

独立担保不再必须涉外



—从最高法的司法解释浅谈独立保函

王颖 实习律师

2017-2-6

法规解读：

近期，最高法出台《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（下称《司法解释》），并已于2016年12月1日正式实施。独立保函是国际商事活动中最常见的担保方式之一，虽频繁使用，但我国法律一直未对其有明确、系统的规定。而且在以往司法实践中，法院审理独立保函纠纷案件时，对于涉外商事交易和国内商事交易中的保函区别对待，持不同认定标准，即不承认独立保函在国内交易中的独立性。

本文通过对《司法解释》的解读，聊聊独立保函的特点。

《司法解释》第一条，对独立保函做如下定义：“本规定所称的独立保函，是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺”。

在本条中，独立保函又可分为两种形式：直开保函（依保函申请人的申请而开立）和转开保函（依另一金融机构的指示而开立）。在后一种情形下，开立人可以要求指示人以独立保函的方式，进行反担保。

《司法解释》第三条明确了对独立保函的识别问题。独立保函首先要具备两个要素：载明据以付款的单据和最高金额。同时，具有下列情形之一，法院应认定其性质为独立保函：

- （一）保函载明见索即付；
- （二）保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；
- （三）根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。

《司法解释》第六条规定了开立人（保证人）的付款责任及例外：受益人提交的单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面相符，受益人请求开立人依据独立保函承担付款责任的，人民法院应予支持。

开立人以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务提出抗辩的，人民法院不予支持，但有独立保函欺诈的除外。

一 独立保函具有独立性和单据性

从上述规定，不难看出独立保函的独立性和单据性两大特征。

独立保函的独立性是指该类保函是独立的法律文件，尽管依据基础交易合同而开立，但一经保证人开立，保函的效力和付款责任便不从属于基础交易关系及保函申请法律关系，而

是由保函本身的条款来约束。当开立人收到受益人提交的符合保函规定的单据，即应履行付款责任，而无权审查基础交易合同的履行情况。

独立性的特征致使独立保函区别于《担保法》中一般保证和连带保证。在担保法中，保证是主债务合同的从合同，当主债务合同无效，担保合同也无效，除非担保合同另有约定。但是独立保函并不因基础交易合同无效而无效。在从属性担保中，保证人享有主合同债务人的抗辩权；一般保证中的保证人还享有先诉抗辩权，但在独立保函中，这两种抗辩权保证人均无法享有，除非存在保函欺诈，方能以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务提出抗辩。

独立性又体现在开立人独立审查单据，不受第三方的影响。《司法解释》第八条规定：开立人有独立审查单据的权利与义务，有权自行决定单据与独立保函条款之间、单据与单据之间是否表面相符，并自行决定接受或拒绝接受不符点。当开立人拒绝接受不符点时，受益人无权以保函申请人已接受不符点为由请求开立人承担付款责任。

独立保函的单据性，是指该类保函是一种单据化的交易，受益人仅需提供符合保函要求的文件，即可要求保证人承担付款义务。保证人不用关注基础交易合同的履行情况。“单据”在《司法解释》第一条中，是指独立保函载明的受益人应提交的付款请求书、违约声明、第三方签发的文件、法院判决、仲裁裁决、汇票、发票等表明发生付款到期事件的书面文件。单据性与独立性相辅相成，单据性程度越高，保函的独立性越明显。

二、《司法解释》统一国际和国内独立保函的效力认定规则

长期以来，无论是根据最高院的审判指导精神，还是具体判例，均将独立保函的适用范围限定为涉外商事活动，而不能在国内民事活动中使用。对于国内商事交易中出现独立保函，一般是判定其独立性约定无效，担保仍具有从属性，当主债务合同无效时，担保合同也因此无效，担保人如有过错，按其过错承担相应民事责任。

在《司法解释》中，最大的亮点、激动人心之处即是扩大独立保函的适用，涉外保函和国内保函同等对待，承认独立保函在国内商事交易中的有效性。比如《司法解释》对独立保函的定义和识别等规定，均不区分涉外还是国内，而第二十三条更是直接明确了：当事人约定在国内交易中适用独立保函，一方当事人以独立保函不具有涉外因素为由，主张保函独立性的约定无效的，人民法院不予支持。

三、最后再说说独立保函欺诈

独立性保函在实务中，存在比较高的遭欺诈性索款的风险。对此，《司法解释》首先在第十二条，规定应当认定构成独立保函欺诈的几种情形：

- （一）受益人与保函申请人或其他人串通，虚构基础交易的；
- （二）受益人提交的第三方单据系伪造或内容虚假的；
- （三）法院判决或仲裁裁决认定基础交易债务人没有付款或赔偿责任的；
- （四）受益人确认基础交易债务已得到完全履行或者确认独立保函载明的付款到期事件并未发生的；
- （五）受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形。

