

独立担保中国规则的风险控制机制研究

——以“独立保函司法解释”为研究对象

李世刚

(复旦大学法学院 上海 200438)

内容提要:独立保函司法解释的出台,正式承认了独立担保在中国国内市场上的有效性,并确立了独立担保的中国规则。独立担保的核心功能是替代押金与保证,就其利益与风险分配机制而言,其风险虽集中于基础交易中的主债务人身上,但仍属于正常的市场风险。独立担保具有微弱从属性和高度独立性,在中国法律体系中应是一种与“保证”并列的“人的担保”。依据该司法解释,独立担保的认定采二元标准,其实质构成要件有二:担保人不得主张基础交易项下的抗辩;担保人支付一定金额的义务不得与基础交易中的主债务联动。独立担保人止付的主要抗辩事由是受益人索付有“明显的欺诈或滥用”,即受益人知道或应当知道索付会造成他人损害。

关键词:独立担保 索付抗辩 欺诈 权利滥用

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2020.02.002

中国民法典编纂工作处在冲刺阶段,“物的担保”制度的设计与功能主义有了较强的呼应,可谓“契合了融资市场的需要”,^①而作为“人的担保”的“独立担保”似乎难以抢下一席之地。由此有关独立保函的司法解释将继续成为中国独立担保制度的核心法源以及民法典中担保制度的重要补充。尤其是作为风险控制机制的独立性认定标准、索付抗辩事由中的“欺诈”与“滥用”概念等,均是未来解释中国民法典所不能忽视的要点。

《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》(以下简称《解释》)已于2016年12月1日生效,由此中国在国内法上承认了独立担保的有效性,同时还确立了中国的详细规定。基于适用范围的考虑,《解释》选择了银行实务中惯用的表述“独立保函”。^②

独立担保的典型模式是:依据基础交易关系中的主债务人(“申请人”)或主债务人的委托银行(“指示人”)的请求,独立担保人(“保函开立人”)向主债权人(“受益人”)开具保函,

作者简介:李世刚(1977—),男,汉族,辽宁大连人,复旦大学法学院教授、博士生导师。

^① 高圣平《民法典担保物权制度修正研究——以〈民法典各分编(草案)〉为分析对象》,载《江西社会科学》2018年第10期,第5-16页。

^② “独立保函”“独立担保”有多种称谓,具体可参见刘斌《独立担保:一个概念的界定》,载《清华法学》2016年第1期,第127页。

承诺当后者索付时,^③立即支付一定的金额(《解释》第1条)并可向申请人追偿已支付的金额(《解释》第9条)。^④

独立担保被实务界广泛接受主要基于它具有替代押金、替代的功能,^⑤符合信用市场的需要。但是,这一机制的风险集中于主债务人,由此,制度设计者在承认其有效性的同时还必须重视风险控制机制,尤其是独立担保的判定标准,以及对恶意索付的抗辩机制。

一、独立担保风险控制的两个主要环节

《解释》重视主债务人的风险控制机制,就独立担保认定标准和恶意索付抗辩这两个环节确立了我国规则。

(一)第一环节:独立性在中国法上的认定标准与界限

准确识别独立担保、防止不当扩大认定范围,是风险控制的首要环节。在实践中,当事人常常对保函是保证还是独立担保发生分歧,不同的判定意味着差异巨大的法律后果。争议焦点在于独立担保“独立性”的判定标准。

首先,就独立担保的认定方法而言,比较法上有两种范例:一种是交由法官根据个案实际情况综合认定,它更符合英美法系的司法传统。例如英国法院通过将争议的保函“作为一个整体、不带任何先见与偏见地进行观察”,^⑥保函签发的商业环境也一并予以考虑,综合各种要素判定保函是否具有独立性。具体而言,“见索

即付”“无条件地支付”“担保人为第一债务人”“见单即付”“索付应提交的单据属于证明违约的决定性证据”“适用《见索即付保函统一规则》的担保”等保函条款,均是可导致法官认定独立担保的关键因素。^⑦第二种方法,由法律明确规定独立担保必备的核心要件,它更符合大陆法系国家的司法传统,更有利于厘清独立担保的界限。

第二,就其判断标准的选取而言,法律政策可有两个方向:一是趋于宽松(减少、降低独立担保的认定标准门槛,从而鼓励适用独立担保),对债权人、保证人较为有利;二是趋向严格认定(对独立担保的认定保持一种高标准,从而扩张保证的“势力范围”),对债务人较为有利。前者如有观点认为,只要保函约定担保人不能以基础交易关系对抗主债权人即为独立担保;这种宽松的认定很容易架空保证制度,考虑到独立担保对主债务人的风险,笔者不支持这种方向。后者如有学者要求保函不仅在内容上应体现独立性,在名称与表述上也须表明其独立性;^⑧这种要求似过于苛严,有违不应局限于文字表达而努力探求当事人真实意图的“合同解释规则”,^⑨“如果保函名称虽称之为独立保函,但其他主要条款的规定明显地否定了其独立性,应根据其实质性内容而不是合同的形式名称来认定保函的法律性质”。^⑩

综上笔者认为,在方法上应就独立担保的

③ 实务中经过发展的独立担保,经常要求受益人指出其索付的原因或者提供有关单据证明其索付的正当性。

④ 在国际商事的实际运作模式中,通常会存在一个“独立反担保”。因为在受益人看来,外国银行可信赖度有限,他更希望由本国银行提供此项担保。于是,独立担保由受益人的本国银行提供,而该银行从委托人的本国银行那里获得另外一个独立担保作为反担保。

⑤ 关于这两种功能的详细阐释,参见李世刚《论中国规则下独立担保的功能与定位》,载《上海大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第1-13页。

⑥ ILG Capital LLC v Van der Merwe, M. Hughes, “When is a guarantee not a guarantee?”, Law and Financial Markets Review, 2009, vol. 3, No. 1, pp. 31-39.

