

《鹿特丹规则》与中国《海商法》修改

——基于司法实践的视角

侯 伟*

摘 要：《鹿特丹规则》在现行国际公约的基础上，充分考虑航运实践的发展，新增或修改了很多法律规则，代表了国际海上货物运输法律制度的最新发展动态，对解决我国目前海事司法裁判中遇到的实际问题具有积极的借鉴意义。但是，由于国际公约制定过程十分复杂，《鹿特丹规则》最终是国家之间利益妥协的产物，无论从立法形式还是立法实质上都存在一定缺陷，也会对我国海事司法裁判中的法律适用问题带来不利影响。我国政府暂时不宜加入《鹿特丹规则》，但应加强对它的研究和关注。未来我国《海商法》修改应适当吸收《鹿特丹规则》中的合理内容，及时完善第四章相关制度。

关键词：《鹿特丹规则》 司法实践 积极影响 消极影响 《海商法》修改

在海上货物运输领域，国际上目前并存《海牙规则》《海牙—维斯比规则》《汉堡规则》三部同时生效的国际公约。^①我国没有加入上述任何一部国际公约，但《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）第四章以《海牙—维斯比规则》为基础，适当吸收了《汉堡规则》的相关条文，^②形成了一套独特的海上货物运输法律制度。自1993年7月1日《海商法》实施以来，随着航运贸易的不断发展，该章在司法实践中的局限性越来越明显，难以解决司法实践中出现的大量新情况、新问题，导致司法裁判尺度不一，影响了法律的确信性和稳定性。最高人民法院虽然通过颁布系列司法解释、发布指导性案例及典型案例解决了部分问题，但国内修改《海商法》的声音越来越高。目前，《海商法》修改研究工作已经正式提上议事日程，交通运输部专门成立了研究课题组。

联合国大会于2008年12月11日审议通过《联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》

* 武汉海事法院研究室负责人，四级高级法官，中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心兼职研究员，法学博士。

① 《海牙规则》全称为《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 Bill of lading*），1924年8月25日在比利时首都布鲁塞尔签订，1931年6月2日生效。《维斯比规则》全称为《关于修订〈关于统一提单若干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 Bill of lading*），1968年2月23日在比利时首都布鲁塞尔签订，1977年6月23日生效。《汉堡规则》全称为《1978年联合国海上货物运输公约》（*United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978*），1978年3月30日在德国汉堡签署，1992年11月1日生效。

② 例如实际承运人、迟延交付等。

(简称《鹿特丹规则》)后,如何吸收和借鉴新公约是《海商法》修改过程中面临的重要课题。从立法目的看,《鹿特丹规则》是为了取代现行的《海牙规则》《海牙—维斯比规则》《汉堡规则》,以增强国际海上货物运输法律制度的统一。虽然《鹿特丹规则》生效遥遥无期,但公约在理念上是先进的,代表了国际海上货物运输法律制度的最新发展动态,对解决我国海事司法裁判中存在的实际问题具有积极的借鉴意义和参考价值。立法是一门艺术,缺憾在所难免。《鹿特丹规则》在立法形式和实质内容都还存在着很多不足之处。本文试图从司法实践的视角对该公约主要变化内容进行分析,希望对未来《海商法》第四章的修改起到一定的借鉴作用。

一 《鹿特丹规则》的产生及反响

(一)《鹿特丹规则》的起草背景及经过

上世纪90年代初,国际海事委员会(CMI)预见到《汉堡规则》生效后将会出现与《海牙规则》《海牙—维斯比规则》并存的局面,国际海上货物运输法律统一目标将会受到严重影响。为致力于统一国际海上货物运输法律制度,CMI当时准备起草一部民间规则(也称“巴黎规则”),但这项计划最终流产。1996年,联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)第29届大会决定将审查国际海上货物运输法律制度作为其工作方案,着手收集在航运贸易实践中产生的各种问题,并征求各国政府与国际组织的意见。受UNCITRAL委托,CMI下设的运输法国际分委员会于2001年12月完成起草了《CMI统一运输法最终框架文件草案》,并提交UNCITRAL讨论。

在2001年UNCITRAL第34届会议上,秘书处提交了《运输法领域未来可能开展的工作》报告,归纳了CMI相关考虑和建议,并决定成立第三工作组(运输法)。2002年,第三工作组正式成立,其工作任务是与有关国际组织合作制订新的国际货物运输公约,以取代现有的《海牙规则》《海牙—维斯比规则》《汉堡规则》,并覆盖《1980年联合国国际货物多式联运公约》《1991年联合国国际贸易运输港站经营人赔偿公约》的部分内容。第三工作组由UNCITRAL约50个成员国和众多观察员国组成。中国政府派员全程参加了公约的谈判制定,并发挥了重要作用。

2002年4月15日至26日,第三工作组第一次会议在纽约召开。此后,工作组每年分别在纽约和维也纳召开两次会议,截至2008年1月14日至25日的维也纳会议,工作组共召开了13次会议。2008年6月16日至7月3日,UNCITRAL在纽约召开了第41届会议,大会通过了公约草案。2008年12月11日,联合国第63届大会通过了《联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》,决定于2009年9月23日在荷兰鹿特丹举行公约开放签字仪式,并建议将公约命名为《鹿特丹规则》。

2009年9月23日,在荷兰鹿特丹举行的公约开放签字仪式上,16个国家签署了《鹿特丹规则》。截至2018年1月28日,共有25个国家签署了《鹿特丹规则》;其中4个国家批准加入该公约,分别是西班牙、多哥、刚果和喀麦隆。^①中国既没有批准也没有签署该公约。根据第94条规定,公约需要等待20个国家批准加入后方能生效。

^① 在联合国国际贸易法委员会网页上可以查询《鹿特丹规则》的状况: http://www.uncitral.org/uncitral/zh/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html, 最后访问时间:2018年1月28日。

（二）《鹿特丹规则》主要内容

《鹿特丹规则》共 18 章 96 条，具体内容如下：总则、适用范围、电子运输记录、承运人的义务、承运人对灭失、损坏或者迟延所负的赔偿责任；有关特殊运输阶段的补充条款、托运人向承运人履行的义务、运输单证及电子运输记录、货物交付、控制方的权利、权利转让、赔偿责任限额、时效、管辖权、仲裁、合同条款的有效性、本公约不管辖的事项、最后条款。

（三）国际国内评价

在公约制定过程中，争议相对集中在航海过失免责的存废、单位责任限额是否提高、批量合同、管辖权等问题上。目前，国际国内对《鹿特丹规则》评价正反两个方面均有，公约生效前景不太明朗。

1. 国际评价

世界航运理事会（WSC）、国际商会（ICC）与美国运输业联盟（NITL）曾发表联合声明，支持扩大海运企业赔偿责任的《鹿特丹规则》。^① 欧洲托运人协会（ESC）与欧洲货代运输与清关协会（ELECAT）表示坚决反对《鹿特丹规则》，欧洲托运人协会还建议欧盟制定单独的海上货物运输公约。CMI 建议船公司在提单首要条款中约定适用《鹿特丹规则》；但国际多家船东互保协会明确表示：鉴于难以确定《鹿特丹规则》何时生效，即使船东目前自愿在合同中采用《鹿特丹规则》的责任原则，互保协会仍将按照原来的《海牙—维斯比规则》的条款进行承保。美国在《鹿特丹规则》起草过程扮演了重要的角色，根本利益均在公约中得以实现，其国内相关机构和组织积极要求美国政府尽快批准《鹿特丹规则》。日本积极参加公约制定，对公约条款基本持肯定态度。欧洲国家除了西班牙之外，各国态度均不明朗。总体来看，中国、美国、欧盟的态度将对《鹿特丹规则》的生效起着举足轻重的作用。

2. 国内评价

以原中国远洋运输（集团）总公司、原中国海运（集团）总公司（现合并为中国远洋海运集团有限公司）为代表的国内航运企业对《鹿特丹规则》极力排斥，认为公约过分加重了承运人责任，会影响中国航运业的发展，建议我国观察主要贸易国家对《鹿特丹规则》的态度，不应有推动和加速公约生效的任何行为。^② 国内港口业总体认为，《鹿特丹规则》对港口业而言是利大于弊，但考虑到公约中很多新的内容需要学习，建议暂时不加入公约，以后选择适当时机加入。^③ 国内货主企业认为，《鹿特丹规则》规定的单证托运人制度会严重损坏中国 FOB 卖方的合法权益，^④ 且批量合同中承运人会滥用合同自由损害货方的利益，^⑤ 对《鹿特丹规则》持反对态度。上海海事大学海商法研究中心受交通运输部委托，完成了关于中国是否加入《鹿特丹规则》

