

独立担保欺诈例外的适用

——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》为视角

黄晓娟

(福州大学法学院, 福建福州 350116)

摘要:我国2016年出台的《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《规定》),其中欺诈例外条款仍存在对欺诈认定标准的模糊界定、当事人排除适用该条款的规定不清及没有明确规定反担保的适用等问题。国外欺诈例外认定标准从主客观分类到以单据原因分类,限制基础合同对欺诈例外的无限影响,将第三人欺诈例外和受益人主观形态综合考量,我国《规定》第十二条在具体内容细化上可以对此进行借鉴。我国应当坚持修正受益人欺诈的理论,并遵从欺诈例外的法理内涵,认可当事人对排除欺诈例外的有限适用,并将欺诈例外的规定准用于反担保。

关键词:独立担保; 欺诈例外; 诚信原则; 显失公平

中图分类号: D996

文献标志码: A

文章编号: 1672-4348(2018)05-0490-05

Application of independent guarantee fraud exceptions:

from the perspective of the “Provisions of the Supreme People’s Court on Several Issues Concerning the Trial of Independent Guarantees Dispute Cases”

HUANG XiaoJuan

(Law School, Fuzhou University, Fuzhou 350116, China)

Abstract: In the “Provisions of the Supreme People’s Court on Several Issues Concerning the Trial of Independent Guaranty Disputes” (hereinafter referred to as the “Provisions”) issued in 2016, there are still some problems with the fraudulent exception clause, such as a vague definition of the criteria for fraudulent identification, and the ambiguity in the parties’ exclusion from the application of this clause and the lack of clear provisions on the application of counter-guarantees. The classification of fraud exception identification criteria abroad went from subjective and objective categories to that based on documents, limiting the unlimited impact of basic contracts on fraud exceptions, considering the exception of third party fraud and the subjective form of the beneficiary. The above-mentioned can provide reference for further detailed interpretation of Article 12 of the “Regulations”. China should insist on amending the theory of beneficiary fraud, comply with the legal connotation of the fraud exception, approve the limited application of the parties to the exclusion of fraud exceptions, and apply the provisions of the fraud exception to the counter-guarantee.

Keywords: independent guarantee; fraud exceptions; principle of good faith; obvious unfairness

独立担保作为受益人防范合同相对方违约风险的有利保障机制,其担保的独立性和单据性不容侵犯。只要受益人提交的单据与担保合同的内

容一致,担保人即承担无条件、不可撤销的付款义务。但随着贸易复杂性和连续性的发展,以受益人为代表的商事主体虚假申请担保人付款的行为

日益频繁,欺诈例外之诉不断出现,欺诈例外原则作为担保人付款责任的例外,可以有效防止独立保函被恶意索款的危害。在固守担保的独立性与维护申请人利益的两相权衡之下,通过限制欺诈例外原则的适用已有共见。

一、问题的源起

在独立担保法律关系中,担保人仅有的拒付理由,一是不符点拒付,二是受益人违反欺诈例外条款的拒付。对于单据的不符点,受益人可通过反复修改,最终达到单证相符的条件。担保人若欲行使抗辩权利仅能依据欺诈例外条款的规定,但我国《规定》中对欺诈例外条款的适用条件模糊,存在以下几个主要问题:

(一)对欺诈例外认定标准不明

《规定》第十二条虽然列举了五种欺诈例外的情形^①,但还需要进一步完善,如对欺诈应当坚持何种认定标准,对不同情形应如何具体适用,这都会影响到受益人与担保人的利益,更严重的是将影响我国在国际上的声誉。

(二)对当事人能否排除适用欺诈例外规定不明

对于独立保函的性质,实务界存在两种看法,第一种看法认为其应是银行单方允诺,第二种看法认为其应当定性为合同,其中持第二种看法的占大多数。独立保函具有合同的属性,即基于当事人意思自治而成立,然而实践中经常出现当事人在合同中明确排除适用某一条款的情况,法院通常根据意思自治原则认定这一约定有效。反观之,对于独立保函当事人能否在担保合同中排除适用第十二条,则存在疑问,《规定》并没有对这一情况做出明确回答,司法实践中容易出现同案不同判的结果,影响实质公正。

