

SMU LAW REVIEW 2009



海大 法律评论 2009

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 2009

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. 2009/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, 2010

ISBN 978-7-80745-779-4

I. ①海… II. ①上… III. ①海商法-文集 IV. ①D996.19-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 206849 号

海大法律评论 2009

编 者:上海海事大学海商法研究中心

特约编辑:黄泉海

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

经 销:新华书店

印 刷:上海商务联西印刷有限公司

开 本:787×960 毫米 1/16 开

印 张:34.25

插 页:3

字 数:630 千字

版 次:2010 年 11 月第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-80745-779-4/D·164 定价:68.00 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 康 锐 徐国平

主 编：胡正良

编 辑：黄 晶

序

《海大法律评论》创办的宗旨,是为了丰富上海海事大学和我国海商法、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,以海商法和航运法栏目为特色和重点,并设有海洋法和相关法域栏目,力求反映这些领域具有前沿性、理论性和实践性的学术成果。

在“海商法”栏目刊登了 10 篇论文。

田博闻的《论我国船舶用益物权制度的创设》,借鉴我国《物权法》的规定提出了在我国创设船舶用益物权制度的设想和建议。

林江的 *Gingerly Stepping between the law and Practice: implications of the Real Rights Law of China 2007 on the Shipbuilding Refund Guarantee*,探讨了我国《物权法》在寻求船舶建造退款保函替代方案中可能产生的影响和作用。

胡正良教授的 *The Rotterdam Rules: The China's Attitude*,在分析我国参加《鹿特丹规则》可能产生的利弊基础上,提出了我国对该规则的政策性考虑,以及我国对规则应持观望态度的观点。

吕敏博士的《论〈鹿特丹规则〉中的冲突条款》,分析了《鹿特丹规则》第 82 条和第 89 条两个冲突条款及其设计上的缺陷,指出了无法通过冲突条款的设置达到协调国际货物运输公约间冲突的观点。

章博博士的《〈鹿特丹规则〉视角下的无单放货问题研究》,分析了《鹿特丹规则》有关无单放货的规定以及此种规定对相关法律制度可能形成的冲击。

Richard Williams 教授的 *On the Letters of Indemnity in Carriage of Goods by Sea*,分析了海上货物运输实践中使用保函的各种情形,以及接受或拒绝接受保函应注意的问题。

高培芳的《雇佣救助纳入海商法调整的必要性及调整内容之研

究》，分析了海商法调整雇佣救助的必要性，以及应当调整的内容。

黄彧的《论海事海商法律关系的法律适用》，从微观和宏观两个角度分析了海事海商法律关系中的法律适用问题，尤其是国际条约、国际惯例的适用。

胡正良教授的《海事中的行政处罚和刑事责任》，分析了我国海事行政处罚的构成和水上交通肇事罪的典型案例与发展趋势，提出了水上交通肇事的定罪和量刑不应当完全套用陆上交通肇事的定罪和量刑标准。

徐凤的《海上事故中船员公平待遇问题之研究》，分析了海上事故中船员公平待遇的国际立法现状及其趋势，提出了我国立法和执法的相关建议。

在“航运法”栏目刊登了8篇论文。

於世成教授、郑丙贵副教授的《全球航运资源配置能力问题研究》，通过航运资源种类、配置机制和配置现状的分析，提出了构建上海国际航运中心建设的重点、发展阶段、政策和管理等设想。

韩晓宇的《上海国际航运中心政策研究》，分析了形成上海国际航运中心的理论政策体系，并通过对比分析现行政策与理论政策的适当性和差距性对现行政策进行了评价，提出了完善上海国际航运中心现行政策的构思。

康锐教授、陈亮的《论我国港口发展的政策叠加效果： $1+1=2?$ 》，分析了“启运港退税政策”、“保税港区政策”以及“属地申报、口岸验放”通关模式这三项发展港口经济的刺激政策可能带来的正负效应，并提出了克服负效应的相应对策。

田征的《解决我国船舶移籍海外问题的对策研究》，针对我国保有船队中有约60%的船舶在他国登记并悬挂外旗经营，我国正面临日益严重的船舶海外移籍问题，分析了问题产生的原因，并探讨了解决问题的对策。

