

KEY ISSUES IN MARITIME LAW

向明华 著

海事法要论



作者简介

向明华，男，法学博士，广州大学法学院教授，1968年出生。1996年至2003年，先后在广西防城港市中级人民法院、广州海事法院从事经济、海事审判工作。2003年调入广州大学法学院任教至今，主要从事海商法、国际经济法、海事诉讼特别程序法等学科的教学与研究。现主持国家社科基金项目（08BFX084）、教育部人文社科重点研究基地重点项目（06JJD820006）子课题各一项。参与教育部2007年度人文社科规划基金项目（07JA820024）和司法部2008年度国家法治与法学理论研究项目（SFB2044）。先后在《法学评论》、《法商研究》、《现代法学》等专业期刊上发表法学论文40余篇；主编、副主编法学教材3部；合作撰写论著4部。

ISBN 978-7-5036-9666-4



9 787503 696664 >

独角兽工作室

平面设计

上架建议：海事法

定价：35.00元

- ◆ 2008年度国家社科基金项目“经济全球化背景下的船舶扣押法律制度比较研究”（08BFX084）阶段性成果
- ◆ 2006年度教育部人文社会科学重点研究基地重点项目“二十一世纪国际海事法的新视野”（06JJD820006）阶段性成果
- ◆ 广州大学著作出版基金资助
- ◆ 广州市社会科学界联合会第十一次（2009年度）资助社会科学出版项目

KEY ISSUES IN
MARITIME LAW 向明华 著

海事法要论



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

海事法要论 / 向明华著. —北京:法律出版社,2009.6
ISBN 978-7-5036-9666-4

I. 海… II. 向… III. 海事处理—法规—研究—中国
IV. D993.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 096130 号

海事法要论

向明华 著

责任编辑 刘伟俊 蒋苏菲
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 12 字数 303 千

印次 2009 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9666-4

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

海事法是一门古老的商人法,其发展缓慢,内容独特。但基于国际海洋的一体性及海运业的高度国际性,联合国国际贸易法委员会、国际海事组织、国际海事委员会等就海事法的国际统一化问题制定了 120 多个国际公约,涉及海事实体法与海事程序法等方方面面,使海事法成为目前国际统一化程度最高的法律领域。我国尽管仅加入了其中的 20 多个公约,但有关的海事立法往往能有意识地同相关的国际通行做法接轨,然而该具体的接轨过程却非常艰难与复杂。在有关国际制度的借鉴、移植过程中,有的出现部分丢失或增删,有的发生变形,有的根据我国的国情做出了调整,即使是完整的移植,其也未必适合我国的国情。因此,结合国内外海事立法、司法的理论与实践,对国际国内海事法的互动关系、互动效果及相应法律制度的完善与发展做出比较系统的研究,对于我国国际经贸关系的发展及海运服务业的对外开放,均具有非常重要的意义。本书对此做出了有益的尝试。

综观全书,其在以下方面特色鲜明,具有较高的理论与实践价值:

目 录

第一篇 海事法基础问题研究	/ 1
第一章 海事法解释问题研究	/ 3
第一节 法律解释的内涵及其法哲学地位问题	/ 3
第二节 中国海事法官的释法权问题	/ 15
第三节 海事法解释规则的基本问题	/ 21
第二章 提单法律制度研究	/ 49
第一节 提单货物港口交接法律问题	/ 49
第二节 提单货物留置权的正当行使问题	/ 60
第三节 提单纠纷的解决方式问题	/ 81
第二篇 海事保全程序研究	/ 107
第三章 船舶扣押立法比较研究	/ 109
第一节 走向成熟的中国船舶扣押制度	/ 109
第二节 船舶扣押国际立法的成就与问题	/ 145
第三节 扣船国际立法与我国的船舶扣押制度	/ 179

