

兩岸海上貨物運送契約準據法規範及判決之實證研究

An Empirical Comparison on the Law Applicable to Contracts of Carriage of Goods by Sea in Taiwan and China

于惠蓉¹ Hui-Lung Yu

曾國雄² Kuo-Shyong Tseng

摘要

由於各國法律規定之差異，對海上貨損索賠當事人之權益影響甚鉅。故發生糾紛時，應適用何國法律或公約，對於當事人而言，極為重要。兩岸未來將隨著經濟發展及政策變更，海運民事糾紛將會大幅增加，因此瞭解兩岸涉外民事法律適用之規範及法院實務之見解，實有助於事前風險之評估及管理。本文即針對兩岸海上貨物運送涉外案件準據法法規予以分析，並蒐集彙整分析兩岸海上運送契約涉外案件準據法實務見解。研究結果主要發現，大陸在準據法之適用方面，對於載貨證券之準據法條款多採肯定之見解，其他當事人無選擇準據法之情況時，依法官之裁量，多數結果還是採用中國法；台灣在準據法之適用方面，法規規範較無彈性，法官對於準據法條款多採否定之見解，而依法定順序判定準據法時，結果多數案件係以載貨證券簽發地法為其準據法。

關鍵字：準據法、準據法條款、海商法、最重要牽連關係

Abstract

Laws vary from country to country. The decision regarding which country's law should be applied during dispute resolution could have a great impact on marine cargo liability claims. Hence, the issue of applicable law is of great importance for parties involved. Along with the economic development and policy changes in Taiwan and China, we expect to see greater numbers of shipping contract disputes. An understanding of the applicable laws and their judicial interpretations in Taiwan and China can help shipping companies with risk evaluation and management. This research compares the laws applicable to shipping contracts in Taiwan and China, and analyses cases involving foreign parties. We find that in China, the law accepts the clause of applicable law of bills of lading. If the involved parties do not specify which country's law are to be used in their cases, the judges are to make the decision. In many cases, judges decided to apply Chinese law. On the contrary, the law in Taiwan is more rigid, and deems the clause of applicable law of bills of lading invalid. It stipulates that only the law of the country where the bill of

¹ 國立高雄海洋科技大學航運管理系副教授。

² 長榮大學航運管理學系教授。

lading was issued is applicable. Therefore, judges in China have greater judicial discretion than their counterparts in Taiwan.

Keywords: Applicable Law; Conflict of Laws; Maritime Law; The Most Significant Relationship

壹、前言

無論大陸或台灣，海上貨物運送皆以國際運送為大宗，因此多涉及涉外民事糾紛。而在民事糾紛中，法律之衝突乃須先解決之問題。然法律適用之不同，對於當事人而言影響甚大。又法院實務見解對於當事人而言，具有極為重要之意義，是故本文除對於兩岸海上貨物運送涉外案件準據法之相關法律規定予以分析外，主要係蒐集彙整兩案海上運送契約涉外案件準據法實務判決，分析其理論及釐清其異同。

本文研究之判決文，台灣地區主要來自司法院之法學資訊檢索系統³及最高法院海商裁判彙編⁴等；大陸地區之判決主要來自中國涉外商事海事審判網⁵、蘇州法律網⁶及廣州法律門戶網站⁷等網站資訊，因此資料來源有限，故在案件選擇上仍非稱完整。此外，本文之目的主要為實務判決之實證分析，是故有關定性之問題，非本文討論之範圍。且因篇幅有限，故本文主要以債務不履行之準據法判決為研究對象。又本研究主要論述兩岸海上運送契約涉外案件準據法之實務分析，兩岸人民間爭議案件準據法部分則非本文論述之重點。

貳、台灣海上貨物運送契約涉外案件法律適用之規定及學說

我國有關海上貨物運送契約涉外事件準據法之相關法規，有海商法第 77 條、涉外民事法律適用法，台灣地區與大陸地區人民關係條例及香港澳門關係條例等。海商法第 77 條規定，載貨證券所載之裝載港或卸貨港為中華民國港口者，其載貨證券所生之法律關係依涉外民事法律適用法所定應適用法律。因此海商法第 77 條僅適用於載貨證券所載之裝載港或卸貨港為我國港口者，故載貨證券上之裝載港或卸貨港非我國港口者，或者未簽發載貨證券者，則應依涉外民事法律適用法之規定，來確定其準據法。又與大陸地區及香港澳門有關者，應依台灣地區與大陸地區人民關係條例及香港澳門關係條例。以下即針對這些相關法規說明之。

³ <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

⁴ 張新平，最高法院海商裁判彙編，自行出版，1996。

⁵ <http://www.ccmt.org.cn/>

⁶ <http://www.law0512.com/index.html>

⁷ <http://www.law020.com/index.htm>

2.1 海商法第 77 條

海商法第 77 條規定，「載貨證券所載之裝載港或卸貨港為中華民國港口者，其載貨證券所生之法律關係依涉外民事法律適用法所定應適用法律。但依本法中華民國受貨人或託運人保護較優者，應適用本法之規定。」本條文係關於載貨證券法律關係準據法適用之規定，除原則上依我國涉外民事法律適用法之規定外，其但書則以單方法規之方式，強制適用我國海商法。本規定之立法理由，旨在使託運人、受貨人有依本國法受裁判之機會，籍以保護我國籍託運人、受貨人之權益。依此規定，載貨證券所載之裝載港或卸貨港為中華民國港口者，應先依涉外民事法律適用法第 6 條⁸規定，決定應適用法律。應適用之法律為本法者，即應適用本法相關規定；應適用之法律為外國法者，須再檢視其與本法對於中華民國受貨人或託運人之規定，何者較優，俾選擇保護較優者適用⁹。

然本條僅限於載貨證券所載之裝載港或卸貨港為中華民國港口者，始能適用。故載貨證券上之裝載港及卸貨港非我國港口者，或者未簽發載貨證券者，則應依涉外民事法律適用法之規定，來確定其準據法。又依本條但書之規定，我國海商法上較外國法有利於我國籍之當事人時，即強制適用我國海商法之規定，超越凌駕衝突法則，赤裸裸地保護我國之受貨人與託運人，不同等適用於在我國港口裝載或卸載之外國當事人。此實非妥適，亦將增加舉證之負擔及困擾¹⁰。因此學者間有反對此新修正規定，而批評其為「違反國民待遇之立法方式」者¹¹，亦有指出「本條條文之規定不甚周延」¹²者。當然亦有不同之見解者¹³。然「保護較優者」定義的確不明，應如何比較判斷？其基礎為何？優劣由法院或當事人決定？皆不明確。學者間之解釋，亦有歧異，其見解彙整如下。

1. 曾國雄及張志清

⁸ 「法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律。

當事人意思不明時，同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地法，行為地不同者以發要約通知地為行為地，如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地視為行為地。

前項行為地，如兼跨二國以上或不屬於任何國家時，依履行地法。」

⁹ 張新平，海商法，頁 408。

¹⁰ 柯澤東，海商法—新世紀幾何觀海商法學，頁 247。邱錦添，兩岸海商法載貨證券之比較，頁 61。「所謂「保護較優」，就法律之範圍而言，由於海商法第 5 條及第 60 條之規定，包括民法在內之其他法律均有保護孰優孰劣之比較。其次就法律之內容而言，所謂「保護較優」，究係指程序上或實體上之保護孰優孰劣？如就實體而言，究係以期間之長短、船方賠償之高低、優先受償位次或其他何者為標準？此外一部較優一部較劣者又如何？職是之故，負舉證責任之中華民國受貨人及託運人是否因而蒙利，實難逆料，倒是增加其負擔及困擾，應可預期。」同註 9，頁 415-416。

¹¹ 同註 9，頁 414；許兆慶，2001，海事國際私法上「至上條款」與「即刻適用法則」簡析—兼評新海商法第 77 條之訂定，月旦法學雜誌，78 期，132 頁；吳光平，海商法與海事國際私法研究，頁 168-169。

¹² 林恩山，新修正海商法第 77 條評析，法官協會雜誌，4 卷 1 期，頁 50。

¹³ 賴來焜，最新海商法論，頁 565-572。

曾國雄及張志清認為，依我國海商法第 77 條規定，海上貨物運送契約應適用我國海商法之情形有二，一為「依該運送契約所簽發之載貨證券之裝載港或卸貨港為中華民國港口，而當事人意定以中華民國法律作為契約之準據法」者；二為「該運送契約所簽發之載貨證券之裝載港或卸貨港為中華民國港口，而依我國海商法中華民國之受貨人或託運人保護較優者」。如僅轉運港為我國港口者，即非屬本條之規範範圍。然若涉及三角貿易之轉口港，其前後段運送，分別簽發載貨證券者，此時則視個別載貨證券之裝載港或卸貨港是否為我國港口來決定。而有關本條但書部份，該案件在我國法院提起索賠之訴時，應由我國之受貨人或託運人舉證證明：相較於意定或其他適用之外國法律，我國海商法相關規定對其保護較優。¹⁴

