

中国人民大学法学院 主 办
海商法保险法研究所

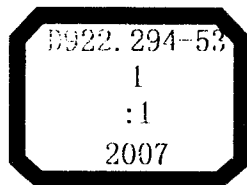
海 商 法 保 险 法 评 论

◎唐金龙 主编
◎邢海宝 执行主编



(第 一 卷)

知识产权出版社



海商法保险法评论

(第一卷)

中国人民大学海商法保险法研究所 主办

唐金龙 主编

邢海宝 执行主编

知识产权出版社

内容提要

本书为中国人民大学法学院海商法保险法研究所主办的论文集,其中的论文都来自海商法和保险法界的专家学者、法官律师等,论文涉及海商法和保险法两个方面,既有对理论的探讨,又有对实务的分析,既有国外动态的研究,也有完善立法的建议,都有相当的深度和前瞻性,对于理论研究和相关实务具有很好的参考价值。

责任编辑:纪萍萍

装帧设计:刘 丽

责任出版:杨宝林

图书在版编目(CIP)数据

海商法保险法评论. 第1卷/唐金龙主编. —北京:知识产权出版社,2007.4
ISBN 978-7-80198-709-9

I. 海… II. 唐… III. ①海商法—中国—文集②保险法—中国—文集
IV. D922.294-53 D922.284-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 035216 号

海商法保险法评论(第一卷)

唐金龙 主编

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村1号

邮 编:100088

网 址:<http://www.cnipr.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

传 真:010-82000860-8325

责编电话:010-82000860-8130

责编邮箱:jipingping@cnipr.com

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:9

版 次:2007年4月第1版

印 次:2007年4月第1次印刷

字 数:240千字

定 价:24.00元

ISBN 978-7-80198-709-9/D·475

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

编 委 会

主 编：唐金龙

学术顾问：赵中孚 郭寿康 龙翼飞 张洪涛
林 嘉 黎建飞 张新宝 贾林青

执行主编：邢海宝

编 务：陶 鹏 朱夏玲 黄 潇

序

2006年4月22日,风和日丽,嘉宾纷至,海商法保险法研讨会暨中国人民大学法学院海商法保险法研究所成立大会在中国人民大学逸夫会议中心隆重召开。近二百位嘉宾出席了大会,他们来自新加坡、中国台湾地区、香港地区、全国人大环资委、最高人民法院、北京市高级人民法院、武汉海事法院、大连海事法院、商务部条法司、中国保险监督管理委员会、中国海商法协会、北京市律师协会、北京市法学会民商法研究会、中国人民大学法学院、清华大学、中国政法大学、西南政法大学、大连海事大学、上海海事大学、中国人民财产保险股份有限公司以及多家著名的律师事务所。这次大会的成功召开标志着研究所的正式成立和良好开端。

之所以将海商法和保险法结合起来成立研究所,主要是考虑到海商法和保险法具有非常密切的联系。海上保险是海事海商活动的重要保障,海上保险法律是海商法的重要组成部分并以其他海商法律制度作为基础。海上保险是一般保险法律规则的源头,非海上保险与海上保险相通之处甚多。研究保险法对于海上保险和海商法具有十分重要的意义。再者,吾辈躬逢盛世,保险业和保险法遇到了大好

的发展时机。商法学者应当有所应对,有所作为。

研究所的宗旨之一就是要推动相关成果的传播和出版。为此,研究所愿借助中国人民大学法学院的卓著声誉、本研究所及其他方面雄厚的学术资源,每年出版《海商法保险法评论》一卷。每卷二十万字左右。现在出版的是第一卷,其中的论文均来自海商法和保险法界的专家学者、法官律师等。论文包含了海商法和保险法两个方面,既有理论的探讨,又有实务的分析,既有国外动态的研究,也有完善立法的建议,有相当的深度和前瞻性,对于理论研究和相关实务具有很好的参考价值。

