

ISSN 1003-7659

中国海商法年刊

ANNUAL OF CHINA MARITIME LAW

1995

中国海商法协会主办

中国海商法年刊

1995

《中国海商法年刊》编委会编辑

大连海事大学出版社

**《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 刘书剑
朱曾杰 孟于群
高隼来 傅廷忠

**中 国 海 商 法 年 刊(1995)
ANNUAL OF CHINA MARITIME LAW**

主 办	中国海商法协会
编 辑	《中国海商法年刊》编委员
出 版	大连海事大学出版社
主 编	司 玉 琢
发 行	大连海事大学出版社
印 刷	大连海事大学印刷厂

ISSN 1003-7659
CN 21-1271/D

定价: 平装: 18.00 元
精装: 25.00 元

中国海商法年刊

1995 年

第 6 卷

目 录

论 文

再论倒签提单的责任属性

——兼论民事责任构成体系…………… 徐孝先(1)

迟延交付索赔过程中的若干法律问题…………… 辛 海(15)

论提单的法律性质…………… 李守芹(25)

论提单仲裁条款的效力…………… 冉瑞雪(44)

定期租船合同中的最后航次指示与还船…………… 廖一帆(57)

建立以保全海事请求为目的的我国船舶扣押制度 …… 高 伟(72)

论建立非财产性海事请求保全制度…………… 翁子明(95)

论我国海事赔偿责任限制对船舶优先权的影响

——兼论《海商法》第 30 条的适用…………… 陈海波(107)

论船舶绕航…………… 傅廷忠(118)

试论九七后香港登记的船舶在大陆的待遇问题…………… 胡正良(128)

最后航次有关问题初探…………… 林鹏鸿(137)

非承租人的船舶滞期费和迟延损害赔偿責任…………… 汪鹏南(145)

论我国海上货物运输中货物留置权的性质及其影响

…………… 李志文(160)

论停租条款…………… 祝默泉(174)

论扣船令涉及的法律问题…………… 朱 清(190)

简论对物诉讼·····	张鸿午(199)
中国船员立法的几个问题·····	王秀芬(210)
独立仲裁原则及其对海事仲裁的影响·····	李长春(219)
1995年协会定期船舶保险条款之船级条款及适航性 之效力·····	黄裕凯(228)
析出口方的货运货物及提交单据·····	候淑波(257)
海上货物运输合同的任意解除 ——兼论《海商法》第89条的认识·····	苗晓飞(265)

述 评

1995年协会船舶定期条款述评···(香港)杨良宜	汪鹏南(278)
新的《国际海员培训、发证和值班标准公约》述评···	吴兆麟(302)
略评最高人民法院1994年颁布的《扣船规定》和 《清偿规定》若干条款·····	徐新铭(316)
“LAST VOYAGE”合法性评述·····	胡 辉(329)
美国法院的合同解释原则·····	张鸿午编译(346)

问题讨论

海峡两岸海上货物运输中货物留置权法律比较 研究·····	李志文 赵晓梅(353)
对倒签、预借提单性质和责任的剖析·····	林均新(362)

案 例

“瑯海88”轮与“若星”轮船舶碰撞损害赔偿纠纷案 ·····	刘寿杰(369)
-----------------------------------	----------

北京海事仲裁最新裁决案例.....	刘书剑(374)
因船舶碰撞所致财产损害和人身死亡赔偿纠纷案	朱德治(387)
申请人巴拿马昌运航运公司诉前第二次申请扣押被 申请人船舶案.....	徐孝先(392)

国际公约与航运法规

中华人民共和国担保法.....	(398)
中华人民共和国保险法.....	(413)
中国海事仲裁委员会仲裁规则.....	(439)
最高人民法院《关于审理船舶碰撞和触碰案件财产损害 赔偿的规定》.....	(452)
LOF1995 劳合社救助合同标准格式	(457)
1995 年协会船舶定期保险条款	(466)

学术组织与学术活动

中国海商法协会大事记(1995).....	(481)
第八届全国海商法优秀论文评选结果.....	(485)

