

《中华人民共和国海商法》下天灾、海难免责条款的审查规则研究

刁赞^一

摘要：天灾、海难免责条款体现了海上运输风险的特殊性，立法逻辑与一般民法领域的不可抗力免责存在明显差异，因此作为“特别法”的天灾、海难免责也应该具备相对独立的审查规则。在厘清天灾、海难免责沿革的基础上，从规则文本出发，借鉴英国、澳大利亚等国的审查方式，建立以审查天灾、海难恶劣程度为中心的四层次审查规则，逐层次审查船舶适航情况、天灾、海难恶劣程度、管货义务履行以及多因致损下的原因力比例，对承运人合理规避海上运输风险、平衡承托双方利益、提高海上运输效率、促进法院类案类判有着积极意义。

关键词：天灾海难免责；不可抗力；适航义务；审查规则

天灾、海难免责条款被称为“承运人最好但最不可靠的朋友”，^{〔1〕}该条款脱胎于海上运输的固有风险，伴随国际海运立法的发展，被吸收入1924年《海牙规则》（《统一提单的若干法律规则的国际公约》）第4款第2项中。《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）参照《海牙规则》的规定，将此条作为承运人免责事项之一规定在第51条中。天灾、海难免责被认为是承运人最普遍引用的抗辩，但从我国的司法实务中不难发现，由于其与一般民法领域的不可抗力条款界限上的模糊，两者常常被混用，故厘清天灾、海难免责条款的审查规则，将其与不可抗力条款相区分，对贯彻“特别法优先”原则，保证《海商法》的自体性^{〔2〕}具有一定的司法实践意义。

一、问题源起

（一）天灾、海难免责条款审查方式的不统一

根据《海商法》第51条第3款，在发生天灾，海上或者其他可航水域的危险或者意外事故时，承运人可以据此免责，此条前半款为天灾，后半款则统称为海难，国内学界和实务界少有将两者作区分，一般认为当货物因为海上风浪造成损失时，承运人等无过失时，即可援引此项免责。^{〔3〕}国外有学者认为天灾包含以下四个特征：（1）由超出人为原因造成；（2）直接性；（3）非人为干预；（4）

^一 刁赞，南京海事法院法官助理，18851836868。

^{〔1〕} Anton Trichardt & Alex Cull, Perils of the Sea down Under, 10 Stellenbosch L. REV. 436 (1999).

^{〔2〕} 司玉琢、李天生：“论海法”，载《法学研究》2017年第6期。

^{〔3〕} 司玉琢主编：《海商法》，法律出版社2018年版，第91页。

船长及其雇员不存在过失，而海难由以下五个特征组成：（1）意外性；（2）海上固有性；（3）直接性；（4）船长及其雇员不存在疏忽；（5）并非船舶不适航导致的。^{〔4〕}虽然两者在具体特征上有细微区别，但由于适用时属于同一款免责事由，并无区分的可能性和必要性，故将此款统称为天灾、海难免责条款，通过一致的规则予以审查适用，几乎是实务界的共识。

以“天灾+海商法”为检索词在中国裁判文书网上共能检索出 52 篇裁判文书，除去在文书中未明确天灾、海难审查规则的文书，各海事法院存在如下几种审查方式：（1）上海海事法院与上海高院一般以天灾、海难的恶劣程度作为审查中心，考察其是否超出航行的正常限度（以下简称为“恶劣程度说”），也有个别案件中照搬不可抗力的审查规则，即审查具体的灾难是否具备“不可预见、不能避免并不能克服”的三要件构成（以下简称“不可抗力三要件说”）；（2）广州海事法院和广东高院一般采不可抗力三要件说进行审查，也有少数案件按照天灾、海难的罕见程度确认能否援引此项免责；（3）宁波海事法院较为特殊，所涉及的两个案件运用了两套完全不同的审查规则，一是直接认定风浪构成海上固有危险，承运人可以据此免责，二是忽略案件事实中的风浪情况，认为只要船舶满足适航义务，若发生风浪下的倾覆，即可援引此项免责；（4）厦门海事法院和武汉海事法院的案例较少，但厦门海事法院与上海海事法院相似，以恶劣程度说作为审查中心，武汉海事法院则接近广州海事法院，通过不可抗力三要件说进行审查。由检索结果可知，同一法院内部尚且有不同的审查规则，不同法院间类案类判的要求更无法达到。

