

● 国际法

论电子提单的流通性

向 在 胜

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 向在胜(1971-), 男, 河南桐柏人, 武汉大学国际法研究所博士生, 主要从事国际私法学研究。

[摘 要] 电子提单流通性的实现机制有两个;其一系基于有关电子提单的立法,通过立法直接承认电子提单在法律性质上是提单。其二则是基于当事人之间的协议,这种协议通常约定采用让与机制间接地实现电子提单的流通性。两个机制中,第一种机制遇到了严峻挑战,因为传统提单流通性的实现与其使用的媒介——纸张有着密不可分的联系。

[关键词] 提单;电子提单;流通性;让与

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1671-881X(2005)01-0053-05

一、提单流通性概述

提单被誉为“打开浮动仓库的钥匙”,所以如此,乃因为其是针对货物的权利凭证。所谓权利凭证,是指一份代表诉取权利的文件。权利凭证象征或代表着某种义务,就提单而言,这种义务就是对货物拥有实体占有的一方当事人承诺仅将货物交付给权利凭证的持有人,而不是任何其他人。承运人承诺仅将货物交付给权利凭证的持有人这一事实意味着,拥有了权利凭证,也就拥有了对货物的足够控制,换句话说,拥有了权利凭证,也就拥有了对货物的推定占有。

作为权利凭证的提单具有流通性。这是因为,既然对货物拥有实体占有的当事人承诺仅将货物交给凭证的持有人,那么随着该凭证从一方当事人转让至另一方当事人,对货物的推定占有也就相应地从该方当事人转让至该另一方当事人。因此,权利凭证的转让便意味着对货物的推定交付。由于凭证的持有人拥有对货物的推定占有,因此如果对货物拥有实体占有的当事人违反了权利凭证施加于其的义务,而将货物交付给不是凭证持有人的其他人,则凭证持有人便可以起诉义务人因错误交付而实施的侵权行为。

另一方面,提单是权利凭证这一点也要求提单必须具有流通性。这是因为,提单之所以在其历史发展过程中最终演变为权利凭证,实乃出于商业实践的迫切需要,即当货物尚在运输途中而又需要立即进行交易的时候,通过代表货物的提单的转让来实现对货物的推定交付。因此,如果不具有流通性,则提单作为权利凭证在实践中便没有任何意义。

二、在电子环境中实现提单流通性面临的困境

流通性是提单的生命力所在,而对于传统提单而言,其流通性的实现又是与其所使用的媒介——纸

张密切相关的。作为一份流通票据,必须同时满足几项特定的条件,其中之一便是书面的要求。书面要求的目的除了保证票据的独特性和永久性之外,更重要的则是其具有“合并”的效果。根据合并原则,所有产生自一份流通票据的权利均要通过一份有形的文件予以体现,换句话说,一份流通票据所彰显的权利将与该票据“合并”在一起。合并原则基于如下一项假设:将抽象的、无形的权利“附形”于有形的票据之上,而该票据作为一份有形的财产可以用来转让。由于所谓有形的票据在实践中往往是指纸面的票据,因而合并原则又被某些学者称为“纸化”原则(“paperization” principle)^[1](P. 968)。将权利予以“纸化”的经济目的在于,一份代表着抽象权利的纸面文件,可以通过其自身的转让而实现对其所代表的抽象权利的转让。不仅如此,这项“纸化原则”在流通票据法中还被绝对化,从而使得流通性在以下理念下被建立起来,即转让一份单据所代表的权利的惟一途径便是对该项单据本身的实体交付。很显然,以合并原则为基础的对抽象权利的有形彰显对于流通票据法而言是至关重要的。合并原则创造了如下的法律机制:对权利的转让只能通过对纸面票据的有形交付来实现,债务人履行债务只能向纸面票据的持有人实施,债权人主张权利的惟一途径也只能是获得该纸面票据。

很显然,提单的运行机制完全符合合并原则的要求。首先,提单代表的是一项抽象权利,即对货物的推定占有。其次,该抽象权利的转让只能通过提单的转让得到实现,而且对货物拥有实体占有的当事人即承运人亦承诺仅将货物交付给提单的持有人。