再论倒签提单的责任属性

——兼论民事责任构成体系

徐孝先*

所谓倒签提单的责任属性,是指行为人对自己在海上货物运输过程中违反法律规范实施倒签提单的行为所引起的法律后果,应当承担的民事法律责任。长期以来,中外法学界、司法界对倒签提单是违反法律规范的违法行为的认识并没有什么差异,而对这种违法行为引起的后果应当承担什么样的民事法律责任却产生了分歧。争论的结果,虽侵权责任说占了主宰,但对这种“归责”并未真正达成共识。

一、对倒签提单责任属性的各种学说

(一)侵权责任说

在英、美及日本一些国家,有所谓“双重请求权”(亦称合并请求)的观点,即根据运输合同可以对承运人提起违约诉讼,同时也可以从承运人侵权这一角度对其提起侵权之诉。受“双重请求权”的影响,我国一些法学家从分析倒签提单违法行为的构成要件入手,将倒签提单违法行为同侵权行为的构成要件相对照,认为倒签

* 大连海事法院副院长

提单行为符合侵权的一般特征,满足了侵权行为成立所必须的四个要件,因此,倒签提单行为人就应承担侵权的民事法律责任(见1991年《中国海商法年刊》,“论预借、倒签提单行为的法律性质”)。

(二)合同责任说

在法国,当事人之间存在运输合同请求权时,是绝对不允许对同一货损提起侵权行为的请求权。当事人只能以违反合同要件的“实质性违约”或“毁约”提起诉讼。在日本也有对倒签提单按“根本违约”判定责任的判例。受这种责任说的影响,我国有些学术观点认为,承运人倒签提单违反的是合同法(海商法)规定的强制性义务,虽然丧失了提单合同项下免责、责任限制的权利,尽管提单合同无效不受法律保护,但当事人之间有个提单合同的法律事实却不能予以否定。倒签提单是违反合同法的行为,不是违反侵权法的行为。因此,承运人对“根本违约”行为所引起的法律后果应当承担无效合同的赔偿责任(见《远洋运输》1994年1—2期,“论无效提单合同的认定及处理”)。

(三)多重责任说

这种学说认为,倒签提单不仅具有民商法意义上的违约,而且还具有侵权和传统的犯罪性质,构成了多重的非法性(见《海事审判》总第3期,“论防止海运欺诈”)。这种责任说一方面肯定了倒签提单的欺诈行为具有法律上的违约性,另一方面又肯定了这种违法行为具有法律上的侵权性,有可能还会构成犯罪。形成违约责任、侵权责任、刑事责任同时并存的态势。

(四)竞合责任说

该责任说运用“因果链”的分析法,指出违约与侵权两者并非总是互相排斥、互不相容的。有些侵权行为是基于违约的事实而发生的。违约是侵权的客观起因,侵权是违约的质的发展。倒签提单作为一个行为过程,是由违约与侵权行为的结合而形成的,是违约

与侵权的竞合,侵权是其主要特征(见《海事审判》1994年第1期,“浅析倒签提单的法律性质及责任”)。

(五)变态责任说

这种学说认为,托运人在货物因故无法如约装船的情况下,通过要求承运人倒签日期实现装船日与信用证规定的表面吻合,以企图避免承担违约责任甚至合同被解除的危险,该行为也的确表现出一种违约。但一般情况下,托运人的违约也不是一般的商业违约,而是与承运人合谋欺诈的不法行为,对于这两个不法行为(违约、侵权),按照刑法学“吸收犯”理论去分析,违约行为被侵权行为所吸收,倒签提单的违约就可以变态为侵权,侵权是其主要特征(见《远洋运输》1994年第4—5期,“浅析倒签提单的法律性质及其责任”)。

二、对各种责任说的评估

在我国没有颁布《海商法》以前,借鉴国际上的一些做法乃至一些判例(尽管我国不适用判例法),以解决倒签提单情况下的一些法律和实务问题是极其必要的。自我国《海商法》公布生效之日起,执法又成为中心任务,借鉴是为了执法的需要。因此,从解释国际公约及我国现行《海商法》的立场,对倒签提单违法行为所引起的后果应确定什么样的民事法律责任,已不是一个学术问题,而是一个严肃的法律问题。

