

海商法论丛

2007

主 编 吴焕宁

副主编 张丽英



中国商务出版社

CHINA COMMERCE AND TRADE PRESS

海商法论丛

2007

主 编 吴焕宁

副主编 张丽英

中国商务出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

海商法论丛. 2007/吴焕宁主编. —北京: 中国商务出版社, 2007.6

ISBN 978-7-80181-704-4

I. 海... II. 吴... III. 海商法—丛刊 IV. D996.19-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 076774 号

海商法论丛 2007

主 编 吴焕宁

副主编 张丽英

中国商务出版社出版

(北京市安定门外大街东后巷 28 号)

邮政编码: 100710

电话: 010-64269744 (编辑室)

010-64245984 (发行部)

网址: www.cctpress.com

Email: cctpress@cctpress.com

北京中商图出版物发行有限责任公司发行

北京高岭印刷有限公司印刷

787 毫米×980 毫米 16 开本

21.5 印张 548 千字

2007 年 6 月 第 1 版

2007 年 6 月 第 1 次印刷

ISBN 978-7-80181-704-4

D·104

定价: 45.00 元

卷首语

《海商法论丛》是由中国政法大学海商法研究中心主办的一部以论丛形式出版的学术出版物。其宗旨是立足我国改革开放与建立社会主义市场经济的实际，借鉴国外先进的立法和最新的研究成果，深入探讨国际国内海事海商、运输物流等领域的重要法律问题，推动我国海商法教学和科研的发展，为海事海商、运输物流等法律实践以及相关立法、决策和实务提供法理依据和参考。

本论丛以求精求质为编辑原则，精选高质量的优秀稿件，拟每两年出版一辑，每辑篇幅 40 万字左右。

2005 年 12 月 17—18 日由中国政法大学国际法学院主办、广东敬海律师事务所和夏礼文律师行（香港）协办，在北京召开了“2005 年两岸三地海商法研讨交流会暨中国政法大学海商法研究中心成立大会”。来自内地、香港特别行政区和台湾地区海商法学界和实务界的专家、学者和同仁共百余人莅临研讨会。在为期两天的会议上，各位专家、学者围绕着海商法的热点和难点问题各抒己见，展开了广泛深入和热烈的讨论，提出了一系列具有较高学术价值和实践意义的观点和意见。

为了让更多的海商法学研究者和实务部门人员了解相关动态，并展开进一步的讨论，本论丛（2007）主要精选了提交本次会议的部分优秀论文，呈献给广大读者，希望这些专题性的观点对相关研究的深化具有一定的启发和参考作用。

编者

2007 年 4 月于北京

我国海商法的昨天、今天和明天

(代序)

在“中国政法大学海商法研究中心”成立之际，我国海商法学界和业界的代表，包括香港和台湾的同仁前来祝贺，气氛十分热烈。朋友们对我们的研究中心寄以希望，希望这一研究中心能够组织校内外学术研究力量，加强与国内外实务界的联系，架起与国内外海商法学者相互沟通的桥梁，共同创建学术交流与合作的平台，共同推动海商法理论的研究与应用，促进中国海商法领域各项法律制度的健全和完善。作为海商法学界的一员，我为朋友们的殷切希望和祝福所感动，不禁思绪万千。对我国海商法往事的追忆、对它现状的关切以及对它未来的期盼，一一涌上心头。

一、我国海商法的立法背景

中国是世界上国土面积最大的国家之一，不仅拥有 960 万平方公里土地，还拥有 470 多万平方公里的广阔海域。大陆东南两面由渤海、黄海、东海、南海环绕，大陆海岸线北起鸭绿江口，南至北仑河口，长达 18000 多公里。500 平方公里以上的岛屿 6500 多个，岛屿的岸线长 14000 公里。沿海大小港口多数是终年不冻的良港。海岸地貌至少提供了 300 多处可供建港的良好港址。从上述海岸、海岛和海区出发，可直接同太平洋沿岸和世界各地相沟通。^①除广州、大连、上海、青岛、天津外，有 60 多个对外开放的港口。我国 28 个省和自治区中面临大海的有 11 个之多，加上两个特别行政区共有 13 个，四个直辖市中有两个是海港城市，沿海的地级市和县级市 100 多个。^②由此可见，我国不仅是一个大陆国家，也是一个海洋大国。

