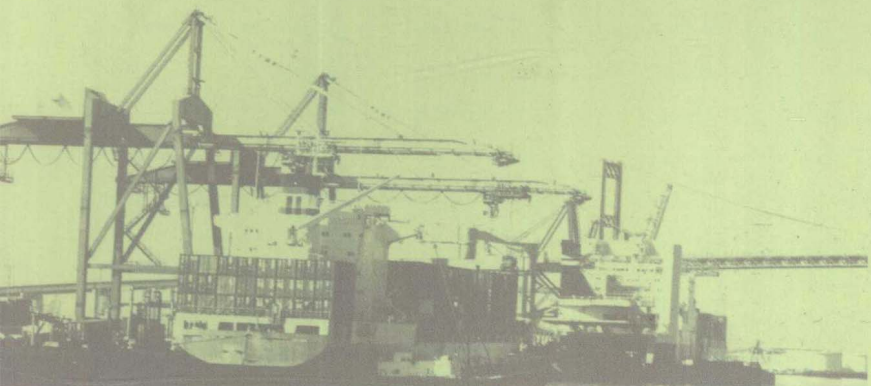




中国 海事审判 (2011)

ZHONGGUO HAISHI SHENPAN

刘年夫 主编



广东省出版集团
广东人民出版社



ZHONGGUO HAISHI SHENPAN

中国 海事审判 (2011)

刘年夫 主编



广东省出版集团
广东人民出版社
中国·广州

图书在版编目 (CIP) 数据

中国海事审判 (2011) / 刘年夫主编. —广州: 广东人民出版社, 2012. 1
ISBN 978-7-218-07537-2

I. ①中… II. ①刘… III. ①海商法-审判-中国-2011-年刊
IV. ①D922.294.4-54

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 005679 号

ZHONGGUO HAISHI SHENPAN

中国海事审判 (2011)

刘年夫 主编

 版权所有 翻印必究

出版人: 金炳亮

责任编辑: 陈其伟

封面设计: 彭 力

责任技编: 周 杰

出版发行: 广东人民出版社

地 址: 广州市大沙头四马路 10 号 (邮政编码: 510102)

电 话: (020) 83798714 (总编室)

传 真: (020) 83780199

网 址: <http://www.gdpph.com>

印 刷: 广州市穗彩彩印厂

书 号: ISBN 978-7-218-07537-2

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 17 字 数: 280 千

版 次: 2012 年 1 月第 1 版 2012 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 40.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与出版社 (020-83795749) 联系调换。

售书热线: (020) 83790604 83791487 邮购: (020) 83781560

《中国海事审判》(2011) 编委会

顾 问 万鄂湘 郑 鄂 刘贵祥

朱曾杰 司玉琢 於世成

杨良宜 王彦君 王淑梅

刘寿杰

主 任 刘年夫

编委会成员 詹思敏 邓宇锋 徐元平

冯金如 罗 春

目 录

【名家之言】

- 关于涉外商事审判机制与法律适用的几个问题 刘贵祥 (3)
- 中国涉外民事关系法律适用法的制定与完善 黄 进 (16)
- 租约仲裁条款并入提单
- 海事仲裁裁决司法审查的理论与实践 刘寿杰 (32)

【涉外民商事法律适用专题】

- 关于涉外民商事关系法律适用的若干问题 广东省高级人民法院民四庭 (48)
- 冲突法：从文本到实践
- 我国《法律适用法》施行之际的思考 林广海 杜以星 辜恩臻 (63)
- 中华人民共和国涉外民事关系法律适用法 (72)

【船舶油污损害赔偿专题】

- 最高人民法院民四庭负责人就《关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》答记者问 (78)
- 《最高人民法院关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》
- 的理解与适用 刘寿杰 余晓汉 (84)
- 海洋生态索赔法律问题研究 孙芳龙 高良臣 (106)
- 最高人民法院关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定 (114)

【海商法的适用】

论财产保险中赔偿请求权人的特定性

——兼评“协航99”轮船船舶保险案 詹思敏 韩海滨 (120)

