

SMU LAW REVIEW 2007



# 海大 法律评论 2007

上海海事大学海商法研究中心 编



上海社会科学院出版社

# 海大 法律评论 2007



上海海事大学海商法研究中心 编



上海社会科学院出版社

### 图书在版编目(CIP)数据

海大法律评论. 2007/上海海事大学海商法研究中心  
编. —上海: 上海社会科学院出版社, 2008  
ISBN 978-7-80745-311-6

I. 海… II. 上… III. 海商法-文集 IV. D996.19-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 167796 号

### 海大法律评论 2007

---

编 者: 上海海事大学海商法研究中心

特约编辑: 田国忠

责任编辑: 张晓栋

封面设计: 钱自成

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail: [sassp@sass.org.cn](mailto:sassp@sass.org.cn)

经 销: 新华书店

照 排: 南京展望文化发展有限公司

印 刷: 上海社会科学院印刷厂

开 本: 787×960 1/16

印 张: 38.75

插 页: 3

字 数: 700 千字

版 次: 2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

---

ISBN 978-7-80745-311-6/D·057

定价: 72.00 元

---

版权所有 翻印必究

## 《海大法律评论》编辑委员会

主 任：於世成

委 员：蔡存强 蒋正雄 胡正良

沈禹钧 沈秋明 姚洪秀

王国华 袁林新

主 编：胡正良

上海市普通高等学校人文社会科学重点研究基地海商法研究中心(编号 SJ0706)

上海市重点学科(第二期)项目资助(编号 T0604)

# 序

《海大法律评论》创办的宗旨,是为了丰富上海海事大学 and 我国海商法、航运法和相关领域法律的学术研究,为学界提供一个学术交流和分享学术成果的平台,促进我校和我国海商法、航运法和相关领域法律的研究。

上海海事大学的法学教育始于 20 世纪 60 年代初。我国已故海商法泰斗魏文翰、魏文达教授在我校开创了我国海商法的教学与研究。我校于 1979 年取得了改革开放后第一批法学硕士学位授权资格,现有国际法、民商法和经济法等三个法学硕士点。经过几代学人的不懈努力,获得了比较丰硕的法学教学和研究成果,尤其是在海商法和航运法领域,我校教授直接参加了我国《海商法》、《港口法》、《航运法》(起草之中)等的起草,一系列航运法规、规章的起草和修改,国家重大航运政策的论证与制定,完成了多项重大研究课题,在国内外公开出版了一批学术著作和教科书,发表了许多有价值的学术论文。目前,我校的法学教学与研究以法理学、民商法、经济法、国际经济法、国际公法、国际私法、行政法、诉讼法等为基础,以海商法、航运法及海洋法为重点,学术梯队健全,师资结构合理,学术思想新颖,学术资料丰富,正在向着更高的目标迈进。

出版物以《海大法律评论》命名。“海大”是上海海事大学的简称,在“法律评论”之前冠以“海大”两字,显示出“法律评论”具有以海商法和航运法为主要内容的我校法律研究和教学“海”的特色,并区别于国内直接以“法律评论”为名的出版物。

《海大法律评论》以海商法和航运法的研究为主,兼顾海洋法、民商法、经济法等其他法律领域的研究,力求学术成果具有前沿性、理论性

和实践性,包括学术论文和专题研究报告、国际国内最新立法与动态的分析和研究、典型案例评析、学术动态、学术书评等。每一卷的栏目名称根据当年海商法、航运法和相关法律领域的重点、热点问题和稿件情况作适当调整。

《海大法律评论》将坚持学术自主、自律的原则,秉承严谨、开拓、求真、务实的精神。《海大法律评论》作为连续性法学类出版物,将按照法学学术期刊的要求,每年公开出版一卷。

连续出版物的价值在于延续持久并不断创新。我们将不断努力,力争将《海大法律评论》办成一份具有鲜明的海商法和航运法特色并兼顾其他相关法律领域、有影响力的连续性法学类学术出版物。同时,我们期望不断得到同行的支持和批评,使《海大法律评论》成为提高我校法学教学水平和研究能力的载体,为繁荣我国海商法、航运法和相关领域法律的学术研究作出贡献。