从历史上看，早在公元前中国的劳动人民就通过磁石现象发明了指南针，并

① 数据引自陈航、张文尝主编：《中国交通地理》，科学出版社 2000 年版，第 8、97 页。

② 曹淑兰、张武冰编：《中国地图集》，中国地图出版社 2003 年版，第 1 页。

把它应用在航海上^①。夏商周时代开始了近海的交通运输。秦汉时代航运事业从近海向远洋发展,航线东至朝鲜、日本,南至南海诸岛,西南至印度半岛南端。唐代“贞观之治”后,由于造船业和海运业的发展,对外贸易十分繁荣。朝廷在沿海港口设立关卡,向外来船舶征收关税。宋元时代造船业更有长足的进步,航运事业十分发达。广州、泉州和明州等港,当时就已成为国际上著名的海港。明代郑和七下西洋的故事现在已经家喻户晓。郑和所乘的“宝船”长 150 米,载人千余,行程万里,是世界上最早能供远洋航行的大型木船,^②曾航行到 30 多个国家。据有关资料记载其航程已远及非洲南端的好望角、澳洲大陆、南美合恩角,甚至到达了南极洲。^③如此看来,郑和的船队在美洲大陆留下足迹的时间比哥伦布早了差不多 72 年,比麦哲伦环球远航的记录早了近一个世纪。这些史实都不可辩驳地说明中国当时的航海技术已处于世界领先地位。

在立法方面,光绪三十四年(1908 年)清朝政府正式起草《大清商律》,于 1909 年完成。其草案分总则、商行为、公司法、海船法和票据法共五编。其中海船法编的条目有 263 条之多,是我国历史上最早包含海事法规的商事立法。由于清王朝的覆灭,该草案未及颁行。^④一直到 1929 年 12 月 30 日,国民党南京政府才颁布了我国历史上的第一部海商法。该法自 1931 年 1 月 1 日起施行(后于 1962 年 7 月、1999 年 7 月、1999 年 12 月三次修正)。^⑤

以上事实说明,我国不但拥有发展航运事业的地理条件,而且历史也证明中国人民有智慧有能力发展自己的航运事业,而且在法制方面也有所建树。这些构成了一种海洋文明,这种海洋文明已成为中华古老文明的一部分。^⑥

可是,1949 年新中国成立时,我们从国民党政府手里接管的远洋运输船还不足 20 艘,发展航运事业非常困难。在法制方面,新政府又全面推翻了旧的法律体系,废除了国民党政府的六法全书(包括其中的海商法)^⑦,从此,我国的海商法呈现了立法的空白。面对这种情况,新中国政府意识到航运事业对我国这

① 佚名:《指南针的发明》,载“爱 T 发明网”(www.itisy.com),2006 年 6 月 28 日。原文:指南针的发明,有力地促进了我国航海事业的发展。公元 12 世纪以后,指南针传到了阿拉伯国家和欧洲,又大大推动了世界航海事业的发展和中西文化交流。指南针的发明,是中华民族对世界文明的一项伟大贡献。马克思曾把指南针和印刷术、火药的发明称作“是资产阶级发展的必要前提”。

② (英)Gavin Menzies 著,师研群译:《1421: 中国发现世界》,京华出版社,2005 年 5 月,第 273 页。

③ (英)Gavin Menzies 著,师研群译:《1421: 中国发现世界》,京华出版社,2005 年 5 月,第 343 页。

④ 张晋藩:《清朝法制史》,中华书局 1998 年版,第 707 页。

⑤ (台湾)张新平:《海商法》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 3 页。

⑥ 网易科技报道(http://tech.163.com),2004 年 11 月 9 日。

⑦ 范进学:《废除南京政府“六法全书”的思考》,载《西北政法学院学报》2003 年第 4 期,第 38 - 46 页。

样一个海洋国家发展国民经济的重要意义和立法的必要性。在建国不久的 1952 年,政府就组建了海商法起草委员会,希望通过立法手段,指导和促进航运事业的发展,开发和利用我国的海域和海洋资源,维护海上交通安全。

二、我国海商法的立法过程

我国海商法的立法过程从 1952 年组建“海商法起草委员会”起,到 1992 年《中华人民共和国海商法》经第七届全国人民代表大会常务委员第二十八次会议通过,整整经历了四十个春秋。由于海商法是与国家交通主管部门关系最密切的一部大法,所以“海商法起草委员会”由交通部牵头组建,邀请相关部门、单位、院校参加,并着手具体的起草工作。四十年中,海商法的立法进程可以大致分成两个阶段:1952—1963 年和 1982—1992 年。1952 年成立的海商法起草委员会经过十年的努力于 1963 年完成了给国务院的“送审稿”,也就是我们通常所说的“九稿”。“九稿”被送交国务院后,由于发生“文化大革命”而被搁置,直至 1976 年“文化大革命”结束。当时国家的经济建设遭到极大破坏,各行各业百废待兴。直到 1982 年,海商法起草委员会才得以恢复工作。我本人有幸作为高校海商法教师代表之一参加了起草委员会的工作。