无船承运人保证金制度研究 黄伟青 罗 春 (125)

关于侵权诉因排除提单管辖权条款适用的反思

——以无单放货案件的处理为视角 蔡福军 (135)

试析 Incoterms 2010 对海上货物运输之影响 平阳丹柯 麦 青 (143)

论海上货物预约保险合同的类型

——兼谈《中华人民共和国海商法》第二百三十一条至第二百三十三条
的立法完善 宋瑞秋 (151)

【国际公约和外国法】

《1989 年救助公约》修订对我国的影响及建议 李志文 (162)

海盗劫持期间期租承租人是否有权停付租金

——简评英国高等法院 THE “SALDANHA” 一案 王中华 田 琨 (179)

【案例评析】

国际集装箱班轮运输公司是否负有强制缔约的义务

——厦门瀛海实业发展有限公司诉马士基（中国）航运有限公司
国际海上货运代理经营权损害赔偿纠纷案 余晓汉 (185)

海事赔偿责任限制的具体适用

——原告瑞克麦斯热那亚航运公司、瑞克麦斯轮船公司与被告
CS 海运株式会社船舶碰撞损害赔偿纠纷案 谢振街 (194)

不同的债权在拍卖船舶价款中受偿顺序不同

——青岛前湾港集装箱码头有限责任公司诉浩达船务有限公司、
深圳市浩达海运有限公司、王杰民装卸作业合同纠纷案 ... 王爱玲 (201)

扣押船舶错误的认定标准

——新奥海洋运输有限公司诉浙江金程实业有限公司等
扣押船舶错误损害赔偿案 程生祥 吴贵宁 (208)

海上货物运输合同中收货人的提货义务

——地中海航运有限公司诉深圳市忆生生商贸有限公司、深圳市
泰德胜物流有限公司海上货物运输合同纠纷案 李立菲 (214)

实际承运人的认定

——美亚财产保险有限公司广东分公司诉新海丰集装箱运输有限公司等

海上货物运输合同货损案 宋伟莉 (221)

引航员过错导致的船舶触碰损失应由谁承担赔偿责任

——中国外运广东湛江储运公司诉上海金海船务贸易有限公司

船舶触碰码头损害赔偿案 倪学伟 杨优升 (231)

【案例精粹】

单独买卖船舶证书损害国家利益的合同无效 罗 春 叶剑发 (240)

未取得水路货物运输许可证签订水路货物运输合同应认定为

无效 罗 春 叶剑发 (242)

保险责任期间不同于承运人责任期间 罗 春 叶剑发 (244)

不作为的默示并不表明对仲裁机构的选择达成一致 罗 春 叶剑发 (246)

光船租赁下, 船东收取租金的权利并不因船舶被扣押而丧失

..... 罗 春 叶剑发 (248)

【白皮书】

广州海事法院 2010 年度审判情况通报 广州海事法院 (251)

「名家之言」

【编者按】

2011年8月下旬召开了全国涉外商事审判工作庭长座谈会，刘贵祥同志在会议总结讲话中，就会议期间反映的几个与涉外商事审判机制及法律适用有关的问题，进行了解答。现将其提供给大家学习。

关于涉外商事审判机制与法律适用的几个问题

刘贵祥^①

一、关于涉外商事审判集中管辖

各高院对涉外商事审判集中管辖提出了较多问题，主要包括：第一，集中管辖制度的存废问题。海南会议已经明确，集中管辖权可以扩大到所有的中级人民法院，但是否扩大由各高院根据情况自行决定，只需到最高法院备案即可。对基层法院的涉外商事审判管辖权，原则上仍需最高法院审批，只是近期审批的条件比以前较宽松些。目前，最高法院尚无取消集中管辖制度的考虑。第二，关于违反集中管辖规定是否可以提出管辖权异议问题。从通知规定看，集中管辖是强制性的，当事人提出管辖权异议的，应予支持。但当事人如在一审答辩期内未提出管辖权异议的，似不应以程序违法作为发回重审的依据。第三，关于涉外商事案件的界定问题。海南会议已予以明确，这里需特别强调一点，除传统的民事案件和知识产权案件外，均属商事案件。主体是自然人还是法人，不是判断的标准，一些法院对凡是当事人中有一个自然人的就不按涉外商事案件立案欠妥当。此外，信用证案件、独立保函案件、有涉外因素的仲裁司法审查案件，外国民事商事判决的承认与执行等均应属集中管辖范围。第四，关于协议管辖问题。人民法院审理涉外涉港澳台民商事案件时，必须严格按照《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》确定案件的管辖。涉外涉港澳台民商事案件的当事人，不得协议选择没有涉外民商事案件管辖权的法院管辖，否则该协议应认定无效。同时，对于人民法院已经受理的不

