

# 提单物权效力论

孙思琪<sup>1,2</sup>

(1.上海海事大学 法学院,上海 201306;2.华东政法大学 法律学院,上海 201620)

**摘要:**提单的所谓物权凭证性质在中国长期存在争议,其实质是大陆法系所称提单的物权效力,系指交付提单与交付货物具有相同效力,由此可以满足货物物权变动的生效或对抗要件。英美法系认为提单是一种 document of title,而大陆法系主要法域普遍均有提单物权效力的规定,长期以来形成了代表说、严格相对说、绝对说、物权效力否定说等较为稳定的学说。两大法系均认可提单代表货物的拟制占有或谓间接占有,提单的转让由此代表了货物占有的移转,但持有提单本身并不代表享有货物的所有权等物权。“提单代表货物”只是一种强调提单象征意义的简略表述。提单的物权效力在中国现行法下尚无明文规定,但具有作为习惯补充适用的空间,且《民法典》第598条也从买卖合同的角度提供了一定依据。提单交付对于货物所有权变动而言属于现实交付,而提单质押则应认定为权利质权。提单表征的货物拟制占有属于间接占有。提单电子化对物权效力的主要影响,应是如何对无形的电子提单认定占有。《海商法》修订应对提单的物权效力作出明确规定。

**关键词:**提单物权效力;document of title;交付;占有;物权变动;电子提单

**中图分类号:**D996.19 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2025)01-0016-17

## 一、问题的提出

“提单代表货物”是航运实践中人们朗朗上口的习惯认识,虽然其中不乏有欠准确之处,但很大程度上也构成了通过提单开展单证贸易的基础。提单与货物物权的关系则是中国海商法学界长期争论的重大命题。根据大陆法系海商法理论,提单的效力分为债权效力和物权效力,其中债权效力是指提单具有的确定承运人与提单持有人之间债权关系的效力;而物权效力是指交付提单与交付提单记载的货物具有相同效力,即物权层面占有移转的效力,<sup>①</sup>进而能够满足货物物权变动交付要件的效力。虽然比较法上对此多有明文规定,但在中国学理上,提单的物权效力通常被转化为其他命题,例如提单的法律性质、物权性、物权属性,其中心在于提单是否构成所谓的“物权凭证”。自20世纪90年代中期以来,中国海商法学界围绕提单的物权效力长期存在争议,产生了形形色色的诸多学说,但迄今未有定论。

法律赋予提单物权效力的目的颇为明确,即由于海上运输较之陆上运输通常需要花费更多的时间,为在运输期间能够根据市场变化及时对货物进行转卖等处分,或将货物作为融通资金的担保,<sup>②</sup>要旨在于通过简化货物在运输途中的处理,<sup>③</sup>实现促进交易便捷的目的。日本学者我妻荣指出:近代法中商品交易的发展,完善了关于提单效力的理论,促使运输中的商品具有的特殊担保价值得以被确实掌握,并体现于证券而在世界经济组织中得以流通。<sup>④</sup>对此中国学者郭瑜曾将提单形象地比作“飞舞的提单精灵”。<sup>⑤</sup>

虽然各国民商法界围绕提单亦有学说争鸣,尤其关于提单签发和交付的法律内涵及效果、提单与海上货

**基金项目:**2022年度上海市晨光计划“智能船舶私法规则研究”(22CGA56)

**作者简介:**孙思琪,男,上海海事大学法学院副教授,华东政法大学法律学院博士后研究人员。

① 箱井崇史『基本講義 現代海商法』(成文堂,2024年)115頁參照。

② 參見[日]中村真澄、[日]箱井崇史:《日本海商法》,張秀娟、李剛、朴鑫譯,法律出版社2015年版,第151頁。

③ Herber/Sager, in: Münchener Kommentar zum HGB, Band 7: Transportrecht, 5. Aufl., 2022, § 524 Rn. 1.

④ 參見[日]我妻榮:《債權在近代法中的優越地位》,王書江、張雷譯,中國大百科全書出版社1999年版,第82頁。

⑤ 參見郭瑜:《海商法的精神——中國的實踐和理論》,北京大學出版社2005年版,第161頁。

物运输合同的关系,甚或被认为是各国民商法领域最难理解的问题之一。<sup>①</sup>但提单物权效力在大陆法系主要法域的争论早已退至有限的范围之内,不仅形成了绝对说、相对说(代表说、严格相对说)、物权效力否定说等若干稳定的学说,且已能够较为明确地区分出通说及有力说,<sup>②</sup>取得的共识远超于中国法。而且,“提单的物权效力”一语在东亚法域或谓汉字文化圈中也已是相当稳定的术语,学理著作几乎一致采用此种表述,<sup>③</sup>已然成为大陆法系的固有概念。<sup>④</sup>可见素来讲求体系严密的大陆法系关于提单的法律理论及实务已有颇为成熟的发展。与此形成鲜明对比的是,中国学理上对于此种大陆法系的比较法经验几无借鉴,目前形成的诸种观点也与主要法域的学说大相径庭。其中最为明显的差异是,自物权凭证说开始,中国的争论始终执着于追问提单究竟代表何种物权。<sup>⑤</sup>而事实上从比较法上的通说观点来看,提单并不代表货物的任何物权。

中国法与大陆法系主要法域产生上述差异的原因可归结为两个方面:一是对于大陆法系海商法理论的隔膜。由于英国法在航运领域不可替代的重要地位,中国海商法历来习惯于从英美法系汲取理论资源,而始终欠缺对于大陆法系海商法理论的系统考察。比较海商法的研究在中国仍然处于贫瘠状态。甚或可以认为,中国法关于提单法律制度的构建至今仍未实现充分的本土化,尤其是与本国私法制度缺少必要的融合。二是理论研究的深度不足。提单的物权效力除海商法外,至少涉及物权法、运输合同法、有价证券法三个领域。首先就物权法而言,《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)通过之时中国物权立法明显滞后,实证规范过于简单,而且未规定与提单物权效力具有密切联系的占有等物权基本制度,理论研究亦显单薄。其次就运输合同法而言,中国合同法研究历来是“重总则,轻分则”,民法学者鲜少涉足运输合同的研究,而多由海商法、航空法学者以特别法为视角研究各自领域对应运输方式的合同制度,运输合同由此成为中国合同法的“研究洼地”。最后就有价证券法而言,中国的理论研究近乎空白,几无专门著作可寻,商法著作中对于大陆法系有价证券法理论的阐释也相对有限。<sup>⑥</sup>中国海商法研究更是极少以有价证券的视角研究提单。

学理上关于提单物权效力的模糊认识,除了造成理论本身不完备外,产生的实际影响着重体现在两个方面:一是实践中对于提单表征何种权利众说纷纭,而“提单代表货物”的习惯认识在中国现行法下并无明确依据,导致司法实践中时常围绕持有提单是否即享有货物的所有权产生争议。二是一些新兴的运输单证类型,希望与海运提单同样具有所谓的“物权凭证”功能,但由于海运提单此项功能的法律构成及实证法来源尚不清晰,无法供给充分且有效的经验,导致新兴单证的功能构建也存在明显的障碍,难以直接“照葫芦画瓢”。最为典型的应是参照海运提单创制并应用于中欧班列的铁路提单。此外,“物权凭证”功能的法理基础模糊不清,也导致电子提单立法追求的功能等同缺乏明确的对象。

笔者将以中国法关于提单物权效力的立法、学理及司法沿革为基础,通过系统梳理英美法系和大陆法系典型法域的主要学说,借鉴比较法经验分析中国法关于提单物权效力的应有构造,以及提单电子化对物权效力的影响,以期为《海商法》修订如何规定提单的物权效力提供理论支撑。

## 二、提单物权效力在中国法的沿革

### (一) 立法沿革

中国传统上不存在成文且体系化的海商法,近代以前仅有调整船东、船员关系的简单习惯。<sup>⑦</sup>清末《大清商律草案》第五编《海船法草案》是中国近代第一部专门的海商法草案。<sup>⑧</sup>清末立法系采民商分立体例,

<sup>①</sup> 参见《大陆法系提单与运输合同请求权的比较法研究》,载詹森林、朱晓喆主编:《比较民法与判例研究》(第一卷),法律出版社2015年版,第218页。

<sup>②</sup> 小林登『新海商法(法律学の森)』(信山社,2022年)304頁参照。

<sup>③</sup> 例如,日文著作大多采用的表述是“船荷証券の物権の効力”,韩文著作的表述多是“선하증권의 물권적 효력”,中国台湾地区著作则多直接采用“载货证券的物权效力”的表述。

