中申明这一意思。 没有这方面规定，就无法设想担保书规定的付款会免除投保人的对销贸易承诺或赔偿损失的责任。

1. 选择担保人

10. 当事各方似宜在对销贸易协议中规定一位双方均能接受的担保人。 这样即可使受益人相信，将由一位拥有必要财力且在其他方面均能被接受的担保人出具担保书。 确定担保人对双方都有益处，因为这样将可减少日后的分歧，并可使当事各方一开始就知道担保的费用。

11. 如果在订立对销贸易协议时未确定担保人，当事各方可作些规定，例如规定担保人应为一流的银行，应为受益人可接受的，或应为当事一方本国的机构。

12. 受益人似宜要求担保书由其本国的机构开出，因为对这样的机构执行索款

要求比对国外机构容易些。但是，要求使用本国担保人也有不利之处，因为这样投保人不能利用与已有固定关系而可能以较低费用作保的担保人。

13. 在一些法律制度中，适用于受益人的强制性规则规定，担保书只有在下述情况下才可能被接受：由本国金融机构或被授权开出外币付款担保书的金融机构开出，或担保人的挑选得到主管当局的批准。

14. 在有些情况下，其对销贸易承诺得到担保的当事方承诺支付一笔称作“担保金”的款项以加强对销贸易承诺或对有关违约赔偿金或罚款付款的承诺。这种“担保”的作用是，当事方担保人许诺按照担保书的条款保证向对方付款，而不提出第三方担保人不可能提出的任何抗辩，并且如果说没有违背基本义务，则可由当事方担保人决定是否提出诉讼追回所付款项。如果这种担保书不是从属于基本交易的，且是由贸易当事一方开出的，受益人认为该方的商业信誉和财力充足程度无可置疑，那么受益人可接受这种担保。但是，尚有一点不清楚，这就是除了给予受益人从获得担保的义务而产生的法律权利之外，这种担保书是否还给予受益人其他一些法律权利。

2. 按担保书获取付款的条件

15. 对销贸易协议中应明确规定使担保人承担付款义务所应具备的条件，特别是应提交哪些单证作为索取付款的佐证。受益人出示的单证是否符合担保书的条款规定，如这一点不明确即可能产生纠纷。

16. 独立担保书的条款可规定，只要提出索款要求就够了，或这一要求还应附有受益人关于违约情况的声明。只要有这方面的一般性声明就够了。或者可定受益人应更加详细地说明，比如投保人违约的性质，说明受益人有权得到所索要的付款，而该笔款项尚未支付。除规定需提出索款要求外，还可规定受益人应出示由第三者开具的与投保人违约有关的文件，比如说明发生违约情况的仲裁裁决书或法院判决书。担保书可规定，如果投保人以书面形式承认违约，那么可免除第三者证明书的要求。在所有这些情况下，担保人只要查明文件卷面符合担保书要求就可以了，而不必去查询基本交易情况。特别是，担保人不必去调查文件中所载

的声明是否有根据。

17. 有些时候, 当事各方商定, 受益人必须把催缴担保金的意图通知投保人, 并且在发出通知后的一段规定时间终止之前, 不可要求索款。规定这项通知要求的目的是为了为了使投保人有机会改正违约行为或解决意见分歧。因此担保书还有一条款要求受益人在提出索款要求时, 须出示文件证明, 表明已向投保人发出了通知。

18. 如担保书用以加强违约赔偿金或罚款条款所规定的付款义务, 则当事各方似宜规定, 在付款条件中应要求受益人应提出声明, 表明违约赔偿金或罚款条款项下的付款时间已到。

19. 除文件方面的条件外, 担保书通常还规定一些与履行基本义务无关的要求。这些要求不涉及出示文件, 最常见的是规定可提出索款要求的时间期限、担保金额度以及可提交索款要求的担保人办公地点。

20. 除规定当事各方对担保达成一致外, 对销贸易协议还宜规定, 只有在事实上未履行承诺的情况下, 受益人才有权根据担保索取付款。这样一条规定可有助于在已按索款要求付款但实际上并未违背基本义务的情况下, 使投保人便于追回所遭受的损失。

