

大连海事大学法学文库

提单项下海运货物索赔之 请求权基础研究

王文军 著

提单项下海运货物索赔之 请求权基础研究

王文军 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

提单项下海运货物索赔之请求权基础研究 / 王文军
著. —北京:法律出版社, 2010. 12
(大连海事大学法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1397 - 8

I. ①提… II. ①王… III. ①货物运输:海上运输—
索赔—研究 IV. ①D996. 19

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 207973 号

提单项下海运货物索赔之请求权基础研究

王文军 著

策划编辑 周丽君
责任编辑 周丽君
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2011 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 7 字数 177 千

印次 2011 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1397 - 8

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

提单项下的诉权,是指依据提单向承运人提起赔偿请求的权利。诉权问题是海运货物索赔领域的一个难题,这个问题长期以来困扰着我国的海商法理论及实务界。从字面上来看,“诉权”(right of pursuit)似乎是程序法中的概念,但在英国的海上运输法领域却属于实体法研究的范畴。在英国法中之所以采用诉权的概念,乃是根源于“补救先于权利”这种传统观念和法律规则。

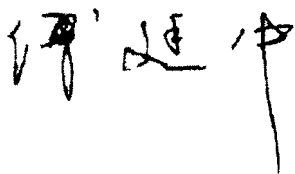
就法律体系和制度建构而言,我国法律具有大陆法系的特点,虽然在海商的立法中借鉴了许多英国法的规则,但我国毕竟不具备普通法系的历史渊源和法律文化,在研究中亦未形成类似于普通法系那样的研究方法,若采用大陆法系的理论去解释从英国法中移植过来的概念,有时又无法实现准确的对接。有鉴于此,同时借鉴英美法系和大陆法系的研究方法来研究海商法中的某些问题,可以在理论上避免以偏概全的现象。因此,将诉权制度所包含的内容置于大陆法系请求权制度的视角之内加以考察,也不失为一种有益的尝试。

从诉权到请求权,不能简单地看成是名称的差异,其中蕴涵着不同的法律文化,运用大陆法系的研究方法研究提单项下的索赔权基础,实际上也是一种思维模式和研究思路的转变,我认为这正是作者撰写本书的初衷之所在。

作者做了三个层面的工作:其一是对请求权加以分类和定性;其二是研究各类请求权基础的准确含义;其三是鉴于承运人的损害赔偿义务属于二次给付义务,故对第二次给付义务借以产生的法律关系加以理论上的辨析。从结构安排上,本书分别从物权关系、合同关系和第三途径债权的角度,分析和论证了海运货物索赔的请求权基础,提出了许多值得人们思考的问题并确立了一些独到的观点,有些观点对我们的理论研究和司法实践具有一定的参考价值。

文军是我在清华大学招收的博士研究生,作为他的指导教师,我了解他的性格和研究思路。他在校期间学习刻苦,密切关注学术动态和前沿性的问题,而且谦虚谨慎、博采众家之长。他努力学习和钻研民法学理论,为海商法研究奠定了较好的基础,这是他的理论研究得以不断深化的一个重要原因。

对于年轻人应多给予鞭策而不宜使用太多的溢美之词,文军作为法学教育和研究队伍中的一名新兵,其研究工作不可避免地存在一些稚嫩之处,今后还要经受长期的磨炼。希望在学术研究的殿堂里耐得住寂寞、坐得起冷板凳,在今后的研究中继续保持读博期间那样的一股劲,继续发扬那样的一种精神,尽快地成长和成熟起来,有更多、更好的研究成果问世。这是我在此要表达的殷切希望。

A handwritten signature in black ink, consisting of three characters: '文', '军', and '中'. The characters are written in a cursive, calligraphic style. The first character '文' is on the left, the second '军' is in the middle, and the third '中' is on the right. A long vertical stroke extends downwards from the bottom of the '中' character.

