

袁发强,卢柏宜.《海商法》第四章“强制适用”之合理性探究[J].中国海商法研究,2021,32(1):3-15

## 《海商法》第四章“强制适用”之合理性探究

袁发强,卢柏宜

(华东政法大学 国际法学院,上海 200042)

**摘要:**在《海商法》修订之际,学界有部分观点主张,该法第四章“海上货物运输合同”的规定应强制适用于国际海上货物运输关系。主要理由是美国等世界主要国家均采用了此种做法、保障中国托运人的利益以及扩大《海商法》的适用等,然而,这些理由背后并没有真实合理的依据支撑。为确保此次修法的科学性,建议删去相关改动,维持国际海上货物运输合同法律适用中“当事人意思自治原则+最密切联系原则”的配置。

**关键词:**海上货物运输;强制适用;直接适用的法

**中图分类号:**D922.294 **文献标识码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)01-0003-13

### Challenging the rationality of mandatory application of Chapter IV of the *Chinese Maritime Code*

YUAN Fa-qiang, LU Bai-yi

(School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

**Abstract:** At the time of the revision of the *Chinese Maritime Code*, some views hold that Chapter IV of the law, i. e., contracts for the carriage of goods by sea, should be compulsorily applied to international carriage of goods by sea relations. The main reasons are as follows: the United States and other major countries have adopted this approach, as for protecting the interests of Chinese shippers and expanding the application of *Chinese Maritime Code*. However, there is no reasonable basis behind these reasons. In order to ensure the scientificity of this amendment, it is recommended to delete the relevant changes and maintain the configuration of the “principle of party autonomy and principle of most significant connection” in the choice-of-law rules of the contracts for the carriage of goods by sea.

**Key words:** carriage of goods by sea; mandatory application; directly applicable law

2020年1月7日,交通运输部向国务院提请审议《中华人民共和国海商法(修改送审稿)》(简称2020《修改送审稿》)<sup>①</sup>。其中第51条第1款规定:“除第八节另有规定外,本章规定应当适用于装货港或卸货港位于中华人民共和国境内的国际海上货物运输合同。”第八节是有关航次租船合同的规定。虽然语言表述不同,但基本维持了2018年11月交通运输部公布的《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》(简称2018《征求意见稿》)对第四章的修

法意图,即除一定情形外,修订后的《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)第四章“国际海上运输合同”部分应当强制适用于装货港或者卸货港为中国港口的国际海上货物运输合同<sup>②</sup>。<sup>[1]</sup>这样修改的立法目的及法理依据是什么,会产生什么样的法律效果,是一个值得研究的问题。

无论是在交通运输部提请国务院批准的2020《修改送审稿》附件中,还是之前发布的对2018《征求意见稿》的修订说明中,<sup>[1]</sup>都没有对强制适

收稿日期:2020-05-29

作者简介:袁发强(1966-),男,湖北武汉人,法学博士,华东政法大学国际法学院教授、博士生导师,E-mail:york000618@163.com;卢柏宜(1996-),男,江苏宿迁人,华东政法大学国际法学院国际法专业硕士研究生,E-mail:982137342@qq.com。

① 《交通运输部关于提请审议〈中华人民共和国海商法(修改送审稿)〉的请示》(交法发[2020]10号)附件1。

② 2018《征求意见稿》在第十六章“涉外关系的法律适用”部分的第2条增加了第2款的除外规定:“尽管有前款规定,约定的或者实际的装货港或者卸货港为中华人民共和国港口的国际海上货物运输合同,应适用本法第四章的规定。”

用的理由作出解释。通过对国内学者主张《海商法》第四章强制且直接适用的理由进行梳理后发现:有的观点认为,《海商法》第四章没有规定强制适用范围<sup>①</sup>,且该章也不属于直接适用的法,导致在很多情况下该章不能被中国法院直接适用;能否参照《1936年美国海上货物运输法》(*Carriage of Goods by Sea Act*,简称COGSA),规定《海商法》第四章强制适用,是应当研究的重要问题。<sup>[2]</sup>有学者认为,鉴于第四章的强制性规定有利于维护中国海商法律体系下承托双方权利义务的平衡,特别是有利于保障中国托运人的利益,而赋予海上货物运输合同强行法的性质又是各国通行做法,因此应当借鉴“直接适用的法”这一立法模式,以专条的形式对涉外关系中《海商法》的强制适用作出特别规定。<sup>[3]</sup>还有学者认为,《海商法》的有关规定是否要直接适用,取决于其是否以及在多大程度上体现了中国的特殊海事政策,取决于《海商法》第四章有关承运人责任的规定是否属于中国的特殊海事政策范畴。目前进出中国港口的外国承运人印制的提单,不仅没有把中国法规定为提单的准据法,而且几乎均在提单的“首要条款”或法律适用条款中明确要求适用承运人本国法或某外国法。<sup>[4]</sup>言下之意,该观点亦是对《海商法》第四章的强制适用持肯定态度。

从以上几种具有代表性的观点可以看出,主张《海商法》第四章应强制且直接适用,或多或少是基于以下几点考量:第一,美国等世界主要国家均采用了此种做法;第二,保障中国托运人的利益;第三,扩大《海商法》的适用。然而,上述理由能否成立?COGSA是强制适用的吗?其背后又是出于何种价值追求?是否必须强制适用本国法才能保障中国托运人的利益和扩大《海商法》的适用?强制适用的做法能否达到扩大《海商法》适用的目的?强制适用是否具有理论上的可行性?上述一系列问题是决定《海商法》第四章是否应强制适用时所必须回答的,也是学术界需要认真研究的。

### 一、COGSA的“强制适用”探究

主张《海商法》第四章应强制适用的主要理由之一是美国等世界主要国家采取了此种做法。但是,这些主张并未列举出足够充分的证据证明,美国

法院在审理装货港或者卸货港为本国的涉外海上货物运输纠纷时,一律排除了当事人选择准据法的权利而强制适用本国法。下文通过探究COGSA“强制适用”的起因、司法实践及价值取向,分析以下两个问题:第一,COGSA是否是强制适用的;第二,若COGSA存在强制适用的情况,又是基于何种理由。

#### (一)COGSA“强制适用”的起因

19世纪中期,英国为海运霸主,其承运人经常凭借订立合同时的优势地位,在提单范本中加入大量免责条款,减免自己的责任与义务,严重损害了美国货主的利益,留下了“承运人除了收取运费,似乎没有其他义务可言”的百年笑谈。<sup>[5]</sup>为应对此种情况,美国联邦最高法院在1889年*Liverpool*案中援引了“公共政策”制度,判定承运人的免责条款因违反美国公共政策而无效<sup>②</sup>。1893年,美国国会通过了《船舶航行、提单及财产运输的某些义务、责任和权利法》(*An Act Relating to Navigation of Vessels, Bills of Lading, and to Certain Obligations, Duties, and Rights in Connection with the Carriage of Property*,简称《哈特法》)。《哈特法》第1条即宣告,在因进出美国港口的海上货物运输签发的提单中,任何试图免除承运人在掌管货物期间因过错、疏忽导致货物损毁的责任的条款,均应作废无效<sup>③</sup>。然而,《哈特法》本身并没有规定其强制效力,对于加入了法律选择条款和管辖协议的提单并不能直接适用。在1900年*Knott*案中,联邦最高法院在判定指向英国法的法律选择条款是否有效时认为,《哈特法》不允许承运人通过任何手段免除自己的责任。而涉案提单中的英国法律选择条款显然是承运人逃避《哈特法》规制的手段,故该条款应视为无效<sup>④</sup>。*Knott*案的判决产生了重要影响,确立了提单中的法律选择条款因违反《哈特法》的立法目的而无效的裁判先例。

《哈特法》平衡承运人与货方利益的做法在国际社会产生了深远的影响,也成为了《1924年关于统一提单若干法律规定的国际公约》(*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading*,简称《海牙规则》)起草时的重要参考。《海牙规则》诞生后,各缔约国都相继通过国内立法履行缔约国义务。COGSA也正是《海

