

孙思琪,胡正良. 航次租船合同立法:理论检视与规则完善[J]. 中国海商法研究,2020,31(2):45-57

航次租船合同立法:理论检视与规则完善

孙思琪,胡正良

(上海海事大学 法学院,上海 201306)

摘要:航次租船合同的立法处理是《海商法》修改的焦点问题之一,基于合同法原理此类合同的性质应是海上货物运输合同。《海商法》关于航次租船合同的规定与海上货物运输合同的规定构成特别规定与一般规定的关系,且与比较法上对于航次租船合同大多准用关于提单证明的运输合同的规定法律适用效果基本相同。《海商法》对于航次租船合同的修改应当增强规定的可操作性,重点关注出租人对于货物灭失或损坏的赔偿责任、根据航次租船合同签发的运输单证的并入条款效力的一般原则,以及滞期费与速遣费的计算。

关键词:航次租船合同;法律性质;运输合同;《海商法》修改

中图分类号:D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2020)02-0045-13

Theoretical review and regulation perfection of the legislation of voyage charters in China

SUN Si-qi, HU Zheng-liang

(School of Law, Shanghai Maritime University, Shanghai 201306, China)

Abstract: The legislation of voyage charters is one of the focal issues in the revision of *Chinese Maritime Code*. According to the basic theories of contract law, the legal nature of a voyage charter should be a contract of carriage of goods by sea. The provisions on voyage charters are special ones of the provisions on contracts of carriage of goods by sea evidenced by B/L in *Chinese Maritime Code*, and the legal effect is the same as the approving rules in Germany, Japan and other jurisdictions. The revision of the provisions on voyage charters in *Chinese Maritime Code* should focus on enhancing the operability of the provisions, the liabilities of the shipowners for the loss or damage of the goods, the general principle of the validity of incorporation clauses and the calculation of demurrage and dispatch.

Key words: voyage charter; legal nature; contract of transportation; revision of *Chinese Maritime Code*

《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)修改工作启动以来,关于航次租船合同的立法处理已然成为争论最为突出的焦点问题之一。争论主要集中在两个方面:一是航次租船合同的性质,究竟是否属于海上货物运输合同;二是航次租船合同规定的位置安排,应当延续现行体例置于“海上货物运输合同”一章,还是将航次租船合同、定期租船合同和光船租赁合同合并为“租船合同”一章。后者实际又涉及两个具体问题:一是合同自由原则在航次租船合同的规定中如何贯彻;二是航次租船合同的规定

与海上货物运输合同的规定之间是否构成特别规定与一般规定的关系。

笔者在分析航次租船合同的海上货物运输合同性质的基础上,评价现行《海商法》关于航次租船合同的立法体例,包括任意性规范和强制性规范的不同功能,以及航次租船合同规定的特别规定地位,提出《海商法》关于航次租船合同规定的修改重点。

一、航次租船合同的性质

正确界定航次租船合同的性质,是《海商法》修改时妥善处理该类合同的基本前提。合同的性质或

收稿日期:2020-05-08

基金项目:国家社科基金后期资助项目“《海商法》修改基本理论与主要制度研究”(16FFX010)

作者简介:孙思琪(1992-),男,上海人,管理学博士,上海海事大学法学院讲师,E-mail:461413517@qq.com;胡正良(1962-),男,浙江嵊州人,上海海事大学法学院教授、博士生导师,上海海事大学海商法研究中心主任,E-mail:zhlu@shmtu.edu.cn。

合同的法律性质的表述通常是在合同类型的意义上使用,是指特定合同具有何种合同类型的特征和内容,尤其是否可以归入法律已经赋予名称并设有规范的典型合同。

(一)《海商法》对于航次租船合同性质的立法态度

《海商法》将航次租船合同作为特别规定置于第四章“海上货物运输合同”的第七节,因而将其作为海上货物运输合同的特殊类型进行规范。^[1-2]

目前学界形成了一种较为普遍的印象,即航次租船合同的规定置于《海商法》第四章是该法起草后期个别起草人主导的结果^①,似乎最终通过的《海商法》作出此种体例安排具有较大的偶然性。但从立法史的角度考察,结论并非如此。在该法起草工作重启后的首个正式草案,也即1982年5月的第十稿中,航次租船合同便是规定在“海上货物运输合同”一章,而定期租船合同另立一章^②。此种体例一直延续至1987年的第十七稿,直至1989年8月的征求意见稿全面加入了关于光船租赁合同的规定^③,并与定期租船合同合并为“船舶租用合同”一章,基本形成了现行《海商法》的结构体例。^{[3]34}至于起草工作因“文革”而中断以前,1963年10月的第九稿关于货物运输合同仅规定了“海上运输契约”一章,^{[3]3}其中航次租船合同的规定与提单证明的运输合同一并列于第一节“海上货物运输契约”,而定期租船合同另行规定在第三节“定期租船契约”。因此,可以认为《海商法》起草过程中自始至终均对航次租船合同的性质持有颇为明确的态度,即作为海上货物运输合同的具体类型而与提单证明的运输合同共用部分规则^④,且与定期租船合同和光船租赁合同相区别。

(二)航次租船合同的海上货物运输合同性质分析

1. 航次租船合同性质的认定标准

以合同法原理观之,确定合同性质抑或类型的基础是主给付义务。^[4] 给付义务是合同标的在债务

人一方的体现。^[5] 根据中国合同法理论长期以来形成的通说,合同的标的与合同的客体或内容只是同一概念的不同称谓,即指合同当事人权利和义务共同指向的对象。^[6] 认定航次租船合同的性质同样应当遵循合同法原理,以当事人的主给付义务为标准。《海商法》调整的海商合同的性质认定关系到法律的适用,尤其是《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》)分则以及未来《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)合同编典型合同分编对于海商合同的适用,因而不宜另行确立认定合同性质的标准。此亦法律协调性和法制统一性的要求。

货物运输合同的当事人是承运人和托运人,承运人的主给付义务是按照约定,在起运地接收货物并运至目的地交付货物;托运人的主给付义务是按照约定支付运费。^{[7]510-514} 就航次航次租船合同而言,此类合同是以运输行为本身为合同目的。^[8] 根据《海商法》第92条关于航次租船合同的定义,出租人的主要义务是装运约定的货物,承租人的主要义务是支付约定的运费。《德国商法》第427条第1款、《日本商法》第748条第1款关于航次租船合同的定义与《海商法》第92条基本相同。

因此,可以得出结论:航次租船合同当事人的主给付义务符合货物运输合同的特征,故其基本性质应当被认定为货物运输合同。

2. 航次租船合同性质的理论观点

目前国内海商法学界对于航次租船合同的性质存在分歧,且主要产生于近两年《海商法》修改工作启动期间。

观点一:肯定航次租船合同的海上货物运输合同性质。肯定航次租船合同具有海上货物运输合同性质的观点,目前在中国海商法学界占绝大多数,几乎已形成通说。^{[9]164, [10]175, [11-12]} 个别反对航次租船合同规定于《海商法》第四章者,也并不否认航次租船合同具有海上货物运输合同的性质。^[13] 持此种观点,主要是基于海上货物运输合同与航次租船合同的当事人主要权利和义务的相同性或者相似性。易

① 例如,魏友宏回忆:“1980年代初期,《海商法》形成了第十三稿,本来已经可以送审了,这时参与制定的小组成员朱曾杰提出了一个观点,他认为提单跟航程租船运输合同是差不多的,应该把他们放在《海商法》的同一章里面,后来这个观点也定型在最终的《海商法》中。”参见杜彬彬、张永坚:《我的父亲魏文达——魏友宏先生访谈录之二》,访问地址:https://mp.weixin.qq.com/s/BUiP8zbtqSFc4MMwNFRVxw,最后访问时间:2020年4月2日。

