

林玉芳,谷浩. 船舶扣押反担保制度思考[J]. 中国海商法研究, 2019, 30(3): 85-92

## 船舶扣押反担保制度思考

林玉芳,谷浩

(大连海事大学法学院,辽宁大连 116026)

**摘要:** 船舶扣押反担保问题无论在理论界还是实务界都一直存有争议。2018年英国高等法院在 *The “MV Alkyon”* 案中确认扣船申请人无须提供扣船反担保是沿袭已久的程序惯例,再次将这一问题引入了人们的视野。分析船舶扣押反担保的不同立法模式,论证船舶面临解扣风险时提供反担保的正当性,进而考察中国船舶扣押反担保的制度现状并提出完善建议。

**关键词:** 船舶扣押; 海事担保; 扣船反担保

**中图分类号:** D925 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2019)03-0085-08

### A probe into the issue of cross-undertaking for arrest of ship

LIN Yu-fang, GU Hao

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

**Abstract:** The recent English case *The “MV Alkyon”* aroused further concern over the controversial issue whether a cross-undertaking should be provided for arrest of ship. In the judgement, the Admiralty Judge confirmed that it was the court's long-standing practice that a cross-undertaking was not required. This paper briefly introduces various legislation modes of cross-undertaking for arrest of ship, analyses the legitimacy for providing cross-undertaking by the claimant if he does not want the ship to be released, examines the status quo of the legal framework in China and puts forward some suggestions.

**Key words:** arrest of ship; maritime security; cross-undertaking

和申请冻结令时原告需要反担保不同,英国法院传统上认为扣船申请人无需提供反担保。在2018年苏格兰皇家银行诉 Stallion Eight 航运公司 (*The “MV Alkyon”*) 案<sup>①</sup>中,被告以其所有的“MV Alkyon”轮作为原告对其贷款的抵押担保,之后原告以船价市值下跌为由要求被告提供额外担保,被告拒绝后,原告向被告发出了债权加速到期通知,要求被告立即偿还贷款并向法院申请扣船。船舶在英国纽卡斯尔被扣押后,被告提出申请,认为除非银行提供反担保以保证赔偿因申请扣船错误可能对他造成的经济损失,否则法院应当解除扣船。英国高等法院海事庭驳回了被告申请,重申扣船申请人无需提供反担保是英国法院长久以来的程序惯例。

从 *The “MV Alkyon”* 案可以看出,英国法院认为扣船是对物诉讼原告的一项权利,它不以原告提供反担保为前提,英国法院也不对申请船舶扣押阶段的反担保与解除船舶扣押状态的反担保加以区分。英国法院处理扣船反担保问题的这一做法存在很大争议。笔者以 *The “MV Alkyon”* 案为引子,以扣船反担保制度的法律价值为基准,将扣船反担保解构为申请扣船时的反担保和解扣时的反担保两个层面,重点分析国际上扣船反担保的三种立法模式以及维持船舶扣押状态是否应提供反担保的三种理解方式,在此基础上,审视中国现行扣船反担保制度所存在的问题并提出相关完善建议。

收稿日期: 2019-07-29

作者简介: 林玉芳(1993-),女,福建宁德人,大连海事大学法学院海商法专业硕士研究生, E-mail: linyufang5@sina.com; 谷浩(1972-),男,上海人,法学博士,大连海事大学法学院副教授、硕士生导师,国际海事法律研究中心成员, E-mail: guhao7203@sina.com。

① 参见 *Natwest Markets PLC v. Stallion Eight Shipping Co SA (The “MV ALKYON”)* [2018] EWHC 2033 (Admlty)。

## 一、船舶扣押反担保的理解

海事担保有狭义和广义两种理解方式。狭义的海事担保仅指海事诉讼程序中的担保,广义的海事担保不仅包括海事诉讼程序中的担保,还包括海事行为中涉及的担保,如涉及物权的船舶抵押和船舶留置担保以及涉及债权的共同海损和船舶救助担保。<sup>[1]</sup>从中国立法规定来看,《中华人民共和国民事诉讼法》第73条第1款将狭义的海事担保具体界定为海事请求保全、海事强制令及海事证据保全等程序中的担保。在《海诉法》规定的三种海事担保程序中,船舶扣押程序中的海事担保最为普遍也最为典型,主要包括扣船被申请人的担保以及扣船申请人的担保。在船舶扣押担保问题的研究及司法实践中,一些学者、法官和律师等,将扣船申请人提供的担保称之为“反担保”。<sup>[2]</sup><sup>104</sup>但是,根据《中华人民共和国担保法》(简称《担保法》)第4条的规定,反担保仅指债务人向为其提供担保的第三人做出的担保<sup>①</sup>。据此,将船舶扣押申请人提供的担保理解为反担保并不恰当。为了明晰扣船申请人担保以及被申请担保两个概念,笔者暂且将扣船申请人提供的担保称之为反担保。

