

商法系列丛书

主编：徐学鹿

金涛著

海商法

市场行为法的基础理论与实务

人民法院出版社

商法系列丛书之十五·市场行为法的基础理论与实务

丛书主编：徐学鹿

海 商 法

金 涛 主 编
傅廷中
魏国君 副主编

人 民 法 院 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

海商法/徐学鹿主编. —北京: 人民法院出版社,
1999. 12

(商法系列丛书·市场行为法的基础理论与实务)

ISBN 7-80056-894-6

I. 海… I. 徐… III. 海商法-中国-普及读物 IV. D92
2. 294

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 66914 号

商法系列丛书之十五

海商法

主编: 金涛等

——市场行为法的基础理论与实务

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

人民卫生出版社印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 9.875 印张 246 千字

1999 年 12 月第 1 版 1999 年 12 月第 1 次印刷

印数: 1—3000 册

ISBN 7-80056-894-6/D·966

定价: 15.00 元

丛书编委会

编 委:

- 刘凯湘 北京商学院法律系教授、北京大学博士
司玉琢 大连海事大学前校长、教授、博士生导师
吴志攀 北京大学法学院院长、教授、博士生导师
吴慎宗 法制日报、中国律师报、长安杂志原总编、高级编辑
范 健 南京大学法学院院长、教授
徐学鹿 北京商学院商法研究所所长、教授
张文显 吉林大学副校长、教授、博士生导师
曹建明 最高人民法院副院长、中国法官学院院长、教授
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师
王亦平 北京商学院教师、中国人民大学博士

名誉编委:

- 安德鲁·麦吉 英国利兹大学法律系商法教授、商事
Andrew McGee 法律与实务研究中心主任
岩原绅作 东京大学法学部教授、日本法制审议会商法
部会委员
朴容燮 韩国海洋大学教授、韩国海事法学会会长、博士

主 编 徐学鹿

副主编 刘凯湘 王亦平

序

我们这个时代法律舞台上最重要的发展之一，是商法作为世界通用的法律越来越成为更多人的共识，商法世界统一化的潮流汹涌澎湃，势不可挡。但是，亚洲、非洲等发展中国家“他们之中的许多国家还没有来得及发展其本国的商法，就已经获得独立了”，把这些“国家所急需的商法提供给他们”，是对他们提供的最好的“技术上的帮助”，对他们来说“是无价之宝”^①。对这种现象我们可称作为“补课”。有名望的和公正的国际组织，以及不少的国际知名专家、学者，在亚太国家商法“补课”活动中，作了大量的工作，值得指出的是亚太法协一届又一届的会议总是研讨商法的理论与实务问题，目的无非是从理论导向上使亚太国家重视商法，从而使亚太国家从“无价之宝”中获得实际收益，让更多的人掌握商法“技术”，使这些国家因此而走向繁荣富强。在“补课”过程中，还值得提到的是《外国法律文库》的组织者，向我国推荐的两本有关商法的著作：《法律与革命》、《国际贸易法文选》，这两本书回答了商法补课的必要性，从理论上澄清了商法的诸多界限，可以说是商法“补课”的基本教科书。我国是亚太国家之一，1949年才结束了半封建、半殖民地的统治，走上了独立自主的发展道路，属于发展中国家。我国的商法“补课”情况至今如何呢？我想介绍我的学生在求职中的实际经历来说明问题。当