陈伦伦的《船舶经纪人之相关法律问题探析》，将船舶经纪人分为船舶租赁经纪人、船舶买卖经纪人和修造船经纪人，并分析了各自的性质及相关法律关系，针对我国船舶经纪人的管理和规范现状提出了相应的建议。

刘盈、郑丙贵副教授的《航运服务合同管理制度研究》，分析了服务合同的性质和作用，以及服务合同备案作为各国对服务合同管理的基本制度。

郑丙贵副教授的《公会协议和协商协议比较研究》，通过比较分析了公会协议和协商协议各自文本结构、特征、法律性质、法律地位、管理制度和未来趋势。

秦玉洁的《〈国际安全与环保拆船公约〉影响下的我国无害化拆船问题研究》，分析了《国际安全与环保拆船公约》的主要内容，并针对我国拆船业和管理的现状，借鉴公约的规定，提出了实现我国无害化拆船的建议。

在“海洋法”栏目刊登了2篇论文。

王慧博士的《国际法视角下陆源海洋污染的治理》，分析了控制陆源海洋环境污染的国际法制框架和区域法制框架，提出应该将国际环境法的最新原则纳入陆源海洋环境污染防治的框架之中，加强各国之间的合作，完善各国国内体制。

于耀东副教授的《和平时期在他国专属经济区从事军事活动的法律分析》，分析了专属经济区的法律地位及其对在他国专属经济区从事军事活动的影响，各国对《联合国海洋法公约》相关规定的不同理解及争论，在他国专属经济区从事军事活动与和平原则之间的关系等法律问题。

在“相关法域”栏目刊登了8篇论文。

沈禹钧教授、冀磊的《论债权人代位权行使条件》，从实体法和程序法两方面分析了债权人代位权的行使条件。

吴勇奇高级法官的《我国侵权法下的“准代位权”探究》，结合实际案例，提出了侵权法下的债权人可以行使代位权，将侵权法下的代位权称为“准代位权”，可比照适用《合同法》的相关规定对具体案件加以处理的观点。

徐大梅副教授的《论法人侵权责任的制度构建》，从分析法人的本质及法人侵权的特殊性入手，探讨了法人侵权责任制度中法人侵权的归责原则及责任承担。

吴俐副教授、王琴的《完善民事执行威慑机制化解社会矛盾的运作机制研究》，面对当前我国存在的“执行难”问题，从立法、制度、创新工作机制等方面提出了完善我国民事执行威慑机制的建议。

杨继文的《证人出庭制度的基础价值分析》，从法律价值、守法主义、经济成本角度和哲学价值等方面分析证人出庭的基础价值。

徐锦的《当今中国仲裁泛化现象之我见》，分析了中国大陆仲裁泛化现象，提出泛化现象的实质是仲裁制度的精神及理念在中国既有法律制度下的渗透方式。

王铁雄博士的《美国财产法的自然法基础》，分析了美国财产法理论的自然法基础，指出美国财产法理论的历史基础是洛克的个人自然财产权理论及布莱克斯通的个人绝对财产权观念。

张今文的《论法律规范不清之克服》，分析了克服法律规范不清问题较为常用的方法，包括法律解释、利益衡量、类推适用以及对法漏洞进行补充。

上海海事大学海商法研究中心主任 胡正良教授

2010年7月15日

目 录

序.....	於世成	1
前言.....	胡正良	1
海商法		
论我国船舶用益物权制度的创设.....	田博闻	1
Gingerly Stepping between the Law and Practice: Implications of the Real Rights Law of China 2007 on the Shipbuilding Refund Guarantee	LIN Jiang	18
The Rotterdam Rules: China's Attitude	HU Zhengliang	70
论《鹿特丹规则》中的冲突条款.....	吕 敏	96
《鹿特丹规则》视角下的无单放货问题研究.....	章 博	109
On the Letters of Indemnity in Carriage of Goods by Sea	Richard Williams	126
雇佣救助纳入海商法调整的必要性及调整内容之研究.....	高培芳	153
论海事海商法律关系的法律适用.....	黄 或	170
海事中的行政处罚和刑事责任.....	胡正良	183
海上事故中船员公平待遇问题之研究.....	徐 凤	206
航运法		
全球航运资源配置能力问题研究.....	於世成 郑丙贵	225
上海国际航运中心政策研究.....	韩晓宇	255
论我国港口发展的政策叠加效果:1+1=2 ?	康 锐 陈 亮	284
解决我国船舶移籍海外问题的对策研究.....	田 征	295
船舶经纪人之相关法律问题探析.....	陈伦伦	313
航运服务合同管理制度研究.....	刘 盈 郑丙贵	327
公会协议和协商协议比较研究.....	郑丙贵	355