第四章 船舶扣押程序问题研究	/ 183
第一节 船舶扣押程序的独立性及其程序保障问题	/ 183
第二节 船舶扣押管辖权领域中的不方便法院原则问题	/ 196
第三节 船舶扣押程序的价值及局限性问题	/ 214
第三篇 海事诉讼程序研究	/ 249
第五章 海事管辖权问题研究	/ 251
第一节 海事诉讼管辖权国际冲突问题	/ 251
第二节 中国的海事管辖权冲突问题	/ 270
第三节 中国海事行政管辖权的主管问题	/ 287
第六章 海事债权登记与受偿程序问题研究	/ 303
第一节 海事确权程序的专属管辖问题	/ 304
第二节 确权案件的受案范围问题	/ 310
第三节 海事确权程序的审判方式问题	/ 316
第四节 海事确权程序的证据审查标准问题	/ 332
主要参考文献	/ 351
后记	/ 361

第一篇 海事法基础问题研究

第一章 海事法解释问题研究

第一节 法律解释的内涵及其法哲学地位问题

一、法律解释定义略考

解释学(Hermeneutik)一语来源于希腊神话中的神使赫尔墨斯(Hermes)的名字,意指(对神喻的)解释、翻译。赫尔墨斯专司向人间传递、阐明诸神的旨意,该词后被引申为解释的技巧,并发展成为古希腊辩论术的方法论。法律解释学起源于文献解释学、神学解释学,如古罗马时代担任祭司的僧侣及世俗法学家对十二铜表法、汉谟拉比法典等进行诠释的方法。^[1] 18世纪以前,各种具体的解释学都具有与各自教义相结合的解释学体系,其后经过施拉依马赫(friedrich daniel ernst schleiermacher)、狄尔泰(wilhelm christian ludwig dilthey)、贝蒂(E. Betti)、赫施(E. D. Hirsch, Jr)、海德格尔(Martin Hiedegger)、伽德默尔(Hans-Goeg Gadamer)、保罗·科利尔(Paul

[1] [英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2004年版,第29页。

Ricoeur)等哲学家对各种解释学进行归纳总结,逐步形成了对各人文科学具有普遍指导意义的一般解释学。^{〔1〕} 文献解释学及神学解释学因此都融入了一般解释学。但法学解释学因其所具有的特殊教义目的,使其保持相对独立的地位。进入20世纪以来,法律解释学作为研究法律解释方法及解释规律的学问,发展成为一门独立的学科,^{〔2〕}其目的是“为了解明法律的意义”,^{〔3〕}其特点是与具体案件的关联性 & 解释中的价值取向性。^{〔4〕}

何谓法律解释,学者们意见纷纭。一般均承认其有广义与狭义之分。但何为广义、何为狭义,学者们却难以达成共识。有的学者根据法官解释的对象,将获得裁判大前提之法律规范的作业称为广义的法律解释,而将确定法律规范意义内容的作业称为狭义的法律解释。^{〔5〕} 有的将以各种解释方法探究不明确法律规范的意旨的活动称为狭义解释,而将该狭义解释与价值补充和法律漏洞填补三者统称为广义解释。^{〔6〕} 根据我国学者张志铭、陈金钊等的不完全统计,国内关于法律解释应不少于十种。各种定义主要从解释主体、解释对象、解释程序、解释的功能、解释的场景等方面限制其定义范围。如张志铭先生认为:“法律解释就是解释者将自己对法律文本意思的理解通过某种方式展示出来”。^{〔7〕} 这无疑属于一种比较广义的法律

〔1〕 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第109、163页。

〔2〕 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第148、149、164页。

〔3〕 陈金钊:《法律解释的哲理》,山东人民出版社1999年版,第31页。

〔4〕 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第250页。

〔5〕 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第213页。

〔6〕 如梁慧星教授、黄茂荣先生等都将(狭义)法律解释与法律漏洞填补、价值判断等法的续造分章论述。参见梁慧星、黄茂荣前引书。

〔7〕 张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1995年版,第12~16页;陈金钊:《法律解释的哲理》,山东人民出版社1999年版,第38、41页。

