

中国海商法年刊

1991

《中国海商法年刊》编委会编辑

大连海运学院出版社出版

《中国海商法年刊》
编辑委员会成员名单

主 编 司玉琢
副主编 尹东年
编 委 (按姓氏笔划排序)
李嘉华 朱曾杰
孟于群 高隼来
傅廷忠

中 国 海 商 法 年 刊 (1 9 9 1)

ANNUAL OF CHINA MARITIME LAW

主 办	中 国 海 商 法 协 会
编 辑	《中国海法年刊》编委会
出 版	大连海运学院出版社
主 编	司 玉 琢
发 行	大连海运学院出版社
印 刷	大连海运学院出版社印刷厂

ISSN 1003-7659
CN 21-1271/D

定价: 平装 9.00 元
精装 15.00 元

《中国海商法年刊》(1991 年)

编辑人员名单

倪 暹	姜建军	张宏声	程策群
时培育	张 嫻	刘明凯	王桂云
汪 淳	商 文(英文)		

中国海商法年刊

1991 年

第 2 卷

目 录

《中国海商法年刊》编辑委员会成员名单

论 文

- 论提单中的仲裁条款 (香港) 杨良宜 (1)
- 浅析提单条款与租约条款相冲突的问题 孟子群 (11)
- 停租条款在实践中的运用 杜智彪 (22)
- 航次租船合同有关滞期责任的除外条款和保证条款
..... 高学军 (33)
- 论涉外海事诉讼管辖的若干问题 金正佳 赖尚斌 (39)
- 涉外海事诉讼的管辖原则 赖尚斌 (49)
- 论海事审判中的鉴定结论 成半忍 (58)
- 论海事判例在我国司法实践中的地位和作用 曲立东 (68)
- 谈涉外海事案件的合并管辖 傅廷忠 (77)
- 论涉外海事案件的合并管辖和共同管辖 林均新 (90)
- 一起船舶碰撞案所引出的涉外民(海)事管辖问题
..... 冯立奇 李守芹 (101)
- 提单的法律性质 宋春林 (120)
- 论预借、倒签提单行为的法律性质 王孝春 (130)

收货人依提单向海上承运人起诉的时效问题之研究	郭春风 (140)
海运保函的法律性质和效力刍议	翁子明 (154)
论海上保险的近因原则	司玉琢 李兆良 (166)
论海上保险法中被保险人的告知义务	陈小岗 (181)
我国海运货物留置权的实施构想	郭萍 胡正良 (197)
论海上货物留置权	汤凯 (208)
船舶变卖后债务清偿顺序之探讨	卢敏 (221)
论“比例过失”原则	汪鹏南 (231)
论货物固有瑕疵	郭国汀 庄仲希 (242)

述 评

美国的海事管辖和海事索赔诉讼	刘书剑 (252)
英国法有关租船合同和提单判例的新发展	司玉琢 (275)
三个海运提单公约的比较研究	郭志刚 (291)
美国的海事仲裁制度评介	刘书剑 (306)
美国《1990年油污法》评介	袁林新 (333)
《联合国国际贸易运输港站经营人赔偿责任公约》 及对几个问题的评述	王阳洋 (344)

案 例

国内首次因债务纠纷依法拍卖外国籍船舶案	井庆仪 (350)
美国法院审判“达姆达”轮火灾案始末	张铁鞠 (356)
对“卡娜瑞斯”轮尿素短少及损坏、扣船损失和扣 船申请费争议案的裁决	刘书剑 (365)
对一宗海上拖航救助案的分析	朱清 (374)

上海海运对外技术服务公司与张羽玲外派船员人身伤害赔 款归属纠纷上诉案	高长久 张利荣 (382)
湖北省黄石市航运公司诉国营重庆造船厂船舶建造公司纠 纷案	傅郁林 (386)
“鲁烟捕 6032”渔船与“阿林”轮碰撞案	吴立群 (390)
“金鹰一号”上诉案	(394)
南京江海航运(集团)公司诉大连远洋运输公司船舶浪损 纠纷案	傅郁林 (399)
“富河”轮提单交货纠纷案	翁子明 (401)

国际公约与航运法规

最高人民法院关于审理涉外海上人身伤亡案件损害赔偿的 具体规定(试行)	(406)
中华人民共和国交通部关于执行一九九〇年新版《国际海 运危险货物规则》有关问题的通知	(409)
中华人民共和国海关对进出境国际航行船舶及其所载货物、 物品监管办法	(413)
成山头水域船舶定线规定(试行)	(417)
联合国国际贸易运输港站经营人赔偿责任公约	(420)
《贸发会议/国际商会多式联运单证规则》导言	(434)
《贸发会议/国际商会多式联运单证规则》	(442)

