

跟单信用证下银行提单担保权利

——“建行荔湾支行与蓝粤能源等 信用证开证纠纷案”评释

邵敏杰*

目次

一、案例梳理

- (一) 基本案情
- (二) 争点
- (三) 裁判结果及裁判理由

二、案例评析

- (一) 本案判决思路
- (二) 现行法律、学说状况
- (三) 本案公布之前的案例状况
- (四) 本案参考效力范围
- (五) 本案判决遗留的问题

摘要 跟单信用证下银行对提单是否享有担保权利,理论与实务长期聚讼纷纭。在“建行荔湾支行与蓝粤能源等信用证开证纠纷案”中,最高人民法院从交易习惯及基本机制出发,以《物权法》第224条为楔子,通过解释开证行与开证申请人间的质押合意,并结合银行持有单据的事实,肯定其享有“合意+合法持有”的非典型意定质权。最高人民法院在本案中创设了新的法规范,但其裁判意见在意定质权与“当然(法定)质权”之间摇摆不定,这基因于我国民法上留置权的担保物权构造。

关键词 跟单信用证 提单质权 合法持有 留置

* 浙江大学光华法学院博士研究生。本文初稿曾提交第十六期“判例研读沙龙”,感谢庄加园老师、纪海龙老师在会议报告期间的评议与指正。写作过程得到了张谷、周江洪、应坚、陆青等老师的指点,特此致谢。

一、案例梳理^{〔1〕}

(一) 基本案情

2011年12月5日,建行荔湾支行(乙方)与蓝粤能源(甲方)签订《贸易融资额度合同》及《关于开立信用证的特别约定》。《合同》约定建行荔湾支行向蓝粤能源提供最高额贸易融资额度,包括开立远期信用证。《特别约定》第9条“违约责任”第二款约定:“蓝粤能源违约或发生《贸易融资额度合同》中约定的可能危及建行荔湾支行债权的情形之一的,建行荔湾支行有权行使下述一项或几项权利:……(三)处分信用证项下单据及/或货物;(四)行使担保权利;(五)要求甲方追加保证金或乙方认可的其他担保……。”

2012年11月2日,蓝粤能源向建行荔湾支行申请开立远期信用证。为申请开立上述信用证,蓝粤能源向建行荔湾支行出具《信托收据》和签订《保证金质押合同》。《信托收据》约定建行荔湾支行与蓝粤能源之间确立信托法律关系,建行荔湾支行为委托人和受益人,自《信托收据》出具之日起取得信用证项下所涉单据及其代表货物的所有权,蓝粤能源为上述信托货物的受托人,有权处理包括前述单据及其代表的货物在内的信托财产。《保证金质押合同》约定蓝粤能源交纳保证金为上述债务提供质押担保。

另查明,建行荔湾支行(乙方)分别与粤东电力、蓝海海运、蓝文彬(甲方)签订《最高额保证合同》,约定甲方为上述债务提供最高额连带责任保证。建行荔湾支行与蓝文彬签订《最高额权利质押合同》,约定以蓝文彬持有的蓝粤能源股权为建行荔湾支行与蓝粤能源签订的借款合同提供最高额权利质押担保,并办理了登记手续。

建行荔湾支行为蓝粤能源开出跟单信用证后,蓝粤能源进口煤炭。2012年10月23日,船长签发提单,“收货人”栏显示为“凭指示”(TO ORDER)。12月14日,建行荔湾支行委托建行首尔分行对外支付信用证项下款项,并取得受益人寄交的包括案涉提单在内的全套单据。后能源市场价格大幅下跌,蓝粤能源经营状况恶化,建行荔湾支行未按照《信托收据》要求将案涉提单及其他有关单据交付蓝粤能源。

提单项下煤炭于2012年12月运抵港口,但被北海海事法院依法查封,建行荔湾支行未能提货变现。

信用证付款期限届满后,蓝粤能源未向建行荔湾支行足额支付款项。建行荔湾支行向广州中院起诉,诉讼请求包括以处置信用证项下煤炭所得款项优先清偿上述债务。

广州中院一审认为:建行荔湾支行虽持有煤炭的货运提单,但与蓝粤能源未依法定程序设定质押。信托收据及提单的交付即便具有为本案债务进行担保的含义,也不产生对抗第三人的效力。对建行荔湾支行要求确认其对煤炭享有优先受偿权的诉请,不予支持。

广东高院二审认为:《信托法》第7条规定,信托财产必须是委托人合法所有的财产。从《信托收据》的内容看,信托财产为涉案煤炭,建行荔湾支行作为委托人,并未取得案涉煤炭的所有权,故以涉案煤炭为信托财产的信托并未有效设立。《物权法》第112条规定,质权自出质人交付质押财

〔1〕 最高人民法院(2015)民提字第126号,载《最高人民法院公报》(以下简称《公报》)2016年第5期。原案件标题为“中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行与广东蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷案”。以下案件信息根据判决书内容整理。本文采用先例规范抽取式的案例研究方法。先例规范抽取式的案例研究,“其重点在于厘清判决思路的前提下,如何界定所评释案件的指导效力或者参考范围(射程)”,参见周江洪:《作为民法学方法的案例研究进路》,载《法学研究》2013年第6期。