①〔英〕施米托夫著，江平主编，赵秀文译：《国际贸易法文选》，中国大百科全书出版社1993年版，第200页。

求职者表明自己是商法方向研究生时,对方总是发出这样的问题:什么是商法;商法与经济法有什么不同;什么是民商法;商法与民商法有什么不同等。发问者有法院、检察院等司法机关的,也有工商行政管理等政府机关的,有律师事务所的,有公司企业的,还有高等学校的领导人员等。这些有关商法的典型实例,充分说明了商法在我国“补课”的必要性。发达国家也经历过农业社会,但是,他们从农业发展中积累起来的资本,很自然地就转化成为商业资本,实现了商业革命;而我国漫长的农业社会延续了数千年,农业资本不仅很难转化成为商业资本,发了财的商人转而投资土地,使自己也成为不承担风险的地主。商业革命造就商法,商法也有助于推动商业革命。发达国家在这种良性循环中发达了,而我国却在资本不离土,以土地为中心的经济中,使小农经济社会保持了数千年。在一个存在自然经济、小生产方式汪洋大海的国度里,接受简单商品生产的理论、文化包括法律在内,具有天然性,可以说是根深蒂固、驾轻就熟,而对适应社会化大生产的理论、观念,包括法律,特别是商法,会自觉不自觉地采取种种办法加以阻挠。我们认识这些障碍,“这些障碍包括与法律本身相关的思想和行动的狭隘性和孤立性”^①。我们就要更加增强在商法问题上“补课”的自觉性。既然是“补课”必然有异于常规,它必然要比在常规中付出更大的精力。我们组织编撰这套《商法系列丛书》,就是为了在商法“补课”中,让人们能集中了解商法是什么,而且花较少的精力,获得较多的对商法的了解。从而把我们长期以来在这方面耽误了的时间,在短期内有效地追回来。并且,在市场经济条件下商法是市场交易的基本规则,商法对于市场经

①〔美〕伯尔曼著,江平主编,贺卫方等译:《法律与革命——西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社1993年版,第Ⅲ页。

济，犹如空气对于人一样重要。因此，在商法问题上不能仅是被动地“补课”，而是要在市场经济立法体系的模式选择、总体设计、具体立法规划等诸多方面，充分享受后发性利益，主动地“开新课”，全面创新适应中国社会主义市场经济的新的商法体系。《丛书》在这方面作了一些尝试，以便引起大家共同来探讨建立我国市场经济创新制度体系的兴趣。19世纪问世的近代商法，延续了近两个世纪，20世纪50年代问世的《美国统一商法典》，结束了近代商法的历史。在商法世界统一的时代潮流中迎来的21世纪，将是一个商法的新世纪，让我们与世界上所有的国家满怀激情的迎接商法的新时代。

《商法系列丛书》在组稿和编写中，得到了中国人民大学、北京大学、吉林大学、南京大学法学院，中国政法大学、华东政法学院、大连海事大学、北京商学院等的大力支持，在此谨表诚挚的感谢。《丛书》成书时间仓促，加之水平等方面原因，存在的谬误敬请读者批评、指正。

商法在我国是一个崭新的领域，为便于展开学习、研究、讨论，主编在统稿中没有将丛书作者的不同观点、见解加以统一。这样更有助于读者思考、鉴别不同的观点、主张，从而有利于形成科学的、创新的、具有社会主义市场经济特色的我国的商法体系，有利于这一领域理论与实务的繁荣。

徐学鹿 于北京商学院商法研究所 1999年3月

目
录

序	徐学鹿	(1)
1 海商法基本问题研究		(1)
1.1 海法与海商法		(1)
1.2 海上企业与海商法的地位		(5)
1.3 海商法的独立性		(10)
1.4 海商法的发展		(13)
1.5 海商法的渊源		(22)
2 国际货物买卖合同所涉及的若干运输问题的研究		(27)
2.1 卖方交付货物		(28)
2.2 买卖合同所涉及的货物运输及承运人		(31)
2.3 卖方的安排运输责任		(34)
2.4 卖方对货物的装运		(38)
2.5 转船运输		(41)