独立保函申请人、开立人或指示人在遭遇欺诈情形时，可通过起诉或仲裁救济，并有权向有管辖权法院申请中止支付独立保函项下的款项；而人民法院在审理该类案件或处理止付申请时，有权对基础交易的相关事实审查，如经审理，确能认定构成独立保函欺诈，则应判决开立人终止支付保函项下被请求的款项。但是，无论是中止支付的审核，还是是否构成独立保函欺诈的认定，均遵循审慎原则，设定严格限制条件，甚至高于普通民事诉讼案件的证明标准。

比如第十四条，人民法院裁定中止支付，必须同时具备三项条件：

- （一）止付申请人提交的证据材料证明本规定第十二条情形的存在具有高度可能性；
- （二）情况紧急，不立即采取止付措施，将给止付申请人的合法权益造成难以弥补的损害；
- （三）止付申请人提供了足以弥补被申请人因止付可能遭受损失的担保。

止付申请人以受益人在基础交易中违约为由请求止付的，人民法院不予支持。

开立人在依指示开立的独立保函项下已经善意付款的，对保障该开立人追偿权的独立保函，人民法院不得裁定止付。

而第二十条 人民法院经审理独立保函欺诈纠纷案件，能够排除合理怀疑地认定构成独立保函欺诈，并且不存在本规定第十四条第三款情形的，应当判决开立人终止支付独立保函项下被请求的款项。

裁定中止支付，要求申请人提供的证明材料，要能证明独立保函欺诈存在“具有高度可能性”，即按照普通民事诉讼实体审理的证明标准举证；而认定构成独立保函欺诈，采用了刑事诉讼的证明标准：排除合理怀疑。从而保证推论的合理、唯一。

法规全文：

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

为正确审理独立保函纠纷案件，切实维护当事人的合法权益，服务和保障“一带一路”建设，促进对外开放，根据《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国担保法》《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律，结合审判实际，制定本规定：

第一条 本规定所称的独立保函，是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。

前款所称的单据，是指独立保函载明的受益人应提交的付款请求书、违约声明、第三方签发的文件、法院判决、仲裁裁决、汇票、发票等表明发生付款到期事件的书面文件。

独立保函可以依保函申请人的申请而开立，也可以依另一金融机构的指示而开立。开立人依指示开立独立保函的，可以要求指示人向其开立用以保障追偿权的独立保函。

第二条 本规定所称的独立保函纠纷，是指在独立保函的开立、撤销、修改、转让、付款、追偿等环节产生的纠纷。

第三条 保函具有下列情形之一，当事人主张保函性质为独立保函的，人民法院应予支持，

但保函未载明据以付款的单据和最高金额的除外：

- （一）保函载明见索即付；
- （二）保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；
- （三）根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。

当事人以独立保函记载了对应的基础交易为由，主张该保函性质为一般保证或连带保证的，人民法院不予支持。

当事人主张独立保函适用担保法关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不予支持。

第四条 独立保函的开立时间为开立人发出独立保函的时间。

独立保函一经开立即生效，但独立保函载明生效日期或事件的除外。

独立保函未载明可撤销，当事人主张独立保函开立后不可撤销的，人民法院应予支持。

第五条 独立保函载明适用《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则，或开立人和受益人在一审法庭辩论终结前一致援引的，人民法院应当认定交易示范规则的内容构成独立保函条款的组成部分。

不具有前款情形，当事人主张独立保函适用相关交易示范规则的，人民法院不予支持。

第六条 受益人提交的单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面相符，受益人请求开立人依据独立保函承担付款责任的，人民法院应予支持。

开立人以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务提出抗辩的，人民法院不予支持，但有本规定第十二条情形的除外。

第七条 人民法院在认定是否构成表面相符时，应当根据独立保函载明的审单标准进行审查；独立保函未载明的，可以参照适用国际商会确定的相关审单标准。

单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面上不完全一致，但并不导致相互之间产生歧义的，人民法院应当认定构成表面相符。

第八条 开立人有独立审查单据的权利与义务，有权自行决定单据与独立保函条款之间、单据与单据之间是否表面相符，并自行决定接受或拒绝接受不符点。

开立人已向受益人明确表示接受不符点，受益人请求开立人承担付款责任的，人民法院应予支持。

开立人拒绝接受不符点，受益人以保函申请人已接受不符点为由请求开立人承担付款责任的，人民法院不予支持。

第九条 开立人依据独立保函付款后向保函申请人追偿的，人民法院应予支持，但受益人提交的单据存在不符点的除外。

第十条 独立保函未同时载明可转让和据以确定新受益人的单据，开立人主张受益人付款请求权的转让对其不发生效力的，人民法院应予支持。独立保函对受益人付款请求权的转让有特别约定的，从其约定。

第十一条 独立保函具有下列情形之一，当事人主张独立保函权利义务终止的，人民法院应予支持：

- （一）独立保函载明的到期日或到期事件届至，受益人未提交符合独立保函要求的单据；
- （二）独立保函项下的应付款项已经全部支付；
- （三）独立保函的金额已减额至零；
- （四）开立人收到受益人出具的免除独立保函项下付款义务的文件；
- （五）法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

