

《鹿特丹规则》下 提单功能的缺失与重塑

吕 鸣

摘 要: 传统提单的价值,是转让提单产生转让货物的效果。提单实现上述效果,极大地依赖于其债权凭证功能。《鹿特丹规则》通过引入意思自治原则,改变了提单债权功能的强制性,削弱了传统提单的信用,将对提单制度产生负面影响。《鹿特丹规则》的货物控制权制度,部分地强化了提单的债权凭证功能,但由于除斥期间和抗辩权的存在,不能完全恢复提单的信用。我国应当充分吸取《鹿特丹规则》的有益创新,尽力限制其消极影响。

关键词: 《鹿特丹规则》; 提单; 功能

中图分类号: F511.6 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894(2010)04-0040-07

2008年12月,联合国大会通过了《全程或部分海上货物运输合同法公约》(United Nations' Convention on Contract of Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea,以下简称《鹿特丹规则》)。《鹿特丹规则》共有18章96个条文,复杂程度远远超过该领域以往的任何公约,包含了大量的制度创新。在提单制度部分,《鹿特丹规则》极大地削弱了提单的传统法律功能,同时又试图通过货物控制权制度,来弥补这种变化给提单制度带来的负面影响。

《鹿特丹规则》的上述制度创新,从某种程度上已经颠覆了传统提单制度的核心,动摇了提单作为重要国际贸易单证的地位。人们不禁疑问:《鹿特丹规则》作为联合国贸易法委员会在21世纪初制定的最重要的一部统一实体法公约,为什么会出现如此重大的制度性变化?这些变化的法理依据是什么,现实意义又何在?这些变化会对国际贸易产生怎样的影响?我国的海商法律制度需不需要引入这些变化?对于这些问题的思索,又将反过来叩问提单法律功能的法理依据和现实意义,让人们重新审视提单制度走向现代化的进阶选择。

一、提单的债权凭证功能与运输现代化的冲突

我国《海商法》第71条规定,提单是“承运人保证据以交付货物的凭证”。这种表述说明,提单项下承运人负有凭单交货的债务,提单的重要功能是其债权凭证功能。具

收稿日期:2010-03-26。

作者简介:吕鸣,女,华东政法大学国际法学博士研究生,上海对外贸易学院法学院讲师。

体而言,提单所表征的,是提单持有人请求提取货物的权利和承运人交付货物的债务,其标的是一个给付行为。

在我国法下,提单作为债权凭证,本质上就是承运人凭单交货义务的证券化,承运人的凭单交货义务直接来自于法律的强制规定,这是一种特殊的法定之债。承运人的这项法定义务,关系到提单的信用。如果承运人可以无单放货,那么提单和货物就失去了最基本的法律联系,在转手贸易中只能是一张废纸。然而,恰恰是在这个最为关键的地方,国际航运的现实对传统的提单制度,提出了严峻的挑战。

早期利用提单买卖在途货物,是和当时船舶航行的缓慢相适应的。随着船舶速度越来越快,提单的商业流转速度显然已经大大落后。这直接导致了货物抵达目的港之后,收货人还未收到提单的情形大量涌现。由于承运人无法长期在港等待,无单放货的现象越来越普遍。据学者统计,东南亚有70%、日本有90%以上的进口货物都是未凭正本提单交接的。^[1]还有学者认为,在短程运输中则几乎全部都是无单放货。^[2]有学者统计后得出结论:无单放货在班轮运输中存在15%,某些重要商品如矿物、油的交易中高达100%。^[3]还有观点认为,“众所周知,当今因航次短,船速快,估计50%的情况是卸货时正本提单仍未到达卸货港。”^[4]在1984年著名的“The Sagona”一案中,拥有14年航海经验的船长作证说:“我从未见过正本提单。”^[5]

一方面是既定的法律规则,另一方面是巨额的待港损失,这构成了当前运输条件下,承运人履行凭单交货义务时的两难困境。现实的情况是,货物运输越迅捷,无单放货的现象就越严重。

无单放货行为已经严重侵蚀了提单信用的根基。提单持有人支付对价取得的提单,很可能只是一纸空文,因为货物早已被人提取。目前主要的法律救济,就是让承运人承担无单放货的法律责任,以弥补提单持有人的损失,恢复提单的信用。

尽管如此,上述机制是值得深入检讨的:首先,在一宗跨国交易中,提单持有人一旦诉诸仲裁或者诉讼,成本依然是高昂的,能否获得足额赔偿还存在不确定因素;其次,承运人本无义务等待提单的抵达,无论选择无单放货还是承担待港损失,其结果都可能是一笔不菲的额外支出,这使得航运很可能成为一种无利可图的事业。实际上,这是一种“双输”的机制。

