

诉前扣船案件中海事担保若干法律实务问题探析

——兼谈海事担保的立法完善

谢辉程、邓非非、骆振荣*

摘要：在《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《海诉法》）所规定的海事担保¹的程序中，海事请求保全程序中的海事担保使用的最多，扣押船舶案件是海事请求保全案件中使用海事担保最多且最典型的一种，诉前扣押船舶案件占扣押船舶案件的比例颇大，因此，研究诉前扣押船舶案件中的海事担保问题对规范海事担保司法实践以及完善海事担保立法有着很大的意义。

本文立足于《海诉法》及《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》（以下简称《海诉法》解释）、《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》（以下简称《扣押与拍卖规定》）关于海事担保的具体规定，通过对笔者所在海事法院诉前申请扣押船舶的案件的梳理，抽取一些诉前扣押船舶案件中涉及的海事担保存在的较为突出和常见的争议问题，在现有的理论成果的基础上，有针对性地提出具体的实务处理意见，并就如何完善海事担保的立法提出建议。

关键词：诉前扣押船舶 海事担保 担保方式 完善立法

* 谢辉程、邓非非，广州海事法院法官；骆振荣，广州海事法院法官助理。

¹ 指《海诉法》第六章规定的“海事担保”，其是对海事请求权的担保，即为满足特定程序需要的担保，不同于《海诉法》第六条第二款第（六）项规定的“海事担保纠纷”管辖中的“海事担保”。如无特别说明，本文所称“海事担保”指《海诉法》第六章规定的“海事担保”。

引 言

航运市场面临的严重困难,使得各种矛盾的主体企求通过海事司法的手段保护自己的利益。海事请求保全案件尤其是诉前申请扣押船舶的案件骤然增多。由于海事担保规定本身存在一定的缺陷,如相关的法律规定比较简单,缺乏系统性²和实际操作性,使得我院在审理诉前扣押船舶案件的过程中对其适用时引发一些相应的问题,比如,海事法院在行使是否要海事请求人提供反担保的决定权时应依据什么原则或标准?《海诉法》规定的四种担保方式以外其他方式是否禁止?被请求人提供的担保是否应要求海事请求人确认?等等。

一、关于海事法院责令海事请求人提供反担保³

(一) 提供反担保的主体

《扣押与拍卖规定》第四条明确了“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。”应该说,在该司法解释施行之前,审判实践也是以要求提供反担保为原则,个别类型案件,主要是船员为索赔工资的请求权而申请扣押船舶的案件,才免除提供反担保。该司法解释明确了海事法院判断是否要求海事请求人提供反担保的标准,即以案件性质和海事请求人是否存在经济困难和精神损害为标准来判断,同

² 海事诉讼担保的规定分散在《海诉法》第三章“海事请求保全”以及第六章“海事担保”。

³ 有学者指出,反担保是担保法中的一个概念,它同海事诉讼中所说的反担保,在保证的对象、担保的目的等方面都是不同的。用这样的概念来概括申请人的担保是不准确的,应该将涉及的海事担保按照申请人的海事担保和被申请人的海事担保来概括比较好。详见关正义:“海事诉讼中几个法律概念的辨析”,载《当代法学》,2006年1月。笔者在此并不对“反担保”的概念作界定和分析,为了行文的方便,采用司法实践中常说的“反担保”来指海事请求人提供的担保。

时还必须事实清楚、权利义务关系明确。

问题是，这样的规定是否太过严格要求有充分证据或有足够信誉的海事请求人提供担保责任。保险人、船东互保协会、银行、资信良好的大型企业申请扣船是否需要提供担保。实践中保险人、船东互保协会、银行、资信良好的大型企业作为第三人为海事请求人或被请求人提供的信用保证在实践中运用最广泛而且乐于被海事法院或海事请求人接受，这充分证明他们的信誉及承担赔偿责任的能力被大家认可。这类主体作为扣押船舶申请人时，海事法院是否有必要责令他们提供担保？值得注意的是，最高人民法院在其发布的《扣押与拍卖规定》征求意见稿时，明确将“海事请求人资信良好，具有承担相应民事责任的能力且不存在执行障碍”作为不需要提供担保的例外情形之一，但在颁布的定稿中删除了这一情形。笔者认为，海事法院要求海事请求人提供担保的目的就是确保在错误申请的情况下实现被请求人对损失的索赔权，既然海事请求人的赔偿责任能力被认可，那么这类主体作为扣押船舶海事请求人时，只要提供了初步证据证明其请求权，海事法院就似乎没有太大必要责令其提供担保⁴。另外，实践中还出现过政府申请扣船，这种情况下政府是否需要提供担保。根据《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》，政府不能作为担保法律关系的主体向其他民事主体提供担保。同时，要求政府以平等民事主体身份与他人订立担保合同，也会影响政府在行使公共事务管理权方面的公信力和形象。另外，要求政府在维护国家

