

银行保证监督专款专用的责任问题探析

江 平 刘智慧*

银行保证监督专款专用作为银行担保业务^{〔1〕}的一种,是指在买卖双方(也可能是发包人与承包人)签订了合同后,买方(或发包人)须按照合同规定向卖方(或承包人)预付一笔款项,以便对方支付采购物资或劳务的第一批费用;但因买方(或发包人)担心卖方(或承包人)在违约时不退还这笔款项(即担心这笔资金不安全),所以就要求卖方(或承包人)请求卖方(或承包人的开户银行对买方(或发包人)保证监督这笔款项的专款专用。^{〔2〕}

一、银行保证监督专款专用不属于传统的保证

看一个法律关系的实质,不能光看其名称,更重要的是要研究该法律关系的具体内容及法律关系发生时的背景。由于银行保证监督专款专用是通过银行开立保证书的方式进行的,故而易将银行保证监督专款专用的实质归结为传统的保证,其实不然。^{〔3〕}

(一)传统保证的涵义及特点

传统的保证(或称保证合同)是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或承担责任。^{〔4〕}它涉及保证人、债权人与主债务人三方当事人(只是涉及,并

* 江平系中国政法大学教授;刘智慧系中国政法大学博士研究生。

〔1〕 银行开办担保业务,是通过开立保证书的方式进行的,但并非都是传统的保证。在国际经济贸易中,所适用的银行担保的种类主要有投标担保(tender guarantee)、偿还款项担保(repayment guarantee)、履约担保(performance guarantee)、扣付金额担保(retention money bond)、完工担保(completion guarantee)等。本文只探讨目前国内出现的银行保证监督专款专用。与此类似的是偿还款项担保。依国际商会《合同担保统一规则》(1978年)第2条(3)之规定,偿还款项担保系指一家银行、保险公司或其他当事人(即担保人)应货物或劳务供应商或承包商(即担保申请人的请求,或按照另一家银行、保险公司或其他当事人根据担保申请人的请求所发出的指示,向买方或发包人(即受益人)所作出的义务承担。根据此项义务承担,担保人承担担保申请人不按照其与受益人之间的合同条款和条件的规定偿还款项而发生违约事件时,担保人应就受益人预付或已付给担保申请人但担保申请人未予偿还的一笔或几笔款项,在规定的金额限度内向收益人付款。

〔2〕 这和国际商会《跟单信用证统一惯例》规定的备用信用证也有类似之处。依《跟单信用证统一惯例》第2条之规定,备用信用证是指一家银行(开证银行)凭其客户(开证申请人)的要求和指示,向第三人(受益人)或其指示人支付款项,或支付受益人签发的汇票,或承兑或议付这种汇票,或授权另一家银行付款,或凭规定的单据支付、承兑、议付这种汇票,但以符合信用证上的规定为条件。

〔3〕 我国担保法中所规定的保证即是传统保证的涵义(担保法第二章)。

〔4〕 我国担保法第6条作此规定;另外,德国民法典第265条、法国民法典第2011条等均作类似规定。而且,罗马法中规定的保证也为此意(参见周枬著:《罗马法原论》下册,商务印书馆1994年版,第817页)。

非包括),涉及三种不同的法律关系,通常表现为三个不同的合同:一是债权人与主债务人之间的合同,常称为基础合同,保证合同就是为了保证这个合同的履行而订立的。二是主债务人与保证人订立的委托合同,即当债权人要求债务人提供保证时,债务人就委托适当的保证人向债权人提供保证。三是保证人与债权人之间订立的合同,这就是保证合同。保证人依据保证合同就主债务人的债务向债权人承担保证义务,如主债务人不履行债务,保证人即应据此向债权人负责。于是这一合同决定了保证具有这样一个特点,即:保证合同具有从属性和补充性。从属性的含义主要有:保证合同所产生的保证义务须以主债务的存在为前提;保证人所承担的责任范围及责任标准取决于主债务的范围和标准;当主债务消灭时,保证人的保证义务也随之消灭;主债务人根据主债务合同可以向债权人提出的抗辩,保证人也同样可以提出。补充性,是指在保证合同中主债务人仍然是第一债务人,保证人只是第二债务人或从债务人,只有在主债务人不履行其债务时,保证人才负履行的责任。