① 事实上，WSC 和 NITL 只能代表美国相关利益方的意见。美国政府代表团在《鹿特丹规则》起草过程中，曾经充分征求了国内利益方的意见，其中 WSC 和 NITL 意见被美国政府代表团高度重视，甚至成为美国谈判的重要基础。

② 详见《〈鹿特丹规则〉对中国航运业影响的评估报告》，http://www.yancheng.gov.cn/yicsgklj/dcyj/201203/t20120326_183639.html，最后访问时间：2018 年 2 月 2 日。

③ 详见《〈鹿特丹规则〉对港口经营人影响的评估报告》，http://www.yancheng.gov.cn/yicsgklj/dcyj/201203/t20120326_183639.html，最后访问时间：2018 年 2 月 2 日。

④ 张丽英：《〈鹿特丹规则〉对中国进出口贸易影响的调研》，载《中国海商法研究》2010 年第 4 期，第 22 页。

⑤ 张丽英：《〈鹿特丹规则〉下批量合同相关法律问题探析》，载《中国海商法研究》2010 年第 3 期，第 8—13 页。

的课题研究,认为从国内国际两个层面来看,公约均不符合中国的利益,建议我国暂时不加入。^①在国内海商法学界,对我国是否应加入《鹿特丹规则》同样存在严重分歧。^②

二 《鹿特丹规则》与我国《海商法》第四章的主要区别

(一) 适用范围

《海商法》第四章第八节虽然规定了多式联运合同,但该章总体上以调整海上货物运输为主;《鹿特丹规则》以调整“门到门”运输为主要任务,适用海上运输区段和非海上运输区段。《海商法》对多式联运采用了网状责任制,即能够确定货物的灭失、损坏发生在某一运输区段的,适用调整该区段运输的法律;不能确定货物的灭失、损坏发生的运输区段时,适用第四章的规定。《鹿特丹规则》采用了“最小网状责任制”,即货物的灭失、损坏或迟延交付发生在某一运输区段时,如果有调整该区段运输的国际公约,则《鹿特丹规则》不优先于该公约适用;如果没有调整该区段国际公约的,则排除国内法而直接适用《鹿特丹规则》。

(二) 承运人责任

与《海商法》第四章相比,《鹿特丹规则》加重了承运人责任,主要表现为:取消航海过失免责和火灾过失免责;^③承运人的适航义务从开航前、开航当时延伸到了整个航程,^④并及于承运人提供的集装箱;非集装箱运输中承运人的责任期间从“装船至卸船”延长到从“接受到交付”;提高了承运人赔偿责任限额,^⑤单位赔偿限额从每件或单位货物666.67SDR(特别提款权)提高到875SDR,从每公斤2SDR提高到3SDR,迟延交付造成经济损失的赔偿限额从运费数额提高到运费数额的2.5倍。同时,公约细化了海上货物运输合同索赔中的举证责任。

(三) 海运履约方^⑥

同为突破合同相对性原则,《海商法》中实际承运人的定义没有明确涉及港口经营人;但《鹿特丹规则》将港口经营人界定为海运履约方,将其纳入调整范围,并赋予其免责抗辩、责任

① 胡正良、於世成、郑丙贵:《〈鹿特丹规则〉影响与对策研究》,北京大学出版社2014年版,第450页。

② 赞成我国加入《鹿特丹规则》的主要观点:司玉琢:《〈鹿特丹规则〉的评价与展望》,载《中国海商法研究》2009年第1—2期,第3—8页;李海:《〈鹿特丹规则〉:一个值得珍惜的统一法律的机会》,载《中国海商法研究》2010年第1期,第11—14页。对我国加入《鹿特丹规则》持保留意见的主要观点:朱曾杰:《初评〈鹿特丹规则〉》,载《中国海商法研究》2009年第1—2期,第9—15页;张永坚:《如何评价〈鹿特丹规则〉》,载《中国海商法研究》2010年第1期,第16—25页;朱曾杰:《再评〈鹿特丹规则〉》,载《中国海商法研究》第7—10页;张文广:《中国可以对〈鹿特丹规则〉说“不”》,载《经济参考报》2012年12月25日。

③ 根据《海商法》第51条规定,因承运人受雇人、代理人的过失引起火灾,免除承运人责任;《鹿特丹规则》第18.2条规定,因承运人受雇人、代理人的过失引起火灾,承运人无权享受责任。

④ 《鹿特丹规则》第14条。

⑤ 《鹿特丹规则》第59条、第60条。

⑥ 《鹿特丹规则》第1.7条和第19条。

限制及时效抗辩的权利。《鹿特丹规则》虽然规定了履约方，但公约仅调整海运履约方，而不调整非海运履约方。

（四）单证托运人

为了保护 FOB 卖方的合法权益，《海商法》规定了实际托运人制度，并赋予实际托运人在交付货物后取得运输单证的权利。《鹿特丹规则》规定了单证托运人，^① 并规定托运人的相关义务适用于单证托运人。《鹿特丹规则》没有赋予单证托运人交付货物后直接取得运输单证的权利，而需要合同托运人的同意，^② 从而造成了单证托运人权利义务的不对等，引发了我国贸易出口方的担忧和不满。

（五）托运人义务

《海商法》规定托运人负有提供约定货物、妥善包装和正确申报货物、及时办理货物运输手续、妥善托运危险货物、支付运费或其他费用的义务。《鹿特丹规则》强化了托运人的义务，规定托运人负有交付运输的义务、提供信息、指示和文件的义务、提供拟定合同事项所需准确信息的义务、履行托运危险货物的特别规则义务。同时，规定了收货人负有提取货物的义务。在公约制定过程中，货主利益方多次要求赋予托运人、收货人责任限制的权利，但最终未能被采纳。

（六）货物交付

《海商法》没有明确规定承运人交付货物的义务，但规定承运人应凭正本提单交付货物。《鹿特丹规则》将交付货物视为承运人的核心义务，将承运人货物交付义务回归到合同自由的层面，允许当事人约定在不同运输单证下货物的交付方式，并允许在一定条件下（例如目的港无人提货等情况）根据单证记载可以无单放货。而且，公约还增强了承运人在货物无法交付时对货物进行处置的可操作性。

（七）控制权

国际贸易中，运输中的货物可能需要停止运输、变更目的地或收货人，《海商法》对此没有涉及相关内容，《合同法》第 308 条仅作了原则性规定。为了规范操作行为，减少贸易风险，《鹿特丹规则》创设了控制权制度，虽然程序复杂，但具有较强的实践价值。

（八）诉讼时效

《海商法》规定，就海上货物运输向承运人要求赔偿的诉讼时效为 1 年，自承运人交付货物或应当交付货物之日起算；承运人向托运人、提单持有人的诉讼时效也为 1 年，自承运人知道或者应当知道权利受侵害之日起算；诉讼时效不允许被协议延长。《鹿特丹规则》将诉讼时效延长为 2 年，无论针对承运人的诉讼还是针对托运人的诉讼，均从货物交付或应当交付之日起算；当事人可以通过协议延长诉讼时效。

① 《鹿特丹规则》第 1.9 条。

② 《鹿特丹规则》第 35 条。

（九）管辖权

《海商法》没有涉及海上货物运输合同的管辖权，相关问题受《民事诉讼法》与《海事诉讼特别程序法》调整。《民事诉讼法》与《海事诉讼特别程序法》均承认协议管辖，但《民事诉讼法》（2017年修正）第34条强调选择的法院应当与案件争议有实际联系；《海事诉讼特别程序法》第8条为了扩大我国法院的管辖权，规定当事人双方均是外国人的，即使选择的海事法院与案件没有实际联系，管辖协议仍然有效。《鹿特丹规则》专章分别规定了管辖与仲裁，但由于涉及国家司法主权，在制定过程中引发了较大争议，最终允许缔约国选择适用（opt-in）。关于管辖权，《鹿特丹规则》排除了诉讼管辖权协议的排他性效力，允许当事人向与案件有实际联系地点法院提起诉讼；但批量合同管辖权协议无须第三方明确同意的情况下对其具有排他性效力。同时，公约规定采取扣押船舶或采取保全措施的公约国法院不能当然取得案件的实体管辖权。

（十）批量合同^①

《海商法》没有明确规定批量合同，^② 但通过适用于批量合同下签发的提单间接强制适用于批量合同。《鹿特丹规则》单独定义了批量合同，并赋予当事人在满足一定条件下可以背离规则的强制性规定。批量合同是《鹿特丹规则》中争议最为集中的问题，尤其遭到了货主利益方的强烈反对。

（十一）合同自由

《海商法》第44条限制了海上运输合同的合同自由，明确规定所有违反该章强制性规定的条款均为无效。除批量合同之外，《鹿特丹规则》扩大了合同自由的适用范围，允许当事人就货物装卸、操作等自由约定义务和责任，^③ 允许当事人约定责任期间起止时间，^④ 并允许当事人就活动物运输约定背离公约条款。^⑤ 《海商法》第四章合同自由的限制主要针对承运人；《鹿特丹规则》对合同自由的限制不仅针对承运人，而且还针对货方（包括托运人、收货人、控制方、持有人、单证托运人），但不允许加重货方的义务和责任。^⑥

