

韦杨,白静茹. 新形势下海事强制令制度应用评析及完善[J]. 中国海商法研究, 2020, 31(3): 56-63

## 新形势下海事强制令制度应用评析及完善

韦 杨, 白静茹

(上海海事法院 立案庭, 上海 200135)

**摘要:**海事强制令赋予海事请求人在紧急情况下申请海事法院直接纠正被请求人的违法或违约行为的权利。针对现行海事强制令制度中反映的突出问题,采用分析对比的方法,从海事强制令的法律性质以及适用条件方面入手,与保全制度、先予执行制度类比分析,同时总结司法实践中类案处理时的突出问题,深入探讨海事强制令制度的不足之处,提出应当在法律性质上赋予其独立的法律属性,在当事人适格、行为构成以及情形约束等方面也应立足法条,严格海事强制令程序的适用条件,并将海事强制令程序逐步向保全制度领域靠拢,进一步捋顺涉案起诉、请求人担保等相关问题,并充分保障被请求人的合法权益。

**关键词:**海事强制令;法律性质;构成要素

**中图分类号:**D925 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2020)03-0056-08

### Application review and improvement of maritime injunction system under the new situation

WEI Yang, BAI Jing-ru

(Case Registration Department, Shanghai Maritime Court, Shanghai 200135, China)

**Abstract:** The maritime injunction gives a maritime accuser the right to apply to the maritime court in an emergency to directly correct the violation or breach of contract by the accused. To reflect problems in the current maritime injunction system, by using the method of comparative analysis, we compare the legal nature and applicable conditions of the maritime injunction with the preservation system and the advance execution system. This paper, summarizes the judicial practice problems, discusses the deficiency of the maritime injunction system and gives its independent legal attribute of the maritime injunction. The maritime injunction system must be applied strictly and brought closer to the preservation system. We will further clarify relevant issues such as the prosecution involved and the guarantee of the accuser, and fully protect the legitimate rights of the accused.

**Key words:** maritime injunction; legal nature; constituent elements

### 一、海事强制令的法律性质及理论争议

#### (一) 海事强制令的概念及特征

根据2000年7月1日起开始施行的《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《民事诉讼法》)第四章的规定,海事强制令是指海事请求的当事人,在被请求人存在违法或者违约的行为时,为避免损失或避免使损失扩大,向海事纠纷所在地的海事法院提出申请,请求法院责令被请求人作为或者不作为一定行为。

综合《民事诉讼法》第51条至第61条的规定,海事强制令的主要特征可以归纳为以下几点:第一,海事强制令是由当事人主动发起的,法院不可以依职权开展审查并作出决定;第二,海事强制令的适用范围有相当严格的限制,包括请求当事人适格、存在明显违法或违约、情况紧急以及海事请求人需要提供法院认可的必要担保等条件;第三,海事强制令由海事纠纷所在地海事法院专门管辖,且不受当事人之间已有管辖约定或者仲裁约定的限制;第四,海事

收稿日期:2020-04-02

作者简介:韦杨(1968-),男,江苏盐城人,上海海事法院审判委员会委员、立案庭庭长,三级高级法官,E-mail:weiyang6810@126.com;白静茹(1989-),女,河北邢台人,上海海事法院立案庭法官助理,E-mail:315070785@qq.com。

强制令的内容具体表现为纠正当事人的某种行为,可以是责令当事人作为或者不作为某种行为;第五,作为海事诉讼领域一种特殊的程序规定,海事强制令的作出有严格的时效性限制,且对于海事纠纷中的被请求人提起诉讼有明确规定。

## (二) 海事强制令的法律性质界定

海事强制令在《海事诉讼法》中作为一个单独章节进行规定,在编排体例上,与第三章海事请求保全制度以及第五章海事证据保全制度形成并列关系。但是通过比较分析可以发现,海事强制令与财产保全、行为保全以及先予执行制度均有一定区别,在法律性质上应当赋予其独立属性。

### 1. 海事强制令与财产保全

海事强制令与财产保全,二者都是对被请求人的行为或者财产采取强制措施,均需要申请人主动提出并提供一定形式的担保。但是,二者的区别也较为明显。

第一,适用阶段不同。根据民事诉讼中财产保全制度的规定,其与诉讼程序有着密不可分的联系,根据诉前财产保全和诉讼财产保全的不同,保全措施的采取可以在诉前也可以在诉中,海事强制令一般适用于诉讼或者仲裁前。