^① 最高人民法院民事审判第四庭庭长。

具有涉外涉港澳台因素的国内商事纠纷案件，如果因为追加当事人而使得案件具有涉外涉港澳台因素，应该按照《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》确认案件的管辖权，如果已经受理案件的人民法院不享有涉外民商事案件的管辖权，必须将案件移到有管辖权的人民法院管辖。

对上述四个方面的问题，经进一步调研和征求意见，将对原通知进行修改，对大家反映的问题作出具体规定。

二、关于涉外送达

涉外送达目前确实成为影响涉外审判效率的突出因素，在各高院的总结材料中反映最多的也是这一问题。大家都认为目前法律规定的送达方式、送达规则使涉外案件久拖不决，比如公告期过长、其他送达方式不能与公告同步进行等均影响办案效率，有的当事人利用送达规则故意拖延诉讼，使权利人的利益不能得到及时保护。针对这些问题，最高法院的司法解释亦试图有所突破，但囿于法律规定，效果不太明显。目前正在修改民诉法，我们已采取措施争取在送达问题方面有较大改进，比如将公告期缩短为两个月，进一步拓展送达方式等。但是，在民诉法修改之前，我们还是要严格按照现有规定执行，否则，往往成为当事人申请再审的重要理由，不得不指令再审，反而使诉讼周期更加漫长，欲速则不达。为在现行法律框架下尽可能地提高送达效率，建议一审法院对能够参加诉讼的当事人，让其当庭确认送达地址，并认可邮寄送达方式，这会给二审节省送达时间创造条件。此外，有的法院向外国公司在国内的子公司送达，如果以这种方式送达到了外国公司，不应属程序违法。此外，前面我已经提到，对涉外送达，许多法院还有模糊不清的认识，掌握的尺度不一，我们可以通过在调研基础上编制专门送达手册的办法予以解决。

有的高级人民法院反映的域外送达的文书格式问题，经向最高人民法院外事局了解，分为两种情况：其一，对依《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（海牙送达公约）向公约成员国境内当事人的文书送达，不需要使用统一的委托书格式，由司法部统一填写请求书后发往缔约国的中央机关；其二，对于通过外交途径送达的文书，外事局有统一的委托函格式，各省、市、自治区主管法院外事工作的部门（如外事办公室）都有备案，如有需要，可以向本地的外事主管部门提出要求。

对于返回的送达材料的翻译问题。无论域外送达成功与否，返回的送达证明书都没有中文译本。因为这些证明书涉及多国语言，我院外事局不能一一进行翻译，需要审理案件的法院自行翻译。一般情况下，涉外商事审判人员文化素质都比较高，这一点应当比较容易做到。

对于云南等地提出的边境地区的境外送达难问题，最高人民法院正在进行调研工作。因为国际司法合作的开展需要假以时日，故应充分利用地理优势和双方边民往来的便利条件，灵活采用多种方式通知当事人参加诉讼。在这方面，广西高院积累了一些经验，可资参考。