<sup>④</sup> 参见王文军:《提单物权效力的法律构成》,载《清华法学》2010年第4期,第104页。

<sup>⑤</sup> 参见王文军:《提单项下海运货物索赔之请求权基础研究》,法律出版社2011年版,第79页。

<sup>⑥</sup> 检索中国直接以“有价证券法”为名的著作,仅有覃有土主编的《有价证券法原理与实务》一书。书中虽将提单列为有价证券的类型之一,但在总论以外仅分设票据法、股票法、债券法三编,而不涉及提单。参见覃有土主编:《有价证券法原理与实务》,中国政法大学出版社1993年版,第5-6页。

<sup>⑦</sup> 参见李建江:《中国近代海商法》,中国政法大学出版社2015年版,第122页。

<sup>⑧</sup> 参见顾荣新:《清末〈海船法草案〉述评》,载《中国海商法研究》2017年第1期,第102页。

《大清商律草案》第二编《商行为草案》第103条第1款规定：“依票背书名让与指使式之货物交换证券者，与运送品之让与有同样之效力。”<sup>①</sup>《海船法草案》第155条第1款则针对提单专门规定：“依指图式里书<sup>②</sup>而让与载货凭单时，与货物之让与有同一之效力。”<sup>③</sup>此种规定基本移植自当时的德日商法，与大陆法系关于提单物权效力的普遍规定一致，且当时中国的学理也认为此即关于物权效力的规定。<sup>④</sup>

由于《大清商律草案》未予颁布实施，1929年的《中华民国海商法》便成为中国近代第一部颁布施行的海商法。《中华民国民法》第629条规定：“交付提单<sup>⑤</sup>于有受领物品权利之人时，其交付就物品所有权移转之关系，与物品之交付有同一之效力。”同时，《中华民国海商法》第89条规定：“民法第六百二十七条至第六百三十条，及第六百四十九条，关于提单之规定，于载货证券准用之。”民国学理多数也认为前者是关于提单物权效力的规定，<sup>⑥</sup>本条立法理由在于：“谨按托运人与受货人相互间，其物品所有权之移转，究应于何时发生效力，不可无明文之规定，俾资依据。故本条明示交付提单于有受领物品权利之人时，其交付就物品所有权移转之关系，与物品之交付，有同一效力。是物品所有权移转之效力，自交付提单时即已发生，不必更俟交付物品而始发生也。”<sup>⑦</sup>此种规定此后在中国台湾地区延续至今。

虽然现今有观点对于上述规定多有批评，认为其中采用“物品所有权移转”的表述，将提单的物权效力限缩为所有权，是对质权等其他以交付为构成要件的动产物权变动形态的全盘否定，不仅成为民国学者将提单视为货物所有权文件的源头，同时也导致提单是所有权凭证的错误观点开始流传。<sup>⑧</sup>但仅就法条本身而言，《中华民国民法》第629条只是从正面规定交付提单对于货物的所有权变动，与交付货物具有相同效力。此种规定虽未彰显提单物权效力之全部，但确也符合提单物权效力在货物所有权方面的内涵。<sup>⑨</sup>不仅本条并未错误地作出提单代表货物所有权或类似的规定，而且基于法律解释也无法就此否定提单对质权等其他物权变动的效力。此后学者在此基础上对提单物权效力作出的解释，大多也不限于所有权，例如史尚宽认为：“提单之交付，就物品所有权移转之关系，与运送物之交付有同一之效力。然受交付者，果取得何种权利。依提单授受当事人间之契约之内容而定。持有人于运送物上不必惟行使所有权，亦得有质权、留置权之行使。”<sup>⑩</sup>可见本条存在的主要问题应是由于采用“物品所有权”的表述，导致对于提单物权效力的规定不尽全面。虽然民国学者对于本条的释义确有“持有提单即享有货物所有权”的论述，<sup>⑪</sup>但学理之误解恐怕本就存在，如果就此将本条归为物权凭证说的源头，未免多有臆断而缺乏依据。

中华人民共和国成立以后，以《海商法》为中心的海事立法始终未对提单的物权效力作出规定。目前正在进行的《海商法》修订工作，历次草案及已有的研讨也几未涉及提单的物权效力。

## （二）司法沿革

民国时期的判例，几无涉及《中华民国民法》第829条<sup>⑫</sup>及《中华民国海商法》第89条<sup>⑬</sup>，故而对于提单的物权效力未见司法裁判视角的阐释。

中华人民共和国成立后，各级法院的判决中常有有关提单是物权凭证的直接论述。例如，早在《海商法》通过前的1990年，最高人民法院在“兴利公司、广澳公司与印度国贸公司、马来西亚巴拉普尔公司、库帕

① 修订法律馆：《法律草案汇编·商法商行为草案》，修订法律馆1926年版，第12页。

② 此处“指图式里书”即“指示背书”。

③ 修订法律馆：《法律草案汇编·海船法草案》，修订法律馆1926年版，第21页。

④ 参见李秀清、陈颐主编：《朝阳法科讲义》（第五卷），上海人民出版社2013年版，第345页。

⑤ 《中华民国民法》采用“提单”的表述，此处提单是指货物承运人签发的用于处分和受领货物的有价证券，对应日韩法律规定的“货物引换证”或“货物相换证”（화물상환증），而限于海运提单。《中华民国海商法》对于海运提单采用的术语是“载货证券”。

⑥ 参见季手文：《民法债编分则释义》（下册），会文堂新记书局1936年版，第66页。

⑦ 《中华民国民法·立法理由及判解汇编》，张生点校，社会科学文献出版社2023年版，第317页。

⑧ 参见何赛：《〈民法典〉视域下提单物权凭证概念的反思与重构》，载《甘肃政法大学学报》2022年第3期，第36页。

⑨ 关于本条将提单物权效力限缩为货物所有权的理由，学理著作大多语焉不详。日本学者乌贺阳然良在评论《中华民国海商法》关于提单之规定时，曾就此专门作出分析。参见[日]乌贺阳然良：《论中华民国海商法关于载货证券之规定》（二完），彭年鹤译，载《法律评论》1932年第9期，第28-29页。

⑩ 史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第603页。

⑪ 例如，朱方认为：“提单为物权上之证券，故凡持有提单者，即有处分运送物之权利。盖和人持有提单者，即何人有其所有权也。”朱方编解：《民法债编详解》，上海法政学社1936年版，第227页。

⑫ 参见吴经熊编辑：《中华民国六法理由判解汇编》（第一册），会文堂新记书局1939年版，第332页。

⑬ 参见梅仲协、罗渊祥编纂：《六法解释判例汇编》（第二册），上海昌明书屋1947年版，第3-95页。

克公司、纳林公司货物所有权争议上诉案”中认为:“提单是一种物权凭证,提单的持有人就是提单项下货物的所有权人。”<sup>①</sup>类似表述即使在《海商法》通过后亦不少见。<sup>②</sup>但此类判决多是将提单的物权凭证性质作为裁判说理的前提,却鲜少对此作出具体解释。<sup>③</sup>最高人民法院指导案例 111 号应是较早对提单物权效力作出具体解释的司法判例,其中认为提单是据以向承运人提取货物的唯一凭证,自然可以表征基于货物所有权产生的原物返还请求权,故而提单系所有权凭证,具有物权凭证的属性。但是,提单虽然具有债权凭证和所有权凭证的双重属性,并不意味着持有提单就当然对提单记载的货物享有所有权。提单的交付可以与提单记载的货物的交付一样产生货物物权变动的法律效果,但提单持有人是否就因受领提单的交付而取得物权以及取得何种类型的物权,取决于当事人之间的合同约定。正如动产交付,动产占有人受领动产的交付,究竟是享有所有权、动产质权,还是基于合同关系的占有,同样取决于当事人之间的合同如何约定。<sup>④</sup>此种解释已经较为接近大陆法系关于提单物权效力的规定模式,即将提单的物权效力聚焦于物权变动,且明确了此种物权效力并不限于所有权,提单持有人就货物是否享有物权以及享有何种物权取决于当事人的约定。

除上述立法、司法沿革外,至于中国学理上的沿革,至少在 20 世纪 90 年代中期以前,提单是物权凭证的观点在中国大陆地区的学理上并未受到明显挑战。20 世纪 90 年代中期以来,中国大陆地区学理上围绕提单的物权效力逐渐产生争议,且主要以辨析物权凭证说的合理与否为基础,由此形成了若干具有代表性的观点,包括所有权凭证说、占有权凭证说、物权效力否定说等。<sup>⑤</sup>

