



【海商法研究丛书】
2000年第2辑(总第3辑)

Maritime Law
Review

海商法 研究

北京大学法学院海商法研究中心主办

浅析《合同法》与《海商法》有关合同规定的关系及其运用

【王延义 李守芹】

南非扣船法律制度和船东的风险规避

【吴佳贵】

假扣押、对物诉讼和船舶扣押制度

【邹宗翠 王利】

论非因同一海事请求的多次扣船

【徐孝先】

论诉前海事证据保全

【肖健民】

论海上货物保险中的保险利益

【张贤伟】

中国《海商法》修改之泛论

【张永坚】

海运货损索赔举证责任研究

【刘寿杰】

船舶优先权法律问题研究

【田冲】

法律出版社

海 商 法 研 究

2000 年第 2 辑(总第 3 辑)

· 北京大学法学院海商法研究中心主办

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

海商法研究. 2000年第2辑. 总第3辑/北京大学法学院海商法研究中心主编. —北京: 法律出版社, 2000. 10

ISBN 7-5036-3251-8

I. 海… II. 北… III. 海商法-研究-中国
IV. D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 72390 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李跃

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/9

字数/213 千

版本/2000 年 10 月第 1 版

2000 年 10 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3251-8/D·2970

定价: 16.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

目 录

专 论

浅析《合同法》与《海商法》有关合同规定的关系

- 及其运用 王廷义 李守芹 1
- 南非扣船法律制度和船东的风险规避 吴佳贵 14
- 假扣押、对物诉讼和船舶扣押制度 邹宗翠 王 利 38
- 论非因同一海事请求的多次扣船 徐孝先 53
- 论诉前海事证据保全 肖健民 65
- 论海上货物保险中的保险利益 张贤伟 87
- 论海运危货托运人的严格责任原则 郑田卫 104

海商法修改论坛

- 中国《海商法》修改之泛论 张永坚 114
- 我国《海商法》的适用和修改 冯立奇 122
- 从承运人迟延交付的几种常见情况看我国《海商法》
相关规定的缺陷 周 琦 林源民 142
- 论我国《海商法》中实际承运人制度的修改和
完善 郭 瑜 149

学位论文

- 海运货损索赔举证责任研究 刘寿杰 165

船舶优先权法律问题研究·····	田 冲	201
------------------	-----	-----

海外视角

英国海事请求保全的玛瑞瓦禁令制度 ·····	沈茂树 (新加坡)	235
承运人对提单真实性的控制·····	Mr. G. Huyghe (比利时)	249
美国新《海上货物运输法》草案·····	William Tetley (加拿大)	252

海商动态

现代物流与海运立法新发展·····		266
加入世界贸易组织对我国航运业的影响·····		268
海商精彩站点推介·····		271
编后语·····		273

学术指导委员会(按姓氏笔划为序)

尹东年 司玉琢 朱曾杰 芮 沐 吴志攀

编委会(按姓氏笔划为序)

李洪积 冯立奇 张永坚 林源民

执行主编

郭 瑜

编 务

台 冰 赖 凡

专 论

浅析《合同法》与《海商法》
有关合同规定的关系及其运用

王延义* 李守芹**

根据《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第2条的规定,凡平等主体之间民事权利义务关系的协议(合同),均属该法的调整范围。《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)则对平等主体间的国际海上货物运输合同、海上旅客运输合同、船舶租用合同、海上拖航合同、海上救助合同、海上保险合同等海商(事)合同关系作出系统规定。而《合同法》第123条又明文规定:“其他法律对合同另有规定的,依照其规定”。由此可以确认,《合同法》与《海商法》有关合同规定的关系实为一种普遍法与特别法的关系,即有关海商合同关系,优先适用《海商法》的规定,在《海商法》没有相应规定时,补充适用《合同法》的有关规定。而接下来的必然问题是:《合同法》中的哪些规定应“补充”适用于海商合同关系中去?或者在以我国现行法律规范、调整海商合同关系、解决海商合同纠纷时除适用《海商法》外,还应“补充”适用《合同法》的哪些规定?进而,在《海商法》与《合同法》对同一问题的规定有交叉或部分重合而又不尽相同的情况下应如何处置?等等。这些都是理

