

# FOB 卖方权利保护的运输法路径选择

## ——《海商法》实际托运人的制度设计

司玉琢, 吴煦

(大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

**摘要:** 中国作为贸易大国, FOB 贸易占 80% 以上的份额, 为了保护 FOB 贸易中卖方的权利, 国际立法采取的路径有二: 一是在贸易法中规定卖方的中途停运权, 二是在运输法中规定卖方的控制权。然而, 这两种路径都因为贸易法和运输法规定的割裂或冲突而未能真正奏效。通过分析中途停运权和控制权的优缺点, 可以发现 FOB 卖方并非运输合同的当事人, 要么受制于合同相对性而无法顺利地行使中途停运权, 要么因不持有可转让单证而不享有货物的控制权。在上述两种情形下, FOB 卖方均难以在未收到货款时通过控制货物来保障自己的权利。基于此, 提出实际托运人的权利保护路径应该是授予 FOB 卖方实际托运人的法律地位, 使其有权请求承运人向其签发提单, 并通过持有提单而享有货物的控制权(即《汉堡规则》+《鹿特丹规则》模式), 实施对货物的有效控制, 有效保护未收到货款的 FOB 卖方的权利。

**关键词:** 船上交货; 实际托运人; 提单; 中途停运权; 控制权

**中图分类号:** D922.294 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2024)02-0003-12

在 FOB 贸易中, 买方负责与承运人签订货物运输合同, 卖方在合同规定的港口把货物交给承运人。卖方在合同规定的港口把货物装到买方指定的运载工具上, 即丧失对货物的控制。如果此时卖方尚未收到货款, 则会面临钱货两空的风险。中国作为出口贸易大国, 有 30 多万家出口商, 其中绝大部分是实力较弱的小出口商, FOB 贸易占据 80% 以上的份额。<sup>①</sup>《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第 829 条规定了托运人的中途停运权,<sup>②</sup>但是, 由于 FOB 卖方并非签订运输合同的托运人, 在行使中途停运权时面临重重困难。未解决 FOB 发货人取得提单以保障其获得货款的权利。《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)第 42 条将托运人定义扩展到 FOB 贸易的卖方,<sup>③</sup>赋予其实际托运人的地位。根据《海商法》第 72 条, 货物由承运人接收或者装船后, 应托运人的要求, 承运人应当签发提单。这里的托运人理论上既可以是与承运人签订运输合同的契约托运人, 也可以是将货物交付给承运人的 FOB 卖方(实际托运人), 但当他们都主张获得提单时, 《海商法》并没有解决缔约托运人与实际托运人谁有权优先获得提单以及缔约托运人的中途停运权与实际托运人的控制权发生冲突时哪一种权利具有优先效力的问题。

故而, 不论是贸易法还是海商法都没有真正有效的 FOB 卖方权利保护的法律规定。就 FOB 卖方权利保护, 目前国际上大致存在贸易法保护和运输法保护两种路径; 运输法保护路径又有《汉堡规则》路径和《鹿特丹规则》路径。为了解决上述 FOB 卖方权利保护的难点, 笔者通过对国际上已经出现的 FOB 卖方权利保

收稿日期: 2024-04-15

基金项目: 2023 年度国家社科基金后期资助项目“海难救助理论流变和本土实践反思”(23FFXB048)

作者简介: 司玉琢, 男, 大连海事大学法学院教授, 大连海事大学原校长, 《海商法》主要起草人之一, 《海商法》修改研究顾问组组长; 吴煦, 男, 大连海事大学法学院副教授。

<sup>①</sup> 参见蔡家祥:《〈联合国运输法公约〉以及我国〈海商法〉对 FOB 出口商权利无保障》, 载中国对外贸易经济合作企业协会网站, <https://china-commerce.org.cn/newsinfo/6511210.html>。

<sup>②</sup> 《民法典》第 829 条规定:“在承运人将货物交付收货人之前, 托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人, 但是应当赔偿承运人因此受到的损失。”

<sup>③</sup> 《海商法》第 42 条第 3 项规定:“‘托运人’, 是指: 1. 本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人将货物交给与海上货物运输合同有关的承运人的人; 2. 本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人将货物交给与海上货物运输合同有关的承运人的人。”理论上将其作如下划分: 前者为缔约托运人, 后者为实际托运人。

护的几种法律框架进行剖析,提出在中国当前的法律语境下,应该选择《汉堡规则》+《鹿特丹规则》模式的运输法保护路径,构建《海商法》独特的实际托运人制度,有效地保护 FOB 卖方合法权利,促进外贸运输的健康发展。

## 一、FOB 卖方权利的贸易法保护路径:中途停运权

### (一)《联合国国际货物销售合同公约》的中途停运权

FOB 卖方作为贸易合同的相对方,享有合同法中的同时履行抗辩权、不安抗辩权、撤销权、代位权、合同解除权、违约损害赔偿请求权等权利。《联合国国际货物销售合同公约》(简称《销售合同公约》)第 71 条第 2 款规定:“如果卖方在上一款所述的理由<sup>①</sup>明显化以前已将货物发运,他可以阻止将货物交付给买方,即使买方持有其有权获得货物的单据。本款规定只与买方和卖方向对货物的权利有关。”亦即,如果买方预期违约,卖方可以中止货物的运输,也就是运输法中通常所称的“中途停运权”。

《销售合同公约》第 71 条实际是将合同法中的预期违约和对守约方的救济合并规定在一起。根据该条第 1 款的规定,买卖合同的双方都有可能逾期违约,只要一方逾期违约,另一方即可中止履行。只不过对于需要交付货物的一方来说,除了可以在货物装运前行使合同中止权外,还多了一项可以在货物装船后要求停止运输的权利。从该条可以看出:第一,《销售合同公约》优先保护交易安全,因为这是国际货物买卖中参与方最为关心的问题,故守约的卖方在未能收到货款而面临对方逾期违约的风险时,保有对货物的控制是其最有利的保障,即使买方持有有权获得货物的单据也是如此。第二,中途停运权只与买方和卖方向对货物的权利有关,此处货物的权利主要是指货物的交付和所有权的转让。该条规定的目的是保证《销售合同公约》第 58 条<sup>②</sup>规定的货物的交付和价款的支付能得到当事人的切实履行,由此可见,公约下的中途停运权和买卖合同中的抗辩权是有联系的。第三,公约的中途停运权并不处理合同的无效或根本违约问题,它只是赋予守约的卖方一项额外的权利以待买方继续履约,这反映了合同的履行使资源有效配置的经济观点。第四,中途停运权的行使需要承运人的配合,但承运人并非买卖合同的当事人,要求其中止将货物交给运输合同中的托运人或持有可转让单证的持有人,与其运输合同下的义务是相悖的,在公约没有进一步规定在此种情形下承运人应该如何行事时,该条款无法真正实施,故目前尚无适用该规则的案例也就不足为奇了。<sup>③</sup>