### 三、提单物权效力的比较法考察

#### (一) 英美法系

##### 1. 提单与 document of title 的关系

中国学理上论及提单的物权凭证性质时,通说认为此概念译自英文的“document of title”。典型代表是《统一提单的若干法律规定的国际公约》(简称《海牙规则》)第 1 条(b)项关于运输合同的定义,即“a bill of lading or any similar document of title”的表述,<sup>⑥</sup>中国通行的中文译本将此译为“提单或任何类似的物权凭证”。

虽有观点认为物权凭证一语并非来源于英文,而是来自德文“Traditionswirkung”(交付效力),理由是《海商法》的体例和内容深受苏联 1929 年《海商法》影响,而后者主要参照了德国《商法》的内容,以及意大利海商法学者 Francesco Berlingieri 曾受邀就《海商法》草案发表意见,其中涉及提单的物权效力,由此得出《海商法》立法受到大陆法系影响的结论。<sup>⑦</sup>但是,此种看法恐怕仍以臆断为主。一方面,“提单是物权凭证”的说法在民国时期就已存在,20 世纪 50 年代开始制定的《海商法》受到何种法系、法域的影响,显然不能影响物权凭证作为术语及观点在中国的形成。另一方面,中国学者在论及提单的物权凭证性质时,普遍将 document of title 用作对应的英文术语进行标注。即使认为物权凭证一语在产生之初受到德文的影响,对于法律术语的考察显然也不能局限于起源,而更应分析术语在实际使用中表达和对应的具体含义。因此,考察 document of title 的含义及其与提单的关系,对于理解提单的物权效力以及物权凭证的含义仍属必要。

英美法系普遍认为提单是一种 document of title,且是普通法目前唯一认可的针对货物的 document of ti-

<sup>①</sup> 参见“兴利公司、广澳公司与印度国贸公司、马来西亚巴拉普尔公司、库帕克公司、纳林公司货物所有权争议上诉案”,载《最高人民法院公报》1991 年第 1 期。

<sup>②</sup> 参见厦门海事法院(2013)厦海法商初字第 178 号民事判决书。

<sup>③</sup> 例如,青岛海事法院在判决中采用的表述是:“众所周知,提单具有物权凭证功能,收货人与承运人之间的权利义务依据提单法律关系来确定。”参见“中远海运集装箱运输有限公司与深圳市东大实业有限公司、青岛美冠国际物流有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷案”,青岛海事法院(2023)鲁 72 民初 390 号民事判决书。

<sup>④</sup> 参见“中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行与广东蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷再审案”,最高人民法院指导案例 111 号(2019 年)。

<sup>⑤</sup> 详见胡正良:《海上货物运输合同法:原理、立法与实践》,法律出版社 2024 年版,第 525-529 页。

<sup>⑥</sup> 虽然《海牙规则》的正式文本是法文本,英文本是基于法文本翻译而来,但此后的《修改统一提单若干法律规定的国际公约议定书》(简称《维斯比规则》)及 1979 年的议定书,英文本均作为准文本之一,与法文本具有同等效力。而且,《海牙规则》法文本第 1 条(b)项采用的表述“tout document similaire formant titre”与英文本的“any similar document of title”在内涵上并无明显差别。据此不能仅以出现“document of title”表述的《海牙规则》英文本并非正式文本,而否认在《海牙规则》语境下提单具有 document of title 的功能。

<sup>⑦</sup> 参见何赛:《〈民法典〉视域下提单物权凭证概念的反思与重构》,载《甘肃政法大学学报》2022 年第 3 期,第 36-38 页。

tle,<sup>①</sup>由此作为提单的两项功能之一。<sup>②</sup> 此项功能相当于《1978 年联合国海上货物运输公约》(简称《汉堡规则》)第 1 条第 7 款规定的“承运人承担对交出此项文件者交付货物”,也即《海商法》第 71 条规定的“承运人保证据以交付货物的单证”,大陆法系学理上则通常将其概括为表征货物交付请求权的有价证券。<sup>③</sup> 但是,普通法下关于货物的 document of title 并无权威的定义,<sup>④</sup>Jowitt's Dictionary of English Law 将其解释为证明权利或占有的文件,<sup>⑤</sup>一般认为转让 document of title 也就意味着移转了货物的拟制占有(constructive possession/symbolic possession),<sup>⑥</sup>此处拟制占有是指对财产享有控制但未实际占有或保管财产。<sup>⑦</sup> 著名的“Sanders v. Maclean 案”指出,商人习惯法已经普遍认可提单象征着运输途中的货物,并将提单比作合法持有人手中的钥匙,可以打开货物所在仓库的大门。<sup>⑧</sup>

美国关于 document of title 则有更多可供参考的定义。包括提单在内的各类 document of title,在美国法下主要由《统一商法典》(Uniform Commercial Code)第 7 篇调整,该篇的标题即为“Document of title”。以得克萨斯州采纳的版本为例,其中第 1.201 条第 b 款第 16 项对于 document of title 作出如下定义:

Document of title 作为一种记录,是指在正常业务或融资过程中充分证明占有或控制记录的某人有权接收、控制、持有、处置记录及其对应的货物,并且显示是由货物的保管人签发或向保管人签发,以表明由保管人占有已特定化的货物或其可替代的部分。Document of title 包括提单、运输单证、码头栈单、码头收据、仓单、提货单。电子 document of title 是由存储在电子介质中的信息组成的记录证明。实体 document of title 是由记载在有形介质的信息组成的记录证明。<sup>⑨</sup>

至于在英美法系的其他法域,提单也普遍被认为具有 document of title 的性质。例如,在澳大利亚法下,提单的功能之一是作为 document of title 赋予持有人对货物的占有权。<sup>⑩</sup> 类似的理解也广泛见于新加坡等其他法域。<sup>⑪</sup> 甚或有观点明确指出,提单只是代表货物并表明持有人占有货物,但持有提单并不意味着享有货物的所有权。<sup>⑫</sup>

可见,提单在英美法系的功能之一是作为 document of title,赋予提单代表货物的作用,提单持有人由此取得对于货物的拟制占有,但与货物的所有权并无必然联系。尽管 document of title 作为术语的名称,包含了或可译为“物权”的“title”,但实际上随提单转让的仅是货物的占有。<sup>⑬</sup> 英国上议院司法委员会在“*The Rafaela S* 案”中也已明确指出:提单的转让是否导致货物所有权的转让始终是一个事实问题,答案取决于导致提单转让发生的当事人之间的约定。<sup>⑭</sup> 虽然美国《统一商法典》对 document of title 的定义中出现了“接收、控制、持有或处置”(receive, control, hold and dispose)货物的表述,似乎涵盖所有权在大陆法系物权法理论下的主要权能。但是,大陆法系物权法之所有权,强调的是对于物的支配的抽象概括,故而所有权并非仅是占有、使用、收益和处分等各项权能在量上的总和,而是一个整体权利,且在内容或时间上不得加以分割;<sup>⑮</sup> 而《统一商法典》所谓“接收、控制、持有或处置”,实则只是主体对于物享有的具体权利内容的事实列举,其内涵并无抽象性。<sup>⑯</sup> 以处置(dispose)为例,*Black's Law Dictionary* 未收录 dispose 词条,可见其并非专门的法律

① Richard Aikens & Richard Lord, et al., *Bills of Lading* (3rd ed.), Informa Law, 2020, p.164.

② John F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea* (7th ed.), Pearson Education Limited, 2010, p.132.

③ 参见杨仁寿:《海牙威士比规则》,作者 2000 年自版,第 32 页;[日]中村真澄、[日]箱井崇史:《日本海商法》,张秀娟、李刚、朴鑫译,法律出版社 2015 年版,第 150 页。

④ Michael Bridge ed., *Benjamin's Sale of Goods*, Sweet & Maxwell, 2010, 18-007.

⑤ Daniel Greenberg ed., *Jowitt's Dictionary of English Law* (4th ed.), Sweet & Maxwell, 2015, p.782.

⑥ Guenter Treitel & F.M.B. Reynolds, *Carver on Bills of Lading* (4th ed.), Sweet & Maxwell, 2017, p.317.

⑦ Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary* (11th ed.), Thomson Reuters, 2019, p.1408.

⑧ *Sanders Bros v. Maclean & Co.* (1883) 11 Q.B.D. 327.

