

当代海商法的 理论与实践

DANGDAI HAISHANGFA DE LILUN YU SHIJIAN

尹东年 主 编
於世成 副主编

人民交通出版社

责任编辑：钱悦良
封面设计：彭小秋

ISBN 7-114-02620-X



9 787114 026201 >

ISBN7-114-02620-X

U · 01854

定价：30.00 元

当代海商法的理论与实践

尹东年 主 编

於世成 副主编

人民交通出版社



内 容 提 要

本书共收集了涉及当前航运和海事司法实践中出现的热点与难点的论文15篇。撰稿人大多是专攻海商法的硕士、博士研究生,他们在大量占有资料的基础上,运用比较研究的方法,努力从理论与实践的结合上,对一系列海商法问题作了比较深入的研讨。

本书可供海运院校有关专业的师生作教学参考书用,也可供从事海商法理论研究和实践的广大读者参考使用。

图书在版编目(CIP)数据

当代海商法的理论与实践/尹东年主编. —北京:

人民交通出版社,1997

ISBN 7-114-02620-X

I. 当… II. 尹… III. 海商法-研究-文集 IV. D996.1

中国版本图书馆CIP数据核字(97)第04491号

责任印制:孙树田

当代海商法的理论与实践

尹东年 主 编

於世成 副主编

人民交通出版社出版发行

(100013 北京和平里东街10号)

各地新华书店经售

北京通县曙光印刷厂印刷

开本:850×1168 1/32 印张:11.875 字数:321千

1997年4月 第1版

1997年4月 第1版 第1次印刷

印数:0001—2500册 定价:30.00元

ISBN7-114-02620-x

U·01854

数字图书馆
PDG

前 言

随着我国海运事业的发展,我国对海商法的研究取得了突破性进展,已在世界上占有一席之地。为了便于学术交流,进一步推动海商法的研究工作,我挑选了15篇论文汇集成册,取名《当代海商法的理论与实践》。

本书收集的论文,主要涉及当前航运和海事司法实践中出现的热点与难点。撰稿人大多是专攻海商法的硕士、博士研究生。他们在大量占有资料的基础上,运用比较研究的方法,努力从理论与实践的结合上,对一系列海商法问题作了比较深入的研讨。

应当指出的是,论文中的观点是作者的一家之言,反映了他们对论题的看法与理解,属于学术上的探讨。因此,不足之处在所难免,不同意见意料之中。

在本书的汇编过程中,充分尊重作者的意愿,除非必要,一般只对文章作文字性改动。毛树菁、邹盈颖同志为本书的汇编做了大量工作,我谨在此向他们及其他关心本书出版的同志一并表示衷心感谢。

尹东年

1997.1.10

目 录

海运提单有价证券性质的研究·····	王千华 (1)
向承运人索赔的诉权归属·····	郭 瑜 (41)
无单放货纠纷与贸易合同的内在关系·····	罗莉生 (62)
提单主体的识别·····	尹东年 郭 瑜 (75)
托运人诉权之探讨·····	刘 彦 (86)
论海运货物留置权·····	刘国宝 (93)
论船舶抵押权·····	毛树菁 (125)
关于扣船制度的探讨·····	王孝平 (161)
关于船舶优先权若干问题的探讨·····	邹盈颖 (194)
船舶保险若干问题的研究·····	潘红艳 (202)
船级社责任初探·····	张玉兰 (249)
我国港口立法中民事法律关系的研究·····	金培勇 (281)
关于航运竞争法的探讨·····	梁琪 於世成 (315)
论欧共体海运领域里的反倾销法·····	於世成 (356)
海商法的历史渊源·····	杨召南 毛树菁 (367)



