



航运法治建设 与 海商法律研究

郑肇芳 主编



航运法治建设 与 海商法律研究

郑肇芳 主编

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

航运法治建设与海商法律研究/郑肇芳主编. —上海:
上海人民出版社, 2011

ISBN 978 - 7 - 208 - 09972 - 2

I. ①航… II. ①郑… III. ①航运—法规—研究—中国
②海商法—研究—中国 IV. ①D922.296②D922.294

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 085102 号

责任编辑 罗 湘

封面装帧 杨德鸿

航运法治建设与海商法律研究

郑肇芳 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟新骅印刷有限公司印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 25.25 插页 2 字数 433,000

2011 年 6 月第 1 版 2011 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 09972 - 2/D · 1879

定价 45.00 元

编 委 会

编委会主任：郑肇芳

编委会委员(以姓氏笔画为序)：

王 协	孔庆德	孙南申	陈宪民
陈晶莹	郑少华	胡永庆	莫振坤
蒋正雄	蔡鸿达	霍正美	

郑肇芳 主编

前 言

迈入新世纪,国际航运经济和航运法律经历了新一轮发展和变革。随着我国经济社会的蓬勃发展,对外贸易和航运事业以前所未有的速度向前推进。2009年3月,国务院通过《关于推进上海加快发展现代服务业和先进制造业,建设国际金融中心和国际航运中心的意见》,明确了上海到2020年基本建成具有全球航运资源配置能力的国际航运中心的目标,将上海国际航运中心建设提高到国家战略的层面。这为上海国际金融中心和国际航运中心建设带来了难得的历史性机遇。航运经济是法治经济。国际航运中心建设离不开法治建设。航运、金融、贸易领域中的许多新情况新问题,以及业界和社会在航运法制建设方面的新需求新期待,已经并将继续比较早地出现在上海和长三角区域经济发展的过程中。业内业外的人士都充分认识到,上海国际金融中心和国际航运中心建设的历史性进程正在不断深化,海商法律制度体系的完善和法治建设水平的提升,必将对保护各类航运主体的合法权利、及时有效解决海事海商纠纷、规范航运市场秩序发挥出更加重要的作用。

上海法学会海商法研究会是协调联络各单位各部门航运、法律实务工作及理论研究人员,专门从事航运法律问题研讨的学术性机构。近年来,上海市法学会海商法研究会紧紧把握上海国际航运中心建设和长三角航运经济发展的机遇,充分利用本地区的发展优势和研究资源,努力打造航运法律问题研究和航运法制建设的工作平台,在更高的起点上谋划和推进航运法律研究工作。同时,努力放宽眼界,充分关注国内其他地区及国际航运经济发展的最新动态,不断拓展航运法律研究工作的服务功能,积极探索航运法律演进和航运法治建设的规律特点。

上海市法学会海商法研究会编辑出版这本论文集,旨在对近年来航运法律理论和航运经济运行中涌现出来的许多问题,进行具有一定前瞻性和针对性的实务研究,希望能为我国航运法律制度完善和航运法治建设贡献绵力,为区域航运经贸事业和国家航运战略的发展提供参考。全书着眼于航运法律前沿问题,以“航运法治建设与海商法律研究”为主题,包括“航运法治建设论坛”、“国际海商法律发展”、“船舶融资”、“海事赔偿责任限制”、“海商法律问题”、“法律理解与适用”、“海事仲裁研究”等多个专题,

共汇编 30 篇具有一定专业学术水准和应用价值的论文。这些论文的作者有从事海事审判实践的法官,有高等院校的专家学者,也有专事法律实务的律师和专事航运实务的资深人士。

航运经济和航运法律都是实践性很强和发展很快的领域。航运法律基础理论精深复杂,各类新情况新问题层出不穷。本书收入的各篇论文虽是作者们的倾心倾力之作,但限于研究视野和资料信息等因素,难免有漏误之处。对此,敬请读者谅解,并提出宝贵意见。

编 者

2011 年 4 月

目 录

[航运法治建设论坛]

海事审判服务上海“四个中心”建设对策研究…… /郑肇芳等 3

《物权法》实施对海事审判的影响——以船舶物权为中心 /英振坤等 21

[专题一:国际海商法律发展]