⁴ 张丽英教授持同样的观点。参见张丽英著：《船舶扣押及相关法律问题研究》，法律出版社2009年版，第90页。

利益的情况下也要由企业或专业担保公司等为其提供担保，也是一件不现实的事情⁵。因此，政府以民事主体申请扣船不需要提供担保。

反担保是海事请求人对自己要求海事法院对被请求人的船舶扣押的合法性的保证，是扣押船舶错误的赔偿基础。据此，笔者建议，司法实践中要判断是否需要责令海事请求人提供担保着重看两点：第一，证明海事请求权的证据；第二，海事请求人的资信以及赔偿能力。前者主要是判断扣押船舶的错误可能性有无及大小，要充分重视对海事请求人与被请求人之间债务的审查，根据能确定的事实和对责任的初步判断决定是否责令提供反担保；后者是判断扣押船舶错误后海事请求人是否有能力赔偿被请求人。笔者认为，两者只要满足其一，即，让法官心证确信错扣可能性小或即使错扣也能充分赔偿被请求人，那么，海事法院就没必要责令提供担保。前者的典型例子因海难事故、人身伤亡、船员工资要求等海事请求而提起的扣船申请，其损害和劳动的事实通常会经海上交通安全主管部门的介入、调查或处理，那么享有海事请求权就成为既定的事实，一般来讲扣押船舶的错误可能性极小，可以不责令提供担保。后者的典型例子是保险人、船东互保协会、银行、资信良好的大型企业作为申请人申请扣船时，因信誉良好，充分具有扣押船舶错误的赔偿的资本，可以不责令提供担保。海事法院在裁量扣船海事请求人是否需要提供反担保时，应避免强加给海事请求人沉重的费用负担使之无法通过扣押船舶保全海事请求权的法律目的⁶。

⁵ 关正义：《扣押船舶法律制度研究》，法律出版社2007年9月版，第111页。

⁶ 周益、王圣礼：“简评美国扣船制度”，载《重庆工商大学学报(社会科学版)》，2006年2月。

（二）海事法院何时决定是否要海事请求人提供反担保

法院何时决定是否要海事请求人提供担保涉及海事请求保全的效率，即法院如果在法定的时间内能及时作出决定，海事请求人也就能及时获准裁定保全。已往案例中也会看到由于法院未能及时决定是否需要提供反担保及提供的数额，申请扣押的船舶离开海事法院管辖区域的案件。这不仅会使很多海事请求人不愿到中国扣船，而且海事法院的国际声誉也会因此下降。

要解决这个问题，笔者建议，在紧急的情况下，可不要求海事请求人一次性的提供反担保，而是根据案件的具体情况，先确定一个较短的日期，让海事请求人提供此期间内因可能给被请求人造成的损失而所需的担保，然后在接受了海事请求人的反担保并控制了保全财产的情况下，由法院再就错误申请的可能性以及全部反担保的数额作出决定，这样既控制了保全财产，又使债务人的权益得到了相应的保障，又赢得了时间，从而能够从容的作出比较公正的裁决。笔者所在海事法院的诉前扣押船舶案件实践中，曾经允许海事请求人暂时提供金额为3天以上的船期损失及其它费用的反担保。在期限（如3天）届满后，责令海事请求人追加反担保，否则释放船舶。

二、关于海事请求人和被请求人提供担保的方式

（一）海事请求人和被请求人提供担保方式的基本情况

审判实践中，无论是海事请求人提供的担保还是被请求人提供的担保，保证占绝对多数。保证人一般限于具有良好的商业信誉并具有

相当经济实力的金融机构(包括保险公司、银行、船东保赔协会⁷)以及资信比较好的大型企业。

设置抵押或质押的担保方式未得到运用,《海诉法》没有规定的担保方式在实践中却大量使用。比如近年来,保险公司出具的诉讼财产保全责任保险保函更加普遍成为担保新方式。在已往的海事审判实践中,海事请求人提供房产、船舶和车辆的,并不是以设置抵押或质押的方式在其上设定担保,而是通过海事法院裁定查封房产或车辆、限制船舶处分或抵押这种方式设定担保。这种担保方式在《海诉法》目前的规定下找不到依据。

(二) 审判实践中关于担保方式的常见问题及建议

1. 海事请求人或者被请求人自己提供的保证是否可以接受

调研过程中,海事请求人自己提供的信用保证也较常见,担保函或扣船申请书中通常会写明“海事请求人愿因扣船错误给被请求人造成的经济损失在具体数额内承担赔偿责任”。笔者认为,海事请求人或者被请求人自己提供的保证不应被接受。理由是:根据《担保法》的规定,保证人必须是除债权人和债务人以外的其他人。之所以需要出具担保,就是因为不相信债务人的信誉或者对方没有可靠的信誉。债务人以自己的财产保证承担造成他人损害的赔偿责任,当属民事主体应当具备的责任能力,而非法律所规定的担保制度中的保证⁸。因此,不能将“海事请求人愿因扣船错误给被请求人造成的经济损失在