<sup>①</sup> 《海商法》第44条规定:“海上货物运输合同和作为合同凭证的提单或者其他运输单证中的条款,违反本章规定的,无效。”该条常被认为是《海商法》第四章强制性的体现,但由于规定得比较模糊,其能否直接适用于涉外民事关系,理论与实践颇有争议。参见苏同江:《中国〈海商法〉有关海运提单强制适用问题研究》,发表于《中国海商法年刊》,2007年第1期,第48页。

<sup>②</sup> 参见*Liverpool & Great Western Steam Co. v. Phenix Ins. Co.*, 129 U.S. 397 (1889)。

<sup>③</sup> 参见46 U.S.C. App. § 190。

<sup>④</sup> 参见*Knott v. Botany Mills*, 179 U.S. 69 (1900)。

牙规则》转化适用的产物。作为《海牙规则》的内国化,COGSA 序言规定:在来往美国港口运输货物的对外贸易中,具有合同证据力的提单或类似的物权凭证,应根据本法规定生效;第12条还规定:本法适用于对外贸易中自美国出口或向美国进口经海路运输的一切运输合同。<sup>[6]</sup>

国内有学者认为 COGSA 的序言和第12条赋予了该法案国际私法意义上的强制适用性,确立了 COGSA 对一切进出口美国提单的强制适用原则。<sup>[7-8]</sup>基于这种理解,2020《修改送审稿》在很大程度上也参照了 COGSA 的表述。值得注意的是,首先,上述两则条文的语义表述是对 COGSA 调整对象及地域适用范围的明确。在一国享有完全主权的情形下,其立法当然应当施行于领土范围。立法的地域适用范围其实是立法管辖权的效力范围问题。在没有特别声明的前提下,其效力必然及于国家的领土范围。<sup>[9]</sup>其次,从学理上讲,此类明确自身适用范围的条款又称“自我限定规范”。尽管自我限定规范与国际私法上的强制性规范存在交集,但其并非都是强制性规范,二者不能等同。自我限定规范在某种意义上仅能作为识别强制性规范的“辅助标准”。<sup>[10][11-12]</sup>再次,《海牙规则》的适用条件采用的是“提单签发地主义”<sup>①</sup>,故该条规定在很大程度上是美国为履行缔约国义务,将国际条约赋予内国法效力的体现,只是做法比原公约更进一步,将向美国进口的海上货物运输所签发的提单也纳入了适用范围之内。因此,单从规范解读的视角,并不能当然地得出 COGSA 强制适用于一切进出口美国的提单,完全排除了当事人选择准据法权利的结论。对此,应当探索 COGSA 在司法实践中实际运行的情况。

## (二) COGSA “强制适用”的司法实践及价值取向

### 1. 从 Muller 案到 Indussa 案

在国际海上货物运输的实践中,法律选择条款和管辖协议常被同时列入提单的格式条款之中,在产生纠纷时,管辖权问题与法律选择问题常常相伴而生。故美国法院在司法实践中,常会对管辖权问题与法律选择问题同时作出判定。在1955年 Muller 案中,一家巡回法院认为 COGSA 允许当事人协议

选择管辖法院并自由选择法律<sup>②</sup>,但判决一作出就遭到了美国学界的严厉批评,指责其违反了1900年 Knott 案的精神(虽然 Knott 案确立的是《哈特法》强制适用原则,而不是 COGSA)。<sup>[11]</sup>在1967年 Indussa 案中<sup>③</sup>,涉案提单在 COGSA 的适用范围之内,但提单有外国法院管辖协议和法律选择条款。法院认为,对于管辖权问题,该管辖协议是提单中的格式条款,是在承托双方缔约能力不平等的前提下订立的,并不是当事人真实的合意。认定管辖协议有效将会导致承运人利用自己熟悉的国家和法律逃避责任,并且会加重货方诉讼成本,违反了 COGSA 第3条第8款的规定<sup>④</sup>,因此宣布管辖协议无效。对于法律选择问题,法院认为,COGSA 的立法精神与《哈特法》一脉相承,1900年 Knott 案的裁判先例对此案仍然适用,并且根据 COGSA 的序言及第12条关于其适用范围的表述,应当认为当事人不能通过约定排除 COGSA 对进出口美国提单的适用,从而推翻了 Muller 案的判决。

通过 Indussa 案的裁判理由可以发现,法院否定当事人对争议解决地点及准据法的选择而强制适用 COGSA 的主要是依据 Knott 案及 COGSA 第3条第8款。而 Knott 案的裁判依据是《哈特法》第1条,其表述与 COGSA 第3条第8款并无实质差别,都是以禁止承运人减免义务与降低责任为规范目的。因此,究其原委,Indussa 案中法院之所以否定当事人意思自治,是因为当事人的约定降低了承运人的法定责任与义务。

需要明确的是,虽然法院认为 COGSA 序言及第12条的地域适用范围条款构成 COGSA 强制适用的理由,但这并不意味着该案中 COGSA 是否强制适用“取决于”该地域适用条款。如前文所述,地域适用范围条款(或“自我限定规范”)仅仅是识别强制性规范的辅助标准,是强制性规范的“表征”。而国际私法意义上的强制性规范之所以成为多边选法体系的例外,是因为这些规范本身追求的目的和利益。<sup>[12]</sup>法官在个案中判断某部或某条法律是否应强制适用时,需要以这些规范的目的和利益为基础,对法律进行解释。<sup>[13]</sup>因此,Indussa 案中法官对 COGSA 地域适用范围条款的援引仅仅是解释的手段,最终

① 《海牙规则》第10条规定:“本公约和各项规定,适用于在任何缔约国所签发的一切提单。”

② 参见 Wm. H. Muller & Co. v. Swedish American Line, Ltd., 224 F.2d 806 (2d Cir. 1955)。

③ 参见 Indussa Corp. v. S. S. Ranborg, 377 F.2d 200 (2d Cir. 1967)。

④ COGSA 第3条第8款规定:“运输合同中的任何条款、约定或协议,凡解除承运人或船舶对由于疏忽、过失或未履行本条规定的责任与义务,因而引起货物或与货物有关的灭失或损害责任的,或以本法规定以外的方式减轻这种责任的,都作废并无效。”

目的仍然是禁止承运人减免义务和降低责任。

## 2. *Sky Reefer* 案对 *Indussa* 案的否定

关于 COGSA 是否强制适用于一切进出口美国的提单的争论并没有结束。在 1995 年 *Sky Reefer* 案中<sup>①</sup>, 涉案运输为日本到美国的国际海上货物运输, 落在了 COGSA 的适用范围之内。争议焦点在于提单中指向日本法的外国仲裁条款和法律选择条款是否因美国 COGSA 的适用而无效。在终审判决中, 美国联邦最高法院重申了 COGSA 促进国际社会提单规则统一的立法精神以及尊重商业实践, 允许当事人自由选择争议解决规则和方式的重要性, 在当事人选择的法律和争议解决方式不会导致承运人责任减轻的前提下, 最终认定其法律选择合法有效, 从而推翻了 *Indussa* 案中认定外国管辖协议和法律选择一律违反了 COGSA 的立法精神因而无效的判例。此外, 联邦最高法院还特别指出, 在经济全球化的背景下, 任何争议都必须在美国并以美国法律解决的刻板理念将会极大阻却美国商业的发展。只有当提单中的仲裁条款(或法院选择条款)和法律选择条款实质上构成货方寻求法律救济权利的放弃时, 才会被认为违反了公共政策因而无效<sup>②</sup>。

自 *Sky Reefer* 案后, COGSA 是否禁止缔约双方对合同准据法进行选择的争论落下了帷幕。本着 *Sky Reefer* 案的精神, 在处理对外贸易中进出口美国的国际海上货物运输合同纠纷时, 美国法院一般情况下会尊重当事人的法律选择, 默认法律选择条款合法有效<sup>③</sup>。只有在被选择的法律中对承运人责任的规定确实低于 COGSA 的要求, 并由争讼一方主动提出且经有效证明时, 法院才会否定法律选择条款的效力<sup>④</sup>。可见, COGSA 并非强制适用于一切进出口美国的提单。无论是 *Indussa* 案的强制适用, 还是 *Sky Reefer* 案对当事人选择的尊重, 都是基于个案中维护货主利益, 禁止承运人减免责任的考量, 而不是为了否认当事人的意思自治。

