

海外新能源系列（一）：跨境转开独立保函止付的最新实践及典型案例解读

一、背景

2021年12月31日，《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会》会议纪要发布，其中第八条第30项要求人民法院审查独立保函欺诈纠纷时，对是否存在欺诈的止付事由进行初步实体审查，并在裁定中列明初步查明的事实和是否准许止付的理由。这一纪要的发布，使得中国法院在出具独立保函止付裁定时更加谨慎。特别是对于转开独立保函而言，由于《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》及第109号指导案例对认定保函欺诈规定了更严格的条件，在最高人民法院上述会议纪要的要求下，转开独立保函的止付的难度将进一步加大。

鉴此，对于对外提供独立保函，特别是转开独立保函的中国企业，在止付裁定尺度严格、主张滥用索赔权的情形进一步受限的大背景下，获得其他法域的保函止付令或付款禁令的可行性及其对境内止付裁定的作用，是近期关注的重点。而在中国企业作为跨境保函受益人时，保函申请人取得境外法院止付令的情形也在增多，其能否作用于境内银行或国际银行中国分支机构开立的保函，也是值得关注的问题。

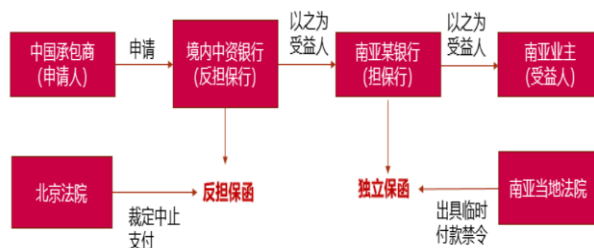
本文将基于近期北京、上海两地法院关于转开独立保函的典型案例，就以上实践中关注的问题进行解析和探讨。

二、境外法院出具的转开保函临时止付令，能否成为境内法院裁定反担保函止付的依据？

【典型案例】 (2020)京04民初826号

本案保函申请人是某南亚电力项目的中方总承包商，根据EPC合同，承包商需向业主提供合同金额的一定比例的履约保函。为满足业主要求，经

承包商申请，境内某中资银行以南亚某银行为受益人，开立了独立反担保函，南亚某银行又以业主为受益人，开立了独立履约保函，即采用了海外EPC工程项目中常见的“境外转开、境内反担保”的保函开立模式。（结构如下图）



在业主向南亚银行提交索赔申请后，南亚银行要求境内中资银行兑付反担保函。为保障自身利益，中方承包商向北京法院申请反担保函止付，并向法院提供了项目所在国法院出具的为期三周的临时付款禁令，此付款禁令针对南亚银行开立的独立履约保函做出。

本案中，北京法院认为，南亚银行收到业主索赔申请后，向境内银行索赔反担保函，本身不存在欺诈，但在当地法院已出具临时禁令的情况下，南亚银行无需再即时向业主履行付款义务，南亚银行未及时撤回对反担保函的兑付要求，而继续要求境内银行付款，高度可能构成“受益人明知没有付款请求权仍滥用该权利”之情形，因此，法院裁定止付该反担保函。同时，法院责令中方承包商就南亚法院后续审查进展及时汇报，北京法院将根据相应情况及时对止付重新进行审查。

【案例启示】

海外工程项目实践中，中国承包商经常采用“境外转开、境内反担保”的保函开立结构，即中

国承包商申请境内银行开立反担保函，反担保函受益人为项目所在国银行，项目所在国银行再以业主为受益人开立转开保函。采用此结构的常见原因是中国企业在境外银行无授信，但业主希望取得其在项目所在国银行开立的保函。

在“境外转开、境内反担保”结构下，一旦业主向项目所在国银行索保，项目所在国银行往往第一时间向境内银行索兑反担保函，以确保其能够先收到境内反担保行付款，再向受益人付款。而境内法院往往仅对反担保函欺诈纠纷有管辖权，对反担保函欺诈的审查又受制于“善意付款”原则，即受益人对境外保函开立行的欺诈不能作为止付境内银行开立的反担保函的理由，只有证明境外保函开立行存在欺诈或明知受益人欺诈的，才有机会实现反担保函止付。因此，我国司法实践中，“境外转开、境内反担保”结构的保函，成功止付的难度普遍很高。

