



福建法讯

WJNCO Legal Newsletter of Fujian

2016 第 3 期 (总第 42 期)

2016 年 12 月 19 日出版

敬海 (厦门) 律师事务所

Wang Jing & Co., Xiamen

地址: 福建省厦门市厦禾路 189 号
银行中心 1605-1606 室

福州代表处

地址: 福州市五一中路 18 号正大广场
帝景台 2511 室

负责人: 李荣存 LI Rongcun

Mobile: 136 0600 6327 (Xiamen)

189 6540 5648 (Fuzhou)

Tel.: 0592 268 1376(Xiamen)

0591 8370 8648 (Fuzhou)

Fax: 0592 268 1380

E-mail: lirongcun@wjnco.com

Website: www.wjnco.com

本法律简报仅供国际商务、企业、法律界人士作资讯参考之用。因此, 不应将本简报内容视为正式法律意见, 在咨询专业法律人士之前, 不得径行信赖该资讯行事。

总编辑: 王敬/李荣存

编辑: 杨东洋/李澜

电话: 0592-2681376

Email: xiamen@wjnco.com

本期导读

最高法院独立保函司法解释对海事担保的影响.....2

Influence on Maritime Security by the New Judicial Interpretations of Supreme People's Court on Independent Guarantees.....2

内容提要: 最高人民法院《独立保函司法解释》作为中国第一部关于独立保函的法律规定, 于 2016 年 12 月 1 日起正式生效。本文针对海事担保领域的理论和司法实践中一直以来的存在的困惑和乱象, 通过对《独立保函司法解释》相关规定的分析和解读, 认为通常格式的放船保函应被认定为独立保函; 但同时指出, 鉴于新规对独立保函开立人的限制, 某些担保人出具的放船保函可能无法被认定为独立保函; 并对该规定对海事担保 (尤其是放船保函) 可能造成的影响和法律意义进行评析和提示, 也期待《独立保函司法解释》对今后的海事担保纠纷的审判实践提供有用的指引, 以及对此前不明确的、存在争议的问题进行澄清。

Abstract: As the first Chinese law concerning the independent guarantee, the *Judicial Interpretations on Independent Guarantees* officially came into force as of 1 December 2016. Focusing on the existing confusions and disputes in theory and practice concerning maritime security and by analyzing and interpreting the relevant provisions of the *Judicial Interpretations on Independent Guarantees*, this paper holds the Guarantee for Vessel Release in common form should be determined as the independent guarantee; but also indicates the Guarantees for Vessel Release issued by some guarantors may not be considered as independent guarantees as the new *Judicial Interpretations on Independent Guarantees* imposes restrictions on the issuer of the independent guarantee. Furthermore, this paper makes a brief analysis on and tries to remind the possible influence and legal significance of the promulgation of the *Judicial Interpretations on Independent Guarantees* on the maritime security (particularly the Guarantee for Vessel Release). Hope the *Judicial Interpretations on Independent Guarantees* will provide useful guidance for the future trial practice of disputes over maritime security and clarify any issues that were unclear and disputable before.



最高院独立保函司法解释对海事担保的影响

(李澜、李荣存 供稿)

内容提要：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》（“《独立保函司法解释》”）作为中国第一部关于独立保函的法律规定，于2016年12月1日起正式生效。本文针对海事担保领域的理论和司法实践中一直以来的存在的困惑和乱象，通过对《独立保函司法解释》相关规定的分析和解读，认为通常格式的放船保函应被认定为独立保函；但同时指出，鉴于新规对独立保函开立人的限制，某些担保人出具的放船保函可能无法被认定为独立保函；并对该规定对海事担保（尤其是放船保函）可能造成的影响和法律意义进行评析和提示，也期待《独立保函司法解释》对今后的海事担保纠纷的审判实践提供有用的指引，以及对此前不明确的、存在争议的问题进行澄清。

一、《独立保函司法解释》：千呼万唤始出台

在我国独立保函商业实践飞速发展、独立保函纠纷案件亦日益增多的背景下，最高人民法院自2013年正式提出制定独立保函司法解释的立项建议，并于2013年11月29日发布《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定（征求意见稿）》（以下简称“《独立保函司法解释征求意见稿》”），历时近四年，经先后八次修改和讨论，《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“《独立保函司法解释》”）于2016年11月18日正式公布，并于2016年12月1日正式生效。