产时设立。根据《担保法解释》第88条的规定,出质人以间接占有的财产出质的,质押合同自书面通知送达占有人时视为移交。本案中并没有证据证明建行荔湾支行或蓝粤能源将涉案煤炭设定质权情况通知承运人,故建行荔湾支行对涉案煤炭不享有质权。

建行荔湾支行不服二审判决,向最高人民法院申请再审。其主要理由为:1.《信托收据》具有质押合同的性质,蓝粤能源已将提单交付建行荔湾支行,已经设立提单质押,建行荔湾支行对提单项下货物享有优先受偿权。2.原二审判决将本案权利质押误认为动产质押,适用法律错误。

(二) 争点

建行荔湾支行能否以处置提单项下煤炭所得的价款优先受偿。

该争点问题细分为两个具体问题:其一,开证行对提单是否享有提单质权?其二,如享有提单质权,如何实现?

(三) 裁判结果及裁判理由

建行荔湾支行对案涉提单享有提单质权,对处置货物所得价款享有优先受偿权。其理由如下:建行荔湾支行主张《信托收据》具有质押合同的性质。根据《物权法》第224条,设立提单权利质押应签订设立提单权利质押的书面合同,并将权利凭证即提单交付质权人,实现公示。建行荔湾支行持有提单,具备公示要件。但就内容来看,《信托收据》所载意思表示是以让与提单项下货物所有权来提供担保,明显区别于动产质押或权利质押,因此不应作为认定设立提单权利质押的合同依据。

然而,《特别约定》第9条第二款中,第四项约定建行荔湾支行有权“行使担保权利”,第五项约定其有权“要求甲方追加保证金或乙方认可的其他担保”。从本案事实看,第五项所指保证金已由蓝粤能源交付,“其他担保”当指粤东电力、蓝海海运、蓝文彬提供的连带责任保证以及蓝文彬以其股权设定的质押。在合同条款有两种以上的解释时,不应当采纳使部分合同条款成为赘文的解释,而应当采纳使各个合同条款都具备一定意义的解释。在第五项约定的“其他担保”指向明确的情况下,第四项约定的“担保权利”应是指向第五项约定的担保权利之外的担保。

综合合同约定以及案件事实,可以认为第(四)项所指为提单权利质押。其一,跟单信用证的基本机制和惯例就是开证行持有提单,开证申请人付款赎单,开证行持有提单的目的是担保其债权的实现。如果不认定其对提单或提单项下货物享有担保物权,这将完全背离跟单信用证制度关于付款赎单的交易习惯及基本机制,亦完全背离跟单信用证双方当事人以提单等信用证项下的单据担保开证行债权实现的交易目的。其二,《特别约定》第9条第二款除约定了上述第四项、第五项内容外,还约定了第三项,即建行荔湾支行有权“处分信用证项下单据及/或货物”。由于这种处分权的事先赋予,建行荔湾支行事后做出将自己所持有的提单设定质权的意思表示完全符合第三项的约定。

综上,建行荔湾支行持有提单,提单可以设立权利质权,有关合同既有设定担保的一般约定,又有以自己的意思处分提单明确约定,依据《合同法》第125条有关合同解释的规定以及《物权法》第224条关于权利质押的规定,应当认定建行荔湾支行享有提单权利质权。建行荔湾支行行使提单质权的方式与行使提单项下动产质权的方式相同,即对提单项下货物折价、变卖、拍卖后所得的价款享有优先受偿权。

二、案例评析

(一) 本案判决思路

本案的基本案情是建行荔湾支行(开证行)为蓝粤能源(开证申请人)承兑跟单信用证并取得案涉提单,蓝粤能源在付款期限届满后未向建行荔湾支行足额支付垫付款。建行荔湾支行因此主

张对提单享有质权,对处置提单项下煤炭所得价款享有优先受偿权。本案中的关键事实是双方约定了包括担保条款在内的违约责任条款。

一审法院认为建行荔湾支行与蓝粤能源未依法定程序设定质押,信托收据及提单交付也不产生对抗效力,对建行荔湾支行主张煤炭优先受偿权的诉请不予支持。

二审法院认为建行荔湾支行未取得涉案煤炭的所有权,故以涉案煤炭为信托财产的信托并未有效设立。且涉案煤炭设定质权情况未通知承运人,不符合间接占有动产设立质权的要件,故建行荔湾支行对涉案煤炭不享有质权,无权优先受偿。

对此,最高人民法院(以下简称“最高院”)的判决思路如下:1. 根据《物权法》第224条的规定,设立提单质权须签订书面合同,并将权利凭证交付质权人。2. 从内容来看,《信托收据》不能作为设立提单质权的合同依据,不能据此认定建行荔湾支行享有提单质权。3. 但建行荔湾支行与蓝粤能源约定了担保条款,通过合同体系解释,可以认定当事人具有设立提单质权的合意。建行荔湾支行已持有提单,符合公示要件。故建行荔湾支行享有提单质权,对货物处置所得价款享有优先受偿权。