根据以上案例，当中国企业作为“境外转开、境内反担保”结构的保函的申请人时，我们建议，可通过与项目所在国律师的合作，积极争取当地法院对当地银行开立的保函的止付令或付款禁令。但是，即使取得当地法院止付令，由于该止付令并不针对反担保函做出，境外法院对反担保行也无管辖权，因此，我们不建议中国企业仅依据境外法院止付令，直接要求境内开立反担保函的银行拒付保函。这样做的负面效果，其一是可能导致反担保行陷入两难局面，其二是反担保行考虑到国际信誉，最终往往不会选择拒付。我们的建议是，在取得境外法院止付令后，保函申请人可以向中国境内法院提出止付申请，通过境内司法途径相应止付中国境内银行开立的反担保函。

根据我们的经验，目前北京金融法院对保函欺诈的审查十分谨慎，但涉及“境外转开、境内反担保”结构的，在境外法院已止付“境外转开”保函的情况下，北京金融法院与北京四中院观点相似，认可“境内反担保”有一定机会成功止付。

三、境外法院止付反担保函的，境内银行是否有权直接拒付转开保函？

【典型案例】(2018)沪74民初1420号(2021

年底上海金融法院发布的第二批精选案例)

本案保函受益人是一家中国企业（总承包商），经其合同相对方分包商（注册于欧洲A国的公司）申请，两家国际银行的A国分支机构以一家总部位于A国的银行的上海分行（下称“A行上海分行”）为受益人，开立了两份反担保函，A行上海分行据此开立了受益人为该中国企业的独立保函。（结构如下图）



2018年11月24日，中国企业作为保函受益人，向A行上海分行发出索赔通知，根据保函载明的付款时间要求，A行上海分行的最晚付款时间应为2018年12月5日。2018年12月3日，A国法院对A行总行和两家开立反担保函的银行A国分支机构签发命令，要求A行总行不应支付保函项下请求金额，命令两家反担保行不向A行上海分行支付反担保函。2018年12月5日，A行上海分行向中国企业发函，称其已收到索兑要求，但鉴于A国法院发布临时止付令，禁止A行总行支付保函，因此总行不能以任何方式直接或通过A行上海分行履行保函付款义务。

该中国企业将A行上海分行诉至法院，要求法院判决其理应于2018年12月5日付款，并因此应承担自该日期起的延期付款利息。A行上海分行辩称，其延迟支付原因是遵守A国法院的临时止付令，该事由构成URDG 758项下的不可抗力，应免于承担延迟支付的法律风险。

对于以上事实，上海金融法院的观点是，A国法院的临时止付令系外国法院针对保函做出的境外司法行为，仅在A国境内有效，对我国不发生效力，因此，认定保函开立行是否有付款义务和延迟付款正当理由时，不受该临时止付令约束，且止付令未影响开立行交单、审单和赔付行为，不构成不

可抗力。

A 行上海分行在本案中抗辩称，其不履行境外法院止付令将导致 A 行总行受到当地法律制裁。对此，法院认为，中国企业要求开立行付款并就延迟付款行为赔偿利息损失的诉请具有事实和法律依据，不能以其不遵守 A 国法院的命令将产生不利后果为由免除支付义务，其在 12 月 5 日拒绝付款的行为是考虑当下形势各因素的利弊后作出的选择，A 行上海分行应承担其选择的法律后果，而非将经济上的不利益转嫁给保函受益人。

【案例启示】

这一案例启示我们，境外法院的临时止付令不应直接作用于该国银行中国分支机构开立的独立保函，即使当地法院已直接对该国银行的当地总行

出具命令禁止付款，作为保函开立人的中国分支机构仍有义务付款。

四、小结

综上所述，由于转开保函在中国境内申请止付的条件更加严格，对于向境外合作伙伴提供跨境保函的中国企业，我们建议应在转开保函被索赔前未雨绸缪，及时了解并统筹把握中国法和当地法下的独立保函救济路径。

此外，除在保函被索后，通过境内外双重司法途径获得救济外，需要更加理性的认识到独立保函仅是手段，而非目的。鉴此，保函开立企业应更加关注基础合同项下的履约细节，在项目执行过程中做好风控，把握项目发展动向，尽最大努力避免陷入被动局面。

周显峰 合伙人 电话：86 10 8519 1768

邮箱地址：zhouxf@junhe.com

杜丽婧 电话：86 10 8553 7684

邮箱地址：dulj@junhe.com

汪派派 律师 电话：86 10 8540 8718

邮箱地址：wangpp@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

