

联合国 大会

FILE COPY



Distr.
GENERAL

A/CN.9/388
23 December 1993
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会
第二十七届会议
1994年5月31日至6月17日，纽约

国际合同惯例工作组 第二十届会议工作报告 (1993年11月22日至12月3日，维也纳)

目 录

	段	次	页	次
导言.....	1	-	11	3
一. 讨论情况和决定.....	12	-	13	4
二. 审议国际担保书公约草案的条文.....	14	-	112	5
第四章 权利、义务和抗辩(续).....	14	-	37	5
第18条 展期或付款的任择请求.....	14			5
第19条 不适当的索款.....	15	-	30	5
第20条 抵消.....	31	-	37	9
第五章 临时法院措施.....	38	-	73	11
第21条 [针对出具人或受益人] 的预禁令.....	38	-	73	11
第六章 管辖权.....	74	-	84	20
第24条 法院或仲裁的选择.....	74	-	84	20
第25条 法院管辖权的确定.....	74	-	84	20
第七章 法律冲突.....	85	-	89	23
第26条 适用法律的选择.....	85	-	89	23

	<u>段</u>	<u>次</u>	<u>页</u>	<u>次</u>
第27条 适用法律的确定.....	85	-	89	23
第一章 适用范围.....	90	-	112	24
第1条 适用范围.....	90	-	106	24
第2条 担保书.....	107	-	112	29
未来的工作.....	113			30

导言

1. 国际合同惯例工作组，遵照委员会第二十一届会议的一项决定，¹ 在其第十二届会议上审查了当时由国际商会编制的《担保统一规则》草案，并研究了今后使关于担保和备用信用证成文法更趋统一而开展进一步工作的可取性和可行性(A/CN.9/316)。工作组建议着手进行编写统一法的工作，不管是以示范法形式还是以公约形式。委员会第二十二届会议接受了工作组关于应着手制订统一法的建议，并将这一工作交给工作组去完成。²

2. 工作组第十三届会议(A/CN.9/330)开始着手工作，根据秘书处的一份说明(A/CN.9/WG.II/WP.65)对统一法可能涉及的问题进行了审议。审议的问题系统一法的实质性范围、当事人自主权及其限度和可能的解释规则。工作组还就与担保书或备用信用证的开立形式与时间有关的问题初步交换了意见。

3. 工作组第十四届会议(A/CN.9/342)审查了秘书处编制的统一法第1至7条草案(A/CN.9/WG.II/WP.67)。工作组还审议了秘书处一份说明，其中谈及关于修正、转让、期满和担保人的义务等问题(A/CN.9/WG.II/WP.68)。

4. 工作组第十五届会议(A/CN.9/345)审议了秘书处关于修正、转让、期满和担保人的义务的一份说明(A/CN.9/WG.II/WP.68)中提出的有关担保人义务的某些问题。然后，工作组审议了秘书处有关欺诈和其他拒付抗辩、禁令和其他法院措施的一份说明(A/CN.9/WG.II/WP.70)中所讨论的问题和秘书处有关法律冲突和管辖权的一份说明(A/CN.9/WG.II/WP.71)中所讨论的问题。

5. 工作组第十六届会议(A/CN.9/358)审查了秘书处编制的统一法(A/CN.9/WG.II/WP.73和Add.1)第1至第13条草案，第十七届会议(A/CN.9/361)审查了第14至第27条草案。工作组第十八届和第十九届会议(A/CN.9/372和374)审议了(载于A/CN.9/WG.II/WP.76和Add.1的)条文草案进一步修订稿，工作组在第十六届会议上临时决定，条文草案修订稿应以公约草案形式提出(A/CN.9/361，第147段)。

6. 由委员会所有成员国组成的工作组于1993年11月22日至12月3日在维也纳举行了第二十届会议。工作组下述成员国的代表出席了会议：奥地利、加拿

1 《大会正式记录，第四十三届会议，补编第17号》(A/43/17)，第22段。

2 同上，《第四十四届会议，补编第17号》(A/44/17)，第244段。

大、中国、哥斯达黎加、埃及、法国、德国、匈牙利、印度、伊朗（伊斯兰共和国）、日本、墨西哥、摩洛哥、尼日利亚、波兰、俄罗斯联邦、沙特阿拉伯、斯洛伐克、西班牙、泰国、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国和乌拉圭。

7. 来自下列国家的观察员出席了会议：亚美尼亚、澳大利亚、玻利维亚、捷克共和国、芬兰、印度尼西亚、缅甸、尼加拉瓜、罗马尼亚、瑞典、瑞士、土耳其、乌克兰和阿拉伯联合酋长国。

8. 下列国际组织的观察员出席了会议：联合国工业发展组织（工发组织）和国际私法海牙研究会。

9. 工作组选出了下述主席团成员：

主席：J. Gauthier 先生（加拿大）

报告员：V. Tuvayanond 先生（泰国）

10. 工作组收到了下列文件：临时议程（A/CN.9/WG.II/WP.79），载有公约草案第12至27条的秘书处说明（A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1）和第十九届会议之后秘书处编写的第1至17条草案的进一步修订案文（A/CN.9/WG.II/WP.80）。

11. 工作组通过了下列议程：

1. 选举主席团成员。
2. 通过议程。
3. 编写独立担保书和备用信用证公约草案。
4. 其他事项。
5. 通过报告。

一. 讨论情况和决定

12. 工作组讨论了载于A/CN.9/WG.II/WP.76的第18至27条草案和载于A/CN.9/WG.II/WP.80的第1至2(1)条草案，特别注意了是否某一规则对独立担保书和备用信用证都适当，或只对其中一种适当的问题。

13. 工作组关于公约草案第18至27条和第1至2(1)条草案的讨论情况和结论载于下文第二章。工作组请秘书处根据那些结论再拟定第18至27条和第1至2(1)条的订正草案。

二．审议国际担保书公约草案的条文

第四章 权利、义务和抗辩（续）

第18条 展期或付款的任择请求

14．有人回顾说，在第十七届会议上，有人提出，展期或付款的任择办法不符合备用信用证的惯例，因此不应适用于该形式的担保书。工作组注意到，删除第18条也将产生同样结果，即展期或付款的任择办法只适用于见索即付担保。这是因为备用信用证是受《跟单信用证统一惯例》的制约，该《统一惯例》并不处理展期或付款规则，而见索即付担保往往接受《即期担保统一规则》，其中第26条载列的规则与变式A中建议的规则大致相似。根据上述，工作组决定删除第18条。

第19条 不适当的索款

引导句

15．提交工作组审议的第19条引导句有两个变式。变式A重复了第17(2)条的某些内容，即开证人可由于索款不适当而拒付，条件是索款的不适当性质对于开证人是知道的或显而易见的。人们广泛认为，这一重复是会引起问题的而且是不必要的。工作组普遍同意现有的结构，在第19条内界定不适当索款的定义，而在第17(2)条内指明某一索款为不适当时的法律后果。工作组表示，它的理解是，第17(2)条内提及第19条只为了指向不适当索款的定义，并非意指变式A中所述索款不适当性的明白无疑。工作组倾向于采用变式B，因其案文明晰简洁，并没有与第17(2)条发生重复或重叠。

16．有人说，第19条对于开证人的适用，即开证人有无拒付责任的问题应保留到工作组重新审查了第17(2)条之后再讨论。还说，若规定了这种责任，则备用信用证须视为例外。

(a)项

17．对于放在方括号内的条件，大家交换了看法，即是否一定要求受益人知

道某一单据是伪造的，出于这种情况下的伪造作假才使索款成为不适当的索款。一种看法认为，(a) 项案文应采用更具客观性的词语，为此目的，也许只须删除“受益人知悉”这几个字。据认为，单据的伪造性质应是客观上可察觉的，或对于一个“有理性的人”是“明显无疑的”，而且，提出索款时出示的某一单据究竟是不是伪造的，此事一般都由开立担保书的人来作出决定，并无必要评估受益人是否知情或本应知情。因此，建议把(a) 项案文重新修改为：“显然没有疑问，任何单据是伪造的”。工作组认为，对于是否删除“受益人知悉”这几个字，尚可提出建议，但不宜写入涉及要求证据的程度的字眼。如同在讨论引导句时所指出的，大家认为，这一事项应在第17条内另作处理。