序

文军君在读书期间表现出对民法理论的兴趣,时常向我请教民法问题。我曾指导他参与过司法部与北京市法学会的两项课题研究,其硕士论文亦是在我的指导下完成的。如今,看到他在博士论文的基础上修改而成的学术专著面世,同样感到由衷的欣慰。作为其博士学位论文的评阅专家,我通读过全文;作为其博士学位论文答辩的答辩组专家,我倾听过他对于论文思想内容的解说与答辩。可以说,我对本书的内容有一定的了解。本书的选题是从一个小的问题切入,展开之后进行深入细致的研究,这种“小题大做”的方式值得肯定。此外,他能够用学到的民法理论去分析海商法的具体问题,尤其是运用请求权基础的思维方法解决在海商法学界因受英美法系影响而称为“提单项下诉权”的问题;基于海商法为民法特别法的定位,努力贯彻民法理论在海商法中的运用,尽力维持我国法律体系的协调与统一,同时不忘海商法自身的特殊性,完成海商法的而非民法的论文。这种态度亦值得赞赏。

文军博士毕业后供职于上海市人民检察院民事行政检察处。2008年国庆前,他出差到北

京,向我表达了从事教职的心愿。如今,他在大连海事大学法学院找到了自己兴趣得以发挥之处,我由衷地希望他能够认真教学、刻苦钻研,在学术研究的道路上踩下坚实的足印。

是为序。

目 录

引言/1

一、选题背景及意义/1

二、现有研究综述/6

三、研究方法/9

四、本书结构安排/11

第一章 物权关系视角中货物索赔的请求权 基础/14

一、对我国司法实践与相关理论学说的介绍/15

(一)司法实践所呈现的轨迹:以无单放货
为例/15

(二)理论学说的争论:提单是否为物权凭证/20

二、探源英国法中的 document of title/27

(一)提单作为 document of title 功能的确立/27

(二)document of title 的含义/32

(三)提单作为 document of title 功能的演变/39

三、在我国法律体系下确立提单物权效力的
构想/44

- (一) 确立提单物权效力的理论前提:功能性比较/44
 - (二) 贸易活动的需要确立提单的物权效力/46
 - (三) 对物权凭证否定说的辨析/51
 - (四) 提单物权效力的法律构成/59
 - (五) 物权效力与物权凭证/72
 - (六) 提单的流通性(借由提单的善意取得)/80
- 四、物权请求权及侵权救济的可能性/87

第二章 合同关系视角中货物索赔的请求权基础/99

一、对我国理论界现有学说的解读/100

- (一) 合同转让说/100
- (二) 第三人利益合同说/102
- (三) 各种学说的利弊分析/104

二、对英国法中提单项下诉权问题的介绍/121

- (一) 收货人享有诉权的理论障碍/121
 - (二) 收货人获得救济的各种理论构造及其不足/122
 - (三) 《1992年海上货物运输法》对诉权问题的圆满解决/132
- 三、合同说的不足/144

第三章 以第三途径确定货物索赔请求权基础的可能性/145

一、对“第三途径”各种学说的理论分析/145

- (一) 证券关系说及其不足/145
- (二) 法律规定说及其不足/162

二、本书的观点:法定指引说/164

第四章 确立提单项下货物索赔请求权基础的立法建议/169

一、对英国《1992年海上货物运输法》的适当借鉴/170

- (一) 关于合同权利与义务的分离转让/170
- (二) 明确提单持有人未受损失时的索赔权归属/171

二、对《鹿特丹规则》及其草案规定的合理吸收/173

- (一) 《鹿特丹规则》中关于权利转让的规定述评/175

(二)草案中关于诉权的规定述评/181

第五章 结论/193

一、观点总结/193

二、研究展望/197

参考文献/198

后记/209

引 言

一、选题背景及意义

加拿大海商法专家威廉·泰特雷(William Tetley)曾经说过:“货物索赔律师经常被三种交替出现、令人忧虑的情况所困扰。使他们担心的这三种情况是:不能及时提起起诉;对不该起诉的一方提起诉讼;或者以无索赔权的人的名义提起起诉。”^[1]本书关注的是最后一种令人忧虑的情况。承运人所承担的损害赔偿义务,属于次给付义务,也叫第二次给付义务,其根基于承运人原来所处的法律关系。具体分为两种情形:其一为原来存在债的关系,该债之关系中的义务即为第一次给付义务,也称原给付义务,其在履行过程中因特殊事由演变而生次给付义务,即第二次给付义务;其二,原来不存在债的关系,因侵权行为而产生损害赔偿义务,该义务对于侵权之债而言虽属原给付义务,但是侵权之债以侵权责任的成立为前提,而责任的成立又以义务的违反为前提,所以侵权损害赔偿义务为第二次给付义务,

