

法
学
阶
梯
INSTITUTIONES

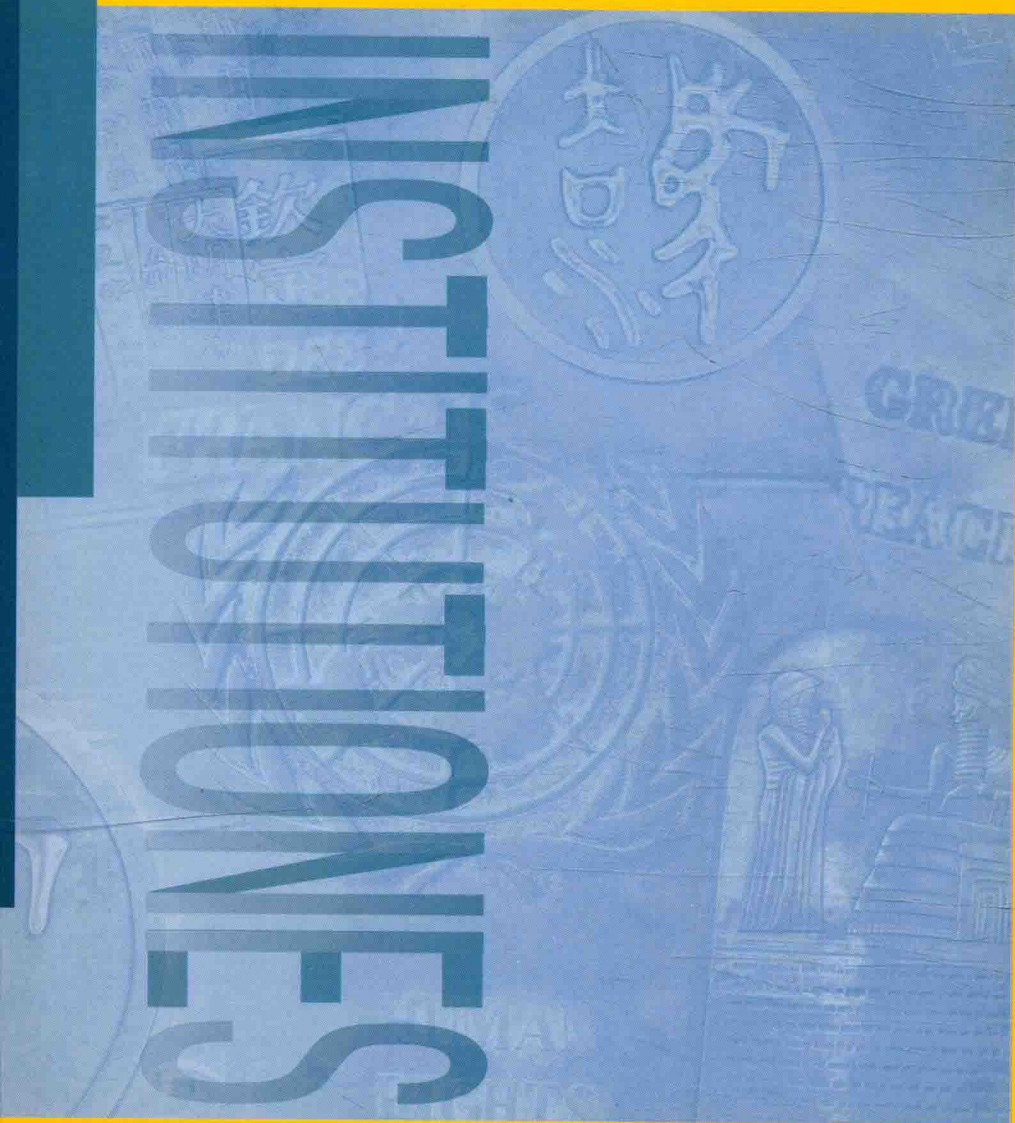
普通高等教育法学精品教材

| 第二版 |

海 商 法

MARITIME LAW

傅廷中 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法 学 阶 梯
INSTITUTIONES

普通高等教育法学精品教材

| 第二版 |

海 商 法

MARITIME LAW

傅廷中 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

海商法/傅廷中著. — 2 版. — 北京:法律出版社,2017.2

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0633 - 3

I. ①海… II. ①傅… III. ①海商法—高等学校—教材 IV. ①D996.19

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 036547 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/三河市龙大印装有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/30.5 字数/701 千

