确立海上运输习惯法源地位

《民法典》习惯法源化及其对《海商法》的影响(下)

编者按:

本版上周刊登了上海海事大学法 学院院长王国华教授与佟尧老师共同 撰写的《〈民法典〉习惯法源化及其 对〈海商法〉的影响》 (上)。文章 认为应准确理解《民商法》中习惯法 的相关规定。本周继续刊登此文的下 半部分,以飨读者。

通常海上运输习惯被认为是海商法的法 源之一。对于"海上运输习惯"的概念,学 界尚缺乏统一的定义,通说认为,海上运输 习惯既包含在海上运输过程中的实践习惯, 也包含成文的海上运输习惯,如《约克—安 特卫普规则》。

《海商法》中国际惯例的相关规定

《海商法》第268条第2款规定: "中 华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或 者参加的国际条约没有规定的, 可以适用国 际惯例。"《海商法(征求意见稿)》中仍维持了 原来的规定:"中华人民共和国缔结或者参加 的国际条约和本法没有规定的,可以适用国 际惯例。"根据该条规范,国际惯例仅在具 有涉外因素的情形中适用。虽然《海商法》 中规定了国际惯例补缺适用的原则,但"国 际惯例"只能在含有涉外因素的海上运输关 系中适用,不能适用于国内水上运输关系。

事实上,海上运输习惯并无明确"国际" "国内"之分,而"国际惯例"的界定范围也较 为模糊。我国对于海上运输习惯的讨论多数 情况下是针对国际航运习惯,并且多采用"国 际惯例"的表述形式。《民法典》第10条所采用 "习惯"的表述形式也常与前述的"惯例"混 用,从实质上来讲二者没有明显区别。

国际惯例的适用局限

从中国现行《海商法》的立法背景看, 中国改革开放初期对于国内航运市场主要采 □ 只承认"国际惯例"在含有涉外因素的国际航运中可以适用,排除国内 航运纠纷可以适用海上运输习惯的做法不利于我国"一带一路"倡议的 推进以及国际航运中心和国际海事司法中心的建设。

- □ 确立海上运输习惯正式的法律渊源地位不仅可以解决法院在审理国际海 上运输合同纠纷时产生的《海商法》与一般法之间的法律适用冲突,还 可以解决调整国内水路货物运输关系缺乏法律依据的问题。
- □ 在《海商法》修改时,可以考虑删除《海商法》第268条第2款的规 定,使所有的海事海商案件的审判都能够适用海上运输习惯而不区分国 内案件还是涉外案件。

用政策和指令性计划,对于国际航运市场则 采用市场加法律。在当时,只承认在国际海 上运输中运输习惯的法律适用, 否定运输习 惯在国内水上运输中发挥着调整当事人权利 义务的作用。而如今、继续维持特定的经济 发展时期的不同法律适用,只承认"国际惯 例"在含有涉外因素的国际航运中可以适用, 排除国内航运纠纷可以适用海上运输习惯的 做法不利于我国"一带一路"倡议的推进以及 国际航运中心和国际海事司法中心的建设。

《海商法》第268条第2款的规定使得 海上运输习惯在司法审判中只能适用于涉外 海事海商案件, 而无法解决国内海上运输争 议中的问题。由于国内海上运输习惯没有被 法律确立为正式的法律渊源, 司法机关对于 国内海上运输争议在适用海上运输习惯裁判 案件的时候存在同案不同判的情况。由此可 见,国际惯例在海上运输涉外法律关系当中 的适用受立法历史局限性的影响, 其本身的 含义和范围模糊不清,同时其适用还阻碍了 海上运输习惯对非洮外海事海商当事人权利 义务关系的有效调整, 因此已经不能够满足 海上运输实践的需求。

应确立海上运输习惯法源地位

方面,解决海商法与一般法的适用冲 突。确立海上运输习惯正式的法律渊源地位 不仅可以解决法院在审理国际海上运输合同

纠纷时产生的《海商法》与一般法之间的法律 适用冲突, 还可以解决调整国内水路货物运输 关系缺乏法律依据的问题。

另一方面, 体现海商法特有的内在价值追 海商法与民法的立法价值追求不同,海商 法的价值理念更加注重效率,一味追求海商法 与民法原则的统一性和协调性,在海商法没有 规定的情况下直接适用民法的规则和原则,容 易使得海事海商案件无法得到正确、科学的审 判。只有将海上运输习惯普遍应用于海商法律 没有明确规定的情形当中,才能最大限度地避 免不公正审判的发生。