2. 柯澤東

柯澤東認為，依本條規定，法官必須先依第一項規定，選擇應適用之法律。其後果有二：一、選擇之法律為外國法時，則以其海商法與我國海商法相比較，何者對我國受貨人或託運人之保護有利？若外國法較優，則適用之；若我國法較優，則適用我國海商法。二、但若選擇適用之法律為我國法，而外國法就我國受貨人或託運人之保護較我國為優者，則仍應適用我國法。¹⁵

3. 楊仁壽

楊仁壽認為，我國實務上認載貨證券附記「就貨運糾紛適用美國法」之文句，乃單方所表示之意思，不能認係雙方當事人之約定，根本否定載貨證券上記載條件、條款或約定之效力，已因海商法第 77 條規定，而不再適用¹⁶。又海商法第 77 條但書之規定，應依「等則等之」平等原則，類推適用第 77 條但書之規定，不可依「明示其一，排斥其餘」之法理遽予反面解釋。¹⁷又本條僅就「載貨證券」而為規定，自嫌不足，將來遇有類似權利證券時，仍應予類推適用，始能填補此項漏洞。¹⁸

4. 張新平

張新平認為，所謂「保護較優」，就法律之範圍而言，由於海商法第 5 條及第 60 條之規定，包括民法在內之其他法律均有保護孰優孰劣之比較必要。¹⁹至於備船

¹⁴ 曾國雄、張志清，海商法，頁 145-147。

¹⁵ 柯澤東，前揭書，頁 247-248。

¹⁶ 楊仁壽，載貨證券，頁 307。

¹⁷ 楊仁壽，最新海商法論，頁 178-179。

¹⁸ 楊仁壽，海商法修正評釋，頁 347-348。

¹⁹ 同註 9，頁 415-416。

契約未簽發載貨證券而有準據法條款者，依涉外民事法律適用法之規定，定其應適用之法律。但備船契約簽發載貨證券，仍應有海商法第 77 條適用。件貨運送契約無載貨證券之簽發者，其當事人談判能力無法與備船人相提並論，是以有關準據法條款之效力仍應有海商法第 77 條之適用。²⁰

5. 陳長

陳長主張，海商法第 77 條但書之「本法」一詞，指「海商法」而言，其他實體法上對於我國託貨人或受貨人保護較優之規定，不包括在內。其次，所謂「保護較優」之比較，原則上先依海商法第 77 條選出應準據之法律，以該法律為基礎，如我國海商法有較為利之規定（例如單位限制責任額較高），就「該部分」適用我國法，即所謂「有利原則」，為「相對」的優先適用；再者，若依海商法第 77 條選出應準據之法律為我國法，但外國法就我國受貨人或託運人保護較優者，依法條文義觀之，應不得適用外國法，而應適用保護比較不優之我國法。²¹

6. 林恩山

林恩山認為，海商法第 77 條但書之「本法」一詞，雖指「海商法」而言，但依海商法第 5 條規定，海商法未規定部分既須適用其他法律之規定，則其他實體法上對於我國託運人或受貨人保護較優之規定，自亦在比較範圍之內。²²此外，各國法律之比較應整體比較，整體適用，以中華民國受貨人或託運人所受之賠償金最高者，為其保護較優之法律。

7. 許兆慶

許兆慶認為，依海商法第 77 條但書之文義觀之，係涉外載貨證券法律爭議案件業已經由國際私法選法程式（本條本文）確定準據法後，由承審法院就依本條文初步選定之準據法（解釋上應為外國海商法）與我國海商法，比較二者適用之結果，倘我國海商法適用之結果對中華民國受貨人或託運人而言，保護較優者，始放棄依本條本文初步選定之準據法而優先適用本法之規定。²³

綜上所述，我國海上貨物運送契約涉外事件之準據法，可區分為有簽發載貨證券及未簽發載貨證券兩種情況，以下分別說明之。

1. 有簽發載貨證券時

有簽發載貨證券時，尚可區分以下兩種情況：

²⁰ 同註 9，頁 409。

²¹ 陳長，論海商法第 77 條規範意義之再商榷，政大法律評論，第 64 卷，頁 293-294。

²² 同註 12，頁 49-50。

²³ 許兆慶，前揭文，頁 134。

(1) 載貨證券上之裝載港或卸載港為我國港口

此時，該載貨證券所生之爭議，首先依涉外民事法律適用法定其所應適用之法律，所應適用之法律如為外國法律時，如該契約之受貨人或託運人為我國人民，則依海商法第 77 條但書之規定，「依本法」對其保護較優時，則應適用「依本法」，反之，則仍適用外國法。該「本法」，海商法當屬之，然依海商法第 5 條及第 60 條之規定，包括民法及其他相關法律亦應涵蓋於該本法之內。又，依「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任」原則，該保護較優之舉證責任，應由我國之受貨人或託運人負擔。該比較優劣之範圍，究應全盤比較或部分性之比較，海商法並未明確規範，本文認為，應依案件之爭議部分之法律規範予以比較，而非兩國法規全盤比較，我國法律對我國之受貨人或託運人相對地較優時，則應依我國法律。

該契約之受貨人或託運人非為我國人民時，則依海商法第 77 條本文之規定，依涉外民事法律適用法定其所應適用之法律。此外，如涉外民事法律適用法所定應適用之法律為本國法，而外國法相較於我國法律為優時，縱然該受貨人或託運人為我國人民，當然亦無外國法律適用之餘地。又傭船契約下所簽發之載貨證券，當該載貨證券之持有人為傭船人時，傭船人與運送人間之法律關係，應屬傭船契約之法律關係，而非載貨證券之法律關係，故在此情況下，應非適用海商法第 77 條，而係直接適用涉外民事法律適用法之規定。

(2) 載貨證券上之裝載港或卸載港非為我國港口時

此時，無海商法第 77 條適用之餘地，而係直接適用涉外民事法律適用法之規定，以定其應適用之法律。因此，我國港口為轉口港，而非載貨證券上之裝載港或卸載港之情況下，因轉口港所生之爭議，亦無法適用海商法第 77 條之規定。然當三角貿易，前後段運送分別簽發載貨證券，該載貨證券之裝載港或卸載港為我國港口時，則有海商法第 77 條適用之餘地。

2. 未簽發載貨證券時

於傭船契約未簽發載貨證券之情況下，其僅為傭船契約之法律關係，當然無海商法第 77 條適用之餘地。然件貨運送契約未簽發載貨證券之情況下，是否亦不得適用海商法第 77 條，則有待考量。本文認為，件貨運送契約非如傭船契約有明確之契約書，因此大多簽發載貨證券以為運送契約之證明，然亦有簽發如海上貨運單等文件之情況。海上貨運單雖非如載貨證券為有價證券，然其亦可作為運送

契約之證明文件。又，海商法第 77 條增訂時，行政院案以載貨證券為其要件，其理由為「因託運人、受貨人與運送人之國籍互異，依法律規定，往往須適用外國法律或外國運送人故意以載貨證券之約款以排除本法之適用，對我國託運人、受貨人之保護未免不週...」²⁴，亦即為避免在雙方當事人不對等之情況下，運送人以其制定之載貨證券約款排除我國海商法適用之情況。件貨運送契約當事人的談判能力非如傭船契約當事人般對等之談判能力，因此件貨運送契約即使未簽發載貨證券，亦應有海商法第 77 條適用之餘地。

2.2 涉外民事法律適用法第 6 條

依涉外民事法律適用法第 6 條之規定，「法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律。當事人意思不明時，同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地法，行為地不同者以發要約通知地為行為地，如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地視為行為地。前項行為地，如兼跨二國以上或不屬於任何國家時，依履行地法。」是故，海上貨物運送契約準據法之適用，首先尊重當事人之意思，依當事人意思定其應適用之法律。亦即先適用「當事人意思自主之原則」。此意思表示應包含明示的意思及默示的意思²⁵。

當當事人意思不明時，依涉外民事法律適用法第 6 條第 2 項及第 3 項之規定，「當事人意思不明時，同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地法，行為地不同者以發要約通知地為行為地，如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地視為行為地。前項行為地，如兼跨二國以上或不屬於任何國家時，依履行地法。」依此規定可知，準據法之適用順序先後為當事人共同本國法、行為地法、發要約通知地法、要約人之住所地法及履行地法。有謂此種硬性規定，雖便利法官對契約準據法之確定，卻限制法官為個別契約尋求最合適的法律之自由與可能，故認為各項法定標準，與個別契約之一切有關事實，併作當事人意思不明時，法官據以確定契約準據法之參考，上述法定標準，僅於無更強之契約事實存在時，始具有拘束力²⁶。如此雖較能貫徹當事人意思自主原則之立法精神，然我國屬成文法國家，法律已規定適用之順序，即應依循，如後所述，現行實務上法官審理案件時，亦多未進一步審酌各相關事實，摒棄上述適用順序不用，而去適用與案件關係更密切之法律之情況。此外，依涉外民事法律適用法之規定，適用外國法時，如其規定有背於台灣地區之公共秩序或善良風俗者，不適用之（涉外法第 25 條）。

