

梁慧星 / 主编

民商法 论丛

CIVIL AND COMMERCIAL LAW REVIEW

金桥文化出版(香港)有限公司



2001年第2号

总第19卷

VOL · 19

民商法论丛

2001 年第 2 号 / 总第 19 卷

梁

慧

星



编

金桥文化出版(香港)有限公司

民商法论丛(总第19卷)

主编 梁慧星

责任编辑 王 玲

出版·发行 金桥文化出版(香港)有限公司
香港中环干诺道中68号华懋广场二期
六字楼A室

北京办事处 电话(010)68028094

深圳办事处 电话(0755)5517258

中国内地进口总代理 中国出版对外贸易总公司

中国内地发行总代理 现代书店有限公司

印刷 福利印刷

版次 2001年6月第1版第1次印刷

书号 ISBN 962-85837-5-1

出版声明 版权所有 侵权必究

卷首语

本卷是第 19 卷(2001 年第 2 号)。

【专题研究】栏刊登五篇论文。其一,林强的《论提单债权效力的渊源》;其二,封锐的《域名权的构建》;其三,谢可训的《论基础合同对信用证交易的影响》;其四,常鹏翱的《论破产撤销权》;其五,刘翠霄的《中国和德国农村社会保障制度比较分析》。

【立法问题】栏刊登两篇论文,一是我国台湾地区司法院大法官、台湾大学教授王泽鉴的《物权法上的自由与限制》。2000 年 10 月在北京召开 21 世纪物权法学术研讨会,王泽鉴先生应邀出席并提交了这篇论文,其中对中国物权法草案建议稿作了中肯的评论,望读者留意。二是孙新强的《关于著作权法修订的几点理论思考》,作者认为现行著作权法存在不少漏洞和缺陷,已难以适应社会生活的要求,需要进行修改,并提出若干修改建议,值得重视。

【法学思潮】栏刊载尹田的《论“不公正胜于无秩序”》,是作者在北京大学法学院的演讲稿,涉及民法学上最抽象的一些概念,例如公平、公正、正义、秩序等,值得一读。

【学术争鸣】栏刊载翁晓健的《两种意见 四个焦点——再评中国仲裁司法监督制度》一文。从 20 世纪 90 年代中期开始,国际经济法学界就中国涉外仲裁的司法监督发生争论,一些学者批评我国仲裁法对国内仲裁的司法监督与涉外仲裁的司法监督实行分轨制,对涉外仲裁裁决仅审查和监督其程序运作而不涉及实体内容,不利于维护法律尊严,建议实行国内仲裁监督与涉外仲裁监督的并轨。发表在本论丛第 10 卷

的陈安教授的《再论中国涉外仲裁的监督机制及其与国际惯例的接轨》一文,论述了这一主张。而另一些学者则认为现行仲裁法区分国内仲裁与涉外仲裁,对涉外仲裁仅监督程序运作,符合国际通行做法。本文在对争论双方的观点、论据进行比较研究的基础上,肯定我国现行法对涉外仲裁仅监督程序的做法符合国际惯例,并认为我国仲裁法对国内仲裁的监督过严,建议国内仲裁向涉外仲裁靠拢。

【法条释评】栏刊登编者的两篇文章,一是《合同法第286条的权利性质与适用》,着重于合同法第286条创设的承包人法定抵押权的立法过程的介绍,及提出如何适用该条的意见;二是《“行人违章撞了白撞”是违法的》,结合对沈阳等地制定的所谓“行人违章撞了白撞”的地方性规章的批评,分析国务院发布的《道路交通事故处理办法》的优点和缺点,并就交通事故民事损害赔偿,如何正确适用民法通则第123条确立的无过错责任原则和第131条过错相抵规则,提出建议。

【判解研究】栏刊登两篇文章,一是王健的《竞业禁止的若干法律问题》,是对杭州一通航空货运有限公司诉高凤顺竞业损害赔偿案法院判决的评析;二是王闯的《理论争鸣与制度创新——关于最高法院“担保法司法解释”的若干问题》,对《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》所涉及的重大理论争论问题及相关制度创新,作了分析评述,并指出尚存在的不足,相信对于读者准确理解和运用这一重要解释文件,会有所帮助。