第二,目的不同。无论诉前还是诉中财产保全,其均是为了保障将来生效判决的履行而事先采取的强制措施,而海事强制令旨在纠正情况紧急情形下当事人的违法或者违约行为,并不当然与诉讼程序相联系,更与生效判决的执行问题无关。

第三,行为后果不同。诉前财产保全对保全措施采取后当事人提起诉讼或仲裁的行为有着明确的要求,否则以解除财产保全措施为果,诉中财产保全显然必须在提起诉讼后方可申请,相较之下,海事强制令发布之后,纠纷可能就此解决,当事人不再提起诉讼或者仲裁程序,即使发起诉讼或者仲裁,也不再是针对海事强制令本身,所以,其是在特殊情形下对当事人纠纷程序性地快速处决,当纠纷没有进入诉讼程序的情况下,也不存在解除强制措施恢复原貌的情形。

### 2. 海事强制令与行为保全

海事强制令是行为保全的一种形式是学界比较主流的观点,其认为,二者只是在不同法律规定中的不同表述而已。<sup>[1]</sup>海事强制令制度在设立之初,就

以“行为保全”命名,规定在海事请求保全章节,<sup>[2]</sup>并且在《海事诉讼法》颁布最初的一些文件中,也能看到类似定性的踪影<sup>①</sup>。目前从全国各家海事法院的受理情况来看,也将海事强制令案件在“行保”案号下进行编排。

行为保全制度在民事诉讼中的出现,是保全制度的又一重要完善,其目的同样是为了保障将来判决的实现,经过当事人申请或者法院依职权,责令对方当事人作出一定行为或者禁止作出一定行为。虽然海事强制令也是在一定条件下对当事人作为或者不为的一种强制,二者有一定的相似之处,但是其与行为保全制度在制度设立的目的、性质、适用范围、适用依据等方面均存在不同,所以不能完全等同。

海事强制令作为海事领域的一种特殊存在,其程序本身具有终局性和独立性,其不以诉讼的进行为必要条件,也不以保障判决的最终执行为目的,这是海事强制令区别于行为保全制度的本质所在。

### 3. 海事强制令与先予执行

海事强制令与先予执行,均是在法院采取强制措施下,对当事人实体权利的事先满足,但是二者也存在明显的区分。

第一,适用案件类型不同。先予执行有十分严格的适用标准,一般存在于追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用和劳动报酬的特定案件中,海事强制令案件适用于请求人有具体海事请求的案件中。

第二,适用阶段不同。先予执行中强制措施的采取须是案件立案后至最终判决前的特定阶段。海事强制令适用于诉讼或者仲裁程序启动前的阶段。

第三,性质不同。“先予执行”中的“先予”,是相对于一般民事诉讼程序中的执行程序而言的,所以其本质也是对判决的执行,只不过在当事人权利义务关系明确的前提下,不提前履行将严重影响申请人的生活或者生产经营时,给予当事人的一种特别保护。海事强制令的执行与判决无关,是一种程序性的执行,<sup>[3]</sup>若将海事强制令归为先予执行,容易模糊程序性执行与实体裁判执行的界限。<sup>[4]</sup>

第四,先予执行的内容一般具有金钱给付内容,表现为责令当事人作为。海事强制令的内容不限于金钱给付,可以表现为责令当事人作为,也可以是责令不作为。

<sup>①</sup> 时任最高人民法院副院长李国光在1999年8月24日《关于提请审议〈中华人民共和国海事诉讼特别程序法〉(草案)的说明》中提到:“草案总结了海事审判经验,借鉴了一些国家海事立案的合理内容,为了避免和减少损失,保护当事人的合法权益,设立了类似行为保全性质的海事强制令制度。”

## 二、海事强制令的构成要件分析

### (一) 请求人有具体的海事请求

请求人有具体的海事请求,实质是对申请主体适格的要求。何为海事请求,综合《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)以及《海事诉讼法》,并没有找到直接的法律概念定义,然而在《海事诉讼法》的第三章至第五章中,反复出现此概念<sup>①</sup>,《海商法》关于船舶优先权、海事赔偿责任限制章节中出现过关于海事请求的不同列举<sup>②</sup>,《海事诉讼法》中关于申请扣押船舶也有类似的封闭式列举<sup>③</sup>,但是海事强制令中的海事请求,究竟应该适用哪种列举,还是适用上述列举之和,法律没有明确规定,抑或是海事法院受理案件范围内的诉讼请求均可视为海事强制令中的诉讼请求,这也给今后的法律修改以及司法解释的更新留下较大空间。

