

马得懿 著

On the Mandatory Legal Regime under  
**the Law**  
of Carriage of Goods by Sea

# 海上货物运输法 强制性体制论



中国社会科学出版社

马得懿 著

On the Mandatory Legal Regime under  
**the Law**  
of Carriage of Goods by Sea

# 海上货物运输法 强制性体制论

.....

中国社会科学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

海上货物运输法强制性体制论/马得懿著. —北京: 中国社会科学出版社, 2010. 5

ISBN 978-7-5004-8772-2

I. ①海… II. ①马… III. ①海上运输: 货物运输—法规—研究  
IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 090596 号

责任编辑 张 林  
特约编辑 郑成花  
责任校对 郭 娟  
封面设计 李尘工作室  
技术编辑 戴 宽

---

出版发行 **中国社会科学出版社**  
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720  
电 话 010-84029450 (邮购)  
网 址 <http://www.csspw.cn>  
经 销 新华书店  
印 刷 北京君升印刷有限公司 装 订 广增装订厂  
版 次 2010 年 5 月第 1 版 印 次 2010 年 5 月第 1 次印刷  
开 本 880×1230 1/32  
印 张 10.625 插 页 2  
字 数 276 千字  
定 价 32.00 元

---

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换  
版权所有 侵权必究

# 目 录

<b>第 1 章 海上货物运输法强制性体制序说</b> ·····	(1)
1.1 论题缘起:为何研究海上货物运输法 强制性体制? ·····	(1)
1.1.1 海上货物运输法的内涵与特质 ·····	(1)
1.1.2 国际贸易需要什么模式的海上货物运输法·····	(19)
1.1.3 海上货物运输法的本土化·····	(23)
1.2 论题的相关基本概念的含义定位、与相关问题的 区别以及研究依据的理论·····	(24)
1.2.1 若干基本概念的前提性界定·····	(24)
1.2.2 与相关问题的区别·····	(30)
1.3 如何研究海上货物运输法强制性体制·····	(36)
1.3.1 基本研究内容、研究的进路以及研究方法 ·····	(36)
1.3.2 论题研究的难点与相关学术史的 回顾与评析·····	(44)
1.3.3 国外学者关于海上货物运输法强制性 体制的研究成果(文献)·····	(50)
 <b>第 2 章 海上货物运输法强制性体制       渊源的历史解读</b> ·····	 (52)

2.1 历史地解读海上货物运输法 强制性体制:必要性 .....	(52)
2.2 海上货物运输法强制性体制的缘起 .....	(56)
2.2.1 Liverpool & Great West Steam Co. 案 之前的情形 .....	(56)
2.2.2 Liverpool & Great West Steam Co. 案 .....	(61)
2.2.3 海上货物运输法强制性体制的成型: 美国 1893 年哈特法案 .....	(64)
2.3 海上货物运输法强制性体制所依托的船东 利益和货方利益之历史图景:19 世纪英国 和美国的对比 .....	(68)
2.4 海上货物运输法强制性体制的催化剂: 普通法下的“公共政策”理念 .....	(71)
2.4.1 普通法下“公共政策”(Public Policy)要论 .....	(71)
2.4.2 提单中的免责条款及其效力的历史考察 .....	(75)
2.4.3 英国和美国对提单中“疏忽免责”条款 效力在贯彻公共政策理念上的分野 .....	(79)
2.5 契约自由在海上货物运输领域的泛滥 .....	(82)
2.6 普通法下公共承运人责任理论的变迁考证:解读海上 货物运输法强制性体制的根基性话题 .....	(88)
2.6.1 普通法下的公共承运人责任制度 ——与公共政策藕断丝连 .....	(88)
2.6.2 霍姆斯的早期一系列考证 .....	(90)
2.6.3 19 世纪美国政府特定的经济政策与 公共承运人的责任 .....	(94)
2.6.4 公共承运人责任理论固有的复杂性 .....	(95)