[1] William Tetley:《海上货物索赔》,张永坚等译,大连海运学院出版社1993年版,第143页。

因其被违反而成立侵权责任的义务为第一次义务。^{〔1〕}可见,有权向承运人主张索赔之前,必先有向承运人要求交货的权利。因此,本书所要研究的问题是,当提单项下货物经历了海上运输航程到达目的地时,谁有权向承运人要求提货,其提货的依据为何,当出现货损货差的情况时,谁有权向承运人主张索赔,其索赔的依据为何。

上述问题需要以请求权方法,即探寻支持货物索赔的请求权基础的方法加以解决。请求权基础指一方当事人向他方当事人有所主张的法律规范。^{〔2〕}为使探寻请求权基础的过程不致变得盲目,通常将可得主张的请求权依其内容分为合同上的请求权、物权关系上的请求权、侵权行为损害赔偿请求权、无因管理中的请求权、不当得利返还请求权等,在探寻作为请求权基础的法律规范时,按照类别依一定的次序进行。于是,在发现作为请求权基础的法律规范之前,必先明确可得主张的请求权所属的类别。即使可依据的法律规范至为明显,也有必要将其定性以形成一定的逻辑体系。因而在更为广泛的意义上,将可得主张的请求权所属的类别或其所处的法律关系也称为请求权基础,并不至于发生不可接受的结果。本书正是在更为广泛的意义上使用请求权基础这一术语的。

类似的问题在英国被称为提单项下的诉权(right of suit 或者 title to sue)。这里的诉权与大陆法系的诉权概念并不相同,后者是一个程序性权利的概念,意指当事人为维护自己的合法权益,要求法院对民事争议进行裁判的权利。尽管也有人认为诉权包含实体含义,但是诚如张卫平教授正确地指出:“这种认识容易掩盖诉权的本质。诉权的本质就是启动司法裁判程序。实体上的请求是实体法

〔1〕 关于原给付义务与次给付义务,可参见王泽鉴:《债法原理》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第38页;关于侵权责任与侵权之债,可参见崔建远:“债法总则与中国民法典——兼论赔礼道歉、恢复名誉、消除影响的定位”,载《清华大学学报》2003年第4期。

〔2〕 (台)王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第50页。

所赋予的,与诉权并没有关系。”〔1〕德国法儒温德沙伊德从罗马法和旧的共同法中的诉的概念中发展出实体法上的请求权概念,按照其观点,请求权表示的是实体法的权利,这个权利可以在司法程序以外得到实行,可以通过当事人自愿履行,在许多情况下还可以被转让和免除。私法权利是第一位的,而通过诉讼程序予以实现的可能是第二位的,诉讼程序的任务在于,当诉讼前就已具有的实体法权利受到侵害或引起争议时,通过诉讼程序确认这个权利,并使它得以实现。这个观点在今天已为人们一般地接受。〔2〕相反,英国普通法是作为一连串的补救手段而产生的,其实践的目的是使争议获得解决。“补救先于权利”是普通法的基本准则。普通法中有许多诉讼形式,凭借这些形式才能向王室法院提起和进行诉讼。〔3〕尽管诉讼形式已在1852年被废除,但是英国法律史学家梅特兰早已指出:“我们已经埋葬了诉讼形式,但它们依然从坟墓里统治着我们。”〔4〕可见,如果不借助于历史,根本无法解释和理解普通法中的诉权概念。尽管我国海商法在很大程度上受到英国法的影响,但是我国毕竟没有普通法系的历史渊源和法律结构,所以,不加区分地使用诉权这个概念,只会引起更多的混乱状况。所以在本书中,除了因被论述的对象(英国法及联合国国际贸易法委员会运输法草案)本身使用诉权概念而不得不维持原状以外,其他场合一律使用请求权这一概念。