海运提单有价证券性质的研究

王 千 华

一、总 论

(一)提单的概念

明确研究对象是任何一项研究的前提。《汉堡规则》第一次在国际法层面给出了“提单”的明确定义,但在各国法律中,“提单”的外延内涵存在着分歧。

1. 依英国法律实务的理解,“提单”仅指海运提单,它只能由海上承运人签发,是海上货物运输合同的证明。英国 1992 年《海上货物运输法》对“提单”作出规定,只限于可背书转让或直接交付的指示提单和无记名提单,故记名提单不在“提单”之列;

2. 美国《统一商法典》中,提单是指“包括空运单在内的由从事货物运输或运送业务的人开出的证明收到货物的单据”。这种表述上的自由化使得这一术语涵盖了所有货物运输的单据,不论其是否为有价证券。另外,美国仍将记名提单归为“提单”之列,但规定其不可转让(non-negotiable),且无须凭此交付货物而与海运单一致;

3. 我国的台湾省“民法”中“提单”一词海陆不分,系指“运送人或船长在货物装载之后,应托运人要求发给托运人的一种有价证券。”在其“海商法”中又专设“载货证券”用于海上货物运输并准用于“民法”有关“提单”的规定;

4. 少数南美国家(如委内瑞拉),提单不作为提货凭证,收货人

无须提示提单即可提货,此时提单已非有价证券,区分不同抬头的提单也就没有意义了;

5. 其他大多数国家和地区(如德国、希腊、挪威、瑞典、荷兰、日本等)的民法或商法、海商法或海上货物运输法,仅以传统之海运提单为“提单”,且均将记名提单列为提单,但是对其可转让性作出不同的规定,有背书转让的,也有禁止的。

由于各国法制不同,要想严密规定提单是可转让有价证券并求得统一是相当困难的,这也是《汉堡规则》起草工作组所遇到的问题。该工作组最后对“可转让性”的规定予以回避,允许缔约国自行在国内法规定,只是牢牢把握住应提交提单作为换取货物的这一提单基本性质,对提单作出了如下定义(第1条第7款):

“提单是指证明海上运输合同和货物由承运人接管或装载以及承运人保证凭以交付货物的单据。单据中关于货物应按记名人的指示,或不记名人的指示交付或交付给提单持有人的规定,即是这一保证。”

《中华人民共和国海商法》第71条与上述定义一致。另据《中华人民共和国海商法》79条之规定,记名提单亦为提单一种,但不能转让。

(二)提单作为有价证券的基本属性

1. 有价证券的概念

有价证券是证明民事权利的证券,其权利的处分或行使,须凭有价证券之占有或移转。“有价证券”(wertpapier 德文)一词,系由德国学者首创,最早见于1861年德国商法典,我国系从日本引入该词。1936年瑞士民法修订,其债法典新立“有价证券”一篇,第一次对该词作出定义:“有价证券是任何一种与权利紧密相连的证书,没有这种证书,权利就不能实现,也不能转让他人”(瑞民965)。尽管各国学者们还有种种其他说法,但无疑上述定义已成通说被广为接受。

2. 有价证券的法律特征

(1)权利直接表现在证券上。证券上所记载的就是权利人的财产权和人身权(如股权)内容,权利和证券融合为一,证券表面所表示的权利与证券有不可分离的关系。所以证券持有人即为权利人,有权要求义务人履行义务,义务人也只向权利人履行义务。于是就有了证券交付、提示、缴回、公示催告等规定。

(2)权利的转移方便迅速。本来是债权的转让现在不必通过原来一般债权的转让程序,本来是物权的转让现在也不必通过实物的交付,本来是股权(兼有人身权性质)的证书,现在也允许自由转让。

(3)权利移转具有公信力。权利移转具有公信力是为了保护有价证券交易安全性,而安全性又是权利迅速方便移转的前提,于是有了证券的要式性、文义性规定以及善意取得制度等等。此外背书人的保证责任和被背书人的追索权作为背书制度中的重要内容也体现了保护善意持有人的原则。