3 对承运人享受火灾免责权的探讨	(49)
3.1 海商法意义上的火灾	(49)
3.2 承运人享受火灾免责的前提条件	(51)
3.3 火灾索赔中的举证原则与顺序	(54)
3.4 国际海运立法中关于火灾问题的 新规定	(56)
4 海运货物留置权有关问题研究	(57)
4.1 海运货物留置权概述	(57)
4.2 行使海运货物留置权应当具备的条件	(62)
4.3 海运货物留置权的行使方式	(65)
4.4 海运货物留置权的消灭	(67)
4.5 海运货物留置权的实施	(68)
4.6 船舶租用合同中留置权条款的有 关问题探讨	(77)
5 船舶扣押法律问题研究	(86)
5.1 船舶扣押概述	(86)
5.2 可申请扣押船舶的海事请求	(90)
5.3 扣押船舶的范围	(94)
5.4 船舶扣押的管辖	(103)
5.5 扣押船舶的程序	(105)
5.6 扣船担保和反担保	(109)
5.7 扣押船舶与案件的实体管辖	(118)

6 绕航及其法律后果研究	(121)
6.1 绕航的概念	(121)
6.2 绕航的分类	(124)
6.3 损失与绕航行为之间的因果关系	(129)
6.4 不合理绕航的法律后果	(132)
7. 港口经营人法律责任探讨	(148)
7.1 港口经营人法律责任概述	(148)
7.2 港口经营人责任的立法与实践及 国际公约	(152)
7.3 港口经营人的法律地位	(156)
7.4 港口经营人责任的归责原则	(159)
7.5 港口经营人责任期间	(163)
7.6 港口经营人责任限制及其丧失	(166)
7.7 港口经营人在非合同赔偿中的权利	(170)
8. 安全港的法律问题与实践	(173)
8.1 安全港概述	(173)
8.2 承租人指定安全港的义务	(181)
8.3 承租人指定不安全港时船东的权 利和救济	(184)
9. 现代海难救助制度研究	(187)
9.1 海难救助制度概述	(187)

9.2 现代海难救助法律关系	(203)
9.3 现代海难救助制度与其他海商法律制度的关系	(237)
10. 国际海上货物运输合同的法律适用问题研究	(240)
10.1 当事人意思自治原则概述	(242)
10.2 当事人意思自治原则在租船合同中的具体适用	(248)
10.3 当事人意思自治原则在提单中的具体适用	(253)
10.4 海上货物运输合同的默示法律选择问题	(266)
10.5 最密切联系原则在国际海上货物运输合同中的适用	(273)
11. 海事犯罪研究	(283)
11.1 海事犯罪概述	(284)
11.2 惩治海事犯罪的刑法规范	(289)
11.3 海事犯罪与刑罚的建议	(292)

1 海商法基本问题研究

海上贸易和运输,是以海洋和其他可航水域为舞台,以船舶为工具所进行的一项重要的生产经营活动,是人类最早进行物质文化交流的方式。调整海上运输关系和船舶关系的海商法,也因此成为一门古老而热门的法律学科。近年来,随着世界经济全球化趋势的加强,各国法学界对海商法的研究格外重视;我国自1993年7月1日实施《中华人民共和国海商法》以来,尤其自商法成为独立于民法之外的一门法律学科,海商法被确定为商法的一个重要组成部分后,对海商法的研究已经成为热点。然而,笔者看到,目前国内学者对海商法的研究和关注,主要停留在海商法的各项具体制度上,而对海商法的一些基本问题,诸如:海商法的本质、特征、法律地位等,涉及很少。这不仅不利于指导航运实践,而且对海商法的一些具体制度的研究也缺乏法理根基。本文试对海商法一些基本问题进行初步的探讨。

1.1 海法与海商法

海法是与陆法、空法相区别的法学领域。由于人类活动最初

由陆地开始,后扩展至海洋乃至太空。因此,调整各类社会关系的法律,以人类活动场所(或空间范围)为依据在理论上被划分为陆法、海法和空法。海法就是调整人类以海洋为活动场所进行的海上活动中所产生的社会关系的一切法律规范的通称。英美法称之为 Maritime Law, Merchant shipping Law 或 Admiralty Law。

依照对法的通常理解,海法被分类为海公法(Maritime Public Law)、海私法(Maritime Private Law, Shipping Law)和国际海法(International Law of the Sea)。