## 3. 《海牙—维斯比规则》的“变相适用”

事实上, 在 *Indussa* 案的判决被 *Sky Reefer* 案推翻之前, 由于集装箱货物运输对海运带来的革命性影响及随后《关于修订〈统一提单某些法律规定的国际公约〉的议定书》(Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, 简称《海牙—维斯比规则》)的诞生, 世界各国纷纷对本国海上货物运输法进行了修改。以《海牙规则》为标准的 COGSA 自 1936 年制定实施以来一直未作改动, 其对承运人的责任限制已经落后于最新的国际规则<sup>⑤</sup>, 故该法的适用与其“限制承运人减免责任及寻求国际社会提单规则统一”的立法初衷已然相悖。<sup>[14]</sup> 为应对此种情况, 美国法院通过冲突法规则以及合同的解释, 在本应强制适用 COGSA 的案件中变相适用了《海牙—维斯比规则》<sup>⑥</sup>。以 *Itel Container* 案为例<sup>⑦</sup>, 涉案运输是日本到美国的国际海上货物运输, 但法院并未因此完全排除当事人的法律选择而强制适用 COGSA, 而是考虑到当事人约定的英国法对承运人的责任限制高于美国的 COGSA, 适用合同约定的法律不会导致承运人责任和义务的减轻, 进而尊重了当事人的法律选择。上述案例同样说明了 COGSA 并非直接适用的国际强制性规范, 并未完全否定当事人的意思自治。COGSA 之所以会在个案中予以强制适用, 是因为适用当事人选择的法律会使承运人的责任与义务低于 COGSA 的最低要求, 而这种结果的出现将违反法院地的公共政策——保护货主利益。

通过以上对美国司法实践的梳理及对价值追求的探究可知, 美国并没有完全赋予海上货物运输强行法的性质。在个案中出现的“排除当事人的法律选择”的现象背后, 其实有着严格的限定条件和特定的价值追求。具体而言, 从司法实践的层面上看, 对 COGSA 是否强制适用并完全排除当事人的法律

① 参见 *Vimar Seguros Y Reaseguros v. Sky Reefer*, 515 U. S. 528 (1995)。

② 英文原文如下: “The expansion of American business and industry will hardly be encouraged, if we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts”; “a choice of forum and choice of law clause would be invalid as against public policy if they operated as a prospective waiver of a party’s right to pursue statutory remedies.”

③ 参见 *Allen v. Lloyd’s of London*, 1996 U. S. Dist. LEXIS 12300 (E. D. Va. 1996); *Mitsui & Co. v. Mira*, 111 F. 3d 33, 35 (5th Cir. 1997)。

④ 参见 *Acciai Speciali Terni USA, Inc. v. Berane*, 181 F. Supp. 2d 458 (D. Md. 2002)。英文原文如下: “When the provisions belong to a bill of lading governed by the Carriage of Goods by Sea Act, they contravene the law of the United States and are unenforceable if the substantive law to be applied lessens the carrier’s liability below what COGSA guarantees.”

⑤ COGSA 规定的责任限额为 500 美元, 低于 1979 年《海牙—维斯比规则》的 666.67 个特别提款权 (SDR)。

⑥ 参见 *Daval Steel Products, Div. of Francosteel Corp. v. Acadia Forest*, 683 F. Supp. 444 (S. D. N. Y. 1988); *Francosteel Corp. v. Deppe Europe*, 1990 U. S. Dist. LEXIS 10457 (S. D. N. Y. 1990)。

⑦ 参见 *Itel Container Corp. v. Titan Scan*, 139 F. 3d 1450 (11th Cir. 1998)。

选择这一问题,美国法院的态度经历了从支持(*Indussa*案)到反对(*Sky Reefer*案)的转变。在近些年来的判例中,法院更倾向于以认定当事人法律选择有效为原则,以否定为例外,且此种例外必须以“适用当事人选择的法律将导致承运人责任和义务的减轻”为条件。从价值取向的层面看,由于国情和世界局势的改变,19世纪英美利益博弈的历史局面已不复存在,加之20世纪出现的海上运输规则统一化的浪潮,维护货主利益已不再是法院决定是否强制适用COGSA的唯一考量因素。“条约必须信守”精神以及促进国际社会提单规则统一化的目标则显得愈发重要。并且,在近些年经济全球化的背景下,各国商业交往更加频繁,强制适用本国法将极大影响该国市场环境,阻碍对外贸易发展,故强制性规范的“谦抑适用”逐渐成为美国立法及司法“去管制化”进程中的重要组成部分。<sup>[10]114</sup>

正是基于此种价值理念的转变和“谦抑适用”的要求,COGSA的强制适用条件逐渐被限制。只有在承运人滥用契约自由原则,试图通过法律选择免除或降低其责任时,美国法院才会否定意思自治,强制适用本国法。因此,仅从COGSA的法条表述就得出其强制适用的结论,是只见其表而不知其里,主张中国参照其做法则更是“东施效颦”。

## 二、“保障中国托运人的利益”是否以“强制适用”为必要

“保障中国托运人的利益”是国内学者主张赋予《海商法》第四章“直接适用的法”地位的另一个重要理由。就整个法律体系而言,直接适用的法往往借助公法调整方式,通过否定冲突规范的效力,使关乎一国重大公共利益的强制性规范得以直接适用于涉外民商事关系。<sup>[15]40</sup>在公法的视角上,目的正当、手段合理是调整社会关系时需遵循的重要原则,即强调公法干预“目的之正当性”和“手段之必要性”(或称“比例原则”)。保障中国托运人利益的目的固然无可厚非,但为了满足“手段之必要性”的要求,不可回避的问题是:是否必须以“强制适用”的

手段才能保障中国托运人的利益?

### (一)中国法与当事人选择的法律之比较——以承运人责任限制为指标

在航运实践中,承运人事先在提单格式条款中列入法律选择条款的做法屡见不鲜。法律选择条款对合同的履行及争议的解决毫无疑问地具有重要作用,故该条款是长期经营国际海上货物运输业务的承运人结合大量航运实践经验并权衡诸多因素后(包括诉讼方便程度、法律熟悉程度、客户可接受程度等)的选择。以世界排名靠前、在中国拥有大量业务的中国远洋运输集团(简称中远海运)、马士基集团和地中海航运公司为例:中远海运面向中国区业务的格式提单中约定发生争议时应适用中国法;<sup>[16]</sup>马士基集团约定适用英国法;<sup>[17]</sup>地中海航运公司约定以适用英国法为原则,少数情况下适用美国COGSA(当货物运至或运自美国时)。<sup>[18]</sup>

法律对托运人利益的“保障水平”是一个模糊抽象的概念,需要具体明确的指标去判断。承运人的赔偿责任限额无疑是体现运输规则对托运人利益保护程度的重要指标,也是各国法院决定是否采用当事人约定的准据法或国际条约时必然会考虑的因素<sup>①</sup>。以该指标作为参考,《海商法》规定的承运人的责任限额为666.67个计算单位(或者按照货物毛重计算,每公斤为2个计算单位)<sup>②</sup>,《1992年英国海上货物运输法》将《海牙—维斯比规则》整体纳入,责任限额与中国法——《海商法》的规定一致<sup>③</sup>。上述三大航运公司承担着中国大量的对外贸易运输业务。因此,从整体而言,除了地中海航运公司提单中的法律选择在特定情况下其责任限额会低于中国法<sup>④</sup>,在大多数情况下中国托运人获得的准据法保护水平并不会低于《海商法》的水平。换句话说,以承运人赔偿责任限额作为参考指标进行衡量,可以发现,中国法对托运人的保障水平并未普遍高于实践中委托双方选择的法律,即使不适用本国法,中国托运人的利益也能得到有效保障。在此种情况下,强制适用《海商法》第四章的做法无法体现出目的与手段之间的实质联系,经不起“必要性”的检验。