18. 关于是否采用“任何单据是伪造的”这种提法，有人认为，伪造概念在某些法系中也许带有技术含义，就是说，即使有关的作假并不重要，并不改变交易的商业平衡，甚至是背着受益人而进行的，那也会使某一索款要求被定性为不适当的索款。有人指出，根据一些国家现有的判例法，在按照担保书规定提出索款要求时，如果只是所附的提单在日期上出现伪造作假，但受益人并不知情，在这种情况下，不一定影响到索款的有效性。因此，提议在案文中增加下述意思的词语：“或以其他欺诈手段使其完整无缺”，特别是如果删去了“受益人知悉”这几个字，则更有必要作此增补。但是，有人回顾说，工作组早先曾决定尽量避免使用“欺诈”或“滥用”这种字眼。另一种建议是提到伪造是“实质性的”。然而，大多数人的看法是维持现有对伪造的提法，但应删除“受益人知悉”的词语。

(b) 项

19. 对于是否应该保留(b) 项案文，展开了讨论。赞成删除该项的代表说，(b) 项所涉情况可以说只是下面(c) 项所述较大范围内的一种情形。在这方面，有人提出，该款的适用范围有问题，因工作组已经决定，见索即付担保应属于公约草案的适用范围，因此放在方括号中的词语（“根据索款要求中所述的依据和佐证单据”）是不必要的。赞成保留(b) 项案文的代表说，(b) 项和(c) 项也许意思上有重叠，但仍需要有(b) 项来处理下述这种情况：索款的依据由担保书本身的案文加以限定，例如，对于履约担保，必须声明某一义务并未得到履行，才能获取付款。还谈到也许发生这种情况：在提出索款时提交的单据之中相互间就有出入。假若在这种情况下受益人提出的索款要求表面上是符合条件的，

但开证人知道该担保所涉义务实际上已得到完满履行，对于这种情形，据说，必须有(b)项来表明开证人并无义务撇开受益人的声明去调查是否还有另一种索款依据，如同有可能对(c)项案文得出的错误理解那样。对此，有人说，银行一般无法作出(b)项所要求的一些判断，只有法院可以作出此种判断，因此，不应规定这种责任。大多数人的意见是(b)项案文应予保留。

20. 关于(b)项的内容，大家注意到，受益人的知情是(b)项适用的一个先决条件。有人提出，既然(a)项内的类似词语已被删除，出于同样理由，(b)项的开头语(“受益人知道或不可能不知道”)也应删除。对于这一点，有人表示担心，受益人知情这一条件是必要的，为的是保护诚实办事的受益人，提出了索款要求而并不知道事实上不应得到付款。据说，在一些国家的判例法中，确有此种对诚实办事的受益人的保护措施，它是使担保书具有确定性和可靠性的一个因素。多数人的意见是，不管受益人是否知情，只要有舞弊行为，在事实上不产生付款义务的情况下提出索款，则公约草案不应允许在此情况下给予付款。

21. 经讨论后，工作组决定把(b)项案文改成如下意思：“根据索款书陈述的依据和佐证文件，并不产生付款义务”。

(c)项

22. 工作组认为(c)项的实质内容总的说是可以接受的。

第(2)款

23. 大家注意到，第(2)款的目的是描述几种索款要求显然没有合理根据的典型情况。工作组得到两个变式，反映了第十七届会议上提出的建议。变式X是关于缺乏合理根据的总概述，其中列出了索款要求的不适当性明显无疑的若干情形。变式Y并非详尽无遗地列举了不同种类文书条件下所产生的各种具体情况。

24. 关于是否保留第(2)款，人们表达了不同的意见。一种一般的意见是：列于第(1)款的关于不适当索款的定义已经足够，而对那些索款要求显然没有合理根据的情形，难以做出具体的鉴别，这反而会削弱第(2)款的作用。关于这一点，人们提出了若干建议。一项建议是：变式X和变式Y的内容可写入一个评注中，因此可删除第(2)款。另一项建议是：变式X和Y均可删除，基本交易中所产生的欺诈行为和其它问题可在《公约》的其它部分述及，并重点指明决定在这

方面所应发挥的作用，而不着眼于出具人所应承担的责任。还有一项建议是：变式X和Y均可删除，其条件是在第(1)款(c)项中增加提到基本交易的词句，如“在适当考虑基本义务的情况下。”关于这一点，有人注意到：建议加入第(1)款(c)项的词句可能会使人们难以确定在判断不适当索款时应在多大程度上考虑到基本交易。

25. 然而，普遍的观点是：第(2)款应予保留，因为它可起到参考作用，指明何种情况下索款要求没有合理根据。

26. 关于第(2)款的两个变式，人们表达了不同的观点。一些人对变式Y表示赞同，其理由是变式Y列举了不同种类担保书条件下所可能产生的各种不同情形，因而可起到指导作用。还有人赞成把变式X和Y揉合到一起。关于这一点，有人说：变式X和Y并不是相互排斥的，变式X载入了一般规则，而变式Y则列举了具体的情形。另一种观点是：第(2)款应只包含那些索款要求缺乏合理根据的最明显的情形，因此应重新修改以适用于司法程序的范畴。然而得到最广泛支持的是变式X，其理由是变式X简单明了。据指出，变式X列举了索款要求缺乏合理根据的通常情况。

27. 关于变式X的内容，人们所关心的一个问题是：(b)项引起了出具人关于不得不对超出其专业范围的一些事情作出判断的问题，如法院是否有管辖权，仲裁裁决是否具有法律价值。人们关注的另一个问题是：(b)项规定，如法院或仲裁庭已宣布基本义务无效，索款要求就没有合理根据。这项规定牵涉的面太大，因为实践中可能会有如下的情形，即正是为了防止这类意外情况而出具担保书。有人建议，为解决这一问题可以在(b)项内说明各当事方有权在担保书中另作协议。一个有关的建议是：第(2)款整个的内容应遵从各方的自主权。有人表示了一种关注，即这样的更改将会使当事方甚至将最严重的不当索款要求排除在外，这将与公共规则背道而驰。因此，工作组同意只在有限的范围内予以修改。即在下一个修订草案中应在括号内写入适当词语来表明，各当事方可以在担保书中规定，如果担保书的目的之一是预防基本交易已被法院或仲裁庭宣布无效的风险，在这种情况下提出索款要求不能视为不适当。

28. 人们关心的另一个问题是：变式X未包括这样一种情形，即所受的损失与根据担保书提出索赔的数额明显不成比例，这一问题已在工作组第十七届会议上被提出过。关于这一点，有人建议，有关这种不成比例的意思应写入变式X的(c)项中；或另拟一个单独的(e)项，其中写入诸如“索款的数额与所受的损

失明显地不成比例”这样的文字。这一建议未能获得充分的支持，主要因为这并不是一种完全缺乏索款根据的情形，也因为这提出了一个需要通过在担保书中列入缩减办法才能处理的问题。

29. 有人认为(d)项的意思含糊不清，主要因为出具人可能难以判断委托人是由于什么原因而不能履行义务的。此外，有人说，在故意不当行为之外，还合由于受益人其他一些行动或不行为而不能履行基本义务，表明也许并无索款根据。但是，关于删除(d)项的建议未能获得工作组的同意。

30. 经讨论后，工作组请秘书处参照变式X的内容编拟出第(2)款的修订草案，其中列入索款要求显然没有合理根据的各种情形，但不能更改就其中(b)项已经一致达成的修正意见。

第20条 抵消

31. 人们忆及，由于工作组考虑到关于抵消的普通法可能会有进一步限制(A/CN.9/361, 第97-98段)，故在变式A中选择了“行使抵消权”的措辞，而不是“采取抵消办法”的措辞。根据这一理解进一步拟定的变式B只禁止对委托人转让的债权行使涉及抵消的普通法中所规定的任何抵消权。普遍赞成变式A所采取的做法，认为变式A较明确地表达了在担保书情况下可以使用抵消方法的原则。

32. 关于开头语(“除非当事各方另有协议”)，普遍认为，关于抵消问题应提及当事方自主原则，当事方自主原则应适用于整条，包括变式A末尾提出的例外情况(“但委托人转让给出具人的任何债权不包括在内”)，也应允许当事各方放弃委托人转让给出具人的任何债权。关于使用“当事各方”这一用语，有人担心，认为在并非出具人的银行付款的情况下，只提及“当事各方”可能不允许该付款银行以其对索款当事方的债权来行使抵消权。因此建议将“当事各方”改为“根据担保书付款的当事方和受益人”。建议的措辞受到反对，理由是，公约草案的其他条款没有对受益人和既不是出具人也不是委托人的当事方之间的关系作出规定，因此，为统一起见，第20条不应采取不同的解决办法。据指出，根据第十九届会议作出的决定，应将“当事各方”字样改为“担保人或开证人和受益人”。但是，有人注意到，第9(3)条提到了作出付款的当事方。