（十二）电子单证

《海商法》没有涉及电子单证问题。为适应国际贸易电子化的要求和发展趋势，《鹿特丹规则》规定了电子运输记录的具体使用规则。

① 《鹿特丹规则》第1.2条和第80条。

② 此处应当区分公约规定的批量合同与散货运输中的长期运输协议（COA），《鹿特丹规则》中批量合同仅指在班轮运输中的相关协议，而不适用COA。

③ 《鹿特丹规则》第13.2条。

④ 《鹿特丹规则》第12.3条。

⑤ 《鹿特丹规则》第81条。

⑥ 《鹿特丹规则》第79条。

三 《鹿特丹规则》对我国司法裁判的积极影响

司法裁判是一个复杂的过程，包括查明事实和适用法律两个部分。^① 在民事审判中，法官裁判案件应当依照严格的逻辑三段论公式，以法律规范为大前提，以待决案件事实为小前提，从而获得特定结论。根据查明的事实，法官在适用法律时，有时其内心所追寻的、最理想的作为裁判依据的“法律规范”，与现实的、已存在着的法律条文之间难以完全吻合，或多或少存在着一定程度的裂缝。此时需要法官运用各种法律解释方法弥补这个裂痕，以达到最大程度的吻合从而实现法律适用的目的。出现这个现象的原因是多方面的，有的是因立法漏洞造成法官找不到可以直接适用的法律条文；有的是因法律条文过于抽象，难以直接适用于已查明的法律事实。

立法与社会发展之间存在不可调和的矛盾。正如梅因所描述的：“社会的需要和社会的意见常常是或多或少走在法律的前面，我们可能非常接近地达到它们之间缺口的接合处，但永远存在的趋向是要把这缺口重新打开来。因为法律是稳定的，而我们谈到的社会是前进的。”^② 在1924年《海牙规则》制定过程中，立法者无法预见到全球化、集装箱化、电子商务等给航运贸易带来的影响。虽然1968年《海牙—维斯比规则》对责任限制、喜马拉雅条款、适用范围等进行了修订，但仍难以满足航运贸易实践的变化对立法的需要。技术的革命、实践的创新、社会的需求让现行的海上货物运输法律体系的法律漏洞层出不穷，法官虽然试图通过司法裁判弥补立法的滞后性，但统一的海上货物运输法律制度却向着支离破碎的方向发展。

正如《鹿特丹规则》序言所示，公约的制定是为了促进法律的确定性，提高国际货物运输效率，便利国际贸易方，促进国际、国内贸易和经济发展的需要。在各国权衡是否加入该公约的过程中，《鹿特丹规则》遭到了很多批评，但很多制度对海上货物运输法律制度的完善起到了良好的示范作用。对于一些传统的海上货物运输法律问题，《鹿特丹规则》在充分总结各国司法经验、合理平衡船货双方利益的基础上进行了明确地规定，例如FIOSST条款（即散货船租船条款，又称舱内收、交货并负责积载费用条款，船方不承担装卸、理舱和平舱）的法律效力、货物交付等。对于一些现代海上货物运输法律问题，《鹿特丹规则》充分考虑了实践的需要进行了突破性立法，例如电子单证、批量合同等。对我国海事司法实践而言，《鹿特丹规则》具有以下几个方面的积极影响。

（一）弥补现行法律漏洞

法官审理案件，在查清案件事实后，找不到任何法律规则，现行法律对本案没有规定，这种情况叫做法律漏洞。^③ 虽然法官可以运用各种解释方法弥补法律漏洞，但仍然存在裁判尺度不一，导致法律的不确定性。笔者围绕以下几个问题，以探讨《鹿特丹规则》对弥补我国现行法律漏洞具有的借鉴意义。

① 《民事诉讼法》（2017年修正）第7条规定，人民法院审理民事案件，必须以事实为依据，以法律为准绳。

② 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第15页。

③ 梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社2003年版，第153页。

1. 电子商务

为了节约交易成本、^① 提高交易效率，国际社会正在积极推广使用电子单证，但我国《海商法》第四章没有涉及电子单证，导致相关问题无法可依。引入电子单证制度是《鹿特丹规则》最为明显的进步，符合当前电子商务的发展需要，可以填补我国《海商法》中电子单证的立法空白。

2. 多式联运责任主体

《海商法》第四章第八节虽然规定了包含海运区段在内的多式联运合同，明确了多式联运合同的网状责任制度，但该节规定的不够全面，不能满足多式联运迅猛发展的实践需求，且在很多问题上存在着立法漏洞。例如，当货物灭失、损害发生在海运区段时，多式联运经营人与海运区段承运人是否承担连带责任？我国现行法律没有明确规定。《鹿特丹规则》引入了海运履约方概念，海运区段承运人被界定为海运履约方；当货损发生在海运区段时，如果适用《鹿特丹规则》，承运人（《海商法》规定为“多式联运经营人”）与海运履约方（《海商法》规定为“海运区段承运人”）承担连带责任。^②

3. 集装箱地位

上世纪50年代集装箱开始用于运输，引发了运输方式的变革。传统的“舷到舷”“港到港”运输将逐步被“门到门”运输所取代。但是，现行的海上货物运输国际公约及国内立法无法及时关注这个问题，法律的滞后性再次凸显。例如，《海商法》第47条规定的承运人适航义务仅适用于船舶，而没有明确涉及由承运人提供的集装箱。如果承运人在提单中增加“免除承运人因其提供的集装箱存在缺陷导致货物灭失、损害的赔偿责任”或类似条款，该条款是否具有法律效力？^③ 目前，我国法院不能根据《海商法》第44条直接认定该条款无效。《鹿特丹规则》第14条解决了这个问题，除将承运人适航义务从开航前、开航当时扩展到整个航程之外，还延伸到由其提供的集装箱。根据《鹿特丹规则》，这一假设的免责条款因违反规则强制性规定而无效，^④ 将有助于法官在司法实践中解决类似纠纷。

4. 承运人识别

在散货运输中，通过租约签发的提单记载很难准确地识别承运人。特别当船舶存在光船租赁情况时，对提单持有人而言，承运人的识别更加显得扑朔迷离。《海商法》规定尚不明确。根据《鹿特丹规则》第37条，当通过合同记载事项无法判定承运人，且合同记载货物已经装船时，船舶登记所有人被视为承运人；承运人能够指出光船承租人的，光船承租人可以被认定为承运人。为了防止出现货方正确识别承运人后已过诉讼时效的情况，《鹿特丹规则》专门规定了对被识别为承运人的人提起诉讼的时效问题，^⑤ 充分保护了货方的合法权益。

① 联合国曾经在上世纪90年代做过一个调查，在国际贸易中制作纸质运输单证的成本占到贸易总额的7%。

② 《鹿特丹规则》第19条。

③ 同样的问题在荷兰最高法院 NDS Provider 案件提出。荷兰最高法院作出判决时，正值《鹿特丹规则》起草期间，该院参考该公约的起草文件，判决认为：承运人提供的集装箱应被视为船舶的一部分，承运人应当负有提供适于海上货物运输的集装箱，否则应承担不适航的责任。由于适航义务是承运人的强制性义务，因此承运人不能通过免责条款免除其赔偿责任。

④ 《鹿特丹规则》第79条。

⑤ 《鹿特丹规则》第65条。

（二）减少司法裁判中法律适用的分歧

马克思认为，法律是具有普遍性、确定性的行为规范。普遍性是指立法者制定的规则原则上应适用一切人的一切行为；确定性意味着法律规定了行为与后果之间稳定的因果关系，将人的行为固定化、法律化。确定性赋予法律可预见性，人们在预见到行为的法律后果之后可以理性地设计自己的行为。由于立法技术的固有缺陷，法律存在着无法避免的局限性，例如不合目的性、不周延性、模糊性、滞后性。受限于成文法立法技术的弊端，立法者在起草法律时无法想象法官在司法实践中可能遇到的所有问题。法律的确定性既包括立法的确定性，也包括司法的确定性。立法的确定性是法律不应被随意修改，在一定时期内保持相对稳定；司法的确定性是指一国的法院在一段时期内对某一具体法律问题认识的一致性，从而对社会行为具有明确的指引功能，实现减少诉讼的目的。但现实社会中，司法裁判的绝对确定性很难实现，除法官人为因素之外，立法的模糊性和滞后性都会导致这一后果。以下从几个角度分析《鹿特丹规则》对减少我国司法裁判中法律适用分歧的参考价值。

