

论《海商法》第四章的强制适用

韩立新,姜泽慧

(大连海事大学 法学院,辽宁 大连 116026)

摘要:《海商法》第四章的强制性规定只有在海上货物运输合同经冲突规范指引确定《海商法》为准据法时才得以适用。然而,英国、美国等国家的海上货物运输法律强制适用于(进)出口本国的提单,即具有强制适用效力。《海商法》第四章的强制适用既具有保护托运人和收货人的利益、简化海上货物运输合同法律适用及明确当事人权利义务的现实需求,也符合国家行使立法管辖权的合法性与合理性要求,而且,并不会产生影响国际私法立法的多边主义趋势以及不利于国际海上货物运输法律统一的不利后果。在比较《海商法(修订征求意见稿)》和《海商法(修改送审稿)》所分别采取的单边冲突规范方案和“直接适用的法”方案的基础上,认为通过“直接适用的法”方案规定《海商法》第四章的强制适用效力更为适宜。

关键词:海上货物运输合同;强制性规定;强制适用;单边冲突规范;“直接适用的法”

中图分类号:D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2024)04-0003-14

一、问题的提出

2017年7月6日,时任最高人民法院民四庭副庭长王淑梅在《中华人民共和国海商法》(修改建议稿)审核研究第一次会议上指出,《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)第四章没有规定强制适用范围,且该章也不属于《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(简称《涉外民事关系法律适用法》)第4条规定的“强制性规定”,导致在很多情况下该章不能被中国法院直接适用。能否参照美国1936年《海上货物运输法》,规定《海商法》第四章的强制适用,是《海商法》修改过程中需要研究的重要问题。^①

《海商法》第四章的强制适用是指《海商法》第四章强制适用于进出中国港口的海上货物运输合同。现行《海商法》第四章虽然是强制性规定,但其不具有强制适用效力。具体来说,根据《海商法》第44条,^②海上货物运输合同、提单以及其他运输单证中的任何条款,均不得违反《海商法》第四章的规定,凡违反《海商法》第四章规定的条款,均被认定为无效条款。《海商法》第44条和第45条^③确立了该法第四章的根本宗旨,即《海商法》第四章是要规定承运人最高限度的权利和最低限度的义务,以防止承运人在运输合同,特别是在事先印制的提单中随意减轻其义务或增加其权利。^④然而,《海商法》第四章的强制性规定仅在海上货物运输合同经冲突规范指引确定《海商法》为准据法时才得以适用。^⑤具体理由如下。

收稿日期:2024-02-23

基金项目:2023年度国家社科基金青年项目“国际投资争端全球治理的理念演进及制度因应研究”(23CFX074)

作者简介:韩立新,女,法学博士,大连海事大学法学院教授、博士生导师;姜泽慧,女,大连海事大学法学院海商法专业博士研究生。

① 参见王淑梅、侯伟:《关于〈海商法〉修改的几点意见》,载《中国海商法研究》2017年第3期,第9页。

② 《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。”

③ 《海商法》第45条规定:“本法第四十四条的规定不影响承运人在本章规定的承运人责任和义务之外,增加其责任和义务。”

④ 参见司玉琢、张永坚、蒋跃川编著:《中国海商法注释》,北京大学出版社2019年版,第77页。

⑤ 参见苏同江:《中国〈海商法〉有关海运提单强制适用问题研究》,载司玉琢主编:《中国海商法年刊(2007)》,大连海事大学出版社2007年版,第48页。

第一,虽然《涉外民事关系法律适用法》第4条规定了涉外民事关系中强制性规定的直接适用问题,^①即“直接适用的法”,^②但是强制性规定与“直接适用的法”并不等同。可以说,所有的“直接适用的法”都是国内法中的强制性规定,但不能说,所有的国内法中的强制性规定都是“直接适用的法”,^③即国内法中强制性规定的范围比“直接适用的法”的范围更广泛。《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《涉外民事关系法律适用法解释(一)》)第8条^④对《涉外民事关系法律适用法》第4条的强制性规定进行了细化,但《海商法》第四章的强制性规定不属于该条前5项所列举的具体情形,也不属于该条第6项规定的“应当被认定为强制性规定的其他情形”。^⑤

第二,虽然《海商法》第269条允许当事人合意选择涉外海商合同所适用的法律,同时规定“法律另有规定的除外”,^⑥但应当认为,其中的“法律”是指冲突法意义上的强制性规定,^⑦而不包括《海商法》第44条。而且,从文义解释的角度来看,《海商法》第44条强调的是当事人在海上货物运输合同、提单或者其他运输单证中约定的条款内容违反第四章规定时,相关条款无效,其着眼点在于“条款”及“条款内容”,^⑧其所指向的是条款所规定的承运人和托运人的权利义务。然而,当事人在海上货物运输合同、提单或者其他运输单证中约定适用外国法的条款本身并不包括承运人和托运人的权利义务等内容,《海商法》第四章也未对当事人选择适用外国法作出禁止性规定。因此,约定的法律适用条款本身不可能因违反《海商法》第四章强制性规定而无效,故难以将《海商法》第44条认定为《海商法》第269条中的“法律另有规定”的情形。^⑨

交通运输部于2018年公布的《中华人民共和国海商法(修订征求意见稿)》(简称《海商法(修订征求意见稿)》)第16.2条第2款^⑩和其于2020年提交司法部审议的《中华人民共和国海商法(修改送审稿)》(简称《海商法(修改送审稿)》)第51条第1款^⑪均规定了《海商法》第四章的强制适用效力。但是,交通运输部于2018年发布的《海商法》修订说明以及于2020年提交司法部审议的《海商法(修改送审稿)》的附件中均未对《海商法》第四章强制适用的理由作出解释。^⑫《海商法(修订征求意见稿)》和《海商法(修改送审稿)》关于《海商法》第四章强制适用的规定,引发了理论界和实务界的广泛争论,争议点主要集中在两个方面:一是有无必要规定《海商法》第四章的强制适用效力;二是如有必要,那么应当如何规定。笔者拟在考察英国、美国等国家的海上货物运输法律强制适用的基础上,分析《海商法》第四章强制适用的现实需求和理论依据,澄清关于《海商法》第四章强制适用的误解,并对《海商法(修订征求意见稿)》和《海商法(修改送审稿)》提出的具体方案展开评析。

二、海上货物运输法律强制适用的国际考察:以英国和美国为例

主张《海商法》第四章应当强制适用的主要理由之一为世界主要国家规定了其海上货物运输法律的强

① 《涉外民事关系法律适用法》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。”

② “直接适用的法”是指在涉外民事案件中无须援引法院地的冲突规范而可以直接适用于案件的强制性法律规定。参见杨华:《“直接适用的法”论要》,载《理论月刊》2013年第8期,第84页。

③ 参见杨华:《“直接适用的法”论要》,载《理论月刊》2013年第8期,第85页。

④ 《涉外民事关系法律适用法解释(一)》第8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,人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定:(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。”

⑤ 参见王淑梅、侯伟:《关于〈海商法〉修改的几点意见》,载《中国海商法研究》2017年第3期,第9页。

⑥ 《海商法》第269条规定:“合同当事人可以选择合同适用的法律,法律另有规定的除外。合同当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”

⑦ 参见佟尧、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》,载《中国海商法研究》2016年第4期,第6页。

⑧ 参见佟尧、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》,载《中国海商法研究》2016年第4期,第6页。

⑨ 参见佟尧、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》,载《中国海商法研究》2016年第4期,第6页。

⑩ 《海商法(修订征求意见稿)》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。”

⑪ 《海商法(修改送审稿)》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。”

⑫ 参见袁发强、卢柏宜:《〈海商法〉第四章“强制适用”之合理性探究》,载《中国海商法研究》2021年第1期,第3-4页。

制适用效力。^①例如,英国、澳大利亚、加拿大、印度等国家的海上货物运输法律强制适用于其出口提单,美国、法国、比利时、利比里亚等国家的海上货物运输法律强制适用于进出口本国的提单。^②限于篇幅,笔者拟以英国和美国为例,考察其海上货物运输法律强制适用的立法与实践。

(一) 英国海上货物运输法律的强制适用

英国是《修正1924年统一提单的若干法律规则的国际公约的1968年议定书》(简称《海牙-维斯比规则》)的缔约国。英国1971年《海上货物运输法》第1条第1款将《海牙-维斯比规则》纳入其中,并在第1条第2款规定《海牙-维斯比规则》具有法律强制力。根据《海牙-维斯比规则》第10条规定,如果两个不同国家的港口之间的货物运输是从一个缔约国的港口起运的,那么《海牙-维斯比规则》应当适用于该海上货物运输提单,因此,英国1971年《海上货物运输法》第1条第3款规定该法强制适用于其出口提单。^③

