海商法的理解、适用与完善

需要全本请访问 www.ertongbook.com

中国《海商法》下实际承运人的权利、责任与风险防范

韩立新* 于诗卉**

由于我国 1993 年《海商法》第 42 条规定了实际承运人的定义，在航运实践中产生了大量与实际承运人有关的问题，除了人们讨论较多的承运人与实际承运人识别问题外，随着实践的发展，还产生了实际承运人到底有哪些权利、责任① 的问题，如有无解除运输合同的权利，是否承担无单放货的责任，是否承担迟延交付的责任,作为航运企业如何防范、减少作为实际承运人的风险(责任)等等。笔者也不时被问及这些问题，因此，决定结合自己对《海商法》有关条款的理解和航运的实践就此问题加以研究，供同仁及航运界参考。

由于实际承运人的存在离不开承运人，从体系的完整性考虑，笔者首先对承运人与实际承运人的识别加以简单阐述。

一、实际承运人的识别②

我国《海商法》第 42 条(二)规定"实际承运人,是指接受承运

韩立新，大连海事大学海商法教授。
于诗卉，大连海事大学海商法讲师。

①需要说明的是，本文的"责任"一词，既包括通常意义上的义务，也包括违反义务后产生的责任，而并不仅指后者。

② 关于实际承运人的具体识别，请见韩立新著"国际海上货物运输中实际承运人及其责任的认定",载于"1997 年中国海商法年刊",第 102 页。

人的委托，从事货物运输或者部分运输的人，包括接受转委托从事此项运输的其他人。”

一般认为，实际承运人的构成要件有三：(1)与托运人、收货人或提单持有人之间不存在运输合同关系。(2)接受承运人的委托或转委托，即与承运人之间存在租船合同或其他合同关系。(3)实际从事货物运输或部分运输。

按照此构成要件，如果在定期租船合同下又发生转租，当由不同的当事方以自己名义来签发提单时，实际承运人的识别结果将会有不同，如图 1 所示。

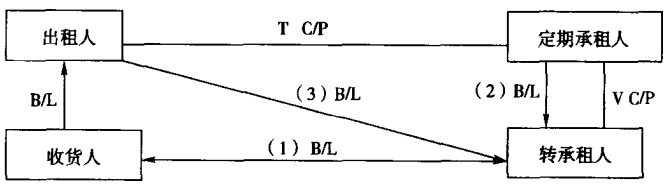


图 1

(1)转承租人签单：出租人是实际承运人；如果定期承租人也从事了部分货物运输，则他也是实际承运人。

(2)定期承租人签单：出租人是实际承运人。

(3)出租人签单：无实际承运人，此时对转承租人和收货人而言他是承运人。

但是，要注意在光船租船情况下，光租人具有准船舶所有人的地位，存在实际承运人时应是光租人，而不是船舶所有人，其他情况下的实际承运人往往是船舶所有人。

二、实际承运人的责任

我国《海商法》第 61 条规定：“本章对承运人责任的规定，适用于实际承运人。”

实际上《海商法》第四章只有第二节是承运人责任的规定。有

人认为,第 61 条中的‘责任’应是广义的,不仅包括第二节中承运人的责任，也包括本章规定的承运人的权利、义务。有人认为第 61 条中的“责任”仅包括第二节的责任。笔者认为，这两种理解都不准确，承运人、实际承运人的责任不可能完全相同。实际承运人的责任主要是《海商法》第四章第二节中规定的一些责任，但还应包括其他方面的责任。具体包括：

1.使船舶适航的责任(《海商法》第 47 条）

实际承运人以自己的船舶从事货物全部或部分运输，当然负有使其船舶适航的义务。

2.管货责任(《海商法》第 48 条）

承运人将其承揽的货物委托或转委托给实际承运人运输，货物在实际承运人掌管期间，实际承运人当然负有相应的管货义务。

3.不得有不合理绕航的责任(《海商法》第 49 条）

我们知道，承运人负有不得有不合理绕航的义务，当承运人将货物交给实际承运人运输时，实际承运人对这一义务的履行更加重要，因为是否有不合理的绕航可能会使承运人产生迟延交付的责任。

