

 元照系列

MARITIME LAW REVIEW



海商法研究丛书
2006年 第12辑

海商法 研究

北京大学法学院海商法研究中心主办

12

论实践与海事立法的关系 · 朱曾杰 ·

船舶油污侵权责任构成要件之研究 · 宋春风 ·

保险利益原则与海上货物运输保险合同的转让 · 黄小鸥 ·

国际货物运输法的发展 · 张永坚 ·

光船租赁时已登记船舶抵押权准据法新论 · 王 娟 ·

《海商法》中定期租船合同任意性规则的合理性研究 · 郭 鹏 ·

从“The Rafaela S”看记名提单的“单证角色” · 李 可 ·



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

19

454

MARITIME LAW
海商法研究丛书
2006年 第12辑
REVIEW

海商法 研究

北京大学法学院海商法研究中心主办

12

学术指导委员会

(按姓氏笔画为序)

尹东年 司玉琢 朱曾杰 芮 沐 吴志攀

编委会

(按姓氏笔画为序)

李洪积 张永坚 林源民 郭 瑜

执行主编

郭 瑜

编务

刘 宁 陆艳 郭 瑜 郭 瑜 徐贝贝



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

海商法研究/郭瑜主编. —北京:北京大学出版社, 2006. 11

(海商法研究丛书)

ISBN 7 - 301 - 11287 - 4

I. 海… II. 郭… III. 海商法 - 研究 IV. D996. 19

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 136515 号

书 名: 海商法研究(第 12 辑)

著作责任者: 郭 瑜 主编

责任编辑: 刘桂真

标准书号: ISBN 7 - 301 - 11287 - 4/D · 1624

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 18.75 印张 322 千字

2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

目 录

▪ 专论 1

论实践与海事立法的关系[朱曾杰] 3

论《民法典(草案)》第9编海事国际私法立法的不足与完善[黄伟青
徐曾论] 15

入世前后中国海运政策的变化与发展

——兼述其对外国投资者的影响及意义[咸进 张琳] 23

公共承运人的强制缔约义务与海运合同成立问题研究

——从航运公司“封杀”货代企业谈起[彭先伟] 38

船舶油污侵权责任构成要件之研究[宋春风] 47

海运货物控制权的法律性质及其设立的必要性

——评《UNCITRAL 运输法(草案)》的相关规定[王文婷] 60

光船租赁时已登记船舶抵押权准据法新论[王娟] 74

保险利益原则与海上货物运输保险合同的转让[黄小鸥] 82

海事请求保全管辖相关法律问题研究[刘艳龙 李海初] 89

▪ 学位论文 101

海洋石油勘探开发权及其与航行权的协调[吴昊] 103

《海商法》中定期租船合同任意性规则的合理性研究[郭鹏] 162

▪ 论坛 207

国际货物运输法的发展[张永坚] 209

▪ 案例研究 235

从“The Rafaela S”看记名提单的“单证角色”[李可] 237

■ 海外视角 249

美国油污法介绍及评价[陈悦] 251

■ 资料 269

国际海事组织制定并保存的国际公约或议定书及其修正案现状一览表

(截至2006年7月1日)

[中华人民共和国交通部国际合作司国际组织处提供] 271

专 论

论实践与海事立法的关系

朱曾杰*

海事立法的沿革和发展历史,扎根于海事实践。从公元前9世纪的罗地海法到中世纪的奥列隆法、康索拉度海法、维斯比海法都是从航海贸易和海事判例编纂而成的习惯法,他们从海事实践中形成的海事习惯做法,为当时海域商人所实践和遵守,并汇集成海事惯例和判例集的通行海法。^① 随着航海贸易的发展,上述以城市经济为基础的海事判例习惯法,发展成国家统一法典,其中最著名的是1681年的法国路易十四颁布的《海事条例》。^② 以后各经济发达国家相继以海事实践为基础制定了国家海事法规。资本主义生产的发展,特别是工业革命与蒸汽机铁壳船的广泛使用,航海贸易进一步国际化,迫切呼唤海事法律的国际统一。国际海上货物运输法的国际统一是以1924年《海牙规则》的制定而形成的。之后,随着海运科学技术的迅速发展和国际海上贸易的不断扩张,修订《海牙规则》的1968年《维斯比规则》于1978年生效,1978年《汉堡规则》则于1992年在国际海运界施行,而中国《海商法》与北欧四国《海上货物运输法》采用了与之不同的承运人混合责任制度,国际海上货物运输法的国际统一又遇到了重大挑战。新一轮的国际统一活动正在联合国国际贸易法委员会主持下进行。