3. 担保金额和金额的减少

21. 当事各方应就担保金额以及应付的币别达成协议。担保金额以一定数额表示, 或以尚未兑现的承诺价值的百分比表示。如担保书用以加强按违约赔偿金或罚款条款付款的承诺, 对销贸易中的担保条款可要求支付违约赔偿金或罚款的全部金额或其一部分。违约赔偿金或罚款本身可以是未兑现的对销贸易承诺的一定百分比数额。

22. 在确定担保金额或担保下的违约赔偿金或罚款数额时, 当事各方应考虑到有关因素, 比如在不履约的情况下预计可能遭受的损失程度, 未予履约的风险以及担保人通常在类似合同方面所遵从的数额限度。另外一个因素就是是否可较容易地获得担保下的赔款。在这方面, 受益人一般都要作综合权衡。如果担保书的条款越接近于索款即付的担保, 越容易获取付款, 那么投保人就越不愿意让担保书

规定承保高比例的对销贸易承诺数额。另一方面，如果在投保人未违背承诺时，文件方面的条件比较难以达到（例如，当必须出示仲裁或法院裁决书时），投保人可能同意担保额较高些。

23. 当事各方似宜在担保书条款中列入一项办法，随着对销贸易承诺履约逐步实现，减少担保的金额。减少担保额将有利于减少根据担保而承受的风险，并有可能降低担保方面的费用。如果担保书保证支付违约赔偿金或罚款，那么有关减少担保额的规定则应与任何减少违约赔偿金或罚款额的办法一致起来。

24. 实行减额办法似应要求向担保人出示特定的文件，证明对销贸易承诺的履约情况，而不是要求担保人去核实对销贸易承诺的履约程度。这些文件可包括货运单据、供货合同副本、购货订单、放行证或其他记录履约情况的文件。当事各方似还应规定文件的签发人和由哪一当事方负责向担保人呈交这些文件。如果履约期再细分为一些阶段，则当事各方似宜规定，将按各阶段分配的数额减少担保额，在商定的时间期限内不应提出索款要求。

4. 提交担保书的时间

(a) 在对销贸易协议生效之时或生效后不久

25. 当事各方似宜商定担保书应开出的具体时间。例如，可商定应在对销贸易协议生效时或生效后不久（例如，在对销贸易协议生效后三十天）向受益人开出担保书。当事各方可规定，只有在获取担保书时，对销贸易协议才开始生效，或如果未在商定的一段时间内获取担保书，则投保人将被视为违背了对销贸易承诺。通过这样的规定，当事各方即可放心，在商定的时间将会获得担保书。

26. 如果在缔结对销贸易协议的同时还一起订立了一项单向合同（出口合同），那么当事各方可商定，是否开出加强对销贸易承诺的担保书，应成为出口合同生效的条件。这样一条规定可保证，在加强对销贸易承诺的担保书开出之前，进口方不受出口合同的约束。

(b) 在履约后期

27. 当事各方可商定，获取担保书的时间可推迟至履约后期的某个日期。只要届时承诺还未履行完毕。例如，商定的日期可以是履约期结束前的三个月，或多年期履约安排的每年期末前的三个月。这种方法的好处是，担保额可按届时尚未履行的对销贸易承诺额的百分比加以计算。将担保额按尚未履行的余额加以计算，而不是按整个对销贸易承诺额计算，并缩短一次担保实施的时间长度，就有可能减少按担保书承担的风险程度以及担保书的费用。

28. 由于这种做法使受益人有可能得不到担保书的风险，所以当事各方似宜商定在未能如期获得担保书时受益人所享有的权利。可以商定，将允许受益人认为对销贸易承诺已遭违背，从而可根据违约赔偿金或罚款条款索赔。此外，还可商定，如未能获得担保书，那么此后受益人即有权从按出口合同应交付的任何数额中扣除违约赔偿金或罚款数额。

