



【海商法研究丛书】
2000年第1辑(总第2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

中国《海事诉讼特别程序法》的特点(一)

【冯立奇】

中国《海事诉讼特别程序法》的起草过程及其指导思想

【王淑梅】

对我国《海商法》下“实际承运人”责任的理解

【司玉琢 李志文】

论建造中船舶的物权问题

【周平】

粗评我国扣船制度的变化

【翁子明】

提单法律适用条款首要条款若干问题研究

【郭国汀】

CIF条件与卸货滞滞期费

【邢海宝】

提单电子化法律问题研究

【李宇宁】

论英国海事请求保全的对物诉讼制度

【沈茂树】

法律出版社

海 商 法 研 究

2000 年第 1 辑(总第 2 辑)

北京大学法学院海商法研究中心主办

本辑由中基律师事务所赞助出版

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

海商法研究. 2000年第1辑. 总第2辑/北京大学法学院
海商法研究中心主编. - 北京: 法律出版社, 2000. 6
(海商法研究丛书)
ISBN 7-5036-3129-5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 61496 号

出版·发行/法律出版社 经销/新华书店
责任印制/李跃
印刷/北京朝阳北苑印刷厂
开本/850×1168 毫米 1/32 印张/9 字数/217 千

版本/2000 年 6 月第 1 版 2000 年 6 月第 1 次印刷
印数/0,001—3,000

社址/北京市海淀区西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)
出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3129-5/D·2950
定价: 16.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

《海商法研究》稿约

1.《海商法研究》是海商法领域的学术性系列丛书,由北京大学法学院海商法研究中心主办,法律出版社出版发行。

2. 本丛书每年出版中文版四辑,英文版一辑。其中英文版主要是从当年度中文版各辑中精选部分文章翻译而成。

3. 本丛书秉承“兼容并包”的开放性方针,欢迎海内外学术界与实务界人士惠赠作品,同时也欢迎广大在校学生投稿。稿件类别包括论文、案例评析、书评等形式。来稿除打印稿外,最好再附加软盘或使用电子邮件寄送,以便于将其发送给各位编委评审。稿件请以 WORD 文件或文本文件格式存盘或寄送,并注明作者单位、职称和邮政编码。来稿一律不退,敬请作者谅解。

4. 本丛书采用匿名审稿制,由编委对稿件进行匿名评审,决定稿件录用与否。

5. 敬请作者注意,来稿中的注释书写务必要规范、全面。本丛书注释体例采用脚注形式,即在文内标注之处的右上角用阿拉伯数字标记,注释内容置于相应页下脚注,注内依次为:作者、译者(如有)、标题、期刊名或书名、出版社、出版日期、版次、页码。

6. 本丛书所发表的文章除有注明外,其版权一律为北京大学法学院海商法研究中心所有。

7. 来稿请寄:北京大学法学院海商法研究中心,邮政编码:100871,E-mail 地址:mlrc@263.net。

目 录

专 论

中国《海事诉讼特别程序法》的特点(一)	冯立奇	1
中国《海事诉讼特别程序法》的起草过程及其 指导思想	王淑梅	13
对我国《海商法》下“实际承运人”责任的理 解	司玉琢 李志文	21
论建造中船舶的物权问题	周平	29
粗评我国扣船制度的变化	翁子明	45
《合同法》若干基本原则和制度在保险合同中 的具体体现	欧阳振远	57
提单法律适用条款与首要条款若干问题研究	郭国汀	70
CIF 条件与卸货港滞期费	邢海宝	86
浅评美国 1999 年《海上货物运输法》(COGSA) 草案	徐义佑	110

判例研究

大连北田船务有限公司诉大连拍卖市场案评析	徐孝先	118
中国船东互保协会诉上海市化工进出口公司案 评析	薛介年	124
山东省畜产进出口公司诉香港永合船务公司案		