② 笔者所引《海商法》不同时期草案的具体内容,详见司玉琢、张永坚、蒋跃川:《中国海商法注释》,北京大学出版社2019年出版。

③ 1987年的第十七稿在第六章“定期租船合同”已有关于光船租赁合同的个别规定,主要集中于第75条。

④ 1929年制定的《中华民国海商法》作为中国第一部颁布施行的海商法,其中第四章“运送契约”第一节“货物运送”第70条明确规定:“货物运送契约,为左列二种。一、以件货之运送为目的者。二、以船舶之全部或一部供运送为目的者。”当时学者普遍认可后者即指“佣船契约”,也即租船合同。参见王效文:《海商法释义》,上海法学编译社1936年出版,第106页;朱鸿达:《海商法释义》,世界书局1930年出版,第100页。

言之,此种观点符合以当事人的主给付义务作为认定合同性质的标准的合同法原理。

从中国学说史的角度考察,即使在《海商法》通过以前,中国学者对于航次租船合同的海上货物运输合同性质认识也基本一致。例如,魏文翰所著的《海商法讲座》中指出:“航程租船合同亦叫作航次租船合同,一般来说,这是货物运输合同。出租人就是承运人,承租人就是货物托运人。单程的或者连续的航次都属于这种租船合同范围之内。”^[14]任建新主编的《海商法教程》中也认为:海上货物运输合同分为以提单为凭证的班轮运输合同和航次租船合同^①。^[15]

从比较法的角度考察,大陆法系部分典型法域的学理观点,对于航次租船合同的性质认定也大体一致。德国学者 Dieter Schwampe 认为:德国法关于航次租船合同的规定基本与件杂货运输合同相同。^[16]韩国学者金仁显更是明确指出:“航次租船合同的法律性质在韩国并无争议,应当认为是一种承揽合同而不是船舶的租赁合同,因而属于海上货物运输合同。”^[17]^[18]日本学者箱井崇史也认为:航次租船合同和件杂货运输合同是海上货物运输合同的主要类型。^[19]^[157]^[20]中国台湾地区学者总体也持相同态度,^[21-24]刘宗荣甚至认为“航程佣船本质上是件货运送的扩大化或极大化”^②。^[25]英国学者不少也倾向于认为航次租船合同具有海上货物运输合同的性质。^[26]例如, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* 一书中指出:“航次租船合同与定期租船合同存在诸多方面的不同,航次租船合同是以一个或者多个特定航次运输特定货物的合同,出租人获得的报酬是运费,根据装船或运输的货物数量计算,有时是整笔运费(lump sum freight)。”^[27]

观点二:否定航次租船合同的海上货物运输合同性质。至于主张航次租船合同不是海上货物运输合同,或者不具有海上货物运输合同性质的观点,主要理由可以总结为四个方面:一是航次租船合同的定义和合同当事人的称谓;二是航次租船合同是租

船合同的一种形式;三是合同自由原则在航次租船合同中的适用;四是国际海上货物运输公约排除对于租船合同的适用。然而,上述理由均有值得商榷之处。

理由一:航次租船合同的定义和合同当事人的称谓。《海商法》第41条关于海上货物运输合同的定义,以及第42条关于承运人和托运人的定义,表明海上货物运输合同的当事人是承运人和托运人,而该法第92条关于航次租船合同的定义明确规定当事人是出租人和承租人,从而二者的表述存在明显的区别。而且,海上货物运输合同的定义和航次租船合同的定义,二者在表述上彼此独立,并未表明后者是前者的一种具体形式。

《海商法》第92条对于航次租船合同的定义和当事人的称谓,确实在文义上不符合《海商法》第41条关于海上货物运输合同的定义和第42条关于承运人和托运人的定义。但是,合同使用的名称以及当事人称谓如何,并不是合同性质认定的标准,至多只是可以考虑的因素之一。航运实践中合同的名称可谓五花八门,有的合同虽是《海商法》第41条定义的海上货物运输合同,但当事人却表述为出租人和承租人,甚至使用了航次租船合同的名称,而法院仍然依据合同中对于当事人权利和义务的约定认定其性质是海上货物运输合同。换言之,此种定义上的一致并不妨碍认定航次租船合同具有海上货物运输合同的性质,进而不妨碍适用《海商法》第四章为海上货物运输合同设置的法律规则,更不影响设立航次租船合同的特别规定。从分析航次租船合同性质的角度,需要区分《海商法》第41条定义的海上货物运输合同与具有海上货物运输合同性质的合同,而航次租船合同正是属于后者。

理由二:航次租船合同是租船合同的一种形式。租船合同包括航次租船合同、定期租船合同和光船租赁合同三种基本形式,并且这三种租船合同的名称在实践中广为使用。因此,有观点认为租船合同与海上货物运输合同在概念和性质上并列,航次

① 类似观点亦可见于张既义、司玉琢、尹东年、於世成:《海商法概论》,人民交通出版社1984年出版,第46-48页;魏文达:《海商法》,法律出版社1984年出版,第19-20页;司玉琢:《新编海商法学》,人民交通出版社1991年出版,第129-130页;吴焕宁:《海商法学》,法律出版社1989年出版,第110-111页;夏斗寅:《海商法基础》,法律出版社1988年出版,第62-63页。

② 值得注意的是,目前中国台湾地区“海商法”正在修订。2020年3月释出的《“海商法”部分条文修正草案》删除了关于租船合同的全部规定,意在“回归民法租赁之适用”。台湾地区学者黄裕凯对此提出激烈批评指出,台湾地区现行“海商法”第38条第2项规定的“以船舶之全部或一部供运送为目的者”的合同也即航次租船合同,本身就是运输合同。台湾地区“民法”中“运输”与“租赁”分属两节,法律关系及权利义务各异。而且,租船合同的订立虽然尊重合同自由,但并不等于海商立法无须针对此类合同设置若干原则性或指标性规定。详见黄裕凯:《评“海商法”部分条文修正草案》,访问地址:<http://merchantmarine.financelaw.fju.edu.tw/data/Commentary%20on%20202003%20Maritime%20Bill.pdf>,最后访问时间:2020年4月2日。

租船合同的性质是租船合同。此种观点显然主要是基于“租船合同”这一用语。

从语义的角度分析,“租船合同”并非中文的最初表述。清末《海船法草案》第三编“海船契约”第二节题为“佣船契约”。该草案系由日本学者志田钾太郎担任顾问起草,主要仿照1899年《日本商法》,^[28]“佣船契约”的表述应是沿袭日文的“傭船契約”。旧中国的海商法著作也大多采用此一译法,^[29-30]中国台湾地区延续至今。^[31]“租船合同”在中文中的普遍使用始自新中国成立以后^①,较早见于航运实务而非法律领域。^[32]日文“傭”字的含义与中文“佣”字基本一致,主要是指雇佣,并不当然具有租赁之意。^[33]而且,“傭”字并不属于日文的常用汉字,《新闻汉字表》也未收录,目前日文中已有“用船契約”的用法。^[34]日本学者也明确指出租船合同是以“利用特定船舶”为目的,^{[19]287}且佣船契约的产生正是为了克服此前单纯租赁船舶的不便之处^②。因此,无论是“佣船契约”抑或“租船合同”,均有舶来因素的影响。问题在于能否仅以航次租船合同的名称认定其性质?归根结底依然是合同性质的认定标准问题。

根据上文分析,认定合同性质的标准应当是合同的标的或称合同当事人的主给付义务。以此为标准,同为租船合同形式的航次租船合同、定期租船合同、光船租赁合同,在合同的标的或合同当事人的主给付义务方面有着很大不同,尤其是航次租船合同与光船租赁合同存在本质的不同。从《海商法》第92条关于航次租船合同的定义、第129条关于定期租船合同的定义和第144条关于光船租赁合同的定义中可以清楚地看出,航次租船合同的标的是运输货物,出租人的主要义务是按照约定将货物从一港运输至另一港,承租人的主要义务是向出租人支付运费;定期租船合同的标的是船舶使用,出租人的主要义务是提供配备船员的船舶,供承租人在约定的期间内按照约定的用途使用,承租人的主要义务是向出租人支付租金;光船租赁合同的标的是船

