# 国际贸易中独立担保的风险分析(1)论文

来源：网络 作者：梦回江南 更新时间：2024-09-02

*【论文摘要】 独立担保存在很多不确定的因素，对独立担保制度的风险进行分析，是我们研究并完善独立担保制度的需要，也是我们有效避免其在实践中产生负面效应的需要。 【论文关键词】 国际贸易 独立担保 风险一、独立担保的含义 独立担保真正在国际贸易...*

【论文摘要】 独立担保存在很多不确定的因素，对独立担保制度的风险进行分析，是我们研究并完善独立担保制度的需要，也是我们有效避免其在实践中产生负面效应的需要。 【论文关键词】 国际贸易 独立担保 风险

一、独立担保的含义 独立担保真正在国际贸易中开始作为一种有效的担保手段是从20世纪70年代开始的，其产生的经济背景是中东石油开发。随着中东石油的发现与大规模的开发，中东国家积累了大规模的财富，他们利用积累的财富向西方国家进口商品和对外承包工程。

但是由于他们缺乏贸易经验，时常受到西方发达国家的欺诈。在这种情况下，这些国家的政府和采购机构坚持要求承包商和出口商提供以银行为担保人的、无条件的、与基础合同无关的、见索即付的独立担保。

从那时起国际贸易中开始大量采用独立担保作为担保的主要方式，其适用领域也不断扩大，后来有人称之为独立担保运动。作为对传统从属性担保制度的“颠覆”，有的学者认为，由于独立担保在国际经贸实际业务中具有如此重要的地位，以至于国际贸易双方感到在没有独立担保情况下就无法达成交易的程度。

二、独立担保风险来源 1.申请人风险 一般情况下，银行在保函项下主要保证申请人履行某一项合约项下的义务，并在申请人违约，受益人索赔时向受益人支付一定金额。银行在向受益人作出赔付后，取得向主债务人(申请人)的立即追索权，可以要求保函申请人对银行作出的赔付进行补偿。

来自保函申请人方面的风险主要是指:

(1)申请人在银行向受益人作出支付后违约，不愿或在由于资金短缺等原因不能及时向银行偿债，则银行就可能得不到及时有效的补偿，使“银行因此处于一种信贷风险中”。

(2)如果申请人破产、或无力偿债，而银行又不能从反担保人处得到补偿，就形成了一笔不良贷款。

(3)申请人所申请担保项目本身也存在一定的效益风险。 这就是银行在保函项下可能承受的来自保函申请人方面的风险，即申请人因财务实力和信用状况带来的风险，实际上是申请人的经营风险和道德风险，但是如果银行不能有效防范，它们就会转嫁给银行，银行将面临并承担相应的类似于贷款的法律风险。

2.来自受益人的风险 来自受益人的风险主要是指受益人欺诈或滥用权利，也有的学者称之为“欺诈例外”。之所以称为“例外”，是指当受益人欺诈或者滥用权利时，担保人以此作为抗辩，拒绝付款。

对于欺诈，尽管在概念和具体案例的适用方面没有得到统一，但所有国家的司法实践都承认欺诈例外是一项抗辩，通常都要联系基本交易加以确定，并受严格的证据要求的限制。各国法院在指出欺诈例外的基础时，都提及欺诈破坏一切或欺诈抗辩等传统格言或经常在民法典中得到体现的诚信或禁止权利滥用这样的一般原则。

从这一点上来说，欺诈侵犯了独立原则。 3.反担保风险 反担保方式主要有保证金、抵押、质押或由第三方出具的反担保函等几种形式。

反担保人除了有申请人类似的风险外，还因保函业务本身债权转移的环节较多，过程较长，有其特殊风险，例如要由反担保追及到担保时范围和期限的问题。虽然保函明文规定责任范围和有效期，然而由于文字外延有时难以界定得十分确切，同时索赔还有一个时间过程，例如单据的邮递过程等，都会造成担保行在保函约定的一定范围、期限外对受益人履行偿付义务。

这些因素，应在开具保函落实反担保条件时，转嫁给申请人或反担保人。否则，担保银行就会自行承担风险。

在抵押或质押作为反担保时，如抵押或质押的手续不全，未按有关规定办理登记或转让及或重复抵押时都有可能造成银行按保函规定向受益人赔付后无法得到补偿，而由第三方出具的反担保函形式的主要风险是反担保人不具有代清偿能力，这些情况将使担保行在对外赔付以后，既不能在申请人处得到补偿，也不能在反担保人处得到补偿。所以，担保人银行在接受委托，落实反担保时，一定要审查反担保是否具有代清偿能力。

除此之外，反担保的风险还一可能出现反担保人破产、无履约能力和不愿履约的情况。 4.担保银行自身风险 作为一家担保银行，随时存在由于内部管理不严、风险防范机制不健全和业务操作程序不规范而引起的一系列风险。