国际海法。是国际法中的海洋法,它确定各种海域的法律地位,是调整各国在从事国际航运、利用海洋资源、保护海洋环境等活动中所产生的各种海洋关系的法律规范。如各国普遍加入的1982年《联合国海洋法公约》(UN Convention of Law of the Sea, 1982—UNCLDS)。

海公法。船舶是用以从事航运活动,进行海上运输的载体。为保障船舶及所载货物和人命的安安全,各国(包括船旗国、沿岸国和港口国)均制定或加入一系列管理和监督船舶的海事行政法规和公约,这类以国家公共权力监管海上活动的法为海公法。如:

(1) 与船舶有关法规:如我国《船舶登记条例》、《对外国籍船管理规则》、《外国籍船舶航行长江水域管理规定》等;

(2) 海上交通法规:如《中华人民共和国海上交通安全法》、《1910年碰撞公约》、《1972年国际海上避碰规则》等;

(3) 与船员相关法规:如我国《海商法》第三章船员、《1978年海员培训、发证和值班标准公约》等;

(4) 与港口、航标相关法规:一些国家的《港口法》、《航标法》、《水上作业法》等;

(5) 与航运有关的法规:如《水产法》、英国1971年《海上

货物运输法》、我国《海商法》总则的相关规定；

(6) 与出入港口相关法规：如出入境管理法、关税法、卫生检疫法等；

(7) 关于国家海域的法规：如我国的《领域及毗连区法》、《专属经济区法》等等。

海私法。一般指具有国内法成分的海商法，是规范人们从事海上航运和贸易活动的准则。由于海上活动以海上运输为中心，因此，各国的海商法均规定海上运输合同和海上保险合同等，这是海私法的代表性法律规范。即海商法因规范海上运输合同和海上保险行为，调整利害关系人之间“个人利益关系”，依法确定各方的权利和义务，”因而属于私法范畴。这与为满足克服海上风险、保障人命和货物安全的公共要求，以行政监督为实现目标的海公法相比较，具有不同的法律构成。

如前所述，海法的内容包括公、私法在内的与海和船舶相关的法律规范。作为海上关系法，海法具有两个显著特征：其一，无论谁在海上，都须以海上航行的船舶作为实现自己目标的手段，这是进行海上活动的必要前提条件；其二，海上活动具有特殊危险性，因此，各航行中船舶具有单独克服危险的适航性、履行义务的海中无援性、以及海上风险涉及人命、货物和船舶共同安全整体性等基本属性。

将上述特征作为认识海法独立性的依据，海法应是自成体系的，具有不同于陆法、空法的调整范围和调整方法。海法以船舶为载体的海上活动作为调整对象，以保障海上活动的安全为立法宗旨。

海商法，作为一个独立的法律部门，目前在国际上尚无统一的定义。各国专家、学者众说纷纭。台湾学者郑玉波认为：“海商

法就是以海上商事为调整对象的一种商事法。”^①美国吉尔莫和布莱克教授认为：“海商法是指以水上货物运输和旅客运送为特定调整对象的规则、概念和判例的总和。”^②我国学者有的认为“海商法是调整在航海贸易中与船舶有关的各种关系的法规的总称。”^③有的则认为“海商法是调整特定的海上运输关系和船舶关系的法律规范的总称。”^④

上述观点反映了不同国家和同一国家不同地区的学者在界定海商法内涵上的区别，但究其实质，可以看出在有关海商法性质的认识上，仍有共同之处：

(1) 海商法是一种海法，以区别于陆法和空法；

(2) 海商法是一种商事法，它以海上的运输、票据及保险等商事活动为调整对象。调整商事的法律便是海商法；

(3) 海商法是海上商法。商法还包括公司法、票据法、保险法等。而海商法仅以海上商事为其调整的对象，这是海商法区别于其他商事法的独有特征。

此外，关于海商法的定义，无论其表述怎样，其调整的是同一类社会关系——海上运输关系。而海上运输又必须依靠船舶来进行，而经营船舶的海上企业（Chipping Industry），必然因管理船舶，产生与船、货各方的相互关系，这些社会关系当然只能由海商法来调整。

综上所述，海商法应定义为：调整以海上企业为中心产生的海上运输关系和船舶关系的法律规范的总称。属私法范畴。^⑤

① 郑玉波《海商法》第1页。

② Thomas J. Schoenbaum “Admiralty and Maritime Law Cases and Materials”. The Michic Company Law Publisher, 1984. pl.

