

王肖卿. 从船货利益平衡视角看国际货物运输公约[J]. 中国海商法研究, 2020, 31(3): 80-88

## 从船货利益平衡视角看国际货物运输公约

王肖卿

(台湾托运人协会, 台湾 台北 100)

**摘要:**从利益平衡视角重读海牙系列(《海牙规则》及《海牙—维斯比规则》)、《汉堡规则》与《鹿特丹规则》, 得出以下结论: 海牙系列最偏船方, 《海牙—维斯比规则》最怠惰——对于20世纪60年代开始发展的集装箱化运输视而不见、毫无作为。唯船多货少国家究在少数, 奈何却多以海牙系列, 尤其是《海牙—维斯比规则》参考订定国内法。《汉堡规则》确实过度偏向货方, 却也是最早开启多式联运大门的公约。《汉堡规则》看似步入多式联运, 却未能对多式联运的新发展拿出彻底的解决方针; 就舱面货缺乏专属规定、无船承运人无力保障船舶适航性等问题, 都没能订定解决方案。《鹿特丹规则》最公平, 船货双方却都对其产生疑虑。《鹿特丹规则》将《汉堡规则》的实际承运人分类后, 以海运履约方得以因应适航性的方式解决了问题。舱面货亦订有特殊规定。对《汉堡规则》提出的单证数据以电子方式传输, 《鹿特丹规则》订定了放货规则。运输单证比照空运新增的海运单的放货方式, 亦赖《鹿特丹规则》将单证分类后解决。海商法必须参考国际法, 通过分析, 解答哪个公约最能使船、货双方达成利益平衡的问题。

**关键词:**集装箱化; 无船承运人; 海运单; 放货

**中图分类号:** D996. 19 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2020)03-0080-09

### *Hague System, Hamburg Rules and Rotterdam Rules*

—rereading from a balanced perspective

WANG Xiao-qing

(Shippers Council of Taiwan, Taipei 100, China)

**Abstract:** The advent of sets of Rules Carriage of Goods by Sea concerned is the trail of the development of the legal system in international carriage of goods. *Hague Rules* of *Hague System* are inevitably tainted with the color preferred by the Ships, while the *Hamburg Rules* flatly dash to the extreme of the Cargos. *Hague-Visby Rules* of *Hague System* in between are grabbed and dragged by Ships as they could not do anything meaningful to bring container shipping into the scope of application. *Hague-Visby Rules* finally turned out to be merely a revision of or supplemental to *Hague Rules* although they are, by nature, independent and complete. This is to re-read the Rules entered in force and *Rotterdam Rules* under ratification from a more practical viewpoint of self-interest supremacy from each Cargo and Ship side. *Hague-Visby Rules* though the most idleness is the most popular to be referred to in National legislation even though the *Hamburg Rules* are the first Convention to open gate of discussion of multi-model transport since containerization already developed in 1960. *Hamburg Rules* regrettably left open of practical issues multi-model transport concerned. *Rotterdam Rules* is the fairest to take care of ship/cargo interest while protested by both sides. Non-vessel Operator is the main stream to issue transport document since containerization developed while actual carrier defined by *Hamburg Rules* still cannot solve the suspicious of sea-worthiness protection issue that solved easily by Maritime Performing Party of *Rotterdam Rules*. *Hamburg Rules* deal with signature on transport documents made by electronic means but have less to do with the release of cargo. *Rotterdam Rules* solve the cargo-release of electronic record and sea waybill as well by division among documents. It is concluded that there is better reference to be followed.

**Key words:** containerization; non-vessel ocean common carrier; sea waybill; delivery of goods

收稿日期: 2020-02-14

作者简介: 王肖卿(1946-), 女, 安徽凤阳人, 台湾托运人协会顾问, 台湾仲裁协会仲裁员, 开南大学教授, E-mail: yuan12@ms5.hinet.net。

修法将完成,重点都集中到利益平衡的议题上。遇到利益冲突须牺牲一方利益时,既然运输服务业是产业链的一环,海商法还是应与其他产业法一样,视整体产业状况,让政策利益最大化。先谋求整体产业的最佳利益,再考虑个别利益平衡,方符合立法目的。笔者从国际货物运输公约的利益平衡视角分析哪个公约当下更符合船、货认可的利益平衡。

2008年《鹿特丹规则》公布之初,相关研讨会频繁举行,但渐渐由热闹转为平淡,甚至在修法声中逐渐消声匿迹。是否确如宋迪煌律师在《厘清各界关切,平衡各方利益》一文中所述,“部分意见反映出各利益方对于《鹿特丹规则》作出的利益平衡方案不满意”?或只能说“部分意见只是基于批评者对《鹿特丹规则》理解不全面、不完整甚至可能误解所致”,不过有趣的却是结论:“国内无论是货方还是船方,均对《鹿特丹规则》持批评态度。”<sup>[1]</sup>而这恰好是两岸的普遍现象。《鹿特丹规则》之利益平衡究竟如何?与其他货物运输公约相比又如何?

### 一、公约的利益平衡

就“利益平衡”而言,国际货物运输公约从《海牙规则》以降,就一直在为之努力;公约本身就是在一连串不公平、不平衡的呼声产生的。没有货方的抗议,没有《哈特法》(Harter Act)等区域立法的刺激,就不会有《海牙规则》的诞生。没有联合国成立后,代表货方的七十七国联署,抗议海牙系列规则的不公,就不会有《汉堡规则》。

从1924年的《海牙规则》(Hague Rules)到1968年推出的《海牙—维斯比规则》(Hague-Visby Rules),时间相差近半个世纪,《海牙—维斯比规则》可以说是已生效的海运货物运输公约中最不责任的一个公约。集装箱运输于20世纪60年代兴起,集装箱对于货物的安全保护与系固超于以往,让承运方压力大大降低,运送责任却未被寄予进一步的要求。运输方式的演进、船速加快及安全性提高,使运输用途有多样化的需求。货物不仅可能用于使用,还可能需要及时展示,这使船运商品的适时送达成为重要的需求之一,《海牙—维斯比规则》却没有因此订定迟延责任。集装箱船之装载,舱面货占三