纵观国际海事立法的发展历史,海事实践是基础。上海海事大学胡正良教授在“国际海事货物运输法律的现状与发展趋势”一文中对海上运输法的实践品格的论述,可以引来作为本文的出发点——“国际海上货物运输法律具有很强的实践品格,在很大程度上是海上货物运输习惯做法的条文化和法律化。海商法的演变证明:反映海上货物运输习惯做法的法律才具有广泛的实施基础和较强的生

* 中国远洋运输(集团)总公司。邮政编码:100031。

① 吴焕宁:《海商法学》,法律出版社1996年版(第2版),第5—6页。

② 吴焕宁:《海商法学》,第6页。

命力。”^①

毛泽东同志的伟大哲学著作——《实践论》，是马克思辩证唯物主义的科学认识论。它是创建中华人民共和国，开展社会主义改造，改革开放建设社会主义市场经济，营造小康社会方面的重要思想武器。回顾 20 世纪 70 年代推翻“四人帮”的黑暗统治以后，在中国大地开展的一场针对“两个凡是”的大辩论和确认“实践是检验真理的唯一标准”的科学认识论的发展与胜利，奠定了中国的伟大改革开放和发展社会主义市场经济及社会主义法制经济，而最终孕育中国和平崛起的基础。

从 20 世纪 80 年代开始的法制建设，特别是我国加入 WTO 以来的法制建设，都以中国国情和实践为基础，做出了可喜的成绩，基本实现了与经济发展相适应的社会主义市场经济建设要求。据《人民日报》报道，全国人大常委会委员长吴邦国在第十届全国人大常委会第十一次会议 2004 年 8 月 23 日分组审议《传染病防治法》修订草案时指出，《传染病防治法》的制定和修改，再次给我们一个重要启示：实践是法律的母亲，是我们制定和修改法律的基础。离开了实践，法律就会成为无源之水、无本之木。在总结实践经验基础上制定和修改的法律，才更有针对性和可操作性，才有强大的生命力。上述重要讲话是将“实践是检验真理的唯一标准”这一科学认识论运用到法律的制定和修订工作的典范。吴邦国委员长对实践与立法关系的精辟论述将正确指导我国的立法工作，也是所有海事法律工作者必须认真学习和身体力行的。

就海事法律而言，特别是作为海事法律的中心——海上货物运输法而言，实践主要是指海上货物运输业务实践和海事司法实践，他们的实践，包括立法前瞻性的预期实践是制定和修订海事立法的基础。脱离、无视或忽视这一基础，国际公约或者国内立法都会遇到挫折或失误。

我们可以列举很多事例阐述这一问题。《联合国国际货物多式联运公约》制定 25 年来迄今未生效，多式联运经营人普遍实施的是网状责任制 (Network Liability System)，而不是公约规定的统一责任制，就是很有说服力的证明。我参与了 1980 年《联合国国际货物多式联运公约》的制定。当时在联合国贸易和发展会议 (UNCTAD) 占多数优势地位的发展中国家反对海运业界当时实施的多式联运经营人的网状责任制，认为多式联运经营人按责任发生运输区段所强制实施的国际公约或国内法规定的责任制度是事先不明确的，而且责任区段是由多式联营人确定

^① 胡正良：《国际海上货物运输法律的现状与发展趋势》，第 22 届世界法律大会论文集（上海会区分册），2005 年 10 月，第 421 页。

的,如果责任区段无法确定即出现所谓的隐蔽损失(concealed damage),按海运区段的责任制度和限额也会使索赔人(货方)处于不利地位。他们还担心,航运发达国家集装箱班轮公司通过这种网状责任制,垄断集装箱多式联运业务,控制发展中国家的内陆运输,因此坚持要求《国际货物多式联运公约》中多式联运经营人的责任制度应实施统一责任制,即不论货损发生在多式联运全程的哪一区段,多式联运经营人都应按公约规定的统一责任制承担赔偿责任,只有在货损发生区段适用的国际公约或国内法所规定的赔偿责任限额超过多式联运公约规定时,才适用上述较高的限额。