3. 提单作为有价证券的基本属性

提单系证明运输合同中的债权,将运送物之交付请求权证券化的单据。非依提单之占有或移转,不得为提单上权利的行使或移转,所以提单是有价证券的一种。

依证明权利的种类划分,有价证券可分为债权证券、物权证券和社员权证券。债权证券是指以债权为证券权利内容的证券,其中又分为金钱证券(如票据)和物品证券(以证券记载的货物交付为目的的证券,如提单、仓单等)。提单的内容虽系证明货物交付债权,但因其交付与物品的交付有同一之物权效力,所以兼有物权证券的性质。这两种性质赋予了提单在国际贸易中特殊地位,而关于提单的许多矛盾和冲突也来源于提单的这两种性质的冲突。

提单是文义证券,又称公信证券。提单的善意取得人依提单所记载的文义取得其权利,义务人不得就未记载之事项,以对于前权

利人所有之抗辩为对抗。

提单是证明证券,或称宣示证券。提单所表彰的权利于提单发行前即已存在。提单发行以权利发生为要件,具有证明宣示权利的效力。与之对应的是设权证券,系指权利之发生因证券之签发而产生的证券。该证券一经出立就与产生该证券的原债权债务关系相脱离,如票据。

提单是准要式证券。要式证券要求证券的作成必须按照法定的方式,如阙如则证券亦归于无效。各国法律和国际公约都对提单所应记载的项目作出规定,但同时即使提单中欠缺法律规定的一定事项,也承认其为有效,所以提单是准要式证券。要式证券的典范是票据,其作成必须依照法定形式,不论缺少法定事项或增添任意事项,都将使其无效。

提单是准流通证券。流通证券是指依背书或交付而转让的证券。无记名提单、指示提单和票据都属流通证券,但性质有很大差异。票据具有完全流通性,主要表现在:

(1) 票据受让人不因其前手在权利上的缺陷而受影响;

(2) 票据债务得以对抗原债权人的任何抗辩事由,都不能用以对抗善意受让人;

(3) 票据前手直至出票人,对票据负连带担保义务。

提单有追及效力,善意受让人并不因支付了对价而免受前手在权利上的缺陷的影响,法律允许原提单合法持有人追随其提单而主张权利,但前提是无权处分人(转让人)系非依原货物所有人或提单合法持有人之意图而占有提单。除此之外,提单转让后出让人不负连带责任,提单受让人只能向签发提单的人(承运人)或卖方提出赔偿请求。记名提单在提单上明示记载债权人的姓名,这种提单的流通证券性依各国法律规定之不同而不同,在我国,依《海商法》79条,属非流通证券,其转让应按民法一般债权的转让方式进行。

提单是不完全有价证券。提单权利的转让以占有为必要,但其权利的行使只相对取决于提单的占有,离开提单还可以主张权利。主要表现为法律承认在卸货港不以提单相交换的担保交付货物之情形下,担保协议在承运人与担保人之间为有效(但不得用于对抗提单持有人)。

有关提单作为有价证券的基本属性还将在后文得到进一步的阐述。

(三)提单作为有价证券的法制

关于有价证券的法律关系在社会生活中占有重要地位,提单作为有价证券的一种,其法律关系的调整也应受到相应的重视,但事实并不令人满意。

在国际法层面,三个有关提单的国际公约的内容主要是针对提单作为运输合同证明的问题,规定承运人最低限度的责任,但关于提单的有价证券性质方面,仅就其定义、签发、文义性、转让方式等个别事项作了简单的规定。这自有其历史渊源的因素在内,但同时反映出各国对有价证券和提单的理解不同(已如前述)、理论发展和法律实践也不相同,因此未能像票据法那样在国际上达到一定程度的统一。况且提单既是物权证券,又是债权证券,其权利的转让、行使涉及合同法和物权法,而这本身在各国法律间的差异也很大,因此,在相当长的时间里,要统一认识是困难的。