恢复后的起草委员会在“九稿”的基础上,根据中国经济从计划经济体制到市场经济体制转化的新情况着手工作。尽管一至九稿完全是在计划经济指导下进行的,它却是集中了当时国内仅有的几位海商法专家经过十年艰苦细致的工作才形成的文稿。他们做了大量调查研究工作,包括参阅英美法系和大陆法系国家的海商法以及国民党政府的《海商法》。他们边撰写边征求意见,数易其稿,基本上确定了这部法律的范围、形式和结构。所以,1952 年组建的海商法起草委员会是功不可没的。

由于经济体制转化的需要,也考虑到海商法的国际性,恢复后的起草委员会的主要工作是:总结建国三十余年来的航运实践和司法实践;搜集和翻译世界主要航运国家海商海事方面的法律法规,深入研究当时世界上通行的以及尚待生效的海事海商国际公约;确定立法的原则、调整对象和范围。在统一认识的基础上把各部门分工撰写的条款,汇总成草案文稿。文稿在征得各有关行业和部门的意见后经过无数次的修改。最后的文稿作为送审稿于 1985 年 1 月提交国务院审议。国务院指派法制局经济法规研究中心负责审议工作。审议意见交由交通部进一步修改。交通部于当年 9 月上报了送审修改稿。由于受到人事变动的影响,直到 1989 年 1 月经济法规研究中心才与交通部和中国远洋运输总公司共同组成海商法审查研究小组,着手过细的工作。审查研究小组,采取了包括“走出去请进来”在内的方法,召开各种类型的座谈会、论证会,广泛征求国内外海商法专家

和有关行业部门的意见,对送审稿进行多次修改和审订,于1992年6月7日将最后审订稿作为议案由国务院提交第七届全国人大常委会。人大常委会对草案稿进行了初步审议后,又分别送各省、自治区、直辖市、沿海城市以及中央各有关部门征求意见,邀请各方面专家(包括有丰富航海经验的船长、熟悉港口作业的港监官员)座谈讨论,并对不同意见进行协调。经过半年紧张的工作,终于取得比较一致的看法。草案最终于1992年11月7日经第七届全国人大常委会第二十八次会议通过,1993年7月1日起施行。

除上述客观干扰外,立法工作在统一认识方面也费了不少时间和精力。当时的主要分歧反映在以下几个问题上:这部法律的名称、性质与调整对象是什么,这部法律的立法原则或指导思想是什么,这部法律应该如何与国际接轨。

(一) 关于法律的名称、性质与调整对象

经过座谈、研讨后,人们普遍认为,在社会经济开始从计划经济向市场经济转型的时候,为发展航运事业的当务之急是制定一部规范海上商事行为的实体法律,其调整对象应该是平等主体间围绕海上运输和船舶权益产生的财产关系和人身关系。但定名为“海上运输法”或“船舶法”,则调整范围过窄,而称其为“海事法”则其内容必将涉及大量公法规范,如船舶登记与管理、港航监督与管理、海域海洋的开发、利用与保护等行政法规范,也将涉及许多程序法的规范,如管辖、扣船、保全等。这样一部主要应该是私法却又包含大量公法和程序法规范的法律,其内容未免过于宽泛,难以在短期内形成。经过仔细研究和讨论,大家认为将其定名为“海商法”是适宜的,也是必要的。至于海商法的性质,至今仍有不同看法。有人因其主要调整远洋运输等商事关系,又具有很强的国际性或涉外性,主张海商法属于国际经济法的范畴^①;另外,也有人认为海商法和民法一样调整的是平等主体间的财产关系和人身关系,所以是民法的特别法^②;而在许多民商法分立的国家,海商法却是商法的组成部分。这样的分歧,其实只是反映了学理上的不同认识,并不妨碍海商法的立法和实施,也不妨碍海商法的教学和科研工作。