论国际海运公约承运人责任制度变革——以中国海商法承运人过失免责制度的取舍为视角 /陈宪民 43

Rotterdam Rules, a Chinese Perspective /Yingying Zou 53

Innovation for the Rules of Delivery of Goods Against Documents Under Rotterdam Rules—A Comparative Perspective /By Li Xiaonian 67

国际海运公约新拟制主体对海事审判规则的或然性影响 /李 攀 100

论新国际海运公约下承运人的损害赔偿责任 /张琳瑜 112

[专题二:船舶融资]

浅析我国船舶融资租赁现状及对策 /张纪峰 127

国际金融危机下的船舶融资新思路 /杨智祥 134

船舶融资抵押之若干法律问题浅析 /朱 杰 145

浅谈租赁信用保险与船舶融资租赁 /林剑南 155

[专题三:海事赔偿责任限制]

论我国海事赔偿责任限制制度的适用模式——实体法与程序法的对接
/方 懿 171

海事赔偿责任限制中责任主体间相互索赔法律问题探析 /钱 旭 188

论海事赔偿责任限制制度与海上侵权连带责任的协调适用 /陈 琦 198

[海商法律问题]

论国际海上货物运输中租船合同租船人的法律属性 /魏友宏 213

海上国际货物运输门到门服务合同的性质与法律适用 /张 亮 222

试论目的港无人提货时承运人的法律救济 /陶 冶 236

FOB 贸易项下运费到付相关法律问题的研究——以实现国际金融危机下的各方利益基本平衡为视角 /黄 海 252

论我国海上保险保证制度的完善 /丁凤楚 264

论海盗行为与海上保险责任 /张 雯 272

海上船舶油污生态损害赔偿范围研究 /张小磊 284

[法律理解与适用]

我国海事法律适用法立法问题研究 /王国华 299

涉台货运代理合同法律适用研究——以货运代理人 与 承揽运送人的比较为视角 /汪 洋 310

国有船舶,还是国企所有船舶? ——浅析《海商法》第八条及《企业国有资产法》对其的影响 /陈 梁,王金利 325

《燃油公约》在我国实施的意义及存在的问题 /徐国平 333

《中华人民共和国船员条例》遣返条款之评析 /赵丽娟 342

[海事仲裁研究]

中国涉外海事仲裁中法律适用状况评析 /袁发强 357

海事仲裁中英国法的适用——办案心得体会 /高剑鸣 370

仲裁第三人制度探析——以海事仲裁为视角 /张小妹 376

国际海事仲裁的管理与改革——伦敦海事仲裁员协会五十周年庆典研讨会述评 /蔡鸿达 391

[航运法治建设论坛]

海事审判服务上海“四个中心”建设对策研究

郑肇芳* 茆振坤** 杨 路*** 陈子龙**** 董 敏*****

经济全球化与网络化并未削弱海运在人类经济活动中的重要性,相反,海运经济在国民经济中的作用更加突出。随着上海国际经济、贸易、金融、航运中心建设的不断发展,作为“四个中心”软环境必要组成部分的海事司法,理应为航运中心正常、健康、顺利运作起到至关重要的推动和保障作用。当前,我国正处在改革开放和经济社会发展的关键阶段,国际贸易地位不断提高,国力不断增强,并已成为世界主要航运贸易国家之一。在上海建设“四个中心”的进程中,海事审判机关在公正及时地审理大量海事纠纷案件的同时,通过加强与港航口岸单位、行业组织、企业、法律服务构成、科研机构等的互动联系,其保障和促进航运贸易发展的功能日益凸显。另一方面,海事审判也遇到了前所未有的挑战:国际航运贸易的发展变革催生出一系列新型交易方式和交易行为,亟待法律和制度的规范;

* 郑肇芳:2002年6月至2010年5月任上海海事法院党组书记、院长,现任上海市高级人民法院副院长。长期从事和分管海商事、民商事、知识产权、行政审判及审判监督工作,妥善处理多起具有重大国际影响的涉外案件,并多次组织和参与亚太地区法院国际研讨会、现代航运经济发展与海事司法应对研讨会、中意商法比较国际研讨会、海商法国际研讨会等会议,并作主旨发言。