在国内法层面,各国海商法与海上货运法均与国际公约类似,主要内容集中于承运人最低限度的责任和运输合同关系方面,提单作为有价证券的规定着墨不多。查外国立法例,在大陆法系国家,提单作为有价证券通常是和其他种类的有价证券一起在民法债法编(民商合一国家)或商法典(民商分立国家)中合并概括地规定的。但是作统一规定,单列章节的较少,多散见于民商法中,未若票据法成为单行法而有统一的规定。在英美法系国家,由于注重程序基于实体权利的传统,除海上货运法提及少量有关提单的有价

证券性质问题外,大部分的实体规定淹没于案例判词的汪洋大海中。英国 1855 年《提单法》主要解决因买卖合同所有权转移与提单作为海上货物运输合同证明引起的诉权矛盾,并无实体性规定,1992 年《海上货运法》也是如此。在这方面较富现实意义的当推美国 1916 年 Pomerene Act。它对记名提单的定义、非背书转让、背书禁止性、指示提单、无记名提单的签发、转让方式、提单权利行使、善意义务履行、文义性等方面作出了较具体、实用的成文规定,但其编排欠系统性,实体性规定与诉权等程序性规定夹杂在一起,显得可操作性较强而逻辑性略嫌不足。

我国民商法除《海商法》外,对提单作为有价证券的法律规定几乎没有。《民法通则》反映的是有计划的商品经济体制,对有价证券根本不涉及,提单亦无从谈起,1992 年以后施行的法律中亦只《担保法》对提单的质押出了简单规定(第 75 条)。故本文在进行实证探讨时,多辅以他国民商法有关规定进行论证,也希望藉此取他山之石,经扬弃后能为我所用。

(四)提单有价证券制度的价值

由经验所支撑的法律价值思维,是给逻辑思维,尤其是演绎方法以生命的东西。提单有价证券法律制度的价值,即在于简捷、安全,通过合理调整收货人、承运人、托运人、有关银行及其他关系主体的权利义务关系,促进交易成本的最低化,提高社会资源配置的效益,推动社会的进步。

1. 简捷

资源必须在流动中才能增值。商品循环越迅速,营利可能性就越大,所以必须排除各种复杂繁琐的程序以图简捷。提单使提单权利具有外观,使提单的交付与物品交付有同一效力,其转让主要通过背书交付或直接交付,突破“转让须通知债务人”原则,减少了对债权人判断麻烦。

作为定型化契约的一种,提单约款的出现,使得订约基础明

确、时间节省、简化缔约和履约的手续,降低了双方交易成本,使大规模交易成为可能,整个社会的必要劳动时间降低了。

2. 安全

商事交易相当程度上依靠当事人的信用维系。提单为文义证券,按照商法的“外观原则”,义务主体(承运人)公示的内容对善意的受让人有“绝对证据”效力,同时,法律赋予善意提单持有人合同当事人的地位,得到合同的保护,以促进提单的可信度。提单又为要式证券,法律要求承运人在签发提单时,必须按照法律规定的必要记载事项,以严格原则和要式原则办理,当事人不得任意变更其内容,此亦为从保护提单持有人(债权人)角度考虑,保护交易的安全。

维护提单之安全性最典型者,莫如强制规定承运人之最低限度责任。法律在允许提单约款的同时,又对约款内容作出强制性规定,限制公共承运人利用形式上的契约自由原则将有利于自己甚至免除自己责任的条款任意置入提单所证明的合同内,反对一方通过谈判优势地位对他方实际契约自由的剥夺。从1893年美《哈特法》开始到今天,该原则已在每一个有关提单的国际公约和几乎所有国家和地区的海商法或货运法中得到充分的体现。

商品流通的规模、次数和速度决定商品经济发展的水平。任何一种商业法律制度的考量依据都是经济性的,即都应该视其在相对应的商品交换过程或商业经验中,是否能对权利分配作出简捷、安全的安排,从而能以价值极大化的方式利用社会资源。提单有价证券法律制度应符合此二原则。