了解了合并原则的含义,便不难看出,无论是流通票据,还是提单,其流通机制得以运行的关键均在于将抽象权利“有形”化,即将抽象的权利“合并”至有形的纸面单据之中,然后通过纸面单据的流通而实现权利的流通。很显然,传统法律中的“流通性”概念(包括提单法意义上的“流通性”概念)是与纸张有着天然的密不可分的关系的。在某种程度上,这种基于“纸化”原则的“流通性”概念与当今单据处理的电子化趋势是不相容的。所谓“电子化”,就是指以电子技术代替纸张,以对信息实施电子化的生成、发布、传送或记录。因此,“电子化”有时又被称为“无纸化”,它意味着对信息的传统的传递媒介——纸张的放弃。电子化对传统“流通性”概念的挑战在于,由于其以电子手段代替纸张,从而打破了传统流通机制的运行机制,使得抽象的权利不能再“附形”于有形的纸张上,并随该有形的纸张的流通而流通。具体到电子提单而言,由于人们不可能对电子提单实施有形占有,因而也就很难想象,人们能够通过转让电子提单而转让电子提单所代表的权利,因为在人们的头脑中,似乎只有那些有形的东西才能在客观上从一个人转让至另一个人。

三、电子提单实现提单流通性的两种机制

电子提单实现提单流通性的机制选择与电子提单实施的法律基础有关。从目前电子提单的实践来看,电子提单实施的法律基础主要有两类,其一系基于有关电子提单的立法,其二则是基于当事人之间的协议。前一种情况的典型例子是澳大利亚,该国海商立法(联邦和州两个层面)已有关于电子提单的规定。根据该国立法,电子提单在法律性质上是提单,如果具备一定的条件,其也是权利凭证,因而具有流通性。显然,以这种立法为基础的电子提单的流通性与传统提单的流通性是在同一含义下使用的,二者的区别仅在于,电子流通性实现的媒介已不再是纸张。笔者将这种基于电子提单是权利凭证的定性而实现流通性的机制称为电子流通机制。对于后一种情况,当事人实施电子提单系基于他们之间的协议,而一般说来,权利凭证只能通过惯例、商人习惯法或国家立法予以设立,不能通过当事人之间的协议创立^[2](第473页)。在这种情况下,电子提单在法律性质上便不是提单,更不是权利凭证,其本身不可能具有流通性,此时其只有选择其他替代性的法律机制,才能实现流通性的功能,即转移对货物的推定占有。这种替代性的法律机制便是让与机制。

四、电子提单实现提单流通性的机制之一——电子流通机制

(一)对流通性本质的探讨

要想在电子环境中实现流通性,关键在于寻找传统流通性概念的实质,祛除传统立法为实现该流通性而课加的以实现该流通性的传统媒介(即纸张)为中心的各种形式要求(如书面形式、手书签名等),并试图设立一套在电子环境中实现流通性的程序机制。

流通性的本质不在于纸张,而在于纸张上所承载的信息,在于人们所约定的并进而为法律所承认的该信息的流通过程本身。实现电子流通性的首要一步是将流通过程分割为各种必要的和基本的单元,并祛除围绕在流通性单据周围的种种神话、误解和表面性的东西。流通性文件的实质不在于其载有签名或原始性,而在于激发人们对该纸面文件的信心的该文件流通过程本身^[3](P. 470-471)。无论是提单,还是纸币,作为其媒介的纸张本身并没有任何价值,只有当人们对其能够换回其所承诺的实物价值有信心时,其才有价值。纸币或提单上的签名、印章或其它形式上的东西只不过是用以增加人们的信心的工具而已。因此,在考虑传统纸面提单的流通功能能否在 EDI 环境中得以实现时,应该避免在书面等形式要求方面作过多纠缠,而应关注其实质,考察能够实现这些流通性文件所提供的承诺的过程本身。

(二)对电子流通机制的粗略勾画

电子流通机制要想在实践中得以顺利实现,一般说来需要至少以下三个基本的支柱作为保证,它们是:信息的承载与传递机制,电子签名机制以及登记机制。

1. 信息的承载与传递机制

纸张之所以成为实现流通性的天然媒介,关键在于两点:第一,作为信息的承载者,其具有永久性;第二,作为信息的传递者,其具有非常方便的流动性。在电子环境中,EDI 成为实现电子提单流通性的媒介。首先,作为信息的承载者,EDI 虽不具有纸张那种为了保存信息所必要的有形性和形状的固定性,但这丝毫不影响其在保存以磁象形式存在于电文中的相关信息的永久性。其次,作为信息的传递者,EDI 不仅可以非常方便地将相关信息从一方当事人传递至另一方当事人,而且其还可以将信息按照一定标准进行格式化、标准化处理,并拒绝人工的干预。