分之一以上,却未见《海牙—维斯比规则》对舱面货有新的规定。《海牙—维斯比规则》除提高赔偿标准、增加每公斤赔偿的选择、诉讼时效新增三个月的追偿(recovery)时效、规定集装箱货物之赔偿、明确件数以单证记载为准外,对承运人责任期间、责任范围、责任内容等重要规范,几乎只字未动,舱面装载之责任亦无变化,可谓十分怠惰的立法。虽然有来自海运国家的压力,然而当八成以上国家的国内法都以参考《海牙—维斯比规则》为主时,海运国的主流参考固是原因,数量庞大的货主国的盲从跟进却才是结果。1992年《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)却是采用《汉堡规则》最多的国家,其纳入的《汉堡规则》迟延交货经济损失的赔偿规定是其他国家国内法所不敢碰触的部分<sup>①</sup>。立法还是需要前瞻与远见,才能达成大方向的利益平衡。

联合国成立前,国际货物运送公约的制定由比利时政府主导。联合国成立后,国际货物运送公约的制定由国际贸易法委员会(简称UNCITRAL)负责。无论哪个时期,实际上国际货物运送公约都是由订定海牙系列、后更名为国际海事委员会(Comite Maritime International,简称CMI)的国际法律委员会(International Law Association,ILA)<sup>②</sup>负责。<sup>[2]</sup>《汉堡规则》相对于《海牙—维斯比规则》,发生了一百八十度的变化。此后修订的《鹿特丹规则》改由UNCITRAL与CMI合作,等于进行了一波海运国的回击与导正。经过了《汉堡规则》立法的矫枉,这次修订的《鹿特丹规则》条文虽多,导正却只是小幅度的。就利益平衡而言,《鹿特丹规则》可谓有史以来最合乎公平原则的国际公约,恢复了适航性基本要求的明文规定<sup>③</sup>,但要求全程负责适航性。《鹿特丹规则》删除了船员疏忽或过失的货损免责抗辩,但恢复了九成以上海牙时期承运人的免责抗辩项目<sup>④</sup>,并增订举证归属,让举证责任更明确。承运人责任限制标准虽微幅提高,迟延交付经济损失之赔偿却还维持着《汉堡规则》的标准。就利益平衡而言,可以说恢复到船方仍稍占优势,货方相较于《海牙规则》或《海牙—维斯比规则》,不致于全然处于劣势的天平上。

① 《海商法》的公布与《汉堡规则》的生效几乎是同一时间,件杂货运送采用《汉堡规则》规定的地方也最多。可以说中国是考虑国内生态平衡、照顾小货主最多的国家。参见王肖卿:《物流单证与国际运输法规释义》,文史哲出版社2005年出版,第109页。

② CMI的前身早于1897年成立,由一群比利时律师及政界人士组成,最初目的是补全国际商法用一般法律原则在民法法庭审理的缺陷,综合许多自17世纪就已经存在的法典,加上一些欧美的具有指导性的海事案例,于19世纪后期作综合性的研究。1885年、1888年两次召集全世界外交会议讨论船舶碰撞的法律,失败后解散。更名CMI后,继续从事海商法律之研究。

③ 《汉堡规则》删除了海牙系列的适航性规定,使适航性成为默示原则。

④ 对照《海牙规则》第4条第2款、《海牙—维斯比规则》第4条第2款与《汉堡规则》第5条第4款(a)项可知。

然而,《鹿特丹规则》删除了承运人由来已久的特权:免责抗辩删除了航海过失免责、适航性要求要全程负责、提高责任限额。这些本来对平衡船货双方利益是有利的,却“无论是货方还是船方,依然对《鹿特丹规则》持批评态度”。对货方而言,出于好意的单证托运人设计反而引起疑虑,这恐怕是《鹿特丹规则》最冤枉的部分了。

## 二、货方的不满意

### (一)从海牙系列托运人的从缺到《鹿特丹规则》单证托运人的新增

托运人一词首次出现于《汉堡规则》,《海牙规则》和《海牙—维斯比规则》未明确托运人定义,仅在“承运人”定义中提及“为与托运人订定运输合同的人”<sup>①</sup>。《汉堡规则》将“托运人”定义为“指任何人以其名义或代表其人与承运人订定运输合同的人,以及任何人以其名义或代表其人将货物依运输合同实际交予承运人的人”<sup>②</sup>。同时具有“订定运输合同”或“依运输合同实际交货”两个意义。也就是说,两种人都可以是托运人。后者符合实务中出口商卖方发货人的情况,前者虽依贸易条件不一定是出口商,但其只要订定运输合同,便符合了“托运人”一词定义。

《鹿特丹规则》的托运人定义不再那么复杂,仅指与“承运人订定运输合同的人”<sup>③</sup>。也就是《汉堡规则》的后一半定义不见了。该定义刚推出时并未引人注目,倒是细究另一新增单证托运人(documentary shipper)定义——“托运人以外,同意在运输单证或电子运输记录中被指定为托运人的人”<sup>④</sup>,才发现运输单证上的“托运人”已不是海牙系列以来的托运人。单证上的托运人依贸易条件的不同而不

同。在两岸多见的 FOB 贸易方式中,多数托运人反而是进口的买方收货人,而不是出口的卖方发货人,卖方发货人成了单证托运人,因而出现托运人零保障的误解,货方甚至坚持运输单证应该签发给卖方发货人的说法。<sup>[3]</sup>但这个坚持显然忽视了卖方发货人作为托运人需要承担的责任——运费支付责任、集装箱场延迟费支付责任、货到目的地收货人不提货之收货责任等,后遗症的处理都必须由托运人承担,这是《鹿特丹规则》增设单证托运人的理由,也是规定由原始指定船运(订定运输合同)的托运人负全责的原因<sup>⑤</sup>。