《国际安全与环保拆船公约》影响下的我国无害化拆船问题研究

..... 秦玉洁 378

海洋法

国际法视角下陆源海洋污染的治理..... 王 慧 392

和平时期在他国专属经济区从事军事活动的法律分析..... 于耀东 403

相关法域

论债权人代位权行使条件..... 沈禹钧 冀 磊 416

我国侵权法下的“准代位权”探究..... 吴勇奇 437

论法人侵权责任的制度构建..... 徐大梅 447

完善民事执行威慑机制化解社会矛盾的运作机制研究

..... 吴 俐 王 琴 463

证人出庭制度的基础价值分析..... 杨继文 482

当今中国仲裁泛化现象之我见..... 徐 锦 489

美国财产法的自然法基础..... 王铁雄 507

论法律规范不清之克服..... 张今文 526

论我国船舶用益物权制度的创设

田博闻

〔摘要〕 我国《物权法》明文规定了以所有权、用益物权和担保物权为支持的民法物权体系,为界定和保护物权法律关系提供了基础性的法律制度,更有效地保障了“物权法定”这一基本理论的实现。相比而言,我国《海商法》在船舶用益物权的保护上存在一定的缺失,难以满足现代航运和法律实务的诉求,延缓了船舶物权的体系化。研究此课题,旨在理论上推动船舶用益物权制度的建立,以期完善我国船舶物权体系。

〔关键词〕 船舶 用益物权 制度

一、引言

财产问题,集中表现为财产归属与财产利用。在实际生活中,人们对他人的财产利用基于两种方式,一种是债权为基础的租赁,一种是建立在物权上的用益物权。物权成文法的制定统一了保护规则,避免了下位法规定之间的矛盾,对物权的保护更为有效。我国《海商法》只规定了以船舶为客体的所有权和担保物权,没有对以船舶为客体的用益物权做出任何界定和说明。

二、船舶用益物权引发的争议

理论界对于船舶用益物权还存在颇多的争议。是否存在船舶用益物权?动产是否可以作为用益物权的客体?光船租赁权是否属于船舶用益物权?在现有法律基础上,是否有必要创设这样一种用益物权?建立船舶用益物权是否有悖于“物权法定”原则?在这一大背景下,回答持反对意见的学者的质疑成为探讨船舶用益物

权制度创设的首要课题,也是本章需要阐明的课题。

(一) 是否存在船舶用益物权

船舶融资租赁合同是船舶融资租赁交易的产物。它是一种贸易即船舶买卖与信贷相结合,融资与融物为一体的综合性交易合同,其内容为融资,形式是融物。它是将两个合同(即船舶买卖合同和租船合同)和三方当事人(出卖人、出租人或买受人、租船人)结合在一起的以出租人和租船人为主体的独立有名合同。因为船舶融资租赁合同中,船舶租赁合同与船舶买卖合同在船舶融资租赁合同中效力上互相交错,更独立于船舶融资租赁合同本身,法律关系较为复杂。^{〔1〕}通常船舶融资租赁合同中只有租船合同而没有购船合同,或者船舶融资租赁合同中只有购船合同而没有租船合同,抑或者船舶融资租赁合同中虽有租船合同和购船合同,但购船合同没有履行或购船合同中关于标的船舶在租船合同中没有明确约定。导致这些情况的原因可能是故意,也可能是过失。

司法实践中将这类命名为“名为船舶融资租赁实为借款的合同”,由于其是以租金形式收取高额利息,来规避法律对借款合同的利率的限制,法院通常认定出租方利用船舶融资租赁形式谋取非法利益,据此做出对船舶出租人不利的判决。由于船舶融资租赁法律关系错综复杂,仅以现有法律来处理,不但繁杂且漏洞百出。法律的空缺给恶意当事人提供了规避法律法规,侵害他人合法权益的可能。创设船舶用益物权这一法律制度,不仅可以消除实践同理论的冲突,而且可以使以船舶融资租赁为代表的法律关系明朗化、简单化。