但是,《联合国国际货物多式联运公约》制定后的25年中海上多式联运业务证明,国际货物多式联运普遍实施的不是公约规定的统一责任制,而是制定公约当时实施的网状责任制;公约迄今未生效,估计也不会生效。UNCTAD已作了关于修订公约的调查,可能会启动修订公约的程序。之所以出现上述现象,是因为公约设计的多式联运经营人的统一责任制脱离了海运实践,超越了不同运输方式承运人的责任制现状及可预期的发展阶段。随着国际海运集装箱运输革命的发展,海运承运人的责任期间已从船舷到船舷发展为码头到码头或港口到港口,又进而发展到门到门运输即多式联运。法律滞后于运输生产的发展,不同运输方式的承运人责任制度各不相同,在门到门运输或者多式联运中实施统一责任制缺乏实践基础。海上货物班轮运输的承运人不可能同时是陆路、航空的承运人。由于集装箱运输发展的要求,他们成为多式联运经营人,成为多式联运的组织者,特别是在发展中国家,由于资金、科技和管理方面的原因,缺乏民族集装箱航运公司,国际货运代理就扮演多式联运经营人的角色。他们与货方签订多式联运或门到门全程运输合同后,就将多式联运各区段的单一运输承运人组织到全程运输中来,与他们分别签订了各区段的运输合同。他们向货方收取全程运费,承担全程运输责任,而组织进来的各区段承运人则对多式联运经营人负责该区段的运输责任。这样的多式联运组织方式就必然走向多式联运经营人网状责任制,而不会采用多式联运公约所设置的统一责任制了。因为在网状责任制度下,多式联运经营人是按照适用责任发生区段的国际公约或国内法的规定向货方(索赔人)理赔的,之后他可以向责任发生区段的承运人按照同样的法规追偿同样的赔偿金额。如果他们实施的是统一责任制,即不论责任发生区段按照统一责任制度及责任限额理赔,就必然要承担统一责任制度及责任限额与责任发生区段的责任与责任限额的差别风险。这是多式联运经营人(货运代理)所不愿也不敢承担的。

在1980年《联合国国际货物多式联运公约》没有生效的情况下,国际海运业界

普遍实施的是经1975年修订的由国际商会制定的《1973年多式联运单证统一规则》(以下简称《统一规则》)^①中的多式联运经营人的网状责任制。绝大多数国际海运班轮公司都在他们的多式联运提单中以不同方式采用这一《统一规则》,有的在提单条款中明确规定适用该《统一规则》,有的则在条款中引用其内容。我国1993年7月1日起实施的《海商法》第4章第8节多式联运合同的特别规定和1999年10月1日施行的《中华人民共和国合同法》第17章第4节多式联运合同都明确采用了网状责任制。1993年7月1日之前,中国国际海运班轮公司的多式联运提单通过提单条款引用该《统一规则》的网状责任制。

我在上世纪80年代,作为讲师参与了多次亚太经社会(ESCAP)组织的货运代理与多式联运研讨会的培训班。因为是联合国机构主办的,我们必须宣讲联合国国际货物多式联运公约及其“统一责任制”,同时又必须结合海运业实际讲述“网状责任制”。巴基斯坦和印度的货运代理很现代化,他们组织多式联运担当多式联运经营人,实行的也是《统一规则》的网状责任制。谁与实践相悖,谁就碰壁。UNCTAD鉴于《联合国多式联运公约》生效遥遥无期的困境,与国际商会合作协商于1991年制定了《贸发会议/国际商会多式联运单证规则》^②,悄悄地认同了多式联运经营人的网状责任制。尽管如此,仍不能替代1973年国际商会的《多式联运单证统一规则》。现在正在国际贸易法委员会审议的运输法草案对于海运集装箱的门到门运输也只能采用网状责任制。

上述事例说明了一个重要的国际公约为什么不能生效。但是即使一个生效了的国际公约成为国际法,它的条款或规定仍要经受实践的检验,下面的事例是关于《汉堡规则》的第11条联运条款。