《汉堡规则》除为“托运人”建立专属定义,亦毫不留情地在第四部分(Part IV)运输单证(Transport documents)第17条(Guarantees by the shipper)中具体规定托运人的责任,其应保证单证内容的正确,包括保证其提供并纳入单证的内容(货物标志、件数、重量、数量)的正确性,并对承运人过失所致损失负责,即使单证转让,仍应负责<sup>⑥</sup>。《汉堡规则》还在第五部分(Part V)的索赔与诉讼(Claims and actions)中规定,托运人应对因货物造成船舶之毁损、灭失承担赔偿责任<sup>⑦</sup>,并为未准确通知危险品之品名、性质,未加示标签,未提供相关之单证负责。托运人对转包合同(sub-contract)人的行为亦应负责。托运人之责任可谓相当沉重。

相较于《汉堡规则》,《鹿特丹规则》规定的由“安排运输的托运人”负责更具体而明确,如第七章(托运人向承运人履行的义务)中,第28条规定了托运人与承运人在提供信息和指示方面的合作,托运人应与承运人合作,共同应对他方对于货物相关信息的取得;第29条规定了托运人提供信息、指示

① 《海牙规则》第1条(a)项规定:“‘Carrier’ includes the owner or the charterer who enters into a contract of carriage with a shipper.”《海牙—维斯比规则》对此未作修改。

② 《汉堡规则》第1条(定义)第3款规定:“‘Shipper’ means any person by whom or in whose name or on whose behalf a contract of carriage of goods by sea has been concluded with a carrier, or any person by whom or in whose name or on whose behalf the goods are actually delivered to the carrier in relation to the contract of carriage by sea.”

③ 《鹿特丹规则》第1条(定义)第8款规定:“‘Shipper’ means a person that enters into a contract of carriage with a carrier.”

④ 《鹿特丹规则》第1条(定义)第9款规定:“‘Documentary shipper’ means a person, other than the shipper, that accepts to be named as ‘shipper’ in the transport document or electronic transport record.”

⑤ “...therefore, it is important for an FOB seller to satisfy the definition of ‘documentary shipper’ to be adequately protected under the Convention”,参见 Alexander von Ziegler, Johan Schelin, Stefano Zunarelli: *The Rotterdam Rules 2008, Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Wolters Kluwer 2010 年出版,第166页。

⑥ 《汉堡规则》第17条(托运人的保证)第1款规定:“1. The shipper is deemed to have guaranteed to the carrier the accuracy of particulars relating to the general nature of the goods, their marks, number, weight and quantity as furnished by him for insertion in the bill of lading. The shipper must indemnify the carrier against the loss resulting from inaccuracies in such particulars. The shipper remains liable even if the bill of lading has been transferred by him. ...”

⑦ 《汉堡规则》第19条(灭失、损坏或延迟交付的通知)第7款规定:“7. Unless notice of loss or damage, specifying the general nature of..., is given in writing by the carrier or actual carrier to the shipper not later than 90 consecutive days after the occurrence of such loss or damage or after the delivery of the goods..., ..., the failure to give such notice is prima facie evidence that the carrier or the actual carrier has sustained no loss or damage due to the fault or neglect of the shipper, his servants or agents.”

和文件的义务,目的是配合法律、条例及公共当局的其他要求,以及为了正确操作和运输货物(包括采取预防措施);第30条规定了托运人对承运人赔偿责任的基础,包括托运人应负责因违反公约义务所致船舶之毁损、灭失;第31条规定了拟定合同事项所需要的信息,为便于运输单证与电子运输记录之记载,托运人应正确、及时地提供单证托运人、指示单证受让的人、收货人的名称及辨识方法,并应对承运人因数据不正确所致损失作出赔偿;第32条规定了危险货物特别规则,托运人应于交货前告知危险品之性质,并依法律、条例及公共当局的其他要求加示标签,以便承运人能及时处理危险品,否则应就由此导致的灭失或者损坏向承运人负赔偿责任。第34条规定了托运人为其他人负赔偿责任,托运人应对其受雇人、代理人及其他转包合同人的行为疏忽负责。

与《汉堡规则》相较,《鹿特丹规则》的说明较细致,除新增单证托运人的责任外,内容大致不变,何况《汉堡规则》只要以“托运人”名义,不论明示或默示,其托运人责任一个都不能少。总之,《汉堡规则》与《鹿特丹规则》两个公约中,托运人的责任几乎相同,出口商卖方发货人不是贸易条件中的托运人,虽承担托运人之义务、责任,亦享有托运人之权利与抗辩<sup>①</sup>,但“托运人”毕竟是第一顺位负责人,“单证托运人”的责任已排序在后。另从单证对货物的控制来说,第一顺位依然是“托运人”,第二顺位才是“单证托运人”。更何况如果出口商卖方发货人提出要求,还可在签订买卖合同的第一时间将控制权直接让予出口商卖方发货人<sup>②</sup>。出口商如愿意承担责任,一纸贸易(买卖)合同就可以解决。<sup>[1]</sup>

回头再看《海牙规则》与《海牙—维斯比规则》,没有“托运人”的解释与定义,“托运人”的责任与义务依然存在:“托运人”须向承运人保证装船时货物标志、数字、容量、重量之正确性,并应补偿因不正确所致毁损、灭失及费用<sup>③</sup>,因为签发运输单证时,记载之件数、数量、重量,系由“托运人”书面提供的<sup>④</sup>。其他消极义务,包括申报不实的承运人免责<sup>⑤</sup>、承运人对于危险品的免责、“托运人”的赔偿责任等规定<sup>⑥</sup>依然存在。但因海牙系列缺乏定位,对于许多“托运人”应享有的权利便缺乏保障,如与收货人发生贸易纠纷时之中途或目的港的提货请求权、与承运人的额外协议之订定权、运送途中对于承运人指示权等,便缺乏法定保障,或者需要经举证才能获得承认。国内法如参考《海牙—维斯比规则》立法,该规则中托运人缺乏具体明文之权利保障是事实,端赖于国内法之明文补强。