33. 关于提及破产法问题(“不违反破产法的规定”)，有人认为无需作这种提及。说提及破产法可能引起将适用哪一国法律的困难，是适用担保人国家

的法律，还是受益人国家的法律，还是付款地的法律。此外，如果破产是在若干管辖范围内裁决，这种提及可能造成不确定性。因此，有人建议第20条应确定一条规则：在本公约草案下，只有流动债务才可抵消。还有人认为，本公约草案与破产法的相互影响问题应留待国家立法去解决，特别是因为在破产的情况下处理担保交易中轻重缓急问题的法律机制的复杂性。另外，还有人提出从可能与本公约草案案文相互影响的所有具体立法中单单举出破产法是否适当的问题。虽然有些人表示支持在变式A案文中保留提及破产法，但经讨论，工作组决定删去该词语。

34. 关于变式A中提出的实质性规则（“出具人可行使抵消权，将其对索款者的债权与其根据担保书承担的付款义务相抵消”），有人认为，关于抵消的概念应在公约草案中加以界定。有人说，在某些国家的法律中，抵消只局限于与受益人债权同一交易中产生的担保人债权，而其他国家的法律则没有此种限制。然而，工作组重申其第十七届会议的决定：此问题应留待各国关于抵消的普通法解决（见A/CN.9/361，第98段），指出“行使抵消权”字样即反映交由国家法律解决的意思。在这方面，有人表示担心，第20条可能被误解是试图在国家法律并无规定抵消权的情况下设立这一权利。因此建议，载于第20条中的规则应明确地“不得违反关于抵消的普通法规定”。然而，承认此种提及关于抵消的“普通法”并没有非常清楚地明确公约草案案文应该排除在有关担保书的问题中有任何关于抵消的限制。

35. 关于“将其对提出索款要求者的债权”词语，有人表示担心，如果付款权已被受益人转让，以先前受益人的债权来抵消便不会成立。然而，有人认为，在本公约草案下，受让人的法律地位应比前受益人即出让人的法律地位更有利。经过讨论，工作组决定将“将其对提出索款要求者的债权”词语删去。

第9之二条第(3)款

36. 忆及工作组在第十九届会议上决定在进一步审议第20条后再结合收益的转让问题审议抵消问题，工作组讨论了第9之二条第(3)款。工作组审议了第(3)款的两个变式(A/CN.9/WG.11/WP.80)。变式X明确将抵消权局限于对受益人的债权，从而排除了对受让人的任何可能债权。变式Y是不涉及该问题的一条一般规定。

37. 工作组审议了第(3)款应予保留还是应予删去的问题。有人主张保留

第(3)款,理由是:该款有益地澄清了可行使抵消权的各种情形。相反的看法认为应删去第(3)款,因为它涉及关于抵消的普通法,在审议第20条时已商定,关于抵消的普通法应留待国家法律解决。虽然总的倾向是删去第(3)款,但工作组停下来审议了变式X和Y两者的相对优缺点。有些人赞成变式X,认为它与处理转让金额而不涉及债权的第9之二条第(1)款相一致。同时,也有人批评变式X,认为它对国家法律规定的抵消权有不利影响,变式Y得到了较多的支持,支持者认为它是一条较一般的规定,没有变式X的缺点。然而,经过讨论,工作组决定删去第(3)款。

第五章 临时法院措施

第21条 [针对出具人或受益人的]预禁令

一般意见

38. 像第十七届会议那样,对预禁令问题发表了各种意见(见A/CN.9/361,第102-103段)。将第21条载入本公约草案曾有一定程度的犹豫,特别是本条所载程序规则,所涉问题的处理因国而异,最好留待当地法律解决。有人指出,如果本公约草案使立法机关不得不针对法律的某一特定领域来修改一般性的既定规则,则本公约草案的可接受性将受到不利影响。还指出,对某些国家来说,条文草案设想的通过预禁令免除委托人付款义务的做法可能是不常见的。因此建议应将该条删去,或至少只针对认可禁令措施的那些国家适用。在完全删去第21条以外,另一建议办法是,虽然公约草案不应试图建立任何程序规则,但可仿照工作组在其第十七届会议上决定删去的前第23条(见A/CN.9/361,第119-121段)载入大致的原则陈述。

39. 赞成保留关于禁令规定的人说,此种规定是处理欺诈和滥用的规定的一个部分;据指出,拟定公约草案的主要目的之一是提供这一领域的某些解决办法,因为该领域超出了合同惯例文书(如跟单信用证统一惯例和担保统一规则)的范围。还指出,条文草案并不是想对现有国家程序作重大改变,虽然据说正因为各国做法不一,公约草案载入这一条款是有益的。考虑到某些国家没有禁令程序,有人说保留禁令条款有利于向这些国家提供制订此种条款方面的指导。对此种国家和各国做法不一问题来说,有人说载入预禁令条款有利于国际统一和保护担保书

的完整性。

40. 经讨论，工作组决定继续审议第21条草案；商定在审查第21条草案的内容后再进一步审议是否保留该条的问题。有人提到，考虑到本届会议的讨论，是否可在秘书处有机会提出第19条修订案文后再审议该问题（见上文第15至30段）。有人还指出，在缔结国际公约的情况下，似需在稍后阶段讨论可否考虑各国在批准或加入公约时作出排除适用第21条的保留。

标题

41. 有人认为，至少在某些国家，“预禁令”词语可能并没有适当反映出通过法院发出一项临时裁决来防止受益人领取担保书所规定的惠益的程序方法。普遍认为用较中性的措词为宜。例如，有人建议本条应指“防止接受或按担保书付款的法院措施”。虽然工作组未通过具体措词，但商定，除了标题措词要比较中性之外，还应强调在第21条下所考虑的法院措施的“临时”或“暂时”性。

42. 关于方括号中的词语（“针对出具人或受益人的”），工作组认为，确定第21条的临时措施可针对哪些人，这种限制性过份束缚了法院在担保书的不适当索款方面根据某些国家的具体情况命令采取临时措施的酌处权。因此，工作组决定删去方括号中的词语。

第(1)款

“当[经委托人申请]”

43. 普遍认为，临时法院措施只应在“申请”的基础上而不是由法院主动命令采取。对第(1)款在范围上局限于经委托人申请采取临时法院措施，人们提出了各种问题。第一个问题是，目前的案文可能导致担保人或出具人得不到采取临时法院措施的机会。有人说，虽然第17条规定当索款要求明显不适当时，担保人或出具人无付款义务，但是，另一方面，它也可以请求法院作出裁决，责成它拒绝支付担保书款项，在预计到可能提出不适当索款要求的情况下尤其如此。另一问题是，提及委托人申请可能会影响到其他人，例如破产清算人，代替委托人提出申请。普遍认为，关于临时措施，应使在出现不适当索款要求时任何想要阻止付款的人都有诉诸法庭的机会。然而，大家也承认，一个不漏地确定有关人的清单可能是困难的；关于凡有正当理由阻止付款的人均可诉诸法庭的一般规则，可能与关于诸如起诉资格之类问题的国家法律相冲突。经讨论，工作组

决定删去“经委托人”字样。（在讨论第(5)款时又对这一问题进行了讨论，并对上述决定作了修改，见下文第72段）。

“明确清楚地表明”

44. 就是否第21条应建立法院在裁决申请采取临时措施阻止付款时应适用的证据标准问题进行了讨论。赞成删去任何有关证据标准的词语的人说，关于证据标准的问题应留待可适用的程序法解决；案文不应限制法院的酌处权。因此建议，第21条不建立证据标准，而只应提及“法院深信索款要求不适当的”种种情况。同样，有人提出另一建议，以下列案文取代第(1)款现有案文：“如果受益人提出的索款要求在第19条提及或规定的意义上是不适当的，主管法庭根据其程序法的要求，可发出预禁令，禁止出具人满足索款要求”。普遍认为，这样一种案文无助于协调统一该领域的法律。赞成建立证据标准的人说，本公约草案的一个重要特点将是建立一个“平坦的运动场”，即目前对于干预担保书付款义务的可能性只能由法院从严解释作出的国家，特别是在临时措施的情况下，法院更倾向于允许不履行付款义务的国家内，平等对待担保书使用者。

