

ZHONGGUO JINDAI HAISHANGFA

中国近代 海商法

李建江◎著



中国政法大学出版社

中国近代 海商法

ZHONGGUO JINDAI
HAISHANGFA

李建江◎著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国近代海商法/李建江著. —北京：中国政法大学出版社，2015. 1
ISBN 978-7-5620-5673-7

I. ①中… II. ①李… III. ①海商法—研究—中国—近代 IV. ①
D922. 294. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第279515号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	8.5
字 数	230 千字
版 次	2015 年 1 月第 1 版
印 次	2015 年 1 月第 1 次印刷
定 价	29.00 元

本书受河南理工大学卓越法律人才培养基地资助

序 Preface

建江博士的学位论文《中国近代海商法》即将出版，作者希望我在书前写几句话。我作为建江读博期间的指导教师，对他出书一事自然感到高兴，也愿意借此发表点感想，希望能为读者了解本书起到一点引介作用。

建江是五年前到我们这里读博士的，他本科和硕士都在法律专业读书，法学基础较好。由于未受过系统的史学训练，史学底子稍显薄弱。但他兴趣广泛，思维活跃，勤勉好学，一如古人所说，“知不足然后能自反也”，一直留意于史学基础的构筑。几年下来，知识结构和研究能力有明显变化。现在他博士毕业并在高校任教已过两年，已成为法史学界有一定潜力的年轻学者。

他的博士论文题目基本是自己所选。定题之后，从材料的搜集整理，对各种疑难问题的推敲思考，到文章的写作修改，他几乎倾尽全力，其中种种甘苦，非有此经历者无法想象。只是这在法史专业的博士生中为普遍现象，无需细说。毕业答辩时，他的论文得到评委们的肯定，被推荐为优秀论文。

毕业后的两年，他在完成教学工作之余，又将此文作了一些修改，在此基础上形成了这部即将付印的著作。书中按历史顺序，对清末民国近代海商法的形成演变作了较为系统的梳理考订，并就其中的一些重要问题作出了相应的分析论证。

对历史上某一方面的法律作扫描式的系统研究，以便厘清研究对象的全貌，这本是法史研究应该使用的基本方法。但多年来这种研究往往被轻视，主要是由于这种研究产生的成果容易给人以“一般化”的感觉。其实这种研究和考证性研究类似，也是要解决“发现事实”的问题，要取得学术突破，并不比提出某种标新立异的观点来得容易，其价值也不亚于容易被人看重的理论性研究。

本书通过对近代海商法的全面梳理，在事实研究方面取得了新的突破。关于清末起草海商法之前外国海商法的传入，华洋诉讼中外国海商习惯在中国的传播，大理院判例对近代海商规则的应用和整理等所作的考察分析，均不见于其他著述，具有填补空白的性质，书中其他部分也有一些这类内容。通过作者的研究，基本理清了中国近代海商法形成演变的历史轨迹、内在机制及各阶段的具体情况，改变了过去学术界对中国近代海商法缺乏系统认识的状况。

作者在系统考察有关事实的基础上，还就中国的法律近代化提出了新的看法。中国法律近代化是多年前就在学术界引起普遍关注的问题，尤其是对其中出现的法律移植及由此而带来的法律脱离国情问题，法史学界有许多争论。但到目前为止，所出现的各种看法大多仍显粗疏。中国近代从外国移植的法律种类繁多，情况各有不同，各种来自国外的法律是以什么方式

进入中国的，传入过程中中国人进行了怎样的加工改造？各类法律究竟存在着哪些脱离国情之处，具体表现如何？从清末到民国有关各界对这方面的问题有何认识，采取过什么措施？在半个多世纪的时间里这方面的情况有什么变化？这一系列的问题都有待深入研究。建江博士通过自己的考察，认为中国的法制近代化还存在着另外一种情况，海商法的近代化是沿着海商惯例的自然传入和政府主导的法律移植同时发生的双轨式路径进行的；由于海商法的调整对象特殊，具有“先天”的国际化特性，因而不像民、刑法律那样，存在着严重的“本土化困境”；海商法本土化的主要方式，是按三民主义的立法原则对外来法进行“微调”。这些观点是作者在对有关历史事实进行归纳分析的基础上形成的，为中国近代法律移植问题的探讨增添了新的内容。

本书在研究方法方面也有自己的特点。作者对研究对象采取立体考察的方式，从习惯到国家立法、司法诉讼、判例、法律学说等，都在梳理之列。在理清历史事实的同时，也很注意对近代出现的海商法进行学理分析，除分散在各章的这类内容外，最后还单列一章，就中国近代经过几十年的积累而形成的海商制度进行部门法角度的学理阐述。法律史学是交叉学科，如何做到“法”“史”结合，使该学科真正成为一门专史，这是法史学界迄今没有完全解决而且也难以完全解决的问题，建江博士在这方面所作的努力是很有意义的。