《鹿特丹规则》意在保护类似 FOB 条件下卖方发货人的“单证托运人”设计饱受争议,解除对此设计疑虑的根本之道,应是由托运人协会引导托运人在订定买卖合同时争取权益保护。另在国内(海商)法的单证记载规定上,增加一项强制性的必要记载;同时记载“托运人”与“单证托运人”两个字段,用以标示不同的发货人与买方托运人,亦可佐以达到卖方发货人权利保障的效果。至于其他 CFR 或 CIF 类贸易条件,托运人与单证托运人是同一人,则记载“同上”(the same as)即可。其他任意记载则可依现行规定,包括缺乏其中的一到多项,不影响单证的有效性即可。

## (二) 单证控制权及无单放货之误解

货方诟病的单证控制权,乃至无单放货纠纷,

① 《鹿特丹规则》第33条(单证托运人享有托运人的权利并承担其义务)第1款规定:“1. A documentary shipper is subject to the obligations and liabilities imposed on the shipper pursuant to this chapter and pursuant to article 55, and is entitled to the shipper's rights and defences provided...”

② 《鹿特丹规则》第51条(控制方的识别和控制权的转让)第1款规定:“1. Except in the cases referred to... (a) The shipper is the controlling party unless the shipper, when the contract of carriage is concluded, designates the consignee, the documentary shipper or another person as the controlling party;...”

③ 《海牙—维斯比规则》第3条第5款规定:“5. The shipper shall be deemed to have guaranteed to the carrier the accuracy at the time of shipment of the marks, number, quantity and weight, as furnished by him, and the shipper shall indemnify the carrier against all loss, damages and expenses arising or resulting from inaccuracies in such particulars. ...”

④ 《海牙—维斯比规则》第3条第3款(b)项规定:“(b) Either the number of packages or pieces, or the quantity, or weight, as the case may be, as furnished in writing by the shipper.”

⑤ 《海牙—维斯比规则》第4条第5款(h)项规定:“(h) Neither the carrier nor the ship shall be responsible in any event for loss or damage to, or in connection with, goods if the nature or value thereof has been knowingly mis-stated by the shipper in the bill of lading.”

⑥ 《海牙—维斯比规则》第4条第6款规定:“Goods of an inflammable, explosive or dangerous nature to the shipment whereof the carrier, master or agent of the carrier has not consented with knowledge of their nature and character, may at any time before discharge be landed at any place, or destroyed or rendered innocuous by the carrier without compensation and the shipper of such goods shall be liable for all damages and expenses directly or indirectly arising out of or resulting from such shipment. If any such goods shipped with such knowledge and consent shall become a danger to the ship or cargo, they may in like manner be landed at any place, or destroyed or rendered innocuous by the carrier without liability on the part of the carrier except to general average, if any.”

其实难以怪罪《鹿特丹规则》，因为《鹿特丹规则》尚未生效、参考《鹿特丹规则》的国内法亦未研拟。目前海运市场无单放货与提单纠纷问题已经十分严重，亟待解决<sup>①</sup>。<sup>[4]</sup>

无单放货究理应源于海运单之出现，海运单的历史虽无从查考，但《海牙—维斯比规则》之前，公约提到的正式单证只有提单或类似提单的单证，从未提及海运单。虽然船公司网站上常见海运单的使用说明，这源于船货间的或签合同，或有一定的信任<sup>②</sup>。

市场单证种类出现仿空运提单(air waybill)的海运单(sea waybill)，应系源于承运人，实际上是无船承运人揽载及服务之竞逐，尤其盛行于两岸间的贸易。该种单证与传统提单，包括记名提单(straight B/L)与指示提单(order B/L)的交单交货运作方式不同，是在于辨识收货人身份后便直接放货的，且承运人举证经合理注意，确认收货人身份后，即使交货违误，亦得以免责<sup>③</sup>。而《鹿特丹规则》的优势就是把各种运输单证明文予以分类而已<sup>④</sup>。单证种类中有“可转让单证或可转让电子记录明文标注‘无须交还单证即可提货’”的分类<sup>⑤</sup>，未说明单证名称，显然就是前述的海运单(sea waybill)，而不是提单(bill of lading, B/L)，因此可参考《鹿特丹规则》的这类单证交货处理方式，就得以有效防止误以记名提单为海运单的单放货情形<sup>⑥</sup>，尤其是《鹿特丹规则》中“单证注明不交单亦可提货”的规定，因明文记载于单证而更容易防弊。

货方对于无船承运人的误解，以及对其签发之货代或无船承运提单(house B/L)之误解<sup>⑦</sup>，<sup>[4]</sup>则有赖于以下关于承运人与实际承运人之公约解释，找出其中的利益平衡点，方得以说明。

### 三、《汉堡规则》中的实际承运人与《鹿特丹规则》的履约方及海运履约方

#### (一) 国际货物运输公约于承运人规定的变革

承运人在海牙时期只有两种：一种是船东，一种是承租人。20世纪60年代集装箱运输兴起后，出现一个必要的分工：零散货需要有人代货方去拼成箱，所以当时的货代或无船承运人都被称为拼箱人(consolidator)或者货运代理人(freight forwarder)，《1984年美国海运法》(Shipping Act, 1984)中出现了无船承运人(non-vessel operating common carrier, NVOCC)一词，以与有船的班轮承运人(ocean common carrier, OCC)并列。《汉堡规则》因此出现实际承运人(actual carrier)一词，《鹿特丹规则》又将其分为履约方(performing party)与海运履约方(maritime performing party)。这种划分意义在哪里？履约方与海运履约方比实际承运人多了、或少了些什么？责任方面又有什么变化？