⑨ 笔者所引美国《统一商法典》,均为得克萨斯州采纳并作为《商业与商务法典》(*Business and Commerce Code*)第一编的版本。条文的中国翻译参考了《美国统一商法典》(第 2 版),潘琪译,法律出版社 2020 年版。

⑩ Martin Davies & Anthony Dickey, *Shipping Law* (4th ed.), Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2016, p.205-206.

⑪ Lawrence Teh & Jen Wei Loh, et al., *Transport Law in Singapore*, Wolters Kluwer, 2022, p.89.

⑫ Paul Myburgh, *Transport Law in New Zealand*, Wolters Kluwer, 2002, p.149.

⑬ Daniel Greenberg ed., *Jowitt's Dictionary of English Law* (4th ed.), Sweet & Maxwell, 2015, p.271.

⑭ *The Rafaela S* [2005] UKHL 11.

⑮ 参见崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》(上册)(第 2 版),清华大学出版社 2021 年版,第 525 页。

⑯ 参见陈芳:《提单法律性质诸论议》,载《江西社会科学》2013 年第 1 期,第 153 页。

术语,而 *dispose* 在英文中的对应义项应是排列、布置、安排,侧重于对物或人在物理意义上位置等方面的安排;<sup>①</sup>作为所有权能之处分,则决定物在法律上或事实上的命运,<sup>②</sup>既包括变更、限制或消灭对物的权利,也包括变更或消灭物本身,<sup>③</sup>二者存在显著差别。而且,不同于大陆法系采用绝对所有权观念,民法逻辑体系构建在严谨的所有权概念基础上,英美法系则采用相对所有权观念,并无统一的所有权概念。<sup>④</sup>因此,提单作为 *document of title* 赋予提单持有人的关于货物的权利,远不能与货物所有权等同视之。

## 2. *document of title* 的中文译法

大陆法系虽然也有一定程度上可与 *document of title* 对应的单证,但仍然存在明显的差异,导致大陆法系对于此一术语较为陌生。1921年9月,在国际法协会(International Law Association)为制定提单规则而在荷兰海牙召开的会议上,大陆法系国家的代表已经指出很难在大陆法系的语境下翻译 *document of title*。<sup>⑤</sup>目前“*document of title*”在中文文献中的翻译除最为通行的“物权凭证”外,另有“所有权凭证”“权利凭证”的译法。其中“物权凭证”的译法饱受批评,甚或被认为是提单的物权效力在中国法下产生如此激烈争议的重要原因之一。例如,有学者认为此种译法“会让人误以为提单能够证明货物物权的存在,进而认为谁持有提单谁就享有货物的所有权或其他具体物权”。<sup>⑥</sup>

*document of title* 是英美法系的专门法律术语,从整体上把握更能理解术语的内涵。但从术语翻译的角度,仍有必要分别考察 *document* 和 *title* 的含义。*title* 在英美法系中是财产法领域的术语,*Black's Law Dictionary* 将其解释为构成对财产控制和权利处置的所有要素的结合,也是财产所有人与财产本身之间的法律联系。<sup>⑦</sup>此种定义似乎已经颇为接近大陆法系中物权的内涵。但是,物权本是大陆法系民法中颇为抽象的概念,具有鲜明的大陆法系特征,而英美法系并不存在完全对应的概念,<sup>⑧</sup>故而将“*document of title*”译为“物权凭证”自应慎重。*title* 虽然在法律上经常被使用,但缺乏权威而统一的定义。*title* 通常是指主体对于财产享有的组成所有权的各项权利,有时也指所有权本身。严格而言,*title* 是所有权的证据和基础,是构成所有权的全部要素的集合。普通法中此类要素分为三种,即占有、占有权和单纯所有权。可以认为 *title* 强调的是建立在占有基础上的,或者基于占有而享有的对财产的支配权。<sup>⑨</sup>

值得注意的是,将“*title*”译为“物权”的现象并非《海牙规则》中文译本独有。不同于《海牙规则》的通行中文译本只是不具备法律效力的民间译本,新近通过的《联合国船舶司法出售国际效力公约》(简称《北京公约》)的中文译本是公约的作准文本之一,其中即将“*clean title*”一词译为“清洁物权”。而且,清洁物权是关乎公约基本规则的核心概念。<sup>⑩</sup>与中文译本译法明显不同的是,日本学者在翻译《北京公约》时,对于 *clean title* 并未直接使用日本法律术语中已有的“物権”(物权)等表述,而是以片假名译为“クリーンタイトル”(即 *clean title* 的日文音译)。<sup>⑪</sup>片假名应用的情况之一是用作表示相对日语而言的外来语,可见译者至少认为 *title* 的含义无法与物权完全对应。

至于 *document* 的含义及译法,同样应当关注的是汉字文化圈即东亚法域对《海牙规则》第 1 条(b)项中 *document of title* 的翻译。日本是《海牙—维斯比规则》的参加国,日本学者小町谷操三曾明确指出“*similar document of title*”的含义模糊,日本外务省公布的日文译本结合后文的“*in so far as such document relates to*

① 参见[英]霍恩比:《牛津高阶英汉双解词典》(第9版),李旭影等译,商务印书馆、牛津大学出版社(中国)有限公司2018年版,第613页。

② 参见崔建远:《物权法》(第5版),中国人民大学出版社2021年版,第194页。

③ 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第63页。

④ 参见孙宪忠、朱广新主编:《民法典译注·物权编》(第1册),中国法制出版社2020年版,第270-271页。

⑤ Časlav Pejović, *Transport Documents in Carriage of Goods by Sea: International Law and Practice*, Informa Law, 2020, p.113.

⑥ 参见何赛:《〈民法典〉视域下提单物权凭证概念的反思与重构》,载《甘肃政法大学学报》2022年第3期,第39页。

⑦ Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary* (11th ed.), Thomson Reuters, 2019, p.1768.

⑧ 参见刘家安:《民法物权》,中国政法大学出版社2023年版,第38页。

⑨ 参见[英]克里斯蒂安·特威格-福莱斯纳、[英]里克·卡纳万、[英]赫克特·麦奎因:《英国货物买卖法》(上册),郑睿、殷安军译,中国法制出版社2022年版,第289页。

⑩ United Nations Commission on International Trade Law, *United Nations Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships: With Explanatory Note Prepared by the UNCITRAL Secretariat*, United Nations, 2023, p.34.

⑪ 《北京公约》第2条第3款的日文译本如下:“「クリーンタイトル」とは、いかなる抵当権及び担保権の負担のない権原をいう。”藤田友敬「裁判上の船舶の売買の国際的効力に関する国際連合条約(対訳)」海法会誌復刊第67号(2023年)14頁。

the carriage of goods by sea”将其意译为“海上物品運送に関する証券”(海上货物运输的相关证券),<sup>①</sup>此种译法一定程度上回避了对 document of title 的直接翻译,而仅将其略作“证券”,<sup>②</sup>但此后日本的学理著作大多延续了此种翻译;<sup>③</sup>韩国未参加《海牙规则》,韩国海运协会的韩文译本将其译为“권원증권”(權原證券,权原证券);<sup>④</sup>中国台湾地区的译本种类较多,学者杨仁寿将其译为“海上货物运输有关类似权利证券”,<sup>⑤</sup>另有译本分别译作“权利文件”<sup>⑥</sup>、“物权证件”<sup>⑦</sup>。值得注意的是,日韩学者在以英文论述本国海商法时,也常将提单的性质认定为 document of title。<sup>⑧</sup>

考察上述东亚三法域相对权威的译本,鲜少采用物权的表述,可见 title 确实无法与大陆法系的物权概念较好地对应;同时又多将 document of title 归为证券,此种做法也与提单在大陆法系中的有价证券性质契合,毕竟东亚法域对提单采用的名称“船荷証券”或“载货証券”中本就有证券二字。

基于上述因素分别分析 document 和 title 的译法,有观点认为将“document”译为“凭证”可能使人误以为提单能够证明物权的存在。<sup>⑨</sup>诚然,凭证在汉语中确有证据之意,<sup>⑩</sup>但凭证证明的具体对象需要结合 title 的含义方能确定,而不宜望文生义地将物权凭证理解为证明物权的文件。而且,大陆法系之证券本就是一种凭证,提单作为有价证券亦在其中,译作“凭证”并无明显不当。例如,《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第 441 条将提单等可以设立权利质权的有价证券统称为“权利凭证”。