此外,确立海上运输习惯法源地位有利于 贯彻《民法典》对海商立法的指导精神。《民 法典》将习惯作为正式法源对于海上运输习惯 法源地位的确立将具有积极的指导性意义。其 本身并不排斥《海商法》单独规定海上运输习 惯的法律渊源地位。在《民法典》肯定习惯作 为补充法源的背景下, 商事特别法中肯定商业 习惯的法源地位是对《民法典》精神的贯彻, 本身并不违反一般法律适用的基本原则。

修改《海商法》的具体建议

《民法典》虽然已确立了习惯作为法律渊 源,但第10条中所规定的"习惯"是否可以 代替商事习惯,学界存在着不同观点。

有的观点认为,《民法典》中规定的习惯 包含了商事习惯,根据《民法典》第10条的 规定,国内海上运输习惯可以作为补充性法源 适用于国内水路货物运输和其他与船舶相关的 活动中;对于国际航运习惯的适用,则依照 《海商法》第268条第2款的规定。

还有的观点认为,商事习惯与民事习惯不 其根源于商事主体的自治性。并且商事习 惯的适用不能简单地适用法律规范优先于习惯 的规则,相反,法律应该确定商事习惯优先于法 律的效力。《海商法》作为商事特别法,海上运输 习惯更无法被"习惯"所替代,应在《海商法》中 单独规定海上运输习惯的法律渊源地位。

海上运输习惯相较干民事习惯具有一定的 特殊性, 其中也蕴含着航运业从中世纪起就遵 循的行业价值和理念, 民商法的一般规定和原 则在面对特殊性问题时, 其指导意义往往停留 于宏观的理论层面上, 无法深入解决具体问 题。因此,在《海商法》修改时,可以考虑:

首先、刪除《海商法》第268条第2款的 规定,将海上运输习惯在海事司法审判中的适 用不仅仅局限在涉外关系的法律适用这一章, 使所有的海事海商案件的审判都能够适用海上 运输习惯而不区分国内案件还是涉外案件。

其次,在第一章"总则"部分确立海上运 输习惯正式的法律渊源地位, 使其可作为海商 法补充性法源,明确规定《海商法》和其他法律 没有规定时,可以适用海上运输习惯,但不得违 背公序良俗。这样不仅可以解决法院在审理国 际海上运输合同纠纷时产生的《海商法》与一般 法之间的法律适用冲突,还可以解决调整国内 水路货物运输关系缺乏法律依据的问题。

最后,将原本含义和范围模糊的"国际惯 替换为与《民法典》第10条表述相近的 "海上运输习惯",突破"国际惯例"在《海商 法》立法之初的历史局限,减少对航运业发展 的不恰当干预. 同时体现出《海商法》在调整 商事关系的过程中特有的内在价值追求。海商 法具有较强的实践性, 因此海事立法往往会体 现出一定的滞后性。海上运输习惯作为《海商 法》的补充性法源,能够较好地弥补海事立法 滞后于航运实践的先天缺陷。

(王国华系上海海事大学法学院院长、教 授、博士生导师; 佟尧系上海海事大学法学院 讲师)

可取消刑事速裁程序中的被告人最后陈述

在我国刑事诉讼法中,被告人享有最后 陈述的权利。被告人最后陈述也因此成为刑 事案件庭审中独特且独立的环节。虽然从实 际效果看,被告人最后陈述对法庭最终处理 影响有限。但是出于保证被告人在刑事诉讼 中的主体地位,保障被告人充分行使诉讼权 利,以及凸显诉讼制度的人文关怀,赋予被 告人最后陈述权是有其必要的。

-直以来, 理论上对于庭审中的被告人 最后陈述的环节少有关注。但是, 随着 2014年刑事案件速裁程序试点工作的开展, 开始有观点提出可以考虑在速裁程序中取消 被告人的最后陈述。不过,2018年修订后 的刑事诉讼法对该观点给与否定的回答,刑 事诉讼法法第 224 条明确规定:速裁程 序……"一般不进行法庭调查、法庭辩论, 但在判决宣告前应当听取辩护人的意见和被 告人的最后陈述意见"。这一表述,与刑事 诉讼法在普通程序中所规定的"审判长在宣 布辩论终结后,被告人有最后陈述的权利" (刑事诉讼法第198条) 虽然有所不同,但 实质上还是明确了速裁程序中也需要有被告 人最后陈述环节。2020年11月5日"两高 三部"颁布的《关于规范量刑程序若干问题 的意见》进一步重申了在速裁程序中应当

"听取被告人的最后陈述意见"。 在理论上,对于在庭审中设置独立的被 告人最后陈述环节,可以列出不少理由,比 如尊重被告人的诉讼权利, 实现实体和程序 公正,增强裁判的可接受性,以及防止错判、 宣传法制等。这些理由,对普通程序而言或许 是妥当的,但对谏裁程序恐有所勉强。在笔者 看来,考虑到速裁程序的特殊性,应当淡化甚 至取消速裁程序中被告人最后陈述。