²⁴ 立法院公報第 88 卷第 31 期院會紀錄，頁 557-558。

²⁵ 馬漢寶，國際私法總論，頁 146。

²⁶ 同前註，頁 147。

2.3 台灣地區與大陸地區人民關係條例

本條例第 41 條第 1 項規定，「臺灣地區人民與大陸地區人民間之民事事件，除本條例另有規定外，適用臺灣地區之法律。」本條例第 48 條規定，「債之契約依訂約地之規定。但當事人另有約定者，從其約定。前項訂約地不明而當事人又無約定者，依履行地之規定，履行地不明者，依訴訟地或仲裁地之規定。」因此可知，兩岸人民之法律適用順序，首先適用當事人意思自主原則，依當事人之意思定之，其次依法律行為地即訂約地定之，進而依履行地、訴訟地法或仲裁地之規定。亦即兩岸人民之民事事件，應優先適用本條例，故海商法第 77 條之規定，則無優先適用之餘地。

此規定與涉外民事法律適用法之適用順序略有不同，如無發要約通知地法、要約人之住所地法，然有訴訟地法或仲裁地法等。此外本條例亦規定，「民事法律關係之行為地或事實發生地跨連臺灣地區與大陸地區者，以臺灣地區為行為地或事實發生地。」（本條例第 45 條）「依本條例規定應適用大陸地區之規定時，如大陸地區就該法律關係無明文規定或依其規定應適用臺灣地區之法律者，適用臺灣地區之法律。」（本條例第 43 條）又「依本條例規定應適用大陸地區之規定時，如其規定有背於臺灣地區之公共秩序或善良風俗者，適用臺灣地區之法律。」（本條例第 44 條）

2.4 香港澳門關係條例

本條例第 1 條規定，「為規範及促進與香港及澳門之經貿、文化及其他關係，特制定本條例。本條例未規定者，適用其他有關法令之規定。但臺灣地區與大陸地區人民關係條例，除本條例有明文規定者外，不適用之。」而第 38 條規定，「民事事件，涉及香港或澳門者，類推適用涉外民事法律適用法。涉外民事法律適用法未規定者，適用與民事法律關係最重大牽連關係地法律。」是故，台灣地區人民與香港澳門人民之民事事件，首先應先適用涉外民事法律適用法決定準據法，其次適用最重大牽連關係地法律。

2.5 準據法條款與至上條款之意義

準據法條款乃明定某公約或某特定之法律，適用於該契約，以為確定雙方當事人之權利義務關係之條款。而至上條款之起源乃，英國最先將海牙規則予以國內法化，其有 1924 年海上貨物運送法(COGSA)是。又，美國 1936 年 COGSA 第 13 條第五項亦規定「於國際貿易中，由美國諸港發行海上貨物運送契約證據之一切載貨證券或類似之權利證券，應記入依本法之規定有其效力之旨」。因之，英美

所發行之輸出載貨證券中，一律列入「本證券依英國法(或美國法)有其效力」之條款，此即一般所指至上條款(Paramount clause or Supreme clause)是²⁷。因此台灣學者多數將至上條款視為準據法條款之一種，有謂準據法條款規定適用海牙規則及海牙威斯比規則者，該條款即為至上條款 (Paramount Clause)²⁸。亦有謂至上條款與準據法條款二者之定義，並無二致，唯一區別，乃前者為海商法之用語，後者為國際私法之用語²⁹。而至上條款之效力如何？依國內立法而採行海牙規則之甲國所發行之載貨證券，若案件係在甲國以外之國家繫屬時，雖在甲國言明適用海牙規則，除非甲國之法律為其準據法，否則仍無海牙規則之適用³⁰。

參、台灣地區海上貨物運送契約糾紛法律適用之實務見解

台灣地區海上貨物運送契約糾紛法律適用問題，如雙方當事人同意之準據法，則依涉外民事法律適用法第 6 條第 1 項之規定，當屬雙方應適用之法律³¹。此無爭議，然載貨證券內之準據法條款及至上條款是否亦有其效力，法院實務見解上則仍有爭議，有關此實務見解彙整如下。

3.1 準據法條款及至上條款效力之實務見解

在台灣地區有關準據法條款及至上條款之效力實務判決，如表一所示，肯定準據法條款等之效力者有 12 件，而否定其效力者則有 21 件，最高法院之判決中，肯定者 3 件，否定者 13 件，由此可知，台灣地區多數法院否定準據法條款等之效力。2000-2007 年中肯定準據法條款效力之判決，雖仍較否定者低，然有增加之趨勢，尤其是在地方法院。

²⁷ 曾國雄、張志清、鍾政棋，載貨證券理論與實務，頁 155。

²⁸ 同註 9，頁 407。

²⁹ 吳光平，前揭書，頁 158。

³⁰ 同註 27，頁 155。

³¹ 如最高法院 86 年度台上字第 171 號民事判決，「本件係因運送契約所發生之損害賠償責任，依涉外民事法律適用法第六條第一項規定，應依當事人意思定其適用之法律，因兩造均同意適用中華民國法律，故本件應以我國法律為其準據法。」

表 1 台灣準據法條款有效之判決³²

年 法院	1970- 1979	1980- 1989	1990- 1989	2000- 2007	合計
最高法院	1	1	0	1	3
高等法院				2	2
地方法院				7	7
合計	1	1	0	10	12

資料來源：本研究整理。

表 2 台灣準據法條款無效之判決³³

年 法院	1970- 1979	1980- 1989	1990- 1999	2000- 2007	合計
最高法院	1	2	7	3	13
高等法院				3	3
地方法院				5	5
合計	1	2	7	12	21

資料來源：本研究整理。

³²最高法院 66 年度臺上字第 3795 號 (661222)；最高法院 75 年度臺上字第 1576 號 (750809)；最高法院 93 年度臺上字第 2304 號 (931111)；台灣高等法院 93 年海商上更(一)字第 3 號 (940913)；台灣高等法院 94 年度保險上字第 48 號 (950829)；基隆地方法院 89 年度海商字第 2 號 (891114)；臺北地方法院 86 年度海商字第 25 號 (891115)；高雄地方法院 89 年度保險字第 2 號 (900411)；高雄地方法院 89 年度訴字第 609 號 (910419)；基隆地方法院 89 年度保險字第 2 號 (920725)；基隆地方法院 91 年度海商字第 2 號 (931103)；臺北地方法院 93 年度保險字第 152 號 (941221)。

³³最高法院 67 年度臺上字第 3762 號 (671117)；最高法院 76 年度臺上字第 1206 號 (760612)；最高法院 78 年度臺上字第 2060 號 (781020)；最高法院 79 年度臺上字第 865 號 (790427)；最高法院 80 年度臺上字第 1830 號 (800819)；最高法院 80 年度臺上字第 2362 號 (801024)；最高法院 81 年度臺上字第 935 號 (810508)；最高法院 82 年度臺上字第 1418 號 (820617)；最高法院 85 年度臺上字第 1831 號 (850823)；最高法院 85 年度臺上字第 904 號 (850426)；最高法院 91 年度臺上字第 572 號 (910329)；最高法院 91 年度臺上字第 585 號 (910404)；最高法院 93 年度臺上字第 2394 號 (931125)；台灣高等法院 95 年度海商上字第 1 號 (960116)；台灣高等法院 93 年度海商上字第 1 號 (950613)；台灣高等法院 89 年度上更(11)字第 39 號 (910205)；士林地方法院 91 年度海商字第 1 號 (921112)；台北地方法院 86 年度海商字第 25 號 (891115)；台北地方法院 91 年度海商字第 48 號 (940110)；高雄地方法院 88 年度海商字第 5 號 (890818)；高雄地方法院 93 年度海商字第 1 號 (930723)。

肯定準據法條款效力之判決，其主要理由有以下幾類：

1. 以接受載貨證券即接受準據法條款或載貨證券之文義證券性為理由者：「被上訴人於受讓載貨證券時既願接受此條款，即應認係雙方當事人之約定，依禁反言原則，上訴人自不能反而予以否認。」最高法院 93 年度台上字第 2304 號；「背面條款雖係運送人單方製作完成，惟運送人將含有該條款之載貨證券交付託運人時，託運人並未為反對之意思表示而收受，參以載貨證券係運送契約之證明，載貨證券性質上為文義證券等情，載貨證券上之記載之準據法於本件應認為係當事人意思應適用之法律，依前揭條款既已明文約定應適用我國法，且我國確係貨物運送目的地國，本件就債務不履行之損害賠償方面言應依載貨證券之約定準據法為我國法。」台灣高雄地方法院 89 年度保險字第 2 號；「運送人將含有該條款之載貨證券交付託運人時，託運人並未為反對之意思表示而收受，並將該載貨證券轉讓交付第三人彰化銀行，參以載貨證券係運送契約之證明，載貨證券性質上為文義證券等情，載貨證券上記載之準據法，於本件應認為係當事人意思應適用之法律」台灣台北地方法院 86 年度海商字第 25 號（此判決法官雖認定載貨證券準據法條款之效力，然至上條款部份如後所述，因我國非直接適用海牙規則之國家，因此無適用之餘地）；「託運人或其權利之受讓人或受貨人願依該記載而適用時，即難謂就準據法之適用無合意。況運送人與載貨證券持有人間，關於運送事項，悉依載貨證券之記載」台灣高等法院 93 年海商上更（一）字第 3 號。