1. 合同自由

为了防止承运人滥用合同自由，《海商法》第44条延续了《海牙—维斯比规则》第3.8条及《汉堡规则》第23.1条的精神，规定所有违反第四章强制性规定的合同条款，例如免除和减轻承运人责任和义务的条款，均被视为无效。相比《海商法》第四章，《鹿特丹规则》对合同自由作出了很多特别规定，如批量合同可以背离公约强制性规定，当事人可以约定关于货物的装载、操作、积载、卸载等义务及责任，允许当事人约定责任期间起止时间等。关于货物的装载、操作、积载、卸载，运输合同能否约定由托运人、收货人负责并免除承运人责任？对此，我国鲜见相关判例，国外法院解释存在分歧严重。^①《鹿特丹规则》充分考虑了航运习惯，合理平衡了大陆法系与英美法系国家的司法经验，允许当事人自由约定上述行为由托运人或收货人负责时免除承运人的责任，^②但承运人和履约方代表货方实施上述行为时除外。^③

当前航运市场的持续低迷导致运量严重过剩，船方为了争取货源导致货方在运输合同谈判中处于明显的强势地位，托运人能否通过合同自由免除自己的义务和责任？《海商法》第44条没有明确规定。为了体现海上货物运输法律的强制性特点，防止货方滥用合同自由，《鹿特丹规则》第79条除限制承运人和海运履约方的合同自由之外，对托运人、收货人、控制方、持有人或单证托运人的合同自由也进行了限制，不允许货方滥用合同自由免除其义务和责任。

2. 承运人责任期间

《海商法》第46条区分集装箱货物和非集装箱货物，规定集装箱货物运输中承运人责任期间为“接收到交付”，非集装箱货物运输中承运人责任期间为“装船到卸船”，导致部分法院在审理非集装箱运输案件中错误判决货物卸船后承运人对货物的灭失、损坏不承担赔偿责任，而不考虑货物是否处于承运人的掌管期间。《鹿特丹规则》没有区分货物类型，将承运人责任期间统

① 即在国外争议较大的 FIOT 条款法律效力问题。在法国法下，有关货物的装载、积载、操作、卸载属于承运人的强制义务，不允许通过合同免除承运人的责任，因此免责条款无效；在英国法下，法院允许当事人约定上述行为由货方负责并免除承运人的责任。

② 《鹿特丹规则》第13.2条。

③ 《鹿特丹规则》第18.3.9条。

一规定为从“接收到交付”，有利于减少类似理解上的分歧。

3. 货物灭失、损害赔偿额计算方法

《海商法》第55条规定，货物灭失的赔偿额，按照货物的实际价值计算；货物损坏的赔偿额，按照货物受损前后实际价值的差额或者货物的修复费用计算；货物的实际价值，按照货物装船时的价值加保险费加运费计算。在国际贸易中货物如钢材、石油及化工产品的价格变动往往较大，而且海上货物运输时间较长，货物在起运港和目的港的价格有时会出现较大差异。但《海商法》第55条关于货物灭失、损害赔偿计算方法没有充分考虑市场价格变化的因素。例如，如果货物在交付地的市场价格下跌，索赔方仍可以按照货物在装船时的CIF价格进行索赔，即市场价格下跌的损失和风险由承运人承担。反之，如果货物价格在交付时出现上涨，索赔方仅能按照货物在装船时的CIF价格进行索赔，相关的价格风险将由货方承担。^①为了弥补该条文的不足，最高人民法院在个案中依据目的港货物的市场价格计算货物贬值率的方法排除了货物行市损失，^②但在司法实践中仍然容易产生法律适用的分歧。根据《鹿特丹规则》第22条，货物灭失、损坏的赔偿按照货物在交货时间和交货地点的价值计算，货物价值依次按照商品交易所价格、市场价格、交货地同种类和同品质货物的通常价格顺序确定，索赔方在索赔时市场价格变动的风险被排除在外，可以克服《海商法》第55条中存在的缺陷。

4. 实际承运人

《海商法》吸收了《汉堡规则》的做法，规定了实际承运人制度。^③实际承运人是指接受承运人的委托或转委托，实际从事货物运输或部分运输的人。在“桐城”轮一案中，我国法院对实际承运人的概念是否适用于航次租船合同存在分歧。^④最高人民法院认为，实际承运人及其法定责任仅限定在提单法律关系中，而不能适用于租船合同当事人。^⑤但这种观点没有得到国内理论与实务界的完全认同。对此，《鹿特丹规则》给予了明确的回答。根据《鹿特丹规则》第7条的规定，公约原则上不适用于散货运输中的租船合同，但适用于并非租船合同原始当事人的提单持有人、收货人等，故公约不适用于租船合同的原始当事方。公约中海运履约方的规定当然也不适用于航次租船合同当事人之间法律纠纷。这些规定有助于正确理解我国《海商法》第四章实际承运人的适用范围。

（三）增强诉讼的确定性

在诉讼中，选择适格的被告是原告的首要任务。由于海上货物运输合同法律关系复杂，原告选择被告需要考虑各种因素，如被告是否具有执行财产、胜诉的几率等。一旦选择被告错误，严重的会导致败诉的后果，至少会浪费宝贵的诉讼时间。由于同一主体在不同的法律关系中扮演不同的角色，其法律地位也存在差异，当出现诉讼时，导致当事人难以选择依据何种法律关系对其提起诉讼，如港口经营人在海上货物运输中法律地位的界定。同时，在诉讼中合理分配举证责任

① 例如货物在目的港交货时价格大幅上涨，即使货物出现货损，但残损货物价值与起运港CIF价格基本持平，如果仍然按照《海商法》第55条计算，索赔人几乎没有损失。

② 参见最高人民法院（2013）民提字第6号民事判决书。

③ 《海商法》第42条第2款。

④ 一审、二审法院均认为实际承运人适用于航次租船合同。

⑤ 参见最高人民法院（2011）民提字第16号民事判决书（“桐城”轮案件）。

是程序公正的必要前提，一旦举证责任不明确，当事人对诉讼结果的判断不清，会导致诉讼频发而浪费司法资源。以下从两个方面探讨《鹿特丹规定》对增强诉讼结果的确定性、节约司法资源所起的积极作用。

1. 港口经营人

港口经营人作为海上货物运输环节中的重要角色，其在《海商法》中的法律地位并不明确，导致存在不同的认识。^① 货物灭失、损坏若发生的在港口作业过程中，货方对被告的选择存在不确定性。如果港口经营人的港口作业属于承运人的责任期间，货方可以合同为由直接起诉承运人，但承运人有权享受责任限制和免责抗辩；承运人在向货方赔付之后，可以在赔付范围内向港口经营人进行追偿。为了防止承运人行使免责抗辩或责任限制的权利，货方也可以侵权为由起诉港口经营人，法院同时还面临提单“喜马拉雅条款”能否适用于港口经营人的问题。在《鹿特丹规则》中，港口经营人被界定为海运履约方，在货损发生在港口作业期间，港口经营人与承运人都负有赔偿责任时应承担连带责任，并享受承运人有权援引的免责抗辩与责任限制。相比《海商法》，《鹿特丹规则》使得货方对港口经营人的诉讼变得更加明确。

2. 举证责任

《海商法》第四章没有明确货物发生灭失、损坏或迟延交付时的举证责任，法院在审理案件过程中依照民事诉讼中“谁主张谁举证”的原则决定举证责任的分配。通常，货方首先应当证明货物的灭失、损坏发生在承运人的责任期限内；承运人可以举证证明货物的灭失、损坏系《海商法》第51条规定的免责事项所致，但承运人主张火灾免责时除外。在承运人证明货物的灭失、损坏系免责事项所致后，货方能否继续举证？如果能，应当如何举证？《海商法》规定不明确。

《鹿特丹规则》第17条对举证责任进行了细化：如果货方证明货物的灭失、损坏或迟延交付发生在承运人的责任期限之内，承运人应当承担赔偿责任；承运人如果证明货物的灭失、损坏或迟延交付不属于公约第18条列明人的过失时，便可以免除其赔偿责任；此外，承运人如果证明货物的灭失、损坏或迟延交付属于免责情形，仍可免除其赔偿责任。如果承运人举证其享有免责抗辩权利时，货方可以提供如下证据来推翻承运人的举证：（1）承运人声称的免责情形系由承运人或第18条列明人的过失造成；（2）货物的灭失、损坏或迟延交付系由承运人声称的免责情形之外的原因所造成，且承运人无法证明上述原因非由其本人或第18条列明人的过失造成；（3）证明货物灭失、损坏或迟延交付系船舶不适航原因造成的。《鹿特丹规则》第17条为了平衡船货双方利益，合理分配了举证责任，将诉讼过程举证环节变得更加明确具体，为法官审理案件提供了便利。

