

微观视角下的《海商法》修改

孙文桢

摘要：《海商法》的修改不仅应当重视宏观性的问题，而且还应当重视微观性的问题。有鉴于中国文化重形而上轻形而下、重定性轻定量、重气轻形的厚重传统，微观性问题更应当得到强调。微观是《海商法》修改应采的一种方法；作为方法，它可以通过语法、逻辑、翻译、法理和冗言（即“是否精炼”）的角度而得到实证。同时，微观也是《海商法》修改应取的一种方向；作为方向，它应当与宏观方向一样而受到重视。

关键词：海商法；《海商法》修改；微观视角

中图分类号：D996.19 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894(2011)01-0049-11

一、微观视角何指

关于《海商法》的修改，学界迄今已有许多见解。这些见解的关注点多集中于《海商法》修改的必要性、修改的基本原则和思路、修改的背景和条件以及海商法的发展趋势等宏观方面。^①毋庸置疑，这些宏观性的见解对于《海商法》的修改乃有着非常重要的指导意义。本文不敢重复学界的这些已有见解，而拟从微观视角研究《海商法》的修改。这种“微观视角”包括两个方面：其一，研究对象；其二，研究方法。就研究对象而言，本文将把注意力集中于《海商法》的具体法条上，意图通过研究这些法条而发现其存在的问题，并给出修正的方案；就研究方法而言，本文将对《海商法》的具体法条从5个角度出发进行考察，这5个角度依次分别为语法、逻辑、法理、翻译和冗言（即“是否精炼”，下同）。

需要预先说明的是，为条理清晰，本文论述依《海商法》法条的顺序进行；同时，为求简洁明了，本文对于《海商法》的法条，除个别情形下与其他法律相区分的需要外，均直接引用，而不特别地表明出自《海商法》。

收稿日期：2010-06-21。

基金项目：武汉工程大学科学研究基金项目“私法体系化研究”（16098081）阶段性成果。

作者简介：孙文桢（1966.12—），男，陕西富平人，民商法专业法学博士，法学副教授，硕士生导师，武汉工程大学法商学院法学教研室主任、民商法研究所所长，主要从事民商法学和法理学研究。

二、语 法

(一) 第7条和第66条

第7条规定：“船舶所有权，是指船舶所有人依法对其船舶享有占有、使用、收益和处分的权利。”

该法条存在的问题较多，择其要者如该规定是否有存在的必要？所有权的权能是否只限于占有、使用、收益和处分这4项？对所有权究竟应当如何规定才合适？^②等等。此处单从语法角度予以考察。衡诸汉语的语法规范，该法条违反了语法，在“享有”之前缺少了“所”字，在“享有”和“占有”之间缺少了助词“的”字。显而易见，“船舶所有权，是指船舶所有人依法对其船舶所享有的占有、使用、收益、处分的权利”这种说法才是通顺的，才合乎语法规范。

第66条规定：“托运人托运货物，应当妥善包装，并向承运人保证，货物装船时所提供的货物的品名、标志、包数或者件数、重量或者体积的正确性；……。”该法条中“保证”一语后的逗号“，”应当予以删除，删除之后才合乎语法规范，读起来才通顺。

按照汉语的语法规范，动词“保证”的宾语如果不是句子而是词语，则“保证”与其宾语间是不能有逗号的。例如，“我向你保证我对你说的那件事的真实性。”这句话是通顺的，而如果说成“我向你保证，我对你说的那件事的真实性。”就不通顺了，因为动词“保证”的宾语“真实性”是个词语而非句子。如果“保证”的宾语是句子，则“保证”后有无逗号均可；不过，当这个作宾语的句子很长的时候，以有逗号为宜。例如，这样的3个句子都是合乎语法规范而通顺的：其一，“我向你保证，我对你说的那件事是真实的。”其二，“我向你保证我对你说的那件事是真实的。”其三，“我向你保证，我那年生病住院的时候对当时刚刚认识的那个高个子护士所讲的那件事是真实的。”