上海海事大学校长 於世成教授

# 前言

本卷保持学术自主、自律的原则,秉承严谨、开拓、求真、务实的精神,继续以“海商法”和“航运法”栏目为特色和重点,并设有国际立法与域外法、海事程序法和相关法域栏目,力求反映这些领域中具有前沿性、理论性和实践性的学术成果。

在“海商法”栏目刊登了 13 篇论文,主要涉及船员立法、UNCITRAL《运输法公约草案》、《物权法》对船舶物权制度的影响等当今海商法热点或前沿问题,运费、出租人对转租船舶收入的权利、船员人身伤亡损害赔偿与涉外海事合同的法律适用、海上保险法等传统理论与实践问题。

胡正良教授和叶红军的《船员立法的最新发展》,分析了我国船员就业和管理的现状,阐述了《船员条例》及其配套规章、《2006 年海事劳工公约》和《劳动合同法》的基本内涵,并分析了其将给船员的管理和船舶利益带来的重大影响。过仕宁的《论最新船员立法对我国船员外派服务机构之规范》,分析了我国最新船员立法对规范船员外派服务机构的规定,提出了规范船员外派服务机构的补充立法建议和执法建议。

林颖的《论〈物权法〉对船舶物权制度的影响》,针对《物权法》中的相关规定以及船舶物权制度的问题,提出了完善船舶的法律属性、船舶优先权、船舶留置权、船舶抵押权、船舶登记制度的建议。

徐锦的《论多船抵押变更登记中的权利(力)冲突》,分析了当事人在抵押登记申请前后的法律地位以及权利(力)冲突的实质,探讨了多

船抵押变更登记实务中海事行政机构身份与职能的认识、各类文件记载的效力,以及取消船舶价值评估的问题。

联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)于2008年7月通过了《全程或部分海上国际货物运输合同公约草案》[简称UNCITRAL运输法公约(草案)]。张运鑫的《UNCITRAL〈运输法公约草案〉对集装箱运输的影响之研究》,分析了该公约草案针对集装箱货物运输的规定,探讨了该公约草案将来生效实施后对集装箱“门到门”运输的微观和宏观层面的影响。林青涛的《UNCITRAL〈运输法公约草案〉规定的承运人责任制度及对我国国际航运的影响之研究》,分析和评价了该公约草案对承运人责任制度的规定,探讨了该制度的变化将对我国国际航运业产生的影响,主要包括对国际航运企业、国际航运市场及国际航运政策的影响。康晨怡的《〈UNCITRAL运输法公约(草案)〉关于总量合同规定的研究》,分析和评价了该公约草案关于总量合同规定,探讨了该规定将对我国国际航运、贸易、海事司法等行业的影响。

蒋正雄教授的《论运费的若干法律问题》,分析了国际海上货物运输中有关运费的问题,以及在法理上和法律上解决运费纠纷的根据。

陈芳的《仓单法律性质之研究》,分析了仓单法规制度及其经济功能,以及我国《合同法》关于仓单规定的不足。

姚洪秀教授和宋斌的《论出租人对转租船舶收入的留置权》,分析了船舶出租人对转租船舶收入留置权的性质及主要特点,留置权的成立条件,留置权的行使,以及出租人丧失留置权的情形。

李文湘的《海上保险法中保险利益存废论》,分析了法律利益标准与实际期待利益标准的缺陷,提出对现行的保险利益的法律规定进行

修改,或者取消保险利益的法律规定。

赵桂兰的《论我国船员海上人身伤亡损害赔偿之法律适用》,分析了目前我国船员海上人身伤亡损害赔偿法律适用中存在的问题,提出了解决问题的建议。

王国华教授的《涉外海事合同法律适用问题探析》,分析了涉外海事合同的法律适用原则,以及我国涉外海事合同的法律适用规则的新发展。

在“航运法”栏目刊登了6篇论文,内容主要涉及海洋事业管理体制、水上搜救责任、港口投融资政策、港口理货、无船承运市场规范。

郑丙贵副教授的《大部门体制理念下海洋事业管理体制探讨》,阐述了综合海事政策的内涵、目标和作用,提出了以大部门体制改革为背景,适当借鉴欧美综合海事政策,建立我国海洋事业综合管理体制。