---

2.7 本章结论:系统论的视角	(102)
<b>第3章 海上货物运输法强制性体制的演进</b>	(104)
3.1 以承运人的义务和责任为核心的强制性体制: 由“首要义务原则”说起	(105)
3.1.1 以承运人的义务和责任为核心的 强制性体制的形成	(105)
3.1.2 对首要义务的法律含义的不同理解	(107)
3.2 海上货物运输法强制性体制的扩展	(110)
3.2.1 强制性体制下的义务和责任主体的多元化	(114)
3.2.2 “全面的”强制性体制在承运人的“责任期间” 和“地理范围”方面不断地扩展	(116)
3.2.3 强制性体制下的运输单证或者运输合同 类型的多样化	(117)
3.2.4 强制性体制在适用范围上具有模糊性	(119)
3.3 海上货物运输法强制性体制的新发展: 契约自由的“再回首”	(121)
3.3.1 更加复杂而灵活的强制性体制	(121)
3.3.2 海上货物运输法强制性体制的新发展: 契约自由的回归	(127)
3.4 海上货物运输法强制性体制之流变:从僵硬到 软化,从封闭到开放	(131)
<b>第4章 海上货物运输法强制性体制的价值分析: 二维价值结构论</b>	(135)
4.1 问题域下的海上货物运输法强制性体制价值分析: 二维价值结构论	(135)

4.2	价值论与海上货物运输法强制性体制 内在联系之证成 .....	(141)
4.2.1	作为认知海上货物运输法强制性体制的 重要手段:价值论 .....	(141)
4.2.2	海上货物运输法强制性体制 价值论的理论功能 .....	(143)
4.2.3	海上货物运输法强制性体制价值 分析之必要性 .....	(146)
4.3	海上货物运输法强制性体制之价值分析: 原因论的维度 .....	(152)
4.3.1	对国际贸易运输交易安全和 效率价值的关注 .....	(153)
4.3.2	海上货物运输法强制性体制: 实质正义的诉求 .....	(159)
4.3.3	海上货物运输法的统一和风险的合理分担 ...	(166)
4.4	海上货物运输法强制性体制价值论的内在 逻辑体系:海商法文化的维度 .....	(173)
4.4.1	一个前提式的考察:CISG 的非强制性 .....	(173)
4.4.2	海上货物运输法体系的自足性:强制性 体制价值的固有依托 .....	(175)
4.4.3	海商法文化观照:强制性体制价值论的 “内在逻辑体系” .....	(177)
4.4.4	海商法文化促成海上货物运输法的 现代化 .....	(186)
4.5	本章结语 .....	(187)

<b>第5章</b>	<b>海上货物运输法强制性体制的经济分析 .....</b>	<b>(189)</b>
------------	--------------------------------	--------------

---

5.1	法经济学解读海上货物运输法 强制性体制简析 .....	(189)
5.2	海上货物运输法强制性体制经济分析 所依赖的基本原理 .....	(198)
5.2.1	早期的相关理论概述 .....	(198)
5.2.2	波斯纳定理 .....	(199)
5.3	海上货物运输法强制性体制的经济分析 .....	(201)
5.3.1	海上货物运输法强制性体制的 经济学基础 .....	(201)
5.3.2	以承运人为本位的强制性体制经济分析 .....	(207)
5.3.3	以平衡承运人和托运人双方利益为本位 强制性体制的经济分析 .....	(215)
5.3.4	以立法成本为视角的强制性体制的 经济学考察 .....	(219)
5.4	法经济学视野内强制性体制的缺憾 .....	(223)
5.5	海上货物运输法强制性体制的软化处理 .....	(228)
<b>第6章</b>	<b>中国合同法语境下海上货物运输法 强制性体制考量 .....</b>	<b>(240)</b>
6.1	我国合同法下强制性体制体系:强制性 法律规范的视角 .....	(240)
6.2	中国合同法语境下考证海上货物运输法 强制性体制必要性之证成 .....	(246)
6.2.1	中国合同法语境下的海上货物运输法: 海上货物运输法的“自由度” .....	(246)
6.2.2	海上货物运输法是移植而来的法律 ——理性的本土化是一种必然 .....	(247)



