

关于提单批注和保函的法律效力问题

顾 奕 镬

在国际贸易中,提单是一种证明持有者具有货物所有权的证券,可以通过一定手续进行转让、抵押或买卖。提单有清洁提单(clean B/L)和不清洁提单(unclean B/L)之分。国际商会《1974年跟单信用证统一惯例》(即290号小册子)第十八条对此有如下的解释:清洁装船单据是指一种未经加添明显表示货物及/或包装有缺陷的词句或批注的装船单据。(A clean shipping document is one which bears no super imposed clause or notation which expressly declares a defective condition of the goods and/or the packaging)

提单上的批注,实际上就是装货时大付在收货单(mate's receipt)上批注的意见。作为承运人的代理人,收货时自应对货物的外表状况和货物数量进行检查,如发现货物的外表或包装有缺陷、件数有短缺,为了分清承运人与托运人双方的责任,保障承运人的权益,一般要在收货单上加以批注。如箱装货“封条和铁钉脱落”(Seal and Nails off),包装货“松包、散包”(bale slack, bale off),袋装货“袋皮有小洞”(cover with small holes),捆装货“擦损”(chafed),桶装货“桶漏”(Drums leaking),橡胶“水渍”Water Stained等。这样在以收货单换取正式提单时,收货单上的批注内容势必转批到提单上。提单上有了这种批注,有时即将构成不清洁提单,如信用证上未注明此类词句可以接受,则银行将予拒收,这种提单也就失去转让、抵押或买卖的可能性。

不清洁提单托运人是不愿意接受的,那么承运人为了争揽货载,是否可以满足托运人及银行等单位的要求,对货物的残损、短少等不良情况就不作任何批注呢?显然是不行的。如果一定要这样作,作为承运人来说,虽然可揽得这批货载,收取运费以获利,但另一方面势必造成原来属于托运人的责任,转嫁到承运人自己身上而由承运人来负担了。

在正常情况下,承运人要争揽货载,又要使托运人满意,避免在提单作过多的批注,特别是严重影响提单清洁性的批注,这就必需在装货时密切注意货物的情况。当发现货物的外表状况不良,有残损、污渍,或数量有短缺,影响到货运质量而必需在提单上批注时,得于货物装上船舶前要求托运人(或发货人)调换、修理或补足件数,从而不必在提单上批注,做到双方满意。这是最理想的处理办法。但是事实上往往会出现临时无法补足件数或改变货物外表情况的事例。如橡胶水渍、钢材锈损或特种型号、规格的商品一时无法补足缺数等,这样就势必要在提单上进行批注了。

提单上有了批注,是否就一定构成不清洁提单呢?有时也不一定。关键是要看提单上批注内容的性质如何。国际航运公会1951年4月规定有下列批注的提单,不能视为不清洁提单。

1. 不明白表示货物或包装不能令人满意的条款, 例如“旧箱”(Second-hand cases)、“旧桶”(Second-hand drums)等;

2. 强调承运人对于货物或包装性质所引起的风险不负责任的条款;

3. 否认承运人知道货物内容、重量、容积、质量或技术规格的条款。

上述的看法之所以能够成立, 是由于下列理由:

1. 承运人仅对货物的“外表情况良好”负责: 如中国远洋运输公司提单正面承运人声明性质的文字中有: “下列外表情况良好的货物已装在上列船上……”, 这就意味着船方在接受货物装船时, 仅根据货物的外表或包装状况良好情况来接收的, 对其内容没有逐一检查, 承运人只对货物的外表状况负责。交货时只要货物的外表状况没有损坏, 承运人就已履行了自己的义务。

2. 提单正面上又有《未知条款》(Unknown clauses)即“重量、尺码、标志、号数、品质、内容和价值是托运人所提供的, 承运人在装船时并未核对,”条款, 承运人也经常在提单上使用如“据申报”(Said to be)或“托运人装船和计数”(Shipper's load and count)等字样。

3. “旧箱”和“旧桶”, 仍认为是“外表情况良好”的。

承运人的看法既如上述, 但提单的关系人不仅是承运人和托运人, 还常涉及到银行、进口商、保险人以及提单持有人等, 这些关系人的看法是否都一致呢? 事实上确有可能存在承运人认为是清洁提单, 而银行或其他关系人认为是不清洁提单的情况。这样银行不能议付, 还是要影响到国际贸易的正常进行。除非买卖双方在签定合同时具体规定, 对某些批注可以接受, 并在信用证上予以明确。这样银行可消除顾虑, 从而接受此类已有规定批注的提单。

如果提单的批注, 从性质上看已影响到提单的清洁性, 则承、托运双方或将这批货物退装, 或由托运人向承运人出具保函 (Letter of Indemnity), 承担因此而发生的责任和可能造成的损失, 使承运人签发清洁提单。目前使用的保函格式附于文末。

保函是托运人和承运人之间订立的一种契约, 承、托运双方当事人均需受其约束。但保函的法律效力究竟如何, 这在国际航运界和法律界长期以来存在着不同的看法。现在我们将为说明, 试从下列两个方面来进行讨论:

1. 在承运人与收货人(或提单持有人)之间: 一般的看法认为承运人虽已在货物装运时发现货物表面情况并非良好的情况, 如仍签发了清洁提单, 他就不能对善意的收货人或提单持有人(或提单被背书人)否认他接受的货物是表面状况良好的, 因而要对之承担责任。现在承运人接受了托运人出具的保函, 所承担的责任和可能有的损失已转嫁到托运人身上, 他就免除了责任。但对第三者来说, 这种保函仅是承、托运人双方的事情, 缺乏法律上的约束力。当善意的收货人或提单被背书人向承运人提出索赔时, 则承运人仍无法推卸责任。承运人只有在赔付损失后, 再向托运人追索。如果托运人归还赔款, 则问题宣告解决。如果托运人拒绝归还, 则承运人势必要提起诉讼, 这自然就涉及到托运人向承运人提供的保函的法律效力问题了。

2. 在承运人与托运人之间: 上述保函的法律效力, 在航运、贸易和法律界之间, 是有着分歧的。如有的法官认为: “保函不是非法的契约。其内容虽非事实, 但在未造成任何损害

以前，欺骗行为是不成立的。在商业习惯中，出具保函是常有的事。这种保函虽有缺点，但不能认为非法。”因此当承运人因接受保函出具清洁提单而蒙受的损失，应由出具保函的托运人补偿。（参见1957年2月7日 Fairplay 公平周刊。）

对于此类问题，也存在分歧的看法。如有的法官认为：双方当事人——托运人（或装货人）和承运人，明知货物及包装有缺陷或残损，或在货物件数上有短缺，由于托运人出具了保函，承运人就签发了清洁提单，这事实上是串通作弊，欺骗了付款赎单的善意收货人或提单被背书人。因为提单上没有构成不清洁提单的批注，他们是在认为货物在装运或待运时是没有任何缺陷的情况下赎单或接受提单的。由于保函本身是串通作弊的产物，因而在法律上是无效的，也是非法的。这样承运人就不能凭保函向托运人索赔。如布朗·詹金森公司（Brown Jeakinson & Co. Ltd.）诉珀西·多尔顿（伦敦）公司 [Percy Dalton (London) Ltd. 一案中，上诉法院的大多数法官都认为出口商向船东装货经纪人出具的保函是无效的。这批桔子汁共100桶，收货单上理货员已批注包装用桶“破旧易损”，并有几处渗漏。皮尔斯法官认为：“信任是贸易的基础，提单是重要的单据……对于一些确定其事实真相的难度，比之其重要性来，是不相称的枝节问题或善意的争议，这种（接受保函的）办法无疑是有用的。在这个案件中，原告（指船东装货经纪人）已超出了这些合理的界限。……麻痹大意足以使一个人对欺骗行为所导致的损失承担责任。在这个案件中，原告即使无意使受骗的一方最终得不到公正的赔偿，他们还是企图通过虚伪陈述进行诈骗。”

通过上述的讨论，可以说明保函对收货人或提单被背书人来说，是没有约束力的。但对托运人和承运人来说，则要根据具体情况来确定了。在很多情况下，是决定于在哪一国的法院提起诉讼，适用哪一国家的法律问题。如在美国，保函就没有法律上的效力。而在欧洲、亚洲其他各国，则要看各国的国内法如何规定。至于保函的“有效期限”，一般是没有注明的。这种契约，究竟适用什么诉讼期间，也是要由有关国家的国内法来决定。海牙规则上对保函的有效期间并无规定，因此海牙规则规定的一年诉讼期间，不适用于保函。与海牙规则不同，尚未实行的汉堡规则第17条却规定了有关保函事项。第20条又规定了诉讼期限为两年，原文是这样的：“Any action relating to carriage of goods under this convention is time-barred if judicial or arbitral proceedings have not been instituted within a period of two years.”即按照本规则关于货物运输的任何诉讼，如果在两年期间内没有提出法律程序或仲裁程序，即失去时效。这就意味着保函也适用两年的诉讼期。

保函的效力在法律上不是肯定有效的，那么为什么承运人在自己的利益无切实保障的情况下又愿意接受托运人出具的保函而签发清洁提单呢？这是因为：

1. 货物本身仅有一些轻微的外表缺陷，承运人认为这种缺陷对商品的品质和使用并无多大影响，或货物在数量、件数上虽有短缺，但货物价值不高，在这些情况下，承运人遂同意接受保函。

2. 一票货物装船后，在件数上或数量上发生争执，如重新进行查核，在操作上已不大可能；或货物包装部分破损，要调拨完好的货物在时间上已不允许。在这些情况下，承运人有时也同意接受保函。

