

独立保函的常见风险及风控建议

主讲人：陈歆 / 陶源 律师
君合律师事务所上海分所

2020

L-Council简介

L-Council为理购（上海）企业服务有限公司旗下服务品牌。秉承“专业分享、价值创造”的企业使命，致力于成为国内优质的汇聚知名跨国企业及本土大型企业法务人员的会员制服务机构。L-Council以专业人群为依托，结合特定行业，精准聚焦法务经理人，旨在提供最佳实战经验分享及法律信息服务。在中国已有超过1000家会员企业，30,000多位企业法务同行使用和体验L-Council的超值分享服务。



CHINA LEGAL
Executive Council

L-Council 电话：021-62705678-1086
邮箱：cs1@lcouncil.com



目 录

Contents

第一部分 独立保函基本特征和法律关系

- (1) 定义和基本特征
- (2) 适用法律
- (3) 反担保函法律关系
- (4) 独立保函的转让

第二部分 独立保函开立阶段的风险和建议

- (1) 索赔单据约定不明
- (2) 非单据化条款
- (3) 保函最高金额
- (4) 混表性措辞



深谙本地，悉知国际

独立保函基本特征和法律关系

J U N H E L L P

▶ 独立保函的定义

定义： 开立人出具的附条件的书面付款承诺

定义

开立人： 金融机构（银行或非银行）

开立方式： 依申请（直开） / 依指示（转开）

《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》

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**。

法条

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。

▶ 独立保函的特征

定义和特征

识别：具有担保债权实现功能，但不具有从属性，属于《民法典》682条规定的除外情形。

特征：书面性（书面形式开具）、单务性（开立人单方向受益人出具）、独立性（见索即付）、单据性（索赔单据要求）、抗辩单一性（欺诈例外）

法条

《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》

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**。

《民法典》

第六百八十二条 保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，保证合同无效，但是**法律另有规定的除外**。

► 独立保函应用场景

广泛应用场景

- ✓ 基础建设工程：投标保函、预付款保函、履约保函、质量保函
- ✓ 国内外贸易：预付款保函、履约保函、质量保函
- ✓ 船舶及海事：船舶还款保函、付款保函、质量保函，海事保函
- ✓ 货物通关：税款保函
- ✓ 海外融资：内保外贷、海外直贷、海外发债保函
- ✓ 海外并购：付款保函、履约保函、分手费保函、内保外贷

法条

《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》

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

▶ 独立保函适用的法律规则

国内法

最高人民法院《关于独立保函纠纷案件若干问题的规定》（2016年12月1日生效）

国际惯例

- ✓ 《见索即付保函统一规则（Uniform Rules for Demand Guarantee）》（最新版本为“URDG758”）
- ✓ 《联合国独立保函和备用信用证公约（United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letter of Credit）》
- ✓ 《国际备用证惯例（International Standby Practice）》
- ✓ 《跟单信用证统一惯例（Uniform Customs and Practice for Documentary Credits）》（最新版本UCP600）

▶ 国内法：《关于独立保函纠纷案件若干问题的规定》

纠纷管辖

- ✓ 开立人和受益人纠纷：开立人住所地或被告住所地人民法院
- ✓ 保函欺诈纠纷：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
- ✓ 双方另有管辖约定除外（独立保函是否可以约定境外管辖？）

法律适用

- ✓ 开立人和受益人纠纷：开立人经常居住地法律
- ✓ 保函欺诈纠纷：被请求止付的开立人经常居住地法律，或当事人共同经常居住地法律
- ✓ 保函止付保全程序适用中国法
- ✓ 双方另有法律适用约定除外（独立保函是否可以约定适用外国法？）

