

论我国独立保函欺诈例外规则的适用问题

张文亦

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年5月5日; 录用日期: 2023年5月17日; 发布日期: 2023年7月14日

摘要

在经济全球化的背景下, 传统的担保形式已经很难满足交易双方当事人的利益需求, 独立保函制度便得以在中国广泛应用, 这无疑在很大程度上促进了我国金融贸易领域的发展。区别于其他保证形式, 独立保函其与基础交易相互分离的这一特点在赋予当时交易极高效率的同时, 也迫使担保人承受着受益人欺诈索款的风险。独立保函欺诈例外规则便应运而生, 对欺诈情形的认定是当下我国司法机关面临的重大挑战, 既要保证保函的独立性, 又要确保该独立性不为交易当事人滥用, 相较于国际规则以及其他国家的相关法律, 我国的相关规则以及实际运用还有很大的进步和完善空间。

关键词

独立保函, 欺诈规则的例外, 中国实践, 欺诈性索赔

On the Application of Exception Rules for Independent Letter of Guarantee in China

Wenyi Zhang

School of Law, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: May 5th, 2023; accepted: May 17th, 2023; published: Jul. 14th, 2023

Abstract

In the context of economic globalization, the traditional form of guarantee has been difficult to meet the interests of both parties of the transaction needs, and the independent guarantee system

will be widely used in China, which undoubtedly to a large extent promotes the development of China's financial and trade field. Different from other forms of guarantee, independent guarantee is separated from the underlying transaction, which not only endures the transaction with high efficiency, but also forces the guarantor to bear the risk of beneficiary's fraud. Independent guarantee of fraud exception rule then arises at the historic moment; the fraud case is the major challenge confronted by the judicial organs in our country, both to ensure the independence of the letter of guarantee, and ensure that the independence is not for trading the abuse of the parties; compared with the international rules and laws in other countries, our country's relevant rules and actual application still have great progress and improvement space.

Keywords

Independent Guarantee, Exception to the Fraud Rule, Chinese Practice, Fraudulent Claims

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

独立函制度的确立起初是为了满足国际贸易中交易双方对效率的考量，为有效推进“一带一路”建设，促进对外开放，我国企业与外国企业贸易往来逐渐频繁，久而久之独立保函作为新担保形式在国内也得到了普遍适用，独立保函逐渐替代传统担保形式成为我国企业与境外贸易交易来往的重要担保形式之一。但很长一段时间内，我国并未对这一新的保证形式进行全面而系统的规定，诉至法院的独立保函纠纷案件却只增不减，直接导致涉及相关问题的纠纷时无法可依的尴尬局面，严重阻碍了我国对外贸易事业的发展。终于，最高人民法院在2016年11月18日发布了《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》，这是我国首次对独立保函业务进行的正式规整，但仍不能囊括实践活动中的复杂情况，我国关于保函欺诈例外规则及其相关规定仍需进一步的探索、完善。

2. 独立保函的特性

要探究独立保函欺诈例外规则在我国的适用问题，首先应当明确独立保函的特殊性质，理清出现欺诈情况的根本原因，再考虑相应的对策和出路。

2.1. 独立性

独立保函的独立性是其区别于传统担保形式的最为主要的特性。根据国际商会《见索即付担保统一规则》第2条¹规定可见，独立保函由申请人依据双方的基础交易，请求由银行或非银行金融机构向受益人开出，独立保函虽以双方基础交易为根本，但一经开出便独立于基础交易关系，银行或其他担保机构不享有抗辩权，无法就该基础交易关系或先诉抗辩权向受益人提出抗辩，仅能以受益人提交的单据或文件不符点为由主张抗辩，这是独立保函的独立性在生效以及履行方面的重要表现。独立保函的独立性还体现在独立保函的责任范围，保函担保的是订立保证合同时约定的金额，而不是事后受益人自身实际损失，其获赔可能大于或小于实际损失。此外，独立保函独立于保函申请人与保函开立人的委托合同关系，保函一经开立，担保人便无权以债保函申请人违反委托合同为由而拒绝承担担保责任[1]。