⁷ 蒂莫西·沃克(Timothy Walker)法官给协会保函的优点作了精辟的归纳⁷: (1) 在谈判数额上迅速快捷; (2) 不需要实际支付现金或提供银行担保; (3) 谈判选择管辖权; (4) 避免扣船造成的延误、花费和不便; (5) 为索赔人无风险地持续担保。the “Oakwell” [1999] 1 Lloyd’s Rep. 249 at p. 253. 转引于王晓晖: “全球视野下的扣船制度与中国扣船制度解读”, 上海海事大学 2006 年法学硕士学位论文。

⁸ 关正义: 《扣押船舶法律制度研究》, 法律出版社 2007 年 9 月版, 第 103 页。

具体数额内承担赔偿责任”识别为保证。否则，一旦发生错误扣船，只会徒劳增加是在海事请求人提供的限额保证内先执行，还是执行伊始就对海事请求人所有的财产予以执行直到执行完毕的困惑，虽然最终执行效果是一样的，即对其所有财产予以执行直至完毕。笔者建议，当事人自己提供的这类“保函”，一律不识别为保证，不在扣船裁定书中记载“海事请求人已向本院提供适当担保”。

接受当事人为自己提供“保函”的主体一般是船东互保协会、银行、资信良好的大型企业等，笔者认为，不能过于注重担保的形式化，只要资信可靠，这类主体申请扣押船舶时可以不责令其提供担保。

2. 向海事法院提交担保是否均应附担保函

在目前的实务操作中，当事人只在提供保证（信用担保）时，才提供担保函。提供的现金或者实物担保的，一般不提供担保函。

笔者建议，向海事法院提交担保，不论何种担保方式，均应附担保函。理由有二：其一，要求担保人提供担保函，在其中明确担保事由、被担保人以及其所担保的债权数额、担保责任范围、担保期间等事项，就能避免在以后执行海事担保时，对上述事项发生争议；其二，也可以避免在没有书面的担保函的情况下，法院对于第三人提供的财产采取保全措施如冻结银行账户、查封房地产等时缺乏依据。

3. 限制特殊动产和不动产处分或抵押的担保方式是否合法

调研案例中，海事请求人提供房产、车辆、船舶等物的担保的，法院作出“查封裁定书”，扣押有关财产权证照并通知有关产权登记部门不予办理该项财产的权属变动、抵押手续等的方式设定担保。目

前《海诉法》并没有给予上述做法以依据，笔者建议，《海诉法》应该增设以扣押有关财产权证照并通知有关产权登记部门限制财产处分或抵押为担保方式。

其一，以设置抵押、质押的方式设定担保需要办理抵押登记，而抵押登记往往需要较长的时间，而诉前扣押船舶时间比较紧迫，完全依照抵押登记的程序办理担保往往难以做到，以限制财产所有人处分或抵押的方式设定担保较为简便快捷，鉴于海事法院已实际接受以限制财产处分或抵押的担保方式，这就表明题述担保方式在审判实践中具有很强的实用性。其二，《海诉法》规定了海事担保的方式，但法律对以其他方式设定海事担保并无禁止性规定。在判断担保能否接受所应采取的标准是担保的可靠性和充分性，而不能拘泥于担保的方式。以限制所有人处分财产的方式设定海事担保充分、可靠、便捷，在审判实践中具有很强的实用性，应作为一种法定的担保方式加以规范⁹。其三，因海事法院需将有关财产权证书收存，抵押人无再次设定抵押及将财产出质的可能，在海事法院经审查查明有关财产未设置抵押并决定接受担保后，海事法院会及时向产权登记机关发出协助执行通知书，通知产权登记机关，不得办理担保财产的过户、抵押登记等手续。这种协助执行通知书实质上起到海事请求保全的作用，等于查封了担保房产和车辆，活扣押了担保船舶。

当事人提供车辆、房产和船舶等财产担保的，我们一般采用查封的方式，但是查封财产的裁定应该与扣船的裁定分别作出，最好不要

⁹ 许俊强：“以限制所有人处分船舶的方式设定海事担保”，载《世界海运》，2005年8月，第38页。

合并在一个扣船裁定中。查封前应调查该不动产有无抵押的情况,除非抵押所担保的债权额明显小于不动产的价值,且其差额可以满足担保的金额,通常不接受已经设置抵押的不动产担保。另外,以限制所有人处分或抵押的方式设定海事担保,财产所有人必须出具担保书,担保书应载明担保事由、担保的债务、数额、担保财产、履行的条件等项,最重要的一点是担保人必须明确表示自愿限制其对财产的处分,并将产权证书(并非必须随船、随车的证书)交由海事法院收存。