【域外法】栏刊登蔡庆辉、杜晓帆的《英国仲裁法(1996)述评》一文。

【硕士学位论文】栏选刊两篇硕士论文,一是叶建丰的《缔约过失制度研究》,二是陈桂平的《投资基金的法律架构》,是近年硕士学位论文的佳作。

【社会调查】栏发表罗萍的调查报告《湖北城乡丈夫对妻子家庭暴力的调查与分析》。恰好立法机关正在修改婚姻法，引起社会各界的强烈关注。本文以确凿的事实，披露湖北城乡严重存在的家庭暴力，引人深省。发表本文也借以表明本刊坚决反对任何形式的家庭暴力的严正立场。

【资料】栏刊载三份资料，一是《日本消费者合同法》，由张严方翻译；二是英国《1999 年合同（第三人的权利）法》，由孙美兰翻译；三是德国《关于非契约之债及物权的国际私法的法律》，由陈卫佐翻译。

编者

2001 年 1 月 4 日

北京东城区东总布胡同 19 号

3

卷
首
语

《民商法论丛》的宗旨是，从我国改革开放和发展现代化市场经济的实际出发，广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说，研究民商法的基本理论和重大法律问题，为我国民商事立法的现代化和审判实务的科学化提供科学的法理基础，提升我国民商法理论水准，培养民商法理论人才。按照编辑方针，本丛书将每年出版4卷，每卷50万字。内容包括：一、法学方法论；二、专题研究，包括民法、商事法、域外法；三、判例研究；四、硕士学位论文；五、博士学位论文；六、域外著名学者经典论著；七、重要立法资料。

目 录

卷首语

【专题研究】

- 论提单债权效力的渊源…………… 林 强(1)
- 域名权的构建…………… 封 锐(26)
- 论基础合同对信用证交易的影响…………… 谢可训(96)
- 论破产撤销权…………… 常鹏翱(116)
- 中国和德国农村社会保障制度比较
分析…………… 刘翠霄(208)

【立法问题】

- 物权法上的自由与限制…………… 王泽鉴(233)
- 关于著作权法修订的几点理论思考…………… 孙新强(285)

【法学思潮】

- 论“不公正胜于无秩序”…………… 尹 田(307)

【学术争鸣】

- 两种意见 四个焦点
——再评中国仲裁司法监督制度…………… 翁晓健(334)

【法条释评】

- 合同法第 286 条的权利性质与适用…………… 梁慧星(375)

“行人违章撞了白撞”是违法的…………… 梁慧星(380)

【判解研究】

竞业禁止的若干法律问题

——杭州一通航空货运有限公司诉

高风顺竞业损害赔偿案评析…………… 王 健(387)

理论争鸣与制度创新

——关于最高法院“担保法司法解释”

的若干问题…………… 王 闯(404)

【域外法】

英国仲裁法(1996)述评…………… 蔡庆辉 杜晓帆(466)

【硕士学位论文】

缔约过失制度研究…………… 叶建丰(500)

投资基金的法律架构…………… 陈桂平(582)

【社会调查】

湖北城乡丈夫对妻子家庭暴力的调查

与分析…………… 罗 萍(655)

【资料】

日本消费者合同法…………… 张严方译(680)

英国《1999年合同(第三人的权利)

法》…………… 孙美兰译(687)

德国《关于非契约之债及物权的国际

私法的法律》…………… 陈卫佐译(696)

【专题研究】

论提单债权效力的渊源

林 强

目 次

- 一、引 言
- 二、债权请求权
- 三、学说简介
- 四、制度发展史
- 五、分析与讨论
- 六、提单与运输合同之关系
- 七、结 语

一、引 言

《中华人民共和国海商法》第78条第1款规定,承运人同收货人、提单持有人之间的权利、义务关系,依据提单的规定确定。据此在提单运输的场合,确立了收货人向承运人提出请求的请求权基础。但是,关于这一权利在法理上的依据,则并不明确。例如,该项请求权是债上请求权还是兼具物上请

求权的内容,其次,在权利的性质、来源上,规定债之关系依提单(而非运输合同)的规定确定,以提单为权利行使的凭证,那么这一权利来源于何处,提单还是运输合同?是何种性质之债?