① 如上文提及的 *Itel Container* 案,当事人约定的英国法中对承运人赔偿责任限额的规定高于美国 COGSA,适用当事人约定的法律符合法院地“保护货主利益”的公共政策,因此美国法院尊重了当事人的意思自治。

② 《海商法》第56条规定:“承运人对货物的灭失或者损坏的赔偿限额,按照货物件数或者其他货运单位数计算,每件或者每个其他货运单位为666.67计算单位,或者按照货物毛重计算,每公斤为2计算单位,以二者中赔偿限额较高的为准。”

③ 《修正1924年统一提单某些法律规定的国际公约的1979年议定书》第2条第1款规定:“本公约第4条第5款第(a)项应改为下列规定:‘(a)不论是承运人或船舶,对超过每件或每单位666.67计算单位,或按灭失或受损货物毛重计算,每公斤2计算单位(二者之中以较高者为准)的货物或货物有关的灭失或损害,在任何情况下,概不负责,……’”

④ 此处指适用 COGSA 的情况。COGSA 第4条第5款规定的承运人责任限额为500美元,低于666.67个特别提款权(SDR)。

## (二) 是否需要对中国托运人的利益进行“预先”保障

随着时代的转变和经济结构的复杂化,私法自治原则的弊端也许会在某一领域逐渐显露,从而直接或者间接地影响到该行业的正常发展,进而需要该领域的相关法律以强制性规定的方式作出公平合理的利益安排。因此,当海上货物运输领域出现或者即将出现“重大形势变化”,迫切需要法律以强制性规范的方式重新平衡委托双方利益时,基于新的公共政策考量,《海商法》确有必要作出调整。

就中国海上货物运输领域的发展趋势而言,在判断和预测是否会出现“重大形势变化”时,应当以一个重要的事实为依据:中国既是货主国家也是船东国家,还是造船大国,具有平衡船货各方利益的天然基因。<sup>[19]</sup>中国航运及贸易市场的情况错综复杂,却又始终在各方的利益博弈和竞争中保持着内在平衡。因此,未来的发展趋势自会由此种“天然基因”以及市场这只“看不见的手”去调整和安排,并不需要以强制适用《海商法》第四章的方式进行干预。并且,从历史的维度考量,在100多年前的航运市场,班轮运输承运人处于明显的强势地位,故《哈特法》以及《海牙规则》都强调限制承运人的合同自由以平衡船货双方利益。而在100年后的今天,国际航运市场发生了很大变化,在班轮运输中船方在总体上处于优势地位,但也开始出现如美国的“沃尔玛”等实力雄厚的货方处于优势地位的情况。<sup>[20]</sup>故未来的形势也许会发生变化,但目前的情况表明,此种变化很可能向着有利于托运人的趋势发展,而并非承运人。因此,在未有迹象表明出现或者即将出现“重大形势转变”,可能导致中国托运人的利益严重受损的情况下,并不需要以强制适用《海商法》第四章的方式去“预先”保障其利益,

## (三) 2020《修改送审稿》第51条及第52条对托运人的保护意义

### 1. 2020《修改送审稿》第51条第1款的规范意图

从2020《修改送审稿》第51条第1款的条文表述来看,是对第四章自身适用范围的限定(此种规范可称为“自我限定规范”)。如前所述,在学理上,自我限定规范与强制性规范在界定自身适用范围方

面有着相同之处,即二者存在重叠或相通之处,在某些情况下很容易造成混淆。<sup>[21]</sup>有学者指出,判断限定自身适用范围的实体法规则到底是强制适用,还是应遵循传统之选法规则,很大程度上取决于该规则制订者之真实意图。<sup>[22]668</sup>由于此种“真实意图”往往难以琢磨,因此法官在面对明确限定了其自身适用范围的规范时,将不得不通过文义解释、体系解释等方法去判断此种限定是否包含着冲突法层面上强制适用的意义。其中,规范的用词和语法结构无疑是揣摩其“真实意图”时所要考虑的首要因素。

基于上述理解,再次分析2020《修改送审稿》第51条第1款,可以发现:该款与中国法律体系中常见的地域适用范围条款的词汇表述存在一定差异。与《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第12条和《中华人民共和国证券法》(简称《证券法》)第2条第1款相比<sup>①</sup>,第51条第1款使用了“应当”这一表述而并未简单地表述为“本章规定适用于……”,措辞显得极为强硬。并且,从句结构来看,第51条第1款的结构为“本章规定应当适用于……”,而其他地域适用范围条款通常表述为“……适用本法”。若将第51条第1款的表述仅作限定自身适用范围的理解,以中文的表达习惯,可以推出的结论是“装货港和卸货港不在中国的海上货物运输合同”不适用“本章规定”。此种结论显然并不合理。那么,合乎逻辑的理解是,第51条第1款的规范意图并非是限定适用范围,而是强调装货港或者卸货港为中国港口的海上货物运输合同“应当适用第四章的规定”,其实是2018《征求意见稿》第16.2条第2款中强制适用原则的“委婉表达”<sup>②</sup>。简而言之,2020《修改送审稿》并没有摒弃在2018《征求意见稿》中引入的强制适用原则,该条的规范意图仍然是赋予《海商法》第四章在装货港或者卸货港为中国港口的海上货物运输合同中强制且直接适用的效力。

### 2. 2020《修改送审稿》第51条第2款与第52条对托运人利益的保护

2020《修改送审稿》第51条第2款规定:“虽有前款规定,除本法第一百一十九条和第一百二十二条另有规定外,本章规定不适用于租船合同或者使用船舶部分舱位的合同。但是,托运人、实际托运

<sup>①</sup> 《民法典》第12条规定:“中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律。法律另有规定的,依照其规定。”《证券法》第2条第1款规定:“在中华人民共和国境内,股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券的发行和交易,适用本法。”

<sup>②</sup> 2018《征求意见稿》第16.2条第2款规定:“尽管有前款规定,约定的或者实际的装货港或者卸货港为中华人民共和国港口的国际海上货物运输合同,应适用本法第四章的规定。”

人、收货人、运输单证或者电子运输记录的持有人不是租船合同或者使用船舶部分舱位的合同当事人的,其与承运人或者实际承运人之间的权利义务,适用本章规定。”第119条和第122条分别规定了国内水路货物运输合同和航次租船合同与第四章其他规定之间的关系。该款第一句的规定是考虑到租船合同当事人之间的缔约实力并无过多差距,故而更多遵从合同自由的特点。在此种情况下,即使签发了提单或者其他类似的运输单证,该提单或者运输单证也起不到运输合同证明的作用,当事人之间的权利义务仍以租船合同的约定为准。该款第二句的规定则考虑到了提单或者其他运输单证转让给非租船合同当事人,或者租船合同承租人并非托运人、收货人的情形。此时,基于合同相对性原则,租船合同的约定只能约束出租人和承租人,并且作为非租船合同方的提单持有人、托运人和收货人无法得知租船合同作出了何种权利义务安排。因此,为了保障非租船合同当事人的利益,应当适用第四章的规定以明确其与承运人之间的权利义务。并且,此时第四章规定的适用应当被理解为内国法上的强制性规定,即当提单或者类似的运输单证的持有人、托运人及收货人非租船合同当事人时,其与承运人之间的权利义务受到《海商法》第四章的强制调整。由此可见,第51条第2款的规定已然蕴含了“保障托运人利益”的规范意图。

2020《修改送审稿》第52条规定:“国际海上货物运输合同和作为合同证明的运输单证或者电子运输记录中的条款,以及根据本法第五十一条第三款适用的租船合同条款,违反本章规定的,无效。此类条款的无效,不影响该合同和运输单证或者电子运输记录中其他条款的效力。将货物保险的利益转让给承运人的条款或者类似条款,无效。”此条是在现行《海商法》第44条的基础上作出的改动,增加了对电子运输记录以及并入提单的租船合同条款的适用<sup>①</sup>。《海商法》作为舶来品,在起草时很大程度上参照了国际公约(主要是《海牙规则》和《海牙—维斯比规则》)的规定。第52条的规定应当是来自于《海牙规则》第3条第8款<sup>②</sup>,是奠定海上货物运输