首先, 在谏裁程序中取消被告人的最后 陈述不会导致侵害被告人的诉讼权利。一方 面取消被告人的最后陈述并不意味着剥夺被 告人的发言机会。在整个庭审过程中,被告 人仍然有机会表达自己的观点, 法官也同样 需要听取被告人的意见。被告人与法官的沟 通渠道始终是畅通的而不是隔绝的。另一方 面,我国刑事诉讼法根据具体案情的不同, 设置了多种宙判程序。读裁程序活用的条件 之一就是"被告人认罪认罚并同意适用速裁 程序", 其适用本身就是被告人自主选择的 结果。如果被告人在明知速裁程序没有最后 陈述环节,而仍然同意适用该程序的,那么 在庭审中法庭不再安排被告人最后陈述就不 能认为是对被告人诉讼权利的侵害, 相反应 当视为法庭对被告人意志的尊重。

其次, 在速裁程序中取消被告人的最后 陈述不影响实体公正和程序公正。根据刑事 诉讼法的规定,适用速裁程序的审理的案件 必须是"案件事实清楚,证据确实、充分" 对于这类案件,难以想象会仅仅因为被告人 最后陈述的缺失而导致认定事实或适用法律

的错误。不要说是速裁程序,就是普通程序审 理的案件, 也不大可能出现由被告人最后陈述 来左右案件的实体结果的情况。同时, 速裁程 序的设置的初衷在于促进案件繁简分流、缓解 案件积压情况、节省司法资源、提高诉讼效 率。在效率和公正的价值趋向上,速裁程序更 强调效率优先。在能够保证案件实体公正的前 提下,对庭宙环节进行一定的删减具有充分的 合理性。如果认为删减庭审环节会影响程序公 正,那么该如何解释刑事诉讼法所规定的,对 于速裁案件"一般不再进行法庭调查、法庭辩 论"、毕竟、较之干被告人最后陈述、法庭调 查环节和法庭辩论环节对案件的影响更大。既 然法庭调查、法庭辩论都可以不再进行,省略 被告人最后陈述环节有什么不妥呢?

最后, 在速裁程序中取消被告人的最后陈 **述不会影响裁判的可接受度**。不可否认,在诉 讼中,保证当事人的充分参与有助于当事人接 受裁判结果,而赋予被告人最后陈述权,是保 障当事人参与的重要内容。但是对于速裁程序 而言, 其适用前提是被告人认罪认罚。对于自 愿认罪认罚的被告人而言,是否有最后陈述, 其对裁判的接受程度应该不会存在差异。至于 被告人最后陈述有助于防止错判、宣传法制, 恐怕过于高估了被告人最后陈述的作用。即便 这一作用在普通程序中有些许体现, 但在速裁 程序中, 难有发挥这种作用的余地。

笔者注意到,对于速裁程序中的被告人最

后陈述, 有观点认为不必一概取消, 而是进行 一定的改造,即由法院依职权主动启动被告人 最后陈述改为由被告人自己申请启动。笔者并 不赞成这一主张。依申请启动被告人最后陈 述,不可避免地涉及被告人申请的时间和方 式: 如果是在庭审过程中口头提出, 那就首先 应当由法官在庭上告知被告人享有申请最后陈 述的权利, 然后询问被告人是否申请最后陈 述,在得到肯定答复后,再由被告人开始最后 陈述。这一过程反而不如法院依职权启动,直 接询问被告人有何最后陈述来得简单直接。而 如果申请是在开庭前以书面方式提交法院,则 无疑人为增加繁琐, 违背速裁程序的初衷。而 且根据《人民检察院刑事诉讼规则》第 442 条 的规定,公诉人出席速裁程序法庭时,一般不 再讯问被告人。但是, 试想当庭前得知被告人 特意向法院申请欲做最后陈述, 出庭的公诉人 恐怕就有很大可能当庭讯问被告人, 这无疑影 响到速裁之"速"。

综上, 鉴于速裁程序的特殊性, 可以考虑 在速裁程序中取消被告人最后陈述的环节。当 然,这并不是说法院不需要听取被告人的意 见,只不过没有必要刻意将其局限为"最后陈 述意见"。建议将刑事诉讼法第224条规定修 改为:"速裁程序……一般不进行法庭调查、 法庭辩论, 但在判决宣告前应当听取被告人及 其辩护人的意见"。

(作者系上海对外经贸大学法学院副教授)