从判决理由来看,本案的判决思路主要在于跟单信用证下银行对提单所享有的提单权利质权问题。本文拟围绕该点做一简要评析。

(二) 现行法律、学说状况

关于跟单信用证下银行的提单质权,我国现行法无明文规定。《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定(讨论稿)》^{〔2〕}第14条规定:“开证人根据信用证的规定接受单据并付款后取得了有关单据质押权,当开证申请人拒绝按照约定付款赎单时,开证人有权按照《中华人民共和国担保法》有关质押的规定径行处理单据或单据项下的货物并就处理所得优先受偿,但当事人之间另有约定的除外。”但正式通过的《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》(法释〔2005〕13号)中无此条文。

本案中,最高院将跟单信用证下开证行对提单的担保权利定性为提单质权。事实上,学说就此项权利的性质本身仍有不同意见。

在《担保法》颁布之前,学理对此项权利的性质产生过很大的争论,代表性的学说为抵押权说和留置权说。^{〔3〕}需要注意的是,《民法通则》仅规定了抵押权这一种意定担保物权。“凡以提供财产作担保的,不论该财产为动产、不动产或有价证券,也不论是否交付占有,一律称作抵押。”^{〔4〕}至于法定担保物权,则为留置权。这正是抵押权说与留置权说二分对立的背景。

1995年颁行的《担保法》将提单作为可以质押的权利规定在“权利质押”一节。据此,多数学说认为银行对提单享有权利质权。^{〔5〕}从现有文献来看,质权说也是多数说。由此产生的问题是,质

〔2〕 转引自金赛波编著:《中国信用证法律和重要案例点评》,对外经济贸易大学出版社2002年版,第606页以下。

〔3〕 参见何艳华:《跟单信用证条件下银行对提单的担保物权属性》,载《国际商务研究》2002年第3期;王岚:《关于提单质押问题的思考》,载《中国海商法年刊》第10卷,大连海事大学出版社1999年版;张贤伟:《再论跟单信用证条件下的提单担保物权性质》,载《中国海商法年刊》第10卷,大连海事大学出版社1999年版。

〔4〕 王利明、郭明瑞、方流芳:《民法新论》,中国政法大学出版社1998年版,第313页。

〔5〕 见前注〔3〕,何艳华文;王岚文;徐曾沧:《货物凭保函提走后提单质押的法律效果》,载《法律适用》2003年第9期;周清华:《论跟单信用证项下提单质押》,载《当代法学》2001年第8期;何家宝:《论提单质押、进口押汇和信托收据》,载《法学》2005年第10期;姚洪秀、王千华:《浅论跟单信用证支付条件下海运提单的作用》,载《上海海运学院学报》1997年第4期;苗晓飞:《信用证条件下银行对提单的权利属性》,载《中国海商法年刊》第7卷,大连海事大学出版社1996年版;朱静清、陈薇:《信用证项下进出口押汇和提单质押》,载《中国农业银行武汉培训学院学报》,2006年第2期;李涛:《信用证项下银行持有提单的权利分析》,载《贵州商业高等专科学校学报》2006年第3期;李涛:《信用证项下银行持有提单的权利分析》,载《对外经贸实务》2006年第7期。

权如何设立?

有观点认为:在商业跟单信用证下,在申请人(买方)赎单之前,开证行持有的由受益人(卖方)提交的提单等代表货物所有权的单据成为自然的质押物,是开证行实现债权的重要保障。^{〔6〕}此说可称为“当然质权”说。与此类似,亦有观点认为开证行控制了清洁的不记名提单作为自己垫款的附属保证,开证行在单据上具有担保权,^{〔7〕}但并未明确该担保权的性质。

另有观点认为双方设立质权的合意以及提单交付是必要的。关于质押合意,有学说认为双方于申请开立信用证时已经达成,^{〔8〕}有学说明确认为买方与开证行之间的质押合同的形式为信用证开立合同,质权人是开证行,出质人是买方。^{〔9〕}关于交付,有学说认为议付行代买方为交付提单的行为。^{〔10〕}此说可称为意定质权说。

此外,亦有少数主张留置权说者。该说认为大多数情况下提单作为留置物被银行占有,银行所主张提单项下的权利实际上是留置权,而且只有将其视为留置权才能在当事人没有事先约定其他担保物权时更加有效地保护银行的利益。^{〔11〕}

《物权法》对提单质权的规定与《担保法》并无根本不同,^{〔12〕}在其通过施行后对此问题的讨论亦未见继续深入。

综上所述,多数意见认为跟单信用证下开证行对提单享有质权,并以设立质权的合意与交付为要件。也有意见认为开证行当然享有质权,无须设质行为。只有少数意见认为开证行享有留置权。在本案中,最高院以《物权法》第224条为依据,采纳了意定质权说,正与前述多数说所持意见相同。

(三) 本案公布之前的案例状况

1. 本案公布之前的相关案例

在本案之前,审判实践中已出现跟单信用证下银行提单担保权利纠纷。以下按照判决时间顺序,对典型案例作一简单介绍和分析。^{〔13〕}

(1) 中国银行湖南省分行与中国广州振华船务有限公司、中国广州海运(集团)有限公司、中国湖南省华隆进出口光通有限公司、香港正大企业贸易公司海上货物运输货物交付纠纷上诉案^{〔14〕}