《鹿特丹规则》为此寻求了一种全新的机制,试图解决现实中的这个难以解决的法律问题。

二、《鹿特丹规则》下提单债权凭证功能的缺失

《鹿特丹规则》下的提单,并不当然是债权凭证。提单的债权凭证功能将取决于当事人的意思自治。由于凭单交货义务不再是强制性的法定义务,以及承运人较为强势的拟约地位,提单的信用已经被极大地削弱了。

(一) 意思自治原则在凭单交货义务中的介入

《鹿特丹规则》第45条“未签发可转让运输单证或可转让电子运输记录时的交付”与第46条“签发必须提交的不可转让运输单证时的交付”,共同规定了不可转让运输单

证的凭单交货义务及其相应的辅助机制。根据《鹿特丹规则》，如果承运人签发了记名提单，且在其上未注明“凭单交货”，那么承运人就被当然地免除了凭单交货的义务。与之相应的是，承运人增加了识别收货人的义务。

《鹿特丹规则》第47条“签发可转让运输单证或可转让电子运输记录时的交付”规定了可转让运输单证的凭单交货义务及其相应的辅助机制。根据《鹿特丹规则》，如果承运人签发了指示提单，且在其上注明“不凭单交货”，那么承运人就被当然地免除了凭单交货的义务。这恰与记名提单的凭单交货义务形成对照：在记名提单下，凭单交货义务应当是明示的，而在指示提单下，凭单交货义务是默示的，但允许明示地排除。

在《鹿特丹规则》下，承运人的凭单交货义务不再受到法律的强制。这使得承运人的凭单交货义务，从法定的强制性义务转化为了意定的任意性义务，进而动摇了提单作为绝对的债权凭证的法律地位。意思自治原则被用于承运人的凭单交货义务，无疑是《鹿特丹规则》的重要创新。在一向注重强制性而排斥意思自治原则的海上货物运输合同法领域，这是一个不小的突破。

运输现代化的不断发展，使得提单流转晚于货物流转，在现实中形成了一个利益不平衡的新问题。首先，在短时间内是否仍有必要转卖在途货物是值得进一步研究的；其次，即使仍有必要转卖在途货物，那么势必造成承运人在卸货港等待提单的现象，这将给承运人带来巨大的直接损失和间接损失（万吨轮仅停泊港口一天的损失就可能高达10万美元以上，还有额外的仓储和保管费用）。就目前的法律体制而言，似乎没有主体有义务补偿承运人的这部分损失。最后，从运输合同的角度，承运人的义务仅限于在目的地交付货物，承运人并没有等待提单的义务。为了实现买卖合同中的便利，就一定得让与买卖合同无关的承运人付出沉重的代价，民法中似乎还不存在支持这种做法的法理。

民事主体行使权利不得以损害他人的合法权益为代价，而民事主体也无义务履行本不属于自己的义务。在今天的航运环境下仍然固守凭单交货的旧原则，不仅不合理，也不存在任何的法理基础。只有取消不合理的凭单交货义务，才能从根本上解决无单放货带来的各种法律问题。

意思自治原则的引入，可能有助于解决上述问题的症结。如果托运人出于提单信用的考虑，希望提单具备凭单交货的保证，他将不得不取得承运人的同意，因此也必须支付相应的对价，承运人等待提单的损失可以得到相应的补偿；如果托运人不支付对价，只要承运人同意凭单交货，则日后承运人因为等待提单而蒙受损失，也将成为一种债务的自愿承担，无任何不合理可言。可以说，引入意思自治原则之后，承运人无单放货的两难问题将得到相当程度的解决。

尽管如此，《鹿特丹规则》解决无单放货问题的代价，却是提单的信用。这种负面作用在表面上可能并不明显，但如果结合了国际航运的特殊实践，人们很快就会发现，传统的提单制度正处于前所未有的巨大危机之中。

（二）意思自治原则介入带来的负面影响

无单放货行为在实质上侵蚀了提单的信用，使得其债权凭证的功能仅仅停留于法条之上。《鹿特丹规则》为无单放货行为提供了意思自治的法理基础，将一部分无单放货行为合法化，可转让的提单与目的港的交货行为失去了法律联系。不需凭单交货的可转让提