* 作者单位:青岛海事法院。邮编:266000。

** 作者单位:青岛海事法院。邮编:266000。

论界和实务界所共同面临的现实问题,也是本文所要探讨的主要问题。

—

《合同法》从我国改革开放和发展社会主义市场经济,建立全国统一大市场及与国际市场接轨的实际出发,本着尽量采用反映现代市场经济客观规律的共同规则,充分体现当事人意思自治,兼顾经济效率与社会公平、交易便捷与交易安全、注重法律的规范性和可操作性等指导思想,确立了许多《海商法》等没有规定的“新”的合同制度、原则;这些新的合同制度、原则即应作为调整海商合同关系的规范予以“补充”适用。现将其主要者分析如下:

(一) 诚实信用原则

《合同法》第6条规定:“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则”。该原则在大陆法系中被称为债法的最高指导原则,可以说是一条贯穿始终,总揽全局,无处不在的基本原则,它要求维持当事人之间的利益以及当事人权益与社会利益的平衡。

诚实信用原则在《合同法》中体现在如下几方面:其一,当事人在订立合同时,要根据诚实信用原则履行相关义务,该义务也称“前合同义务”。否则,其即应承担一种“新的”缔约过失责任。而该义务并不是当事人合同约定的,而是根据诚实信用原则加诸当事人的。其二,当事人在履行合同过程中,除应认真履行合同义务外,还应根据诚实信用原则履行相关附随义务。其三,合同履行完毕后,在某些情况下,当事人还要根据诚实信用原则履行某些“后合同义务”。即诚实信用原则加诸了当事人某些前合同义务、附随义务和后合同义务,故也有人称其为当事人合同关系中的义务扩张。

保险合同多被称为最大诚实信用合同,海上保险合同亦不例

外。《合同法》确立的诚实信用原则及其相关内容,自可用来补充规范、确定海上保险合同当事人的行为及其责任。其他海商纠纷也时有发生在合同的签订或履行后的一些环节。就这些纠纷的解决,在《海商法》无相应的条文可资援用时,亦可“补充”依据《合同法》确立的诚实信用原则确定当事人的责任。

(二)公序良俗原则

《合同法》第7条确立了合同当事人应遵循的公序良俗原则,即当事人订立、履行合同,不但要遵守法律,而且要尊重社会公德、善良风俗即“公序良俗”。社会民商事活动丰富多彩,立法者难以就损害国家一般利益和违反社会一般道德准则的行为均一一作出详细规定,而通过公序良俗原则的援用,法官即可在具体的司法活动中,禁止某些违反公序良俗而又没有明文规定禁止的事项,以弥补强制性规范和禁止性规范的不足。公序良俗原则补充援用到海商合同领域,法官即可据此确定相关海商合同是否有效及其当事人的责任等。

(三)缔约过失责任制度

《合同法》第42条、第43条确立了一种新的责任制度——缔约过失责任制度,即在合同订立过程中,一方当事人因没有履行依据诚实信用原则所应负的义务,而导致另一方当事人遭受一定损失的,前者即应承担相应的损害赔偿赔偿责任。一方当事人依据诚实信用原则所应负的义务,主要为前合同义务,另一方当事人的利益损失主要为信赖利益损失。

确立缔约过失责任制度的实践意义在于有利于交易的促成,维护交易的安全。此前,即有人主张倒签、预借提单的责任即为一种缔约过失责任,惟在当时追究相关当事人的缔约过失责任尚无法律根据。现在的情况不同了,相关海商纠纷的当事人自可依据《合同法》的规定,追究相对方相应的缔约过失责任。当然,倒签、预借提单的责任究竟是否确属缔约过失责任是另外一个问题。

