



【海商法研究丛书】
2001年第4辑(总第7辑)

Maritime Law
Review

海商法 研究

北京大学法学院海商法研究中心主办

论无单放货保函的相对有效性

【王 伟】

试论《海商法》中的法律逻辑问题

【吴莉婧】

海运提单焦点问题透视

——无单放货责任论纲

【李守芹】

船舶扣押制度若干问题探析

【张湘兰 艾索君】

《船舶燃料油污染损害民事责任国际公约》评介

【傅国民 徐庆岳】

中国海事强制令制度创新与完善的法律研究

【郑田卫】

WTO的透明度原则与海事审判

【张希舟】

论海上货物运输中的迟延交付

【赵 红】

电子提单安全性的法律分析

【陆 洲】

158

海 商 法 研 究

2001 年第 4 辑(总第 7 辑)

北京大学法学院海商法研究中心主办

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

海商法研究. 2001年. 第4辑. 总第7辑/北京大学法学院海商法研究中心主编. —北京: 法律出版社, 2002. 4

ISBN 7-5036-3748-X

I. 海… II. 北… III. 海商法—研究—中国
IV. D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 019762 号

出版/法律出版社
印刷/北京四季青印刷厂
责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店

开本/850×1168 1/32
版本/2002年5月第1版

印张/9 字数/220千
2002年5月第1次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室) (010)88414128(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)

(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)

(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3748-X/D·3383

定价: 16.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

目 录

专 论

- 论无单放货保函的相对有效性…………… 王 伟 1
- 试论《海商法》中的法律逻辑问题…………… 吴莉婧 18
- 海运提单焦点问题透视
- 无单放货责任论纲…………… 李守芹 30
- 论船舶碰撞案件中要素过失举证法…………… 肖健民 49
- 海上货物留置权的实现程序…………… 谢 伟 66
- 船舶扣押制度若干问题探析 …………… 张湘兰、艾索君 75
- 《船舶燃料油污染损害民事责任国际公约》
- 评介 …………… 傅国民、徐庆岳 90
- 中国海事强制令制度创新与完善的法律研究 …………… 郑田卫 107
- WTO 的透明度原则与海事审判…………… 张希舟 134

学位论文

- 论海上货物运输中的迟延交付 …………… 赵 红 141
- 电子提单安全性的法律分析 …………… 陆 洲 198

案例分析

- 中国土产畜产浙江茶叶进出口公司与中国远洋
- 运输(集团)总公司提单纠纷案评析 …………… 吴勇奇 258

承运人识别中的若干法律问题研究	王孝春 269
-----------------------	---------

海商动态

加入 WTO,我国颁布施行新的航运法规	王 青 274
精彩站点推介	张 宁 278

学术指导委员会(按姓氏笔划为序)

尹东年 司玉琢 朱曾杰 芮 沐 吴志攀

编委会(按姓氏笔划为序)

李洪积 冯立奇 张永坚 林源民

执行主编

郭 瑜

编 务

张 琳 魏双娟

Maritime Law Review

Vol. 4(2001)

Contents

Special Discussions on Different Topics

- On the Relative Validity of the Letter of Indemnity
for Release of Goods without Presentation of B/L
..... Wang Wei
- On the Logic Problems in the Maritime Law Wu Lijing
- On Liability for Cargo Release without Producing Bill
of Lading Li Shouqin
- On "Factors Defects" Means of Proof in Shipping
Collision Cases Xiao Jianmin
- Procedures to Enforce the Lien on Cargo Xie Wei
- On the Legal Problems in the Ship Arrest
..... Zhang Xianglan & Ai Suojun
- Comment on International Convention on Civil Liability
for Fuel Pollution Damage, 2001
..... Fu Guomin & Xu Qingyue
- Legal Research in the Innovation and Perfection of
China's Maritime Injunction Scheme Zheng Tianwei
- On the Transparency Principle of WTO and Maritime
Adjudication Zhang Xizhou

Thesis for Degree

- On Delayed Delivery Zhao Hong
Legal Analysis of the Security of Electronic B/L Lu Zhou

Case Study

- Chinese Native and Livestock Product zhejiang Tea
Import & Export Corp. v. COSCO Wu Yongqi