4.迟延交付的责任(《海商法》第 50 条）

当承运人与托运人之间的海上货物运输合同中约定了交货时间，而由于实际承运人有过错（如未尽合理速遣即违反不得有不合理绕航之义务）造成迟延交付时，实际承运人应当承担迟延交付的责任。

5.对发生在其运输期间的货物灭失、损害的赔偿责任（《海商法》第 46 条）

如果货方能够证明，货物灭失、损害发生在实际承运人运输期间,除能够根据第 51 条免责外，实际承运人应当对此负赔偿责任。

6.对无单放货的责任

交付货物是承运人的一项基本合同义务。《海商法》第 85 条

需要全本请访问 www.ertongbook.com

规定："货物由实际承运人交付的，收货人依照本法第八十一条的规定向实际承运人提交的书面通知，与向承运人提交书面通知具有同等效力；向承运人提交的书面通知，与向实际承运人提交书面通知具有同等效力。"据此，提单下的货物可能由承运人交付，也可能由实际承运人交付给收货人。在审判实践中，涉及实际承运人无单放货案件有两种情况：一是实际承运人参与了无单放货，另一种是没有参与③。我国的司法实践有两种判决。一种是根据《海商法》第61条，第四章对承运人责任的规定，适用于实际承运人。故在承运人无单放货需要承担责任时，实际承运人应承担连带责任。另一种判决认为：实际承运人只承担第四章第二节所规定的责任，没有凭承运人提单放货的责任，在实际承运人没有实施无单放货行为的情况下，不承担责任④。

笔者认为，如果实际承运人参与无单放货，由其承担连带责任合乎情理，也符合《海商法》第63条两者承担连带责任的规定，实践中对此分歧也不大。但在实际承运人没有参与的情况下，他是否应承担责任，意见分歧较大，法院的判决也不统一。如广州海事法院审理的中国轻工业原材料总公司诉被告化联船务公司、五星海运株式会社、中国汕头外代、大韩航运有限公司无单放货案中，中国轻工是提单持有人，化联船务公司是承运人，五星海运株式会社是实际承运人，化联船务公司指示其代理人汕头外代无单放货给了他人。五星海运株式会社未参与。但法院判决他是实际承运人，根据《海商法》第61条的规定，其责任与承运人相同，因此，两者承担连带责任⑤。又如，该院审理的金元公司诉被告北欧国际

③ 吴自力："无单放货法律问题研究"，载于金正佳主编：《海事法专题研究》，中山大学出版社，第96页。

④ 具体案例请见下文所介绍的最高人民法院2005年10月17日对富春公司无单放货再审案。

⑤ 同注3。

货运有限公司、铁行渣华荷兰公司无单放货案中，金元公司是提单持有人，北欧公司是承运人，铁行渣华是海运区段实际承运人。提单记载装货港为深圳盐田，卸货港为德国不莱梅，交货地为汉堡。铁行渣华荷兰公司负责从盐田到不莱梅的海运。法院认为，铁行渣华荷兰公司只负责海运区段，对海运区段以外的运输不负有交货义务，不承担无单放货责任⑥。最高人民法院 2002 年审理的富春航业股份有限公司、胜惟航业股份有限公司与鞍钢集团国际经济贸易公司无单放货纠纷再审案中，也确认实际承运人富春公司没有参与无单放货，不负责任⑦。但是，值得注意的是，鞍钢集团国际经济贸易公司因不服最高人民法院对该案的（2000）交提字第 6 号民事判决书，2003 年又向最高人民法院申请再审。 2005 年 10 月 17 日对该案最高人民法院作出判决，根据《海商法》第 61 条的规定，实际承运人在其所担负的运输任务内，应当承担与承运人同等的法律责任。富春公司作为本案实际承运人，其所拥有的“盛扬”轮不仅担负了本案货物的运输任务，也确实担负了最终放货任务；在履行放货任务时，本应凭正本提单却仅凭保函以及提单的副本放货，构成无单放货，应对鞍钢公司承担无单放货责任⑧。另外，2005 年 8 月最高人民法院《关于审理无正本提单放货纠纷案件的若干规定》（专家讨论稿）第 9 条规定：“根据无船承运人的书面指示或者电放指示，实际承运人在目的港对外无正本提单交付货物，应由无船承运人承担赔偿责任。”