船舶扣押是海事领域特有的制度,它是对物诉讼制度的衍生,最初是为了保障对物诉讼制度而创设的。<sup>[3]</sup>通过扣押船舶,扣船申请人确立了海事法院的诉讼管辖权,即使被扣船舶在国外注册并且与扣船法院所在国并无任何联系点,也可以嗣后从船舶拍卖程序中满足自身诉求。然而,船舶扣押制度发展至今,已然摆脱了对物诉讼的桎梏,即使在不实施对物诉讼的国家也得以广泛适用。船舶扣押制度的根本价值,在于保证赔偿海事诉讼的执行,即保障原告的诉讼请求。船舶扣押反担保则是为了平衡船舶扣押制度而创设的,其法律价值主要在于保证赔偿错误扣船可能对被申请人造成的经济损失。<sup>[4]</sup><sup>104</sup>

关于船舶扣押反担保的属性,存在“单一属性”和“双重属性”两种观点。双重属性学说认为船舶扣押反担保兼具“滥诉行为的防止”和错误扣船的司法保障作用,而单一属性说则认为扣船申请人提供的担保与一般意义上的担保不同,其只是对申请人“滥诉行为的防止”,并不具有保障债权实现的作用。<sup>[5]</sup>根据单一属性说,在处理扣船反担保纠纷时

只能依据相关诉讼程序法而非担保法,这也是中国目前司法实践所持的观点。在原告丹东港口经济开发总公司诉被告中国人民财产保险股份有限公司湖北省分公司海事诉讼担保纠纷一案中,广州海事法院认为,扣船反担保是一种责任保证,是诉讼过程中的担保,它与民事实体法律中债的担保具有明显差别<sup>②</sup>。然而,扣船反担保的担保对象是错误扣船申请而产生的损害赔偿责任,其法律价值就在于保障被申请人的利益。而在司法实践中,一般将错误扣船定性为侵权之债。因此,笔者认为扣船反担保的属性应解构为两个层次:在处理扣船程序中的反担保问题时,由于尚不存在该反担保所担保的实体债权,因此,扣船反担保只有诉讼担保的价值,即具有单一属性;但如果涉及错误扣船纠纷,则是在处理扣船反担保所担保的侵权之债纠纷,即使对于扣船程序而言该债权只是或然之债,扣船反担保对于债权的担保价值也已凸显。由此可见,单一属性说存在着一定的局限性,而双重属性说能够更为全面地概括扣船反担保的性质和体现其创设的基本法律价值。因此,笔者倾向于认为扣船反担保具有双重属性。

## 二、申请扣押船舶之反担保的立法模式

扣船反担保的立法重点,在于对申请扣船时申请人是否应提供担保的问题作出明确。基于此,当前国际上存在三种扣船反担保的立法模式:其一是以德国、印度等国为代表的严格模式,将扣船反担保作为扣押船舶的必要条件;其二是以韩国、日本和美国等国为代表的折衷模式,根据扣船类型或具体扣船事由来决定是否要求扣船反担保;其三是以英国为代表的宽松模式,即首次申请扣押船舶无须提供反担保。<sup>[6]</sup>

### (一) 反担保作为船舶扣押之必要条件的立法模式

德国法认为船舶扣押属于财产保全措施的一种,其并没有将基于海事请求而申请扣押船舶的保全单列出来,对于财产保全统一适用《德国民事诉讼法》。从《德国民事诉讼法》第921条第2款的规定来看,即使申请扣押船舶的证据足够充分,船舶扣押申请人也要向法院提供反担保作为扣押船舶的前提条件<sup>③</sup>。国内有学者认为,德国法院有权决定是

① 《担保法》第4条规定“第三人为债务人向债权人提供担保时,可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法担保的规定。”

② 参见广州海事法院(2005)广海法初字第396号案。

③ 《德国民事诉讼法》第921条第1款规定“如对对方当事人可能受到的损害提供担保,即使就请求权或者假扣押理由未能释明,法院也可以命令假扣押。即使对请求权和假扣押理由已经释明,法院也可以命令于提供担保后实行假扣押”。

否需要反担保,该反担保并非签发船舶扣押命令的前提条件,但它会影响扣船命令的实际执行。<sup>[2]247</sup>但笔者认为,申请扣押船舶的直接目的是通过法院实际扣押船舶的行为促使被申请人提供债权担保,船舶扣押命令的签发只是形式要件,如果扣船反担保直接决定着扣船命令能否有效执行,无疑意味着扣船反担保已被视为扣船行为的前提条件。因此,德国仍将反担保作为船舶扣押的必要条件。

与德国相比,印度在扣船反担保问题上的规定更为明确。向印度法院申请扣押船舶主要是依据2017年《印度海事法》,该法明确了在提出扣船申请的同时,原告需要向法庭提供协会担保、银行担保或现金形式的反担保,并缴纳法庭费用及其他相关费用。究其根由,在于印度错误扣船频繁发生,其中错扣无法律关系的船舶占了很大比例,这是印度扣船制度自身存在的缺陷。因此,以严格的扣船反担保制度去弥补这一法律漏洞是一种行之有效的手段。