评析·····	青岛海事法院	134
海南通连船务公司与五矿国际有色金属贸易公		
司海上货物运输纠纷再审案评析·····	郭瑜	140

学位论文

提单电子化法律问题研究·····	李宇宁	150
船舶留置权的运用与完善研究·····	薛祖望	184

海外视角

意大利法下的货运代理人和承运人:两种资格的		
概述及其主要区别·····	Cristoforo Kielland(意大利)	224
论英国海事请求保全的对物诉讼制度·····	沈茂树(新加坡)	237

北大课堂

关于提单的法律及其新发展·····	杨良宜	253
-------------------	-----	-----

学术指导委员会(按姓氏笔划为序)

尹东年 司玉琢 朱曾杰 芮 沐 吴志攀

编委会(按姓氏笔划为序)

李洪积 冯立奇 张永坚 林源民

执行主编

郭 瑜

编 务

台 冰 赖 凡

Maritime Law Review

Vol. 1 (2000)

CONTENTS

Special Discussions on Different Topics

The Distinctive Features of the Maritime Procedure

Law of China Feng Liqi

The Drafting Process and the Guiding Principles

of the Maritime Procedure Law of China Wang Shumei

The Concept of "Actual Carrier" in Maritime Law

of China Si Yuzhuo Li Zhiwen

Title to the Vessel under Construction Zhou Ping

On the Change of the Ship Arresting System

of China Weng Ziming

The Basic Principles of Chinese Contract Law

Embodied in Insurance Contracts Ouyang Zhenyuan

The Applicable Law Clause and Paramount Clause of

Bill of Lading Guo Guoting

CIF Terms and Demurrage in the Discharging

Port Xing Haibao

Comments on COGSA 1999(draft) of America Xu Yiyong

Cases and Comments

BeiTian Shipping Co. v. Dalian Auction Market Xu Xiaoxian

China P&I Club v. Shanghai Chemical Import & Export

Co. Xue Jienian

China Livestock Product Import & Export Co. v. Hongkong

Yonghe Shipping Co.	Qingdao Maritime Court
Hainan Tonglian Shipment Co. v. Wukuang International	
Non-Ferrous Metals Trade Co.	Guo Yu

Theses

The Legal Problems of Electronic Bill of Lading	Li Yuning
The Law of the Possessory Lien on the Vessel	Xue Zuwang

Overseas Prospect

Forwarding Agent and Carrier under Italian Law:	
Outline and Distinctive Features of the Two	
Capacities	Cristoforo Kielland
Action in Rem in English Law	Shen Maoshu

Lectures

The Law of Bill of Lading and its Recent	
Development	Philip Yang

专 论

中国《海事诉讼特别程序法》的特点(一)

冯立奇*

第九届全国人大常委会第十三次会议于 1999 年 12 月 25 日通过了《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》(以下简称特别程序法),并决定从 2000 年 7 月 1 日起施行。它标志着我国的海事法制又向前迈进了一大步,初步形成了比较完整的、具有中国特色的海事司法制度。

《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称民事诉讼法)作为民事诉讼的基本程序法,自 1991 年颁布施行以来,不仅为我国的民事和经济审判提供了程序上的保障,而且也为我国海事法院在审判中适用,借助于最高人民法院的司法解释,海事诉讼中的主要程序问题基本有法可依。这也正是十几年来我国的海事审判取得成功的条件之一。海事法院自 1984 年设立并开始受理案件,至 1999 年年底,共受理了近 33,000 起海事、海商案件,涉及 70 多个国家和地区的当事人和财产。我国的海事审判已引起世界航运界、保险界和法律界的广泛重视。毋庸置疑,海事审判已成为中国法院的五大审判(即刑事、民事、经济、行政和海事)之一。随着我国对外贸易和航运事业的发展,以及入世后我国的经济与世界经济深层次和大范围的接轨,中国的海事审判将会有更大的发展,其