(二) 关于立法原则和指导思想

由于海商法的国际性很强,海商法的规范,应该严格按照国际标准制定。于是,“有国际公约的,依照国际公约;没有国际公约的,依照事实上起了国际公

^① 陈安主编:《国际经济法学专论》(下编 分论),高等教育出版社2002年版,第963页。

^② 郭日齐:《我国海商法立法特点简介》,载《〈海商法〉学习必读》,人民交通出版社1993年版,第43页。

约作用的民间规则；没有这种规则的，参考具有广泛影响的标准合同。”就成了我国海商法的立法原则和指导思想。^①

（三）关于与国际接轨问题

在决定采纳与国际接轨的立法原则后，出现了新的困惑，即，当针对某一种法律关系国际上制定了不同的公约、民间规则或标准合同时，我们应该怎么做？不同国际公约、民间规则和标准合同，往往代表了不同时期不同方面的利益。以海商法的核心内容——海上货物运输的法律为例，当时国际上已有三个调整海上货物运输的国际公约：1924年《关于统一提单的某些法律规定的国际公约》（海牙规则）、1968年《关于修订统一提单某些法律规定的国际公约议定书》（维斯比规则）、《1978年联合国海上货物运输公约》（汉堡规则），各国对此三公约的态度和做法很不一致。又如，关于共同海损的民间规则——著名的《约克—安特卫普规则》，除1864年和1877年先后制定的文本外，当时还存在1924、1950、1974诸年修订的有效文本；关于拖航合同，国际上有三种实施不同责任制度的标准合同，等等。那么，我国究竟应以哪个公约、哪个民间规则、哪个标准合同作为我们的立法基础才算同国际接轨了呢？这个难题困扰了我们许多年，也使我们争论了许多年。争论的焦点在于我们应以《海牙规则》、《维斯比规则》还是以《汉堡规则》为立法基础。起草委员会在征求意见的过程中发现，航运部门和对外贸易部门在此问题上的立场不同，意见相左。经过多年的辩论，他们终于在国务院法制局的协调下，达成了共识——鉴于我国没有加入其中任一公约，可以不承担各该公约的条约义务，完全可以取自由和灵活的态度分别吸收三公约的有关规定或精神为我所用。这种做法当时被视为“已与国际接轨”。

从我国海商法的立法过程看，工作是非常细致的，体现了走群众路线、共同决策的精神；在立法技术上精益求精，从结构到具体条文，无一不经过长期研究、充分磋商、深思熟虑后才定稿。内容符合当时我国现行法律和政策，与我国对外经济贸易、海上运输、海上保险等业务实践相一致，在很大程度上同国际上的习惯做法、惯例、国际条约相同。从交通部牵头起草到向国务院提交送审稿，再经国务院严格审定后，才形成立法提案，由国务院提交人大常委会审议通过。立法过程的每一步都走得踏实、认真，立法程序完全符合法律规定。

^① 郭日齐：《我国海商法立法特点简介》，载《〈海商法〉学习必读》，人民交通出版社1993年版，第29页。

三、我国海商法的立法特点

(一) 先进性

我国海商法,从实际出发,从适应计划经济向市场经济转型的需要和促进海上运输和经济贸易发展的需要出发,建立了具有中国特色的海上运输风险分担制度(如承运人免责、赔偿限额、延迟交付、责任限制、救助报酬、共同海损分摊等),许多章节的规定具有前瞻性或超前性。在立法过程中,充分考虑国内立法可能的趋势,注意吸收国际立法中的最新成就。例如,关于船舶所有权的规定给船舶个人所有权类型留出了空间(当时,所有航运企业都是国营的,私人不可能拥有经营海上运输的船舶);“旅客运输”章吸收了《1974年雅典公约》关于每名乘客最高赔偿额的规定;“海难救助”章参照了当时尚未生效的《1989年国际救助公约》,把救助范围扩大到防止和减轻环境污损、增加了特别补偿条款;在海上货物运输合同一章中设立了一节“多式联运”,此节内容吸收了《1980年国际货物多式联运公约》和《1991年多式联运单证规则》的某些规定;“共同海损”章参考了当时最新的1974年文本。此外,《海商法》还首次正式采用了国际货币基金组织的特别提款权,等等。应该说,这部法律反映了国际国内航运业改革和发展的最新成就,因此,它符合时代潮流,具有很强的时代性,是一部比较新颖、先进的法律。