解释。该定义对法律解释的主体、对象、载体和程序等方面未作严格限定,因此基本上涵盖了有权解释、学理解释和任意解释等解释学范畴所探讨的解释范围。有的学者则对法律解释做出较狭窄的定义,如将其限制为有权解释,即有权的国家机关依照一定的标准和原则,根据法定的权限和程序,对法律的字义和目的所进行的阐释,主要包括立法、行政与司法解释。^{〔1〕}还有学者从更狭义的角度,将法律解释限制为司法解释。如陈金钊教授等主张,应对法律解释权进行合理配置,取消立法机关、行政机关及检察机关相应的法律解释权,使法律解释权成为司法权能中的专属权利;而在法院内部,法律解释权的配置应当是“规范性的法律解释由最高人民法院的专门机构进行,而对具体案件所适用法律的解释权则应由审案的法官来行使”。^{〔2〕}该定义无疑概括了我国最典型的两种法律解释现象。然而在我国传统的官本位文化背景下,法律解释的权力属性往往被过分地放大,而其方法论属性被有意无意地忽视。于是,司法解释被进一步限制为规范性的司法解释。这种观点认为,司法解释“是指我国最高司法机关根据法律赋予的职权,在实施法律过程中,对如何具体适用法律问题做出的具有普遍司法效力的解释”。^{〔3〕}由于这种定义过于狭窄,将法律现象中最重要、最常见的法律解释行为,即法官在审判过程中对法律的解释活动排除在外,引起了很多学者的批评。目前比较一致的学术观点主张,司法解释不仅包括由有权机关即最高人民法院就法律适用问题所做出的抽象性、规范性解释,还包括法官个人在审

〔1〕 范愉:《法律解释的理论与实践》,中国人民大学复印资料《法理学、法史学》2004年第3期。

〔2〕 陈金钊:《法律解释的哲理》,山东人民出版社1999年版,第156页。

〔3〕 周道鸾:《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集》序言,人民法院出版社1994年版,第1页。

判过程中针对具体案件所做的个别解释。^{〔1〕}事实上,法官释法是法官审判活动的重要组成部分,是抽象性的法律规范与客观事实的结合,以赋予其实际效力的前提;是法律“与时俱进”的源动力;是认识论“从一般到具体”规律在法律适用中的具体表现。对英美等判例法国家的法官而言,法官释法甚至进行法的续造都是不言而喻的,^{〔2〕}尽管其法官的法律解释权也于19世纪一度被严格限制。即使对于大陆法系的法官而言,在立法者的“法典神圣完美”之梦破灭后,其释法权目前也得到了广泛的承认和重视。^{〔3〕}

目前为各法学流派共同接受的法律解释的含义可能是,法律解释是由解释者在尊重立法者意图的基础上所释明的法律文本对于当今世界的合理含义。该定义突出了解释者的解释权、法律文本及其体系性的对解释裁量权的约束力、解释应当符合当今世界客观的理性要求等三层含义。如比较法学及科学法学主要代表人物法国学者萨莱耶、惹尼等都认为法律在不断“进化”发展中,法官无疑具有发展法律的自由裁量权,但这种权力应受制于客观规则;利益法学同样承认成文法存在缺漏,法官应作为立法者的助手补充法律漏洞,其应站在立法者的角度,把握立法者所重视的利益予以衡量和判决,以便发现成文法在当下的合理含义;历史法学同样反对机械地适用法律条文或者由法官自由地发现法律,认为应从社会的存在与发展中发现

〔1〕 董皞:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年版,第3页。

〔2〕 在实用主义法学眼中,法律条文的含义就是法官所赋予它的东西。如美国现实主义法学家弗兰克认为,法律不是“书本上的法律”,而是“行动中的”法律;法律不是固定的规则,而是官员,特别是法官的行为;法律不是一个规则体系,而是一批“事实”。