国际贸易的物流，除了欧洲大陆的国与国间贸易，在中国的“一带一路”倡议尚未全球普及前<sup>⑧</sup>，海、空运送是不可缺少的过程，海运物流的点对点需要通过运输辅助人完成，由于《海牙—维斯比规则》的怠惰，《汉堡规则》中方首次出现“实际承运人”这一新生词汇，也就是说，《汉堡规则》是有意对海运国际货物运输的新态势予以定位的，因应集装箱发展的趋势，放弃了海牙时期的纯海运，开启了多式联运的大门。可惜《汉堡规则》对于运输合同虽规定“……除海运外，包含其他运输方式亦视为海运运输合同”，但仅在多式联运中海上运输的范围适用《汉堡规则》<sup>⑨</sup>。《汉堡规则》新增“实际承运人”，运送责任也不再是钩对钩，而是装货港收货(take in

① 蔡家祥在首届海事法治圆桌会议上发言时提及：“通常是出口商货款没收到，货被提走了，还找不到人。中国出口商每年有几百亿美元收不回来，最高峰的2007年达1000多亿美元，其中无单放货被骗走的货占大部分。中国每年无单放货、提单纠纷案子是全球的总和，海事法院和贸促会海仲应该有数可查。……目前船东提单的签发及流转程序颠覆了传统安全做法，从一开始FOB发货人就丧失货物的控制权。”

② 各船公司网站多有类似When is it better to use a Sea Waybill? 的类似说明：“When there is a high degree of trust between the shipper and the consignee……”参见<https://www.tibagroup.com/mx/en>。

③ 《1990年国际海事委员会海运单统一规则》第7条规定：“7. (i) The carrier shall deliver the goods to the consignee upon production of proper identification. (ii) The carrier shall be under no liability for wrong delivery if he can prove that he has exercised reasonable care to ascertain that the party claiming to be the consignee is in fact that party.”

④ 参见《鹿特丹规则》第九章不同单证及未签单证时之交货规定。

⑤ 《鹿特丹规则》第47条(签发可转让运输单证或者可转让电子运输记录时的交付)第2款规定：“…if the negotiable transport document or the negotiable electronic transport record expressly states that the goods may be delivered without the surrender of the transport document or the electronic transport record, the following rules apply:…”

⑥ 中国台湾地区发生的欧洲无单放货纠纷绝大多数为将记名提单误认为海运单。

⑦ 蔡家祥在首届海事法治圆桌会议上发言时提及：“主要问题如下：一、货代提单(house bill)或NVOCC提单风险不可控……”

⑧ 即使“一带一路”全球普及，也不可能都是海运一种运输方式。

⑨ 《汉堡规则》第1条(定义)第6款规定：“‘Contract of carriage by sea’ means any contract whereby the carrier undertakes…to carry goods by sea from one port to another; however, a contract which involves carriage by sea and also carriage by some other means is deemed…for the purposes of this Convention only in so far as it relates to the carriage by sea.”

charge of the goods)<sup>①</sup>到卸货港交付(delivered the good)<sup>②</sup>。不论委托或转委托,即使基于运输合同的自由条款<sup>③</sup>,受委托的人都可以是实际承运人<sup>④</sup>,运送责任由承运人代实际承运人负责,亦代实际承运人的受雇人、代理人负责<sup>⑤</sup>,允许运输合同责任扩大范围<sup>⑥</sup>。只是一贯化责任仍无法藉由《汉堡规则》达成,所以只能肯定地称《汉堡规则》是“港到港”的运输。其他运输方式《汉堡规则》仍不调整,这与负责修法的CMI当然脱不了关系<sup>⑦</sup>。而实务上,自集装箱发展的20世纪60年代以来,许多海运或无船承运公司提单右上方的单证名称早已由“海运提单”(ocean bill of lading)改印为“多式联运提单”(multi-modal transport bill of lading)字样,除了装货港(port of loading)、卸货港(port of discharge)字段,提单上的收货地点(place of receipt)、短程运输方式(on carriage or pre-carriage)与交货地点(place of delivery)早已清楚表明承运人必须依单证载明的收、交货区间负责。公约被实务与趋势倒逼,却仍有诸多牵制,难以负起一贯责任。

在《鹿特丹规则》将实际承运人分成履约方与海运履约方之后,两种辅助承运人的总范围其实并不如《汉堡规则》的实际承运人范围大,因为履约方是依工作内容来定位的;内容包含履约收货(receipt)、装货(loading)、操作(handling)、堆装(stowage)、运送或搬运(carriage)、保管(keeping)、照料

(care)、卸货(unloading)或交货(delivery),也就是说,对履约方的解释回避了笼统的“委托”或“转委托”,而是以工作内容项目限定,且其工作须在承运人的监督、控制下<sup>⑧</sup>。不签发运输单证的运输辅助人,也就是纯货代,已经被摒除在履约方之外<sup>⑨</sup>。简单地说,因受作业项目限制,再加上前述摒除的部分,履约方的范围反而限缩了。可见就这部分而言,公约因应海运生态,早已承认签发运输单证的无船承运人是承运人,货方诟病并建议的house B/L或NVOCC bill存在很大漏洞和风险<sup>⑩</sup>、船东提单必须首先签发给发货人等观点,<sup>[5]</sup>是值得商榷的。企业风险无处不在,风险与利润却永远相偕并行,有利润必承担风险。无船承运人既与托运人签订代表运输合同的单证,其身份是海商法下的承运人,单证具有提货、物权凭证、银行结汇功能,而船东提单(master bill)应直接签给与其有合同关系的无船承运人,这已是不可改变的基本原则,又岂有因噎废食的道理。

海运履约方所履行之工作项目与履约方相同,唯履约区域受限于“货物送达船舶装货港,以及货物卸离卸货港之船舶时(含两港之间),履约执行或承诺执行承运人义务之工作内容者”,也就是港口之间的海运公司及港区内执行与履约方相同工作项目的人都是海运履约方,内陆承运人包括轨道与公路承运人、港区内的搬运公司,在港区范围内是海运

① 《汉堡规则》第4条(责任期间)第1款规定:“1. The responsibility of the carrier for the goods...covers the period during which the carrier is in charge of the goods at the port of loading, during the carriage and at the port of discharge.”