地区	案号	审查规则
上海	（2012）沪海法商初字第 1255 号、（2012）沪海法商初字第 1208 号 （2014）沪高民四（海）终字第 150 号、（2014）沪高民四（海）终字第 119 号 （2016）沪 72 民初 2846 号、（2019）沪 72 民初 487 号、（2019）沪民终 401 号	恶劣程度说
厦门	（2011）厦海法商初字第 250 号、（2014）厦海法商初字第 300 号	
上海	（2008）沪高民四（海）终字第 173 号、（2009）沪海法商初字第 948 号 （2011）沪高民四（海）终字第 22 号、（2019）沪民终 147 号	不可抗力三要件说
广东	（2009）广海法初字第 575 号、（2013）广海法初字第 968 号 （2015）粤高法民四终字第 113 号、（2019）粤民终 200 号	
武汉	（2017）鄂 72 民初 1103 号	
广东	（2014）广海法初字第 507 号	罕见说
宁波	（2009）甬海法商初字第 115 号	适航说

〔4〕 Henry E. Pollock. Bill of Lading Exceptions (2).

(二) 天灾、海难与不可抗力免责条款的混用

《海商法》作为民商事法律特别法的法律地位是学界和实务界的共识，^{〔5〕}但长期以来法院却经常忽略作为特别法的《海商法》，转而引用一般性的民商事法律，造成《海商法》条款的虚置，^{〔6〕}此种现象在天灾、海难免责条款的审查过程中尤为常见。规定在《民法通则》、《合同法》和《民法典》中的不可抗力免责条款起源于罗马法，^{〔7〕}是非常古老的法定免责事由。我国法下的不可抗力规定内容十分丰富，不仅包括了定义，还包含了通知与证明义务、迟延履行后的处理方式等。相比较而言，《海商法》下的天灾、海难免责条款虽然同属于法定免责事由，但条款内容十分简单，缺少相关定义以及援引此项免责的具体方式，但两者在规则内容上的“复杂——简单”关系，并不能否认两者在法律地位上的“一般——特殊”关系。值得注意的是，正是由于海上风险的固有与特殊，才导致了天灾、海难的免责规则不能规定得太过苛刻，否则承运人在很难援引此项免责的情况下与托运人的利益平衡就会被打破，而非海上贸易所遵循的立法逻辑显然不同，无论是自然灾害的不可抗力，还是社会事件的不可抗力，虽然数量同样众多，但在广泛的市民生活商品交易背景下，其发生还是属于小概率事件。如果不对其通过多要件予以限缩，那么当事人动辄就可以援引不可抗力予以免责，势必会影响商品交易的有序展开，这也是为什么在我国援引不可抗力免责必须满足“不可预见、不能避免并不能克服”三要件的原因。

实务中，天灾、海难与不可抗力免责条款的混用一般出现在以下几种情况中：

(1) 当事人援引《海商法》的天灾、海难免责，法院却套用不可抗力免责审查规则进行裁判，如(2008)沪高民四(海)终字第 173 号案；(2) 当事人未援引具体法条，法院直接引用不可抗力免责审查规则进行裁判，如(2018)粤 72 民初 261 号案；(3) 当事人同时援引天灾、海难和不可抗力免责，法官选择适用不可抗力免责审查规则进行裁判，如(2009)广海法初字第 575 号案。总的来看，这种混用的现象存在着诸多问题：(1) 违反《立法法》第 83 条规定的“特别法优于一