德国和印度所推崇的严格型立法模式在学界有一定争议:一方面,扣船申请人在申请扣船时既要提供相关证据材料以证明其与被申请人之间存在海事请求的事实且申请人的债权有实现的危险性,同时还被要求提供保全标的相关情况,对于申请人而言,这些证据的收集尤其是对保全标的情况的调查都需要投入成本,已然是为诉讼做前期准备,如果法院要求申请人再行提供一笔数额可观的反担保,无疑将增加海事请求实现的难度。另一方面,申请扣押船舶时如果不分扣船事由皆要求提供反担保也会有失公正。在实践中,申请扣押船舶的事由不同,涉及的主体各异,不仅包括财力雄厚的银行、船东和货主,也可能包括船上服务人员、旅客等其他个体。一般情况下,申请扣船时,保险公司或银行会出面为船东及货主提供反担保。但对于船员和旅客等个体则不同,强制规定其提供扣船反担保的直接结果是其无法得到扣船令,这也意味着其债权无法得到切实保障。上述两个弊端是严格型立法模式在国际上难以通行的主要原因。

(二)反担保作为船舶扣押之可选择条件的立法模式

从国际公约的规定来看,《1952年统一海船扣押某些规定的国际公约》(简称《1952年扣船公

约》)没有涉及扣船反担保问题,而《1999年国际扣船公约》(简称《1999年扣船公约》)第6条第1款则明确规定申请扣押船舶时,法院可以要求申请人提供担保<sup>①</sup>。后者将扣船申请人的反担保作为扣船之可选择条件的立法模式在国际上得到很多国家的认可。这一立法模式又具体分成两种形式:其一是以申请扣押船舶的阶段来决定是否需要提供扣船反担保,主要以日本和韩国为代表;其二是以扣船事由为依据决定是否需要提供反担保,主要以美国为代表。

日本不实行对物诉讼制度,船舶只是被告的财产,其扣押船舶主要分为三种:其一是临时扣押船舶;其二是强制执行阶段的扣船;其三是在未有法院生效判决的情况下公开拍卖船舶以行使船舶物权。<sup>[2]250</sup>但是,在扣船反担保问题上日本只针对临时扣押船舶这种扣船形式作出了一项原则性规定和一个除外规定,即在临时扣船情况下申请人要向法院提供担保,但因行使船舶优先权而申请扣押产生该项优先权的船舶时可不向法院提供担保。韩国规定了四种扣船类型:诉前扣船、海事优先权扣船、抵押权扣船以及获得生效判决后扣船。<sup>[7]</sup>由于不是《1952年扣船公约》的成员国,韩国对于扣船反担保的规定也不同于公约,其扣船依据主要是《韩国民事强制执行法案》。韩国法规定的扣船事由并不限于海事请求,其适用范围涵盖各类诉讼请求,这样的规定无形中增加了扣船制度适用的风险。但是,韩国法规定诉前扣船时申请人要提供百分之十的担保金并可以保函的形式提供。较之日本的规定,韩国的规定更加灵活,适用弹性也更大。

美国将扣船反担保作为船舶扣押“单方参与性”<sup>②</sup>的一种利益平衡机制而引入。根据美国对正当程序的规定,任何人不得在未经法律正当程序允许的情况下剥夺他人的财产。换言之,在扣船程序中,应该保障船舶扣押被申请人以及所有利害关系人参与的权利。<sup>[4]108</sup>美国法认为,因行使船舶优先权而申请扣押船舶,属于对物诉讼,申请人可以不提供担保,但因其他海事请求而申请扣船,属于对人诉讼,申请人应提供担保。由此可见,与日本和韩国的规定相比较,美国关于扣船反担保的规定更加简洁。此外,如果扣船情况紧急,法院无法进行事前审

① 《1999年扣船公约》第6条第1款规定“作为扣押船舶或允许维持已实施的扣押的条件,法院可要求请求扣押或已获准扣押船舶的请求人按法院自定条件提供某一类别和某一金额的担保,以补偿扣押可能对被告造成并可能应由请求人负责的任何损失……”

② “单方参与性”指的是在船舶扣押申请阶段涉及的主体只有申请人与法院,直至船舶被扣押之后被申请人知情,所以整个扣船程序只有船舶申请人单方参与。参见张丽英《船舶扣押的法律规制》,法律出版社2009年出版,第108页。

查 美国法允许法院先行扣押船舶之后再对案件予以审理。当法院选择优先保障原告的利益而放弃了对错误扣船的事前审查程序时,要求提供扣船反担保无疑是一种行之有效的利益平衡手段。

总体来看,日本、韩国以及美国所实行的折衷型立法模式相较于严格型立法模式而言,更能体现出立法的实质性公平而非一味追求形式上的平等。但这些国家的法律规定亦存有不足之处。以美国法为例,如果在紧急情况下,因行使船舶优先权而申请扣船,法院无法进行事前审查,此时是否应要求优先权人提供反担保以重新平衡申请人与被申请人的利益,目前尚不可知。