尽管现存的责任说如前所述有五个方面乃至更多的表述,但认真分析这些责任说的本质特征就不难发现,侵权责任还是合同责任仍然是这些责任说的实质内容。因此,集中评估侵权责任说及合同责任说,就成为评估各种责任说的中心问题。

(一)关于侵权责任说

用科学求实的态度将侵权责任说放在法律和执法的实践中去

考察,就会发现这一责任说的诸多弱点。

1. 它否定了引起责任的前提条件

在国际和国内的民法理论上,确认侵权责任还是其他民事责任不是不问前提条件的。1804年《法国民法典》把侵权责任确定为“非因合意而产生之债”。我国民法理论在阐述合同责任与侵权责任的区分时强调,合同责任是以事先签订的合同为前提的;而侵权责任是事先没有任何合意的,只是从侵权损害发生之后才开始产生债权债务关系。倒签的提单,当事人之间,特别是承运人与收货人、提单持有人之间还存不存在合意?用“海牙规则”、“维斯比规则”、“汉堡规则”及我国《海商法》规定的提单具有的三种职能来衡量就会发现,提单的签发是经历了合意过程而形成的。按照合意及提单形成的先后顺序,首先是托运人与承运人对提单产生的合意,即在没有书面租船合同的情况下,承运人签发给托运人的提单就成了托运人与承运人运输合同的组成部分,它与租船订舱的其他文件及接受货物构成了海上货物运输合同的整体;然后是承运人与收货人及提单持有人对运输合同的合意。合法签发的提单,自签发时起,又成为承运人与收货人及提单持有人之间的合同。不过这个合同的形成,不是承运人与收货人及提单持有人任意协商合意的结果,而是由国际公约及各国的海商法规定的。尽管倒签提单承运人违反了法定的合意条件,构成了对收货人及提单持有人的欺诈;尽管在这样的条件下产生的提单合同是无效的,但依照法律规定,承运人只是丧失了合同项下免责和责任限制的权利,除空头提单之外,并不解除承运人履行“特殊合同”项下类似交付货物及赔偿包括间接损失在内的义务;也不解除收货人及提单持有人依据“特殊合同”提取货物和支付到付运费及其他费用的义务。我国《海商法》第44条关于“海上货物运输合同作为合同凭证的提单或其他运输单证中的条款,违反本章规定的,无效”规定,用法律规范的形式确认了无效合同的前提条件是承运人与收货人及提单持有

人之间有过合意,并没有否认无效合同当事人间存在过合意的事实,否则就不会产生衡量合同有效无效的法律尺度。迄今为止,各国民法及民法理论还没有个“协意侵权”法律规定或说法,因此,对倒签提单应承担侵权责任的学说,就不能不产生质疑。

2. 混淆了违法行为的基本概念

在我国的民法理论上,民事违法行为的含义是广义上的概念,它既包括侵权行为、违约行为,也包括不履行其他义务的行为,即既不属于侵权也不属于违约的其他民事违法行为。在国际范围内,对倒签提单这种违反法定义务的欺诈行为,英国及英联邦的普通法确认为“根本违约”;美国的普通法及海商法定为准违约;法国则称之为“本质性违约”或“毁约”。“海牙规则”、“维斯比规则”、“汉堡规则”及各国的海商立法,都确认这种违反法定义务的欺诈行为和重大过失行为为根本违约。根本违约与违约是有本质区别的,同侵权也不相容。它既不属于侵权的违法行为,也不属于违约的违法行为。根据法律规定,侵权的违法行为是特指违法侵害他人的财产权、人身权的行为。这里的财产权是所有权的充分表现,侵权行为人侵犯的是财产所有人对财产的支配权、对世权、排他权、绝对权和追及权,而不是某一财产在流转过程中的债权。因此,我国《民法通则》第 117 条将侵权的违法行为只限定在侵占、损坏国家、集体和他人财产的范围之内。倒签提单行为,承运人只是违法的帮助了托运人(卖方)掩盖了违反买卖合同约定的装船时间的事实,这种欺诈行为可能会损害收货人及提单持有人的应得经济利益,除空头提单外,运抵目的港的货物仍然要依据提单交付货物,损坏了还要赔偿。因此,承运人本人并不具备非法侵占、损害收货人及提单持有人财产权的故意,所以确认倒签提单的违法行为须承担侵权责任是没有根据的。