⑦ N. Enonchong, The independence principle of letters of credit and demand guarantees, Oxford University Press, 2011, pp. 53-63.

⑧ 白彦《独立担保制度探析》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2003年第2期,第97页。

⑨ 曹士兵《独立担保案件的处理》,载《人民法院报》2005年8月3日第B03版。

⑩ 刘贵祥《独立保函纠纷法律适用刍议》,载《人民法院报》2009年6月25日第6版。

实质条件设定明确标准,在方向上既不应过分苛严也不应过分宽松。这正是《解释》所采取的态度。根据《解释》,独立担保的构成应有两个实质要件:一是履行要件,独立担保人不享有基础交易项下的抗辩(第6条)。二是构成要件,独立担保人的义务是支付一定的金额,且应完全独立于基础交易中的主债务(第1条第1款)。这两个要件深刻体现和决定了独立担保的“高度独立性”,可以很好地将其与“保证”相互区别开来。

第二个要件常被忽略,但在比较法上却是一个被普遍实践的要素,尤其值得重视。例如,根据法国较为成熟的经验,担保文书虽约定了“放弃抗辩”的条款(满足了第一要件),但只要担保标的“参照”了主债务人所欠之债务(没有满足第二要件),仍将被认定为“保证”。如有保函约定,“索付时,担保人应立即支付债务人在合同项下所欠数额,且不能迟延并主张任何抗辩理由”,鉴于担保人的支付金额与主债务金额直接联动,法国最高法院将其认定为“保证”而非独立担保。^①当然,作为担保,独立担保不可能脱离主债务,担保人的支付金额通常是主债务的一定比例,但其数额应当另行事先确定,不得与主债务联动。真正的“独立担保”应当是将担保人自己的义务与主债务相互区别,以控制风险。这种区分被法国民法改革者所采信,依据2016年修订后的《法国民法典》,“独立担保是指,对于第三人应负担的债务,在第一次被索要时或者遵从约定的模式,独立担保人必须支付一定金额的担保义务”(第2321条第1款)。

第二个要件要求金额独立,在英美法上也被视为判定独立担保的重要因素。根据判例与学理分析,如果保函条款表明签发人的义务与主合同当事人的交易关系是相互关联的(co-extensive),则担保丧失独立性,不能认定为独

立担保。例如2010年的Cary Value Added SL v. Grupo Urvasco SA一案。该案的保函签发人就借款人未能还款承担了第一义务,不过保函中有条款指出,借款人在基础交易关系项下的以及与之相关的“全部债务”均属于被担保的债务。审理案件的法官认为,这个条款表明担保人责任与借款人责任相同。另外保函中还有条款强调,签发人向受益人支付的数额应当等同于借贷协议中所包含的金额。在审理案件的法官看来,这些都是责任相互关联的表述,不能认定为是一种独立担保。相反,签发人的义务与主合同当事人的义务不相互关联,则是认定独立担保的重要指标。^②

笔者认为,独立保函中的支付金额应当是一项独立于基础交易的金额。对该金额的修订,必须是银行和受益人通过意思表示单独进行修订。如果该金额被约定为当然地随主合同金额变化而变化,则不属于独立担保。

(二) 第二环节:对恶意索付进行抗辩

因具有独立性,独立担保原则上排除担保人以基础交易关系对抗受益人(主债权人),除非后者在索付时具有“恶意”。之所以说严格认定独立担保是风险控制的首要环节、第一环节,是因为它更多地针对“订立”环节;而独立担保一旦被认定,担保人在运行(合同履行)过程中的风险控制就是对恶意索付进行抗辩了,因此它虽然可以被称为第二环节,却是最为核心的环节。

主债权人之所以愿意接受独立担保,看重的是其独立性。最初这种独立性曾被视为绝对的。但很快地,独立性的行使被认为不得有违独立担保设立的初衷,不得有违公平与诚实信用原则。“独立担保的苛严性并不允许受益人利用它作为一种诈取掠夺的工具。没有什么能否认民法的一般原则、罗马法的名言‘欺诈摧

^① 法国最高法院商事庭2000年12月12日之一项判决。Cass. Com., 12 déc. 2000, JCP E 2001, 1042, obs. Ph. Simler; CA Paris, 6 juill. 2000, D. 2001, 2820.

^② N. Enonchong, The independence principle of letters of credit and demand guarantees, p. 59.