2. 「原告主張之最高法院 67 年 4 月 25 日第四次民事庭庭推總會決議(二)、80 年度台上字第 1830 號、85 年台上字第 904 號民事判決之見解認為『載貨證券附記文句，乃單方所表示之意思，不能認係雙方當事人之約定，尚無涉外民事法律適用法第六條第一項之適用。』云云，顯未考慮載貨證券之歷史淵源，顯非的論，且於新修正之海商法第 77 條於 88 年 7 月 14 日公佈後，該最高法院見解已無適用之餘地，是原告前揭主張，委無足採。」台灣高雄地方法院 89 年度訴字第 609 號。

3. 未說明理由，直接以該條款為雙方當事人之意思，而予以適用，或謂形式上足看認為係雙方之合意。最高法院 66 年度台上字第 3795 號判決、台灣高等法院 94 年度保險上字第 48 號、基隆地方法院 89 年度保險字第 2 號、基隆地方法院 89 年度海商字第 2 號、基隆地方法院 91 年度海商字第 2 號判決、台灣台北地方法院 93 年度保險字第 152 號。

4. 亦有非直接肯定準據法之效力，然似有部份肯定準據法條款之意之判決。「次查系爭載貨證券背面印有附記『就貨運糾紛應適用日本法』之文字，倘其背面記載內容，業經被上訴人知悉並予簽名認諾願受拘束，則此項契約準據法之約

定，能否謂仍無涉外民事法律適用法第 6 條第 1 項之適用，尤滋疑義。」最高法院 75 年度台上字第 1576 號判決。

而否定準據法條款效力之判決，主要理由則有以下幾類：

1. 定型化條款、單方之意思表示、字體太小當事人無考慮其內容之餘地者：最高法院 93 年度台上字第 2394 號、最高法院 91 年度台上字第 585 號、最高法院 91 年度台上字第 572 號、最高法院 85 年度台上字第 1831 號、最高法院 85 年度台上字第 904 號、最高法院 82 年台上字第 1418 號、最高法院 81 年度台上字第 935 號、最高法院 80 年度台上字第 2362 號、最高法院 80 年度台上字第 1830 號、最高法院 79 年度台上字第 865 號、最高法院 78 年度台上字第 2060、最高法院 67 年度台上字第 3762 號、台灣高等法院民事判決 93 年度海商上字第 1 號、台灣高等法院民事判決 89 年度上更(11)字第 39 號、台灣高等法院 95 年度海商上字第 1 號、士林地方法院 91 年度海商字第 1 號。

2. 「我國及韓國均未批准或加入海牙規則或其 1968 年布魯塞爾議定書...本件系爭貨物之裝貨港或卸貨港未在美國領域，運送人及託運人自無合意以美國 1936 年海上貨物運送條例之可能；裝貨港雖為中國上海港，而中國亦未批准或加入海牙規則、海牙/威士比規則或其 1979 年 SDR 議定書...本件載貨證券上有關「至上條款」之記載，無論對於運送人即被告、系爭貨物之託運人，甚或受貨人台苯公司均不生拘束之效力」台灣高雄地方法院民事判決 93 年度海商字第 1 號。「依前揭至上條款約定，我國既非直接適用海牙規則國家，且係貨物運送目的地國，自應認載貨證券之準據法為我國法。」台灣台北地方法院 86 年度海商字第 25 號。

3. 「受貨人與運送人雙方均為中華民國法人，自應適用我國法，託運人即日商 Sumisho Metalex Corporation 在本件以載貨證券為訴訟標的之法律關係中並非當事人，其準據法之確定，自不受託運人為不同國籍之影響（最高法院六十七年度第四次民事庭庭推總會決議（二）參照），是原告主張載貨證券部分之準據法應係 1924 年海牙規則及其後之修正議定書，自不足採。」台灣高雄地方法院 88 年度海商字第 5 號

4. 未明確說明理由，僅直接謂該條款不能認為出於兩造之合意。最高法院 76 年度台上字第 1206 號、台灣台北地方法院 91 年度海商字第 48 號。

對於準據法條款之效力，法院判決見解多採否定說，就其原因乃，最高法院於 67 年 4 月 25 日 67 年度第 4 次民事庭庭推總會會議中決議（二）³⁴，究當事人選

³⁴最高法院民刑事庭庭推會會議決議暨全文彙編，最高法院 67 年 4 月 25 日 67 年度第 4 次民事庭庭推總會會議決議二（二）準據法問題，頁 919。

擇準據法之認定為「準據法問題：載貨證券附記『就貨運糾紛應適用美國法』之文句，乃單方所表示之意思，不能任係雙方當事人之約定，尚無涉外民事法律適用法第 6 條第 1 項之適用。又依該條第 2 項『當事人意思不明時，同國籍者依其本國法』之規定，保險公司代位受貨人憑載貨證券向運送人行使權利，受貨人與託運人雙方均為中國人，自應適用中國法。託運人在本事件訴訟標的之法律關係中並非當事人，其準據法之確定，要不受託運人不同國籍之影響。」因此如前所示，日後多數最高法院判決對於載貨證券上之準據法條款，皆認為係單方之意思表示，而以涉外民事法律適用法第 6 條第 2 項之規定，來認定準據法。亦即否決了準據法條款之效力。

雖有判決認為，於新修正之海商法第 77 條於 88 年 7 月 14 日公佈後，該最高法院決議見解已無適用之餘地（台灣高雄地方法院民事判決 89 年度訴字第 609 號）。然此仍非主流意見，蓋因此決議於海商法 88 年修法後，最高法院於 92 年度第七次民事庭會議複審決議中，仍維持此項單方意思表示之見解³⁵。因此海商法修正後，雖增加了第 77 條有關載貨證券之涉外民事關係之準據法，如表二所示，仍然有些法院繼續採否認之態度。本文認為，88 年海商法修正時，行政院版本係採如美國及英國之即刻適用法，以避免載貨證券上準據法條款效力之爭議，其後於立法院三讀時，經由協商後，維持原修正前，涉外案件依涉外民事法律適用法之規定，而於但書增加我國法律對於我國受貨人或託運人保護較優時應適用之。因此就其立法理由或法條觀之，皆未能明確推究載貨證券上之準據法條款是否有其效力。因此新修正之海商法第 77 條是否即已推翻最高法院決議見解，實有待商榷。縱然多數法院對於載貨證券準據法條款仍採否定之見解，而依涉外民事法律適用法定其應適用之法律，最後如我國法律相較該國法律為優時，仍應適用我國法律，因此本文認為對於我國託運人及受貨人之保護，應無影響。

此外須一併說明者，有關應適用海牙規則等之至上條款效力部份，有否定其效力者，亦有肯定其效力，然因我國未加入海牙規則等公約，故於我國無拘束力，然於加入海牙規則等公約之國家則有拘束力。至上條款於最高法院之判決中，係以其為定型化條款，單方之意思表示，而否定其效力。如最高法院 93 年度台上字第 2394 號及最高法院 91 年度台上字第 585 號即是。地方法院亦有謂「受貨人與運送人雙方均為中華民國法人，自應適用我國法，（最高法院 67 年度第四次民事庭庭推總會決議（二）參照），是原告主張載貨證券部分之準據法應係 1924 年海牙規則及其後之修正議定書，自不足採」（台灣高雄地方法院 88 年度海商字第 5 號）亦有被告雖主張至上條款，然法院仍判決「次查本件原告主張系爭載貨證券之託運人及簽發人並未約定準據法」（台灣台北地方法院 91 年度海商字第 48 號）。然亦有地方法院及高等法院，認為至上條款係一有效之條款，然因我國未加入海

³⁵最高法院民刑事庭會議決議暨全文彙編，最高法院 92 年 4 月 15 日第 7 次民事庭會議決議上冊，頁 1219。

牙規則等公約，故於我國無拘束力，如台灣高雄地方法院民事判決 93 年度海商字第 1 號、台灣台北地方法院 86 年度海商字第 25 號。然於加入海牙規則等公約之國家則有拘束力，如台灣台北地方法院 93 年度保險字第 152 號及台灣高等法院 93 年海商上更（一）字第 3 號。

3.2 當事人意思不明時，準據法適用之實務見解

當當事人意思不明時，依涉外民事法律適用法第 6 條第 2 項及第 3 項之規定，「當事人意思不明時，同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地法，行為地不同者以發要約通知地為行為地，如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地視為行為地。前項行為地，如兼跨二國以上或不屬於任何國家時，依履行地法。」依此規定可知，當事人意見不明時，依連繫因素，將準據法之適用順序予以法定，亦即採用「法定準據法主義」。準據法之適用順序先後為同國籍依其本國法、行為地法、發要約通知地法、要約人之住所地法及履行地法。