版本/2017 年 2 月第 2 版

印次/2017 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0633 - 3

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

傅廷中 辽宁铁岭人,1953 年出生。先后毕业于上海海运学院(今上海海事大学)、大连海事大学,在吉林大学获法学硕士学位,在韩国海洋大学获法学博士学位。从教之前,曾在福建省厦门市从事港务管理和国际船务代理,走上教学岗位之后,曾在大连海事大学从事海商法教学与研究工作。2001 年年底至 2003 年年初,以高级访问学者的身份,由国家留学基金委公派至英国牛津大学和剑桥大学从事研究。现任清华大学法学院教授、博士生导师,大连海事大学兼职教授,上海海事大学客座教授,厦门大学南海研究院兼职研究员,中国法律咨询中心专家委员会委员,中国海事仲裁委员会委员、仲裁员。

独著、合著、参编作品有:《海商法论》、《保险法学》、《海商法律与实务丛谈》、《新编海商法学》、《海商法详论》、《海商法大辞典》、《国际经济法大辞典》、《中国政府公务百科》、《商法》、《海商法》等。在《法学研究》、《中国法学》、《现代法学》、《当代法学》、《环球法律评论》、《法律科学》、《国际法研究》、《法学家》、《中国海商法研究》、《大连海事大学学报》、《人民法治》、《美中法律评论》、英国《当代商法》(Contemporary Law)、美国杜兰大学《海商法》杂志、《世界海运》、韩国《海法学会志》、中国台湾地区《月旦民商法》、中国台湾地区《船贸周刊》、《海法与通商法》等刊物和杂志发表论文或专题讲话百余篇。

第二版序言

当今时代是经济全球化的时代,国际贸易的发展促进着海上运输领域的变革,传统的海商法律体制面临着新形势的考验与挑战。从国际大环境来看,发展中国家和代表货主利益的国家出于发展贸易的需要,强烈地要求改变传统的法律制度以谋求船货双方的利益平衡,由此催生了《鹿特丹规则》。从我国国内的情况来看,自《海商法》颁行以来,我国的法制建设取得了长足的进步,一些必备的法律得以制定,先后颁布了《物权法》、《担保法》、《合同法》、《仲裁法》、《国际海运条例》等重要的法律、法规;一些不适应市场经济建设和“入世”要求的制度得到了改革与完善。为了正确地适用法律,最高人民法院还颁布了一些重要的司法解释,实现了立法和司法的联动。就国外的情况而言,改革传统法律体制的趋势也日渐明朗,如美国在《1999 年海上货物运输法》中创设了履约承运人的制度,并将电子提单、服务合同等纳入海上运输法的调整范围,实现了对传统海上运输法的突破;英国《2015 年保险法》中取消了“最大诚信”的概念,并以投保人的“公平陈述义务”取代了“如实告知”的义务。立法、司法和航运实务中的变革要求我们对现有的海商法体制进行深层次的思考,对一些新型的制度建构进行深入的研究。本书经过修订并在此时出版,目的即在于此。

当前,在我国的海商法研究领域存在两种倾向,一种是过分地夸大海商法的特殊性,在客观上使之游离于法律体系之外;另一种是过分地强调海商法对民法的依附性,动辄用合同法的理论批判海上货物运输合同法制度,表现出一种商法虚无主义的倾向。这两种倾向均不利于海商法研究的开展。笔者在修订本书的过程中尽量避免这两种倾向,但客观效果如何,还有待于实践的检验。

本书经修订之后,删除了一些过时的理念,增加了一些新的内容,纠正了一些错误的观点,但由于本人的视野具有一定的局限性,对某些问题的理解肯定存在肤浅之处,还望读者朋友们及时指正。

借本书再版之际,再次向关心、支持我的新老朋友们表示诚挚的谢意!

傅廷中

2016 年 11 月 15 日于清华大学

序 言

我国《海商法》自1993年实施至今已经十几年了。在此期间,国际经济形势发生了巨大的变化,我国的国际航运和国际贸易事业也取得了令世人瞩目的成就,现已成为名副其实的航运大国和贸易大国。论及对航运和贸易关系的调整,应该说,《海商法》功不可没。

伴随着海商立法的发展,我国的相关理论研究也取得了长足的进步,并取得了丰硕的研究成果。在广大学者、司法工作人员和实务界人士的努力下,一批优秀的海商法著作、教材和论文相继问世,这些研究成果不仅有力地指导了海事司法实践,而且为今后的理论研究提供了重要的参考和借鉴。本人作为一名法学教育工作者,受国内外相关理论研究的启发,在几年前就萌发了撰写本书的想法,希冀通过此书将自己的思路加以系统的梳理,将本人的观点展示给学界同仁并引起讨论。但是,由于教学任务繁重,加之其他一些客观原因,致使写作时断时续,拖至近日始得完成,实感有负朋友们的厚望。