(三)对多个反担保欺诈的适用存在遗漏

《规定》仅笼统适用于保函这一大类型,反担保保函与保函属于两个保函,但若存在多个反担保保函,在反担保法律关系中,是否同样可以以第

十二条认定欺诈例外?另外,法院对保函的止付令效力能否影响反担保保函的止付?随着我国商业的发展,这一问题也将日益凸显,亟待解决。

以上这些问题容易导致受益人摆脱欺诈例外条款的约束。换言之,在这一关系中,担保人承担一种“超级担保”的责任,故此,为使双方利益得以平衡,需要对欺诈例外条款进行完善,细化欺诈例外的适用规则,以保证担保人利益有所保障。

二、国际上欺诈例外的认定标准分析

欺诈例外规则作为担保人付款责任的免除,已成为各国普遍共识,但在对欺诈例外的认定标准上存在不同观点,主要存在以下两种认定模式。

(一)通过区分主客观欺诈确定认定标准

早期对欺诈例外认定标准的分类主要依据是否要求受益人主观上具有过错,将其分为受益人欺诈和实质性欺诈。以美国为代表,主张以实质性欺诈认定为标准。^[1]从实质性欺诈的定义来看,是以基础合同的违约作为认定标准,若查明基础合同不存在违约,则受益人的索款构成虚假陈述,受益人的行为应被认定为欺诈例外。如中材装备集团有限公司诉格里布瓦尔水泥有限公司、中国工商银行股份有限公司天津分行案,法院认为被告以原告违约为由,做出虚假陈述的索款,判决被告败诉。在实质性欺诈中,需要考察基础合同的相对方是否存在违约,若无,则受益人的索款构成欺诈例外,若确实违约,则受益人不构成欺诈例外,担保人仍需向受益人付款。但是实质性欺诈并没有对基础合同存在违约的归责原因做进一步考察,对于因受益人造成的违约是否也应当认定为相对方的违约,从而令受益人的索款具有正当性,实质性欺诈并没有对这一问题进行讨论。英国将“受益人欺诈”确立为独立担保欺诈的认定标准^②,侧重受益人的主观欺诈。根据英国的“受益人欺诈”理论,只有受益人故意欺诈,法院才会考虑依据欺诈例外而禁止银行支付。^[2]

^①参见《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:受益人与保函申请人或其他人串通,虚构基础交易的;受益人提交的第三方单据系伪造或内容虚假的;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;受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形。

^②在1975年的Discount Records一案中,原告以被告交付的货物完全不符合信用证及相关单据规定为由,向法院申请禁制令,停止银行的支付行为。英国法庭首次明确肯定了Stzejn案中对于欺诈例外规则的适用,但提出这项规则的适用必须以欺诈的明确成立为前提。

这两种观点都对欺诈例外进行了严格的限制,实质性欺诈源于美国,但由于其过分强调调查基础合同的摧毁性损害,导致基础合同对欺诈例外的约束力无限扩张,使得美国司法中很少使用这一理论作为欺诈例外的认定标准。受益人欺诈则强调主观存在故意,并没有考虑受益人主观过失或第三方欺诈的情形,这将不利于对申请人或担保人的风险防控。

(二)以单据确定认定标准

有鉴于上述理论的不足,在此理论基础之上,学者又提出了另一种认定标准,这一分类将第三人欺诈与受益人过失或无过失的情形都纳入欺诈例外的范围之内,使欺诈例外的认定标准更加详细化、规范化。

