

律师代理甲公司诉丙银行独立保函纠纷一审、二审案

【案情简介】

2005年，甲公司在印尼承包了某大型燃煤电站工程。甲公司将其中的土建工程分包给国内某火电建设公司（“乙公司”），双方签订了《施工合同》，由乙公司在从国内派人前往印尼现场组织施工。根据印尼业主要求，甲公司向印尼业主开具了独立保函。根据《施工合同》约定，乙公司也须向甲公司提供独立保函。2006年，根据乙公司申请，中国某内资银行（“丙银行”）开具了以甲公司为受益人的《履约保函》。

该《履约保函》载明：（1）丙银行已接受乙公司的申请，愿就乙公司履行《施工合同》约定的义务向甲公司开立无条件、不可撤销、连带责任的见索即付的独立保函。（2）如乙公司未履行《施工合同》及其附件中的义务，无论乙公司是否提出异议，只要丙银行收到甲公司关于乙公司违约的书面通知，丙银行应放弃一切抗辩并立即按甲公司提出的要求将不超过合同总金额15%的金额支付给甲公司。（3）保函的款项构成丙银行无条件的、不可撤销的、连带的直接保证责任。对即将履行的《施工合同》任何变更，或由甲公司采取的任何其他行为，均不能解除或免除丙银行在保函下的连带保证责任。

后甲、乙公司就《施工合同》履行发生争议。甲公司主张，乙公司未履行《施工合同》项下义务。在甲、乙公司协商无果的情况下，2010年，甲公司向丙银行发出《索赔通知函》，要求丙银行兑付《履约保函》。丙银行拒付，其拒付理由是，保函的赔付应建立在甲、乙公司之间的基础合同的履约情形之

上，目前基础合同履行情况尚未查明，数额未定，保函赔付暂不能成立。

2010年，律师接受甲公司委托，向法院提起诉讼，请求确认丙银行向甲公司出具的《履约保函》为独立保函，其独立性合法有效，判令丙银行立即向甲公司支付保函项下款项及利息损失。

【代理意见】

律师接受甲公司委托，发表如下代理意见：

本案的核心争议焦点是：（1）《履约保函》是否为独立保函；（2）《履约保函》关于保函独立性的约定是否合法有效。

其中，关于第二个争议焦点，《充分发挥民商事审判职能作用为构建社会主义和谐社会提供司法保障-在全国民商事审判工作会议上的讲话》提到：“考虑到独立担保责任的异常严厉性，以及该使用该制度可能产生欺诈和滥用权利的弊端，尤其是为了避免严重影响或动摇我国担保法律制度体系的基础，目前独立担保只能在国际商事交易中使用。”“对于独立担保的处理，应当坚持维护担保制度的从属性规则，在主合同有效的前提下，若当事人在非国际商事交易领域约定独立保证或独立担保物权，应当否定担保的独立性，并将其转换为有效的从属性连带保证或担保物权。”

因此，最高人民法院对独立担保的观点很明确，如果该独立担保系适用于国际经济交易活动，则支持独立担保效力；如果适用于国内交易活动，则不支持独立担保效力。因此，第二个争议焦点就转变为《履约保函》是否适用于国际经济交易活动。

就该问题，乙公司提出，最高人民法院刘贵祥法官曾于2006年发表《独立保函纠纷法律适用刍议》一文，该文指出：“涉外因素的认定应针对基础合同还是保证关系？我们认为，应着眼于保证关系本身而非基础合同关系来考察。因此，即便某一基础交易是国际经济活动或涉外活动，但保函关系发生在我国金融机构与我国当事人之间的，保函关系即为国内关系，没有独立保函的适用。”乙公司据此主张，本案中的《履约保函》如果被认定是独立保函，该保函也是由内资银行根据国内公司的申请而开具的以国内公司为受益人的保函，保函本身不具有涉外因素，其独立性不应得到认可。