三、关于对境外当事人的强制措施问题

人民法院审理涉外涉港澳台民商事案件时，如果确有必要对外国当事人或者港澳台地区当事人采取限制出境措施的，应当严格按照最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部〔1987〕公发16号《关于依法限制外国人和中国公民出境问题的若干规定》办理。人民法院采取限制当事人出境措施时，应注意以下几点问题：（一）人民法院在审理涉外涉港澳台民商事案件时，轻易不要采取限制当事人出境的措施。如认为确有必要采取限制当事人出境措施的，必须同时满足以下条件：1. 被采取限制出境措施的人只能是在我国有未了结民商事案件的当事人或当事人的法定代表人、负责人；2. 当事人有逃避诉讼或者逃避履行法定义务的可能；3. 不采取限制出境措施可能造成案件难以审理或者无法执行。有些人民法院对不是案件当事人或者当事人的法定代表人、负责人的人员采取限制出境措施，在国际上造成不良影响，今后工作中应予以注意，应严格把握适用的条件。（二）在需要限制当事人出境时，应尽量选择采取扣留当事人护照或者其他有效出入境证件的方式，避免采取在边防口岸阻止当事人出境的措施。（三）如果确需采取在边防口岸阻止当事人出境的措施，人民法院应协调好与有关边防检查机关的关系，特别是在人民法院决定解除限制出境措施后，必须及时通知相关的公安机关。

另外，《中华人民共和国民事诉讼法》第四条规定：“凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守本法。”因此，如果外国或者港澳台地区的当事人存在妨害民事诉讼的行为，人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第十章的规定，可以依法对其采取相应的强制措施。

四、证据的公证认证问题

外国或者港澳台地区的当事人参加诉讼，必须提交有关身份的证明。作为当事人的自然人提交的用以证明其身份情况的护照、身份证或者其他有效的出入境证件，无需再办理公证认证手续。但作为当事人的外国或者港澳台地区的企业以及其他组织提交的用以证明其身份情况的在其所在国家或者地区注册登记机关注册登记的证明，必须办理相关的公证认证手续。

从现在的司法实践看，存在一种情况即当事人系在英属维尔京群岛注册成立的

公司，但其将主要营业地设在了香港，亦在香港的公司注册登记机关依法办理了海外公司的登记。该公司在人民法院参加诉讼时，如果提交了香港公司注册登记机关进行登记的证明，并在香港办理了公证认证手续，对该证明的证明力，人民法院可予以确认。如果该公司提交的是英属维尔京群岛注册登记机关进行注册的证明，但其在香港办理的公证认证手续，对该证明的证明力，人民法院不应予以确认。对该问题所应把握的基本原则是当事人提交的注册登记证明是哪个国家或者地区的机关出具的，必须在出具证明的该机关所在国家或者地区办理公证认证手续。

对于当事人提交的身份证明之外的其他证据，无论是否办理了公证认证手续，人民法院均应组织当事人进行质证，并根据质证情况结合证据的真实性、关联性、合法性，对其证明力作出认定。对方当事人仅仅根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十一条的规定拒绝质证或者否认该证据证明力的，人民法院不予支持。对方当事人拒绝质证的，人民法院应向其释明可能造成的不利后果。

五、关于案外人提起再审申请的条件

按照民诉法及司法解释的规定，案外人提起再审申请的一个重要条件是其对生效判决确认的标的物存在权利争议，如果案外人不通过再审程序没有其他救济途径。对此应注意三点：一是生效判决没有直接对标的物的权利归属作出认定，只是在执行程序中将该标的物作为被执行人的财产予以执行，案外人可以通过执行异议之诉或另行起诉予以救济，而不能提起再审申请。二是对当事人双方达成的调解协议，如果案外人认为具备合同法规定的可以行使撤销权的情形，应当亦可以申请再审。因为，其不能通过撤销权诉讼得到救济。这当是民诉法与司法解释关于案外人提起再审申请的规定的例外情形。最高法院民四庭目前正在审理两起这样的案件，拟裁判后作为指导性案例向有关部门推荐。但是，在案外人对人民法院作出的民事调解书申请再审时，如果调解书的效力仅约束参与调解的案件当事人，不涉及案外人与案件一方当事人之间的债权债务关系，调解书客观上并不产生损害案外人撤销权的后果。此时的案外人与一方当事人之间的债权债务关系可以通过另行提起诉讼解决，案外人无权对调解书申请再审。对此情形，大家可以参照人民法院公报2011年第四期所刊载的〔2010〕民申字第1276号一案。三是判决生效后当事人将判决确认的债权转让，受让人不具有申请再审的主体资格。司法实践中出现一类特殊类型的债权转让，即诉讼当事人向案外人转让生效裁判文书确认的债权。此时受让人是否因成为新的债权人而享有申请再审权？案外人申请再审包括两种情形：一是案外人对原判决、裁定、调解书确定的执行标的物主张权利且无法提起新的诉讼解决争议；二是在执行过程中案外人对执行标的提出书面异议且符合《中华人民共和国民