有学者认为国外关于欺诈例外的规则存在类型化趋势,在对国外欺诈例外做了更加全面的研究之后,按照是否属于单据原因,将其分类为单据欺诈、单据无效、实质性欺诈。^[3]在单据欺诈中,英国与美国判例法持相同观点,均认为微小的虚假陈述不构成单据欺诈,根据美国《统一商法典》的述评解释,可以推测出,单据中对于卖方而言非属实质性或对双方的交易非重要性的部分,受益人对该部分的微小虚假陈述不构成单据欺诈。该部分包括单据中所记载的交易物的重量、质量、数量等微小瑕疵。仅单据无效是否作为欺诈例外的情况之一,理论上存在分歧,英国不承认仅存在单据无效的欺诈例外,认为其损害独立担保的独立抽象性,并且提出在单据无效的情况下,应当结合受益人主观故意,才可认定存在欺诈例外。换言之,若受益人提交了无效的单据,但其主观上不存在过错,担保人仍然不能免除其付款义务。而承认的理由,主要从担保人只负责相符交单的义务、避免担保人、申请人承受过大商业风险及《联合国独立担保和备用信用证公约》第19条第1款的规定进行论述。

单据欺诈和单据无效都是建立在对单据本身进行审查的基础之上,所不同的是,前者实施欺诈的主体是受益人,后者实施欺诈的主体为第三方,受益人对欺诈并不知情。当受益人实施欺诈时,适用欺诈例外在所不问,但对于第三方实施的欺诈是否能认定为欺诈例外,则存在很大的争议。笔者认为应当将第三人欺诈的情形扩张至受益人欺诈的范围内,理由有两个。第一,根据欺诈例外

原则的内在要求,它旨在保护银行和基础合同无过错相对方免受隐藏在单据表面相符下存有欺诈意图的侵害。然而,第三人欺诈造成的损害程度与受益人欺诈对银行和基础合同无过错方造成的损害程度等同。因此,对第三人欺诈有限适用欺诈例外规定,符合欺诈例外的内在要求。第二,在调查和举证欺诈例外方面,申请人需要进一步举证受益人在第三人欺诈中是否存在过错,这对于已经遭受欺诈损害的当事人来说确实存在举证困难,但从独立担保的核心属性看来,这一做法也维护了独立担保的独立性。可从举证证明方式上给予银行和申请人一些宽松的标准,但不能将第三方欺诈完全排除适用欺诈例外。如若排除适用,第三方将很容易以欺诈例外不能适用于第三方欺诈为由,加以抗辩,同样不利于无过错方的权利保障。因此,在适用例外欺诈于第三方欺诈情形下,应当保护无辜的受益人、担保人与开证申请人的合法利益。^[4]

与按照主客观分类相比,以单据原因的分类可以将更多欺诈例外情形进行讨论,更加全面地归纳了欺诈例外的情形,具有更强的可操作性,但不能完全把这两个理论照搬来修改完善我国相关的法律条文。

三、欺诈例外的法理分析

(一)维护担保的独立性

随着基础建设、融资担保等交易领域的发展,传统的从属性担保已然无法满足商事活动的需要,传统担保物权很难发挥企业融资和投资媒介的作用。《跟单信用证统一惯例》《联合国独立担保和备用信用证公约》第3条的规定,这些国际惯例和国际公约都明确了“独立性原则”作为独立担保的核心,也从侧面反映出独立性在独立担保中的重要性。其独立性不仅体现在商事效率、交易安全、公平交易、外观主义等商事法理中,更为重要的是,体现在实体效力之上。第一,独立担保以基础交易存在为前提,但其效力并不完全取决于基础交易,其本身构成独立的合同,换言之,独立担保的成立、效力、履行等都取决于其自身条款,不受基础交易的效力状况影响。第二,担保人履行债务既不需要得到开证申请人批准,也无需通知开证申请人。第三,独立担保中的担保金额与基础交易中受益人的实际损失相分离。^[5]因