胡正良教授、郑丙贵副教授、周静和常玉文的《水上搜救责任主体与法律责任制度研究》,分析了我国现行水上搜救责任主体与法律责任制度,提出了完善这一制度的建议。

於世成教授和相雷的《美国航运法反垄断豁免制度发展趋势研究》,通过分析美国反托拉斯现代化委员会主张严格限制反垄断豁免的适用范围,托运人组织对航运法反垄断豁免制度持反对立场,分析了美国航运法反垄断豁免制度发展趋势研究。

陈伦伦的《我国港口基础设施投融资体制探析》,从其投融资主体和投融资方式角度分析了我国港口基础设施投融资体制的现状,借鉴国外港口基础设施投融资体制的成功经验,提出了解决存在问题的对策。刘洋和康锐副教授的《双重机制下的我国港口投融资法律、政策及

实践》，从国家和地方两个层面分析了现阶段我国港口投融资的宏观法律环境，结合实例分析了港口投融资的地方政策支持及法律困境。

陈喜燕的《我国港口理货业若干法律问题探究》，分析了我国港口理货法规制度的现状，提出了制定和修改相关法律等解决当前港口理货业中存在问题的若干建议。

庄炜的《论海事司法审判对我国无船承运市场规范的杠杆作用》，通过无船承运人最新案例的分析，提出应当通过司法审判中加强对无船承运业务相关主体的责任认定来进一步规范无船承运市场。

在“国际立法与域外法”栏目刊登了 2 篇论文。

赵月林教授的《〈2007 年内罗毕国际残骸清除公约〉之剖析》，介绍了《2007 年内罗毕国际残骸清除公约》的产生背景、立约宗旨、主要内容，以及立约过程中的焦点问题，结合我国的实际情况，分析了《公约》对我国的影响。

于耀东副教授的《韩国海商法评介》，系统地介绍了韩国海商法的地位、特性、法律渊源、结构和主要内容，对部分韩国海商法规则进行了简短评价、与我国《海商法》作了比较。

在“海事程序法”栏目刊登了 6 篇论文。

庄艳的《海运货损索赔中的举证责任》，分析了在海运货损索赔诉讼中，围绕货物灭失或短量、承运人免责、船舶适航、船舶绕航等内容，索赔方或承运人通常需要举证的重要实体法内容。

章博博士生的《论仲裁条款对提单受让人的法律效力》，以仲裁协议效力扩张理论为法理基础，探讨了提单中仲裁条款对提单受让人的法律效力。

吕鸣博士生的《论现代扣船制度中的不方便管辖原则》，通过分析不方便管辖原则在现代扣船制度中的适用，提出了在我国扣船制度中建立不方便管辖原则的立法设想。

张江艳副教授的《我国海事强制令程序之研究》，阐述了海事强制令程序设立的背景、海事强制令的性质，对海事请求人申请海事强制令的管辖、条件、担保进行了界定，提出了在海事强制令程序中引入听证程序的建议。

徐曾沧博士生的《海事法院船舶及船载货物拍卖的现行做法、存在问题及解决方法》，通过调查全国 10 家海事法院船舶及船载货物拍卖的具体做法，分析了这些存在的问题，提出了解决这些问题的具体建议。

王建新的《海事法官裁判能力探究》，结合海事审判实践，从心理层次到技术层次，探讨了海事法官裁判能力的几个要件。

在“相关法域”栏目刊登了 5 篇论文。

吴俐副教授的《数据电文证据在〈电子签名法〉框架下的解构》，分析了对数据电文证据与电子签名证据、电子证据之间的关系，数据电文证据的定位，数据电文证据的认证问题，以及《电子签名法》对数据电文证据认定上的局限性与对策。

刘达芳的《大陆和台湾地区海关法规制度比较研究》，分析了我国大陆和台湾地区海关法规制度的共性和各自的特点。

徐大梅副教授和侯永伟的《论我国侵权法领域惩罚性赔偿制度的确立与完善》，分析了惩罚性赔偿制度的价值功能和我国适用惩罚性赔偿制度的合理性，结合国外立法经验论证了我国侵权法领域确立惩罚