¹国际商会《见索即付担保统一规则》第2条规定：“见索即付保证，不管其如何命名，是指由银行、保险公司或其他组织或个人以书面形式出具的，表示只要凭付款要求声明或符合担保文件规定就可以从他那里获得付款的保证、担保或其他付款承诺。”

2.2. 单据化

我国法律重视法律关系中当事人权利义务的平均分配，因此为保证人设立了一系列的保护措施，例如在我国最新实施的《民法典》合同编有相关内容²规定，即使债务人放弃抗辩权保证人仍可享有并行使该权利。然而在独立保函相关规则之下，只要受益人出具独立保函所要求的相符的单据、文件，保证人即应承担付款责任，其既没审查基础交易合同的实际履行情况的权利，也不得行使债务人的抗辩权，这便是独立保函单据化特征的体现，且独立保函单据化程度越强，独立性程度也越高[2]，进一步排除非单据条件对付款义务的阻却。

2.3. 保证性

独立保函的保证性使其具有传统的人之担保的性质，说到底独立保函是以担保机构的资金或信誉为交易当事人提供保证。一旦担保机构完成兑付，其便能享有传统担保人的抗辩权[3]。

可见，在单据性、独立性、保证性一同作用下，独立保函拥有远超出传统从属性担保的商业价值，在满足了受益人对交易的效率、担保效能要求的同时，也为债权人欺诈性索赔创造了条件，一方面，一旦受益人出具与保函规定表面相符的单据或文件，保证人即无条件向受益人兑付。另一方面，保证人无权审查基础交易关系的实际履行情况，而债务人可能怠于或无条件了解受益人的经济活动，一旦受益人进行欺诈索赔，保证人难以区分也无权抗辩。独立保函是国际保函业务的大势所向，独立保函规则使得中国在国内投资领域取得巨大成就同时，也带来了巨大的商业风险，中国急需系统、完整、统一的独立保函及相关规则的确立。

3. 独立保函欺诈产生的原因

如上文所述，独立保函本身所具备优越于传统从属性担保的特征同时也是滋生受益人权利滥用的温床。独立保函不从属于交易双方主合同，不会因为主合同的履行情况而受到影响。实践中往往就会出现受益人明知申请人并未违约，但仍伪造单据向担保机构索款，以及由于受益人原因导致申请人违约受益人依旧发出索款请求等情形。根据独立保函“先赔付，后争议”的特点，在上述这些情形下受益人只要出示与保函规定相符的单据，无需提交证明债务人实际违约或造成损失的相关证据即可成功索赔，非单据事由无法阻却担保机构的兑付责任。

此外，保证机构不得以保函申请人违反委托合同为由而拒绝承担担保责任。担保机构仅负责审查单据表面是否与保函规定相一致，担保机构没有义务也没有权利或条件去审查受益人实际经营情况，且保函申请人出于地理或其他原因限制，很难实地考察受益人的实际经营活动，为受益人进行欺诈索赔创造了条件。长此以往，必然打击银行或非银行金融机构开立独立保函的积极性，不利于独立保函业务的长期有效开展。

在经济全球化背景下，独立保函的高效运作模式、简易索赔程序使其成为交易债权方的首选担保形式，许多外国独立保函业务十分熟悉，在国企订立担保合同时，通常会要求签署更利于自己条款，即提交最少的单据以兑付保函，欺诈索款现象也因此变得十分猖獗。《见索即付保函统一规则》以及《国际备用证惯例之类的国际规则》的相关规定更倾向于将欺诈的认定标准交给交易当事人自行协商或留给国内法调整[4]。与此同时我国司法领域对独立保函的理解仍存在从属性担保的思维习惯，又有过多发布止付令有违独立保函设立初衷将损害国企和司法机关对外信誉和形象顾虑，加之熟悉独立保函业务的外企能将受益人承担提交的单据责任最大程度压缩，事实真相处于灰色地带，法院很难做出公正客观的裁判，司法这最后一道防线也不能有效限制受益人的欺诈索款。

²《民法典》第701条：“保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的，保证人仍有权向债权人主张抗辩。”