### (二)英国法的中途停运权

有学者认为,中途停运权源于商业习惯,而后被移植到英国作为普通法和衡平法的原则得以采用;<sup>④</sup>也有学者认为,英美法上的中途停运权可能起源于民法中的不安抗辩权。<sup>⑤</sup>英国 1893 年《货物买卖法》第 44 条规定了卖方行使中途停运权的条件,将其限定为未受清偿的卖方在不占有运输中货物的情况下所采取的救济方式;<sup>⑥</sup>第 46 条又规定了占有货物的承运人、其他委托人或保管人有义务在接收到卖方的指示时,将货物重新交付给卖方并向卖方收取因此产生的费用。货物交给承运人后签发了提单等可转让运输单证,且提单仍然在买方手里,卖方仍然可以行使中途停运权,表明提单权利凭证所表彰的货物的控制权让位于中途停运权;如果提单已经转让给买方以外的第三人,则卖方的中途停运权就不能对抗第三人享有的提单权利。英国 1979 年《货物买卖法》第 44 条至第 47 条沿袭了该规定。由此可见,英国立法已经注意到中途停运权在买卖法和运输法之间的冲突,并试图区分不同的情形设立不同的优先保护规则。但是,仅仅只在买卖法中对运

<sup>①</sup> 《销售合同公约》第 71 条第 1 款规定:“如果订立合同后,另一方当事人由于下列原因显然将不履行其大部分重要义务,一方当事人可以中止履行义务:(a)他履行义务的能力或他的信用有严重缺陷;或(b)他在准备履行合同或履行合同中的行为。”

<sup>②</sup> 《销售合同公约》第 58 条规定:“(1)如果买方没有义务在任何其他特定时间内支付价款,他必须于卖方按照合同和本公约规定将货物或控制货物处置权的单据交给买方处置时支付价款。卖方可以支付价款作为移交货物或单据的条件;(2)如果合同涉及到货物的运输,卖方可以在支付价款后方可把货物或控制货物处置权的单据移交给买方作为发运货物的条件;(3)买方在未有检验货物前,无义务支付价款,除非这种机会与双方当事人议定的交货或支付程序相抵触。”

<sup>③</sup> Alexander von Ziegler, *The Right of Suspension and Stoppage in Transit (And Notification Thereof)*, *Journal of Law and Commerce*, Vol.25:353, p.364 (2005).

<sup>④</sup> 参见翟云岭、曲佳:《货物控制权制度与中途停运权的实现——以 FOB 卖方利益保护为视角》,载《社会科学辑刊》2014 年第 5 期,第 74 页。

<sup>⑤</sup> 参见邢海宝:《论中途停运权》,载《法学家》1998 年第 3 期,第 69 页。

<sup>⑥</sup> 英国 1893 年《货物买卖法》第 44 条规定:“按照本法的规定,货物的买方无清偿能力时,未受偿卖方在已经不占有货物的情况下有停止运输中货物的权利;换言之,只要货物还在运输途中,卖方还可以重新取得对货物的占有,直到货物的价款得到支付或提供。”

运输法中的中途停运权进行规定毕竟力不能逮,所以还需要运输法的配合,故英国 1855 年《提单法》第 2 条规定中途停运权优先于提单权利,<sup>①</sup>但在英国 1992 年《海上货物运输法》中,英国立场发生了重大转向,该法第 2 条规定,随着卖方将运输单证转让给买方,买方就有优于其先手的权利,自然包括中途停运权。<sup>②</sup>因此,从英国的立法演变可以看出,其经历了从优先保护卖方的中途停运权到优先保护提单的流通性的过程,不过其核心都在保障交易的安全:在买卖法中赋予未收到货款的卖方的中途停运权和在运输法中赋予提单的流通性都是这种思想的体现。这两种立法模式并无优劣之分,只不过是立法在不同的贸易实践中的现实选择而已。

### (三) 美国法的中途停运权

中途停运权最初是衡平法上的权利,随后慢慢变成了法定占有权。最早涉及中途停运权的案例是“1690 年怀斯曼(Wiseman)诉范德普特(Vanderput)案”,<sup>③</sup>审理该案的法院认为,货物卖方有权通过“任何方式”收回其货物,这是一种衡平法上的权利。第二个涉及中途停运权的案例是“1743 年斯尼(Snee)诉普雷斯科特(Prescott)案”,哈德威克(Hardwicke)勋爵说:“除了使用绝对的暴力,卖方可以通过任何方式合法占有自己的财产。”<sup>④</sup>在随后的案件中法院维持了同样的原则。在“斯托克斯(Stokes)诉拉里维耶(La Riviere)案”中,曼斯菲尔德(Mansfield)大法官表示,在货物运输过程中,卖方拥有对其所有财产(非基于某种法律地位)的留置权,卖方可以在货物运输途中到达买方实际占有或推定占有状态之前的任何时候中止货物的运输。但是,如果货物不是运送给买方而是运送给其他人,或者提单转让给第三人,卖方就不能再行使中途停运权。如果卖方的中途停运权来源于其对物的所有权而产生的留置的权利,只要该物所有权没有发生转移,其对物恢复占有、管领的权利就一直存在。

美国《统一商法典》第二章第 705 条从货物买卖法的角度规定了卖方在运输途中或其他情况下中止交货的条件:如果卖方发现买方破产丧失付款能力,则卖方在买方收到货物之前有权通知货物保管人停止向买方交付货物。如果承运人就货物签发了可流转所有权凭证,则承运人在取回该所有权凭证之前,没有义务执行卖方的中途停运指示。如果承运人签发的是不可流通单证,则发货人是唯一可以行使中途停运权的人。该法第七章第 303 条又从运输法中承运人的角度规定了承运人执行中途停运权的条件。如果签发的是可转让提单,只有提单持有人才可以行使该权利;如果签发的是不可转让提单,则需要区分两种情况:一是不可转让提单的发货人可以在货物交付给买方之前行使该权利,二是不可转让提单的收货人在发货人未有相反指示且货物已到达提单所注明的目的地,或收货人已占有提单,或不可转让提单的收货人在处置货物方面拥有对抗发货人的权利,则可以指示承运人将货物交付给非提单注明的人或目的地或以其他方式处置货物。<sup>⑤</sup>由此可见,美国法和英国法下的中途停运权基本一致,当它和提单持有人的控制权发生冲突时,控制权处于优先的法律地位。

### (四) 大陆法下的中途停运权

古罗马法律规定,买方在支付或担保支付价款之前,不能取得出售和交付的物品,即使货物在善意购买并付款的第三人手中,未获得货款的卖方也可以追索并收回货物。如果货物的出售是赊账的,只要货物仍在买方手中,卖方可以通过诉讼确立对货物的收回,但不能据此对抗已向买方支付价款的善意第三人。这些规则被欧洲大陆的大多数国家所采用,并一直沿袭至 19 世纪初,例如,法国 1807 年《商法典》就采纳了中途停运权。当时商业要求在财产转让方面提供更大的安全保障,并逐渐导致买卖法的演变和运输途中中途停运

① 参见英国 1855 年《提单法》第 2 条。该法于 1992 年 9 月 16 日被英国 1992 年《海上货物运输法》所取代。

② 参见英国 1992 年《海上货物运输法》第 2 条。

③ 在该案中,两个意大利人把几箱丝绸交给伦敦的商人,但在船从勒格霍恩启航之前,有消息说商人破产了,于是意大利人把货物转交给另一个人,破产商人的货物受让人向法院提起(破产人为债权人的利益而)公布财产并要求救济的诉讼。法院宣布原告无法得到任何救济,因为丝绸是两个意大利人的正当货物,而不是破产人的货物,他没有为货物支付任何费用。意大利人能够以任何方式将货物重新收回到自己手中,或防止它们落入破产人手中,他们这样做是合法的,而且在衡平法上是允许的。

④ *Snee v. Prescott*, 1 Atk. 246, 248 (1743).