舶使用,出租人的主要义务是提供不配备船员的船舶,供承租人在约定的期间内占有、使用和营运,承租人的主要义务是向出租人支付租金。英美海商法著作有的将航次租船合同描述为以运输货物为目的的租船合同(charter party for the carriage of goods),而将定期租船合同和光船租赁合同描述为以使用船舶为目的的租船合同(charter party for the use of a ship)^③。

至于有的学者质疑航次租船合同的标的不限于货物运输,^[35]虽然航次租船可用于旅客运送乃至其他目的,但从其他航运国家的立法看,海商法中作为典型合同加以规制的航次租船合同并不包括不以货物运输为目的的航次租船合同。航运实践中广泛使用的“金康”(GENCON)等航次租船合同标准格式,也都是针对货物运输而制定。基于合同类型自由的基本前提,典型合同的异化本是常态,如融资租赁合同自20世纪50年代以来逐步脱离租赁合同而成为一种独立的典型合同。但是,此种异化并不妨碍立法选择某一类合同中最为主要的形态作为典型合同创设法律规范。而且,即使航次租船合同的规定在将来《海商法》修改时移至“租船合同”一章,其中的具体规范也可见仍是围绕货物运输展开^④。

基于上述分析可见,虽然租船合同时常作为一种合同类型被整体使用和讨论,但航次租船合同、定期租船合同和光船租赁合同的标的或当事人的主给付义务并不相同。其中,航次租船合同的标的或当事人的主给付义务,与运输合同的标的或当事人的主给付义务相符;光船租赁合同符合《合同法》第十三章规定的租赁合同的特征;定期租船合同比较特殊,但更接近于租赁合同的特征,主要区别仅在于承租人是否配备船员而占有船舶。有观点认为,航次租船的本质是“租”不是“运”,即航次租船的性质长期被误认为是运送而非租用^⑤。^[35]这种理解值得商榷,似乎注重的是航次租船合同名称中的“租”字,但没有关注此种合同的标的或当事人的主给付义务,忽视了航次租船合同在此方面与定期租船合同,

① 少数的例外之一是魏文翰1933年编译出版的《海运法》一书,其中附件第四明确使用了“租船合同”作为标题,但主要针对定期租船合同。参见魏文翰:《海运法》,青光书局1933年出版,第719-730页。

② 例如,日本学者松波仁一郎认为:“然而赁借船舶以为运送,又不胜其烦也。于是乎于他人之既般装置船舶,为佣船之契约,用以运送物品焉。”参见松波仁一郎:《日本商法论》,秦瑞玠、郑钊译述,中国政法大学出版社2005年出版,第579页。

③ 美国学者Thomas J. Schoenbaum指出,航次租船合同通常是为了运输承租人的货物而订立;定期租船合同是在特定期间内使用船舶的合同,尽管船舶所有人保留对船舶的占有和控制;光船租赁合同有其特征,承租人获得运行(run)船舶并运输其选择的货物的权利,且由其配备船员和供应品。参见Thomas J. Schoenbaum: *Admiralty and Maritime Law*, West, a Thomson Business 2004年出版,第670-671页。

④ 值得注意的是,《韩国商法》第827条第2款规定:“本节的规定在不违反其性质的前提下,准用于旅客运输为目的的航海租船合同。”

⑤ 但是,此前王肖卿学者却又认为:“租用船舶或租用舱位,最终目的都是为了运送。”参见王肖卿:《翻转观念——论海商法之船舶租用》,访问地址: https://mp.weixin.qq.com/s/BmzR7B_kJD-BZtCRHJdfWg,最后访问时间:2020年4月2日。

尤其是光船租赁合同的本质区别。

合同的名称与性质是现象与本质的关系。航次租船合同虽是租船合同的一种形式,但这不能作为认定其性质的标准。即使不以合同的标的或当事人的主给付义务作为认定航次租船合同性质的标准,而将海商法调整的所有租船合同作为一类性质相同的合同,与之相对的难道就是海上货物运输合同吗?船舶的营运方式可以分为定期船运输和不定期船运输,前者又称班轮运输,后者又称租船运输。可以肯定的是,租船合同是租船运输实践中使用的合同形式,即租船合同和租船运输相对应。但是,班轮运输实践中不存在以班轮运输合同为名称的合同,而多以提单为合同的证明,以至于有的英美著作中称之为“提单合同”(bill of lading contract),可见班轮运输与海上货物运输合同并非对应的概念。这也说明将租船合同作为一类性质相同的合同并不具有应然性。

理由三:合同自由原则在航次租船合同中的适用。关于航次租船合同立法,最常提及的便是合同自由原则之贯彻。有观点认为:“租船合同是契约自由原则在航运业淋漓尽致的体现。”^[13]正是基于对这一原则的高度贯彻,有观点认为《海商法》修改时应当将航次租船合同置于“租船合同”一章,有的甚至主张对合同自由原则的高度贯彻是认定航次租船合同不是货物运输合同的标准。

合同自由原则抑或合同自愿原则,是合同法的基本原则,也是民法意思自治原则在合同法领域的具体化。该原则允许当事人在法律认可的范围之内自由决定合同事项,涵盖合同的订立、相对人、内容、形式、变更和解除等多个方面。^[36]

适用合同自由原则,可以节省交易成本、提高交易效率,但具有前提条件,即合同当事人的缔约地位和能力平等、有充分的缔约时间,并且不损害第三者利益或者社会公共利益。对于不同类型的合同,当事人缔约地位、能力和可供缔约的时间不同,从而在满足适用合同自由原则的前提上存在差异,由此决定立法上这一原则所适用的程度。就航运合同而言,集装箱班轮运输中,国际上干线集装箱班轮几乎被少数大型集装箱运输公司所垄断,中小货主或者货运代理公司与其在缔约地位和能力上不平等。而且,一艘大型集装箱船舶在一个港口可能装载数千

个集装箱的货物,很可能涉及数百个乃至上千个托运人,因而承运人与托运人之间没有充分的具体协商权利和义务的时间,而是通过简单的订舱(booking)程序订立合同。因此,对于集装箱班轮货物运输,合同自由原则的适用受到很大限制。从1897年美国《哈特法》(Harter Act)开始,国际海上货物运输公约和各国海商法以限制合同自由原则的适用、维护托运人和尤其是作为收货人的第三者提单持有人的利益,进而保障国际航运和国际贸易秩序为目的,主要规定承运人最低限度的义务和责任、最大限度的权利和免责,合同自由原则仅在此范围内得以适用。对于租船运输而言,由于基本能够满足适用合同自由原则的前提条件,法律对于合同当事人的权利和义务不作规定或者少作规定,尤其是不作或者少作强制性规定。

毋庸置疑,租船合同确是高度贯彻合同自由的合同类型,但不等于立法不能将其作为典型合同并设置法律规则,甚至包括部分强制性规定。这是因为,租船合同有可能涉及第三者利益或者社会公共利益,且过度的合同自由可能妨碍国际航运和国际贸易秩序。并且,法律设置任意性条款有利于节省交易成本、提高交易效率。《海商法》对于航次租船合同的处理恰恰体现了这一精神。依据该法第94条的规定,第47条承运人谨慎处理使船舶适航义务和第49条船舶不进行不合理绕航义务的规定,作为强制性规定适用于航次租船合同的出租人;该法第四章其他有关合同当事人之间的权利、义务的规定,作为任意性条款,仅在航次租船合同没有约定或者没有不同约定时,才适用于航次租船合同的出租人和承租人。

但是,将合同自由原则适用的程度作为认定合同性质的标准,不符合合同法原理中认定合同性质的标准。而且,从逻辑顺序而言,应先按照合同法原理中认定合同性质的标准,区分合同的性质,再根据同一性质的不同合同类型,确定合同自由原则适用的程度。