毁一切’(fraus omnia corrumpit)的适用。”^⑬为此,独立担保运作机制中,出现了防止受益人恶意利用独立性危及主债务人、担保人利益的风险控制机制:独立性的恶意索付例外规则。^⑭换言之,独立担保的独立性将因受益人的“恶意索付”而不再发挥作用,担保人可基于基础交易予以抗辩,主债务人可以采取暂缓担保的实现。

这个风险控制机制存在于履行阶段,关键是如何确定恶意索付抗辩的标准,这也是比较法上的重要课题。依据《解释》,如果受益人索付被认定为“欺诈”或者“滥用”权利的其他情形(第12、14条),相关权利人可以“要求中止支付独立保函项下的款项”(第13条)。因此,欺诈或滥用的索付构成中国法下独立担保的“恶意索付”。笔者认为,中国法从类型化和证据力两个方面确立了对恶意索付进行抗辩的判断标准“明显的”“欺诈或滥用”。为了更好地理解中国法下的这一标准,我们可以从比较法的视野切入。

二、从“欺诈”到“欺诈或滥用”:比较法上的一致性

关于对独立担保受益人索付进行抗辩的事由,从比较法的角度看,英美法系早期仅限于欺诈,但随后发展出了其他类型;而大陆法系虽早期也仅承认欺诈抗辩,但后来借助权利滥用、诚信等概念,形成了一般性的规则。这种比较法

上的一致性在国际条约和惯例上也有所反映。

(一)英美法系的经验:从欺诈到不正当行为

根据英美法学者的观察,最初独立担保的独立性原则是绝对的,没有例外。后来很快欺诈被认定为抗辩事由,并且在一段时间内成为唯一的抗辩事由。

1. 英美法的传统抗辩事由:欺诈。英国法院曾在一段时间内仅承认欺诈是独立担保索付抗辩唯一事由,并且对英美法系国家产生深远影响。^⑮

在此领域内,“欺诈”的权威概念^⑯来自于著名的GKN Contractors Ltd v. Lloyd Bank Plc(1985)案件,它被表述为:如同“普通法上的欺诈,即所谓的受益人在提出索付时已经知道其请求是无效的,却向银行表示他相信是有效的。”这也包括,受益人在索付之前已经知道其不能满足某个索付条件的情况。它本质上没有超脱普通法的“欺诈”范畴,仅是其表现与认定略为复杂(如果主债务人申请禁令阻止银行支付,或者银行已经支付而主债务人主张不应当支付,他还需要证明,银行在支付之前知晓受益人存在欺诈。^⑰)

值得注意的是,英美法的法官与学者在对“欺诈”进行界定和解释时,常常使用“诚信”“善意”“诚实”之类的表述。^⑱这为后来进一步

^⑬ P. Simler, P. Delebecque, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 2011, p. 283, n° 305.

^⑭ “恶意(索付)”在有关独立担保的法律文件以及学术研究成果中常有不同的表述方法,例如“欺诈(索付)”“欺诈与滥用(索付)”等。

^⑮ A. Lee, “Injuncting Calls on Performance Bonds: Reconstructing Unconscionability”, Singapore Academy of Law Journal, 2003, vol. 15, Iss. 1, p. 30.

^⑯ A. S. P. Wong, “Restraining a Call on a Performance Bond: Should ‘Fraud or Unconscionability’ be the New Orthodoxy?”, Singapore Academy of Law Journal, 2000-12, p. 181.

^⑰ Enonchong N., the independence principle of letters of credit and demand guarantees, pp. 161-162.

^⑱ 例如在著名的United City Merchants (Investments) Ltd v. Royal Bank of Canada(1983)案件中,法官指出“欺诈例外”是“对传统法谚ex turpi causa non oritur action or——通俗英语表述为‘欺诈摧毁一切’——的适用,非常清楚”。法庭不会允许他们的程序被“不诚实的人”用于实施欺诈。M. S. Kurkela, Letters of credit and bank guarantees under international trade law, New York: Oxford University Press, 2007, p. 175.

扩张独立性抗辩事由做了铺垫。

2. 其他抗辩事由之“不正当行为”。在实践中,英美法系国家的法院发现,欺诈抗辩的范围过于狭窄,不能达到利益的平衡和公正,于是逐渐形成了其他抗辩事由。

比如,有时受益人没有采用任何欺诈的手段,仅仅是忽略基础交易中主债务人的债务履行情况而索付,滥用其权利。若让主债务人接受这种风险,通过基础合同定价来转移风险显然是不现实的。因此,许多英美法系国家开始重视“不正当(行为)抗辩”或曰“不正当(行为)例外”(unconscionability exception)。所谓的“不正当行为”,是指索付提交的材料并不存在欺诈,但受益人为了主债务以外的其他目的索付,违背诚信,以通过担保权利获得不公平的利益。

在英国法院受理的 TTI Team Telecom International Ltd v. Hutchison 3G UK Ltd(2003) 案件中,根据基础交易合同,原告(TTI)负责向被告提供计算机软硬件,为此,被告(3G UK)按照约定支付了预付款,而原告作为委托人指示银行开具了独立保函以担保返还被告的预付款。后来双方就履行迟延发生争议,被告遂以此为由通知索付。原告认为,虽然被告没有欺诈行为,但属于恶意索付,要求止付。尽管最后的判决以缺乏足够证据为由驳回了原告请求,但是却