该案中,《进口开证授信协议》约定:“若华隆公司未履行上述规定的还款义务,湖南中行对上述信用证项下之货物提单具有质押权。”法院认为,湖南中行取得正本提单有合法的依据,应是正本提单的合法持有人,对提单享有质押权。

(2) 中国工商银行汕头市韩江支行诉中国汕头外轮代理公司无正本提单交货纠纷案^{〔15〕}

法院认为,本案所涉提单依据信用证交易通常程序流转,在开证申请人未付款赎单的情况下,

〔6〕 陈安:《国际经济法学》,北京大学出版社2007年版,第469页。

〔7〕 金赛波:《中国信用证法律和重要案例点评》,对外经济贸易大学出版社2002年版,第622页。

〔8〕 邓旭:《跟单信用证下银行享有的提单质押权》,载《对外经贸实务》2002年第11期。

〔9〕 见前注〔5〕,周清华文。

〔10〕 邓旭:《跟单信用证下银行享有的提单质押权》,载《对外经贸实务》2002年第11期。

〔11〕 张贤伟:《再论跟单信用证条件下的提单担保物权》,载《中国海商法年刊》第10卷,大连海事大学出版社1999年版。

〔12〕 关于提单质权的成立,《担保法》的表述为“质押合同生效”(第76条),《物权法》表述为“质权设立”(第224条),本文对此区分不予讨论。

〔13〕 如无特别说明,本文案例来源于北大法宝案例数据库和中国裁判文书网。检索方式为全文检索,检索关键词为“跟单信用证”“质押”“质权”“留置”。

〔14〕 二审湖南省高级人民法院,案号不详。一审广州海事法院(1997)广海法商字第125号。

〔15〕 广州海事法院(2000)广海法汕字第15号。

提单作为债权担保而为开证行所占有，开证行因此对提单享有质权。

(3) 中国民生银行诉中益国际经济集团有限责任公司、中融信资产管理有限责任公司信用证纠纷案^{〔16〕}

该案中，开证申请人中益公司拒绝付款赎单，民生银行对信用证项下的全套单据进行留置。法院认为，民生银行在中益公司违约的情况下，履行了合理的通知义务后，有权留置信用证项下的单据并处理货物。

(4) 中国建设银行西安市朱雀路支行与陕西省信友进出口公司、陕西省苹果气调储藏技术研究中心信用证垫款及担保纠纷案^{〔17〕}

该案中，《开立信用证协议》约定：申请人愿意提供信用证下货运单据及货物作为担保，开证行有权留置货运单据并自行提货，有权处置有关抵押（质押）物品。法院认为，在信用证项下单据及交易过程中，提单起到了担保物权（质押）的作用。因作为物权凭证的提单尚未交付，质押担保条款虽成立但不生效。但一旦开证行兑付了信用证项下的款项持有单据，开证行就获得了提单上的质权。

(5) 上诉人诚成进出口有限责任公司、北京普尔斯马特会员购物企业中心信用证合同纠纷案^{〔18〕}

法院认为，华夏银行根据国际惯例履行了第一性的付款责任后，即取得了对有关单据的质押权，有权按照《担保法》的有关质押的规定迳行处理单据或单据项下的货物并就处理所得优先受偿。

(6) 福建兴业银行厦门分行诉厦门新宇软件股份有限公司等信用证代垫款案^{〔19〕}

该案中，保证人主张开证行在未得付款赎单之前，将提单交付给开证申请人，是放弃担保物权的行爲，其因此免除保证责任。法院认为，兴业银行与开元外贸公司并未就兴业银行取得对信用证项下单据的担保物权做过约定。开证行持有信用证项下单据是否就取得对进口货物的担保物权，国际惯例对此没有明确规定，学术界的争论亦无定论。无法在当事人发生争议且没有法律依据的支持下采纳新宇公司关于担保物权的观点。保证人不免除保证责任。

(7) 中国信达资产管理股份有限公司江苏省分公司与常州华迪特种变压器有限公司、常州中力铜业有限公司等金融借款合同纠纷案^{〔20〕}

该案中，保证人华迪公司上诉称，农行新北支行将信用证项下全套单据包括全套海运提单交给中力公司，导致失去对信用证项下单据的质权，保证人应免除保证责任。法院认为，保证合同并未将上述情形作为免除保证责任的事由。华迪公司主张不应承担保证责任，缺乏合同及法律依据。

(8) 哈尔滨银行股份有限公司大连分行诉辽宁大田户外用品有限公司等借款合同纠纷案^{〔21〕}

该案中，开证行与开证申请人签订了《进口押汇合同》办理进口押汇业务。保证人以开证行放弃质权为由主张免除保证责任。法院认为，该案中并不存在相应单独的质押合同，且《进口押汇合同》中亦无相应的质押条款，不能据此得出存在质押法律关系。保证人不免除保证责任。

〔16〕 北京市高级人民法院(2000)高经终字第 351 号。案例来源金赛波、方双复、任涌飞、李雪春编著：《信用证纠纷中海运提单案例精选》，法律出版社 2008 年版，第 354 页以下。

