

见索即付保函法律问题研究

一、见索即付保函简介

见索即付保函是担保人应申请人(基础合同的债务人)的请求,凭在保函有效期内受益人提交的符合保函条件的索赔书(通常是书面形式)及保函规定的任何其他单据,立即无条件向受益人支付某一规定的或某一最大限额的付款承诺。

见索即付保函最常用于建筑合同和国际货物销售合同,旨在保障另一方(业主或买方)的利益,以防止供货人或合约另一方不履约或不完全履约。见索即付保函主要由银行出具,其他非银行金融机构也可开具。根据用途的不同,见索即付保函分为投标保函、履约保函、预付款保函、留置金保函和维修保函。

国际上,被全球银行家、贸易家、行业协会及众多国际组织认可和使用,并被视为见索即付保函业务(Demand Guarantee)的国际性权威实务操作标准的是《见索即付保函统一规则2010》(以下简称“URDG758”)。此外,1995年联合国《独立担保和备用信用证公约》(以下简称“《公约》”)适用范围包括作为独立担保的见索即付保函。但由于加入公约的国家很少,且《公约》的适用是任意性的,其运用范围十分有限。

二、见索即付保函的独立性

独立性是见索即付保函的最大特征。通常认为,虽然保函产生于委托人与受益人之间的基础合同,但却独立于该合同。即在受益人提出索赔要求时,担保人既不能援引基础合同及其履行情况作为拒绝付款或免除责任的抗辩理由,也不

能援引担保委托合同(担保申请人委托担保人向受益人提供债权担保所订立的合同)及其履行情况作为同样的抗辩理由。URDG758第5条(a)项明确了见索即付保函的独立性,认为保函独立于基础关系和申请,担保人完全不受这些关系的影响或约束,担保人在保函项下的付款义务,不受任何基础关系项下产生的请求或抗辩的影响,但担保人与受益人之间的关系除外。法国、英国、加拿大、美国等国家均已成文法或判例法的形式肯定了独立性原则。

见索即付保函的独立性确保了受益人在交易中能够确定地、高效地获得赔付款项,是使其区别于从属性保证的核心商业价值所在。

作为独立性特征的补充,见索即付保函还具有单据化特征。担保人仅根据单据本身确定其是否表面上构成相符交单,而无需进一步审查基础合同的履行、货物质量等非单据形式的事实。

三、见索即付保函独立性的例外原则及救济

见索即付保函的独立性和单据化确保了受益人获取款项的效率和确定性,却扩大了债务人和银行的交易风险,并且由于银行通常可向债务人追偿而最终由债务人承担该等风险。为了平衡债务人的利益,国际上发展出了保函独立性的例外原则。

1. 欺诈例外原则

欺诈索赔可作为在担保人在单据表面相符的情况下拒绝付款的抗辩理由。这种抗辩既可以由担

保人行使，也可以由申请人行使。而是否存在欺诈，则需根据基础交易合同的履行情况来审查认定，一定程度上突破了保函的独立性。

在英、荷、德、奥、法等国的司法实践中，法院普遍认为，只要有明确的证据表明受益人的索赔存在明显的欺诈，担保人即可行使欺诈例外抗辩权，免除承担付款责任。《公约》也规定了受益人存在欺诈的情形时，保证人有权对受益人拒绝付款。

2. 其他例外原则

由于对欺诈索赔的认定范围较为狭窄，对于债务人的保护不足，国际司法实践发展出了其他例外原则，包括：

权利滥用例外。该例外为公约所采纳，意指索款要求没有任何根据，如基本义务无疑已获得履行并令受益人满意、受益人的故意不当行为妨碍了基本义务的履行等情形。

受益人违反基础合同例外。该例外主要为澳大利亚、苏格兰、马来西亚等国法院采纳，受益人对基础合同的违反须达到一定程度才能适用这一例外。

无效交单例外。该例外主要为澳大利亚、新加坡、英国法院采用，是指虽然交单表面相符，但是实际上是第三人伪造的、无效的单据文件，并且受益人对此不知情。

显失公平例外。该例外为新加坡法院创设和使用，是否构成显失公平将由法官按照公平原则对个案进行考量。

基础合同不合法例外。该例外主要为法国、新加坡法院采纳。基础合同不合法例外主要基于公共政策的考量，其认定范围较为狭窄，仅适用于合同不合法程度非常严重、整个合同是基于非法动因的情形。

3. 救济方式

针对受益人的欺诈索赔等例外情形的救济，国际上通行的做法是采取临时司法措施，包括：对受

益人签发的基于保函明示条款之外的原因而禁止其向银行索款的命令，该等禁令应于受益人索赔前出具；对银行签发的禁止其向受益人付款的禁令，该等禁令应于银行向受益人支付前出具；禁止受益人使用银行支付资金的冻结令，该禁令通常适用于银行已进行支付，但申请人有证据证明相关案件存在较大争议且资金很可能被不当处置而难以追回的情形。

四、国内立法和司法实践

1. 见索即付保函的法律环境

立法上，我国国内还没有针对见索即付保函的专门规定。不过，我国现行法律对保函的独立性基本持否定态度。根据我国《担保法》第5条第1款规定，担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。有特殊约定的从其约定。而《物权法》第172条则规定，担保合同是依附债权债务合同的从合同，主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。我国现有的行政规章中对独立担保也未认可。如96年央行颁布的《境内机构对外担保管理办法》第2条“当债务人未按合同约定偿付债务时”，担保人才履行偿付义务，仅认可从属性担保。