强制性基调的总括性条款。具体而言,是否定了承运人滥用优势地位减轻或者免除责任的权利。受制于这一总括性条款,承运人的责任与义务被固定在不低于该公约规定的范围内。虽然《海牙规则》是船货双方妥协的产物,但不可否认的是,其在保障货方利益方面迈出了重要的一步。通过追溯2020《修改送审稿》第52条的历史后可知,其规范意图同样是“保障货主利益”,并以内国法上的效力性强制规定的形式呈现了出来。

综上,2020《修改送审稿》第51条第2款及第52条对托运人的利益都具有一定的保护意义,并且都以实体法上强制性规定的方式确保了此种规范的意图。在这一基础上,又通过冲突法意义上的强制性规范加以二次保护的做法实非必要。

### 三、扩大《海商法》的适用之必要性与实际效果

“扩大《海商法》的适用”同样是主张第四章强制适用的主要理由之一。如前文所述,通过强制适用的手段对传统私法领域进行干涉时,应当遵循比例原则的要求。那么,若以“扩大《海商法》的适用”为目的进行强制适用,不得不考虑以下问题:第一,如果不对装货港或者卸货港为中国港口的海上货物运输合同进行强制适用,《海商法》第四章是否就得不到有效实施;第二,强制适用的做法能否取得扩大《海商法》适用的效果;第三,如果前两个问题的答案都是否定的,那么应当如何看待“扩大《海商法》适用”这一目的。

#### (一)装货港或者卸货港为中国港口时本国法的适用情况

根据《海商法》第269条,在当事人并未对国际海上货物运输合同的准据法作出约定时,法院应当适用最密切联系原则以明确法律适用问题。法院在适用最密切联系原则时,需要综合全案,对与合同有关的多个连接因素进行筛选甄别,找出与该法律关系在本质上联系密切的法律予以适用。2008年最高人民法院《涉外商事海事审判实务问题解答(一)》第40条确立了各级法院适用最密切联系原则时应当重点考虑的因素:当事人国籍、营业地、

<sup>①</sup> 《海商法》第44条规定:“海上货物运输合同和作为合同凭证的提单或者其他运输单证中的条款,违反本章规定的,无效。此类条款的无效,不影响该合同和提单或者其他运输单证中其他条款的效力。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。”

<sup>②</sup> 《海牙规则》第3条第8款规定:“运输合同中的任何条款、约定或协议,凡是解除承运人或船舶对由于疏忽、过失或未履行本条规定的责任和义务,因而引起货物或关于货物的灭失或损害的责任的,或以不同于本公约的规定减轻这种责任的,则一律无效。有利于承运人的保险利益或类似的条款,应视为属于免除承运人责任的条款。”

合同签订地、合同履行地、标的物所在地<sup>①</sup>。有学者研究发现,在2011年到2014年的80个涉外海事合同纠纷的法律适用问题上,各级法院选择最多的连接点是合同履行地。<sup>[23]</sup>

国际海上货物运输业务具有天然的涉外性和长期性,一票港到港货物运输,从装货港装货、挂靠港停靠到卸货港卸货,包含了多个合同履行地,且涉及不同法域,但并非所有履行地国家的法律都与该海上货物运输关系有“本质上联系”。《海商法》第41条将海上货物运输合同定义为“承运人收取运费,将托运人托运的货物经海路由一港运至另一港”的合同。从定义中可知,“一港运至另一港”是海上运输合同重要的履行内容。虽然运输过程中可能会挂靠、经过数个国家,但这些国家对合同履行并无重要的影响,故在多数情况下,与海上运输合同联系最为密切且稳定的履行地,应属装货港及卸货港所在地。

正是基于此种原因,与国际海上运输有关的统一冲突法及实体法规范均高度关注“装货港”及“卸货港”<sup>②</sup>。中国法院在援引最密切联系原则处理海上货运合同的法律适用问题时,对“装货港”和“卸货港”的连接因素也给予了足够的重视。通过检索发现,中国法院依据《海商法》第269条确定准据法的案件中(涉及海上保险、货运代理、港口经营人等非承托双方纠纷的除外),当合同没有约定法律适用且装货港或者卸货港在中国时,中国法院几乎均以此为由适用了中国法律<sup>③</sup>。

具体而言,在合同约定的装货港为中国港口时,由于此种情况下托运人多为中国对外出口企业,基于保障本国托运人的利益、法官对本国法的熟悉程度、外国法查明的难度等多重原因,法院在适用最密切联系原则确定准据法时,本就会倾向性地以“装货港为中国港口”为由适用中国法。以“吉运橡胶工业有限公司与奥纳环球物流有限公司海上货物运

输合同纠纷案”为例<sup>④</sup>,法院在明确法律适用问题时认为:案涉海上货物运输合同的装货港为中华人民共和国青岛,因此中华人民共和国是与案涉合同具有最密切联系的国家,应依照中华人民共和国法律解决本案的实体争议。

若合同约定的卸货港为中国港口,此时托运人可能并非中国企业,“保障中国托运人利益”也就无从谈起<sup>⑤</sup>。但是,即便如此,受到上述适用外国法的诸多不便因素的影响,法院在司法实践中仍普遍以“卸货港为中国港口”“收货人或承运人住所地或者国籍国为中国”等理由适用中国法。如“以星综合航运有限公司诉大连德海国际贸易有限公司海上货物运输合同纠纷案”<sup>⑥</sup>,原告托运人为以色列法人,货物起运港在巴西。法院在确定准据法时认为:本案被告为中国法人,涉案运输合同卸货港为厦门港,故本案应以中国法为准据法。再如“中远集装箱运输有限公司诉迪高乐有限公司海上货物运输合同案”<sup>⑦</sup>,法院在援引最密切联系原则确定准据法时认为:本案货物约定的卸货港、原告住所地均在中国境内,故中华人民共和国的法律与本案具有最密切联系。

可见,当装货港或者卸货港是中国港口,并且当事人对海上运输合同的法律适用问题并无约定时,依当前《海商法》采用最密切联系原则选择中国法作为合同准据法,既符合国际海上货物运输合同领域最密切联系原则的适用规律,也是中国法院在审判实务中的普遍操作。换言之,在司法实践中,当国际海上货物运输合同满足2020《修改送审稿》第51条中装货港或者卸货港为中国港口的条件时,中国法院本就会倾向性地适用本国法,并且长期以来学界和实务界对此并没有产生明显的争议或者存在重大分歧。因此,以“扩大《海商法》适用”的理由对第四章进行强制适用,并不具有“手段之必要性”。

① 2008年最高人民法院《涉外商事海事审判实务问题解答(一)》第40条规定:“人民法院在确定最密切联系地法时,应当综合考虑当事人住所地、合同签订地、合同履行地、标的物所在地等与交易有关的因素。如果当事人选择的国家存在多个法域,人民法院应当适用当事人选择的该国家某个法域的法律;当事人没有选定的,则适用与争议有最密切联系的法域的法律。”

② 如1980年《罗马国际合同义务法律适用的公约》第4条第4款规定:“对于货运合同以及视为货运合同的单航次租船合同,如果在订立合同时,承运人主营业所在地的国家亦为装货地、卸货地或发货人主营业所在地的国家,应推定合同于此国家有最密切联系。”《海牙规则》《海牙-维斯比规则》也均将“装货港”或者“卸货港”在缔约国境内作为公约得以适用的条件。

③ 参见(2016)津民终201号、(2016)粤72民初170号、(2009)广海法初字第113号、(2006)沪海法商初字第613号、(2019)鲁民终970号、(2018)粤72民初1896号、(2018)粤72民初949号、(2018)鲁72民初1606号、(2017)闽72民初1164号、(2018)鲁民终529号、(2013)民提字第6号等民事判决书。