上述问题看似简单,但却直接牵涉到收货人和提单持有人在海上货物运输关系中地位的界定,以及提单法律制度内在机制的根本,其意义至关重要。众多理论问题和实务中的大量争议也往往溯源于斯,^[1]因此值得深入加以探讨。

本文的论述存在一个理论前提,即仅限于签发指示提单和空白提单的情况,至于记名提单,因为在可转让等性质方面,还有争议,所以不在讨论范围之内。

二、债权请求权

收货人是指有权提取货物的人(《海商法》第42条)。提取货物,在运输上看,首先是基于运输合同方面的固有效力。海上运送营业的目的,在于通过运送实现货物在空间上的位移。承运人为了进行运输而收取货物,在运输结束时当然负有返还货物的义务。换言之,这种返还体现了运送物交付的债的关系。但是在提单运输的情形,由于提单是承运人保证据以交付货物的凭证,具有缴回证券的性质,^[2]非凭提单不能提放货物。作为可以转让的货物的“仓库钥匙”,^[3]通过处分提单同时可以实现对海上货物的控制和处分,因而提单又是具有物权效力的凭证。因此对收货人暨提单持有人而言,值得疑问的是,他是否同时具有物上请求权,这种物上请求权与债上请求权之间是什么关系?

关于提单作为物权凭证的内涵,一般认为,其所表彰的,在于对海上运送物的占有。换言之,提单是一种占有凭证,持

有提单就意味着对货物的支配。在提货环节中,提单的这一物权功能与特性也有所体现,凭单交货的规则就是一个典型的现象。^[4]所以,毫无疑问,提单持有人可以据物权向承运人主张货物交付。不过,尽管如此,就提单物权效力的意义而言,学者多数仍认为,提单作为物权凭证的功能,主要是为买卖和信用证交易服务,在国际贸易领域发挥作用,并非针对运输环节。^[5]占有制度在其中的重点,在于本权表意(本权推定力、公示力、公信力)及本权取得的机能(取得时效等),至于占有请求权本身,却没有太大的意义,已非不可或缺,^[6]权利人完全可以通过行使本权或相关债权的途径求得救济。在实务的角度上看也的确如此。以占有事实向承运人主张物上请求权,没有多大实益。例如,在诉讼中可能需要证明承运人存在过错,或者根据有关法律规定(如英国法)无法仅因遭受“纯经济损失”(purely economic loss,指被害人所遭受的财产上的不利益,如营业利润等)而要求承运人给予赔偿,等等。此外,更重要的是,在货物灭失或由善意的第三人取得的情况下,由于现实的货物交付已不可能,这时提单的物权效力存在问题,无论占有保护或返还请求权均无法成立,不能不需要依靠提单债权效力上规定的帮助。

由此可知,在承运人与收货人之间,提单所表现的,基本上是作为债权的“交付货物请求权”。提单的债权效力,与其物权功能之间并不存在隶属的关系。甚至从最终践行交货义务的角度上说,提单的债权效力问题可能还具有更为重要的意义。

三、学 说 简 介

关于提单债权效力的法理依据,学术上向有不同见解,其

中较有代表性和意义的,有以下学说:

1. 为第三人合同说。为第三人合同是大陆合同法的概念。为第三人合同说认为,^[7]海上货物运输合同属于为第三人的契约,托运人是为了收货人的利益而订立合同,合同约定承运人应向持有提单的第三方收货人交付货物。收货人作为第三方受益人,可以以自己的名义直接向承运人请求给付。

2. 合同让与说。合同让与说认为,提单的转让,使提单所包含或证明的运输合同中规定的部分(体现于提单上所载明的)托运人的权利和义务发生转移,提单持有人因之成为运输合同的当事人。^[8]英国《1855年提单法》(Bills of Lading Act, 1855)和《1992年海上货物运输法》(1992 COSGA)采纳了合同让与说。