3. 违反了“责任法定”的基本原则

根据法律规定,裁量违法行为人应承担什么样的民事法律责

任,必须以违法行为人违反了什么样的法律规范为尺度。例如,违反了民事法律规范,违法行为人应承担民事法律责任;违反了行政法律规范,就应承担行政法律责任;违反了刑事法律规范,就应承担刑事法律责任。在违反民事法律规范责任中,又分违反合同法规范的民事责任和违反侵权法律规范的民事责任及其他既不属于违反合同又不属于违反侵权法律规范的民事责任。这种由法律规定的行为人对违反法律规范所引起法律后果必须承担一定的强制责任的原则,就叫“责任法定”原则。“海牙规则”、“维斯比规则”、“汉堡规则”都规定“货物装船后,承运人须为托运人签发‘已装船’提单”,上述公约是国际间海上货物运输合同的法律规范,倒签提单违反了上述公约关于签发“已装船”提单的规定,因此,倒签提单的违法行为是违反合同法律规范行为。我国法规范与国际法规范是基本趋于一致的。在我国《海商法》的货物运输合同编中规定:“货物由承运人接收或者装船后,应托运人的要求,承运人应签发提单。”可见,我国立法也是将倒签提单的欺诈行为列在违反合同法律规范之列,而不是排在违反侵权法律规范之中。虽然我国《民法通则》将这种无效的民事法律行为与合同法律规范及侵权法律规范单列出来,这恰恰说明,我国民法也未规定无效的民事法律行为是侵权行为,应当承担侵权民事法律责任的后果。

4. 容易产生不良的法律后果

运用侵权责任说去处理倒签提单的责任纠纷,除了与法律规范不相符合以外,实践中有好多问题是无法解决的。

(1) 法定的诉讼时效被规避了

法律对侵权与合同责任规范的诉讼时效是不同的。以我国《海商法》为例,“就海上货物运输向承运人要求赔偿的请求权,时效期间为一年”,我国法的这一规定,符合国际公约规范精神。这一法律规定,不仅包括有效合同的诉讼时效还包括无效合同的诉讼时效。因为这两种情况都是海上货物运输。如果把倒签提单无效合同定

为侵权,我国《海商法》对这一责任的诉讼时效没有规定,只能适用《民法通则》关于二年诉讼时效的规定。依法本应在一年期间内受法律保护的诉讼权益,却因责任观的不同无端地延长了一年,这对主张权利的一方来说是有“益”处的,但对被诉的一方来说,无疑是合法权益受到了损害。

(2) 管辖权受到冲击

根据海上货物运输的有关诉讼,按照国际公约的管辖原则,原告只能在被告住所地、营业地、合同签订地、装货港和卸货港或合同指定的任何其他地点诉讼。即使该货物运输合同被确认无效,也应由上述所在地的法院和索赔发生后当事人协议管辖的法院管辖。如果确认倒签提单承担侵权责任,合同法规定的管辖权不再适用,当事人只能到侵权行为地和结果发生地的法院诉讼。即到产生倒签提单和随之产生承运人把货物风险无端地转嫁给收货人及提单持有人的启运港的法院提起诉讼,卸货港所在地的法院管辖权被剥夺了,这对具有管辖权的法院维护国家主权以及及时地维护当事人的合法权益都是不利的。