⑤ 参见美国《统一商法典》第 7-303 条中“改变收货人或目的地和改变指示”:“1. 除非提单另有规定,承运人在接到下述人的指示后,可以依指示将货物交付给非提单注明的人或目的地或以其他方式处置货物:a. 流通提单的执票人;或 b. 不可流通提单的发货人,不论收货人是否有相反指示;或 c. 不可流通提单的收货人,只要发货人未有相反指示,且货物已到达提单所注明的目的地或收货人已占有提单;或 d. 不可流通提单的收货人,只要他在处置货物方面拥有对抗发货人的权利。2. 涉及流通提单时,除非上述指示已在提单上注明,提单正常流通后的受让人可要求货物保管人按提单原始条款执行。”该条规定的几种情况实际上都符合控制方的条件,参见《鹿特丹规则》第 51 条。

权的采用,这与英国一个多世纪以来的情况基本相同。<sup>①</sup>但现在大多数大陆法系国家的立法并不认可卖方中途停运权的优先地位。<sup>②</sup>根据利他合同理论,一旦卖方将货物交给承运人并转让可流通单证,则意味着已经同意将有关的权利转让给受让方,受让方可以据此行使其在运输合同中的权利。<sup>③</sup>此外,根据大陆法理论上的提单为有价证券说,可转让提单持有人拥有的权利来自提单本身的记载而非转让。<sup>④</sup>这两种学说各自从提单的运输合同证明和权利凭证功能出发,认为随着提单的转让,其所表彰的合同项下的权利或单证上的权利也发生转让,卖方丧失货物控制权也就顺理成章。如果提单已转让给买方,卖方又不是运输合同的当事方,卖方享有的贸易法的中途停运权就无法对运输法下的承运人行使。<sup>⑤</sup>《民法典》第465条规定,依法成立的合同,受法律保护,除法律另有规定外,仅对当事人具有约束力。依据合同相对性原则,FOB卖方与买方的买卖合同仅约束买方与卖方,卖方享有的中途停运权仅约束买方,对非买卖合同当事方的承运人没有约束力。因此,在买卖合同的卖方在没有成为运输合同的当事方并实际控制货物(持有提单)之前,无法在运输法中寻求中途停运权的保护。

为了给予贸易中的卖方必要的保障,大陆法系创设了自身独特的制度,如货物保留权。<sup>⑥</sup>与英美法中卖方的中途停运权不同,大陆法下卖方行使货物保留权需要借助司法救济,诉请法院颁发临时禁令,并以此阻止承运人将货物交给收货人。<sup>⑦</sup>从表面上看,司法的介入避免了卖方与可转让运输单证持有人之间的直接权利冲突,但实质上只是将协调与解决此种冲突的任务交由法院处理,并未从根本上解决问题。

通过前述分析可以看出,贸易法通过中途停运权保护卖方权利的方式无法回避的问题是,贸易法中的卖方中途停运权与运输法中的货物控制权之间存在冲突,从更深层次上看,也就是贸易法与运输法之间存在冲突。

## 二、FOB 卖方权利的运输法保护路径:货物控制权

在运输法领域,为了保护 FOB 卖方的权利,《汉堡规则》与《鹿特丹规则》采取了不同的保护路径。具体来说,《汉堡规则》有限地突破了合同相对性原则,<sup>⑧</sup>授权 FOB 卖方以实际托运人的法律地位进入运输法领域,享有与托人类似的权利并承担相应的义务。《鹿特丹规则》则是在维护合同相对性原则的前提下,试图通过控制权路径保护 FOB 卖方权利,但是,也没有实现预想的立法效果。

### (一)《汉堡规则》的保护路径

如前所述,FOB 卖方的贸易法保护——中途停运权,在运输法中遇到法律上的障碍,克服这一障碍的唯一办法就是有效地将中途停运权转变为运输法的货物控制权;FOB 卖方通过对货物的控制,实现与中途停运权保护 FOB 卖方权利同样的法律后果。其转变方式为:第一,使 FOB 卖方成为运输法律关系的当事方,因为如果他并非运输法律关系的当事方,承运人就有权拒绝接受其控制货物的指示;第二,使该卖方能够控制货物,成为运输法中的控制方,例如,让其成为提单的持有人。如果不具备上述两个条件,FOB 卖方就无法在运输法下有效保护自身权利,也无法有效地行使中途停运权。换句话说,FOB 卖方具备了提单持有人的身份,就可以在运输法下有效地行使对货物的控制权,保护自身权利,也无需行使贸易法的中途停运权。

为满足上述第一个条件,法律必须作出突破,承认 FOB 卖方也是运输合同的当事方,《汉堡规则》满足了

① L. A. Jones & E. M. White, *A Treatise on the Law of Liens: Common Law, Statutory, Equitable and Maritime*, Bobbs-Merrill, 1914, p.887.

② 例外的情况,如瑞典《海商法》第57条规定:“即使相关货物的提单已转让给买方,卖方仍有权阻止货物的交付或索回货物。前款规定的权利不能被用以对抗指示提单或空白提单的第三方善意持有人。”第58条第2项规定:“海运单含有承运人据以向单据上所载明的收货人交付货物的保证。即使海运单已被签发,发货人仍可以选择将货物交给单证上所载明的收货人以外的其他人,除非其放弃对承运人的这种权利或收货人已主张权利。”

③ 参见司玉琢主编:《新编海商法学》,大连海事大学出版社1999年版,第179页。

④ 参见郭瑜:《提单法律制度研究》,北京大学出版社1997年版,第3页。

⑤ 当然,卖方可以通过向法院申请禁令,阻止买方提取货物,但须经司法程序实施。

⑥ 法国《民法典》第1613条规定:“如货物销售后,买方破产或无力偿还债务,或卖方认为有丧失原销售价款的危险,即使许诺延期付款,卖方也将不再承担交付货物之义务,除非买方在到期时提供付款担保。”

⑦ Caslav Pejovic, *Stoppage in Transit and Right of Control: Conflict of Rules*, *Pace International Law Review*, Vol. 20:129, p.137(2008).

⑧ 这里所说的有限的突破合同相对性原则是指实际托运人主体资格的突破,对于具体的权利义务并没有作出明确的突破性规定。

这一条件,开创性地从托运人的角度第二次突破了合同相对性原则,<sup>①</sup>确立了 FOB 卖方为运输合同的实际托运人。<sup>②</sup>《汉堡规则》第1条第3项明确规定,托运人是指本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人与承运人订立海上货物运输合同的人。也就是说,在《汉堡规则》下,缔约托运人和实际托运人都是运输合同中的托运人。<sup>③</sup> FOB 下缔约托运人(买方)不再是唯一的运输合同的当事方,这就从法律上克服了实际托运人不是运输合同的当事方而无权享有托运人权利的法律障碍。为满足上述第二个条件,《汉堡规则》第14条第1款规定:“当承运人或实际承运人接收货物时,应托运人要求,承运人必须给托运人签发提单。”<sup>④</sup> FOB 卖方通过获得承运人签发的提单得以实现对货物的控制。这一条的逻辑关系可作如下理解。

第一,承运人接收货物是签发提单的前提条件。如果承运人没有接收到货物或者货物没有装船,即使托运人要求签发提单,承运人也不负有签发提单的义务。

第二,托运人交付货物是承运人收到货物的必要条件。没有货物交付就没有货物接收,也就没有签发提单的前提条件。对于谁来交付货物,依据买卖合同的约定,在 FOB 下是实际托运人交付货物;在 CIF 或 CFR 下是缔约托运人交付货物(此时的缔约托运人也是实际交付货物的人)。所以,不论何种价格条件,向承运人交付货物的主体一定具有实际托运人特征。