在英国的司法实践中,关于1971年《海上货物运输法》强制适用于英国出口提单的典型案件是“*The Hollandia*案”。^④在该案中,原告将一台机器通过属于被告承运人的荷兰籍船舶由苏格兰运往荷属西印度群岛,提单中包含了适用荷兰法律的法律选择条款以及争议由阿姆斯特丹法院管辖的管辖权条款。在卸货时,机器因掉落而遭受严重损坏,损失金额约为22 000英镑。原告在英国法院对该荷兰籍船舶的姐妹船“*The Hollandia*”轮提起了对物诉讼。被告承运人依据提单中的管辖权条款和法律选择条款,申请中止英国的诉讼程序。英国上议院认为提单中的法律选择条款无效,理由在于:提单在英国签发,船舶起运港也位于《海牙-维斯比规则》的缔约国,故提单应适用作为英国法律的《海牙-维斯比规则》。如果根据法律选择条款适用荷兰法律,那么承运人的赔偿责任将依据荷兰所加入的《1924年统一提单的若干法律规则的国际公约》(简称《海牙规则》)而被限制在250英镑左右,低于依据《海牙-维斯比规则》第3条第8款所确定的11 000英镑左右的责任限额,故法律选择条款无效。

“*The Hollandia*案”的判决由英国上议院于1983年作出,当时英国关于合同法律适用的法律选择规则主要通过判例确定,该案对英国出口提单中法律选择条款效力的认定也被后续有关案例所遵循。后来,英国关于合同法律适用的大部分法律选择规则先后被欧共体1980年《合同之债法律适用的罗马公约》(简称《罗马公约》),适用于合同生效时间晚于1991年4月1日的合同)和欧盟2008年《合同之债法律适用条例》(简称《罗马条例I》,适用于2009年12月17日以后订立的合同)所取代。^⑤总体而言,《罗马公约》和《罗马条例I》规定的法律选择规则与英国加入这两个公约前所采取的法律选择规则大体相同。^⑥《罗马公约》和《罗马条例I》均承认当事人合意在合同法律适用问题上的首要地位,同时,也均规定当事人选择法律的自由存在一定的限制,包括《罗马公约》第7条第1款规定的“强制性规则”^⑦和《罗马条例I》第9条第1款规定的“优先适用的强制性条款”^⑧。纳入《海牙-维斯比规则》的英国1971年《海上货物运输法》属于上述“强制性

^① 笔者将一国海上货物运输法律强制适用于(进)出口本国的海上货物运输合同的效力均称为强制适用效力。

^② 参见[加]William Tetley:《海上货物索赔》(第3版),张永坚、胡正良等译,大连海运学院出版社1993年版,第3、22、797、832、846页;韩立新、王秀芬编译:《各国(地区)海商法汇编:中英文对照》(上卷),大连海事大学出版社2003年版,第3、378、463页;柯泽东:《国际私法》,中国政法大学出版社2003年版,第118-119页;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》,载《重庆交通大学学报(社会科学版)》2009年第6期,第53-54页;胡正良等:《〈海商法〉修改基本理论与主要制度研究》,法律出版社2021年版,第200页。

^③ 英国1971年《海上货物运输法》第1条第3款规定:“在不影响上述第2款规定的情况下,上述规则应对装船港是英国港口的货物运输具有法律效力,而不论此运输是否是规则第10条所述的发生在两个不同国家的港口之间。”参见韩立新、王秀芬编译:《各国(地区)海商法汇编:中英文对照》(上卷),大连海事大学出版社2003年版,第3页。

^④ [1983] 1 AC 565; [1983] 1 Lloyd's Rep. 1.

^⑤ John F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea* (7th Edition), Pearson U.K., 2010, p.323-324.

^⑥ John F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea* (7th Edition), Pearson U.K., 2010, p.324.

^⑦ 《罗马公约》第7条第1款规定:“在依据本公约适用某一个国家的法律时,如果另一个国家与案件的情况具有密切的联系,则对该另一个国家法律中的强制性规则的效力应给予考虑,但仅限于如下情况:根据该另一个国家的法律,无论适用于合同的是什么法律,该强制性规则都必须得到适用。在决定是否应当确认这些强制性规则的效力时,应考虑它们的性质、目的和对其适用或不适用的后果。”参见王秀转:《欧盟〈关于非合同之债的法律适用条例〉中的法律选择方法与规则评述》,载沈四宝、王军主编:《国际商法论丛》第10卷,法律出版社2010年版,第482页。

^⑧ 《罗马条例I》第9条第1款规定:“优先适用的强制性条款是指,被一国认为对维护该国的公共利益,尤其是对维护其政治、社会和经济利益至关重要而必须遵守的强制性条款,以至于对属于其适用范围的所有情况,不论根据本条例适用于合同的是何种法律,它们都必须予以适用。”参见邹国勇:《欧洲议会和(欧盟)理事会2008年6月17日关于合同之债法律适用的第593/2008号(欧共体)条例(罗马I)》,载易继明主编:《私法》第9辑第2卷,华中科技大学出版社2011年版,第290页。

规则”和“优先适用的强制性条款”,^①而且,这一结论没有被欧盟法院关于“*United Antwerp Maritime Agencies NV (Unamar) v. Navigation Maritime Bulgare*案”^②和“*Hellenic Republic v. Nikiforidis*案”^③的判决所改变。^④

(二) 美国海上货物运输法律的强制适用

美国是《海牙规则》的缔约国,但不是《海牙-维斯比规则》的缔约国。尽管《海牙规则》第10条仅规定该公约适用于在任何缔约国签发的提单,但美国1936年《海上货物运输法》第12条第1款规定该法强制适用于进出口美国的提单。^⑤美国如此规定的目的在于:第一,实现对外贸易中提单所适用法律的统一和简化;第二,减少提单各方当事人权利义务的不确定性;第三,保护从事美国进出口贸易的承运人免受他们在该法颁布之前所承担的“全面”责任;第四,保护托运人不因在外国法院诉讼或者适用外国法律而获得较低限额的赔偿。^⑥

司法实践中,关于美国1936年《海上货物运输法》的强制适用,在“*Vimar Seguros y Reaseguros v. M/V Sky Reefer*案”(简称“*The Sky Reefer*案”)^⑦前后存在截然相反的态度。在“*The Sky Reefer*案”之前,法院普遍遵循“*Indussa Corp. v. S.S. Ranborg*案”(简称“*The Indussa*案”)^⑧所确立的原则,通过认定提单中的法律选择条款无效而使美国1936年《海上货物运输法》强制适用,而在“*The Sky Reefer*案”之后,法院则普遍通过认定提单中的法律选择条款有效而削弱美国1936年《海上货物运输法》的强制适用效力。

在“*The Indussa*案”中,一艘挪威船舶将一批钉子和铁丝网从安特卫普运往旧金山,提单中法律选择条款规定适用装货港国家(比利时)实施的《海牙规则》,提单管辖权条款规定争议由承运人主要营业地所在国家(挪威)的法院管辖。收货人在纽约对承运人提起诉讼,主张货物损坏金额达2600.23美元。承运人依据提单管辖权条款主张纽约地区法院对案件没有管辖权,但上诉法院驳回了承运人的主张,认为管辖权条款本身违反了美国1936年《海上货物运输法》第3条第8款。对于法律选择条款,上诉法院认为,美国1936年《海上货物运输法》的立法精神与美国1893年《船只航行、提单及财产运输的某些义务、责任和权利法》(简称《哈特法》)一脉相承,1900年“*Knott v. Botany Mills*案”^⑨的裁判先例对此案仍然适用,^⑩并且根据美国1936年《海上货物运输法》的序言及第12条关于其适用范围的表述,认为当事人不能通过约定排除美国1936年《海上货物运输法》对进出口美国提单的适用。^⑪随后的案例基本上都遵循了“*The Indussa*案”的结论,直到美国最高法院对“*The Sky Reefer*案”作出著名的(或者说臭名昭著的)判决。^⑫

在“*The Sky Reefer*案”中,一艘日本承运人的船舶载运一批水果从摩洛哥运往美国,提单中的法律选择条款规定适用日本法,提单管辖权条款规定争议提交日本东京海事仲裁委员会仲裁。货损发生后,货主在美国法院起诉承运人,要求其承担货损赔偿责任。承运人则依据提单管辖权条款要求中止诉讼。对此,货主主张日本仲裁员可能不适用美国1936年《海上货物运输法》,而可能适用对承运人义务要求相对较低的日本法,因此,提单管辖权条款和法律选择条款违反了美国1936年《海上货物运输法》第3条第8款。尽管在“*The Indussa*案”中,外国法院不适用美国1936年《海上货物运输法》的可能性足以被认定为违反该法第3

① Sir Richard Aikens & Richard Lord KC, et al., *Bill of Lading* (3rd Edition), Informa Law from Routledge, 2020, p.551.