如果在立法中将限制特殊动产和不动产处分或抵押的担保方式明确规定还不成熟,那么为了避免实践中的困惑,建议将第七十三条第二款规定的“提供担保的方式”后增加“可以”两字。

4. 以提供现金、设置抵押或质押的方式提供的担保是否具有担保物权性质

设置抵押与质押如前文所述在海事诉讼中几乎未得到运用,不仅是因为设定程序比较复杂,海事请求人、被请求人提供担保都有时间限制,更因为并没有在抵押物或质押物上成立担保物权。现金属于质押的一种标的物¹⁰,下文将其纳入质押方式讨论。笔者建议,法律应明确规定:以提供现金、设置抵押或质押的方式提供的担保具有担保物权性质,担保权人具有优先受偿权。

《海诉法》将抵押和质押规定为海事诉讼担保方式,实质上是在程序法上创立了物上权利。抵押和质押作为担保物权,具有优先性,当被请求人向法院提交实物取代被扣船舶时,必然会在该物上设定抵

¹⁰ 有学者指出,将一笔现金交给债权人作为债的担保,则该笔现金已经特定化,可以作为质押的标的。参见王利明著:《物权法论》,中国政法大学出版社,第747页。鉴于现金担保在海事诉讼担保中使用的广泛性,为便于当事人继续选择使用,建议立法中继续保留,但理论上应该明确现金属于质押的一种标的物。

押权或质权。这与我国现行的强制执行制度中的平等原则及财产保全理论不一致¹¹, 笔者认为, 在当前的条件下, 海事司法的强制执行制度在坚持平等原则的同时, 应在程序法中明确规定因诉前扣押船舶以提供现金、设置抵押或质押的方式提供的担保具有担保物权性质, 担保权人具有优先受偿权, 理由在于:

第一, 明确规定实行强制执行优先原则更能体现公平。从权利义务角度讲, 应该实行优先原则, 例如, 在诉前扣船中, 在要求海事请求人提供担保的情况下, 在担保期间, 海事请求人与其他债权人相比, 会有一部分利益损失, 而且海事请求人申请错误, 造成错误扣船的, 还应当赔偿被请求人因此而遭受的损失, 而这些损失及风险是其他债权人所不会遭受的。从该理论出发, 海事请求人应当享有优先受偿权, 这实质上也是公平的体现; 从程序公平观出发, 强制执行优先原则更能实现债权人平等, 这主要是因为债的执行与自愿清偿在清偿债的效果相同¹²。强制执行是通过公权力形成依法执行程序强制债务人清偿, 但它与自愿清偿有异曲同工之效, 都是为了保护债权人的利益。既然在自愿清偿情况下, 受偿有先后, 那么强制清偿也应该允许有先后。第二, 明确规定实行强制执行优先原则更能简化执行程序, 提高执行效率。债权人以强制执行时间的先后而取得优先受偿权, 程序简明, 债权人只要有执行根据, 强制执行的功能就能得到迅速发挥。第三, 有立法先例。我国台湾地区在强制执行程序中也是坚持平等原则, 但其在程

¹¹ 强制执行原则与财产保全理论是相对应的, 在案件实体问题审理后涉及强制执行时采取原则有三种立法例: 优先原则、平等原则及折中原则。我国采取的强制执行平等原则, 与此相应的财产保全并非是为了保证个别债权人将来判决的执行, 而是为了保证所有债权人将来判决的执行。

¹² 曲波: “论诉前扣押船舶”, 载《中国海商法年刊》2007 年第 17 卷。

序法中明确规定在财产保全提供的担保上设定法定抵押权或质权¹³。

总之,对以提供现金、设置抵押或质押的方式提供的担保采取优先受偿的原则,既符合当今强制执行制度的发展趋势,又体现了公平原则,同时还能简化执行程序。但是,鉴于因诉前扣押船舶而取得的担保并非当然具有担保物权性质,笔者建议法律明确规定,因诉前扣押船舶以提供现金、设置抵押或质押的方式提供的担保具有担保物权性质,担保权人具有优先受偿权。

(三) 完善立法建议

综上,笔者建议,将《海诉法》第七十三条第二款修改为:

担保的方式可以为提供保证或现金、限制特殊动产和不动产处分或抵押、设置抵押或质押等;向海事法院提供任何形式的担保应同时提交担保函。以提供现金、设置抵押或质押的方式提供的担保具有担保物权性质,担保权人具有优先受偿权。

