



銀行保證與擔保信用狀 課程心得分享 (II)

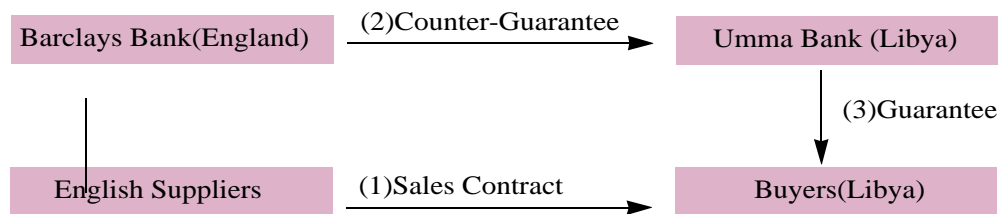
華銀國際金融部 章蘭珠

今年以來陸續參加了外商與同業所舉辦的說明會，內心深深感覺、同業之間藉由競爭不斷的成長、藉由與國際接軌而不斷的更新知識，銀行當如何能在百花齊放的金融業中站穩一席之地，而不被時代的洪流所淹沒。

當大家在為組織改造唉聲嘆氣之時，如何提升外匯人員素質、如何能提振外匯人員士氣、如何能盡一點心力與同仁共同成長，因此續整理出保證函與擔保信用狀的課程與案例與同仁心得分享，一起探究。

案例一 INDEPENDENCE OF BANK GUARANTEE (銀行保證的獨立性)

Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Limited [1978] 1 All ER 976(England)



1. Under the sales contract between English suppliers and Libyan buyers, the English suppliers agreed to arrange for a performance guarantee to be given for 10% of the contract price.
2. The sales contract also provided that the buyer should open a confirmed letter of credit for payment of price to the suppliers.
3. At the request of suppliers, Barclays Bank instructed Umma Bank to issue a bank guarantee in favour of the buyers. The guarantee stated that Umma Bank should pay to the buyers “ on first demand ” .
4. In return, Barclays Bank gave a



counter-guarantee to Umma Bank supporting Umma ' s payment obligation under the guarantee issued. The counter-guarantee stated that Barclays Bank promised to pay Umma Bank on " its first demand without any conditions or proof " .

5. Subsequently, the buyers opened a letter of credit which failed to comply with the sales contract. The suppliers then repudiated the sales contract.
6. However, the buyers demanded payment from Umma Bank which paid the guaranteed sum to the buyers. Umma Bank then demanded payment from Barclays Bank under the counter-guarantee.
7. The suppliers said that there was no ground for the buyers to demand payment under the guarantee and Barclays Bank should therefore be restrained from paying under the counter-guarantee.

案例說明 ;

1. 英國一供應商與利比亞的買方簽訂一份銷售合約、由英國供應商簽發合約金額的10%的履約保證函給利比亞的買方。
2. 銷售合約同時規定利比亞的買方應簽發一張經保兌的商業信用狀給英

國供應商。

3. 隨後英國供應商請求其往來銀行 Barclays Bank (England) 指示 Umma Bank (Libya) 簽發一張以買方為受益人的銀行履約保證函。保證函內聲明Umma Bank (Libya) 一經買方請求將立即付款。
4. Barclays Bank (England) 於是簽發一張相對保證函給 Umma Bank (Libya)、承諾當 Umma Bank (Libya) 經買方請求而無須任何條件或證明立即付款、則 Barclays Bank (England) 根據相對保證函亦將立即付款給 Umma Bank (Libya)。
5. 而後英國的供應商收到買方簽發但未經保兌的信用狀 (因為沒有銀行願意保兌 Libya 銀行簽發的信用狀) 不符銷售合約內容、英國供應商因而拒絕按照銷售合約供貨。
6. 利比亞買方於是根據履約保證函向 Umma Bank (Libya) 請求付款、Umma Bank (Libya) 依保證函所述支付所請求之金額後隨即依據相對保證函向英國的 Barclays bank 請求付款。
7. 此時英國供應商主張利比亞的買方並無正當理由憑保證函請求付款、而英國的 Barclays bank 也應該停止對相對保證函的付款請求、因此英國供應商向英國法院申請禁止支付命令，英國法院是否受理？

**問題：**

Q1: Is Barclays Bank obliged to pay under the counter-guarantee?