在现行法律框架下,结合司法审判实践考虑,对海事强制令中的“具体的海事请求”有如下几点想法。

第一,海事强制令中的海事请求范围应从严把握,不应将《海商法》和《海事诉讼法》中有关海事请求直接适用或者相加适用,更不应该将所有海事纠纷或者说所有属于海事法院受理范围内的诉讼请求内容均视为可以申请海事强制令的海事请求。海事强制令的作出是没有经过实体审理即对当事人实体权利作出的程序性处置,即虽然是程序性处理但对当事人的实体权利义务产生重要影响,争议可能就搁置不会再进入诉讼程序,所以该制度设立之初衷是为了适应海事领域时效性强等特点,但是这一特别规定的适用范围不应该被人为扩大化,否则将与海事强制令制度设立的初衷相违背,且不符合司法实践需求,同时可能会对被请求人利益产生损害以及对正常市场秩序形成干扰。

第二,《海事诉讼法》中关于申请扣押船舶的规定是海事请求保全的主要内容。该法第21条肯定式列举的22项海事请求,几乎全面覆盖了海事纠纷中的各个领域,并以第22条中“非因本法第二十一条规定的海事请求不得申请扣押船舶”的表述作为否定式排除,对可以申请扣押船舶的海事请求作出

了较为完善的表述。虽然这种封闭式列举在一定程度上具有局限性,不能及时适应实践中出现的新情况和新问题,在立法领域适用并不广泛,但是,对于海事强制令这一特殊制度,为最大限度保证特别程序下的司法秩序稳定,借鉴上述方式并无不妥。即以《海事诉讼法》第21条、第22条为例,通过列明方式规定哪种情形下的海事请求可以适用海事强制令制度,是今后法律修改的重点。

第三,申请海事强制令的海事请求必须是具体的,即申请人申请对方当事人作为或者不作为的某项海事请求必须是明确的、具有可执行性的。比如,在海上货物运输合同关系中,发货人可以申请强制令,责令承运人签发提单、及时交付货物等,但是,不能笼统地申请承运人履行海上货物运输合同;再比如,在租船合同中,出租人可以申请承租人按照规定时间、地点还船,但是不能仅仅将责令承租人履行租船合同作为申请事由。因此,法院在受理海事强制令案件时,有权利要求请求人将请求事项细化至具体的、可操作的某项事由。

### (二) 存在需要纠正的违法或者违约行为

通过司法强制手段直接纠正当事人的违法或违约行为是海事强制令的显著特征。因此司法实践中,必然要求请求人提供被请求人的行为违法的直接法律依据,或者具体违反的有效合同的条款内容。二者也存在发生竞合的情况,比如,同样是收货人请求责令承运人及时交付到港货物,其主张依据可以是《海商法》中关于承运人及时交货的强制性规定,也可以是双方在货物运输合同项下承运人约定义务的履行。

#### 1. 违法行为

海事强制令中的违法行为主要指违反法律的强制性规定,对于违反法律任意性规定的一般行为,不宜纳入海事强制令的适用范畴。任意性规定只不过是当事人在没有约定或者约定不明的情况下提供价值导向或者司法裁判的依据,也就是说,当事人可以在自由协商的基础上,变更甚至完全推翻任意性规范的内容,因此,不能将其作为海事强制令据以采取强制手段规制的依据。

<sup>①</sup> 《海事诉讼法》第12条规定:“海事请求保全是指海事法院根据海事请求人的申请,为保障其海事请求的实现,对被请求人的财产所采取的强制措施。”《海事诉讼法》第21条规定:“下列海事请求,可以申请扣押船舶:……”《海事诉讼法》第56条规定:“作出海事强制令,应当具备下列条件:(一)请求人有具体的海事请求;……”《海事诉讼法》第62条规定:“海事证据保全是指海事法院根据海事请求人的申请,对有关海事请求的证据予以提取、保存或者封存的强制措施。”

<sup>②</sup> 《海商法》第22条规定:“下列各项海事请求具有船舶优先权:……”《海商法》第207条规定:“下列海事赔偿请求,除本法第二百零八条和第二百零九条另有规定外,无论赔偿责任的基础有何不同,责任人均可以依照本章规定限制赔偿责任:……”

<sup>③</sup> 《海事诉讼法》第21条规定:“下列海事请求,可以申请扣押船舶:……”

所谓强制性规定,就是法律明确了具体的应然做法,不允许随意变更履行或者双方协议变更,一般在法条中表述为“应当”“必须”“禁止”等字眼。<sup>[5]</sup>例如,《海商法》关于海上货物运输合同章节,就存在大量的强制性条款作为规范海上货物运输各环节的行为准则,且这些规定不允许当事人协议变更,否则会导致合同无效<sup>①</sup>。