就全球范围而言,海商法是一门古老而博大的学科,许多国家都对这门学科的研究给予了高度的重视,一些航运大国甚至将其作为一个独立的法律部门加以研究。但是,在这方面,我国却与其他国家形成了较大的反差,这种反差主要体现在学术界而不是在立法和司法方面。平心而论,在我国,自改革开放以来,海商立法得到了国家的高度重视,在尚未制定民法典的条件下,即首先制定了海商法典,并配之以一系列的行政法规和司法解释,继而又制定了《海事诉讼特别程序法》,从而形成了相对完整的体系。但是,在学术界,海商法却没有被引起足够的重视,在学科划分时,海商法被人为地置于一个较低的层级之上,以致有些人误认为海商法是小学科,甚至还有人错误地将海商法理解成航海法或仅仅适用于沿海地区的法律。这种理念与我国这个航运大国和贸易大国的地位是极不相称的,若不及时扭转,将会贻误我们的事业。本人撰写此书,就是为了系统地阐述海商法律制度的内涵,为繁荣我国的海商法研究贡献绵薄之力。

本书在写作时沿袭了传统的体例,即按照《海商法》的章节内容来安排书中的结构,在写作过程中,力求对海商法的具体制度展开较为详细的论证,对理论界存在的一些颇有争议的问题,进行了必要的考证。客观地讲,面对海商法这样一个庞大、深邃、复杂的理论体系,独立地对其加以全面的研究确有一定的难度,但此种写作方法,其优点在于保持写作风格的一致性,更重要的是可以避免或减少前后观点的矛盾,这正是本人独立撰写此书的初衷。

笔者在借鉴与分析相关成果的基础上,坦陈自己的意见,并对某些学术观点进行了必要的分析和评论,倘有不恭之处,尚请见谅。至于本人的观点正确与否,还有待于同行们的鉴定和实践的检验。在本书写作过程中,得到了许多朋友的鼓励,我的学生们也给予很大的精神支持,值此拙作出版之际,我愿对热情关心我的新老朋友一并表示诚挚的谢意!

作者

2006年11月11日于北京

本书常用法律、法规、公约 及其缩略语一览表

一、法律、法规、司法解释

中华人民共和国民事诉讼法通则(1986年4月12日,2009年8月27日)

中华人民共和国海商法(1992年11月7日)

中华人民共和国物权法(2007年3月16日)

中华人民共和国涉外民事关系法律适用法(2010年10月28日)

中华人民共和国合同法(1999年3月15日)

中华人民共和国保险法(1995年6月30日/2002年10月28日/2009年2月28日/2015年4月24日)

中华人民共和国民事诉讼法(1991年4月9日/2007年10月28日/2012年8月31日)

中华人民共和国海事诉讼特别程序法(1999年12月25日)

中华人民共和国船舶登记条例(1994年6月2日)

中华人民共和国国际海运条例(2001年12月11日)

关于不满300总吨船舶及沿海运输、沿海作业船舶海事赔偿限额的规定(1993年11月15日)

中华人民共和国港口间海上旅客运输赔偿责任限额规定(1993年11月20日)

中华人民共和国海船船员适任考试、评估和发证规则(2004年7月21日)

最高人民法院关于审理涉外海上人身伤亡案件损害赔偿的具体规定(试行)(1992年5月16日)

最高人民法院关于审理船舶碰撞和触碰案件财产损害赔偿的规定(1995年8月18日)

最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释(一)
(2012年12月10日)

二、国际公约/示范规则

简称及缩略语	全称
船舶登记条件公约	1986年联合国船舶登记条件公约
船舶优先权和抵押权公约	1993年船舶优先权和抵押权公约
STCW	1978年海员培训、发证和值班标准国际公约
海员协议条款公约	1926年海员协议条款公约
MLC	2006年国际海事劳工公约
海牙规则	1924年关于统一提单若干法律规定的国际公约
海牙/维斯比规则	修正1924年关于统一提单若干法律规定的国际公约 的1968年议定书
汉堡规则	1978年联合国海上货物运输公约

2 本书常用法律、法规、公约及其缩略语一览表

鹿特丹规则	2008 年联合国全程或者部分海上国际货物运输合同公约
多式联运公约	1980 年联合国国际货物多式联运公约
电子提单规则	1990 年国际海事委员会电子提单规则
海运单规则	1990 年国际海事委员会海运单统一规则
雅典公约	1974 年海上旅客及其行李运输雅典公约
船舶碰撞公约	1910 年关于统一船舶碰撞若干法律规定的国际公约
里斯本公约草案	1985 年确定海上碰撞损害赔偿的国际公约(草案)
COLREGS	1972 年国际海上避碰规则
SOLAS	1974 年海上人命安全公约
1910 年救助公约	1910 年统一海难援助和救助若干法律规定的公约
1989 年救助公约	1989 年国际救助公约
1957 年责任限制公约	1957 年海船所有人责任限制国际公约
CLLMC	1976 年海事赔偿责任限制公约
CLC	国际油污损害民事责任公约(1969/1992)
FC	1971 年设立油污损害赔偿基金的国际公约