笔者认为，最高人民法院对实际承运人没有参与无单放货时，不应承担赔偿责任的判决是正确的，因为他对有关无单放货损失

同注 3。

⑦ 邓宇锋：“无单放货案件裁判基础探析”，载于金正佳主编：《海事法专题研究》，中山大学出版社，第 44 页。

⑧ 见最高人民法院（2005）民四再字第 2 号民事判决书第 13－15 页。

的发生没有过错，不存在让他承担赔偿责任的基础。而当他受承运人指示无单放货时也不承担责任的认定欠妥当。此时他不需对承运人承担无单放货责任，即承运人对外承担责任后无权向实际承运人追偿，因为实际承运人是奉其指示行事。但是如果货主直接诉实际承运人，他应当直接对货主承担责任，之后向承运人追偿。最高人民法院在 2005 年 10 月 17 日对富春公司无单放货再审案中也体现了这一观点：认为富春公司主张他凭保函及提单副本放货是按照其与莫帕提公司之间的租船合同，奉莫帕提公司的指令行事的抗辩不予支持，富春公司不能以履行其与莫帕提公司之间的合同为由,损害作为第三人鞍钢公司的利益⑨。

值得强调的是，实际承运人对货主而言无签单义务。否则他就成了承运人，而不存在实际承运人。

三、实际承运人的权利

根据《海商法》第四章的有关规定，实际承运人应当享有如下权利：

(1)责任限制的权利(《海商法》第 56 条、第 57条、第 204 条)。对于在实际承运人运输的区间发生的货物灭失或损害，实际承运人有权根据《海商法》第 56条享受货物的单位责任限制；对于发生的货物迟延交付,则适用该法第 57 条的责任限制的规定。而当实际承运人是船舶所有人、光船承租人时,他还有权按照《海商法》第十一章享受海事赔偿责任限制。

(2)免责的权利(《海商法》第 51 条、第 52 条、第 53 条)。尽管实际承运人对自己完成的部分运输区段负责，但如果他能够证明货物的灭失或损害或迟延交付是第 51条规定的免责事项所致，或者由于所运输的活动物、甲板货的特殊风险所致，则他可以分别根

⑨ 见最高人民法院(2005)民四再字第 2号民事判决书第 14页。

据《海商法》第51条、第52条、第53条的规定免责。

(3)对其损失或船舶损坏索赔的权利(《海商法》第70条)。如果由于托运人或其受雇人、代理人的过错，造成实际承运人的经济损失或船舶损坏，如托运人对货物性质申报不实造成船舶损坏，或货物标识不清造成溢卸或短卸等，则实际承运人可以向托运人一方提出索赔。

须注意者有二：一是实际承运人无向货方收取运费的权利以及留置货物的权利。因为其不是运输合同的一方当事人，他只与承运人之间存在委托或转委托合同关系，因此，即使承运人欠付其约定的运费，他也无权向托运人或收货人一方索取运费。同时，实际承运人也没有对所运货物的留置权,因为根据《海商法》第87条的规定，货物留置权的行使以托运人或收货人负有支付运费的义务且货物为其所有为条件。二是实际承运人无解除运输合同的权利。因为实际承运人不是运输合同当事人，因此他无权变更、解除承运人与托运人之间的运输合同。

四、实际承运人如何减少风险

根据以上讨论，结合航运实务，笔者认为，实际承运人可从以下几方面减少其责任风险：

(1)明确自己的运输区段，尽量减少自己的过失。

(2)不参与无单放货。必须接受时，应当让承运人出具书面指示，而且让货方提供可靠担保，如银行担保。

(3)收货人不能依据合同关系追究实际承运人的运输责任，只能追究其侵权责任。提单管辖条款指明“承运人所在地”法院管辖时，不能以实际承运人所在地代替承运人所在地；另外，侵权案件管辖法院与合同案件的管辖法院不同，可以提出抗辩。

(4)提单中的法律适用条款对实际承运人不一定适用。如提单中约定适用某国法律，但该国法律中并没有实际承运人的概念

需要全本请访问 www.ertongbook.com

及规定，则该约定的法律不能适用十实际承运人。

(5)对承运人的诉讼时效，并不一定适用于实际承运人。我国《海商法》第257条规定对承运人的诉讼时效为1年,而承运人对外赔偿后向实际承运人追偿的时效为90日。当货方直接起诉实际承运人时，由于他对外承担的是法定责任即侵权责任，所以诉讼时效是2年，这比运输合同的诉讼时效长，对他也是不利的。