** 茆振坤:上海海事法院海商庭庭长。

*** 杨 路:上海市高级人民法院民五庭庭长。

**** 陈子龙:上海市高级人民法院民四庭法官。

***** 董 敏:上海市高级人民法院民四庭法官。

现代运输方式和造船技术的发展导致航运的实际运作和法律关系日趋复杂;新形势下利益格局的调整使得海上运输、海上保险、货代、物流和港口作业中的新问题层出不穷;海事审判与海事仲裁等非诉讼纠纷解决机制之间的衔接,以及与其他海事法律服务机构的有效配合等,这些都对今后的海事审判提出了更高的要求。海事审判机关如何更好地依法履行职责,延伸司法服务功能,从而促进上海“四个中心”建设,是我们面临的一个重要课题。

一、上海“四个中心”建设视野下的海事审判工作

上海是中国对外联系的重要窗口和重要国际大都市,区位优势条件得天独厚,经济社会发展水平领先,在我国现代化建设全局中具有举足轻重的地位。上海的发展对长三角区域乃至全国的发展具有重要的引擎作用。鉴于海上运输是当今各国可持续发展的重要生命线,航运、贸易、金融业在国民经济中占据越来越重要的地位,以上海“四个中心”建设为重点之一,大力发展现代服务业,已经成为中国从现代化建设和改革开放总体布局出发提出的国家战略。

(一) 航运经济发展对海事审判工作提出新任务

历经近三十年的改革开放,我国经济实力显著增强,经济总量跃升到世界前列。农业、工业、高新技术产业和现代服务业迅速发展。伴随着对外贸易和航运经济的发展、国际航运中心和区域航运中心的建设、海洋意识的增强和海洋产业的蓬勃发展,航运经济在国民经济中占据越来越重要的地位。由于现代运输方式和造船技术的发展,船舶建造、买卖、租赁、修理、承包经营和船舶抵押权、留置权、优先权等方面的法律关系日趋复杂,海事海商纠纷大量出现,调整海上运输关系和船舶关系的传统法律制度也在发生新的变化。在海事审判工作中,航运贸易领域中的这些新情况新变化,以及因利益格局调整引发的矛盾纠纷都已经充分显现。社会、行业及市场主体对通过海事审判保护和促进航运经济发展寄予迫切的期望,要求海事审判机关尽快适应经济全球化对国际海事法律制度的影响,适应中国海运在更大范围内融入国际市场对海事审判的需求,适应海事管辖从涉船、涉货扩大到涉水领域(海洋资源的开发、保护等海洋产业)带来的发展变化,不断拓展海事审判的服务保障功能。

(二) 上海国际航运中心建设对海事审判工作提出新要求

从上海及周边地区的情况来看,上海国际航运中心建设也在不断取得新的进展。上海港货物吞吐量一直保持世界第一,预计今后集装箱吞吐量也将跃升世界第一。江

苏加快沿江沿海大开发的步伐,连云港等地区也呈现快速发展势头。在科学发展观的指引下,建设上海国际航运中心的内涵得到进一步丰富和发展。越来越多的人认识到,上海国际航运中心硬件设施建设已取得显著成效。但是,对国际航运中心建设来说重要的已不仅仅是港口设施、吞吐量、造船或港机制造能力等硬件建设,更要重视软件建设,提升上海在国际航运市场上的地位和作用。“软环境”包括航运交易、航运物流、航运金融保险、航运信息,船舶的制造、登记、检验、代理,仲裁、公证、公估,以及船公司的注册、航运高级人才的引进、本地人才培养等综合服务业。这方面上海与国际发达的航运中心相比,无论在规模和结构上还是在服务功能和发展水平上都还存在一定差距。市场经济是法治经济。在现代航运和贸易经济中,法律制度及其运作具有基础性地位,这决定了海事法律环境在软环境中将处于十分重要的位置。今后一段时期,提升海事司法水平、促进海事法律环境的优化,将是推进上海国际航运中心软环境建设的重要方面之一。海事审判工作适应社会经济发展的新形势,集中体现在要适应上海“四个中心”建设对法治建设提出的新要求,提供公正、有力、有效的司法保障和及时、方便、优质的司法服务,促进经济社会发展环境的全面优化。