三、关于担保的提交对象

(一) 海事请求人和被请求人担保的提交对象的基本情况

《海诉法》第七十四条规定:海事请求人的担保应当提交给海事法院。实践中,反担保应向且都向海事法院提交,这主要是由于反担保更多意义上是法院对海事请求人滥用诉权的防止,其方式、数额都是由海事法院决定的,且责令提交当时担保的债权人是不确定的。

被请求人几乎只向海事法院提供担保。按照《海诉法》第七十四条规定,被请求人提供的担保可以提交给海事法院,也可以提供给海

¹³ 同上。

事请求人。实践中被请求人向海事请求人提供担保的案例寥寥，原因之一可能在于海事法院在扣船裁定书中只记载“责令被申请人向本院提供具体数额的担保”而未明确可以向海事请求人提供。

（二）审判实践中关于担保提交对象的问题及实务处理建议

虽然法律规定被请求人的担保可以提交给海事法院，也可以提交给海事请求权人，海事法院和海事请求人都具有审查权，但实践中却通常只提交给海事法院。

这极易引发问题。其一，对于一些海事请求人不同意接受的担保，海事法院强行依《海诉法》第七十五条赋予法院在对被请求人提供的担保在当事人协商不成时的最终决定权而裁定接受该担保，会造成海事请求人同法院之间的矛盾¹⁴。若最终发生不能执行的情况，按照现行法律制度，则由请求人来承担执行不能的风险，请求人与海事法院的矛盾会进一步加深。其二，当合同中明确订有仲裁条款或当事人双方事后约定仲裁解决争议，又或者有有效的管辖协议时，被请求人的担保如果交由扣船法院掌握，就产生了对掌握在扣船海事法院手中的担保如何处置问题¹⁵。

笔者认为，在诉前扣船的情况下，被请求人提供的担保应由海事请求人确认并接受。被请求人提供的担保，其方式和数额主要由海事请求人和被请求人协商决定，协商不成的才由海事法院决定。海事法院应弱化在被请求人提供担保制度中的职权干预，如果当事人能够自力解决达成一致意见的，则应给予当事人合理行使权力的自由，因为

¹⁴ 关正义：“重构海事请求保全制度若干问题的思考”，载《法律适用》，2005年7月，第84页。

¹⁵ 吴南伟：“诉讼前扣押船舶的担保问题浅议”，载《法律科学》，1989年第6期。

法院同当事人在船舶扣押法律关系中式一种协同的关系¹⁶，诉讼的最终法律后果仍是由当事人承担的。

但有些案件，海事请求人接受了被请求人提供的不可靠担保而最终达不到保全其海事请求的目的。在这种情况下，海事法院审查担保的可靠性就对海事请求人意义重大。比如被请求人的名称未查明的情况下，船东提供的担保函只是表明为船东的法律责任担保，但承担法律责任的可能是光船承租人。鉴于此种情况，应赋予海事请求人要求或双方当事人协议提交给法院保管的权利。此时被请求人提供的担保仍应要求海事请求人予以确认。如果海事请求人不确认，应要求海事请求人出具书面意见，说明不确认的理由，由法院审查，作出决定。一般应要求被请求人按海事请求人的要求出具担保。如果海事请求人要求过于苛刻，法院可作决定。

（三）完善立法建议

笔者建议，为了澄清审判实践中的困惑，法律有必要明确规定：在诉前扣船的情况下，被请求人提供的担保应由海事请求人确认并接受。海事请求人要求或双方当事人协议提交给法院保管的或者海事请求人请求海事法院保管的，可以提交给海事法院，但海事请求人应予以确认，不予确认的，请求人应书面说明理由，最终由海事法院决定。

四、关于反担保和被请求人担保的数额

（一）海事请求人和被请求人提供担保数额的基本情况

法官责令海事请求人提供担保的数额的标准非常模糊。反担保提

¹⁶ 张丽英著：《船舶扣押及相关法律问题研究》，法律出版社 2009 年 4 月版，第 308 页。

供的目的就是为了实现因错误申请遭受损失的被请求人的合法索赔权。实践中，海事法院应该如何确定损失，即怎样界定损失的范围有三种不同做法。

其一，以请求人请求数额为依据。《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》第九十八条规定：“人民法院依照民事诉讼法第九十二条、第九十三条规定，在采取诉前财产保全和诉讼财产保全时责令海事请求人提供担保的，提供担保的数额应相当于请求保全的数额。”如何看待《海诉法》第七十六条第二款的规定与上述条文之间的关系。笔者认为，基于特别法优先于一般法适用的层级效力原则，对于担保的具体数额的确定应当依据我国《海诉法》的规定，即依据被请求人或者利害关系人因错误扣船遭受的损失计算，而不能要求海事请求人提供的担保数额相当于其请求保全的数额。其二，以被扣船舶 30 天的期租租金为依据。根据海诉法和海诉法的解释，海事请求人提供的担保金额应包括因船舶被扣押期间产生的各项维持费用与支出、船期损失以及被请求人为使船舶解除扣押而提供担保所支出的费用。海事请求人为申请扣押船舶提供限额担保的情况下，在扣押船舶期限届满时，未按照海事法院的通知追加担保的，海事法院可以解除扣押。司法实践中，法院一般要求海事请求人提供扣船 30 天船舶的船期损失，一些案例显示，船期损失通常以船舶被扣押之日的市场日租金为计算依据¹⁷，变通做法是在紧急的情况下，海事法院责令海事请求人提供金额为 3 天以上的船期损失及其它

