

刘 萍 | 著

无单放货中 国际私法问题研究

基于中国的理论分析与实证考察

A Study on PIL Problems in Delivery of Cargo without B/L
Based on China's Theoretic Analysis
and Practical Inspection



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

无单放货中 国际私法问题研究

基于中国的理论分析与实证考察

A Study on PIL Problems
in Delivery of Cargo without B/L

Based on China's Theoretic Analysis
and Practical Inspection

刘 萍 | 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

无单放货中国国际私法问题研究:基于中国的理论分析与实证考察/刘萍著.

—北京:法律出版社,2008.6

ISBN 978-7-5036-8385-5

I. 无… II. 刘… III. ①海商法—研究—中国②国际私法—研究

IV. D922.294 D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第048651号

© 法律出版社·中国

无单放货中国国际私法问题研究
——基于中国的理论分析与实证考察

刘萍著

责任编辑 孙东育

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10.75 字数 222千

印次 2008年6月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939686

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8385-5

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言

本书的研究对象是无单放货审判实践中的国际私法问题。本书以我国法官在审判由无单放货引起的或与无单放货相牵连的案件时,可能遇到的较为典型和/或较为重要的国际私法问题为中心,以法官面对和解决这些国际私法问题大致上的时间先后为序写作,突出解决无单放货审判实践中识别、管辖、法律适用、域外法查明四大国际私法核心问题,目的在于能够为我国的无单放货司法实务提供较为具体的指引和建议,并通过对我国无单放货审判实践的实证考察,反思我国国际私法和海商法的相关立法与理论。

无单放货案件具有天然的涉外性、国际性。在无单放货审判实践中,能够涉及的国际私法问题较多、较典型,其中一些问题十分重要,这些问题解决的优劣对案件的判决结果起着举足轻重

的作用。本书主要采用理论分析和实证考察相结合的方法,以我国无单放货审判实践为视角和核心,以我国现行法律体系和法律规定为背景和平台,较为全面地研究了无单放货审判实践中的国际私法问题。

全书共分八章。

第一章,导论。无单放货案件的处理已经成为近年来我国司法实务部门和海商法、国际私法理论界备受关注的焦点。从国际私法角度对无单放货的审判实践进行深入研究,能够抓住无单放货案件的本质,并对我国现有国际私法、海商法立法和理论研究起到促进和反思的作用。

第二章,无单放货纠纷的识别。提单关系在性质上是合同关系,提单在托运人、承运人、第三方提单持有人之间只是债权凭证。在提单有效的前提下,提单持有人诉承运人无单放货,为涉外合同纠纷。提单持有人诉实际承运人、港口经营人以及其他承运人的受雇人或代理人无权代理无单放货,为涉外侵权纠纷;作为货物所有权人或担保物权人的提单持有人诉提货人、保函出具人等无单提货侵害物权,也是涉外侵权纠纷;如果提单持有人以提单欺诈致提单无效侵权损害赔偿为诉因诉实施提单欺诈的相关当事人,亦是涉外侵权纠纷。

第三章,提单仲裁条款、诉讼管辖条款的效力。在托运人、承运人、第三方提单持有人之间,如果不存在相反证据,则提单上的争议解决条款应推定为体现了提单当事人的共同意愿。我国法院在判定提单仲裁条款的效力时,其准据法主要是仲裁协议中约定的仲裁地的法律;在判定提单诉讼管辖条款的效力时,其准据法只能是我国的民事诉讼法。我国法院在对待提单中外国仲裁、外国

法院管辖条款的效力时,趋于严格。

第四章,无单放货案件的法律适用(一)——意思自治原则。提单首要条款与提单一般法律适用条款在性质上都是法律适用条款,二者可以相互兼容与互补。提单中的地区条款仍然是法律适用条款,是一个附条件的法律适用条款。对于我国法官而言,提单中法律适用条款所指向的法律不得违反我国具有绝对效力的强行法。我国海商法第四章第二节“承运人的责任”是具有绝对效力的强行法;第四章第四节“运输单证”中第71条“凭单放货”是任意性法律规定,不是“我国具有绝对效力的强行法”。

第五章,无单放货案件法律适用(二)——最密切联系。特征履行方法只能作为确定最密切联系的一种辅助性方法,承运人营业所所在地通常是一个质量较高的连接因素,但不能过高地估计该连接因素的重要性。在各种客观因素明显地偏向于某个特定国家时,运用客观因素综合衡量法去确定最密切联系的法律,较为容易。如果案件的各个客观因素较为均等地分布在两个不同的国家,通过对连接点数量和质量的综合衡量,有时仍会感到难以确定最密切联系的地点,此时,一定程度上引进主观价值因素衡量法是解决问题的一条途径。