二、海事担保理论和实践中的困惑

在《独立保函司法解释》出台之前，由于法律规定的缺位，一直以来我国理论和司法实践中对独立保函的认识相对模糊、狭隘。就海事担保而言，在海事纠纷中为尽速解除或避免船舶被扣押、滞留而出具的保函（以下简称“放船保函”）是最常见的海事担保之一，担保人因出具放船保函而被索赔方列为共同被告、进而被要求承担连带赔偿责任的案例也屡见不鲜。在目前我国的海事海商审判实践中，针对担保人因出具放船保函的责任问题，法院通常并未着重审查保函的法律性质是从属性担保还是独立担保，而是倾向于直接适用我国《担保法》，将此



种保函认定为《担保法》第十八条第一款规定的连带责任保证，从而认定担保人应承担连带赔偿责任。

对此，笔者认为，鉴于保函法律性质的认定将直接决定其法律适用以及保函项下担保人的责任的承担，法院在未对保函性质进行任何分析的情况下一概适用我国《担保法》关于从属性担保的规定显然是不妥的；当然，应当看到的是，我国法院在独立保函的态度上如此保守和谨慎的主要原因还是因为此前缺乏明确的法律规定，在《独立保函司法解释》出台之后，相信在海事担保领域认定独立保函也将出现新的局面。以下针对《独立保函司法解释》相关规定对海事担保（主要是放船保函）可能产生的影响简要分析、提示如下。

三、《独立保函司法解释》对放船保函可能产生的影响

（一）独立保函开立人的限制：某些放船保函可能无法界定为“独立保函”

《独立保函司法解释》第一条第一款对“独立保函”进行了定义，即“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”，应当注意的是，相对于最高人民法院 2013 年发布的《独立保函司法解释征求意见稿》的定义（即“本规定所称的独立保函，是指由担保人依照保函申请人的指示开立的，凭与保函条款相符的付款请求书或其他单据，在保函载明的最高金额内向受益人付款的书面承诺”），其中一处显著的不同是，正式公布的《独立保函司法解释》该款对独立保函的开立人进行了限制，即限于“银行或非银行金融机构”。

关于“非银行金融机构”，根据《中国银监会非银行金融机构行政许可事项实施办法》第二条规定，“本办法所称非银行金融机构，包括经银监会批准设立的金融资产管理公司、企业集团财务公司、金融租赁公司、汽车金融公司、货币经纪公司、消费金融公司、境外非银行金融机构驻华代表处等机构”；《中国人民银行上海总部关于制定保险公司等六类非银行金融机构进入全国银行间同业拆借市场审核规则》（中国人民银行上海总部公告(2007)5号）第二条进一步列举了六类非银行金融机构：经国务院有关主管部门依法批准设立的保险公司、金融资产管理公司、信托公司、金融资产管理公司、金融租赁公司和汽车金融公司法人。

在海事担保领域，常见的、被法院和索赔方所接受来出具放船保函的担保人主要有四类：



1. 船东互保协会（包括中国船东互保协会和境外的船东互保协会）；
2. 中国境内登记的银行（或分支机构）；
3. 中国境内登记的保险公司（或分支机构）；
4. 中国境内登记的担保公司。

就上述四类担保人而言，其中，中国境内登记的银行或其分支机构、保险公司（作为非银行金融机构）在出具独立保函上应不存在主体限制，但对于第一类（船东互保协会）、第四类（担保公司）而言，则因其是否属于上述界定的“非银行金融机构”尚不明确，这两类担保人出具的放船保函可能由于主体上不符合《独立保函司法解释》的界定的开立人而无法被认定被独立保函。

针对第一类（船东互保协会）而言：

1) 关于中国船东互保协会（“中船保”）。经查，中船保为我国民政部登记的社会组织，属于社会团体的范畴，由此可见，中船保显然不属于上述界定的“非银行金融机构”，因此，其出具的放船保函有很大可能将因为开立人主体不符合《独立保函司法解释》第一条第一款之规定而无法被认定为独立保函；

2) 关于境外的船东互保协会。现代的船东互保协会一般都是经注册作为公司的，根据我国《涉外民事关系法律适用法》第十四条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第十六条规定，法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项应适用设立登记地法律或主营业地法律，因此，境外船东互保协会是否属于“非银行金融机构”应适用其设立登记地法律或主营业地法律予以确定。以嘉德船东互保协会为例，其即根据香港《保险公司条例》获得保险从业授权，被列于香港保险业监理处公布的《获授权保险公司名单（截至2016年11月21日）》，从这一意义上，其应属于保险公司（非银行金融机构）。

针对担保公司而言，由于目前未见法律法规对其性质进行明确界定，理论上对担保公司的性质主要有两种观点：一种是认为担保公司并非金融机构；另一种观点认为担保公司属于非银行金融机构，可以预见，在今后的实践中，担保公司出具的放船保函时是否符合《独立保函司法解释》关于开立人的界定仍将存在争议。



(二) 通常格式的放船保函应被认定为独立保函

《独立保函司法解释》第三条第一款规定了独立保函的判断标准，即“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”。