(3) 准据法被抛弃了

确定倒签提单为侵权责任,“海牙规则”、“维斯比规则”、“汉堡规则”及我国《海商法》就不再适用。这种抛弃准据法去解决倒签提单的做法是与国际公约规定的精神相悖的。“汉堡规则”第7条第1款规定,本公约所规定的抗辩和责任限制,适用于就海上运输契约所涉及的货物灭失或损坏以及延迟交付而对承运人提起的任何诉讼,第3款还规定,除第8条(注:责任限制权利的丧失是因明知可能造成损害,但轻率地采取行为或不作为所引起)规定者外,从承运人和本条第2款所指任何取得赔偿金总额,不得超过本公约所规定的责任限制。依据这一规定,解决倒签提单纠纷的准据法,仍然是合同法,而不是侵权法。抛开合同法而适用侵权法,势必造成适用法律不当的后果。

5. 不适当地适用侵权责任说与我国的法律制度不相符

侵权责任说的根据在于国际是流行的“双重请求权”的观点。其实,该观点导源于英国的普通法关于“通过提单背书转移的是货物所有权,但并不转移合同的权利和义务”及1855年《提单法》关于“提单中载明的每一收货人和每一提单背书受让人,根据或通过这样的托付或背书获得提单所述货物的所有权的,应转移获得所有的诉讼权利;并且就如包含在提单中的合同是与其自身签订的一样,要对有关货物承担同样的责任”的规定。根据英国普通法和1855年《提单法》的规定,收货人或提单持有人并不一定是提单合同的当事人,即使他们是提单合同的当事人,但根据1855年《提单法》的规定,如果他们没有取得货物所有权,仍然是不能基于提单提起合同之诉。由于英国普通法和1855年《提单法》对根据提单的“诉权”的限制,便产生了很多侵权诉讼以解决提单项下的纠纷,以至后来被许多国家所效仿。

在英国诉权受阻的法律规定,但除英国以外的其他国家却没有这样的法律限制。我国1993年7月1日前,虽没颁布过海商法典,但已存的法律或民法理论及航运习惯,均未有像英国那样限制“诉权”的法律规定或做法。相反,我国不仅承认提单背书转让提单合同的权利和义务,而且还公认,提单就是收货人及提单持有人与承运人间的合同;不仅承认提单的物权效力、合同证明及合同效力,还确认了提单持有人的诉讼权利。况且英国的立法界已经看到了1855年《提单法》的某些缺陷,一部新的法律,即1992年9月16日生效的《海上货物运输法》已经诞生,这部法律已将旧法中关于“诉权”限制的规定彻底抛弃了,“双重请求权”的根基已经发生了震撼。那么效法“双重请求权”的国家应作出何种反应?

(二)关于合同责任说

合同责任说认识到倒签提单是欺诈行为,进而认识到倒签的提单合同不受法律保护,承运人因此丧失免责和责任限制的权利。

同侵权责任说比较,虽未离法律规范太远,但也存在一些实际问题。

1. 只提出倒签提单是欺诈的根本违约行为,没有阐明这种违法行为所引起的法律后果的实在责任属性;

2. 没有从法理上阐述倒签提单责任的构成要件及与其他民事责任的区别。

三、倒签提单的实在责任属性及依据

倒签提单的实在责任属性是缔约过失责任。所谓缔约过失责任是指缔约人为使合同成立故意或过失地违反订立合同时应遵守的公共秩序或诚实信用原则的法律规范所引起的法律后果应当承担的民事法律责任。

缔约过失责任是德国著名法学家耶林于 1816 年创立的。他在其主编的《耶林法学报》第四卷发表的“缔约过失、契约无效与未臻完全时之损害”一文中阐述到“从事契约缔结的人,是从契约交易外的消极义务范畴,进入契约上的积极义务范畴,其因此而承担的首先义务,系缔约时善尽必要的注意。法律所保护的,并非是一个业已存在的契约关系,正在发展中的契约关系亦应包括在内,否则,契约交易将暴露于外,不受保护,缔约一方当事人不免成为他方疏忽或不注意的牺牲品!契约的缔结产生了一种履行义务,若此种效力因法律上障碍而被排除时,则会产生一种损害赔偿义务。因此,所谓契约无效者,仅指不发生履行效力,并非不发生任何效力。简言之,当事人因自己的过失致使契约不成立者,对信其契约为有效成立的相对人,应赔偿基于此信赖而产生的损害”(见苏惠祥主编的《中国当代合同法论》,第 123 页)。缔约过失责任的发现,解决了长期没有解决的因合同一方当事人的过错导致合同不成立、无效或撤销时如何救济无过错的当事人或对因信赖合同有效成立而