5. 担保的期限

(a) 终止日期

29. 当事各方宜在对销贸易协议中商定担保书的有效期限。一种做法可以是规定担保书无具体限期，只有当承诺被视为已经完全履行或承诺方以其他方式解除承诺时，担保书有效期才告终止（见第七章，“对销贸易承诺的履行”，第__段至__段）。另一种办法是规定一个固定的终止日期。应该指出，只有终止日期固定下来，大多数担保人才愿意开出担保书。另外，《跟单信用证统一惯例》（1983年修订，国际商会出版物第400号）（根据其规定可发放备用信用证）第46条规定出示的单据文件需有确定的终止日期。

30. 担保书的终止日期似宜定在对销贸易承诺履行期结束之后。在履行期终止日和担保书终止日之间留有一段时间（例如，三十天）可使受益人在履行期结束前等候供货合同的缔结，而同时又不放弃索取担保赔款的可能性。另外，受益人

还可自行决定，是否允许投保人履行对销贸易承诺可稍有拖延，而同时又不放弃索取担保赔款的可能性。与此同时，有一段较短时间的间隔期可在被指称的未履行对销贸易承诺情况发生后不久，使担保人的赔偿责任得到较快的解除。当事各方还似宜将此做法用于有关分阶段履约期的担保书。

31. 如果担保的形式是备用信用证，则应明确说明是不可撤销信用证。需要这样说明是因为经常适用的《跟单信用证统一惯例》（1983年修订，国际商会出版物第400号）第7(c)条规定，信用证如未明确指出是不可撤销的，则被视为是可撤销的。

(b) 退还担保书

32. 在一些法律制度中，如果受益人未归还担保书，则担保书即使终止日期已过，也可能仍然有效。因此，对销贸易协议应规定，在担保的义务履行完毕后，受益人有义务迅速退还担保书。但是，在拟定退还担保书义务的条文时，应做到十分明确，不能暗含如担保书未归还即使终止日期已过也仍然有效的含义。

(c) 延期

33. 对销贸易承诺的履约期可能会由于种种原因而延长，从而超出担保书的终止日期（见第七章，“对销贸易承诺的履行”，第____段至____段），有关延长履约期部分）。对销贸易协议可规定，如果履约期延长，则投保人有义务在一段合理的时间内作好安排，使担保书相应地延长期限。或者，担保书可规定自动延长期限，以包括当事各方商定的基本履约期的任何延期情况。但是，这样的规定担保人可能不会接受，因为担保人不是参加协议的当事方，而担保书的期限却取决于该协议，所以担保人是不愿受这样的担保书约束的。

34. 关于延长担保书有效期所涉及的费用，当事各方似宜商定，负责延长履约期的一方将有义务承担延长担保书期限的费用。

6. 修改或终止对销贸易协议

35. 有些法律制度承认当事各方达成的开立独立担保书的协议，在这些法律制度中，无论基本承诺如何变化，独立担保书都将按规定保持其效力。如果基本合同的变化影响到获取作为按独立担保书索取赔款佐证的单证的可能性，则应该保证在基本合同发生变化时，担保书的条款也作出相应的修改。

36. 有些法律制度不完全承认独立担保书，在这些法律制度下，基本承诺的改动可能会导致担保人责任的解除；在其他一些这样的法律制度下，担保书可能被视为仅仅涉及投保人在发出担保书之日所作出的承诺。为了避免不希望看到的后果，当事各方可规定，无论对销贸易协议怎样修改，担保书均保持其效力。

37. 对销贸易协议的修改可能会使投保人的责任超出担保的额度范围。当事各方似宜在对销贸易协议中规定，在这些情况下，投保人将有义务确保担保的额度得到相应的修改。

C. 对贸易不平衡的担保

38. 当事各方可商定，将互相发货进行交换，往来双方的货运无需以货币形式付款。这类交易可依易货合同（见第三章，“订立合同的方法”，第 段至 段），或以冲消抵消性付款要求作为基础（见第九章，“付款”，第 段至第 段）。在这类情况下，供货方担受风险，因为其发运的货物在价值上可能超出收到的对方货物价值，而超额部分却得不到对方以增加供货或以货币付款方式作出的补偿。为了克服这个风险，当事各方可使用担保书来保证使在贸易交流中可能发生的不平衡情况得到补偿。