▶ 国际惯例

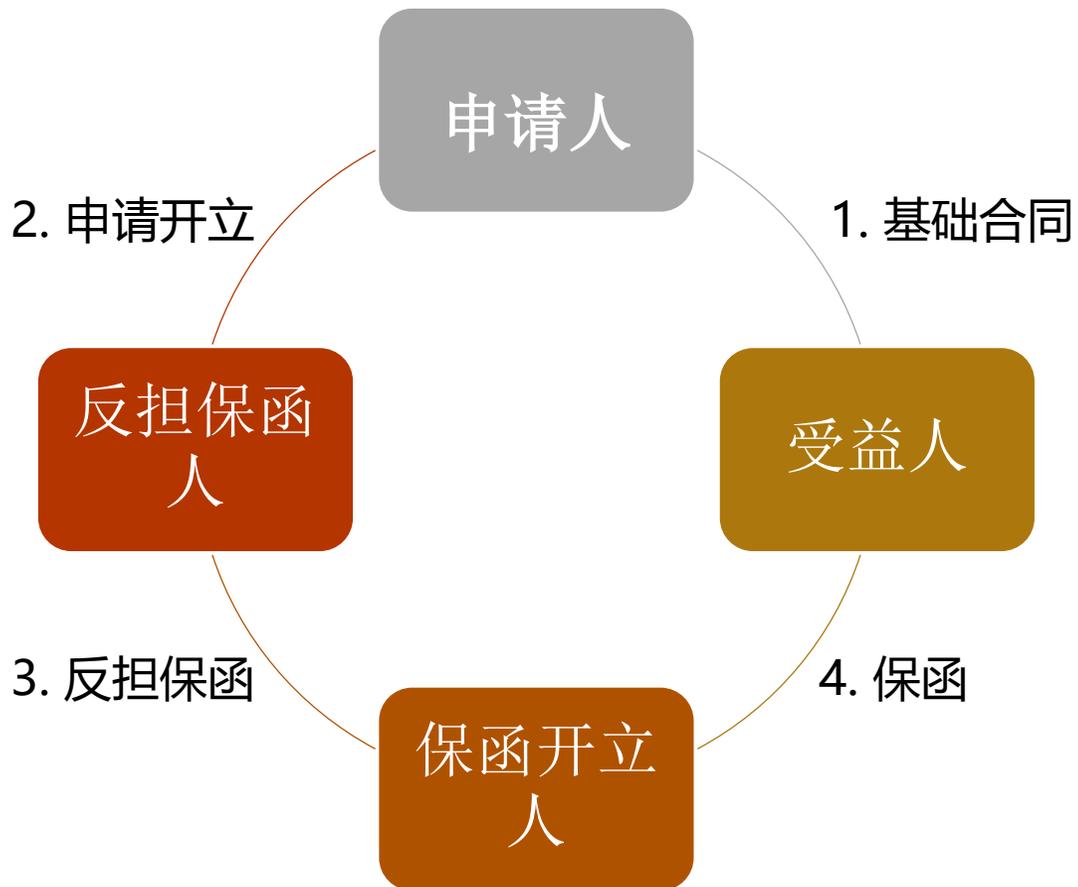
适用情形

- ✓ 保函约定适用
- ✓ 开立人和受益人在一审法庭辩论终结前一致援引
- ✓ 独立保函未载明审单标准时，适用国际商会确定的相关审单标准。

反担保函

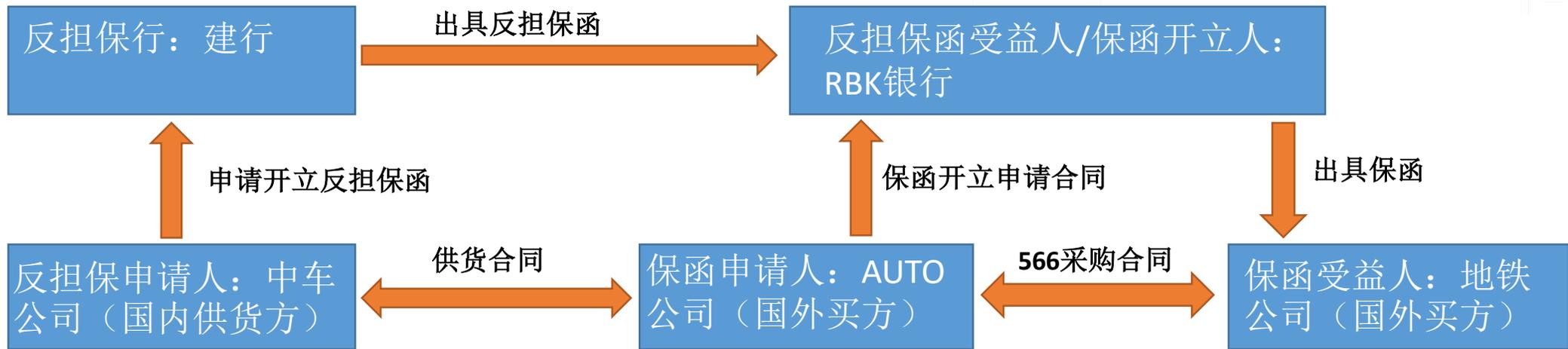
- ✓ URDG第1条：如果应反担保人的请求，开立的见索即付保函适用URDG，则反担保函也应适用URDG，除非该反担保函明确排除适用URDG。但是，见索即付保函并不仅因反担保函适用URDG而适用URDG。