Title 可以考虑的中文翻译不外两种,即“物权”或“权利”。如果译作“权利”,固然相对安全,但含义宽泛而模糊。Document of title 虽无权威而统一的定义,但在英美法系下的含义仍然较为清晰,代表何种权利亦属明确。与此明显不同的是,如果在中文的语境下将“title”译为“权利”,却不指出权利的具体类型、性质或内涵,实践意义将会明显减弱。<sup>⑪</sup>反而是“物权”的译法,虽然既往受到较多批评,却亦有其合理性。提单作为 document of title 的功能在大陆法系主要对应提单的物权效力,即占有移转的效力,以及由此促成所有权、质权等物权变动的交付要件的效力,均在民法物权的范围之内,故而概括为物权似无明显不妥。据此“document of title”最为恰当的中文译法恐怕仍是“物权凭证”。而且,物权凭证作为术语在中国之使用已近百年,业已形成习惯而不宜轻易变动,<sup>⑫</sup>此时更为重要的应是准确界定物权凭证的含义。

## (二) 大陆法系

提单的物权效力是大陆法系,特别是东亚法域长期存在的固有概念,且提单的物权效力首先来自实证法的明文规定。德国《商法》第 524 条第 1 句规定:“在承运人占有货物的前提下,向指定的收货人转让提单的,那么将提单交予其指定收货人具有与将货物交付运输的同等效力。”<sup>⑬</sup>本条条旨中的“Traditionswirkung”本意应是交付效力,<sup>⑭</sup>此种效力是基于提单的交付证券属性,<sup>⑮</sup>即将提单交付至有权凭提单提取货物的收货

① 「千九百二十四年八月二十五日にブラッセルで署名された船荷証券に関するある規則の統一のための国際条約」, Ministry of Foreign Affairs of Japan, [https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/B-S38-E4-1723\\_1.pdf](https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/B-S38-E4-1723_1.pdf).

② 早先日本学者小町谷操三同样采用意译的方法,将“document of title”译为“海上物品運送ニ關スル權利ヲ形成スル、船荷證券類似ノ一切ノ證券”(与提单类似的形成海上货物运输相关权利的各类证券)。小町谷操三『統一船荷證券法論』(岩波書店,1932年)311頁參照。

③ 戸田修三=中村眞澄『注解國際海上物品運送法』(青林書院,1997年)479頁參照;中村眞澄=箱井崇史『海商法』(成文堂,2013年)411頁參照。

④ “선하증권에 대한 법의 일부규정의 통일에 관한 국제협약의 1968년 개정의정서”, 한국해운조합, <https://www.theksa.or.kr/site/main/file/download/uu/4fcaa949d01d4a229465d4a8ed86b153>.

⑤ 参见杨仁寿:《海牙威士比规则》,作者2000年自版,第302页。

⑥ 《载货証券统一规定公约》,载植根法律网, <https://www.rootlaw.com.tw/LawArticle.aspx?LawID=A040050070004200-0130101>。

⑦ 《统一提单的若干法律规则的国际公约》,载电子六法全书网, <https://www.6laws.net/6law/law2/%E6%B5%B7%E7%89%99%E8%A6%8F%E5%89%87.htm>。

⑧ In Hyeon Kim, *Transport Law in South Korea* (3rd ed.), Wolters Kluwer, 2017, p.95; Noboru Kobayashi & Makoto Hiratsuka, et al., *Transport Law in Japan*, Wolters Kluwer, 2022, p.99.

⑨ 参见何赛:《〈民法典〉视域下提单物权凭证概念的反思与重构》,载《甘肃政法大学学报》2022年第3期,第38页。

⑩ 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第7版),商务印书馆2016年版,第1010页。

⑪ 参见胡正良:《海上货物运输合同法:原理、立法与实践》,法律出版社2024年版,第532页。

⑫ 参见何赛:《〈民法典〉视域下提单物权凭证概念的反思与重构》,载《甘肃政法大学学报》2022年第3期,第40页。

⑬ 《德国〈商法典·第五编 海商〉》,马金星译,载刘艳红主编:《东南法学》2016年辑秋季卷,东南大学出版社2016年版,第227页。

⑭ 现有的德国《商法》中文译本将此译为“提单的转让效力”或“物权凭证”,皆为意译。参见杜景林、卢湛译:《德国商法典》,法律出版社2010年版,第316页;《德国〈商法典·第五编 海商〉》,马金星译,载刘艳红主编:《东南法学》2016年辑秋季卷,东南大学出版社2016年版,第227页。

⑮ Herber/Sager, in: Münchener Kommentar zum HGB, Band 7: Transportrecht, 5. Aufl., 2022, § 524 Rn.1.

人时,提单的交付对于取得对货物可行使的权利而言,具有与货物交付相同的效力。<sup>①</sup> 东亚法域对此采用物权效力的表述,实则与交付效力之间更多地只是视角的差异,即交付是产生效力的原因,而发生占有移转等引起物权变动等方面的效力则是交付的结果。而且,物权效力的表述也可与提单的债权效力对应。据此,大陆法系也有学者认为提单的债权效力是关于提单持有人与承运人之间的运输关系,物权效力则是关于提单持有人与受让人之间的货物处分关系。<sup>②</sup>

东亚法域就提单的物权效力普遍存在与德国《商法》基本一致的规定。日本《商法》第 763 条规定:“向可以凭提单接收货物的交付提单的,就取得对货物可行使的权利而言,该提单的交付与货物的交付具有同等效力。”日本《国际海上货物运输法》第 15 条规定本条准用于国际海上货物运输的提单。<sup>③</sup> 韩国《商法》第 133 条和第 861 条、中国台湾地区“民法”第 629 条和“海商法”第 60 条第 1 款亦有相同规定。据此可以确定提单物权效力的基本含义,即向有权凭提单接收货物者交付提单时,提单的交付与货物的交付具有相同效力。

东亚法域的现代商法起源于日本,下文即以日本法为例,分析大陆法系关于提单物权效力存在的理论争议及由此形成的主要学说。日本《民法》第 176 条规定:“物权的设定及转移,只因当事人的意思表示而发生效力。”<sup>④</sup> 第 178 条规定:“动产物权的转让,必须将该动产交付,否则不得对抗第三人。”据此日本民法对于动产物权变动采取意思主义的立法模式,物权变动仅因意思表示而发生效力,交付则为对抗要件。<sup>⑤</sup> 但对于采取其他立法模式的法域,如以交付为动产物权变动生效要件的债权形式主义,并不影响提单的物权效力,差别只是提单交付等同于货物交付能够满足生效要件还是对抗要件。大陆法系主要法域关于提单物权效力的法律构成,即如何从民法规定的占有移转阐述提单交付与货物交付具有相同效力,<sup>⑥</sup> 形成了基本一致的学说分布格局,<sup>⑦</sup> 主要分为相对说(代表说、严格相对说)、绝对说、物权效力否定说。<sup>⑧</sup> 大陆法系关于提单物权效力的学说围绕货物的间接占有展开,而与货物本身的物权,特别是所有权无关。

相对说认为,以承运人直接占有货物为前提,提单持有人基于返还请求权就货物成立间接占有。<sup>⑨</sup> 货物的间接占有此后随提单的交付而发生移转,<sup>⑩</sup> 即提单的受让人通过受让提单,从提单持有人处取得对货物的间接占有。<sup>⑪</sup> 质言之,商法将提单交付与民法的关系理解为相对的占有移转原因,<sup>⑫</sup> 相对之处在于承运人必须占有货物。例如,德国《商法典》第 524 条第 1 句明确规定提单的物权效力是“在承运人占有货物的前提下”,韩国的多数观点也主张承运人必须占有货物。<sup>⑬</sup>

相对说可以具体区分为代表说和严格相对说,二者的区别在于凭提单取得占有是否仍需满足民法关于指示交付移转占有的规定。代表说也被称为单纯相对说,<sup>⑭</sup> 其名称中之代表意指提单是货物的代表。由此,代表说主张提单的交付是民法规定的占有移转规则以外特殊的占有移转原因,<sup>⑮</sup> 故而提单的交付直接发生

① 参见[日]中村真澄、[日]箱井崇史:《日本海商法》,张秀娟、李刚、朴鑫译,法律出版社 2015 年版,第 154 页。

② 최준선 (2021), 상법총칙·상행위법, 三英社, 399 면.