^{〔5〕} 曹兴国、初北平：“作为特别法的《海商法》的修改”，载《政法论丛》2018 年第 1 期。

^{〔6〕} 何丽新、梁嘉诚：“《海商法》实施 25 年司法适用研究报告”，载《中国海商法研究》2018 年第 2 期。

^{〔7〕} 刘凯湘、张海峡：“论不可抗力”，载《法学研究》2000 年第 6 期。

般法”这一司法适用规则，^{〔8〕}造成处于特别法地位的《海商法》被虚置；（2）忽视了海上贸易的特殊性以及海上风险的固有性，严苛的不可抗力免责构成，尤其是其中的不可预见性要求，将严重打击承运人进行海上运输的积极性，从而降低海上商品交易的效率；（3）对天灾、海难免责的审查规则被长时间忽视，本来简单的条文文本应当在大量裁判过程中归纳总结相适应的审查规则，但由于直接“拿来”不可抗力的构成，导致我国法下此项免责一直未发展出相应的审查方式，造成长久以来的法律漏洞未能填补。

二、天灾、海难免责条款的沿革

承运人免责制度在中世纪以来经历了“法定免责——约定免责——法定免责”的发展过程，天灾、海难免责条款作为海上承运人免责事由之一，隶属于承运人免责制度，其沿革也遵循了相同的路径。

（一）海商法尚未分立前的法定免责阶段

临近 19 世纪，由于现代国家体系的成熟，各国主导了实体法的立法过程，商人习惯法也开始逐渐转变为现代的成文法，13 世纪末期兴起的海上贸易以及形成的海上贸易习惯法，也被纳入成文化的浪潮中，比如法国于 1681 年颁布了《海事敕令》这一海商法典。^{〔9〕}这一时期海商事立法的一大特点就是海上贸易规则与陆上贸易规则的趋同化，这是因为航海技术的发展使得海上贸易的风险有所降低，在立法者看来海上贸易相较于陆上贸易的特殊性并不明显，故也不必制定出相独立的规则将两种贸易区分开，所以法国 1807 年《商法典》将《海事敕令》中的公法规范剔除而将海事私法集成列为商法典第二编“海商”。^{〔10〕}反映在承运人免责制度中，承运人的各项法定免责事由实际上来源于一般贸易过程中发展出的免责事项，这其中就包含了天灾。^{〔11〕}所以在这一阶段，由于民法规则与海商法规则不作区分，导致天灾、海难免责与由罗马法发展出来的，适用于一般债务人免责的不可抗力免责^{〔12〕}在涵义以及适用上是完全一致的。简而言之，在

〔8〕 汪全胜：“‘特别法’与‘一般法’之关系及适用问题探讨”，载《法律科学（西北政法学院学报）》2006 年第 2 期。

〔9〕 傅廷中：《海商法》，法律出版社 2017 年版，第 14 页。

〔10〕 何勤华、魏琼主编：《西方商法史》，北京大学出版社 2007 年版，第 280 页。

〔11〕 傅廷中、杨俊杰：“国际海运立法中分化与协调的百年变奏——以海上货物运输承运人责任制度为视角”，载《法律科学（西北政法学院学报）》2007 年第 5 期。

〔12〕 刘凯湘、张海峡：“论不可抗力”，载《法学研究》2000 年第 6 期。

19 世纪以前，天灾、海难免责条款未生发出独立于一般民法规则的特殊审查方式。

（二）合同自由背景下的约定免责阶段

19 世纪中期，合同自由原则进入海上货物运输合同以及提单领域，^{〔13〕}由于承运人在贸易过程中处于优势地位，故其可以随意列入各项免责条款减轻自身的责任。这就导致承运人免责从法定免责向约定免责的转变，同时导致了船货双方风险承担的严重失衡。在这一时期，由于立法让位于契约自由，天灾、海难免责条款的发展陷于停滞，其适用方式附随于船货双方的实际约定，不具备普遍适用性与研究的价值。

（三）国际海运统一立法背景下的法定免责阶段

由于约定免责的过于泛滥，19 世纪末，一场针对规范提单免责条款、限制承运人权利的海商法国际统一立法运动兴起。《海牙规则》、《修订统一提单若干法律规定的国际公约的议定书》（以下简称《维斯比规则》）、《1978 年联合国海上货物运输公约》（以下简称《汉堡公约》）以及 2008 年通过的《联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》（以下简称《鹿特丹规则》）都是此阶段国际统一立法运动的成果，而以约定免责为趋势的承运人免责制度也得到了彻底扭转，以法定免责为内容，以平衡承托双方为目的，以限制承运人权利为内核的现代承运人免责制度正式确立起来。