▶ 反担保函的法律关系和独立性



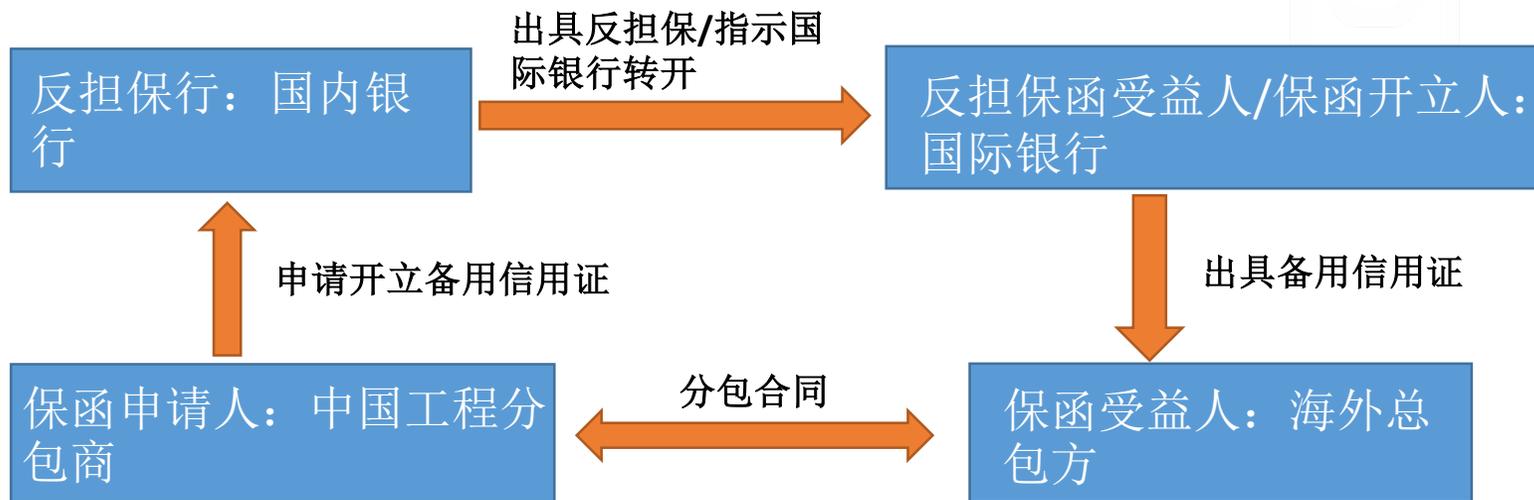
- ✓ 保函的失效≠反担保函的失效
- ✓ 保函金额的变动≠反担保函金额的变动
- ✓ 反担保函下的索赔不以担保人在保函下的实际赔付为前提
- ✓ 保函下受益人的欺诈不导致担保人丧失反担保项下的权利
- ✓ 保函下受益人撤回索赔不导致开立人在反担保下的索赔失效

▶ 反担保函的独立性：(2019)鲁民终2924号（山东高院）



- ✓ 焦点1：566号合同因AUTO公司不当行为被法院判令无效，是否构成反担保函索赔基础交易为虚构？（反担保函的基础合同不是保函的基础合同，与受益人是否欺诈无关）
- ✓ 焦点2：保函开立申请合同约定的内容未满足（例如向AUTO追索）RBK即作出保函赔付，RBK的反担保函索赔是否构成欺诈？（反担保函本身亦独立于担保的保函法律关系）