第六章,无单放货案件法律适用(三)——其他问题。在无单放货侵权案件中,当事人之间依据的是代理、物权、侵权关系,不是合同关系。我国法官审理无单放货案件时,诉讼时效的准据法确定问题,取决于对案件的识别和对主要法律关系的定性。基于当事人的选择,《海牙规则》、《威斯比规则》和《汉堡规则》在我国审判实践中可以作为合同的准据法间接得到适用。尽管在国际海上货物运输合同中承运人交付货物的方式上存在一定的国际惯例,

但即使是这些已得到普遍认可的国际惯例在我国也没有适用的路径。

第七章,我国域外法查明之现状、反思与重构。域外法查明中的诸多问题在最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第193条中得不到很好解决。我国国际私法学界对域外法查明问题并未予以足够重视。我国审判实务部门倾向于将域外法作为证据看待,但这会产生一些新的问题。在我国,应采用“特殊法律说”作为理论起点和立论基础,以此重构我国的域外法查明制度。

第八章,余论。提单关系是债权关系,提单债权关系属于运输合同关系。我国现行有关运输合同的冲突规范之立法规定较为恰当,没有作重大立法改动或重新创制新的冲突规范之必要。在我国,理论之国际私法与实务之国际私法存在一定的背离倾向,这种背离的根源起自于两种不同的思维路径,应以我国涉外民商事审判实务之需建构我国国际私法理论之体。

本书主要创新点如下:

1. 在理论界对提单法律性质众说纷纭的理论背景下,本书分析、论证并首次提出,从提单的基本属性上来讲,提单是海上货物运输合同的一部分。具体而言,在提单签发之时,提单是承托双方运输合同的一部分,通过提单转让,托运人将承托双方之间业已建立的,海上货物运输合同中能够为提单所表彰或载明的、本属托运人的部分权利和义务,以约定或法定的转让方式让与第三方提单持有人,从而使在承托双方之间建立的海上货物运输合同演变成为由承运人、托运人、第三方提单持有人三方共同组成的海上货物运输合同关系。

2. 基于对提单签发与转让行为内涵的分析与揭示,本书认为,对提单法律属性较为准确、全面地界定,应从区分不同当事人和不同法律关系入手。在托运人与承运人之间,提单是海上货物运输合同的一部分,是债权凭证;在第三方提单持有人与承运人之间,提单仍然是海上货物运输合同的一部分,仍然是债权凭证;在提单转让人与提单受让人之间,提单除了具有债权凭证的属性之外,还可能基于提单所载货物之所有权人的意愿,附加一定的物权凭证的属性,但提单物权凭证的属性仅在提单转让人和提单受让人两方之间产生效力,就承运人而言,提单并不产生物权凭证的效力。

3. 尽管司法实务部门对无单放货纠纷的定性已经有了较为一致的认识,但尚欠周全。本书指出,无单放货案件冲突法上识别的逻辑起点应是对案涉法律关系的识别,对无单放货案涉法律关系的分析与定性不能一概而论,得视原告——提单持有人起诉的诉由、起诉的对象、凭据的法律关系而定。本书在对无单放货案件区分不同情形分别分析的基础上认为,无单放货案涉法律关系可能是合同关系、代理关系、物权关系、侵权关系,形成的纠纷可能是涉外合同纠纷、涉外侵权纠纷,还可能是涉外物权纠纷。

4. 对于我国海商法第四章是具有相对效力的强行法还是具有绝对效力的强行法,理论界存有争议。本书认为,我国海商法第四章的效力如何,不能一概而论,只能区别对待。本书在对海商法第四章具体条款的措辞、立法的目的以及产生的背景综合分析的基础上认为,海商法第四章第二节“承运人的责任”这一部分是具有绝对效力的强行法;海商法第四章其他部分有的本身就是任意性规范,有的只具有相对的强制性;海商法第四章第四节“运输单证”

中第71条规定的“凭单放货”，本质上属于任意性法律规定，可以基于当事人的明确约定加以改变。

5. 通说认为，提单首要条款不是法律适用条款。但是，本书指出，这一观点是建立在国际私法传统理论基础之上的，随着国际私法就此问题传统理论的转变，这一观点已丧失了存在的基础。本书认为，提单首要条款从性质上讲，就是法律适用条款。提单首要条款与提单一般法律适用条款地位相等，效力相同，可以相互兼容与互补。如果提单中这两类条款同时存在，且规定不同，则可视具体约定和情形的不同，分别考虑采用“分割适用互相补充法”或“重叠适用和谐解释法”。