2. 电子签名机制

对于在电子提单流通的各个环节所传递的 EDI 电文,均需要对其实施电子签名。对 EDI 电文实施电子签名既是技术上的要求,也是法律上的要求。在技术上,电子签名可以保证交易的安全。在法律上电子签名则具有以下几项意义:(1)识别一个人的身份,即表明文件的签名者;(2)表明签名者已确认文件的内容;(3)构成签名者对文件内容正确性和完整性负责的证据。此外,电子签名还能保证一份法律文件的独一无二性,这对于流通性文件来说是至关重要的。

3. 登记机制

在电子商务中,由于没有纸张的出现从而使当事人心里感到踏实,因此任何类型的转让或流通均需要某种形式的登记机制。与电子签名机制是保证各项具体电文的真实性的机制不同,登记机制是保证电子提单流通过程真实性的机制,换句话说,其是一个对电子提单所依次进行的各种交易进行跟踪的机制。一旦确定纸张的传统功能能够通过信息的电子传输予以实施,那么通过登记机制,则纸张的商业功能,即流通性,也同样可以运用电子方式得到实现。

登记机制的运转完全依靠登记中心。登记中心是一个“诚实”的第三人,有时可能是最终负责交付货物的当事人。与传统纸面流通机制不同,在电子流通机制中,必须由某个人负责掌管“赌注”,负责记录交易并维持交易的完整性,否则,就会因为没有一个人负责盯看交易的完成而造成混乱,从而损害当事人对以这种媒介进行商事交易的信心。

五、电子提单实现提单流通性的机制之二——让与机制

转让提单可以转让对货物的推定占有,这是为大家所熟知的,但其在英国法中,推定占有的转移除了提单机制之外,还有一个不为大家所熟悉的机制,这就是让与机制。

(一)让与机制的含义

所谓让与(attornment),根据《牛津现代法律用语辞典》,共有两个含义,其一是与动产有关,其二则是与不动产有关;其中与动产有关的含义是指,“代表某一占有货物的受托人承诺其将代表其他人而占有该货物的行为”。《Chitty on Contracts》一书对让与也有论述:“如果委托人(bailor)指示受托人(bailee)代表第三人(原告)持有该财产,而且受托人接受了委托人的指示,则其就向原告实施了让与,又或者如果其向原告作出了承诺,原告现在拥有该财产的所有权,则受托人将变成原告的受托人。”在著名的The“Future Express”案中,Lloyd法官也指出:“简单地说,当货物的受托人承诺其将代表原始委托人之外的其他人而持有货物时,一项让与关系便产生了。此时,在受托人和该其他人之间形成了托管关系(bailment),据此该其他人有权在拒交货物的情况下以侵占起诉受托人。”^[4](第20页)

正如Lloyd法官所指出的,让与与托管(bailment)有着密切关系。在托管关系中,受托人实际占有被托管的物品,而委托人则对该物品拥有推定占有。让与的实施一方面取消了原委托人与受托人之间的托管关系,另一方面,又在受托人与受让人之间创造了一份新的托管关系。这样,通过让与,原委托人对货物的推定占有便转移至受让人。

但让与机制转移对货物推定占有的程序与提单却有所不同。在签发提单这一权利凭证时,承运人便承诺其将代表凭证的持有人而持有货物,并仅将货物交给该持有人。这一对凭证持有人的承诺——而不管其是何人——恰恰是权利凭证的实质所在。这意味着,对权利凭证的每次转让,均没有必要由承运人对每一位新的受让人就推定占有的转移作单独的承诺。相反,随着权利凭证的转让,推定占有将自动转移。而对于让与机制而言,对货物的推定占有的每次转移,或者说托管关系的每次变更,均需要承运人对新的受让人作一承诺,即其将代表该受让人而保管货物。正因为受托人在推定占有的每次转移时均需要作一次承诺,所以让与机制在本质上是不得反言(estoppel)为基础而运行的。

正因为二者的上述不同,所以在转移推定占有方面,权利凭证机制和让与机制是两个彼此独立而又不同的机制。Diamond法官在The Future Express案的一审判决中也指出了二者的彼此独立性,“在探讨提单作为权利凭证在英国法中的地位的经典著作中,均没有提及让与的概念。”