(二) 思考和建议

前述两个法条违反语法规范的问题并非个别现象。长期以来，我国立法存在着严重的立法语言违反语法规范的现象。刘大生教授曾专门著文指出，1982年《宪法》虽然只有138个条文，但竟有140多处违反了语法规范。^[2]就民商事立法而论，违反语法规范的问题也相当严重，其中最引人注目的例子当属《民法通则》第2条“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”。本句中所谓“平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间”这一说法就违反了语法规范。按照语法规范，我们可以说“平等主体之间”，也可以说“作为平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间”，但绝不可说“平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间”。如果该第2条竟然会被认为是合乎语法规范，那么，诸如“平等主体的同学之间”、“平等主体的国家之间”和“平等主体的夫妻之间”等等说法也合乎语法规范，但事实是，这些说法从来没有过。

另外,前述第7条实际上来自于《民法通则》第71条:“财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。”按照前文分析,该第71条与《海商法》第7条都犯了同样的语法错误。

很有必要指出,中华传统素来以吏为师,立法语言如果违反语法规范,导致法律条文不伦不类,谬种流传,则其危害之广和深,可想而知。

这种立法语言违反语法规范的现象之所以产生,固然与立法机关相关工作人员的文化素质和语言能力不够理想有关,但根本原因则在于商品经济背景下实用主义的空前盛行。具体到《海商法》的修改,笔者认为,欲消除《海商法》中立法语言违反语法规范的现象,必须注意清除相关工作中的实用主义思想。同时,笔者建议在将来修改《海商法》时,应当设立“《海商法》修改语言文字工作小组”或类似机构,专门就《海商法》的语言文字问题尤其是语法问题进行把关。该机构的成员懂法律当然好,不懂法律也行,但必须在汉语方面是专家,必须精通汉语的语法。

三、逻辑

(一) 第44条和第253条

第44条共有前、中、后三段,其后段规定:“将货物的保险利益转让给承运人的条款或者类似条款,无效。”该段规定的是学界所谓“保险利益条款”。^③本文认为,该段规定与第253条规定相互矛盾,违背了逻辑。

学界普遍将该段规定中的“将货物的保险利益转让给承运人的条款或类似条款”称为“保险利益条款”,而“保险利益条款”的内容则是:当货物在承运人保管期间,若货主已将该货物向保险人投了保,一旦被保险货物受损或灭失,承运人可以免责,被保险人只能向保险人提出赔偿要求。“保险利益条款”因为免除了承运人的责任,违反了在《海牙规则》背景下承运人义务的“最低”性,故被规定为无效。换言之,按照该段规定,货主与承运人协议放弃对承运人的追偿权的条款是无效的。

但是,第253条规定:“被保险人未经保险人同意放弃向第三人要求赔偿的权利,或者由于过失致使保险人不能行使追偿权利的,保险人可以相应扣减保险赔偿。”按照该第253条规定,货主(被保险人)是可以放弃向承运人(第三人)的追偿权的,即使这种放弃是“未经保险人同意”也是可以的,只不过这种放弃所导致的后果是“保险人可以相应扣减保险赔偿”而已。一个规定不可放弃,另一个却规定可以放弃,很明显,两个规定矛盾了,违背了逻辑。

既然相互矛盾,就不能同时保留,而必须做出取舍。比较这两条规定的适用范围可以发现,第44条后段中的货主只是第253条中的被保险人的一种,其中的承运人只是第253条中的第三人的一种。因此,在适用范围上,第253条覆盖了第44条。同时,分析这两条规定的适用后果可以看出,即使没有第44条后段的规定,所谓的“保险利益条款”也不会发生损害保险人利益的后果,因为按照第253条规定,“保险人可以相应地扣减保险赔偿”。为求《海商法》前后一致,逻辑顺畅,建议删除该第44条后段的规定。

(二) 第94条第2款

第94条第2款规定：“本章其他有关合同当事人之间的权利、义务的规定，仅在航次租船合同没有约定或者没有不同约定时，适用于航次租船合同的出租人和承租人。”本文认为，此法条中“没有约定或者没有不同约定”的表述相互重复，违背了逻辑。