单,就是普通的货物收据和合同证明,而不再是债权凭证,即便可以转让,也无任何法律保障。

在短途运输中,这种改变或许是正面的。因为出于商业风险的考虑,贸易商将不再接受短途运输中注明“不凭单交货”的可转让提单,承运人抵达目的港后可以通过收货人的身份识别交付货物。贸易商可以在货物抵达后继续进行货物的转手交易,承运人可以不必等待提单再行交货,这是一个“双赢”的局面。意思自治原则的引入将产生良好的社会效果,充分体现法的指引作用。

尽管如此,国际海上货物运输合同法长期排斥意思自治原则,却并非毫无法理。在美国1893年颁布《关于船舶航行、提单以及与财产运输有关的某些义务、职责与权利的法案》(An Act Relating to Navigation of Vessels, Bills of Lading and to Certain Obligations, Duties and Rights in Connection with the Carriage of Property,即Harter Act,简称《哈特法》)^[6]之前,意思自治原则一直是海上货物运输合同法至高无上的法律原则,承运人利用该原则在提单背后加入了大量的免责条款,这一时期海运承运人在提单背面记载的免责事项,数量惊人。有学者统计,这些条款加在一起,总共免除了55项责任。^[7]如此之多的免责几乎免除了承运人的全部责任。有学者总结,在这一时期,“承运人在运输合同下除了收取运费之外,已经没有任何责任可言。”^[8]

由于英国法院无条件地支持承运人的这些举动,终于引发了国际海上货物运输合同法的全面变革。1924年《统一提单的若干法律规定的国际公约》(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, 1924,简称《海牙规则》)在《哈特法》的基础上,率先在合同法领域,取消了意思自治的统治地位。提单所体现的合同权利义务内容,不能违反《海牙规则》的强制性规定,提单之债作为法定之债因此而来。从《海牙规则》到《鹿特丹规则》,海上货物运输合同权利义务内容的强制性一直是一个重要的法律特点,区别于众多以任意性规范为主,坚持当事人意思自治的国际贸易统一实体法。

然而,《鹿特丹规则》在凭单交货义务方面重新引入意思自治原则,尽管能够有效解决短途运输的无单放货问题,但却忽视了历史的教训,即公共承运人相对于中小托运人较强的拟约能力。

在国际航运实务中,通过班轮方式进行的货物运输,通常是没有书面的运输合同的(批量合同除外)。运输合同的权利义务内容,完全凭借提单背面的条款证明。提单虽然不是合同本身,其条款却充当了合同条款的功能,而这些条款都是由承运人事先拟定的。提单注明凭单交货义务与否,可能是承运人与托运人意思自治的结果,也可能是承运人的单方意思表示,托运人只能被动地接受。实际上,《鹿特丹规则》引入意思自治原则,没有充分考虑到提单法律行为的单方性,承运人可以利用该原则任意排除凭单交货的义务,使不合理的无单放货行为也合法化。在提单上注明是否凭单交货,承运人有很大的主导权,中小托运人并不能有效地参与提单条款的拟定。

进而,历史可能会再次上演,即承运人利用《鹿特丹规则》的规定,广泛地免除自己在可转让提单下的凭单交货义务,而不仅仅限于短途运输等合理的情形。这种结果将可能彻底瓦解传统的提单交易制度:尽管是可转让的提单,但却没有在目的港提货的任何保证,提单等同于海运单等不可转让的运输单据。这就是《鹿特丹规则》对于提单制度

造成的最严重的影响。如果单凭这些规定,那么《鹿特丹规则》适用所及,提单买卖的交易方式将受到极大的冲击。

尽管如此,《鹿特丹规则》设定了货物控制权,一定程度上减轻了这种负面的影响,重塑了提单的债权凭证功能。

三、《鹿特丹规则》下提单债权凭证功能的重塑

货物控制权并非由《鹿特丹规则》首创。1956年的《国际公路货物运输合同公约》(Convention for the International Carriage of Goods by Road, 1956)第12条、1999年《统一国际航空运输某些规则的公约》(Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, 1999)第12条和2000年《布达佩斯内水货物运输公约》(Budapest Convention on the Contract for the Carriage of Goods by Inland Waterway, 2000)第14条均有货物控制权的规定。我国《合同法》第308条亦规定了托运人的货物控制权。

《鹿特丹规则》第10章“控制方的权利”共有7个条文,明确了控制权人可以在运输过程中就货物发出指示或修改指示,在运输途中任何可以卸货的地点提取货物或者行使收货人的其他权利。在可转让提单情形下,提单持有人是货物的控制权人。控制权伴随提单的转让而转让。提单持有人必须凭单行使货物的控制权。进而,提单明确成为货物控制权的凭证。