事诉讼法》第二百零四条的规定。生效裁判文书确认的债权的受让人不符合上述再审申请人的条件，其提出的再审申请应予驳回。

谈到调解，有法院提出，在涉外民事诉讼中，当事人达成调解协议后请求人民法院制作判决书的，人民法院是否准许？我们认为，应当准许。因为，有相应的司法解释可资依据。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第三百一十条规定：“涉外民事诉讼中，经调解双方达成协议，应当制发调解书。当事人要求发给判决书的，可以依协议的内容制作判决书送达当事人。”这是针对涉外民事诉讼程序的特别规定，可以遵照执行。《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第十八条关于“请求人民法院按照和解协议或者调解协议的内容制作判决书的，人民法院不予支持”的规定并非针对涉外民事诉讼程序。这两个司法解释的规定并不矛盾。至于司法解释与有关司法文件对涉外调解与非涉外调解作出不同规定的原因，在于有的外国法院或我国不同法域的法院对我国法院制作的调解书的效力不能像判决书一样予以认可，如果不以判决书的形式制作法律文书，难以得到执行。因此，涉外审判中的调解要适应这种客观现实。在涉外民商事审判中，可在裁判文书的本院认为部分，对当事人通过调解协议处分其民事权利内容进行表述，并对是否系双方真实意思表示，是否违反法律规定或损害国家、集体、第三人利益作出认定后，依据当事人在法院主持下达成的调解协议内容进行判决。考虑到目前我国不同法域内和国外的一些法院不认可人民法院作出的调解书，人民法院审理涉台民商事案件时亦可以参照上述原则办理。

六、关于外商投资企业纠纷

2010年8月16日施行的《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》是近年来最高法院颁布的一项重要司法解释，实施一年来各方面反响都不错，但是在适用中也存在一些理解性错误，借此机会再说明几点：其一，因未经审批而被认定为不生效的合同，关于报批义务的约定及相关条款应是有效的，具有可履行性。即便合同中未明确约定报批义务，依据法律规定，或合同的默示条款，亦可认定当事人具有该义务。一方当事人请求履行报批义务的，应予支持；义务人不履行报批义务，应承担的是一种违约责任，而非缔约过失责任，因此合同中关于相应的责任条款的约定亦是有效的。比如，关于不履行报批义务双倍返回定金、赔偿一定损失的约定同样具有可履行性。当然，如果合同约定的是不履行合同的主要义务的违约条款则另当别论。在这一点上，该司法解释是对《合同法司法解释二》第八条规定的进一步发展，并不存在法理上的冲突。其二，对隐名投资者的保护越来越受到关注，目前司法解释确认隐名投资者的股东地位，在设定的条件上确

显苛刻。要在诉讼中征得行政主管部门的同意有一定难度，且操作起来不够顺畅。但这是在现行法律框架下，不得已而为之。我们正在与商务部就隐名投资确认股东地位问题、股权转让诉讼情形下的报批问题进行调研协调，拟联合下发通知，以畅通相关渠道，确保司法解释有关功能的充分发挥。其三，对经行政审批的协议的补充协议的效力，原则上要考量补充协议的内容是否系对已审批协议的实质性变更，亦即是否属于行政部门必须审批的事项，属于应认定未生效，不属于则不影响合同效力。比如，补充协议针对价格条款、付款方式、付款条件等作了另行约定，不应认定不生效。在实践中，存在经审批的合同当事人意思表示不真实或虚伪意思表示的情形，当然应认定无效。而补充协议虽属真实意思表示，但未经审批，可依当事人的请求判令义务人履行报批义务。实践中还存在的黑白合同问题，关键是要看经审批的合同是否系真实意思表示，是否规避法律规定，如果未报批的所谓黑合同仅是当事人的商业安排而无涉社会公共利益、国家利益等因素，不应一律持否定态度。