所谓“没有约定”指“没有任何约定”，而所谓“没有不同约定”则包括两种情形：其一，指“没有任何约定”；其二，指“虽有约定，但该约定与‘本章其他有关合同当事人之间的权利、义务的规定’相同”。通过比较可以看出，“没有不同约定”的第一种情形与“没有约定”相同，而“没有不同约定”的第二种情形则是“没有约定”所不能包含的。因此，就两者含义的范围而言，“没有不同约定”大于而且覆盖了“没有约定”，两者间有重复。

既然有重复，就不能并存，而应当消除重复。在“没有不同约定”的第二种情形下，既然“约定”与“本章其他有关合同当事人之间的权利、义务的规定”相同，那么无论适用“约定”还是适用“本章其他有关合同当事人之间的权利、义务的规定”均可。但考虑到航次租船合同当事人的意思自治，因此在该第二种情形下，应当认为当事人适用的对象是“约定”而非“本章其他有关合同当事人之间的权利、义务的规定”。

这样一来，该款中的“或者没有不同约定”就可被删除，而该款就成为了“本章其他有关合同当事人之间的权利、义务的规定，仅在航次租船合同没有约定时，适用于航次租船合同的出租人和承租人。”按照修正后的该款，当事人间有约定的，从“约定”，无约定的，从“规定”。这种修正不但没有对该款的意思有任何改变，而且还强调了私法的意思自治精神，同时也没有任何重复，故可谓良好的修正。

同样的分析和修正也适用于第127条、第162条第3款中的“没有约定或者没有不同约定”问题，为期简洁，不赘。

（三）第46条第2款和第87条

第46条第2款规定：“前款规定，不影响承运人就非集装箱装运的货物，在装船前和卸船后所承担的责任，达成任何协议。”显然，只有“承运人”一方是无法达成任何协议的，该款规定违背了合同的基本逻辑。

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。”该规定中“承运人可以在合理的限度内留置其货物”一语中的“其”指代不明。按照汉语的逻辑，凡是用“其”的地方，在“其”出现之前，“其”所指代的那个对象必须首先出现。例如，“小明经常乘县政府的车来上学，因为其父亲是县长。”在这里，我们之所以知道“其”指“小明”，是因为“小明”在“其”之前已经出现了。如果在“其”之前未专门表述相关对象，则适当的做法是不用“其”，而将“其”所指代的对象专门表述出来。

考查该第87条的真意可知，此处的“其”系指“应当支付该费用者”。因此，建议该第87条修正为：“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应当支付该费用者的货物。”

四、法 理^④

(一) 第11条和第17条

第11条规定：“船舶抵押权，是指抵押权人对于抵押人提供的作为债务担保的船舶，在抵押人不履行债务时，可以依法拍卖，从卖得的价款中优先受偿的权利。”衡诸物权法上抵押权的原理，我们遇到的问题是：是否船舶抵押人只限于主债务人？

该法条对于船舶抵押权实行的条件，并未表述为“在债务人不履行债务时”，而是表述为“在抵押人不履行债务时”。这说明，在船舶抵押权情形，抵押人仅限于主债务人，而不包括主债务人之外的第三人。考察整个海商法，并没有任何理由表明，将船舶抵押人的范围局限于主债务人是妥当的。鉴于《海商法》制定时，《担保法》尚未出台，故从唯物史观角度考察，第11条将船舶抵押人局限于主债务人的做法尽管不够科学，但却是可以理解的。

在《海商法》之后，《担保法》和《物权法》相继出台，并且《物权法》对于《担保法》而言属于新法。鉴于虽然《海商法》属于特别私法，虽然船舶抵押权属于抵押权的一个特别种类，但并没有任何理由支持《海商法》第11条保持现状，所以，修改《海商法》时，可以考虑按照《物权法》第179条的规定对《海商法》第11条进行修正，从而将船舶抵押权的实行条件修正为“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形”。这样一来，船舶抵押人的范围就得到了扩大，不限于主债务人了，而这种扩大不但符合海商的现实，而且也符合民法的基本原理。