《鹿特丹规则》下的控制权是法定的债权,具有一定的强制性,但不具有对世性,承运人是此项权利的唯一义务人。在3种情形下,承运人享有抗辩权:一是控制权人未能证明自己作为权利主体的身份;二是指示的内容不可以在送达后执行,包含了不合理的条件;三是干扰了承运人的正常营业。《鹿特丹规则》下的控制权是有除斥期间的,为承运人的责任期间,原则上就是承运人接受货物至交付货物的一段期间。

货物控制权在一定程度上恢复了提单的信用。凭单交货义务的实质,就是使提单持有人在货物到达目的港之后,享有请求承运人交付货物的权利。而货物控制权的实质,是使提单持有人在整个货物运输期间(直至货物抵达之后),均享有请求承运人交付的权利。可见,提单持有人对于货物的管领力,不是削弱了,而是增强了。从这个角度而言,提单的债权凭证功能不仅完全恢复,而且得到了强化。

尽管如此,传统的凭单交货义务与货物控制权仍然存在一个重要的区别,影响了提单债权凭证功能的完全恢复:传统的凭单交货义务是绝对的,既无存续期间,也无抗辩权。而货物控制权是相对的,不仅有时间上的限制,而且还受到抗辩权的影响。如果可转让提单明确约定不凭单交货,承运人在目的港合法地无单放货,那么提单持有人的货物控制权就因承运人责任期间届满而消灭,提单仍然是一纸空文,难以形成对承运人的实质性约束。如果承运人根据《鹿特丹规则》行使抗辩权,提单持有人的控制权亦无从谈起。因此,《鹿特丹规则》下的货物控制权,实质上只有在无单放货之前,且承运人无任何抗辩的前提下运用。大多数情形下,提单持有人是在无单放货行为发生之后才知晓该行为的,这时货物控制权已经消灭。从文义解释的角度,承运人根据《鹿特丹规则》可以行使抗辩权的范围,相当笼统模糊,控制权被抵消将不会是小概率事件。所以,货物控

制权在恢复提单信用过程中的作用,是相当有限的。

《鹿特丹规则》中的货物控制权制度,一方面重塑了提单债权凭证功能的内容,另一方面又难以恢复提单长久以来的特殊信用。提单制度现代化的历史进程,将变得更为复杂。

四、我国提单制度的修法进路

综上所述,联合国贸易法委员会之所以在《鹿特丹规则》中对传统提单制度进行实质性的修改,原因是国际航运的现实已经不允许存在绝对的凭单交货义务;《鹿特丹规则》通过引入意思自治原则,将承运人的凭单交货义务,从法定之债转化为意定之债,改变了该义务的强制性;这种改变对于货物运输而言无疑是积极的,至少解决了承运人在无单放货中的两难问题,但对于货物买卖而言却是消极的,因为提单不再是绝对的债权凭证,其信用被极大地削弱了,提单买卖可能因此不复存在。《鹿特丹规则》下新的提单制度,优点与缺点并存。

我国《海商法》自1993年起已经施行17年。17年间,国际航运的实践发生了重大的变化,修法的必要性自无需反复论证。普遍存在的无单放货问题,也是困扰我国海事司法实践的重要问题之一。2009年2月,最高人民法院公布了《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》,力图为无单放货问题的各种争议,提供一个权威的司法标准。当前我国的法律及司法解释,均未触及凭单交货义务的强制性,并不是从根本上解决无单放货问题的法律方法。前已述及,无单放货具有一定的现实背景,强制承运人无条件承担凭单交货义务不仅不合时宜,而且缺乏民法上的法理基础。引入《鹿特丹规则》的相关规定,特别是意思自治原则,对该问题的解决将会起到积极的作用。《鹿特丹规则》的优点,我们应当吸取。

但《鹿特丹规则》的制度创新,是以提单信用为代价的,我们应当尽力消除引入意思自治原则带来的负面效应。引入意思自治原则的全部问题,在于承运人较强的拟约能力。这实际上可以通过一条限定性的规定加以限制。如果我国在引入意思自治原则的同时,明确规定承运人应当根据托运人的要求,在可转让提单上不注明“不凭单交货”或类似的字样,并有权请求托运人支付相应的对价,托运人不支付对价的,承运人可以注明“不凭单交货”。上述规定,将承运人注明“不凭单交货”的权利,转由托运人反向行使,拟约的主动权从承运人转移至托运人,并以对价作限制,较好地平衡了承运人和托运人的权利义务关系。如果再辅之以对“相应的对价”的数额限制,该规定将可能有效地弥补提单缺失的功能,并恢复提单的信用。进而,可转让提单将分为两种:一种注明“不凭单交货”的提单将用于短途运输等需要无单放货的场合;一种未注明“不凭单交货”的提单将继续用于提单买卖。传统的提单信用,由全体可转让提单,转移至一部分未注明“不凭单交货”的可转让提单。