海事纠纷领域需要海事强制令予以纠正的违法行为,主要表现为海上货物运输环节中的承、托、收各方之间的法定义务的履行以及因船舶、货物非法留置等产生的争议。需要明确的是,海事强制令中的违反法律规定并不仅指《海商法》及其他相关海事立法中的强制性规定。《海商法》作为民商事领域内的一个分支,虽然有单独立法,但其并不能覆盖海事领域的方方面面,在《海商法》没有规定的情况下,适用普通民商事法律中的一般规定,也是司法实践中的共识。所以,当海事请求涉及的领域在海事相关立法中没有规定时,违反了适用于该领域的其他法律中的强制性规定也应当成为海事强制令中的“违反法律规定”,即违法中“法”的定义,取决于海事活动中形成的法律关系,是否受某一法律中特定的强制性法律规范调整。

## 2. 违约行为

违反合同约定的行为是海事强制令旨在纠正的另一类行为,违约行为可以依法被纠正,这也是海事海商领域的独特之处,与一般民商事诉讼有所不同。如果说违法行为的存在主要在没有合同关系的当事人之间主张,通常表现为侵权主张,那么违约行为存在于有直接合同关系的当事人之间,通常表现为违约主张。海事纠纷领域内需要海事强制令予以纠正的违约行为,主要表现为船舶买卖合同、船舶修造合同以及租船合同项下有关交船、还船事项的纠纷,以及海上货物运输合同、货物运输代理合同项下有关提单签发以及货物提取等方面的争议。

但是关于违约行为的纠正,有几点问题需要明确。一是什么样的合同可以通过海事强制令予以纠正。《海商法》中涉及到的合同类型不仅仅只有常见的海上货物运输合同、船舶租用合同,还包括拖航合同、救助合同、海上保险合同等类型,是否全部都可以适用海事强制令?以海难救助合同为例,实施救助行为完全是救助方的自愿行为,即便在救助作业

已经开始实施,救助方出于技术能力以及操作难度方面的考虑,临时放弃实施救助,都不能视为对救助合同的违约,自然更不可以以海事强制令的方式责令救助方继续实施救助行为。二是什么样的合同行为可以强制。即便在可以适用海事强制令的合同类型下,亦包含了各式各样的权利义务条款,并不是所有合同约定的条款内容都适合以强制令的方式责令履行。比如,海上货物运输合同中,承运人签发提单、收货人提取货物等行为可以在情况紧急的情况下适用海事强制令,但是诸如承运人应当妥善履行管货义务、应当赔偿因货物损毁而造成托运人的损失,托运人应当妥善包装正确申报等合同约定,就不适宜通过海事强制令解决。三是合同履行中的不安抗辩权与海事强制令的权衡。有些合同在履行过程中,义务人拒绝履行主要合同义务有时是出于对合同相对人对待履行能力的担忧。比如,货运代理合同中,对方经营状况明显不良的情况下,出于对自身经营风险的把控,货运代理企业以其尚未支付提单项下运费为由拒绝交付海运单证,此时是否能够一概认为货运代理企业是对合同义务的违反而强制其交付单证,是司法实践中应该根据个案情况斟酌处理的问题。

## (三) 情况紧急,不立即作出海事强制令将造成损失或者使损失扩大

“情况紧急”是对海事强制令适用的约束,否则海事领域纠纷不断,原本通过诉讼解决的矛盾转向通过运用海事强制令达到目的,一定程度上会损害被请求人的合法权益,也不符合海事强制令制度的立法初衷。“情况紧急”在海事纠纷领域主要表现为时间成本的不断扩大。比如,航行于国际航线的班轮运输,不及时申请承运人在指定港口卸货,收货人将面临无处寻货的困境;采用信用证结算的国际贸易,不及时申请承运人签发提单,无法在银行指定的有效期内提交运输单证,将导致大笔货款无法收回的后果。所以,在司法实践中,当事人申请海事强制令时,法官需要考量的不仅仅是“根据法律规定或者合同约定应该怎样”,更要着重考虑“此时此刻是不是非要怎样不可”,只有这样才能保证海事强制令制度得到合法合理运用。

“将造成损失或者使损失扩大”是海事强制令适用的根基,没有损失或者损失的扩大,就失去了适

<sup>①</sup> 《海商法》第44条规定:“海上货物运输合同和作为合同凭证的提单或者其他运输单证中的条款,违反本章规定的,无效。此类条款的无效,不影响该合同和提单或者其他运输单证中其他条款的效力。将货物的保险利益转让给承运人的条款或者类似条款,无效。”