6. 一般认为，政府利益分析方法是普通法方法的产物，难以为成文法传统的国家所吸收。但是，本书在对特征履行法、客观因素衡量法判定最密切联系时的局限性分析的基础上，提出我国法院可以借鉴政府利益分析法作为判定最密切联系的一个根据。本书认为，从法官审判的司法实践层面上考虑，在我国法官行使自由裁量权的范围内，一定条件下吸收与借鉴政府利益分析法符合当代国际私法的发展潮流，能够更好地维护我国和我国当事人的利益。本书以“江苏轻工诉江苏环球、美国博联公司无单放货案”作为个例对政府利益分析方法的实际运用进行了实证分析。

无单放货问题错综复杂，其中，提单的性质是问题的核心，如果对提单的性质没有一个准确、清楚、一致的认识，那么，对无单放货案件的司法处理便不可能一以贯之地进行，无单放货司法实务混乱的局面便不可能彻底解决。本书的基本观点认为，提单是运输合同的一部分，整本书对问题的讨论均在此基本观点基础上展开，并努力做到对各个分问题的讨论与基本观点保持一致。如果

这一基本观点能够成立,则必定能够为我国无单放货审判实务提供切实的理论帮助,当然,这一基本观点能否真正成立,依赖于实践与时间的不断验证。

目 录

第一章 导论 1

- 一、无单放货审判实践现状 1
- 二、无单放货审判实践中的国际私法问题 6
- 三、中国视角的国际私法实证研究有待加强 12
- 四、我国现行法下提单基本理论研究需要深入 16

第二章 无单放货纠纷的识别 21

- 第一节 识别的含义与作用 21
- 第二节 无单放货纠纷的识别 25
 - 一、是民事案件还是其他案件 25
 - 二、是纯国内民事案件还是涉外民事案件 27
 - 三、国际民事诉讼管辖上的识别 34
 - 四、冲突法上的识别 36

第三章 提单仲裁条款、诉讼管辖条款的效力 81

- 第一节 提单争议解决条款效力的共性问题 81
 - 一、提单争议解决条款是否是提单当事人的合意 82

- 二、提单转让是否转让争议解决条款 87
- 三、提单争议解决条款是否减轻了承运人的责任 89
- 第二节 提单争议解决条款效力的判定 92
 - 一、提单仲裁条款效力的确定 94
 - 二、提单诉讼管辖条款效力的确定 108

第四章 无单放货案件的法律适用(一)——意思自治原则 119

- 第一节 提单法律适用条款 120
 - 一、当事人合意的基础 121
 - 二、提单法律适用条款的形式 123
 - 三、提单法律适用条款选择法律的范围 125
 - 四、提单法律适用条款选择法律的限制 131
- 第二节 提单首要条款 145
 - 一、提单首要条款产生的背景 145
 - 二、提单首要条款的性质之争 148
 - 三、首要条款不是法律适用条款的理由析辨 149
 - 四、提单首要条款与提单一般法律适用条款的关系 156
 - 五、提单首要条款之实证考察 162
- 第三节 提单中的地区条款 164
- 第四节 庭审中当事人的意思自治 167
 - 一、庭审中当事人的选择 168
 - 二、诉、辩书中当事人的意思 169
 - 三、一方当事人主张,另一方当事人未到庭 170
 - 四、双方当事人均未主张提单中的外国法 171
 - 五、简评 174

第五章 无单放货案件法律适用(二)——最密切联系 175

第一节 最密切联系原则概述	176
一、最密切联系原则的确立	176
二、最密切联系原则在合同中的具体化	177
三、我国合同法律适用中的最密切联系	189
第二节 无单放货案件中的最密切联系	191
一、基于我国的理论分析	191
二、我国无单放货审判实践最密切联系确定的实证考察	202
第三节 个例分析——“江苏轻工诉江苏环球、美国博联公司无单放货案”	207
一、案情简介	207
二、法院判决	208
三、评析	209

第六章 无单放货案件法律适用(三)——其他问题 213

第一节 无单放货侵权案件的法律适用	213
第二节 无单放货纠纷案中诉讼时效问题的准据法	219
第三节 国际条约在无单放货案件中的适用	223
一、提单条约及其适用范围	223
二、提单条约在我国的适用	225
三、小结	234
第四节 国际惯例在无单放货案件中的适用	236
一、货物交付国际惯例存在之考证	236
二、国际惯例在我国无单放货案件中适用的理论分析	245
三、国际惯例在我国无单放货案件中适用的实证考察	246

第七章 我国域外法查明之现状、反思与重构	250
第一节 我国域外法查明之现状与问题	250
一、我国域外法查明之立法现状与不足	251
二、我国域外法查明之司法现状与问题	254
第二节 我国域外法查明制度之重构	263
一、我国域外法查明制度重构的立论基础	263
二、我国域外法查明制度重构中的问题点	271
三、结论	280
 第八章 余论	283
第一节 关于司法	283
一、一些建议与认识	284
二、《纪要》第十二部分简评	290
第二节 关于立法	292
一、立法之前提	293
二、立法之思考	296
第三节 关于理论	303
一、国际主义与国家主义	304
二、内外国法平等与内国法优位	305
三、冲突规范的强制适用性与任意适用性	307
 参考文献	312
 后记	328