6.2.3	海上货物运输法要“适度”回归 我国合同法体系 .....	(250)
6.2.4	强制性体制在中国合同法中的制度价值 .....	(252)
6.3	我国海上货物运输法强制性体制的合理性探讨 ..	(254)
6.3.1	我国海上货物运输法强制性体制 立法的简约考察 .....	(254)
6.3.2	域外法下航次租船合同立法例的简约考察 ..	(260)
6.3.3	我国海上货物运输法强制性体制合理性 考察:法律规范的合理性之维 .....	(265)
6.4	改进我国海商法第4章强制性法律规范 表达与配置之探索 .....	(287)
<b>结论 中国海上货物运输法的现代化 .....</b>		<b>(291)</b>
<b>参考文献 .....</b>		<b>(307)</b>
<b>附录 .....</b>		<b>(328)</b>
<b>后记 .....</b>		<b>(329)</b>

# 第1章

## 海上货物运输法强制性体制序说

### 1.1 论题缘起:为何研究海上货物运输法强制性体制?

#### 1.1.1 海上货物运输法的内涵与特质

##### (1) 海上货物运输法之内涵

本书基于研究范畴特点的分析,认为界定“海上货物运输法”的内涵是展开研究的基础。如果将“海上货物运输法”简单地界定为“调整海上货物运输的法律规范的总和”,那么,将有众多的、纷繁复杂的海上货物运输法律关系都将成为研究的范畴。然而,如果我们考察调整海上货物运输的法律,无论是国际法,还是国内法,都赋予“海上货物运输法”以特定的范畴或者调整方式,以达到海上货物运输法的定型化。因此,海上货物运输法所适用的对象决定了海上货物运输法的内涵。<sup>①</sup>从《1924年

---

<sup>①</sup> 此处所谓的“海上货物运输法所适用的对象”与“海上货物运输法的调整对象”并不具有相同的法律含义,后者是指法理学意义上的社会关系,而本书基于研究目的的考虑,前者专指海上货物运输法所适用的交易类型。

统一提单的若干法律规则的国际公约》(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bill of Lading, 1924, 以下简称《海牙规则》)到《1968年修改统一提单的若干法律规则的国际公约的议定书》(Protocol Amending the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bill of Lading of August 1924, as Amended by the Protocol of 23 February, 1968, 以下简称《维斯比规则》),再到《1978年联合国海上货物运输公约》(United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978, 以下简称《汉堡规则》),直至新近的联合国《全程或者部分海上国际货物运输合同公约》(Convention on the Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, 以下简称《联合国运输法公约》),<sup>①</sup>立法者在运输法所适用的交易类型上所采用的方式或者手段是变动不居的,具体表现为单证方式、合同方式以及贸易方式等。单证方式将运输法的适用范围界定在货物运输中所签发的运输单证类型的基础上,此种方式具有悠久历史,其典型代表是1924年的海牙规则和1968年的维斯比规则。从1924年海牙规则和1968年维斯比规则可以洞察出规则的适用依据是一种特定类型的单证的签发,即“提单或者类似提单的物权凭证”。<sup>②</sup>

合同方法虽然没有单证方法那么悠久的历史,但是却是一种

---

<sup>①</sup> 联合国《全程或者部分海上国际货物运输合同公约》已于2008年12月在联合国大会上获得通过。此前,该公约是以草案的形式存在,贸易法会第三工作组历经数年的审议和讨论,其内容和案文不断发生变化。凡是论文中引证该公约或者公约草案相关资料,都是以该草案当时最新的资料为准。特此说明。

<sup>②</sup> See Michael F. Sturley, Solving the Scope of Application Puzzle: Contracts, Trades, and Documents in the UNCITRAL Transport Law Project, *The Journal of International Maritime Law*, Vol. 11, Issue 1, January-February, 2005, p. 22.