4. 独立保函欺诈例外规则在实践中适用的困境

4.1. 独立保函独立性的认定

若法院欲适用独立保函欺诈例外规则，必须先确定案件中所争议的保函的性质。独立保函区别于传统担保形式的最大特征就是其独立性，对保函独立性的肯定，对于整个保函纠纷案件的审理至关重要，这将影响案件的审理内容、审理程序和适用法律等^[5]。在一个案件中若法官将认定为一般形式的保证，那么整个案件将与基础交易关系息息相关，基础合同的各约定条款都将被列入审理范围，根据《民法典》相关规定³ 保证人不仅享有先诉抗辩权还享有债务人的抗辩权，此种情况下审理过程冗长，受益人承担的举证责任大且索款难度大。若被定性为独立保函，则结果截然相反，基础交易关系不再被纳入法官考量范围，保证人无权主张先诉抗辩权和债务人的抗辩权，受益人仅需提交与保函规定相符的单据即可索赔，索赔难度小、举证责任小，审理程序较快^[6]。

《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3条表明了最高院对独立保函的定义⁴。前两种情形规定相对精确，双方易产生分歧的是第三种情况^[7]。订立担保合同时的措辞、用语将直接影响法院对性质的认定，保函订立者参差不齐的专业技能、审判人员不同的主观认识，大大增加了认定法院认定保函性质的难度。

4.2. 保函约定付款前提条件或连带责任条款的影响

实践中存在一个现象，那就是大部分当事人在订立担保合同时并不会直接在合同中载明此保函系“独立保函”，而是以“预付款保函”、“履约保函”等特殊名词代替，并且保函中会附带“申请人违约或受益人遭受实际损失”为付款条件或“连带责任”的条款^[8]，涉案担保合同究竟属于传统从属性担保还是独立保函成为审理法院的最大难题。

杭州长乔旅游投资集团股份有限公司与杭州银行股份有限公司西湖支行信用证纠纷⁵一案中，浙江省高级人民法院根据保证机构在协议中承诺的债权人可仅凭《索赔通知书》向其索赔，以及保证机构承诺此为“分离式履约”保函的事实，以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3条为法律依据，不予支持担保机构以保函兑付存在前置性条件而非独立保函的主张，并且一并否认该协议中与保函独立性相抵触的相关条款。

而在中铁十五局集团有限公司与中国建设银行股份有限公司深圳市分行合同纠纷⁶一案中，广东省深圳市中级人民法院认为合同中的“因承包人违反合同约定的义务给你方造成经济损失时”与“因承包人违反合同约定的义务而要求收回预付款时”的条款是担保人兑付保函的前提条件，由此认定，该涉保函并未完全独立于基础交易关系，而是以债务人违约并给实际损失为担保机构履行付款义务的前提，并不符合司法解释第3条对独立保函的定义，仍然属于传统的从属性担保，否定了该保函的独立性。

在上海北海船务股份有限公司与中国光大银行股份有限公司南京分行、江苏熔盛重工有限公司海事

³ 《民法典》第687条第2款：“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或仲裁，并就债务人财产已强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任。”

⁴ 《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3条：“包含具有以下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。”

⁵ 参见浙江省高级人民法院(2019)浙民申1298号民事裁定书。

⁶ 参见广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民初2515号民事判决书。

担保合同纠纷⁷一案中,当事人订立的担保合同中其实存在着“北海公司(受益人)在要求光大银行(担保机构)付款时,仅需提交该保函要求的相关书面文件,光大银行也仅对相应书面文件进行审查”和“光大公司将承担连带保证责任”这两条相矛盾的条款,武汉海事法院认为光大银行(担保机构)系专业金融机构,订立合同时有义务措辞清晰准确以避免争议,因此在此案中作利于受益人的解释,将其认定为独立保函。

在秦建来与中国工商银行股份有限公司范县支行保证合同纠纷⁸一案中,同样存在着担保合同中出现对保函独立性认定相矛盾的两条条款,江苏省盐城市中级人民法院根据“保证该商业承兑汇票的开出真实、合法、有效,具有真实、合法的商品交易背景,我行保证承兑人在在商业承兑汇票到期日无条件支付足额票款[9],对此,我行承担连带保证责任。”的约定条款,认定涉案保函属于保证承诺,不属于独立保函。