理由四:国际海上货物运输公约排除对于租船合同的适用。《海牙规则》《海牙—维斯比规则》《汉堡规则》和《鹿特丹规则》均排除了对于租船合同的适用,即在租船合同当事人之间不适用^①。这也成为有的学者否定航次租船合同立法的必要性,甚至

① 参见《海牙规则》第5条第2款、《汉堡规则》第2条第3款、《鹿特丹规则》第6条第1款。

否认航次租船合同具有海上货物运输合同性质的主要理由之一。

国际海运公约旨在促进海上运输法律的国际统一,初衷是为限制承运人滥用合同自由而增加自身免责的权利,防止承运人随意扩权减责。^[37] 为了促进海上运输法律的国际统一,国际海上货物运输公约最为明显的特征之一就是妥协性,其内容是国际社会取得共识或者多数意见的规则。对于国际海上货物运输公约是否适用于航次租船合同,基于合同自由原则在国际上,尤其在西方国家的高度贯彻,国际社会总体而言持否定态度。《鹿特丹规则》排除对于租船合同适用的主要理由便是合同自由原则。^[38] 但也有个别国家支持国际海上货物运输公约对于航次租船合同的适用,如民主德国曾在制定1978年《汉堡规则》的过程中主张公约应当适用于航次租船合同,但排除定期租船合同的适用。^[39] 但应当看到的是,公约排除对于租船合同的适用,并不禁止或者限制缔约国的海上货物运输立法对于租船合同的适用。换言之,公约并不影响各国国内立法对此作出规定,甚或可以认为公约的留白正是为了将租船合同的法律调整留待各国国内立法解决。事实上,一些国家的国内立法逐步填补了此一空白,最为典型的便是21世纪以来先后完成本国海商法修改的韩国、德国和日本,在修改后的海商法中均增设了关于租船合同的专门规定。

与国际海上货物运输公约促进海上运输法律国际统一的宗旨不同,国内海上货物运输立法是立足于本国国情,旨在促进和保障本国海上运输和经济贸易的发展。国际公约虽有重要的借鉴作用,但不具有决定性的作用。从法理上讲,国内立法是一国国家意志的体现,从而与国际公约的妥协性存在本质区别。因此,鉴于海上货物运输的国际公约与国内立法在立法宗旨上的重大差别,国际公约排除对于租船合同的适用的做法,并不能当然作为否认《海商法》对于航次租船合同立法必要性的理由,而仅具有借鉴作用。并且,认定航次租船合同的性质应当符合合同法原理,以合同的标的或当事人的主给付义务为标准,从而国际公约的这种做法无论如何也不能作为否认航次租船合同具有海上货物运输合同性质的理由。

二、《海商法》中航次租船合同立法体例的评价

《海商法》对于航次租船合同的规定在立法体例方面主要有三个特征:一是航次租船合同的规定

作为特别规定,置于第四章“海上货物运输合同”第七节“航次租船合同的特别规定”,而与第六章“船舶租用合同”中的定期租船合同和光船租赁合同分开规定;二是规范类型以任意性规定为主,仅有第47条承运人谨慎处理使船舶适航义务和第49条船舶不进行不合理绕航义务的规定,作为强制性规定适用于航次租船合同的出租人;三是航次租船合同的规定和一般海上货物运输合同的规定,构成特别规定和一般规定的关系。下文围绕这三个特征,分析航次租船合同任意性规范和强制性规范的立法功能、航次租船合同规定的特别规定地位,以及航次租船合同规定的位置安排。

(一)航次租船合同任意性规范和强制性规范的立法功能

《海商法》应否针对航次租船合同设置法律规范,特别是以强制性规范的形式规定出租人的法定义务,学理上不乏争议。反对者的主要理由仍在于合同自由原则的贯彻。但是,合同自由原则并不意味着典型合同及其法律规范没有存在的必要。^[40]^[71] 任意性规范和强制性规范在立法层面各自有其功能,也不妨碍当事人仍然享有较高程度的意思自治空间。任意性为主、强制性为辅的规范构成,本身也是现代各国合同立法对于典型合同规制的基本模式。

1. 任意性规范:引导缔约与补充合同

《海商法》起草时存在一种立法理念,即对以任意性规范为主的章节仅作原则性规定,将具体的权利义务关系交由当事人订立的合同加以明确。第四章第七节、第六章和第七章“海上拖航合同”均体现了这一理念,导致的结果是这些章节的规定过于原则和抽象,适用性和可操作性均显不佳。《海商法》修改时需要对此种立法理念进行反思。

法律的规范作用之一是指引作用,即法律通过规定人们在法律上的权利和义务以及违反法律规定应当承担的责任调整人们的行为。^[41] 合同自由的题中之义当然包括选择合同类型的自由,但法律同时又为典型合同设置大量的任意性规范,立法目的正是为当事人缔结合同提供引导。任意性本身也是《合同法》分则的重要特征之一。^{[7]7-8}

合同领域任意性规范的引导功能具体又可分为两个层面。一是填补合同漏洞的功能。当事人对于合同要素以外的其他事项,常有疏于注意的情形。法律为使合同内容臻于完善,依据以往经验而从各种复杂的关系之中归纳得出典型合同一般而合理的

内容,作为解释合同的基准。^{[40]72}同时,当事人亦可参照法律任意性规定的内容约定双方的权利和义务^①。二是降低交易成本、提高交易效率的功能。效率是当代海商法价值体系的重要组成部分。商事法律通过尽量简化交易程序、弱化交易方式,促进交易的便捷、易行、迅速,以此提高交易的效率,保障当事人的营利时间和机会。^[42]因此,合同领域任意性规范的立法目的之一正是为了减轻订立合同过程的负担。^[43]当事人在此基础上可以仅就重要之点加以合意,其他方面交由法律秩序补充欠缺^②。^{[40]72}实践中,航次租船合同的订立通常采用订约确认书(fixture note)的形式,仅就船舶概况、货物名称和数量、装卸港口、受载期与解约日、装卸时间、滞期与速遣费、运费作出约定,但对于其他当事人具体权利和义务,尤其是出租人对于货物灭失、损坏的责任,约定按照“金康”等合同格式。如果《海商法》第四章第七节对于当事人的具体权利和义务作出了完善的规定,当事人便可约定适用之,只需按照双方的意愿,作出与法律规定不同的约定,从而发挥降低交易成本、提高交易效率的功能。此外,即使航次租船合同就当事人的具体权利和义务作了比较完整的约定,《海商法》的规定仍具有填补合同漏洞的功能。

值得注意的是,联合国亚洲和太平洋经济和社会委员会于1992年制定的《海运立法指南》(*Guidelines for Maritime Legislation*)针对租船合同立法也明确提出:“海运法典还应制定主要类型的租船合同制度。……在涉及租船合同的法律纠纷方面,制定一贯的、有预见性的审理规定。”^{[44]162, [45]235}即使对于国际海运公约排除适用租船合同的问题,指南中指出:“可以在自愿的基础上扩大统一规则的范围,以便于制约船舶出租人与承租人之间的关系。”^{[44]161, [45]245}可见,包括航次租船合同在内的租船合同作为典型合同,对其予以立法规制实非多余^③。

《海商法》选择对于航次租船合同作出明文规定,正是因为中国当事人订立的此类合同通常较为简略,对于许多重要问题的约定时常付之阙如,一旦

发生争议仅依合同约定是非难辨。^[46]可以明确的是,该法对于任意性规范的设置并不影响当事人在订立航次租船合同时享有较为充分的合同自由。由于除第47条和第49条外,该法第四章对于承运人和托运人权利和义务的规定,仅在航次租船合同没有约定或者没有不同约定时才适用于出租人和承租人,即对于这些任意性规范,出租人和承租人可以通过意思自治达成合意,排除其适用。因此,创设任意性规范实非限制合同自由,也不必然意味着公权力介入私法领域。