用海事强制令的前提条件,并且这种损失或者损失的扩大必须是在特定海事请求下,与特定违法或者违约行为存在直接因果关系。比如,承运人无故拒绝放货,货物长期滞留必然导致集装箱超期使用费的与日俱增,或者是鲜活易腐烂货物,长期滞留必然导致货物腐烂,此时满足情况紧急和损失扩大的双重要求,就可以考虑海事强制令的运用。

鉴于法律对于“情况紧急”的规定过于笼统,“将造成损失或者使损失扩大”虽然在一定程度上可以视为对“情况紧急”的进一步解释,但是实践中仍难以把握。笔者认为,可以从几个方面进行衡量:请求人的请求是否具有不可替代性、能否转化为金钱给付请求,请求人遭受的损失是否能够通过损失赔偿的形式进行事后补救,请求人所面临的损失与被请求人因履行海事强制令将要遭受的损失孰轻孰重。

### 三、海事强制令在司法实践中反映出的突出问题及完善

#### (一) 海事法院受理海事强制令案件情况

以上海海事法院为例,2016—2020年上半年间,上海海事法院受理海事强制令案件共计30件,均适用普通程序审理。从审理结果来看,裁定准许的案件共计15件,占受理类案总数的50%,在审理过程中通过法官主持调解双方达成和解协议,从而主动申请撤回海事强制令请求的案件15件,占受理类案总数的50%。从当事人具体申请内容来看,主要涉及申请责令被请求人交付提单和交付提单项下的货物两种类型,其中申请交付提单项下的货物案件12件,申请交付提单案件16件,二者之和占据类案总数的93%,其他涉及的类型还包括申请被请求人交付租赁到期的船舶、请求交付被留置动产等。

#### (二) 类案处理中反映的突出问题

海事强制令案件虽然在法院受理案件总数中所占比重较小,但是由于每个案件涉及的海事请求类型不同,当事人的违法或者违约事由各异,所以在实践处理中存在一定难度,很难做到量化处理,实践中遇到的问题也层出不穷,且根据现有法条难以找到令人满意的答案。

##### 1. 关于海事强制令发出后的涉案起诉问题

如前文所述,海事强制令的请求条件之一即为存在需要被纠正的违法或者违约行为,换言之,请求人与被请求人之间至少需要存在合同关系或者侵权关系方能成为适格主体。同时,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第45条的规定,被请求人需要在海事强制令发布后的15天内,就相关海事纠纷提起诉讼或者仲裁,否则法院将退还请求人提供的担保。此时出现的矛盾是,请求人申请海事强制令时可以根据侵权或者违约,而在请求人的主张依据为侵权的情况下,被请求人提起诉讼时有可能陷入起诉不能的尴尬境地。

举一例简而言之。货运代理行业因代理费用问题扣留运输单证的案例十分常见,海事强制令中申请交付运输单证也多系此种情况下的交单。例如,货主甲委托某货运代理企业乙代为出运货物,乙又将该业务委托丙代为处理,层层委托问题在货运代理行业十分普遍。若货物出运后丙从承运人处取得涉案运输单证,因为乙尚欠付丙相关货运代理费用而拒绝交付单证,但却侵犯了发货人甲的合法权益,此时甲在情况紧急之下,可以通过向法院提供相应担保,申请海事强制令,责令丙交付单证以满足其国际贸易结汇需要。但是,海事强制令发布之后,丙就该纠纷如何起诉成为棘手难题。原因在于,甲请求责令丙交付单证时可以认定丙的行为存在一定的违法性,并以行为侵权为依据提出申请,但是丙若在强制令发出后提起涉案诉讼,其与甲之间并不存在直接合同关系,甲也不存在对丙的侵权行为,诉讼中就无法直接将甲作为相关纠纷的被告。就相关货运代理费用,丙只能根据直接合同关系起诉乙,但丙起诉乙能否构成就“相关海事纠纷提起诉讼”,即海事强制令中的提起诉讼是不是一定要求以海事强制令中的请求人(即本案中的甲)作为被告?如果被告不是海事强制令中的请求人,其提供的担保又当如何认定?能否当然地认为是为诉讼中的被告(即本案中的乙)提供的担保?