### (三) 反担保不作为船舶扣押条件的立法模式

英国不是《1999年扣船公约》的成员国,其关于扣船反担保的规定与其加入的《1952年扣船公约》保持一致。根据1981年《英国高等法院法》第21条第2款的规定,原告在提起对物诉讼时可以单方申请法院签发扣船令,如果申请符合《英国民事诉讼程序规则》的相关规定,法院应签发扣船令。由此可见,只要满足法定条件,扣船申请人就能获得扣船令,而法院对此并没有自由裁量权。在司法实践中,英国法院也一贯坚持扣船申请人无须提供扣船反担保的作法。英国对扣船反担保采取宽松模式,究其根由是与错误扣船的判断标准密切相关。在英国,除非被申请人能证明申请人申请扣押船舶存在恶意或者重大过失,否则申请人无须赔偿被申请人因扣船而产生的损失。<sup>[8]</sup>可见,英国对错误扣船的定性十分严苛,以致扣船反担保在司法实践中很少适用。

以英国为代表的船舶扣押无须提供反担保的立法模式一直存有争议。前法官 Bernard Eder 认为英国法在船舶扣押问题上明显倾向于保护扣船申请人的利益:首先,扣船申请人无须证明其主张属于法律范畴,自然也无须要求其证明自身胜诉的可能;其次,申请扣押船舶时无须通知被申请人或者满足其他前置行为;再次,扣船申请并不要求与英国法院的管辖或者英国法存在任何联系;复次,申请扣船时不要求申请人提供真实且完整的书面陈述及扣船风险说明;最后,除非扣船申请人有恶意或者重大疏忽,否则其并不需要承担扣船错误的法律责任。<sup>[9]</sup>从这些方面来看,英国在扣船反担保问题上的立法没有

有效平衡扣船申请人和被申请人的利益,因此有失公正。另外,船舶扣押令的申请无须提供反担保,这与申请禁令时要求提供反担保的做法形成鲜明对比,而中国有学者认为这不符合立法逻辑。<sup>[4]9</sup>笔者认为不然,禁令所针对的资产十分广泛,一旦错误签发禁令所造成的损失难以预料。可见,禁令的适用条件之所以较之船舶扣押更加严格,在于其所产生的不利影响更加严重。<sup>[10]</sup>因此,英国法才将禁令的申请与扣船申请在反担保问题上区别对待,这里并不存在立法逻辑混乱的问题。

### 三、船舶面临解除扣押风险时要求提供反担保的正当性

船舶被扣押后,船东为了避免营运损失会向法院申请解除船舶扣押。在 *The "MV Alkyon"* 案中,船东因无力提供担保而无法解除船舶扣押,因此向高等法院申请,要求扣船申请人提供反担保以保证赔偿可能因错误扣船而对其造成的一切经济损失,否则法院应当命令解除扣船。虽然这并非首例涉及被申请人要求申请人为维持船舶扣押状态而提供反担保问题的案例,但 *The "MV Alkyon"* 案的判决进一步确认了船舶面临解除扣押风险时被申请人无须提供反担保这一英国传统司法惯例。

#### (一) 解除船舶扣押的风险

船舶被扣押后,可能由于以下四种情况而被解除扣押:一是被申请人提供担保;二是因当事人的申请;三是因申请人未在规定期限内提起诉讼或者申请仲裁;四是二次扣押船舶程序错误。<sup>[4]100</sup>实践中第一种情况最为普遍,也是船舶被解除扣押的根本风险来源。因此,笔者主要针对被申请人申请解除扣押船舶时是否提供担保来分析解除船舶扣押存在的风险。

在前述解除船舶扣押的第一种情况下,对于申请人而言,面临两种船舶解除扣押风险:其一,法院认为只要满足法定要件,被申请人即可申请解扣船舶而不需要提供担保。以英国为例,尽管司法实践传统上认为被申请人提供担保是解除扣押的对价条件,但英国法认为是否提供担保应由法官自由裁量。在 *The Vanessa Ann* 案<sup>①</sup>中,渔船共有人之一起诉另外两位共有人并成功扣押船舶,而被告申请解除船舶扣押状态并提出将船舶开往安提瓜进行出租<sup>②</sup>。

① 参见 *The Vanessa Ann* [1985] 1 Lloyd's Rep. 549.

② 参见 Dr Johanna Hjalmarsson: *Stallion Eight Shipping Co SA v. Natwest Markets plc (The "MV Alkyon")* [2018] EWHC 2033 (Admlty); [2018] EWCA Civ 2760 *Korea Shipping Corporation v. Lord Energy SA (The "MV Dangjin")* [2018] FCA 1717; [2018] FCAFC 201, *Lloyd's Shipping & Trade Law* 2018 p. 605.