二、提单证明的权利

有价证券为权利之拟制,赋予其证明之权利以外观,所以提单有价证券性质的探讨,必须以其所证明的权利的明确为基础。笔者认为,由于提单的特殊作用和形式,决定了提单具有多种法律性

质,作为有价证券,它兼有债权证券,物权证券的两重性,在运输合同、买卖合同中分别起到不同的作用。

(一)提单—债权证券

海上货物运输合同,是指承运人收取运费,负责托运人托运的货物经海路由一港运至另一港的合同。其标的是运送货物的行为而非货物本身,或称位移劳务。从本合同法律关系内容来看,只涉及货物实际占有转移、交接问题,而不涉及货物的物权取得或转移问题。

提单作为货运合同的证明,非自古就有。它起源于运输脱离贸易成为独立行业,托管制出现以后,货主交运货物时要求承运人出具已收受货物的收据,并在其上记载旨在约束承运人在目的港交付所运货物的约定。所以提单最原始也是最基本的性质是:一个收据,同时也是承运人对托运人的一种承诺。在装货港,托运人履行义务,交付货物装船,将其运送物的直接占有转移给承运人,为自己创设间接占有,取得对物的请求交付权(在卸货港)。承运人签发的提单即为承运人直接占有、管领、控制货物的事实和托运人的请求交付的权利的证明。该请求权是法定的。货物运至目的港时,合法持有提单的货物间接占有创设人(托运人)或继受取得人(提单受让人)得向承运人请求兑现其承诺,履行返还占有物之义务。为保护承运人和收货人,规定这种请求权的行使须以债之证明——提单的提示与缴回以证明收货人资格为前提。需要注意的是,这种请求权是基于物品交付为标的的债权,而非物上之请求权,两者是有严格区别的。前者系基于债权的效力,后者是基于物权的效力,断不能混淆。所以,提单持有人在请求给付时,行使的是债权而非物权。

虽然提单的大幅版面的正面记载主要是对货物事实的描述,但是从提单表面所负载的权利、义务来看,它所记载的是凭单交货之债而非物权。所以提单上所证明的权利是特定权利主体(尽管有

时是不确定的)向特定义务主体(承运人)请求依据提单文义给付货物之占有的请求权,而这种请求权必须依提单之提示缴回得为行使,故提单为债权证券。

提单之债的内容究竟依何而定,决定提单的债权效力和提单的流通安全性,确有探讨的必要。

承运人与托运人之间,关于运送物的受取、保管、运输、交付的债权债务关系,应依海上货物运输合同而定。提单系基于该合同而签发的,成为该合同的证明。但是,作为有价证券,提单调整着承运人与提单持有人、收货人(非托运人)之间的权利义务关系,是承运人与提单持有人、收货人之间的合同,法律赋予提单内容以合同内容效力,赋予提单持有人、收货人以合同当事人的地位。在原始海运合同基础上,产生了独立的提单合同关系。

提单合同当事人间的权利义务关系必须依提单上文字记载决定,当事人不得以记载之外的任何事项认定提单的权利义务,当提单记载与运输合同有抵触时,在提单合同当事人之间以提单记载为准,此为提单的文义性。据此,关于海上货物运输事项承运人就且仅就提单记载对提单持有人或收货人负其责任。提单的这种性质已为《威斯比规则》、《汉堡规则》及各国海商法所确认,我国《海商法》77条规定,承运人签发的提单是承运人已按照提单所载状况收到货物或者货物已经装船的初步证据,但是当提单已经转让给善意第三方时,与此相反的证据,不予承认,78条又规定承运人同收货人、提单持有人之间权利义务关系依提单的规定确定。之所以有文义性之规定,在于提单为债权证券,一经转让则赋予运输合同以外的收货人或提单持有人请求提货的权利。该收货人或提单持有人原则上对运输合同的原始的权利义务等一切事项除提单所证明之外,一无所知。故为维护提单证明之债之公信力,保护善意提单受让人,作此规定,使得提单持有人、收货人对承运人之债与原始运输合同分离,其债权行使仅以提单上记载之债为据。需要指