学术组织与学术活动

贯彻《内河交通安全管理条例》、《内河避碰规则》研讨会 会议纪要	(449)
全国海事法院学术研讨会在天津召开	(450)

中国船务代理公司海事案例研讨会·····	(451)
新加坡律师应邀来京举办研讨会·····	(452)
国际研讨会信息·····	(453)
国际海事委员会动态·····	(454)
国际海事组织法律委员会第 64 届会议的情况介绍 ·····	(455)
“汉堡规则” 将于 1992 年 11 月生效 ·····	(464)
联合国贸发会航运工作组第 13 届会议召开 ·····	(471)
美国 1990 年油污法讲座在京举办 ·····	(473)
中国海商法协会 1991 年大事记 ·····	(474)
英文目录·····	(477)

论提单中的仲裁条款

(香港)杨良宜*

国际海上货物运输合同主要有两种,一是租约,一是提单。与租约有关的争议,一般是通过在伦敦、纽约和香港等地仲裁来解决,几乎不存在法庭选择问题。但与提单,特别是产生于提单的货物索赔有关的争议的解决,择地行诉(Forum Shopping)一直广为流行。产生这种差别的主要原因是这两种合同的制定过程及其管辖权仲裁条款的效力和所起的作用不同。

一、提单条款的形成过程

提单可分为“租约提单”(Charterparty Bills of Lading)和“班轮提单”(Liner Bills of Lading)两种。这两种提单条款的形成过程存在很大差异,影响其管辖权/仲裁条款的内容或存在,有必要分别予以说明。

1. 租约提单

租约提单是根据租约签发的提单。

大多数租约要求船东签发承租人“所提交的”(As Presented)提单。这将允许承租人(和托运人)有广泛的权利来决定并要求船

* 香港航运实务协会副主席、英国特许仲裁员协会香港分会主席、海商法专家

长签发的提单的形式和内容(The “Nanfri” 1979),承租人/托运人通常就是这样做的。他们准备一套符合买卖合同或信用证要求的提单,根据大副收据填入货物的细节,然后交由船长签发。许多时候,由于根据租约已获得的授权,承租人/托运人或其代理人还可能代表船长自行签发提单。

许多与租约配合使用的提单上明确订入的条款和条件实际上很少。以最流行的“金康”(GENCON)租约配合使用的“康金提单”(CONGENBILL)为例,其上除待填的货物和航次空栏外,只有首要条款、双方有责碰撞条款和新杰逊条款。欲使这种提单成为一个单独的、自我包容的和独立的运输合同的条款和条件,都是靠在提单中合并先前订立的租约的条款和条件。在“康金提单”格式中,就有一个并入租约栏,留待填入租约的日期。

根据英国法,一个简单、笼统的合并条款足以将租约中与提单下的货物运输“直接相关的”(Directly Germane)条款从租约转移到提单中来(The “Annefield” 1971)。

在诸如“康金提单”与租约配套使用的提单格式中,一般没有管辖权/仲裁条款,而租约中一般都有一个仲裁条款。问题是租约中的仲裁条款是否能通过合并将其并入租约提单之中,在英国上诉案 The “Annefield”(1971)中,丹宁勋爵判决,与提单的标的(即货物的装船、运送和交付)直接相关的租约条款能够并应该并入提单合同中,但租约中的仲裁条款不是与提单的标的直接相关的条款,不能通过笼统的合并条款而并入,只能通过在提单或租约中用清楚的措辞明确表示并入该条款。

租约中的大多数仲裁条款仅规定“依据本租约”引起的争议要提交仲裁;即使仲裁条款非常广泛,通常也没有超出租约争议的范围。在这种场合,将租约中的仲裁条款并入提单,只能通过提单中特别明确的合并条款。只是在极少数情况下,租约中的仲裁条款规定“任何产生于本租约或根据本租约所签发的任何提单的争议应

提交仲裁”,英国上诉法院曾判这样的措辞足以将仲裁条款并入提单(The “Merack” 1964),但这个判决受到来自货方利益的批评。

其结果,在大多数租约提单中,不存在仲裁条款,也没有管辖权条款和准据法条款,收货人或其货物保险人得以自由地“择地行诉”。

2. 班轮提单

传统上,班轮提单是由班轮公司签发的唯一的运输合同,通常不涉及租约。班轮提单的全部合同条款和条件都印在提单背面。

签订这种运输合同的一种通常的方法,是托运人或其代理人拿到一份空白装货单,填入待装运的货物的细节,然后退给班轮公司作确定性的订舱。班轮公司的装货单上总是印有诸如“取决于舱容”和“取决于提单的条款和条件”之类的但书。因此,运输合同的条款和条件事实上就是标准班轮提单。