* 作者单位:上海海运学院。邮编:200135。

影响也将进一步扩大。

我们也应该清醒地看到,由于海事、海商案件具有不同于普通经济案件的特殊性、技术性和涉外性,普通的诉讼法律制度和现有的民事诉讼法的规定,已经不能完全满足这项专门审判工作的需要,海商法等专门法中有些特殊的法律规范无法具体实施,而且民事诉讼法中的有些规定还不利于我国履行某些国际公约的义务。海事、海商实体法无相应的程序法与其配套,是多年来困扰我国海事审判、制约其发展的一个突出问题。我国是一个立法和司法的权属分离的国家,全国人大及其常委会是国家的立法机关,人民法院是审判机关,最高人民法院的司法解释无法也不能替代全国人大及其常委会的立法。因此,作为一个正在建立社会主义法治的国家,制定专门的海事诉讼特别程序法已是势在必行。

海事诉讼特别程序法的起草工作始于1994年,至1999年已历时5年。5年中,起草小组做了大量的调查研究,广泛征求了各有关部门和行业的意见,借鉴了多项国际公约和国外立法的成功经验,前后起草了十三稿,并经最高人民法院审判委员会两次讨论修改,然后呈报全国人大常委会审议。其后,全国人大常委会法律委员会及其法律工作委员会又多次征求意见,组织分地区的调查,再次听取了各有关机关和部门以及专家的意见,对草案作了较大幅度的修改和调整,尤其是在处理作为特别法的本法和作为基本法的民事诉讼法的关系上,作了基本的定位。确立了在我国进行海事诉讼既适用民事诉讼法又适用特别程序法、特别程序法优先适用的基本原则。在提请九届全国人大常委会第十一次至第十三次会议的审议中,委员们对制定这样一部专门程序法的必要性取得了完全的共识,认为十分必要,而且建议应当与国际接轨。经过三次会议审议,全国人大常委会第九届第十三次会议一致通过了本法,奠定了我国海事诉讼法律制度的基础。

特别程序法的全部内容,既涵盖了我国十几年海事审判的成

功经验,具有不同于普通民事诉讼程序的特点,也反映了我国海事诉讼制度正逐步走向成熟,更趋于公正、公平,也更为开放、合理。可以预言:特别程序法的颁布施行,对我国民事审判制度的改革和发展必将产生积极的影响。

一、海事案件实行专门管辖

特别程序法第5条规定了适用本法的法院为海事法院及其所在地的高级法院和最高法院,第4条规定了海事侵权纠纷、海商合同纠纷以及法律规定的其他海事纠纷由海事法院受理。

由于海事、海商案件具有专业技术性的特点,最高法院曾对海事法院的受案范围和涉外海事诉讼管辖作了具体的规定,这些规定体现了一个基本的原则:在中国领域内的海事、海商案件(无论是国内还是涉外)由中国的海事法院专门管辖,海事法院是审理海事、海商案件的专门法院。特别程序法将最高法院司法解释性的规定上升为国家的法律,从立法上保证了海事法院的专门管辖权。这一法律规定的意义是深远的。根据目前世界上大多数国家和国际公约所采用的“管辖法定”的原则,一个国家的法院对某类民事或商事案件的审理,必须以该国法院对此类案件有管辖权为条件,这种管辖权或由法律(包括该国参加或批准的国际公约)明确规定,或是法律允许当事人之间通过协议而选择。否则,没有法律依据的管辖便被视为不正当的管辖,其后果往往是这种管辖权不被其他国家所承认,其判决也不可能在其他国家得到协助执行,即使签订了双边或多边的司法协助条约亦然。

特别程序法就管辖问题专设了一章。其第二章对如何确定海事、海商案件的管辖权作了分层次的规定:首先依据民事诉讼法中有关地域管辖的规定来确定我国法院对典型海事、海商案件的管辖权,在此基础上再根据其他的连接点作为补充来确定我国海事法院对同类案件的管辖权,以及我国海事法院对其他海事、海商案件的地域管辖权。这是我国海事法院行使管辖权的法律依据。在

我国的海事法院已对上述的海事、海商案件享有管辖权的前提下,然后再来确定具体由哪一个海事法院实施管辖,以避免国内海事法院之间因管辖界限不明而发生的管辖冲突(也包括海事法院和地方人民法院之间的冲突)。在第7条的专属管辖中,也明确规定应由港口所在地、事故发生地和合同履行地的海事法院实施管辖。当事人不能通过协议将这类案件转移到外国法院管辖,也不能协议由中国其他的地方人民法院管辖。

