



挑灯看剑

——信用证和独立保函的管辖权



孙景亮
合伙人

139 0244 0808

jl.sun@tzlf.net

择地行诉 [Forum Shopping]、冲突规则和法律适用被视为争议解决的三步曲；该排序也制造了错觉，即排位先后昭示三者之轻重——把最重要的留到最后。然而，择地行诉，即管辖的选择，包括诉讼和仲裁、内国法院和外国法院、（内国）级别管辖和事物管辖之间的抉择、抢夺，看似不过是一级方程式赛车的排位赛，无奈，排位赛的成绩已然决定或者预示正赛的结果。本文基于实际经验以及中国法和英国法的实践发现，在涉及信用证和独立保函欺诈案件中，管辖权之争斗不啻为律师“最强大脑”的角逐。

信用证欺诈

2008年金融危机及其持续发酵造成国际贸易融资大面积爆仓，中国贸易商也未能置身事外。此间，常见的案情为，中国开证申请人或者担保人（在担保不充分的情况下）对受益人在中国法院启动信用证欺诈诉讼案件，同时，指称开证行或者议付行参与欺诈，从而申请保全即中止支付信用证项下之款项。当中的议付行大多为境外银行。

伊始，中国法院基本上能够遵行《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》（2005年），特别是在议付行申请复议后能及时解除中止支付的民事裁定。



钱学智
律师

159 0056 8632
xz.qian@tzlf.net

随着开证行、议付行放开脚步进入中国法院参与信用证欺诈案件的复议、听证乃至审判程序，渐渐地发现就此陷入无边的不确定性（曾几何时，一外资银行一口气收到二十九份败诉判决）。

面对真金白银的洗礼，境外议付行慢慢地考虑起在中国之外的法院基于经承兑之信用证和票据对中国开证行提起诉讼，而非直接应诉于中国法院。当然，中国开证行通常会以境外法院“不方便管辖” [forum non conveniens] 为由申请中止 [stay] 或驳回 [dismiss] 境外法院的程序。

简言之，在“不方便管辖”原则的支配下，法院的职责在于裁量哪一法院更适于实现当事人的权益以及司法正义。而适当法院 [appropriate forum] 是指与诉讼最为真实 [real] 和实质 [substantial] 联系的那一法院。

法院在适用“不方便管辖”原则时会采用三步法：
(1) 是否存有另一清楚而确定 [clearly and distinctly]

地更适于诉讼的法院？（2）如对（1）的回答为有，该法院是否可能剥夺原告合法的个体或者司法便利；（3）如对（2）的回答为可能，法院将平衡（1）、（2）的利弊。法院经常强调，判断哪一法院更为合适并非仅在于堆砌各种连结因素，而应从案件审理角度量度其合适性。

为申请中止诉讼，被告中国开证行必须说服法院其抗辩具备实质性和充分性，以便后者行使“不方便管辖”裁量。

其次，被告中国开证行应当证实目前之法院并非天然的或者合适的管辖法院以及另一法院清楚而确定地更适于诉讼。在该阶段，被告之开证行经常主张如允许平行诉讼的发生将酝酿裁判不一致的风险。然而，这不是该原则的核心关注。

最后，法院将裁断是否存在司法保障被减损的情况。

独立保函

在波罗的海指数昂首迈向11,720点的巅峰，中国船厂风头一时无两，外国船东蜂拥而至，每一船台惟有见缝插针。

这期间，基本的交易模型为，外国船东付款向中国船厂订造船舶；同时，外国船东会要求中国船厂提供中国的银行出具的独立保函（预付款）。

当波罗的海指数断崖式跌向290点的深谷，外国船东和中国船厂围绕交船、弃船开始斗法并各显神通。外国



船东常常指称中国船厂不能按时交船而声言弃船，并威胁或实际在海外提起仲裁向中国船厂索赔。

相应地，中国船厂指责外国船东存在各种合同欺诈，例如以二手主机冒顶新造主机，而在中国法院提起欺诈侵权诉讼，以绕过造船合同的域外管辖约定，并申请冻结独立保函。

无论外国船东和中国船厂的在中国法院的短兵相见结果如何，外国船东毫不犹豫地选择在中国的银行之海外营业地对出具独立保函之中国的银行启动法院程序，要求后者承担还款义务并寻求快速判决 [immediate judgment]。中国的银行经常以“不方便”申请总括中止 [general stay]，包括管辖以及执行。



如果外国法院不愿意放弃行使管辖并做出实体判决，中国的银行随之会因造船合同正在中国法院诉讼或者已经中国法院判决而以“不便于执行” [inexpedient to enforce] 申请中止该外国判决的执行。

“不便于执行”取决于法院的裁量权，中止执行可以是绝对的或者在某一时段并取决于某些条件。

主张“不便于执行”的基础之一为“非法” [illegality] 之概念，即履行该判决书如按履行地法 [lex loci solutionis] 将导致“非法”。外国法院可能认为，中国的银行在海外营业地履行独立保函之预付款义务不涉及到母国即中国的法律或者判决，所以不引致“非法”抗辩。

“国际礼让” [international comity] 也是“不便于执行”主张的另一基础。对此，中国的银行主张，执行该

海外判决与中国的裁定、判决相违背并使得银行遭遇双重审理 [double jeopardy] 的困境，因为外国船东可能或者已经被中国法院认定实施欺诈。然而，外国法院在指出中止可以针对管辖也可以针对执行之时，也区分了履行地法和住所地法 [law of place of domicile]。如“非法”出现于履行地法，或将中止判决的执行，然而，对于住所地法，则没有如此效果。另外，外国法院还可能从商业目标上否弃中止执行的妥适性。

担保函

看完国际大制作，回望国内小清新。

中国船厂和中国资金方订有船舶建造出口代理协议，一方出资一方造船然后卖给国外船东；在代理框架下，中国船厂向中国资金方出具不可撤销担保函。另外，出资方和船厂作为共同卖方与外国船东签署船舶建造合同

后来，建造合同出现争议引发代理协议纷争。资金方基于担保函在地方法院起诉船厂。船厂认为担保函为船舶建造合同之从合同而在性质上属于海事担保，因此，案件应归海事法院之事物管辖。船厂提出管辖权异议的另一主张是地方法院审理会影响诉讼效率与司法公信力。曾有案例之管辖权历经三审，结果不一——地方法院一审认为其没有管辖权，二审则推翻一审裁定，再审时维持了二审裁定。

以上不难发现，无论实体审判如何，管辖权之争足以旷日持久以及耗费不菲，从而对法院、仲裁庭的关联争议构成制约。

而且，在形形色色的管辖权争夺中，既演绎着螳螂捕蝉、黄雀在后的机心，也交织着城门失火、殃及池鱼的宫斗。

The information and commentary herein do not and are not intended to amount to legal advice to any person on a specific matter. They are furnished for information purposes only and free of charge. Every reasonable effort is made to make them accurate and up to date but no responsibility for their accuracy or correctness, nor for any consequences of reliance on them, is assumed by this Firm. Readers are firmly advised to obtain specific legal advice about any matter affecting them and are welcome to speak to their usual contact.

本刊所载信息和内容不构成就任何具体事项对任何人提供的法律意见。本刊为免费阅读并谨供参考。我们虽然尽合理谨慎义务更新本刊信息并尽量使之准确，但是不对信息之准确性、正确性以及任何因依赖本刊信息而产生的后果承担任何形式的责任。谨此提请读者就相关事项征询专业法律意见，并欢迎您咨询您在本所的日常联系人。