迄今,论坛、论丛、评论、丛刊、年刊等,不一而足。为研究所的刊物起一个独特的名字颇费思量。考虑再三,还是定为现名。我们并非要对立法的成果、司法的实践、诸君的智慧品头论足。我们本是想起,17世纪,由于没有学术杂志,西欧的学者们都喜欢用通信的方法来交流思想。到了18世纪,书信体裁的作品成了创作中风靡一时的形式。一些书籍或杂志也受其影响,如孟德斯鸠的成名之作《波斯人信札》;还有德国启蒙运动时期一个影响最大的文学杂志《德意志信使》,这份期刊的创办在一定程度上促使魏玛成为德国文坛巨星的集中之地。在短信纷飞、博客恣肆的时代,我们并不好古复古,只是希冀围炉夜话般交流心得。

海商法保险法研究所是你我的心灵驿站,企盼你常来坐坐,常来聊聊。《海商法保险法评论》是大家的忠实信使,有话只管道来,我们替你送去。

目 录 | CONTENTS

序	(1)
海商法的独立与回归	何丽新(1)
关于水路运输合同的立法研究	王沐昕(11)
适应国家发展战略要求,完善我国海洋 油污损害赔偿法律制度	翟 勇(20)
英美法系海上保险法保险利益原则初探	梁 山(43)
RECENT DEVELOPMENTS IN WARRANTY AFTER <i>THE GOOD LUCK</i>	Lianjun Li Li Min(61)
CIF 条件下提单转让后保险人 代位求偿权的思考	陈学斌(73)
如何理解“人保 86/1/1”《船舶保险条款》中的 碰撞责任	孙芳龙(82)
空载航程共同海损 ——兼谈船舶保险条款(共损部分)的修改	叶伟膺(95)
试析《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》中的 “直诉保险人”制度	岳 岩(103)
论海事法官的审判思维	饶中享 王建新(116)
保险合同法的不足与完善	刘学生(133)

改善保险业法制环境,促进

保险业稳健快速发展……………李记华 孙玉荣(145)

从帅英“骗保”案看我国相关立法的完善

——以比较法为视角……………苗鸣宇(162)

责任保险对第三人利益保护功能的

发挥及限制……………王 伟(175)

保险代位求偿权的若干法律问题研究……………孙玉荣 李记华(182)

诈欺保险案例之分析……………邱锦添(201)

保险合同条款之异议解释原则的

司法适用与立法完善……………贾林青(215)

保险法修改建议稿……………邢海宝(224)

海商法的独立与回归

何丽新*

在我国法律体系中,海商法的归属与定位问题未纳入研究视野,该领域的教学、科研更是各自为政,独具特色,莫衷一是。海商法长期游离于法学范畴之外,成为名副其实的边缘学科。正确地认识海商法的独立性,明确其归属于民商法体系,是完善海商法学科建设必须正视的问题。

一、海商法独立的根源

海商法学是以海商法及其发展规律为研究对象的法律分支学科。^[1]就海商法的历史沿革、海商法的特征、海商法律制度等进行综合研究,海商法理论界多认为海商法学科是基于分担海上风险、保护海运业发展而形成的独立的法律部门。探究其独立根源,主要体现在:

(一)习惯法化的渊源

海商法在法律渊源上的显著特点之一,就是它主要不是由国家机关制定的,而是由长期海上商业活动中形成的习惯构成的。海商法最初的形式是商人习惯法,在公元前出现的调整地中海沿岸海上商业活动的罗得法被称为海商法的萌芽,这就是第一部海事习惯法。

* 何丽新,厦门大学法学院副教授,博士研究生,主要从事民商法教学和研究。

罗得法被认为是商人为维护自身利益,将海上贸易形成的大量海事习惯经过汇集和编纂而成的一部综合性的法典。中世纪的海商法绝大多数是由私人编纂的惯例集,如对后世产生重大影响的三大海事法规:《奥列隆惯例集》、《康索拉多海商法典》、《维斯比海法》就是例证。因此,追溯海商法的起源,海商法是商人造法的产物。这就形成“海商法自体化”,海商法是人们普遍认为存在的一套从古代沿袭,以习惯为基础的规则。^[2]由于海事习惯在实践中不断地发展和完善,因而使其具有很强的历史延续性。即使发展至今,海商法界仍时刻不忘海事惯例的重大价值,在司法实践中直接援引海事惯例的判决更是不计其数。