以上是本书的特别值得关注之处。至于作者所作的研究达到了什么水平，存在着什么缺陷，所提出的看法是否得到了应有的论证，观点能否成立，则需留待刊印后由各位读者来评说。

最后需要提及的是，建江博士关于中国近代海商法的研究并不因此书的出版而告结束，据我所知，他在该领域还有一个有更高追求的研究计划，相信他还会有新的成果问世。

徐立志

2014年10月16日

于北京寓所

内容摘要 Abstract

第一次鸦片战争前,中国传统海商惯例处于较低的发展阶段,难以适应近代以来由外来航运势力和民族新式航运构成的新格局,由此开启了多层面的海商法近代化历程。从19世纪后半期西方海商惯例开始传入至南京国民政府时期海商法近代化基本完成,历届政府拟定或颁布《海船法草案》、《中华民国海商法》等多部海商法律文件。本书以中国海商法的近代化历程为经,以各个时期传入的惯例、拟定的法案和颁布的法律法规为纬,提出了一些中国海商法近代化的独特路径的观点。

除引言和结论外,本书的主体内容分为六章。

第一章“中国近代海商法产生的历史动因”。本章主要介绍中国古代各个历史时期的海上贸易及政府为了规制海上贸易行为而制定的各种管理性法规,得出以下结论,即中国古代不存在私法性质的官方海商规则;海商规则的存在形态主要是民间惯例,并且处于和船货一体的航运模式相适应的较低发展阶段。第一次鸦片战争以后,由外来航运势力和民族新式航运业构成的新格局产生了近代化的规则需求。西方海商法开始以惯例、法典等各种形式进入中国,由此开启了中国海商法的近代化

历程。

第二章“十九世纪后半期西方海商法的传入”。本章围绕 19 世纪后半期产生的海商法规范以及中外海事诉讼成案等内容,试图说明这样一个立论:在这一时期,西方海商法以各种不同的表现形式,尤其是惯例,在中国的航运实践中传播和适用。这表明中国海商法的近代化已经开始。《华商买用洋商火轮夹板等项船只章程》、《船货预立保险证据章程》作为海商程序法,表明了西方海商惯例在实践中的运用;在一些华洋海商诉讼中,外国海商法在领事裁判权下的适用,可以视为西方海商法在中国的传播,并且由于某些典型案件被著为成案,判决所依据的规则得以在以后出现的相类似案件中适用,所以产生了较大的影响。

第三章“清末修律中海商法律法规的拟订”。本章以清末修律中产生的《大清商律草案》第五编《海船法草案》为主要研究对象,展现了海商法近代化在这一时期所表现出来的由政府主导的法典化特点,这与 19 世纪后半期由社会主导以惯例为主要内容的零散传入方式不同。修订法律馆出于海商法典起草的需要,组织人员翻译《德国海商法》以为资料准备,本章分析了该译稿的基本情况,并从翻译水平等方面将其和 1881 年同文馆所译《法国律例》中的海商法内容进行了比较。对《海船法草案》的完成时间、体例结构和主要内容作了较为详细的分析推敲,据此形成了一些对《海船法草案》的评价性观点,这些观点与此前学术界的一般看法不同;最后,对邮传部等有关部门所拟定的海商法规的内容作基本介绍,并对《航律纲目草案》和《海船法草案》的内容进行了比较。

第四章“民国前期海商法的缓慢发展”。由于种种原因,海

商法的法典化进程在民国前期基本陷于停滞。但是，作为最高审判机关的大理院和作为最高航政管理机关的交通部，承担了继续推动海商法发展的任务。虽则如此，两个部门的工作成效均不甚显著。大理院所形成的海商法判决仅有八条，除与船舶租赁有关的两条具有开创性以外，其他六条较《海船法草案》的相关条文并无新意（是否可以认为是对草案的应用？）；交通部虽成立航律委员会专司航业法规起草，但存在数年后即宣告解散，所起草之各种海商法规草案也多未能颁布生效。但是，航律委员会在船舶抵押、船主责任限制等方面所起草的各种法案具有较高的价值。所以这些草案和大理院有关船舶租赁的判例要旨可以视为这一时期海商法近代化的发展。

第五章“《中华民国海商法》（上）——立法过程与特点分析”。本章以1929年颁布的《中华民国海商法》为主要研究对象，通过分析其出台的条件、立法过程和内容特点后认为，该法的颁布标志着中国海商法近代化的基本完成。本章在分析《中华民国海商法》出台的时代条件之后，依据相关史料梳理了《中华民国海商法》的立法过程，逐条考察了该法的内容来源，进而认为：《中华民国海商法》具有立法思想明确化、内容来源多元化的特点。