③ 参见《日本最新商法(有关运输/海商部分)和国际海上货物运输法》,张秀娟、李晓楠、梁赟译,载《中国海商法研究》2020 年第 1 期,第 65、73 页。

④ 笔者所引日本《民法》条文的中文翻译,均见《日本民法》,王爱群译,法律出版社 2023 年版。

⑤ 舟橋諄一=徳本鎮『新版注釈民法(6)物権(1)物権総則——175 条~179 条』(有斐閣,2009 年)768 頁参照。

⑥ 参见[日]中村真澄、[日]箱井崇史:《日本海商法》,张秀娟、李刚、朴鑫译,法律出版社 2015 年版,第 187 页。

⑦ 德国法上提单物权效力的学说分析可见 Rabe/Bahnsen, in: Beck'sche Kurz-Kommentare, Seehandelsrecht, 5. Aufl., 2017, § 524 Rn.2-5; 韩国法上提单物权效力的学说分析可见 이동원·권순일 (2023), 주식 상법 상법총칙·상행위, 한국사법행정학회, 911 면; 김동민, “貨物相換證의 物權의 效力에 관한 小考—증권의 교부와 운송물의 인도에 대한 해석을 중심으로—”, 經營法律 21 권 2 호 (2011), 1 면; 中国台湾地区提单物权效力的学说分析可见叶启洲:《我国台湾地区载货证券之效力及其与运送契约之关系》,载《东方法学》2015 年第 1 期,第 130-137 页。

⑧ 有趣的是,东亚诸法域的海商法教科书几乎均会专门介绍提单物权效力的主要学说,唯独中国大陆的海商法教科书鲜见相关内容。

⑨ 参见周江洪:《日本法上的提单效力问题研究》,载《东方法学》2015 年第 1 期,第 118 页。

⑩ 箱井崇史『基本講義 現代海商法』(成文堂,2024 年)128 頁参照。

⑪ 参见[日]近藤光男:《日本商法总则·商行为法》,梁爽译,法律出版社 2016 年版,第 157 页。

⑫ 中村真澄『海商法』(成文堂,1990 年)173 頁参照。

⑬ 金仁顯 (2023), 海商法, 法文社, 356 页; 李哲松 (2022), 商法總則·商行為, 博英社, 555 页。

⑭ 田中誠二=原茂太一『新版海商法』(千倉書房,1988 年)209 頁参照。

⑮ 神作裕之=藤田友敬『商法判例百選』(有斐閣,2019 年)167 頁参照。

货物间接占有移转的效果,而无须另凭指示实现占有的移转。传统上认为代表说是日本法的通说,<sup>①</sup>明治及大正时期的判例也采代表说;<sup>②</sup>德国法的通说也采用代表说,<sup>③</sup>韩国法亦然,<sup>④</sup>中国台湾地区的司法实践总体而言亦采代表说。<sup>⑤</sup>

严格相对说认为,货物的间接占有因提单的交付而发生移转,需要同时满足民法关于指示交付移转占有的规定。<sup>⑥</sup>例如,日本《民法》第184条规定:“通过代理人所为的占有,本人指示代理人以后为第三人占有该物,且经第三人承诺的,则第三人取得占有权。”据此在由本人的占有代理人实施占有时,本人对占有代理人指令今后由第三人占有标的物,第三人承诺时方才取得占有权。<sup>⑦</sup>严格相对说的问题在于,虽然承认提单的物权效力,却未对民法的物权变动原则作出修正或变通,而货物占有的移转仅依日本《民法》第184条本就可以实现,由此导致提单的物权效力几无实际意义,促进货物及提单流通的目的便也无法实现。<sup>⑧</sup>目前已无学者持严格相对说。<sup>⑨</sup>

与相对说对应的是绝对说,主张提单的交付独立于民法规定的占有取得原因,而是商法上特有的占有取得原因,故而提单的交付与承运人是否占有货物无关。<sup>⑩</sup>易言之,提单的交付是货物占有移转的绝对方式,<sup>⑪</sup>此即绝对说所谓之绝对。绝对说之提出主要是为应对承运人由于第三人恶意占有等原因而丧失货物占有的情形。<sup>⑫</sup>根据相对说,承运人失去对货物的占有时,提单的交付不具有占有移转的效力;而根据绝对说,此时提单的物权效力并未丧失。<sup>⑬</sup>例如,如果承运人被第三人剥夺了货物,暂时失去了对货物的占有,此时提单交付后提单持有人是否可以对第三人提起占有恢复之诉?根据绝对说,提单持有人已经取得了货物的占有,故而可以向当事人提起占有恢复之诉;但根据代表说,由于承运人未占有货物,提单的交付不发生货物占有移转的效力,提单持有人也就不能提起占有恢复之诉。而且,占有是否仅为暂时丧失对于交易当事人而言并不明确,此时基于相对说的解释将会妨碍交易安全。<sup>⑭</sup>针对此种情形,代表说也曾进一步提出,即使承运人丧失了直接占有,只要其享有占有恢复的诉权,<sup>⑮</sup>即意味着承运人仍然享有货物的间接占有,以此试图向绝对说靠拢。<sup>⑯</sup>此时,绝对说与代表说之间不存在实质差异。<sup>⑰</sup>绝对说目前在日本法上逐渐成为有力说。<sup>⑱</sup>

上述诸种学说悉数皆为肯定说,与之相对的是物权效力否定说。此种学说认为,相对说和绝对说均有各自无法完全克服的缺陷,原因在于货物和提单存在于不同空间,实际无法理解为统一的物权移转,但肯定说试图在物权法上将二者统一为提单的流通,即同时追求货物和提单的流通保护,<sup>⑲</sup>难免遭遇诸多问题。提单效力的实质在于提单表征货物的交付请求权,而非凭提单不得请求交付货物。<sup>⑳</sup>所谓物权效力本质上只是提单本身的债权效力,以及买卖、出质等民法一般原则产生的反射性的法律效果。提单交付与货物交付的相同效力,也是指在债法层面出卖人交付提单后便完全履行了买卖合同。<sup>㉑</sup>但也有学者提出,提单的交付毕竟

① 中村真澄=箱井崇史『海商法』(成文堂,2013年)209頁参照。

② 大審院1908年6月4日判決,大審院民事判決録14輯658頁;大審院1915年5月14日判決,大審院民事判決録21輯764頁;大審院1920年10月14日判決,大審院民事判決録26輯1485頁。

③ 参见庄加园:《基于指示交付的动产所有权移转——兼评〈中华人民共和国物权法〉第26条》,载《法学研究》2014年第3期,第184页。

④ 林錫珉(2000),船荷證券論,두남,66면.

⑤ 参见中国台湾地区“最高法院”1987年台上字第771号民事判决;中国台湾地区“最高法院”2001年台上字第203号民事判决。

⑥ 小林登『新海商法(法律学の森)』(信山社,2022年)304頁参照。

⑦ 参见[日]近江幸治:《民法讲义II:物权法》,王茵译,北京大学出版社2006年版,第141页。

⑧ 重田晴生=中元啓司=志津田一彦=伊藤敦司『海商法』(青林書院,1994年)206頁参照。

⑨ 落合誠一=大塚龍児=山下友信『商法I——総則・商行為』(有斐閣,2019年)255頁参照。

⑩ 石井照久=伊沢孝平『海商法 航空法』(有斐閣,1964年)293頁参照。

⑪ 参见王文军:《提单物权效力的法律构成》,载《清华法学》2010年第4期,第105页。

⑫ 戸田修三『海商法』(文眞堂,1990年)214頁参照。

⑬ 青竹正一『商法総則・商行為』(信山社,2022年)434頁参照。

⑭ 参见[日]近藤光男:《日本商法总则·商行为法》,梁爽译,法律出版社2016年版,第158页。

⑮ 日本《民法》第200条第1款规定:“占有人在其占有被侵夺时,可以通过占有恢复之诉,提出返还其物品及赔偿损害的请求。”

⑯ 西原寛一『商行為法』(有斐閣,1960年)323頁参照;大隅健一郎『商行為法』(青林書院,1962年)162頁参照。

⑰ 箱井崇史『基本講義 現代海商法』(成文堂,2024年)129頁参照。

⑱ 重田晴生=中元啓司=志津田一彦=伊藤敦司『海商法』(青林書院,1994年)206頁参照。

⑲ 参见[日]近藤光男:《日本商法总则·商行为法》,梁爽译,法律出版社2016年版,第158页。

⑳ 戸田修三『海商法』(文眞堂,1990年)215頁参照。

㉑ 谷川久『船荷證券の物權の効力理論に関する反省』海法会誌復刊第5号(1957年)90頁参照。

不能等同于货物的现实交付,无法理解为合同的完全履行。<sup>①</sup>然而必须关注的是,日本《民法》就所有权移转采取意思主义立法模式,在途货物的所有权移转仅依当事人之间合意即可发生,也许确仅有从债权角度解释提单效力的可能,但对于采取债权形式主义乃至物权形式主义的法域而言,否定提单的物权效力便有可能对在途货物的买卖造成障碍,包括动摇买方及银行等主体的信任,以及对货物风险转移方面产生影响。