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 海商法的概念	(1)
第二节 海商法的表现形式	(5)
第三节 海商法的适用范围	(7)
第四节 海商法律关系	(10)
第五节 海商法的历史沿革与发展趋势	(12)
第二章 船舶	(19)
第一节 船舶概述	(19)
第二节 船舶所有权	(23)
第三节 船舶抵押权	(29)
第四节 船舶优先权	(36)
第五节 船舶留置权	(46)
第六节 关于船舶担保物权的国际公约	(51)
第三章 船员	(57)
第一节 船员概述	(57)
第二节 船长	(64)
第三节 船员劳动合同及其立法	(67)
第四章 海上货物运输合同	(70)
第一节 海上货物运输合同概述	(70)
第二节 提单	(77)
第三节 海运单	(152)
第四节 海上货物运输国际公约	(155)
第五节 航次租船合同	(175)
第六节 国际货物多式联运合同	(200)
第五章 海上旅客运输合同	(208)
第一节 海上旅客运输合同概述	(208)
第二节 海上旅客运输合同当事人的基本权利和义务	(210)
第三节 关于海上旅客运输的国际公约	(212)

第六章 船舶租用合同	(218)
第一节 定期租船合同	(218)
第二节 光船租赁合同	(239)
第七章 海上拖航合同	(243)
第一节 海上拖航合同概述	(243)
第二节 海上拖航合同当事人的权利和义务	(246)
第八章 船舶碰撞	(249)
第一节 船舶碰撞概述	(249)
第二节 关于船舶碰撞的立法与司法实践	(254)
第三节 确定船舶碰撞过失的标准	(259)
第四节 船舶碰撞损害赔偿	(261)
第九章 海难救助	(268)
第一节 海难救助制度的意义	(268)
第二节 海难救助行为的构成要件	(270)
第三节 海难救助的基本类型	(275)
第四节 “无效果无报酬”合同下的救助报酬与特别补偿	(277)
第五节 关于海难救助的国际公约	(283)
第十章 共同海损	(288)
第一节 共同海损制度概述	(288)
第二节 共同海损的表现形式	(293)
第三节 行为人的过失与共同海损的关系	(300)
第四节 共同海损时限与担保	(305)
第五节 海损理算	(308)
第六节 共同海损制度的发展趋势	(314)
第十一章 海事赔偿责任限制	(323)
第一节 海事赔偿责任限制制度概述	(323)
第二节 关于海事赔偿责任限制的国际公约	(331)
第三节 海事赔偿责任限制制度的基本架构和内容	(334)
第四节 海事赔偿责任限制基金	(372)
第十二章 海上保险	(386)
第一节 海上保险概述	(386)
第二节 保险法的基本原则在海上保险中的适用	(392)
第三节 海上保险合同概述	(415)

第四节	海上货物运输保险合同	(422)
第五节	船舶保险合同	(432)
第六节	保赔保险合同	(441)
第七节	特殊类型的海上财产保险合同	(450)
第十三章	海事诉讼时效	(452)
第一节	诉讼时效制度概述	(452)
第二节	海事诉讼时效期间及其起算	(453)
第三节	海事诉讼时效的中止	(457)
第四节	海事诉讼时效的中断	(457)
第五节	与诉讼时效相关的理论问题	(459)
第十四章	涉外海事关系的法律适用	(461)
第一节	概述	(461)
第二节	涉外海事关系适用的实体法	(465)
第三节	涉外海事关系适用的程序法	(470)

第一章 绪 论

第一节 海商法的概念

一、海商法的调整对象

法的调整对象是指法律所调整的特定社会关系。在我国《海商法》正式颁布之前,学界对海商法的调整对象可谓众说纷纭,有人说海商法的调整对象是围绕船舶而发生的关系,有人说是海上运输中发生的关系,也有人认为两者兼而有之。对于海商法调整对象的性质,有人认为是平等主体之间在海商活动中发生的权利义务关系,也有人认为除了平等主体之间的关系之外,还应该包括基于国家对海运的管理而发生的行政关系。按照这种解释,海商法调整的社会关系就表现为纵横交错的关系。《海商法》颁布以后,这一争论便告结束。我国《海商法》第1条规定:“为了调整海上运输关系、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的发展,制定本法。”由这一规定可以看出,我国《海商法》的调整对象包括如下两大组成部分。