(二) 国际性

我国海商法虽然是一部纯粹的国内法,但其涉外性和国际性很强,所以绝不能闭门造车。20世纪90年代,挂中华人民共和国国旗的船舶航行在地球表面几乎所有可航水域,停靠世界150多个国家和地区的1100多个港口,不可能不涉及某些外国法、国际条约、国际惯例以及世界各地的航运惯例和港口习惯的管辖或约束。外国船舶也经常进出我国海域和停靠我国港口,我们不能不了解相关的外国法律和国际上通行的航运规则。此外,海事立法的国际统一化运动也在蓬勃展开并不断取得新的进展。总之,我国的《海商法》除第一章总则和第十五章附则外,其他各章内容都参照、吸收或移植了世界上最新的国际公约、国际惯例等的条款内容或精神,真正做到了与国际规则的接轨。

(三) 实用性和可操作性

海商法是一部专业性极强的法律,既有运输、保险、救助、租船、共同海损、责任限制等航运贸易业务方面的专业词汇,又包含大量法律术语。《海商法》用了多达十五章278条共43000字的篇幅涵盖了各有关业务的行为规范,是当时

自新中国成立以来条文最多的一部法律。其内容十分丰富，对当事人权利义务的规定十分详细，对法律规范的任意性和强制性界定得十分明确，所以它是一部操作性很强的法律，不仅为从事海事审判和仲裁的法官、仲裁员、律师带来分析行为是非曲直的标准和断案的法律依据，而且成为航运界、保险界和经济贸易界规范自己生产活动的行为准则，为从事海商法教学和研究工作的人士指出工作的方向。

总之，我国 1992 年《海商法》的出台弥补了我国调整海运领域平等主体间关系的立法空白。这是当时最新颖、最先进、最详尽，也是与国际接轨最紧密的一部法律，从此结束了在航运界“我们没有法，靠内部文件办事”的时代。^①

四、我国海商法的现状与修改的必要性

我国《海商法》颁布和实施以来，全国的海事法院及其上诉审高级人民法院，以及中国海事仲裁委员会，严格执行《海商法》的各项规定，出色、公正地处理了数以万计的海事诉讼案件和大量海事仲裁案件，得到了公众的好评。实践也证明它的立法原则和指导思想是正确的。我国《海商法》不但是一部集几代人智慧与心血，历经四十年之久，有数百人参与，因而来之不易的法律，而且是一部极具先进性、国际性、实用性的法律。那么为什么在实施多年后，会冒出对它进行“修改”的问题呢？对此，我曾经很不理解，没有认识到修改的必要性。但经过一段学习，阅读了一些文章，经过不少同仁的启发和自己冷静的思考，逐渐认识到修改确实是必要的，其理由不外有二：一是情势变迁，二是《海商法》自身的缺陷。

（一）情势变迁主要表现在如下三个方面：

1. 我国加入了 WTO

我国加入 WTO 所承诺的过渡期只有五年，即我国要在五年之内基本完成体制转轨与政策法规的调整。为了能以市场经济国家的身份实现从计划经济到市场经济的历史性过渡，并融入国际经济大市场，我们必须加快国有经济市场化改革步伐，遵守经济全球化和国际竞争的共同规则，不仅要开放市场，而且要建立统一的市场体系。作为 WTO 的成员方，我们应该使我们的国际贸易包括服务贸易更加与国际接轨。开放航运市场，打破行政性垄断，是我国航运市场化改革的重要任务。因此，加入 WTO 后，我国政府要履行加入 WTO 承诺就要把航运市场的开放扩展到国际和国内两个市场，建立统一的大市场。例如，沿海运输是否应该

^① 刘松金讲话，载《〈海商法〉学习比读》，人民交通出版社 1993 年版，第 9 页。

同国际运输一起纳入海商法的调整范围就是情势变迁后需要考虑的问题之一。

2. 国内航运经济的蓬勃发展和民商事立法事业的飞速前进

《海商法》颁布实施以来,在我国进出口贸易强势增长的拉动下,外贸货物的运量快速增长。中国内地港口外贸货物吞吐量位居世界首位(2005年完成13.7亿吨),集装箱吞吐量继续保持世界第一(2005年完成7564TEU);上海港2005年外贸货物吞吐量达到1.85亿吨,首次超过新加坡港,跃居世界第一大货运港口。截至2005年年底,我国拥有水上运输船舶20多万艘,从事国际海运服务的船公司已发展到268家,班轮公司176家。其中中远运输集团总公司拥有船只619艘,运力突破3500万载重吨,中海集团总公司拥有431艘,二公司已进入世界班轮公司排名前十名。^①以上情况说明,我国已成为世界航运大国,正在向航运强国的目标前进。