此,在确定受益人构成欺诈例外的认定标准时,应当充分考虑其独立性原则,避免对基础合同审查的无限扩大,进而打破独立担保体系的独立性。

(二) 独立担保的单据性要求

单据性是独立担保另一个重要基础,对单据的审查最初严守严格相符这一准则,最初由担保人所提出,严格一致的解释使单证审核甚至在某种程度上只是文字校对工作,这一准则有利于担保人规避风险,避免因审查不周延导致错误付款。但这一做法导致独立担保形同虚设,受益人在担保法律关系中得不到保障。因此,为了平衡各方利益,最终对单据的审查将严格相符准则设定为实质相符,《规定》第七条明确只要单据之间不存在相互歧义,即构成表面相符。担保人的审查义务与单据性要求不谋而合,因此,在认定受益人是否构成欺诈例外时,应当给予受益人一定的豁免权利,即使受益人行为构成欺诈例外,但因担保人附有审查的义务,在其未尽到实质审查义务时,应当由担保人自己承担付款风险。^[6]

(三) 显失公平的正当性

显失公平例外的观点首先出现在澳大利亚的判例中,随后为新加坡法院所跟进,新加坡法逐渐形成了多种显失公平类型。^[7]这些情形包括受益人因其自己导致的违约行为主张索款、因不可抗力导致的基础交易违约且基础合同中包含了不可抗力条款、履约保函的金额超过了受益人的损失金额、基础合同金额的变更使得履约保函的金额过高等等。法国则称之为有失公平(Unfair),这些被判例法确认的例外情形包括“受益人在声明对方当事人已经正确履行基础合同项下义务之后索款”“受益人明知基础合同义务并未发生时的索款”“基于政治原因的索款”“基于与独立担保无关的原因索款”“为了获得基础合同项下减价的索款”“在转让独立担保之后的索款”“受益人在缺乏理由但未支付基础合同项下价款时的索款”“受益人单方决定终止合同履行情形下的索款”“受益人在放弃独立担保项下权利后的索款”,法国法对显失公平的判断主要依据受益人与担保人之间所得利益的对比,在一方明显获得利益,一方明显遭受重大损失时,以显失公平作为担保人付款例外。法国对显失公平的条款过于扩大,不符合显失公平的内涵。但其将显失公平作为欺诈例外情形具有可借鉴性,应当对显失公平

有所限制。

笔者认为虽然国外大部分国家并未将显失公平作为欺诈例外,但显失公平在我国独立担保中具有适用空间,我国《规定》刚突破十多年的争议而形成,在我国国内适用《规定》仍受到传统从属性担保的影响,从属性担保存在显失公平的抗辩,从我国社会大背景来看,将显失公平作为欺诈例外的认定依据具有现实意义。

(四) 诚信原则的承续

我国《合同法》《民法总则》规定民事主体从事民事活动,应当遵循诚信原则,秉持诚实,恪守承诺。根据《联合国独立担保和备用信用证公约》第14条,担保人在履行其担保义务时应恪守诚信,谨慎行事,并不得免除其未按诚信办事或任何重大疏忽行为而产生的赔偿责任。这一条款虽约束担保人行为,但也间接说明诚实信用原则是民事主体进行商事活动中的一项基本原则。独立担保本质上仍属于一项合同,应当受合同原则的约束。若在担保合同受益人明显违背了诚信原则的要求,也可将受益人恶意索款认定为欺诈例外。

四、《规定》中欺诈例外条款的完善建议

(一) 欺诈例外条款的具体适用规则

《规定》第十二条第二项可将第三人欺诈纳入,同时规定限制条件,第五项的理解与适用应当结合实质性欺诈和受益人欺诈进行判断。具体规则如下:

在第五项中,受益人没有付款请求权,既包括担保合同无效而索款,也包括基础合同无效而索款,应当限制基础合同对付款请求权的影响。应当同时满足以下两个方面才可认定受益人没有付款请求权:一是从基础交易不存在的原因探寻,基础交易不存在包括基础合同无效、被撤销、被解除,相对方的违约是由受益人违约导致的,受益人仍进行索款;二是从虚构基础交易造成的法律后果来看,借鉴法国将显失公平纳入欺诈例外的情形,将显失公平原则作为考量的因素。即受益人的违约造成基础合同无法履行,须以相对方利益受到了严重的损害,受益人获得了大部分利益为依据。若相对方利益并未受到严重损害,同时受益人也并未获取大部分利益,此时才认定受益人没有付款请求权,因基础合同的约束效力不能过