▶ 受益人撤回索赔，反担保函索赔效力如何？



- ✓ 海外总包方与国际银行达成和解后，撤回了在备用信用证下的索赔，国际银行向国内银行在反担保下的索赔效力如何？

▶ 独立保函转让的限制

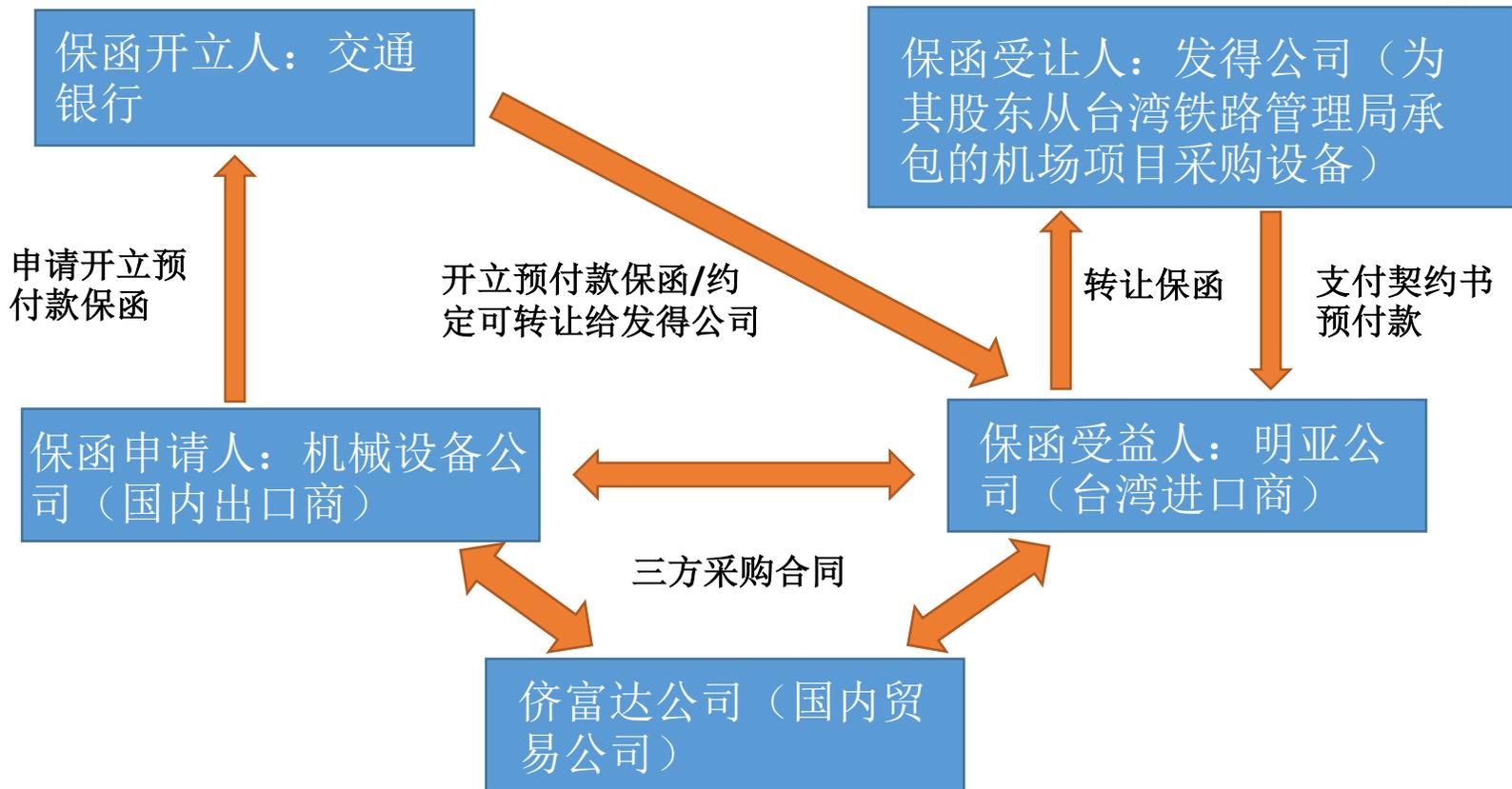
转让限制

- ✓ 可转让的保函是指可以根据现受益人（“转让人”）的请求而使担保人向新受益人（“受让人”）承担义务的保函（URDG第33条c项）。
- ✓ 转让需符合保函设定条件：（1）保函需要载明可转让；（2）保函载有据以确定新受益人的单据。
- ✓ 经过保函开立人同意，受益人可以单独转让付款请求权。

法条

《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》
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。

▶ 独立保函转让的风险：保函关系和基础合同关系出现错配



- ✓ (2018)湘民终707号（湖南高院）
- ✓ 保函受让人发得公司不是基础交易的三方合同当事方，出现保函关系和基础合同关系无法对应。
- ✓ 机械进出口公司未交货是因其他方违法解约所致，发得公司保函索赔是否构成欺诈？
- ✓ 二审法院结合实际情况对保函担保范围作出合理解释：基础合同预付款项下交货义务的履行（不仅限于违约）