在实践中广为使用并且为人所熟知的方法。1978年汉堡规则采用的就是合同方法，因为规则的适用依靠当事人签订了约定类型的合同，而不考虑签发的是何种类型的单证来证明该合同。汉堡规则“适用于所有的海上货物运输合同”，并且“海上货物运输合同”被定义为“承运人收取运费，负责将货物经海路从一港运另一港的合同。”<sup>①</sup>虽然汉堡规则赋予了托运人要求签发提单的权利，以及认为“提单或者其他单证可以证明海上货物运输合同”。汉堡规则在一些国家已经生效十多年，航运界有丰富的经验来研究这种方法，并识别它存在的缺陷。另外，新近的联合国运输法公约也是以合同方式为基础的。<sup>②</sup>

“贸易方式”是指运输法的适用范畴将依据承运人从事的贸易类型，也就是将运输法的适用范围限定于某种贸易类型比如限于班轮运输服务的方式。在运输法领域中班轮运输通常受强制性法律的调整，班轮贸易下的运输合同很少是通过个人谈判订立的，因为格式合同即通常为提单或海运单是标准合同，并且通常认为在班轮运输方式下，托运人和承运人的谈判地位往往是不平等的。贸易方式没有单证方法和合同方法那样的传统优势，但是它自身的逻辑吸引力。从某种程度上说，1924年海牙规则在提单和租船合同之间的区别就是班轮运输和不定期租船运输之间的区别。由于海运历史的习惯，自海牙规则以来在海上货物运输方法一直有这样的观点，即强制性法律应当适用于一些不定期船运输，包括租船合同下签发的提单转让与第三人时，并且该观点

<sup>①</sup> 参见《汉堡规制》第1条第6款。

<sup>②</sup> 参见 [http://www.uncitral.org/uncitral/zh/commission/working\\_groups/3Transport.html](http://www.uncitral.org/uncitral/zh/commission/working_groups/3Transport.html)/2008-12-20 访问，A/CN.9/WGIII/WP.51，《联合国运输法（草案）》“适用范围与合同自由”提案部分。

一贯被包括在联合国运输法公约中。<sup>①</sup>

上述三种用来界定海上货物运输法适用范畴的方式本质上没有不同。三种方式都试图调整同样类型的交易形式，并且在应当适用的交易类型上也达成了广泛的一致。现在的问题是上述哪些界定方法将能实现目标：清楚地可预见地将应当适用在运输法的交易类型纳入进来，同时也需要将需要排除适用的交易类型排除在外。<sup>②</sup> 虽有学者赞同采用“单证方法”来界定海上货物运输法的内涵，但是新近的联合国运输法公约继承了1978年汉堡规则所采用的适用模式即合同方式。此种方式对各国国内法的影响巨大，考察各国海上货物运输法所适用的对象一般也采用合同方式。对合同的概念，在不同的历史阶段和法律文化背景下，存在着各种的构想模式。17世纪至18世纪启蒙时期，德国学者成功地将自然法思想融入到私法研究，形成了德国罗马法复兴中的理性法或自然法理论。此后，通过自然法理论、理性法学以及此后的历史法学，德国法学家抽象出了超越古典合同理论的法律行为概念。这种合同理论在欧陆法学家的大力完善、发扬和鼓吹之下，其几乎得到最大程度和范围的采用。19世纪德国合同法理论的最辉煌成就，得到包括普通法在内学者的惊羨，英国学者梅兰的感叹：“我从来没有想到会有如此多第一流思想家的大脑被用于对某种行为的立法研究上。”<sup>③</sup> 合同的理论必然影响到海上货物运输法领域。从世界立法例看，在公共运输领域内采用合同的方式来调整是一种成熟的选择。