这就是保函虽有其缺点，但为了国际贸易的顺利进行，有时还得使用它，因为它有一定的权宜作用。

在今后的工作中，我们究应如何来对待批注和保函呢？根据有关各方的责任和国际上通用的惯例，提供下列各点，供有关方面研究和参考。

1. 托运人应提供包装坚固、标志 (Shipping Marks) 明显清楚的货物，以使其适应远洋运输。装船时如发现包装破损、外表情况不良时，应及时设法修补或调换，以避免承运人作出批注。

2. 承运人应采取比较合理的实事求是的态度，不使用一些在法律上既无作用，而实际却有损托运人的词句来进行批注。如脏袋 (Dirty Bags)、袋经修补 (Bags repaired) 等。因为托运人与承运人双方各自的责任，一般可以按提单上的有关条款来处理。

3. 买卖双方之间，可以在交易磋商中根据本行业惯例达成协议，使买方接受那些在严格意义上讲虽属于不清洁的，实际上却无损于买方利益的已有批注的提单。如需通过银行议付时，并需在开证时在信用证上列明。

4. 遇有承运人坚持要批注，托运人又难于改善货物的外表状况，如钢材有锈损或橡胶片略有水渍、霉渍；或承运人与托运人在货物数量、件数上有善意的争执而又无法重新清点时，则只有采取由托运人向承运人出具保函的办法来解决。但必须了解到，这是不得已的权宜之计。对托运人来说，出具了保函，自然就失去了抗辩权，对自身的利益放弃了应有的保障。承运人在必要时，可以利用这个在手中的保函，把承运人在运输上原来应该承担的责任也推卸掉。

5. 就承运人来说，如我中国远洋运输公司，在装货前和装货过程中，值班船员应仔细地认真地检查货物及/或包装的外表情况，防止应进行批注的情况而未能发现，从而增加了本身原可不承担的责任。但如在国内装货，托运人是各进出口外贸公司，似应共同设法补救，使货物不致在运输途中加重损坏，而造成可以避免的损失。因损失责任无论由承运人或托运人来负责，都是我们国家的损失。我国船员在国外港口装货，托运人如为国外发货人，那就要从严掌握。虽然有时有保函在手，但由于其效力牵涉到有关国家的国内法，我不一定能操胜算。

(上接第 28 页)

尽管有以上这些问题，有时实际业务中仍有采取按 FOB 价计佣的必要。如有的商品本身价值不高，而在 C&F 或 CIF 价格结构中运费所占比重却较大，在这种情况下似仍以 FOB 价计佣为宜。又如有的大宗商品尽管佣金率已经厘订得很低，但佣金额仍很大，似此则也宜于按 FOB 价计佣。

此外还有所谓递进佣金率，即卖方为鼓励中间商多销，往往规定在一定时限内销量在若干以下者给佣百分之几，如超过此数量，则超过部分另给佣若干，这种做法有一定的刺激作用，但也容易使买方产生错觉，以为货物充斥急于求售，这是在使用时要注意的。

总之，对于佣金折扣等在使用上除应分别不同情况，按各自的含义不同适当运用外，还要注意仔细核算，使之有利于业务的开展。过紧，会影响买方经营积极性；过松过滥，则形成变相降价。这些都是应该认真权衡的。

保 函

LETTER OF INDEMNITY

日期:

Date:

查承运我公司货物的_____轮自_____至_____在下列情况下装船已经在大付收货单上批注如下:

In consideration of your signing a clean B/Lading for the undermentioned cargo which is being shipped by us per m.v. "_____" from _____ to _____ in such a condition as detailed per Mate's Receipt remarked as following:

提单号	数量	货名	批注情况
B/L No.	Quantity	Descriptions	Conditions Remarkd

我公司保证因签发清洁提单而引起的后果与你公司无关,并且保证对在目的港卸货时,收货人提出由于上述原因所引起的索赔,负完全责任,希请签发上开货物的清洁提单为荷。

We hereby guarantee to hold you free from any consequence that may arise from your doing so and we further guarantee to indemnify you against any claim arising from this connection which may be filed by consignees upon discharge at the port of destination.

发货人: _____
shippers

(上接第6页)

科研工作要贯彻“双百”方针,充分发扬民主。要解放思想,冲破种种“禁区”,鼓励自由探讨。为了在编写教材和科研工作中贯彻理论联系实际的原则,外贸部门应该向学校提供必要的资料,外贸部或外贸局在发送有关文件时,对大专院校按局级规定、中专学校按处级规定发送。对教师看文件、听报告以及参加实际部门工作等都要给予适当照顾。

6. 切实保证外贸院校基建投资和教学经费。要按照规划设想的规模,把学校的有关基建列入总的基建投资项目,根据可能,逐年安排基建投资。各个学校都要努力抓好基建任务,会同有关部门做到当年任务当年完成。国家拨付的教育经费要专款专用,不得任意削减和占用。各级外贸部门都要关心外贸院校的建设,可以在利润留成中,开支一部分费用帮助学校充实教学设备。在职干部教育和业余教育的经费,要单列预算,分别由有关部门专款拨付。

以上意见,请大家讨论,不妥之处,请批评指正。

一九七九年十月