Yes _____ No _____

Q2: If you were the English suppliers, what precautionary measures could be done to prevent the drawing of the bank guarantee by the buyers in that situation?

問題說明：

Q1: 在相對保證的情況下 Barclays Bank對Umma Bank依保證函所支付的款項是否負有付款的義務？

Answer：是。Barclays Bank對Umma Bank 的付款是負有相對的保證責任。

說明：

(1) 本例重點在說明銀行保證的獨立性，與銷售合約、其他的商業L/C均各自獨立，Umma Bank (Libya)所簽發的保證函為一主債務保證 (Primary Guaranty)，是一項獨立的義務，並不從屬於基礎契約、它的履行並不取決於主契約的存在及執行情況，亦即原則上並不過問債務人不履行的事實，一經受益人提出請求 (on demand; on first demand) 保證人

即須予以付款，保證人不得援引主契約來對抗債權人。

獨立保證函 (Independent Guarantee) 保證人(銀行)承擔的是第一順位的付款責任、當受益人提示的單據符合獨立保證函的條件，開發保證函的保證人(銀行)就必需付款(具無因性)、而不管申請人是否同意付款、也不需調查基礎契約是否履行之事實。本例中說明第3點 At the request of suppliers, Barclays Bank instructed Umma Bank to issue a bank guarantee in favour of the buyers. The guarantee stated that Umma Bank should pay to the buyers "on first demand" 因此 Barclays Bank對Umma Bank 的付款負有相對保證責任。

- (2) 在一般國際貿易的情況、法院的態度是儘量不介入一般商業行為、不干擾國際貿易的進行，除非是詐欺。
- (3) 而所謂詐欺：應該是很清楚、一看就知道，而且主張詐欺者應負舉證責任、本例英國的供應商並無法證明Libyan的買方詐欺、而且申請人在申請開發保證函時即應將此風險計算在交易風險內、作為一個生意人在接受合約時應即注意會發生的商業糾紛、因此對方若違約可以根據合約去告訴並請求損害賠償。



(4) 保證函的申請人(英國供應商)向英國法院申請禁止支付命令、英國法院並無法依其要求簽發禁止支付命令、因為保證函的簽發銀行為 Umma Bank(Libya)而 Barclays Bank (England) 為一指示銀行、因此若要 Umma Bank (Libya) 禁止付款給Libya的買方則必須適用Libya的法律、在Libya的國家內向Libya的法院申請禁止支付命令、方能禁止保證函的簽發銀行Umma Bank (Libya) 向Libyan的買方付款。

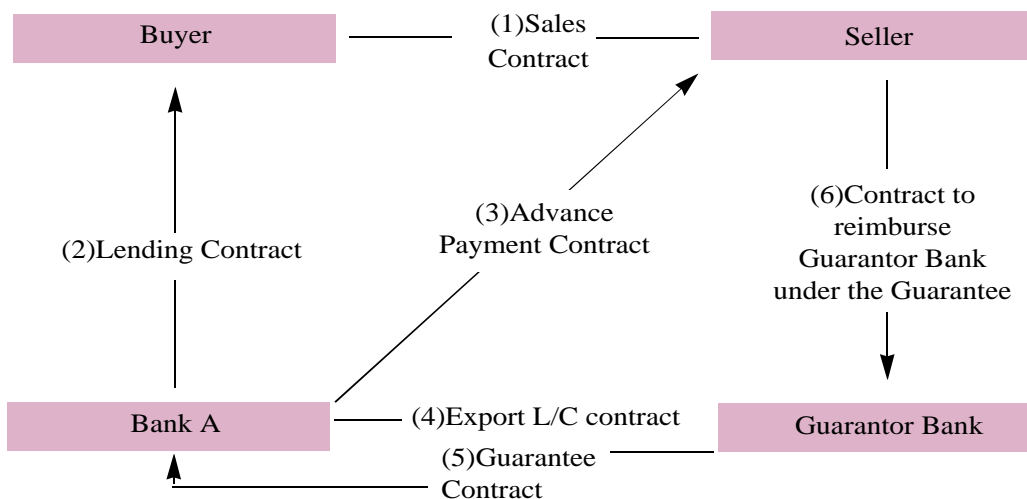
Q2: 在此情形、如果你是英國供應商將採何種預防措施以阻止買方動支？

Answer : 建議英國供應商在申請開發保證函時、附加一條保證函的生效條件: 當收到保兌信用狀時該保證函始生效力。例:

This Guarantee is Non-Operative, or This Guarantee will become operative (valid) only upon we receipt an operative irrevocable confirmed L/C at our counter for USD.....in favor of 英國供應商。

如此在本例中英國供應商所收到的是未經保兌的信用狀、條件未完成, 因此保證函亦尚未生效、則保證銀行Umma Bank (Libya)將不可對Libya買方的請求為付款、可以達到互相牽制的效果。

案例二 Abusive Drawing under A Bank Guarantee (銀行保證的濫用動支)





1. The Buyer and the Seller entered into a sales contract. Under the sales contract, the Buyer (or its nominated bank) should make 90% advance payment of the price of the goods. The remaining 10% of the price would be paid separately through a letter of credit.
2. Bank A, acting as the nominated bank of the Buyer, made the advance payment to the Seller. But if the Seller fails to duly deliver the goods, the Seller shall refund the advance payment to the Bank A.
3. To secure the Seller ' s refund obligation, the Guarantor Bank issued in favour of Bank A a bank guarantee which is subject to URDG and English law.
4. Under the bank guarantee, the Guarantor Bank undertakes to refund to Bank A " on first demand the advance payment up to XXX amount upon receipt of Bank A ' s payment request stating that the Seller has failed to fulfill their contractual delivery obligations " .
5. Bank A later submitted the payment request under the bank guarantee and the Guarantor Bank paid to Bank A

in response to the payment request.

案例說明：

- 1.英國的買方與烏茲別克的賣方簽訂一銷貨合約購買棉花(USD73,000,000)其中貨款的90%採預付款剩下的10%則憑信用狀付款。
- 2.英國的買方向其往來銀行(Bank A)申請融資、由Bank A支付預付款給烏茲別克的賣方、但若Seller(賣方)違約未交貨、則Seller(賣方)必需將預付款退還Bank A。
- 3.為了確保賣方返還預付款的責任,由賣方委請其往來銀行簽發以Bank A為受益人的銀行保證、該保證函適用URDG及English Law(同時適用國際商會即付統一保證函規則及英國法律)。
- 4.保證函內承諾當保證銀行收到Bank A的返還請求、只要表明賣方違約未成交貨、將立即返還預付款。
- 5.當賣方已出貨(USD45,000,000)時買方倒閉、Bank A因此根據保證函向保證銀行提出付款請求(USD37,000,000)而保證銀行業已完成付款。(說明:當時Bank A帳上尚有融資餘額USD37,000,000)



問題

Q1.The seller complained that the amount drawn under the LC exceeded the advance payment amount relating to the undelivered goods. But the Guarantor Bank could not ascertain whether the guarantee was overdrawn at the time of payment.

Do you think that the Seller could claim against the Guarantor Bank on the basis of overpayment?

Answer : No.

Q2.Do you think that the Seller may claim against Bank A directly for the overpayment?

Answer : No.

問題說明：

Q1.賣方抱怨 Bank A 請求付款之金額 (USD37,000,000) 超過未交貨金額 (USD28,000,000) , 但保證銀行在付款當時並無法得知受益人 Bank A 是否超額動支, 你認為賣方能否向保證銀行求償溢付部分的金額?

Answer : 否。

理由：

- (1) 受益人索賠時保證函開證行是否必須照索賠金額付款、這答案是肯定的。因為無論是適用 ISP98, USP500, UCP600 或 URDG458 均為「即付保證」、開證行均負主債務人責任, 須提供受益人立即之金錢補償。
- (2) 雖實際上祇餘 USD28,000,000 未出貨、而 Bank A 卻索賠 USD37,000,000 開證行有無拒付的理由, 答案是否定的。因為一獨立的保證函、索賠金額是由受益人決定、所以開證行應該照付款。
- (3) 即使賣方真的已出貨 USD45,000,000 但買方或許並未全數償付 Bank A, 以至於 Bank A 帳上尚餘欠 USD37,000,000 未還、因此而求償 USD37,000,000。

Q2.你認為賣方能否直接向 Bank A 求償溢付部分?