实践中很大一部分保函纠纷就是因为由于以上两种情况引起的,以上两个案件在争议焦点上十分相似,但法院在综合考虑各方因素的情况下,给出了截然相反的结论。全国法院在判定依据和判定思路存在巨大差异的情况下,同时还有对外界因素的过多考量,不利于独立保函业务的长期有效发展。

4.3. 管辖与法律适用问题

独立保函独立于基础交易关系,那么理所当然的,当事人在基础合同中关于的法律适用和管辖权问题所作的约定,自然也不能适用于未来的独立保函纠纷或独立保函欺诈纠纷[10]。

4.3.1. 法律适用

独立保函纠纷或独立保函欺诈纠纷的法律适用问题只要涉及一些涉外性就会变的十分复杂。如果受益人和担保机构在订立合同时没有对管辖和法律适用问题进行约定,那么产生纠纷时就会涉及到选择适用国内法或国外法,国际公约还是国际惯例的问题。国际惯例在独立保函细节问题上留给了各国很大的自由裁量权,不同国家的文化背景和国际地位,导致各国国内法对独立保函制度的规定大相径庭,甚至同国法律不同部门法对同一事实的认定都不相一致,直接影响到保函的生效条件、责任范围、执行问题,当事人权利很难得到充分保证。

我国《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22条相关规定⁹,避免了在涉外独立保函发生适用外国法律或外国管辖事纠纷且当事人双方无事先约定或无法达成统一意见时,我国当事人会遭遇截然不同的司法环境、地域偏见、语言障碍[11],有利于我国当事人维护自身合法权益。然而此规定的适用有诸多前提条件,并非我国所有担保机构涉及的保函业务纠纷都能直接适用我国法律审理。

4.3.2. 管辖

独立保函欺诈纠纷案件中的法院管辖权的正确行使也与解决双方纠纷,保护当事人合法权益息息相关。对于管辖权问题,虽然国际习惯上始终坚持“意思自治”和“最密切联系”原则,但由于各国对独立保函性质的认定以及“最密切联系”原则的理解不同,在管辖权问题上各国也从未达成过统一,甚至在我国国内,对独立保函欺诈纠纷管辖权问题也存在很大争议。

同法律适用问题类似,在订立担保合同时,担保机构和受益人通常也会约定发生纠纷时法院的管辖权问题或者提交仲裁机构进行仲裁,对于发生独立保函欺诈纠纷时法院管辖权是否将受到上述条款约束

⁷ 参见武汉海事法院(2014)武海法商字第00823号民事判决书。

⁸ 参见江苏省盐城市中级分民法院(2018)苏09民终2794号民事判决书。

⁹ 《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22条:“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。”

存在着两种观点。一种观点认为,在订立担保合同时,双方当事人一致同意因该保函发生的有关争议或纠纷一律适用该保函中约定的纠纷解决方式,独立保函欺诈纠纷当然与本保函有关,自然应当适用保函所约定的争议解决方式。还有一种观点认为,同法律适用问题一样,独立保函是担保机构同受益人之间基于相同意思表示而形成的法律关系,而独立保函欺诈本质上是涉及受益人、保函申请人以及担保机构三方的侵权法律关系,由受益人、担保机构双方约定的争议解决方式当然不能约束保函申请人,仍应按照侵权纠纷确定管辖法院[12]。国内对独立保函纠纷案件的法院管辖权问题尚且存在如此大的争议,国际上的观点更是众说纷纭。

对于中国担保机构而言在发生纠纷时自然是在中国法院审理并适用中国法律更利于保护自身合法权益,而强势的受益人在订立合同时一般都会试图主动排除中国法院的管辖或中国法律的适用。如此一来,案件审理费时费力,化解争议困难,当事人的权益很难得到保护。