¹⁷ 金正佳主编：《海事诉讼法论》，大连海事大学出版社，2001 年 9 月版，第 269 页。

费用的反担保。在期限（如 3 天）届满后，责令海事请求人追加反担保，否则释放船舶。其三，以提供担保所发生的费用加上提供担保所需的合理时间内的船期损失为依据。在英美法系国家，船东只有权索赔提供担保的费用，理由是船舶应当可以通过提供充分的担保以使被扣押的船舶获释¹⁸。也就是说，海事请求人的责任范围以被请求人提供担保而可能发生的费用为限。因为扣押船舶作为一种保全措施，其最终的目的是为了获得担保而不是滞留船舶本身，作为因船舶扣押而遭受损失的船方理应负有减少损失的义务而提供担保。因此，有学者建议¹⁹，将船方因船舶扣押而遭受的损失界定在提供担保所发生的费用加上提供担保所需的合理时间内的船期损失的范围之内。前者是现有财产的减少，后者是预期利润的损失。

比较分析上述三种做法后，笔者认为，应采取以被扣船舶 30 天的期租租金为依据的标准界定被请求人损失的范围。海事法院若责令提供反担保，应给海事请求人发责令提交反担保通知书，并在其中明确反担保数额的计算依据，这样做不仅是自由裁量权的自我监督，更有利于尽快地统一责令海事请求人提供反担保的做法。

《扣押与拍卖规定》第五条第二款也只是原则性地规定了“船舶扣押后，海事请求人提供的担保不足以赔偿可能给被请求人造成损失的，海事法院应责令其追加担保”，对何种情形下应当追加反担保未作出细节化的规定；关于海事请求人能否分批提供担保，《扣押与拍卖规定》发布稿删除了征求意见稿中关于“情况紧急时，可以允许海

¹⁸ 刘小娜：“船舶扣押制度若干问题的研究”，大连海事大学 2003 法学硕士学位论文。

¹⁹ 李海：《船舶物权研究》，法律出版社 2002 年版，第 261 页。

事请求人分批提供担保”的规定，似乎对此问题仍持否定态度。

笔者建议，法律应该明确规定海事请求人提供的担保的费用为扣押船舶 30 天的费用。在海事请求人为申请扣押船舶提供的是限额担保（如 30 天），而扣押船舶的时间因为海事请求人提起诉讼和被请求人未提供担保而超过 30 天的情况下，此时的被扣押船舶将处于无海事请求人担保的状态。应该认为，发生上述不利情形乃被请求人未提供担保义务而导致，即使需要海事请求人预先支付该期间的扣船费用，也应认定，无论是否错误扣船，其可以向被请求人追偿从扣船期限 30 天满之日起至最终放船之日所提供担保的费用。否则一旦诉讼时间过长，而被请求人又始终不提供担保，对于海事请求人来说，岂非就意味着可能要不断地追加担保的数额，这对海事请求人来说显然是不公平的。

2. 被请求人是否有权利对海事请求人担保的内容提出复议

根据《海诉法》的规定，海事请求人申请扣押船舶时是否要提供担保、提供担保的类型、数额等都由海事法院决定。之所以由法院决定上述事项主要是因为海事请求人在提供担保给海事法院前不能与被请求人沟通和协商，如果被请求人知晓，那么一方面在未发出扣船裁定时打草惊蛇，另一方面被请求人基于海事请求人提供担保后法院会裁定扣船的后果一般不会同意海事请求人提供的担保。目前的现状就是被请求人对海事请求人担保的具体情况，如提供担保的方式、数额、承担责任的条件等通常是不知晓的²⁰。被请求人在扣船裁定下发

²⁰ 见图五：裁定书中关于反担保的内容记载方式。

前不知晓关于海事请求人提供担保的事项,那么其是否有权在扣船裁定下发后对基于法院的职权而责令海事请求人提供的反担保的数额、方式和承担责任的条件等申请复议?