自法学存在以来,它就是一门实践科学。〔5〕而请求权基础的寻

〔1〕 张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2004年版,第30~31页。

〔2〕 [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第323~324页。

〔3〕 [法]勒内·达维:《英国法与法国法:一种实质性比较》,潘华仿等译,清华大学出版社2002年版,第9~15页。

〔4〕 [英]梅特兰:《普通法的诉讼形式》,王云霞等译,商务印书馆2009年版,第34页。

〔5〕 [德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第3页。

找,是处理实践问题的核心工作。在某种意义上甚至可以说,解答实例的过程就是寻找请求权基础的过程。^[1]在海运货物索赔领域,一位英国上议院大法官曾说:“海上货物运输索赔中诉权问题是一个恶名远扬的陷阱。”^[2]而在我国,提单项下货物索赔的请求权基础也常常困扰着司法实践。以无单放货的定性为例,最高人民法院开始持构成侵权责任的观点,后来转而持构成违约责任的立场,详见后述。侵权责任还是违约责任,并不是一个无关痛痒的问题,当然首先是因为二者在责任构成、当事人的举证责任等诸多方面存在差异,更重要的是,在国际海上货物运输这样的涉外法律关系中,侵权责任还是违约责任的判断,将对准据法的选择产生直接的影响,从而可能因为适用不同国家或地区的法律,在结果上产生显著的差异。

司法实践对无单放货定性的争议尽管随着最高人民法院《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《无单放货规定》)这一司法解释的出台而终可告一段落,但其涉及的理论问题并没有得到彻底的解决。判断构成侵权责任还是违约责任,其依据在于对提单法律关系的理解。将定性的问题分解可知,它至少涉及提单是否为物权凭证、提单是否在承运人与持有人之间建立债权债务关系等问题。因此,对侵权责任还是违约责任的问题不能形成正确的判断,实质上即未能正确认识提单法律关系这一海商法中最为基本的问题。提单在海商法中的重要性无须再着力强调,对它的理论建构至今仍有未能令人满意之处。缺少了理论的指导,实践自然无法应对出现的问题。在规则层面上,《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)并不落后,有专家曾经评论称:“由于海商法吸收了当前国际立法、国际惯例和国际海运实践的最新成

[1] (台)王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第50页。

[2] 尹东年主编:《当代海商法理论与实践》(郭瑜执笔),人民交通出版社1997年版,第41页。

就,受到国际海商法学界和实务界的好评,被人们认为是同国际社会接轨最好的一部法律。”^[1]尽管《海商法》体现了一定的先进性,但是立法引入规则制度的同时不会自动生成学说理论。对规则的认识不可能仅停留在字义的层面上,规则的起因、其中所涉概念的含义、规则背后的价值评判与价值选择、规则之间的体系关联等,对这些问题的掌握绝不可能一蹴而就。况且,我国属大陆法系传统,而《海商法》所引入的规则很多来自英美法系,如何将这些规则纳入我国法律体系,并使之融为一体,是一个极度富有挑战的课题。事实上,即使是最先进的海运国家,也不可能完全不吸收来自其他法域的规则或制度。只要其海商法学理论足够成熟,它能够轻松地將这一问题化解。本书正是意图向着这一理想迈进。

其实,即使在规则层面上,也仍有必要对提单项下货物索赔的请求权基础作出进一步的研究。在英国,海上货物运输中的诉权问题通过《1992年海上货物运输法》被较为圆满地解决,《海商法》制定时尚未能借鉴这部较为完备的立法,更遑论消化吸收其精髓。此外,国际海事委员会(CMI)于2001年11月第六次专家小组会后形成运输法最终框架文件,提交联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL),形成了《UNCITRAL运输法草案》。在这个草案中,对诉权与权利转让作了专章的规定,并有一些新的动向,值得关注。尽管最终通过的《全程或部分海上国际货物运输合同公约》(以下简称《鹿特丹规则》)删除了草案中有关诉权的内容,但其保留了权利转让的规定,而草案讨论过程中所涉及的问题以及诉权内容最终予以删除的原因,同样值得我们研究与关注。我国交通部在2001年立项进行《海商法》修改的研究,研究结论是《海商法》必须要修改。最

[1] 王保树:“全国人大常委会法制讲座第十一讲讲稿:中国的商事法律制度”,载 <http://past.people.com.cn/GB/shehui/212/3572/3575/20001229/365127.html>,最后登录时间:2010年7月20日。

近,随着《鹿特丹规则》的通过,要求修改《海商法》的提议又开始活跃。^[1] 因此,在规则层面上,对《海商法》、英国《1992年海上货物运输法》、《UNCITRAL 运输法草案》与《鹿特丹规则》进行比较研究,以期提出若干立法论建议,在现阶段别具意义。

