



2003年第1辑(总第9辑)

Maritime Law
Review

海商法 研究

北京大学法学院海商法研究中心主办

专 论

船舶出口的一些法律和实务问题研究

【蔡仲翰】

关于记名提单的法律性质

【陈三明 果 平】

中美海运开放若干法律问题之比较研究

【张 琳】

论 坛

关于中国海商法修改的几点意见

【弈岳峰】

海商法特点研究撮要——兼谈海商法之体系

【张永坚】



法律出版社
LAW PRESS

2003年第1辑(总第9辑)



海商法 研究

北京大学法学院海商法研究中心主力



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

海商法研究. 2003 年. 第 1 辑. 总第 9 辑/北京大学海
商法研究中心主编. —北京: 法律出版社, 2003. 4

ISBN 7-5036-4248-3

I. 海… II. 北… III. 海商法—研究—中国
IV. D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 027019 号

法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/杨 芝

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/9.5 字数/249 千

版本/2003 年 6 月第 1 版

印次/2003 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939686 63939689 传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号: ISBN 7-5036-4248-3/D·3966

定价: 25.00 元

当代国际贸易航运 法律经典名著译丛

郭国汀等译 法律出版社出版

《SCRUTTON租船合同与提单》系统介绍了英国海商法中关于租船与提单的法律关系及其司法实践的操作过程，特别是对英国1971年《海上货物运输法》进行了逐条解释，不仅对我国海商立法与司法具有重要的借鉴意义，而且是航运业务人士和国际贸易商必读的经典之作。

《OMAY海上保险—法律与保险单》是有关船舶、海上货物保险法律和实务的名著。原作者Omay和Hill是英国著名律师事务所的资深海事律师，同时又是伦敦保险市场协会保险条款的顾问。本书最大的特点是通过判例剖析，阐释法律，对读者提供实务性的借鉴。

《协会保险条款诠释》是伦敦保险协会自1982年颁布新的货物保险条款、1983年颁布新的船舶保险条款以及1995年对船舶保险条款作出重要修改后，由英国海商法协会副主席N. Geoffrey Hudson撰写的世界公认的权威著作，也是迄今为止最全面的保险条款专著。

《海商法研究》征订说明：

我国《海商法》颁布实施已近十年。由北京大学海商法研究中心主编的《海商法研究》，时刻关注海商法的理论与实践，及时反映最新的立法动态，并由权威专家点评疑难案例，是海商法专业人士案头的必备之牍。

《海商法研究》主要设置了专论、案例分析、论坛、学位论文、海商动态、北大课堂等栏目，每辑都精心选择编辑一批关于海商法研究的精品文章，不仅具有较高的理论价值，而且包含丰富的海商法学信息。

如欲进一步了解《海商法研究》的有关信息，请来电话或传真：

法律出版社法学学术出版中心 电话：010—63939689

传真：010—63939701

目 录

专 论

- 船舶出口的一些法律和实务问题研究..... 蔡仲翰(1)
- 论定期租船合同项下的提单..... 梅 宏(10)
- 简议船舶碰撞案件中的证据披露规则 尹伟民、李 卉(20)
- 记名提单的法律性质 陈三明、果 平(29)
- 船舶买方信贷中银行规避风险的方式 赵劲松、段安洪(39)
- 论保险代位求偿权的行使名义
- 兼谈我国《海诉法》第 95 条的完善 沈 军(85)
- 关于追偿时效期间第二个起算点的思考..... 袁 斌(93)
- 关于海上保险人行使代位求偿权的几个程序
- 问题..... 闫 冰、陈 雷、徐 佳(102)
- 对船舶油污损害赔偿法律适用问题的探讨 ... 傅廷中、谢 明(111)
- 中美海运开放若干法律问题之比较研究
- 张 琳(118)
- 论码头作业费的收取..... 陆艳平(134)

学位论文

- 论我国国际船舶代理人的法律地位..... 蔡 瑛(153)

论 坛

- 关于中国海商法修改的几点意见..... 弈岳峰(206)