② [2014] 1 Lloyd's Rep. 161.

③ [2017] I.C.R. 147.

④ Sir Richard Aikens & Richard Lord KC, et al., *Bill of Lading* (3rd Edition), Informa Law from Routledge, 2020, p.551.

⑤ 美国1936年《海上货物运输法》第12条第1款规定:“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。”参见韩立新、王秀芬编译:《各国(地区)海商法汇编:中英文对照》(上卷),大连海事大学出版社2003年版,第378页。

⑥ Alan Nakazawa & B. Alexander Moghaddam, *COGSA and Choice of Foreign Law Clauses in Bills of Lading*, Tulane Maritime Law Journal, Vol. 17:1, p.14-15 (1992).

⑦ 515 U.S. 528, 115 S.Ct. 2322, 132 L.Ed.2d 462, 1995 A.M.C. 1817.

⑧ 377 F.2d 200, 1967 A.M.C. 589 (2d Cir. 1967).

⑨ 179 U.S. 69, 21 S.Ct. 30, 45 L.Ed. 90 (1900).该案确立了《哈特法》强制适用的原则。参见[美]G.吉尔摩、[美]C. L.布莱克:《海商法》,杨召南、毛俊纯等译,中国大百科全书出版社2000年版,第241-242页。

⑩ 美国1936年《海上货物运输法》和《哈特法》除在语言措辞或文字风格上有所不同外,在其他许多问题上是十分相似的。正因如此,援引后者的判例以解释前者的问题,在美国已成为通常的习惯做法。参见[美]G.吉尔摩、[美]C. L.布莱克:《海商法》,杨召南、毛俊纯等译,中国大百科全书出版社2000年版,第194页。

⑪ 参见袁发强、卢柏宜:《〈海商法〉第四章“强制适用”之合理性探究》,载《中国海商法研究》2021年第1期,第5页。

⑫ Martin Davies, *Forum Selection, Choice of Law and Mandatory Rules*, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, Vol. 2: 237, p.245 (2011).

条第8款,但在“*The Sky Reefer*案”中,美国联邦最高法院认为日本法院可能不适用美国1936年《海上货物运输法》或者可能适用日本法的论断为时过早,所以驳回了原告的主张。同时,美国联邦最高法院指出,如果证明执行外国仲裁条款或者法律选择条款会减轻承运人在美国1936年《海上货物运输法》下的义务,那么该条款将因违反美国的公共政策而被认定无效。也就是说,美国法院保留了对该案件的管辖权,可以在裁决执行阶段对外国仲裁条款或者法律选择条款是否减轻承运人的义务进行“第二次审视”。

然而,在提单管辖权条款是法院选择条款而不是仲裁选择条款的情况下,美国法院如果驳回了因违反法院选择条款而提出的索赔,那么其就没有“第二次审视”的机会了。因此,“*The Sky Reefer*案”确立的原则在选择法院的情况下应当十分谨慎地运用。O'Connor法官在“*The Sky Reefer*案”的裁判中就表达了非常谨慎的态度。她同意该案的裁决结果,但指出,该案中的此类外国仲裁条款并不剥夺国内法院的管辖权,她不会毫无保留地拒绝“*The Indussa*案”本身的推理和结论。然而,在“*The Sky Reefer*案”之后,美国法院并没有谨慎运用该案确立的原则,而是将该案的判决广泛应用于支持提单中的法院选择条款。^①例如,“*Mitsui & Company (USA), Inc. v. MIRA M/V*案”^②、“*Fireman's Fund Ins. Co. v. M.V. DSR Atlantic*案”^③、“*Liberty Woods International, Inc. v. Motor Vessel Ocean Quartz*案”^④等均基于“*The Sky Reefer*案”的判决结果,认为提单中的法院选择条款有效。

基于此,货主利益集团认识到修改美国1936年《海上货物运输法》的急迫性,试图通过修改法律来抵消此判例的影响,从而推动形成了美国参议院1999年《海上货物运输法(草案)》。但是,随着联合国国际贸易法委员会讨论制定新的海上货物运输国际公约——《联合国全程或者部分海上国际货物运输合同公约》(简称《鹿特丹规则》),并以美国参议院1999年《海上货物运输法(草案)》为蓝本,美国国会表示在《鹿特丹规则》通过前将不会采取任何行动。此后,美国参议院1999年《海上货物运输法(草案)》便再也没有被提上审议的日程。^⑤

三、《海商法》第四章强制适用的现实需求

如前文所述,英国、美国等国家规定其海上货物运输法律具有强制适用效力的目的在于保护托运人以及承运人的利益,并且实现对外贸易中提单所适用法律的统一和简化,减少提单各方当事人权利义务的不确定性。其中,保护承运人的利益主要体现在保护承运人免受此前所需承担的严格责任。^⑥如今,《海牙规则》《海牙-维斯比规则》以及美国1936年《海上货物运输法》等普遍规定承运人承担不完全过失责任。虽然已经生效的《1978年联合国海上货物运输公约》(简称《汉堡规则》)推行完全过失责任原则,但由于《汉堡规则》的缔约国基本上为航运不发达的发展中国家,且一些缔约国为内陆国家,故完全过失责任原则的适用十分有限。在此背景下,保护承运人免受更重的责任,似乎难以成为现阶段一国规定其海上货物运输法律强制适用的现实需求。而且,对于中国来说,绝大部分进出中国港口的货物由境外航运企业所有或者经营的船舶承运,^⑦而由中国航运企业承运进出中国港口货物的份额非常小,甚至不足10%,^⑧因此,保护承运人的利益并非《海商法》第四章强制适用的强烈需求。对于《海商法》第四章的强制适用,应当参照英国、美国等国家的立法考量,探讨是否具有保护托运人的利益、实现对外贸易中提单所适用法律的统一和简化、减少各方当事人权利义务的不确定性的现实需求,并结合中国国情,进行更深层次的挖掘。

^① Martin Davies, *Forum Selection, Choice of Law and Mandatory Rules*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, Vol.2:237, p.246-247 (2011).

^② 111 F.3d 33, 1997 A.M.C. 2126.

^③ 131 F.3d 1336, 1998 A.M.C. 583.

^④ 219 F.Supp.3d 494.

^⑤ 参见吴佳贵:《几家欢喜几家愁(上)——评美国1998年〈海上货物运输法〉草案》,载《集装箱化》1999年第3期,第14-15页;张文广:《海上货物运输法的历史发展及其启示》,载《中国海商法研究》2013年第2期,第17页。

^⑥ *Wirth, Ltd. v. S.S. Acadia Forest*, 537 F.2d 1272, 1279, 1976 A.M.C. 2178, 2188 (5th Cir. 1976).

^⑦ 参见胡正良等:《〈海商法〉修改基本理论与主要制度研究》,法律出版社2021年版,第785页。

^⑧ 参见《中国海运服务市场中,90%的货由外籍船舶承运,外国承运人占主角?》,载海事服务网2020年1月19日, <https://www.cnss.com.cn/html/hygc/20200119/333902.html>。

(一) 世界第一货物贸易大国下托运人和收货人的利益保护需求

中国是世界第一货物贸易大国,中国出口国际市场份额连续14年位居全球首位,^①中国进口国际市场份额连续14年保持全球第二。^②在此背景下,为持续巩固和促进中国货物贸易发展,中国应当注重保护其进出口企业的合法利益。由于中国约95%的进出口货物量通过海运完成,^③因此,保护中国出口的海上货物运输合同中托运人的利益以及中国进口的海上货物运输合同中收货人的利益至关重要。托运人与承运人之间的权利义务关系由海上货物运输合同确定,收货人与承运人之间的权利义务关系依据提单确定,当承运人违反有关义务时,托运人或者收货人有权依据海上货物运输合同或者提单向承运人主张权利。由于各国海上货物运输法律的具体规定存在一定的差异,故适用不同国家的法律将产生不同的法律后果。如前所述,绝大部分进出中国港口的货物由外国承运人承运,同时,进出中国港口的外国承运人所印制的提单几乎均在首要条款或者法律选择条款中明确规定适用承运人本国法或者某外国法,^④这导致了大量持有外国承运人签发的提单的中国托运人和收货人得不到《海商法》的保护,^⑤从而产生中国托运人和收货人的利益保护需求,并亟需通过修改《海商法》予以回应。