深谙本地，悉知国际



独立保函开立阶段的风险和建议

J U N H E L L P

▶ 独立保函的文本措辞

- ✓ 保函的措辞务必要准确、充分体现独立保函的特征，与一般从属性保证区别开，否则会影
响独立保函的效力认定
- ✓ 文本内容要紧扣独立保函三要素：(1) 见索即付；(2) 载明据以付款的单据要求；(3)
载明保函付款的最高金额。

▶ 问题1：索赔单据约定不明

✓ 状况一：仅约定索赔需提交书面通知，未载明所需的文件和具体内容：

【示例1：“在保函受益人提出因申请人没有履行上述合同规定而要求收回上述金额的任何付款的书面要求后，于30个工作日内付款...” ((2019)粤03民终6880号)】

【示例2：“在本保函有效期内...我行在收到受益人书面通知后，无论申请人是否提出异议，我行即在3个工作日内无条件地将受益人提出的、不超过保函总金额的款项，按受益人要求的方式支付给受益人...受益人索赔通知必须以书面形式提出，并由法定代表人或授权委托人签字并加盖单位公章...” ((2018)最高法民终417号)】

Tip: 双方可以自行约定索赔所需单据的内容和要求，保函措辞足以指向某份表明付款到期事件的书面文件即可。

▶ 问题1：索赔单据约定不明

✓ 状况二：约定的单据定义不明或指代不清

【示例：“我行在接到承包商提出的因分包商在履行合同过程中未能履约或违背合同规定的责任和义务而要求索赔的书面通知和付款凭证后5个工作日内，在上述担保金额的限额内向承包商支付任何数额的款项，无需承包商出具证明或陈述理由。”】

Tip: (1) 约定索赔单据时注意审查约定的文件对于不是基础合同交易方的银行而言，明确且不会产生歧义；(2) 对索赔文件产生不同理解的情况下，按照以字面意思，结合索赔文件用于实现保函赔付的目的来解释。

► 问题2：约定非单据性条款

- ✓ 非单据化条件指：保函中约定了一个待满足的条件，但该条件的满足无法体现为某个具体的、明确的书面文件。
- ✓ 独立保函司法解释对于非单据化条款未有明确的规定。URDG758有相对更加明确的规定，可供实践中进行参考。

► 问题2：约定非单据性条款

- ✓ 非单据化条件指：保函中约定了一个待满足的条件，但该条件的满足无法体现为某个具体的、明确的书面文件。
- ✓ 最高院的独立保函司法解释对于非单据化条款未有明确的规定。URDG758有相对更加明确的规定，可供实践中进行参考。

《见索即付保函统一规则》（URDG 758）

第7条 非单据条件：除日期条件之外，保函中不应约定一项条件，却未规定表明满足该条件要求的单据。如果保函中未指明这样的单据，并且根据担保人自身记录或者保函中指明的指数也无法确定该条件是否满足，则担保人将视该条件未予要求并不予置理…

第25条 减额与终止：…c. 如果保函或反担保函既没有规定失效日，也没有规定失效事件，则保函应自动开立之日其三年之后终止，反担保函应自保函终止后30个日历日之后终止。

► 问题2：约定非单据性条款

✓ 状况一：非单据性索赔条款（不予理会）

【示例：“书面索赔通知和有关证明材料必须在保函有效期内送达我行，否则我行在本保函项下的责任自动解除。”（(2016)浙民终922号）】

✓ 状况二：非单据性保函生效条款（不予理会，视为开立时生效）

【示例：“供应商（HJ公司）从采购商（韩国现代）处获得的预付款实收款项，即5980833.40美元转账给分包供应商（卡塔尔航建）后我行反担保保函即告生效。”（(2018)最高法民终1216号）】

✓ 状况三：非单据性保函失效条款（国内尚无司法实践，若参照URDG则是开立之日起3年）

【示例：本保函有效期至合同项下工程完成竣工验收之日止。】

▶ 问题2：约定非单据性条款

✓ Tip: 起草保函约定相关条件的原则是，该条件必须能够通过某个具体的、明确的、不会产生歧义的书面文件得以展现，以免影响保函相关约定的效力，进而影响当事方的权益。