有關此法定準據法之判決如表三所示，以行為地法為準據法之判決最多，其次為同國籍之本國法，然行為地於判決中，有謂其為載貨證券簽發地，亦有謂交貨地或目的地或卸載地等，如台灣高等法院 89 年度上更（11）字第 39 號、台灣台北地方法院 86 年度海商字第 25 號及台灣高雄地方法院 90 年度海商字第 5 號。有判決謂「在載貨證券關係，行為地法包括「簽發地」（即裝載地）及「交貨地」（即卸載地）」者（最高法院 85 年度台上字第 3095 號）。然究竟何謂「行為地法」，有謂行為地法係指行為作成地之法律，在契約事件，則或指契約訂立地法，或指契約履行地法³⁶；亦有謂行為地可分為行為完成地說、一方行為地說及雙方行為地說³⁷。然參見本條第 2 項之立法理由可知，行為地係指法律行為地，而法律行為地不同係指契約行為地不同，蓋因契約必待行為人雙方之意思表示一致，始為成立，如行為人處於不同之法域，而隔地訂約，其行為地即有不同，因此此時即以發要約通知地為行為地。由此可知，涉外民事法律適用法已將此連繫因素之行為地，明確區分並按順序適用。海上貨物運送契約之簽訂，雖然託運人與運送人可能為不同國籍人，然此契約行為多於同一法域內為之。而載貨證券係海上運送契約之證明，因此該行為地應係指載貨證券簽發地。

³⁶ 同註 25，頁 102。

³⁷ 劉甲一，國際私法，頁 226-227。

表 3 涉外民事法律適用法第 6 條第 2 項及第 3 項之判決(1970-2007)

聯繫因素 法院	同國籍 本國法	行爲地法		發要約 通知地 法	履行地 法	合計
		載貨證 券簽發 地	交貨地 目的地			
最高法院	7	16		3	1	27
高等法院		5	1			6
地方法院	3	3	3	1	1	11
合計	10	24	4	4	2	44

資料來源：本研究整理。

此外，涉外民事法律適用法第 6 條第 3 項之立法理由，「近代國際交通發達，舟車迅捷，無遠弗屆，當事人之法律行爲，往往兼跨數國地區，始行完畢，或其行爲發生於無主地域者亦屢見不少，何者爲其行爲地法，頗成問題，本項特規定依債務履行地法，以濟其窮。」因此行爲地兼跨兩國者以債務履行地法爲準據法。海運實務上，當貿易條件爲 FOB 時，進口商必須安排船運，進口商則可委託出口商代爲安排，或委請進口地之海運承攬運送人安排，而該海運承攬運送人則請其在出口地之代理人代爲安排，此時該運送契約之法律行爲地，兼跨兩國，故其準據法即應爲履行地法。以國際海上貨物運送契約而言，國際運送義務之履行，乃跨國之一連串的行爲，故其運送履行地可爲收貨地或裝貨港，亦可爲交貨地或卸貨港。

3.3 海商法第 77 條但書之判決³⁸

海商法第 77 條但書規定，「但依本法中華民國受貨人或託運人保護較優者，應適用本法之規定。」而此應由我國之受貨人或託運人舉證證明，如「爰依涉外民事法律適用法第 6 條第 1 項規定本件準據法應依美國法定之，然原告僅主張依我國法律請求賠償，並未就本件應適用之美國法盡其舉證責任，本院亦無從比較依我國新修正之海商法較原告有利而適用該法」（台灣高雄地方法院 89 年度訴字第 609 號）。其比較優劣則有謂「因美國西元 1936 年海上貨物運送條例基本上係以西元 1924 年之海牙規則爲依據，較側重運送人之保護，而我國海商法在 88 年修正後已參酌西元 1968 年布魯塞爾議定書及西元 1978 年漢堡規則之規定，對於受貨人有若干保護較優之規定」，而以我國法爲準據法者(台灣高等法院台中分院民事判決 93 年度保險上易字第 9 號)。亦有謂「就形式而言，韓國海商法除關於運送人單位責任限制方面外，其餘關於運送人強制責任期間、起訴之除斥期間及船

³⁸ 海商法第 77 條但書之規定乃 88 年修法新增訂部份，故其相關裁判並不多。本文於 2007.9 止所搜集有關該但書之裁判亦僅有幾件。

舶所有人責任限制等方面，均較我國海商法對於本件託運人台苯公司保護較優。」而認為應以韓國海商法為準據法者（台灣高雄地方法院 93 年度海商字第 1 號）。然其比較之方式及範圍，是否須兩者整體比較，抑或僅比較與案件有關部份即可，本文認為應採後者，蓋因法律整體之比較，將有部份優勢，部份劣勢之情況，何法為優已成問題，如可區分優勢點多於劣勢點時，適用優勢點較多之法律，未必是對於我受貨人或託運人實質上較優之情況，如此則有違海商法第 77 條但書之本意。是故前述台灣高雄地方法院 93 年度海商字第 1 號判決，法官完整地比較韓國法及我海商法之優劣後，採韓國法為準據法之方式，實有待考量。

3.4 港澳兩岸海運糾紛準據法適用之實務見解

在台灣地區有關兩岸民事案件應優先適用台灣地區與大陸地區人民關係條例之規定，如最高法院法官謂「查福建公司係大陸地區法人，捷亞公司係台灣地區法人，原審就本件未依台灣地區與大陸地區人民關係條例之規定確定其應適用之準據法，遽依台灣地區之法律為裁判，並有可議。」（94 年度台上字第 1593 號）。而台灣地區與香港澳門之民事案件則應優先適用香港澳門關係條例，台灣台北地方法院 93 年度保險字第 152 號判決法官即係依該條例，適用香港法。然於於 86 年 4 月 2 日香港澳門關係條例制訂前之案件，則直接依涉外民事法律適用法之規定，如最高法院 92 年度台上字第 150 號判決中，謂「查被上訴人係香港公司，其於 86 年 1 月 27 日簽發系爭載貨證券時，香港仍由英國治理，本件自屬涉外事件。原審未依涉外民事法律適用法之規定確定其準據法，遽依我國法律為上訴人敗訴之判決，尚有可議。」即是一明確之例。

肆、大陸海上貨物運送契約涉外案件法律適用之規定及學說

4.1 大陸地區涉海上貨物運送事件準據法之相關規定

大陸地區關於涉外事件準據法之適用，主要見於民法通則、民事訴訟法、海商法及其它各種有關契約和商業活動的法規中，民法通則為其關於民事法律之根本大法，其中第八章（142 條至 150 條）為涉外民事關係法律適用之規定，而海商法第 268 條至第 275 條為涉外海事事件準據法適用之規定。海商法所採用之涉外規定與民法通則及民事訴訟法之規定一致，互補互成。當海商法對某涉外問題無特殊規定時，民法通則及民事訴訟法之有關規定³⁹。依大陸海商法之規定，涉外國際海上貨物運送事件法律適用原則如下⁴⁰：

³⁹ 莫世健，中國海商法，頁 235。

⁴⁰ 司玉琢等，海商法詳論，頁 541。唐青陽，2005，涉外民商事及海商法精要與依據指引，頁 652-653。

1. 國際公約優先適用原則

依大陸海商法第 268 條第 1 項之規定，於大陸海商法與其所締結或參加之國際公約有不同規定時，除大陸有聲明保留之國際公約條款外，適用國際公約之規定⁴¹。

2. 國際慣例補充適用原則

依大陸海商法第 268 條第 2 項之規定，於大陸法律及大陸參加之國際公約均未規定之事項，可以適用國際慣例⁴²。

3. 意思自主及最密切聯繫原則

依大陸海商法第 269 條之規定，除法律另有規定外，契約當事人可選擇契約應適用之法律，當事人未選擇時，適用與契約有最密切聯繫關係的國家的法律⁴³。

4. 公共秩序保留原則

依大陸海商法第 276 條之規定，適用外國法律或國際慣例時，不得違背大陸之社會公共利益⁴⁴。

此外，依 2007 年 8 月 8 日起施行之《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》⁴⁵第 3 條之規定，當事人選擇或者變更選擇合同爭議應適用的法律，應當以明示的方式進行。第 6 條之規定，當事人規避中華人民共和國法律、行政法規的強制性規定的行為，不發生適用外國法律的效力，該合同爭議應當適用中華人民共和國法律。第 7 條亦規定，適用外國法律違反中華人民共和國社會公共利益的，該外國法律不予適用，而應當適用中華人民共和國法律。

因此大陸涉外國際海上貨物運送契約關係之準據法確認順序如下：

1. 依當事人之明示選擇法律，但不得違反大陸法令之強制規定及社會公共利益。
2. 當事人之明示選擇法律不明或當事人無明示選擇法律時，則以與契約有最

⁴¹ 大陸海商法第 268 條第 1 項：「中華人民共和國締結或者參加的國際條約同本法有不同規定的，適用國際條約的規定；但是，中華人民共和國聲明保留的條款除外。」

⁴² 大陸海商法第 268 條第 2 項：「中華人民共和國法律和中華人民共和國締結或者參加的國際條約沒有規定的，可以適用國際慣例。」

⁴³ 大陸海商法第 269 條：「合同當事人可以選擇合同適用的法律，法律另有規定的除外。合同當事人沒有選擇的，適用與合同有最密切聯繫的國家的法律。」

⁴⁴ 大陸海商法第 276 條：「依照本章規定適用外國法律或者國際慣例，不得違背中華人民共和國的社會公共利益。」

⁴⁵ 《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》已於 2007 年 6 月 11 日由最高人民法院審判委員會第 1429 次會議通過、公佈，自 2007 年 8 月 8 日起施行。