1. 中国托运人和收货人免受较低限额赔偿的利益保护需求

托运人和收货人在海上货物运输合同中所面临的风险之一是其货物在运输过程中发生灭失或损坏。当货物灭失或损坏发生在承运人责任期间内,托运人或者收货人有权向承运人主张损害赔偿。《海商法》第56条参照《修正(经1968年议定书修正的)1924年统一提单的若干法律规则的国际公约的1979年议定书》,规定承运人对货物灭失或损坏的责任限额是每件666.67特别提款权或每公斤2特别提款权,以二者中赔偿限额较高的为准。然而,有些国家的法律所规定的赔偿限额低于《海商法》的规定。例如,美国1936年《海上货物运输法》第4条第5款规定,货物灭失或损坏的赔偿责任限额为每件500美元。^⑥在《海商法》第四章不具有强制适用效力的背景下,当中国进出口美国的货物发生灭失或损坏时,如果当事人约定适用美国法,那么中国托运人或收货人能够获得的赔偿数额将低于适用中国法获得的赔偿数额。而且,除了美国之外,世界上还有20多个国家因是《海牙规则》的缔约国而在承运人赔偿责任限额上采取《海牙规则》规定的赔偿标准,即低于《海商法》第56条规定的赔偿标准。因此,如果规定《海商法》第四章具有强制适用效力,那么进出中国港口的海上货物运输合同中承运人的赔偿责任限额便依据《海商法》确定,中国托运人和收货人就能够免受较低限额的赔偿。

2. 无单放货情形下中国托运人和收货人的利益保护需求

无单放货也是托运人和收货人在海上货物运输合同中可能面临的风险。承运人无单放货的后果是,已付款赎单的提单持有人或者发货人持有正本提单却不能实现提单的功能,无法履行下一手贸易合同,无法实现其进行国际贸易的预期利益,而且,使得国际贸易的安全性受到破坏。^⑦

《海商法》第四章第71条肯定了提单是承运人保证据以交付货物的依据,^⑧只有持有提单且根据该提单记载有权提取货物的人,才能主张提单项下的提货权。^⑨然而,在某些国家的法律下,承运人并不是对所有

^① 参见杜海涛:《我国进出口规模首次突破40万亿元 连续6年保持世界第一货物贸易国地位》,载《人民日报》2023年1月14日,第1版。

^② 参见《〈2023中国进口发展报告〉:中国连续14年稳居世界第二大货物进口国》,载光明网2023年11月5日, https://economy.gmw.cn/2023-11/05/content_36942889.htm。

^③ 参见《我国港口吞吐量和海运运力规模十年大幅增长》,载中华人民共和国中央人民政府网站2023年7月11日, https://www.gov.cn/lianbo/bumen/202307/content_6891231.htm。

^④ 参见李海:《关于最高院(1998)交提字第3号民事判决书若干问题的思考——兼论“无单放货”纠纷的法律适用问题》,载司玉琢主编:《中国海商法年刊(2003)》,大连海事大学出版社2004年版,第328页。

^⑤ 参见李海:《关于最高院(1998)交提字第3号民事判决书若干问题的思考——兼论“无单放货”纠纷的法律适用问题》,载司玉琢主编:《中国海商法年刊(2003)》,大连海事大学出版社2004年版,第328页。

^⑥ 参见韩立新、王秀芬编译:《各国(地区)海商法汇编:中英文对照》(上卷),大连海事大学出版社2003年版,第376-377页。

^⑦ 参见何丽新等:《〈海商法〉修订中重大问题研究》,法律出版社2023年版,第269页。

^⑧ 《海商法》第71条规定:“提单,是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船,以及承运人保证据以交付货物的单证。提单中载明的向记名人交付货物,或者按照指示人的指示交付货物,或者向提单持有人交付货物的条款,构成承运人据以交付货物的保证。”

^⑨ 参见何丽新等:《〈海商法〉修订中重大问题研究》,法律出版社2023年版,第271-272页。

种类的提单都必须凭单放货。例如,根据美国《统一商法典》第7-303条第1款第(c)项,除非提单另有规定,承运人在接到不可流通提单的收货人的指示后,只要发货人未有相反指示,且货物已到达提单所注明的目的地或收货人已占有提单,承运人就可以依指示将货物交付给非提单注明的人或目的地,或者以其他方式处置货物。^①因此,如果承运人在进出口美国的海上货物运输合同下签发的是记名提单,那么中国托运人和收货人很有可能面临无单放货的风险。而且,由于进出口美国的海上货物运输合同的提单条款往往约定适用美国法,而现行《海商法》第四章不具有强制适用效力,故即使当事人在中国法院提起诉讼,中国法院也仅能将美国法作为准据法,判决承运人对托运人或者收货人的无单放货索赔不负赔偿责任。例如,在“中国·江苏省轻工业品进出口集团股份有限公司(简称江苏轻工)诉中国·江苏环球国际货运有限公司(简称江苏环球)等海上货物运输合同纠纷案”^②中,原告江苏轻工委托被告江苏环球向美国迈阿密运输一批箱包产品,被告江苏环球以被告美国·博联国际有限公司(简称美国博联)的名义向原告签发了4套正本记名提单。货物出运后,两被告没有收回正本提单便将货物交给记名收货人,造成原告无法收回货款。武汉海事法院认为本案所涉提单首要条款是双方当事人对法律适用的选择,符合《海商法》第269条的规定,为有效约定。依据提单首要条款,本案应适用美国1936年《海上货物运输法》。但美国1936年《海上货物运输法》未对承运人能否不凭正本提单向记名收货人交付货物作出明确规定,故应视为双方当事人在合同中对该项争议的处理没有选择适用的法律。此时,应当依据《海商法》第269条,依照最密切联系原则确定所适用的法律,即本案应适用美国法。武汉海事法院依据美国《统一商法典》有关规定,认定被告美国博联依据提单将货物交付给指定的记名收货人的行为属于适当交货,符合美国法律规定,因此判决两被告对原告的损失不承担赔偿责任。

因此,应当充分考虑中国进出口企业可能面临的无单放货风险,规定《海商法》第四章具有强制适用效力,使得《海商法》第四章成为进出中国港口的海上货物运输合同的准据法,这是保护无单放货情形下中国托运人和收货人合法利益的有效举措。

3.FOB贸易术语下实际托运人的利益保护需求

在中国对外贸易普遍采用FOB贸易术语的背景下,实际托运人的利益保护需求十分值得关注。在FOB贸易术语下,合同托运人和实际托运人并存,如果承运人将提单签发给合同托运人,那么实际托运人便会因无法取得提单而丧失对货物的控制权,甚至无法收回货款。

《海商法》第四章第72条第1款仅赋予托运人要求承运人签发提单的权利,^③而未明确在合同托运人和实际托运人并存时,承运人应当将提单签发给哪个托运人。《最高人民法院关于审理海上货运代理纠纷案件适用法律若干问题的解释》(简称《货代纠纷司法解释》)第8条第1款明确规定,货运代理企业在面对国内卖方和国外买方交付提单的请求时,应向实际交付货物的卖方交付提单。^④如此规定的理论基础在于:首先,从提单的功能来看,提单具有“货物收据”的功能,FOB贸易术语下的实际托运人将货物交给承运人,实际托运人有权从承运人处取得作为“货物收据”的提单。其次,从交易安全的角度来看,在FOB贸易术语下,如果承运人将提单签发给合同托运人(买方),则可能使实际托运人(卖方)完全丧失在买卖合同下除了诉权之外的其他救济权利,这无疑给买方提供了违约的机会,不利于国际贸易的交易安全和正常发展。^⑤

《海商法》修改延续了保护FOB贸易术语下实际托运人利益的理念,吸收《货代纠纷司法解释》第8条的成功经验,对《海商法》第四章第72条进行了完善。考虑到实际托运人直接向承运人交付货物而非向货运代理人交付货物,《海商法(修改送审稿)》第四章第82条第3款规定,在合同托运人和实际托运人同时要求承运人签发运输单证时,承运人应当向实际托运人签发。^⑥第82条第4款进一步规定合同托运人

① 参见美国法学会、美国统一州法全国委员会编著:《美国统一商法典》,石云山等译,上海翻译出版公司1990年版,第136页。

② 参见湖北省武汉海事法院(1999)武海法宁商字第80号民事判决书。

③ 《海商法》第72条第1款规定:“货物由承运人接收或者装船后,应托运人的要求,承运人应当签发提单。”