(二)综合性的规范体系

就法律表现形式分析,海商法是法律规范的综合体。海商法的规范表现形式多样化,既有调整船舶登记、船员配备等公法性质的行政法规规范,又有调整海上运输合同、船舶物权关系、海上保险合同、海上侵权产生的损害赔偿关系等涉及合同、侵权关系的民商法规范。同时,由于海商法的国际统一性强,存在共同的法律渊源,各国海商法又不同程度地移植或借鉴大量的海事国际公约、国际惯例和国际通行的标准合同,加上海商法调整对象具有跨国性,海商法还表现为大量的国际海运协定、冲突规则等涵盖国际公法、国际私法的国际法规范。另外,海商法规范不仅停留在实体法规范层面,还存在涉及管辖、法律适用等程序法规范层面。因此,就规范表现形式而言,海商法涵盖公法性质和私法性质的规范,涵盖国际法性质和国内法性质的规范,涵盖实体法性质和程序法性质的规范。其本身难以归属一个传统意义上的、单一的法律部门,而是由属于各个法律部门的法律规范所组成的一个综合性的规范体系。

(三)复杂性的调整对象

调整对象作为特定的社会关系,是划分法律部门的基本依据和出发点,不同的法律部门存在不同的调整对象。我国海商法开宗明

义规定,海商法调整海上运输关系以及其他与船舶有关的各种关系。尽管形式意义上的海商法和实质意义上的海商法的调整对象范围略有不同,但就形式意义的海商法而言,我国海商法所调整的法律关系远不是海上商业活动所能包容的。海商法调整的法律关系呈现多种类型,有船舶物权关系、运输合同关系、海上侵权关系、分担海上风险的特殊法律关系、船舶管理监督关系等。可见,海商法既调整平等主体之间的横向民事关系,又调整非平等主体之间的纵向行政关系。海商法的复杂性不仅表现为调整不同法律部门的法律关系,而且表现在海事法律关系所涉及的主体更为复杂。除自然人、法人构成海商法所调整的特定社会关系的主体的主要部分外,国家、国际航运组织等也构成海事法律关系的主体。且海事法律关系多发生在三方或三方以上的主体之间,如在运输关系中,就存在承运人及其代理人、实际承运人、托运人、提单持有人或收货人、国际货运代理人、保险人等,不同的主体交织形成多方的权利义务关系,比一般民事法律关系复杂许多。因此,不少学者认为,海商法所调整的都是特殊的法律关系,存在一套独立的法学理论、立法原则,已形成自己的法律体系,作为一个独立的法律部门的条件已经成熟。^[3]

(四)多元性的海商法性格

海商法所调整的海上主体,其根本在于保证其主体的营利性,利益最大化是海运主体追求的目标,而海商法也就是保障海运主体正当营利活动的法律。因此,海商法的首要性格就是营利性。同时,海商法具有公法性,在其调整方式中,行政法等公法因素广泛渗透,使海运主体私法性受到必要限制和制约。更不容忽视的是,海商法具有较强的技术性和专业性,是与航海技术和航运业务紧密联系的法律。此外,海上运输及其他海上活动较之陆地活动存在明显的特殊风险,为了鼓励海运业的发展,海商法形成一系列独具特色的法律制度,如海事赔偿责任限制制度、船舶优先权制度、海难救助制度、共同海损制度、船舶抵押权制度。海商法还是涉外性很强的国内法,所调整的关系大多数是涉外关系或具有涉外因素的关系,其效力范围不