在立法上对二者的关系有明确界定的是1979年的《货物买卖法》。该法第29条是关于货物交付的规则,其中第4款规定的是关于货物尚在第三人手中时货物的交付。该款规定,“如果货物在买卖时尚为第三人占有,则便不存在卖方向买方的交付,直到该第三人向买方承诺其将代表买方而持有货物;但本款的规定将不影响任何代表货物的权利凭证的签发或转让。”在货物买卖中,交付是通过转让占有而实现的,在货物尚为第三人如承运人占有时,此时货物的交付是通过转移推定占有而以拟制交付的形式实现的。从具体的措辞看,第4款第一句话关于拟制交付的规定所说的正是让与机制,但该款第二句话又指出,该款对于让与机制的规定并不影响对权利凭证的使用。由此可见,在1979年《货物买卖法》下,让与机制和权利凭证机制是转移推定占有的两个独立而又平行的机制。

(二)让与机制在电子提单实践中的运用

由于权利凭证不能通过协议设立,因而在以合同为基础的电子提单项目中,当事人往往只能选择让与机制来实现对货物推定占有的转移。

1990年CMI电子提单规则采用的是让与机制。根据该规则第7条,支配和转让权的转让遵循以下程序:现持有人首先向承运人发出其意欲将支配和转让权转让给一位新的持有人的通知;然后由承运人就该通知作出确认,并据此向被建议的新持有人发送该规则第4条除密码以外的所有其他信息。之

后, 由被建议的新持有人通知承运人其接受拟被转让的支配和转让权; 据此承运人销毁现用密码, 并向新持有人发出一份新的密码。CMI 电子提单规则关于这一转让程序的规定中并没有提及承运人向新持有人作出其将代表该新持有人而占有货物的承诺, 但笔者认为, 如果真的有当事人愿意选用 CMI 规则, 那么在具体的操作中, 承运人还是应该作出这一承诺。

Bolero 电子提单机制在占有的转移上采用的也是让与机制。Bolero 规则手册第 3.4.1 条规定, 可转让的 Bolero 电子提单被创设以后, 对货物的推定占有的转移将通过指定相关角色而实现。这些角色一经指定, 承运人便应承诺, 其将根据这些角色的指示而保管货物。应该说, Bolero 规则手册关于让与的规定比起 CMI 电子提单规则来要明确得多。

六、结 语

流通性在传统立法中往往基于合并原则而与纸张密不可分, 但在电子环境中, 合并原则必须被摒弃。流通性的本质在于, 其是一个与货物有关的信息借助某种媒介进行流转的过程, 这是一个为当事人事先约定好并为法律所承认的信息流转过程, 在该流转过程中, 谁控制了信息, 也就相应控制了与该信息有关的货物。占有信息的当事人获得该信息所承诺的实物利益的权利将得到法律的保证和保护。基于这种对流通性的认识, 借助于 EDI 技术、电子签名技术以及登记机制, 电子提单便完全可以实现流通性。但同时也要看到, 流通性是一个特定的法律概念, 在不具备相关法律依据的情况下, 当事人并不能使用它, 在这种情况下, 当事人可以选择让与机制, 以实现对货物推定占有的转移。

[参 考 文 献]

- [1] CURTIS Nyquist. A Spectrum Theory of Negotiability[J] \ \]. Marquette Law Review, 1995, 78.
- [2] [英] 施米托夫. 国际贸易法文选[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993.
- [3] GEORGE F. Chandler, III. Maritime Electronic Commerce for the Twenty-First Century[J]. Tulane Maritime Law Journal, 1998, 22.
- [4] 杨良宜. 提单及其付运单证[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.

(责任编辑 车 英)

On Negotiability of Electronic Bills of Lading

XIANG Zai-sheng

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: XIANG Zai-shen (1971-), male, Doctorate Candidate, Wuhan University Law School, majored in private international law.

Abstract: There are two legal systems to realize the negotiability of EBL, one being the Oaw-making, by which EBL is recognized as BL in nature, and the other being contract, by which attornment is used to realise the negotiability of EBL. The first legal system to realize the negotiability of EBL is challenged, because paper is the essential media to realize the negotiability. After in-depth research of the nature of BL, the author believed that the negotiability can be realised in electronic environment.

Key words: bills of lading; electronic bills of lading; negotiability; attornment