譬如银行内部人员未经授权或超权限开立银行保函，不经审查相关情况和内容私自出具保函等。 另外，对外担保业务属于银行对外的或有负债，只有在申请人违约，由受益人提供有效证明及索偿文件时，银行才首先对外付款，之后再向申请人追收款项。

银行对外付款后，代付资金才转为对申请人的贷款。因而若处理得当，担保项下的银行风险并不大于现汇贷款业务的风险。

但由于对外担保业务不可用的是银行信用，不需动用资金，而且是表外业务，可以不作账面反映，因而易于忽视隐蔽的风险，降低审查标准，放松对反担保和抵押的要求，不顾自身担保能力而盲目扩大对外担保业务量。这样，一旦风险发生，其危害性将更大，将极大威胁着银行自身的安全。

三、国际贸易中独立担保的风险防范 独立银行保函业务中，担保银行实际上是风险的主要承担者，独立担保业务本身就有高利益和高风险并存的特点。而且，由于其承担的风险往往具有隐蔽性、多样性和延伸性犯，为银行在实务中的防范工作制造了很大的困难。

银行往往承担独立保函风险主要是由以下因素引起的：银行和申请人信息不对称、银行工作人员业务素质还不能满足保函业务发展的要求、银行的风险意识不足、银行的风险防范措施机制不够健全等等。分析了风险产生的原因，笔者认为，可以采取以下措施来加强银行防范独立保函风险的能力。

1.加强对担保申请人的审查。银行保函虽然只是信用担保，不占用资金，但一旦出现了索赔事件的发生，银行必须代位清偿，实际上也就是等于银行对担保申请人提供了一笔贷款。

银行要向被担保人行使追索权的风险其实和贷款风险相当。国外防范风险成功的银行将基本经验总结为一句话：“不要和骗子打交道”。

所以，为了防止违约风险的出现，我们必须将独立银行保函当作贷款一样来对待，严格按照有关要求，对担保申请人的资信状况，偿债能力及发展前景等各方面情况进行详细的调查和严格的审查，保证银行“不要和骗子打交道”，确保银行最终审批同意给予提供保函的对象符合担保的有关要求，尽可能将风险杜绝于门外，把好独立银行保函法律风险防范工作的第一关。 2.落实并采取反担保措施，积极争取主动权 银行开具保函后，增加了自身的或有债务，为防止申请人无力还债，因此在对外提供担保之前，银行常要求申请人提供反担保措施，如提供保证金或提供抵押、质押等，并签订书面的反担保协议书，以分散出具担保合同的风险，积极争取担保银行掌握主动权，保证一旦银行对外赔付事件发生后，如果被担保人无力偿还银行的垫款，提供反担保的第三人就能补偿银行因履行担保责任而作出的任何的支付。

对于提供反担保的第三人的主体资格也要进行严格的资信审查，必须保证提供反担保的第三人是资信可靠，有足够担保能力的企业或金融机构，以免担保银行对外赔付后，如果不能从担保申请人处得全部补偿，又将面临反担保无效或者反担保人无经济实力而使反担保文件成为一纸空文的风险。 3.做好担保前的项目可行性研究，加强提供担保后的监督和检查工作 出具保函往往是为了某一项目投标或某一经济合同的履行作担保，所以，银行还应对该项目或合同进行预测、判断和评估。

对项目提供了保函后，也不能掉以轻心，还要时刻加强对项目进展情况的监督、了解和检查。这是实际工作最容易忽视的一个环节，以为经过了可行性论证和反担保措施的落实及保函手续费的支付，风险已经不存在。

实际上，在激烈的市场竞争中，担保申请人和反担保人都会产生经营风险，反担保物的价值也会有变化，因此还可能发生赔付的事件。只有在担保责任期限过后，才可以说风险己经不存在，否则，就永远不能松懈。

4.加强担保合同的拟定和管理工作 在保函的拟订中，因为保函自身的记载内容决定了银行所应承担的义务和风险，那就要求银行业务人员和银行法律专业人士严格操作程序，一起认真对待和审定合同条文中的每一句话和每一个细节，要做到字斟句酌，充分理解合同条文中每一句话、每一个词的含义及其可能产生的法律后果，对各项内容都应予以明确地规定，不存侥幸心理，保证不因合同条文规定不清或留有疏漏而给将来的业务运作留下隐患。 5.加强对银行保函相关人员培训 一方面必须加强对银行业务人员培训，提高从业人员素质，增强其风险意识；另一方面加强银行法律专业人士对保函具体业务的知识掌握和法律审查，尽可能减少银行业务人员的主观失误带来的风险。

参考文献: 孟国碧:独立担保项下担保人的抗辩权初探[J].广东商学院学报，2006.2 李国安:独立担保欺诈例外法律问题研究[J].现代法学，2005.2

本文档由028GTXX.CN范文网提供，海量范文请访问 https://www.028gtxx.cn