2. 强制性规范:矫正自由与维护公益

首先从限制合同自由的秩序价值来分析。关于航次租船合同与提单证明的运输合同的区分,司玉琢教授以鸟为例作了颇为精妙的比喻:“不管海上货物运输种类如何繁杂,从合同的类别划分,可以分为两类:一类是限制合同自由的货物运输合同;另一类是不限制合同自由的运输合同。就如同大自然中的鸟,一种鸟需要关在笼子里,限制其自由飞翔,另一种鸟无须关在笼子里^④。……基于历史的和现实的租船市场的情况,出租方同承租方谈判实力相当,法律没有必要对租船合同的合同自由予以限制,没有必要、也不应该把所有鸟都关在同一个笼子里。”^{[47]4}但是,现代合同立法对于合同自由的限制源自多个方面的综合考量,原因并不限于双方当事人的谈判实力差异,法律价值的秩序考量便是其中之一。

现代合同自由较之古典合同自由,最为主要的特征便是法律较多限制人们的选择自由,即立法者基于特定社会政策考虑而在法律中预先为合同自由明文设置部分限制性规定。此种规定固然可能是为平衡当事人之间的利益分配而设,但也有部分是为维护交易安全,有时甚至是基于行政管理等当事人利益以外的因素考虑。^[48]易言之,对于合同自由作出必要而合理的限制,本是合同自由原则在现代的重要内容。尤其对于商事法律而言,经济社会无法离开秩序,法律则是防止无序的主要手段。^[49]因此,对于秩序的追求也是当代海商法价值体系的重要组

① 虽然标准合同在租船合同领域的运用已经非常成熟,航次租船合同绝大多数均依标准格式订立,但实践中形形色色的纠纷仍然大量存在,其中不乏通过立法适当设置任意性规定作为补充所能避免之纠纷。

② 例如,航次租船合同涉及数量之处经常使用“about”之类的措辞,但标准格式对其具体含义往往着墨不多,如果立法能够对于此类措辞的浮动范围作出基本规定,当事人便可免于另作约定,法院裁判亦有基准得以适用。

③ 虽然实践中租船合同的法律适用绝大多数均为英国法,中国法律鲜少获得适用的机会,但并不意味着中国立法可以不对租船合同进行规定,这关乎中国法律体系之完整,以及避免特殊情形之下法律适用的空白。

④ 暂且不论大自然中其实并不存在需要关在笼中的鸟,不同国家处于不同发展阶段的基本国情迥然有异,本国海事法律的价值体系以及各个价值目标互相之间的位阶优劣也不尽相同,有时可能在自由之外更为追求秩序、公平等其他价值目标。

成部分。

合同自由与社会利益之间存在发生矛盾的可能,也即合同自由导致的结果并不一定总与社会利益保持一致。^[50] 航运活动的整体效率和安全是航运业健康和有序发展的基本条件之一。基于合同自由原则的历史变化,以及中国航运经济秩序的客观需要,将来《海商法》的修改对于合同自由原则的贯彻应当基于理性,并从中国实际出发,^[51] 充分考虑完全的意思自治是否可能影响特定航运活动的秩序和安全,从而不利于航运业健康和有序发展。具体至航次租船合同领域,中国国内水路货物运输市场长期以来由于缺少专门法律规范调整,尤其是在2016年废止《国内水路货物运输规则》后,处于市场无序状态。修改后的《海商法》适用范围拓展至国内水路货物运输的可能性较高,而目前国内水路货物运输绝大多数采用航次租船的形式订立合同,而且合同内容多不规范。此乃中国航运实践有别于一些航运发达国家的国情。如果针对此类航次租船合同缺少部分必要的强制性规定,不仅无法发挥海事法律对于航运经济秩序的维护作用,而且也与合同自由原则在现代的具体内涵并不合辙。

其次从出租人法定义务的价值考量来分析。无论是否赞成针对航次租船合同设置强制性规定,各方均不否认在租船合同领域应当贯彻合同自由原则。分歧主要在于合同自由的程度,也即是否针对部分特定事项限制当事人的自由,设置强制性规范进行调整。此种分歧的实质应是秩序、安全等当代海商法的其他价值目标,是否可以在部分特定问题上优于自由价值,个中本质是法律价值的冲突。

前文所述,《海商法》第47条和第49条分别为航次租船合同的出租人设定了两项强制性法定义务。需要说明的是,航次租船合同是否适用该法海上货物运输合同的规定,与出租人是否负有强制性的法定义务,是两个层面的问题。即使认为法律规定出租人的强制性义务值得商榷,也不可就此推而广之认为关于海上货物运输合同的规定一概不应适用于航次租船合同。出租人强制性法定义务的设定,原因在于此类义务的内容可能涉及关乎公共利益的海上安全。以《海商法》第47条规定的承运人谨慎处理使船舶适航义务为例,适航作为船舶的一种状态,意味着船舶具有抵御风险的能力,^{[9]82} 包括能够抵御海上常见风险和自然灾害的风险应对能力,以及完成航海并将货物安全运抵目的地的航行能力。^{[10]110} 出租人提供的船舶是否适航,不仅关系

到航次租船合同能否顺利履行,而且关乎船舶的海上航行安全。因此,船舶是否适航本质上不再只是航次租船合同双方当事人之间的商业事务。如果放任合同当事人对于船舶适航自行约定,即使约定的适航要求过低甚至没有适航要求的情况仅属个例,也应在立法上尽量予以避免,否则即有可能危及海上安全,损害公共利益。有学者基于租船合同约定的适航义务往往是绝对义务,^[52] 认为《海商法》的规定实际是降低了出租人的适航义务。^{[47]14} 暂且不论实践中租船合同约定的适航义务是否确属绝对义务,以及在中国法律背景下何为绝对义务,考察《海商法》第44条、第45条的立法本意,与提单证明的运输合同一致,适航义务对于航次租船合同的出租人而言是最低限度的义务,而不影响当事人之间另行约定更高要求的适航标准。这也恰恰体现了航次租船合同的当事人切实享有较为充分的合同自由。虽然目前的法条表述以及准用规则设置可能引起歧义,但这只是立法技术角度需要修正的瑕疵,而非否认合同自由原则较为充分的贯彻。

《海商法》第49条设置承运人不进行船舶不合理绕航义务的原因基本相同。船舶发生不合理绕航,不仅影响船舶及时将货物运抵目的地,还有可能招致额外的风险。船舶绕航往往增加船舶在海上航行的时间,而船货暴露于海上的时间越久,蒙受海上风险的可能性也就越大,^[53] 因而对于海上航行安全会产生明显的不利影响。值得注意的是,《海商法》第92条未将该法第48条规定的管货义务设置为出租人的强制义务,除航次租船合同可能约定“F. I. O. S. T.”等由承租人负责货物装卸的条款外,原因在于出租人未能妥善管理货物导致的不利后果总体而言在双方当事人之间,而与海上安全等公共利益无涉,因而不必顾及安全等法律价值方面的考量,允许当事人自行约定。

因此,海上货物运输合同承运人法定义务对于航次租船合同出租人的适用及其刚性程度的调整,实质上是法律价值的冲突及其协调。

最后从比较法上出租人法定义务的立法趋势来分析。虽然英国海商法对于各国海商法的影响至今依然根深蒂固,租船合同更是如此,但中国民商事立法具有浓厚的大陆法系色彩,因而对于租船合同的立法处理需要适当考察大陆法系典型法域的态度与经验,尤其是深受英美法系影响的租船合同如何与本国民法传统妥善融合。

《德国商法》于2013年完成了第五编“海商”的

修订,并在第二章“运输合同”第一节“海运合同”增设第二目“航次运输合同”,也即关于航次租船合同的专门规定^①。根据该法第527条第2款的规定,该法第485条准用于航次租船合同^②,而后者正是关于承运人使船舶适航义务的规定^③。而且,该法并无此项义务对于航次租船合同的出租人属于任意性规定的表述,因而是强制性义务。德国学者也认为:“关于件杂货运输合同的强制性规定多数也同样适用于航次租船合同。”^[16]