第17条规定：“船舶抵押权设定后，未经抵押权人同意，抵押人不得将被抵押船舶转让给他人。”本来，按照抵押权的追及性原理，抵押期间，抵押物的转让没有必要事先征得抵押权人的同意。但是，《物权法》第191条却是除“受让人代为清偿债务消灭抵押权的”情形之外，依然没有采纳抵押权的追及性原理，依然规定抵押期间抵押人转让抵押财产必须事先征得抵押权人同意。鉴于第17条系旧法，而《物权法》第191条系新法，同时鉴于虽然《海商法》第17条系特别私法，而《物权法》第191条系普通私法，但并没有任何理由支持《海商法》第17条保持现状，所以，修改《海商法》时，可以考虑按照《物权法》第191条的规定对《海商法》第17条进行修正和扩充。

(二) 第107条

第107条规定：“海上旅客运输合同，是指承运人以适合运送旅客的船舶经海路将旅客及其行李从一港运送至另一港，由旅客支付票款的合同。”该规定是对于海上客运合同的界定。其中的“由旅客支付票款”违背了法理，有待修正。

按照该第107条的规定，海上客运合同中的票款必须由旅客支付，其他人支付是不行的，这显然不合乎海上客运的实际。同时，该条目前这种将票款支付人限定为“旅客”的规定在司法实践中还可能发生不良后果，使得有关人员（例如法官）将旅客之外的其他人（例如旅客的亲朋）支付票款的海上客运合同认定为海上客运合同之外的其他合同，从而导致本来应当按照《海商法》处理的合同却按其他法律如《合同法》进行了处理。^⑤这样做的直接不良

后果是承运人无法享受单位责任限制（《海商法》第117条），而旅客也丧失了《海商法》规定的某些优惠（如《海商法》第114条第3、4两款）。

建议仿照第41条对于海上货运合同的界定而将该第107条修正为：“海上旅客运输合同，是指承运人收取票款，以适合运送旅客的船舶经海路将旅客及其行李从一港运送至另一港的合同。”

（三）第159条

第159条规定：“起拖后，因不可抗力或者其他不能归责于双方的原因致使合同不能继续履行的，双方均可以解除合同，并互相不负赔偿责任。”这是关于海上拖航合同起拖后解除后果的规定。

该条之前的第158条规定：“起拖前，因不可抗力或者其他不能归责于双方的原因致使合同不能履行的，双方均可以解除合同，并互相不负赔偿责任。除合同另有约定外，拖航费已经支付的，承拖方应当退还给被拖方。”两相比较即可看出，第159条缺乏关于拖航费的规定。当然，按照意思自治的原则，当事人完全可以就起拖后合同解除情形下的拖航费问题进行协议。但是，如果事先没有这种协议而且事后也无法达成这种协议，那么法律就必须出面对拖航费该如何确定给出办法。

从纯粹形式逻辑的角度观察，此时法律有3种方案可以选择。其一，规定承拖方无权要求拖航费；其二，规定承拖方一旦收取了拖航费则概不退还；其三，规定承拖方有权按照其付出的劳动而收取一定的费用。

显而易见，如实施第一种方案，承拖方就无偿地付出了劳动，而这与其商人的身份不相称，这种“不相称”在被拖物即将被拖至目的地而合同却被解除的情形下，则显得格外突出。如实施第二种方案，则不但对被拖方显失公平，而且还会降低承拖方的责任心，使其没有了继续承拖下去的动力，甚至在有些情形下还会引发承拖方的道德危险，如承拖方在起拖后不久即人为地促成某种事件发生而以“不可抗力”为由解除海上拖航合同。与前两种方案不同的是，第三种方案兼顾了双方的利益，公平合理，既合乎商事活动的本质，也不会诱发道德危险，故而可谓良好的方案。

建议该第159条修正为：“起拖后，因不可抗力或者其他不能归责于双方的原因致使合同不能继续履行的，双方均可以解除合同，并互相不负赔偿责任。除合同另有约定外，承拖方有权按照其付出的劳动而收取一定的费用。”

（四）第175条第2款后段

第175条第2款共两段，其后段规定：“遇险船舶的船长或者船舶所有人有权代表船上财产所有人订立救助合同。”