（四）节约诉讼成本和司法资源

在审理涉外案件过程中，法官有时需要根据当事人的约定或冲突规范的指引适用外国法。受法律背景和语言的影响，一国法官适用外国法律进行裁判往往有困难，同时外国法的查明会增加当事人的诉讼成本并浪费司法资源。《鹿特丹规则》的立法目的是为了统一海上货物运输法律制度以增强法律的确定性，第26条也体现了这一原则。与《1980年联合国国际货物多式联运公

^① 关于港口经营人的法律地位，我国目前有承运人代理人、承运人受雇人、实际承运人、独立合同方等不同观点。

约》规定的“统一责任制”不同,《鹿特丹规则》采用了“最小网状责任制”。当货物灭失、损坏或迟延交付发生在装船之前或者卸船之后的非海运阶段时,如果调整该区段运输有相关国际公约的,《鹿特丹规则》不优先于该国际公约适用;但如果调整该区段运输没有相关国际公约,则适用《鹿特丹规则》。例如,从武汉到巴黎的全程运输,武汉到上海为内河运输,上海到鹿特丹为海上运输,鹿特丹到巴黎为公路运输,货物在运输途中发生货损,货方向承运人索赔。如果货损发生在上海到鹿特丹的海上运输,则适用《鹿特丹规则》;如果货损发生在武汉到上海的内河运输,由于没有调整该区段的国际公约,故也应适用《鹿特丹规则》;如果货损发生在从鹿特丹到巴黎的公路运输,由于《1965年国际公路货物运输公约》(即CMR公约)调整该区段运输,《鹿特丹规则》不优先于该公约适用,因而应适用CMR公约。该条文完全排除了国内法的适用,遭到包括中国在内很多国家的反对,认为排除国内法适用导致公约重返《1980年联合国国际货物多式联运公约》采用的“统一责任制”的覆辙。实际上,通过《鹿特丹规则》起草文件可以得知,该规定正是为了确保法律适用的确定性。从司法裁判的角度来看,该规定虽然排除了国内法的适用,但法官适用法律相对比较明确,否则频繁地适用外国法会增加当事人的诉讼成本和宝贵的司法资源,对适用法律的预判和统一也是不利的。

四 《鹿特丹规则》对我国司法裁判的消极影响

《鹿特丹规则》的起草背景十分复杂,客观上看它首先是一个国际社会妥协的产物。考虑到海上货物运输法的实践性特征,该公约带有极强的实用主义特点。虽然目前人们对它褒贬不一,但经过国际社会近十多年的努力,其先进性不容否认,很多规定代表了国际海上货物运输法律最新的发展动向。但《鹿特丹规则》并非完美,立法的形式和实质都存在着一定的缺陷,直接导致司法裁判中法律适用的困难与障碍。

(一)《鹿特丹规则》的形式问题

1. 立法语言

由于历史的原因,《海牙规则》《海牙—维斯比规则》虽然作为国际公约,但没有采用立法语言表现出应有的法律形式,它们归根结底是从提单的格式条款演变而来。在UNCITRAL的主导下,《汉堡规则》在立法形式方面有了明显的进步,《鹿特丹规则》则更加完善。《鹿特丹规则》除实现船货双方利益的平衡、传统和现代的平衡之外,大陆法系和英美法系的法律制度在公约中也得到了平衡。对于不同法系的平衡,除体现在具体的法律制度外,立法技术的问题不容忽视。判例法系国家追求立法的完备细致,注重逻辑严谨,力图解决在实践中可能出现的所有问题;大陆法系国家讲究立法简练、准确,赋予法律高度的概括性。在《鹿特丹规则》制定过程中,既有大陆法系国家的代表,也有英美法系国家的代表,难免遇到立法技术的冲突。由于公约力求解决涉及贸易运输的所有问题,^①且各国均希望充分将本国利益最大化,公约用语没有平衡

^① 例如第10章、第11章涉及的控制权及权利转让。

好逻辑严谨与语言简明之间的关系，导致一些条文极为冗长、晦涩难懂，^① 例如涉及货物交付的第45条至第48条，尤其不符合成文法系国家立法追求精炼、准确的目标。而且，条文之间交叉引用情况很多，客观上增加了理解难度。有些表述不准确，令人费解。例如，第45条标题“未签发可转让运输单证或可转让电子运输记录时的交付”，从字面理解似乎是没有签发相关单证，但该条的真实意图是解决“签发了一般性不可转让运输单证和未签发任何运输单证时的交付”问题，容易引起误解。

2. 翻译文本

《鹿特丹规则》在起草过程中，工作语言为英文，文本最初也是用英文起草。虽然公约规定阿拉伯文、中文、英文、法文、俄文文本同为作准文本，^② 但各国法官在适用各自母语文本解释公约同一条款时可能会出现分歧。从语言学的角度看，中文和英文非属同一语系，表达方式区别较大，一些复杂条款在从英文翻译成中文后不符合我国立法语言的表达习惯，这也是翻译过程中难以克服的矛盾。从翻译方法看，公约的翻译与文学作品的翻译存在区别，文学作品翻译追求信、达、雅；但在公约翻译过程中，为了防止翻译者将自己对条文的理解加入译文，公约的翻译需要逐字逐句完成，以译文符合原文意思为主要目标。因此，《鹿特丹规则》部分条文在对照英文文本时更容易被理解。但公约中文版确实存在着对个别术语翻译的问题，一方面不符合我国的表达习惯，另一方面导致适用中存在理解障碍。例如，公约第12条将“period of responsibility”翻译成“责任期”、^③ 第14条将“due diligence”翻译成为“恪尽职守”、^④ 第40条将“qualifying the information”翻译成“做出保留”、^⑤ 第70条将“arrest”翻译成“扣留”。^⑥ 特别是将“due diligence”翻译成“恪尽职守”，与《海商法》第44条“经谨慎处理”之间会存在较大的理解分歧。

3. 对立法形式问题的克服

法官在裁判案件过程中，需要运用各种法律解释的方法，以确保正确地适用法律。例如，法官在对条文进行文义解释过程中，需要准确理解法律条文的含义，如果文字词句表达含糊不清，或者相关文字表达不符合我国法律语言的表现形式，会给法官适用法律带来陌生的直觉，从而造成法律适用障碍。与国内立法不同，国际公约需要平衡大陆法系国家和英美法系国家的立法技术和立法理念。正如前文所强调的，《鹿特丹规则》并非完美，仅仅是妥协的产物。但立法形式问题相对比较容易克服，一是加强对法官《鹿特丹规则》的培训；二是组织专家编写公约释义，将一些晦涩难懂的条款按照我国法律思维习惯和法条表达方式进行简化、分解，以便于理解和适用；三是通过长期的司法实践达成对某一问题的统一认识。

（二）《鹿特丹规则》的实质问题

所谓立法的实质问题，是指法律条文在起草设计中存在实质缺陷，会导致在一定时期内对它

① 第9章《货物交付》和10章《控制方的权利》涉及条文极为复杂、难以理解，具体参阅第47条关于货物交付、第51条关于控制方的识别与控制权的转让。

② 《鹿特丹规则》第96条。

③ 建议翻译成“责任期限”。

④ 为与我国《海商法》第47条保持一致，建议翻译成“经谨慎处理”。

⑤ 为与我国《海商法》第75、76条保持一致，建议翻译成“批注”。

⑥ 考虑到国内表达习惯，建议翻译成“扣押”。

的理解出现歧义,从而造成法律的不确定性。就司法裁判而言,立法的实质问题会引发法官适用法律的困难,导致在一国范围内司法裁判尺度严重不统一,诉讼明显增加,并导致损害司法的功能。

1. 陌生的法律术语导致法律适用困难

对法律术语的正确理解无法离开它所依附的特殊语境,包括一国的政治、社会、历史、法律等各种因素。在国内法的制定过程中,一些特殊的法律术语比较容易通过国内立法技术解决。但在国际公约的起草过程中,各国均希望最大限度地实现本国利益,一些法律术语背后的法律问题在国际公约中的表现形式不同,有些具有国际普遍性,有些存在区域共同性,有些仅为个别特殊性。就《鹿特丹规则》而言,一些新的法律术语很难被国际社会所广泛理解和接受,如单证托运人、批量合同等。^① 如果不了解我国出口贸易中普遍采用 FOB 的现状,其他国家无法理解单证托运人问题对我国出口商的特殊意义;如果不了解美国航运法规定的班轮运输中服务合同报备制度,其他国家无法理解美国极力主张将批量合同纳入公约的现实意义。虽然“导致承运人丧失责任限制的过错”并非陌生的法律术语,但将其用于评判批量合同和动物运输中免责条款的效力,在具体适用时难以理解和把握。