〔17〕 西安市中级人民法院(2002)西经二初字第 64 号。

〔18〕 北京市第一中级人民法院(2002)一中民终字第 4007 号。

〔19〕 福建省高级人民法院(2002)闽经终字第 14 号。

〔20〕 江苏省高级人民法院(2014)苏商终字第 00510 号。

〔21〕 大连市中级人民法院(2015)大民三终字第 1441 号。

2. 简要评析

通过以上案件梳理可以发现,审判实践中跟单信用证下银行提单担保权利纠纷颇为常见。下面以时间为序对其做一分析。

在早期阶段,审判实践并不十分关注开证行与申请人之间有无设立提单质权的合意,而更多地关注开证行持有提单单据这一事实。如银行合法持有提单,则认定其享有提单质权。在案例(1)中,法院根据银行是提单合法持有人的事实直接认定其对提单享有质押权,却未审查双方关于不履行还款义务时的质权约定。再如案例(2)中法院虽然引入了“信用证交易通常程序”这一考量因素,但也是以此作为认可银行对提单享有质权的补强说明而已,并明确了构成要件有开证申请人未付款赎单、开证行占有提单。此种裁判意见,正合乎前述“当然质权”说。

此种裁判意见在案例(4)中最能充分体现。法院一方面严格依照《担保法》的规定认为意定提单质权的设立需要合意、交付两个要件,因提单尚未交付,故质权尚未有效设立。另一方面,法院又认定开证行兑付后持有单据,因此享有提单质权。该案中,法院既采纳了“当然质权”说,又考虑了依《担保法》设立意定质权的可能。类似地,案例(5)中法院“根据国际惯例”,认为开证行履行付款责任后即取得有关单据的质押权,又明确其行使应按照《担保法》有关规定处理单据或项下货物,就所得优先受偿。

从案例(6)开始,法院态度发生了转变,倾向于否定银行因持有提单而当然享有质权。该案中,法院以“学界无定论、国际惯例无明确规定”为由,否认了提单“自然质押物”的性质。当事人间设立质权的约定又因不满足《担保法》的要件而不被认可。这是审判实践首次持否定意见。并且,从该案开始,法院不再采纳“银行合法持有提单即享有质权”这一裁判意见,而是以《担保法》《物权法》有关提单权利质权的规定为唯一根据。此案特殊之处还在于,不享有担保物权这一结果恰恰对银行有利,使其得向保证人主张连带清偿责任。这是之前案例均未涉及的案情,但与后续几个案件存在共性。

特别是在案例(7)中,法院甚至未讨论银行是否享有提单担保物权,不正面回应保证人的上诉请求,避而不谈《担保法》第28条第2款,直接以“无约定免责事由”做出担保人不免除担保责任的判决,说理并不完备。在案例(8)中,法院严格根据《物权法》的规定判断开证行是否享有担保物权。该案中,法院认为设定提单质权需要书面质押合同的要件,认定开证行不享有质权,不存在放弃质权的行为,故保证人不免除保证责任,较前案说理上更为充分。

值得注意的是,唯有案例(3)肯定了开证行得留置单据并处理货物,但并未明确法律依据。案例(4)中甚至即便约定了开证行“有权留置货运单据”,法院仍未加注意,判决亦只涉及提单质权。从数量上看,这与前述留置权说处于少数说正相呼应。

直到本案,最高院没有采纳银行当然享有提单质权的裁判观点,而是通过相当复杂的合同条款解释过程,肯定其享有《物权法》上的意定质权,对提单项下货物折价、变卖、拍卖后所得价款享有优先受偿权。承办法官撰文指出:“再审判明确定了持有提单的信用证开证行在何种情况下享有提单质权,统一了该疑难法律问题的裁判规则,避免了规则的缺位给国际贸易及司法实践造成的困扰。”^[22]

总之,审判实践大致经历了只关注“当然质权”、同时考察“当然质权”与意定质权、只关注意定质权这样三个阶段。而支持留置权说的裁判意见居少数地位。另外,从以上案件来看,判决结果均对银行有利。一般地,银行在开证申请人不付款赎单时得主张享有提单质权。而如存在叙做进口押汇及保证人主张免除保证责任的案情,法院又往往否定银行的提单质权,使其得向保证人主

[22] 刘贵祥、刘敏、高晓力:《跟单信用证下持有提单的开证行享有何种权利?》,载《法制与经济》2016年第2期。

张保证责任。这或许正是此类案件最引人注目之处。

(四) 本案参考效力范围

本案判决做出后,学者盛赞其为“一份创设法律规则的判决”,“达到了指导性案例的水准”。^[23] 最高院于2017年5月15日召开新闻通气会,发布人民法院涉“一带一路”建设10起典型案例,本案亦列其中。^[24] 对照上述学说及在先审判实践,可进一步探析本案判决所创设的具体法律规则及其典型意义。

最高院认为,提单具有债权凭证和所有权凭证的双重属性,提单持有人是否因受领提单的交付而取得物权以及取得何种类型的物权,取决于合同的约定。^[25] 最高院借此表明,提单持有人享有担保物权亦须以“合同的约定”为基础。这实际上是拒绝了早期审判实践的立场。对于将来的案件裁判,本案在以下几个方面可以提供参考。