衡诸“代理”和“代表”各自的法理，该后段规定中的“代表”应当表述为“代理”。按照“代理”的法理，代理人和被代理人是两个人，是两个主体；按照“代表”的法理，代表人是被代表人的一部分，代表人和被代表人是一个人，是一个主体。所以，校长可以代表学校，船长可以代表船东（见该第175条第2款前段规定），而船长或者船东对于船上财产的所有人，例如船载货物的所有人，则只能“代理”，而不能“代表”。值得注意的是，海商法教材在论及该后段规定时，也均是将其中的“代表”论述为“代理”。

五、翻 译

(一) 第42条第1项等规定中的“本人”

第42条第1项在定义海上货运合同中的“承运人”这一概念时,使用的表述是“本人或者委托他人以本人名义与托运人订立海上货物运输合同的人。”

该表述中的“本人”表述不当,因为这种表述犯了循环定义的错误。查该条来源可知,该条来自《汉堡规则》第1条“定义”的第1项。该项规定的原文是:“Carrier” means any person by whom or in whose name a contract of carriage of goods by sea has been concluded with a shipper.该英文句子的正确汉语译文是:“承运人”系指亲自或委托他人以自己的名义与托运人签订海上货物运输合同的任何人。该英文定义并没有犯循环定义的错误。将该英文句子与《海商法》第42条第1项的表述两相比较即可看出,第42条第1项在定义“承运人”时的表述之所以不妥,乃系翻译错误所致,故应当予以纠正。

除第42条第1项中的“本人”之外,第42条第3项在定义海上货运合同中的两种“托运人”时,第102条在定义“多式联运经营人”时,第108条在定义海上客运合同中的“承运人”时,也均使用了与第42条第1项相同的表述,即“本人或者委托他人以本人名义与……订立……合同的人”,并且均系对相关国际法律文件(包括《汉堡规则》、《1980年联合国国际货物多式联运公约》和《雅典公约》)中相应条文的错误翻译,^⑥故均应当予以纠正。

(二) 第44条后段中的所谓“保险利益”

第44条后段规定:“将货物的保险利益转让给承运人的条款或者类似条款,无效。”学界通说将该规定中的“将货物的保险利益转让给承运人的条款或者类似条款”称为“保险利益条款”。笔者认为该规定中的“保险利益”一语并非指真正的保险利益,而系翻译错误。

所谓保险利益,系指投保人或者被保险人对保险标的具有的法律上承认的利益。在海上货运合同当中,货物的保险利益在何种情形下可以被转让给承运人呢?只有一种情形,那就是货主将货物转让给承运人。这种情形极其罕见,故不可能成为该规定所专门规制的对象。既然如此,那么,该规定中的所谓“将货物的保险利益转让给承运人”又是从何说起呢?

学界通说认为,该规定中的“将货物的保险利益转让给承运人的条款或类似条款”即所谓“保险利益条款”的具体内容是:当货物在承运人保管期间,若货主已将该货物向保险人投了保,一旦被保险货物受损或灭失,承运人可以免责,被保险人只能向保险人提出赔偿要求。但很显然,这个所谓的“保险利益条款”中却并无保险利益的转让,而只有货主对于自己追偿权的放弃,这种追偿权本来由货主享有,并且以承运人为行使对象。因此,该规定与保险利益的转让这两者之间并无关联。

该规定中使用“保险利益”一词完全是立法时的翻译错误。该规定来自于《海牙规

则》的第3条第8款,其原文是:A benefit of insurance in favor of the carrier or similar clause shall be deemed to be a clause relieving the carrier from liability.众所周知,“保险利益”一词对应的英文是“insurable interest”,该英文也可译为“可保利益”。《海商法》将《海牙规则》上述英文中的“benefit of insurance”译成“保险利益”显然是不妥的。为与“保险利益”这一概念相区别,笔者建议将“benefit of insurance”译为“保险权益”,可以通俗地理解为“保险带来的好处”。当然,按照前文“三、逻辑”部分的论述,该第44条后段规定是应当予以删除的。

(三) 第59条第1款等规定中的“可能”

《海商法》第59条第1款和第2款、第118条第1款和第2款以及第209条这5个规定均是对责任限制(包括单位责任限制和总体责任限制)权利丧失条件的规定,这5个规定中均有这样的表述:“故意或者明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为”。笔者认为,这种表述中的“可能”应当修正为“很可能”。