于扩张,影响担保合同的独立性。

第二项规定,受益人提交的第三方单据系伪造或内容虚假的,要求单据的内容与担保合同的内容不符,且该单据的内容不为微小的错误,同时以一般理性人标准来看,受益人主观上必须存在过失,须同时具备二者条件才可认定为欺诈例外。因此,在涉及第三方欺诈的情形下,也应当考虑受益人是否知晓的情况,若受益人不知晓第三方的欺诈,此时也不能认为适用该条的规定,否则将第三方的过错归于受益人,不符合公平原则。

第三、第四项中,法院判决和裁决应当以最终裁判为准,原因在于,基础合同本身不应当过分干预担保合同的独立性,其次,商业交易风险大,当事人对判决有争议的,仍可申请上诉、再审,若不赋予受益人在基础合同诉讼过程中索款的权利,将不利于受益人商业利益的保障。因商事交易的变化性强、策略性要求高,受益人的确认时间应当以距离索款最近的一次确认时间为准。

(二) 约定排除欺诈例外的限制

当事人通过意思自治排除对保函的适用,并非没有依据。如 URDG 和 UCP 和 UCC 第五篇以及 URDG758 第二条的规定“除非当事人另有约定”,都充分说明当事人可以排除对保函某一条款的适用,但这一自由并非无限制,虽然独立性特征是独立担保的核心,但应当明确任何人从事商业活动都不得违反诚信原则、公平原则。虽然独

立保函不受基础合同影响,但若独立担保当事人通过排除适用第十二条导致基础合同的申请人受到损害,则应认定该排除适用的约定无效。

(三) 明确反担保对欺诈例外的适用

反担保与担保系从属关系,反担保的成立必须以担保的存在为基础,换言之,在反担保法律关系中,债务人所负担担保责任是确定的、既成的,因为只有在担保人已经代债务人向债权人履行了债务之后,才能要求债务人承担反担保责任。^[8]因此,若法院判定受益人构成欺诈例外,担保人则免于承担付款责任,反担保人不负有反担保的义务。基于商业活动的即时性、风险性大,从效率最大化来看,法院对保函的止付也同样应对反担保的付款产生止付效力。

五、结语

随着金融贸易的延伸和拓宽,保函的使用也越来越普遍。欺诈例外与独立担保的独立性如何协调仍然是主要争议,我国现有的规定和国际上普遍存在的欺诈例外情形仍有所不同,在综合国外实质性欺诈和受益人欺诈的标准之下,根据本国商业环境,对《规定》做本土化解释,在顺应国际趋势的前提下,考虑我国基本国情需要,做适当的调整,从传统担保平缓过渡到独立担保,最大化发挥保函的效用。

参考文献:

- [1] 陆璐. 独立保函国内适用难题研究:以信用证欺诈例外规则的引入为视角[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2014, 35(6): 84-92.
- [2] GAO X, BUCKLEY R P. A comparative analysis of standard of fraud required under the fraud rule in letter of credit law[J]. Duke Journal of Comparative & International Law, 2003(13): 293-336.
- [3] 刘斌. 独立担保欺诈例外的类型化:兼评我国独立保函司法解释征求意见稿[J]. 比较法研究, 2014(5): 123-135.
- [4] 张德新, 袁玲. 信用证欺诈例外原则对第三方的适用与豁免[J]. 经营与管理, 2008(9): 46-47.
- [5] 耿小宁, 杨泽宇. 受益人欺诈性索款构成银行独立保函独立性的例外[J]. 人民司法, 2014(12): 47-51.
- [6] 刘斌. 独立担保:一个概念的界定[J]. 清华法学, 2016, 10(1): 127-141.
- [7] 刘斌. 论独立担保的修正类型谱系:兼评最高人民法院独立保函司法解释[J]. 法学杂志, 2017, 38(12): 69-79.
- [8] 刘亮, 田德鹏. 反担保与担保的关系探讨[J]. 郑州航空工业管理学院学报(社会科学版), 2006(5): 113-114, 117.

(责任编辑:王圆圆)