(三) 海事审判工作面临新一轮发展的历史机遇

海事审判事业的发展与我国经济社会的发展紧密相联。随着我国社会经济发展和上海“四个中心”建设进程不断加快,民商事海事纠纷案件日趋复杂,市场经济主体和国际社会对中国海事审判及海事法律服务的要求也越来越高。海事审判迎来新一轮的发展机遇期,已经日益成为涉外因素多、法律适用复杂、国际化程度高的司法领域。海事审判机关承担的审判任务越来越重,遇到的新情况新问题越来越多,面临的考验也越来越严峻。新的形势要求审判人员要牢固树立社会主义法治理念,始终把握正确的发展方向;健全和完善海事审判制度,公开公正审理海事案件,全面提升海事审判水平,对外展示良好的司法形象。此外,要拓宽海事审判工件的服务视野和领域,积极主动地为上海“四个中心”服务,营造公平交易、有序竞争、充满创新和发展潜能的航运市场及法律服务环境。

20世纪七十年代末、八十年代初,中国航运和对外贸易事业蓬勃发展,取得了举世瞩目的成就。在改革开放的大潮中,海事法院应运而生。海事法院的成立,完善了中国海事审判工作体系,及时审理日益增多的海事案件,促进了航运贸易活动的开展。20世纪九十年代,为了更好地适应国际航运经济的发展,最高人民法院进一步提出要把我国建设成为亚太地区海事司法活动中心之一,从而推动中国海事司法活动的长足

发展。实践证明,在上海国际航运中心建设进程中,法律环境建设的重要性日益凸显,而在法律环境建设过程中,司法又是最为活跃的因素之一,司法功能的加强和完善是最为重要的方面之一,对法律环境其他要素的优化起到不可替代的作用。

二、从海事审判视角看“四个中心”建设发展中需要研究的有关问题

上海国际航运中心建设取得了举世瞩目的成就,推动社会经济又好又快地发展。随着上海国际航运中心建设的深入推进,在港口基础设施建设和货物吞吐量上取得重大突破以后,航运服务功能开发与软环境建设相对滞后等问题日益凸显,成为发展的主要矛盾和瓶颈。但这些问题是前进中的问题,是发展中的问题。只要真正树立和落实科学发展观,遵循和把握经济社会发展规律,抓住主要问题,坚持开拓创新,一定能够得到很好的解决。

(一) 航运软环境建设和现代服务业需进一步充分发展

世界各大经济、贸易、金融和航运中心的发展实践,以及上海“四个中心”建设所取得的阶段性进展表明:现代航运服务业与现代金融、贸易和城市经济之间存在着相互依托、相辅相成的关系。一方面,现代航运服务业在为区域经济和金融贸易业的发展提供支持和保障的同时,能够促进区域产业结构的升级换代,并为金融、贸易业开拓更广泛的服务领域,从而进一步提升区域经济和金融贸易业的竞争力。另一方面,现代航运服务业依托金融、贸易业及区域经济优势,可以进一步完善各类航运服务功能,实现高质量的现代航运要素资源的区域集聚。

航运服务产业的繁荣能有效降低社会综合服务成本,更好地促进上海城市功能转型和经济社会发展。世界航运业结构的调解决定了航运服务业向亚洲转移的趋势。目前,伦敦、纽约的一些服务机构在寻找为货运集散地提供配套航运金融等服务的场所,上海在面临难得机遇的同时也面临激烈的竞争。上海正在加快发展现代航运服务业,以“航运虹口”为主的服务要素集聚区正在形成,顺应世界航运服务业转移、重组和发展的新趋势。但从海事审判的情况来看,以船、货为主的海事纠纷数量仍占案件总量的绝大多数,一定程度上反映出航运服务业发展和软环境建设还不够充分。船舶损坏、修理的权威鉴定机构缺乏。传统船舶、货物保险业务量不大,船舶融资租赁、船舶、港口金融业务更少,航运金融新产品有待开发。