(一)海上运输中发生的社会关系

海上运输关系实际上应该是一个广义的概念,即平等主体之间在从事海上运输活动以及围绕海上运输而从事的相关活动中发生的权利义务关系,具体而言,包括如下三种关系。

1. 海上运输合同关系

海上运输合同关系,是指海上运输合同当事人在海上客、货运输过程中形成的权利义务关系。由于海上运输的经营方式不同,使用的合同形式也各有不同:在班轮运输中,以提单(Bill of Lading: B/L)作为运输合同的证明;在旅客运输中,以客票作为运输合同的证明;在航次租船运输的情况下,采用的是航次租船合同(Voyage Charter Party: Voyage C/P);在海上拖带运输方式下,则要订立海上拖航合同。

在我国的《合同法》中,对合同的订立、履行和违约责任等,均有明确的规定,但是,由于海上运输是一种国际商事活动,在许多方面必须遵从国际惯例,单纯适用《合同法》无法全面调整当事人之间的权利义务关系。《合同法》与海上运输合同法的关系实际上是基本法与特别法的关系,《合同法》中确立的基本原则固然可以适用于海上货物运输合同,但是,由于国际海上货物运输具有国内货物运输所不具备的一些特征,有关当事人的权利、义务和责任应适用《海商法》中的专门制度。

2. 海上运输活动中发生的船舶租用合同关系

经营海上运输的人并非一定都是船舶所有人,使用他人的船舶从事运输的情况也较

为普遍,由此便产生了船舶租用合同的形式。法律中所说的“租”是指光船租赁,在此种经营方式下,船舶出租人按照合同的约定将光船租给承租人,由承租人自行配备船员、自行安排营运。至于法律中所说的“用”,乃是指定期租船。在定期租船合同下,船舶出租人将船舶连同船上的船员一起为承租人提供服务,在合同期内,船舶的航海事务由船舶出租人负责,船舶的营运方面(如装运何种货物,行走何种航线,运输何种货物等)则由承租人负责安排。定期租船的承租人与出租人订立合同的主要目的是实现对船舶的使用而不是占有船舶,故在某些国家(如韩国)的《海商法》中称此种经营方式为定期傭船,其中具有雇佣或使用的含义。

3. 为分散和分担海上运输中的风险而产生的关系

海上运输是高风险的活动,在英美法系国家的一些学术著作中,至今仍习惯于称之为海上冒险活动(adventure),因而需要建立起一种分担或者化解风险的机制,由此便在当事各方之间形成了共同海损分摊的关系,或者与保险人之间建立起保险合同关系,以实现对海上风险的分担或者将海上运输中可能出现的风险分散给社会(有关海上保险和共同海损制度将在后面的相关章节中详述)。

(二)与船舶有关的特定社会关系

海上运输以船舶为载体,港航各部门的业务经营亦围绕船舶而展开,海上融资活动同样也是以船舶为中心,因此,围绕船舶而发生的社会关系是海商法调整的重要内容。此间需要提及的是,在我国,船舶作为一种物,只能被视为法律关系的客体而非主体,但在我国《海商法》中却使用了“船舶关系”的提法,应该说这是立法中的错误。确切的表述应该是“与船舶有关的特定关系”。正如不能把海上运输过程中发生的各种关系都归于海商法的调整范围一样,也不能把与船舶有关的各种关系系统统视为海商法的调整对象。例如,关于船舶的航行权问题属于国际公法的调整范围,船舶安全问题应归于《海上交通安全法》调整,至于船舶管理关系则属于海运行政管理法规的调整对象。只有平等的民事法律关系主体围绕船舶而产生的特定社会关系才受海商法的调整。具体而言,这些关系包括如下三种。

1. 船舶物权关系

物权关系是指权利人可以直接支配物,而不需要义务人实施某种积极行为予以配合的民事法律关系。在物权关系中,义务人为权利之外的一切不特定人,其义务一般为不实施阻碍权利人行使其权利的行为,因此,物权是一种绝对的法律关系。从物权法的角度来看,船舶物权关系应包括船舶所有权关系、船舶抵押权关系、船舶优先权关系和船舶留置权关系。