2. 新的制度设计与当前航运实践的差异导致法律适用困难

立法以解决现实矛盾为主要任务,但同时需要对社会现象的发展进行合理地判断和预测,以实现一定程度的超前性。如果法律制度与现实严重脱节,会导致该法律无法调整现实中的社会矛盾,从而丧失法律的应有功能。当法律作超前性规定时,可以对社会行为进行指导和规范,但存在着立法目的是否完全符合社会实践需求的矛盾。《海商法》具有高度的专业性特点,表现出强烈的实践性品格,这决定了法官在适用法律时应应对航运实践具有深刻的感性认识,对实践的认识程度决定了法官能否准确地适用法律。《鹿特丹规则》有很多创新性的规定,由于法官需要适应新的法律制度,在适用中难免会造成理解上的分歧,不能及时统一裁判尺度。在此,以《鹿特丹规则》中货物交付为例来说明这个问题。

公约第九章专门规定了货物交付问题,是公约中设计最为复杂的部分,引发了很多批评。在充分考虑航运实践的情况下,^② 第九章细化了货物交付及无单放货的环节,但条文结构复杂,且与目前航运实践有一定的差异。

货物交付,是海上货物运输中的最后环节,最终实现货物从卖方到买方的转移。《海商法》没有规定承运人交付货物的义务,但要求承运人凭正本提单交付货物。对于签发提单之外的海运单等运输单证时的货物交付,《海商法》没有明确规定必须凭单交付。根据《海商法》及相关司法解释,承运人交付货物的程序取决于运输单证的种类;在签发提单时,不论提单能否转让,均应凭正本提单交付货物;在签发海运单时,承运人仅需将货物交给海运单上指定的收货人即视为履行义务。承运人签发何种运输单证取决于贸易合同的需要,但在目前国际航运贸易中,业界对可转让提单的物权凭证效力已形成共识,特别表现在银行信用证业务中。

《鹿特丹规则》对此进行了革新。公约通篇看不到提单的字眼,提单被运输单证所取代。公

① 例如第 1.2 条关于批量合同的概念、第 80 条规定的批量合同的合同自由问题。

② 负责起草该章的荷兰杰吉安·范德尔·泽尔(Gertjan van der Ziel)教授在一家大型班轮公司担任过多年法务职务,对航运实践非常熟悉。

约根据不同的运输单证，细化了货物交付的程序。当承运人签发了一般性不可转让的运输单证时，其无须凭正本单证交付货物，承运人可将货物交给合同载明的收货人。当承运人签发需凭单交付货物的不可转让运输单证时，交付货物须同时满足两个条件：一是交给合同载明的收货人；二是收货人必须提交正本运输单证。对于签发了可转让的运输单证，承运人应凭正本可转让运输单证交付货物。同时，公约允许双方在合同中约定即使签发了可转让运输单证承运人可不凭单证交付货物的情形，这也就是公约中饱受诟病的“允许无单放货”问题。^①事实上，公约对货物交付程序的设计，是将货物交付的方式回归到了当事人的意愿，一定程度上弱化提单的物权凭证功能。

如果《鹿特丹规则》得以广泛适用，目前航运实践中普遍使用的运输单证功能会出现变化。如果承运人签发记名提单，则与目前海运单一样属于一般性不可转让单证，承运人无须凭正本提单交付货物，只需将货物交给提单记名的收货人。如果承运人签发指示提单，则属于一般性可转让运输单证，承运人应当凭正本提单交付货物。但是，如果承运人在记名提单和海运单上标注应当凭正本单证交付货物，承运人应当凭单交付货物。当承运人在指示提单上标注可不凭正本提单交付货物时，若目的港无人提货、无法确定收货人，承运人可直接依据托运人和单证托运人的指示交付货物，而无须凭单交付。

通过上述分析，《鹿特丹规则》对货物交付的规定过于复杂，而且与现行运输单证制度存在巨大的差异。由于法官对国际贸易中已经形成提单具有物权凭证功能认识的依赖，公约的变化必将给法官适用法律带来不适甚至困难。

3. 国内法与国际公约的关系

在民商事领域，我国承认对我国生效的国际条约优先于国内法。^②《鹿特丹规则》中的很多条款与《海商法》或相关司法解释的规定有着根本区别。如果我国加入《鹿特丹规则》，会导致相关的国内法被排除适用。在此以《海商法》中实际托运人与《鹿特丹规则》中单证托运人为例加以说明。无论是实际托运人还是单证托运人，都是为了解决 FOB 卖方的法律保护问题，但相比《海商法》，《鹿特丹规则》对 FOB 卖方的保护进行了严格限制。从适用范围看，《海商法》可以调整所有的 FOB 卖方，但《鹿特丹规则》只适用于运输单证中记载为托运人的 FOB 卖方，即单证托运人；如果 FOB 卖方没有在运输单证中被记载为托运人，其不受《鹿特丹规则》调整。

即使是单证托运人，《鹿特丹规则》对其保护非常局限，特别表现在其向承运人交付货物后如何取得运输单证问题上。从国际贸易的本质看，为了获得合同项下的货款，卖方控制运输单证更为合理，但《鹿特丹规则》规定单证托运人仅在合同托运人同意后才能取得运输单证。承运

① 韩立新：《〈鹿特丹规则〉下课流通提单“物权凭证”功能沦丧抑或传承？》，载《中国海商法研究》2010年第3期，第1—7页。

② 例如，《中华人民共和国民事诉讼法通则》（2009年修正）第142条第2款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”《海商法》第268条第1款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定；但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第4条规定：“涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约的，人民法院应当根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百四十二条第二款以及《中华人民共和国票据法》第九十五条第一款、《中华人民共和国海商法》第二百六十八条第一款、《中华人民共和国民用航空法》第一百八十四条第一款等法律规定予以适用，但知识产权领域的国际条约已经转化或者需要转化为国内法律的除外。”

人将运输单证直接交给 FOB 卖方,不会给 FOB 买方带来任何损失,但承运人将单证交给作为合同托运人的 FOB 买方会给她带来风险。因此,《海商法》将 FOB 卖方界定为托运人的一种,赋予其有权在向承运人交付货物后取得提单的权利。《最高人民法院关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定》(以下简称《货代司法解释》)更是强化了对 FOB 卖方的保护,要求货运代理在接受订舱后应 FOB 卖方的要求向其交付提单。《鹿特丹规则》设立单证托运人制度是为了解决 FOB 卖方的法律地位问题,但相关条款没有充分地保护 FOB 卖方的合法权益。公约过分拘泥于合同相对性原则,规定只有经 FOB 买方即合同托运人的同意,单证托运人才能取得运输单证。考虑到我国出口贸易中使用 FOB 术语占有较高的比例,为了保护国内中小货主的利益,我国代表团曾多次建议修改该条文,但最终没有被公约所采纳。^①但《货代司法解释》要求货代向 FOB 卖方交付运输单证,假设货代同时系承运人代理人,该项要求有违反《鹿特丹规则》之嫌。如果我国加入《鹿特丹规则》,《货代司法解释》对 FOB 卖方的特别保护条款将被排除适用。

4. 条文的模糊性导致司法裁判的分歧

赋予批量合同广泛的合同自由是《鹿特丹规则》中一项创新性的规定,也是公约遭受批评最多的地方,成为很多货主国家接受公约的主要障碍。批量合同是在美国代表团的坚持下写入公约的,其目的是为了解决在美国航线普遍采用的服务合同(service contract)问题。美国1999年《海上货物运输法草案》已经涉及到服务合同,允许服务合同当事人可以背离草案的强制性规定。赋予服务合同广泛的合同自由成为美国代表团事先确定的公约谈判原则之一。美国在公约谈判过程中曾经多次表示,如果不接受批量合同当事人背离公约内容,美国将不会加入该公约,最终作为妥协,多数国家代表团允许批量合同当事人通过合同自由背离公约的强制性规定。

为防止批量合同当事人滥用合同自由,公约第80条作出了相应限制性规定:第一,承运人必须通知并给予托运人选择订立没有背离公约强制性规定批量合同的机会,即托运人有权选择与承运人订立受公约强制调整的批量合同,如果承运人没有给予托运人这种机会,所有免除承运人义务和责任的合同条款一律无效。同时,批量合同中必须明确提示合同背离公约强制性规定。批量合同是单独协商订立的或者在合同中明确指出背离合同的部分,背离条款不能从其他合同并入或包含在其他未经协商的附和合同中。第二,合同自由不能涉及承运人船舶适航义务(不包括适货义务)、托运人提供信息、指示和文件的义务以及托运人在托运危险货物时的特别义务,所有涉及这些义务的免责条款均无效。第三,合同当事人应当善意履行合同,如果一方存在故意作为或不作为或明知可能造成损失而轻率地作为或不作为情形的,过错方不能享受合同免责抗辩的权利。第四,公约对合同之外的第三人给予了足够的保护,未经第三人明确接受的免责条款对其不发生法律效力。