《韩国商法》第五编“海商”最近一次整体修订完成于2007年,其中第二章“运输和租船”第三节“航次租船”在体例上属于新增的专门规定。^[54]该法第794条是关于承运人“注意适航能力之义务”的规定^④。同时,该法第841条第1款规定,第794条准用于航次租船合同^⑤,而且在性质上并不属于任意性规定。因此,韩国法中航次租船合同的出租人同样负有强制性的适航义务。主要负责《韩国商法》第五编“海商”修订的学者也指出:航次租船合同的出租人负有适航义务,并且此项义务具有强制性。^{[17]83}

基于上述分析可以明确的是,比较法上不乏为航次租船合同的出租人设置强制性义务的立法例。虽然其中或有借鉴《海商法》对应规定的可能性,但显然不能轻易归结为诸国立法共同的错误或者瑕疵。因此,可以认为针对船舶适航等少数特定事项为出租人设置强制性义务,总体而言符合当代海商法的秩序、安全等价值目标,不仅能够发挥强制性规范的矫正功能,同时也不妨碍航次租船合同的当事人仍然享有较高程度的合同自由。

(二) 航次租船合同规定的特别规定地位

基于《海商法》的规范立场,第四章第七节“航次租船合同的特别规定”与该章第一节至第六节关

于海上货物运输合同承运人权利和义务的规定之间构成特别规定与一般规定的关系。有学者认为此种规定是立法的瑕疵,没有一个国家的立法把航次租船合同与提单证明的运输合同认定为特别规定与一般规定的关系。^{[47]5}

一般规定与特别规定是根据法律的适用范围作出的分类^⑥,针对特定对象、特定事项、特定时间或空间适用的法律规定即为特别规定。^[55]一般规定的调整对象应当能够涵盖与之对应的特别规定的调整对象,并且后者具备需要法律另行设置专门规则的特殊性。航次租船合同较之一般海上货物运输合同而言,即属特定事项。虽然提单证明的运输合同是最为典型的海上货物运输合同,但此种运输合同和航次租船合同本质上也都只是海上货物运输合同的具体类型。对于航次租船合同而言,《海商法》第四章中的一般规定应是关于海上货物运输合同承运人和托运人权利和义务的规定,而不是单纯指提单证明的运输合同的规定。虽然适用相同的法律条文,但同一条文在适用于提单证明的运输合同时是强制性规范,而在适用于航次租船合同时则是任意性规范,二者在法律适用的效果层面本质上并非完全相同的法律规范,只是提单证明的运输合同可以径直适用海上货物运输合同的一般规定而已。从强制性规范向任意性规范的刚性程度转换,也是航次租船合同特别规定最为主要的特别之处之一。

主张航次租船合同规定不是特别规定的另一理由认为,适用“特别规定优于一般规定”规则的前提条件之一,应是法律规范的性质相同,否则即无直接的可比性。^{[47]5-6}但是,此处所指的性质不同应当主要是指程序规范与实体规范的差别,^[56]而不是强行性规范与任意性规范的区分^⑦。一般规范与特别规范的刚性程度不同,例如《中华人民共和国民法总

① 也有观点认为,该目规定的航次运输合同“是指一般租用合同下签发之运输单证所代表的运送合同,而非租用合同本身”。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14页。

② 《德国商法》第527条第2款规定:“除第528条至第535条另有规定外,航次运输合同准用第481条至第511条以及第513条至第525条的规定。”参见马金星:《德国〈商法典·第五编 海商〉》,发表于《东南法学》,2016年秋季卷,第228页。

③ 该条规定:“承运人必须保证船舶处于适于航行的状态,且适当地装置、操控和配备充足供应物品(适航承运人还必须保证包括冷藏和冷冻室在内的货舱及其他船上结构,处于适直接收运输和保存货物的状态(适货))。”参见马金星:《德国〈商法典·第五编 海商〉》,发表于《东南法学》,2016年秋季卷,第217页。

④ 该条规定:“承运人若未能证明本人或者船员及其他船舶使用人在起航之际未怠于下列事项,则应当承担因货物的灭失、毁损或者迟延到达而发生的损害赔偿:1. 必须使船舶处于安全航海状态;2. 配备必要的船员,以及船舶设备和必需品;3. 使船舱、冷藏室及其他货物处于适合领取、运输、保存货物的状态。”

⑤ 《韩国商法》第841条第1款规定:“第134条,第136条,第137条,第140条,第793条至第797条,第798条第1款至第3款,第800条,第801条,第803条,第804条第1款至第4款,第805条至第808条,第810条至第813条的规定准用于航次租船合同。”

⑥ 特别法优于一般法规则的适用对象并不限于不同法律之间,也包括同一法律内部的一般规则与特别规则。最为典型的便是《民法典》,总则编与物权编、合同编、侵权责任编等分则各编同属一部法律,但仍然适用特别法优于一般法规则。

⑦ 一般法与特别法之间属于包容关系,即一般法的调整对象包含特别法的调整对象,因而二者应属同一法律部门。法律部门的划分标准是调整对象和调整方法。程序规范和实体规范的调整对象和调整方法截然不同,分属不同法律部门,当然不能构成一般规范与特别规定的关系,也就不能适用“特别规范优于一般规定”的规则。但是,强行性规范和任意性规范的关系与此完全不可同日而语。

则》关于民事关系设置了大量的强制性规范,而《合同法》特别是其中分则关于典型合同的规定却以任意性规范为主,但并不影响二者之间构成一般法与特别法的关系。因此,法律规范的刚性程度不同并不影响航次租船合同规定与海上货物运输合同规定之间构成特别规定与一般规定的关系。

至于比较法上的立法例,虽然航次租船合同规定与海上货物运输合同规定在形式上看似各自独立,但对于航次租船合同往往通过准用的方式进行规范,而准用的具体规则正是关于提单证明的运输合同的规定^①。准用是指未明确规定行为规则的内容,但规定可以援引其他规则使得本规则的内容得以明确。^[57]准用性规则连结的两个事项之间应当既有相似又有差异,^[58]航次租船合同和提单证明的运输合同之间符合此种特征。设置准用性规则的结果是,除关于航次租船合同的专门规定应当适用外,对于专门规定未有涉及的事项则应适用准用性规则指向的关于提单证明的运输合同的规定^②。此时形成的实际仍是一般规定与特别规定的关系,即关于航次租船合同的专门规定作为特别规定应当优先适用,而关于海上货物运输合同的一般规定则是居于补充地位。此类法域的学者大多也认可二者之间构成一般规定与特别规定的关系。^{[16],[17]82-83,[59]}中国法律虽不使用“准用”的表述^③,而是直接设置“特别规定”,但实际产生的法律适用效果却并无不同。此乃一国的立法传统使然。《海商法》第94条实质上与准用性规则无异。

此外,1999年《俄罗斯联邦商船航运法》第八章为“海上货物运输合同”,同时适用于提单证明的运输合同和航次租船合同,二者基本共用一套规则,并且未对航次租船合同设置专节进行系统的特别规定,而定期租船合同另立第十章,光船租赁合同另立第十一章。^[60]《波兰海商法》调整的海上货物运输合同则直接包括航次租船合同,即该法第104条规

定的承运人在一个或多个航次中将船舶的全部或部分舱位用于载运货物的合同。

可见,“没有一个国家的立法把航次租船合同与提单证明的运输合同认定为特别规定与一般规定的关系”的判断未免过于武断。航次租船合同规定与海上货物运输合同规定可以构成特别规定与一般规定的关系,而提单证明的运输合同则是适用一般规定的具体合同类型。对于《海商法》未作规定的事项,根据法律适用顺位应由一般合同立法关于运输合同的规定进行填补。至于其中哪些是可以有效适用的具体规则,应是另一层面的甄别问题,而非“不存在《合同法》对航次租船合同的补充作用”。^{[47]6}如果按照此种观点,且基于合同自由原则的高度贯彻,若将来修改后的《海商法》对租船合同不作规定,岂不将租船合同置于无法可依的地步?