New Developments in Maritime Law and Regulations

- New Developments in China's Maritime Laws and
Regulations Wang Qing

专 论

论无单放货保函的相对有效性

王 伟*

内容简介:无单放货保函有效与否,不在于出具保函是善意或是恶意,而在于保函担保的主债的性质和效力。无单放货保函担保的主债是承运人与无单提货人之间的不当得利之债,该债权债务关系受法律保护。应当区分债发生的原因和债的本身,无单放货行为违法并不等于与此相关的一切法律关系均告无效。无单放货保函具有相对有效性,只有在欺诈等特殊情况才导致保函无效。保函独立性扩张的趋势对无单放货保函效力也产生了一定的影响。

以保函请求无单放货是航运实务中的普遍作法。^① 根据英国 *The "Houda"* 案判决,在实践中,如果提单尚未得到,货物的交付往往凭借一份保函。尤其在石油贸易中。^② 保函是承运人试图减轻、免除、转移无单放货责任的重要手段。研究无单放货保函的效力具有重要的现实意义。

一、无单放货保函的内容

研究无单放货保函的效力,首先必须研究保函的内容。本文

* 英国伦敦大学(玛丽女王学院)商法研究中心博士研究生。

① 参见杨良宜著:《提单及其付运单证》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 99 页。

② [1994] 2 Lloyd's Rep. 541, 551.

以国际船东互保协会(Owner's P&I Club)的标准保函格式(Standard Form Letter of Indemnity to be Given in Return for Delivering Cargo Without Presentation of Bill of Lading)为例。^③ 该保函主要内容如下:

致:某船东

船名 航次 货物 提单

上述货物被某托运人装于上述船舶之上并被运往目的港的某一收货人,但是提单尚未到达,我们(保证人)请求你(船东)将货物无单放给某人。

如果你如我们所请,我们同意:

1. 补偿你、你的受雇人或代理人,如你因根据本申请而无单放货从而遭受任何责任、损失、损害或任何性质的支出,我们将使你免受上述损害。

2. 如果有任何针对你或你的受雇人或代理人与上述无单放货有关的诉讼,我们将根据你的要求提供给你或他们足够的资金来抗辩。

3. 如果属于你的船舶或财产因上述无单放货被扣押或扣留或面临扣押扣留的威胁,我们将应你的要求提供保释金或其他担保,以阻止上述扣押扣留行为,或者担保上述船舶或财产获释,并且补偿因上述扣押扣留或因扣押扣留的威胁而造成的任何责任、损失、损害或支出。

4. 一旦全套正本提单到我们手中,我们将交给你,从而我们的责任即告终止。

5. 基于本保函的责任是连带责任,无须你先提起对任何人的诉讼。

6. 基于本保函的责任不超过上述货物 CIF 价的 200%。

^③ 该保函的英文文本参见前注①杨良宜书,第106—109页。

7. 本保函适用且按照英国法律解释,管辖权法院是英国高等法院。

从上述典型的无单放货保函的内容分析,无单放货保函涉及三方当事人:债权人(承运人)、债务人(无单提货人)、保证人。有时无单提货人自己向承运人出具保函,此时无单提货人集债务人和保证人于一身,这已经超出保证的范围,没有多少法律意义。

无单放货保函的主要内容是补偿债权人(承运人)因无单放货而遭受的损失。国际船东互保协会标准格式保函并没有提及债权人对债务人(无单提货人)的主债权,这或许是英国法律区分保证合同与补偿合同的结果。

根据英国法律,保证是次义务,补偿是主义务。“补偿是一项直接的承诺,补偿人承诺,受诺人一旦受到损失,便会付出。”^④ 无单放货保证合同(体现在保函之中)是补偿合同的一种,而不是一般的保证合同。^⑤

我国担保法没有区分保证与补偿,而是笼统地称之为保证。《担保法》第6条规定:“本法所称保证,是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。”从“或者”的文义分析,保证人可以只保证承担责任,而不必保证履行债务,而无单放货保函的主要内容就是保证人保证承担无单放货给承运人带来的责任,即补偿承运人因无单放货给自身造成的损失。所以我国担保法的保证其实包括补偿。

二、无单放货保函的性质

无单放货保函是保证合同。保证合同也是合同的一种,所以保证合同的成立也要经过要约和承诺两个阶段。保函是保证人单方面出具给债权人(承运人)的书面文件,属于保证要约。债权人