班轮提单完全是由班轮公司拟订的,班轮公司可以随心所欲地在其标准提单格式中订入对他们有利的条款和条件,尽管今天货方的讲价能力并不比船方弱。其原因之一是在班轮的每一航次中,可能涉及数百票货物,由班轮公司与每一托运人一一磋商合同条款和条件,使得同一航次中有多种不同的运输合同,这显然是不切实际的。但更重要的是托运人不关心运输合同的条款和条件,在与班轮公司洽谈订舱时,托运人仅仅关心班期、运价和回扣之类的事情,因为在买卖合同中,只有这几个方面与托运人有真正的利害关系;货物风险在装船时已转移,托运人,特别是在 CIF 贸易中,对在提单中协议一个更适宜的管辖权/仲裁条款,以利日后最终买方(提单持有人)向船舶/承运人索赔,几乎不感兴趣。托运人对管辖权/仲裁条款缺乏兴趣和关心,导致承运人/船东完全垄断提单中这一条款的拟订,因此人们看到,印尼班轮公司赋予印尼法院管辖权并以印尼法律作为运输合同的准据法;德国班轮公司自然将管辖权赋予汉堡法院,如此等等,不胜枚举。

班轮提单偶尔也可能与租约一起签发,例如,一些半班轮经营人,有其自己的提单格式,租进船舶运输所揽到的货物,把自己的提单签发给托运人。但是,在这种情况下使用的提单与传统的班轮提单并无差别,都不需要通过合并条款来并入租约条款作为运输合同的条款和条件。

可以说,在大多数班轮提单中有一个管辖权条款,而且通常不是仲裁条款,而是规定船旗国法院或班轮经营人住所地之类的诉讼地点。由于存在大量的方便旗船舶和班轮经营人分布在世界各地,最遥远、过时和陌生的诉讼管辖地点在班轮提单中经常可见。在这种场合,无辜的收货人或取得代位求偿权的货物保险人,仍然可以通过“择地行诉”来告当事船/承运人。

二、提单中管辖权条款的作用

众所周知,争议解决的地点对货物索赔人和承运人/船东双方都非常重要。在争议发生之前,承运人/船东利用合同自由和托运人不关心最终买方的利益,可以在提单中任意订入对自己最为有利的管辖权条款,试图因此而约束作为运输合同另一方当事人的货物索赔人。但至此承运人/船东只赢得第一回合的利益,尚未取得最终的胜利。在货损货差发生之后,由于提单中的管辖权条款,通常并不能当然排除或否认其他国家的管辖权,货物索赔人仍然可以寻找对自己有利的诉讼地点提起诉讼。最普遍的作法是在有利的地方以“对物诉讼”(Action in Rem)告船和扣船,使货物索赔人同时取得管辖权和担保。以此,货物索赔人赢得第二个回合的利益。面对货物索赔人的择地行诉,承运人/船东在其互保协会支持下提供担保使船舶获释后,不会坐以待毙,下一步通常要做的就是向执行扣船的法院申请“中止”(Stay)诉讼,不是去否认法院的管辖权,而是试图说服法院存在另一个更合适和方便的诉讼地点,或

者存在一个合同约定的地点,因而法院应行使其裁量权中止在该法院的一切诉讼活动,支持另外的诉讼地点。这是第三回合的较量,也是双方在争取对自己有利的诉讼地点方面最后一个回合的较量。从承运人/船东的立场看,提单中的管辖权条款在这场较量中所起的作用,处于一种不确定的状态。

在通常没有管辖权/仲裁条款的租约提单の場合,一旦货物索赔人在其选择的某一地点提起了对物诉讼,承运人/船东同样可能向法院申请中止诉讼。虽然在 The “Spiliada” (1986) 一案中,上议院 Goff 勋爵明确将支持外国管辖权条款的中止案件,与以“法庭不便”(Forum non Conveniens) 为由而准许中止诉讼作了区分,但看起来法院在这两类中止案件中要考虑的因素同样是没有限制、处于不断变化之中。最终都要确定是否存在另一个“自然法庭”(Natural Forum),只是双方的举证责任不同而已。