39. 担保额应与贸易交流中的差额联系起来，不过应有一个上限。担保额的这个上限可定在对销贸易交易所允许的差额水平上。可以商定，按照担保书可索取的金额将少于不平衡差额的总数（例如，80%）。这一做法的目的是除非万不得已，否则不鼓励索要担保金。受益人如果无法通过索要担保金来弥补不平衡的全部差额，就会更加积极地通过订购对方的货物去争取达到贸易交流中商定的平

衡。

1. 单向货运的担保

40. 在双向货运规定一定次序的情况下，对销贸易协议可规定，按计划首先收到货物的一方必须提供担保，以加强向对方发运货物的义务。这项担保将弥补首先发货方所承担的风险，因为对方可能直至商定的日期尚未发货，或对方发来的货物在价值或数量上不符合商定的要求。如首先发运的货物分阶段运送，则可商定，发运的每批货物都应单独有一份与该批货物价值相应的担保金；或者，担保人可同意凭单据证明货运如有增加，即可增加担保金额度。

41. 关于何时开出担保书，对销贸易协议可规定，担保书将交给受益人用以换回首先发货的货运单据。这样的程序可防止发生按计划首先运货方在获得担保书后不予发货的情况。为了保证担保受益人（首先发货的一方）不能够在投保人（其次才发货的一方）已履行发运货物义务时还可以索取担保下的赔款，对销贸易当事各方可商定，担保受益人只有交出担保书才能够取得货单，对对方发运的货物享有权利。

42. 在多方对销贸易交易中，可按类似的方式采用担保书的方法。如当事各方把交货相互联系起来，即进口商从出口商那里收到货物后，然后向第三方反向进口商发运货物，那么第三方反向进口商就应向出口商付款（见第九章，“付款”，第 段至 段）。进口商提供的担保将加强收到出口货物后进行反向出口的义务。如出口商将在发运出口货物时得到反向进口商的付款，则反向进口商就是担保的受益人。这项担保可弥补反向进口商所承受的风险，因为反向进口商可能在收到反向出口商的货物之前就已先付款给出口商了。但是，如反向进口商只在收到反向出口货物时才付款给出口商，那么出口商就是担保的受益人。这项担保可弥补出口商的风险，因为出口商在发运货物后，可能会因为没有发生反向出口的情况而收不到反向进口商的付款。

43. 如果出口商不是收到进口商的付款，而是收到第三方反向出口商的货物，而第三方反向出口商又收到进口商的付款，则此时可采用类似的担保办法（见第九

章，“付款”第____段至____段)。在这种情况下，可以商定，出口商将获得担保，弥补风险，因为在首先发货后，出口商可能收不到反向出口商发来货物的补偿。

44. 如反向进口商和反向出口商是出口商和进口商以外的单独当事方也可采用类似的担保方法(见第九章，“付款”，第____段至____段)。可以商定，进口商必须向出口商提供担保，以加强进口商对出口货物按价付款的义务。如出口商将在发运出口货物时收到反向进口商的付款，则受益人就是反向进口商。这样可保护反向进口商免受风险，因为反向进口商在向出口商付款后，可能收不到反向出口商的货物。但是，如反向进口商只在反向出口货物发运时才将向出口商付款，则此时担保的受益人就是出口商。这将保护出口商免受发货后收不到付款的风险。

2. 相互担保

45. 如当事各方商定相互交换货物，则可照此办理，无需规定双向货运应遵行的特定次序。当设想每一方向都要分多批发运时，就特别有可能这样办理。在这类情况下，双方都面临着贸易交流不平衡的风险，需要通过发运货物或支付一笔金额来加以解决。为了克服上述风险问题，可以商定，双方都要向对方提供担保，以保证在出现有利于对方的不平衡情况时得到补偿。