(二)银行保证监督专款专用不是传统保证

虽然银行保证监督专款专用与传统的保证一样,涉及三个当事人,涉及三种法律关系,而且通常是由三个合同连接确定的。但是,由于银行保证监督专款专用所涉及的三方当事人在经济上所处的地位与传统保证所涉及的三方当事人的地位有所不同,故而各当事人的名称不同,且二者的性质也不同。具体而言,在银行保证监督专款专用时,涉及的三方当事人分别为担保申请人(卖方或承包人)、受益人(买方或发包人)和担保银行。^[5] 银行保证监督专款专用涉及的三方当事人之间的关系具体表现为以下三种不同的法律关系:

1. 担保申请人与受益人之间的关系。相当于保证中主债务人与债权人的基础合同关系或主债务合同关系,但与保证不同的是:银行因承诺保证监督专款专用而开给买方的保证书并非为这个合同的履行;而且,银行保证监督专款专用的义务并不因主合同的无效或解除而无效或解除。

2. 担保申请人与银行之间的关系。即由担保申请人提出申请,指示银行为其对受益人保证监督有关款项的专款专用。在实际业务中,该银行通常是申请人的往来银行,申请人是该银行的客户。银行之所以同意为申请人对受益人保证监督有关款项的专款专用,一般是基于这样两个原因:或是申请人在该银行有存款帐户,银行可以以申请人在该行的存款作为担保,一旦该银行因没有能履行其监督专款专用的保证义务而向受益人付款后便可立即借记申请人的帐户;或是银行同意在一定金额限度内向申请人贷款(在这种情况下,通常申请人已向银行提供了贷款担保),两者之间有信贷协议,银行在此额度内为申请人对受益人保证监督有关款项的专款专用。换言之,银行在考虑决定是否接受申请人的委托为其向受益人开出保证监督专款专用的保证书时,主要考虑申请人是否在该行有足够的存款,或者如果没有足够的存款时银行是否愿意在一定限额内给申请人以信贷。显然,这种关系与保证中保证人与债务人之间的关系在实质上并无大异。

3. 担保银行与受益人之间的关系。即由银行根据申请人的指示,向受益人开立保证书,并据此直接对受益人承担保证监督专款专用的义务。实际业务进行过程是这样的:受益人向担保

[5] 之所以如此,是因为在银行保证监督专款专用中,是由卖方(或承包人)向银行提出申请,指示银行替他开出保证书的,而银行保证的不是卖方(或承包人)与买方(或发包人)的主合同义务,而是监督卖方对买方(或发包人)预付款项的专款专用,因此称主债务人已不妥;同样,买方(或发包人)称债权人也不妥。

申请人提出由该申请人的开户银行保证监督专款专用的要求,继而担保申请人向自己的开户银行提出申请,该开户银行同意保证监督专款专用后,受益人即须通过该银行向担保申请人预付一笔款项,实际上是将这笔款项存入其在该银行的帐户(若无帐户,一般须新开立),委托该银行向担保申请人支付。^{〔6〕}由此可以看出,担保银行与受益人的关系具体表现为受益人委托担保银行向担保申请人付款,并向银行交纳一定的手续费;^{〔7〕}担保银行向受益人开立保证书,承担保证监督这笔款项专款专用的义务(而不是主债务的履行)。可见,银行保证监督专款专用的义务是独立于担保申请人与受益人之间的主债务存在的。这个关系是银行保证监督专款专用所体现的自体法律关系,反映了银行保证监督专款专用的实质。这与保证合同中保证人依据保证合同就主债务人的债务向债权人承担保证义务显然不同。这个法律关系独立于主合同,是非从属性的,也不具有补充性,银行不能把申请人根据主合同得以对抗受益人的抗辩用来对抗受益人。同时,银行仅依据所开立的保证书向受益人承担责任,而不管申请人是否履行他与受益人的主合同。这也正是银行保证监督专款专用与传统保证的区别所在。^{〔8〕}