由于现行法律对该问题的规定过于笼统,而涉及请求人担保的退还以及被请求人起诉权利的认定均对当事人实体权利有重大影响。为稳妥起见,目前司法实践中的操作是在海事强制令程序中,为保护被请求人的诉权,若货主坚持作为请求人申请没有直接合同关系的货运代理人交付运输单证,同时也须将与被请求人有直接合同关系者作为共同请求人(即本案中海事强制令的请求人是甲和乙)。这样一来,丙根据合同关系起诉了涉案请求人之一,不能不说确实是就“相关海事纠纷提起诉讼”,即便是甲曾经向法院提供了担保,就该纠纷提供的担保此时亦视为乙的担保似乎也顺理成章。

但是,该做法存在的问题也十分突出。甲和乙

同时作为请求人责令丙交付运输单证,其依据的法律关系完全不同。甲对丙的请求可以说基于对其货权的侵犯,而乙对丙的请求只能理解为货运代理合同项下的违约。二者诉讼标的不同,显然不符合民事诉讼中对共同诉讼的要求<sup>①</sup>。此外,一般实践中急于取得运输单证用于国际贸易结算者均为实际货权人,中间货代企业大多数并不积极提出主张,甚至基于货代企业之间长时间的业务往来关系,也不愿意与合作伙伴对簿公堂,更有甚者中间规模较小、资信状况不良的小型货代公司时至纠纷产生之日已经无迹可寻。此时,若由于请求人的一方缺失,使真正货权人的海事强制令请求权受到影响,显然并不妥当。而从中间货代企业的角度讲,仅仅为了法律程序上的技术操作,强制其进入海事强制令程序,并不妥当。此处的探讨仅列举了一层转委托的情况,若叠加了若干层转委托,真正权利人需要寻找到与目前持单货代有直接委托关系的中间货代企业作为共同请求人,无疑大大增加了诉讼成本和难度,容易引发司法实践中的不满。

## 2. 关于合法留置中适用海事强制令的问题

申请责令被请求人交付其留置的船舶、货物是海事强制令类案件处理中遇到的又一重点类型。基于《中华人民共和国物权法》对留置权的相关规定,尤其是对商事留置条件的放宽<sup>②</sup>,很多商业往来中会出现债权人留置动产以迫使债务人及时履行义务的情形,在海事纠纷领域也不例外。然而,海事海商案件因为业务往来时效性强、涉案标的巨大等特点,看似合法合理的留置可能会给债务人带来远远超出债务金额的损失,此时留置问题的利弊如何权衡,债务人在紧急情况下能否申请责令债权人放弃留置,成为法官需要考量的问题。通过两个案例可以说明实践中这一问题的存在。

案例一:2020年初新型冠状病毒疫情爆发并在全球呈现蔓延趋势,航运业受到直接冲击。上海海事法院在2020年一季度即收到十余起类型相似的海事强制令申请及相关咨询。据请求人一致反映,由于疫情的突然爆发,春节期间到港的大量货物长期滞留在码头,集装箱超期使用费用与日俱增,甚至远远超出货物本身价值,然承运人基于其官网公布的集装箱超期使用费收费标准,在收货人未缴纳全

额费用之前坚持留置相关货物。承运人对货物的留置显然没有超出法律规定的范畴,也是对其自身合法权益的保护,但是收货人在急于提货的紧要关头,面对天价的集装箱超期使用费,难免会有不满。根据海事司法实践中对于此类纠纷处理的惯例,每个集装箱超期费的最高限额仅为市场上一个同等大小集装箱新箱的购买价格,超出部分不予支持。此时,在承运人主张的费用远远超出一个同等大小新箱价格的情况下,收货人能否在提供相当于一个新箱价格担保的基础上申请强制承运人放货?此时,不存在被请求人的违法或者违约行为,其违背的只不过是司法实践中已经具有既判力的行业惯例,收货人基于对到港货物的急迫需求,能否将该行业惯例作为海事强制令适用的依据?

案例二:武汉海事法院曾处理过这样一起案例<sup>③</sup>。该案中双方因船舶修理费用发生争议,船厂以船舶修理费用未支付为由行使船舶留置权,然请求人基于船舶营运的紧迫需求,在提供一定数额担保的基础上,申请海事强制令责令船厂放船。武汉海事法院经审理认为,船舶本身的价值已远远超出船舶修理费用,而且长期留置会造成更大的船舶营运损失,鉴于船舶营运需求紧迫,即便船舶留置为合法留置,在利弊权衡之下,发布海事强制令责令船厂放船。

上述问题均有一个共同的指向,海事强制令的适用在“违法”和“违约”之外,有没有第三种可能。行业惯例、司法判例能否成为“违法”认定的延续?“两利相权取其重”能否在特定情形下用以对抗合法行为?到底怎样解读才能最大程度发挥海事强制令的立法意图又不导致权利的滥用?