海商法特点研究撮要

——兼谈海商法之体系…………… 张永坚(214)

案例分析

无单放货纠纷案评析…………… 黄青男、龚新巧(228)

互有过失船舶碰撞引起油污赔偿的法律适用…………… 徐曾沧(234)

海商动态

国际海上旅客运输法律制度的新发展…………… 傅国民、叶红军(241)

“9·11”事件对国际海运立法的影响…………… 赵宏博(261)

2002年《国际海上人命安全公约》对船舶安全提出

更高要求…………… 张琳(266)

精彩站点推荐…………… (271)

北大课堂

中国的航运法律体系…………… 於世成(273)

学术指导委员会(按姓氏笔画为序)

尹东年 司玉琢 朱曾杰 芮沐 吴志攀

编委会(按姓氏笔画为序)

李洪积 张永坚 林源民 郭瑜

执行主编

郭瑜

编 务

张琳 张宁 王青 赖凡

专 论

船舶出口的一些法律和实务问题研究

蔡仲翰*

近年来,中国船舶工业由于低成本的优势减弱,导致了国际竞争力的下降,但尽管如此,一些公司通过建造高附加值、高科技的船舶,积累了不少经验,为我国船舶工业的发展壮大提供了新的发展策略和思路,然而不能不意识到,由于我国船舶工业企业的现状,要想在入世后更加激烈的市场竞争中求发展,除了加大企业改革力度,提高创新能力和科技水平外,了解并研究相关法律法规及实践,对于保护船舶产业的平稳发展,是十分必要的。本文将就船舶出口实践中涉及的一些法律实务问题进行初步探讨。

出口船舶的建造过程涉及的法律关系众多,它涉及了船舶买卖(或建造)双方的合同关系,船舶建造过程所需的设备和原材料的进口或买卖合同关系,船舶建造过程需要融通资金时有关方和银行之间的贷款合同关系等等,更遑论海关、海事、外贸等行政部门监管过程涉及的其他法律关系问题。要想在一篇文章内将各个问题论述清楚是不太可能的,笔者将仅就船舶出口存在诸多争议的一些典型问题阐述观点,并就有关的问题处理提出建议。

一、外贸代理制度在船舶出口中应用时可能涉及的典型法律问题

在我国,由于一些造船企业不具备出口经营权限,或者由于外贸公司获得订单后再联系造船企业建造,因此在实务中外国船东在签

* 福建君立律师事务所。邮政编码:350001。

订船舶买卖(或建造)合同^①时多会要求外贸公司以卖方的名义出现,而外贸公司又出于自身利益考虑,且由于它一般在整个船舶买卖合同中只收取代理费用,它会希望收取代理费用这一较小的利益不会和船舶建造过程长期而且巨额的巨大风险直接联系,因而通常又会和造船企业签订外贸代理合同,希望能将风险减小到最低程度,所以在实践中外贸公司和船厂常会以联合卖方的名义和外国船东签订船舶买卖合同,而对内外贸公司和船厂双方之间又另行签订代理协议,这样就人为地使法律关系就复杂化了。据笔者了解,目前这一做法仍然十分普遍。

众所周知,出口船舶的买卖合同一般会约定仲裁且适用外国(例如英国)法律,因此我国合同法中关于代理的规定在处理买卖船舶双方之间纠纷时就不会被适用。如果卖方被判定承担诸如延期交船的违约责任,损害的法律后果将由联合卖方首先对外共同承担是毋庸置疑的,但如果认为联合卖方可以轻易地依赖双方签订的代理合同来处理双方之间的纠纷,那就错了,因为联合卖方之间虽然签订了代理协议,但是如本文的前言所述,船舶建造过程涉及的法律关系众多,卖方在船舶建造所需的设备材料进口、银行贷款等方面可能都需要利用或实际使用外贸公司的名义对外,而且一旦通过法律途径解决纷争的时间又可能旷日持久,外贸公司就可能陷入万劫不复的境地,尤其是过了交船期而船舶市场不好时,船东可能弃船,卖方就可能直接面对着银行的索赔请求。我们知道,造船厂的设备、船坞、不动产等等都可能早已抵押,外贸公司的处境可能是十分危险的。