45. 关于可能的证据标准实质内容问题，有人提出是否在第21条情况下为临时法院措施提出的证据标准应与第17条为担保人或出具人拒绝付款而提出的证据标准并行不悖的问题。有人认为，尽可能高的证据标准应同样适用于上述两种情况，务求不损害担保书的可靠性。有人提出下列案文建议：“法院不得干预履行担保书的义务或干预为按此种担保书获得付款而出示单据，除非除了遵循其正常程序外还发现索款要求明显不当，并将对申请人造成严重损害”。有人说，在第17条和第21条中应用同样的证据标准的理由其中有，该两条都是为保护委托人的。第17条规定，在索款要求不当时委托人有权使担保人拒付。同样，在法院采取措施的情况下，如果付款会造成不可补救的损害，委托人也有权寻求法院保护。有人说，法官按第21条作出裁决时，实际上是代表担保人来确定索款要求是否明显不当。

46. 然而，大家普遍认为，第17条和第21条适用的情况性质不同，适用两种情况的证据标准也会不同。第17条的证据标准是担保人或出具人用以确定索款要求是否明显不当，因而出具人不应付款的标准。第17条规定的证据标准应尽量高的原因如下：不应允许对索款要求的不适当性作出决定的担保人或出具人通过此一决定轻易逃避原应付款的义务；为了使银行不能仅仅根据委托人声称索款

不当而拒绝付款，也需要高标准的证据。关于在第21条下法官应适用的证据标准问题，有人说上述考虑不适用，特别是因为所涉措施是临时性措施。

47. 人们对法院应适用的证据标准意见不一。一种看法认为，标准应尽量高，以避免法院采取不同标准而破坏文书的可靠性。在这方面，还有人说，证据标准应该高，因为在很多法律管辖区域，预禁令或其他临时法院措施可能是由法院片面批准的，即没有让被告得到陈述意见的机会。然而有人说，如果在公约草案中规定法官应决定索款要求是否“明显不适当”，这在许多法律管辖区域会产生不能采取临时措施的结果，因为索款要求是否“明显”不适当，只能由对该索款要求作出最后裁决的法院来决定。赞成采用稍低证据标准的人说，在大多数可执行临时法院措施的国家，应适用的标准包括诸如索款要求不适当的“可能性很大”，“可能性非常大”或该案件“胜诉的可能性很大”等概念。有人说，即使此种稍低的证据标准也认为难于达到；根据此种标准阻止付款的临时命令，在很多国家可能只有几天的效力。作为对此种标准的改进，有人建议公约草案应提出“现成证据”概念。另有人认为，关于法院拟适用的证据标准问题，应采用较低的标准，例如，“法院初步确信”，“可严肃提出理由”，或“法院有理由认为”索款要求是不适当的。然而普遍认为，像这样的低标准虽然不限制法院的酌处权，但也许会损害担保书的可靠性。

48. 经讨论，工作组决定，索款要求明显不适当的证据标准对于临时法院措施来说未免太高；拟载入未来草案的标准应提到索款要求“很可能”不适当的提法。

“[以书面材料和其他易于出示的证据]”

49. 有人认为，方括号中的这些词语应该删去，以便不侵犯法院的酌处权。另一种看法认为，法院在单证和其他易出示的证据的基础上作出裁决与第19条确定不适当索款的规定相联系的。然而，也有人认为，现有案文可能仍需提及法院应考虑到证据的“易取”性质（即易于出示），不然现案文会被认为太含糊。经讨论，工作组决定删去方括号中的词语。

“受益人提出[或估计会提出]的索款要求按第19条规定是不适当的”

50. 普遍认为，有必要允许预先解除付款义务，这在担保书连续付款的情况下尤其重要。工作组决定维持“或估计会提出”的字样。

“[主管]法院可发布预禁令：”

51. 一般认为“主管”法院一语可能会被误解为试图制造司法权限特定根据。工作组决定删除“主管”一词。

(a)和(b)项

52. 工作组审议了(a)和(b)项的法律意义。(a)项规定了针对出具人的两种临时性禁令，其中一种阻止出具人见票即付，而括号内的另一种则阻止出具人借记委托人的帐户。(b)项规定了针对受益人的三种临时性禁令，其中一种是禁止受益人接受付款；第二种是在索款要求已提出时，命令受益人撤回索款要求；第三种是如果索款要求尚未提出，则命令受益人不得提出索款要求。

53. 工作组审议了这两项的内容，评估现草案中设想的各种措施是否恰当。对(a)项提及禁止出具人满足索款要求的禁令没有人提出反对意见。但是对提及禁止出具人借记委托人帐户的禁令是否恰当，人们看法不一。一种观点认为，明确规定解除委托人付款义务与第21条总的目的是一致的，因为第21条据说是用于保护委托人利益的。有人指出，作为一个实际问题，禁止出具人借记委托人帐户的命令，在很多情况下对委托人来说要比禁止向受益人支付的禁令更为重要，因为违反第17条的付款将使出具人遭受损失。

54. 然而，普遍的观点是：规定这样一种临时性禁令是有问题的。力图促使工作组删除这一禁令的观点有：这种临时性禁令可使出具人不得借记委托人帐户，但仍有责任向受益人付款；它涉及委托人与出具人关系的一个方面，因而不是公约草案的主要重点；由于公约草案在规规定当事各方的权利和义务时没有提及借记帐户，因此第21条中的这种提及应予避免。作为删除的一种替代办法，有人建议，这两种禁令可合二为一，办法是把“或”字改为“和”字，起到把两项措施视为一个整体的效果，从而排除出具人被置于相互冲突的义务之下的可能性。但是，这一建议未能获得足够的支持。

55. 对(b)项阻止受益人获取付款的临时性措施是应予保留还是删去的问题，人们发表了不同的观点。一种观点是：如果对(b)项作一些修改，使之更明确的话，该项原则上是不会引起什么异议的。一种意见是：接受付款的概念不明确，对之可作不同的理解，因而可改为领取款项这样的词语。另一种建议是：命令受益人撤回索款要求的禁令应予删除。然而还有一种建议是：“禁止受益人……”这样的词语是不适当的，应改为“宣布受益人不得接受付款”一类的词语。但

是，普遍的观点是：这类修改并不能克服这些修改所要解决的困难，因此(b)项应予删除。支持删除的人说，(b)项所规定的禁令性质不明确，在很多法律管辖区域对这种禁令是陌生的，有(a)项规定就足够了。有人还提出，命令受益人不得提出索款或命令撤回索款要求的禁令可能会导致受益人不能提出一项及时的索款要求，如果有效期已过的话。

56. 关于(a)和(b)项中所提到的补救措施的讨论及删除其中一些补救措施的倾向促使工作组考虑是否采取另外一种做法，而不是以详尽无遗和暗示的方式试图列出当事各方可采取的各种措施。据此，有人建议，(a)和(b)项应以一般规则来代替如“法院可以采取任何保护委托人和出具人利益的措施”，明确强调措施的临时性实质。经讨论，会议决定将下述词语加入第(1)款开头语的结尾部分，用以取代(a)和(b)项：“旨在使受益人不得接收付款的临时禁令”。

第(1)款结尾部分附带条件：

57. 对第一款结尾部分附带条件的措辞，人们提出了一些问题。该附带条件规定第(1)款设想的临时禁令发布的条件如果是法院拒绝发布此种禁令，委托人必会遭受“严重损害”这一要求，或用另一说法，“不可补救的损失”。

58. 一种忧虑是：“条件是”一语过于强硬，限制了法院考虑委托人遭受损害危险的酌处权，从而会与规定这种酌处权的国家程序规则相抵触。因此，有人建议，诸如“考虑到”一类的措辞似更为恰当。虽然有人认为，作为法院的行为准则，这样的词语可能不够明确，但要求秘书处设法增加上述一类措辞。

59. 另一种忧虑是“法院拒绝”的提法可能会使人联想到，假如不采取这种临时措施，法院可能要为委托人可能遭受的损害承担责任，而事实上这一责任应由提出不当索款要求的受益人来承担。还有一个问题是：“将会使……遭受”词语可能会减少发布这种临时措施的可能性，因为要证明一定会引起严重损害是很困难的。因此有人建议使用“可能使……遭受”一类的词语。