(三)银行保证监督专款专用的实质

银行保证监督专款专用的实质,是银行作为代理人对被代理人(受益人)履行特定义务的承诺。委托代理是基于被代理人的委托授权而发生的代理。其中,委托代理产生的基础是委托合同,即受托人以委托人的名义和费用在委托权限内为委托人办理委托事务的协议;委托代理产生的直接依据是委托授权行为,即被代理人以委托的意思表示将代理权授予代理人的行为。转帐结算是货币收付双方不使用现金,而通过银行将款项从付款单位的帐户划转到收款单位帐户来完成货币的收付。其中,存款人在银行设立的结算帐户是进行结算的首要条件。^{〔9〕}在这里,存款人在银行开立结算帐户即表明存款人与该银行之间存在委托办理结算(包括委托付款)的协议,^{〔10〕}这是委托代理产生的基础。当存款人委托银行付款时,要向其开户银行提交委托付款的凭证(即付款委托书),这可以视为存款人将委托付款的代理权授予银行。^{〔11〕}至此,一个委托代理关系已经形成。保证监督专款专用即成为银行作为代理人对被代理人(受益人)承诺其履行的特定义务。

〔6〕 即委托银行将其帐户中的款项转到收款单位。受益人采取的支付方式并不影响其委托银行付款的性质。

〔7〕 该手续费的金额一般由银行内部章程规定。在我国,手续费收取办法由中国人民银行规定。

〔8〕 当然,银行也可以作为传统保证中的保证人,这要视保证书的内容而确定其某项担保的实质。

〔9〕 银行存款是指货币资金的所有者或持有者存入银行的货币,包括个人存款和机构存款。由于我国在一定范围内实行货币管制,机构存款具有强制性。各类机构在银行结算帐户上的存款,是该机构为保证生产经营活动正常进行所必须保留的支付准备金。依《现金管理暂行条例》(1988年9月8日)及《银行结算办法》(1989年4月1日)之有关规定,其一,各类机构对于其现金收入,除开户银行核定的现金外,必须存入开户银行,不得自行保存和坐支;其二,银行对各类机构存款的使用进行一定控制,具体表现为:除了在规定的范围内,而且是银行转帐结算起点金额以下可以采取支取现金的方式外,必须通过银行办理转帐结算的方式进行。依《银行帐户管理办法》(1994年10月11日)之规定,存款人可以自主地选择开户银行,银行也可以自愿选择存款人。另外,商业银行法第48条第1款也作此规定。

〔10〕 该协议暗示银行有代客户收款或收受票据,代客户兑付支票及代客户进行款项拨付等权利。

〔11〕 在有些情况下,被代理人虽然没有明确表示将其代理权授予代理人,但可以从某些客观情况或事实推断被代理人实际上是默许代理人以其名义进行活动,称为默示授权。如依某种委任行为的性质或经济上和商业上必须而推断其应有授权。这在德国商法中有明确规定。我国民法通则只规定可以用口头形式或书面形式授权。

二、银行保证监督专款专用后应承担的义务

如前所述,受益人委托银行付款实为一种委托代理关系,委托代理关系的形成表明银行同意充当代理人,并按照这类代理人,即银行业者应达到的注意和技巧标准行事。它包括两方面:首先,应遵循民法关于一般代理制度规定的原则。委托代理人承担的义务一般有^{〔12〕}:诚信、忠实、勤勉地履行代理职责。具体表现为:代理人应该为被代理人的利益,按被代理人的要求,在授权范围内积极、认真、有效地进行代理行为。^{〔13〕}2、将代理行为产生的权利和收益及时转移给被代理人。3、向被代理人申报帐目及所掌握的对方当事人情况。4、保守被代理人的商业秘密。5、原则上应亲自完成代理事务。其次,银行业本身有一些独特的规则,作为代理人的银行必须遵守有关规则。^{〔14〕}银行受委托进行代理(以下称银行代理)与一般的委托代理相比,还有其独特之处,^{〔15〕}如:1、银行本身是经过公司登记的法人;2、银行进行代理的行为内容原本就是银行的业务活动;3、银行可以同时为若干企业进行代理活动,其在代理活动中常常须维护收付双方正当利益,^{〔16〕}4、银行可以从每一项代理事务中收取报酬(一般称手续费);5、对银行有较高的专业知识要求等。