仅涉及本国海域的外国船舶、外国海域的本国船舶,甚至还涉及外国海域的外国船舶等。如我国海商法中的海上客货运输合同,其承运人的责任基础就仅适用于国际海上运输,而不适用于本国沿海和内河运输,使我国水上运输形成双轨制。俗话说,“物以类聚”,性质决定其归属,海商法所具有的营利性、公法性、技术性、专业性、涉外性以及法律制度的特殊性等多重性,均在不同程度上显现出其定位的模糊性。

(五)优越的海商法地位

海商法历史悠久,其萌芽地罗得岛可谓是商法的发祥地。英美法系的普通法规范大量来源于海商法的判例、原则和精神,如英国的合同法基础的合同落空、根本违约、合同的条件、合同的担保等都可以追溯到海商法起源。^[4]海商法中的海上保险更是陆上保险特别是财产保险的起源。因此,海商法在漫长的历史长河中积淀成为自成一体的法律制度和规范形式,并影响着其他部门法的进展。海商法厚重的法价值,使海商法在英国等国家的法律体系中处于不可比拟的地位,其独立成为霸主地位便无可厚非。就此,航运发达的国家将海商法作为独立的法律部门已经有百年的历史。英国对于世界各国海商法的影响非同一般。尽管我国海商法颁布时间较晚,但亦熏陶于海商法地位的传统优越感,海商法的独立亦在所难免。

二、海商法独立的表征

在我国,海商法理论界关于海商法具有独立的法律部门法的特性,争议不大。但遗憾的是,并没有得到官方的认可。原国家教委在学科分类时,仍将海商法作为二级学科——国际经济法的一个分支。但海商法人似乎渐渐地海商法另类化,这虽是表征,但仍是有趣的现象。

(一)独立的海商法协会

中国海商法协会,是由全国从事海商、海事、经贸、保险及法律工

作的个人和单位组成的专业性民间团体。其宗旨是:为了推动我国海商法的发展和海商法制的健全,并协同其他国家的海商法协会为促进海商法、海运惯例和习惯做法在国际范围的统一作出贡献。该协会于1988年11月15日在北京成立,秘书处设在中国国际贸易促进委员会。中国海商法协会是独立的民间团体,不从属于中国法学界、法律界的全国性社会团体和学术团体,即中国法学会。其会员除从事海商法教学科研的学界或理论界人员外,大量来自航运、保险或海事审判、海事律师等实务工作人员。海商法协会每年召开年会,每三年(原为两年)召开一次海商法国际研讨会,还定期或不定期地举办海上保险、船舶碰撞等专题学术会议,为推动我国海商法的研究发挥了巨大的作用。

但是,海商法理论界长期游离在法学界外。虽然国内有关的商法系列教材都将海商法作为其中不可或缺的内容,但中国法学会民法学会、商法学会每年的年会几乎没有将海商法律问题列为专题研究范围之列。《中国大百科全书》将海商法定性为是国内经济法兼国际经济法性质的法律,^[5]原国家教委也将海商法归入国际经济法的范畴。但中国国际经济法学会年会议题对海商法律问题的研究仍十分有限,主要局限在与国际贸易相关的海商法律问题上。于是,不禁要问,海商法人的家在哪里?由于长期淡出于法学界,海商法人将海商法协会作为自己的安身之处,逐渐地较为固定地在该协会指导下从事海商法问题研究,而与法学界越来越疏远,其独立成群自可想而知。

(二)独立的从业人员

海商法是应用性很强的学科,海商法的研究人员大批来自航运界、保险界以及法官、律师等实务人员,海商实践部门的从业人员构成研究队伍的一大群体。同时,在较长的一段时间内,海商法的科研教学主要集中在各航海大学,如大连海事大学、上海海事大学,各综合性大学的法学院鲜有专业人员。随着海商法研究的欣欣向荣,继北京大学法学院成立海商法研究中心后,厦门大学、中国政法大学、