在提单中有管辖权条款の場合,英国法院认为作为原告的货物索赔人,有义务以强有力的理由证明为什么不应遵从提单中的管辖权条款,否则法院应裁量允许中止诉讼(The “Eleftheria” 1969; The “El Amria” 1981)。

与提单有关的中止诉讼案件很多,判决结果相当混乱。同样的班轮提单格式,同样的印尼管辖权条款,英国上诉法院允许中止诉讼(The “Benarty” 1984),但被香港上诉法院拒绝(The “Adhigunda Meranti” 1987),以及不同意中止(The “Andhika Samyra” 1989)。而在最近的 The “Frinton” (1991) 一案中,香港上诉法院推翻香港高等法院的判决,分别以班轮经营人在希腊和有些提单中有希腊管辖权条款为由,允许了船东的中止香港诉讼的申请。

三、提单中仲裁条款的作用

申请中止诉讼的高费用和不确定性促使船东/班轮经营人思

考是否可能有更好的方法,使货物索赔人根本无法“选择”(Shopping)诉讼或仲裁地点。

看起来可能的答案是在提单中有一个仲裁条款。大多数的重要贸易和航运国家是1958年“纽约公约”(《联合国承认和执行外国仲裁裁决公约》)的成员国,目前有90个国家参加了该公约。该公约的两大目的之一是在缔约国之间“强制”(Mandatory)中止法院诉讼程序,以支持外国或本国仲裁协议。这是一项条约义务(1958年“纽约公约”第二条),每一个缔约国都不会轻视它。英国尊重这一条约义务,为赋予根据该公约的仲裁协议的效力,强制中止诉讼是肯定的(The “Rena K” 1978; The “Tuyuti” 1984),虽然这并不影响法院保留在扣船程序中取得的担保的权力。

目前在提单中有仲裁条款的还不普遍,不管是班轮提单还是租约提单。但要改变这种局面似乎并不难,就班轮提单而言,船东/班轮经营人只需要将其提单格式中现有的管辖权条款作一下修改或变化,明确订入一个对自己有利的仲裁条款即可。就租约提单而言,鉴于普通法对在提单中并入租约中的仲裁条款的限制,可行的方法之一是在与租约配套使用的提单格式本身有限的几个条款中,再打印上一个适当的仲裁条款。

然而,船东/班轮经营人似乎还不能因此而高枕无忧,因为要强制中止诉讼程序,法院首先必须认定提单中的仲裁条款,根据1958年“纽约条约”是有效的书面仲裁协议。

为了保证仲裁协议的确定性和当事人知道他同意仲裁,1958年“纽约公约”第二条第2款明确规定,仲裁协议必须是书面的,并进一步规定要么是给双方当事人签字的,要么包含在双方交换的信件或电报中。提单中的仲裁条款是否符合该公约的这一要求呢?该公约的各缔约国和适用地区对此有不同的认识。

1. 根据英国法

英国《1975年仲裁法》的第七条规定反映了1958年“纽约公

约”第二条第 2 款的内容,它对“仲裁协议”(Arbitration Agreement)作了类似的规定,即“仲裁协议是指将现在和将来的争议提交仲裁解决的书面协议(包括以信件或电报交换的协议)。

在“Zambia Steel v. Clark a Eaton”(1986)一案中,英国上诉法院审理了这一条的涵义。买卖双方之间有一个供应玻璃的口头协议,在卖方发给买方的报价单中,其中有一个仲裁条款。买方声称所供应的玻璃受损,并对卖方签发了一张法院传票。卖方以存在仲裁协议为由请求强制中止诉讼。

卖方在上诉法院胜诉。法官 Ralph Gibson 勋爵判:“一旦澄清了对书面条款的同意或其他证据证明,不要求包含在书面协议中,那么在我的判决中,证明当事人已同意受文件中的仲裁条款约束的任何证据,足以使该文件构成《1975 年仲裁法》意义上的书面协议。”

在本案中这位法官还说,“书面协议”这一术语至少有两种含义。第一种含义是,双方当事人协议的条款被书面表述出来。在这个基础上,对某一书面协议的证明得超过该文件的范围之外。这样的证明可能通过行为证据给出,说服法院推断协议的存在,或通过口头接受或任何其他证据来达到。第二种含义是,协议提交仲裁的条款和对这些条款的表面上同意都包含在文件中。但在法律上只有第一种含义是正确的。英国仲裁法方面的权威著作也持同样的观点(Mustill 和 Boyd 合著,《商业仲裁》第二版,P. 54~55)。