无论是国际还是国内,管辖权冲突(指积极的管辖冲突)的背后往往是对本国或本地区当事人利益的特殊考虑或保护。从这层意义上看,特别程序法中专门管辖的规定有利于消除这种利益保护的倾向,是克服地方保护主义的有效措施;有利于保证这类案件的审判质量,以确立中国人民法院的司法权威和公正形象。海事法院的设立,从一开始就跨越了行政区域的界限,除接受所在地人大的监督外,与所在市没有直接的隶属关系(个别法院除外)。

在规定了海事法院实行专门管辖的同时,特别程序法还突破了民事诉讼法涉外编中关于当事人协议选择与实际争议有连接点的法院管辖的原则,在第8条中规定:即使与纠纷有实际联系的地点不在中华人民共和国领域内,若当事人(均为外国人、无国籍人、外国企业或者组织)书面协议选择了我国的海事法院管辖,我国的海事法院对该纠纷也具有管辖权。这样的规定既充分体现了当事人意思自治的原则,为外国当事人到中国的海事法院来讨个公道提供了方便,也为我国在不久的将来成为亚太地区乃至全球海事司法中心之一提供了法律依据。可见,特别程序法中的专门管辖不仅跨越了我国领域内的地区界限,而且也跨越了国界,我国的海事法院是名符其实的专门法院(个别法院除外)。

二、海事请求保全不受协议管辖的限制

虽然当事人可以协议选择解决纠纷的管辖法院,而且这种协议管辖优先于一般的地域管辖,但为了确保当事人的海事请求权

的实现,特别程序法第14条规定:海事请求保全不受当事人之间关于该海事请求的诉讼管辖或者仲裁协议的约束。第13条则规定:当事人在起诉前申请海事请求保全,应当向被保全的财产所在地海事法院提出。可见,海事请求人如果希望在起诉前采取海事请求保全的措施以保证其海事请求权的实现,可以在获悉被请求人的船舶或者所载货物的行踪之后,在该船舶或者货物所在地(如:停泊地、卸货地或目的地)的海事法院申请海事请求保全,无论该船舶或者货物所在地是否与该纠纷有实际的联系,或者是否在专属管辖的地域内,或者该海事法院是否是协议选择的管辖法院,也无论是否存在仲裁协议。特别程序法作如此规定,一方面是借鉴了国际扣船公约的内容,另一方面也是汲取了我国十几年海事审判实践的经验。船舶和所载货物,通常都处在不停的流动中,海事请求权的产生,往往都与船舶或所载货物有关,如船员工资、货物损害、船舶碰撞以及拖欠运费等等;如果海事请求人不及时通过海事请求保全扣押船舶或货物,很可能就会丧失获得赔偿的机会,而且这种机会可能就不复再现。因此,给予海事请求人充分选择扣船或扣货的机会和方便,无疑是十分必要的。它有利于对海事请求人权益的保护,也有利于纠纷的解决。只要被请求人及时提供担保,便可以获得被扣押船舶或货物的释放或解扣。我国海事法院十几年来共扣押中外船舶1,500余艘,其中绝大部分船舶在被请求人提供担保后被释放,社会效果十分良好,国外的舆论也是肯定的。

关于进入诉讼后的海事请求保全的管辖,特别程序法没有明确规定是否仍不受已经开始的诉讼管辖的限制。依据第三章其他条款的规定以及从有利于受诉法院的统一司法考虑,可以合理地解释为:如果已经进入了诉讼,当事人一方欲申请海事请求保全,当受理纠纷案件的海事法院与被保全财产所在地的海事法院不是同一法院时,应当向已经受理了该纠纷案件的海事法院提出,而不