提单制度的现代化将是一个极为漫长和曲折的过程,《鹿特丹规则》在此方面做了大胆的尝试,开辟了一条全新的修法进路。这种制度创新,既有可取之处,也存在种种弱点。无论该公约将于何时生效,传统提单制度的修改是一个必须尽快解决的重要法律问题。再多的努力或许都是值得的,毕竟提单这个精灵的“飞舞”,依然是大多数人的共

同心愿。

(作者单位: 华东政法大学)

参考文献:

- [1] 汪一超. 解决国内无正本提单提货的途径[J]. 中国海商法年刊, 1992, (1).
- [2] 杨良宜. 关于提单的法律及其新发展[J]. 海商法研究, 2000, (1).
- [3] 司玉琢. 关于无单放货的理论与实践[J]. 中国海商法年刊, 2001, (1).
- [4] 杨良宜. 国际商务游戏规则——英国合同法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.
- [5] [1984] 1 Lloyd's Rep. 194.
- [6] 46 USC § 190-196.
- [7] M. Bayard Crutcher, The Ocean Bill of Lading—A Study in Fossilization[J]. 45 Tul. L. Rev. 697.
- [8] Michael F. Sturley, The History of COGSA and the Hague Rules[J]. 22, 1, JMLC.

On the Missing and Reshaping Function of Bill of Lading under the Rotterdam Rules

LU Ming

Abstract: The traditional value of a bill of lading is that the transference thereof is legally deemed as the transference of the title of the goods covered thereby. In a view to realizing such purpose, the bill of lading needs to be legalized as a document of title. By importing the principle of autonomy of will, the provisions of the Rotterdam Rules delete the compulsory nature of the function of the bill of lading as a document of title. As a result, the credibility of the bill of lading has been dramatically weakened, which will throw negative impact on the traditional system of bill of lading. However, the Right of Control system under the Rotterdam Rules partly enhances the function of the bill of lading as a document of title. But due to the existence of time limit and some defenses, such system fails to completely reinstall the credibility of the bill of lading. The advantages of the above mentioned provisions of the Rotterdam Rules must be absorbed by Chinese maritime law while the disadvantages shall be carefully avoided in future legislations.

Key words: Rotterdam Rules; bill of lading; function



敬告作者

《国际商务研究》是上海对外贸易学院主办的财经类学术理论期刊，国内外公开发行，双月刊；主要刊载具有较高理论水平和学术价值的财经类学术论文，在学术研究领域享有较高的声誉和较大的影响力。现为国家世经类中文版核心期刊和全国百强社科学报，并被《中文社会科学引文索引》选入为CSSCI扩展版来源期刊（2008—2009）。本刊坚持四项基本原则和双百方针，紧密联系经济改革，从理论与实践相结合的角度进行学术研究和探索。现主要开设有学术探讨、国际金融、国际经济法、经贸案例评析、会展经济与世博会、WTO & APEC等栏目。本刊以文章学术质量为标准，择优采用论证缜密、有创新理论的文章。敬请作者投稿时注意以下事项：

1. 来稿请注明作者真实姓名、工作单位、联系电话与地址、邮政编码。
2. 来稿以7 000—9 000字为宜，摘要以200字、关键词以3—5个为宜。请邮寄打印稿。
3. 注释和参考文献排列在文末，来稿体例格式请参照本刊发表的文章。
4. 来稿中的数据请务必核对准确，文章中的公式、图表、符号等应保证清晰无误。
5. 来稿文责自负，本刊编辑部有权对来稿进行修改，如不同意修改请预先声明。
6. 来稿请勿一稿多投，稿件寄出两月之内，本刊编辑部会发反馈通知。
7. 来稿请自留底稿，恕不退稿。
8. 本刊采用专家匿名审稿制度。来稿一经刊用，本刊即付稿酬并奉寄两本样刊。
9. 本刊已先后被《中国学术期刊（光盘版）》、《万方数据—数字化期刊群》、《龙源期刊网》等电子期刊收录、转载并上网发行，作者被转载的稿酬已包含在本刊支付的一次性稿酬中。如作者不同意被收录，请在来稿中声明，本刊将作适当技术处理。
10. 本刊实行优稿优酬，优稿及时发排，热诚欢迎校内外专家学者惠赐高质量的学术论文。

《国际商务研究》编辑部