60. 对于附带条件括号中提出的表示拒绝发布要求的临时措施所可能导致的损害程度的两种词语表示了不同看法。一种看法是：“不可补救的损失”一语是较可取的，因其较为明确，再和损失一词连在一起，更好地反映了申请人所遭受损害的经济方面。但是，有人批评“不可补救的”这一词语，认为其含糊不清，而且属于过高的全面标准，因为若这一措辞以后在法律上站得住脚，委托人最终可能会收回支付不当索款的资金。有人建议“严重”一词与“损失”或“

损害”一词结合在一起就足够了。另一种看法是：“不可补救的损失”标准太高，而“严重损害”又太低，应用“不易补偿的”一语来代替。还有一种看法是：其中任何一种标准都是可以接受的。另有一种意见是：担保人或开证人如果违反了第17(2)条规定的拒绝付款的义务，支付了不适当的索款，那么，它就无权向委托人或申请人要求偿还付款，因此，如果规定一个条件，要求委托人或申请人证明它会受到损害，那么，在情况表明，索款要求按第19条为明显的不适当索款时，法院也需拒绝发出临时措施命令。但是，普遍的观点是：“严重损害”一语应予保留。

第(2)款

61. 工作组审议了一项删去第(2)款的建议，该款授权法院在发布初步命令时听取被告的陈述。据认为，这种提到酌处权的规定的含义不明确，而且，这种规定必然涉及法定诉讼程序这一基本程序问题，而这一问题应留待国内程序法来解决。另据认为，删去该款不会妨碍法院在适当情况下允许受益人陈述己见，而这种情况并非总是存在，特别是在第21条所包括的那种单方面诉讼中尤其如此。另外，据认为第(2)款会在区分第21条所包括的临时措施与其并未包括的最后程序方面造成问题。鉴于这些考虑，工作组没有接受关于使被告有机会陈述己见成为强制性规定的建议，以便增进有利于受益人的法定诉讼程序，并使法院尽早了解被告一方的情况。普遍看法认为，应当删去第(2)款。

第(3)款

62. 人们同意，第(3)款是有用的，应当保留，该款规定了这样的可能性，即法院可以在命令一项临时措施之前要求申请人提供适当的抵押。据认为，这一规定是公平的，兼顾到申请人和被告人的利益。另据认为，第(3)款可能会产生约束作用，使申请人不会提出无足轻重的申请，因此可能就具有教育价值。为进一步改进，同意将“抵押”一词改为含义更广的词，以便不致造成此处提到的是某一特定形式的抵押的印象。有人建议采用以下措辞：“承保、抵押或其它单据”。

第(4)款

63. 工作组审议了第(4)款中的三个变式。据认为，变式A一般地规定，

不排除法院发布根据适用的程序法可采取的任何临时措施。该变式对法院的裁量权所作的唯一限制是放在方括号内的一句话，这一限制反映出第十七届会议上所表示的一种担心，即如果允许以单据不符合为由而下达禁令则会造成极大混乱(A/CN.9/361,第109段)。变式B规定，获得临时法院措施除依据不适当索款之外，唯一的理由就是担保书无效。在三个变式中，变式C的限制最严，因为该变式不允许法院以不适当的索款以外的任何理由发出预禁令。

64. 有人倾向于采用变式A，理由是不应对法院的裁量权加以任何限制。出于同样的理由，还建议删去方括号内的那句话所包含的限制。支持变式A的意见还出于下述考虑：就担保书而言，如果公约草案过分限制以临时措施的方式进行司法干预的可能性，那就会增加担保书被用于非法目的的风险，如洗钱或逃税等。据认为，这种滥用担保书的情形不会因第19条目前的规定而受到限制，因为在这种情形下的索款要求不会是“无任何合理根据”，而是有其非法根据的。针对这种考虑，工作组基本上同意，不论保留哪个变式，都应在第19条或第21条中写入关于防止担保书用于非法目的的措词。

65. 支持变式C的观点认为，应当尽量限制对担保书进行司法干预的可能性，以便不损害这种票据的可靠性，因其主要功能就是在解决可能产生的任何纠纷之前提供支付保证。据认为，如果广泛地允许法院干预出具人在并非属于第19条所确定的不适当索款要求的情形下的付款义务，那就会出现法院循委托人的请求对委托人与受益人之间的潜在交易进行干预的危险。为了进一步加强变式C，有人建议应当在变式C中明文规定不允许发布以单据不符为由而发出允许禁令。

66. 人们广泛支持这样的看法：第(4)款应就委托人寻求禁令的权利阐明程序规则，以便与第19条中就可能防止付款的条件所阐明的实质性规则相呼应。但支持变式A的人提出了这样一个问题，即为什么不能以担保书无效性作为公约草案防止付款的一种手段，而不适当的索款要求却看作是寻求禁令的一种可以接受的理由。据认为，在收到不适当的索款要求时付款和担保书显然无效时付款都可能对委托人造成同样不可挽回的损害。另外还问及，如果出现担保书无效但仍提出索款要求的情形，委托人是否仍有什么补救程序。

67. 针对这一问题，有人说，这种票据的性质是确保及时付款(这被称为“钱”的特点)，而且一般来说，评价担保书的有效性超出了法院就采取临时措施发出裁决令的权利范围。另据认为，担保人或开证人有义务证实担保书的有效性，如其根据一份无效的担保书付款，担保人或开证人无权从委托人那里得到偿付。

有人建议在第21条中增加措辞，明确说明该条不涉及委托人与开证人或担保人之间的关系（这种关系有时被称作“帐务关系”）。说明这一点的用意，在于强调公约草案不排除委托人求助于法院的权利，其中包括采取临时法院措施，禁止在收到不适当的索款要求后已经付款的担保人或开证人借记委托人帐户。

68. 经过讨论，工作组决定，除了关于非法性的上述决定（第64段）之外，单据不符或担保书无效均不应考虑采取第21条所规定的临时法院措施。变式C被采纳。另外，人们还普遍同意，公约草案的主题事项是担保人或开证人与受益人之间的关系。请秘书处在下一个修订草案中明确表明，第24(4)条并不妨碍委托人就其与担保人或开证人之间的合同寻求采取临时法院措施。工作组决定保留变式C内方括号中的措辞，以便将变式C中所说明的禁令局限于根据对受益人的索款要求的异议提出的申请。工作组据此作出决定，将“任何理由”改为“对付款的任何异议”。

第(5)款

69. 有人指出，为了限制对担保书付款的司法干涉，第(5)款规定扣押和没收受益人或出具人的财产除了要满足有关的国家程序法要求以外，还要满足第(1)款载明的条件。还指出，在某些法律管辖区域内，扣押和没收财产可以采取行政程序而不采取司法程序。

70. 对于保留第(5)款是否必要和恰当，有人提出了各种各样的疑虑。这些疑虑是：该款涉及程序法，因此，要统一法院可赖以发出任何特殊付款禁令的条件太困难了；该项规定的范围不明，特别是由于工作组已经在第(1)款中决定不把第21条的范围仅仅局限于委托人提出的要求；要达到合理限制司法干预担保书的商业用途，即付款的可靠性，第(1)款规定就足够了；在有些法律管辖权范围内，第(5)款中提到的措施种类不能认为是具有司法性质的临时性措施，而是在短期内较通常简单又不涉及司法的措施；该项规定似不应含有申请人的一切财产均可扣押的可能性，而只能扣押担保书的收益。

71. 一种占上风观点是，第(5)款所述规则应列在第21条中，因为不管这些措施在不同法律制度下如何界定，它们都是使第(1)款中规定的措施具有意义的基本要素；同时，为了维护担保书的商业活力，要确保采取保障办法，防止滥用第21条中通常所规定的临时措施。然而，工作组决定不列入第(5)款，并通过在第(1)款“可”字后加进“阻止付款或发布预禁令”意思的措辞来进一步扩

大第(1)款的内容,以实现工作组决定的实质内容。

72. 对第(5)款的讨论促使工作组重新考虑其关于第(1)款的决定,即避免确定哪些当事方可以申请第21条中所规定的临时措施。普遍认为,为了限制在审议第(5)款时提及的某些困难,第(1)款应将第21条局限于委托人所带来的行动,而且还应提到指示方或帐户方,以便特别把反担保包括在内。