但公约第80条存在很多规定不清晰之处。例如,如何理解“单独协商订立的合同”?如何处理批量合同与依据该合同签发的提单之间的关系?如果合同涉及货物交付等承运人其他强制性义务,类似免责条款的效力如何认定?如何理解将“导致承运人丧失责任限制的过错”作为评价免责条款效力的依据及适用主观评价还是客观评价?承运人通过“喜马拉雅条款”免除海运履约方责任和义务的合同条款是否有效。可以预见,在未来的司法裁判中,这些问题将会带来裁判尺度的严重分歧。

^① 针对中国代表团的提议,以法国为代表的国家认为该问题应当由贸易合同解决,不属于运输合同调整的范围。

5. 可能增加“择地行诉”（Forum shopping，也称“挑选法院”）的问题

前文提到《鹿特丹规则》第26条排除国内法的适用可以减少司法裁判中法律适用的困难，但该条关于国际公约的适用仍然会造成诉讼管辖的不确定性。回到前面从武汉到巴黎运输的假设，如果货损发生在鹿特丹到巴黎的公路运输区段，虽然有调整该区段运输的国际公约，但在不同的缔约国法院会出现完全不同的适用结果。如果案件在我国法院审理，由于我国不是CMR公约的缔约国，我国法官将适用《鹿特丹规则》而排除CMR公约的适用；^①如果案件在法国法院审理，由于法国是CMR公约的缔约国，法官将直接适用CMR公约。从司法角度看，在不同国家法院诉讼会造成法律适用的不确定性。如果出现两个公约规定不一致的情况，当事人会出于案件审理结果的考虑选择诉讼法院，所出现的这种“择地行诉”现象，在一定程度上违背了公约追求的法律确定性目标。

6. 增加选择被告的不确定性

由于《鹿特丹规则》第26条排除了国内法的适用，导致非海运区段承运人（非海运履约方）被货方直接诉讼的可能性增加。例如，我国内河货物运输法律制度中没有规定承运人享受责任限制的权利，承运人有权援引的免责抗辩事项少于《鹿特丹规则》第17.3条的规定；由于非海运履约方不受《鹿特丹规则》调整，为了避免适用该公约，当货物灭失、损坏发生在内河运输区段时，货方可以侵权为诉因选择直接起诉内河区段承运人。同时，法院必须面对另外一个问题，即内河区段承运人能否以提单中约定的“喜马拉雅条款”享受依据公约进行免责抗辩或责任限制的权利？这会给我法官的司法裁判带来法律适用障碍。

7. 我国法院“被动适用”《鹿特丹规则》的问题

根据《海商法》第269条，我国法院在审理涉外案件中应遵循以下原则：首先，依照意思自治原则适用当事人选择适用的法律；其次，合同当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家法律。目前，在涉及进出我国港口货物的提单中，绝大多数都印制有首要条款或法律适用条款。我国海事审判实践表明，由于《海商法》第269条的存在，《海商法》第四章并不能被直接适用，法院须按照冲突法规则去确定合同准据法。我国法院在以下几种情形下可直接适用《海商法》第四章：首先，如果提单中明确约定适用《海商法》，依照合同当事人意思自治原则适用《海商法》第四章，但这种情况在我国司法实践中并不多见。其次，提单虽然约定适用国际公约或外国法，我国法院在以下几种情况仍适用《海商法》第四章：（1）当事人在庭审中均同意适用中国法；^②（2）以当事人依照中国法进行答辩为由而推定认为当事人同意适用中国法；^③

① 有观点认为，此时即使中国不是CMR公约缔约国，仍然应当适用该公约。但作者坚持，由于中国不是CMR缔约国，中国法院没有义务适用该公约，除非合同有类似的“首要条款”。

② 根据《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第4条第1款：当事人在一审法庭辩论终结前通过协商一致，选择或者变更合同争议所适用的法律的，人民法院应予准许。”该司法解释在《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》生效后已被废止，但相关内容仍被后来的司法解释所采纳。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第8条第1款规定：“当事人在一审法庭辩论终结前协议选择或者变更选择适用的法律的，人民法院应予准许。”

③ 例如在德国胜利航运公司与骏业（天津）国际货物贸易有限公司无正本提单放货损失赔偿纠纷案中，二审法院认为：“二审期间，双方当事人均援引《中华人民共和国海商法》《中华人民共和国民事诉讼法通则》作为索赔、抗辩的依据，应视为双方当事人合意选择本案争议适用中国法律。”天津市高级人民法院（2001）高经终字第229号民事判决书。

(3) 法院以诉因系侵权为由适用侵权行为地法律。^① 即使合同中没有选择合同争议所适用的法律, 当事人的默示选择也可以得到法院的承认。^②

由于《海商法》第四章与很多航运发达国家采用的《海牙—维斯比规则》中规定的承运人责任制度, 包括承运人义务、免责抗辩及责任限制基本一致, 多数情况下, 即使提单中约定了“首要条款”或“法律适用条款”, 由于双方当事人庭审中均同意适用中国法, 我国法院会以当事人协议变更为由而适用我国《海商法》第四章。在我国司法实践中, 依照提单中的“法律适用条款”适用外国法的情形并不多见。但是, 如果适用提单约定的外国法与适用《海商法》第四章相比将明显影响案件的审理结果时, 当事人一方都会积极主张适用合同约定的外国法, 以实现对自己最有利的判决结果。目前, 当事人依照提单条款主张适用外国法的主要有以下两种情形: (1) 货方主张适用, 因为外国法规定的承运人责任比《海商法》第四章承运人责任规定相比更重。^③ (2) 承运人主张适用, 理由是外国法规定的承运人责任与我国《海商法》第四章承运人责任相比较轻。^④

由于《海商法》第四章没有规定强制适用范围, 且该章也不属于《涉外民事法律关系适用法》第4条规定的“强制性规定”, 导致在很多情况下该章不能被我国法院直接适用。如果我国不加入《鹿特丹规则》, 一旦公约生效, 我国法院必将面临因提单首要条款的约定而“被动适用”《鹿特丹规则》的局面。

五 我国对《鹿特丹规则》应持有的态度

(一) 总体态度

《鹿特丹规则》是各国政治、经济、法律、文化等综合实力充分博弈和最大妥协的结果。对我国而言, 应将是否有利于我国航运贸易的长足发展作为是否参加该公约的核心考量因素, 但

① 例如丹麦·阿科特利斯卡贝特1912公司诉湖北华龙石材有限公司、武汉长伟国际航运实业有限公司海上货物运输假提单提货侵权纠纷案, 武汉海事法院(1998)武海法商字第4号民事判决书。

② 《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)》第8条第2款规定: “各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的, 人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律做出了选择。” 该款规定吸收了已被废止的《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第4条第2款的内容。

③ 例如, 在武汉海事法院审理(2010)武海法商字第44号原告中国海外工程有限责任公司诉被告达飞轮船公司、达飞轮船(中国)有限公司海上货物运输合同纠纷一案中, 被告法国达飞公司提单背面约定适用法国法律。在货损发生之后, 原告曾经与被告就诉讼时效进行协议延长。庭审中, 被告法国达飞公司认为, 根据中国法律, 合同当事人不能就诉讼时效问题进行延长, 因此原告的起诉超过了中国《海商法》规定的一年诉讼时效, 请求法院驳回原告的诉讼请求。由于法国1966年法律允许承运人和货方延长诉讼时效, 原告主张本案应当依照提单背面条款适用法国法律。武汉海事法院一审判决认为: 本案应当依照提单背面条款的记载适用法国1966年法律, 由于法国法律允许承运人和货方就诉讼时效进行协议延长, 因此本案原告起诉没有超过诉讼时效。

④ 在我国海事审判实践中, 类似判例主要集中反映在涉及记名提单无单放货是否适用美国1936《海上货物运输法》及美国《联邦提单法》的问题。例如, 在美国总统轮船公司诉菲达电器厂、菲利公司、长城公司无单放货纠纷再案中, 最高人民法院认为: 本案应当依照提单背面条款约定适用美国1936年《海上货物运输法》及《联邦提单法》, 承运人将货物交给提单指定收货人符合美国法律规定, 承运人不承担记名提单无单放货的责任。《中华人民共和国最高人民法院公报》2002年第5期, 第175—178页。

这需要处理好当前利益与长远利益之间的关系。

从当前利益来看,公约加重了承运人的义务和责任,不利于我国中小航运企业的发展;公约中一些新的制度,如单证托运人、批量合同,可能会影响我国进出口企业的合法权益。但立足长远,随着经济全球化的发展,市场自由竞争决定着企业的优胜劣汰,我国要实现从航运大国到航运强国的转变,必须提高航运企业的自身竞争力,加强自身管理水平是我国航运企业需要敢于直面的问题。而且,我国已经成为世界第二大经济体,特别在“一带一路”建设进程中,我国进出口企业面临着“走出去”的机遇和挑战,应当努力提高自身的国际商务谈判能力和风险防范意识,适应国际游戏规则,而不应过分依赖于国内法律的保护。