② 《汉堡规则》第4条(责任期间)第2款规定:“2. For the purpose of...of this article, the carrier is deemed to be in charge of the goods(a) from the time he has taken over...;(b)until the time he has delivered the goods:...”

③ 《海牙规则》出台前,由于缺乏制约,运输单证背面或运输合同都订有为数不少的不合理的自由条款(Liberty Clause),如找不到收货人,货物可以任意弃置的自由;随时弯靠任何港口,任何时间均可加油的自由;不按航行顺序,任意停靠的自由等。发生货损,承运人皆可不必负责。自由条款之存在最清楚地体现在《汉堡规则》第六部分(补充规定)第23条(合同条款):“1. Any stipulation in a contract of carriage by sea, in a bill of lading, or in any other document...is null and void to the extent that it derogates, directly or indirectly, from the provisions of this Convention. ...A clause assigning benefit of insurance of goods in favour of the carrier, or any similar clause, is null and void.”自由条款通常出现于单证背面,订定“任何货方之保险利益全归船方所有”,这是由来已久的恶习,可见公约订定前船方之霸道。

④ 《汉堡规则》第10条(承运人和实际承运人的赔偿责任)第1款规定:“1. Where the performance of the carriage or part thereof has been entrusted to an actual carrier, whether or not in pursuance of a liberty under the contract of carriage by sea to do so...”

⑤ 《汉堡规则》第10条(承运人和实际承运人的赔偿责任)第1款规定:“1...The carrier is responsible, in relation to the carriage performed by the actual carrier, for the acts and omissions of the actual carrier and of his servants and agents acting within the scope of their employment.”

⑥ 《汉堡规则》第11条(联运)第1款规定:“1. Notwithstanding the provisions..., where a contract of carriage by sea provides explicitly that a specified part of the carriage covered by the said contract is to be performed by a named person other than the carrier, ...Nevertheless, any stipulation limiting or excluding such liability is without effect if...”

⑦ CMI既系订定与修订海牙系列的单位,又受命修《汉堡规则》,地位尴尬,使《汉堡规则》呈现这种怪异现象,不得不让人起疑。

⑧ 《鹿特丹规则》第1条第6款(a)项规定:“‘Performing party’ means a person other than the carrier that performs or undertakes to perform any of the carrier’s obligations under a contract of carriage with respect to the receipt, loading, handling, stowage, carriage, keeping, care, unloading or delivery of the goods, to the extent that such person acts, either directly or indirectly, at the carrier’s request or under the carrier’s supervision or control.”

⑨ 《鹿特丹规则》第1条第6款(b)项规定:“‘Performing party’ does not include any person that is retained, directly or indirectly, by a shipper, by a documentary shipper, by the controlling party or by the consignee instead of by the carrier.”

⑩ 蔡家祥在首届海事法治圆桌会议上发言时提及:“主要问题如下:一、货代提单(house bill)或NVOCC提单风险不可控……;五、建议作为物权凭证、……船东提单,必须从法律上明确首先签发给发货人卖方(即把货交给船公司运输的人)……”

履约方,出了港区就是履约方<sup>①</sup>。

履约方与海运履约方履行相同的工作项目,但处于不同的工作区域,运输责任因此有所不同。履约方之责任由承运人代为负责<sup>②</sup>,海运履约方则自行负责<sup>③</sup>,对于各有责任部分,甚至须负共同连带责任<sup>④</sup>。

## (二) 承运人规定的变革对于签发单证的影响

承租人用租来的船从事班轮运输,承租人签发运输单证,是承运人,其签发的班轮单证是无船承运提单或称分提单,船东是实际承运人。班轮船东签发的单证主要系向批量合同的当事人签发,且批量合同的当事人不是货代,而是货主本身。另外也有极少数无船承运人不愿以自身名义签发单证以避免承担承运人责任,因此代签船东单证<sup>⑤</sup>,或由船东直接自签单证。但不签无船承运单证的货代到底是少数,船东直接签单证主要还是在订有批量合同的情形中。

集装箱革命后,实际承运人在海上运输中承担了部分运输服务,甚至有时是主要的全程海运运输。《汉堡规则》规定承运人之责任全数由实际承运人继受<sup>⑥</sup>,包括了承运人的消极责任,如货方索赔时的责任抗辩与主张责任限制的权利,也包括了公约赋予承运人的积极权力,也就是向货方索赔的权利以及留置货物的权利。实际承运人书面同意承担运输责任后,始须承担同意之运输责任<sup>⑦</sup>,《汉堡规则》亦有承运人与实际承运人共同连带负责之规定。

《鹿特丹规则》的履约方责任全部由承运人承担,但海运履约方须就其工作项目承担其本身责任,

港口经营人与海运公司都是海运履约方,必须各自扛起港内货物照料的承运人责任以及船舶的适航性责任。但前者责任范围应诉诸履约合同,也就是说在港口的费率表内,除了费率,还可订定各种责任的归属,新加坡港早已如此执行。以拖带合同所致承运责任为例,该责任永远归属于指定拖带船的船东,因为其是雇主(employer)。但承运人对货方的责任依公约的规定是不变的。海运履约方如果是从事海运区段运输的承运人,应对船舶的适航性负责,签发单证的承运人与海运履约方对货损都负有赔偿责任时,二者应负连带责任,即使单证中语焉不详,单证所载“船名”的登记船东仍应负责<sup>⑧</sup>,这是《鹿特丹规则》对运输责任毫不含糊的保证。就利益平衡而言,《鹿特丹规则》是否更合理、更公平?答案非常明显。