无船承运人还是货运代理

——兼评我国《国际海运条例》

郭　萍*

一、引言

随着国际贸易的发展和改革开放政策的不断深化，在过去的20年中，国际货运代理业已经在中国蓬勃发展起来。货运代理业在经济发展中，尤其是在对外运输领域起着十分重要的作用。由于历史的原因，我国货运代理业一直处在对外贸易经济合作部① 的监管之下。2002年1月1日《国际海运条例》生效，作为其补充和指南的《中华人民共和国国际海运条例实施细则》(以下简称《海运条例实施细则》)也于2003年3月1日起开始实施。在法律上“无船承运业务”这一概念首次出现在上述两个规则中。在此之前，无船承运业务一直被认为是货运代理业的一种而由商务部监管。可以说，不仅在运输实务中，而且在司法实践中，有关货运代理和无船承运业务经营人如何界定都不是十分清晰。本文力图从二者产生的背景出发，借鉴其他国家的相关法律规定，从不同的角度来分析货运代理与无船承运人之间的关系。

大连海事大学法学院教授。

① 从2003年3月起更名为商务部（MOC）。

二、无船承运人和货运代理产生的背景

1.中国有关货运代理的规定

货运代理在不同的国家有不同的称谓。在英美国家被称为“货运代理(Freight forwarder)”，在德国被称为“佣金代理(Spediteur)”,在法国被称为‘运输中介(Commissionaire de transport)”,其他国家还有很多类似的不同提法……，但货运代理的功能在世界大多数地方都是基本相同的②。

货运代理一词的英文一般为“Freight Forwarder”、“Freight Forwarding’或者‘Ocean Freight Forwarder”、“Forward”等。其中文名称在我国亦不统一,但通常被称为‘国际货运代理’、‘货运代理’或者简称为‘货代’③。在我国的台湾地区，货运代理则被称为“货运承揽人”、“承揽运送人’等④。有学者提出，这种名称的翻译是有问题的,容易造成极大的误解。因为在大陆法系,“代理”一词具有特殊的含义。也正因为这种名称上的翻译，导致我国立法和司法实践中常常将“货运代理”理解为货主的代理。该学者还提出，国务院和交通部的有关领导对于货运代理的理解与实践情况不符，特别是在《国际海运条例》中引入‘无船承运业务’的涵义,则对上述错误翻译的理解起到推波助澜的作用，这不仅与国际上几百年货运代理的普遍业务实践相违背，而且在实践中也行不通。货运代理如果仅仅作为托运人的代理人是没有办法生存下去的，也将极大地束缚国际货运代理行业的发展⑤。

② D.J.HILL(1972)著:《货运代理》,伦敦 Stevens & Sons 出版社,第 3 页。

③ 孟于群、陈震英编著:《国际货运代理法律及案例评析》,对外经济贸易大学出版社,2000 年,第 1-3 页。

④ 张扬:《货运代理与无船承运人》,《集装箱化》2000 年第 2 期,第 16-18 页。

⑤ 杨运涛、丁丁等译著:《国际货运代理法律指南》,人民交通出版社,2002年,第 202-203 页

在我国，“货运代理”一词一般是指国际货运代理。但是从严格的意义上讲，货运代理应当具体区分为国内货运代理与国际货运代理。根据交通部 1996 年发布的《中华人民共和国水路运输服务业管理规定》，水路运输服务企业可以从事国内客货运输代理业务。但是因为实践中从事水路运输货代服务的企业只能以代理人的身份出现，所以相对于国际货运代理而言，在实践中确定其身份比较容易，产生争议的不多。因此本文仍限定于对国际货运代理的相关问题进行探讨⑥。

尽管货运代理业有着很长的历史，但货运代理到底源于何时却无法考证。国际货运代理大约出现于 10 世纪，正如 Rowlatt 法官在 Jones v. European & General Express Company Ltd. 一案⑦ 中所表述的那样，货运代理起初只是作为货主的代理人而不是作为承运人行事。