立法的统一带来的却是解释层面的分化，天灾、海难免责条款虽然被各个公约所吸收，且规则文本上区别不大，但各国在适用过程中却发展出了两种有区别的审查方式。美国与加拿大等国认为，构成条款所指称的天灾、海难，既需要具有超出一般天气与风浪的严重性，同时承运人是不可预见的，否则不能援引此条免责；英国与澳大利亚等国则认为，即使天灾与海难是能够预见的，只要其发生时偶然，出乎意料，并且难以被适航船舶所抵御，就构成了《海牙规则》下的天灾、海难。不难看出，美国、加拿大等国对天灾、海难的构成持严格态度，承运人有较大难度据此免责，英国、澳大利亚等国则较为宽松，国外学界一般认为后者确立的审查规则更为合理，原因将在下文进行说明。^{〔14〕}与“飘摇”中的航海过失、火灾免责不同，天灾、海难免责条款自被吸收入免责事由中去，就地位稳

^{〔13〕} 司玉琢主编：《海商法》，法律出版社 2018 年版，第 128 页。

^{〔14〕} Anton Trichardt & Alex Cull, Perils of the Sea down Under, 10 Stellenbosch L. REV. 436 (1999).

定且成为了承运人常用的免责手段，这是因为其本身来源于不可抗力免责，有着坚实的民法理论基础，契合于传统债法理论，在进入海上运输领域之后，又充分体现了海上贸易风险的固有性以及特殊性。

三、天灾、海难免责条款的审查规则构建：以审查恶劣程度为中心

我国《海商法》参照《海牙规则》吸收了天灾、海难免责在内的承运人免责制度，但未能像其他国家形成独立于不可抗力免责的审查规则。以英国、澳大利亚等国的方式为框架，综合考虑条文的体系性以及法律解释的内在要求，将天灾、海难恶劣程度是否超过适航船舶的抵御程度作为本条的中心审查规则，具有合理性。

（一）不宜审查天灾、海难的不可预见性

实务中将预见可能性作为审查内容，存有较多障碍：

第一，从规则文本上不能直接得出天灾、海难必须具有不可预见性。由于《海商法》未对天灾、海难进行定义，所以在审查过程中对其解释是适用的前提，法律解释应当将追求文义作为起点和终点，^{〔15〕}要求天灾与海难的不可预见性既是混用了不可抗力的审查规则，违反了特别法优先的法律适用规则，也明显超出了文义的范围，不符合法律解释的基本要求；

第二，不可预见的范围存在较大的模糊。有法院认为所谓预见是指预见到某种海上灾难的发生与否，比如(2019)粤民终200号中，法院认为在气象科技高度发达的今天，台风的发生是足以预见的，所以涉案的台风不能认定构成天灾、海难。另有法院认为，对海上灾难的预见除了预见是否发生外，还要求预见到灾难发生的具体时间、轨迹、持续时间以及剧烈程度，(2018)粤72民初261号案中法院正是持如此观点。持前述观点时，基本可以将台风、海啸等类型化的灾难排除出天灾、海难范围内，因为按照目前的气象技术确实可以提前预报上述灾难，但这明显不合理，持后一观点时，发生在海上的任何灾难实际上都满足了不可预见性要求。所以坚持审查天灾、海难的不可预见性，最终就会落入上述全部排除或者全部满足的极端情况；

第三，不可预见性的判断时点存在争议。一般认为，应当将合同成立时作为

^{〔15〕} 陈金钊：“文义解释：法律方法的优位选择”，载《文史哲》2005年第6期。

判断是否存在预见可能性的时间节点，^{〔16〕}但已有的案例基本都忽视此点。即使承认判断时点的存在，海上货物运输合同毕竟履行时间跨度较长，在订立合同时也很难证明承运人能够预见未来很长一段时间内发生的海上风险与灾难。