对于货方提出“house B/L 或无船承运单证存在漏洞或风险”,与船东提单应签给发货人之建议,前文已述及自集装箱发展以来传统船东签发运输单证的可能性。班轮运输中,除了对批量合同的非货代之当事人签单外,船东签单率不足5%。也就是说,海运中无船承运人签单比例高达95%。而与空运相较,空运货代单证已占100%。集装箱运输中存在零星货拼箱的情况,对零星货托运人、收货人的服务、通知、联系、货损的处理等,无论是空运中的航空器所有人还是海运中的船东都早已力不从心,这些零散工作须由无船承运人承担。更何况集装箱船东的舱位,少则3 000至8 000标准箱,多则10 000至20 000标准箱,庞大的载货舱位亦有赖于货代分

① 《鹿特丹规则》第1条第7款规定:“‘Maritime performing party’ means a performing party to the extent that it performs or undertakes to perform any of the carrier’s obligations during the period between the arrival of the goods at the port of loading of a ship and their departure from the port of discharge of a ship. An inland carrier is a maritime performing party only if it performs or undertakes to perform its services exclusively within a port area.”

② 《鹿特丹规则》第18条(承运人为其他人负赔偿责任)规定:“The carrier is liable for the breach of its obligations under this Convention caused by the acts or omissions of: (a) Any performing party; (b) The master or crew of the ship; (c) Employees of the carrier or a performing party; or (d) Any other person that performs or undertakes to perform any of the carrier’s obligations under the contract of carriage, to the extent that the person acts, either directly or indirectly, at the carrier’s request or under the carrier’s supervision or control.”

③ 《鹿特丹规则》第19条(海运履约方的赔偿责任)第1款规定:“A maritime performing party is subject to the obligations and liabilities imposed on the carrier under this Convention and is entitled to the carrier’s defences and limits of liability as provided for in this Convention…”

④ 《鹿特丹规则》第20条(连带赔偿责任)第1款规定:“If the carrier and one or more maritime performing parties are liable for the loss of, damage to, or delay in delivery of the goods, their liability is joint and several but only up to the limits provided for under this Convention.”

⑤ 这种货代在美国称 freight forwarder,以自身名义签发单证的货代在美国称无船承运人。美国称谓与他国皆不同,参见《1984年美国海商法》。如前所述,《鹿特丹规则》中这种货代被摒除于承运人之外。

⑥ 《汉堡规则》第10条(承运人和实际承运人的赔偿责任)第2款规定:“All the provisions of this Convention governing the responsibility of the carrier also apply to the responsibility of the actual carrier for the carriage performed by him.”

⑦ 《汉堡规则》第10条(承运人和实际承运人的赔偿责任)第3款规定:“Any special agreement…affects the actual carrier only if agreed to by him expressly and in writing. Whether or not the actual carrier has so agreed, the carrier nevertheless remains bound by the obligations or waivers resulting from such special agreement.”

⑧ 《鹿特丹规则》第37条(承运人的识别)第2款规定:“If no person is identified in the contract particulars as the carrier as required…, but the contract particulars indicate that the goods have been loaded on board a named ship, the registered owner of that ship is presumed to be the carrier,…”

工填满。代理、理货、报关的工作,甚至货物保险<sup>①</sup>,实务中通常是由无船承运人代办。如果不是报关公会抗议,笔者2014年1月22日在台湾地区修改“航业法”时建议的海、空运货代与报关业的三证合一,都是可以做到的<sup>②</sup>。

船东费率表公开透明,货代自应按表缴付船东,并无弊端可言。但整箱货另有只计距离、不计品项的整箱运费,则货代对零星货按表收费后,再以整箱价格缴付船东,利润自来。何况集装箱还有吊卸、吊装、油料、币值涨跌等各种收费名目。对货代的误解与疑虑是多余的。船公司发主提单(master B/L)给无船承运人,无船承运人再发零星货分提单(house B/L)给货主,这已是正常流程。《鹿特丹规则》对于船东提单、承租人提单及无船承运提单并无分类,可知以承运人身份签发提单早就被认为没有分类的必要。也就是说,只要签发单证,船东、承租人、无船承运人都是公约认可的承运人,就单证负承运责任即可。《鹿特丹规则》既已解决无船承运人无力承担适航性的问题,又规定海运单等可以不收回单证,在辨识收货人身份后即可放货,货方对无船承运提单便更无置喙之必要了。

#### 四、结语

集装箱运输确实是海运的大变革,这个变革让海、陆联运乃至海、陆、空联运构成一贯运输。运输因此由平面运输进入立体运输或网状运输阶段,运送责任也因签发的单证范围扩大而扩大,从收货地点至交货地点全程负责。海运统合其他运输方式的多式联运在实务界早已上路,国际货物运输公约《鹿特丹规则》既已确立了“海运+其他”模式,海商法立法即应与时俱进,为多式联运制订特别规定未免落后于时代了。

无船承运起源于集装箱运输兴起之初,当时难免良莠不齐,但经过半个多世纪的淘洗,优胜劣败是最现实的战争结果论。如果现在还有不负责的无船承运人得以生存,货方缺乏风险意识,小型出口商家或贸易商为争出口而放纵货代违法乱纪,才是问题

的关键所在<sup>③</sup>,法律很难就这部分加以调整。无船承运的竞争一度相当激烈,在台湾地区亦曾出现零运费或负运费<sup>④</sup>、月结或季结的运费<sup>⑤</sup>,但终究会是短期的、不健康的、地区型现象,目前多数无船承运人都被强制纳入公会,依靠登记许可制、强制责任保险、以团体会员身份加入国际性货代协会(FIATA)等措施,无船承运的正规经营是可期的。海商法只能规范民事行为,买卖合同的要式订定、货方提高风险意识、无船承运之合法化经营都只能藉由公法规范、公会引导、现实市场淘汰、经营者的常识调整。