4.4. 举证责任问题

独立保函欺诈案件审理中的举证责任分配问题直接关系到在涉案法律事实真伪不明的情况下,由哪一方来承担相应的不利后果,对保护双方合法权益有重大意义。根据我国民事诉讼法规定,民事法律纠纷的举证责任一般采取“谁主张,谁举证”的原则,即当事人应当对自己的主张以及反驳对方主张所依据的法律事实提供证据加以证明。根据此原则,在独立保函欺诈纠纷案件中,保函申请人、开立人或指使人等起诉主体¹⁰负有就受益人存在欺诈性索赔的事实提供证据的责任,具体到案件中,即要对享有抗辩权承担证明责任。受益人则要对己方不存在欺诈行为承担证明责任[13]。以上责任分配看似十分合理,但在实践中存在着问题。以申请人作为起诉主体为例,此类案件中基础交易合同及其复杂,申请人的义务十分细琐。相对的,受益人的索赔条件却规定的十分笼统,一旦其发出索款通知并提供与保函规定相符的单据,担保机构便得承担付款义务。申请人通常是负有履行义务的一方,除非其能证明己方已经完全履行合同中约定的事务,或在履行过程中债权人自身原因导致己方无法履行义务,否则就面临着败诉的风险。出于诉讼策略考量,受益人自然也不会主动阐明合同中申请人的具体违约事项。从而导致判断案件中是否存在欺诈性索款的难度很大。

4.5. 兜底条款的过度适用

独立保函适用领域十分宽泛,欺诈性索款的形式自然十分多样,《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12条¹¹规定了构成独立保函欺诈的情形,其中第12条第5款是为囊括实践中其他形式欺诈性索款的而设立的兜底条款。

自此《规定》出台以后来,越来越多的独立保函欺诈纠纷案件,被法院以第五条兜底性条款为法律依据,认定为存在欺诈性索赔,而剥夺了受益人方的保函索赔权。长江岩土工程总公司、中国建设银行股份有限公司温岭支行独立保函纠纷(2019最高法民终302号)一案中,最高院以本《规定》第12条第5款法律依据,以长江岩土公司(受益人)明知在工程施工中发生不可抗力时由双方共同分担风险,仍坚持以中博公司(债务人)违约为请求建行温岭支行(担保机构)承担担保责任为事实依据,认定长江岩土公司滥用

¹⁰《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13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。”

¹¹《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12条规定了构成独立保函欺诈的情形:

- “ (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。”

索赔权，构成独立保函欺诈。

5. 独立保函欺诈例外规则在我国适用出路及完善方法

5.1. 独立保函独立性实质认定

在订立担保合同时，合同当事人可能由于专业度限制或其他方面因素导致合同用词语义模糊，有的当事人出于某些考量会在合同中故意使用模棱两可的词汇来进行误导。因此在这些情况下法院认定保函性质不应该再拘泥于文义解释^[14]，而是结合交易关系整体情况进行整体解释¹²。例如在中国机械设备工程股份有限公司与中国建设银行股份有限公司杭州宝石支行保证合同纠纷¹³一案中，作为担保机构的中国建设银行股份有限公司杭州宝石支行辩称保函中约定的“只要申请人未履行合同及其附件中规定的义务”为其承担保证责任的条件。审理法院以“合同中当事人约定一旦机械设备工程公司(债权人)发出债务人违约的书面通知，宝石支行便应承担付款责任，不得进一步要求债权人提供债务人违约的相关证据”相关约定为事实证据，结合《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3条中“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。”的规定肯定了保函的独立性，认为申请人违约不能成为被告履行付款义务的条件，在原告发出索赔通知时，被告无权主张抗辩。实践中对当事人之间约定的担保是否符合独立保函条件具有独立性，仍应当从合同的实质内容及合同整体履行情况出发。

5.2. 确立担保责任推定制度

对于当事人在合同中使用“预付款保函”、“履行保函”等名词代替“独立保函”，以及在合同中附加以申请人违约或受益人实际遭受损失为付款条件的行为，无非是担保人规避履行担保责任，意图消除担保合同独立性，增加受益人索赔风险及困难的行为。因此我国应确立独立保函担保责任推定制度，对于在当事人约定的保函合同中既约定了独立性的条款，又为担保人履行义务设定条件的，应当一律推定为该保函中的担保责任具有独立性，合同中的其他条款的限制性约定都不应影响担保人见索即付义务的履行。