通过调研各船东互保协会、保险公司、银行在相关案件中实际出具的放船保函，可以发现，各放船保函虽然在具体措辞上或多或少有一定差异，但基本都包括以下九项内容：（1）各相关方的身份；（2）索赔的详细内容；（3）出具保函的原因；（4）出具保函时所依据的合同或所处的情况；（5）担保的最高金额；（6）付款条件；（7）保留被担保人权利和抗辩的规定；（8）索赔及执行担保函时所适用的法律和司法管辖地；（9）保函的有效期。其中，通常格式的放船保函在关于付款条件的措辞表达（一般为保函正文第一段）上，通常都约定：在各相关方达成书面协议，或者有管辖权的法院或仲裁庭就所涉基础法律关系纠纷做出最终且可执行的判决书、裁定书、调解书或仲裁裁决书时，担保人即应向索赔方支付前述书面协议或者判决书、裁定书、调解书或仲裁裁决书中确定的应由被担保人支付的款项，但担保人的付款责任不超过保函约定的最高限额。

笔者认为，上述放船保函就付款条件的通常措辞符合《独立保函司法解释》界定的独立保函的一般特征，应被认定为独立保函：

1) 独立性。放船保函项下担保人承担付款责任的依据是保函本身，与基础纠纷无涉；而且，担保人按照保函约定的付款条件，在付款条件成就时承担付款义务，而不论被担保人是否履行了基础纠纷下的债务，因此，担保人的责任是第一性的、不享有基于基础法律关系的抗辩权；

2) 单据化。根据《独立保函司法解释》第一条第二款之规定，独立保函下据以付款的单据是指“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”，如上所述，放船保函中通常约定的付款条件为相关方达成书面协议或者有管辖权法院或仲裁庭作出生效的判决书、裁定书、调解书或仲裁裁决书，索赔方向担保人提出付款请求时须提交前述相应的单据，担保人也仅需在审查该单据的基础上判断保函约定的付款条件是否成立以及是否应当履行付款义务，体现了放船保函项下付款条件的单据化特征。

(三) 非涉外的海事担保也有可能被认定为独立保函

根据《独立保函司法解释》第二十三条规定，“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”，可见，不同于司法解释出台之前倾向于否定国内独立保函的效力的立场，该条规定第一次明确认可了非涉外的独立保函的效力。鉴此，在海事担保领域，取决于保函的具体措辞，不具有涉外因素的保函也有可能被认定为独立保函。

(四) 放船保函被认定为独立保函的法律意义及影响

1. 《独立保函司法解释》第三条第三款明确区分了独立保函和从属性担保（一般保证或连带保证）的法律适用，“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”，因此，对于独立保函而言，不应再适用我国《担保法》及司法解释等关于从属性担保的规定，而应当适用该《独立保函司法解释》的规定；

2. 以往的司法实践中，索赔方将担保人列为共同被告的主要依据在于我国《担保法》第一百二十六条之规定，即“连带责任保证的债权人可以将债务人或者保证人作为被告提起诉讼，也可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼”，基于上述，既然独立保函不应再适用《担保法》，再将担保人列为共同被告即缺乏法律依据；况且，按照放船保函的通常措辞，在索赔方起诉被担保人之时，保函项下的付款条件大多并未成就，故此时索赔方也无权主张依据保函的约定起诉担保人；

3. 根据《独立保函司法解释》第六条规定，“受益人提交的单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面相符，受益人请求开立人依据独立保函承担付款责任的，人民法院应予支持。开立人以基础交易关系或独立保函申请关系对付款义务提出抗辩的，人民法院不予支持，但有本规定第十二条情形的除外”，可见担保人在独立保函项下应承担相符交单的绝对付款责



任，而无权享有基础法律关系项下的任何抗辩权。考虑到担保人无法自行援引该等抗辩权，而只能依赖被担保人的抗辩，故一旦出现被担保人怠于积极抗辩、甚至与索赔方恶意串通促成保函付款条件的成就的情形，则担保人在保函项下将无计可施，只能承担付款责任后再向被担保人追偿。就此，为敦促被担保人积极有力进行抗辩、保障日后追偿的实现，建议担保人要求被担保人为出具放船保函提供可靠的反担保（当然这一点须结合具体案件的实际情况、可操作性以及担保人自己的评估斟酌确定）。

以上仅为我们结合自身处理海事海商纠纷过程中的思考提出的一些不成熟的理解，作为我国第一部关于独立保函的法律规定，相信《独立保函司法解释》将为海事担保纠纷的审判实践提供有用的指引，针对上述的不明确的、尚存争议的问题，也期待在日后的司法实践中得以澄清。