密切聯繫關係的國家的法律為準據法，但不得違反大陸法令之強制規定及社會公共利益。

有關明示選擇法律，有學者認為當事人選擇法律亦應該與該系爭契約有一定之聯繫關係，否則應被認為系為逃避該契約與最密切關係國家法律之強制規定，而無效⁴⁶。亦有學者謂，「綜觀我國民法通則、合同法及海商法，均沒有聯繫之要求。可見，我國法律亦可接受無聯繫之限制的意思自治原則」⁴⁷。又適用外國法律時，不得違背大陸之社會公共利益，然中國法對社會公共利益未作具體解釋。有學者依中國法律的基本原則和精神，謂社會公共利益保留在中國法應當包括以下幾個主要方面⁴⁸：

1. 外國法律和國際慣例的適用違反中國憲法的原則或精神的，中國法院可援用社會公共利益保留否定外國法律或國際慣例之適用。

2. 外國法律和國際慣例的適用違反中國領土主權、領土完整和經濟獨立的，中國法院可援用社會公共利益保留拒絕適用外國法律或慣例。

3. 外國法律和國際慣例的適用危害中國國家安全的，中國法院可援用社會公共利益保留原則。

4. 外國法律和國際慣例的適用危害中國的國家統一和民族團結的，中國法院可援用社會公共利益保留原則。

5. 外國法律和國際慣例的適用違反中國的社會道德、有傷風化的，中國法院可援用社會公共利益保留原則。

6. 外國法律和國際慣例的適用違反中國法律的基本原則的，中國法院有權以社會公共利益保留為由拒絕適用外國法律或慣例。

7. 外國法律和國際慣例的適用違背中國的國際條約義務的，中國法院有權援用社會公共利益保留否定外國法律或慣例的適用。

此外，依《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》之規定，「當事人在一審法庭辯論終結前通過協商一致，選擇或者

⁴⁶ 李守芹、李洪積，中國的海事審判，頁 341。

⁴⁷ 楊榮波，提單法律選擇條款探討，對外經貿實務，頁 29。

⁴⁸ 同註 39，頁 239-240。

變更選擇合同爭議應適用的法律的，人民法院應予准許。當事人未選擇合同爭議應適用的法律，但均援引同一國家或者地區的法律且未提出法律適用異議的，應當視為當事人已經就合同爭議應適用的法律作出選擇。當事人選擇或者變更選擇合同爭議應適用的法律為外國法律時，由當事人提供或者證明該外國法律的相關內容。人民法院根據最密切聯繫原則確定合同爭議應適用的法律為外國法律時，可以依職權查明該外國法律，亦可以要求當事人提供或者證明該外國法律的內容。當事人和人民法院通過適當的途徑均不能查明外國法律的內容的，人民法院可以適用中華人民共和國法律。」同規定之第 5 條第 2 項規定，「人民法院根據最密切聯繫原則確定合同爭議應適用的法律時，應根據合同的特殊性質，以及某一方當事人履行的義務最能體現合同的本質特性等因素，確定與合同有最密切聯繫的國家或者地區的法律作為合同的準據法。」⁴⁹

提單為海上貨物運送契約之證明文件，其背面多有至上條款⁵⁰與準據法條款，大陸立法上對於提單法律適用條款亦持肯定態度⁵¹，學者對於準據法條款，有謂「雖然說提單中的法律選擇條款是事先印好的，但提單是承運人應託運人要求而簽發的，因此該條款也是雙方意思自治、協商一致的結果。當提單轉讓至收貨人或提單持有人手中時，也應具有同等效果。」⁵²。然對於至上條款是否為準據法條款及其效力，則有不同的見解，以下分述之。

1. 肯定說

肯定說的學者如孫嵐、劉超認為，至上條款表明了當事人同意就提單運輸中運送人的權利、義務、責任及免責部份適用某一國際公約的意思。亦即該條款是當事人意思的明確表示，也是對提單中部份問題的法律適用的選擇。從契約法上及國際私法上皆可以看出至上條款乃準據法條款之特質。因此當事人的選擇，不管是選擇的是某一國的實體法，還是國際公約，抑或是國際慣例，只要這種選擇

⁴⁹在通常情況下，下列合同的最密切聯繫地的法律是：(1) 國際貨物買賣合同，適用合同訂立時賣方住所地法；如果合同是在買方住所地談判並訂立的，或者合同主要是依買方確定的條件並應買方發出的招標訂立的，或者合同明確規定賣方須在買方住所地履行交貨義務的，適用買方住所地法。(2) 來料加工、來件裝配以及其他各種加工承攬合同，適用加工承攬人住所地法。(3) 成套設備供應合同，適用設備安裝運轉地法。(4) 不動產買賣、租賃或者抵押合同，適用不動產所在地法。(5) 動產租賃合同，適用出租人住所地法。(6) 動產質押合同，適用質權人住所地法。(7) 借款合同，適用貸款人住所地法。(8) 贈與合同，適用贈與人住所地法。(9) 保險合同，適用保險人住所地法。(10) 融資租賃合同，適用承租人住所地法。(11) 建設工程合同，適用建設工程所在地法。(12) 倉儲、保管合同，適用倉儲、保管人住所地法。(13) 保證合同，適用保證人住所地法。(14) 委託合同，適用受託人住所地法。(15) 債券的發行、銷售和轉讓合同，分別適用債券發行地法、債券銷售地法和債券登記地法。(16) 拍賣合同，適用拍賣舉行地法。(17) 行紀合同，適用行紀人住所地法。(18) 居間合同，適用居間人住所地法。

⁵⁰大陸稱之為首要條款。

⁵¹許俊強，無單放貨的法律適用，中國海商法年刊，第 15 卷，頁 158。

⁵²韓立新，論提單中有關法律適用條款，中國海商法年刊，第 7 卷，頁 225。

符合意思自治的要求就應該構成有效的選擇⁵³。因此至上條款是否有效，取決於法院對此條款效力之審查。法院地國是否為某一公約的締約國，對於該條款的效力是有影響的。當法院地國是某一公約締約國，至上條款所指公約與其一致時，至上條款之效力，無疑是會被認可的。若法院地國所締結的公約與至上條款所指公約不同，且至上條款之公約亦與準據法之規定不同時，此時提單法律適用問題則較為複雜。此時，若法院地國是與糾紛無關的第三國，法院僅考慮至上條款與準據法條款的效力，仍會承認至上條款的效力，即使法律適用條款所指準據法中強制規定較至上條款之公約對於運送人責任之規定嚴格，法院也無須去維護準據法國的強制規定。反之，如果法院地國是提單糾紛所涉關係的連結因素之一時，法院的考慮將不僅從國際私法的角度，亦從契約法的角度，以使本國的利益得到保護。若準據法較至上條款之公約規定嚴格時，則會適用準據法，而不適用至上條款之公約；反之則適用至上條款之公約⁵⁴。

學者屈廣清、劉萍亦認為，至上條款即是法律適用條款，雖然至上條款有其特殊性，然此彰顯其與一般法律適用條款的區別，不能由此改變其法律適用條款的本質，轉變成其他甚麼條款。⁵⁵然提單上無論是至上條款或一般法律適用條款，其有效與否關鍵是要經過法院地國法官所認定的內國的具有絕對效力的強行法的考驗。⁵⁶

2. 否定說

否定說之學者如韓立新認為，至上條款非準據法條款，至上條款是提單中指明該提單受某一國際公約或某個國家的某一特定法規制約的條款。其特點在於將適用於提單的某個公約或某國法律的一部份併入契約⁵⁷。因此至上條款之效力應根據提單的法律選擇條款（準據法條款）中約定的準據法來決定。如提單的法律選擇條款有效，且能查明該準據法的內容，只要至上條款的內容不與該準據法中的強制性規定相抵觸，應承認該至上條款之效力。如提單的法律選擇條款因不符條件而無效，或者因其內容無法查明而不能適用，或提單中根本無此條款時，法院須先劃分不同情況，或參照最高院對適用『涉外經濟合同法』的解答以法院地法為提單準據法，或根據「海商法」第 269 條以最密切聯繫地的法律為提單準據法。然後，再根據確定之準據法決定至上條款的效力⁵⁸。

⁵³ 孫嵐、劉超，提單首要條款性的研究，現代法學，第 25 卷第 6 期，頁 183-184。

⁵⁴ 同前註，頁 185。

⁵⁵ 屈廣清、劉萍，論提單首要條款的性質和效力，河南省政法管理幹部學院學報，2005 年第 1 期（總第 88 期），頁 100。

⁵⁶ 同前註，頁 105。

⁵⁷ 同註 52，頁 224。

⁵⁸ 同註 52，頁 226。

此外，學者郭國汀亦認為，至上條款不是提單適用法律條款，也非規定提單適用法律的條款，亦非指明提單準據法的條款，儘管它確實與之有關。至上條款是爲了強制適用某一公約或其已內國法化的公約，根據法律規定，或非締約國的當事人爲了享受公約的利益，將其併入提單作爲提單的條款，具有高於其他提單條款效力的特殊條款。而提單法律適用條款(applicable law/ governing law)又稱做法律選擇條款(choice of law)則是指有關提單的任何爭議應適用某一法律也即準據法(proper law)解決的條款。因此提單法律適用條款既不是更不等於至上條款⁵⁹。