## (三) 关于海事强制令制度改进的探讨

海事强制令制度在司法适用过程中存在的种种困惑主要源于其理论体系的先天不足以及制度设计的缺陷。鉴于成文法存在一定的局限性,如前文关于法官在一定条件下变通适用海事强制令的条件,其本质是法官在司法适用领域对法的续造。<sup>[6]</sup>法官在适用法律时,如遇情况紧急或者有更大利益的权衡之下,围绕立法宗旨,选择性地突破现行成文法律的限制,尤其在海事强制令领域,避免资源因制度安排的缺失在漫长的诉讼过程中造成闲置或者浪费,

<sup>①</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》第52条规定:“当事人一方或者双方为二人以上,其诉讼标的是共同的,或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的,为共同诉讼。”

<sup>②</sup> 《中华人民共和国物权法》第231条规定:“债权人留置的动产,应当与债权属于同一法律关系,但企业之间留置的除外。”

<sup>③</sup> 详见(2016)鄂72行保1号。

不仅不是对法律的违背,恰恰是对立法者立法意图的深入解读。例如,对被请求人合法留置权利的剥夺,其实质是通过请求人提供担保的模式,赋予被请求人合法权益更有力的保障,与此同时也使得社会资源得到最充分的利用,在此种理念指导下的“法官造法”,不但不应该被诟病,反而应该给予肯定。

然而,“法官造法”是在成文法下不得已而为之的行为,如果立法者可以从制定法律层面完善法律制度,才能够从根本上解决司法实践领域的种种困扰。从笔者论述的相关方面,关于海事强制令制度的完善有以下几方面的建议。

### 1. 从理论制度方面统一海事强制令与保全制度

如前所述,海事强制令的理论定位具有独立性,从制度设计以及立法意图方面,均有别于现行保全制度,尤其表现为申请要件的构成以及后续起诉问题的衔接。但是,海事强制令却并没有一个完善周密的制度设计以保证其独特立法意图的落实,从而导致在实践中出现前述难以逾越的障碍。所以,转变海事强制令的理论观念,逐步向保全制度靠拢,有利于法律制度的统一和司法实践中的操作。

其中重点在于逐步完善海事强制令的适用条件。目前受被请求人存在“违法”或“违约”的限制,不但引发前文所述合法留置以及事后起诉不能的问题,而且几乎苛求法官在特别程序中不经实体审理即对案件所涉事实是否存在违法或者违约情形作出实体性判断。然海事强制令的设计初衷仅为临时性救济措施,并不需要对双方实体权利义务关系作出最终认定,所以,逐步向保全制度靠拢并无不妥。即,只要当事人之间存在海事纠纷,请求人认为被请求人的行为会给自己造成损失并提供了初步证据,在出具一定形式担保的情况下,就可以启动海事强制令程序。这样一来,海事强制令将重新被定义为如行为保全一般的中间措施。当然这需要有一脉相承的制度设计。

### 2. 从制度设计方面为请求人的主张设定必要限制

承上所述,如果海事强制令的启动条件放宽,那么对于请求人要有必要的限制,方能防止制度的滥用。

第一,关于涉案起诉问题。现行法律要求海事强制令之被请求人提起涉案诉讼,与中国保全制度恰巧相反,国外一些关于假处分、中间禁令的制度设计也与中国强制令中的要求不同。例如,《德国民事诉讼法》第926条规定:本案尚未系属时,假扣押

法院应依申请,不经言词辩论,命令申请假扣押命令的当事人在规定期内起诉。不遵从此项命令时,应依申请以终局判决宣布撤销假扣押。根据该法第936条的指引,此项规定也适用于假处分。<sup>[7]</sup>在英国法中,如果“原告不去尽这责任去推进诉讼,就会面对在被告申请下,法院去撤销已经给与的中间禁令”。<sup>[8]</sup>所以,不应该是当请求人发起海事强制令后,要求被请求人提起诉讼,而是当仅仅为临时性强制措施的海事强制令发出后,责令请求人通过诉讼程序自证其权利主张在实体法上的合法性,请求人在若干时日内没有提起诉讼的,被请求人享有申请撤销海事强制令或要求赔偿的权利。如此一来,不但能够约束请求人的肆意行为,而且能够捋顺强制令与涉案起诉的关系。