随着国民经济的蓬勃发展,我国陆续颁布和修订了一系列新的民商事法律法规。例如,1993年12月实施的《反不正当竞争法》,1995年实施的《仲裁法》和《担保法》,1999年颁布和实施的《合同法》,1999年修订、2000年实施的《海洋环境保护法》,1999年通过、2000年施行的《海事诉讼特别程序法》,2001年实施的《海域使用管理法》,2001年公布、2002年1月1日起施行的《国际海运条例》及其于2002年公布、2003年3月1日起施行的《实施细则》以及2001年根据WTO规则的要求全面修订的《海关法》,2002年修订的《进出口商品检验法》,2002年修订、2003年实施的《保险法》,2004年修订的《对外贸易法》、《拍卖法》和《票据法》,2005年修订、2006年1月1日起施行的《证券法》和《公司法》,等等。这些新的法律法规多多少少都涉及和影响到《海商法》的实施和发展。新法颁布和实施后,出现了《海商法》与其后颁布的新法不一致甚至冲突的情形。这就产生了如何解决新法与旧法之间的差异与衔接的问题,以及一般法与特别法的配合与协调等问题。例如,我国《海商法》采用的承运人责任制度是“不完全过失责任制”,而《合同法》规定的违约责任制度是“过失责任制”;又如,《海商法》规定托运人只能在“装货港船舶开航前”要求解除合同,还须承担一定的运费和货物装卸费用。此外,托运人只能在因不可抗力或其他不可归责于托运人和承运人致使合同不能履行的情况下才能要求解除合同,而《合同法》则规定,只要当事人协商一致就可以变更或者解除合同。

3. 国际上出现了立法再度活跃的态势

《海商法》颁布实施后,无论是国际公约还是国际惯例都有了新的发展。例

^① 中华人民共和国交通部编:《2005中国航运发展报告》,人民交通出版社2006年版,第4、6、7、20、54、64页。

如,我国于1994年加入的《1989年国际救助公约》于1996年7月4日生效,1993年通过的《船舶优先权与抵押权国际公约》已取代了1967通过的同名公约^①,新的《国际扣船公约》于1999年通过;国际海事组织(IMO)主持制定的《国际海上运输有毒有害物质赔偿责任公约》于1996年通过;国际海事组织又于2001年3月通过了《国际船舶燃油污染损害民事责任公约》;2002年10月还通过了修订《旅客及其行李运输的雅典公约》的《2002年雅典公约》^②;美国“9·11”事件后,随着国际海运及反海运恐怖法规的发展,国际海事组织在2002年12月通过了《1974年国际人命安全公约修正案》和《国际船舶和港口设施保安规则》。在与海运有关的国际贸易习惯做法方面,国际海事委员会(CMI)于1994年修订了《约克—安特卫普共同海损规则》,又于2004年推出了更新的版本;1976年制定的“金康”(GENCON)合同格式已被1999年“GENCON 99”所取代;国际商会(ICC)在1990年《国际贸易术语解释通则》(Incoterms 1990)的基础上推出了新版本的2000年《国际贸易术语解释通则》(Incoterms 2000),等等。这些变化如果不能在《海商法》中得到体现和反映,将使《海商法》丧失其原有的先进性或超前性。

特别值得一提的是,国际上虽然已有三个关于海上货物运输的国际公约,但各航运大国仍各行其是,国际海上货物运输法律极不统一。《汉堡规则》的通过和生效不但没有使各国海上货物运输的法律趋于一致,反而进一步加剧了海运法律不统一的局面。这种不统一已成为国际间货物自由流通的障碍,引起了国际航运界和贸易界的高度重视。1996年联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL,简称贸法会)第二十九次会议意识到,1970年以来统一运输法律的努力并未取得预期的结果,因此,要求国际海事委员会将审议现行国际海上货物运输的实践与法律纳入它的议事日程。国际海事委员会于1998年5月成立了国际运输法国际工作组(第三工作组),并最终启动了起草“联合国[海上]货物运输公约”的工程^③。目前,国际海事委员会第三工作组起草的《联合国[海上]货物运输公约草案》,经过数次讨论、修改,于2006年4月3日—13日,在第三工作组的纽约会议上讨论并通过了“二读”,目前“三读”的文件正在审议中。这项为统一海上运输法律的又一次行动,受到各航运国家的关注。我国也派代表参与了新公约的审议和制定^④。新公约的草拟、审议或通过对于我国海商法的修改会带来什么

① <http://www.uncitral.org>.

② <http://www.chinahighway.com/news>.

③ <http://www.uncitral.org>.

④ <http://www.uncitral.org>.