出的是,得就承运人提出的与提单记载不符的证据提出文义性抗辩的主体必须为善意第三人,托运人及恶意受让人或不谨慎的受让人得不到文义性的保护。托运人自不待言,如第三人在提单受让取得时明知或应知有悖于提单记载的事实存在或有记载以外的事实,即使承运人提出与提单记载不符的证据而主张抗辩权,也不会使其遭受无法预测的损害,故不应得到保护。

提单一经转让,承运人同收货人、提单持有人之间的权利、义务关系依提单规定确定,该债权债务关系基本上取代了原运输合同关系,但原运输合同并未消灭,仍依然存续,托运人有残留义务(如对承运人依照《海商法》第四章第三节承担责任)和权利(如得请求承运人凭提单交付货物)。故此,原运输合同与提单债权债务关系既有联系又互相独立。后者是在前者的基础上发展起来的新的合同关系。

合同转让即债的转让,包括债权、债务的转让,债的转让不能使受让人获得比转让人更多的权利,继受之债的内容以原债内容为限而不能超出,同时债之转让的结果一般总是原债的消灭。显然提单之债,依其文义性,与原运输合同之债相比,就内容范围而言,两者是相容的交叉关系,虽然大多数情况下两者一致。加之提单之债的产生并非以原合同之债之消灭为前提,两者并存,因此,不能认为提单之债系由原运输合同之债转让而来。

笔者认为,提单合同是法定的默示合同,当事人间无需有明示的协议,也无需有对价或约因,其债权债务关系是因法律规定而产生的。收货人或提单持有人的合同当事人地位是法定而非继受取得的,他们与承运人之间的关系,就且仅就提单的规定(包括正面记载和背面条款)确定。这正是英国 1855 年《提单法》、我国《海商法》78 条所要解决的问题。

(二)提单——物权证券

现代提单最重要的性质和功能,并非提单的债权证券性,仅仅

是债权证券并不能造成流通,提单之所以取得当今地位的原因,在于其为物权证券,即持有提单之人,可依提单处分在途中的物品。提单的交付与物品的交付有同一物权效力。

在发达商品经济条件下,跨国度商品交易对于买卖双方都存在较大危险。潜在的买方和卖方都是复数,双方在短期内难以建立起足够的信任,人员流动性、欺诈的可能性与巨大的交易额形成极度反差,要形成实际的理性的交易很困难。就以海上运输方式进行的国际商品流通而论,交易任何一方都希望对方先行履行合同以担保自己的债权或至少同时履行,达到“一手交钱,一手交货”的理想状态,但承运人对货物的直接占有和控制以致双方都无法直接处分的现实使这一理想成为空想。

资源内在的流通要求和动力推动人们找到了解决的办法,即将远在海面上航行的货物拟制(fictionalize)为其他易于携带、转让之物,以该拟制物的交付替代货物的交付,合意约定此拟制物的交付与货物交付有同一效力(这一“合意约定”后来发展成为“法定”)。凭借这个拟制物,卖方即可处分在途货物,即使他并不能实际占有货物,而买方也将接受此拟制物只要他有足够的理由相信(法律保护了这种信任)它能使本人的物权获得兑现。无疑提单因其债权证券性是此种拟制物的最佳选择。任何合法的提单持有人皆得通过向承运人行使交付请求权而获得有效直接占有,且仅凭提单方得请求。基于该性质在国际货物买卖合同中,卖方通过控制提单即可控制货物的占有,提单转移后买方也得凭提单赋予之债权取得直接占有而不用担心提单是一纸空文。以后跟单信用证的出现,银行信用的介入,使得货款单证互流的时空差异趋于弥合,理想终于成为现实。

由此法律赋予提单以提单项下货物拟制物的地位,提单即货物的象征,所以持有提单即有占有货物的同等物权公示之效力,交付提单亦与转让交付货物有同一物权效力。只有在此基础上,可转