承认了“缺乏善意长期以来是阻止支付的一项基础。”由此在英国引发了广泛的争议,至今尚无定论。^①

而澳大利亚、新加坡等国家通过不同路径认可了“不正当抗辩”。例如,澳大利亚在1974年出台的《交易实践法》第51AA条广泛地禁止了不正当行为,法院便以此为依据承认了“不正当行为”可以在独立担保领域构成抗辩受益人索付的事由。^②新加坡早年也和英国一样仅承认欺诈例外是独立性原则的唯一抗辩,且影响至深。但从上个世纪90年代开始,新加坡法院出现了承认“不正当抗辩”的不同发展方向。^③只是反对者的声音也一直存在,他们担心独立担保独立性受到冲击。^④

在美国,《统一商法典》规定了欺诈例外(第5-109条),没有规定不正当行为抗辩或者恶意抗辩,这与英国法的传统作法一致。值得说明的是,在 Mid - america Tire v. PTZ trading Ltd Import and Export Agents 案件中,虽然多数法官拒绝承认受益人存有欺诈,但持不同意见的法官 Valen J. 认为,受益人违反了“诚信、谨慎、合理以及注意”义务因此构成了欺诈。^⑤显然该法官希望通过改变、扩张传统的“欺诈”概念以实现基础债务人的保护。这种扩张性的观点会不时出现,尤其是在美国的

^① N. Enonchong, the independence principle of letters of credit and demand guarantees, pp. 161 - 162.

^② Olex Focas Pty Ltd v Skodaexport Co Ltd. V. J. J. Browne, “The Fraud Exception to Standby Letters of Credit in Australia: Does it Embrace Statutory Unconscionability?”, Bond Law Review, Vol. 11: Iss. 1 (June 1999), Article 6, pp. 98 - 112.

^③ 如在 GHLPte Ltd v. Unitrack Building Construction Pte Ltd(1995) 案件中,基础交易为建筑合同,受益人获得了金额为工程价款百分之十的独立保函。随着工程的推进,工程价款被调整、大幅降低,但独立保函金额未做相应调整。后双方发生争议,受益人要求索付。新加坡上诉法院认为,受益人的高额索付行为属于不正当行为,签发了禁令。A. Lee, “Injuncting Calls on Performance Bonds: Reconstructing Unconscionability”, Singapore Academy of Law Journal, 2003, vol. 15, Iss. 1, p. 30.

^④ K. C. Loi, “Two Decades of Restraining Unconscionable Calls on Performance Guarantees”, Singapore Academy of Law Journal, 2011 - 23, pp. 504 - 516; J. J. Browne, “The Fraud Exception to Standby Letters of Credit in Australia: Does it Embrace Statutory Unconscionability?”, pp. 101 - 117.

^⑤ N. Enonchong, the independence principle of letters of credit and demand guarantees, p. 181.

基层法院层面。^{②④}这显然偏离了传统的欺诈概念。不过也有学者认为,所谓的不正当行为,可以视为一种衡平法上的欺诈;^{②⑤}是对普通法上欺诈概念进行了补充和扩张。

而就比较法角度进行观察,此“不正当行为”对应着大陆法系上的“权利滥用”。

3. 其他抗辩事由之“法律禁止止付”。其实,在英美法的实务与理论上,如有法律明确禁止向特定类型的人进行支付,那么那些属于禁止对象的受益人主张索付将被视为“欺诈索付”,从而担保人应当止付。英国在1990年8月2日伊拉克入侵科威特以后颁布了一系列的禁令,禁止向在伊拉克或科威特境内的任何人进行支付。^{②⑥}

综上,英美法国家的法院严格限制适用“欺诈”抗辩。在此之外,对于“不正当行为”(相当于大陆法系中的“权利滥用”的部分情况)可否成为索付抗辩事由,新加坡主流方向、澳大利亚立法均持肯定态度,美国普遍持否定态度,而英国颇为犹豫;对于“法律禁止止付例外”则是普遍认可的。可见,英美法系在索付例外上长期所持的苛严态度,维护着独立担保独立性的功能,体现了对当事人意思的尊重和受益人(主债权人)利益的重视。

(二) 大陆法系的经验: 从欺诈到权利滥用

与英美法系类似,大陆法系国家最初判例仅承认独立担保的欺诈例外,但后来借助“权利滥用”这个民法上的一般概念,在欺诈之外

另行承认了受益人权利滥用可以导致索付抗辩。

以具有代表性的法国法为例。法国最高法院商事庭1987年1月20日审理了一起具有影响力的案件,判决否定了巴黎上诉法院拒绝发布禁令阻止索付的作法,最高法院认定,尽管索付没有构成欺诈,但是属于明显的权利滥用。由此明确民法上的权力滥用可以作为一项颁发止付令的独立事由。^{②⑦}