由于我国市场经济体制的建立尚处于初期阶段,很多事物还处于摸索阶段,我国尚未有船舶经纪人出现,因此外贸公司在某种程度

^① 对外签订的造船合同,由于各国的法律实践不同,性质也不尽相同。如英、美等国,是将造船合同视为买卖合同,而日本、德国等国却是把造船合同视为承揽合同。在我国,一般认为造船合同是承揽合同而非买卖合同。实践中,交通部制订的国内造船合同的示范文本就采用了加工承揽合同的形式。

上替代了他们的角色。但如果仅从利益角度来看法律问题,笔者认为,外贸公司所处的地位应当被认为利益和风险是不均等的。因此,笔者建议:(1)作为外贸公司,如果确实参与了船舶出口业务,建议尽可能避免以联合卖方的名义对外,因为船东要求追加外贸公司为卖方,仅仅是名义上多获得了一重保障,但是它实质上并不会因此增加什么利益,但外贸公司却凭空增加了被拖进今后可能发生的在外国进行诉讼或仲裁的风险,或者增加了外国船东弃船后承担巨额款项偿还的风险。(2)如果不得不以联合卖方名义对外,审查船厂的资质是十分关键的。因为船东在签订船舶买卖合同时,它可能会提供给船厂前期的启动资金(最高可能高达 50%,当然一般会分期按进度支付),而船厂另行考虑其余的资金来源。若船厂有实力,它可以自行解决此部分款项。如果无法解决此部分款项,那么外贸公司很可能被要求协助贷款,这样外贸公司最大的风险将就此产生。如果银行确实要求外贸公司以自身名义贷款并转提供给船厂(这里应注意企业之间借贷的法律问题,本文将不作考虑),船厂能否提供必要资产担保或其他形式的担保对于外贸公司是十分重要的,外贸公司应尽量避免在船舶建造过程中为船厂获取贷款提供担保。(3)对于船舶设备材料的进口,应注意充分利用我国合同法中关于代理的规定,明确外贸公司是作为船厂的代理和第三方订立进口合同的,该合同应仅约束船厂和第三方。

二、在建出口船舶抵押的相关法律问题

1. 办理在建出口船舶抵押的障碍分析

我国《海商法》第 14 条规定:“建造中的船舶可以设定抵押权。建造中的船舶办理抵押权登记,还应当向船舶登记机关提交船舶建造合同。”而我国 1995 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国船舶抵押登记条例》第 20 条规定:“对 20 总吨以上的船舶设定抵押权时,抵押权人和抵押人应当持下列文件到船籍港船舶登记机关申请办理船舶抵押权登记:(一)双方签字的书面申请书;(二)船舶所有权登记证书或者船舶建造合同;(三)船舶抵押合同。该船舶设定有其他抵

押权的,还应当提供有关证明文件。船舶共有人就共有船舶设定抵押权时,还应当提供三分之二以上份额或者约定份额的共有人的同意证明文件。”但是,我们不能不意识到,《海商法》并未明确规定建造中的出口船舶设定抵押权的具体程序以及办理条件,而《中华人民共和国船舶抵押登记条例》在第2条规定要求进行登记的船舶中并未把要抵押的出口在建船舶列为必须进行登记的船舶,因此对于出口的在建船舶抵押,虽然条例第2条第4款采用了兜底条款,要求“中华人民共和国港务监督机构认为应当登记的其他船舶”应按照本条例规定进行登记,但是实务中一旦有关方提出申请,却常因海事部门没有具体规范参照而处于无法办理登记的状态。

从实践情况来看,海事部门目前很难会受理在建出口船舶抵押登记,究其原因,除了因为没有具体规范作为程序实践的参照外,笔者认为,还可能基于以下因素:

一是在建出口船舶的所有人可能处于不明朗状态或很难直接判定的状态。根据目前国内办理船舶抵押权登记的实践做法,一般由船舶所有人提出申请。目前海事部门办理抵押权登记时需填写《船舶抵押登记申请书》,具体填写内容包括:船名、船舶所有人、抵押契约号、债务数额、抵押权人、申请人等记载事项,但这一申请书的格式显然是针对国内船舶而制定的,因此谁来填写和如何填写必须首先确定。暂不考虑这一问题,如果确实要办理登记,必然涉及对船舶买卖(或建造)合同进行的审查,看看是否有有关在建船舶所有权的条款约定,明确谁是船舶所有权人?是否有权提出申请?而船舶买卖(或建造)合同十分复杂,动辄十几二十页,海事部门进行合同审查的工作量较大。笔者认为,如果合同条款中有约定在建船舶所有权的条款,那么可以由此享有在建船舶所有权的人作为所有权人提出申请;如果合同条款未明确约定在建船舶所有权人,那么就只能根据合同的适用法律条款,依此法律判断在建船舶的所有权人并由该所有权人提出申请;如果适用我国法律,鉴于船舶建造合同属于加工承揽合同,那么参照适用《合同法》买卖合同的有关规定,即标的物的所有

权自标的物交付时起转移^②,因此,应当认为船厂是有权作为申请人申请办理在建船舶的抵押登记的。如果适用外国法律,那么应根据该外国法律的具体规定作出判断。

二是各国做法不一,而我国又缺乏明确的法律规范。例如英国1995年的商船法将船舶定义为“可航行用的”,因此它不允许对在建船舶设定抵押权;而德国却允许对在建船舶办理抵押权登记。即使允许办理在建船舶抵押登记,各国各地区的具体操作也有不同:有的规定必须办理船舶登记手续后才可设定抵押(如瑞典),有的规定可以办理船舶登记的才能设定抵押(如挪威),有的并未就设定抵押设置任何前提条件(如我国台湾)。笔者认为,虽然我国的《船舶登记条例》没有要求在建船舶办理登记,而《海商法》只要求办理在建船舶抵押登记时提供船舶建造合同,但是,在办理在建船舶抵押登记前办理在建船舶登记手续有利于各问题的解决。《海商法》第271条规定:“船舶抵押权适用船旗国法律。”因此,先行办理在建船舶登记有利于避免办理在建船舶抵押权登记时适用法律的纷争(例如海事部门受

^② 我国《合同法》第174条规定:“法律对其他有偿合同有规定的,依照其规定;没有规定的,参照买卖合同的有关规定。”由于《合同法》第15章“承揽合同”中没有规定承揽标的物的所有权归属问题,根据《合同法》买卖合同第133条的规定:“标的物的所有权自标的物交付时起转移,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”因此,若当事各方没有约定承揽标的物的所有权,似乎应认为承揽标的物的所有权归承揽人所享有。但是,根据《担保法》第82条的规定:“本法所称留置,是指依照本法第84条的规定,债权人按照合同约定占有债务人的动产,债务人不按照合同约定的期限履行债务的,债权人有权依照本法规定留置该财产,……”该条规定似乎又肯定了债务人对于留置物享有所有权,那么按此条款,似乎是定作人(即船东)而非承揽人享有在建船舶所有权。笔者认为,要解决上述矛盾,应当认为,船舶留置权不同于《担保法》所指的留置权,根据《海商法》第25条第2款的规定:“前款所称船舶留置权,是指造船人、修船人在合同另一方未履行合同时,可以留置所占有的船舶。”船舶留置权是《海商法》赋予造船人或修船人的特定权利,不属于《担保法》第84条的规定“因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权,债务人不履行债务的,债权人有权留置”中的留置权。笔者倾向于认为,如果合同没有约定,承揽人享有在建船舶的所有权,在建船舶的所有权在交付船舶时转移。尽管如此,有关立法如能明确合同未有约定时在建船舶的所有权归属问题,对于纠纷的减少是不无裨益的。