<sup>①</sup> 尉帅：《海上货物运输法的适用范围研究》，大连海事大学硕士学位论文，2006年。

<sup>②</sup> 同上。

<sup>③</sup> 徐涤宇：《合同概念的历史变迁及其解释》，载《法学研究》2004年第2期。

正是由于海上货物运输法大多情况下是以合同为适用对象的，故在我国多数学者是通过对于海上货物运输合同的分类而展开对海上货物运输法的研究的。有学者将海上货物运输合同分为国际海上货物运输合同和国内海上货物运输合同，租船运输合同和班轮运输合同，件杂货运输合同和散货运输合同以及公共运输合同和私人运输合同。<sup>①</sup>有学者认为海上货物运输合同应分类为国内海上货物运输合同与国际海上货物运输合同，件杂货运输合同与航次租船合同，海上货物联运合同与货物多式联运合同和海上货物运输总合同。<sup>②</sup>有学者则认为，海上货物运输合同主要有三种，即海上货物运输协议或总合同，班轮运输合同和航次租船合同。<sup>③</sup>有学者则根据《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）第41条的规定，认为海上货物运输合同指的是国际海上货物运输合同，包括件杂货运输合同，航次租船合同和货物多式联运合同。<sup>④</sup>也有学者认为根据海上货物运输的实践，海上货物运输合同主要包括班轮货物运输合同、航次租船合同、海上货物运输总合同和多式联运合同等。<sup>⑤</sup>

从我国学者对海上货物运输合同的分类，主要具有如下特征：其一，受英美普通法系学者的分类影响大。纵观英美

---

① 参见尹东平、郭瑜《海上货物运输法》，人民法院出版社2000年版，第22页。

② 参见司玉琢主编《海商法》，法律出版社2007年版，第96页。

③ 参见莫世建《中国海商法》，法律出版社1999年版，第34页；吴焕宁：《海商法教程》，中国政法大学出版社2002年版，第50页。

④ 沈木珠：《海商法比较研究》，中国政法大学出版社1998年版，第79页。

⑤ 参见傅廷中《海商法论》，法律出版社2007年版，第102--103页；贾林青：《海商法》，中国人民大学出版社2008年版，第94页。

普通法学者对海上货物运输合同的分类，一般分为提单运输、租船合同以及包运合同。<sup>①</sup> 也有学者在研究海上货物运输法时专指提单项下的货物运输，这可能受到英国和美国一系列海上货物运输成文法的影响。<sup>②</sup> 其二，我国学者对海上货物运输合同的研究受航运实务和惯例的影响比较大，因此有的合同划分并不具有很强的法律味道，而只是根据航运实务的简单划分，其实质也是承袭了英美普通法的传统。<sup>③</sup> 这种分类方式是与英美普通法的传统和文化相适应的，因为普通法下的海上货物运输法同样不讲求逻辑的严密性，而只是追求一种实用主义。

实践表明，海上货物运输合同分类对于把握运输合同的本质，认识承运人和托运人的权利义务分配和界定海上货物运输法的责任体制具有重要的意义。目前我国学者的专著或教材中流行的对于海上货物运输合同的分类，基本上是借鉴了英美法关于提单运输和租船运输的分类，即将海上货物运输合同分为提单运输合同和航次租船合同。<sup>④</sup> 这种分类在理论上被概括为公共运输和

---

① 参见 Caver's Carriage by Sea, Thirteenth Edition, by Raoul Colinvaux of Grays Inn, Barrister London Stevens & Sons 1982.

② 英国和美国相继在立法中吸收了1924年的《海牙规则》，继而形成了COGSA1936, COGSA1992, 以及美国COGSA1999草案。参见 Introduction to the Law of Carriage of Goods, by David · A. Glass, LL. M (LONG) Lecturer, Gardiff Law school, Chris Cashmore, LL. BChief Examiner in Law to the Chartered Instiyute of Transport Senior Lecturer in Law, City of London Polytechnic, London Sweet & Maxwell 1989.

③ 参见 Contracts For the Carriage of Goods by Land, Lloyd's London Press Ltd., 1990.

④ Stewart C. Body. Andrew Burrows David Foxton, C. Scrutton: 《租船合同与提单》，郭国订译，法律出版社2007年第1版，Shipping Law 3rd Editino, Simon Baughen, Cavendish Publishing Limited, 其分类为：Contracts of Carriage includes the Bill of Lading & Charterparty, the use of Vessel-time Charters.