在此判决以后,出现了许多索付并无欺诈行为但仅构成权利滥用的判例。例如在1997年12月2日法国最高法院商事庭审理的一个案件中,投标方为了参与在孟加拉的输气管道建筑项目投标,指令银行开具一份担保投标的独立保函,受益人为招标方。根据保函,如果投标方在规定期限内撤销要约,或者,在规定期限内收到承诺的通知之后,拒绝签署合同,受益人有权索付。保函开具以后,投标方中标,但是招标方试图在合同中加入与当初招标公告内容相左的新条款,赋予自己单方解除合同的权力。面对这种新增加的不公平条件,投标方决定中止谈判。招标方随后依据独立保函索付。投标方于是向银行提供了所有与受益人违约相关的材料,但是银行仍向招标方进行支付并随后向投标方追偿。法国最高法院认为,银行已经被告告知了情况,应当拒绝支付,因为招标方明显滥用其权利。^{②⑧}

^{②④} R. F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, Kluwer 2013, pp. 368-369.

^{②⑤} A. Lee, "Injuncting Calls on Performance Bonds: Reconstructing Unconscionability", p. 46.

^{②⑥} 例如,分别针对科威特和伊拉克的黄金、担保、清查与信贷控制指令等。The Control of Gold, Securities, Payments and Credits (Kuwait) Directions 1990, S. I. 1990, No. 1591 (Aug. 2, 1990); The Control of Gold, Securities, Payments and Credits (Republic of Iraq) Directions 1990, S. I. 1990, No. 1616 (Aug. 4, 1990). K. Alexander, *Economic sanctions: law and public policy*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009, p. 114.

^{②⑦} 法国最高法院商事庭1987年1月20日之一项裁判。Cass. Com. 20 janvier 1987, Bull. civ. 1987 IV N° 19 p. 13, D. 1987. Somm. 177. Obs. Vasseur; P. Simler, P. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 2012, pp. 283-284, n° 305.

^{②⑧} 法国最高法院商事庭1988年12月2日之一项裁判。Cass. Com. 2 déc. 1997, JCP 1998. II. 10165, note Hanna.

最终 2016 年担保法改革后的《法国民法典》规定“受益人明显滥用或明显欺诈的”，“独立担保人不承担担保义务”(第 2321 条第 2 款)。类似地，德国法上较为一致的观点认为，独立担保合同“和其他合同一样，应当遵守诚实信用之理念”，禁止受益人对担保人“通过滥用或者欺诈的方式行使其手中的正式权利”。是否欺诈或者滥用，需要参考基础交易。但是，“受益人的何种行为以及/或者基础交易中何种特定事实可使得索付被定性”为欺诈或滥用，德国法学并没有提供一种清晰的答复。^②

显然，大陆法系国家将欺诈扩展到滥用的法律基础在于诚实信用原则与忠诚义务。^③ 这赋予了法官较大的自由裁量权，他们可以依据其对民法基本原则等抽象概念的理解、案件实际情况与证据情况进行裁判。

(三) 国际条约与惯例的回应

在众多的国际条约与惯例中，只有联合国《独立担保和备用信用证公约》尝试着对索付抗辩事由进行统一。

该公约第 19(1) 条确立了可以用来对抗独立性的索付抗辩事由的一般定义。这个定义的一个特点是，对不同法系中的“欺诈”或“权利滥用”所涵盖的事实模型进行概括，^④ 类型化为三种：(a) 有不是真实的单据或有伪造的单据；(b) 根据索付要求和佐证单据所载依据，不应进行支付；或(c) 依承保类型与目的可判定索付要求无任何可能之根据，担保人/开证人遵从诚信原则，有权不向受益人付款。按照英美法学者的分析，前两种类型大体相当于英美法上的欺诈，而第三种类型相当于英美法上的所

谓“不正当行为”或者“权利滥用”。^⑤

显然该公约的努力有着良好的目的，希望能解决独立担保与备用信用证领域内越来越突出和棘手的问题。实践中，一个趋势是“一旦对某一基本契约义务的履行发生争端，往往就提出欺诈指控”。“这方面的困难和由此产生的不确定性有时使问题进一步复杂化，因担保人和法院在处理此种指控、寻求冻结付款的临时措施时又产生概念上和上的差异”。^⑥

但独立担保索付抗辩更应当是个案判断的问题，这种立法上的统一并没有产生广泛的影响。正因为如此，URDG758、ISP98、UCP600 等国际条约或惯例均未就欺诈的定义与类型化投入过多精力。ISP98(第 1.05 条第 c 项) 还明确指出，基于欺诈、滥用或者类似事由而提出的抗辩事项，不属于该惯例所规范的内容，依据案件所适用的准据法处理。

三、“欺诈”与“滥用”：具有共通性的索付抗辩事由

从比较法上的细致观察可以看出，不同法系所认可的索付抗辩事由虽有不同，但基础均在于诚实信用。此领域内的“欺诈”区别于一般法上的“欺诈”，是一个逐渐被修正、被扩大的概念。适应这一趋势，独立担保恶意索付抗辩事由从“欺诈”扩充至“欺诈或滥用”更为合适。

欺诈与权利滥用是法律制度中常见的两个概念。在独立担保索付的过程中，从理论上讲，它们是可以相互区别的概念。权利滥用是指，依据基础交易关系，独立担保的债权人在本不再需要行使担保权利的情况下，强行索付、损害

^② R. F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, pp. 357-358.