笔者认为,基于被请求人是海事请求人提供担保的法律关系的一方,且法律赋予被请求人就海事请求保全裁定申请复议的权利,因此,其应当享有对海事法院作出的有关反担保的裁决内容提请复议的权利。具体来说:

(1) 依据海事请求人提供反担保形成的担保关系的双方主体的身份,被请求人有权利知晓并复议。

有学者指出,海事请求人提供的担保是在海事法院和海事请求人之间形成的一种担保的关系,即海事法院根据海事请求人的申请,通过行使司法权力扣押被请求人的船舶,而海事请求人承担海事法院行使该项司法权力错误时的对外赔偿责任。如果海事法院没有责令海事请求人提供担保,在发生错误扣押船舶的情况下,首先要通过对海事请求人财产的执行来保证对被请求人的赔偿责任,如果不能用执行海事请求人的财产赔偿被请求人的损失,法院就要自行承担赔偿责任²¹。因此,在仅凭程序性审查就同意海事请求人扣押船舶的请求,发生错误扣船后所要承担的责任是民事赔偿责任,而不是经过完整的诉讼程序后出现错判的国家赔偿责任。

如果按此推理,那么,被请求人也就不需要知道并对海事请求人是否提供了反担保、反担保的类型以及数额等提出异议,因为在海

²¹ 关正义:《扣押船舶法律制度研究》,法律出版社2007年9月版,第106页。

事请求人提供的担保关系中，海事法院是海事请求人的担保人，发生扣船错误而责令的反担保不可靠或未责令提供反担保，在海事请求人无力承担时，被请求人可以请求法院来承担责任。试想，若法律制度真如此创设，虽最大限度地保证了海事请求人和被请求人的权益，但却过分加重了海事法院的责任²²。海事法院毕竟属于国家权力机关，并非民事主体，其在民事诉讼中的作用是代表国家凭借国家强制力解决民事主体间的争议。因此，将海事法院的责任等同于一般民事主体的责任必然使其不堪负重，而且也有违诉讼制度的初衷。另外，如果海事法院会因为海事请求人提供的担保不可靠或未责令提供反担保而最终承担民事责任的话，法律赋予海事法院对是否责令提供反担保的自由裁量权的规定就形同虚设，因为海事法院为了避免承担责任，肯定会要求海事请求人提供极其充分的担保。这样做的直接后果就是极大地加大了海事请求人通过诉前扣船程序保全海事请求的难度，诉前扣船程序的作用会被极大限制。

法院与当事人在船舶扣押法律关系中是一种协同的关系²³。笔者认为，海事请求人提供的担保是在海事请求人和被请求人之间形成的一种担保的关系，只要海事法院尽到了自己的程序审查的义务，被请求人就要承担错误扣船下执行不到的后果，因此被请求人应当享有对海事请求人提供的担保内容的复议权。

（2）依据海事诉讼特别程序法第十七条的规定，被请求人对扣押船舶裁定书的内容不服的，可以申请复议。

²² 徐敏、阚琳琳：“论海事担保制度中海事法院的职权”，载《世界海运》，2003年2月。

²³ 张丽英著：《船舶扣押及相关法律问题研究》，法律出版社2009年版，第308页。

海事诉讼特别程序法第十七条第一款规定“海事法院接受申请后，应当在四十八小时内作出裁定。裁定采取海事请求保全措施的，应当立即执行；对不符合海事请求保全条件的，裁定驳回其申请。”第二款规定“当事人对裁定不服的，可以在收到裁定书之日起五日内申请复议一次。海事法院应当在收到复议申请之日起五日内作出复议决定。复议期间不停止裁定的执行。”由此可知，当事人对裁定不服的，应该是指对整个裁定书的内容申请复议，而非仅仅是采取保全措施或不采取保全措施的裁定。实践中，已有不少案例中被请求人就海事请求人提供的担保提出复议申请，在调研案例中，共有 43 宗案件被请求人提出复议申请，占有案件数的 15.5%。笔者发现，所有的复议案件中，被请求人都会对海事请求人提供的担保提出异议，或认为没有责令海事请求人提供担保²⁴，或认为海事请求人的担保不足以承担扣船错误时的责任。基于自由裁量权可能被滥用，有必要允许被请求人对海事法院作出的有关反担保的裁决内容提请复议，这也同样有利于海事法院统一责令海事请求人提供担保的操作。

被请求人对海事法院作出的有关反担保的裁决内容提请复议的前提是海事法院关于请求人提供反担保的数额、类型、承担责任的条件等通过扣船裁定书或者单独的财产查封裁定书等告知了被请求人。笔者认为，为保证被请求人就扣船裁定书中的反担保内容提出异议的权利，法律有必要明确规定，扣船裁定书中应清楚地写明海事请求人是否提供了反担保、提供的反担保的类型、数额等。有一种情况是可