海牙系列,尤其是《海牙—维斯比规则》可说是目前国内法参照最多的公约,但其也是最明目张胆代表船方利益的公约。《海牙—维斯比规则》有关生效的规定中,特别说明“在收到十份批准书或加入文件之日后三个月,本议定书生效,但其中至少应有五个交存批准书的国家是各拥有相当于或超过一百万总吨船舶的国家”<sup>⑥</sup>。也就是拥有足够船舶吨位的国家才能使公约得以生效。因此《海牙—维斯比规则》当时曾遭到国际上对其歧视非海运国的挞伐。对于船货平衡发展、制造业与海运业均衡发展的国家,货多船少的国家,以及缺乏航运仅有货物出口的国家而言,盲目追随国际公约是不理性的。《海商法》在中国非《汉堡规则》成员国的情况下,考虑到船货均衡发展的国情,大量引用了《汉堡规则》,在当时是具有先进性的。但经过28年,《海商法》能否维持先进性就有赖于2020年的修订了。

经以上讨论,重新检视海牙系列、《汉堡规则》以及《鹿特丹规则》,《海商法》修订可以参考以下归纳。

第一,从利益平衡视角,对船货双方利益照顾较为公平的是《鹿特丹规则》。

第二,如果参考《海牙—维斯比规则》立法,托运人缺乏具体明文之权利保障,需要国内法补强。参考《鹿特丹规则》修订货物运送章,则必须确认运输合同的各式运输方式都包含在内,明文解决多式联运的问题。

① 实务上甚至投保方的保险单亦交由无船承运人办理,因掌握集装箱货源,因此不管是船方的托运单(shipping order)、投保方的保险单(policy or cover note),均由船方或货物投保方交给无船承运人代办。

② 因报关公会抗议,目前台湾地区只能做到两证合一,即海空运经营许可证之合一。

③ 台湾地区大量开放贸易之初,亦出现相同乱象。

④ 从零星散货的货方角度看是零运费,事实上无船承运人可以从集装箱吊卸、吊装费或理货等项目中获得收益。

⑤ 由无船承运人代垫运费,按月或按季度结算。

⑥ 《海牙—维斯比规则》第13条第1款规定:“This Protocol shall come into force three months after the date of the deposit of ten instruments of ratification or accession, of which at least five shall have been deposited by States that have each a tonnage equal or superior to one million gross tons of tonnage.”



第三,《鹿特丹规则》小幅度纠正《汉堡规则》对货方的保障,无船承运人大量签发运输单证、无法保障船舶适航性的疑虑因此可以打消。

第四,《鹿特丹规则》单证托运人主要系为保障出口商发货人不承担安排船运的托运人所应负的责任,可说单证托运人反而是对零散小托运人的照顾。

第五,依目前海运生态,无船承运人签发运输单证已是常态,船东直接签发运输单证给卖方发货人基本不可能做到。

第六,托运团体或协会亦应针对货方就买卖合同之签订、如何保障自身权益进行再教育,包括货方欲取得全程货物控制权,应在买卖合同中及买方收货人开立之信用证中争取。

第七,托运团体或协会应藉由各种研讨会与课程,引导托运人在订定买卖合同时争取权益保护。

第八,在海商法的单证记载规定上增加一项强制性的必要记载,同时记载托运人与单证托运人两个字段,用以标示发货人与买方托运人不同,也就是FOB类贸易条件时的发货人名称,亦可佐以达到卖方发货人权利保障的效果。

第九,明确港口经营人为海运履约方或实际承运人,可适用海商法,而不是以独立的港口作业合同的主体出现在货物运输合同中。港口经营人对可以

转嫁的责任,应于修改港务费率表时附带注明于费率表中,让使用港务服务的船只在适用费率的同时理解必须承担的责任。

第十,《鹿特丹规则》对海运单无单放货以及电子运输记录下的放货方式进行了尝试性规定,不妨参考订定。

在重读国际货物运输公约的过程中也可以发现,《海牙规则》《海牙—维斯比规则》下的承运人不是船东就是承租人,随着运输的集装箱化,无船承运人成为《汉堡规则》与《鹿特丹规则》下的承运人,可以说全世界90%以上的运输单证都是无船承运人签发的。目前的海运分工中,海运藉由无船承运人签发运输单证完成市场的国际贸易金流,亦使无船承运人成为国际货物运输公约,两岸海商法货物运输合同章,英国、美国、日本的海上货物运送法(COGSA)中实质上的主流。两岸海商法的修法会议中,不少学界知名的教授、法界知名的律师与法官、代表船东的航运从业人员对修法提出意见,却鲜少听到代表无船承运人的船方与代表托运人的货方的声音。在对无船承运人存在若干误解的现状下,修法工作亟待这两方充分表达自己的意见,以实现各方利益的平衡。

#### 参考文献:

- [1] 宋迪焯.厘清各界关切 平衡各方利益[J].中国远洋海运,2019(12):43.
- [2] CMI. History[EB/OL]. [2020-02-12]. <http://www.comitemaritime.org>.
- [3] 蔡家祥:修改《海商法》要重在保护国家利益和民族产业[EB/OL]. (2017-07-24) [2020-01-30]. <https://mp.weixin.qq.com/s/kXha14TdMzqDVbtoXC7HJw>.
- [4] 蔡家祥:在首届海事法治圆桌会议上的发言[EB/OL]. (2018-10-03) [2020-02-02]. [https://mp.weixin.qq.com/s/Mn-fb0ni4rO3EXS-\\_5E11hQ](https://mp.weixin.qq.com/s/Mn-fb0ni4rO3EXS-_5E11hQ).
- [5] 蔡家祥.对修改海商法第四章运输合同有关章节的核心建议[EB/OL]. (2017-12-06) [2020-02-06]. [https://mp.weixin.qq.com/s/wTmxJDCdd-gyn1Vpg\\_yDaw](https://mp.weixin.qq.com/s/wTmxJDCdd-gyn1Vpg_yDaw).