(二) 用益物权的客体是否可以动产

对于这个问题不仅学界争议很大,而且在我国《物权法》制定的过程中也曾经出现过反复。《物权法草案》第123条将用益物权的客体限定为不动产,但随后的《物权法草案修改稿》第122条规定:“用益物权人在法律规定的范围内,对他人所有的不动产或者动产,享有占有、使用和收益的权利。”这一变化也反映出法学界对这一问题的态度。

我国《物权法》第117条规定:“用益物权对他人所有的动产或者不动产依法享有占有、使用和收益的权利。”从此条可以看出,立法者更强调用发展的眼光看待这一问题,我国的用益物权的客体范围已经从传统的不动产扩展到动产上。

〔1〕 马得懿:“创设船舶用益权”,《中国海洋大学学报(社会科学版)》2005年第4期。

(1) 用益物权在物权法体系中有着举足轻重的地位。因为其很好地解决了所有和使用之间的矛盾冲突,受到人们的日益关注。但如果仅仅以“物权法定”原则为武器,将动产排除在用益物权的客体范围之外,不仅制约了用益物权自身作用的发挥,也没有任何凭证。

(2) 从性质上来说,用益物权属于不动产物权。但是用益物权只限于不动产这个说法没有人能提出任何有力证据加以证明。我国学者孟勤国曾经说过:“我找了很多的资料,包括日本的,我国台湾地区的,当然我看的不是原文而是翻译的东西。只有梁慧星先生讲过一个道理,他说:用益物权在法国等西方国家是可以使用在动产上的,但东方国家一般把用益物权限于不动产。只讲了这一句话,没有任何论证。”学者们一直坚持的所谓的用益物权仅限于不动产的原则只是依从习惯,并没有去考虑社会经济的变化对物的范围的调整。^{〔1〕}

(3) 伴随科技在日常生活中的渗透,人们可以利用以及可以更深入利用的物资日渐丰富,不但数量激增,且价值不菲。很多动产的价值高昂,甚至超过不动产,不动产价值较动产高的说法受到一定的冲击,动产和不动产的界限也在日益模糊。船舶是典型的动产,而电线杆是典型的不动产,两者价值哪个更高,一清二楚不必多说。法律的滞后性与生俱来,社会已经发生了日新月异的变化,若法律依旧固守原先对物的划分标准,那么势必会限制这些动产的利用,阻碍经济的发展,影响社会的稳定。虽然有些也可以按照租赁契约解决,但由于债权的相对性,会导致各方的关系纷繁复杂,且易于被恶意的当事人钻法律的漏洞,侵害他人的合法权益。物权的稳定性能够促进物的利用,既然是物权法定,那么就应该从立法抓起,适应现代社会的发展。《物权法》的颁布是我国物权体系发展完善的一个契机,立法者应当突破传统理论的束缚,将用益物权的客体范围扩大,以适应现实经济活动中大量的动产利用现状,真正实现物尽其用。

(三) 光船租赁权是否应当纳入船舶用益物权

光船租赁是规定在我国《海商法》第六章船舶租用合同中的一项内容,通常被认定为是一种债权。但是,笔者认为光船租赁权是一种用益物权,并有意将光船租赁权纳入船舶用益物权的范围,以物权形式对其进行保护。

1. 光船租赁权定性之争

光船租赁权的性质,法律没有明确。理论界众说纷纭,主要有三种说法:自物

〔1〕 刘佳:“用益物权客体范围的探析”,《山西大同大学学报》2007年12月第21卷第3期。

权说、物权化说、用益物权说。

(1) 光船租赁权自物权说

光船租赁权的性质属于财产租赁,因其标的物是船舶仍属海商法的调整范围。海商法的某些特别规定适用于光船租赁权,使光船租赁权较之一般租赁权具有自物权的属性。船舶的功能就是在海上移动,且不因移动而损害其经济价值,这决定了船舶的动产属性。但由于船舶价值很大,并且主要是作为运输工具而非交易的对象,因而,其具有按不动产处理的条件。事实上,船舶登记及船舶抵押权的设定等,都是船舶按不动产处理。〔1〕