(三) 航次租船合同规定的位置安排

基于航次租船合同的海上货物运输合同性质,以及航次租船合同规定的特别规定地位,此类规定继续维持现行《海商法》的体例规定在“海上货物运输合同”一章,应当并无不妥,不仅可以保持法律的稳定性,并且更为便于设置准用性规则援引海上货物运输合同的规定。上述比较法的立法例中,德、日两国也采类似的立法体例。

法律规范的位置安排并非不重要,体系之严谨当然也是修法理应追求的目标。正如司玉琢教授所言:“表面上看是立法技术问题,实质是是非之争。”^{[47]3}但是,将来修改《海商法》时,无论航次租船合同的规定置于哪一章节,重点仍应在于具体法律规范的修改完善。《海商法》修改终究应以问题为导向,^[61]即重在解决法律实施以来存在的具有普遍性且需要通过法律修改解决的问题。对于部分通过完善现有规定的条文表述即可解决的问题,不应执意改变目前的章节安排,甚至否定合同的法律性质^④;对于司法实践由于法律解释偏差产生的问题,

① 此类准用性规则可见《德国商法》第527条第2款、《日本商法》第756条第1款、《韩国商法》第841条第1款。

② 值得注意的是,此类准用性规则可能同时规定特定法条适用于航次租船合同时部分表述应作不同理解。例如,《日本商法》第756条第1款规定:“第七百三十八条到第七百四十二条(第七百三十九条第二款除外)、第七百四十四条、第七百四十六条以及第七百四十七条的规定,准用于航次租船合同。在此情形下,第七百四十一条第一款的‘金额’应解释为‘金额及滞期费’,……”该法第741条第1款规定:“收货人在收取货物时,应当根据件杂货运输合同或提单,承担向承运人支付下列事项的合计金额(以下本节中称‘运费等’)的义务:……”也即针对航次租船合同的支付义务增加了滞期费一项。

③ 虽不直接使用“准用”的文字表述,但中国立法上并非没有准用性规定。例如,《海商法》第170条规定间接碰撞适用“船舶碰撞”一章,即属典型的准用性规则。

④ 例如,司玉琢教授认为:“有了第94条第2款的规定后,发生航次租船合同没有约定或者没有不同约定时,不是适用航次租船合同的规定作补充,而是强制适用提单关系的有关规定,这样一来,除了第94条第2款的规定外,第七节合同当事方权利义务的其他条款就形同虚设了,没有起到任何规范和引导航次租船市场的作用。”参见司玉琢:《航次租船合同的立法反思——以〈海商法〉修改为契机》,发表于《中国海商法研究》,2019年第4期,第7页。此即条文表述瑕疵导致的歧见,从而偏离了立法本意期望确定的适用法律顺位,即航次租船合同的约定→航次租船合同的特别规定→海上货物运输合同的一般规定。

也不应一概交由法律修改解决。法律必须经过裁判者的解释方能适用,^[62]立法不能替代司法。海事司法实践和航运实践表明,《海商法》关于航次租船合同的现行规定实施以来,暴露的主要问题总体而言与其位置安排无关,而是在于可操作性较差,无法有效用于解决实践中航次租船合同履行产生的两类主要争议:一是货物装卸时间、速遣费和滞期费;二是出租人对于货物灭失或损坏的赔偿责任。^[63]此即《海商法》修改围绕航次租船合同应当着重解决的问题所在。特别是,航次租船合同置于该章的根本原因是因为其性质为海上货物运输合同,而目前尚缺乏具有说服力的理由改变此类合同性质的认定,贸然将航次租船合同置于“租船合同”一章,并不符合法律修改应遵循的原则。加之国内水路运输合同极有可能纳入修改后《海商法》的调整范围,改变航次租船合同规定的位置产生的问题很有可能比解决的问题更多。当然,如果此种修改能为立法机关所接受,航次租船合同的规定移至“租船合同”一章能使关于租船合同的规定更为集中。两种方案各有利弊,需要结合此次修法的具体情况审慎考量。

三、《海商法》关于航次租船合同规定的修改完善

(一) 增强条文的可操作性

重点在于参照《海商法》通过以来产生的1994年“金康”格式等标准格式完善现有规定。例如,现行《海商法》第97条关于出租人在约定的受载期限内未能提供船舶时承租人有权解除合同的规定,可以借鉴1994年“金康”格式第9条进行适当修改。同时,对于标准格式未有详细规定而实践中容易引发争议的问题,可作出原则性规定,以此切实发挥填补合同漏洞的功能。例如,对于实践中经常产生纠纷的安全港口问题进行原则性规定,明确承租人应当对其指定的装卸港口或地点的安全性负责。

(二) 维持承运人责任规定作为任意性规范适用

《海商法》第94条第2款规定:“本章其他有关合同当事人之间的权利、义务的规定,仅在航次租船合同没有约定或者没有不同约定时,适用于航次租船合同的出租人和承租人。”《海商法(修改送审稿)》第122条第2款将“本章”改为“本节”,虽一字之差,此种修改将使得该章除承运人谨慎处理使船舶适航义务和船舶不进行不合理绕航义务之外,其他承运人和托运人权利和义务的规定不作为任意性规定适用于航次租船合同的出租人和承租人。由此

将导致的结果是:如果航次租船合同就出租人对于货物灭失、损坏的责任没有作出约定,应当适用《合同法》,出租人需承担无过错责任,而且并不享有赔偿责任限制的权利,从而与现行《海商法》规定的不完全过错责任和赔偿责任限制相差甚远,其责任将明显大于《海商法》和《海牙—维斯比规则》规定的责任,也大于《汉堡规则》和《鹿特丹规则》规定的责任,且与实践中的“金康”格式等标准合同首要条款约定适用《海牙—维斯比规则》或类似国内法的做法不相符。尤其是,出租人的责任将无法通过投保船东保赔保险得到分散,因为目前船东互保协会此类保险的承保范围是以《海牙—维斯比规则》规定的承运人赔偿责任为标准,超出标准的赔偿责任不属于承保范围。因此,上述修改方案明显脱离了航次租船实践的客观需要。

(三) 规定运输单证“并入条款”效力的一般原则

对于通过航次租船而运输的货物所签发的提单,经常订有“并入条款”(incorporation clause),意图将航次租船合同条款并入提单。原则上,并入的航次租船合同条款应限于与货物的装船、运输、卸载和交付等有关的条款,以及出租人责任和免责的条款。而且,并入提单的航次租船合同条款,不得与提单的内容、《海商法》中“海上货物运输合同”一章的规定或者其他适用法律的强制性规定抵触。此外,将航次租船合同条款并入提单,实质上突破了合同相对性原则,使得非合同当事人的第三者提单持有人受该合同的约束。因此,此种并入应限于提单持有人同意受并入的航次租船合同约定,或者至少提单中载明拟并入的航次租船合同的情形。至于航次租船合同的仲裁条款能否并入提单,属于程序法范畴,从而无需也不应在《海商法》中作出规定。

(四) 完善滞期费与速遣费的计算规定

现行《海商法》第98条关于滞期费和速遣费计算的规定存在循环适用的逻辑问题,而且可操作性不甚理想。《海商法》修改至少应当针对滞期费与速遣费计算作出以下三个方面的规定:一是如合同没有约定具体的装卸时间,承租人应当在合理时间内完成货物装卸;二是如合同没有明确约定,速遣时间应当按照“节省的全部工作时间”计算,滞期时间应当连续计算;三是如承租人不在约定时间内支付滞期费且不提供适当担保,出租人有权解除合同并请求赔偿因此受到的损失。