最终法院以被告对船舶进行衡平抵押为条件解除了船舶扣押。这是英国法院在解除船舶扣押上未直接要求被申请人提供担保自由裁量的典型案例。中国在解除船舶扣押问题上的立法和英国法不同,法院对于解扣船舶并无自由裁量权。但是,从《海诉法》第18条第1款的规定来看,申请人有正当理由也可以申请解除船舶,而非必须提供担保<sup>①</sup>。至于何谓“正当理由”?中国法律并未明确。由此可见,对于申请人而言,其同样会面临在得不到担保的情况下船舶被解扣的风险。其二,虽然法院要求被申请人提供担保以解除扣押船舶,但是被申请人以申请人反担保作为抗辩,这也是*The “MV Alkyon”*案的核心争议点。这种情况下,是否维持船舶扣押状态可能由申请人是否提供了扣船反担保来决定,此时,申请人面临的解除扣押风险并不亚于得不到担保而解除扣押船舶的情形。

此外,即使被申请人提供担保以解除扣押船舶,由于其提供的担保具有一定的“自主性”,即担保数额存在协商的空间,对于申请人而言可能存在未获得充分担保的情况下船舶被解除扣押的情况。同时,国际上并未严格限制船舶解除扣押担保的方式,被申请人提供的担保方式较为多样,除了现金,还有保函、抵押以及质押等。值得注意的是,韩国法在这方面规定了相应的风险防范,韩国法规定,在诉前扣船时,申请人应提供百分之十的担保金,而且可以保函的形式作出,但是被申请人若要解除船舶扣押状态必须提供现金,不能以保函作为替代方式。韩国的这种规定体现了其在扣船反担保制度中始终维持着主体之间法律利益的平衡。

## (二) 维持船舶扣押反担保的正当性分析

探究维持船舶扣押状态是否应提供反担保的前提是对扣船反担保采取折衷型或宽松型的立法模式,这两种模式只是对申请扣船时的反担保作出了规定,对于维持船舶扣押状态是否应该提供反担保并未明确。如果采用严格型立法模式,法院在申请船舶扣押阶段就会要求提供反担保,这种状态至少会持续到案件终审判决或者仲裁裁决作出时为止,而能影响到船舶扣押维持状态的主要是反担保的追加问题。

对于维持船舶扣押是否需要提供反担保,主要存在三种理解方式。

第一,不区分申请船舶扣押与船舶扣押阶段,主张申请人无须提供反担保来维持船舶扣押。这种理解方式是基于两方面的考虑:首先,申请扣押船舶是海事债权人的一项权利,而船舶扣押状态是行使扣船权利所产生的结果。如果扣押船舶已然不要求申请人提供反担保,嗣后却在权利行使的结果上加诸状态维持的义务,这明显与一般的法律逻辑相悖。英国在*The “MV Alkyon”*案中就是不区分维持船舶扣押阶段的反担保和申请船舶扣押时的反担保,将后者的惯例直接适用于前者,而驳回了被申请人的反担保申请。另外,为了维持船舶扣押而要求提供反担保会对外国人扣押船舶设置障碍,不利于法院地国维持其航运司法中心地位。在英国*D H Peri (1862) Lush 543*案中,外国申请人以碰撞责任为由申请扣押英国一被告的船舶。当船舶尚处于扣押状态时,被告以其船舶并未碰撞申请人的船舶以及申请人要承担错误扣船责任为由要求申请人为船舶扣押阶段所产生的费用和各类损失作出反担保。Lushington法官认为,以维持扣押为由要求申请人提供反担保不仅违背了英国长期以来的司法实践,而且不利于外国人在英国申请扣押船舶,因此最终拒绝了被告的反担保请求。综上,方式一认为船舶扣押并无申请与维持阶段之分,申请扣船时的条件自然延续至扣船阶段,申请人无须提供反担保来维持船舶扣押。

第二,明确区分申请扣押船舶这一时点以及维持船舶扣押状态这一期间,主张申请人必须提供反担保来维持船舶扣押。这一理解方式背后的法理在于:首先,申请扣船时涉及的主体只有申请人和法院,当船舶被扣押后,被申请人已然知情继而采取相关措施,其中包括提供证据以主张继续扣押船舶不公正,同时也会要求申请人提供反担保,这种情况下应予以优先保障的是法律的公正性而非上述提及的法律的内在逻辑性。其次,申请人必须提供反担保来维持船舶扣押固然在一定程度上为外国人扣押船舶设置了障碍,但却为被申请人嗣后主张错误扣船的权利提供了保障。被申请人与申请人之间的错误扣船纠纷,不仅涉及管辖还涉及法律适用的问题,这些都是被申请人难以控制的因素,尤其是对于本国被申请人与外国申请人之间的错误扣船纠纷而言。这种情况下,申请人与被申请人之间的利益很

<sup>①</sup> 《海诉法》第18条第1款规定“被请求人提供担保,或者当事人有正当理由申请解除海事请求保全的,海事法院应当及时解除保全。”

难平衡,而反担保是使二者利益平衡的法律手段。因此,被申请人有权提出申请并附上相关证明材料要求申请人为维持船舶扣押提供反担保。最后,英美法系国家认为扣押船舶是为了保障对物诉讼,但是扣押船舶并非对物诉讼的充分必要条件。换言之,即使在无须提供反担保的情况下扣押了船舶,维持船舶扣押也不是必然的。当被申请人要求解除扣押船舶时,主张继续维持船舶扣押只是申请人的一种价值选择。因此,以提供反担保作为维持船舶扣押的价值选择的对价,这才是实质上的公平。由此可见,申请扣船时的反担保与维持船舶扣押的反担保是两个不同的问题,即使英国长期以来的司法实践认为扣船无须提供反担保,这并不表明维持船舶扣押状态也无须提反担保。因此,理解方式二认为,申请人为维持船舶扣押必须提供反担保,是维系利益平衡的必然要求。