3. 折衷說

折衷說之學者如凌祁漫及施適認為，提單至上條款是否法律選擇適用條款，不能一概而論，應是其選擇的不同而有所區別。亦即提單至上條款指明的國際公約或國內法因該國際公約或國內法在法院地國的性質不同而使提單至上條款的性質有所變化。因此，當提單至上條款指明受某一國內法的約束時，依涉外民事法律適用法規來確定該國內法是否爲準據法。如至上條款之公約係法院地國締結之公約，則該國際公約有優於法院地國法的效力。此時，該至上條款屬法律選擇適用條款。反之，至上條款之公約非法院地國締結之公約，則該公約於法院地國不具法律效力，此時先以法院地國民事法律適用法規確定的準據法的規定來確定，不相違背時，該至上條款始有效力。如違背則無效或部份無效。此時該至上條款則非屬法律選擇適用條款⁶⁰。

然至上條款在大陸地區是否有效，學者之見解亦有差異。有謂「在我國爲法院地國的情況下，指明受海牙規則約束的提單至上條款肯定不具法律強制性的特點，因其不是選擇法律適用條款，而且較我國海商法減輕運送人責任和義務，違反了我國海商法的強制性規定，其減輕運送人責任和義務的內容應爲無效。」同理，當提單至上條款「選擇的是對我國沒有約束力的其他國際公約，如威斯比規則、漢堡規則時，提單的」至上條款「也不具有法律強制性」，其只是一個將相關的公約內容合併入提單，作爲提單的一個條款而已⁶¹。亦有學者謂「對於提單當事人選擇海牙規則，不應以中國沒有加入海牙規則而排除其適用，也不應將海牙規則第 10 條限制理解和解釋爲僅適用於締約國簽發的提單，對於在非締約國簽發的提單不予適用。這種解釋和對海牙規則的排除適用是有違當事人意思自治和海牙規則的原旨的」⁶²。

⁵⁹ 郭國汀，提單法律適用條款與首要條款若干問題研究，收錄於海商法研究，2000 年第 1 輯，頁 76。

⁶⁰ 凌祁漫、施適，提單首要條款問題研究，現代法學，頁 66-67。

⁶¹ 同前註，頁 69。

⁶² 同註 55，頁 77。

伍、大陸地區海上貨物運送契約糾紛法律適用之實務見解

5.1 準據法條款等效力之判決

大陸地區有關準據法條款及至上條款效力之判決，如表四所示件數有效無效各半，認為有效之判決理由，多謂提單係當事人雙方自願選擇使用的，故其條款為雙方真實意思表示，不違反中國法則應予以適用。如 2002 年 6 月 25 日最高人民法院（1998）交提字第 3 號、山東省高級人民法院（2002）魯民四終字第 22 號、武漢海事法院（1999）武海法甬商字第 80 號、廣州海事法院（2004）廣海法初字第 59 號、天津海事法院（2002）海商初字第 243 號、武漢海事法院（2001）武海法商字第 75 號等。

有關否定準據法效力之判決理由如下：有謂雖提單條款有準據法之約定，然「原告和以星公司、集裝箱公司在庭上均引用中國法律作相應的主張或抗辯，並明確表示同意適用中國法律解決爭議，應視為對法律選擇協議作了變更。據此，本案應適用中華人民共和國法律」（寧波海事法院（2000）甬海商初字第 218 號）、「渣華公司簽發的提單背面條款雖然規定有關該提單產生的糾紛適用英國法律，但該海上貨物運輸合同的目的地在中國，上訴人之一渣華船務公司系中國企業法人，阿迪蘭公司、渣華公司在訴訟過程中均以中國法律為依據主張自己的權利，所以原審法院認定本案適用與當事人有最密切聯繫的中國法律是正確的。」（山東省高級人民法院（2001）魯經終字第 39 號）、「涉案提單背面的首要條款雖對“海牙規則”、“海牙-威斯比規則”的適用條件進行了描述，但原審法院適用中國法，雙方當事人均不持異議，二審期間也均援引《中華人民共和國海商法》作為索賠、抗辯的依據，應視為雙方當事人合意選擇本案爭議適用中國法律。」（天津高級人民法院（2001）高津終字第 257 號）亦即當事人自願變更了準據法條款中之約定；亦有提單中有至上條款之約定，因被告主張依目的地俄羅斯法律，法院則謂「從該條可見，提單中並無適用卸貨港俄羅斯法律的明確約定，東方海外以該條款約定要求適用俄羅斯法律的主張無依據，本院不予支援。...原審根據最密切聯繫原則適用中國法律並無不當。」（最高人民法院（2002）民四提字第 10 號）此似並未對至上條款效力予以直接否定；又，有謂「首要條款的《海牙規則》和《海牙—維斯堡規則》並不是法律適用條款，而是當事人協商的合同條款，因此，原審法院依據最密切聯繫原則選擇中華人民共和國法律為所涉合同的準據法正確。雙方當事人關於首要條款的約定不得與準據法中的強制性規範相抵觸，《中華人民共和國海商法》第四章中對實際承運人及其責任作出了明確規定，且屬於強制性規範。故原審法院依照《中華人民共和國海商法》確定實際承運人應承擔連帶責任是正確的。」（廣東省高級人民法院（2001）粵高法經二終字第 80 號）由此可知，至上條款約定係有效的，然因違反中國海商法之強制規定，因而無效。「由於該法及該法指向的美國《提單法》關於無單放貨責任的規定，違反了我國《海

商法》第 44 條的強制性規定，所以該地區條款的效力不予確認。對承運人責任的認定，還應依照我國《海商法》進行。」（上海海事法院（2003）滬海法商初字第 299 號），此亦係違反強制規定而無效。由上可知，前述法院判決皆非直接否認準據法條款之效力。在本文蒐集之案件中，明確否定準據法條款效力之判決者為天津海事法院（2003）海商初字第 68-72 號判決，法官則以如下之理由，否定準據法條款之效力，「由於本案原告並非涉案運輸合同的訂立者，提單背面條款關於適用法律以及承運人責任的約定，未經原、被告協商一致，在此情況下，如果提單背面條款能夠約束作為提單持有人的原告，對於原告來講，顯然是不公平的。由此，提單背面條款不是原、被告雙方當事人真實意思表示一致的結果。」綜上分析可知，大陸地區法院對於準據法條款多肯定其效力。

此外，有關至上條款方面，法院認為，至上條款不是法律適用條款，而是當事人協商的合同條款，因此只要不違反強制規定，則有其效力（廣東省高級人民法院（2001）粵高法經二終字第 80 號、廣州海事法院（2000）廣海法事字第 79 號）。此將至上條款與準據法條款不同定位之概念，與前述部份大陸學者否定說之概念同。

表 4 大陸海運糾紛有關準據法條款等效力之判決

法院 \ 效力	有效	無效
最高人民法院	2	1
高級人民法院	1	3
海事法院	4	3
合計	7	7

資料來源：本研究整理。

5.2 最密切聯繫原則之判決

大陸地區準據法之適用順序，除前述當事人意思自主原則外，適用與契約最有密切聯繫關係的國家的法律。而何者為用與契最有密切聯繫關係的國家則委由法院裁量，以海上貨物運送契約而言，其有密切聯繫因素有契約簽約地、收貨地或裝貨港、交貨地或卸貨港、當事人營業所所在地、事件發生地等。從本文所蒐集的大陸地區案件中可知，法院考量最密切聯繫因素時，係屬多方考量，非僅單一考量，如表五所示，法院考量點最多者為履行地之收貨地，其次為簽約地、交貨地、當事人營業所在地，管轄地亦為考量因素。依表五可知，多數法院考量最密切聯繫因素後，所確定之準據法，幾乎皆為中國法。

表 5 大陸海運糾紛最密切聯繫原則之考量因素

編號	簽約地	履行地		地業當 所事 所在營	在標 地物 所	中國 有管 轄權 法院	事件 發生 地	法律 最密 切之
		收貨地 裝貨地 起運港	交貨地 目的地 卸貨地					
1 ⁶³			✓	✓	✓			美國法
2 ⁶⁴			✓					中國法
3 ⁶⁵	✓	✓						中國法
4 ⁶⁶	✓	✓				✓		中國法
5 ⁶⁷		✓				✓		中國法
6 ⁶⁸	✓	✓		✓				中國法
7 ⁶⁹	✓	✓						中國法
8 ⁷⁰	✓	✓						中國法
9 ⁷¹			✓				✓	中國法
共計	5	6	3	2	1	2	1	中國法8 美國法1

資料來源：本研究整理。

陸、結論

國際海上貨物運送涉及國外，其民事糾紛所應適用之法律，因兩岸法制不同，其法律適用亦當然有不同。綜上研究分析，有關兩岸海上貨物運送契約準據法之法規學說及實務裁判之比較結果如下。