银行代理的特点使得银行作为代理人必须承担比一般代理人更为审慎的义务,而银行业本身的特点也赋予银行一些独特的便利权利。比如在转帐结算中,若发现付款单位动用拒付款的货物,银行有权从付款单位帐户扣收全部货款和延付赔偿金,划转给收款单位。这些便利权利有利于银行保护自己,从而弥补因其负担比一般代理人更重之义务而受到的损失。

至于银行保证监督专款专用应是形式上的监督还是实质上的监督,我们认为,在银行出具监督专款专用保证书后已无讨论的必要。原因有二:

其一,依国际贸易的习惯做法,银行在付款时一般只对客户提供的单据作形式上的审查,而不负责进行实质上的审查。实际上,银行职员也不可能成为业余侦探,因此,要求银行作实质上的监督并无多大意义。故而在一般的委托付款业务中,只要银行在审查有关单据时所持的谨慎和预见就象有理智的人在处理其本人类业务时一样,且银行指定一个有理智而又能胜任的职员履行这一责任,就应该视作银行已尽到义务。保证监督专款专用的银行一般也只能进行形式上的审查。值得指出的是:不仅包括向担保申请人拨转款项时对其提交的单据进行形式上的审查,而且还包括要对在受益人要求其承担未尽到保证监督专款专用的义务的责任时所提交的证明单据(证明担保申请人没有专款专用)也只能进行形式上的审查,因为银行很难证明其实质上诚实与否。

〔12〕 关于本人和代理人的权利义务,在大陆法系国家主要在民法典中规定,在英美法国家则主要由判例法确定,但各国对于本人和代理人的权利义务的法则基本上是一致的。

〔13〕 具体至银行,依《银行结算办法》之规定,银行应恪守信用,保证及时、准确划转有关款项。

〔14〕 这些规则一般散见于有关的金融法律(规)及各专业银行的内部章程。

〔15〕 在西方(如德国)将代理划分为民事代理与商事代理,银行代理是商事代理的一种。德国商法典第86条规定有代理商的义务。

〔16〕 这并不违背代理理论。因为“双方(或多方)代理”的禁止是有例外的,如日本民法典第108条、德国民法典第181条等均规定,有关债务履行者为例外。

其二,银行出具监督专款专用保证书的事实,实为该银行与受益人以代理合同的方式确定了代理人应履行的特定义务,即银行作为代理人向被代理人(受益人)作了履行特定义务(保证监督专款专用)的承诺。因此,银行除了承担一般银行代理义务外,还应承担监督专款专用的义务。除非是因受益人的原因,否则只要有关款项被挪用或流失,就视为该银行未完成应该完成的代理业务,而不论其进行的审查是形式上的还是实质上的。

三、预付款被挪用或流失时担保银行应承担的责任

(一)银行应承担代理人的责任

依据代理责任的一般原理,代理人应当承担代理责任的情形主要有:

1. 代理人的民事责任。对于代理人在没有代理权、超越代理权或代理权终止后的行为未经代理人追认的,代理人不履行职务而给被代理人造成损害的及代理人非紧急情况又事先没有征得被代理人同意、事后又未被追认的情形转委托的,代理人应当承担民事责任。^{〔17〕}

2. 代理人与第三人的连带责任。对于代理人和第三人串通,损害被代理人的利益的,及第三人知道行为没有代理权、超越代理权或者代理权已经终止时仍然与行为人实施民事行为给他人造成损害的,由第三人和行为人负连带责任。^{〔18〕}

3. 代理人与被代理人的连带责任。对于委托书授权不明的,被代理人应当向第三人承担民事责任,代理人负连带责任;代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的,或者被代理人知道行为违法不表示反对的,由被代理人 and 代理人负连带责任。^{〔19〕}