Answer : 否

理由：因為賣方如果要向 Bank A 索賠, 必須到英國的法院告訴, 而且必須告贏才能向 Bank A 求償。關於這點係依據案例說明第3點：bank guarantee which



is subject to URDG and English law. 因此準據法為英國法律、司法管轄權為英國。

建議：賣方（收預付款之一方）在開發預付款返還保證時，附加一條款；賣方在每次出貨後將經由保證函開証行以電報通知受益人（Bank A）出貨金額、INV NO. B/L NO. 等而保證責任亦將隨出貨金額遞減。如此一來保證銀行與受益人Bank A 清楚的知道實際出貨情形及剩餘的保證責任、將可避免銀行保證的濫用動支。

另當爭端發生時適用subject to URDG and English law與ISP98. 有關法律問題經整理彙總補充說明如下：

1. 在本保證函內若URDG未規定的部份則適用英國法律，包括爭端發生時英國法庭已有之該國強制性法規或公共政策法規。
2. 有關URDG458準據法與司法裁判權之適用條款：

ART.27 除另有規定外、以保證人或指示人營業所之所在地法為準據法，或若保證人或指示人有一個以上之營業處所時，則以開發保證函

或相對保證函分支機構之所在地法為準據法。

ART.28 除另有規定外、任何保證人與受益人間有關保證函之爭端或指示人與保證人間有關相對保證函之爭端，應交由保證人或指示人營業所在地國家之管轄法院解決。或若保證人或指示人有一個以上之營業處所時，則由開發保證函或相對保證函之分支機構所在地國家之管轄法院解決。

3. 比較ISP98 1.02 與法律及其他規則之關係（Relationship to Law and Other Rules）
 - a. 本慣例（規則）在不被該法律（準據法）禁止的範圍內，補充準據法。
 - b. 在擔保信用狀亦適用任何其他慣例規則（rules of practice）而其規定如有與本慣例牴觸者，則本慣例優先適用。
 - c. 因此當法律與規則衝突時，一般通則係以準據法為準，在同時適用ISP98與UCP時，若有牴觸ISP98優先適用。



案例三 履約保證書

致：發包方

發包方與承保方簽訂建築協議（協議）同意由承包方案協議進行建築工程（本工程）。

鑑於發包方對承包方的委託，承包方與擔保銀行僅此向發包方作如下之保證：

承包方會正確地履行和遵守協議的條件和規定。

如承包方違約時，擔保銀行須向發包方賠償因此而蒙受的損失，直至賠償額不超於「擔保金額」後，此履約保證書的責任才可解除。

發包方與承保方同意對協議的更改或本工程的範圍或性質的更改，或發包方對協議所寬限的時間，或發包方對協議有關事物的任何忍讓皆不會將擔保銀行的責任解除。

上述要求及說明，必須通過發包方銀行與擔保銀行聯繫。這份保函將於【 】日開始生效，不論上述任何情況將於【 】日失效。一但此保函期滿後或失效後，此保函正本將需退回擔保銀行註銷。任何期滿後的要求及說明皆視為無效。此保函不得轉讓及受香港法律制約。

此履約保證書對承包方及擔保銀行雙方本身、其繼任人及受讓人均共同和分別地有不可撤銷的約束。

【日期】

【承包方簽署】

【擔保銀行簽署】

Q. Please identify the pitfalls of the bank guarantee, if any, and suggest amendments to it.

問題：請指出上列銀行保證中任何不妥之處，並提出建議如何更正？

Answer：【案例中不妥之處】

1. 未明示適用何種國際慣例保證函的規定、而僅受香港法律制約、至於香港法律吾等並不了解，能否充分得到保障不得而知。

2. 案例中劃線處；如承包方違約時，擔保銀行須向發包方賠償因此而蒙受的損失，直至賠償額不超於「擔保金額」後，此履約保證書的責任才可解除。證明承包商違約及發包商因此而遭受損失、才能獲得賠償，所以這是一次債務人保證書（有條件的保證），發包方因此必須先向法院提起告訴、取得勝訴判決，法院最終判決發包方損失多少則擔保銀行即應賠償多少。

建議：受益人要求將其修改為一獨立的即付保證函，開證行負有主債務人之責任；



1.將案例劃線處改為由受益人提示一說明書statement，書面敘明違約狀況並憑以請求賠償，或開發保證函時即附上一張索賠書固定的格式，受

益人動支請款時只要填上日期、金額、簽名即可。

2.明確說明適用的國際慣例、令受益人有所遵循以杜絕糾紛。

案例四：合約保證 (合同保證) Marubeni Hong Kong and South China Ltd. v. Mongolian Government [2005] (England)

Guarantee

“ To: Marubeni Hong Kong Ltd.