5.3. 法律适用与管辖权问题的明确

管辖权同法律适用的明确都是解决当事人争议、维护当事人双方合法权益的重要问题。各国对法律适用问题通常都是遵循以“意思自治”为原则，以“最密切联系”为补充的思路，对于“最密切联系”的认定每个法官的理解都不尽相同，将此问题留给法官裁判并不能最大程度保护当事人合法权益，还是应由当事人一开始就在合同中予以明确。

5.3.1. 法律适用的明确

独立保函合同独立于基础交易关系，约束的当事人为担保机构和受益人，对于非保函合同当事人的保函申请人无约束力，因此在保函申请人主张受益人存在欺诈性索赔而向法院发出止付请求以保全自己合法权益的情况下，独立保函中约定的法律适用条款自然不适用于独立保函欺诈性索款纠纷，此纠纷本质上是侵权纠纷。根据《涉外民事法律关系适用法》第44条¹⁴规定在发生独立保函欺诈性索款纠纷时应适用中国法律。然而在实践中，迫于受益人的强势地位我国担保机构通常会在保函中与受益人约定在发生纠纷时适用外国法律^[15]，申请人在主张受益人欺诈性索款的情况下，受益人仍会主张适用保函中约定

¹² 整体解释：指根据条款在整个合同中的位置与其他条款的关联确定各个条款在整个合同中所具有的正确意思。

¹³ 参见浙江省杭州市中级人民法院(2011)浙商外初字第16号民事判决书。

¹⁴ 《涉外民事法律关系适用法》第44条：“侵权责任，适用侵权行为地法律，但当事人有共同经常居所地的，适用共同经常居所地法律。”

的外国法律作为准据法，申请人则会依据《涉外民事法律关系适用法》第 44 条规定请求适用中国法律。侵权纠纷适用中国法律，保函纠纷则适用外国法律，这将导致担保机构会面对平行诉讼的风险。但其实只要当事人一开始在合同中约定保函适用外国法律，但在出现欺诈情形时则适用中国法律，这样就能轻易避免平行诉讼的问题，也能充分尊重当事人的意思自治。

5.3.2. 管辖权的确认

上文提过对于发生独立保函欺诈纠纷时法院管辖权的认定存在两个观点，一是适用保函中约定的纠纷解决方式，另一个观点是保函中的约定的纠纷解决方式并不能适用与保函欺诈纠纷问题中。笔者更认同第二个观点，保函是受益人同担保机构达成合意而订立的，独立保函欺诈纠纷则是涉及受益人、担保机构以及保函申请人三方的侵权法律关系，用两个主体之间的约定去约束第三人是不合理的。同上文论述的一样，管辖权的确认同样也是由当事人在合同中事先明确对于其本身来说是最为有利的。在实际中与中方主体而言必然是选择中国法院更有利于自身权利的保护，然而国际市场上对于法院的选择权通常掌握在强势方手中，此时当事人还是应注意避免由法制相对不健全的国家法院管辖，这些国家往往会出现偏袒本国当事人的情况，即使选择不了中国法院也可约定由英国、新加坡或中国香港等地的法院管辖，也是对自身权利的一种有效保护。

5.4. 举证责任与认定标准的明确

对于在独立保函欺诈案件中适用“谁主张、谁举证”的举证责任并无不妥，申请人确应就受益人存在欺诈性索赔事实承担举证责任，对于申请人对保函欺诈事实的需要证明到何种程度则是平衡申请人与受益人举证责任的另一方法，这一点则取决于该国的民事诉讼法律规定。因为保函欺诈的是情节较重的案件事实，因此国际上很多国家采取较高的证明程度，英美法系国家通常要求该事实具有盖然性，即欺诈事实存在的可能性大于不存在的可能性^[16]，但实际操作起来还是存在着困难。过严的标准，极大增加了申请人的证明责任，过分限制了止付令颁发，当事人的合法权益得不到保护，导致例外欺诈条款形同虚设，丧志该规则设计的初衷。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 109 条¹⁵可见，我国要求当事人对是否存在欺诈性事实证明达到“排除合理怀疑”的标准，这种标准高于“一般可能性”以及“较高可能性”。申请人应当将涉案欺诈事实证明到能够排除法官的合理怀疑之程度，否则应承担相应不利后果。这种高标注、严要求，有效限制法院颁发止付令，维护了独立保函的独立性。但在司法实践中，也存在着不少问题，“合理怀疑”很依赖于法官的主观意识，法官们的专业水平、认识方式以及对法律的驾驭能力大相径庭，很可能导致同案不同判，各法院的证明标准无法统一。加之，在独立保函案件中，往往会有很多外界因素的加入使问题更加复杂，这要求法官要做到权衡利弊，合理分配各方的权利义务，同时又要维护公平和效率，又是一大挑战。笔者认为，对“排除合理怀疑”这一认定标准应当进一步细化，让法官们有统一的判案依据，限制法官主观状态对审判结果的影响，做到同案同判，使审判结果更加权威，当事人更加信服。