^④ 参见何美欢:《香港担保法》,北京大学出版社1995年版,第32页。

^⑤ 同上注,第99页。

(承运人)接受保函的要求并无单放货的行为构成承诺,保证合同自此成立。如果债权人对保函条款有异议,可以提出反要约,由保证人承诺接受。由于在保证人与债权人(承运人)之间没有其他合同文件,为方便起见,保函往往被视为保证合同。^⑥《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》(以下简称《担保法解释》)第22条规定:“第三人单方以书面形式向债权人出具担保书,债权人接受且未提出异议的,保证合同成立。”^⑦

无单放货保函的实质是,在债权人(承运人)因无单放货遭受损失时,保证补偿债权人从而使债权人免受损害。债权人(承运人)在无单放货的保证之债中,享有对保证人的保证请求权。请求权是债权的基本特征,所以保函(保证合同)是债权性的文件。从根本上说,保函属于人的保证,是以保证人的信用作担保的保证,是债权性的法律关系。

三、无单放货保函担保的债的关系

“没有债权的存在,就没有债权担保。”^⑧由于担保的从属性,保证的效力主要取决于主债的效力。

1. 无单放货行为产生的两种债

第一,承运人和正本提单持有人之间的合同或侵权之债。

第二,承运人和无单提货人之间的债权债务关系。

保证人担保无单放货,从债权担保角度分析,是担保承运人(债权人)对无单提货人债权的实现;从债务担保角度分析,是为无单提货人(债务人)的提货提供保证。所以无单放货保证的生存空间位于承运人和无单提货人之中,换言之,无单放货保函担保的主债不是第一种承运人和提单持有人之间的合同或侵权之债,而是

⑥ 保函之于保证合同,如同托运单之于运输合同。

⑦ 法释(2000)44号。

⑧ 参见董开军:《债权担保》,黑龙江人民出版社1995年版,第9页。

第二种承运人对无单提货人的债权关系。总之,研究无单放货保函效力的出发点和归宿应该是承运人与无单提货人的债权债务关系,即第二种债。

严格意义上说,无单放货保函并不是担保无单放货本身,而是担保承运人对无单提货人的请求权。区分无单放货产生的两种债权关系,是判断无单放货保函效力的关键。传统观点认为,无单放货保函产生于一种无效民事行为——无单放货行为,所以无单放货保函因此无效。^⑨ 这一似是而非的观点混淆了上述两种债的关系,混淆了债的效力与债发生的原因的效力的区别。本文从第二种债的性质和效力入手,研究无单放货保函的效力。

2. 第二种债的性质——不当得利

依民法理论,债是特定的当事人之间请求为一定行为或不行为一定行为的民事法律关系。^⑩ 《民法通则》第84条规定:“债是按照合同或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。”承运人无单放货后对无单提货人的权利不可能基于合同,因为承运人和无单提货人之间没有运输合同或其他合同,所以第二种债不是合同之债。法定之债包括侵权之债、不当得利之债、无因管理之债。本文拟运用排除法来确定承运人对无单提货人债权关系的性质。

首先,可以明确排除侵权之债。承运人自愿无单放货,无单提货人没有侵犯承运人的权利。承运人没有货物的所有权及除留置权之外的担保物权,无单提货人侵犯的是正本提单持有人的权利,或者是银行的质押权,而不是承运人的权利。况且,“侵权行为之债由加害人的单方行为所引起,与受害人的意思和行为无关,受害

^⑨ 认为海运保函从理论上无效的代表性观点,可参见吕凯:“海运保函的现状与解决保函争议的途径”,载《中国海商法年刊》1994年,大连海事大学出版社,第295页。

^⑩ 参见王家福(主编):《民法债权》,法律出版社1991年版,第1页。

人只是被动地受到侵害。”^⑪ 在无单放货行为中,承运人(一定意义上的受害人)的意思和行为起到重要的作用,而无单提货人(加害人)的作用相对较小,这显然不符合侵权行为之债的特征。

其次,可以排除无因管理之债。货物已经被放掉,何来承运人的无因管理?更为重要的因素是,无单放货是非法行为,而无因管理之债系由合法的积极行为引起。承运人与无单提货人的关系不可能是无因管理之债。

最后,只剩下不当得利之债可供选择。“没有合法根据,使他人受损失而自己获得的利益,就是不当得利。”^⑫ 不当得利的主要构成要件是“没有合法根据”,而无单提货人没有提交正本提单就取得货物,显然没有合法根据。