理在建出口船舶抵押权登记申请时,如果所有权人非我国船厂,能否受理?如何适用法律?)笔者建议:有关立法应当明确在建船舶登记是办理在建船舶抵押权登记的前提条件。

三是船东的意见对于办理在建船舶抵押登记的影响。在建船舶办理抵押登记时,有关海事部门可能提出需要船东意见备案。笔者认为这是不必要的:首先内国船舶办理在建船舶抵押登记也没有船东意见备案的要求,其次船东和船厂签订船舶买卖(或建造)合同时,资金问题应当是其最为关心的问题,如果过了交船期,船东尽可选择弃船而仍会因银行的回款保证获得资金回笼。船东作为船舶买卖(或建造)合同的主体一方,和船厂签订合同,他们的利益应当被认为是相对立的,尽管获取利益是双方共同目标。因此,如果船厂设定在建船舶抵押,一旦船厂无法偿还债务,该船舶将因无法解除抵押登记而不能对外向船东或船东指定的某方交付,因此,可以认为,船东完全同意在建船舶抵押登记的可能性是微乎其微的,所以建议在今后立法中明确在建船舶抵押登记的所需法律文书,避免人为设置登记障碍。

笔者认为,无论对于在建出口船舶抵押登记如何处理,尽快制定相关规章是最为明智的做法,允许办理在建出口船舶的抵押登记对于我国船舶建造事业的发展应该是有极大的裨益的;而且,在目前较为普遍存在的外贸公司作为出口船舶买卖合同主体一方的情况下,尽可能保障外贸公司的合法权益并降低其风险也能起到一定的作用,更不必说贷款银行一方可以获得的保障了。

2. 建立在建出口船舶抵押制度的一些建议

如前所述,虽然我国《海商法》规定允许对建造中的船舶设定抵押权,然而实践中存在的诸多问题导致抵押权无法办理登记。如何建立有我国特色且符合我国国情的在建船舶抵押登记制度,确实已经属于较为迫切的问题了。

在我国,一艘出口船舶要建造完成,船东可能会要提供一些设备、材料(卖方/建造方进口并处于海关监管之下);船厂、外贸公司可

能会需要进口大量设备、材料(也处于海关监管之下);船厂可能在国内直接购买或进口某些原材料加工生产部件后另行发包给配套厂加工生产设备,等等。因此,一艘船舶在建造过程中,可以归属于它的财产始终处于流动状态,如何对在建船舶设定抵押权,根据我国现行的法律是很难作出答复的。

笔者认为,英美法系国家较为广泛应用的浮动抵押^③(floating charge)制度,对于我国似乎较为适用,尽管英美国家并不允许对在建船舶设定抵押。可以看到,在船舶建造过程中,归属于某艘船舶的标的总是不断变化的,从外国进口的设备、材料虽然出于海关监管之下并在船舶出口时应办理核销手续,但是不能排除有的材料、设备还是直接从国内直接采购,并且有的材料还需要委托配套厂加工生产,对于此部分材料、设备,如果用现行《担保法》中规定的抵押方式来处理,将处于无法操作的状态,毕竟材料一旦被加工成成品,原材料将不复存在,而采用浮动抵押,将很好地解决这一问题,并能够切实维护各当事方的权益。

简单地举例来说,对某艘在建船舶设定浮动抵押后,可归属于建造该船舶的财产始终是流动和变化的,徘徊或浮动与其所要建造的船舶之上,抵押权人不能够主张说某些财产就是被特定的为其设定抵押,前述的某些财产是抵押人可以无需抵押权人同意就随时处分的,但这些财产仍然是被抵押的财产,只有在特定事件发生或者抵押权人作出了相关行为后,对于浮动抵押的仍被抵押人所占有及未占有但仍享有所有权的财产,立即被结晶为通常意义的抵押财产。浮动抵押所涵盖的财产范围可以包括所有的原材料、设备、应收款、权利凭证等等,但无论如何,尽可能地详细列明财产范围对于解决潜在争议不无裨益。

^③ 浮动抵押指企业以其财产的一部或全部设定抵押,设押财产可自由流转经营,于特定情势发生后,设押财产结晶为固定抵押以偿还债权的抵押。浮动抵押的问题可以详细参见李政辉著:《论浮动抵押》,梁慧星主编:《民商法论丛》第14卷,第685—769页。