✓ 修改建议：

1. 本保函自基础合同生效之日起生效。

【可修改为：本保函自收到XX出具的确认XX合同生效的书面通知之日起生效。】

2. 本保函有效期至合同项下工程完成竣工验收之日止。

【可修改为：本保函有效期至申请人向开立行提交显示合同项下工程竣工验收完成的竣工验收证书复印件之日。】

▶ 问题3：未约定最高赔偿金额

- ✓ **【示例】** “我行保证，偿债主体将按照主合同的约定向贵方支付、归还主合同下的全部本金不超过人民币XXX元整及利息、罚息、违约金、损害赔偿金、实现债权的费用（包括但不限于仲裁费、律师费、公证费、评估费、差旅费及强制执行费用等）和其他所有应付费用。如果偿债主体未依主合同约定按时足额偿付上述所有应付款项，贵方有权书面通知我行代偿债主体履行相应的偿付义务；我行自收到贵方书面索赔通知翌日起X个工作日内，无条件向贵方支付应由偿债主体偿付的上述所有款项。” **】**

► 问题4：使用混表性措辞（最有可能引起对保函独立性的挑战）

✓ 状况一：明确出现从属性担保的措辞，例如：“连带责任”

【示例1：交行罗湖支行承诺向爱玛公司提供金额为合同总价22%即3168万元的不可撤销银行预付款保函...交行罗湖支行受亿鑫公司委托，作为连带责任保证人，无条件和不可撤销地同意在爱玛公司提出...书面要求后，于30个工作日内为爱玛公司予以支付...；任何爱玛公司与亿鑫公司之间可能对合同条款的修改、规范或其他合同文件的变更、补充，都不免除交行罗湖支行按照本保函所承担的责任，有关变动、补充、修改无须通知交行罗湖支行。 ((2019)粤03民终6880号)】

【示例2：建行宝石支行已接受申请人的申请，愿就申请人履行上述合同约定的义务向你方开立无条件、不可撤销、连带责任的见索即付的独立保函... ((2013)浙商外终字第89号)】

Tip: 从整体上审阅和理解保函约定的条款，从相互矛盾的语句中探寻文本内容的效力和目的。

► 问题4：使用混表性措辞（最有可能引起对保函独立性的挑战）

✓ 状况二：约定保函赔付责任的前提条件是基础合同下违约

【示例1：如德享公司出现违约事项，工行星海支行在收到高金公司书面索偿通知后的7个法定工作日内即向高金公司无条件支付总金额不超过人民币2000万元的任何款项。（(2017)最高法民终647号）】

【示例2：在本保函有效期内，因承包人违反合同约定的义务给你方造成经济损失时，我方在收到你方以书面形式提出的在担保金额内的赔偿要求后，在7天内无条件支付（（2016）粤03民初2515号）】

Tip: 除了单据要求外，避免为保函付款设置任何非单据性的前提条件，否则很可能影响保函独立性的判断。

► 问题4：使用混表性措辞（最有可能引起对保函独立性的挑战）

✓ 状况三：约定独立保函项下的担保效力受到基础合同效力的影响而发生变化

【示例1：未经我行书面同意，贵方与申请人修改合同或其项下附件时，我行的保证义务解除。
((2019)沪民终107号)】

【示例2：本保函项下的相关基础协议无效、被撤销、被解除，则本保函无效。 ((2018)鲁02民初
241号)】

【示例3：如果中技公司与中高公司协商变更基础合同且涉及义乌工行担保责任的，应事先书面通知
义乌工行，如加重义乌工行担保责任的还应事先征得义乌工行书面认可，否则，义乌工行对加重担
保责任的部分不承担责任。 ((2016)浙民终922号)】

Tip: 从申请人角度，基于限制保函赔付的出发点可以考虑加入此类条款，但未必会起到预计的效果；
从受益人角度，则可以保函独立于基础交易为由，要求删除此类条款。

▶ 关于独立保函措辞的建议

✓ 起草时关注独立保函三要素是否满足：

- (1) 见索即付（避免混表性措辞，例如：提到连带责任，设定与基础交易相关的付款条件、生效/失效条件）；
- (2) 载明据以付款的单据要求（避免约定非单据条款，约定单据要清楚、准确、无歧义）；
- (3) 载明保函付款的最高金额。

✓ 保函内容约定不清时的解读原则：

- (1) 结合保函整体的措辞、开立意图综合考虑，往实现交易目的（即保函赔付）方向解释；
- (2) 忽略非单据性条件；
- (3) 与开立人发生纠纷时，主张做有利于受益人的解释，专业金融机构理应了解独立保函性质和措辞不当后果。

Thank You!

J U N H E L L P

君 JUNHE | 君合律师事务所