④ 《货代纠纷司法解释》第8条第1款规定:“货运代理企业接受契约托运人的委托办理订舱事务,同时接受实际托运人的委托向承运人交付货物,实际托运人请求货运代理企业交付其取得的提单、海运单或者其他运输单证的,人民法院应予支持。”

⑤ 参见余妙宏:《论海上货运代理人交付提单的义务——兼论〈最高人民法院关于审理海上货运代理纠纷案件适用法律若干问题的解释〉第8条的完善》,载《中国海商法研究》2018年第3期,第100页。

⑥ 《海商法(修改送审稿)》第四章第82条第3款规定:“托运人和实际托运人对于同一货物均要求签发运输单证或者电子运输记录的,承运人应当向实际托运人签发。”

或实际托运人有权要求承运人在运输单证的托运人一栏中载明实际托运人的名称,^①以明确实际托运人的法律地位。

在现行《海商法》第四章不具有强制适用效力的背景下,当事人可以依据《海商法》第269条选择海上货物运输合同所适用的法律,当海上货物运输合同的准据法并非中国法时,FOB贸易术语下实际托运人的利益便无法得到有效保护,而在此次修改《海商法》时规定该法第四章的强制适用效力,则可以满足FOB贸易术语下实际托运人的利益保护需求。

(二) 简化海上货物运输合同法律适用及明确当事人权利义务的需求

在现行《海商法》下,提单所证明的海上货物运输合同的法律适用需要依据《海商法》第269条确定。然而,在海事审判实践中,法院并没有很好地运用该条款以确定海上货物运输合同的法律适用。法院在很多涉外案件中往往自觉或者不自觉地适用中国法律,如将涉外案件识别为国内案件、不说明法律适用的理由、对意思自治原则随意干预、滥用最密切联系原则等,从而使《海商法》第269条形同虚设。^②这种做法着实有损中国的对外司法形象。即使中国法院最终适用外国法审理有关案件,也常常在国内外引起较大争议。毕竟中国法官在运用外国法律审理案件时,无论是在对外国法律的熟悉程度还是运用水平方面,都面临着巨大的挑战。^③规定《海商法》第四章的强制适用效力,在很大程度上既能够避免法院在审理海上货物运输合同案件时适用《海商法》欠缺说服力的问题,也能够避免法院在适用外国法时对外国法理解不准确的问题。同时,简化海上货物运输合同法律适用的复杂性,能够减轻法官的工作负担,进而提升审判质量,提高审判效率。^④而且,规定《海商法》第四章的强制适用效力,能够使有关当事人对其在海上货物运输合同关系或者提单关系中所享有的权利和所负担的义务具有相对明确的预期,减少各方当事人权利义务的相对不确定性。

综上所述,规定《海商法》第四章的强制适用效力具有必要性。而且,在统筹推进国内法治和涉外法治的系统中,“加快推进我国法域外适用的法律体系建设”^⑤具有特殊的重要地位。^⑥目前,《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国反电信网络诈骗法》、《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国反垄断法》(简称《反垄断法》)、《中华人民共和国海洋环境保护法》(简称《海洋环境保护法》)、《中华人民共和国个人信息保护法》(简称《个人信息保护法》)等法律已经初步构建了国内公法域外适用的法律体系;^⑦而国内私法的域外适用则主要依据《涉外民事关系法律适用法》。《海商法》作为国内私法中具有较强涉外性和国际性的法律,^⑧作出该法第四章具有强制适用效力的规定,对于国内私法域外适用的法律体系建设具有示范性意义。国外立法例已经为《海商法》第四章的强制适用提供了立法参考,《海商法》修改也已经纳入十四届全国人大常委会立法规划第一类项目,^⑨在此背景下,明确《海商法》第四章的强制适用效力,是最佳时机。

四、《海商法》第四章强制适用的理论依据

在《海商法》第四章强制适用具有现实需求的背景下,能否在修改《海商法》时对该法第四章的强制适用作出规定,还需要分析海上货物运输法律强制适用是否具有理论依据。一国海上货物运输法律的强制适用

^① 《海商法(修改送审稿)》第四章第82条第4款规定:“应托运人或者实际托运人的要求,承运人应当在运输单证或者电子运输记录上托运人一栏中载明实际托运人的名称。”

^② 参见王彦斌:《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》,载《重庆交通大学学报(社会科学版)》2009年第6期,第54-55页。

^③ 参见王彦斌:《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》,载《重庆交通大学学报(社会科学版)》2009年第6期,第55页。

^④ 参见苏同江:《中国〈海商法〉有关海运提单强制适用问题研究》,载司玉琢主编:《中国海商法年刊(2007)》,大连海事大学出版社2007年版,第55页。

^⑤ 《完善法治建设规划提高立法工作质量效率 为推进改革发展稳定工作营造良好法治环境》,载《人民日报》2019年2月26日,第1版。

^⑥ 参见霍政欣:《我国法域外适用体系之构建——以统筹推进国内法治和涉外法治为视域》,载《中国法律评论》2022年第1期,第41页。

^⑦ 《个人信息保护法》具有公法和私法双重属性,其公法属性构成了该法域外适用的重要基础。参见唐小然、吴玄:《个人信息保护法的域外适用研究》,载《青海社会科学》2022年第4期,第156-157页。

^⑧ 参见韩立新编著:《海商法概论》,大连海事大学出版社2022年版,第6页。

^⑨ 参见《十四届全国人大常委会立法规划》,载《人民日报》2023年9月8日,第4版。

问题,属于一国国内法的域外效力问题。国内法的域外效力通常是指国内法对境外的人、行为和财产产生效力,属于国家立法管辖权的范畴。国内法具有域外效力是国内法域外适用的前提,国内法的域外适用是指一国司法机关或行政执法机关将国内法适用于境外的人、行为和财产,是国家行使司法管辖权和执法管辖权的过程。^①国内法主要在两种情形下具有域外效力:一是通过对法律设定域外效力条款而使该法律具有域外效力,这种情形往往出现在反垄断法、环境法等公法领域;^②二是通过冲突规范指引使本国法得以适用从而使该法律具有域外效力,这种情形往往出现在民商事领域。^③域外效力条款和冲突规范都是国家行使司法管辖权的依据,但设定域外效力条款和制定冲突规范本身则属于国家行使立法管辖权的范畴。

(一) 符合国家行使立法管辖权的合法性要求

立法管辖权是国家主权的一种体现,国家主权的核心是领土归属,一国有权对其领土管辖范围内的行为或事项行使立法管辖权。然而,自进入21世纪以来,越来越多的国家为保障和增进其主权权益,对域外行为或事项主张规制权,即行使域外立法管辖权。^④关于国家行使域外立法管辖权是否符合国际法,一般认为,除存在国际法上的明确禁止外,一国行使域外立法管辖权应推定为合法。该原则由“‘荷花’号案”判决确立。1927年,国际常设法院在“‘荷花’号案”中认为,国际法并不阻止土耳其对位于公海上的法国商船上的官员的行为适用土耳其法,并在判决中指出:“国家行使管辖权不存在限制,除非有令人信服的证据证明此等限制是作为国际法上的一项原则而存在。”^⑤该案判决所确立的“国际法不禁止即为允许”原则被称为“‘荷花’号原则”,对国际法的演进产生了深远影响。^⑥据此,只要不违反国际法的禁止性规则,一国就有权行使域外立法管辖权。也正是因为如此,一国在行使立法管辖权时,往往会尽可能扩大其适用范围,不仅仅是为了规范某些主体的行为,也是为了宣示国家主权和维护国家利益。^⑦国际法上并不存在对海上货物运输合同行使域外立法管辖权的明确禁止,因此,一国规定其海上货物运输法律强制适用于进出口本国的海上货物运输合同符合国际法。

(二) 符合国家行使立法管辖权的合理性要求

近百年的国际实践表明,“‘荷花’号原则”确立的管辖权消极治理原则未对国家、特别是国力强大的国家行使域外管辖权形成任何有实际意义的法律屏障,国际秩序和国际法体系因此面临愈加严峻的挑战。^⑧在此情形下,当代国际法理论和实践逐渐形成以下共识性原则:除不得违反国际法的禁止性规则外,国家行使域外管辖权,应以所管辖的事项与国家的领土或合理利益之间存在真实联系为前提。^⑨国家行使域外管辖权与所管辖的行为或事项之间的联系越紧密、越真实,国家行使域外管辖权的合理性就越强,反之越弱。如果国家行使域外管辖权与所管辖的行为或事项之间没有真实联系,那么国家行使域外管辖权便不具有合理性。尽管“真实联系”的标准较为抽象,但并不妨碍其适用于具体场景之中。^⑩例如,《个人信息保护法》第3条第2款关于该法域外效力的规定中的“真实联系”体现在,该法调整的境外个人信息处理活动应是为境内自然人提供产品或服务,或属于分析、评估境内自然人的行为。^⑪对于进出中国港口的海上货物运输合同而言,由于其装货港或者卸货港位于中国港口,而且托运人、收货人、承运人等合同当事人往往至少有一方