第四，审查不可预见性将严重打击承运人运输积极性，降低海上运输、交易的效率。如果法院动辄审查承运人对海上不确定灾难的预见可能性，可能造成的结果是，当承运人接收可靠的气象报道，对航线上的气候与海况有了大致了解后，反而不愿意进行运输活动，因为法院会认为承运人充分预见了海上风险，即使因为风险发生货损或货物灭失，也因为不满足不可预见性而不能免责，这当然十分荒谬。正确的制度设计应当是鼓励承运人依据自己的专业知识和先进气象报道，面对相关风险时妥善制定航行路线和相应预案，在面对海上灾难时依据预案抢救货物，将损失降到最低，当灾难程度确实达到适航船舶不可抵御而造成损失时，承运人方可引用免责事由，而不是反过来通过不可预见性标准打击承运人履行合同的积极性。

综上所述，不可预见性要件来源于一般民法规则下的“不可抗力”免责，同时也被美国、加拿大等国吸收作为审查天灾、海难的依据，但这种审查方式在法理上违反特别法优先的原则，超出法律解释范围，在实际操作上确定性不够，还会严重打击承运人履行合同的积极性，所以笔者认为在我国《海商法》下，不宜审查天灾、海难的不可预见性。

（二）不宜审查天灾、海难的罕见性

少数法院将天灾、海难的罕见性作为审查要素，比如在(2014)广海法初字第507号案中，法院认为涉案船舶集装箱在落海前遭遇的风力在海上航行中并非罕见，所以不构成《海商法》下的天灾，海上或者其他可航水域的危险或者意外事故。按照一般的理解，所谓罕见包含两方面的含义：

一是发生的概率低，即在未来一段时间内发生类似台风、海啸或者风浪的次数较少，这点看似有一定的合理性，实际上并不适用于海上货物运输，因为上文就提及到陆上运输与海上运输的差异就在于，海上运输风险的固有性与特殊性。在较长的一段海上运输过程中，遭遇海上风险反而是大概率事件，这也是为什么天灾、海难免责条款被称为“承运人最好但最不可靠的朋友”，所以在审查时要

^{〔16〕} 叶林：“论不可抗力制度”，载《北方法学》2007年第5期。

求风险的低概率实际上不符合海上运输风险高概率的现状；

罕见的第二层含义是指风浪、灾难强度较高，以强度判断是否构成天灾、海难具有一定的合理性，但仍存在以下一些问题。首先，台风风力、浪高、海底地震等有现行通用的预报级别，^{〔17〕}可以通过相应的级别判断强度大小，但海上风浪交织、礁石密布的航行情况是不存在预报级别的，这就导致依靠某种客观的预报体系判断天灾、海难的强度是不可能的；其次，船舶状况也直接影响了抵御风险的可能，大型船舶和小型船舶在面对相似强度的风浪、灾难时抵御能力存在明显差别，所以不考虑船舶的客观状况，只审查风浪、灾难的强度也是不合理的。

综上所述，无论是审查天灾、海难发生概率上的罕见性，还是审查天灾、海难发生强度上的罕见性都存在实务操作上的不足，一定程度上忽视了海上航行、运输风险的特殊性，不宜纳入天灾、海难免责条款的审查规则中去。

（三）建立以审查恶劣程度为中心的四层次审查规则

从世界范围来看，英国与澳大利亚等国审查天灾、海难的恶劣程度，忽略其可预见性的审查规则较为合理。在充分吸收以上国家的审查经验，以我国《海商法》规则文本为基础，建立以审查恶劣程度为中心的四层次审查规则具有合理性与可操作性。

1. 第一层次审查：船舶的适航程度

在承运人欲援引《海商法》第 51 条天灾、海难免责条款时，法院应当首先跳出对涉案天灾、海难的审查，对船舶适航情况进行第一层次的审查，这是因为承运人的适航义务是海上货物运输合同下的首要义务，即满足适航义务是援引各免责事由的前提。^{〔18〕}在一般合同法领域，双务合同并不存在首要义务的分类，与之相似的是主给付义务，^{〔19〕}不履行主给付义务的法律后果可能是根本违约，^{〔20〕}非违约方可以行使单方解除权等。但违反首要义务的后果却是承运人不能援引各项免责事由，这是由海上货物运输合同中承运人特殊的归责原则决定的，学