七、关于担保合同纠纷

与担保有关的涉外纠纷目前比较多，情况也比较复杂，有的是历史性问题，有的是对金融政策的把握问题，有的是立法漏洞的问题，有的是对法律理解不一问题。就大家所反映的几个主要方面谈些意见。

一是金融不良债权对外转让中涉及的对外担保的效力问题。对该问题，本来在海南会议上已明确了基本尺度，在2010年7月又发布了《最高人民法院关于审理金融资产管理公司利用外资处置不良债权案件涉及对外担保合同效力问题的通知》（法发〔2010〕25号）。依据该《通知》规定，金融资产管理公司向外国投资者出售或转让不良资产，由于国家有关主管部门对该类担保的审查采取较为宽松的政策，不适用《境内机构对外担保管理办法》关于对外担保的批准和登记的规定，如果当事人提供证据证明依照《国家外汇管理局关于金融资产管理公司利用外资处置不良资产有关外汇管理问题的通知》第六条规定，金融资产管理公司通知了原债权债务合同的担保人，外国投资者或其代理人在办理不良资产转让备案登记时提交的材料中注明了担保的具体情况，并经国家外汇管理局分局、管理部审核后办理不良资产备案登记的，人民法院不应以转让未经担保人同意或者未经国家有关主管部门批准或者登记为由认定担保合同无效。

此外，另根据法发〔2005〕62号《最高人民法院关于金融资产管理公司收购、处置不良资产有关问题的补充通知》第二条的规定，金融资产管理公司收购、处置不良贷款的，担保债权同时转让，无须征得担保人的同意，担保人仍应在原担保范围内对受让人继续承担担保责任。各级人民法院应当认真领会通知精神，严格遵照

执行。

至于有的高院反映，外国公司从资产管理公司购买不良资产，可能带来的诸如造成国有资产流失等一系列问题，可依照最高法院2009年发布的《关于审理涉及金融不良资产债权转让案件工作座谈会纪要》办。该纪要基本上是针对金融不良资产转让中存在的问题而制定的应对措施，基本精神对涉外因素的不良资产转让同样是适用的。

二是独立保函问题。首先，具有涉外因素的独立保函，不应依据《中华人民共和国担保法》的有关规定否认其独立性，可以认可其独立性。对于没有涉外因素的独立担保，其效力认定原则上还是要坚持以往的司法态度，即关于独立性的约定无效，但不因此影响具有从属性的担保效力。目前我国商业银行广泛开展独立保函业务，非涉外因素的独立保函占一定比例，司法实践应密切关注这种经济现象的变化，适时调整裁判思路。但需在充分调研的基础上通过司法解释予以解决，不宜随便改弦易辙。

其次，对外担保须经外汇管理部门审批的管理制度没有发生变化，故对外担保未经审批应认定无效的司法态度亦没有改变。应当注意的是，在当事人约定对外担保适用外国法或我国其他法域的法律时，过去我们在裁判中往往以当事人的约定违反我国公共政策或是法律规避为由而适用中国法律，并认定担保无效，对此裁判理由受到许多学者的批评。在《涉外民事关系法律适用法》实施后，给我们处理类似情况提供了直接的法律依据，即该法第四条规定：“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制规定的，直接适用该强制性规定。”依据该规定，可以排除当事人关于准据法的约定的适用，而直接适用我国的外汇管理条例的规定，认定担保无效。但是，目前我国商业银行向国外当事人出具的大量独立保函，据了解并没有逐笔申报审批，在效力认定上是否应区别于一般的对外担保？我们认为，应当有所区别。区别的依据是什么？目前我国对银行和非银行金融机构对外担保的行政监管，采取额度制，只要在外汇管理部门确定的担保限额内对外提供担保，无需逐笔报外汇管理部门审批或备案。因此，对该情形的对外担保的效力，虽未经审批或备案，亦不应认定无效。