不当得利的另一个构成要件是利益和损失之间有因果关系。不当得利的因果关系与侵权行为的因果关系不尽相同。侵权行为的因果关系,“乃指行为与损害之因果关系而言,亦即前因后果之关系,属于‘纵’的问题”;^⑬ 不当得利的因果关系,“乃指基于某原因,而发生两结果(受益、受损)……属于‘横’的问题。”^⑭ 无单提货人获得的利益,与承运人遭受的损失之间的因果关系属于牵连关系。根据直接因果关系说,获得利益和受有损失必须基于同一原因关系。^⑮ 在这里,所谓“同一原因关系”就是无单放货,可见即使依据严格的直接因果关系说检验,无单提货人的利益和承运人的损失之间依然存在因果关系。

不当得利的效果,是受到利益的人,应当返还其利益于受损害

⑪ 参见前注⑩王家福书,第34页。

⑫ 参见前注⑩王家福书,第569页。

⑬ 参见郑玉波著:《民法债编总论》(第16版),三民书局1998年版,第104页。

⑭ 同上注。

⑮ 参见前注⑩王家福书,第571页。

的人,因而两者之间形成一种债的关系。^⑮

大连海事法院审理的“韩国三荣公司诉盘锦庆道服装有限公司海运货物纠纷案”显示我国司法实践已经承认无单放货承运人和无单提货人之间不当得利之债的关系。^⑯ 承运人韩国三荣公司应盘锦庆道服装有限公司的请求无单放货,之后,正本提单持有人起诉承运人,承运人转而向法院起诉无单提货人,请求判令返还货物。大连海事法院认为,无单提货人盘锦庆道公司不向开证银行付款赎单,继续占有货物没有合法依据,强行占有属不当得利。据此,法院判决无单提货人将取得的不当利益返还承运人。

民法理论上“任何人不得以自己之不法行为为理由,而有所要求”的大原则。^⑰ 如果不当得利发生的原因违背公序良俗,则受损害的人无权请求返还不当得利。^⑱ 《德国民法典》第 817 条规定,给付的目的违反法律的禁止性规定或者善良风俗的,如果给付人对此种违法行为同样应付责任的,不得要求受益人返还。《日本民法典》第 708 条规定,因不法原因实行给付的,不得请求返还。《意大利民法典》第 2035 条规定,违背善良风俗的给付,不得索取其给付的金额。我国民法尚未有此种规定。本人认为,无单放货行为虽属违法行为,但不违反公序良俗,只要承运人没有欺诈第三人(提单持有人)的故意,承运人对无单提货人的权利还是应当受到保护。^⑲ 如果以无单放货是不法行为为由,拒绝承运人对无单

^⑮ 参见前注⑬郑玉波书,第 99 页。

^⑯ 参见《最高人民法院公报》1997 年第 4 期,第 140 页—141 页。

^⑰ 参见前注⑬郑玉波书,第 119 页。另参见我国台湾地区“民法”第 180 条(四)。

^⑱ 同上注。

^⑲ 根据杨仁寿先生的《海上货物索赔》一书(三民书局 1992 年版,第 255 页)介绍,日本大审院于昭和五年 6 月 10 日判决,承运人的无单放货,是相信其无损于提单持有人的利益,即使万一不幸损害了提单持有人的权利,亦予赔偿损害,而为无单放货进行担保,也属商业习惯,无悖于公序良俗。

提货人的请求权,无疑放纵了无单提货人或担保人。因为,如果无单放货是不法行为,则无单提货同样是不法行为,且有过之而无不及。无单提货人不能以无单放货的违法性来解脱自己返还不当得利的责任。

四、无单放货保函的相对有效性

既然主债关系是不当得利之债,保函是保证债权人(承运人)对债务人(无单提货人)不当得利之债的债权的实现,只要不当得利之债有效成立,无单放货保函就不会因主债而无效。如果法律承认承运人对无单提货人的请求权的效力,则法律必然承认对该请求权的实现而设定的保证的效力。诚然,无单放货行为属于违法行为,但其违法程度尚不足以构成欺诈。无单放货保函与预借提单、倒签提单保函不同,预借提单、倒签提单行为属于欺诈行为,所以预借提单、倒签提单保函不仅对外无效,对内也无效,承运人无权凭保函向担保人追偿。

认为无单放货保函无效的观点的法律依据是《担保法》第5条:“担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。”本人认为,无单放货保函不适用该条。