²⁴ 有些案例，虽然海事请求人提供了反担保，但在扣船裁定书中未作记载，这也会引起被请求人的误解认为没有提供反担保。

以放宽要求的，如果海事请求人提供的是房产、车辆、船舶等不动产和特殊动产作担保，海事法院在做出财产查封裁定并将其送达给被请求人的情况下，扣押船舶的民事裁定书中只写明海事请求人已向本院提供了担保也是可以的，因为被请求人已经知晓了海事请求人反担保的具体内容，即使在这种情况下，裁定书中也应写明“海事请求人已提供了担保”，这要在实践中具体把握，不宜上升到法律规定层面。

3. 被请求人提供的担保是否必须以船价为限

海事诉讼法第七十六条规定，海事请求人要求被请求人就海事请求保全提供的担保的数额，应当与其债权数额相当，但不得超过被保全的财产价值。司法实践中，在有很多海事请求人对同一船舶提起扣船申请时，虽然每个扣船海事请求人的债权数额和要求的担保数额不超过船舶价值，但债权的总额和要求的担保总额远远超过船舶价值的情况下，被请求人是按照海事法院的裁定分别为每个海事请求人提供担保从而使得担保总额超出船价，还是为全部海事请求人提供以被扣押船舶的船价为基础的担保引起了争议。

国内一些学者对以船价为限持支持态度，其理由总结起来有几个：（1）担保物为被扣押船舶的替代物，即以另一物代替被扣押船舶，那么实际上为等价交换，所提供的物与船舶价值应一致；（2）如果被请求人未提供担保，被扣押的船舶就会被强制拍卖，所得价款最多也只能是船舶价值，其中还要扣除与司法拍卖相关的高额费用，这必将损害海事请求人与被请求人双方的利益；（3）实践中，大多数请求人要求的担保金额都高于其实际的债权额，如果放任请求人随意要

求担保金额，势必损害被请求人的合法利益。在因请求人要求的担保金额过大而被请求人又无力提供的情况下，还可能导致船舶被拍卖的严重后果；（4）船东提供船价担保并不意味海事请求人的索赔限额为船价，执行中还是可以再扣押船舶的²⁵。

然而，有更多的学者对海事请求人提供的担保金额的船价限制规定提出质疑²⁶。反对的理由归纳起来是：（1）过于保护被请求人，限制了请求人的议价能力；（2）海事请求人可能会因为被请求人提供担保不充分而再次申请扣押船舶；（3）可能为不履行生效法律文书的债务人提供逃避债务的借口与机会，损害债权人的合法权益²⁷；（4）证明船舶价值的举证责任在于被请求人，而非海事请求人。被请求人为了证明船舶价值，可能会浪费许多时间，造成不必要的船期损失。

笔者认为，若同意仅仅以船舶价值作为担保数额提供给所有海事请求人，虽然这里涉及的只是担保的数额，并非被请求人的责任也限制在船舶价值以内，但无疑会使被请求人变相地享受以船舶价值而不是以法律规定计算方法计算出的海事责任限制金额的权利。因此，笔者认为不应将被请求人提供的担保限制在船价以内。笔者建议将《海诉法》第七十六条第一款的但书部分删除。

（三）完善立法建议

上文已述，应该明确规定海事请求人提供的担保的费用为扣押船舶 30 天的费用。另外，因为第七十五条已规定“海事请求人提供的

²⁵ 郭先江：“论 99 国际扣船公约对我国的影响”，载《中国海商法年刊》，1999 年第 10 卷。

²⁶ 石虹：“完善我国扣船制度相关问题研究”，大连海事大学 2002 年法学硕士学位论文。

²⁷ 张贤伟：“论再次扣船”，载《中国海商法年刊》，2002 年第 13 卷。

担保，其方式、数额由海事法院决定。”因此，第七十六条第二款“具体数额由海事法院决定”可以删掉。笔者建议将第七十六条第二款修改为“海事请求人提供担保的数额，应当相当于在本法规定的海事请求保全期间内因其申请可能给被请求人造成的损失。”

另外，前文已述，笔者建议将《海事诉讼特别程序法》第七十六条第一款的但书部分删除，但如果暂时不能删除，建议新增条款表明若海事请求人和被请求人关于被请求人提供担保的方式和数额达成一致协议的，不受海事诉讼特别程序法第七十六条第一款的限制。因此，笔者建议新增条款：“海事法院作出的关于海事请求保全的裁定中应当载明是否责令海事请求人提供担保以及海事请求人提供担保的方式、数额；也应载明责令被请求人提供担保的数额。海事请求人和被请求人关于该担保的方式和数额达成一致协议的，不受海事诉讼特别程序法第七十六条第一款的限制。”

结语

任何一种制度的创设都不可能是完美的，而制度的完善是一项系统工程，需要多层次多方面的努力。笔者视野有限，将实践中诉前扣押船舶案件中涉及的海事担保问题呈现出来，提出实务处理和完善立法建议，尽管结论和相关分析有待司法实践的进一步检验，但仍希望能为研究海事诉讼担保制度提供一定的参考。