首先,在本案说理部分,最高院以《物权法》第224条为银行享有提单质权的规范依据。依该条,以提单出质的,当事人应当订立书面合同,质权自权利凭证交付质权人时设立。据此,最高院创设了如下法规范:跟单信用证下开证行合法持有提单,满足公示要件,若开证行与开证申请人间存在设立提单质权的合意,则开证行享有提单质权,对提单项下货物变价所得的价款享有优先受偿权。^[26]

其次,此处所谓“设立提单质权的合意”,不以独立的质押合同书为必要,也不以明确表明“质押”的合同条款为必要。只要从有关合同中解释出质押合意,即可认定合意达成。根据《物权法》的规定,设立质权应当采取书面形式订立质权合同,且该合同应包括特定条款(第210条)。在本案中,最高院放宽了此要件。结合本案的定型化事实,关键在于,开证行建行荔湾支行根据《特别约定》有权“(三)处分信用证项下单据及/或货物;(四)行使担保权利;(五)要求甲方追加保证金或乙方认可的其他担保”。最高院将案涉《贸易融资合同》《特别约定》《信托收据》等文件作为一个整体,根据合同体系解释规则并结合跟单信用证的基本机制和惯例,认为“(四)行使担保权利”正是“设立提单质权的合意”。

在寻找当事人质权合意的过程中,最高院认识到《信托收据》约定了“以让与提单项下货物所有权来提供担保,明显区别于动产质押或权利质押”。信托收据(trust receipt)是英美法的创造,银行借助于信托收据能在货物进入海关仓库、搬动或再出手过程中保持担保权益。^[27] 在信用证业

[23] 崔建远、耿林:《一份创设法律规则的判决——最高人民法院(2015)民提字第126号民事判决之评释》,载《华东政法大学学报》2016年第3期。该文认为“最高人民法院对系争案件的判决显示出对民商法的整体把握十分到位,纯熟而充分地运用法学方法论,准确地寻觅请求权规范基础……该民事判决通过法律及合同解释,形成了若干法律规则,在一定意义上也可以说创设了若干法律规则”。

[24] 《最高法发布人民法院涉“一带一路”建设10起典型案例》,载法制网,2017年5月15日发布(http://www.legaldaily.com.cn/Finance_and_Economics/content/2017-05/15/content_7165213.htm)。

[25] 本文对此定性存疑不论。关于提单效力的讨论,可参见周江洪:《日本法上的提单效力问题研究》,载《东方法学》2015年第1期;庄加园:《提单上的请求权移转与货物物权变动——以德国法为视角》,载《东方法学》2015年第1期。

[26] 《公报》“裁判摘要”归纳为:“提单具有债权凭证和所有权凭证的双重属性,提单持有人是否因受领提单的交付而取得物权以及取得何种类型的物权,取决于合同的约定。本案中,开证行根据其于开证申请人之间的合同约定持有提单,结合当事人的真实意思表示以及信用证交易的特点,应认定开证行对信用证项下单据中的提单以及提单项下的货物享有质权,开证行行使提单质权的方式与行使提单项下动产质权的方式相同,即对提单项下货物折价、变卖、拍卖后所得价款享有优先受偿权。”

[27] 沈达明:《美国银行业务法》,对外经济贸易大学出版社2015年版,第183页以下。

务中,银行不仅提供信用和服务,而且还可通过凭信托收据借单、叙做进口押汇向进口人进行资金融通。^[28]因此,信托收据与本案的提单质权并不属于同一法律关系。在原审法院和当事人就信托收据的理解均局限于付款赎单纠纷时,最高院明确指出信托收据并非提单质权的依据,是对开证行再审申请理由的直接回应。这也有利于审判实践正确认识信托收据的作用,值得赞赏。

再次,物权需要公示,跟单信用证下银行提单质权的公示方式为“合法持有”。根据《物权法》的规定,提单质权自权利凭证交付质权人时设立。在前述案例(4),当事人的约定中包括“一切担保”“质押”“留置”等词句,显然具备合意,法院却认为意定质权因提单尚未交付而不成立。但本案判决只关注银行是提单合法持有人这一事实。在信用证交易流程中,开证行是从受益人/寄单行/议附行处取得单据,并须按约定将提单交付给开证申请人。这与一般质权设立行为中设质人向质权人完成交付相比,恰恰是反其道而行之。质权自权利凭证交付质权人时设立(《物权法》第224条),故交付如何完成关系到质权何时设立的问题。学理对此虽有讨论,却尚不深入。本案中,法院认为“处分信用证项下单据及/或货物”的约定是处分权的事先赋予,建行荔湾支行有权做出将自己所持有的提单设定质权的意思表示,此时提单质权设立。依此种观点,此处所谓“处分”(Verfügung),确切指设定权利负担(Belastung)而言。这种以单方行为设立质权的物权变动模式,与民法学理乖离至远。最高院之所以如此解释,固然是为了贯彻其倡导的不产生赘文的合同体系解释规则,增强意定质权裁判意见的说服力,更是在回避跟单信用证下提单交付这个长期困扰学理的难题,将关注的焦点转移到“合法持有”上来。如果说《物权法》规定了提单质权设立的“合意+交付”模式,本案最高院创设的法规范可概括为“合意+合法持有”模式。