〔3〕 “两大法系在司法过程中的重大差异,并不在于两种法院实际上在做什么,而在于它们各自占统治地位的社会习俗观念要求法院应该做些什么。”引自[美]约翰·亨利·梅里曼:《大陆法系》,顾培东等译,法律出版社2004年版,第42、48页。

活的法律。^{〔1〕}

基于我国的基本国情,从法律适用的角度而言,根据法律解释主体的性质,将法律解释限制为最高人民法院的规范性法律解释及审案法官的个案法律解释无疑是比较科学的。这种解释的对象包括但不限于成文法,解释的方法不仅包括文义解释也包括对法律漏洞的填补及在法内对法的续创。然而,法律解释作为一种重要的法社会现象,不仅与政治学、经济学、社会学、哲学解释学、语义符号学、心理学等社会科学、人文科学存在千丝万缕的联系,而且与社会各阶层人们的日常工作、生活密不可分。故从法哲学的视角出发,研究包括有权解释和学理解释在内的、开放性的、更广义的法律解释现象,无疑更具有思辨价值,更有利于法律解释学及法律科学本身的发展。

二、法律解释学的法哲学地位

法哲学即法学哲学,一般指西方法学中关于法的一般理论的分支学科,主要从抽象的理性或公平公正等社会理念出发,通过逻辑推理来研究法律和法律思想的一般原理,或探讨法的概念与性质、法的任务与方法、法的地位与作用等内容。^{〔2〕}如《大不列颠百科全书》指出,西方法律哲学就是系统地阐述法律的概念和理论,以帮助理解法律的性质、法律效力的根源及其在社会中的作用。西方法哲学与我国法学课程中的“法理学”含义相当,甚至是同义的。^{〔3〕}如美国著名法哲学家 E. 博登海默(Edgar Bodenheimer)在探讨法理学问题时,将

〔1〕 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第272~277页。

〔2〕 中国社会科学院法学研究所《法学词典》编辑委员会:《法学词典》,上海辞书出版社1984年版,第609页。

〔3〕 张乃根:《西方法哲学史纲》,中国政法大学出版社2002年增补版,第2页。

法律的性质、法律的作用及法律的渊源和技术都包括在内。^{〔1〕}但前者更注重探讨法律的基本问题,如法律本体及其效力来源等问题;而后者更偏重具体分析成文法现象的各种问题,如有关成文法的制定、解释等问题。

自古代柏拉图以来,法哲学家们围绕法律本体论、法律认识论及法律方法论等问题争论不休,出现了众多法学流派。其总体上可区分为两大派别,即以反对“形而上学”、强调“实证”材料为标志的广义的实证主义法学,以及以某种先验观念作为核心思想的先验法哲学。前者主要包括形式法学、分析实证主义法学及社会实证主义法学以及其发展前身。它们主要探讨“法律是什么”,主要通过分析、研究成文法规范或法律的实际运作状况,以探求法律现象的本质及基本规律。后者主要包括神学的或非神学的各种自然法学,以及新康德主义法学和新黑格尔主义法学。它们主要探讨“法律应当是什么”,它们强调人定法应当符合自然法的要求,任何人只要违背了自然法则的要求,就必定会受到惩罚。因此,他们更重视探求对成文法的评判及其价值评判标准。^{〔2〕}如启蒙时代的思想家们认为,只要诉诸理性,人们就能发现法律规则,并能制定出法典。^{〔3〕}在各法学流派的争鸣过程中,各流派相互影响,相互借鉴,法律形式渊源的单一性不再被刻意强调。如现代的自由法学者就主张法律渊源的多样性,如德沃金(Ronald Dworkin)的“整合法学”理论指出,法律体系中

〔1〕 [美]E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第2页。

〔2〕 《中国大百科全书》总编辑委员会:《中国大百科全书——法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第636页。