影响,是又一个值得关注和探讨的问题。

综上所述,情事变迁是我国海商法必须修改的原因之一。

(二)《海商法》自身的缺陷

《海商法》颁布和实施后的十几年来,尽管取得了令世人瞩目的成就,但不可讳言,在十几年的司法实践过程中,《海商法》的某些条款本身,也确实暴露出不够完善、不够明确的缺陷或者有需要弥补的漏洞,以及值得进一步探讨和深入研究的问题。例如:

1. 我国海商法把沿海运输排除于适用范围之外。这是否是漏洞或缺陷?加入 WTO 后,能不能将我国沿海运输也纳入《海商法》的适用范围?

2. 《海商法》要不要反映当前国际贸易中流行的电子商务和电子提单的内容?

3. 海洋环境污染和损害的赔偿问题要不要纳入《海商法》?

4. 现有的承运人责任制度是否合理、是否公平,要不要继续维持?与《合同法》的分歧如何解决?

5. 《海商法》与《担保法》关于留置权的不同规定,如何协调?

6. 《海商法》某些条文所规定的内容是否确切和充分?例如,如何识别承运人与实际承运人、托运人与发货人、收货人与提单持有人;如何区别承运人适航义务与管货义务;有关提单的规定及其与实践“无单放货”之间的关系;关于“延迟交付”的规定是否公平合理;哪些条文不符合中文表述习惯,文字艰涩、费解,容易引发歧义,等等。

类似问题还有许多,值得一一展开研究和论证,以期找出恰当的改进方案。

五、对我国海商法未来的展望

《海商法》实施后,曾经有过是否需要修改的争论。但近年来,理论界和实务界对修改《海商法》的必要性已经取得了共识。那么,究竟应该如何修改、修改的范围和方式如何,如何设定修改的时间表,学界和业界均无统一认识。我认为,《海商法》的修改应该按照我国《立法法》的规定进行。《海商法》是全国人大常委会制定和通过的法律,其制定、修改和废止(简称“立、改、废”),都是立法活动,都应该受《立法法》的调整。对《海商法》的“改”应该同《海商法》的“立”一样由人大常委会进行。“改”的目的在于保留和完善,而“废”的目的在于撤销和删除以终止其法律效力,两者有很大的不同。修改《海商法》的目的不是废止,而是使其更加完善。这一点应该是修改《海商法》的出发点和目标。至于修改的范围,目前有“大改”、“中改”、“小改”三种主张。所谓大中

小改，是就修改的程度而言。“大改”指全文修改，“中改”是对法律的某些条款或个别部分进行变更、删除或补充，这样的修改属于对法律的部分修改。“小改”则是只对法律个别条款的内容或表述的文字做一定的删节、变动或补充，属于个别修改。我认为，对我国《海商法》而言，“大改”等于“推翻重来”，“小改”不能适应变化了的经济情势和社会需求，均不可取。“中改”在原立法原则和指导思想正确的情况下，保留法律的基本框架和结构不变（但可做局部和适当的调整）。“中改”的原则应该是：“必须变更、删改和补充的，认真修改；可以不改的，尽量不改”。“中改”可以保持法律的稳定性和连续性，也可避免出现“朝令夕改”的局面，否则会损害或削弱法律的威信。对于我国这个提倡依法治国的社会而言，尽力维护和保持法律的稳定性非常重要。

关于修改范围的意见，大致可归纳成两种：

1. 主张《海商法》的修改应从该法的整体布局、章节划分等结构性的调整以及这部法律与其他相关法律如何衔接等方面入手。修改方案应从大处着眼，力争比较全面和彻底。^①

2. “鉴于海上民事活动所具有的特殊风险，海商法所创立的某些特殊的法律制度，将继续保留和沿用。……在这一原则基础上，可以对个别问题做适当调整。”^②前一种可称之为“彻底修改”说，后者可称之为“适当修补”说。

我个人认为，如果承认《海商法》的立法宗旨，即“调整海上运输关系和船舶关系，维护当事人各方的合法权益，促进海上运输和经济贸易发展。”是正确的，与国际接轨的立法原则和指导思想也是正确的，那么，这一立法初衷不能改；《海商法》中承运人的责任制度，包括免责和责任限制、船舶优先权、共同海损、海难救助等海商法特有的法律制度，构成海商法的基本框架。对此可以论证、改进，但不能不保留。所以，我赞成对《海商法》进行“适当修补”，而不赞成“彻底修改”。当然，究竟应如何修改，还存在意见分歧，需要做进一步的研究和探讨