① 参见廖诗评:《中国法中的域外效力条款及其完善:基本理念与思路》,载《中国法律评论》2022年第1期,第53页。

② 例如,《反垄断法》第2条规定:“中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为,适用本法;中华人民共和国境外的垄断行为,对境内市场竞争产生排除、限制影响的,适用本法。”《海洋环境保护法》第2条第3款规定:“在中华人民共和国管辖海域以外,造成中华人民共和国管辖海域环境污染、生态破坏的,适用本法相关规定。”

③ 参见宋晓:《域外管辖的体系构造:立法管辖与司法管辖之界分》,载《法学研究》2021年第3期,第173页;廖诗评:《中国法中的域外效力条款及其完善:基本理念与思路》,载《中国法律评论》2022年第1期,第53页。

④ 参见霍政欣:《域外管辖、“长臂管辖”与我国法域外适用:概念厘定与体系构建》,载《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2023年第2期,第74页。

⑤ [美]巴里·E.卡特、[美]艾伦·S.韦纳:《国际法(下)》(第6版),冯洁菡译,商务印书馆2015年版,第875页。

⑥ 参见霍政欣:《国内法的域外效力:美国机制、学理解构与中国路径》,载《政法论坛》2020年第2期,第184页。

⑦ 参见戴小冬:《论涉外民商事诉讼的立法和司法管辖》,载《山西师大学报(社会科学版)》2014年第5期,第76页。

⑧ 参见霍政欣:《域外管辖、“长臂管辖”与我国法域外适用:概念厘定与体系构建》,载《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2023年第2期,第75页。

⑨ 参见[美]巴里·E.卡特、[美]艾伦·S.韦纳:《国际法(下)》(第6版),冯洁菡译,商务印书馆2015年版,第875页。

⑩ 参见廖诗评:《中国法中的域外效力条款及其完善:基本理念与思路》,载《中国法律评论》2022年第1期,第58页。

⑪ 《个人信息保护法》第3条第2款规定:“在中华人民共和国境外处理中华人民共和国境内自然人个人信息的活动,有下列情形之一的,也适用本法:(一)以向境内自然人提供产品或者服务为目的;(二)分析、评估境内自然人的行为;(三)法律、行政法规规定的其他情形。”

为中国当事人,因此,进出中国港口的海上货物运输合同与中国领土及合理利益之间具有真实联系,中国对进出本国港口的海上货物运输合同行使立法管辖权具有合理性。

五、《海商法》第四章强制适用的误解澄清

对于《海商法》第四章的强制适用,学界似乎存在一定的担忧,包括会影响国际私法立法的多边主义趋势,以及不利于国际海上货物运输法律的统一等。实际上,这些担忧是对《海商法》第四章强制适用的误解,笔者拟在此部分对这些误解予以澄清。

(一)关于影响国际私法立法的多边主义趋势的误解澄清

行使立法管辖权的方法包括单边主义法律选择方法和多边主义法律选择方法。一国通过对法律设定域外效力条款以及制定冲突规范指引适用本国法的做法,着眼于国内实体法对于某个具体涉外案件的适用,均属于立法管辖权中的单边主义法律选择方法。^① 单边主义法律选择方法容易诱发狭隘的法院地法主义,^②会极大减损国际协调目标的实现,进而与国际私法协调不同国家法律体系之间冲突的基本功能不符,^③故单边主义法律选择方法在很大程度上被具有“多边化、不偏不倚和法院地中立”^④特点的多边主义法律选择方法所取代。^⑤ 在此背景下,一国采用单边主义法律选择方法规定其海上货物运输法律的强制适用效力,似乎会对国际私法立法的多边主义趋势产生不利影响。

实际上,多边主义法律选择方法仅在解决虚假冲突的情况下显现出其强大的优势,而在面对真实冲突的情况下,多边主义法律选择方法因尊重了各国的主权而无法在平等利益国家之间作出取舍。^⑥ 因此,尽管多边主义法律选择方法已在很大程度上取代了单边主义法律选择方法,但这并不意味着单边主义法律选择方法与多边主义法律选择方法是相互对立的关系。相反,单边主义法律选择方法是多边主义法律选择方法的重要补充。而且,由于各国逐渐认识到,对于很多领域国际私法问题的解决,不仅涉及私人利益的冲突与平衡,而且暗含了相关国家特定利益和政策保护的需要,所以单边主义法律选择方法一定程度上在当今国际私法立法中开始复兴。一国在国际私法争议的解决中主张自身的国家利益,承认国家利益的存在以及不同国家之间的利益冲突,是为了更好地让国际私法服务于国际民商事交往。^⑦ 使海上货物运输合同适用本国法律以加强本国法律的适用,是海上货物运输法律中国家利益冲突的表现。^⑧ 因此,采用单边主义法律选择方法规定海上货物运输法律的强制适用效力,实际上是在相互冲突的利益之间实现合理平衡,是为了更好地服务国际贸易以及海上货物运输的发展,而且并不会对国际私法立法的多边主义趋势产生不利影响。

(二)关于不利于国际海上货物运输法律的统一的误解澄清

海上货物运输法律的统一能够促进海上货物运输和国际贸易的发展,并能够实现公平、有序、经济、合理的价值目标。^⑨ 《海牙规则》《海牙-维斯比规则》《汉堡规则》并存的局面,被认为是对海上货物运输法律统一运动的阻碍。^⑩ 如果《鹿特丹规则》在未来得以生效,却又不能取代前三部公约,那么海上货物运输法律的

① 参见杨利雅:《冲突法语境中的单边主义》,载《当代法学》2010年第3期,第137-140页。

② “单边主义法律选择方法建立的基础是对平行的或者说并存的立法管辖权的承认。即对于某一涉外民商事关系而言,有两个或两个以上的国家对其都有立法管辖权。这样进行诉讼时,只要法院地对于案件具有立法管辖权,那么就适用法院地法律。”杨利雅:《冲突法中的单边主义研究》,人民出版社2010年版,第357-358页。如果修订后的《海商法》确实增加了该法第四章强制适用的规定,那么,在一起从中国运至美国的海上货物运输合同的案件中,由于《海商法》第四章和美国1936年《海上货物运输法》均强制适用,此时,如果当事人在中国法院起诉,由于中国对该海上货物运输合同具有立法管辖权,所以中国法律就得以适用;同样地,如果当事人在美国法院起诉,由于美国对该海上货物运输合同也具有立法管辖权,所以美国法律就得以适用。可见,在单边主义法律选择方法下,当事人率先在哪国法院提起诉讼对于涉外法律关系适用哪国法律起着决定性作用。

③ 参见黄志慧:《民法典编纂中的国际私法立法问题研究》,湖北人民出版社2019年版,第186页。

④ 参见邢钢:《国际私法体系中的多边主义方法:根源、机理及趋向》,载《河南大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第57页。

⑤ 参见宋晓:《域外管辖的体系构造:立法管辖与司法管辖之界分》,载《法学研究》2021年第3期,第180页。

⑥ 参见邢钢:《国际私法体系中的多边主义方法:根源、机理及趋向》,载《河南大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第57页。

⑦ 参见黄志慧:《民法典编纂中的国际私法立法问题研究》,湖北人民出版社2019年版,第186-187页。

⑧ 参见郭瑜:《海商法的精神——中国的实践和理论》,北京大学出版社2005年版,第7页。

⑨ 参见司玉琢、曹兴国:《海上货物运输法律制度的形式统一与实质统一——兼论〈鹿特丹规则〉第2条》,载《社会科学辑刊》2016年第1期,第66页。

⑩ William Tetley, *The Proposed New United States Senate COGSA: The Disintegration of Uniform International Carriage of Goods by Sea Law*, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol.30:595, p.596(1999).