第六章“《中国民国海商法》（下）——典型制度举隅”。本章从概念、沿革等角度分析海商法中最典型的两种制度——共同海损和海上保险，并对《中华民国海商法》中有关这两种制度的规定作简要分析说明。另外，本章第三节分析了《中华民国海商法》在三民主义的立法思想下所构建的具有本土化色彩的船员制度。

通过上述各章的梳理、分析，本书在结论部分提出了中国

海商法近代化呈现出惯例的自然传入和政府主导的法律移植同时进行的双轨式近代化路径，并形成了海商法的近代化与其他部门法相比具有独特性的观点。这些独特性包括：海商法的近代化以 19 世纪后半期西方海商惯例的传入为开端；海商法的近代化同时受到欧洲大陆法系和英美法系的影响，表现出双重继受的特性；因海商法调整对象特殊，其近代化进程具有“先天”的国际化特色和独特的本土化面向。

目 录 Contents

序	1
内容摘要	5
引 言	1
一、海商法的概念及本书的研究对象	1
二、中国近代海商法的研究状况	3
三、本书所要解决的问题	5
第 一 章 中国近代海商法产生的历史动因	9
第一节 中国古代的航海及海商规则	10
一、中国古代的航海与海上贸易	10
二、中国古代的海商规则	16

第二节	西方航运势力的进入及其对中国航权的侵夺	21
一、	西方航运势力的进入	21
二、	列强对中国航权的侵夺	23
第三节	民族航运业的兴起及其对近代法的需求	33
一、	甲午战争前民族航运业的酝酿	33
二、	绝处逢生：甲午战后晚清民族航运业的初步发展	38
三、	收回航权：民国时期民族航运业的发展	41
四、	新型民族航运业对近代法的需求	46
第二章	十九世纪后半期西方海商法的传入	48
第一节	不平等条约：西方海商法传入中国的媒介	48
第二节	《华商买用洋商火轮夹板等项船只章程》：中国近代第一部含有海商法内容的法规	56
一、	制定缘由	56
二、	章程的文本及条目	59
三、	章程中的海商法内容	61
第三节	《船货预立保险证据章程》：海上保险惯例之传入	62
一、	章程的制定	64
二、	章程中的海商法内容	65
第四节	领事裁判制度下的华洋船舶碰撞诉讼	71
一、	船舶碰撞的归责原则	72
二、	船东责任限制原则——以“福星”号海难事故为例	76

第五节	西方海商惯例的传入——以载货证券为例	81
一、	载货证券的概念与性质	81
二、	西方海商惯例的传入：载货证券在中国的使用	83
三、	两份载货证券的内容展示	84
第 三 章	清末修律中海商法律法规的拟订	97
第一节	海商立法的资料准备：《德国海商法》的翻译	97
一、	章译《德国海商法》所依据的底本	98
二、	章译《德国海商法》的翻译水平	99
第二节	《海船法草案》：中国近代第一部海商法草案	108
一、	《海船法草案》完成的时间	109
二、	《海船法草案》的体例结构和基本内容	110
第三节	对《海船法草案》的再评价	120
第四节	邮传部等有关部门拟订的海商法规	126
一、	《航律纲目草案》	126
二、	《大小轮船公司注册章程》	131
三、	《商船公会章程》	133
第 四 章	民国前期海商法的缓慢发展	136
第一节	司法中的发展：大理院海商法判例要旨	136
一、	大理院判例：民初海商法的特殊创制机制	137
二、	大理院海商判例的基本内容分析	139

第二节 航律委员会与海商法的发展	145
一、航律委员会的设立——“江宽”轮船被撞案	146
二、航律委员会的立法成就	149
第五章 《中华民国海商法》(上)——立法过程与特点分析	164
第一节 《中华民国海商法》的出台	166
一、立法动因和条件	166
二、立法过程	174
第二节 《中华民国海商法》的主要特点	179
一、内容来源：折衷英美、兼采德日	179
二、三民主义和社会本位的立法思想	190
第六章 《中华民国海商法》(下)——典型制度举隅	197
第一节 共同海损	197
一、共同海损的概念	198
二、《约克—安特卫普规则》——共同海损国际统一运动之成果	200
三、《海商法》共同海损制度之内容分析	201
四、近代中国共同海损理算	202
第二节 风险分担的理性规划：海上保险	204
一、海上保险的概念	204
二、海上保险的沿革	205
三、《海商法》中关于海上保险的内容	212

第三节 扶助劳工：船员制度研究	215
一、船员在法律上的概念	217
二、《海商法》中的船员制度	217
三、司法院关于船员制度的司法解释	224
四、国民政府所加入之关于船员保护之国际条约	227
结 论	230
附 录	240
参考文献	245
后 记	254