第三,申请人是否要提供反担保以维持船舶扣押由法官行使自由裁量权确定。英国法在解除船舶扣押上赋予了法官自由裁量权。在 *The “MV Alkyon”* 案中,高级法院认为,被申请人提出反担保的请求违背了英国对物诉讼的基本原则,即只要申请扣船符合法定条件则必须扣押船舶,法官并无自由裁量权。然而,此基本原则只是针对申请扣押船舶而言,对于船舶扣押的维持问题,英国法实则赋予了法官自由裁量权<sup>①</sup>。高级法院进一步分析认为,此种自由裁量权必须依据一定的原则来行使,而原则之一就是对物诉讼的原告扣押船舶是一种权利,不以其是否提供反担保为前提<sup>②</sup>。对于英国高级法院的观点,笔者持保留意见。毋庸讳言,担保是船舶扣押制度的核心,但在 *The “MV Alkyon”* 案中,高级法院完全否定了反担保的存在,将法官自由裁量权的行使限定在不得要求申请人提供反担保这一具体原则之下,这与赋予法官自由裁量权的初衷相悖。由此可见,英国在 *The “MV Alkyon”* 案中的判决理由有失偏颇,是否提供反担保以维持船舶扣押状态完全可以由法官自由裁量予以决断而非依据申请扣船时无需提供反担保的司法惯例。

与英国法的规定相比,中国在解除船舶扣押问题上并未赋予法院自由裁量权。根据《海诉法》

第18条的规定,即使申请人未提供反担保以维持船舶扣押,只要被申请人无力提供担保又无其他正当理由申请解除船舶扣押,法院必须维持船舶扣押状态,这间接表明中国立法也认为维持船舶扣押无须提供反担保。但是,该规定在一些情况下的适用是存有争议的。例如,申请人不同意被申请人提供担保以解除扣押船舶(担保必定低于船舶的实际价值),同时其提供反担保以维持船舶扣押状态,这种情况下被申请人担保与申请人反担保并存,根据中国目前的规定,法院如何处理该情形尚不得而知。而赋予法院自由裁量权相比于当前的规定更有利于法院妥善处理该类案件以平衡双方利益。因此,笔者认为,不论被申请人是否有能力提供担保以解除扣押船舶,只要被申请人已主张继续扣船不公正,并以扣船反担保抗辩,维持船舶扣押是否需要提供反担保以及嗣后反担保的形式、数额等问题,完全可以由法院在综合分析被申请人以及申请人提交的证明材料的基础上权衡利弊而自由裁量决定。

#### 四、中国船舶扣押反担保制度的现状及完善

中国对船舶扣押反担保的规范经历了从严格型立法模式到折衷型立法模式的转变。从最早颁布的《最高人民法院关于海事法院诉讼前扣押船舶的规定》(简称《扣船规定》)到加入《1999年扣船公约》乃至制定《海诉法》,再到《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(简称《海诉法》司法解释)以及《最高人民法院关于扣押与拍卖船舶适用法律若干问题的规定》(简称《扣押与拍卖船舶规定》),一系列规范性文件的出台表明中国扣船反担保制度正趋于完善。然而,长期的司法实践却凸显了中国在扣船反担保上仍存在一些亟待解决的问题。

##### (一) 中国船舶扣押反担保的法律现状

原《扣船规定》第四部分第5条规定了申请人扣押船舶应当提供反担保,《海诉法》则规定海事法院可以要求扣船申请人提供反担保<sup>③</sup>。可见,中国扣船反担保的立法模式,已从严格型转向折衷型。立法模式的转变主要是基于三点考量:第一,中国加入了采取折衷型立法模式的《1999年扣船公约》,国

① 参见 *Stallion Eight Shipping Co Sa v. Natwest Markeys Plc (The “MV Alkyon”)*, Lloyd's Law Reporter, 17 Dec 18.

② 参见 Dr Johanna Hjalmarsson: *Stallion Eight Shipping Co SA v. Natwest Markets plc (The “MV Alkyon”)* [2018] EWHC 2033 (Admty); [2018] EWCA Civ 2760 *Korea Shipping Corporation v. Lord Energy SA (The “MV Dangjin”)* [2018] FCA 1717; [2018] FCAFC 201, Lloyd's Shipping & Trade Law, 2018.