第三,应托运人的要求签发提单。《汉堡规则》并没有明确是应缔约托运人的要求还是实际托运人的要求签发提单。确定谁有权请求签发提单,应与提单的功能密切联系起来。托运人之所以要求签发提单,是因为提单具有他所期待的货物收据和提货凭证的功能。实际交付货物的行为只能是一个主体所为,不可能两个托运人同时向承运人交付货物并请求签发提单。所以,这里的“应托运人要求”是指应实际托运人的要求,将提单签发给实际交付货物的托运人应作为提单签发的一般原则。如果出现两个托运人同时要求承运人签发提单,除非缔约托运人与实际托运人另有约定,提单应该签发给实际托运人。<sup>⑤</sup>

第四,在未支付货款时,缔约托运人索要提单的唯一理由是证明运输合同的存在,然而,这种合同关系早在签发提单之前就已客观存在,无需提单证明。

至此,FOB 贸易条件下的卖方在《汉堡规则》下已成为运输合同的当事方,并有权取得提单,应该说,这是一个很大的进步。但是,《汉堡规则》没有创设控制权法律制度,自然就没有规定控制权的内容、控制方的认定、控制权的实施和控制权的转让等内容,使得对实际托运人的权利保护难以落到实处。

## (二)《鹿特丹规则》的保护路径

与《汉堡规则》不同,《鹿特丹规则》无意突破合同相对性原则,它试图通过引入控制权制度达到保护实际托运人的目的。根据《鹿特丹规则》第51条,控制方要么是托运人,要么是单证持有人。《鹿特丹规则》不承认 FOB 卖方为运输合同的当事方,仅仅承认当 FOB 卖方将其名字载入单证托运人一栏后取得单证托

<sup>①</sup> 第一次合同相对性突破:收货人、提单持有人的突破。收货人、提单持有人不是托运人时(如 CIF 下,卖方是托运人,作为收货人的买方不是托运人),他们与承运人之间没有运输合同关系,《海牙-维斯比规则》及各国海商法对此都予以了突破。《海牙-维斯比规则》第10条第1款(c)项规定:“被提单所包含或者证明的合同受本公约各项规定或者给予这些规定以法律效力的任一国家立法的约束,而不论船舶、承运人、托运人、收货人或者任何其他关系人的国籍如何。”第2款规定:“每一缔约国应将本公约各项规定适用于上述提单。”《海商法》第78条第1款规定:“承运人同收货人、提单持有人之间的权利、义务关系,依据提单的规定确定。”航运实务中不签运输单证的情况时有发生,《鹿特丹规则》第7条规定:“……如果收货人、控制方或者持有人不是被排除在本公约适用范围之外的租船合同或者其他运输合同的原始当事人,本公约仍然在承运人与此等当事人之间适用。”海上货物运输中经常发生纠纷的情况是收货人在目的港接收货物时发现货损货差。这一次突破的意义在于收货人、提单持有人虽然与承运人没有运输合同关系,但是他们可以依据提单或者法律的规定向承运人主张运输合同下的权利,便于提出请求与诉讼,提高交易效率,节省诉讼成本。第二次突破体现在两个方面的突破:一是承运人方面的突破;二是托运人方面的突破。

<sup>②</sup> 《汉堡规则》首次引入托运人的定义,提出两种托运人的概念。该提案是由突尼斯和奥地利提出的,但日本、挪威等航运发达国家均表示反对,理由是公约设置两种托运人会造成实体规定解释的困难,且会造成对哪一个托运人追究责任的难题。该提案因以印度为首的发展中国家坚持,第一委员会决定投票表决。投票结果为28票赞成、27票反对、4票弃权,该提案勉强通过。对于具体的条文内容,经过特别工作组反复工作后获得通过。

<sup>③</sup> 参见李根、徐一:《〈海商法〉修改背景下 FOB 实际托运人的定义、权利探析与重构》,载《世界海运》2023年第8期,第42页。

<sup>④</sup> 《海商法》第72条借鉴该条作了相同的规定。

<sup>⑤</sup> 《最高人民法院关于审理海上货运代理纠纷案件适用法律若干问题的解释》第8条第1款规定:“货运代理企业接受契约托运人的委托办理订舱事务,同时接受实际托运人的委托向承运人交付货物,实际托运人请求货运代理企业交付其取得的提单、海运单或者其他运输单证的,人民法院应予支持。”

人地位,单证托运人的权利是有限的,尤其欲获得提单必须要有缔约托运人的“同意”,<sup>①</sup>就是说实际托运人能否获得提单的决定权仍然在缔约托运人手中,实际托运人得不到提单就难以行使对货物的控制权;实际托运人不能成为控制权人,对其权利的保护最终仍然停留在“纸面上的权利”,<sup>②</sup>这也是国内货方反对中国加入《鹿特丹规则》的重要原因之一。

《鹿特丹规则》虽然对货物控制权制度作了详尽的规定,但为了获得控制权,FOB 卖方首先要持有运输单证(如提单)。在 FOB 卖方取得提单这个问题上,《鹿特丹规则》作出的两次尝试均告失败。第一次是公约起草研讨的开始阶段,中国代表团提出在公约草案中分别规定缔约托运人和发货人的权利义务,以寻求对 FOB 下发货人的特别保护,但最终草案只规定了发货人享有获得货物收据的权利;第二次是在公约制定过程中试图通过创设“单证托运人”制度解决 FOB 卖方取得提单的权利,也没有得到令人满意的结果。<sup>③</sup>

### 三、中途停运权与货物控制权的关系

立法实践表明,对于卖方贸易权利的救济不仅仅是贸易法上的问题,也离不开运输法的协调和配合,如果运输法不承认实际托运人(FOB 卖方)有取得提单的权利,卖方就无法控制货物,无法行使中途停运权。中途停运权与控制权既有联系又有区别。中途停运权中买方未清偿货款但卖方已失去对货物的控制,法律赋予卖方重新占有运输途中货物的权利。该权利仅限于特定情形,比如买方破产等预期违约的情形。如果货物转售给善意第三方,一般认为中途停运权就此消灭。英美法下,卖方在将可转让运输单证转移给买方之后、承运人交付货物之前,仍保留中途停运权;但买方因持有提单享有的对货物的控制权优先于中途停运权适用。<sup>④</sup>《鹿特丹规则》没有从中途停运权与货物控制权关系的角度作出规定,而是规定“控制方是唯一可以与承运人约定对运输合同的变更的人”。<sup>⑤</sup>这种变更包括变更收货人、改变交付地,从而排除中途停运权的适用。

可见,运输法中的控制权有助于权利人行使买卖法或财产法中的货物权利。例如,买卖合同规定“装船后 30 日付款”。装船后付款前,卖方寄给买方一份空白背书的可转让运输单证,以便买方请求承运人交付货物。在承运人交付货物之前,卖方得知买方已经破产,此时,如果卖方想要行使买卖合同下的中途停运权,必须请求法院命令破产的买方返还运输单证以重新取得货物控制权。只有重新取得控制权时,卖方或托运人才能对货物实施必要的控制,有效行使中途停运权。可见,如果仅保留买卖合同下的货物处分权而不享有运输合同下对货物的控制权,买卖合同的处分权不可能发挥太大作用。<sup>⑥</sup>