^{〔17〕} 杨婵：“《中华人民共和国海商法》下‘天灾、海难’免责抗辩在台风案中的适用”，载《中国海商法研究》2016年第3期。

^{〔18〕} 朱作贤、司玉琢：“论《海牙规则》‘首要义务’原则——兼评 UNCITRAL 运输法承运人责任基础条款”，载《中国海商法年刊》2002年第13卷第1期。

^{〔19〕} 沈健、陈敬根：“论国际海上货物运输领域中的首要义务”，载《中国海商法年刊》2011年第22卷第2期。

^{〔20〕} 李虎、张新：“主从给付义务关系可以产生后履行抗辩权”，载《法学》2007年第8期。

者将这一归责原则称为过错责任加列明的过失免责，^{〔21〕}在未履行适航义务这一首要义务时，承运人失去了援引列明的过失免责的权利，其归责原则也“退化”为一般的过错责任。值得注意的是，虽然我国《海商法》并未像《海牙规则》一样将适航义务列明为首要义务，但各级法院在审查免责事由时往往优先审查船舶的适航情况，甚至在判决书中明确说明船舶适航与否关系到承运人能否援引免责事由，交通运输部组织起草并公开征求意见的《中华人民共和国海商法（修订征求意见稿）》第4.12条也已经新增加了首要义务，^{〔22〕}这说明作为首要义务的适航义务被立法者认可即将成为实体法规定。

船舶适航是指船舶在开航前和开航时处于能够抵御正常风险的事实状态，这也要求法院在审查船舶的适航程度时既要审查《货船构造安全证书》、《货船设备安全证书》、《安全管理证书》、《船体和轮机人级证书》、《船舶年审合格证》及《最低安全配员证书》等各项有效的适航证书，又不能完全根据上述适航证明判断船舶适航与否，因为上述证书仅能证明船舶符合法律上适航的最低要求。在事故发生后，应当结合船检部门的检验报告、船级社发布的调查报告、专家证人意见等相关证据从船员配备、船舶装备、供应品配备、货物装载等方面审查船舶是否实际适航。只有通过第一层次审查认为涉案船舶符合《海商法》所规定的适航状态时，才有必要进行下一层次对天灾、海难恶劣程度的审查，否则承运人将直接失去援引天灾、海难免责条款的权利。

2. 第二层次审查：天灾、海难的恶劣程度

在审查确认船舶在开航前和开航时满足适航要求后，法院可进行第二层次的审查，即审查涉案天灾、海难的恶劣程度。英国、澳大利亚等国将天灾、海难的恶劣程度作为审查的核心，而国外学者也普遍认为来自于海上自然力量，且对船舶造成实质性严重的物理破坏是此条款的应有之义。^{〔23〕}但在实务中法院如何判断涉案天灾、海难的恶劣程度达到了承运人可以援引并据以免责的程度，不仅应该进行个案判断，还需要注意以下几点：

^{〔21〕} 司玉琢主编：《海商法》，法律出版社2018年版，第94页。

^{〔22〕} 《中华人民共和国海商法（修订征求意见稿）》第4.12条：虽有本法第4.11条第二款的规定，如请求人初步证明，货物的灭失、损坏或者迟延交付是本法第4.7条规定的船舶不适航造成的，承运人仍应负赔偿责任，除非承运人证明货物的灭失、损坏或者迟延交付不是上述原因造成的，或者承运人已经履行了本法第4.7条规定的谨慎处理的义务。

^{〔23〕} Everett V. Abbot, *Perils of the Seas*, 7 HARV. L. REV. 221 (1893-1894).