③ 1994年《最高人民法院关于海事法院诉讼前扣押船舶的规定》已经于2002年3月12日失效。

内立法与国际公约保持一致有利于法律的适用;第二,扣押船舶即意味着法院的管辖权得以确立,而严格型立法模式易将扣船申请人拒之门外,不利于中国国际航运司法中心的建设;第三,中国中小企业居多,无力提供扣船反担保的现象普遍存在,而严格型立法模式难以切实保障这些中小企业的利益。<sup>[11]</sup>

2015年施行的《扣押与拍卖船舶规定》的第4条对《海诉法》第16条进行了限制,采取了以严格型立法模式为核心辅之除外规定的特殊模式<sup>①</sup>。实践中,申请扣押船舶时,除了船员劳动报酬请求纠纷以及人身伤亡赔偿请求纠纷之外,多起案件均表明中国海事法院一般会要求扣船申请人提供反担保,如涉及船舶买卖合同纠纷的(2017)津72财保6号案、涉及船舶碰撞的(2014)津海法保字第64-1号案、涉及燃油供应合同纠纷的(2014)津海法保字第61-1号案以及涉及码头损坏赔偿纠纷的(2014)津海法保字第2-1号案。由此可见,司法实践中中国法院并未拘泥于《海诉法》第16条的固有规定,对扣船反担保制度的适用存在较大的弹性空间。目前,对于扣船反担保的法律规定与司法实践中的适用衔接问题,中国尚未作出协调,这是完善中国扣船反担保制度体系尚待解决的问题。

从当前中国扣船反担保的相关规定来看,除了上述提及的协调问题以及维持船舶扣押状态是否需要提供反担保应赋予法院自由裁量权之外,中国对扣船反担保具体制度的设计亦有不足,主要存在以下问题:首先,扣船反担保这一术语及其适用对象未予明确和划定;其次,提供扣船反担保是否能直接排除其他扣船条件而扣押船舶;复次,扣船反担保的方式以及数额的确定问题;最后,扣船反担保与错误扣船如何衔接的问题,其中主要是明晰扣船反担保在错误扣船中的“担保性”如何体现。

## (二) 中国船舶扣押反担保制度的完善

完善中国扣船反担保制度,首先要明确反担保这一概念,继而扣船反担保的适用对象进行划定。在中国,反担保这一法律概念主要存在于《担保法》中。从反担保的法律关系上来看,它是债务人与第三人之间的合同关系,其产生的前提是第三人对债权人提供了担保。而扣船反担保由始至终并不存在第三人的参与,只是扣船申请人为自己的扣船申请行为的不利后果作出的担保。由此可见,扣船反担

保与上述《担保法》中的反担保实属不同,前者是基于被申请人的解除扣押担保而将申请人的扣船担保称之为反担保,表明的是相对关系。<sup>[12]</sup>将申请人提供的担保以反担保称之不免存在歧义,司法实践中直接将其称之为申请人担保未尝不可,这也体现了该种担保的程序保障属性。此外,扣船反担保适用的对象是否局限于申请人尚不明确。司法实践中要求扣船申请人提供反担保的现象普遍存在,基于此,保险行业开发了扣船保险这一新险种并以其作为扣船反担保的替代方式。作为海事领域的创新之举,扣船保险主要承保因错误扣船造成的被申请或第三人的直接经济损失。<sup>[13]</sup>在界定扣船反担保的适用对象时要结合司法实践中存在的扣船保险的应用问题,对于此种险种能否完全替代或仅作为辅助手段而适用于扣船程序,都是修法时需要予以考量的问题。笔者认为,扣船保险同样具有保障被申请人财产权益的价值,其可以作为扣船反担保的替代手段在扣船领域适用。

其次,对于扣船申请人担保的排他性问题,中国虽未作出明确规定,但是,中国法律明确规定强制性规定不可违反,而程序法就是其一。在*The "M/V YAOKI"*案中,M/V YAOKI轮光租给Sunny Shipping Co. Ltd公司,随后光租人将该轮期租予一家韩国公司。基于运输纠纷,收货人向法院申请扣押韩国承运人期租的M/V YAOKI轮,并提供了充足的现金担保。对此,海事法院认为,虽然M/V YAOKI轮是被申请人期租而来的船舶,但是其已经向扣船申请人言明扣船风险,并且扣船申请人提供了充分的担保,鉴于此,最终裁定准许了船舶扣押。<sup>[4]90</sup>事实上,根据《海诉法》第23条的规定,期租以及程租而来的船舶不在可扣押之列,这是法律的强制性规定。毋庸讳言,中国并未在扣船问题上赋予法院自由裁量的权利,仅以扣船申请人提供担保就直接裁定扣押不符合法律规定的船舶,这一做法与扣船制度的规定不符。

此外,对于扣船反担保的形式,中国法律规定了现金、保证、抵押以及质押四种,司法实践中主要存在保函与现金两种,而现金反担保在数额确定上存在较大争议。<sup>[14]</sup>关于反担保数额的确定有两种模式,其一是依据申请人申请保全的数额,其二是以申请人错误扣船所致损失为依据。《扣押与拍卖船舶

<sup>①</sup> 《扣押与拍卖船舶规定》第4条规定“海事请求人申请扣押船舶的,海事法院应当责令其提供担保。但因船员劳务合同、海上及通海水域人身损害赔偿纠纷申请扣押船舶,且事实清楚、权利义务关系明确的,可以不要求提供担保。”