三、在建船舶扣押的法律问题

船舶建设的周期很长,在此周期中,船厂的经济状况一旦发生不利的趋势,很可能面临着大量的诉讼,船厂内的在建船舶、船坞、设备等都可能不得不面临着被采取诉讼保全措施的境地。我国政府长期以来坚持船舶工业健康稳定发展的战略,但是不能不看到,确实大量存在着因较小的海事请求轻易扣押数千万元甚至上亿元的对外出口且即将交付的船舶的情况,如何解决此间矛盾确实需要考量。正如信用证项下的款项轻易被冻结将严重损害我国金融界的声誉一样,轻易扣押船厂即将对外交付的出口船舶,对我国造船业声誉的影响也是不容忽视的。

在建船舶根据目前的法律,似乎不能纳入“船舶”而只能纳入一般财产的范畴。因此一些海事法院就以此为由采取诉讼保全。实践中,还曾出现这样一种情况:通过外贸代理出口的船舶,在建船舶的所有权属于外贸企业和船厂共有,因船厂对外负债,海事法院利用船舶试航时船厂向海事部门申请的临时所有权证书为依据,扣押了该在建船舶。笔者认为,这些做法是不妥当的,为了某一个企业的利益,损害国家造船工业的形象,孰轻孰重,确实值得好好思考。但是,不能不认识到,我国法律对处理在建船舶的各类法律关系确实还处于无序状态。

笔者认为,对于在建船舶进行扣押,海事法院应当首先严格审查在建船舶的所有权,明确在建船舶实质所有权的归属;对于在建船舶扣押,应了解被申请扣押一方企业的资产状况,如果该企业尚有其他资产可供扣押的,应当先行扣押该其他资产或允许以该其他资产提供担保解除对在建船舶的扣押;另外,对于在建船舶的扣押,在目前也应当严格根据我国《海事诉讼特别程序法》第21条的规定,对于法律明确规定的海事请求,才能应要求采取扣船措施。我国《海事诉讼特别程序法》第75条规定:“被请求人提供的担保,其方式、数额由海事请求人和被请求人协商;协商不成的,由海事法院决定。”因此,海事法院应充分发挥有效职能,对于可以变现的资产,经过必要的评估

等程序,即使请求人不同意,也应当允许在提供此类担保后解除对在建船舶扣押。

另外,笔者建议:在今后的立法中,应当另行规范在建船舶扣押的做法,保护我国造船业的稳步发展;明确将“在建船舶”纳入“船舶”范畴,以利于解决在建船舶的法律地位和隐含的法律问题。

论定期租船合同项下的提单

梅 宏*

在国际航运领域,定期租船是一种有效的船舶经营方式。

一些情况下,货主如果一时承运不了大量的货物,为节省巨额的买船费用,需要在一定期间内租进船舶,便与其看好的船东签订定期租船合同。此种期租合同中,承租人就是货主,即期租船舶运送自己的货物。大石油公司期租油轮,就是如此。

除了货主以外,其他人也可能与船东订立租船合同。不乏有承租人租入船舶,将其用于运输以外的其他业务(如将船舶用于游乐、水上饭店等非运输业务),但这毕竟是少数。租船成本很高,船舶又具有运输工具的特别功能,因此绝大多数承租人看好航运市场,通过承运他人的货物或者转租而赚取商业利润。常见的经营方式有三种:

1. 班轮运输公司租入船舶以抵补班轮之不足。这类承租人在租期内肯定要以自己的名义签发提单^①,为此它在订立期租合同时要取得出租人同意,并于合同中与对方约定清楚:承租人得以自己的名义签发提单,出租人的船长、船员应听从承租人指示,出租人不承担货物运输责任。

* 西北大学法学院。邮编:710069。

① 很难想象,班轮公司在负责营运期间,对外是以他人的名义签发提单。这不仅对提单持有人行使索赔权十分不利(要去出租人处索赔,十分麻烦),对班轮公司自己也有声誉上的影响。