基于上述分析可以发现,虽然两大法系对于提单物权效力的理论基础和规范模式存在差异,英美法系是基于 document of title 展开,而大陆法系则是认可提单交付与货物交付具有相同效力,但二者最终赋予持有提单的意义却是殊途同归,即持有提单即意味着占有货物。其中,英美法系采用拟制占有的概念,而大陆法系则是基于承运人直接占有货物实现的间接占有。同时,交付提单能够满足货物所有权、质权等物权变动要求的交付要件,无论此种要件基于不同的物权变动立法模式属于生效要件或是对抗要件。至于持有提单是否代表取得货物所有权,或者提单的转让是否等同于货物所有权的转让,两大法系均给出了否定答案,但并不妨碍当事人基于合意决定货物所有权的转移。可见提单具有的物权效力,并非是指提单代表货物的某种物权,而是指提单具有促成货物物权变动的效力。

## 四、中国法下提单物权效力的法律构成

### (一) 提单物权效力的法律依据

不同于大陆法系诸法域,无论是《海商法》或《民法典》,中国法目前对于提单的物权效力尚无明文规定。虽然《海商法》第 71 条基于《汉堡规则》规定提单是“承运人保证据以交付货物的单证”,也有学者认为此项功能表明提单是物权证券,即承运人于缴还证券时负有交付货物的义务。<sup>②</sup>但是,此种规定毕竟不能等同于提单的物权效力,无法赋予提单交付与货物交付相同的效力,进而促成相应的物权变动。《汉堡规则》的上述规定是基于持有提单即意味着支配货物的特点,目的是强调提单的流通性,但限于各国立法和观点不同而难以作出严密的规定。<sup>③</sup>因此,《汉堡规则》的规定仅能解释为提单具有出示单证(surrender document)的性质,<sup>④</sup>《海商法》之规定亦然。

此时必须考虑的问题是,物权法定作为物权法的基本原则之一,能否制约提单的物权效力,即提单的物权效力是否亦属必须由法律规定的事项。《民法典》第 116 条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”据此,物权法定原则仅含两层含义,一是物权类型法定,二是物权内容法定。主要法域的立法和学理莫不如此。<sup>⑤</sup>除此以外,不应对物权法定原则作更宽泛的理解,物权效力法定、物权取得或变动方式法定、物权公示方式法定等属于物权法定范畴的观点,均属错误。尤其就物权变动方式而言,不限于法律明文规定的情形,例如,法律对先占等情形虽未规定,但其仍不失为物权的取得方式。<sup>⑥</sup>提单的物权效力虽使用了物权的术语,但其并未创设任何物权类型,或者改变既有各类物权的内容。即使是从物权变动的角度来看,提单的物权效力也无意提供独立的物权变动方式,而只是用于满足法律已有规定的物权变动交付要件。因此,提单的物权效力本身并不在物权法定原则的射程之内。

基于《民法典》第 10 条关于民法法源的规定,由于提单的物权效力在现行法下尚无规定,因此应有其作为习惯补充适用的空间。此种效力具有较为明确的商人习惯法基础,已为国际贸易及航运实践广泛认可,且有比较法上广泛的立法例支撑,亦不违背法律的强制性规定及公序良俗,应当符合习惯适用的构成要件。鉴于提单交付在实践中确实发挥着如同货物交付的作用,以提单为代表的交付证券作为拟制交付仍有足够坚

① 神作裕之=藤田友敬『商法判例百選』(有斐閣,2019年)167頁參照。

② 參見楊仁壽:《漢堡規則》,作者1990年自版,第19頁。

③ 參見[日]櫻井玲二:《漢堡規則的成立及其條款的解釋》,張既又、李首春等譯校,對外貿易教育出版社1986年版,第270頁。

④ Francesco Berlingieri, *International Maritime Conventions (Volume I): The Carriage of Goods and Passengers by Sea*, Informa Law from Routledge, 2014, p. 79.

⑤ 以日本法為例,日本《民法》第175條規定:“物權,除本法及其他法律另有規定的外,不得創設。”日本學者認為,當事人不僅不能創設新的物權,也不能賦予已有的物權法律規定以外的內容。內田貴『民法I總則・物權總論』(東京大學出版會,2008年)351頁參照。

⑥ 參見李宇:《民法總則要義:規範釋論與判解集注》,法律出版社2017年版,第361-362頁。

实的现实基础,<sup>①</sup>即使从物权法定的角度来看,其中的法律也不排斥成文法以外的其他法源,尤其是习惯。<sup>②</sup>因此,笔者将以提单物权效力可以作为习惯适用为前提展开分析。

## (二) 提单交付视为物权变动要件

提单的物权效力表现为交付提单与交付货物具有相同效力,由此交付提单能够满足物权变动的交付要件。《民法典》物权编规定的各类用益物权客体均为土地,无法适用于货物,故而需要讨论提单物权效力的场合限于所有权和担保物权。

### 1. 所有权

所有权作为完全物权自可适用于包括货物在内的各类物,货物所有权的变动也体现了提单物权效力的基本模式。提单记载的货物的物权移转,仍须适用动产物权变动的一般原理。<sup>③</sup>《民法典》第224条规定:“动产物权的设立和转让,自交付时发生法律效力,但是法律另有规定的除外。”据此现行法对基于法律行为而发生的动产物权变动采取债权形式主义的立法模式,即意思表示与交付结合,以交付为生效要件。此时,基于提单物权效力的视角,可从两个层面理解货物的物权变动。

一是首先须有引起债权债务关系的意思表示,例如,关于买卖货物达成合意订立合同,此即债权形式主义强调之债权。此一层面与提单的物权效力无关。提单转让是否能使受让人取得物权,取得的物权类型为何,取决于当事人之间的约定,即意思表示的合意。譬如,当事人之间订立质押合同,此时,提单交付促成的物权变动应是质权设立;同理,如以拾得或盗窃等非法手段获得提单,不能取得货物的相应权利。

二是除债权意思表示外还须履行交付的法定形式,此即债权形式主义要求之形式。提单的物权效力在此一层面发挥作用。由于交付提单与交付货物具有相同效力,故而对于在途货物可以不必实际交付货物,而以交付提单代之,同样满足物权变动的生效要件。无论采用何种物权变动立法模式,提单的交付均可替代货物的交付作为生效或对抗要件。物权变动立法模式的差异对于提单的物权效力并无实质影响。

虽然现行法未就运输合同明文规定提单的物权效力,但《民法典》第598条关于买卖合同规定:“出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证,并转移标的物所有权的义务。”本条是关于出卖人主给付义务的规定,虽然本条适用的场景范围明显窄于提单物权效力可及的范围,但至少说明以提单交付替代货物交付在现行法下确有一定依据,只是通过买卖合同的视角加以规定。<sup>④</sup>

此处值得讨论的是提单交付,即上述“交付提取标的物的单证”应当归入何种交付类型。有观点将此种交付称为拟制交付,作为与实物交付并列的现实交付类型,<sup>⑤</sup>笔者也暂以此称之。此时交付标的物分为现实交付和替代交付,而现实交付分为实物交付和拟制交付,<sup>⑥</sup>替代交付分为简易交付、指示交付、占有改定。但是,拟制交付究竟应属现实交付还是替代交付则存在争议。一种观点认为,拟制交付与指示交付等替代交付是截然不同的动产物权公示方式。拟制交付发生的逻辑前提仍是直接占有,其本质依然属于现实交付,而非物权在观念上的移转。<sup>⑦</sup>另一种观点认为,拟制交付属于返还请求权让与即指示交付,签发提单的承运人是占有媒介人。<sup>⑧</sup>此时,拟制交付对应《民法典》第227条的规定,即标的物由第三人占有时,出卖人将对第三人的请求提取标的物的权利让与买受人,以替代标的物的现实交付。<sup>⑨</sup>

仅就《民法典》第227条的文义而言,拟制交付似乎并不违背指示交付的内涵。但是,提单作为有价证券的性质之一是文义证券,即以证券记载的文义确定当事人之间的法律关系。《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。”作为债务人的承运人与作