为说明问题,试以这5个规定中的第209条为例。该条来自《1976年海事索赔责任限制公约》第4条。该第4条原文是:A person liable shall not be entitled to limit his liability if it is proved that the loss resulted from his personal act or omission, committed with the intent to cause such loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result.可以看出,该第4条中与《海商法》第209条中的“可能”对应的英文是“probably”。根据英语词汇学的知识,在都表示“可能”的前提下,“probably”与“possibly”的区别是:前者的“可能性”大于后者。有鉴于此,并结合有学者将第209条中的“故意”解释为“直接故意”,将其中的“明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为”解释为“间接故意”,^[3]笔者认为第209条中的“可能”更准确的表述应当是“很可能”。同样地,前述第59条第1款和第2款、第118条第1款和第2款中的“可能”也均应当修正为“很可能”。

(四) 思考和建议

海商法具有天然的国际性,因而海商法的立法就天然地离不开翻译活动。按照翻译的基本理论,翻译活动的准则有3个,即“信”、“达”、“雅”。这3个准则是层层递进的,翻译时应当先求“信”,再求“达”,最后才是求“雅”。按照这个要求,如果3个准则无法同时达到,则不妨宁“信”而不“达”、“雅”,或者宁“信”、“达”而不“雅”。具体到《海商法》的修改,这种标准和要求也是完全适用的。前文所论及的第42条第1项等规定中的“本人”和第44条后段中的“保险利益”就是翻译时求“雅”而不求“信”造成的,第59条第1款等规定中“故意或者明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为”的“可能”之所以应当修正为“很可能”,乃是为了在“信”的基础上求“达”。

为使《海商法》修改时能够真正把握有关国际法律文件的内容和精神,从而能够真正做到科学准确地借鉴和移植,笔者建议成立“《海商法》修改翻译工作小组”或类似机构,专门就《海商法》的外文翻译问题进行把关。与前文建议设立“《海商法》修改语言文字工作小组”或类似机构不同的是,“《海商法》修改翻译工作小组”或类似机构的成员应当要求既懂外语也懂法律尤其是懂海商法。笔者之所以对两个小组的成员要

求不同,原因在于,对法律的语言文字进行把关,长期的母语实践即足以使得相关成员精通母语,包括法律用语;而法律翻译就不同,因为法律翻译活动天然具有两面性,既要通外语和本国语言,也要通法律,如此方能保证法律翻译活动的质量。

六、冗 言

(一) 第112条

第112条规定:“旅客无票乘船、越级乘船或者超程乘船,应当按照规定补足票款,承运人可以按照规定加收票款;拒不交付的,船长有权在适当地点令其离船,承运人有权向其追偿。”该条规定中的“承运人有权向其追偿”属于冗言,应当删除,因为即使不规定“承运人有权向其追偿”,承运人也依然“有权向其追偿”。

(二) 第227条第2款

第227条第2款规定:“根据合同约定在保险责任开始后可以解除合同的,被保险人要求解除合同,保险人有权收取自保险责任开始之日起至合同解除之日止的保险费,剩余部分予以退还;保险人要求解除合同,应当将自合同解除之日起至保险期间届满之日止的保险费退还被保险人。”

该款表述夹杂冗言,不够精炼。仔细分析可以看出,不管是被保险人还是保险人要求解除合同,保险人有权收取的都是“自保险责任开始之日起至合同解除之日止的保险费”,有义务退还被保险人的都是“自合同解除之日起至保险期间届满之日止的保险费”。因此,该款完全可以删除冗言而变得更为精炼:“根据合同约定在保险责任开始后可以解除合同的,无论何方要求解除合同,保险人均有权收取自保险责任开始之日起至合同解除之日止的保险费,剩余部分则应当退还被保险人。”

(三) 第238条后段

第238条后段规定:“保险金额低于保险价值的,在保险标的发生部分损失时,保险人按照保险金额与保险价值的比例负赔偿责任。”

按照保险法的原理,保险金额低于保险价值的,保险标的发生部分损失时,保险人固然应按照保险金额与保险价值的比例负赔偿责任;但是,即使保险标的发生全部损失,保险人也是按照保险金额与保险价值的比例负赔偿责任的,只不过这时候的赔偿额就是保险金额罢了。因此,该第238条后段规定中的“在保险标的发生部分损失时”属于冗言,应当删除。