第三，目前一些法院陆续受理了一些涉外独立保函案件，一些基础合同当事人向法院提出止付独立保函项下款项的申请。对这类案件的处理确实没有法律或司法解释可资依据。那么，如何掌握独立保函止付的条件呢？在见索即付保函项下，担保人仅对受益人（债权人）提呈的索赔文件进行形式审查，而没有义务对基础合同的实际履行进行审查，这无疑增加了受益人进行不当索赔的可能性。根据各国的司法实践，受益人的不当索赔包括两种情况，一是受益人提呈的据以索赔的文件不合格；二是受益人提供的据以索赔的文件虽然合格，但证据显示，基础合同违反公共

秩序,受益人系明显欺诈或滥用权利。就第一种情形而言,只要索赔函件与保函设定的条件或单证要求不存在不符点,即应付款。即使存在不符点,债权人亦可修改后再次提出,银行不得拒绝。只要是在保函确定的期限内,受益人可以多次修改提呈的索赔文件,直至符合保函要求。因此,实践中由于不符点问题拒付的情形极少发生。第二种情形,是适用独立保函欺诈例外规则的一般条件。法院是否支持债务人的止付申请,乃至终止支付,均应依此为判断标准。由于独立保函独立于基础合同关系,是独立保函的基本属性,且独立保函欺诈例外规则十分抽象,法官自由裁量空间较大,应慎重适用。如果债务人提供了债权人欺诈或滥用权利的初步证据,且一旦支付保函项下款项债务人不能或难以实现返回请求权,则应当支持债务人提出的带有财产保全性质的止付请求。至于是否终止支付,则需要债务人提供相应的充分、明确的证据,并经实体审理予以裁判。审判实践中,人民法院可以参照《联合国独立保函与备付信用证公约》第十九条列举的情形,结合案件的具体情况,判断是否存在独立保函欺诈。债权人索赔时,基础合同的效力及履行情况并未得到最终的确认,对此举证并让法院予以确信是比较困难的。在这一点上的难度甚至超过信用证欺诈的认定。信用证欺诈,主要是没有基础交易而伪造单据,但独立保函项下的单据则比较简单,甚至不需要单据。因此,法院对欺诈的判断离不开基础合同的履行情况及效力认定。

三是关于担保期间及诉讼时效问题。处理担保案件的法律依据确实比较庞杂,从我们所审理的一些申请再审案件看,一些法院适用法律比较混乱,原因是对担保法有关司法解释的历史变化、制定的历史背景不甚了解,对一些条款的理解错误。因此,需澄清几点:第一,要注意有关法律及司法解释的演变。在担保法实施前发生的担保行为,原则上要适用《最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》。依据该规定第十一条,保证期间相当于主债务的诉讼时效期间,即二年。后来,为解决我国不良金融资产转让问题,最高法院2002年发布了《最高人民法院关于处理担保法生效前发生保证行为的保证期间问题的通知》(144号通知),规定担保法实施前发生的担保行为,如果在债权人没有向担保人主张权利且主债务没有超过诉讼时效的,债权人可以在2002年8月1日至2003年1月31日六个月的期间内主张权利。之所以发该通知,是由于长期来各方面对《1994年司法解释》第十一条关于保证期间规定理解不一,大量的不良金融债权可能脱保,再给债权人最后六个月的期限。因此,对保证期间的认定,要考虑司法政策的变化,以正确适用。第二,对《担保法》实施之后的担保行为,《担保法》,特别是《担保法司法解释》关于保证期间的规定是比较明确的,只是应注意,在保证期间内债权人如向保证人主张了权利,则保证期间则转化为保证的诉讼时效,按照诉讼时效原理认定保证债权的胜诉权是否丧失。第三,《物权法》颁布后,关于抵押权的存续期间