既然银行保证监督专款专用,银行与受益人的关系是一种委托代理关系,银行应根据上列不同情形承担作为代理人的责任。

(二)银行承担责任的范围

如前所述,银行应承担代理人的责任。但是,银行应承担到何种程度呢?尤其是银行应承担归还有关款项及利息的责任还是应承担赔偿因有关款项被挪用或流失而导致的损失的责任?要说明这个问题,我们认为应考虑下列两个问题:

第一,有必要将银行保证监督专款专用所涉及的三方当事人——担保申请人(卖方或承包人)、受益人(买方或发包人)和担保银行对待担保的立场进行分析:

1. 担保申请人(卖方或承包人)的立场。他希望他所提供的担保仅限于对他在正常情况下不履行主合同所产生的债务负责。因此,对他来说最理想的是保证,因为保证合同是从属性的,他可以依据主合同所产生的抗辩来对抗受益人,这样就可以有效地防止受益人的恶意和滥用要求担保银行承担担保责任的权利。

2. 受益人(买方或发包人)的立场。他所希望得到的担保应当是独立于主合同的,即担保银行所承担的担保责任,应独立于担保申请人应履行的债务,且担保银行不得以主合同产生的抗辩来对抗他,担保申请人也不能以主合同所产生的抗辩来阻止担保银行向他承担责任。因为受益人最担心的是担保申请人的恶意(如明明没有按合同规定履约却硬说符合合同要求)。一

〔17〕 参见民法通则第66条第1、2款及第68条。

〔18〕 参见民法通则第66条第3、4款。

〔19〕 参见民法通则第65条第3款及第67条。

旦出现这种情况,依保证的原理,受益人就得提出相反证据来证明担保申请人并未履行其义务,而这种证明并不容易,往往要经过旷日持久的诉讼才能解决。

3. 担保银行的立场。担保银行最关心的是不让自己卷入担保申请人与受益人之间由于主合同关系所引起的争端中去。担保银行希望他承担担保责任的条件尽可能简明、易行,同时不使银行承担太重的责任。^{〔20〕}另外,担保银行十分重视履行自己的担保责任,以免由于不当拒付而使自己的声誉受到损害。

银行保证监督专款专用的出现正是上述三方当事人立场平衡的结果。

第二,对于被代理人、代理人,他们在法律上应享有何种权利、并应履行哪些义务、未履行应尽义务应承担什么责任等,首先取决于代理人与被代理人的代理合同(当然该合同的内容须符合法律有关规定)。只有在代理合同本身并没有对代理人因代理而应享有的权利、应承担的义务及未履行应尽义务应承担的责任作出明确约定的情况下,才适用有关法律的规定。因此,在银行开立的保证监督专款专用的保证书中,可以对银行承担责任的范围作出约定。

鉴于以上两方面的原因,我们作如下建议:

1. 在银行出具保证监督专款专用的保证书后,除非受益人自己的原因,只要有关款项被挪用或流失,银行就应承担未尽到代理义务的责任:归还有关款项及利息;或者保证书中所明确的担保金额。一则因为银行办理业务(这里指出具保证书)可以收取手续费这一权利不足以构成让银行承担赔偿责任因有关款项被挪用或流失所造成的损失的义务(双方另有约定的除外);二则因为受益人的损失还可以依其与担保申请人的主合同要求赔偿。这是由银行为保证监督专款专用而出具的保证书的独立性(不同于保证的从属性)所决定的。

2. 在银行出具的保证书中,应规定随着有关款项被逐渐地用于规定用途,担保的金额亦应相应减少。这样对各方当事人均是公平合理的。

3. 受益人在要求银行归还有关款项及利息或约定的担保金额时,应提供“卖方没有专款专用”的证明。

〔20〕 担保银行的这种态度,同跟单信用证惯例中规定的银行在审查装运单据方面的责任是一致的。它反映了这样一个事实:担保银行不愿承担责任去判断究竟是受益人要求承担担保责任的要求有理,还是担保申请人阻止其承担担保责任的抗辩有理。就象开出不可撤销信用证的银行不愿意承担责任去判断究竟是卖方的付款要求有理还是买方以卖方所交付的货物的品质、规格、数量与合同不符为由,请求银行拒付的要求有理一样。