③ 吴焕宁主编，《海商法学》法律出版社，第1页。

④ 司玉琢等编著，《海商法详论》，大连海事大学出版社，第3页。

⑤ 徐学鹿主编：《商法学》中国财政经济出版社1998年版，第521页。

在国际上,海商法的定义有广义和狭义之分。广义的海商法指作为调整海上运输和船舶关系的所有法律规范,是与其表现形式无关的实质意义的海商法;狭义的海商法专指以海商法典或单行海商法规形式表现的形式意义的海商法。

在实质意义上,海商法的立法目的在于调整海上企业利用船舶从事各种海上活动而产生的社会关系,因此,海商法是以海上企业商事关系为调整对象的海上特有商事法律规范。它不仅包括诸如《中华人民共和国海商法》这样的专门法规,还包括其他商事法典中涉及的相关内容国家以及国家缔结、接受的有关国际公约和国际航运惯例。简言之,海商法是关于海上航运的各种法规的总称。

形式意义的海商法仅指国家制定或认可的成文海商法典或单行法规,是实质意义海商法的最重要组成部分。在大陆法系国家中,它一般包含在商法典中,如韩国现行《商法典》第五编规定海商法;而英美法系国家,关于海上关系和船舶关系的海商法,均为单行立法。可见,实质意义的海商法实际并未完全包含在形式意义的海商法之中。

1.2 海上企业与海商法的地位

海上企业首先是企业,是依法设立的、以持续性经营活动实现营利目的的经营性组织,因而具有一般企业所具有的特点。同时,海上企业是专门以海洋为活动舞台、以船舶为活动手段、追求营利的企业,又具有独立的特点。这些特点是海上企业赖以活动的特定社会环境的产物。

(1) 海上企业的独立性

商法保障所有企业的独立性,而海商法则以船舶关系为调整

对象，把利用船舶所进行的营利性活动宣告为商行为，从而进一步保障海上企业的独立性。许多国家的海商法都明确规定船舶所有人为海上企业；同时，船长常被规定为船舶商行为的直接责任人，从而排除了陆上其他人对船舶和航运的干预。由此可见，海商法从内容上确认了海上企业经营性特点，海上企业也因海商法被动地保留其独立性。

（2）对船舶的拥有性

海商法所称船舶所有人或海上承运人，从根本上说是以其对船舶的拥有为前提条件。正因为如此，海商法将海上企业物的根源规定为船舶。它表明，海上企业必须是利用船舶进行营运的企业。实际上不以自己名义营运船舶的海上企业，无论其称谓如何，只不过是一家陆上企业而已。

海商法为了明确营运船舶的主体，规定了船舶登记制度，以船舶国籍证书所明示的船舶所有人为海上企业法人。这等于在宣布，只有在拥有船舶以后才可以从事海商活动。但是，在海运实务中，海上承运人往往不以自己的名义登记船舶，或以光租、期租或受托经营船舶的方法，获取船舶支配权从事实际经营。这时，海上承运人只具有临时船舶拥有人性质，只对船舶的全部或部分，行使调度和监督，行使使用权。从根本上说，只有经过登记的船舶所有人才是海上企业法人；而未经登记的船舶持有人作为海上企业法人，在海运实务中，只能被称作实际承运人（Operator）或承租人。

（3）资本充实性

海上企业作为一个营利性经济实体，为完全实现其功能，必须拥有船舶而且占有巨额资本，这是海上企业的特征之一。由造船成本高，且管理船舶的复杂性决定，凡海上企业，无论是国有企业，还是私人企业，均需聚集巨额资本，为此，海商法规定了