性赔偿制度的必要性和可行性,并对该制度的完善提出了立法建议。

沈禹钧教授和葛路萍的《论商标“反向混淆”侵权的构成要件》,分析了“反向混淆”概念界定及其危害性,以及“反向混淆”侵权的构成要件。

王铁雄副教授和阮方的《洛克与美国财产法的个人自然财产权观》,分析了洛克的个人自然权利理论、劳动价值与征服理论,以及洛克与美国财产法理念中个人自然财产权观的培植。

胡正良

2007年7月1日

# 目 录

|                                                     |         |     |
|-----------------------------------------------------|---------|-----|
| 序 .....                                             | 於世成     | 1   |
| 前言 .....                                            | 胡正良     | 1   |
| <b>海商法</b>                                          |         |     |
| 船员立法的最新发展 .....                                     | 胡正良 叶红军 | 1   |
| 论最新船员立法对我国船员外派服务机构之规范 .....                         | 过仕宁     | 19  |
| 论《物权法》对船舶物权制度的影响 .....                              | 林 颖     | 33  |
| 论多船抵押变更登记中的权利(力)冲突 .....                            | 徐 锦     | 61  |
| UNCITRAL《运输法公约草案》对集装箱运输的影响之研究 .....                 | 张运鑫     | 73  |
| UNCITRAL《运输法公约草案》规定的承运人责任制度及对我国<br>国际航运的影响之研究 ..... | 林青涛     | 97  |
| UNCITRAL《运输法公约草案》关于总量合同规定的研究 .....                  | 康晨怡     | 122 |
| 论运费的若干法律问题 .....                                    | 蒋正雄     | 148 |
| 仓单法律性质之研究 .....                                     | 陈 芳     | 167 |
| 论出租人对转租船舶收入的留置权 .....                               | 姚洪秀 宋 斌 | 177 |
| 海上保险法中保险利益存废论 .....                                 | 李文湘     | 187 |
| 论我国船员海上人身伤亡损害赔偿之法律适用 .....                          | 赵桂兰     | 205 |
| 涉外海事合同法律适用问题探析 .....                                | 王国华     | 222 |
| <b>航运法</b>                                          |         |     |
| 大部门体制理念下海洋事业管理体制探讨 .....                            | 郝丙贵     | 234 |
| 水上搜救责任主体与法律责任制度研究<br>..... 胡正良 郝丙贵 周 静 常玉文          |         | 264 |
| 美国航运法反垄断豁免制度发展趋势研究 .....                            | 於世成 相 雷 | 294 |

|                               |         |     |
|-------------------------------|---------|-----|
| 我国港口基础设施投融资体制探析 .....         | 陈伦伦     | 313 |
| 双重机制下的我国港口投融资法律、政策及实践 .....   | 刘 洋 康 锐 | 328 |
| 我国港口理货业若干法律问题探究 .....         | 陈喜燕     | 344 |
| 论海事司法审判对我国无船承运市场规范的杠杆作用 ..... | 庄 炜     | 361 |

## 国际立法与域外法

|                              |     |     |
|------------------------------|-----|-----|
| 《2007 年内罗毕国际残骸清除公约》之剖析 ..... | 赵月林 | 387 |
| 韩国海商法评介 .....                | 于耀东 | 405 |

## 海事程序法

|                                        |     |     |
|----------------------------------------|-----|-----|
| 海运货损索赔中的举证责任 .....                     | 庄 艳 | 432 |
| 论仲裁条款对提单受让人的法律效力 .....                 | 章 博 | 453 |
| 论现代扣船制度中的不方便管辖原则 .....                 | 吕 鸣 | 466 |
| 我国海事强制令程序之研究 .....                     | 张江艳 | 477 |
| 海事法院船舶及船载货物拍卖的现行做法、存在问题及解决<br>方法 ..... | 徐曾沧 | 494 |
| 海事法官裁判能力探究 .....                       | 王建新 | 514 |

## 相关法域

|                             |         |     |
|-----------------------------|---------|-----|
| 数据电文证据在《电子签名法》框架下的解构 .....  | 吴 俐     | 528 |
| 大陆和台湾地区海关法规制度比较研究 .....     | 刘达芳     | 542 |
| 论我国侵权法领域惩罚性赔偿制度的确立与完善 ..... | 徐大梅 侯永伟 | 559 |
| 论商标“反向混淆”侵权的构成要件 .....      | 沈禹钧 葛璐萍 | 576 |
| 洛克与美国财产法的个人自然财产权观 .....     | 王铁雄 阮 方 | 593 |