第一，以台风等级、海浪高度、海上大风等级等客观评级作为审查的初步依据。实际上，各海事法院在过往案例中引用上述客观评级予以说理是很常见的，比如在（2014）厦海法商初字第300号案中，法院描述海浪高度证明海况的恶劣，在（2014）沪高民四（海）终字第119号案中，法院引用台风“梅花”的瞬间风力，船舶倾斜角度，证明台风的极度恶劣，虽然恶劣与否是看似主观的判断标准，但依靠客观的评级能够较好还原当时船舶遇险的情况，帮助法院予以审查。但在引用上述评级时，应当以船舶遇险、货物受损的时间为判断节点，而不是引用气象部门对未来一段时间的预测与预报，否则不能反映当时的情况，同时上述评级只是审查的初步依据，因为海上航行的特殊性，风、浪、雨等要素交织，某一项评级也不能完全反应海况恶劣与否，而需要进一步审查；

第二，重点审查船舶遇险、货物受损的时间节点下天气状况与海况。正如上文所提到的，对天气、海况的客观评级与预报、预测针对的是未来一段时间，并不能用此简单代表涉案航程的真实遇险状况，所以需要结合航海日志、卫星资料、^{〔24〕}船员事后陈述，甚至委托专业人员用专业设备予以还原。如在（2018）粤72民初261号案中，法院就准确指出“对于台风而言，根据现有技术手段，人类虽可能在一定程度上提前预知……台风“天鸽”直接带来风、雨、浪、潮等灾害，叠加产生的潮水漫灌是引发本案货损的直接原因。”既然海上航行所遇风险最终导致货损常常是多因一果，这也要求法院在审查时应当回到货损发生时根据当时情况综合判断；

第三，天灾、海难的恶劣程度是通过与船舶本身的状况对比审查得出的。船舶吨位、船龄、船员素质等状况在不同个案中当然具有差异，即使都满足适航义务也不代表面对同样的风险，任何船舶都有理由予以抵御。笔者认为天灾、海难的恶劣程度必须超过个案中满足了适航义务的船舶的抵御状态时，最终导致了货损，承运人才可能据以免责。所以个案的判断既是指涉案天灾、海难的个案判断，更是指涉案船舶本身状况的个案判断。

3. 第三层次审查：管货义务的履行情况

在完成第二层次审查，即对涉案天灾、海难恶劣程度审查完成后，法院不能直接判决承运人可以援引此项免责，因为货损的发生常常是多因一果，在许多案

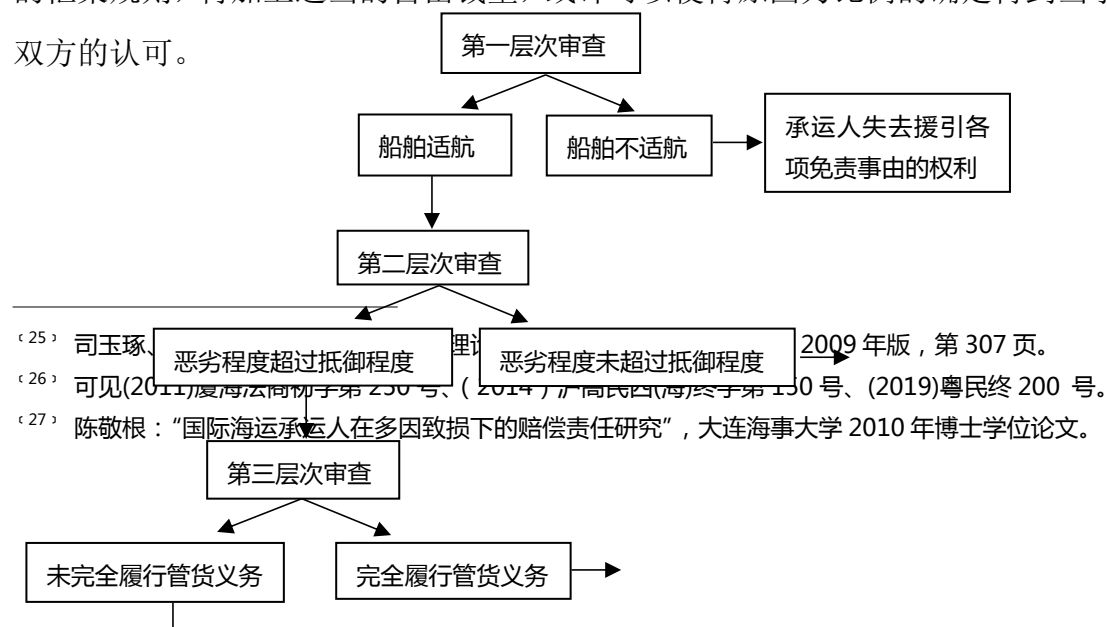
^{〔24〕} 杨婵：“《中华人民共和国海商法》下‘天灾、海难’免责抗辩在台风案中的适用”，载《中国海商法研究》2016年第3期。