第一,无单放货保函所担保的并不是合同之债,前文已有论述。保函的基础是不当得利之债,并不是所谓主合同。我国《担保法》第5条的一大缺陷是将担保的主债限定在“主合同”的狭窄范围之中,而将侵权之债、不当得利之债、无因管理之债排除在受担保法调整的范围之外。《担保法》第5条应该修改为:“担保合同是主债的从合同,主债关系无效,担保合同无效。”只有这样才能使《担保法》第5条适应提纲挈领的第1条。^①相对而言,《法国民法典》的用词就比较严谨。《法国民法典》第2012条规定:“保证,仅

^① 参见《担保法》第1条:“为促进资金融通和商品流通,保障债权的实现,发展社会主义市场经济,制定本法。”

对有效的债务存在。”

第二,主债与主债发生的原因不同,主债发生的原因违法,主债本身并不一定违法。无单放货保函并不是担保无单放货行为合法有效,而是担保无单放货后承运人对无单提货人的债权的实现。将无单放货保函视为无效混淆了债与债发生的原因。

《担保法解释》已经明显放宽担保效力认定的标准。《担保法解释》第1条规定:“当事人对由民事关系产生的债权,在不违反法律、法规强制性规定的情况下,以担保法规定的方式设定担保的,可以认定为有效。”

必须指出,承运人有接受保函的权利,但没有接受保函的义务。如果提单中规定,托运人等将赔偿承运人无单放货的一切损失,这并不等于承运人必须接受无单放货的要求。^②但是一旦承运人接受保函,据以放货,则保函发生如下效力:

1. 保函对承运人的效力

保函的相对效力主要指承运人(债权人)对保证人的保证请求力、约束力。由保函所体现的保证合同的债权人是承运人,债务人是保证人,保证合同一经有效成立,则与普通合同一样约束合同当事人。保证人必须按照保函的内容承担保证责任。根据船东互保协会的标准格式保函条款,承运人有权要求保证人赔偿损失、提供诉讼资金、提供担保等,保证人不享有先诉抗辩权。

2. 保函对无单提货人的效力

从保函的积极效果角度分析,保证人对无单提货人(债务人)享有追偿权。保证人的追偿权早在罗马法时已被立法确认,法国民法典、德国民法典均效仿之。^③我国《担保法》第31条明确规定:“保证人承担保证责任后,有权向债务人追偿。”《担保法解释》

^② The “Houcla”, 参见前注②。

^③ 参见《法国民法典》第2028条,《德国民法典》第774条。

第42条进一步规定:“法院判决保证人承担保证责任或者赔偿责任的,应当在判决书主文中明确保证人享有担保法第三十一条规定的权利。判决书中未予明确追偿权的,保证人只能按照承担责任的事实,另行提起诉讼。”

3. 保函效力的相对性

承认保函的效力并不是鼓励无单放货。一方面,保函的效力不及于提单持有人,承运人不能以保函对抗提单持有人,所以承运人仍须承担无单放货的第一性的责任(或与无单提货人承担连带责任),保函并不解除承运人对外的责任。无单放货保函对外无效,仅在保证人和债权人、债务人之间有效。另一方面,即使持有保函,承运人仍有风险,即保证人资信的风险。如果保证人无力偿还,则保函形同虚设,保函的实际效果无法实现。面对诸多的风险,承运人不会仅因为保函相对的内部效力就无所顾忌地无单放货。朱曾杰先生认为,凭保函无单提货的行为是善意的商业行为,进而主张将无单放货保函纳入《汉堡规则》第17条。^②笔者认为,凭保函无单提货的行为可能构成商业上的善意行为,但并非法律上的善意行为。《中华法学大辞典》将“善意”解释为:“行为人不知也不应知道某一事实的真实性质而根据其虚假表象从事民事行为的心理状态。”^③该辞典将“恶意”解释为:“行为人明知有某种与其表象相反的事实存在而故意据其表象从事民事行为,或者应当知道事实的本来性质而不正当地相信其虚假的表象并进而从事民事行为的心理状态。”^④从词条的解释分析,善意与恶意的区别在于行为人是否知道或者应当知道事实的性质。如果明知或应知,

^② 参见朱曾杰:“论海上货物运输法的国际统一”,载《海商法研究》1999年第1辑,法律出版社2000年版,第9页。

^③ 参见佟柔主编:《中华法学大辞典·民法学卷》,中国检察出版社1995年版,第559页。

^④ 同上注,第134页。