2. 船舶营运过程中产生的海上侵权关系

海上侵权是指参与海上事业的当事方因过错侵害他人财产或人身权利的行为。海上侵权有多种表现形式,如船舶碰撞、污染海洋环境等。海上侵权本是民事侵权行为的一种表现形式,故应归于侵权责任法的调整范围,但是,由于海上活动的复杂性,单纯依据侵权责任法还不能准确地调整这种关系。例如,船舶在航行过程中因违反航行规则和国际海上避碰规则而碰撞它船并造成它船的损失,在处理纠纷时除了要依据侵权行为的构成要件衡量碰撞责任之外,尚需考虑到海上的特殊情况。例如,在判断碰撞责任时,要把是谁的原因造成了碰撞的紧迫局面作为衡量碰撞责任的主要标准,至于在紧迫局面下采取的

错误行动则作为次要标准。另外,对受害的一方船舶来讲,虽然没有违反航行规则或避碰规则,但是,当其发现仅凭对方船的避让行动已经不能避免碰撞的时候,也可以采取一些背离规则的行动,如果该船一味消极地等待对方船舶采取措施,最终酿成事故,也需承担一些责任。海上活动的种种特殊情况决定了海商法调整对象的特殊性。

3. 基于对船舶或者海上财产的救助而产生的海难救助关系

海难救助事业是海上运输事业的重要支撑和保障,当船舶遭遇海上风险和发生海难事故时,如果有它船对其实施了救助行为,便会产生是否以及如何支付救助报酬的问题。海难救助有两种基本的形式,即根据无效果一无报酬的合同进行的救助和根据雇佣或者服务性的合同进行的救助。在前一种救助合同下,只有当遇险船舶和财产获救时,救助人才有权请求救助报酬;而在后一种情况下,不论救助是否成功或者是否有效果,被救方均应按照合同约定支付报酬。为了妥善地调整海难救助关系,须将此种救助活动纳入《海商法》的调整范围。

二、海商法的特征

《海商法》在我国的法律体系中居于重要的地位,就立法层面而言,我国在尚未制定民法典的情况下,即制定了海商法典,而且还配之以专门的程序法——《海事诉讼特别程序法》,进而实现了实体法和程序法的有机结合。从司法层面来看,我国自20世纪80年代初,即在法院系统开辟了海事审判序列,在全国沿海地区的主要港口城市设立了海事法院,并且在相关的省、自治区、直辖市的高级人民法院直至最高人民法院的民事审判机构里配置了海事审判力量。从仲裁的层面来说,在20世纪50年代,国务院就决定在国际贸易促进委员会下面设立了海事仲裁委员会。海商法与其他部门法相比较,具有如下显著特征。

(一) 融合各种相关的制度

海商法虽然专门以海上运输和以船舶有关的特定社会关系为调整对象,但其内容却涉及许多相关的法律制度。从狭义海商法的角度来看,《海商法》与民法中的各项制度紧密联系,其中包括物权法、合同法、侵权责任法、涉外关系的法律适用和时效制度等,基于这一原因,有人形象化地称之为小民法典。从广义的角度来看,《海商法》虽然以海上运输和与船舶有关的关系为调整对象,却还涉及其他部门法,如保险法、船员法、海上交通安全法和行政法中的其他相关制度。从这个意义上说,海商法是综合了各种相关法律制度的法律,这一特征 is 其他部门法所不具备的。

(二) 受国际立法和国际惯例的影响较大

由海商活动的涉外性所决定,世界各国,不论法系如何,其海商法的体系构成大同小异,制度的内容也非常相似,具有触类旁通之功效。各国海商法之所以有很大的相似性,乃是由于海上运输是跨越国界的活动,各国在制定海商法典时,都要遵循该国所参加或批准的国际条约或者参照国际通行做法。例如,在海上货物运输合同制度中,普遍以《维斯比规则》为基础;在船舶碰撞法律制度方面,基本上是根据1910年《统一船舶碰撞若干法律规定的国际公约》(以下简称《1910年船舶碰撞公约》)和《1985年确定海上碰撞损害赔偿的国际公约(草案)》的规定;而在共同海损制度方面,又普遍参照了《约克—安特卫普规则》的规定。据此,有人说海商法在全世界具有通用性,这种说法虽然不尽科学(因为