〔3〕 [美]E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第94页。

不单有规则,更有“原则(Principles)和“政策”(Policies)。如果法官能够掌握法律的原理,采用“建构性解释”的方法,追求“整合法学”的理想,他便能找到“法律是什么”的唯一正确答案。^[1]

上述各种法学流派,或者基于某种神的启示,或者基于法规范文本及其体系本身,或者基于某种社会理想或某种社会需要而构建其法学逻辑体系,并且无一不认定其法哲学观念的唯一正确性。各学派的争鸣,主要源于它们对法律本体理解的分歧,不同的理解促使它们偏好不同的法学方法论,这也较大地促进了各法学流派之方法论的发展。仅从各法学流派的冠名,就可以大体推知该学派在其法学方法论方面取得的成就,如形式法学推崇法典至上,强调法律的自足性。对他们而言,法典是一个包罗万象、完整无缺的规则体系,每项规则便是一个一般性的命题,只需运用逻辑上的演绎,并把它适用到具体个案之中,便能得出一个唯一正确的判决。法院的职责,就是找出有关的法律规则,予以宣布,并机械性地应用到具体案件。法官因此被视为法律的自动售货机而非法律的发现者、解释者,其职能是从该机器一端输入法律与事实,从机器的另一头输出判决结果。尽管法官的释法裁量权因此被严格限制,但这使以语言文字的抽象逻辑推理见长的文义解释、体系解释等解释方法更加严谨、精细。而社会学法学强调以社会学的观察、实证方法作为其方法论,强调法律发展的动力源于社会,法官应自由地探求生活中的法,应以社会效果去衡量哪种法律解释更符合社会目的。历史法学家们则强调法律发展的民族性、渐进性,并排斥法律的移植和激变,他们因此对早期社会法律制度的形成、发展进行了深入研究,这无疑对历史解释、文献解释等解释方法的发展做出了贡献。

[1] 林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社2002年版,第6~8页。

然而,由于社会的复杂性,法律现象与社会、经济、政治、道德、历史、文化、心理、语言、符号、社会理想等各种因素联系密切,试图仅利用其中的一种或几种因素解释法律现象都难免会以偏赅全,甚至走向极端。如社会法学派强调从社会事实中“发现”法律而导致法律的不确定性,甚至对法规范本身的确定性产生怀疑;历史法学过于强调法律的民族性和自发性而忽视了法律人的主观能动性,以及经济“全球化”条件下法律“全球化”发展趋势的内需和现状;分析法学强调成文法的形式要素及法律体系的逻辑自足性而导致“恶法亦法”的僵直后果;自然法学过于强调法律价值的作用而易怀疑或否定成文法的地位与作用。事实上,法律现象本质上属于一种社会运动过程,有关的法律事实、法律形式、法律理想及法律传统等各种因素相互作用,进而形成法律运动的统一体。因此,有法学家主张,应该吸取各法学流派的长处,构建综合性的“统一法理学”。如庞德在分析讨论了19世纪的四大法哲学即分析法学、历史法学、哲学法学(自然法学)、社会学法学等学派的不足之处后,提出其“社会学法理学统合”理论,认为“法律乃是一种专门化的社会控制工具,即通过政治组织的压力而形成的那种社会控制形式,因而在这种意义上讲,法律制度、法律学说和法律律令乃是社会控制的一种工具,而且人们还可以通过有意识的和智性的努力,并根据法律制度、法律学说和法律律令的目的对这种工具进行改进或批判”。^[1]庞德的法律社会控制工具论进一步突出了法哲学的方法论价值。

随着法哲学的发展,各流派的趋同性增强,其中最抽象的部分即自然法理论已基本被认同为一种对成文法予以评判的价值判断标准或法律理想,而法学方法论作为法哲学的另一重要组成部分,在近

[1] [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,法律出版社2002年版,第55页。