

Circular From SKULD**Date: 20 December 2019**

保函的可执行性 - 实务指导

在通常的贸易过程中，可能出现这样的情况：船东迫于商业上的压力，以采取一定的行为作为在收到承租人、托运人或其他第三方给的保函后的回应（行为会涉及额外的风险）。这些有效的保函承诺船东，如果他们按照保函签发方要求行事，尤其是他们没有义务做的事情，那么签发人将会确保他们不会因此遭受任何损失。

船东可能在起运时被要求接受保函。例如，如果托运人要求他们签发包含错误的货物描述或装运日期的提单，会以保函作为交换。或者，在卸货时船东也可能会面临这样的要求。例如，在正本提单未提供时，船东可能被要求凭保函卸货。有时，船东可能会要求被要求在雨天凭保函继续装货或卸货。在其他情况下，货物利益方可能要求船东接受保函并允许货物的混合装运，或是签发分开的提单。

考虑到维持宝贵的商业关系，船东通常倾向于接收这样的保函。但任何一方这样做时，应当意识到接受保函所涉及的风险，以便在考虑周全后再决定是否接受保函。

接受保函可能涉及什么样的风险？

面临更大的索赔

接受保函会增加船东面临货物相关索赔的风险。例如，当货物在装货时发生损害，但船东接受了保函并以签发清洁提单作为交换，那么船东可能随后会面临货损的索赔，而船东对此的抗辩可能很有限。同样，在以保函作为交换，不凭正本提单放货的情况下，船东会面临因错误交付而被索赔的风险。

船东可以采取减损措施来降低风险。例如，如果船东被要求签发新的提单，我们强烈建议在此之前船东收回所有的原始提单。此外，如果这些新提单上写明卸货港的变更，最理想的情况是，船东能从收货人那里得到对这一变更的确认（因为收货人是受到这种变动影响的一方），确保在变更之前已确认收货人可能提出的任何异议。

由于限制性措辞而不适用

保函的范围和时限很重要。预期的保函范围要足够宽泛，使保函能够顺利地适用于设想的情形，其时间限制也不能过于严苛，以至于船东无法使用。否则，船东可能就保函的可执行性或有效性与保函签发人发生争执，而这会动摇船东原本对此保函的信任。降低此风险的方法之一是在租船合同中并入标准的保函措辞用以预想的情形，至少在船东和租家之间可以采用这种方法。

保赔规则范围之外的操作

在不同的情形下，保函签发人要求船东采取的行为将意味着船东不受保赔险保障。例如，可能出现这种情况：船东或是船长明知对货物的描述是不正确的，仍然以保函作为交换在提单中并入该描述。在这种情形下，船东将做出一个商业性的决定——是否准备接受保函，以作为保赔险的有效替代来使用。当然，保函签发人的可靠性至关重要。

标准保函用词由国际保赔协会组织起草，涵盖了大部分常见的船东可能需要接受保函的情形，如：在无正本提单交付货物，在提单记载以外的其他港口交付货物，以及在提单记载以外的其他港口无单放货。对于每种情形，都有两种版本供参考。第二种并入了银行同意加入保函的相关条款。尽管如此，使用这类用词并不会改变既定事实，即导致船东接受此类保函这一承保范围之外的操作而不受保护。

保函是可执行的吗？

自然，没有哪一方会希望事情发展到在保函下开始执行诉讼的那一步。法庭诉讼往往涉及巨大的财务开支以及延误和打断各方原本商业活动的风险。合同各方都会希望避免此类事件的发生，尤其是执行保函还可能导致船舶被货方扣押。就其本身而言，保函签发人的可信度和船东与其商业关系的坚固程度，是评估“可能最终有必要起诉执行保函”这一风险时至关重要的考量因素。

尽管如此，考虑到船东将要承担的额外风险，决定是否接受保函还有一个关键因素是其潜在的可执行性。如果保函是不可执行的，那么签发人完全可以拒绝同意提供的赔偿。这一考量因素对于风险评估也很重要。

法律上的可执行性：即，如果引起争议，法庭或仲裁庭是否会认可保函，做出对保函签发人不利的裁决？

- **签发人的授权：**重要的一点是，签发人已得到签发保函的适当授权。签发人应准备在其抬头信纸上出具带有清楚可辨的签名的保函，且附有声明证实签发人已被授权允许签发该保函。
- **违法：**另一种风险是保函可能由于违法而无法被执行，这取决于保函的实质性以及可适用的法律和管辖。例如，在英国法下，如果执行保函实质上会导致对第三方的欺诈，这样的保函将不能够被执行。比如说，当双方在知情的境况下同意以保函为交换对货物进行错误描述，这种保函可能会被视为对收货人进行虚假陈述且实质造成欺诈的约定。这样的保函存在风险，可能被法庭视为无效且不可执行。

实践中可执行性：即，如果在保函下索赔成功，是否有资金可供偿付？

- **保函签发方的财务状况：**本质上，保函的可信度取决于签发方。在同意接受保函之前，重点是要考虑将要签发的人是否值得信赖，以及他们的资产处于哪个司法管辖区，以防船东之后不得不在保函下起诉索赔。
- **加署签名：**另一个考虑因素是，签发人是否会同意由一级银行或母公司在保函上加署签名。当船东在保函下提起索赔，而签发人已经破产或基本没有可追溯的资产时，加署签名可以为船东提供安全保障。

在个案中，船东将根据事实情况来决定是否接受保函，但对风险的仔细权衡和对可执行性的考量始终是做出决定的重要因素。如果对于保函仍有疑问，会员可以在这类问题发生时，咨询其理赔人员以获得更多的建议。

以上由 Andrew Liu & Co., Ltd 编译，应以英文为准！

信息来源：Skuld P&I Club