历史地来看,航运业经历了船主与货主合一、船主自有船舶运输到船舶的所有和经营分离,到海陆、海空、海铁等多式联运的运输方式,到货运代理人、船舶代理人及无

船承运人等海运经营主体和海运辅助业经营主体的广泛出现。目前,集装箱运输已经占据运输业的主导地位,特别是计算机和网络技术的普及,电子商业的迅速发展,船舶的大型化、专业化,全球性航运联盟的出现,海上安全管理体系的全面推行,使交易手段更为先进,贸易总量不断增加。与此同时,海运物流业、海上保险业、货运代理业等海运延伸的兴起,使海运和海运辅助服务分工细化,大大推进现代港口和综合物流的发展,为海运业发展注入新的活力。尤其是海运的物流在国际物流中占了主导地位,并成为最新的现代运输方式和服务方式的综合体。物流合同包含着海上运输、陆上或空中运输、货运代理、船舶代理、加工承揽、货物包装、销售、其他增值服务等多重法律关系,物流经营人也集承运人、货运代理人、加工承揽人等各种角色于一体。但由于目前物流立法的缺失、海商法律制度的局限以及与其他合同法律制度的冲突,使得物流这一综合服务合同关系在海事审判中遭遇定位障碍,权利义务难以判定。海运物流发展步伐不够快,海事纠纷中大多数以“物流”为名的企业名实不符,从事的仍为传统陆上运输、货运代理业务。海运物流经济的特点和优势远未显现。航运经济创新不足,发展水平有待进一步提高。

(二) 航运市场秩序和管理需要进一步规范

从海事审判的视角来看,主要是货运代理业、无船承运等航运市场和航运辅助业市场不够规范。无船承运市场的不规范问题主要是,在 FOB 贸易条件下,境外买方利用己方订船的条款,指定货运代理人或者无船承运人为境内卖方安排货物出运事宜,但境内卖方仅能从该无船承运人处取得并控制 HOUSE 提单,不能取得约束实际承运人的海运提单,之后实际承运人在仅受海洋提单约束而不受 HOUSE 提单约束的情况下,将货物放给第三人。同时,境外买方还事先在银行信用证条款中预设所谓“软条款”或采取其他方法使单证不符点,以致国内卖方不能结汇。这样就造成国内卖方既无法控制货物又结汇不成的款货两空的结果。虽然签发出具提单的货运代理人或者无船承运人构成无单放货,但有的情况下是境内货运代理人从境外的货运代理人或者无船承运人处取得提单的,诉讼中很难证明国内货运代理人在代理行为上存在过错,或者难以找到签发出具提单的货运代理人或者无船承运人,或即使能够找到,该货运代理人或者无船承运人也没有承担责任的能力。在许多无单放货案件中,境内卖方因此受到损失。货运代理市场不规范的情况还表现为货运代理环节的交易行为不规范、缺乏必要的证据、货运代理层层转委托及纠纷发生后货运代理人逃避责任等问题,致使货方权利实际上难以实现。

另一方面,部分集装箱滞港的问题有待尽快解决。海运进出口货物到港卸货后,大部分顺利完成通关手续,到达货主手中或者进入市场交易。但有部分集装箱货物因各种原因长期滞留在关外的港区堆场。这些原因包括收货人未报关、未缴关税、没有许可证不予放行、依法扣货、收货人或货物所有人声明放弃等。这些货物堆放港区堆场,造成货物和空间资源的浪费。以上海国际港务(集团)股份有限公司提供的数据为例,该公司下辖吴淞、外港两个口岸的6个堆场,截至2007年7月31日,共有401个集装箱(自然箱)滞港,加之洋山口岸约有近100个集装箱滞港,目前上海港滞港集装箱货物总量维持在500箱左右。其中,外港口岸的浦东物流堆场滞港箱量最多,占49.13%,主要由于该堆场为外港口岸的主要疏港点。江海堆场滞港箱时间最长,其71箱货物全部是2003年之前到港的。而滞港时间最长的集装箱产生于吴淞口岸的安达路堆场,于1998年10月到港,至今已有9年。