另外,可以推论,银行可享有担保权利的提单,应限于不记名提单与指示提单。原因在于,权利质权以该权利可转让为前提,^[29]而记名提单不得转让,指示提单与不记名提单则分别可通过背书与交付而为转让(《海商法》第79条)。在跟单信用证交易流程中,只有不记名提单与指示提单的持有才能满足“合法”这一要件。本案中案涉提单正是“凭指示”(TO ORDER)提单。这对于明确提单质权的客体具有指导意义。有学说认为“清洁的不记名提单”方是银行的附属担保,^[30]则显得不那么准确了。

(五) 本案判决遗留的问题

跟单信用证下开证行对提单是否享有担保权利,判例学说长期聚讼纷纭。最高院判决此案,并以公报案例的方式宣示了裁判观点,“对提单持有人享有何种权利等疑难复杂问题做出了明确判断,对于统一该领域的法律适用具有标杆意义”。^[31]但本案判决尚遗留了若干问题。

首先,银行享有提单质权的构成要件尚不明确。本案中,法院通过复杂的合同解释发现了当事人间的质押合意。这固然体现了对当事人意思自治的尊重,但也使得上述法规范效力指导范围的边缘区域相当模糊。究竟怎样的约定可以解释出质押合意,本案并不能给此类案件提供共通的合同解释规则,需要各级法院进行个案判断。当然,具体表示如“开证行对提单享有质权”或类似的语句总是在上述法规范的核心射程之内。

在本案法规范的参考效力范围之内,开证行享有提单质权。关于提单质权的实现方式,最高院判

[28] 陈安主编:《国际经济法学》,北京大学出版社2013年版,第168页。

[29] 刘家安:《物权法论》,中国政法大学出版社2009年版,第212页;崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2011年版,第528页;梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2007年版,第357页。

[30] 金赛波:《中国信用证法律和重要案例点评》,对外经济贸易大学出版社2002年版,第622页。

[31] 见前注[22],刘贵祥、刘敏、高晓力文。

决建行荔湾支行对案涉信用证项下提单对应的货物处置所得的价款享有优先受偿权。本案中,提单项下货物已被其他法院查封,且有关法院已依据生效判决采取执行措施。最高院指出,建行荔湾支行可依据本案判决向执行法院请求参加执行分配,其提单质权如与其他债权人对提单项下货物所可能享有的留置权、动产质权等权利产生冲突的,可在执行分配程序中依法予以解决。这实际上是将提单权利质权按照动产质权的实行方法处理。对此,学理意见亦大致相同。^[32] 开证行对提单享有何种权利以及其据此对提单项下货物享有何种权利,二者虽存在密切关联,仍应予以区别。本案判决主要解决了前一问题,这当然是本案关键所在。但后者亦不可忽视。这其中的法律关系,已涉及提单性质、权利质权的实现方式等问题,尚有待学说理论与审判实践的后续发展。

此外,最高院在本案中虽然认识到信托收据并不在付款赎单中发挥作用,对于后续业务却不及关注,这可能导致银行为避免风险而不愿意凭信托收据借单、办理进口押汇业务。在案例(6)、(8)中,法院否定了银行享有提单质权,保证人因此须向银行承担保证责任。而依本案裁判意见,如开证行与申请人约定了质押条款,则银行很可能因惧惮保证人主张免责而拒绝办理进口押汇业务。一方面,进口商无法取得货物转售,难以获得资金赎单;另一方面,银行虽可控制货物却无意或不得从事货物贸易,只得费尽周折,以进口商违约为由转而实现其提单质权。这不仅对银行和进口商是两败俱伤的结果,更将大大阻碍货物流转与资金融通。在《公报》发布本案判决之后,实践中曾出现了“中国银行股份有限公司枣庄分行与中塑投资集团有限公司、山东拓博塑料制品有限公司等进出口押汇纠纷案”。^[33] 该案中,《授信额度协议》及附件约定,银行有权“行使担保物权”,“处置信用证下全套单据和货物的权利或其他可能的按照任何适用法律、法规能够享有的担保权益或财产权益”,“处置押汇业务项下全套单据和货物的权利或其他可能的按照任何适用法律、法规能够享有的担保权益或者财产权益”。法院认为,上述约定内容不明确,尚不足以认定中行滕州支行与拓博公司之间形成了提单权利质押的合意,故保证人不应因银行办理进口押汇业务而免除保证责任。显然,该案未遵循最高院倡导的裁判意见。结合此案与前述案例(6)、(7)、(8),不难看到,叙做进口押汇及保证人主张免除保证责任的案情将直接影响法院对全案法律关系的处理。此处遗留下的问题势必将再次困扰审判实践。