一、无单放货审判实践现状

无单放货由实践产生,其名称也为实务部门的通常叫法。其含义和表述方式并不一致,在司玉琢、蒋跃川《关于无单放货的立法尝试——评〈UNCITRAL 运输法草案〉有关无单放货的规定》一文中专门提到:“本书所说的‘无单放货’,是指承运人未凭正本运输单证将货物交付给有权提取货物的人——收货人。它不同于错交货。”^[1]在张湘兰等著的《海商法论》一书中认为:“无单放货是指在无正本提单的情况下,承运

[1] 司玉琢、蒋跃川:“关于无单放货的立法尝试——评〈UNCITRAL 运输法草案〉有关无单放货的规定”,载《中国海商法年刊》(2003),大连海事大学出版社2004年版,第2~3页。

人将提单项下的货物交给提货人的行为或现象。”^{〔1〕}在李守芹《海运焦点问题透视——无单放货责任论纲》一文中认为：“无单放货系指未凭正本提单交货与提货的总称。”^{〔2〕}

概括起来,无单放货主要有狭义上的无单放货和广义上的无单放货。前述第三种观点即为广义上的含义。广义上的含义没有将实施无单放货的主体仅限于承运人(实施无单放货的主体除承运人外,还可能是实际承运人、港口经营人、仓储保管人等),也没有限定提货人,且将交付与提取货物两个方面包括在内。考虑到实施无单放货行为的双方,即交货人与提取人,都有可能要对合法的提单持有人承担法律责任,取广义上的含义,有助于全面分析和把握无单放货审判实践中的法律问题,而且,实务部门也多是称从广义上称呼无单放货的,故本书取广义上的含义。与此相应,本书中的无单放货纠纷也是取广义,指由无单放货引起的或与无单放货相牵连的纠纷;本书中的无单放货案件,指由无单放货引起的或与无单放货相牵连的案件。

在海上货物运输签发了提单的情形下,一直以来的传统做法是收货人须凭正本提单提货,如果收货人没有正本提单,承运人或其代理人、雇用人就不会也不能将货物交付给他。进言之,即使货物已卸上岸,承运人也要对所承运的货物有充分的控制,确保货物不会失控导致错误交货。^{〔3〕}但是,这种传统的做法在现代海上运输中遭遇到了困难。由于现代海上运输航次短,船速快,而提单流

〔1〕 张湘兰等:《海商法论》(修订版),武汉大学出版社2001年版,第89页。

〔2〕 李守芹:“海运焦点问题透视——无单放货责任论纲”,载《海商法研究》(2001年第4辑),法律出版社2002年版,第30页。

〔3〕 The “Sormovskiy 3068” [1994] 2 Lloyd's Rep. 266.

转环节多,这就经常导致船已到了卸货港,但正本提单还处在流转环节之中或发货人手中,正本提单根本未到。根据杨良宜先生的估计,目前约有 50% 的情况是卸货时正本提单仍未到达卸货港。^{〔1〕} 由于上述原因加之海运或贸易欺诈,导致无单放货行为在当今海上货物运输中频繁发生。据统计,班轮运输中存在 15% 的无单放货现象,租船运输能达到 50%,某些重要商品如矿物、油的交易中无单放货现象高达 100%。^{〔2〕}

无单放货关涉到承运人与提单持有人的切身利益。对于正本的提单持有人而言,无单放货行为有可能对其造成实质性的所运输的货物、货款以及其他损失。对于承运人来讲,如果在提单持有人向其索偿过程中败诉,赔付的通常会所承运的整个货物的实际价值,一旦所承运的货物实际价值高昂时,承运人的损失就会极其惨重,有时这种损失会是致命的。

承运人无单放货行为造成的损害赔偿不同于一般的货损货差损害赔偿,承运人通常对无单放货造成的损失进行的是全额的实际赔付,很难享受到责任限制的利益,免责的抗辩也只是在极其例外的情形下才会产生效用,此外,无单放货亦不属于船东互保协会承保的范围。因此,承运人对于提货人无正本提单提货往往需要慎重行事。在实务中,承运人要求收货人以一流银行的保函来替代提单,应是一个能够较好保护承运人利益的做法。但是,这一变通做法更使无单放货行为频繁发生。

〔1〕 杨良宜:《国际商务游戏规则——英国合同法》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 246 页。

〔2〕 “Issues of Transport Law”S 9.4.2.4 by CMI ISC 2000. 11. 20.