是向被保全财产所在地的海事法院提出。换言之,诉讼中的海事请求保全应当向受理实体纠纷的海事法院提出,无论拟保全的船舶或船载货物是否在该海事法院的管辖内。至于海事法院接受了申请之后如何在异地执行扣押或拍卖,则属于海事法院之间的协助执行问题,与管辖权的合理划分不悖。否则,若仍然坚持向被保全财产所在地的海事法院提出,将会引起受诉海事法院与采取海事请求保全的海事法院之间管辖的冲突,不利于统一司法和纠纷的及时解决,只会增加当事人的讼累。

因海事请求保全取得的管辖和协议管辖的关系,特别程序法规定:海事请求保全执行后,有关海事纠纷未进入诉讼或者仲裁程序的,当事人就该海事请求,可以向采取海事请求保全的海事法院提起诉讼,但当事人之间订有诉讼管辖协议或者仲裁协议的除外。这样的规定是非常开放和合理的。其中包括两层含义:其一、当事人可以通过申请海事请求保全选择解决其实体纠纷的法院,这是对普通法系国家所谓“择地行诉”(Forum Shopping)制度的借鉴,这一制度已为国际公约所采纳。同理,海事法院即使原本对引起海事请求保全的实体纠纷没有管辖权,但可以通过执行诉讼前的海事请求保全而取得对该纠纷的实体管辖权。其二、如果在海事请求保全之前或在执行海事请求保全之后当事人之间已经就其纠纷达成了有效的管辖协议或仲裁协议,而且管辖协议所指的法院并非执行海事请求保全的海事法院,则当事人应向协议选择的法院(包括外国法院)提起诉讼或申请仲裁,而不应继续向执行海事请求保全的海事法院提起实体的诉讼,即使已经提起,海事法院也应驳回,如果协议在我国管辖,海事法院也可以移送给协议管辖的法院。这里体现了一个基本的原则:协议管辖优先于一般的地域管辖和因海事请求保全所取得的管辖。当然,这种协议必须是有效的。在司法实践中,这一原则的意义在于它能有效地防止当事人不执行已经达成的管辖协议,而企图通过起诉前的海事请求保

全寻求新的管辖,也避免海事法院之间通过执行海事请求保全而不正当地争夺管辖权。从处理诉讼和仲裁的关系看,也是对仲裁协议效力的维护。

三、对对物诉讼制度的法律认同

综观我国民事诉讼法的规定,只有法律上的人,即自然人(即公民)、法人或其他组织,方可作为民事诉讼的主体参加诉讼,对物诉讼,无论是在法学理论上还是在法律规定上,均不被承认或认可。整个民事诉讼活动是围绕着“人”而展开的。所以在我国的民事诉讼法中,除了规定当事人应为法律上的人之外,还相应地规定了因当事人死亡而导致诉讼中止和终结的内容。特别程序法作为民事诉讼法的特别法,为适应海事诉讼的特殊需要,借鉴了国际公约中关于对物诉讼的内容,作了有别于民事诉讼法的规定。

虽然特别程序法第12条规定海事请求保全是对被请求人的财产所采取的强制措施,似乎仍然以“人”作为海事请求保全的主体,但在第23条“可以扣押的当事船舶”中,却规定了在几种情况下扣押当事船舶时,海事法院可以不问谁是该船舶的所有人、谁是被请求人,扣押所针对的仅仅是当事船舶。这几种情况是:

1. 海事请求具有船舶抵押权或者同样性质的权利;
2. 海事请求是有关船舶所有权或者占有(的纠纷);
3. 海事请求具有船舶优先权(的担保)。

若出现以上具有担保物权性质的请求权,无论在申请扣押时被请求人是否是该船舶的所有人,也无论该船舶所有人是否对该海事请求负有责任,海事请求人均可以申请扣押当事船舶。在这里,“人”和“物”是可以分离的。即使“人”对该海事请求没有任何责任,其“物”也可能被扣押。海事请求人所要追究的仅仅是“物”的过失和责任,通过扣押该“物”以保证其海事请求得以实现,海事法院通过扣押该“物”可以取得对该纠纷的实体管辖权(有诉讼管辖协议和仲裁协议的除外),无论该“人”是否在该海事法院的管辖