统一将更加艰难。在此背景下,规定《海商法》第四章的强制适用效力,似乎更加不利于国际海上货物运输法律的统一。

实际上,关于国际公约未能起到统一国际海上货物运输法律的作用的观点,只是注意到了某个公约本身的统一效果,而没有看到不断发展的国际公约在促进各国海上货物运输法律变革等方面,对推动法律统一化所带来的积极影响。^①而且,国际海上货物运输法律的统一不可能仅通过国际公约的方式实现,只有加入国际公约与变革国内法同步进行,才能真正实现海上货物运输法律的统一。^②《海商法》第四章以《海牙-维斯比规则》为基础,并合理借鉴了《汉堡规则》的有关规定,《海商法》修改还将进一步借鉴《鹿特丹规则》的先进做法。可以说,《海商法》第四章具有鲜明的先进性和时代性。如今,中国已经成为世界上受理海事案件数量最多的国家,全国一审海事案件年收案量连续多年超过2万件,案件当事人遍布世界100多个国家和地区。^③基于此,规定《海商法》第四章的强制适用效力,有助于进一步加强《海商法》第四章的域外适用,有利于将中国海事法院在审理大量海事案件中所积累的中国智慧和丰富经验在国际社会上广泛传播,对于促进国际海上货物运输法律的统一具有积极意义。

六、《海商法》第四章强制适用的实施方案

“《海商法》应当以服务党和国家大局为基本原则,以促进经贸航运发展为主要目标,以回应司法实践需求为根本导向,始终保持旺盛的生命力和持续的先进性。”^④如前所述,规定《海商法》第四章强制适用具有现实需求、理论依据以及国外立法例上的参考,而且,关于《海商法》第四章强制适用的误解也得以澄清。在此背景下,如何实现《海商法》第四章的强制适用成为更重要的议题。

(一)《海商法》第四章强制适用的可选方案

《海商法》第276条^⑤和《涉外民事关系法律适用法》第5条^⑥关于公共秩序保留的规定似乎为《海商法》第四章的强制适用提供了方案。然而,中国关于公共秩序保留的立法方式为法官在适用法律时留下了较大的自由裁量空间。^⑦同时,由于中国不是判例法国家,故尽管司法实践中存在依据公共秩序保留相关规定适用《海商法》第四章审理进出中国港口的海上货物运输合同的案例,但中国法院尚未对此形成统一的司法裁判观点。而且,公共秩序保留涉及对适用外国法的负面价值的判断,即适用某项外国法的结果是“可恶”的,这种负面的价值判断可能会引起其他国家的不快甚至厌恶,亦可能对当事人行使权利的正当性以及当事人正当预期的保护产生争议。^⑧因此,欲实现《海商法》第四章的强制适用,还是需要在此次修改《海商法》时进行明确的规定。

《海商法(修订征求意见稿)》和《海商法(修改送审稿)》分别采取了单边冲突规范方案和“直接适用的法”方案对《海商法》第四章的强制适用作出规定。具体来说,《海商法(修订征求意见稿)》第十六章“涉外关系的法律适用”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,应当适用本法第四章的规定。”在该条单边冲突规范中,“范围”是“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”,“系属”是“本法第四章的规定”。根据该条款,《海商法》第四章是约定的或者实际的装货港或者卸货港为中国港口的国际海上货物运输合同经冲突规范指引所适用的准据法。《海商法(修改送审稿)》第四章“海上货物运输合同”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。”该条款属于“自我限定规范”,其与该章其他实体强制性规定共同构成“直接适

① 参见袁发强:《海上货物运输实体法律统一化的冷静思考》,载《华东政法大学学报》2010年第6期,第122页。

② 参见袁发强:《海上货物运输实体法律统一化的冷静思考》,载《华东政法大学学报》2010年第6期,第123页。

③ 参见胡方:《海商法与中国式现代化》,载《民主与法制》2023年第33期,第23页。

④ 胡方:《海商法与中国式现代化》,载《民主与法制》2023年第33期,第23页。

⑤ 《海商法》第276条规定:“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”

⑥ 《涉外民事关系法律适用法》第5条规定:“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律。”

⑦ 参见张建:《国际私法》,对外经济贸易大学出版社2022年版,第83页。

⑧ 参见肖芳:《涉外合同法律适用中法院地公共利益保护方法的厘清及取舍》,载《法学》2021年第4期,第160页。

用的法”。^① 由于“直接适用的法”的法律效力要高于冲突规范,具有直接的强制适用性,^②故对于装货港或卸货港位于中国境内的国际海上货物运输合同,《海商法》第四章的强制性规定可以不经冲突规范指引而直接适用。

(二)《海商法》第四章强制适用的方案评析

在《海商法(修订征求意见稿)》所采取的单边冲突规范方案和《海商法(修改送审稿)》所采取的“直接适用的法”方案都可以实现《海商法》第四章强制适用的情况下,需要进一步探讨采取何种方案更为适宜。

在运用单边冲突规范方案和“直接适用的法”方案使涉外民事法律关系适用法院地法的情况下,“直接适用的法”方案相比于单边冲突规范方案而言,具有兼顾法院地公共利益保护和当事人意思自治的优势。具体来说,单边冲突规范将整个法律关系中的所有问题都置于法院地的实体法管辖之下,完全排除了当事人意思自治的空间;“直接适用的法”仅要求在法院地国制定有“国际意义上的强制性规则”的问题上直接适用法院地法,而对于法律关系中的其他问题仍可适用冲突规范指定的外国法。^③ 举例来说,假设在一起进出中国港口的海上货物运输合同的案件中,当事人约定合同的成立事项适用某外国法律,如果此次《海商法》修改通过单边冲突规范的方式规定进出中国港口的海上货物运输合同“适用中华人民共和国法律”,那么根据修改后的《海商法》,当事人关于合同成立所选择适用的法律便不能得到适用,因为单边冲突规范完全排除了当事人意思自治的空间,将该进出中国港口的海上货物运输合同法律关系中的所有问题都置于中国法律的管辖之下;而如果此次《海商法》修改通过“直接适用的法”的方式规定进出中国港口的海上货物运输合同“适用中华人民共和国法律”,那么,由于“直接适用的法”仅要求在法院地国制定有“国际意义上的强制性规则”的问题上适用法院地法,而中国法律并未对合同成立问题作出强制性规定,所以当事人关于合同成立所选择适用的外国法律可以在中国法院得到适用。只是在单边冲突规范和“直接适用的法”均指明“适用《海商法》第四章”而不是“适用中华人民共和国法律”时,由于《海商法》第四章是强制性规定,所以“直接适用的法”方案的优势未能明显体现。

“直接适用的法”既是法域选择规范又是结果选择规范,即既确定争议应当适用的法律体系,又直接产生法律后果;而单边冲突规范仅是法域选择规范,即仅确定争议应当适用的法律体系,而法律后果则交由准据法决定。^④ 通过单边冲突规范指明进出中国港口的海上货物运输合同“适用《海商法》第四章”的做法,实际上超出了单边冲突规范作为法域选择规范的功能范畴。因此,如果希望通过单边冲突规范的方式规定《海商法》第四章的强制适用,则只能将进出中国港口的海上货物运输合同所适用的法律指向“中华人民共和国法律”。此时,前述关于单边冲突规范将整个海上货物运输合同法律关系中的所有问题都置于中国实体法律管辖之下的弊端就得以凸显,未能兼顾法院地公共利益保护与当事人意思自治。

另外,英国等国家的“优先适用的强制性规则”因明示或默示规定自身的适用范围从而可以直接适用,而被大陆法系国家称为“直接适用的法”。^⑤ 也就是说,英国等国家将其海上货物运输法律实际上作为“直接适用的法”适用于(进)出口本国的提单。^⑥ 美国的立法与实践虽然没有像英国那样明确接受“强制性规则”的概念体系,但其存在类似于“强制性规则”的表达方式,^⑦如美国部分学者认为,这种规则在结构上自我限定了适用范围,在适用上不需要冲突规范的援引,属于“自我限定规范”。^⑧ 美国1936年《海上货物运输法》第12条第1款采取的就是这样的规则结构,该条款使得该法的强制性规定实际上成为“直接适用的法”。同时,美国学界倾向于根据《第二次冲突法重述》的有关规定将法律规则分为任意性规则和强制性规则,而

① “直接适用的法”由“自我限定规范”和实体强制性规定两类法律规范组成。参见冰青、陈立虎:《“直接适用的法”之解析》,载《法商研究(中南政法学院学报)》2002年第1期,第103页。

② 参见林一飞主编:《国际私法与诉讼仲裁实务》,对外经济贸易大学出版社2012年版,第299页。

③ 参见肖芳:《涉外合同法律适用中法院地公共利益保护方法的厘清及取舍》,载《法学》2021年第4期,第160页。

④ 参见王骞宇:《直接适用的法之实践检视与理论反思》,载《江西社会科学》2015年第5期,第172页。

⑤ 参见徐崇利:《法律规避制度可否缺位于中国冲突法?——从与强制性规则适用制度之关系的角度分析》,载《清华法学》2011年第6期,第125页。

⑥ Ole Lando, *The Conflict of Laws of Contracts General Principles*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p.394-395.