^③ Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd., Presses universitaires de France, 2011, p. 225, n° 149.

^④ 该定义的另一个特点是，要求任何情况下的欺诈或权利滥用必须是“明显而清楚的”。这一点我们将在下文予以论述。

^⑤ N. Enonchong, *the independence principle of letters of credit and demand guarantees*, p. 183.

^⑥ 贸易法委员会秘书处《关于联合国独立担保和备用信用证公约的阐释说明》，<http://www.uncitral.org/pdf/chinese/texts/payments/guarantees/guarantees-c.pdf>，<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/guarantees/guarantees.pdf>，访问日期：2019 年 10 月 2 日

他人利益 违反了权利的目的——担保主债务。而欺诈是指独立担保人在不具备行使担保权利条件的情况下,采取欺诈手段,制造自己具备行使担保权利的假象,进行索付。

尽管如此,我们发现,在大陆法系中,当涉及独立担保索付抗辩事由时,欺诈与滥用经常一并使用。例如,在法国,有学者明确指出它们之间可以相互替代;^④而前述的《法国民法典》第2321条第2款使用“欺诈或者滥用”的表述,被认为正说明二者是同义词。^⑤在德国,学者也经常“使用滥用与恶意等抽象概念替代欺诈,这些概念之间是经常替换使用的”。^⑥其原因主要有两个方面。

第一,在独立担保领域,二者有共通之处。主债权人以欺诈手段实现尚不具有行使条件的权利,有违权利行使的目的,被认为是权利滥用也并非不可。所以英美法早期的经典判例在定义欺诈时,常使用有违诚信之类的表述。而权利滥用某些情况下也可以被认为是欺诈:主债权人明知依据基础交易其本不应行使权利,却告知担保人其享有权利且要行使之,这也可以被认识是一种“欺诈”。其实,这二者的共通之处是具有相同的“恶意”:知道或应当知道索付会对他人造成损害,却仍然行使。

第二,无论欺诈还是权利滥用,其法律效果一致:均是阻止支付。^⑦这种法律效果的取得,并不因手段上或动机上的差异而有不同的制裁方式。虽然在理论上“欺诈强调受益人的主观恶意,而滥用权利则更强调客观的欺诈行为”,但“就抗辩或止付层面而言,区别欺诈与权利滥用确实并无太多实益”。^⑧

此外,在实践中,要求独立担保人去查实当事人的主观动机(如是否真有欺诈的主观故意等)几乎是不可能的,而通过客观现象推定索付具有“恶意”则是可行的。例如,在德国,迄今为止,仅有早期少数判决强调了受益人的主观心理,现阶段并不对其主观欺诈状态进行考察,欺诈的动机实际上不需要被证明。^⑨因此,“恶意”应指,受益人知道自己行使权利会损害担保人或主债务人的利益;更为客观的判断标准是,受益人知道自己没有权利。至于是采取欺诈手段还是忽略权利目的而强行索付,已并不重要。“将一般法下的欺诈概念进行宽泛的界定”就可以赋予明显滥用索付修正概念一项具体的内容。其实,在独立担保领域,“知道没有权利”与“知道造成的损害”相互混同起来,也就是与恶意或者滥用混同起来。于是恶意索付就构成了滥用或者欺诈。^⑩我国最高人民法院法官也指出,“受益人是基础交易的当事人,对其是否享有保函项下的索赔请求权是十分清楚的,如果有客观证据表明受益人索赔请求完全没有事实基础和可信依据,可以据此推定受益人故意出具虚假索赔以诱使担保行错误付款,滥用索赔权同时也构成欺诈。”^⑪

综上笔者认为,区分欺诈和权利滥用的意义有限,其法律效果一致,且均具有共通性,即“恶意”:受益人知道或者应当知道索付会对他人造成损害——它才是判断担保人是否应当止付的关键。正因为如此,《解释》将“欺诈”与“滥用”混同使用:其第12条在罗列了四种属于“欺诈”的情形以后,概括性地指出,其他“受

④ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 2010, p. 372, n° 513, note.

⑤ C. Albiges, M. - P. Dumont - Lefrand, *Droit des sûretés*, Dalloz, 2011, p. 174, n° 278.

⑥ R. F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, p. 358; T. Rossi, *La garantie bancaire à première demande: pratique commerciale internationale, droit comparé, droit international privé*, Méta - Editions, 1990, p. 145, n° 507.

⑦ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *Droit des sûretés*, p. 372, n° 513, note.

⑧ 刘贵祥《独立保函纠纷法律适用刍议》,载《人民法院报》2009年6月25日第6版。

⑨ R. F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, pp. 359 - 360.

⑩ P. Simler, P. Delebecque, *Les sûretés*, *La publicité foncière*, p. 285, n° 306.