第二,关于担保的问题。目前海事强制令的操作实践中,请求人应提供的担保数额一般以涉案争议金额为限,例如,双方对运费金额存在争议,被请求人因运费尚未支付拒绝交付运输单证,此时请求人申请被请求人交付单证时所提交的担保一般为争议运费金额及一定的利息。若海事强制令适用条件逐步放宽,对担保的把控应该更充分考虑被请求人可能因此遭受的损失。因为,海事强制令亦不同于财产保全制度,并不是简单地将财产固定为现有状态。而经常要求被请求人为或者不为一定行为,尤其是责令被请求人作出一定行为时,行为一旦作出,被请求人遭受的损失可能不仅仅是涉案金额,还可能涉及其他期待利益的损失或者对第三人的损害赔偿问题,此时,担保的提供不能仅仅只涵盖双方之间的争议金额,而应在充分考虑被请求人利益的基础上适当提高。

### 3. 从程序方面充分保护被请求人的合法权益

第一,听证程序成为必需。目前《海事诉讼法》及其司法解释中对被请求人利益的维护,仅仅体现在裁定作出后申请复议以及当海事请求人请求错误时,被请求人主张赔偿的权利,总的来说属于事后救济,当强制令的内容是责令被请求人作出一定行为时,事后救济的功效就略显不足。例如,若请求人恶意利用强制令程序骗取运输单证,交付之后单证即进入贸易流转,采用事后救济无论如何无法找回单证,对被请求人的权益无疑是一种损害。目前,海事法院为杜绝此类状况的出现,在作出强制令裁定前普遍采用“听证程序”,这一做法在法律条文中应该被采纳,作为法定程序。其原因在于,请求人在申请强制令时,出于自身利益的考虑,披露事实往往经过



主观筛选,无法保证客观中立。而强制令的作出不同于保全制度仅是对事物原本状态的暂时固定,更多的是一种实体权利义务的变更。所以,通过增设双方参与听证程序,不仅便于法官了解全案的真实情况,确定担保范围及数额,还能为被请求人提供平等的司法保护,便于化解矛盾,更有助于消解被请求人对海事强制令的抵触情绪,亦有利于裁定作出后的执行。

第二,复议程序应当得到重视。现行法律规定当事人对裁定不服的可以申请复议,并且复议期间不停止裁定的执行。这项规定几乎照搬了《中华人民共和国民事诉讼法》中对于保全裁定不服的救济方式,并没有充分考虑海事强制令的特殊性。如若坚持裁定作出即生效并立即执行,因海事强制令在责令行为作出后一般会造成本难以挽回的后果,如已经交付并用于商贸流转的运输单证、货物,曾留置于被请求人掌控下船舶被放行等,即便被申请人复议成功,对被请求人合法权益的保护难免会有疏漏。所以,对复议不但应该给予重视,而且应当给予特定的保护。比如,对于有明显证据足以证明海事强制

令发布错误的,被申请人可以在向法院申请复议的同时,申请暂缓执行海事强制令的具体内容,当然考虑到利益的平衡和海事强制令执行进程,可以在此基础上适当缩短被申请人申请复议的法定时限以及法院作出复议决定的法定期限,以提高司法运行的效率。

#### 四、结语

海事强制令作为海事纠纷领域的特殊规定,在制度设定方面有一定的复杂性。自《海事诉讼法》颁布以来,至今已有效实施二十余年,随着社会的进步以及实践的发展,该制度在理论体系以及架构方面,尤其在法官适用法律方面都显示出明显的不足与缺陷。笔者在分析现行法律规定的基础上,总结司法实践中存在共性的问题,并有针对性地提出具体意见和建议,但仅系一些粗浅的想法和不成熟的构思,随着司法实践的深入以及立法技术的不断进步,相信海事强制令制度在不久的将来会得以完善,更好地服务审判、服务社会。

#### 参考文献:

- [1]韩立新,袁绍春,尹伟民.海事诉讼与仲裁[M].大连:大连海事大学出版社,2007:75-76.
- [2]金正佳.海事诉讼法论[M].大连:大连海事大学出版社,2001:209-210.
- [3]李天生,赵萍萍.论海事强制令的独立属性及适用条件[J].大连海事大学学报(社会科学版),2019,18(6):1-6.
- [4]关正义,王琳.论海事强制令的独立属性和功能[J].法学杂志,2015,36(4):83-90.
- [5]肖健民.论海事强制令中的“需要纠正被请求人违反法律规定或者合同约定的行为”[J].中国海商法年刊,2010,21(1):117-120.
- [6]郭燕.法的续造——法官的权力——从考察成文法的局限性出发[J].法律方法,2006,5(1):298-300.
- [7]谢怀栻,译.德意志联邦共和国民事诉讼法[M].北京:中国法制出版社,2001:256-258.
- [8]杨良宜,杨大明.禁令[M].北京:中国政法大学出版社,2002:271-272.