## 船员立法的最新发展

胡正良 叶红军

**[摘要]** 分析了我国船员就业和管理的现状,阐述了《船员条例》及其配套规章、《2006 年海事劳工公约》和《劳动合同法》的基本内涵,并分析了其将给船员的管理和船舶利益带来的重大影响。

**[关键词]** 船员 立法 管理

### 一、引言

我国是航运大国、贸易大国,同时也是船员大国。根据近年的统计,我国年进出贸易货物总量的 93%通过海运实现,国内贸易货物的 46%通过水路运输实现。船员是航运生产力中最具有决定性的因素。船员是一个特殊的职业,具有较强的专业性、较高的技术性、较大的风险性、较广的涉外性。船员的这一作用和职业特点,表明船员的任职资格、船员的劳动就业、船员劳务市场行为,以及政府对船员和相关事务的管理,必须用法律的形式加以规范。然而,与船舶海上航行安全及防止船舶污染立法、海商立法、港口立法、航运市场管理立法相比较,在我国航运法律领域,船员立法一直是一个最薄弱的环节,尤其是其中涉及船员劳动或雇佣关系的立法。我国船员立法长期以来的落后状态,不利于船员利益的保障、船员队伍的稳定,也不利于船员劳务外派,与我国航运大国和船员大国的地位不相适应,也不利于船舶航行安全和水域环境保护。改变我国船员立法的落后状态,早已受到国家主管部门、航运业、船员和学术界的高度重视,且这种落后状态已经并且正在发生变化。

本文分析 2007 年 9 月 1 日施行的《中华人民共和国船员条例》(以下简称《船

员条例》)及其配套规章,国际劳工组织(International Labour Organization: ILO)制定的《2006 年海事劳工公约》(Maritime Labour Convention, 2006),以及我国《劳动合同法》,并在此基础上分析其对我国船员的管理和船员利益将带来的积极影响。

## 二、船员与船员立法概述

### (一) 船员的含义

我国《海商法》第 31 条规定:“船员,是指包括船长在内的船上一切任职人员。”国际劳工组织《2006 年海事劳工公约》第 2 条第 1 款(f)项规定:“海员一词系指在本公约所适用的船舶上以任何职务受雇或从业或工作的任何人员。”<sup>〔1〕</sup>《船员条例》第 4 条规定:“本条例所称船员,是指依照本条例的规定经船员注册取得船员服务簿的人员,包括船长、高级船员、普通船员。”《船员条例》这一船员的定义是从船员就业资格的角度作出的。从劳动法律意义上讲,船员是指与船舶所有人、光船承租人、其他用人单位或雇主签订船员劳动合同或船员雇佣合同,并在船上任职的人员。

在国外,由于传统上船长的法律地位不同于其他船员,船员的概念通常不包括船长,习惯的用法是“船长和船员”(master & crew)。

### (二) 我国船员情况

#### 1. 我国船员队伍的规模

根据统计,全国在运输船舶上从事船员工作的约有 155 万人,其中海船船员 51 万人,内河船员 100 余万人,数量上居世界第一位。但是,我国还不是船员强国,船员数量严重不足,船员综合素质不高,船员队伍结构不甚合理。<sup>〔2〕</sup>

#### 2. 我国船员劳务外派情况

船员劳务外派是指船员在船员服务中介机构的组织、安排下,在外国籍船舶上提供服务的活动。我国海员劳务外派业务始于 20 世纪 70 年代末。

我国是国际海事组织(IMO)制定的《1978 年船员培训、发证和值班标准的国

---

〔1〕 原文为“seafarer means any person who is employed or engaged or works in any capacity on board a ship to which this Convention applies”。

〔2〕 参见:交通部海事局常务副局长刘功臣于 2008 年 4 月 16 日在深圳举行的首届全国船员发展大会上介绍,载于:www.sina.com.cn。2008 年国务院机构改革后,交通部改为交通运输部,下同。