对此，我们代表甲公司提出，保函只是担保基础合同完成的手段，基础合同才是保函适用的对象和领域。所以，判断保函是适用于何种交易活动，取决于该保函所担保的基础合同属于何种交易活动，而与保函本身无关。

为此，我们还援引了最高人民法院《〈关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释〉理解与适用》一书的观点，担保法司法解释的起草小组在该书中明确指出：“独立的、非从属性的担保合同只能适用于涉外经济、贸易、金融等国际经济活动中”。显而易见，这里的“涉外经济、贸易、金融等国际经济活动”是指基础合同，因为单独的保函本身不可能构成涉外经济、贸易等经济活动。

【判决结果】

鉴于原被告双方对上述问题的争议较大，而我国尚无关于独立保函的司法解释以及其他任何法律规定，一审法院就上述焦

点问题经当地高院逐级上报到最高人民法院，最高人民法院复函答复（2012年11月29日〔2012〕民四他字第22号文）如下：

（1）根据《履约保函》，甲公司只要向丙银行发出关于乙公司违约的书面通知，无论乙公司还是丙银行，均无权提出异议或者抗辩，不能进一步要求甲公司提供证据证明乙公司违约的事实，丙银行就应当承担相应的偿付责任，此完全符合独立担保的性质和特征，属于独立保函。

（2）虽然《履约保函》系由内资银行应国内当事人申请，向作为受益人的另一国内当事人出具，但保函所担保的基础合同涉及在印尼施工的燃煤电站项目，双方履行基础合同的行为发生在境外，属于国际商事交易，案涉保函的独立性应予认定。

根据上述批复，一审法院、二审法院均判决丙银行向甲公司支付案涉保函项下款项及相应利息，支持了甲公司的诉讼请求。

【裁判文书】

浙江省杭州市中级人民法院（2011）《民事判决书》浙杭商外初字第16号（一审）；

浙江省高级人民法院（2013）《民事判决书》浙商外终字第89号（二审）。

【案例评析】

本案一审、二审均发生于2016年最高人民法院颁布《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（于2016年7月11

日由最高人民法院审判委员会第 1688 次会议通过，自 2016 年 12 月 1 日起施行）以前。本案是最高人民法院作出该司法解释以前审理的具体代表意义的涉外独立保函案件。

目前，最高人民法院正就独立保函的司法解释向社会征求意见。在最高人民法院的该司法解释出台前，最高人民法院对本案的个案批复和法院判决对从事海外业务的国内企业和向国内企业就海外业务而开具独立保函的银行无疑具有非常重要的指导意义。

最高人民法院的批复和法院判决结果表明，随着我国企业越来越多的走向国际市场，对于独立保函的适用范围，最高人民法院已经逐步改变过去严格限制的态度，而采取了一种更加开放和务实的态度。内资企业在海外业务中可以收取由内资银行开具的独立保函，该种保函的独立性将得到法院认可。

【结语和建议】

独立保函是国家商事交易中经常用到的金融工具。一直以来，我国只承认具有涉外因素的保证适用独立保函，而对不具有涉外因素的独立保函，则不支持其独立性。随着我国企业“走出去”战略的实施，实践中存在大量应国内公司申请由内资银行开具的以国内公司为受益人的独立保函（很多人因此认为该种保函不具有涉外因素）被广泛应用于境外项目中。由内资银行应国内公司申请而向国内公司开具的独立保函，如果其服务于国际商事交易，其独立效力应依法得到确认。

声 明

本电子文档由微信公众号 "智法 AI" (ID: WitLegal) 编辑整理, 仅供个人学习使用, 未经许可, 不得用于商业用途或任何营利性活动。

本电子文档仅供参考, 不构成法律建议或政策解读, 亦不具有法律效力。文件名所示的发布或生效时间仅供参考, 具体内容请以官方最新发布版本为准, 使用时建议自行核实最新内容。若电子文档存在内容错误、涉嫌侵权或其他问题, 请通过微信 (sunquanxuefa) 联系处理。我们将及时核查并依法处理。