5.5. 限制兜底条款的适用

《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》中第 12 条第五款兜底条款的设立有效抑制了受益人索赔权的滥用，但其适用范围的过度扩张，将导致独立保函丧失其本身的商业价值，丧失了此规则设立的初衷。对比可知，各国对独立保函欺诈例外规则的适用都比较谨慎，我国也应采取列

¹⁵《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 109 条：“当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对口头遗嘱或赠与事实的证明，人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在。”

举式条款[17],明确规定构成欺诈的情形,限制兜底条款的适用,充分保证独立保函的独立性,发挥法律指导作用。

6. 结语

独立保函作为新的担保形式其区别于传统从属性担保的特性为交易带来了极高的效率,但正是这些特性增加了当事人的商业风险,保函欺诈例外规定应运而生。但在我国实际司法活动中对欺诈认定、审理范围、举证责任分配等方面仍存在一些问题。为保护各方当事人合法权益,平均分配权利义务,应在细化认定标准、明确审查限度方面多下功夫,保证独立保函业务在我国的长期有效开展。

参考文献

- [1] 顾海迪. 中国实践下独立保函欺诈例外的认定与适用[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2020, 22(S2): 52-57.
- [2] 翟红, 杨泽宇. 独立保函欺诈例外的分析与认定[J]. 人民司法, 2015(13): 63-68.
- [3] 赵斐. 独立保函纠纷案件法律问题浅析[J]. 法制与社会, 2021(4): 32-33.
- [4] 郑雅娜. 保函独立性的司法认定困境及完善路径[J]. 知识经济, 2020(6): 7-8.
- [5] 李金红. 独立保函的独立性及其欺诈例外[J]. 人民司法, 2019(28): 100-102, 109.
- [6] 陆璐. 保函独立性的司法认定困局及思路修正[J]. 商业经济与管理, 2019(10): 90-96.
- [7] 于汝祎. 浅析银行独立保函的独立性[J]. 现代金融导刊, 2023(2): 73-76.
- [8] 蒋琪, 金李. 保函纠纷审慎适用欺诈例外规则[J]. 法人, 2017(2): 76-77.
- [9] 杨弘磊, 许英林. 独立保函欺诈的认定规则[J]. 人民司法, 2019(29): 59-63.
- [10] 汪辰光, 江雨朦. 独立保函欺诈例外适用问题的审视与反思[J]. 法律与金融, 2020: 176-193.
- [11] 董琦. 独立保函欺诈例外研究——兼论最高人民法院《独立保函司法解释》的适用[J]. 东南学术, 2019(3): 238-245.
- [12] 李想. 独立保函在我国法律制度中的承认与适用[J]. 法制博览, 2018(8): 85-86.
- [13] 谭卓然. 独立保函欺诈举证问题探讨[J]. 中国外汇, 2019, 16(1): 56-61.
- [14] 刘斌. 独立担保的独立性: 法理内涵与制度效力——兼评最高人民法院独立保函司法解释[J]. 比较法研究, 2017(5): 26-44.
- [15] 章印. 独立保函法律适用及管辖权问题[J]. 中国外汇, 2017(24): 50-52.
- [16] 王涵. 独立担保欺诈例外原则的司法适用问题研究[J]. 天津商业大学学报, 2018, 38(2): 61-66.
- [17] 姚元莉. 独立保函司法认定研究[D]: [硕士学位论文]. 南京: 东南大学, 2018.