最重要的是,最高院以《物权法》第 224 条为裁判依据,却创设了与之不同的“合意+合法持有”模式的提单质权。从前述案例(1)、(2)、(4)来看,关注“合法持有”这一事实的往往是采“当然质权”的裁判意见。《公报》裁判摘要谓:“开证行根据其与开证申请人之间的合同约定持有提单,结合当事人的真实意思表示以及信用证交易的特点,应认定开证行对信用证项下单据中的提单以及提单项下的货物享有质权。”所谓“信用证交易的特点”,最高院认为,“如果不认定其对提单或提单项下货物享有担保物权,这将完全背离跟单信用证制度关于付款赎单的交易习惯及基本机制”。这又恰恰是“当然质权”说所关注的。因此,与其说最高院在本案中采意定质权说,毋宁说其在意定质权与“当然质权”之间摇摆不定。

关于“当然质权”,如果从其与意定质权相对立来看,实际上具有法定质权的性质。在德国法上,质权可分为意定质权(vertragsmäßiges Pfandrecht)、法定质权(gesetzliches Pfandrecht)与扣押

^[32] 关于提单质权的实现方式,学者间结论虽较为一致,理由却不尽相同:或为物上代位规则(王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社 2013 年版,第 1361 页),或为《物权法》第 229 条的准用条款(王利明、尹飞、程啸:《中国物权法教程》,第 533 页;见前注^[29],刘家安书,第 213 页),或认为转化为动产质权,继续存在于收取的物品之上(见前注^[29],梁慧星、陈华彬书,第 360 页)。

^[33] 山东省高级人民法院(2016)鲁民终 945 号。

质权(Pfändungspfandreht)。^[34] 德国民法以留置权为一种独立的担保物权,除法定债权质以外,未认有法定质权。^[35] 《物权法》与德国民法同,亦将留置权规定为一种担保物权。对于德国法赋予合同一方当事人法定变价权的情形,中文民法学说比附“法定质权”一词,创造了所谓“法定留置权”的用语。留置权是法定担保物权,因此只要法定的构成要件具备,无须考虑债务人的意思即可成立。^[36] 故“法定留置权”这一概念本身极易引起误导。准确地说,这种留置权可称为“物权篇外的留置权”。^[37] 如不拘泥于词句,无论从构成要件(法定产生)还是法律效果(优先受偿)来看,“当然(法定)质权”与留置权名异实同,殊途同归。显而易见,后者更与我国私法体系相洽。

因此,最高院纵然摇摆不定,在实证法体系下却只有唯一的道路可走。根据《物权法》,债权人可以留置的标的限于“债务人的动产”(第230条)。提单是有价证券,不属可留置财产。由于留置权鸠占鹊巢,法定质权说更是无处托身,故裁判意见只能采意定质权说。法定质权以付款赎单的交易习惯及基本机制为出发点,以合法持有为要件。意定质权以《物权法》的规定为依据,以合意与交付为要件。于是,面对这唯一的出路,最高院另辟蹊径,移花接木,转而从交易习惯及基本机制出发,以《物权法》第224条为楔子,费尽周折解释出当事人间的质押合意,结合银行持有单据的事实,创设了“合意+合法持有”的意定质权。此种“非典型意定质权”,恰恰体现了本案判决的“典型意义”。

讨论至此,需要追问的是:留置权是否有重新构造的必要?《物权法》有意区分民事留置权与商事留置权,但商事留置权的特殊性仅在其不以牵连关系为要件(第231条但书)。德国法上留置权(Zurückbehaltungsrecht)有民法上留置权(bürgerlich-rechtliches Zurückbehaltungsrecht)与商事留置权(kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht)之别,分别规定在民法典与商法典中。民法上的留置权是抗辩权(Einrede),债务人因产生其义务的另一法律关系而对债权人享有届期对待请求权的,原则上可以拒绝履行其所负担的对待给付,直至所享有的给付被履行(BGB § 273)。商人基于双方商行为而享有的商事留置权(商人留置权)除留置给付之外,更有依质权有关质物变卖的规定获得清偿的效力(HGB § 369 ff.)。商事留置权的客体限于动产与有价证券,特别海运提单、提单、仓单等可处分动产的有价证券(HGB § 369 Abs. 1)。依学理见解,此处有价证券限于不记名证券与指示证券(Inhaber-und Orderpapiere),不包括记名证券(Rektapapiere)。^[38] 本案案情正在其涵摄范围之内。本文无意主张德国立法例便是尽善尽美的典范,德国学理对商事留置权亦不乏反思。^[39] 相形之下,中国民法上作为担保物权的留置权,不问民商,构成要件上客体局限于物,法律效果上又突破抗辩权而及于优先受偿的质权效力,兼涉债物、杂糅民商,至少存在物权法内部、物权法与债法、民法与商法的三重二元性。其中流变得失,均堪考索。这已超出本文的讨论范围了,不赘。

(责任编辑:庄加园)

[34] Hams Prütting, Sachenrecht, 34. Auflage, 2010.

[35] 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第347页。

[36] 见前注[29],崔建远书,第571页;刘家安书,第215页;梁慧星、陈华彬书,第368页。

[37] 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第617页。

[38] Canaris, Handelsrecht, 24 Auflage, 2006, § 28 Rn 5; Lettl, Handelsrecht, 2 Auflage, 2011, § 11 Rn 74.

[39] 如Canaris认为商事留置权这种混合构造带来了不必要的困难,主张以逻辑一贯的法定质权取代之。vgl. Canaris, Handelsrecht, 24 Auflage, 2006, § 28 Rn 38.