(四)格式条款订约制度

《合同法》第39条、第40条、第41条等规定了采用格式条款订立合同的原则及其效力、解释原则等内容,即格式条款订约制度。这些原则、制度过去多仅为学者们的共识或外国的相应法律规范,现在将其上升为《合同法》的内容无疑有其重要的理论和实践意义。格式条款在海商合同中被较普遍的运用,《合同法》确立的格式条款订约原则、制度,对确定各种海商格式合同条款是否有效等,同样将起着重要的作用。

(五)表现代理制度

《合同法》第49条规定了订立合同中的表现代理制度,第50条规定了法定代表人、负责人超越权限订立的合同的效力原则。所谓表现代理,是善意相对人通过被代理人的行为足以相信无权代理人其有代理权,基于此项信赖善意相对人与无权代理人进行交易(订立合同),由此造成的法律效果由被代理人承担的代理。

表现代理制度的设立是为了保护善意相对人的信赖利益和交易的安全。该制度的援用,对确认通过代理签订的相关海商合同的效力等,同样可起着重要的作用。

(六)同时履行抗辩权制度

《合同法》第66条确立了合同履行过程中的同时履行抗辩权制度,即在没有规定履行顺序的双务合同中,当事人一方在对方当事人未为对待给付以前,有权拒绝先为给付的有关合同履行的制度。该制度确立后,相关海商合同的当事人同样亦享有该同时履行抗辩权,特别是在诉讼中可作为抗辩条件、理由提出来以对抗对方的主张。海事法官则应就其抗辩权是否成立、行使得是否得当等作出准确确认。

(七)不安抗辩权制度

不安抗辩权,又称保证履行抗辩权,是具有先给付义务的一方合同当事人,当对方财产明显减少,不能保证对待给付时,得拒绝

给付的权利。不安抗辩权系大陆法系的概念,是一种自助权,只要证据表明对方有不能为对待给付的现实危险时,负在先行履行义务的一方当事人即可中止履行合同,无须对方当事人同意,也无须经过诉讼或者仲裁程序。

《合同法》第 68 条设立了不安抗辩权制度,其主要目的在于预防因情况变化致一方遭受损害。惟相关问题也会随之产生:一方当事人的不安抗辩权是否存在、条件能否满足、其所提供的中止履行的证据是否“确切”等等。而这些问题在海商合同当事人之间、海商合同纠纷诉讼中同样都会产生、提起,需要海事法官依据《合同法》作出准确判断。

(八)债权人代位权制度

债权人代位权是指债权人为了使其债权不受侵害,可以以自己的名义代债务人行使权利的权利,属于民法上的形成权,是债权的保全制度的一种。国外的法律和我国台湾地区的“民法典”大都设立了这一制度。《合同法》第 73 条设立了债权人代位权制度,但限定于债权人“可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权。”《合同法》设立该制度的目的,重在解决困扰我国经济发展的固疾之一——“三角债”。该制度设立后,海商合同的债权人同样可行使该代位权,而是否准许则需法院依法作出裁判。

(九)债权人撤销权制度

《合同法》第 74 条、第 75 条规定了债权人的撤销权制度。债权人的撤销权,是指债权人对于债务人危害债权实现的行为,有请求法院撤销该行为的权利。该制度的设立,对于保护债权人的债权,健全社会主义市场经济的法律规则具有十分重要的意义。海商合同当事人亦可通过法院依法行使撤销权保护自己的债权,法院则需对此依法作出裁判。