⑪ 刘贵祥、沈红雨、黄西武《涉外商事海事审判若干疑难问题研究》,载《法律适用》2013年第4期,第57-58页。

益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利”的情形也构成保函“欺诈”。这一概括性的兜底条款,一方面表明欺诈与滥用系同义,区别于传统民法有关意思表示理论上的“欺诈”概念;^{④②}另一方面表明“明知”是核心的判定要件。

四、“欺诈或滥用”的证明:必须是“明显”的

作为风险控制机制,恶意索付例外规则不能与独立担保的本质属性高度独立性相互冲突。独立性意味着,受益人的索付与担保人的付款义务履行不需要深度介入基础交易的实际履行情况。“在诉讼程序中作为辩护者,受益人的权利是被推定的,因为通过简单的主张获得支付本是他的权利。”^{④③}因此,对于恶意索付的认定标准,只要确保担保人不必要深度介入基础交易关系即可以轻易地、明确地察知担保人索付系恶意的。这就是为什么比较法上的范本均要求欺诈或滥用必须是“明显的”。

联合国《独立担保和备用信用证公约》第19(1)条确立了可以用来对抗独立性的索付抗辩必须是“明显且清楚的”。《法国民法典》也明确要求欺诈或滥用必须是“明显的”。德国法上,对欺诈的证明应当提交“明确的、清楚的、没有疑点和模糊的证据”。^{④④}类似地,英美法系对欺诈证明的要求非常高,单纯主张欺诈是不充分的,法庭通常会要求“强有力的、被证实

的明显性”,而且被指责为欺诈之人未对此给予任何恰当的回答。这对担保人或者委托人而言是一种“非常沉重的负担”,“在实践中要求主债务人及时满足上述要求几乎是不可能的。而受益人往往保持沉默,却不会受到指责。”^{④⑤}同样等级的证明要求也会被那些承认“不正当抗辩”的英美法系法院所采用。^{④⑥}

笔者认为,这里“明显”应有两层含义:首先,必须是现实的而非一种可能性。单纯证明存在某种欺诈的可能或者风险,担保人并不能因此而拒付。^{④⑦}显然,这点对于担保人而言非常重要,因为风险和可能往往具有隐蔽性,且来源通常不在担保人、主债务人的掌控范围以内,担保人如果要对此进行考察,必然会卷入到基础交易当中,而且即使这样,也未必能察知风险与可能;同时,对风险和可能性的判断往往是不确定的、模糊的,担保人因担心不当支付而变得犹豫、谨慎,会严重损害独立担保的价值。因此,如果要求担保人在仅有欺诈或滥用可能的情况下止付,对其过分苛严,实际上也否定了独立担保的独立性。

其次,受益人没有权利必须是显而易见的、直接的。也就是说,对恶意索付的证明,是不需要为了查找索付是否有依据或者是否具有欺诈或滥用而安排鉴定的。^{④⑧}也因此,如果是需要通过进行深入查实并实际导致对基础交易进行考

^{④②} 中国早期有判例扩大解释最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第68条有关“欺诈”的规定(一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示的,可以认定为欺诈行为),判定独立保函索付“欺诈”的含义。随着独立保函司法解释的出台,应区别对待两个领域内的“欺诈”概念。参见上海振华重工(集团)股份有限公司与印度海外银行香港分行保函欺诈纠纷案[上海市第二中级人民法院(2010)沪二中民六(商)初字第39号民事判决书];浙江金盾压力容器有限公司与油金属制造有限公司国际货物买卖合同纠纷案[浙江省绍兴市中级人民法院(2011)浙绍商外初字第68号民事判决书];浙江省高级人民法院(2013)浙商外终字第134号民事判决书]。

^{④③} T. Rossi, *La garantie bancaire à première demande*, Méta - Editions, 1990, p. 146, n° 513.

^{④④} R. F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, p. 358; T. Rossi, *La garantie bancaire à première demande*, p. 145, n° 507.

^{④⑤} G. Andrews, R. Millett, *Law of guarantees*, Sweet & Maxwell, 2011, p. 601.

^{④⑥} A. Lee, “Injuncting Calls on Performance Bonds: Reconstructing Unconscionability”, pp. 43 - 46.

^{④⑦} M. Bourassin, V. Brémond, M. - N. Jobard - Bachellier, *Droit des sûretés*, Sirey, 2007, p. 257, n° 908.

^{④⑧} M. Bourassin, V. Brémond, M. - N. Jobard - Bachellier, *Droit des sûretés*, p. 257 n° 908.

察而得到的结论,不应当成为担保人迟延支付的理由。^⑩

有学者曾形象地指出,允许担保人拒绝支付的欺诈应当是“跃入眼帘的”。^⑪“要求欺诈或者滥用是明显的,将大大减少(对独立性的)限制范围。”^⑫“恶意索付例外,通常被作为独立担保独立性的例外规则,但在我们看来,更是一种对担保人担保义务独立性的强化。”^⑬这就解释了为什么极少数判决会认为拒绝支付或者赋予采取阻止支付手段的权利是正当的。

最高人民法院虽没有明确使用“明显”一词,但它在人民法院裁定止付的条件中指出,止付申请人提交的证据材料必须得证明欺诈或滥用的存在“具有高度可能性”(《解释》第14条第1款)。

五、对恶意索付的抗辩:类型开放的体系

如前所述,独立担保主债务人有两种风险控制机制。可以说,第一环节的控制机制(独立担保的识别)旨在设立一个明确的判断标准,以便准确界分。相对而言,这个控制机制较为刚性、封闭;而作为第二环节的控制机制,允许对恶意索付进行抗辩的事由则是一个类型开放的体系。