④ 参见(2018)鲁72民初1606号民事判决书。

⑤ 限于篇幅,此处暂不讨论FOB等买方负责托运的贸易术语下,缔约托运人为中国进口企业的情况。

⑥ 参见(2017)闽72民初1163号民事判决书。

⑦ 参见(2009)广海法初字第113号民事判决书。



## (二) 强制适用是否有助于“扩大《海商法》的适用”

随着“自由”价值取向的深入人心和被各国司法所接受,当事人意思自治原则在商事领域得到了普遍适用,成为商事冲突法的首选原则。<sup>[24]</sup>同时,随着现代国际民商事关系的复杂多样化,灵活化已成为冲突法的发展趋势,甚至引起了确定性与灵活性的天平向后者的倾斜。<sup>[25]</sup>最密切联系原则因其灵活性及对法律选择结果“实质正义”的追求,在国际民商事关系法律适用中始终扮演着重要的角色,以至于有学者认为,对最密切联系精神的汲取程度体现了一国冲突法的现代化程度。<sup>[26]</sup>“当事人意思自治+最密切联系”的搭配在《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(简称《法律适用法》)的规定中亦得到了充分的体现<sup>①</sup>。《海商法》涉外篇作为冲突法在海事领域的特别规定,在第269条合同法律适用问题上也基本延续了《法律适用法》的做法,且该条规定也一直都是中国法院在审理国际海上运输合同法律适用问题上的依据。

若按照2020《修改送审稿》的做法,则会出现以下情况:第一,只要装货港或卸货港为中国港口,运输合同或提单的法律选择条款一律无效;第二,只要满足装货港或卸货港在中国的条件,即使经过综合考量,与案涉法律关系有最密切联系的国家并非中国,也要适用中国法律;第三,只有起运港和目的港均不在中国的情况下,才能考虑适用当事人意思自治原则及最密切联系原则确定准据法。然而,目前中国涉外审判的法律适用问题呈现出“回家去”的趋势,法官会尽力寻找连接点以适用中国法,更有甚者,会径行适用法院地法且不说明理由。可以预见的是,此种情况下法院仍会以委托双方主营业地、合同签订地等其他连接点在中国为由,强行适用中国法,而该连接点是否重要则不得而知。这会导致当事人意思自治原则形同虚设,最密切联系原则沦为空谈,极度阻碍中国涉外海事审判的发展。

更进一步地说,在当今以“自由”与“灵活”为主流理念的商事冲突法发展趋势下,强制适用的做法无异于“反其道而行之”,将会大大降低中国涉外海事审判的国际认可度,严重影响中国判决在外国的承认与执行,也达不到“扩大《海商法》的适用”

的目的。并且,根据上文对美国 COGSA 和英国司法判例的分析可知,当一个案件在这些国家的法院受理时,只要当事人协议选择的法律对承运人的责任限制并不低于法院地国的法律,这些国家往往会尊重当事人的意思自治,而不会一律强制适用本国法。因此,相比之下,2020《修改送审稿》中“一刀切”的做法将更加刺激当事人在合同中订立外国法院管辖或外国仲裁条款,反而会降低《海商法》在实践中适用的可能性。中国作为航运大国,《海商法》的修改工作需要进一步贯彻国际贸易法律协调与统一的理念,促进海商法律更大程度的国际化,防止中国未来新版《海商法》因“特立独行”而游离于国际贸易自由往来之外。<sup>[27]</sup>有悖于“开放”和“现代化”的修法理念,根本无法达到“扩大《海商法》适用”的目的。

## (三) 对“扩大《海商法》适用”这一目的的思考

第一,适用法律的直接目的是为了选择恰当的法律界定当事人之间的权利义务,最终目的是为了作出公正裁决。<sup>[28]</sup>扩大《海商法》适用的目的虽然无可厚非,但不能一味地强调扩大其适用,而忽略了对实质正义的追求。当装货港或者卸货港位于中国港口时,涉案海上货物运输关系也许本就与中国有最密切联系,理应适用本国法。但是,国际海上货物运输关系纷繁复杂,不可避免地存在装货港或者卸货港并非最密切联系地的情况。在此种情况下,受制于强制适用规则,法院可能无法适用与案件存在真实联系的或者更有利于平衡双方权利义务的法律而“被迫”作出不合理的法律选择。海商、海事案件具有天然的涉外性,而法律适用问题对涉外案件当事人的实体权利义务无疑具有重大影响。若法官在涉外审判中屡屡以强制适用为由作出不合理的法律选择,导致不公正的裁决,将会大大降低涉外海商、海事案件当事人对《海商法》的评价,进而促使当事人通过外国法院管辖条款或者仲裁条款规避中国司法管辖,不利于中国国际海事司法中心建设。

第二,扩大《海商法》的适用,应当重点关注的是如何使《海商法》更加符合航运及司法实践需要,如何提升《海商法》条文与体系的科学性。换言之,问题的实质不在于如何扩大法律的适用,而在于如何使法律更加完善以便于司法者在实践去运用,

<sup>①</sup> 《法律适用法》第2条第2款规定:“本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”第3条规定:“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。”第41条规定:“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的,适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”

这才是法律前进与发展的应然逻辑。《海商法》自1993年正式实施以来,已历时近30载,曾被认为是一部“十分成功的、先进的法律”。<sup>[29]</sup>然而,《海商法》的内容体系并非足够完善,加之时代的变迁,部分条文也已显得陈旧过时,亟待修改。2020《修改送审稿》公布后,仍有诸多篇章的体系问题及关涉各方实体权利义务的问题并未得到解决,这也引起了学术界和实务界的充分关注<sup>①</sup>。只有解决了这些实质性问题,提升《海商法》的立法科学性和国际化水平,才能促进国内外法院在审判中的积极适用,进而达到扩大《海商法》适用的效果。采取强制适用的手段并不会使《海商法》真正具有“吸引力”,并未触及到“使法律满足实践需要”这一核心问题,甚至可以说是陷入了“以想象和愿望指导法律实践的泥潭”。<sup>[30]</sup>

第三,在考虑如何扩大《海商法》的适用之前,应当正确看待《海商法》在海事审判中适用空间不大的现象,寻找现象背后的真实原因,以求“对症下药”。根据学者的实证研究,截至2017年12月31日,在中国裁判文书网收录的海事海商纠纷案件的30375份裁判文书中,以《海商法》为法律依据的共有4500件,占比仅为14.81%,且有逐步下降的趋势。而《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》)、《中华人民共和国物权法》(简称《物权法》)等一般性民商事法律及其司法解释的适用比例达到43.67%。<sup>[31]</sup>造成这种现象的原因是多方面的,不能仅因比例就得出不恰当的结论。

首先,海事法院受理的海事海商案件并不一定都是海上运输纠纷。海事法院的受案范围并不限于《海商法》下的实体争议。大量非《海商法》调整的实体纠纷也是海事法院的受案范围。例如,内河运输纠纷、近海滩涂养殖纠纷、渔业纠纷等。事实上,在个别海事法院,海上渔业纠纷和养殖纠纷在所受理的案件中占有相当大的比例。随着海上行政纠纷和海事刑事案件纳入海事法院的受案范围,适用《海商法》审理的案件比例还会进一步下降。其次,如上文所述,《海商法》自身内容体系并不完善。其在有些情况下无法满足实践需要,法官只能借助《合同法》《物权法》等一般法的规定解决纠纷。例如,货物控制权纠纷,《海商法》第四章就没有规

定,只能依据《合同法》审理<sup>②</sup>。再次,《海商法》适用比率不高的情况也可能是由于法官并未切实遵循“特别法优先”原则,在通过对《海商法》条文进行解释后仍可予以适用的案件中,简单地以特别法无规定为由适用一般法规定,未能在海事审判中贯彻“用尽海商法”原则。

海事法院受理的海商海事案件具有复杂多样性,这一客观情况很难通过立法予以改变。因此,若想进一步扩大《海商法》的适用,除对该法本身的体系和内容进行完善,使之更符合实践需要之外,还可以通过最高人民法院的司法解释、会议纪要、指导性案例等方式,切实强化“用尽海商法”原则在海事审判中的贯彻落实。要求法院在《海商法》有明确规定或无明确规定但依照解释仍可适用时,应当适用《海商法》而非《合同法》等一般法规定。

#### 四、强制适用《海商法》第四章的理论困境

按照2020《修改送审稿》的规定,装货港或者卸货港为中国港口的国际海上货物运输合同将受到《海商法》第四章的直接调整,法官无需依照《海商法》第269条冲突规范的指引寻找合同准据法。此时,第四章的规定实际上发挥了国际私法理论中的“直接适用的法”的作用。因此,强制适用的做法在理论上是否具有可行性,《海商法》第四章的规定是否符合“直接适用的法”这一概念的内涵与定位,同样是值得关注的问题。