司法实践上，当前主流观点认为，国内保证不适用独立保函。国内保证即便约定了独立保函条款，也是无效的。最高人民法院屡次以判决的形式否定了独立保函在国内运用的效力。如最高人民法院关于“湖南机械进出口公司、海南国际租赁公司与宁波东方投资公司代理进口合同案”的裁判中，认为在国内民事活动中不应采取独立担保方式，相关约定为无效，而“中国建设银行股份有限公司宜昌葛洲坝支行等与天门市天仙一级公路建设开发公司等建设工程施工合同纠纷上诉案”的裁判中，法院将独立担保认定为从属性保证。

因此，只有包含了涉外因素的见索即付保函或独立保函才会纳入到国内法院审查的视野，因为该等保函作为涉外合同可以约定适用外国法律或者国际条约从而获得国际私法层面的认可。

2. 止付的法院管辖及法律适用

目前，我国尚无保函止付的具体规定。虽然《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》具有一定借鉴意义，但不能作为保函的止付案件的审判依据。最高人民法院正在研究出台关于独立保函止付的司法解释。目前，最高人民法院《关于严格规范银行独立保函纠纷案件审理切实保障国际金融交易秩序的指导意见》（以下简称“《指导意见》”）以及最高人民法院民事审判第四庭庭长刘贵祥在2011年8月举行的全国涉外商事审判工作庭长座谈会中就涉外独立保函的止付申请审理提出的意见在审判实践中具有一定程度的权威性。

我国法律虽无保函止付的专门规定，但对于欺诈有明文规定。在我国，欺诈除了将导致合同无效或可撤销外，造成损害的，还要承担损害赔偿责任，其性质为侵权责任。我国法院可据此对保函欺诈案件进行审查。《指导意见》对此加以明确：“银行独立保函欺诈纠纷属于侵权纠纷，不受担保人和受益人之间的保函争议解决条款的约束，应按侵权纠纷案件的管辖规定，由被告住所地或侵权行为地法院管辖”。由此，中国法院对涉外保函欺诈案件可以行使管辖权。

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第44条规定侵权案件应当适用侵权行为地法律。侵权行为地法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。当保函欺诈案中侵权结果发生地在中华人民共和国境内，则可选择适用中华人民共和国法律。同样，根据《指导意见》，保函欺诈及止付标准应直接适用我国法律。因此，就是否构成保函欺诈以及达到止付标准，将由中国法院根据《中华人民共和国民法通则》（以下简称“《民法通则》”）和《侵权责任法》的相关规定加以判断。

司法实践中，如“沈阳矿山机械（集团）进出口公司诉印度电热公司保函欺诈纠纷案”中，该案争议的见索即付保函是依据国际商会URDG458开具，但法院认定保函欺诈属于侵权法上的问题，确认《民法通则》为准据法，判断存在受益

人欺诈而判令银行终止支付；“上诉人中国银行安徽省分行、上诉人印度国家银行与被上诉人安徽省技术进出口股份有限公司、原审被告奥斯沃化工肥料有限公司保函欺诈案”等案判决均持此观点。

3. 止付的程序

目前在国内，涉外独立保函申请法院止付的程序法依据是《中华人民共和国民事诉讼法（2012年修正）》所规定的财产保全措施。财产保全分为诉前财产保全和诉中财产保全。

申请诉前财产保全的标准是，利害关系人在提起诉讼前，“因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的”，在提供担保情形下可采取保全措施。申请诉讼财产保全的标准是，立案前“因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害”，依当事人申请或法院依职权，可以采取保全措施。法院可以要求申请人提供担保。诉中财产保全裁定的效力一般应维持到生效的法律文书执行时止。由此可见，国内法院进行程序性止付的审查标准较为宽松。

而在国际上，通常要求法院须在有确凿证据和/或申请人有很大机会胜诉的前提下，并在无此禁令当事人可能遭受损失的严重性以及有此禁令对保函独立性的威胁之间进行考量权衡后，方才谨慎作出止付。在程序和实体审查标准上，对签发止付令都有较为严格的要求。

4. 止付令对国内金融机构保函业务的影响

目前我国北京、天津、沈阳、大连、烟台、上海、杭州、哈尔滨、江苏等地中院、高院都曾针对不同独立保函索赔纠纷案件签发临时止付令。虽然利害关系人、当事人均可申请财产保全，但国内止付案例几乎均为应债务人的申请，限制国内金融机构向境外受益人进行支付。法院在债务人提供担保的情况下，轻易发布止付令，境内金融机构受限于国内法院出具的止付令无法履行保函，极大影响了境内金融机构的声誉。

我们认为,法院在作出止付令时应将止付令对保函独立性的负面影响纳入考量范畴、谨慎出具,否则随意地止付将令见索即付保函丧失其核心

商业价值,在国际上,也将对我国法院和金融机构的声誉造成负面的影响。

王建 合伙人 电话: 86-10 8519 2168 邮箱地址: wangjian@junhe.com

李清 合伙人 电话: 86-10 8519 1357 邮箱地址: liq@junhe.com

杨戩 律 师 电话: 86-10 8519 2487 邮箱地址: yangyu@junhe.com

本文仅为提供法律信息之目的,供参考使用,并不构成君合律师事务所的法律意见或建议。