(十)预期违约制度

《合同法》第 108 条规定了预期违约制度。按照违约行为发

生的时间,可将其分为预期违约与即期违约。违约行为发生于合同履行期届至以后的,为即期违约;违约行为发生于合同履行期届至之前的,为预期违约。预期违约又称先期违约。包括明示毁约和默示毁约两种形态。《合同法》确立预期违约制度后,海商合同当事人一方预期违约的,对方当事人即可在履行期届至前,依据该法要求违约方承担违约责任,即可以请求违约方继续履行合同、采取补救措施、支付违约金、执行定金罚则等。

(十一)责任竞合制度

我国理论界、实务界曾围绕民事责任竞合制度的内容、我国应否采用该制度或我国当时的法律是否规定有该制度的相关内容等进行过讨论,且该讨论也扩大到了海商领域,如关于倒签、预借提单责任属性的探讨等。笔者也曾参与了这一探讨,同时主张倒签提单的责任属性实为合同责任与侵权责任的竞合。如果说当时该种主张尚缺乏明确法律规定的支持的话,那么现在的《合同法》第122条却是明文设计了该种责任竞合制度,且其同样可适用于海商合同领域。

(十二)隐名代理制度

隐名代理系来自英美法的概念。大陆法中的代理仅指代理人以被代理人的名义对外为法律行为,由此而产生的权利、义务均直接由被代理人承担。至于行纪则被称之为间接代理。我国原来的法律规定基本与大陆法系的相同。而在英美法中,只要一方为他方活动,为他方与第三人设定权利、义务关系均被称为代理。其关于代理的分类可分为披露委托人的代理和未披露委托人的代理,前者又可分为显名代理和隐名代理。显名代理指代理人既表明为他人代理,又具体指明委托人的姓名;隐名代理人虽表明自己为他人代理的身份,但不指出委托人究竟是谁;未披露委托人的代理指代理人根本不表明自己为他人代理的身份,更不指明委托人。《合同法》第402条、第403条分别规定了英美法的这种隐名代理和未

披露委托人的代理制度,突破了《民法通则》中代理仅限于显名代理的规定。而许多海商合同的签订,大都也是通过代理行为来完成的,隐名代理等制度的确立与运用,对准确确定海商合同是否成立及其效力等,无疑有着重要的作用。

(十三)公共运输承运人不得拒绝通常、合理的运输要求制度

《海商法》没有规定公共运输承运人的概念,也没有加诸其在特定情况下必须订约的义务。《合同法》第 289 条则明文规定“从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求”,即赋予公共承运人在特定情况下,必须订约之义务。因其为《海商法》没有规定的内容,所以其也构成了海运公共承运人必须遵守的规范、履行的义务。

所谓“从事公共运输”,首先要求其从事的运输为“公共运输”。而公共运输一般指对社会公众开放的,针对的是不特定的人,且多在固定的线路上从事的以营利为目的客货运输。其次要求必须是正在“从事”公共运输,不是正在从事公共运输的不负有该种义务。

“通常、合理的运输要求”,可以理解为该要求既符合法律保护当事人利益的宗旨,符合行业惯例,同时亦是承运人确实能够实施请求人所要求的行为。

二

《合同法》注重法律的规范性和可操作性,注意保持法律的连续性和稳定性,对各种合同制度规定得比较详尽、具体,从合同的订立制度、效力制度、履行制度,到违约责任制度等,均大大完善了我国的合同法律制度,许多内容都是《海商法》所没有规定的;这些《海商法》所没有规定的内容均应作为调整海商合同关系的法律规范予以补充适用。除以上已例举的那些新的合同制度、原则外,《合同法》还在如下一些主要方面完善了我国的合同法律制度,这

些内容同时也即是在调整海商合同关系时应补充适用的规范:

(一)关于合同的成立

《合同法》增加了要约、承诺制度,进一步具体化了“协商一致”的过程、步骤、环节;具体、详细规定了要约的生效、要约的撤回、要约的撤销、要约的失效、承诺的期限、承诺的表示方式、承诺的传递方式、承诺的撤回、承诺的生效等与合同的订立密切相关的一整套制度、内容,这些对准确确认相关海商合同是否成立等均可起着明确的、重要的规范作用,有利于准确运用法律、解决纷争。如《合同法》第32条规定:“当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立”。第33条规定:“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的,可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立”。第34条规定:“承诺生效的地点为合同成立的地点。采用数据电文形式订立合同的,收件人的主营业地为合同成立的地点;没有主营业地的,其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的,按照其约定。”第35条规定:“当事人采用合同书形式订立合同的,双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点”。第37条规定:“采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。”显而易见,依据这些明确、具体、规范的规定,可比较容易地准确确定相关海商合同是否成立及其成立的时间、地点等。

(二)关于合同的效力

《合同法》在规定了传统的合同效力、新规定了表现代理制度(上已述及)的同时,又较详尽地规定了附条件和附期限合同的效力,这些对准确确定相关海商合同的效力等,无疑都将起着重要的作用。

(三)关于合同的履行

《合同法》在新规定了同时履行抗辩权制度、不安抗辩权制度、

债权人代位权制度、债权人撤销权制度等制度(上已述及)的同时,又详尽规定了当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行及时通知、协助、提供必要的条件、防止损失扩大以及保密等义务,这些对准确确定当事人履行相关海商合同的责任等无疑也是有着重要作用的。

(四)关于合同的变更、转让、解除和权利义务的终止

《合同法》系统规定了合同变更、转让、解除和权利义务终止的条件、程序、效力等内容,便于对合同的变更、转让等进行规范、调整。《海商法》则主要就相关海商合同的解除问题——作出规定,而有关合同的变更、转让、权利义务的终止等即可通过补充适用《合同法》的相应规定的方式予以规范。惟应特别注意的是,《海商法》对该类问题已有规定的,应严格适用《海商法》的规定,而不应再适用《合同法》的规定。如关于国际海上货物运输合同的解除,根据《海商法》第 89 条、第 90 条的规定,只适用于“船舶在装货港开航前”的场合,故不能再适用《合同法》第 308 条的下列规定:“在承运人将货物交付收货人之前,托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人,但应当赔偿承运人因此受到的损失。”

(五)关于违约责任

《合同法》进一步完善了违约金制度,划一了其功能与尺度;其第 114 条规定:“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金,也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的,违约方支付违约金后,还应当履行债务。”《合同法》第 113 条明确将“合同履行后可以获得的利益”列在损害赔偿范围之内,第 108 条规定了预期违约制度(前已述

及)等。这些内容在《海商法》未有规定的限度内,均应作为调整海商合同关系的规范予以适用。

三

由于《合同法》与《海商法》均是调整平等主体间的民商事关系的,且《合同法》晚于《海商法》多年颁行而大大丰富、完善了我国的合同法律制度,因而出现了就《海商法》已有规定的相关问题,《合同法》又予以规定而内容与《海商法》的规定又不尽相同的现象,即对同一问题,两部法律的规定有交叉或部分重合而内容又不尽相同。在该情况下,是应适用《海商法》的规定,还是适用《合同法》的规定,还是二种规定结合适用(都适用)的问题既现实而又严峻地摆到理论与实务部门面前来了。现择要简析如下:

(一)关于国际海上货物运输的“迟延交付”问题

根据《海商法》第50条的规定,国际海上货物运输的“迟延交付”只有一种“形态”,即“货物未能在明确约定的时间内,在约定的卸货港交付的”。而《合同法》第290条规定“承运人应当在约定期间或者合理期间内将旅客、货物安全运输到约定地点”,即增加了承运人应在“合理期间内”将旅客、货物安全运输到约定地点的义务。而该义务能否“补充”加诸到国际海上货物运输承运人身上呢?结论应是否定的,因为,《海商法》对此已有明文规定,而非没有规定,在该情况下再加诸国际海上货物运输承运人新的义务,实际上是改变了《海商法》已经确立的“迟延交付”的原则,违反了关于普通法与特别法关系的准则,进而言之,这样做实际上起到了使《海商法》的规定没有真正得到适用,而迳行适用《合同法》的作用。故在该种情况下,仍应适用《海商法》关于“迟延交付”的规定,而不能适用《合同法》的规定。