##### (一)“直接适用的法”之设立意图

直接适用的法这一概念,其源头可追溯至近代国际私法奠基者萨维尼。他在“法律关系本座说”的例外中提出了一种“强行性的实在法”,并认为“它们与法律的自由适用是不一致的”。<sup>[32]</sup>该概念后经弗朗西斯卡基斯正式提出并确立,揭示出的是“于涉外民商事法律关系中直接适用实体法”的客观现象。<sup>[15]34</sup>发展至今,国内外国际私法学界在“直接适用的法”的名称、结构、性质等方面尚未达成统一,但就该制度的设立意图而言,学界却在总体上保持一致:它们通常是为了维护一国政治、经济、社会的重大利益,反映了国际私法从形式主义向功能主义的转变。<sup>[33]</sup>直接适用的法制度在《法律适用法》第4条得到了确立,并在2012年颁布的《最高

① 例如航次租船合同的性质问题,参见王肖卿:《船舶航次租用的本质是“租”不是“运”》,发表于《中国海商法研究》,2019年第4期,第12-22页。再如港口经营人的法律地位问题,参见郝志鹏、孙光:《论港口经营人行使留置权的法律困境与出路》,发表于《中国海商法研究》,2018年第4期,第9-14页。

② 参见(2017)最高法民再412号民事判决书。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释(一)(简称《司法解释》)第10条中进一步明确<sup>①</sup>。从《司法解释》给出的定义及所列举的“公共卫生安全”“环境安全”等适用领域来看,中国冲突法体系对于直接适用的法的功能定位比较明确,即旨在维护中国“社会公共利益”<sup>②</sup>。

从学理上讲,任何法律规范都或多或少会涉及公共利益,而国际私法意义上的强制性规范所蕴含的公共利益应当达到对社会“极为重要”,以至于必须采取积极措施来保证实现的程度。<sup>[22]666</sup>因此,为了保证立法的科学性和理论上的可行性,若要赋予某个或者某类法律条文“直接适用于涉外民事关系”的效力,此条文所调整的社会关系必须关乎中国“重大社会公共利益”,以防止该制度的适用范围过宽而影响到冲突规范的功能。这也是强制适用《海商法》第四章的正当性前提。

“公共利益”是一个抽象化的概念,其内涵和外延具有高度模糊性。这就要求在判断某一规范是否关涉公共利益时,应对该规范所涉领域的特点及该规范的具体内容、法律效力等因素进行综合考虑。<sup>[10]110</sup>

## (二)《海商法》第四章的具体内容是否关乎“重大公共利益”

根据上文对 COGSA“强制适用性”的探究可知,自从1889年美国 *Liverpool* 案以公共政策为由判定承运人的免责条款无效之后,经《哈特法》的明确以及《海牙规则》的吸收继承,海上货物运输法的“强制性体制”在这一历史进程中逐步建立起来。通过对这一段历史的梳理可以发现,海上货物运输法“强制性体制”的确立和发展始终以平衡承运人与货方的利益为主线。《海商法》借鉴并吸收了《海牙规则》《汉堡规则》等国际公约的做法,通过第44条奠定了第四章规定“强制性”的总基调,又在其后第二节与第三节的诸多条文中规定了承运人与托运人的权利、义务和责任,在一定程度上也体现出此种利

益平衡的色彩。

在其他各节中,第一节多为定义类条文,第四、五节分别规定了运输单证的流转规则及货物交付规则,第六节规定了合同的解除,第七、八节是航次租船合同与多式联运合同的特别规定。因此,从本质上说,在《海商法》第四章各分节中,只有第二节“承运人的责任”与第三节“托运人的责任”的规范内容可能具有公共政策的考量,其余各节与公共政策并无太多联系。接下来要考虑的问题是,此种以平衡双方利益为出发点的公共政策是否能够上升到“重大公共利益”的层面,以至于必须通过直接适用的法这一制度将其强制适用于涉外民事关系。

国际贸易往来对一国经济有着重要影响,而经济关乎民生(社会公共利益),贸易亦离不开运输。因此,不可否认的是,“承运人的责任”与“托运人的责任”作为保障海上货物运输的核心内容,在某种程度上影响着社会公共利益。然而,根据前文所述,直接适用的法所涉公共利益必须达到“重大”或者“至关重要”的程度。而对于“何为重大”或者“何为至关重要”,很难给出标准答案。但是,为保障法律体系的协调性,《海商法》第四章(尤其是第二节和第三节)对公共利益的影响程度至少应当与“劳动者权益”“公共卫生安全”等在《司法解释》中的列举项等同,才能确保将其纳入直接适用的法这一范畴。

以“劳动者权益保护”为例,之所以将其置于直接适用的法框架之下,不仅因为劳动者权益涉及社会公共利益,还因为劳动者在涉外雇佣关系中缺乏对不同国家的实体法进行比较的能力,在争议解决方式及场所的选择上同样也处于弱势地位,因而必须得到法律的“特别保护”。<sup>[34]</sup>而反观《海商法》第四章所涉的海上货物运输领域,长期经营国际贸易业务的货方与长期从事跨国运输业务的承运人都具备一定的商事能力,货方也许在合同的谈判能力上弱于承运人,但并不一定同消费者、劳动者那样处于“绝对弱势”的地位。因此,相比之下,从海上货物运输合同当事人的力量对比来看,并没有达到必

<sup>①</sup> 《法律适用法》第4条规定:“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定。”《司法解释》第10条规定:“有下列情形之一的,涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定……(一)涉及劳动者权益保护的;(二)涉及食品或公共卫生安全的;(三)涉及环境安全的;(四)涉及外汇管制等金融安全的;(五)涉及反垄断、反倾销的;(六)应当认定为强制性规定的其他情形。”

<sup>②</sup> 需要明确的是,“直接适用的法”是否仅限于维护社会公共利益,而不得适用于经济组织利益甚至私人利益,学界对此仍有分歧。有学者认为,直接适用的法必须涉及法院地国家的重大社会公共利益;也有学者认为,直接适用的法应当以公共利益为适用基础,而只要案件对私人利益影响达到一定程度即应视为公共利益并适用强制性规定;还有学者认为,直接适用的法不仅是为了维护社会公共利益,甚至是在维护本国的政治、社会或经济组织的利益时均可适用。参见张寒雪:《论干涉性法规的识别标准》,发表于《天津商业大学学报》,2018年第3期,第67页。

须以直接适用的法的方式彻底否定意思自治的“紧迫程度”。而一旦此种“紧迫程度”有所欠缺,便不能以“重大”或者“至关重要”去形容《海商法》第四章所具有的公共利益属性,将其归为直接适用的法的正当性也就不复存在。

正是基于上述考量,《罗马国际合同义务法律适用的公约》(Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation)第5条先就是就消费者合同的法律选择问题上贯彻了“弱者保护原则”之后,又特别排除了该条对运输合同的适用(该公约对消费者合同确立的定义很容易被认为包含了运输合同——笔者注)<sup>①</sup>。此外,尽管海上货物运输领域存在货方与承运人力量对比不平衡的现象,但绝不意味着只要存在该现象,就必须以直接适用的法这一模式进行规制。对弱者个体私益的关怀并非国际强制性规范制度所要解决的主要问题,仅当某一规范具有更广泛而深刻的公共意义时,该规范才具有冲突法上的强制性。<sup>[10][11]</sup>《海商法》第四章整体上仍然是为调整私人利益而进行的制度设计,在这一领域,合同自由与意思自治原则仍应发挥主导地位。

### (三)《海商法》第四章的规范效力是否体现“重大公共利益”

直接适用的法这一制度设计是一种富有攻击性的强势安排,排除外国法的适用不是它的条件和目标,确保内国法律中的强制性规范被适用,才是它的唯一、最高和最终的目标。<sup>[35]</sup>建立在这一理解的基础上,《法律适用法》第4条所创设的“直接适用的法”本身必须具有实体层面上的强制性,才能被赋予冲突法意义上的直接适用性。也就是说,具备实体法上的强制性是该规范得以成为直接适用的法的“必要不充分条件”。