一国法律不可能在全世界具有普遍拘束力),但在一定程度上说明了海商法受国际立法影响较大的特征。

(三)与航海实践和商贸实务息息相关

就全球范围而言,海上贸易已经过了千百年的实践,航商们在此方面积累了丰富的实践经验,而各国在制定海商法的过程中又普遍吸收了这些经验,从这个意义上说,今天的海商法律在很大程度上就是人们在长期的航海和贸易实践中形成的习惯,因而体现了很强的实务性。由这一特点所决定,在学习海商法时,应尽量地了解与之相关的航海和贸易方面的理论与实践,这对搞好学习和研究是大有裨益的。国内的一些学术著作中曾把海商法的特征归结为涉外性、技术性和风险性,笔者不赞成这种提法。我们知道,所谓特征,是指可以作为事物特点的征象与标志,既然称作特征,就必须是为某种事物所独有的,而上面所述的几个方面并非为海商法所独有。首先,就涉外性而言,在我国的法律体系中,并非只有海商法才具有涉外性,例如,在涉外知识产权、涉外婚姻、外商投资、国际财产保险、国际工程承包、国际技术转让等相关的立法中,无不具有涉外因素,为了调整这些关系而制定的法律制度自然都具有涉外性质,因而不属于海商法独有的特征。其次,就技术性的特征而言,我们不能否认航海活动确实具有很强的技术性,但这只是航海活动的特殊性,而不是海事法律的特殊性。例如,在航海过程中,为了处理船舶间的航行和避让关系,在国际上制定了专门的避碰规则,这些规则如同道路交通规则一样,属于技术性规范,它们为划分有关各方的责任提供了依据,但在处理有关的赔偿责任问题时,只能依据海商法中的碰撞损害赔偿制度。换言之,海商法中关于船舶碰撞赔偿责任的规定并不属于技术性规范。最后,就风险性来讲,也只是航海活动本身的特点,而不是海商法的特点。法律的作用在于调整社会关系,稳定社会秩序,保证公平与正义的实现,说法律本身有风险性在逻辑上是错误的,如果适用一部法律将会带来风险,这样的法律无异于恶法。

三、海商法的性质

海商法的性质是指海商法区别于其他部门法的根本属性。对此,国内外理论界颇有争议,具体划分方法也有一定的差异。在实行“民商合一”体制的国家,一般将海商法归入民法的范畴,并视为民法的特别法;在“民商分立”的国家(如日本和韩国),则把海商法视为商法的一部分。在我国,对于海商法性质的认定,至今还有很多的争论,有人说海商法是民法的特别法,有人认为海商法是国际经济法的一个分支,也有人主张海商法应该成为一个独立的部门法。^[1]上述说法从表面上看似乎存在原则性的分歧,但其实只是观察问题的角度不同。说海商法是民法的特别法,是就法律的调整对象而言。由于海商法和民法所调整的都是平等主体之间的权利义务关系,因此,在我国没有商法典的情况下,只能将其纳入民法的范畴。说海商法是国际经济法的分支,乃是针对学科的研究对象而论。国际经济法学,顾名思义,应以国际经济法为研究对象,由于国际经济法本身具有跨部门法的性质,其中不仅包括国际公法规范,也包括涉外经济法规范和国际民商法规范。^[2]从这个意义上说,将海商法归于国际经济法的范畴也不足为怪。至于认为海商法应该成

[1] 司玉琢主编:《海商法》(第三版),法律出版社2012年版,第6页。

[2] 车丕照著:《国际经济法概要》,清华大学出版社2003年版,第9页。

为独立法律部门的观点则是基于海商法的特殊性而提出。海商法最初是从欧洲的商人习惯法发展而来的,后来在英国取得了较大的发展,反过来又影响了欧洲大陆各国的海商立法。由于英国法以判例法为主,若用民法法系的理论解释普通法系的概念,注定会产生许多矛盾。正是由于这个原因,在大部分国家,海商法都脱离了民法而归于商法体系,有些国家(如英国)甚至将其作为独立的部门法对待,从这个角度上来说,关于海商法作为独立部门法的说法并非是空穴来风。当然,鉴于我国目前实行民商合一的法律体制,在商法典尚未制定的情况下,将海商法从民法中分离出来是不可能的,但这绝不意味着可以过分强调民法对海商法的统领作用而摒弃商法理念。近年来,在我国的海商法理论研究中出现了一种商法虚无主义倾向,有些学者或者实务工作人员热衷于将海商法的概念和制度与民法中的概念和制度对号入座,致使海商法的制度建构失去意义。正确的做法应该是在坚持民法基本原则的前提下,充分兼顾海商法的特点,用商法理念研究海商问题,而不能机械地套用民法的概念和制度。

第二节 海商法的表现形式

海商法与其他部门法一样,是经国家制定或认可的,并以国家强制力保障实施的行为规则。此种行为规则必须通过一定的形式表现出来,以便人们遵守和执行,此即法的表现形式,又称作法的渊源。在我国,提及海商法,人们首先想到的往往是法典(即法条)本身,而很少注意其他方面。其实,海商法有广义和狭义之分,广义的海商法是指调整海上运输关系和与船舶有关的特定关系的法律规范的总和,而狭义的海商法才是指海商法典本身。