私人运输二种类型，相应地将承运人细化为“公共承运人”（common carrier）和“私人承运人”（private carrier）。<sup>①</sup> 英美法的这种实用主义的主张，并不能有效地揭示出运输合同的本质，也不能全面地反映出各种海上货物运输合同的特性。我国海上货物运输法的合同划分需要进一步的理论提升，而不能只是停留在承袭英美法关于海上货物运输合同的分类水平上。<sup>②</sup> 事实上，英美法学者也对这种提单运输合同和租船运输合同的划分产生怀疑。Wilson认为，海上货物运输合同可以有多种形式，尽管传统上划分为租船合同和由提单证明的合同。如果船舶所有人通过合意，给特定航次或者在特定持续时间内提供整船的运输能力，这种安排通常采用租船合同形式；如果船舶所有人在班轮运输中使用船舶为任何需要海运的人提供运输服务，这种运输合同通常采用提单来证明。当然，租约和提单这两种分类并非相互排斥，因为在特定时间段内承租船舶的一方当事人常常像普通船舶所有人一样经营船舶。<sup>③</sup>

由于海上货物运输作为国际贸易的有力保障手段之一，天然地具有国际性，因此对于海上货物运输合同的研究在不同法系下得到深入的研究。其中德国法下的海上货物运输合同的界定具有一定的新颖性，德国商法典和海商法直接抓住了海上货物运输合同的本质，从一个完全不同的角度区分海上货物运输

---

① 参见 Payne and Lvyamy's Carriage of Goods by Sea, by Payne William, Published in 1976, Butterworths (London) .

② 参见郑溶《海上货物运输合同分类的德国法视角》，载《中国水运》2007年第5期。

③ 参见 Carriage of Goods by Sea, by John F. D. A, Longman Publishing Group 4<sup>th</sup> Edition, 2001, p. 3.



合同的类型。<sup>①</sup> 根据德国《海商法》的规定，其主要是以运输的三要素即时间、货物和空间为参照来对海上货物运输合同进行分类，有效地揭示了海上货物运输的本质，即货物在特定时间段经由海路发生空间上的变动。并且，德国《海商法》还从承运人担负的“把货物成功运送到目的地”和“妥善照管货物”这两项基本的义务出发，把海上货物运输合同定位为承揽合同，这对于合理的界定承运人责任、深化对提单下的货物运输的认识具有意义。<sup>②</sup>

虽然“海上货物运输法”这一名称很流行，但两大法系下对其内涵的理解却存有较大的差异。由于英国海上货物运输法比较发达而且历史悠久，其立法除了专门的提单法以外，多为 COG-SA (Carriage of Goods by Sea Act) 或者其修正案，美国受其影响，除了 1893 年的哈特法外，大多数也是采用了相类似的立法名称。从欧陆国家海上货物运输法或者海商法的结构安排看，分别出现了“件杂货运输合同”，“航次租船运输合同”和“多式联运合同”等。<sup>③</sup> 我国海商法对海上货物运输合同的规定多为强制

---

<sup>①</sup> 德国商法典第五篇（海商篇）中，没有关于一般性的海运合同概念的描述和定义。这点有别于 1998 年 6 月 25 日通过的《运输改革法》（Transportrechtsreformgesetz）对于其他运输合同的规定。尽管海上货物运输法发展出不少自身特有的规则，但是同属于运输合同这一上位范畴是毋庸置疑的。依据海运合同，承运人有义务把货物（通过海运）成功的运送到合同约定的地点，并在目的地交付给收货人。货主与此相应支付约定的运费的义务。这就表明海运合同和其他所有运输合同一样属于承揽合同。所以德国海商法学界的主流观点认为，海运合同本质上属于承揽合同（Werkvertrag），而非服务合同（Dienstvertrag）。参见 Rolf Herber *Seehandelsrecht: Systematische Darstellung*, Berlin, New York: De Gruyter 1999, pp. 235 - 236.

<sup>②</sup> 参见郑溶《海上货物运输合同分类的德国法视角》，载《中国水运》2007 年第 5 期。

<sup>③</sup> 比如欧陆国家瑞典、荷兰等国的海商法典对海上货物运输合同的界定和分类。