#### 参考文献:

- [1] 交通运输部关于《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》公开征求意见的通知[EB/OL]. (2018-11-05)[2020-05-12]. [http://xxgk.mot.gov.cn/jigou/fgs/201811/t20181105\\_3109896.html](http://xxgk.mot.gov.cn/jigou/fgs/201811/t20181105_3109896.html).
- [2] 王淑梅,侯伟. 关于《海商法》修改的几点意见[EB/OL]. (2017-11-07)[2020-05-12]. <http://www.whhsfy.hbfy.gov.cn/Doc-Manage/ViewDoc?docId=0c3131ec-6e95-47c4-a1af-3e6c73354819>.
- [3] 佟尧,王国华. 中国海事关系法律适用法完善之研究——《海商法》第十四章修改的必要性及具体建议[J]. 中国海商法研究,2016,27(4):7.
- [4] 肖永平,张弛. 论中国《法律适用法》中的“强制性规定”[J]. 华东政法大学学报,2015,18(2):124-125.
- [5] 傅廷中. 海商法[M]. 2版. 北京:法律出版社,2017:156.

<sup>①</sup> 《罗马国际合同义务法律适用的公约》第5条第1款规定:“本条之规定适用于以向人(消费者)提供货物或劳务为目的的合同,而此项货物或劳务系可被认为非供其用于行业或职业用途者,或为上述目的而提供信贷的合同。”第5条第2款规定:“尽管有第3条的规定,由双方当事人作出的法律选择不具有剥夺消费者惯常居所国法律的强制性规定所给予他的保护的后果……”第5条第4款规定:“本条的规定不适用于:(一)运输合同……”

从私法意义上来讲,通常所说的实体法上的强制性规范是指“不可通过约定予以排除或变更的规范”,与此相对的即为“任意性规范”。<sup>[36]</sup>从法条解读的角度,强制性规范一般会有“应当”“不得”“禁止”等措辞,任意性规范则多以“可以”“除外”为标志。借助这一标准,重新审视《海商法》第四章各节后可以发现,措辞带有“应当”“不得”的实体强制性规范虽占多数,但仍在一些条文中出现了“可以”“除外”的任意性表述。如第43条的“承运人或者托运人可以要求书面确认海上货物运输合同的成立”、第69条的“托运人与承运人可以约定运费由收货人支付”等。因此,《海商法》第四章并非全部都是强制性规定,还包括许多任意性规定。然而,从学理上讲,任意性规范并不能构成一国基本政策的表达,更无法体现出一国的重大公共利益,没有理由优先于准据法而强制适用于涉外民事关系。<sup>[37]</sup>

综上,从规范效力的角度考量,《海商法》第四章并非全部是实体法上的强制性规范,其规范效力的结构分布并不符合直接适用的法的理论要求,也无法体现出一国重大公共利益。对第四章不作区分而“一刀切”地强制适用的做法,在学理上无法自圆其说,甚至会出现混乱,对司法实践中《海商法》第四章的适用造成极大的困扰和不便。

#### 五、结语

综上,无论在理论还是实践上,《海商法》第四章都没有充分的理由强制适用,且一旦强制适用,会造成诸多不良后果。2020《修改送审稿》第51条的立法科学性值得质疑。建议删除相关改动,维持国际海上货物运输合同法律适用中“当事人意思自治原则+最密切联系原则”的配置。

- [6] 韩立新,王秀芬. 各国(地区)海商法汇编(中英文对照)[M]. 大连:大连海事大学出版社,2003:374-375.
- [7] 苏同江. 中国《海商法》有关海运提单强制适用问题研究[J]. 中国海商法年刊,2007,18(1):54.
- [8] 王彦斌. 我国海商法对提单运输关系强制适用问题研究——以我国涉外海事案件法律适用情况实证分析为视角[J]. 重庆交通大学学报(社会科学版),2009,9(6):54.
- [9] 袁发强. 国家管辖海域与司法管辖权的行使[J]. 国际法研究,2017(3):109.
- [10] 肖永平,龙威狄. 论中国国际私法中的强制性规范[J]. 中国社会科学,2012(10).
- [11] G. 吉尔摩, C. L. 布莱克. 海商法(上)[M]. 杨召南,毛俊纯,王君粹,译. 北京:中国大百科全书出版社,2000:241-242.
- [12] 卜璐. 国际私法中强制性规范的界定——兼评《关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第10条[J]. 现代法学,2013,35(3):153.
- [13] AUDIT B. A continental lawyer looks at contemporary American choice-of-law principles[J]. American Journal of Comparative Law,1979,27(4):603.
- [14] MANDELBAUM S. Creating uniform worldwide liability standards for sea carriage of goods under the Hague, COGSA, Visby and Hamburg Conventions[J]. Transportation Law Journal,1996,23(3):485.
- [15] 李双元,杨华. 论国际私法上直接适用法的重新界定[J]. 河北法学,2016,34(5).
- [16] Terms and conditions[EB/OL]. [2020-05-12]. [http://lines.coscoshipping.com/lines\\_resource/pdf/coscon\\_tidan\\_cn.pdf](http://lines.coscoshipping.com/lines_resource/pdf/coscon_tidan_cn.pdf).
- [17] Terms for carriage—Chinese[EB/OL]. [2020-05-12]. <https://terms.maersk.com/carriage-Chinese>.
- [18] 地中海航运公司运输条款(Carrie Terms & Conditions)[EB/OL]. [2020-05-12]. <https://www.msc.com/hkg/contract-of-carriage>.
- [19] 罗东川. 直挂云帆济沧海[N]. 人民法院报,2014-09-02(1).
- [20] 司玉琢. 航次租船合同的立法反思——以《海商法》修改为契机[J]. 中国海商法研究,2019,30(4):4.
- [21] 孙国平. 论劳动法上的强制性规范[J]. 法学,2015(9):64.
- [22] GUEDJ T. The theory of the Lois de Police, a functional trend in continental private international law—a comparative analysis with modern American theories[J]. American Journal of Comparative Law,1991,39(4).
- [23] 卢月. 论《涉外民事关系法律适用法》中最密切联系原则的司法适用[J]. 时代法学,2015,13(4):109.
- [24] 袁发强. 论商事冲突法的价值选择与规范表现[J]. 法学评论,2016,34(5):65.
- [25] 韩德培,李双元. 应该重视对冲突法的研究[J]. 武汉大学学报(社会科学版),1983(6):57.
- [26] 刘想树. 论最密切联系的司法原则化[J]. 现代法学,2012,34(3):132.
- [27] 朱作贤. 塑造更加开放的现代化海商法律规则[J]. 中国远洋海运,2019(12):36.
- [28] 袁发强. 法院地法适用的正当性证成[J]. 华东政法大学学报,2014(6):121.
- [29] 李国光. 充分发挥海事司法职能作用 推动海商法律体系完善发展——纪念《中华人民共和国海商法》颁布实施20周年[J]. 中国海商法研究,2012,23(3):3.
- [30] 白建军. 论法律实证分析[J]. 中国法学,2000(4):33.
- [31] 何丽新,梁嘉诚. 《海商法》实施25年司法适用研究报告[J]. 中国海商法研究,2018,29(2):43-48.
- [32] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼. 法律冲突与法律规则的地域和时间范围[M]. 李双元,等译. 北京:法律出版社,1999:18.
- [33] 杨华. 直接适用法的正当性考察[J]. 时代法学,2016,14(2):111-112.
- [34] 袁发强. 我国国际私法中弱者保护制度的反思与重构[J]. 法商研究,2014,31(6):100.
- [35] 张春良. 直接适用的法与相关制度的体系平衡[J]. 法学研究,2018,40(3):199.
- [36] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(下册)[M]. 王晓晔,等译. 北京:法律出版社,2003:42.
- [37] BONOMI A. Mandatory rules in private international law: the quest for uniformity of decisions in a global environment[J]. Yearbook of Private International Law,1999(1):223.