中国参与国际货物运输的相关利益方大多认为,控制权的规定有利于买卖合同与运输合同的衔接,有利于保证贸易安全,尤其对于签发了不可转让单证或者没有签发任何运输单证的卖方具有重要意义。一旦将货物装上船,卖方便失去对货物的控制,但其有了控制权便可在买方不付货款时行使控制权(或者中途停运权),改变收货人或者交付地。因此,在《鹿特丹规则》讨论控制权一章时,中国代表团一直持积极推进的态度,试图使该规定更趋完善。<sup>⑦</sup>总而言之,《汉堡规则》规定 FOB 卖方为实际托运人,有权取得提单,但没有

<sup>①</sup> 依据《鹿特丹规则》第 35 条,除非托运人与承运人已经约定不使用运输单证或者电子运输记录,或者不使用运输单证或者电子运输记录是行业习惯、惯例或者做法,否则,货物一经向承运人或者履约方交付运输,托运人,或者经托运人同意的单证托运人,有权按照托运人的选择,从承运人处获得运输单证。

<sup>②</sup> 《鹿特丹规则》第 1 条第 9 项规定:“‘单证托运人’是指托运人以外的,同意在运输单证或者电子运输记录中记名为‘托运人’的人。”此时,除了向承运人索要运输单证外,单证托运人享有与缔约托运人一样的权利,履行与缔约托运人一样的义务(第 33 条)。但是,单证托运人欲索要运输单证,还必须满足第 35 条规定的另外一个条件,即缔约托运人同意将运输单证或电子运输记录签发给单证托运人。亦即,FOB 卖方(实际托运人)欲获得运输单证或电子运输记录,必须同时满足三个条件:第一,将自己的名字载入运输单证,使之成为单证托运人;第二,实际交付货物;第三,托运人同意将运输单证或电子运输记录签发给单证托运人。中国提案提议满足其中两个条件即可获得运输单证,但没有得到会议多数人支持。所以,《鹿特丹规则》下 FOB 卖方能否持有提单,获得对货物的控制权,取决于托运人的“同意”。

<sup>③</sup> 参见中国代表团 2002 年 4 月 18 日在 UNCITRAL 运输法工作组第九届会议的发言(文件编号:A/cn.9/WG.III/IX/CRP.1/Add.5)。

<sup>④</sup> 参见《销售合同公约》第 71 条第 2 款、英国 1992 年《海上货物运输法》第 2 条、美国《统一商法典》第 7-303 条。

<sup>⑤</sup> 参见《鹿特丹规则》第 54 条第 1 款。

<sup>⑥</sup> 参见[美]迈克尔·F.斯特利、[日]藤田友敬、[荷]杰吉安·范德尔·泽尔:《鹿特丹规则》,蒋跃川、初北平等译,法律出版社 2014 年版,第 292 页。

<sup>⑦</sup> 参见司玉琢、韩立新主编:《鹿特丹规则》研究,大连海事大学出版社 2009 年版,第 317-318 页。中国代表团在 2006 年 4 月的 UNCITRAL 第三工作组第十七届会议上提出,控制权仅在中途港或途中地行使,可能仍然不足以保护承运人的权利,应该对该条进行修改,明确控制方只能要求在原定的挂靠港交货。经过讨论,工作组接受了这一建议,形成了《鹿特丹规则》第 50 条第 1 款第 2 项。

规定控制权;《鹿特丹规则》规定了控制权但 FOB 卖方并非当然是控制权人。所以,这两个公约都未能很好地实现对 FOB 卖方在货物运输法律关系中权利的保护。

现有的国际公约或国内法未能很好地保护未收到货款的卖方的权利的原因可能有以下几点:第一,不管是中途停运权还是货物控制权都同时涉及买卖法和运输法两个领域,其法律关系复杂。对于谁能行使此种权利,往往需要从买卖法上进行判断,亦即,法律应该识别并保护权利可能真正受到侵害的一方,其可能是中途停运权中守约的卖方,也可能是货物控制权中已经支付了价款的买方。同时,上述权利的行使离不开承运人的协助。根据合同相对性原则,承运人作为运输合同的一方,并非买卖合同下的当事人,并无听从合同外第三人指示的义务。第二,在立法技术上,很难在同时涉及买卖法和运输法时将二者很好地衔接或融合。如果仅仅在买卖法中规定中途停运权、在运输法中规定货物控制权,承运人就会在同一运输行为中面临两项冲突的法律义务,在义务履行上就会面临两难的境地。一方面,承运人对买方是否构成预期违约或是否已经支付货款并不知情,承运人判别并履行买卖合同下的义务在法理上缺乏依据,在实践上也难以操作。另一方面,承运人在运输法下承担的交货义务可能使其协助卖方行使中途停运权时需要承担对托运人或提单持有人的违约责任。虽然《鹿特丹规则》规定,“控制方均应当偿还承运人根据本条勤勉执行任何指示而可能承担的合理的额外费用,且应当补偿承运人可能由于此种执行而遭受的灭失或者损坏,包括为承运人可能赔付其他所载运货物的灭失或者损坏而作出赔偿”,并且“承运人有权从控制方处获得与之数额相当的担保”。<sup>①</sup>但让承运人承担与其运输合同本不相关的义务无疑加重了承运人的额外负担。第三,最为根本的是,在法律保护的價值取向上,不管是买卖法还是运输法,保护交易的安全和提高交易效率是其主要目的之一。在提单贸易出现之前,卖方的中途停运权是保障交易安全的重要方式,因此,这个时期的货物买卖法主要强调对卖方安全收受货款的权利的保障,运输法需要予以配合。随着提单在国际贸易中的大量使用,各国法律对交易安全保障由着重保护卖方收取货款的权利转向保障提单交易的安全,而且,提单贸易和实物贸易相比,还能大大提高交易的效率,故中途停运权和控制权产生冲突时,各国法律强调控制权的优先就不足为奇。第四,传统观念认为运输法和买卖法应该泾渭分明,亦即在运输法中不要规定买卖法的内容,买卖法中不要规定运输法的内容,保持法律内容的“纯化”和法律体系的“完美”。

笔者认为,在保护 FOB 卖方权利时,需要正视该问题的复杂性带来的挑战,也要采用灵活的方式来处理复杂的法律问题。首先,需要确定的前提是中国法律需不需要对 FOB 卖方的利益实施特别的保护。有一种观点认为,根据合同相对性原则,FOB 卖方采取了该种贸易条件就意味着放弃自己签订运输合同并控制运输中货物的权利。这种观点忽略了下述现实状况:实践中占绝对多数的中国出口贸易中小企业即使不想以 FOB 价格成交,但迫于缺乏谈判实力,也不得不接受这一条件。基于法律的公平原则和公共政策的考量,当实际托运人根据现有法律规定和依靠自身力量无法保护自己权利的时候,法律主动作出调整 and 进行特殊的保护是必要的。在立法技术的模式选取上,应该优先考虑在运输法上进行规定的路径,其理由在于:首先,提单贸易已经是国际贸易中的主流,为了保障提单交易的安全和效率,货物控制权模式比中途停运权模式更具优点。例如,提单持有人行使控制权具有更高的操作灵活性和效率,尤其是在多变的国际市场环境中。通过提单的转让,卖方可以迅速改变对货物的控制,适应市场的快速变化。这种模式强化了交易过程中的安全性。合法的提单持有人拥有对货物的全部控制,减少了未支付货款的风险。多数国际贸易法规已广泛接受并支持以提单持有人的控制权作为交易安全的保障,这有助于降低法律和合规风险。其次,如果将其权利在运输法中予以规定,那么就要将买卖法中 FOB 卖方的权利巧妙地转化为运输法下的权利,在这一点上,《海商法》移植了《汉堡规则》的创新,将 FOB 卖方(发货人)定义为运输法下的实际托运人。这就使其在运输法下具有了享有接受签发的提单并据以行使控制权的相应权利,同时也应承担相应的义务。贸易合同中的 FOB 卖方凭借实际托运人的法律地位转化为运输合同的主体,进而取得提单成为控制权人,也就解决了其何以可以行使货物控制权的理论难题,也消除了规定贸易法中的中途停运权而无法实际操作和法律体系不够“纯正”的担心。