独立保函具有前款权利义务终止的情形，受益人以其持有独立保函文本为由主张享有付款请求权的，人民法院不予支持。

第十二条 具有下列情形之一的，人民法院应当认定构成独立保函欺诈：

- (一) 受益人与保函申请人或其他人串通，虚构基础交易的；
- (二) 受益人提交的第三方单据系伪造或内容虚假的；
- (三) 法院判决或仲裁裁决认定基础交易债务人没有付款或赔偿责任的；
- (四) 受益人确认基础交易债务已得到完全履行或者确认独立保函载明的付款到期事件并未发生的；
- (五) 受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形。

第十三条 独立保函的申请人、开立人或指示人发现有本规定第十二条情形的，可以在提起诉讼或申请仲裁前，向开立人住所地或其他对独立保函欺诈纠纷案件具有管辖权的人民法院申请中止支付独立保函项下的款项，也可以在诉讼或仲裁过程中提出申请。

第十四条 人民法院裁定中止支付独立保函项下的款项，必须同时具备下列条件：

- (一) 止付申请人提交的证据材料证明本规定第十二条情形的存在具有高度可能性；
- (二) 情况紧急，不立即采取止付措施，将给止付申请人的合法权益造成难以弥补的损害；
- (三) 止付申请人提供了足以弥补被申请人因止付可能遭受损失的担保。

止付申请人以受益人在基础交易中违约为由请求止付的，人民法院不予支持。

开立人在依指示开立的独立保函项下已经善意付款的，对保障该开立人追偿权的独立保函，人民法院不得裁定止付。

第十五条 因止付申请错误造成损失，当事人请求止付申请人赔偿的，人民法院应予支持。

第十六条 人民法院受理止付申请后，应当在四十八小时内作出书面裁定。裁定应当列明申请人、被申请人和第三人，并包括初步查明的事实和是否准许止付申请的理由。

裁定中止支付的，应当立即执行。

止付申请人在止付裁定作出后三十日内未依法提起独立保函欺诈纠纷诉讼或申请仲裁的，人民法院应当解除止付裁定。

第十七条 当事人对人民法院就止付申请作出的裁定有异议的，可以在裁定书送达之日起十日内向作出裁定的人民法院申请复议。复议期间不停止裁定的执行。

人民法院应当在收到复议申请后十日内审查，并询问当事人。

第十八条 人民法院审理独立保函欺诈纠纷案件或处理止付申请，可以就当事人主张的本规定第十二条的具体情形，审查认定基础交易的相关事实。

第十九条 保函申请人在独立保函欺诈诉讼中仅起诉受益人的，独立保函的开立人、指示人可以作为第三人申请参加，或由人民法院通知其参加。

第二十条 人民法院经审理独立保函欺诈纠纷案件，能够排除合理怀疑地认定构成独立保函欺诈，并且不存在本规定第十四条第三款情形的，应当判决开立人终止支付独立保函项下被请求的款项。

第二十一条 受益人和开立人之间因独立保函而产生的纠纷案件，由开立人住所地或被告住所地人民法院管辖，独立保函载明由其他法院管辖或提交仲裁的除外。当事人主张根据基础交易合同争议解决条款确定管辖法院或提交仲裁的，人民法院不予支持。

独立保函欺诈纠纷案件由被请求止付的独立保函的开立人住所地或被告住所地人民法院管辖，当事人书面协议由其他法院管辖或提交仲裁的除外。当事人主张根据基础交易合同或独立保函的争议解决条款确定管辖法院或提交仲裁的，人民法院不予支持。

第二十二条 涉外独立保函未载明适用法律，开立人和受益人在一审法庭辩论终结前亦未就适用法律达成一致的，开立人和受益人之间因涉外独立保函而产生的纠纷适用开立人经常居所地法律；独立保函由金融机构依法登记设立的分支机构开立的，适用分支机构登记地法律。涉外独立保函欺诈纠纷，当事人就适用法律不能达成一致的，适用被请求止付的独立保函的开立人经常居所地法律；独立保函由金融机构依法登记设立的分支机构开立的，适用分支机构登记地法律；当事人有共同经常居所地的，适用共同经常居所地法律。

涉外独立保函止付保全程序，适用中华人民共和国法律。

第二十三条 当事人约定在国内交易中适用独立保函，一方当事人以独立保函不具有涉外因素为由，主张保函独立性的约定无效的，人民法院不予支持。

第二十四条 对于按照特户管理并移交开立人占有的独立保函开立保证金，人民法院可以采取冻结措施，但不得扣划。保证金账户内的款项丧失开立保证金的功能时，人民法院可以依法采取扣划措施。

开立人已履行对外支付义务的，根据该开立人的申请，人民法院应当解除对开立保证金相应部分的冻结措施。

第二十五条 本规定施行后尚未终审的案件，适用本规定；本规定施行前已经终审的案件，当事人申请再审或者人民法院按照审判监督程序再审的，不适用本规定。

第二十六条 本规定自2016年12月1日起施行。