受到损失得以补偿的问题。这种责任观不仅被当时的法学界所重视,而且被一些国家的判例所承认,后来发展到被某些立法所采用。在立法上把缔约过失责任作为一般原则加以规定。中国台湾“民法”规定适用缔约过失责任的场合主要有,因错误的意思表示不能履行的(1)合同不成立;(2)合同无效;(3)缔约之际未尽通知等义务致他方遭受财产损失;(4)缔约之际未尽保护义务致他方身体健康受损害。我国《民法通则》第61条第1款及《经济合同法》第16条第1款的规定,已在合同无效、撤销的情况下承认了缔约过失责任。“海牙规则”、“维斯比规则”、“汉堡规则”及我国《海商法》规定,引起缔约过失责任的违法行为主要有:(1)双方缔结的运输契约降低了或解除承运人责任的行为;(2)将保险利益让与承运人的协议行为;(3)托运人在提单上故意谎报货物性质和价值的行为;(4)承运人在未收到货物的情况下所签发的“已装船”空头提单的行为;(5)在货物没有完全装上船的情况下倒签提单或预借提单使托运人顺利结汇而损害了善意的收货人或提单持有人的利益的行为;(6)承运人明知所运货物质量不符合要求,而故意接受托运人所作的赔偿保证函件的协议的行为;(7)超越代理权的行为;(8)拒绝履行法定的或约定的强制性义务的行为;(9)违反协议的甲板货物行为等。由此可见,对倒签提单的责任属性法律早有定论。

四、倒签提单民事责任的构成要件 及与其他民事责任的区别

倒签提单的缔约过失责任,按照国际公约和我国《海商法》的规定,它具有以下四个方面的要件:

(一)发生了承运人违反先合同义务的违法行为

所谓先合同义务,是指合同成立当时当事人的法律行为必须遵守合法、诚实信用和公共秩序的义务,而非指依法成立的合同本

身所符的义务。按照法律规定,货物装上船以后,承运人才能签发“已装船”提单,这是法律要求承运人在缔结提单合同当时必须遵守的诚实信用义务,但承运人却不遵守,因此便产生了倒签提单的违法行为。收到货物后签发“已装船”提单,是法律规定承运人在缔结提单合同时要实事求是、真实记载提单的要求。这从承运人与收货人或提单持有人的合同关系上考证,承运人是违反了先合同义务。

(二)倒签提单给收货人、提单持有人造成了财产损失

倒签提单的原因主要是货物装船时间超过了买卖合同约定的信用证结汇时间,托运人为了顺利结汇而有保证地要求承运人倒签提单。倒签提单的后果是,由于货物延期运到,可能造成市场价格损失,使收货人及提单持有人的经济利益受到损害。但并不是所有的倒签提单行为都会给货方造成损失,根据法律规定,只有存在损害事实时,承运人才承担缔约过失的赔偿责任。

(三)倒签提单与损害结果有因果关系

造成海上货物运输损害原因是多方面的,如倒签提单以后又产生了船舶碰撞损害;航行中因避风又造成了财产损失等等。确认倒签提单的赔偿责任就要运用因果关系的原理去加以分析,判明某一项损失与倒签提单是否存在必然的、直接的因果关系。没有直接的、必然的因果关系,即使倒签了提单,承运人也不必承担因倒签提单而产生财产损失的责任。

(四)倒签提单是承运人主观的过错

即承运人明知货物装船时间晚于签发提单时间,承运人仍然故意倒签提单。不论这种倒签行为是承运人本人所为,还是其船长、代理人所为,承运人对收货人或提单持有人均应承担缔约过失赔偿责任。

倒签提单的民事责任与侵权责任及合同责任有明显的区别,

1. 缔约过失责任与侵权责任的区别