<sup>①</sup> 参见《鹿特丹规则》第 52 条第 2 款、第 3 款。

## 四、FOB 卖方权利保护的《海商法》路径选择

### (一) 实际托运人制度设计的总体思路

根据中国外贸运输实践的需要,为了保护 FOB 卖方的合法利益,出于政策考量,《海商法》第四章的修改应在《汉堡规则》的实际托运人概念的基础上进一步明确,实际托运人向承运人交付货物后,有权要求承运人向其签发提单,同时引入《鹿特丹规则》的货物控制权制度,规定持单人即为控制权人;在承运人未签发单证的情况下,说明发货人没有提出签发要求,不需要通过持单获得控制权来保障自己的权利,故法律应规定托运人为控制权人,从而形成独特的中国实际托运人法律制度。这一制度可以归纳为以下几点:第一,赋予 FOB 卖方(实际托运人)在海上货物运输法中独立的法律主体地位,从而享有一定的缔约托运人权利,同时承担相应的义务。第二,通过法律确立实际托运人与承运人之间的法定关系,完成法律“赋权”。第三,当实际托运人向承运人或者实际承运人履行交付货物的法定义务后,实际托运人有权向承运人请求签发提单。第四,在签发提单的情形下,规定提单持有人为控制权人;<sup>①</sup>在未签发提单的情形下,规定托运人为控制权人,同时承担相应的义务。上述实际托运人制度设计的核心内容是赋予实际托运人请求承运人签发提单的权利,其目的是凭此获得对货物的控制权以作为“货款请求权的保证”。通过上述规定界定控制权人的范围,足以涵盖贸易法的中途停运权的权利人范围。

### (二) 实际托运人权利保护的理论基础

实际托运人制度设计的核心内容是授权实际托运人获取提单,获得对货物的控制权,进而保证货款的支付。如何从理论上解释这种制度设计,可以借用“准契约”理论,运用对待给付原则阐释实际托运人权利保护的合理性。

《海商法》第 42 条将 FOB 卖方认定为实际托运人,其与承运人之间的法律关系可以解释为准契约关系。准契约是罗马债权法中的概念,指类似于契约的行为,但没有订约,也不是违法行为和错误行为,但在行为人和相对人之间产生同订约行为同样的法律后果。<sup>②</sup>在罗马法中,之所以有无因管理、不当得利、共有、遗赠、共同海损、监护和保佐等准契约的存在,是因为传统的契约和侵权并不能涵盖所有债的发生原因,故基于公平原则和公共政策赋予其类似契约的法律效果。在这个意义上,准合同为法定之债,虽有契约之名,但和契约的意思自治背道而驰,二者之间无任何关系。<sup>③</sup>17—18 世纪,肇始于文艺复兴的理性主义在欧洲大陆席卷一切,导致立法者将自己视为全知全能的上帝,认为人类能制定出逻辑严密、内容详备、条理清晰、能涵盖一切生活关系的法典,法典是“被写下来的理性”。<sup>④</sup>在这种观念的支配下,准契约不能被同一逻辑化和体系化的缺陷凸显无疑,自然也就没有在“书面的理性”上存活的空间。故自德国《民法典》开始,准契约的观念被废除,无因管理等成为债发生的独立原因。<sup>⑤</sup>

在英美法上,关于准契约的规定比较分散,至今尚未形成统一的规定。作为一种法律效果或救济方法,准契约有别于合同或侵权的救济方法,在英国普通法下被划分为独立的一类,称之为准合同。根据《布莱克法律词典》的解释:“准契约是法律基于公平考虑以及当事人之间的特殊联系所给予的负担,以免其中一方获得不正当的利益。”<sup>⑥</sup>法国《民法典》第 1371 条认为准契约是“人的纯粹自愿的合法行为,其结果是对第三人承担某项债务,有时是双方当事人互相承担债务”。19 世纪法国学理倾向于认为准契约源自“人的自愿行为”,但当代法国学理则相反,认为准契约范畴是人造的,债的渊源是法律。法律承认准契约时考虑的不是利害关系人要求什么,而是社会需要等客观理由。据学者研究,近年来法国把准契约概念适用于在没有协议的情况下法律强加于个人的所谓合同性地位,例如公共交通运输人的强制保险,延长已到期的不动产租赁合同等。<sup>⑦</sup>《民法典》在不设置单独的债权编的情况下,借鉴法国等部分大陆法系国家和英美法系国家将无因

① 依据《海商法》第 71 条,不可转让的提单也必须凭单交货,所以可转让提单和不可转让提单的持有人均为控制权人。

② 参见陈浩、杜鹏编:《法制史学习小词典》,中国法制出版社 2006 年版,第 158 页。

③ William A. Keener, *Quasi-Contract, Its Nature and Scope*, Harvard Law Review, Vol. 7:2, p. 65 (1893).

④ 参见夏贞鹏:《“概念法学 VS 自由法学”的法解释学命题考察——写在“民法典”之前》,载《法律方法》2003 年第 2 期,第 441 页。

⑤ 参见张俊浩主编:《民法学原理(下册)》(修订第 3 版),中国政法大学出版社 2000 年版,第 650 页。

⑥ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary (9th ed.)*, West Publishing Corporation, 2009, p. 370.

⑦ 参见沈达明编著:《准合同与返还法》,对外经济贸易大学出版社 1999 年版,第 44 页。

管理和不当得利作为准合同对待的经验,将其规定在合同编。<sup>①</sup>虽然《民法典》在准合同分编中只规定了无因管理和不当得利,并未像法国《民法典》那样规定了较为完整的准契约,初衷可能只是为了无因管理和不当得利的立法便利,但客观上将准契约作为单独的一个分编,为准契约的法律解释留下了空间,也就意味着并不排斥在无因管理和不当得利之外存在其他准契约的可能。历史上,一些准契约因法律规定的完善慢慢形成了自己独立的体系和构造,如无因管理、不当得利、遗嘱、监护和共同海损,随着新型交易的不断涌现,也可能出现新的准契约类型。

将 FOB 卖方和承运人之间的运输合同法律关系认定为准契约,就可以准用有关该债权债务的法律规定。此时,FOB 卖方具有双重身份,既是贸易合同中的卖方,也是运输合同中的实际托运人。其向承运人交付货物既是履行贸易合同中的交付货物义务,也是履行运输合同下向承运人交付货物的义务,一个交付行为产生两种法律后果,从而解决了 FOB 下运输合同的承运人向谁签发提单的两难境地。目前,《海商法》第 42 条第 3 项第 2 目规定的实际托运人,可以适用该章有关托运人的规定,但对于什么权利、义务可以适用于实际托运人,法律并没有进一步明确。如果认定实际托运人和承运人之间根据法律的规定存在准契约关系,则其法律适用可以依据《民法典》第 468 条确定。<sup>②</sup>亦即,除《海商法》规定外,中国法律调整实际托运人和承运人之间准合同的法律规定,可以适用《民法典》第三编(合同)的第一分编(通则)。《民法典》合同编通则第 525 条规定了同时履行抗辩权:“当事人互负债务,没有先后履行顺序的,应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求。一方在对方履行债务不符合约定时,有权拒绝其相应的履行请求。”该条规定表明,双务合同的当事方在对方未为对待给付之前,可拒绝履行自己的给付。就同时履行抗辩权,学说上大多基于双务合同的牵连性理论构造其理论基础。<sup>③</sup>一方愿意负担给付义务是因为对方也因此负担对待给付的义务,给付和对待给付具有不可分离的关系。实际托运人和承运人之间的债务具有给付与对待给付的牵连性,可以适用同时履行抗辩权的规则,承运人在接收实际托运人交付的货物时,具有向实际托运人签发提单的义务。