73. 在完成对第21条的审查后,工作组按原商定安排又回到是否要保留或删除第21条的问题。人们又重申了上面第38和39段提到过的赞成和反对保留第21条的各种考虑。一方面特别强调在此领域试图制订一项统一规则会面临的困难,另一方面又强调这样一种观点,即公约草案的一个主要功能至少是处理第21条所讨论的事项。普遍认为,在此阶段作出最后决定还为时过早,工作组应等秘书处拿出下一个草案,届时再重新审议第21条。

第六章 管辖权

第24条 法院或仲裁的选择

和

第25条 法院管辖权的确定

74. 鉴于第24条和第25条所含规定互有联系,工作组将这两条放在一起审议。

75. 对于这两条现有案文所包含的做法,讨论了存在的各种问题和意见。一个总的问题是,第六章拟议的这种条款是否见于其他多边文书。针对该问题,有人认为,在目前阶段,审议的焦点应放在解决第六章所涉事项对于担保书而言有无用处的问题,不应过份注重于其他公约之中有无涉及管辖权的条款。

76. 一种意见认为,第24条虽然确认了各当事方指定法院或规定通过仲裁解决担保书引起的争端的自主权,但该条未能起到多大的作用,因并未规定制裁,尤其是并未规定指定法院的专有管辖权。据认为,由此产生的不确定性还会由于第25条产生的问题而更趋严重,就是说,万一未能根据第24条指定法院,又没有一条涉及专属管辖权的规定,则无从确定第25条所述的法院管辖权。又指出,只是肯定一条当事方自主权原则而不提及与指定司法管辖权有关的各种因素,也许会与某些国家的政策考虑发生冲突,因有些国家对于与其管辖权关系不大或并无关系的案件,并不想承担受理此种诉讼的行政负担。

77. 但是, 总的来说, 另一种看法大大地压倒了那些担心, 人们认为, 第24条有力地支持了各当事方选择法院管辖权的自主权原则, 也许还鼓励了仲裁方法的使用。 另有人指出, 第24条一方面允许指定法院拒绝管辖(例如, 基于“本法院不宜受理”的理由), 而且没有规定专属管辖权, 但该条须与第25条结合起来阅读, 即万一无法根据第24条指定管辖权, 但第25条提供了确定管辖权的直接规则。 工作组的看法是, 第24条引起的有些问题须等到第25条关于居住地管辖权的规定最后确定时才能解决, 才能更准确地看出那些规定是否为强制性。 有人还指出, 第24和25条由于将列入立法性质的文件内, 将支持如同《即期担保统一规则》第28条所述合同层面的类似做法。

78. 有人担心第24条的规定是否会落空, 即有可能发生这样的情况: 各当事方选择的某一法院并非主管解决有关争端的适当法院。 据此, 建议在第(1)款的“法院”一词的前面加上“主管”二字, 虽然, 也注意到, 对于这一类情况, 第25条的规定有意提供了补充规则。

79. 有人提出这样的问题: 第24条第(1)款与第25条第(1)款在措辞上的差异是否意味着, 前者的范围更大一些, 特别是前者提到由当事各方来选择。 同样地, 有人怀疑, 第24条第(2)款与第25条第(2)款在行文和内容上的差异也许会引引起意想不到的解释, 认为后者也许有意要限制其他法院的管辖权, 如果被理解为把资产所在地法院的管辖权排除在外, 那会产生种种困难。 有人提议在第25条第(2)款内增加词语, 具体提到第21条的规定, 使意思更为清楚一些。 还有一种疑问是, 目前的案文是否有意排除在反担保书的情况下委托人在反担保书所担保的担保书应予付款的所在地直接提起诉讼的可能性。 据表示, 如果意图允许此种行动, 似可在该款中也提到指示方。 与此同时, 也有人提请工作组注意, 允许指示方采取此种直接行动也许违背某些法制规定的对于合同当事人关系的要求。

80. 从可能出现不一致和可能互有助益的两种角度来看, 另一个令人关注的涉面较广的问题是第六章中的规则与其他载有类似事项一般规则的多边文书的关系, 特别是《1968年布鲁塞尔关于民商事司法管辖和判决执行公约》以及《1988年卢加诺关于民商事司法管辖和判决执行公约》。 关于这一点, 人们注意到, 虽然这些公约开放供所有国家加入, 但这些公约是在区域范围内拟订的, 因此, 这些公约为第六章的规定提供根据的程度受到限制。 为了处理可能出现的不一致问题, 提到了就保留意见作出规定的可能性。 一个相关的问题是, 对于那些未加入这种多边承认和执行办法的国家来说, 第六章中的规定是否行得通。 针对

这种担心，人们指出，承认和执行的可能性并不完全取决于是否加入这种多边安排。首先，仲裁裁决需服从《1958年纽约关于承认及执行外国仲裁裁决公约》，而且，还可根据双边安排执行司法裁决。人们还指出，即使是《布鲁塞尔公约》和《卢加诺公约》的缔约国也面临着如何实施的问题，尤其是如果执行某项裁决所涉及的国家不是这些公约的缔约国。

81. 工作组进一步审议了一些一般性建议，这些建议反映了人们提出的各种观点和问题。其中一项建议干脆要求删去第六章。支持这一建议的人认为，就目前形式的非专属管辖权来看，这些规定是不必要的，即便对其进行修改并就专属管辖权作出规定，仍会出现巨大困难，特别是如果没有一项承认和执行办法的话。支持这一建议的人还指出，起码就第24条而言，删掉这一章只产生有限的实际影响，因为管辖事项实际上很少在担保书中提及，其中一个原因是，提到这一事项会被认为有损于担保承诺。但如上所述，普遍看法认为，管辖事项是一个极为重要的方面，应当尽力在公约草案中处理这一问题。

82. 审议的另一个办法是修订第六章，以便使管辖权的选择成为专属性的。这种办法的变式之一是删去第24条，只在第25条中留下一条有关管辖权的客观规则。但有人对可能赋予专属管辖权的任何做法表示异议。其中一个主要担心是专属性不符合确保承认和执行裁决的办法，因为更有可能造成实际上无法执行裁决的情形。一个相关的考虑是，如果将专属管辖权赋予一个管辖区内的法院，而需要执行裁决的财产却位于另一个管辖区内，这种方法就可能造成困难。

83. 还有一种办法，其目的是将专属性、非专属性和当事方自主权中的要素结合起来。根据这种想法提出的一项建议是，除非另有协议，否则应允许索偿人在下述任何一种管辖区提起诉讼：担保书在该管辖区内出具；受益人的营业地或居住地；委托人的营业地或居住地。一项引起比较广泛兴趣的建议是，可规定由某个指定法院行使专属管辖权，除非发现裁决未得到承认或无法执行，在此种情况下可由另一个法院行使管辖权。

84. 虽然对后一项建议在没有承认和执行规则的情况下是否会起作用表示了疑虑，但工作组决定请秘书处为第六章拟定两个变式，供工作组审议。其中一个变式将基本上按其现在的形式保留第24条和第25条，清楚地说明管辖权的选择或确定是非专属性的。另一个变式是使第24条中的管辖权的选择变成专属性的，而第25条中的管辖权的确定仍将是非专属性的。将设法在第25条中增加一个保险阀，这就是说，如果根据第24条选定的法院所作出的裁决无法得到承认和执行，

则可由另一个法院、而不是由各当事方根据第24条所选定的法院来行使管辖权。

第七章 法律冲突

第26条 适用法律的选择

和

第27条 适用法律的确定

85. 工作组首先讨论了是否应将法律冲突的条款纳入公约草案的问题。一种看法认为保留第七章不必要,或不适当,因为公约草案的目的是提供一套担保书的统一实质规则。还提出了关于纳入第七章对加入1980年罗马《合同债务法律适用公约》的国家的影响的连带问题。另一种看法认为第七章应保留。支持这一观点的人说,即使有了公约草案,似仍需要有法律冲突规则,不管是载于国家法律还是载于某一公约。将此种规则纳入公约草案可通过承认当事方选择法律的自主权和减少就确定适用法律引起争端的程度来加强所涉及的担保书的可靠性和商业用途。