客观上分析,我国航运外贸企业目前的管理水平和风控能力与其他发达国家相比存在着明显的差距,且我国对《鹿特丹规则》的宣传和普及力度不够,相关行业需要相当长的时间熟悉该公约内容。当前世界经济持续低迷,《鹿特丹规则》生效前景并不明朗,建议我国政府不宜立即批准或加入该公约,仍然采用观望的态度。

即使我国暂时不加入《鹿特丹规则》,亦应不断加强对公约的深入研究和广泛宣传,重视对法官、律师及实务界人士进行培训,提高我国业内人士对《鹿特丹规则》的研究水平。积极关注我国主要贸易伙伴(例如美国、欧盟、日本、澳大利亚、非洲国家等)对该公约的态度以及国际社会最新的研究成果。即使《鹿特丹规则》不能生效或被国际航运贸易大国普遍接受,国际社会统一海上货物运输法律的步伐不会停止,我国应当以《鹿特丹规则》为契机,大力培养精通海上货物运输法律人才,为未来参与相关国际公约的制定与谈判提前做好准备。

(二) 未来《鹿特丹规则》生效后我国应持有的态度

假设《鹿特丹规则》生效,应区分两种情况对待。如果像《汉堡规则》一样,世界主要航运贸易大国(美国、欧盟、日本、澳大利亚等)没有参加《鹿特丹规则》,则中国应当继续采取观望态度。如果上述大部分国家参加了公约,我国应当积极准备,适时加入该公约;即使我国不及时加入,为了防止国内被法院被动适用《鹿特丹规则》,应参考美国1936年《海上货物运输法》,修改《海商法》应规定第四章的强制适用范围。^①

(三) 从司法的角度看待《鹿特丹规则》

《鹿特丹规则》对我国海事司法而言,可谓是机遇与挑战并存。可以预测,如果《鹿特丹规则》生效,航运贸易实务界需要相当长的时间适应公约的变化,法官、律师对公约的理解和消化需要相当长的时间,在一定时期内会出现诉讼增加的现象,案件数量的增加会给我国法官带来更多参与国际海事争端解决的机会。我国正在从航运大国走向航运强国,要成为真正意义上的国际航运中心,必须将我国建成世界航运争端解决中心,包括国际海事司法中心和国际海事仲裁中心。在2015年全国海事审判工作会议上,最高人民法院周强院长强调:“要树立中国海事司法的良好公信力,努力将我国建设成具有较高国际影响力的国际海事司法中心。要广泛参与国际交流与合作,搭建国际海事司法交流合作平台,积极参与国际条约和规则谈判制定,向国际社会推广

^① 美国1936年《海上货物运输法》第1312条规定该法强制适用于进出美国港口的提单,从而排除了提单中所有的法律适用选择协议。

中国经验。”在2016年全国两会上，周强院长的工作报告再次体现了我国建设世界海事司法中心的决心和信心。英国之所以能够成为国际海事争端解决中心，除了有高水平的法官、仲裁员、律师之外，成熟透明的海事判例体系所形成法律制度的高度确定性，让业内人士更加愿意选择适用英国法并将争议提交英国诉讼或仲裁。对中国而言，除了积极派员参加国际规则谈判制定之外，应充分利用我国丰富的海事审判资源^①，形成在国际上有影响力的海事判例体系，通过定期对外公布判例的形式提升制定国际海事法律规则的话语权，以真正实现向国际社会宣示中国规则和传遍中国经验的目标。

（四）《海商法》修改应充分借鉴《鹿特丹规则》

由于我国没有加入任何一部海上货物运输领域的国际公约，修改《海商法》第四章时具有较大的灵活度，应结合我国航运贸易发展的实际情况，客观全面地看待《鹿特丹规则》，并合理借鉴吸收其相关制度，将《海商法》第四章修订成为国际上先进的海上货物运输立法。同时，加强与“一带一路”沿线国家之间的合作，以未来我国修改后的《海商法》第四章为基础，谋求制定一部区域性的海上货物运输示范法，逐步推动国际海上货物运输立法的统一进程。^②在吸收和借鉴公约中的有益成份的同时，对一些重大的制度变化应持谨慎态度，具体有以下几个方面的建议：

第一，针对《鹿特丹规则》涉及重新平衡船货双方利益的条文，例如承运人适航义务是否延伸到整个航程、是否取消承运人航海过失免责、是否增加承运人单位责任限制数额等，在国际社会普遍接受之前，应慎重考虑修改现行规则。这些条文不仅涉及法律制度的变化，而且关系到包括航运保险在内的一系列商务规则的重构，需要相关利益方达成高度一致时才能保证相关法律制度具有现实的可操作性。

第二，针对《鹿特丹规则》涉及我国相关利益方高度关切的条文，例如单证托运人问题，不宜引入。应当立足国情，充分研究并完善国内立法，侧重于对我国 FOB 卖方合法权益维护，明确实际托运人取得运输单证的权利，完善相关法律制度。同时，切实加强对进出口企业的培训力度，改变我国现有的出口贸易采取 FOB 术语的不利局面。

第三，针对《鹿特丹规则》具有制度创新性质的条文，例如赋予批量合同在一定条件下享有合同自由问题以及在特定情形下允许承运人“无单放货”等，应进一步加强研究，充分评估对我国相关利益方的可能造成影响，暂不宜引入。

第四，针对《鹿特丹规则》根据航运贸易实践变化而制定的条文，例如电子单证、集装箱（承运人适航义务延伸到由其提供的集装箱）以及货物控制权制度等，应加强研究并合理吸收。

第五，针对《鹿特丹规则》为弥补现行法律漏洞予以完善并细化的条文，例如适用范围扩大到“门到门”运输、承运人责任期间统一为接收到交付、明确承运人接收和交付货物义务、引入海运履约方（特别是港口经营人）、允许船货双方就货物装卸自由约定权利义务关系、明确船货双方举证责任、规定收货人及时提货义务、解决光船租赁下承运人识别问题（包括诉讼时

^① 根据周强院长在2015年全国海事审判工作会议上的讲话，我国已经成为世界上设立海事审判机构最多、受理海事案件数量最多的国家，<http://www.chinacourt.org/article/detail/2015/12/id/1769883.shtml>，最后访问时间：2018年2月6日。

^② 王淑梅、侯伟：《关于修改〈海商法〉的几点意见》，载《中国海商法研究》2017年第3期，第5页。

效)等,在充分研究的基础上,可以适当吸收到我国《海商法》中。

第六,为体现我国在海上货物运输立法方面的价值目标,应当明确规定《海商法》第四章“海上货物运输合同”的强制适用范围,改变我国法院因提单背面的“首要条款”或“法律适用条款”而无法直接适用《海商法》第四章的被动局面。

第七,为确保在“门到门”运输中各区段法律规则的确定性,建议将《海商法》扩大适用于沿海、内河货物运输^①,在《合同法》及《国内水路货物运输规则》(已废止)基础上,结合国内航运实践,完善水路货物运输法律制度,规范国内水路货物运输市场。

第八,为保证货方及保险人对船方行使索赔权,建议参照《鹿特丹规则》,将国际海上货物运输合同及国内水路货物运输合同诉讼时效统一延长到两年。

The Rotterdam Rules and Revision of the Chinese Maritime Code ——the Perspective of Judicial Practice

Hou Wei

Abstract: The Rotterdam Rules, based upon the existing international conventions, has given full consideration to shipping practices by having added to or revised a number of legal rules to reflect the latest development and trend of legal systems in international carriage of goods by sea, which inspires China positively in its solution to existing problems in maritime judgments and decisions. Nevertheless, given the complicated nature of making of international conventions, the Rotterdam Rules results inevitably from compromise of countries signing thereof or acceding thereto, which implies that certain defects do exist therein, whether in form or in substance, and which may cause negative impact on China's application of law in maritime judgments and decisions. It is not yet the right time for the Chinese government to accede to such convention, but necessary to make further study and pay closer attention. Reasonable clauses of the Rotterdam Rules shall be adopted properly when it comes to China's revision of the Maritime Code, in which related systems in Chapter Four shall be perfected in a timely manner.

Keywords: the Rotterdam Rules, Judicial Practice, Positive Effect, Negative Impact, Revision of the Maritime Code

(责任编辑:李庆明)

^① 侯伟:《关于将内河货物运输纳入〈海商法〉调整范围的立法建议》,载《中国海商法研究》2017年第3期,第11—18页。