然而 D.J. Hill 先生则认为⑧，货运代理的定义应为‘任何向公众提供以下服务的人：提供并安排货物运输以取得报酬，可为货物合并拼箱，履行或提供履行卸载与分拨货物服务，承担将这些货物由收货地运至目的地的运输责任，通过水运、陆运、空运中的一个或多个承运人的服务或其中任意几种方式的联合运输进行船载运输”。

基于这些观点，一些评论者认为，虽然并不排除货运代理亲自履行了运输的某些部分，但货运代理并不作为承运人行事，而仅仅是发货人或收货人与承运人之间的中间人。

20世纪 60 年代以来，集装箱运输为货运代理的发展提供了更宽广的空间。随着多式联运和信息技术的发展，越来越多的代

⑥ 本文‘货运代理人”一词，除非特别说明，均包括国际货运代理人。

⑦ [1920]4Ll. L Rep. 127. ，转引自注释 2 - HILL 著书，第 15 页。

⑧ 参见注释 2，第 16页。

理人可以提供“门到门”服务。随之，越来越多的代理人不再满足于仅仅为货物运输提供辅助性工作，而是直接参与到货物运输的营运中来。

1995 年 6 月 29 日,外经贸部颁布了《中华人民共和国国际货物运输代理业管理规定》(以下简称《货代管理规定》),其第 2 条规定:“国际货运代理业是指接受进出口货物收货人、发货人的委托，以委托人的名义或者以自己的名义，为委托人办理国际货物运输及相关业务并收取报酬的行业。”

之后,外经贸部又于 1998 年 1 月 26 日公布了《中华人民共和国国际货物运输代理业管理规定实施细则（试行）》(以下简称《货代管理实施细则》),其中第 2 条第(1)款规定:“国际货物运输代理企业可以作为进出口货物收货人、发货人的代理人，也可以作为独立经营人,从事国际货运代理业务。”

虽然在中国，国内货运代理与对外货运代理（国际货运代理）之间应该没有区别，但国际货运代理企业必须经过国家有关部门的授权许可才有资格开展国际货运代理业务⑨。而国内货运代理企业只要满足了公司法的条件就不需要获得政府的批准。

从以上的有关规定可以看出，在国际趋势的发展和影响下，中国国际货运代理的功能已经发生了改变并顺应了国际上的发展趋势。

2. 无船承运人的界定

1)目前中国有关无船承运人的规定

在中国，有关无船承运人英文表述的缩写有两种： NVOC 和 NVOCC。前者通常指“无船承运人”，后者往往指“无船公共承运人”，有的则将二者泛泛地译为“无船承运人”或“无船公共承运

⑨ 参见《货代管理实施细则》第 2 章(第 6条 -第 11条)和《货代管理规定》第 2 章和第 3 章。

人”,不加任何区分。NVOC 是 Non-vessel Operating Carrier 的缩写;对 NVOCC,有的译为 Non-vessel Operating Common Carrier,还有的译为 Non-vessel Owning Common Carrier 。从国内一些较权威的学术词典,例如《水运技术词典》、《英汉航海技术缩写辞典》、《英汉海事缩略语词汇》、《英汉航海术语和缩略语》、《海商法大辞典》等关于无船承运人或者无船公共承运人的界定看,内容并不统一。有的限定于集装箱运输,有的限定为多式联运业务,有的泛指一切海上运输;有的限定为不经营船舶,有的则认为不拥有船舶就是无船承运人⑩。

从法律角度讲,目前在中国,对无船承运人还没有一个一致认同的定义。《国际海运条例》也没有对这一概念给出明确的解释,仅仅是在第 7 条第(2)款中使用了“无船承运业务”这样一个法律概念。此条款所称的“无船承运业务”是指无船承运业务经营者以承运人身份接受托运人的货载,签发自己的提单或者其他运输单证,向托运人收取运费,通过国际船舶运输经营者完成国际海上货物运输,承担承运人责任的国际海上运输经营活动。

而《海运条例实施细则》第 3 条第(4)款规定:“无船承运业务”包括下列活动:(1)以承运人身份与托运人订立国际货物运输合同;(2)以承运人身份接收货物、交付货物;(3)签发提单或者其他运输单证;(4)收取运费及其他服务报酬;(5)向国际船舶运输经营者或者其他运输方式经营者为所承运的货物订舱和办理托运;(6)支付港到港运费或者其他运输费用;(7)集装箱拆箱、拼箱业务;(8)其他相关的业务。