规定》第5条规定申请人反担保数额包括船舶被扣押期间的各项支出和费用、船期损失以及被申请人为解除扣押提供担保所支出的费用。换言之,中国扣船反担保的数额实质上相当于错误扣船可能给被申请人造成的损失。然而,错误扣船的损失是一个弹性区间,其金额是不确定的,比如纯粹经济损失是否纳入以及船期损失数额如何确定等都需要投入时间来考量。而申请人申请保全的数额是一个固定值,以韩国法为例,其规定以申请人申请保全的数额的百分之十来确定扣船反担保的金额。参考韩国规定,中国可以考虑以保全数额为基数并通过司法统计来确定一个百分比,以此来计算申请人提供的反担保数额。

最后,扣船反担保的价值在于为或然之债即错误扣船纠纷提供司法保障,其中有两个问题需要明确:第一,扣船反担保涉及的主体范围如何界定?第二,错误扣船纠纷中扣船反担保的担保性应如何体现?针对第一个问题,有观点主张扣船反担保是申请人与法院之间的法律关系。<sup>[15]</sup>笔者认为并非如此,扣船反担保所担保的是申请人错误扣船的责任而非法院错误扣船的国家赔偿责任。另外,在扣船反担保法律关系中,担保权人究竟仅指被申请人还是包括利害关系人,目前也尚存争议。根据《海诉法》第20条以及《海诉法》司法解释》第23条的规定,有权主张错误扣船责任的主体包括被申请人和

利害关系人。笔者认为,从法律的内在逻辑考虑,扣船反担保的担保权人不应局限于被申请人而是还应包括潜在利害关系人。对于第二个问题,需明确的是主张错误扣船的主体对于扣船反担保是否具有优先受偿性。如前所述,扣船反担保具有双重属性,其中在错误扣船纠纷中扣船反担保具有债权担保性。同时,根据《扣押与拍卖船舶规定》第6条的规定,当相关主体主张错误扣船后,直至案件終了前,扣船反担保并不存在返还的问题。由此可见,扣船反担保的担保期间始于扣船申请,终于错误扣船之债的履行。因此,错误扣船之债实际属于有担保之债。

## 五、结语

船舶扣押是债权实现的保全措施,扣船担保是其核心制度。针对申请扣船阶段的反担保问题,国际上存在三种立法模式,而对于维持扣船状态的反担保问题目前尚存争议。如果申请扣船时不要求提供反担保,嗣后为维持扣船状态是否应加诸提供反担保的义务,应由法院自由裁量,这是消弭申请人与被申请人之间扣船公正性冲突并保障双方合法权益的有效方式。对于中国扣船反担保制度而言,需要着眼于立法与司法实践的冲突协调,明确扣船反担保的立法模式,从扣船反担保的一般性问题入手逐步明确扣船反担保的特殊性规范,最终完善扣船反担保的制度体系。

## 参考文献:

- [1]梁永刚. 海事担保法律问题研究[D]. 大连海事大学 2008: 2.
- [2]关正义. 扣押船舶法律制度研究[M]. 北京: 法律出版社 2007.
- [3]李守芹. 海事诉讼与海事(商)法[M]. 北京: 人民法院出版社 2007: 305-330.
- [4]张丽英. 船舶扣押及相关法律问题研究[M]. 北京: 法律出版社 2009.
- [5]高俊涛, 谢飞. 船舶扣押中的海事担保探析[J]. 珠江水运 2008(5): 43-46.
- [6]杨良宜. 海事法[M]. 大连: 大连海事大学出版社, 1999: 66-72.
- [7]CMI. 2016 CMI Yearbook [DB/OL]. [2019-07-24]. <https://comitemaritime.org/publications-documents/cmi-yearbook>: 328-336.
- [8]CHAMBERS J. Ship arrest remains a very powerful weapon: jurisdiction and security without risk [DB/OL]. (2018-11-27) [2019-07-24]. <https://www.quadrantchambers.com/news/ship-arrest-remains-a-very-powerful-weapon-jurisdiction-and-security-without-risk-jonathan-chambers>.
- [9]EDER B. Cross-undertaking in damages for ship arrest: an opportunity missed [J]. Lloyd's Shipping & Trade Law, 2018, 18(7): 101.
- [10]胡彦萍. 英国的马利华禁令[J]. 国际商法论丛 2000(00): 560-573.
- [11]郭红怡. 诉前扣船反担保问题探讨[J]. 法学杂志 2002 23(4): 64-66.
- [12]关正义. 海事诉讼中几个法律概念的辨析[J]. 当代法学 2006 20(1): 147-148.
- [13]胡若音. 浅议“扣船保险”的制度创新[J]. 经济研究导刊 2017(33): 79-80.
- [14]曲波. 论诉前扣船担保方式[J]. 中国海商法研究 2006 17(1): 300-311.
- [15]倪学伟. 错误扣船的形态、性质及相关问题[J]. 中国海商法研究 2005 16(1): 271-285.