件中，由于存在着管货的过失，导致船舶遭遇海上风险使货物遭受损失。与作为首要义务的适航义务不同，即使承运人未能完全履行《海商法》第 48 条的管货义务，也不丧失引用各项免责的权利。^{〔25〕}所以法院有必要在第三层次审查涉案承运人的管货义务的履行情况，如果未能完全履行，那么货物受损属于天灾、海难与未完全管货义务共同造成的，就需要在下一步确定两者造成货损的原因力比例，进而确定赔偿的数额。

从已有的案例看，存在绑扎缺陷、堆放缺陷、货物防护措施缺陷等情况下，^{〔26〕}容易在天灾、海难的共同作用下造成货物毁损、灭失。与适航义务不同的是，在整个海上运输过程中，承运人都需要完整履行管货义务，所以这是一项持续性义务，不存在履行即完毕的情况。在审查过程中也要注意，《海商法》仅仅要求妥善地、谨慎地完成此项义务，即承运人按照常规的技术要求无过错履行即可，而不要求货物在面对任何天灾、海难后都要保持完好状态。

4. 第四层次审查：确定造成损失的原因力比例

如果承运人确保船舶适航且履行管货义务无过错，此时由于海上天灾、海难造成货物毁损灭失，承运人自可免除自身责任，但如果存在未完全履行管货义务的情况时，就需要确定原因力比例，承运人虽然就天灾、海难的部分可以免责，但仍需赔偿因为未完全履行管货义务等造成的损失，这种情况即《海商法》第 54 条规定的多因致损。多因致损的赔偿责任承担问题，既包括了其中举证责任的分配问题，也包括了原因力比例的确定，被称为“承运人责任”中未解决的三个问题之首。^{〔27〕}应该来说在天灾、海难造成货损且管货存在过错时，如何确定两者的原因力比例是一个十分抽象的问题，也难以通过类型化的方式具体出一种计算方法。笔者认为这是一个未竟的问题，但通过立法途径确立一种计算原因力的框架规则，再加上适当的自由裁量，或许可以使得原因力比例的确定得到当事双方的认可。



承运人不能援引天灾、海难免责

承运人可援引天灾、海难完全免责

根据原因力，确定承运人
免责范围外需赔偿的比例

四、结语

《海商法》下的天灾、海难免责条款与一般民法领域的不可抗力免责是特别法与一般法的关系，所以不能混用不可抗力之“不可预见、不能避免并不能克服”的三要件审查规则，考虑到海上航行、运输风险的固有性与特殊性，将审查恶劣程度作为天灾、海难免责条款的中心审查规则具有合理性，在法院具体审查过程中，应当通过四层次的体系化审查规则逐步审查。由于天灾、海难免责隶属于承运人免责制度，处于承运人责任制度的大框架下，所以在审查时不可避免地会涉及到适航义务、管货义务等相关规则，这也充分反映了《海商法》高度体系化的特征。

从已有的案例看，上海海事法院在相当数量的案件中已经有意识地引入了恶劣程度作为审查天灾、海难免责的核心，但其他法院的审查方式却略显混乱。海上运输所带来的高风险其实是承运人热衷于援引天灾、海难免责的根本原因，但我国法院在审查过程中过于谨慎的态度使得承运人反而不容易援引此项免责，这与国外的司法实践明显不同。通过体系化审查规则的构建，实际上有利于解决目前实践中引用天灾、海难免责困难的问题，长远来看也有利于提高承运人经营积极性、提高海上运输效率、促进海上货物运输的繁荣。