从法律规定看,《海运条例实施细则》的范围似乎比《国际海运条例》宽泛很多,《国际海运条例》中并未包含上述第 6 至 8 项三项内容。当然关于这一点,目前存在着很多争议。一种意见认为,作

⑩ 同上,第 6 页

为《国际海运条例》下的无船承运业务，必须满足从(1)至(5)这5项的要求;而相反观点认为,满足《海运条例实施细则》的任何一项都足以被认定为从事无船承运业务。从两个规则的关系上看，《海运条例实施细则》应当不能与《国际海运条例》相抵触,但至少它在字面上和逻辑上是模糊不清的。

特别是按照2000年3月15日第九届全国人大三次会议上通过的《立法法》的规定[11],《国际海运条例》的效力要优先于《海运条例实施细则》，这就意味着在《国际海运条例》规范所涉及的范围问题上，下位法不得与上位法相冲突。

虽然《国际海运条例》仅规定了"无船承运业务"的概念而不是"无船承运人"的概念,本文仍然认为,"NVOCC"是指不经营船舶的公共承运人(Non-vessel Operating Common Carrier)。理由如下：

(1)基于《海运条例实施细则》第3条第(1)款的规定

如果经营者使用自有或者经营的船舶、舱位，提供国际海上货物运输和旅客运输服务，那么此经营者不能被认定为无船承运人而应当是国际船舶运输经营者。因此，作为一个无船承运人，他不能经营船舶，更不用说拥有船舶了。

(2)基于《国际海运条例》和《海运条例实施细则》英文版的规定[12]

虽然《国际海运条例》中文版在对"无船承运业务"中"无船"一词的含义究竟是"不经营"船舶,还是"不拥有"船舶的意思表达不

[11] 《立法法》第71条规定，国务院各部、委员会和具有行政管理职能的直属机构可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令在本部门的权限范围内，制定规章。部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。

[12] 参见《中华人民共和国国际海运条例》（中英文），人民交通出版社，2002年3月；《中华人民共和国国际海运条例实施细则》（中英文），人民交通出版社，2003年2月。

清，《国际海运条例》的英文版则将无船承运人解释为不经营船舶的公共承运人(Non-vessel Operating Common Carrier)。虽然条例中说明如果发生语言表达上的冲突，中文版应当优先于英文版使用，但可以明显看出此规则是偏向于使用“不经营”一词的表述。

(3)结合无船承运人的发展历史来看

历史上，无船承运业务源自于货运代理业的发展。货运代理不拥有也不经营任何形式的运输工具，更不要说经营船舶了。即使一些货运代理拥有部分货车或拖车，他们也只是使用这些货车或拖车在陆地上进行短距离运输，以便于将货物交给专门的运输承运人，他们本身并不从事具体实际的货物运输工作。

2)美国和菲律宾有关无船承运人的规定

无船承运人这一法律概念,最早出现在《1916年美国航运法》的1936年修正案中。按照《1984年美国航运法》的规定“无船公共承运人(NVOCC)”是指不经营海运船舶却提供海运服务的公共承运人，该承运人相对于海运公共承运人是托运人。在1998年，《1984年美国航运法》被修订为《美国海洋运输改革法》,该法律将“无船公共承运人”和“海运货运代理”合并规定为“海运中间人(ocean transportation intermediary)”。《美国海洋运输改革法》第17条将海运货运代理定义为从事下列行为的人：(1)在美国境内,代理托运人通过公共承运人从美国发送货物或采取订舱等其他方式来安排货物运输;(2)处理单证或从事与货物运输相关的行为。

除了美国法律对无船承运人作出明确法律规定外，笔者了解到,菲律宾也曾于1984年8月23日颁布了《有关无船公共承运人与海运货运代理的规定》。该法第2条第2款规定,无船公共承运人不经营船舶却提供海运服务，相对于海运承运人，它是托运人；但在托运人请求下以自己的名义向托运人签发提单时，要直接承担公共承运人的责任和义务。如果海运货运代理不是以代理人的名义而是签发自己的运输单证或承担了实际运输的责任，那他应

需要全本请访问 www.ertongbook.com