1992年生效的《汉堡规则》(1978年《联合国海上货物运输公约》)无疑是一项比较完整的国际海上货物运输法,旨在纠正《海牙规则》、《维斯比规则》偏袒承运人的新的国际海运公约。但以海运实践检验,还是有一些条款或规定会被否定的。《汉堡规则》第11条联运第1款的规定为:“尽管有第10条第1款的各项规定,如果海上运输合同明确规定,该合同所包含的某一特定部分的运输应由承运人以外的指名的人履行,则合同亦可规定,就这一特定部分运输而言,承运人对由于货物在实际承运人掌管之下发生的事故所引起的灭失、损坏或延迟交付,不负赔偿责任

^① 《1973年多式联运单证统一规则》,载胡正良主编《国际海事条约汇编》第6卷,大连海事大学出版社1994年版,第33—39页。

^② 1991年《联合国贸易和发展会议/国际商会多式联运单证规则》,载《国际海事条约汇编》,大连海事大学出版社1994年版,第54—57页。

任。但是,如果不能在按照第 21 条第 1 款或第 2 款规定有管辖权的法院对该实际承运人提起诉讼,则任何限制或免除这种责任的条款,均属无效。关于货物的灭失、损坏或延迟交付系由上述事故所引起的举证责任,由承运人承担。”

上一世纪 70 年代,集装箱运输革命已在发达国家之间蓬勃开展,《汉堡规则》适时引入了“实际承运人”的概念,将当时英、美、法租船业务中出租人与承租人的“共同承运人”(co-carrier)理念改变为实际承运人与承运人的法律关系。《汉堡规则》在第 10 条第 1 款中明确规定,“如已将运输或部分运输委托实际承运人履行,……承运人仍应按照本公约规定对全部运输负责。就实际承运人履行的运输而言,承运人应对实际承运人及其在受雇的范围内行事的受雇人和代理人的作为或不作为负责。”

上述第 10 条第 1 款的规定与当时海运业务实践中的习惯是不适应的。当时国际海上班轮公会所控制、普遍推行承运人的海上转运自由。以当时颇具影响力的(BIMCO)1951 年 CONLINE 提单为例,该提单条款第 6 条标题为“替代船舶、转运和货运代理”,规定承运人可以将货物转运、卸货或储存在岸上或水面上,费用由承运人负担,风险由货方承担。在承运人约定将货物运交最终到达地不是卸货港时,承运人仅作为货运代理行事,承运人的责任仅限于以其经营的船舶所履行的那部分运输,尽管承运人收取了全程运费,对在任何其他运输部分所产生的损失的索赔,承运人不予确认。

为了发展海上联运,实施公约对承运人与实际承运人相互法律关系,同时保留长期以来承运人享有的海上转运自由,《汉堡规则》设置了上述第 11 条联运第 1 款的规定,作为第 10 条第 1 款的例外或但书。最近我查阅制定《汉堡规则》外交会议的正式会议记录,在制定第 11 条第 1 款过程中,曾开展了激烈的辩论,对第 11 条第 1 款作为第 10 条第 1 款的例外提出了若干条件。第一,运输合同中必须指明接运人(承运人以外的承担特定运输部分的海运公司)的名称;第二,索赔人能够在公约规定的有管辖权的法院起诉;第三,承运人应当对货物的灭失、损坏或延迟交付系由该实际承运人掌管之下发生的事故承担举证责任。这些条件,特别是指名的实际承运人,虽多次反复提出难以操作,仍被列入公约。

在海上联运或转运合同上订明指名(named)的第二程航运公司确是难以操作的,而且不符合快速转运的客观要求。任何国际海运班轮公司经营的班轮航线不可能覆盖全球港口,只能经营其中的一小部分,其他部分只好通过海上联运或转运来完成。例如,上海有一批集装箱货运往巴西里约热内卢,经营东南亚航线的某国际海运班轮公司接受了这批货载,向托运人签发了海上转运或联运提单,收取了全

程运费,一般只在单证上载明在香港转船,而不载明由哪一家航运公司接运,以便负责全程运输的集装箱班轮公司能及时在货物到转运港香港后,交由开往里约热内卢港的国际集装箱班轮接运。如果在签订全程货运合同或签发单证时即指明由某航运公司接运,届时即第一程船舶抵达香港时,指名航运公司的船舶不到港或因故延期到港,就会延误转运、增加中转港费用和延迟货物到达目的港等对全程运输负责人和收货人均属不利的情况。因此,在海运业务实践上,一般都不会在签订货运合同时订明指名的接运人或接运船舶。