人民大学等高校亦纷纷成立海商法专业研究机构,海商法研究可谓呈现百花齐放的局面。但是,正如中国政法大学吴焕宁教授所言,“海商法是一条又窄又深的沟”,即使是法律从业人员也可跨越该领域而在其他法学领域驰骋。因此,海商法的从业人员历来是相对独立的。且海商法的大多从业人员的学术背景也是相当趋同,要么来自与航运、保险有关的专业,要么来自航海学院的法律专业,要么受过英美法系的法学熏陶。而未曾熏染“海之味”的法科出身而专门研究海商法的人员被认为存在先天的不足,至少在技术性、专业性很强的海商法领域多少有些另类的感觉。

(三) 独立的研究成果

海商法的专业性还体现在相关的研究成果都公开发表在海商法专业刊物(包括以书代刊)上,如《中国海商法年刊》、《中国海事审判年刊》、《海商法研究》,而较具影响的法学刊物如《中国法学》、《法学研究》、《法学》、《法学评论》、《法学家》、《法律科学》、《现代法学》,每年发表海商法专业的学术文章均在屈指可数的一到两篇的范围之列。因此,一方面,海商法的研究领域不断地拓展,研究气氛日趋活跃,研究成果大量涌现;另一方面,却不同程度地呈现出脱离法学体系的孤立研究,与法学领域的繁荣不可同日而语。同时,也说明海商法研究成果对于整个法学体系的影响极其有限。

(四) 专业的海事法院

由于海运业的发展,有关海上纠纷日益增加,我国先后在广州、上海、青岛、天津、大连、武汉、厦门、海口、宁波、北海等地设立了专业的海事法院。海事法院受案范围专业性强,同时,十多年海事审判经验的积累,也练就了一批具有很强的专业素质的海事法官。海事法官在海商法领域发挥举足轻重的作用,不仅解决了大量的海事纠纷,而且还为海商法的研究注入强大的生命力。海事法院的专业特点日趋加强。

(五) 自成一体的海商法体系

我国海商法是采用专门法典的形式加以制定,同时辅以各种单行法规,如海上安全法、海洋环境保护法,从而形成系统的海商法。而一些大陆法系国家则在商法典中设立专章或专编,如《德国商法典》第1编、《法国商法典》第2编、《日本商法典》、《荷兰商法典》。英美法系国家也没有专门的海商法典,只是颁布一系列有关的法规,如《海上货物运输法》、《海上保险法》等连同有关判例而形成系统的海商法。因此,在我国海商法颁布时,由于该法是当时所公布或生效的法律、法规中条款最多的一部,加之该法确立了诸多具有中国特色的海商法律制度,理论界不少人称之为“海商法典”。同时,我国在1999年又颁布了海事诉讼特别程序法,在程序上保障海商法的贯彻实施。这样,我国形成了一套自成一体的海商法的法律体系。

三、海商法独立的误区

海商法学界长期以来极力强调海商法的特殊性和独立性,使海商法的研究游离于法的体系之外,海商法研究就等于重塑自身法学理论的发展史。不少学者充分意识到这一点,并为此感到忧虑,海商法封锁在孤立的空间,脱离整个法学理论体系的支撑,海商法有可能成为无本之木,无源之水。^[6]海商法的独立,有陷入如下研究误区的倾向:

(一) 重视英美法,忽视本土化

毋庸置疑,英美法对于海商法的产生和发展奠定坚实的基础,各国海商法不同程度地受其影响。如英国《1906年海上保险法》,世界上大约1/2的国家的海上保险立法均受其影响。但是,法律承载着国家利益,存在国界。海商法研究过于强调传承英美法而忽视本土化,言必称英美,一些文章将“英美学者曾指出”、“英国法院判决”视为最高法则,作为最有力的论据,^[7]完全是法律的拿来主义。的确,英国对近现代的海商法的形成和发展有着重大的影响,但长期停留和禁锢于英国,将严重影响中国本土海商法的深入研究,我国法律传