86. 工作组审议了如果保留第26条和第27条,是否第1条的范围规定也应适用于这两条的法律冲突规定。经指出,如果第26和27条同公约草案其他条款一样受同样的范围规则约束,只有整个公约草案适用,第26条和第27条才适用,并仅适用于公约草案所包括的问题;相反,第26和27条的独立适用性是说即使公约其他条款不适用时,这些条款仍适用,从而统一了缔约国在这一领域的法律冲突规则。这一处理方法需要使第26和27条明确超出第1条规定的适用范围。鉴于第七章与第1条之间的关系,工作组认为,经过进一步审议之后,它才能更好地考虑决定第七章的取舍问题,并决定第七章的内容和第1条的适用范围(见下文第90至106段)。

87. 对于按第1条范围规定本公约不适用的情况下仍可适用的法律冲突规则是否应写入公约草案,有人提出了疑问。说此种做法不常见,在多边公约中几乎没有先例。据说法律冲突规则是国家立法的特别内容,因此,如果工作组决定采用示范法形式,则必予以考虑,但是,将之纳入本公约草案就不合适了,最好将之交由国内法来处理。据认为,本公约草案的重点应限于在第1条中明确界定本公约草案适用的一般范围;如果加入法律冲突条款,这些法律冲突条款应只在

整个公约适用的情况下才适用，从而将其范围限制在公约草案未涉及的问题上。另一问题是，一般性固定冲突规则用途有限，因为它也许不提供一国家冲突规则系统的细节和灵活性，也可能压制逐渐向较灵活做法的发展。还有一个问题是，制定与其他各种法律系统相宜的、既可行又相当详尽的法律冲突条款会使工作组担心公约草案的完成会进一步拖延。对此，有人指出，也许需要较详细描述应由此种规则制约的和不应由此种规则制约的各种权利、义务的抗辩，避免在不同的法律制度中得出不同的解释；作为例子，提到了时效问题。

88. 针对上述这些担心，有人指出，不应把载入具有独立性的第七章看作是侵入不适当的领域，因为各国终究都必须有冲突规则来处理公约不适用的情况。还指出，第七章提出的规则是普遍接受的做法。虽然一些人把这一事实当作不要第七章的一个因素，但是支持保留第七章的人指出，这意味着，假如有一个这方面的法律冲突公约——不会拟定这种公约——将必须列入同样的规则；因此，不应将第七章看作引起了争议的问题或特殊的困难。据此建议，没有理由不保留具有独立适用性的第七章，以便促进统一缔约国担保书的适用法律，特别是关于法律选择方面当事方自主权这一重要概念。有人对工作组说，这可帮助法院解决它们在这方面正遇到的实际问题；这一实际需要应作为首要考虑，而不是考虑所涉程序是实质性的还是程序性的。还指出，如果继续保留第七章，第七章不应是公约草案处理程序问题的唯一部分。一个有关的看法认为，即使第七章不能超越第1条的范围而普遍适用，也可保留第七章，以便为公约范围之外的问题提供冲突规则。

89. 经讨论，工作组从工作设想决定，公约草案中将保留第26和27条，其适用性与具体情况下公约草案根据第1条一般范围规则是否适用无关。工作组请秘书处同海牙国际私法研究会协商，拟定第26和27条的修订案文，以反映工作设想和工作组就第26和27条的内容和做法提出的意见。工作组指出，在下一审议这些条款的修改稿时将重新审查这一做法。

第一章 适用范围

第1条 适用范围

90. 当工作组开始审议公约草案的修订条款时，大家普遍认为，这一次对案

文的审改应看作是工作组的最后审改，审改后即可根据委员会第二十六届会议的要求，把案文提交给1995年召开的委员会第二十八届会议。³

“本公约”

91. 工作组对公约草案案文最后应作为一项公约还是以示范法形式通过，进行了意见交换。有人对示范法形式表示支持，因为示范法形式将使各国有较大的伸缩余地，由它们决定案文哪些条款可以接受，将之纳入本国法律。但是，大家注意到，如果草案案文以公约形式通过，也可以获得一定程度的灵活性，因为仍然存在着这样的可能性，即执行国家对数量有限的一些问题也许可以作出保留。

92. 公约形式获得了稍为广泛的支持，因为这一形式更加符合所拟定的规则的性质；也因为它能更好地促进适用规则的统一性和确定性——据认为，这一点对国际担保书交易的顺利进行，对于担保书作为金融文书的信誉来说是至为重要的。还有人表示，虽然公约在性质上不如示范法灵活，但可能更易为执行国所接受，因为至少在某些国家，一项管理国际担保书的公约可能也许只需通过简单的立法程序即可将之纳入其本国法律，不一定要重新草拟一项本国的担保书法律。

93. 经讨论后，工作组确认第十七届会议的工作设想(A/CN.9/361, 第147段)。即最后的案文将采用公约形式，会议同意：工作组在以后继续审改公约草案案文的条款时，还将讨论各执行国是否可以提出保留的问题。会议还指出：工作组关于这一文件的形式决定，并不排除委员会在审议由工作组编拟的公约草案时在其最后工作阶段重又采用更具灵活性的示范法形式的可能性。

“适用于国际担保书”

94. 对于第1条中为划定公约草案的实质性适用范围界限而使用的“国际担保书”一词，大家表示了不同的观点。一种观点赞成保留这一用词，因为它以恰到好处的简短方式包含了公约要讨论的两种类型的承保，即见索即付担保和备用信用证。此外，该用词符合目前案文中对两种类型的承保作出统一规定的方法，除非在特殊情况下需要单指其中某一类型。但是，有人注意到，在公约草

3 《大会正式记录，第四十八届会议，补编第17号》(A/48/17)，第273段。

案中这个通用名称的简称只用在公约草案的条文中，而没有用在标题上，如果在标题上点出两种担保的名称，可能会更好地向读者表明公约所应包括的范围。有人建议，公约草案的标题可以改为“担保书公约草案(独立担保和备用信用证)”。另一种建议是，在第1条中提及“第2条中所规定的国际担保书”可能会清楚地表明：公约的范围只限于独立担保和备用信用证。

95. 还有一种观点认为，“担保书”这一用语不恰当，因为它不反映实践特别是备用信用证实践中所使用的术语。此外，有人表示，提及“担保”可能会在某些国家引起管理上的担心，因为公约草案可能被误认为授权银行签发附属担保，这种做法是现行的银行业务规定所明确不允许的。因此有人建议，“担保书”一词应该用诸如“独立担保和备用信用证”这样的用词来代替。如果还是需要使用通用简称，应该使用象“保证”、“独立融资单证”、“国际金融保证”或“见索即付函”这类的真正中性的用词，这样就不会引起担心倾向两种承保中哪一种的问题了。但是对使用任何这类中性用词要慎重，因为这可能对涉及文书引起混乱，特别是在涉及签发一系列相互关联的担保和反担保的情况下更是如此。关于使用“独立担保和备用信用证”一词，一种担心是，这种用词不能充分包括第2条提及的“相同性质的担保”。

96. 另一种担心是，在标题和公约第1条中使用“担保书”一词可能不够中性，因为这意味着偏向独立担保而不是附属担保。因此有人建议，修饰词“独立”应该加到标题和第1条中去以便不至于造成这样的印象，即第2条中所规定的银行担保和其他独立文书是唯一可以想到的“担保书”。有人在回答时表示，第2条已表达得很清楚，即公约讨论的仅仅是独立担保。

97. 多数人的观点是，考虑到在某些国家因使用象“担保书”这种人为创造的用词而带来的实际困难，不应再设法采用那种会说明做法的术语。公约草案应该使用一个中性用语如“保证”来指公约草案中已包括的两种文书。关于第1条，会议决定，该条应提及第2条所规定的承保，同时，“独立担保和备用信用证”一词应用在公约草案的标题中。

“[在缔约国出具的]”

98. 工作组讨论了方括号中的措词作为《公约》适用的地域范围标准。据指出，如果删去这些措词，那么就将完全由适用的冲突法规则来确定《公约》适用的领土范围。如果保留这些措词，那么就应由某一交易与缔约国自动产生联

系的因素来确定《公约》草案适用的领土范围，即无需参照冲突法规则。 据建议，可以采取的另一种办法是确立一种联系因素，如方括号之间的措词，并另外规定，如果冲突法规则所指的是一缔约国的法律，那么在这种情况下，可适用《公约》。这种办法将根据《联合国国际货物销售合同公约》（以下简称《联合国销售公约》）第1(1)条的精神扩大《公约》草案的适用范围。