《解释》第12条和第14条列出了几种属于“明显欺诈或滥用”的情况:有证据证明受益人与申请人或者其他入串通,没有真实基础交易

具有高度可能性;有证据证明受益人提交的第三方单据系伪造的或内容虚假的具有高度可能性;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;受益人自认保函对应的基础交易项下的义务已经完全履行或保函载明的付款到期事件并未发生。

除此以外,第12条第5项所言的“受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形”,交由法官个案判断。根据比较法上的案例整理,笔者认为以下情况可被认定为明显欺诈或滥用:^⑭索付依据,不是基础合同的不履行,而是单纯根据当事人所在国之间的政治对立;索付是因为受益人所在国的公权力掠夺了申请人的财产;受益人声明为了另外一个合同或者基础交易关系之外的权利进行索付;投标方拒绝签署一项与招标细则不符的合同草案,招标方以此为理由主张索付的。^⑮

值得注意的是,很多独立担保索付纠纷的发生系因为涉外工程发包人(即受益人)所在国出现了战争或政治动乱。从比较法的角度看,此时由一国政府或议会出台有关禁令,从而大陆法系国家常以合同客体非法为由支持拒付,^⑯英美法系国家常据此将受益人索付认定为明显欺诈(如前述英国)支持拒付。无论在理论体系中的定位以及进路如何,禁止支付法令均是被各国法院所普遍认可的止付理由,法律

^⑩ 有中国法官认为,“故通常情形下,法院并不需要通过大量的审理工作即可确定受益人欺诈的事实。”刘贵祥、沈红雨、黄西武《涉外商事海事审判若干疑难问题研究》载《法律适用》2013年第4期,第58页。

^⑪ Trib. Comm. Luxembourg, 27 November 1980, D. 1981, IR, 504, note Vasseur.

^⑫ P. Simler, P. Delebecque, Les sûretés, La publicité foncière, pp. 283-284.

^⑬ C. Albiges, M. - P. Dumont - Lefrand, Droit des sûretés, p. 173, n° 277.

^⑭ 需要说明的是,恶意索付例外主要适用于跟单的见索即付,而非“无理由的见索即付”,对于后者而言,主债权人不需要理由和提供单据即可索付,因此相当于担保人、主债务人放弃了恶意索付例外的风险控制机制,也因此在实践中很少被采用,也没有成为国际条约和惯例规制的重点对象。

^⑮ P. Simler, P. Delebecque, Les sûretés, La publicité foncière, pp. 283-284, n° 305; M. Bourassin, V. Brémond, M. - N. Jobard - Bachellier, Droit des sûretés, p. 258, n° 908.

^⑯ 例如,法国在1991年7月6日出台了禁止履行为伊朗侨民利益而订立的独立担保的法律。1993年11月29日针对利比亚的政府指令。独立担保的效力因法律的规定而直接被中止,如果禁运在独立担保到期之前没有被取消,实际上就等于消灭了。法国学者指出,这更是一个政治性的而非法律性质的回应。M. Bourassin, V. Brémond, M. - N. Jobard - Bachellier, Droit des sûretés, p. 256, n° 909.

效果一致,在我国法上也具有可行性和可操作性。

六、结语

即使民法典没有规定独立担保,我国通过司法解释也构建了独立担保的本土规则。由此,与之有关的理解与适用,也应从关注相关国际条约或惯例转向在中国法的体系与架构下,

聚焦当事人利益分配机制与风险防控机制的运作。根据独立保函司法解释,笔者认为独立担保在我国法上的风险控制机制具有如下要点:独立性认定采二元标准:独立担保人的支付金额与主债务不联动;独立担保人不得主张基础交易中的抗辩。恶意索付抗辩的标准是索付具有明显的欺诈(或滥用),其类型具有开放性。

Research on the Risk Control Mechanism of China's Independent Guarantee Rules: Taking a Judicial Interpretation on Independent Guarantee as the Target

Li Shigang

Abstract: A judicial interpretation on independent guarantee, named Provisions on Several Issues concerning the Trial of Independent Guarantee Disputes, officially recognizes the independent guarantee in China's domestic market, and establishes Chinese rules. The core function of independent guarantee is to replace deposit and to guarantee. As far as its profit and risk allocation mechanism is concerned, although the risk of such business is concentrated on the principal debtor in the basic transaction, the risk level is still normal. Independent guarantee has a nature of weak subordination and high independence. Thus, it should be considered as a kind of "personal security" in parallel with "guarantee" under Chinese legal system. According to this judicial interpretation, the recognition of independent guarantee adopts the binary standard, which has two essential elements: (1) the guarantor shall not claim the exceptions under the basic transaction, and (2) the obligation of the guarantor to pay a certain amount shall not be confused with the main debt in the basic transaction. The main defence for the independent guarantor to stop payment is that the claims of the beneficiary are "obvious fraud or abuse", that is, the beneficiary knows or should know that the claim will cause damage to others.

Keywords: independent guarantee; fraud exception; fraud; abuse of rights

(责任编辑:刘宇琼)