For sales and purchase of a textile plant the contract price of which is US\$18,811,670 the undersigned Ministry of Finance of Mongolia **unconditionally pledges to pay to you upon your simple demand all amounts payable under the agreement if not paid when the same becomes due** (whether at stated maturity, by acceleration or otherwise) and further pledges the full and timely performance and observance by the buyer of all the terms and conditions of the agreement. Further Ministry of Finance undertakes to hold indemnify and hold you harmless from and against any cost and damage which may be incurred by or asserted against you in connection with any obligations of the buyer to pay any amount under the agreement when the same becomes due and payable ”

Signed and issued by Ministry of Finance (Mongolia)

案例說明：

香港出口商Marubeni Hong Kong Ltd.與蒙古一國營事業簽訂一紙有關紡織廠整廠輸出的買賣合約、金額USD18,811,670，由蒙古財政部簽屬一保證函，保證合約項下的款項若到期未被支付時、蒙古財政部收到付款請求時將無條件保證付款。

Q1. Is the above guarantee a primary or secondary payment undertaking?

問題1、上述保證是主債務人的付款保證或次債務人（從屬債務人）的付款保證？

A1. secondary payment undertaking次債務人（從屬債務人）的付款保證

理由：案例中劃線處 **all amounts payable under the agreement if not paid when the same becomes due** 受益人（出口商）在進口商違約未予付款的情形下、保證人將予付款。



這是一個有條件的保證、必須由受益人提出證明才能獲得補償、因此是次債務人（從屬債務人）的付款保證。

Q2. If the underlying agreement has been varied or amended without the consent of the guarantor, will the guarantor still be held liable under the guarantee? *Holme v Brunskill* (England)

問題2. 假設基礎合約變更或修改、並未得到保證人的同意、那麼基礎合約變更或修改後保證人是否仍有保證責任？

A 2. 擔保合同（合約）按英國、香港法律，如果合同改變未告知保證人而造成保證人的不利、則整個擔保保證將會被取消（保證將失效）。例如

- a. 貸款銀行將融資金額由美金壹百萬提高到兩百萬、債權增加對保證人不利。
- b. 融資期間由一年延長為三年、融資期間延長對保證人不利。
- c. 不動產房子做為擔保品（抵押品）、卻被塗銷、不利債權、因此對保證人不利。
- d. 任意抵銷借款人（被保證人）擁有之債權、被保證人放棄債權對保證人不例。
- e. 原有擔保品外增加抵押品、加強債權確保對保證人是有利的。

上述a.b.c.d. 四種對保證人不利情形發生而未告知保證人、獲得保證人同意、則保證人將解除全部的保證責任。而e. 的情形增加抵押品是加強債權確保對保證人是有利的、因此即使未告知保證人亦不影響保證人的保證責任。

Q3. Do the magic words “ simple demand ” , “ on demand ” and “ unconditionally ” signify that the payment undertaking is a primary undertaking? Is there any difference whilst the guarantor is a non-bank institution?

問題3. 是不是只要有 “ simple demand ” “ on demand ” and “ unconditionally ” 的文字出現即為主債務人保證？非銀行簽發的保證函有何不同？

A 3. 前者答案為 ‘ 否 ’、理由：當 “ simple demand ” , “ on demand ” and “ unconditionally ” 單獨使用時為主債務保證、若有附加條件跟契約綁在一起則變成次債務人保證。後者即使是 non-bank institution 如果有明確表示 subject to URDG458, ISP98 等等則亦為獨立性的即付保證、將一經請求立即付款。建議各位應注意 non-bank 簽發人的信用及財力情形，以評估受益人將能獲得的保障。

以上案例與心得藉華控月刊一角與各位同仁分享。