3. 提单合同说。提单合同说认为,提单在收货人与承运人之间,构成了一个单独的运输合同。^[9]此说在我国实务上相当常见。例如在收货人起诉的货损赔偿案件中,法院就是以“海上货物运输合同纠纷”作为案由而立案。与之相似的是英国法院在1924年 *Brandit v. Liverpool Brazil & River Plate S. N. Co.* 一案中所阐释的“默示合同”的理论。^[10]根据这一理论,当收货人凭提单向承运人提货时构成要约,承运人放货构成承诺,收货人所支付的运费则为对价,双方产生了一个“默示合同”。收货人因此可以向承运人要求货物的损害赔偿。

4. 证券说。证券说认为,^[11]提单是表明承运人承认已接收货物,并负有在目的港将货物交给提单持有人这一债务的有价证券。提单表彰运输合同上的债权,将运送物的交付请求权从运输合同中相对截离出来,作为证券上的权利而行使。但是关于此种“债权证券化”的构成,在证券说下又有争议(详见后述)。

四、制度发展史

分析上列学说,虽然见解各不相同,但基本上都以辨析提单债权的由来和与运输合同的关系为立论的出发点。这一现象在海上货物运输及提单制度的发展上看,有深刻的渊源。因此,为了更好地解析提单债权效力这一问题,在对各种学说进行检讨之前,有必要先对相关制度的发展历程作一简单回顾。

海上运输的最初形态,是商运合一,航海者为商人,同时为运送人。其后才渐次发达,出现了专门从事运送营业的运输商。货物相对人方面,也有了托运人和收货人的分化:托运人与承运人签订运输合同,承运人签发提单并负责海上运送,在目的港将货物交给收货人。原始的提单首见于中世纪,其形态为一式二联,从骑缝处截开,承运人与货方各执一联,在目的港拼起来,对缝即交货。

在英美法,根据合同的相对性原则(privacy of contract),合同只对当事人有约束力,只有他们才能行使合同权利,因而也只有合同当事人可以就合同起诉和被告,^[12]所以在早期的英国法下,除了以侵权为由外,收货人作为第三方不能直接起诉和他没有合同关系的船东。诉讼通常是由托运人代表收货人提起的——尽管托运人本人并没有遭受损失。^[13]在 Dunlop 诉 Lamp 一案中,法院便给予了托运人追偿实质损害的权利。这种做法对收货人来说,非常不便。

近世资本主义商品经济的发展,随着国际贸易的急剧增长和海运技术的进步,大大提高了商品跨国流通的速度和规模。在追逐利润刺激下的投机交易,海上货物的转售极为频繁。为了交易的迅捷便利,商人们自发地采取了根据提单来

处理货物的技巧,从而出现了通常所说的“单据买卖”、“单据质押”和“象征性交货”,由此形成了提单物权效力的商业基础,渐而在法律上推演为一项特殊的规则,即就运送物所得行使之权利,提单的交付与货物的交付有相同的效力。可是,在赋予提单法定物权效力的背后,仍然必须看到,由于这种单据的转让并不是买卖纯粹的纸张,而是能够用以代表货物的权利凭证,提单最终仍然必须还原到实际的货物,所以从可兑现性亦即权利最终实现的角度出发,客观上对立法也提出了如下的要求,即确认收货人与提单持有人的权利和独立地位。

于是英国在 1855 年颁布了《提单法》,该法第 1 条规定:“提单上载明的每一收货人,以及提单上每一被背书人,基于货物的交付或通过提单的背书而受让提单上所记载的货物所有权的,应当像提单所包含的合同当时是与他本人签订的一样获得并拥有全部诉权,同时也应对有关货物承担相应的义务”,从而以法律规定的形式赋予了提单持有人运输合同上的权利义务,使其成为提单的订约一方,可以直接起诉船东而不必假手他人。^[14]新的《1992 年海上货物运输法》基本上继受了这一理念,但扬弃了将权利义务的转让与所有权转移相联系的做法,为提单持有人行使权利提供了进一步的保障。