进入上一世纪80年代后,随着集装箱运输革命的深入发展,国际海运班轮不但在发达国家之间,而且在发达国家与发展中国家、发展中国家之间,也均由集装箱主宰。同时,班轮公会对海运业务的控制地位也日渐式微,而整个国际运输班轮业务也逐渐演变为货主市场。现在货方已无需担心承运人不签发海上联运提单,而海运班轮提单已多为全部海运、海上联运和多式联运提单,承运人或多式联运经营人收取全程运费,并对全程运输负责。班轮提单条款中,承运人只负责其所属船舶履行的运输区段的规定也不见了,反而强调承运人或联运经营人为其分包人(实际承运人)的行为负责,而不让索赔人直接向分包人索赔。

通过《汉堡规则》第11条联运第1款制定以来的海运业务实践的检验,当年为了照顾承运人转运自由权利的习惯而设置的这一对第10条第1款规定的例外或但书,既未在运输合同中体现,也未在运输单证中出现指明的接运人。我们可以认为,这一经过外交大会激烈辩论而制定的公约条款已悄悄地被视为过时之作。现代集装箱船舶的巨型化,集装箱运输干线与支线的密切结合、海上联运,特别是门到门运输和多式联运的发展,提高了海上运输作为经济贸易服务的服务贸易的要求和服务标准。这一条款的被遗忘,也进一步说明了海事立法对实践和预期实践的依赖性。

令人不解的是联合国贸易法律委员会(UNCITRAL)正在审议的海上货物运输法草案中,经过七届工作组会议,仍保留第12条运输合同范围外的运输,全文如下:

(1) 当事各方可在运输合同中明确约定,货物运输的某一部分或几个部分,由承运人作为代理人安排另一承运人或几个承运人运输。

(2) 在此种情况下,承运人应以应有的谨慎选择其他承运人按习惯和通常的条款与其他承运人订立合同,并采取一切合理措施使其他承运人得以适当地履行合同。

这一“运输合同范围外的运输”或者更加明确的“运输和转运的混合合同”条款,我国代表团一向是不同意设立的,从2001年国际海事委员会(CMI)新加坡会议上就提出过否定意见,在以后的UNCITRAL会议上未见认真讨论。不难看出,这同《汉堡规则》第11条联运有着异曲同工之妙,对承运人负责海上转运或联运全程运输的责任改为在承运人海上转运自由的前提下,对不由其承运的那部分运输或几部分运输,承运人仅作为货运代理人,代替托运人与其他承运人订立运输合同。

难道托运人(货方)今天还愿意接受这样的安排吗?在集装箱海上联运和门到门运输盛行的情况下,还会接受这种不公正待遇吗?何况本条还未设立任何条件,限制此种由负责运输变为代理运输的机制。《汉堡规则》制定以来近30年的海事实践,应当对此第12条的设置提供应有的教训。

近来有一些海商法学者对中国《海商法》制定中的国际公约与外国法律的“移植”作了有益的研究。对此种“移植”褒贬不一,本文对此不加研究。但是,“移植”法律一点也不能脱离实践,下面论述的两个实例,令人深思。

《海商法》第13章时效第257条第1款关于海上货物运输追偿时效的规定为:“在时效期间内或者时效期间届满后,被认定为负有责任的人向第三人提起追偿请求的,时效期间为九十日,自追偿请求人解决原赔偿请求之日起或者收到受理对其本人提起诉讼的法院的起诉状副本之日起计算。”上述关于追偿时效的规定是从《维斯比规则》第1条第3款的规定移植过来的,该款规定的全文为:

即使在前款的一年期限届满之后,只要在受案法院所在地法律允许的
时间内,仍可以向第三方提起追偿诉讼。但是允许的时间自提出此种
诉讼之人已经解决向其索赔的案件,或在对其本人的诉讼中收到送达的
传票之日起算,不得少于三个月。

比较我国《海商法》关于追偿时效的规定与上述《维斯比规则》的有关规定不难发现,我国《海商法》在移植上述国际海运公约规定时,增加了“在时效期间内”一句。回忆当时起草这一追偿时效规定时,考虑到追偿诉讼也可能在海上货物运输时效期间内进行,为了全面照顾各种情况,在移植时增加了上述这一短句,以臻完善。当时没有仔细调研移植公约规定的海运实践,和增补这一短句可能带来的影响。30余年的海运业务和司法实践证明,这一短句的增补,不但是多余的,而且认真实施起来,也会产生歧义和混乱。之所以是多余的,是因为,在海上货物运输时效期限内,当然可以提起包括追偿之诉在内的任何诉讼;之所以说它会产生法律混乱,是因为如果负有责任的人很快解决对他的索赔,或者远在时效期限届满前收