综上,从司法实践的统一、海商法学理论的建构以及《鹿特丹规则》的吸收与《海商法》的修改三个方面观察,确有必要对提单项下货物索赔的请求权基础作出深入的研究。

二、现有研究综述

就本书所要论述的问题,到目前为止,国内外的研究已有相当的进展,著述颇丰。现简要综述如下:

在是否可以以侵权责任作为请求权基础的问题上,如上所述,我国的司法实践原先持肯定态度,后来一度转为否定,最终在《无单放货规定》中又变肯定,承认侵权责任与违约责任的竞合。学者对这一问题的意见也出现了分歧。有学者站在否定说一边,^[2]而多数学者则认为承运人无单放货可构成侵权与违约的竞合,亦即承认可以以侵权责任作为索赔的请求权基础。^[3] 侵权责任是否可以成为提单项下货物索赔的请求权基础,涉及提单是否为物权凭证的判断。我国以前的通说认为提单是一种物权凭证,提单的持有人就是提单项下货物的所有人。这样,提单持有人以所有权被侵害为由对承运

[1] 梁慧星教授最近撰文称,尽快启动《海商法》的修改工作不仅重要,而且迫切,《鹿特丹规则》的出台,为中国启动《海商法》的修改工作提供了最适宜的时机。详见梁慧星:“修改《中华人民共和国海商法》的诉求与时机”,载《中国海商法年刊》2010年第2期。

[2] 司玉琢等:“关于无单放货的理论与实践——兼论提单的物权性问题”,载《中国海商法年刊》(2000年第11卷)。

[3] 杨良宜:“无提单交货”,载《中国海商法年刊》(1994年第5卷);傅廷中:《海商法律与实务丛谈》,大连海事大学出版社2001年版,第144页;李守芹:“海运提单焦点问题透视——无单放货责任论纲”,载《海商法研究》2001年第4辑,法律出版社2002年版,第31页;司玉琢主编:《海商法专题研究》(林鹏鹄执笔),大连海事大学出版社2002年版,第258页。

人索赔,若其他构成要件得到满足,没有理由不承认侵权责任的成立。但是,通说逐渐受到学者的质疑。有人尽管支持“提单的物权凭证即所有权凭证”的说法,但认为“这并不能说明谁持有提单,谁就能主张物权”。〔1〕有学者指出:“把提单说成是物权凭证,不仅于法无据,而且于理不通。事实上,这完全是一场历史的误会……正确的说法应该是:提单,作为海上货物运输单证的一种,除了是海上货物运输合同及货物已经由承运人接收或装船的证明外,它还是一种可转让的权利(或债权)凭证,即据以向承运人提取货物的凭证。”〔2〕有学者坚持提单“物权凭证”的功能,但否弃所有权证明的观念,并明确反对债权凭证的观点,指出“关于提单是债权证明的说法似应缓行”。〔3〕有学者认可提单不代表所有权的观点,但并不赞同提单仅是债权凭证,而是认为提单代表其项下货物的占有权。〔4〕有学者回避“物权凭证”的提法,而将其功能概括为“交货凭证”。〔5〕也有学者未明确表明立场,只是交代该问题在我国理论界颇具争议,并指出国际上趋向于将海上货物运输合同下承运人的权利义务与货物所有权的归属脱钩。〔6〕还有学者认为“提单在贸易、结算流通领域具有物权性,在运输领域则不具有物权性”。〔7〕如此等等,不一而足。

另一方面,最高人民法院将无单放货认定为违约的同时,并没有说明什么约被违反,似乎这一结论天经地义、无须说明。然而事实

〔1〕 徐新铭:“论提单的物权凭证”,载《中国海商法年刊》(1994年第5卷)。

〔2〕 李海:“关于提单是物权凭证的反思——兼论提单的法律性质”,载《中国海商法年刊》(1996年第7卷)。

〔3〕 傅廷中:《海商法论》,法律出版社2007年版,第114~118页。

〔4〕 郭瑜:《提单法律制度研究》,北京大学出版社1997年版,第75~87页。

〔5〕 司玉琢主编:《海商法》(蒋跃川执笔),中国人民大学出版社2008年版,第88页。

〔6〕 司玉琢主编:《海商法》(胡正良执笔),法律出版社2003年版,第128页。

〔7〕 司玉琢等:“关于无单放货的理论与实践——兼论提单的物权性问题”,载《中国海商法年刊》(2000年第11卷)。