从作为运输合同的提单的订立过程来看,提单中的仲裁条款是英国《1975 年仲裁法》意义上的有效的书面仲裁协议。即使认为班轮提单是运输合同的证明,是在装船后签发的,运输合同在托运人填好装货单,退给班轮公司接受订舱时也一定订立了;而在装货单中通常订明受班轮公司自己的提单格式中的条款和条件的约束,这当然包括其中的仲裁条款。虽然提单通常仅由承运人/船东签发,但英国法并不要求仲裁协议一定要经双方签字方为有效。

2. 根据香港地区的法律

香港自 1990 年 4 月 6 日采用了《联合国国际贸易法委员会仲裁示范法》(UNCITRAL 示范法),虽然英国此前已表示不采纳这一示范法。

该示范法第七条第 2 款规定:“仲裁协议须采用书面形式。协议是书面的,如果它包含在双方当事人签字的文件中,或在双方当事人交换的信件、电传、电报或其它种类的电信中有记录可查,或在双方交换的索赔函和答辩函中,一方主张存在仲裁协议,另一方并不否认。合同中对另一个包含仲裁条款的文件的合并构成一个仲裁协议,如果该合同是书面的,而且该合并使该仲裁条款成为该合同的一部分。”在该示范法的准备过程中,起草委员会对常常未经托运人签字的提单中的仲裁条款是否构成该示范法意义上的书面仲裁协议,曾表示出许多怀疑。为了澄清这一点,挪威代表建议在该示范法第七条中增加下面这样一句话:“如果仅由一方当事人签发的提单或另一种文件足以证明合同存在,在该文件中的仲裁条款或对另一个包含有仲裁条款的文件的合并,应认为是一个书面协议。”Wilberforce 勋爵,作为英国特许仲裁员协会的观察员,建议考虑《1968 年民事和商事管辖权及其判决的执行布鲁塞尔公约》第十七条提供的解决办法,即在该示范法中补充明确国际贸易或商业中的书面协议是指当事人已知或应知的符合该贸易或商业做法的形式。虽然这些建议有很多人支持,但最终均未被采纳。

虽然现在对何以构成一个有效的书面仲裁协议的定义讨论甚多,但香港在采用该示范法时并没有考虑到它的重要性。在香港法律改革委员会 1987 年所作的采纳 UNCITRAL 示范法的报告中,有这样一段话:“香港的规定(第二条)在措辞上与示范法不同,但效果是相同的。香港的规定在措辞上更简洁。‘书面’在示范法中确定为更广泛的含义。”现在对基于示范法的香港的新书面仲裁协议定义,是否可能比原示范法中的定义的范围要窄得多有疑问,香

港正组织一个专门委员会对此进行讨论。因此,提单中的仲裁条款是否构成一个有效的书面仲裁协议,使得香港法院必须“强制”中止诉讼,在很大的程度上取决于示范法的新定义如何解释。似乎在班轮提单の場合,可以争辩说托运人正式将填好的装货单退给班轮公司订舱这一事实,构成了符合定义要求的书面“交换”。

3. 1978 年“汉堡规则”的影响

记录表明 UNCITRAL 示范法起草委员会想把提单问题留待有关条约,主要是《联合国 1978 年海上货物运输公约》(汉堡规则)来最终解决,但“汉堡规则”能否解决提单中的仲裁条款在申请中止诉讼程序中的作用问题,似乎是含混的和有疑问的。

“汉堡规则”第二十二条第 1 款规定:“除本条其他规定外,当事人可以以书面协议规定,凡是关于按本公约运输货物所发生的争议,都应提交仲裁。”这似乎是对仲裁协议的构成有着不同于 1958 年“纽约公约”和 UNCITRAL 示范法的规定,非常灵活,从而有利于船东/班轮经营人,但“汉堡规则”在司法和仲裁程序方面同时赋予原告或货物 索赔人广泛的择地行诉的权利。“汉堡规则”似乎仅规定双方当事人可以协议仲裁,但并未进一步规定双方当事人一定要受其仲裁协议的约束。

四、结 论

航运业无疑最好能避开提单下耗资的和不确定的择地行诉。如果说仲裁是应受鼓励的解决争议方式,那么认定提单中的仲裁条款是在 1958 年“纽约公约”和 UNCITRAL 仲裁示范法的适用范围之内,也一定符合一般公共利益。

在英国法中,如果在提单中有书面的仲裁条款,不管提单是否仅由船长签字,在判断其有效性方面似乎没有什么困难。而香港现在的仲裁条例中对“书面仲裁协议”的新定义,不幸引起人们担心,