(二)关于海上旅客运输承运人的责任基础及其“旅客”的范围问题

由《海商法》第 107 条、第 108 条第(四)项、第 110 条的规定可以确认,该法规定的海上旅客运输的“旅客”为持有客票的人和经承运人同意,根据海上货物运输合同,随船护送货物的人,则海上旅客运输人身伤亡损害赔偿请求权的享有者即为这些人及其遗属。而《合同法》第 302 条则规定:“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任,但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。前款规定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。”在该情况下,能否将海上旅客运输的“旅客”的范围也扩及至免票、无票的旅客,使承运人也对他们在运输过程中产生的人身伤亡承担损害赔偿责任?结论应是否定的,理由与国际海上货物运输的“迟延交付”同。另外,《海商法》与《合同法》就旅客运输承运人的责任基础规定的亦不尽相同。按照二者的关系原则,就海上旅客运输,仍应适用《海商法》的有关规定。

(三)关于损害赔偿范围及其责任限额问题

《海商法》第四章、第五章及其配套法规就国际海上货物运输中货物的灭失、损坏、迟延交付的损害赔偿范围的确定与计算、责任限额及其海上旅客运输的损害赔偿责任限额等作出特别的规定,且其第 106 条又明文规定“货物的灭失或者损坏发生的运输区段不能确定的,多式联运经营人应当依照本章(“海上货物运输合同”一章)关于承运人赔偿责任和责任限额的规定负赔偿责任”。而《合同法》“运输合同”一章的“货运合同”一节的第 321 条规定:法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的,依照其规定。再结合该法第 123 条确定的原则,所以,尽管有该法第 321 条的下列规定:“货物毁损、灭失发生的运输区段不能确定的。依照本章(“运输合同”一章)规定承担损害赔偿责任”,但综合上述规定可以确认,在上述事项范围内,仍应适用《海商法》的规定,而不能适用《合同法》的规定,包括在有国际海上货物运输在内的多

式联运过程中产生的货物的灭失或者损坏而发生的运输区段不能确定的,仍应按照《海商法》的规定确定多式联运经营人的赔偿责任和责任限额,而不能依据《合同法》的规定。

《海商法》没有对船舶租用合同、海上拖航合同、海难救助合同、海上保险合同的损害赔偿范围作出明确规定。惟于第十一章对相关海事赔偿责任限制问题作出系统规定,则在该责任限制之外,有关上述海商合同的损害赔偿范围问题应适用《合同法》总则第113条的下列规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

(四)关于国际海上货物运输承运人的留置权问题

《海商法》第87条规定:“应当向承运人支付的运费、共同海损分摊、滞期费和承运人为货物垫付的必要费用以及应当向承运人支付的其他费用没有付清,又没有提供适当担保的,承运人可以在合理的限度内留置其货物”,即明确确定承运人只能留置这些费用的承担者亦即债务人的货物,注重留置标的物与债务人间的权属关系。而《合同法》第315条的相关规定则是:“托运人或者收货人不支付运费、保管费以及其他运输费用的,承运人对相应的货物享有留置权,但当事人另有约定的除外”,即注重的是留置标的物与债权的发生有牵连关系,而不要求其是否一定要为债务人所有。在该情况下,关于国际海上货物运输承运人留置权的成立,是应依《海商法》的规定还是《合同法》的规定?结论只能是依《海商法》的规定,因为其对此已有明文规定,而不属“没有规定”的范畴。

(五)关于国际海上货物运输承运人的免责事由问题

《海商法》是所有运输合同法律中规定承运人免责事由最多的法律,其规定的国际海上货物运输承运人的免责事由达12项之