⑦ 参见王立武:《国际私法的强制性规则适用制度研究》,中国人民大学出版社2015年版,第110页。

⑧ Peter Hay, *Comments on “Self-Limited Rules of Law” in Conflicts Methodology*, *American Journal of Comparative Law Supplement*, Vol.30:129, p.129(1982).

强制性规则的适用往往是在“公共政策”的语境下展开的。^①这也与美国将其海上货物运输法律制度作为公共政策予以强制适用的司法实践相契合。

综上所述,无论是从“直接适用的法”相较于单边冲突规范所具有的兼顾法院地公共利益保护和当事人意思自治的优势来看,还是从“直接适用的法”兼具法域选择规范和结果选择规范的性质来看,抑或是从比较法的经验借鉴角度来看,对于《海商法》第四章强制适用的问题,采取“直接适用的法”方案予以规定更为适宜。

若修改后的《海商法》通过“直接适用的法”方案规定该法第四章强制适用,对于在中国法院提起的进出中国港口的海上货物运输合同有关纠纷,中国法院无疑将依据《海商法》第四章予以审理;对于在外国法院提起的有关纠纷,外国法院是否也会承认该“直接适用的法”而依据《海商法》第四章予以审理,则取决于法院地国的国际私法制度。目前,包括中国在内的绝大多数国家的国际私法将“直接适用的法”的范围限于本国“直接适用的法”,而不包括外国“直接适用的法”。^②也就是说,即使修改后的《海商法》通过“直接适用的法”方案规定该法第四章具有强制适用效力,但当法院地国不承认外国“直接适用的法”时,对于进出中国港口的海上货物运输合同有关纠纷,该外国法院远不会将《海商法》第四章作为“直接适用的法”予以适用。同时,也有少数国家的国际私法将“直接适用的法”的范围扩大至外国“直接适用的法”,例如,《瑞士联邦国际私法》第19条、^③《土耳其共和国关于国际私法与国际民事诉讼程序法的第5718号法令》第31条^④等明确规定外国“直接适用的法”具有可适用性,只是在适用外国“直接适用的法”时应当受到严格的限制,包括应当存在最密切联系、符合法院地国的法律精神等。^⑤而且,1966年“阿娜蒂案”中荷兰法院对外国“直接适用的法”所进行的阐释和肯定,1972年法国最高法院在“荷兰皇家公司案”中直接适用1944年《荷兰公司法令》、1978年《海牙代理法律适用公约》第16条、1980年《罗马公约》第7条第1项的实践等,也是法院地国承认外国“直接适用的法”的例证。^⑥另外,随着经济全球化的深入和各国在反垄断、环境治理、弱者利益保护等方面法律价值的趋同,外国“直接适用的法”在法院地国适用的可能性大大增加。^⑦因此,通过“直接适用的法”方案规定《海商法》第四章的强制适用,还可能会产生《海商法》第四章被外国法院适用的效果。

七、结语

当前,中国正在加快推进中国法域外适用的法律体系建设,《海商法》作为民商事领域具有较强国际性和涉外性的法律,应在其中发挥引领性和示范性的关键作用。《海商法》第四章“海上货物运输合同”的强制适用既有强烈的现实需求,也有充分的理论依据。以此次《海商法》修改为契机,参照英美等国家的做法,明确规定《海商法》“海上货物运输合同”章具有强制适用效力,能够进一步扩大《海商法》的适用范围,推进中国法的域外适用,对于统筹推进国内法治和涉外法治具有重要意义。

① 参见王立武:《国际私法的强制性规则适用制度研究》,中国人民大学出版社2015年版,第110-111页。

② 参见谭民、付文佚、舒旻:《“直接适用的法”之理论分析》,载《云南财经大学学报》2006年第4期,第48页。

③ 《瑞士联邦国际私法》第19条规定:“当合法利益需要予以保护,并且显然诉讼与某外国法律有着非常密切的联系,有必要适用该项法律时,根据法律的立法宗旨和法官的自由裁量权,可不适用本法指定的法律而适用该法律。”参见余予主编:《国际私法学》,中国财政经济出版社2004年版,第532页。此外,《突尼斯国际私法典》第38条和《白俄罗斯共和国民法典》第七章也都规定了外国“直接适用的法”的可适用性。参见张敏、万福良:《论国际私法中“直接适用的法”——兼评〈涉外民事关系法律适用法〉第4条》,载《南阳师范学院学报》2011年第7期,第18页。

④ 《土耳其共和国关于国际私法与国际民事诉讼程序法的第5718号法令》第31条规定:“在适用支配合同关系的法律时,如果第三国法律与合同具有密切联系,则应考虑该第三国法律中的直接适用的规范。在考虑这些规范以及判断是否适用这些规范时,应考察这些规范的目的、定性、内容及后果。”参见李双元、杨华:《论国际私法上直接适用法的重新界定》,载《河北法学》2016年第5期,第40页。

⑤ 参见张敏、万福良:《论国际私法中“直接适用的法”——兼评〈涉外民事关系法律适用法〉第4条》,载《南阳师范学院学报》2011年第7期,第17-18页。

⑥ 参见刘仁山:《“直接适用的法”在我国的适用——兼评〈涉外民事关系法律适用法〉解释(一)》第10条》,载《法商研究》2013年第3期,第80页。

⑦ 参见周安康:《中国直接适用法在欧盟的适用——以〈罗马条例I〉为研究范本》,载《浙江万里学院学报》2018年第5期,第37页。

On the Mandatory Application of Chapter IV of the *Chinese Maritime Code*

HAN Lixin, JIANG Zehui

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

Abstract: The mandatory application of Chapter IV of the *Chinese Maritime Code* refers to the compulsory application of Chapter IV of the *Chinese Maritime Code* to contracts of carriage of goods by sea to or from ports of China in foreign trade. The mandatory provisions contained in Chapter IV of the current *Chinese Maritime Code* are only applicable when the conflict rules designate the *Chinese Maritime Code* as the governing law for the contracts of carriage of goods by sea while the laws for the carriage of goods by sea in the United Kingdom and United States and other countries have the effect of mandatory application. In fact, China has urgent practical needs for the mandatory application of Chapter IV of the *Chinese Maritime Code*, including the need to protect the interests of shippers and consignees and the need to simplify the application of the laws to contracts of carriage of goods by sea as well as clarify the rights and obligations of the parties. The mandatory application of laws for the carriage of goods by sea pertains to the extraterritorial effect of domestic laws and falls within the scope of national legislative jurisdiction and is in line with the legitimacy and rationality requirements for the exercise of legislative jurisdiction by the state. At the same time, the mandatory application of Chapter IV of the *Chinese Maritime Code* will neither affect the trend of multilateralism in the legislation of private international law, nor be detrimental to the unity of laws for the carriage of goods by sea. Although the relevant provisions on reservation of public order seem to provide a solution for the mandatory application of Chapter IV of the *Chinese Maritime Code*, due to the large discretionary space of judges and China not being a precedent-based country, Chinese courts have not formed a unified judicial opinion on whether to apply Chapter IV of the *Chinese Maritime Code* in handling contracts of carriage of goods by sea to or from ports of China in foreign trade based on the relevant provisions of reservation of public order. Moreover, judgments of the negative value of the application of foreign law involved in the reservation of public order may give rise to adverse consequences such as the aversion of other states. Therefore, the mandatory application of Chapter IV of the *Chinese Maritime Code* should be explicitly stipulated in the amendment of the *Chinese Maritime Code*. Both the unilateral conflict rule approach adopted in the *Chinese Maritime Code (Revised Draft for Comments)* and the “directly applicable laws” approach adopted in the *Chinese Maritime Code (Revised Draft for Review)* can realize this goal. Considering that the “directly applicable laws” has the advantage of both protecting the public interest of the forum and respecting the autonomy of the parties compared with the unilateral conflict rule, stipulating “Chapter IV of the *Chinese Maritime Code* shall apply” by unilateral conflict rule goes beyond the functional scope of unilateral conflict rule as a jurisdiction-choice norm, and other countries such as the United Kingdom and United States have made their own laws for the carriage of goods by sea compulsory through the “directly applicable laws”, it is recommended that the “directly applicable laws” approach be adopted to stipulate the mandatory application of Chapter IV of the *Chinese Maritime Code*. In addition, the “directly applicable laws” approach makes it possible for foreign courts which recognize foreign “directly applicable laws” to apply Chapter IV of the *Chinese Maritime Code* to hear disputes related to contracts of carriage of goods by sea to or from ports of China.

Key words: contracts of carriage of goods by sea; mandatory provisions; mandatory application; unilateral conflict rule; “directly applicable laws”