99. 赞成增加字句提及冲突法规则指向遵行一缔约国法律情况者指出，增加字句可能是必要的，这样《公约》才能令人满意地处理只有反担保人而不是出具间接担保的第二银行位于一缔约国的情形。 但是，据指出，在实践中，建议增加的字句作用有限，因为大多数国家的冲突法规则都是指向遵行出具担保书国家的法律的。 一种相反的意见是，如果插入一段话提及国际私法，也许会在缔约国法院需要适用《公约》草案时造成不确定性，因为另一缔约国的法律和这两个缔约国对《公约》草案的解释会导致不同的处理办法。 据指出，为此原因，一些国家已对《联合国销售公约》第1(1)(b)条提出保留。

100. 经讨论后，工作组决定，应保留方括号中的措词，而且《公约》草案应规定，如果冲突法规则所指的是一缔约国的法律，那么在这种情况下，可适用《公约》。

“[除非其中另有规定]”

101. 普遍一致的看法是，应允许当事各方商定《公约》草案不适用于某一担保书交易（“选外条款”）。 一般认为，应在承保案文中明确提及这种不选择《公约》草案的决定。 但是，据指出，在大多数国家，目前尚没有关于担保书的特别立法。 如果当事各方不选择《公约》草案，担保书交易可能会由法院按照一般合同法或按《公约》草案处理，而《公约》草案可能会被视作关于这个问题的唯一国内法。 因此，决定排除《公约》草案这样做的实际效果可能相当有限。 经讨论后，工作组通过了方括号中的措词。

102. 提出的另一个问题是，除允许整体上不选择《公约》外，是否还应允许当事各方减损《公约》草案的某些个别条款。 据建议，可采用类似《联合国销售公约》第6条的规定。 但是，据指出，只有当最后文本基本上是非强制性时，才适宜规定允许当事各方减损或改变具体条款的效力。 普遍看法是，需要对《公约》草案各条审查完之后再讨论当事方对《公约》草案个别条款自行决定的问题，目前只有其中一些条款被认为是非强制性的。

“和任何其他担保书，只要其遵行本公约。”

103. 讨论过程中，对于本公约草案是否应列入一条规定，允许一项担保书的各当事方使它们的担保书遵行本公约草案（“选取条款”），大家提出了各种问题。

104. 第一个问题是，选取条款是否允许一项国内担保书交易的当事各方选择遵行本公约草案所规定的国际制度。赞成列入此种条款的人说，也许大有必要允许国内交易中的当事方来采用实行某种国际规定办法，以便按照其中明白表述的公平合理办法来解决那些由本国法规也许不能完全解决的问题。还说，如果各当事方可以选择适用本公约草案，那么，也许人们更能接受在第4条中对“国际性”采用一个限制性的定义。与此相反的意见是，不应允许各当事方以选择适用本公约草案的方式来逃避执行本国法律的强制性规定。又指出，在本国法律并无此种强制性规定的情况下，即使公约草案不包含有此种意思的具体条款，各当事方也能采用公约草案作为其合同条款。经讨论后，工作组一致认为，在本公约草案的案文中不应专门为各当事方确立一种权利，使它们将公约草案适用于国内交易。

105. 第二个问题是，选取条款是否应允许各当事方使本来不属于本公约草案领土适用范围的某一国际担保书也遵行本公约草案，例如在一个非缔约国开立的担保书。工作组普遍同意，尽管各当事方完全可以通过间接方法，即遵行某一缔约国的法律，来采用本公约草案中规定的法律规则，但不宜列入具体条款允许它们无视在此情况下并不适用本《公约》的某一缔约国的法律而适用本公约草案。

106. 第三个问题是，选取条款是否应允许各当事方使公约草案适用于按照第2条规定本不应视为担保书的文书。有人认为，可选择适用本公约草案者应只限于商业信用证，它与备用信用证具有同样法律性质，而且据说在某些情况下表面上难以区分。据认为，将《公约》草案适用于商业信用证是合宜的，因这种信用证与备用信用证实行同样的原则。发言者又认为，鉴于第2(1)条变式C所述的担保书定义可能把商业信用证排除在外，应当在公约草案中明文提及选择适用的可能性。另一种意见是反对在公约草案中明文提到，各当事方商订选取条款的可能性只限于商业信用证范围。据认为，这么一项规定会产生意外效果，也许排除了使其他票证遵行公约草案的任何可能，而根据适用法律也许本来是有可能的。经讨论后，工作组决定删除现有案文中的一般性选取条款，另行作出规定，允许商业信用证的各当事方选择将公约草案适用于此种信用证。有人指

出，工作组在以后审议公约草案的其余条文时还有机会评估该项决定是否合宜，必要时还可重新考虑。

第2条 担保书

第(1)款

开头语

107. 提出了各种建议，以便明确说明，定义开头语中提到的出具，其原意基本上是指在专业业务上出具的承保。为此，有人建议在“机构”一词之前加上“金融”两字。工作组认为，这一修改意见并没有增加明晰度。另外，还基本上沿着这一方向提出了各种建议，以便排除由消费者出具承保的情形。这方面的建议包括：允许保留意见，排除消费者出具的承保；加入一条说明，意思是公约草案并不影响适用消费者保护法；加入“除消费者以外”这种意思的措辞，以便指明定义中所提到的“个人”；删除“个人”一词，或起码提到“商业上的”个人；提到“商业或专业”领域。关于后一项建议，有人指出，在有些情形下，无法从票据的表面确定承保的目的。工作组并不认为，这些建议能够更明确地说明拟包括在内的各种情形。另外，还注意到，在国际范围内，私人出具承保的情形相对来说并不常见。而且，工作组普遍持有下述理解，由个人为消费或其他私人目的而出具的承保涉及到资格问题，而这一问题正好属于国内法的范畴，不受本公约草案的影响。

变式A、B和C

108. 关于用什么方式来说明公约草案所包括的承保形式或类型，工作组得到了三个变式。变式A只提到见索即付担保和备用信用证，没有得到什么支持。有人持这样的看法，即变式B采用了比较具体的方法，包括说明承保的典型目的，而这是不必要的。有人担心，变式B的定义没有充分集中在公约拟包括的票据的实际特点方面，因而也许会把不拟包括的一些票据也包括进来，例如本票。然而，普遍看法认为，变式B所采用的方法是可取的。从下文可以看到，在对变式B进行讨论之后，工作组还决定吸纳变式C中的一些要素，而变式C明确地将某些类型的票据排除在外。

109. 关于使用什么准确的语言来说明承保目的的问题，变式B的方括号内提

出了两种选择。工作组倾向于采用第二种选择，包括提到见索即付或在提出单据说明应予付款时付款，还包括提到其他类型的意外事故或目的，特别是融资备用信用证常履行的直接付款职能。

110. 有人担心，“见索即付或在提出单据时付款”这样的措辞可能无意中会意味着见索即付承保不是跟单性质的，这一问题在惯例观察员中引起一些争论。有人建议采用更适当的措词，即“提出索款或提出其他单据时”。工作组同意这一修改意见。

111. 还有人建议，“说明应予付款的单据”应改为“说明或意指应予付款的单据”。有人担心，现在的措辞过于狭窄，没有必要，因为在有些情形下，承保要求提出某些单据，说明在不履行义务的情形下的索款要求，但这些单据不一定是“说明”应予付款的单据。因此，有人建议采用“说明或意指”这样的措辞。但有人担心，使用“意指”一词会使人做出不必要的意外解释，即关于单据应严格遵守承诺条件的原则会被打折扣或必须对第(2)款作出修改。考虑到这些担心，工作组决定采用大意如下的措辞：“按照承保的条款和条件表明应予付款的单据…”。

112. 关于明确排除商业信用证、保险合同和可转让票据的变式C，工作组普遍认为，应当保留该变式，但需执行已做出的决定，即明确允许当事各方以协议方式使商业信用证适用公约草案。有人建议删去变式C，特别是因为一一列出其中包括的票据会被误解为它是详尽无遗的罗列。有人指出，必须理解，删去变式C并不表明打算将这些票据包括在内。然而，这一方法没有得到支持，这主要是因为人们觉得变式C有助于打消因决定在第(1)款中采用较宽范围而可能产生的疑虑。

未来的工作

113. 工作组注意到其第二十一届会议定于1994年2月14日至25日在纽约举行，届时工作组将审议载于A/CN.9/WG.II/WP.80的其余订正条文。还注意到，在报请委员会同意后，第二十二届会议将于1994年9月19日至30日在维也纳举行。