内,甚至是否在我国管辖区域内。这里的“物”,就是指已经被拟人化的“当事船舶”,即指引起海事请求或发生的海事请求与其直接有关的船舶,如:发生船舶碰撞的当事船舶;发生货物损害时载运该货物的船舶;设定了抵押权的船舶;船员工资是船员在该船上工作时应该赚取的;海难救助中获救的船舶;人身伤亡是发生在该船上或与该船舶直接有关等等。如果扣押该当事船舶后被请求人或该船舶的所有人始终不提供担保,海事请求人还可以在条件具备时申请海事法院强制拍卖,所得价款用以清偿其债务。当事船舶一旦被法院强制拍卖,附着在该“物”上的担保物权便归于消灭,如果上述的请求权没有得到满足,不足额的部分只能通过对人诉讼得到补偿。

除上述的情况外,若纠纷发生在光船租赁时,即使负有责任的是光船承租人而不是该船舶的所有人(即出租人),海事请求人也可以申请扣押该光船租赁的当事船舶。该船舶的所有人不得以所有人的身份对抗海事法院所作出的海事请求保全裁定。

与上述规定相适应,为了不影响海事请求人对当事船舶提出海事请求保全的申请,第25条规定:海事请求人申请扣押当事船舶,不能立即查明被请求人名称的,不影响申请的提出。此条的本意是:海事请求人欲申请扣押引起海事请求的当事船舶,但在某种情况下(如挂方便旗时)又不能立即查明该船舶的所有人或光船承租人,而根据我国民事诉讼法的规定,起诉时或申请财产保全时,必须有明确的原告、被告或申请人、被申请人。为了解决海事请求人无法立即查明谁是被请求人的困境,特别程序法规定海事请求人可以在该船舶的名称(根据船舶登记法规的要求,每一艘登记的船舶,都有其船籍和船名)后加上“所有人”,作为该船舶的所有人或被申请人。如:某船舶的名称为“维多利亚”轮,则海事请求人可以以“‘维多利亚’轮所有人”作为被申请人向海事法院申请海事请求保全,扣押“维多利亚”轮。显然,这样规定的本意是给予海事请

求人和海事法院在某些情况下的方便,同时也不失为一个将原本对物诉讼的请求转换为形式上对人诉讼的请求的良策。

按照对人诉讼的理论,原告或者申请人在提起诉讼或者申请财产保全之前,应当确定其请求权的对象(或责任主体),即确定谁是被告或者谁是被请求人,确认即将保全的财产系被告或者被请求人所有,这是诉讼前财产保全的必要条件之一,民事诉讼法第108条和第92条对此规定得十分明确。

换言之,法院对物采取强制措施是以原告或者申请人的对人诉讼或者对人请求能够成立为条件的。从时间上看,对人在前,对物在后;从责任归属上看,物上的责任是以其所有人责任的存在为条件的。虽然特别程序法也规定“对被请求人的财产采取强制措施”,但从上述条款的内容看,字里行间所强调的仅仅是“物”(当事船舶)而不是“人”。当被请求人和“物”(当事船舶)的所有人不一致或者责任主体仅仅是船舶管理人或船舶经营人而非船舶所有人时,海事请求人仍然可以申请扣押引起海事请求的当事船舶。即使法院经过审查后认定该当事船舶的所有人没有责任,申请人也无须承担申请错误的赔偿责任。当然,这种具有对物诉讼的海事请求仅仅限于法律所规定的内容,并非第21条规定的所有海事请求均可为之。所以,我们可以将特别程序法的上述规定概述为:形式上的对人诉讼,实质上的对物诉讼。

诚然,特别程序法是在借鉴了1999年国际扣船公约的基础上作出的这种规定,其指导思想是:中国是一个海洋和航运大国,应当与国际接轨。但无论如何,这种对物诉讼的规定已经写进了我国人大制定的法律中,成为了我国的国内法。我们有必要对这个问题作深入的研究,不仅从法律的适用上,而且应从法学理论上进行研究,以便更准确、更有效地实施这项洋为中用的法律制度。笔者认为,这项对物诉讼的法律制度将对我国其他的法律(包括将来制定的物权法)产生较大的影响。