对待给付义务是指与债权人的请求相对应,债权人负有的先行给付或同时给付的义务。按照法律规定或合同约定,债权人只有在自己向债务人履行义务后,才可以请求债务人对待给付,或与债务人同时互为给付。通俗地说,就是合同中义务的对等关系。《民法典》没有给出对待给付的概念,对待给付产生的条件之一就是“当事人所负的债务具有等价关系”。当实际托运人为获得货款,提单成为结汇不可缺少的重要货运文件时,一旦履行了向承运人交付货物的义务,其最为关切的问题莫过于能否获得具有提货凭证功能的提单。这是对应实际托运人交付货物的承运人的对待给付义务。承运人履行除签发提单以外的任何其他法定义务,都不可能与实际托运人交付货物义务形成主体义务对等从而构成对待给付。

提单有别于一般单证,具有合同的证明、货物收据和提货凭证的特殊功能。当实际托运人将货物交付给承运人或者实际承运人时,只要交付的货物符合合同约定,承运人就应该签发具有上述功能的提单给实际托运人。需要说明的是,既然实际托运人与承运人没有合同关系,为什么还要求承运人向其签发具有合同证明功能的提单?这恰恰是准合同的法定性特点决定的。《海商法》参照《汉堡规则》的规定,将实际交付货物的发货人界定为“实际托运人”,其与承运人之间的权利义务关系适用提单的规定,故为法定的提单债权债务关系。法律确定实际托运人请求承运人签发提单作为其交付货物的对待给付义务,其现实意义在于,将提单作为实际托运人价款请求权的保证,保证提单持有人在不直接占有货物的情况下,能够有效地控制货物。一旦货物的买方无力支付货款或者发生改变目的港等意外情况时,实际托运人可以凭借持有的提单行使对货物的控制权,同时承担相应的义务,这就是对待给付的具体体现。亦即,货物装船后,实际托运人除享有对货物的控制权和承担相应的义务外,运输合同的其他环节,如运送、保管、照料、卸载、交付,都与实际托运人无关,实际托运人不享有任何权利,也不承担任何义务。如同港口经营人作为实际承运人一样,仅对其实际履行的港口作业环节享有承运人的权利和承担相应的义务。

<sup>①</sup> 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义(中)》,法律出版社 2020 年版,第 1776 页。

<sup>②</sup> 《民法典》第 468 条规定:“非因合同产生的债权债务关系,适用有关该债权债务关系的法律规定;没有规定的,适用本编通则的有关规定,但是根据其性质不能适用的除外。”

<sup>③</sup> 参见韩世远:《合同法总论》(第 4 版),法律出版社 2018 年版,第 380 页。

提单作为实际托运人控制货物保护自身权利的保证时,只是一种权利保护的手段。实务中,常有不签发提单的情况,这表明实际托运人作出交付货物的给付或者准备作出对待给付,不需要或者放弃承运人履行对待给付义务。如买方已经支付货款或者依据买卖合同的约定采用不需要提交提单的付款方式,或无需承运人签发具有权利凭证的提单时,法律便可以作出规定,一旦货物交付给承运人或者实际承运人,缔约托运人便获得对货物的控制权,在承运人掌管货物期间,此权利一直存续。

传统观念认为,提单只能签发给缔约托运人,以双务合同的牵连性或对待给付理论分析,这一观点是站不住脚的。缔约托运人的给付是航次运费,对应航次运费的对待给付不是签发具有权利凭证功能的提单,而是提供将货物从起运地运到目的地的海上运输服务。缔约托运人欲获得具有权利凭证功能的提单,其需向实际托运人(贸易合同中的卖方)支付货款,这才是获得提单的对待给付。为了使实际托运人和承运人的给付与对待给付法定化,建议在《海商法》修改时明确规定,承运人应将提单签发给实际托运人,但在未签发提单时,托运人则为货物的控制方。

## 五、实际托运人制度设计的具体构想

### (一) 实际托运人的定义

《中华人民共和国海商法(修改送审稿)》[简称《海商法(送审稿)》]第50条第4项规定:“‘实际托运人’是指除托运人外,本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人将货物交给承运人或者实际承运人运输的人。”依据该规定,实际托运人不是与承运人订立运输合同的托运人,而是向承运人或者实际承运人交付货物的人。为了便于承运人识别其身份,实际托运人在请求承运人签发提单时,需将自己的名字记载于提单的托运人栏中,在《鹿特丹规则》下,其被称为单证托运人。

### (二) 实际托运人的权利

实际托运人的权利主要有两项:一是要求签发运输单证的权利。<sup>①</sup>实际托运人要求签发提单的权利无需得到托运人的同意,此乃实际托运人独立的权利,这是与《鹿特丹规则》最重要的不同之处。实际托运人可以和托运人约定将自己的名字记载在提单上,只要他实际交付了货物,就有权要求承运人签发提单。二是实际托运人持有提单时享有控制权,作为收取货款的保障。然而,如果实际托运人已经收取货款或者和托运人约定了不需要取得提单,此时仍要求承运人将提单签发给实际托运人就不合情理了。因此,法律应该规定:实际托运人要求签发提单的,承运人应当向实际托运人签发,并在运输单证或者电子运输记录上托运人一栏中载明实际托运人的名称,但托运人和实际托运人另有约定并且实际托运人已经通知承运人的除外。同时,《海商法》修改时还应对控制权作出规定:实际托运人,不论是可转让还是不可转让的提单,在其持有提单期间应该享有对货物的控制权;<sup>②</sup>在未签发提单时,一旦货物交付给承运人或者实际承运人,在其掌管货物期间,则应由托运人享有对货物的控制权。<sup>③</sup>

### (三) 实际托运人的义务和责任

实际托运人在取得提单和货物控制权的同时,也应该承担相应的义务。根据其在运输中所处的时间阶段不同,其义务可以分为:第一,实际托运人交付货物期间的义务。《海商法(送审稿)》第81条规定:“实际托运人在向承运人交付货物期间,本法第七十五条至第七十八条以及第八十条托运人责任的规定,适用于实际托运人,但是,不免除托运人依照本节规定所应负的责任。”本条规定体现了权利义务对等原则,这些条款主要规定了托运人按合同约定交付货物(第75条),保证货物包装和信息的正确性(第76条),及时办理港口相关手续(第77条),按规定托运危险货物(第78条),托运人对承运人、实际承运人的损失承担过失责任

<sup>①</sup> 《海商法(送审稿)》第82条第1款规定:“货物由承运人或者实际承运人接收或者装船后,应托运人或者实际托运人的要求,承运人应当签发运输单证或者电子运输记录。提单或者电子运输记录可以由承运人授权的人签发。”该条第3款规定:“托运人和实际托运人对于同一货物均要求签发运输单证或者电子运输记录的,承运人应当向实际托运人签发。”该条第4款规定:“应托运人或者实际托运人的要求,承运人应当在运输单证或者电子运输记录上托运人一栏中载明实际托运人的名称。”