上述问题反映出有法律法规和规范性文件对无船承运人和货运代理人交易行为的规范还不充分。与之相似,法律规范规则在对航运过程中新类型交易和新问题的规范也不够充分。

(三) 仲裁、律师等从业水平需进一步提高

中国海事仲裁委员会(CMAC)及其上海分会是独立受理和审理海事仲裁案件的专业机构,此外还负责海事仲裁的调研、法律咨询服务工作,以及关于中国海商法和海事仲裁制度的对外宣传推介工作。上海分会成立5年来,受理了一些海商海事案件,案件数量逐年上升,案件类型涉及船舶建造、船舶买卖、船舶碰撞、提单、货运合同、租船合同、保险合同等各个海事领域。但与伦敦海事仲裁机构和中国国际经济贸易仲裁委员会等机构受理的案件数量相比,以及与中国航运大国的地位相对应,案件数量仍然较少。究其原因,主要是海事仲裁员的整体业务水平、海事仲裁裁决在业界的影响力同国外海事仲裁还有一定差距。中国海事仲裁的历史比较短。很多当事人,尤其是国外当事人对于中国海事仲裁裁判还不十分信任。海事仲裁仍有较大的发展空间。

海事律师、法律咨询服务的情况也与之相似。由于海事诉讼的专业性和涉外性,近几年来专职海事律师队伍不断扩大,海事律师学历和业务水平也高于律师行业的平均水平。海事律师事务所在市场化、专业化和规模化改革上已取得成效,但无论人员的数量还是质量,还远不能适应上海航运市场经济快速发展的需要。在国际法律服务业激烈竞争中,境外法律服务机构具有品牌优势、专业优势、技术培训,国内海事律师

面临很大压力,从业水平有待提高,业务以诉讼为主比较单一,人才流动不大。此外,海事审判工作虽然发展很快,并审理了一批在境内外有较好反响的案件,但总体上而言,审判工作水平还有待提高,尤其是在以典型案件形成为国际航运界和法律界所认可的规则方面,需要有新的突破。

(四) 港口航运中的风险防范需进一步重视

船舶流动性大,在海上从事各种活动时,始终伴随着较大的风险。从海事审判实践情况来看,一是危险品运输存在的风险,对船舶、人员、港口安全和运输、贸易有序进行形成妨碍。海事法院审理过因一个集装箱所载的一种货物发生爆炸而引发的关联纠纷。该案中,货方向从事拼箱业务的无船承运人托运一批“硅橡胶”,但瞒报了该货物中含有的“过氧化二”危险品成分,而无船承运人又未谨慎地进行全面审查,最终造成该危险品遇热分解发生爆炸、酿成火灾。引发火灾的“硅橡胶”价值仅几万元,但却造成包括集装箱船舶船期损失、搬移集装箱损失、清洗集装箱和船体损失、其他货物损失等上千万元人民币,并且引发保险人、实际承运人、契约承运人、涉案货物托运人以及其他遭受损失的货物托运人之间的五起诉讼。二是船舶油污、化工品污染海洋的风险。这类情况可以韩国世况船务有限公司(Sekwang Shipping Co. Ltd.)因“大勇”轮在长江口附近海域与他船碰撞导致化工品苯乙烯污染海域的案件为例,在该案中农业部东海区渔政渔港监督管理局、上海市环境保护局均以资源受损为由对责任方提起诉讼。

集装箱运输方式已被广泛运用于国际货物运输。目前投入运营的集装箱船舶最大运输能力已达 15 000 标准箱,少则亦有数千箱。单个集装箱货物的安全将影响整船运输,牵涉面大,后果严重。上海各港区堆场每天进出业务量也很大,一旦对危险未加以有效防范,将造成很大的损失。为主动应对和防范航运、港口作业中的风险,不仅需要海事法院熟练运用海事赔偿责任限制、船舶优先权、海上保险等一系列法律制度规定,在当事人之间进行各种海上风险的限制和分担。而且,需要有关主管部门给予高度重视,有针对性地完善和落实货物的报关、检验、运输等环节的制度,全面、充分地审查货物性质,承运人要认真履行谨慎、妥善积载、装载货物的义务,从而杜绝此类事故发生和船、货、港口各方当事人的损失,确保货物运输和港口作业的安全,减少、降低社会成本和社会资源的损失。

(五) 港航、口岸、法律部门间的协调和互动需进一步加强

随着上海“四个中心”建设的持续深入,港航部门、法律机构之间加强了工作联系