统毕竟传承大陆法系。虽然随着经济全球化,两大法系正进一步交融,但法律传统的区别仍是根深蒂固。大陆法系强调理论为先导,而英美法系的重点在规则、制度和判例上。我国海商法的研究长期以英美法系为模本,势必导致海商法游离于法的体系之外。

(二)重视实务性,忽视理论性

海商法是实务操作性很强的学科,很多制度和理论是在航运实践中总结归纳出来的,同时,又反馈或指导着实践。因此,海商法应重视现实法律问题的研究。但是,海商法界不少学者认为海商法是按照自己的规律发展的,与民法理论相悖,无须借助民法原理加以解释。众所周知,理论是先导,海商法研究缺乏法学理论特别是民商法理论的支撑,一些问题停留在就事论事的基础上孤立地研究,某些在民商法理论上容易解决的问题,但海商法界却成了反复争论不休的难点。因此,忽视法学基础理论体系以及发展成果,不但不利于海商法自身理论的完善和提升,而且也使我国现行的海商法研究与整个法的体系之间存在明显的隔膜。^[8]

(三)强调特殊性,轻视普遍性

海上风险是海商法的起点和终点,为分担海上风险,海商法创设了一般民商法所没有的法律制度。同时,由于海商法先于一般商法的发展,其本身具有自足自主性,民商法某些规定和原则适用于海商法多少存在水土不服的现象。因此,海商法人总是将海商法的特点发挥和挖掘得淋漓尽致。但是法律都具有普遍性,正如法国学者努尔卡斯在《海商法独自性》一文中指出,海商法的自主性只不过是相对的、偶然的现象。民商法的基础理论和基本原则乃至民商法的精神是互通的,海商法本质上仍具有民商法的平等性、普遍性、权利互惠性的特性,同时也追求商事领域的交易的简捷、安全以及公平,奉行私法的真谛——权利法的观念。

(四)关注行业性,疏忽平等性

法律的目标在于平等,反对将特权或不合理揉入法律体系。我

国是航运大国和贸易大国,货主利益和航运利益的平衡一直是海商法所必须关注的问题。我国虽然没有参加代表船东利益的《海牙-维斯比规则》和代表货主利益的《汉堡规则》,但是在承运人责任制度上却是以《海牙-维斯比规则》的规定为基础,吸收了《汉堡规则》中适合我国国情并在航运实践中行之有效的规定。应该说,我国海商法在立法层面上作出了很大的努力。但是,由于货主范围宽泛,难以组成有力的力量与航运利益抗衡,因此,在海商法实施中,在一定程度上出现了部门利益化和行业利益化的现象。业内人士多是基于海商法的特殊性和独立性来认识海商法所产生的行业保护特性。

四、海商法回归民商法

(一) 回归民商法是海商法发展的基础

在我国,海商法的调整对象大多属于民事法律关系,与民法是基本法与特别法的关系。^[9]海商法与民商法不可能是平行的关系,海商法不能脱离民商法而自立。海商法没有自己的基础理论,必须遵守民商法的基本原则,海商法与民商法存在血脉相通的内在联系,海商法只能作为民商法的特别法。海商法完全脱离民法,将导致海商法成为我国法律制度的异类。在海商法研究过程中,不能理清海商法与民法的关系,会严重地影响海商法研究的深度和广度。海商法实务工作者和研究者过分强调个性化和行业特征,忽视海商法与法的整体体系中其他相关各法之间内在联系的学习和探讨,以致缺乏坚实的法学理论的有力支撑而难以推动海商法向纵深发展。^[10]应重视民商法的法学基础理论对于海商法问题的借鉴和指导作用。同时,也应正确认识海商法研究成果对民商法的影响、贡献。海商法在理论上表现出与包括民商法在内的其他各相关法的有关理论、原则、制度相融合的趋势。离开博大精深的民商法体系的支撑,海商法将成为无源之水,其研究只能在纵向上发展,而无法在横向上比较和广度上研究,最终必将影响纵向研究的深度。只有坚持以丰富的民商法理论为先导,才能透过海商法的表象,揭示海商法的法律本质和发展