七、结语——《海商法》修改的方向

前文有意避免宏大叙事,而专注于具体细节,以法条为经,以语法、逻辑、法理、翻译和冗言(即“是否精炼”)为纬,对《海商法》从头到尾进行了考察,从而实践了笔者在本文开头提出的微观视角。这种考察发现了《海商法》法条存在的问题,并

且给出了相应的修正方案,同时还就语法和翻译两个问题提出了修改《海商法》时设立专门机构的建议。在此考察过程中,笔者大多数时候是在谈法条,是为“务实”,个别时候则是在谈理论,是为“务虚”。不过,谈理论的目的依然在于研究具体的法条,在于研究具体法条的修正,故而最终还是在“务实”。

关于《海商法》的修改,如第一部分所述,学界目前的关注点多为宏观问题,诸如《海商法》修改的必要性、原则、思路、背景、条件以及海商法的发展趋势等等。这些研究代表了《海商法》修改的宏观方向,自有其重大的价值。笔者认为,在此宏观方向之外,《海商法》的修改还有一个微观方向的问题,即从语法、逻辑、法理、翻译和冗言等具体角度而对具体法条进行具体的考察。宏观方向和微观方向相结合,才是《海商法》修改所应取的方向。考虑到我国文化重形而上轻形而下、重定性轻定量、重气轻形的传统,笔者认为,在修改《海商法》时,我们应当对微观方向给予足够的重视,应当特别地强调微观方向,以期能够“矫枉”。

(作者单位:武汉工程大学)

注 释:

- ① 近些年来关注《海商法》修改的著名学者及其论文择其主要者有司玉琢、胡正良:《我国〈海商法〉修改的必要性》,《中国海商法年刊》(2002)第142—147页;傅廷中:《论我国〈海商法〉修改的基本原则与思路》,《现代法学》2006年第5期;梁慧星:《关于修改〈中华人民共和国海商法〉的建议》, <http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=21329>。
- ② 这3个疑问已超出海商法范畴,故笔者不拟详述,而只简单地表明自己的观点:该第7条没有必要在《海商法》中规定;《海商法》如果非要对“船舶所有权”做出界定不可,建议将“船舶所有权”界定为“船舶所有权,是指船舶所有人依法对其船舶所享有的排他性的最终的支配权。”
- ③ 此处笔者使用“所谓”一词,意在表明该规定实际上与“保险利益”无涉,从而学界将有关条款称为“保险利益条款”就有失妥当。关于这一点,详见本文的“五、翻译”部分。
- ④ 法理,系指决定法律原理的那些根本准则,亦即法律原理之所以然的道理。此法理与传统民法典中作为法源的法理不尽相同。作为法源的法理,指在没有法律规定可资适用时,允许法官适用的法律之外的那些事物不可不然的“情理”。鉴于这后者法理多为法官的主观论断,因此,学者多不同意后者法理。本文所谓法理,系指前者,即法律原理之所以然的道理。
- ⑤ 笔者此论并非主观妄测,考虑到我国司法实践中盛行法条主义,这种不良后果发生的可能性是非常大的。
- ⑥ 《汉堡规则》第1条“定义”的第3项对“托运人”的定义原文是:“Shipper” means any person by whom or in whose name or on whose behalf a contract of carriage of goods by sea has been concluded with a carrier, or any person by whom or in whose name or on whose behalf the goods are actually delivered to the carrier in relation to the contract of carriage by sea.《1980年联合国国际货物多式联运公约》第1条“定义”的第2项对“多式联运经营人”的定义原文是:“Multimodal transport operator” means any person who on his own behalf or through another person acting on his behalf concludes a multimodal transport contract and who acts as a principal, not as an agent or on behalf of the consignor or of the carriers participating in the multimodal transport operations, and who assumes responsibility for the performance of the contract.《雅典公约》第1条“定义”的第1项(a)对承运人的定义原文是:“carrier” means a person by or on behalf of whom a contract of carriage has been concluded, whether the carriage is actually performed by him or by a performing carrier.

(下转第66页)