6.1 兩岸法規及學說之比較分析

⁶³ 武漢海事法院（1999）武海法甯商字第 80 號判決。

⁶⁴ 最高人民法院（2000）交提字第 7 號判決。

⁶⁵ 最高人民法院（2002）民四提字第 10 號。

⁶⁶ 山東省高級人民法院（2002）魯民四終字第 20 號。

⁶⁷ 山東省高級人民法院（2001）魯民四終字第 10 號。

⁶⁸ 天津海事法院（2003）海商初字第 68-72 號。

⁶⁹ 廣州海事法院（2001）廣海法初字第 114 號。

⁷⁰ 天津海事法院（2001）海商初字第 365 號。

⁷¹ 廣州海事法院（2000）廣海法事字第 79 號。

兩岸海上貨物運送涉外案件準據法規範及學說上，有其相同之處，亦有其截然不同之處，以下分點說明之：

1. 兩岸同採用當事人意思自主原則

兩岸之相關涉外規定，首先皆採國際私法之原則，尊重當事人之意思，當事人可選擇契約應適用之法律。大陸主要規範於海商法第 269 條前段，台灣主要規範於海商法第 77 條及涉外民事法律適用法第 6 條。然依《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》第 3 條之規定，大陸地區當事人選擇或者變更選擇合同爭議應適用的法律，應當以明示的方式進行。而台灣地區則包含明示及默示。

2. 公共秩序保留原則及公序良俗原則

大陸海商法第 276 條明文規定，適用外國法律或國際慣例時，不得違背大陸之社會公共利益。台灣涉外民事法律適用法第 25 條亦明確規定，適用外國法時，如其規定有背於台灣地區之公共秩序或善良風俗者，不適用之。公共秩序保留原則及公序良俗原則或有不同，然亦有其共同處。

3. 大陸採最密切聯繫原則，台灣採法定準據法原則

依大陸海商法第 269 條之後段規定，契約當事人沒有選擇契約適用的法律時，適用與契約有最密切聯繫的國家的法律。亦即契約當事人沒有選擇準據法時，採最密切聯繫原則來決定準據法。台灣涉外民事法律適用法第 6 條第 2 項規定，亦係考量國際私法上聯繫因素，而為之法定準據法原則，亦即適用的順序為同國籍依其本國法、行為地法、發要約通知地法、要約人之住所地法、履行地法。兩者各有其利與弊，採法定準據法者，較無法貫徹當事人意思自主原則之立法精神，然對於法官在確定準據法時則較為便利；採最密切聯繫原則者，其利弊則與前者相反。

4. 台灣海商法第 77 條但書之獨特性

此外，依海商法第 77 條但書規定，載貨證券所載之裝載港或卸貨港為中華民國港口者，其載貨證券所生之法律關係所應適用法律，依海商法台灣受貨人或託運人保護較優者，應適用台灣海商法之規定。由此可見台灣海商法具有較重的保護色彩。而大陸海商法則無此類規定。

5. 準據法條款與至上條款之定位

台灣學者認為至上條款係準據法條款之一種，依其條款內容及繫屬國是否採

用海牙規則等來判定其效力。大陸學者則有認為至上條款為準據法條款者，有認為至上條款非準據法條款者，亦有認為應視其選擇之不同而異。因此亦有大陸學者認為，當公約於大陸無拘束力時，至上條款只是一個將相關公約內容合併入提單中之一個條款而已。

6.2 兩岸法院判決實務之比較分析

1. 準據法條款之效力實務見解之差異

台灣法院對於準據法條款之效力，仍多以定型化契約、單方之意思表示等否定其效力。然大陸法院則多認為準據法條款乃雙方之意思表示，既然受讓提單，亦即接受提單上之約定等，而肯定準據法之效力。

2. 至上條款之效力實務見解之差異

有關至上條款部份，台灣法院有將其與準據法條款同視，否定其效力者；亦有從至上條款之內容，判定台灣非採用該公約之國家，進而否定其效力。大陸地區對於至上條款之判決，則有謂至上條款不是法律適用條款，而是當事人合意的契約條款，因此只要不違反強制規定，則有其效力。

3. 兩岸法官裁量權之差異

因台灣地區由於涉外民事法律適用法第 6 條第 2 項採法定準據法主義，台灣法官於確定準據法時，的確有其便利性，然亦限制了法官為個別契約尋求最適合法律之裁量權。大陸因採最密切聯繫原則，由法官根據契約之特殊性、當事人義務之履行等因素，決定契約之準據法，是故大陸法官在此層面上，相較於台灣法官有較大的裁量空間。

4. 聯繫因素之異同

台灣依涉外民事法律適用法第 6 條第 2 項及第 3 項之規定，確定準據法順序之聯繫因素固定，準據法之適用順序先後為同國籍依其本國法、行為地法、發要約通知地法、要約人之住所地法及履行地法。因此台灣多數案件，法官判決以載貨證券簽發地法為其準據法。而大陸須由法官依最密切聯繫原則，依多數聯繫因素來判定準據法，其聯繫因素，最經常考量者為收貨地或起運地，其次為載貨證券簽發地。

如前所述，法律之適用因兩岸法制、法官之裁量範圍、法律適用見解等之不同而有不同，影響當事人之權益甚大。因此有關涉外案件，當訴訟地在大陸地區時，因大陸法院對於載貨證券上之準據法條款多數認為有效，故以其為雙方合意

之準據法。然當訴訟地在台灣時，因台灣法院對於載貨證券上之準據法條款多認為無效，因此法官將依涉外民事法律適用法所定適用順序判定準據法，當雙方當事人國籍不同時，首先即以行為地法為準據法，此多為載貨證券簽發地，此外該準據法對於我國託運人或受貨人相較我國海商法不利時，則應適用我國法。

未來隨著經濟發展，兩岸海運涉外民事糾紛亦將陸續增加，以上兩岸涉外民事法律適用之規範及法院實務之見解，期盼對於航貿業界之風險評估及管理有所助益。

參考文獻

1. 張新平，最高法院海商裁判彙編，自行出版，1996。
2. 張新平，海商法，初版，五南圖書出版有限公司，2001。
3. 柯澤東，海商法—新世紀幾何觀海商法學，初版，元照出版社，2006.06。
4. 邱錦添，兩岸海商法載貨證券之比較，初版，國立編譯館，2002.11。
5. 許兆慶，海事國際私法上「至上條款」與「即刻適用法則」簡析—兼評新海商法第 77 條之訂定，**月旦法學雜誌**，78 期，頁 124-141，2001.11。
6. 吳光平，海商法與海事國際私法研究，台灣財產法暨經濟法研究協會，2007.03。
7. 林恩山，新修正海商法第 77 條評析，**法官協會雜誌**，4 卷 1 期，頁 37-60。
8. 賴來焜，最新海商法論，初版，神州圖書出版有限公司，2002.01。
9. 曾國雄、張志清，海商法，第二版，自行出版，2003.08。
10. 楊仁壽，載貨證券，2 版，自行出版，頁 307，2000.06。
11. 楊仁壽，最新海商法論，3 版，自行出版，2003.03。
12. 楊仁壽，海商法修正評釋，初版，自行出版，1996.12。
13. 陳長，論海商法第 77 條規範意義之再商榷，**政大法律評論**，第 64 卷，頁 283-296，2000.12。
14. 許兆慶，海事國際私法上「至上條款」與「即刻適用法則」簡析，**月旦法學雜誌**，78 期，2001.11。
15. 立法院公報第 88 卷第 31 期院會紀錄。
16. 馬漢寶，國際私法總論，第九版，自行出版，1986.07。
17. 曾國雄、張志清、鍾政棋，載貨證券理論與實務，二版，自行出版，2002.08。
18. 最高法院民刑事庭庭推會議決議暨全文彙編，最高法院 67 年 4 月 25 日 67 年度第 4 次民事庭庭推總會決議二（二）準據法問題。
19. 最高法院民刑事庭會議決議暨全文彙編，最高法院 92 年 4 月 15 日第 7 次民事庭會議決議上冊，2003.09。
20. 劉甲一，國際私法，再修訂 3 版，三民書局，1995.03。
21. 莫世健，中國海商法，第 1 版，三聯書店有限公司，1998。
22. 司玉琢等，海商法詳論，大連海事大學出版，1995。

23. 唐青陽，涉外民商事及海商法精要與依據指引，人民出版社，2005。
24. 李守芹、李洪積，中國的海事審判，第1版，法律出版社，2007.07。
25. 楊榮波，提單法律選擇條款探討，對外經貿實務，頁27-31，2005.09。
26. 許俊強，無單放貨的法律適用，**中國海商法年刊**，第15卷，頁156-166，2005.01。
27. 韓立新，論提單中有關法律適用條款，**中國海商法年刊**，第7卷，頁219-230，1996。
28. 孫嵐、劉超，提單首要條款性的研究，**現代法學**，第25卷第6期，頁183-186，2003.12。
29. 屈廣清、劉萍，關於海牙規則第10條的理解和解釋問題—兼論海牙規則在我國的適用，**河北法學**，頁75-77，2005.10。
30. 郭國汀，提單法律適用條款與首要條款若干問題研究，收錄於海商法研究，2000年第1輯，頁70-85，2000。
31. 凌祁漫、施適，提單首要條款問題研究，**現代法學**，頁66-69，1998.04。
32. 屈廣清、劉萍，論提單首要條款的性質和效力，**河南省政法管理幹部學院學報**，2005年第1期（總第88期），頁98-105，2005。