四、结语

通过上文分析,可以得出以下结论。

第一,基于合同法原理,以合同目的抑或当事人主给付义务为认定合同性质的标准,航次租船合同的性质应当是海上货物运输合同。现行《海商法》体现了航次租船合同的这一性质,延续了该法立法史和学说史的基本立场,比较法上的学理观点大多也持相同态度。

第二,关于航次租船合同的任意性规范具有引导当事人订立合同并且补充合同漏洞的功能,而强制性规范则有维护公共利益的功能,二者并不妨碍当事人享有较高程度的合同自由,且规定出租人的法定义务具有秩序、安全等法律价值方面的考量,比

较法上也存在为出租人设置法定义务的立法趋势。

第三,《海商法》关于航次租船合同的规定与海上货物运输合同的规定构成特别规定与一般规定的关系,从而宜继续置于海上货物运输合同一章,比较法上对于航次租船合同大多准用提单证明的运输合同的规定,法律适用效果与《海商法》的现行规定基本相同。

第四,《海商法》对于航次租船合同规定的修改应当增强规定的可操作性,重点关注出租人对于货物灭失或损坏的赔偿责任、根据航次租船合同签发运输单证的并入条款效力的一般原则,以及滞期费与速遣费的计算。

参考文献:

- [1] 傅旭梅.《中华人民共和国海商法》诠释[M].北京:人民法院出版社,1995:177.
- [2] 交通部政策法规司,交通部法律事务中心.《海商法》学习必读[M].北京:人民交通出版社,1993:60.
- [3] 司玉琢.海商法专论[M].北京:中国人民大学出版社,2010.
- [4] 王利明.合同法研究(第一卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2015:396.
- [5] 史尚宽.债法总论[M].台北:自版发行,1954:223.
- [6] 李永军.合同法[M].北京:法律出版社,2010:210.
- [7] 王利明.合同法研究(第三卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2015.
- [8] 杨仁寿.佣船契约[M].台北:自版发行,2002:148.
- [9] 司玉琢.海商法[M].北京:法律出版社,2018.
- [10] 傅廷中.海商法[M].北京:法律出版社,2017.
- [11] 郭瑜.海商法教程[M].北京:北京大学出版社,2012:167.
- [12] 张丽英.海商法[M].北京:人民法院出版社,1998:129.
- [13] 林源民.海上货物运输合同辨析[EB/OL].(2018-02-22)[2020-04-06].<https://mp.weixin.qq.com/s/-1GtAYD4Spd1pIbHc8RYRg>.
- [14] 魏文翰.海商法讲座[M].北京:法律出版社,1965:57.
- [15] 任建新.海商法教程[M].北京:人民法院出版社,1988:54.
- [16] SCHWAMPE D. Transport law in Germany[M]. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer,2018:89.
- [17] KIM I H. Transport law in South Korea[M]. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer,2017.
- [18] 金仁显.海商法[M].京畿道:法文社,2018:209.
- [19] 中村真澄,箱井崇史.海商法[M].东京:成文堂,2013.
- [20] 箱井崇史.现代海商法[M].东京:成文堂,2018:87-88.
- [21] 张东亮.海商法新论[M].台北:五南图书出版公司,1986:220-222.
- [22] 杨仁寿.最新海商法论[M].台北:自版发行,2010:209-212.
- [23] 梁宇贤.海商法论[M].台北:三民书局,1997:407-408.
- [24] 陈猷龙.海商法论[M].台北:瑞兴图书股份有限公司,2018:167-168.
- [25] 刘宗荣.海商法[M].台北:自版发行,2016:144-145.
- [26] COOKE J, YOUNG T, ASHCROFT M, et al. Voyage charters[M]. Oxon: Informa Law from Routledge,2014:20.
- [27] MOCATTA A A, MUSTILL M J, BOYA S C. Scrutton on charterparties and bills of lading[M]. London: Sweet & Maxwell, 1984:51.
- [28] 李建江.中国近代海商法[M].北京:中国政法大学出版社,2015:108-111.
- [29] 杨鹏.海商法新论[M].北平:朝阳学院出版部,1934:29.

- [30]王效文.海商法释义[M].上海:上海法学编译社,1936:106.
- [31]饶瑞正.海商法论[M].台北:三民书局,2018:233.
- [32]中国对外贸易运输公司.国际租船市场[M].北京:人民交通出版社,1960:1.
- [33]宋文军.现代日汉大词典[M].北京:商务印书馆,1987:1793.
- [34]日本船主协会.海运用语集[EB/OL]. [2020-04-06]. https://www.jsanet.or.jp/glossary/wording_txt_ta.html.
- [35]王肖卿.船舶航次租用的本质是“租”不是“运”[J].中国海商法研究,2019,30(4):13.
- [36]崔建远.合同法[M].北京:北京大学出版社,2016:15-16.
- [37]张永坚.国际海运公约[M].北京:法律出版社,2018:55.
- [38]亚历山大·凡·基格勒,约翰·斯蔡林,斯蒂佛诺·祖纳若礼.2008年鹿特丹规则[M].北京:法律出版社,2016:41-43.
- [39]杨仁寿.汉堡规则[M].桃园:自版发行,1980:22.
- [40]韩世远.合同法总论[M].北京:法律出版社,2018.
- [41]张文显.法理学[M].北京:高等教育出版社,2018:78.
- [42]施天涛.商法学[M].北京:法律出版社,2018:22.
- [43]迪尔特·梅迪库斯.德国民法总论[M].北京:法律出版社,2013:327.
- [44]Economic and Social Commission for Asia and the Pacific. Guidelines for maritime legislation (Guidelines Volume I)[M]. New York:United Nations,1992.
- [45]亚洲和太平洋经济和社会委员会.海运立法指南(指南卷I)[M].北京:交通部《水运法》起草小组,1997.
- [46]司玉琢,张永坚,蒋跃川.中国海商法注释[M].北京:北京大学出版社,2019:171.
- [47]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).
- [48]崔建远.合同法总论(上卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2011:35.
- [49]周永坤.法理学:全球视野[M].北京:法律出版社,2016:183.
- [50]尹田.法国现代合同法[M].北京:法律出版社,1995:25.
- [51]胡正良.《海商法》修改应从我国实际出发[EB/OL]. (2019-08-16) [2020-04-06]. <https://mp.weixin.qq.com/s/T5oTqJuKlM5jQBn7yFfLAA>.
- [52]林源民.适航义务的事与愿违[EB/OL]. (2018-12-24) [2020-04-06]. http://blog.sina.com.cn/s/blog_7da2c5100102z7rv.html.
- [53]黄裕凯.海商法修正建议[M].台北:航贸文化实业有限公司,2014:225.
- [54]于耀东.韩国海商法评介[M]//上海海事大学海商法研究中心.海大法律评论(2007).上海:上海社会科学院出版社,2008:406.
- [55]周旺生,朱苏力.北京大学法学百科全书:法理学·立法学·法律社会学[M].北京:北京大学出版社,2010:908.
- [56]顾建亚.“特别法优于一般法”规则适用难题探析[J].学术论坛,2007(12):128.
- [57]张文显.法理学[M].北京:法律出版社,2007:120.
- [58]张玉洁,杨瑞进.论准用型方法的立法运用及其规则设置[J].黑龙江社会科学,2019(5):125.
- [59]松井信宪,大野晃宏.一问一答·平成30年商法改正[M].东京:商事法务,2018:91.
- [60]石均正.俄罗斯联邦海商法典[M].北京:中国政法大学出版社,2019:7-12.
- [61]胡正良.《海商法》修改应以问题为导向[EB/OL]. (2018-10-24) [2020-04-06]. <https://mp.weixin.qq.com/s/HeMXF9t1XyTz0anU1tuFWA>.
- [62]梁慧星.裁判的方法[M].北京:法律出版社,2017:75.
- [63]胡正良,孙思琪.《海商法》修改时第94条第二款的存与废[EB/OL]. (2019-01-30) [2020-04-06]. <https://mp.weixin.qq.com/s/FBCbtLwXY8EV7Qm95qXegg>.