既然对《海商法》的修改已势在必行，理论界、实务界和司法界应共同努力，争取使《海商法》的修改进入立法程序，列入人大常委会的会议议程。要做到这一步，眼前必须大力开展调查、研究、探讨和论证，以便在今后进入实质性修改程序时为立法者提供比较成熟和大致统一的方案。我国交通部已为此立项并成立了该课题工作组，委托大连海事大学和上海海事大学的专家开展修改《海商法》的专题研究。这当然是非常好的开端，同时也体现了部门立法与专家立法相

① 张永坚：《究其细微、考其全貌》，载《海商法研究》2001年第1辑，第143页。

② 冯立奇：《我国海商法的适用与修改》，载《海商法研究》2000年第2辑，第123、138页。

结合的倾向。不过,我认为,全国海事法院及其上诉审法院以及最高人民法院民四庭等海事审判机构的意见也应得到重视。工作在海事审判第一线的法官们在适用《海商法》长达数十年的实践中一定积累了丰富的经验。他们应该是最有发言权的群体,当然也应该包括海事仲裁员和海事律师,没有他们的参与,修改工作不可能完美。

至于修改的时间表,我觉得应取决于两个难题的解决:一是修改方案如何与国际接轨的问题,二是如何使修改方案进入立法程序的问题。

“与国际接轨”本来不是新问题,是《海商法》起草时已经解决了的问题。但是自从 CMI 于 1998 年 5 月成立了运输法国际工作组并正式启动起草工作后,我就曾经认为,既然国际上已经在起草新的国际公约,我们何不等待新公约通过后再着手修改我们的《海商法》?到时候可以借鉴或参考新公约的内容,岂不可以节省精力和时间,同时能再一次符合“与国际接轨”的原则?但是,当我接触和了解了《[海上]货物运输公约草案》和历次讨论的情况后,我发现我的想法并不现实。事实上,各国有各国的历史地理条件,有各自不同的经济政治利益和社会发展的需要,世界主要海运国家多根据自己的国情制定自己的海商法或海事法。每一个国家是否加入某项国际公约、是否吸收国际上的通常做法、是否参考外国的相关法律,都是各该国家立法机关自己的事。要统一各国运输法的规范,谈何容易?许多涉及海事海商工作的国际组织为此做出了巨大的努力,组织制定了上百个海商海事领域的国际条约、议定书及其修订案。其中调整海上货物运输关系的三个国际公约就是国际组织努力的最具代表性的成果,反映了海上运输法的国际统一化趋势。然而,海上运输三公约并存的现象本身说明,海商法的国际统一化目前还只是一种趋势、一种愿望、一个理想、一个路漫漫而望不到尽头的过程。以上三公约,特别是《汉堡规则》,从酝酿、通过到生效的过程是多么艰难而漫长。而《汉堡规则》的通过和生效,不但没有使海上运输法达到统一,反而造成新的不统一。因此,我怀疑,目前正在拟订的《[海上]货物运输公约草案》是否能够取代现有三公约,使国际运输法真正“统一”起来。即使各国代表本着求同存异的精神,努力使其勉强通过,不知又要经过多少年才能满足生效条件;即使生效,又会有多少国家参加,等等。因此,我估计,这一新的公约草案,即使能通过,也不会取代现存三公约,而形成国际上第四个调整海上运输关系的公约。它充其量只能起到“示范法”的作用。到那时,我们究竟应该跟随并采纳哪一个公约的内容,才算同国际接轨了呢?

要使修改方案列入人大常委会的议事日程,还有不少工作要做。如果眼下尚无建立“海商法修改领导小组”之类新机构的条件,那么,如同《海商法》的制定一样,修订工作也应由交通部牵头。交通部应该组织全国的力量共同奋斗,尽

早出台一个统一的修改方案，提交国务院审议。然后才有可能进入正式的立法程序。

所以，无论从与国际接轨问题看，还是从进入立法程序的过程看，都有很长的路要走。然而我们的《海商法》亟待改进，时不我待。让我们大家共同努力来推进《海商法》的修改工作，让我们的第二代《海商法》继续保持它的先进性、国际性、实用性，使中国海商法的美好未来早日呈现在我们面前。

我愿借此论文集出版之际，向所有参加“中国政法大学海商法研究中心”成立大会和向本论文集惠寄文稿的同仁们致以崇高的敬意和诚挚的谢意，是为序。

吴焕宁*

2007年5月1日

* 中国政法大学教授、博士生导师。