到对他起诉的传票和诉状副本,90天追偿时效期限,还在时效期限内,此时,海上运输剩余的时效期限还能提起追偿之诉吗?这就会造成不应当有的混乱。

追偿时效的立法主旨是明确的,就是要在海上货物运输诉讼时效期限届满之后,能规定一个提起追偿之诉的允许期间,如果能在时效期限之内提起,就无须作此特别规定了。

近几年关于记名提单是否也必须凭提单交付记名的收货人之争,也是由于移植国外法律规定时的疏漏所引起的。按照《海商法》第71条第一句的规定,“提单,是用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船,以及承运人保证据以交付货物的单证”,这样记名提单也必须凭提单交付货物。但是第71条第二句又规定“提单中载明的向记名人交付货物,或者按照指示人的指示交付货物,或者向提单持有人交付货物的条款构成承运人据以交付的保证。”据此,第71条第二句规定说明了第79条对规定的记名提单、指示提单、不记名提单交付货物的保证。其中指示提单、不记名提单自然必须凭提单交付,而记名提单人似可向记名人交付即可。在司法实践中产生了歧义,使记名提单是否必须凭提单交付成了一个热点争论问题。我曾参与《海商法》的起草工作,回忆对记名提单的规定是移植当时美国1916年《提单法》的规定。当时的美国1916年《提单法》,将记名提单称为 Straight Bill of Lading,不可转让,可以不凭提单向记名人验明身份放行。但是在移植时,没有全部移植它的相关规定。例如在提单正面必须显示“不可转让”字样,可以不凭提单向记名人交付货物等,特别是没有明确规定,记名提单可以不凭提单,只要验明身份即可向记名人交货的条款。其实美国《提单法》对记名提单正面必须显示“不可转让”或“不予转让”字样的规定,是实施不可转让的规定,提醒持单人或意欲受让人特别关注的有效措施。现在美国经1998年修改的1916年《提单法》已无 Straight Bill of Lading 的规定,而改称为不可转让提单(Non-Negotiable Bill of Lading)了。^①

《海商法》第71条从形式上看是从《汉堡规则》第1条定义第7款“提单”的定义移植过来的。它的含义是:“提单是指用以证明海上运输合同和货物由承运人接收或装船,以及承运人保证据以交付货物的单证。单证中关于货物应按记名人的指示交付,或者按指示交付,或者向提单持有人交付的规定,构成此保证。”两者比较,第一句是相同的,第二句有一定的差异:《海商法》在移植《汉堡规则》的规定

^① Pomersea Bill of Lading Act 1916,载韩立新、王秀芬编译:《各国(地区)海商法汇编》(上卷),大连海事大学出版社2003年版,第365—373页。

时,是按照“记名提单”、“指示提单”、“不记名提单”或“来人提单”来表述的,因此,改写成“向记名人交付货物,或者按照指示人的指示交付货物或者向提单持有人交付货物……”,即第二句的第一段是增加的,第二句的第二段是将《汉堡规则》的“按记名人的指示交付或者按指示交付”合并为“按照指示人的指示交付”,因为指示提单包括记名人的指示提单,即某某的指示,或凭指示。如果上述说明符合原意的话,《汉堡规则》中的提单与《海牙-维斯比规则》并无不同,是指可以转让的提单,即指示提单或不记名提单(Bearer B/L)。但是《汉堡规则》又在第15条提单的内容(e)项规定“收货人姓名,如已由托运人指定”,则具有收货人姓名的记名提单还是包括在提单之内的,何况第18条对提单以外的单证作为专条规定。《汉堡规则》有无记名提单不可转让的规定,也没有把提单分为可转让和不可转让的规定,因此,三个国际海运公约——《海牙规则》、《海牙-维斯比规则》和《汉堡规则》,在记名提单是否可以不凭提单交付给记名收货人都是不明确的。因此各缔约国的司法实践也是不统一的。