我国《海商法》的某些特别规定,也可以看出光船租赁权的自物权属性。首先,光船租赁期间,依约定或法律规定,由承租人承担船舶灭失风险;承租人应当按照合同约定的船舶价值,以出租人同意的保险方式为船舶投保,并负担保险费用。依“物主承担风险”的传统观点,光船承租人具有某种程度的所有权人地位。其次,承租人对出租人设定船舶抵押权有最终决定权。未经承租人事先书面同意,出租人不得在光船租赁期间对船舶设定抵押权。出租人违反前款规定,致使承租方遭受损失的,应当负赔偿责任。因为船舶抵押权的实现一般得经过法院扣船程序,将严重影响承租方利益,即严重减损光船租赁权。而且尤其重要的是,强制拍卖可解除船舶上的一切负担,使得原先的租赁权丧失其客体而无效,不能对抗新的船舶所有人。而一般租赁依“买卖不破租赁”原则,实现抵押权即使具有强制性,却仍是买卖性质,故出租人在已物上于租赁期间设定抵押权是合适的,租赁权可对抗新物主。光船租赁出租人的权利受到很大限制,出租设定船舶抵押权由承租决定,表现出光船租赁权更浓的物权性质。〔2〕

(2) 光船租赁权物权化说

持物权化说的学者认为,光船租赁权是《海商法》中比较典型的债权利用权,主要是为了规范出租人与承租人之间的债权关系。为了更全面地保护承租人的合法权益,实践中将此种债权物权化。“买卖不破租赁”的原则,意在保护租赁期限内承租人的权利。《海商法》中的光船租赁关系属于债权债务关系,但具有某些物权的特点。

光船承租人的租赁权,可以对抗出租人、船舶所有人以及船舶受让方的权利。即使船舶所有人将该船舶让与第三人,原光船租赁合同继续有效,受让船舶一方仍

〔1〕 杨荣波、杜力夫:“论光船租赁权的物权性质”,《世界海运》2004年第4期。

〔2〕 杨荣波、杜力夫:“用益物权客体范围的探析”,《世界海运》2004年第4期。

须尊重承租人的租赁权。正因为光船租赁权的物权化保护,其变更也应遵循一般物权变动的公示原则,不经登记对外不得对抗第三人,但在光船出租人和承租人之间,租赁合同关系仍然有效。而且在租赁合同下,承租人享有的租赁权也在买卖不破租赁原则下具有一定程度的对抗效力。这只是租赁权物权化的一种结果,但并没有改变租赁权本身的债权属性。〔1〕

(3) 光船租赁权属于用益物权说

持用益物权说的学者认为,光船租赁权是租赁交易之结果,其内容为占有、使用、收益租赁物,是这三种物权权能在租赁物转移占有之后,由承租人直接支配的权利归属。依物权是直接支配特定物并享受其利益的权利之观点,租赁权满足物权构成之二要素,即物权要素中的法律之力和合法利益,是一种物权。光船租赁权因是在合法占有他人之物上的使用、收益之权利,其范围受合同约定之限制,其目的在于取得物之使用价值而不是物之交换价值,如果将其归类,应当是一种用益物权。〔2〕

2. 笔者观点

关于光船租赁权的定性,应当从法理出发,以传统民法理论逐一分析,排除一切质疑存在的可能,这样才能得出一个准确的结果。

(1) 对债权说的质疑

笔者并不认为由光船租赁合同产生的光船租赁权是一种真正意义上的债权。这是因为任何一种真正意义上的债权都必然具备债权的所有要素和特征。假设光船租赁权是一种债权,那它必然表现出债权的所有特征。

债权和物权有着明显的区别。债权为请求权,其具有相容性、平等性,没有追及效力。在同一标的物上,允许同时或先后设立数个内容相同的债权,不发生排他效力。各个债权不论成立先后,均平等受偿。债权为相对权,债权人只能向特定的债务人主张权利,不得向债务人以外的第三人主张权利。债权人对其标的物没有直接支配权,当债权的标的物被第三人占有时,不论其占有是否合法,债权人一般不得直接向该第三人主张权利。比较一下可以看出,光船租赁并不具有债权的几个基本特征。

首先,根据《船舶登记条例》的规定,同一船舶上只能存在一个光船租赁权。显然,光船租赁权不具有相容性,平等性更是无从谈起。其次,光船租赁合同成

〔1〕 刘倩:“光船租赁权法律问题研究”,大连海事大学2009年硕士论文。

〔2〕 伏虹瑾:“论光船租赁权的用益物权性质”,《经济与社会发展》2008年第8期。