与此同时,提单权利的内涵也被不断地加以充实,其效力也得到了进一步强化。1924 年《海牙规则》规定,提单上关于货物状况的记载仅具有初步或表面的证据效力,承运人可以通过证明他对该记载已尽密切注意来对抗提单持有人。^[15]1968 年的《维斯比规则》对此作了修正,规定当提单已被转让给诚实行事的第三方时,便不能接受与此相反的证据。1978 年《汉堡规则》也作了相同规定。另一方面,关于提单签发的代理权,英国 1851 年 *Grant v. Norway* 一案的判决中,^[16]曾认为船长无权代表船东对未装船的货物签发提单,故船东不

受此类提单的约束。但英国《1992 年海上货物运输法》彻底否定了这一法则。^[17]根据该法第 4 条规定,经船长或其他由承运人以明示、默示方式授权或对承运人具表面代理权(apparent authority)的人签署,其上载明货物已装船或收受备运的提单,在合法(lawful)的提单持有人手中,对承运人同样构成货已装船或收受备运的最终证据。

大陆法系国家并未如英国法般恪守严格的合同的相对性原则,法律上存在为第三人的合同,允许合同外的第三人可以根据合同的约定取得直接对于当事人的一方的债权,向债务人直接请求给付。从而基本上可以适用于运输合同的情况。通说也认为,运输合同属于为第三人合同的一种。^[18]不过对提单运输,各国民商法典多在有关海商的章节中径直规定,承运人同收货人之间的权利义务关系,依据提单的记载规定。如德国商法典第 656 条“提单的法律效力”第 1 款即规定“承运人和收货人之间的权利关系,根据提单确定。凡提单内没有记载的海上运输合同的条件,只有在提单内载明引用上述条件时,对收货人才有约束力。”我国台湾地区“民法”第 627 条也规定,“提单填发后,运送人与提单持有人间,关于运送事项,依其提单之记载。”此外,上述最终证据规则的规定,在各国民商事立法中也得到了普遍的采纳。

五、分析与讨论

研究提单与海上货物运输法的发展,制度的变迁呈现出如下走向:一是肯定了提单持有人海运货物交付请求权的独立主体地位;二是强化了提单的债权效力,明确该项请求权的内容基本上按提单上的规定确定,从而使提单与初始的运输合同相对脱离开来,以便更好地服务于贸易和商业领域。解

析法律演变的这一动态过程,有助于我们进一步理解现行法的内在精神和趋向,并对上述学说作进一步的检讨。

(一)为第三人合同说

为第三人合同说确认了收货人的地位,突破了合同相对性的原则,以运输合同为纽带构筑了“托运人——承运人——收货人”的三方关系,反映了在后自由主义经济下开放性的商业实践的要求——在这个阶段,交易超越了早期简单自由主义经济相对独立、闭锁的局限而呈现出连续性、相关性的特征。^[19]但令人遗憾的是,为第三人合同说仅仅从海上运输的视角出发进行归纳,忽略了提单从托运人到收货人之间不断转让的国际贸易的流通过程。换句话说,现实生活中的提单绝非只是单纯的一份航运单证,它在国际贸易领域内占有同样至关重要的地位。乃至可以这样认为,商人们之所以使用提单,个中原因和奥秘正在于利用它的可转让性,这也是提单最为基本和具有最为重要意义的属性。^[20]所以,要深刻理解提单制度就必须综合国际贸易法与国际海事法两个方面的内容进行评析。

国际贸易法制度对提单的调整,如前所述,主要是为了适应转售尚在海上运输途中货物的需要而生的。提单作为代表海上运送物的单证,在一系列的连锁买卖中充当了基石的作用,所谓“象征性交货”,正是建立在商人们对于提单价值(更确切地说,它体现为提单与货物之间的对应关系,包括所记载的货物状况和提货条件)的信赖之上。因此,为保障交易的安全和顺利起见,立法必须肯定提单的外观效力以维持提单的可转让性,否则,无论在哪里出现一次障碍,整个交易链条都会发生震荡。^[21]但是,在这一点上为第三人合同说存在根本缺陷:根据为第三人合同的法理,第三人之所以取得权利,是