我国《海商法》在移植关于记名提单的规定时,参照当时的美国1916年《提单法》关于Straight Bill of Lading的规定,但关于提单的定义及有关提单的条款却参照了《汉堡规则》的规定,而加以适当改进。而没有移植美国1916年《提单法》中关于记名提单的其他规定,结果产生了既有上述三公约的问题,又有未妥善参照美国《提单法》的问题,带来了不应有的困惑。

关键还是在没有吃透所移植国际公约、外国法律规定制定时的历史背景、国情、制定后的海事实践和我国国情、当时的海事实践、业务运作包括与其实践是否相适应的问题。

我们不妨再看看1980年《联合国国际货物多式联运公约》关于多式联运单证的规定。第6条可转让的多式联运单证主要规定:(1)以可转让的方式签发时应列明按指示或向持有人交付;如列明按指示交付、经背书后转让,如列明向持单人交付,无需背书即可转让;(2)只有交出可转让的多式联运单证,并在必要时经正式背书,才能向多式联运单证经营人要求交付货物。第7条不可转让的多式联运单证主要规定:(1)以不可转让的方式签发多式联运单证时,应指明记名的收货人;(2)多式联运经营将货物交付给此种不可转让的多式联运单证所指明的记名收货人后,该多式联运经营人即已履行其交货责任。

上述多式联运公约对签发的可转让或不可转让的多式联运单证规定了不同的交货办法:对可转让的单证必须凭单交付,对不可转让的单证应当交付给单证上指明的记名收货人。

1980年《联合国国际货物多式联运公约》迄今虽未生效,对运输单证可以签发可转让与不可转让单证及分别要求必须凭单交付货物和交付记名收货人的明确规定,比《汉堡规则》的有关规定有了更明确更具操作性的改进,也说明了不可转让的记名提单可以不必凭单交付记名收货人,不光是美国《提单法》的规定,也是国际运输法规的趋向。现在正在 UNCITRAL 审议的海上货物运输法草案也对可转让与不可转让的单证分别作了类似规定。

为了适应社会主义市场经济及法制经济的持续高速发展,应对全球化的挑战,我国的立法任务异常艰巨,繁重而又紧迫。就海事立法而言更是如此。我国《海商法》的制定,就曾采用移植国际公约和外国法律规定的机制,取得了较好的成效。13年的海事业务与司法实践证明,我国《海商法》总的说来仍不失为一部国际接轨较好的、能基本适应社会主义市场经济和海事实践要求的,在国际海事立法方面还是比较先进的。与此同时,在如此紧迫而又繁重的海事立法过程中,出现这样那样的一些失误,虽然是可以理解的,但对我们从事起草工作的人员来说,是负疚极深、难以忘怀的。

两项国际公约条款和《海商法》在法律移植中的失误事例,可以说明实践与海事立法的密切关系,海事立法依赖于海事实践,在总结海事业务与司法实践的基础上能动地取得对事物发展的规律性认识,制定成法律指导及服务于新的海事实践和预期实践,同时又在实践中经受考验,如此往复发展,使海事立法能与时俱进地适应我国社会主义市场经济发展的要求。

但是,人们认识了实践与海事立法的紧密关系,能不能保证在立法工作中不出现本文所举事例的失误呢?答案是“不一定”。因为人们在立法工作实践中会遇到很多貌似正确却是谬误的挑战而迷失方向。近年来,在总结修改和完善海事立法的论争中,不时在耳边响起这样一些论调,现试举几例:

(1) 发达国家的先进法规,应当采纳与移植。20世纪80年代与我国起草海商法同时,在法律界、海运、经贸界开展的海商法学习活动,对各国海商法特别是英国海商法的介绍,结合当时的国际贸易与国际海运的发展与实践,对我国海商法的普及起到了十分重要的作用。联合国亚太经社会在我国组织的六次国际海商法专家的讲座,特别是从1980年开始香港杨良宜先生的理论结合实际的海商法讲座或培训,对一代中国海商法工作者、学者、教师和海运业、经贸从业人员起到无法估量的作用。本文作者有幸参与了这一令人难忘的学习组织工作,作为一个航运及海商法工作者受益匪浅。发达国家海商法,特别是英国海商法影响很深,可以说,在中国《海商法》实施前,在一定程度上主导了海商法界,很多留学英国的学者、教