一、广义的海商法

人们在社会生活中会结成各种各样的社会关系,有些关系在当事人之间表现为权利义务关系并须用法律来调整,这样的关系就属于法律关系,而调整这种关系的行为规则就是法律规范。就广义的海商法而言,这种法律规范的表现形式主要包括三个组成部分。

(一)国内立法

国内立法是指全国人大及其常委会颁布的法律和国家行政机关颁布的行政法规。这些法律和法规,按其性质又可分为实体法规范和程序法规范。实体法规范是指在法律中直接规定当事人的权利与义务的行为规则。就海商法中的实体法规范而言,主要体现在《海商法》、《民法通则》以及国家行政机关所颁布的各类行政法规之中。从部门法的关系来讲,由于海商法调整的关系是民事法律关系,故海商法应属于民法的特别法,在调整有关当事人之间的权利义务关系时,海商法中有规定的,适用海商法的规定,海商法中若无规定,则应适用民法的有关规定。此外,国家行政机关为了加强对海运的管理,也可在职权范围内制定一些条例和管理规定,这些条例和规定统称为行政法规(如国务院于2001年公布、于2002年正式实施并于2013年修订的《国际海运条例》)。至于程序法规范,是

指法院在审理案件时,在法院、诉讼当事人以及其他诉讼参与人之间所应遵守的行为规则。海事诉讼虽然从本质上来讲属于民事诉讼的范畴,但由于此种诉讼具有自身的特殊性,单纯依据民事诉讼法无法解决海事诉讼中的全部问题。为此,国家依据民事诉讼法的基本原则和制度,参照相关国际公约的规定,并借鉴国外的立法和司法经验,制定了《海事诉讼特别程序法》,该法于1999年12月25日经第九届全国人大常委会第十三次会议通过,自2000年7月1日起施行。至此,我国的海事立法在实体法和程序法两个方面得到了完全的确立。

(二) 国际海事条约

两个以上的国家所订立的有关相互权利义务关系的协议谓之国际条约,凡与海上运输或船舶有关的条约为海事条约。各国立法对国际条约的态度不尽相同。有的国家对国际条约采取并入式,即直接把该国参加或批准的国际条约并入本国法律。例如,美国宪法即规定,条约是国内法的组成部分。如果美国批准了某一海事条约,则该条约就当然地成为该国海商法的组成部分。另一些国家对国际条约则采取转化式,这些国家基本上不承认国际法在本国的效力,要使国际条约的规定在国内产生拘束力,须通过二次立法,将国际条约中确立的基本制度规定在本国的法律之中。例如,英国即采此种模式。我国在处理国际条约与国内法的关系问题上所采取的模式既非并入式也非转化式,而是实行国际条约优先于国内法适用的做法,例如,我国《海商法》第268条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用国际条约的规定;但是,中华人民共和国声明保留的条款除外。”

(三) 国际航运惯例

所谓航运惯例,是指国际航运界针对同一性质的问题所采取的类似行为。对于国际惯例应否作为法的渊源这一问题,有两点须加以明确。

1. 国际惯例在法律体系中的地位

对于应否将国际惯例作为法律渊源的问题,赞成者认为,适用国际惯例可以有效地弥补法律的不完善之处。反对者认为,堂而皇之地将国际惯例作为法的渊源实不可取,其理由有四:其一,国际惯例的概念模糊,在理解上容易出现偏差;其二,过分强调适用国际惯例说明法制本身的不健全;其三,在国际经济活动中适用国际惯例无非是为了填补法律的某些空白,但是,在国际航运实务中,人们完全可以根据契约自由原则将国际惯例规定在合同当中,没有必要通过立法的形式强调适用国际惯例;其四,即使法律对某些具体问题未做规定、合同当中也无约定,仍可适用最密切联系原则。基于上述理由,不应过分强调国际惯例的作用。事实上,在我国的市场经济还不尽完善、法制尚未充分健全的情况下,国际惯例具有一些不可替代的作用,但是,随着市场经济法的不断完善,国际惯例的作用不应被夸大,在司法实践中,除了运用最密切联系原则和契约自由原则之外,还可以多发挥民间规则的作用。例如,在共同海损问题上,在合同中约定适用《约克—安特卫普规则》就比笼统地规定适用国际惯例具有可操作性。

2. 国际惯例的表现形式

国际惯例可以分为国际公法上的惯例和国际商事惯例。关于国际公法上的惯例,《国际法院规约》第38条为之确立的定义是“作为通例之证明而经接受为法律者。”按照这一定义,适用国际公法上的惯例须具备三个要件:一是某种做法经过了人们长期、反复