<sup>②</sup> 依据《海商法》第71条,不可转让提单也要凭单交货,因此,持有不可转让提单,同样可以实现对货物的有效控制。

<sup>③</sup> 在未签发任何运输单证的情况下,法律规定托运人为控制权人,与《海商法(送审稿)》第104条第6款规定的“在货物运输期间,控制权人是唯一有权与承运人协商变更运输合同的人”相衔接。

(第80条)。第二,实际托人行使货物控制权时的义务。<sup>①</sup>《海商法(送审稿)》第104条第1款规定了实际托人行使控制权应对承运人产生的费用负责。该条第2款规定了承运人拒绝执行托人控制权指令的三种情况:(1)承运人无法满足托人依据前款规定提出的要求,或者满足此种要求将影响承运人正常营运的;(2)承运人经合理预计满足前款规定的要求将产生额外费用、货物灭失或者损害,要求托人提供相当于合理计算的额外费用、灭失或者损害总额的担保,托人未提供担保的;(3)承运人要求托人出示已签发的全套提单或者电子运输记录,托人未出示的。承运人拒绝执行托人或者实际托人控制权指令的,应当立即通知托人或者实际托人。该条第3款规定实际托人可通过转让可转让提单转让控制权。此外,《海商法》还应规定实际托人与缔约托人对承运人造成损失的连带责任<sup>②</sup>和向实际托人请求赔偿的诉讼时效<sup>③</sup>。

## 六、结语

中途停运权的历史演变表明了社会对交易安全的保护从注重卖方的财产所有权静态的安全转向财产流动态的安全。买卖合同的卖方欲在运输法中行使贸易法的中途停运权,首先应取得运输合同下的托人地位,成为有权主张中途停运权、向承运人发出变更运输合同指示的主体。《海商法(送审稿)》借鉴《汉堡规则》,突破合同相对性原则,赋予FOB卖方“托人”的法律地位,使其成为实际托人,有权要求承运人向其签发提单(不论是可转让还是不可转让);同时引入《鹿特丹规则》的控制权制度,使提单持有人成为控制权人,从而有效地控制货物,维护自身权利。如果控制权与中途停运权发生冲突,从维护提单信誉和流通性的角度出发,考虑现有立法趋势,《海商法》应明确规定:控制权优先于中途停运权适用。

实际托人权利保护的法律制度设计是基于公平原则和公共政策,其理论基础主要是准契约理论,运用合同法的对待给付原则,即对应实际托人交付货物的对待给付,承运人有义务向其签发具有权利凭证功能的提单;而缔约托人向承运人支付运费,与此对应的对待给付义务是承运人提供海上运输服务,而不是签发具有权利凭证功能的提单。在没有签发任何运输单证的情况下,应认定托人为控制方。如果贸易合同中买卖双方就货款的支付已另作安排,不需要取得提单予以保障,或者约定不签发任何运输单证,则表明FOB卖方愿意放弃其在《海商法》下获得提单的权利,只要其将这种意思表示通知承运人,承运人即解除向其签发提单的义务。《海商法(送审稿)》与《鹿特丹规则》相关规定最实质性的不同在于:《海商法(送审稿)》原则上规定FOB卖方(实际托人)有权获得提单并享有货物控制权,无需征得托人的同意,但买卖双方另有约定且实际托人通知承运人的除外,而《鹿特丹规则》则规定单证托人获得提单须经(缔约)托人的同意。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 《海商法(送审稿)》第104条第1款规定:“在本法第五十四条规定的承运人责任期间内,托人可以书面要求承运人变更卸货港或者将货物交给其他收货人,但是应当赔偿承运人因此受到的损失。”该条第5款规定:“实际托人在已签发的运输单证或者电子运输记录中记载为托人的,可行使本条第一款规定的权利,并承担本条第一款规定的赔偿责任,且本条第二款关于托人的规定适用于实际托人。”

<sup>②</sup> 《海商法(送审稿)》第81条第2款规定:“托人与实际托人对于承运人或者实际承运人遭受的损失或者船舶遭受的灭失或者损坏都负有责任的,应当在此责任范围内负连带责任,但是,不影响托人与实际托人之间相互追偿。”

<sup>③</sup> 参见《海商法(送审稿)》第315条。

<sup>④</sup> 参见《鹿特丹规则》第35条。

## Transport Law Path Selection for Protecting FOB Seller's Rights: System Design of Actual Shipper in the *Chinese Maritime Code*

SI Yuzhuo, WU Xu

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

**Abstract:** Upon the execution of a sales contract, if the buyer demonstrates an anticipated breach or an inability to pay while the goods are in transit, two legal mechanisms can safeguard the unpaid seller's interests. The seller may either invoke the right of stoppage in transit under trade law or exercise rights of control under transport law; both mechanisms require the cooperation of the carrier. However, when a negotiable bill of lading has been issued by the carrier, a seller attempting to exercise the right of stoppage in transit of goods often encounters opposition from the holder of the bill of lading. To ensure the seamless circulation of the bill of lading and maintain trade security, the legislation of many countries grants precedence to the right of control of the bill of lading holder over the seller's right of stoppage in transit. Consequently, these legal protections often prove ineffective due to conflicts or inconsistencies between trade law and transport laws. This analysis indicates that neither the establishment of a right of stoppage in transit under trade law nor the assertion of right of control under transport law adequately resolves the clash between these domains. Specifically, as FOB sellers are not party to a carriage contract with the carrier, they lack the authority to exercise rights stipulated within such a contract, thereby disabling them from directing the carrier to stop transport or modifying the consignee or destination. In accordance with the principle of privity of contract, the carrier is obligated only to comply with the instructions provided by the shipper, as per the contractual agreement. Similarly, while a seller might wish to assert right of control under transport law, he must first obtain a bill of lading. However, lacking a contractual relationship with the carrier, the seller is not entitled to a bill of lading unless the shipper directs the carrier to issue one. Therefore, the ability of the actual shipper to obtain a bill of lading depends solely on the discretion of the shipper. Given that FOB transactions account for over 80% of the market in China, it is critical to safeguard the interests of sellers who have not yet received payment. To address this, it is proposed that the legal definition of FOB sellers be expanded to classify them as actual shippers, thereby granting them the authority to get a bill of lading from the carriers. This adjustment would transform their relationship with the carriers into a statutory transport legal relationship, resembling a quasi-contract. As such, their legal standing would transition from that of an FOB seller under the trade law to that of an actual shipper under the transport law. Under the principle of simultaneous performance in contract law, these sellers would have the right to demand the issuance of a bill of lading at the time of goods delivery, thus asserting control over the goods—a mechanism inspired by the *Hamburg Rules* and the *Rotterdam Rules* models. However, if the actual shipper and shipper have agreed not to issue a negotiable bill of lading, the actual shipper does not require a bill of lading to protect his rights. Thereby, the shipper may obtain a bill of lading from the carrier and maintain control over the goods. This analysis underpins the recommendation for a revision to the *Chinese Maritime Code*. The proposed amendment should specify that when the actual shipper requests a bill of lading, the carrier must issue it to the actual shipper and record his name in the shipper section of the transport documents or electronic transport records, unless there is a prior agreement between the shipper and the actual shipper to the contrary, and the actual shipper has informed the carrier. This amendment would effectively resolve the issue of protecting sellers' rights under transport law in FOB transactions.

**Key words:** FOB; actual shipper; bill of lading; right of stoppage in transit; right of control