① 参见庄加园:《民法典体系下的动产所有权变动:占有取得与所有权让与》,法律出版社2020年版,第176页。

② 参见李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第363页。

③ 参见庄加园:《提单上的请求权移转与货物物权变动——以德国法为视角》,载《东方法学》2015年第1期,第108页。

④ 参见庄加园:《民法典体系下的动产所有权变动:占有取得与所有权让与》,法律出版社2020年版,第176页。

⑤ 参见崔建远:《合同法》(第4版),北京大学出版社2021年版,第449页。

⑥ 参见王轶、高生平等:《中国民法典评·合同编:典型合同》(上卷),中国人民大学出版社2020年版,第14页。

⑦ 参见杨震:《观念交付制度基础理论问题研究》,载《中国法学》2008年第6期,第77页。

⑧ Vgl. Peter Schlechtriem, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, Rn. 16. 转引自朱庆育主编:《中国民法典评注·条文选注》(第2册),中国民主法制出版社2021年版,第335页。

⑨ 参见龙卫球主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》(上册),中国法制出版社2020年版,第373页;周江洪:《典型合同原理》,法律出版社2023年版,第30页。

为债权人的提单持有人之间的债权性关系,并非依据承运人与托运人之间缔结的运输合同的约定确定,而是完全依据提单的记载。<sup>①</sup> 确认提单的文义性特征,是为保护托运人之外的善意提单持有人,维护提单流通性,保障国际海上货物贸易安全。<sup>②</sup> 而且,既然交付提单与交付货物具有相同效力,提单的交付也应与货物作为实物的交付一样,同为现实交付。此时,提单的便捷性和流转性远超民法意义上的指示交付,表现出明显不同于指示交付的特征,尤其是在提单持有人与承运人之间,运输合同当事人即承运人与托运人之间基于原因关系的抗辩将被切断时,提单持有人不必顾虑运输合同的约定与提单记载有何不同。反之,如以指示交付理解拟制交付,不仅需要设法排除原因关系的抗辩,还需摒弃受让人承受善意取得和质权设立产生的不利后果,方能达到顺利流通的目的。<sup>③</sup>

事实上,包括海商法在内的商法,对于提单等交付证券并未创设民法物权以外的交付类型。所谓实物交付和拟制交付,也只是为便于表达而对直接交付货物和以交付提单完成交付货物而作出的概括。提单的物权效力只是认可交付提单同样具有交付货物的效果,最终指向的仍是交付货物。更为重要的是,如果只为让与返还请求权,货物的出卖人本就可以指示交付的形式完成货物的交付,而不必再借助提单,但国际货物买卖的交易便捷及安全均将明显受损。此时,便会出现比较法上严格相对说的弊端。可见,将拟制交付归入指示交付,将会导致提单物权效力的限缩乃至否定。易言之,对于可以提单交付为拟制交付的场合,在途货物买卖便无通过指示交付完成所有权移转的必要。因此,应将拟制交付的性质认定为现实交付。

## 2. 担保物权

现行法规定了抵押权、留置权、质权三种担保物权。抵押权由于本不要求移转物的占有,故而可以直接以货物抵押,不必舍近求远诉诸提单。至于留置权,对于货物的留置通常可以直接通过占有货物实现,提单表征的间接占有并无适用的空间,即不必通过留置提单实现货物的留置。

值得讨论的是提单质押。现行法将提单质押归入权利质权,《民法典》第 440 条第 3 项规定:“债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质:……(三)仓单、提单;”但是,对于提单质押究竟是权利质权,还是以货物设立的动产质权,学理上存在争议。<sup>④</sup> 既然提单交付与货物交付效力相同,向质权人交付提单本应产生与交付货物相同的效果,由此也应越过提单而直接达成就货物设立动产质权的效果。否则,提单的物权效力似乎不必涵盖质权,而仅限于所有权即可,且提单的物权效力对于所有权和质权的变动也将出现不一致,即交付提单对所有权而言等于交付货物,而于质权而言却仍只是交付权利凭证即提单本身。学理上提出的提单等有价证券质权与动产质权的区别也多显牵强,例如,主张物权的公示方法不同,动产质权要求移转动产占有,权利质权则是移转权利凭证的占有,<sup>⑤</sup>以及质权的标的物、质权人是否占有质物不同。<sup>⑥</sup> 此类所谓区别均是区分动产质权和权利质权的结果,即基于法律规定而人为形成的分野。

但是,关于动产质权的部分规定确实难以适用于提单质押的情形,其中最为典型的应是质权人妥善保管质物的义务。《民法典》第 432 条第 1 款规定:“质权人负有妥善保管质押财产的义务;因保管不善致使质押财产毁损、灭失的,应当承担赔偿责任。”质权人负有此项义务是基于质权法律关系的自然属性,因质物已与出质人脱离,出质人难以对质物进行管控,而质权人占有质物,出于物尽其用等考量应当承担保管义务。<sup>⑦</sup> 如将提单质押认定为以货物设立的动产质权,由于质权人仅占有提单,不具备妥善保管货物的客观基础。比较法上也多将提单作为有价证券适用权利质权的相关规定。<sup>⑧</sup> 例如,日本《民法》在 2017 年修正时增加了关于有价证券的专门规定,其中规定了指示证券的出质,<sup>⑨</sup>而提单即为指示证券的具体类型之一。<sup>⑩</sup> 而且,根据《民法典》第 446 条的规定,权利质权整体上也适用动产质权的法律规范,故而从实证法的角度拘泥于提

① 参见[日]中村真澄、[日]箱井崇史:《日本海商法》,张秀娟、李刚、朴鑫译,法律出版社 2015 年版,第 154、172 页。

② 参见胡正良:《海上货物运输合同法:原理、立法与实践》,法律出版社 2024 年版,第 525-529 页。

③ 参见庄加园:《民法典体系下的动产所有权变动:占有取得与所有权让与》,法律出版社 2020 年版,第 167、177 页。

④ 参见刘家安:《民法物权》,中国政法大学出版社 2023 年版,第 310 页。

⑤ 参见尹田:《物权法》,北京大学出版社 2022 年版,第 599 页。

⑥ 参见程啸:《担保物权研究》(第 2 版),中国人民大学出版社 2019 年版,第 691-692 页。

⑦ 参见孙宪忠、朱广新主编:《民法典评注·物权编》(第 4 册),中国法制出版社 2020 年版,第 326 页。

⑧ 内田贵『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』(東京大学出版会,2020 年)589 頁参照。

⑨ 日本《民法》第 527 条之 7 规定:“第五百二十条之二至前条的规定,准用于以指示证券为标的的质权设定。”

⑩ 参见[日]近江幸治:《民法讲义Ⅲ 担保物权》(第 3 版),徐肖天译,上海社会科学院出版社 2023 年版,第 390 页。

单质押的性质意义相对有限。因此,提单质押仍应归入权利质权,质权自作为权利凭证的提单交付质权人时设立,<sup>①</sup>提单的物权效力受到一定限制,提单交付的法律效果更多体现为权利凭证本身而非货物的交付。

### (三) 提单表征货物的间接占有

提单表征货物的拟制占有,应当认为已是比较法上的通例,两大法系对此的立场也并无实质差别。关于占有的性质,立法及学说上历来便有占有权说和占有事实说的争议。前者认为占有权为法律给予占有人的法律上权利,占有权不同于占有的本权;后者则认为占有不是权利,仅为对物的管领事实。中国民法学理以占有是事实而非权利的性质界定为通说。<sup>②</sup>与此明显不同而采占有权说的典型是日本《民法》。既然现行法下占有仅为事实状态,提单表征货物的拟制占有也意味着提单未表征任何具体的物权,提单的物权效力限于通过拟制占有促成所有权、质权等物权变动的效力。

提单表征的拟制占有基于大陆法系占有制度的立场,应属间接占有,提单关系即为占有媒介关系。据此提单持有人作为间接占有人,对应的直接占有是承运人。此种直接占有同时也是自己占有,对应的占有辅助人可能是驾驶船舶并管理货物的船长或船员,或者负责装卸、保管货物的港口、仓库、堆场经营人。

存在争议的仍是承运人丧失货物占有的情形。代表说提出的应对方法,即承运人享有占有恢复诉权时仍对货物享有间接占有,在日本法下确有一定的法律依据。日本《民法》第203条规定:“占有权,因占有人放弃占有意识或丧失对占有物事实上的支配而消灭。但是占有人提起占有恢复之诉的,不在此限。”法条以外的判例进一步指出,此处的起诉不仅要求在占有恢复之诉中胜诉,而且还应完成对占有物的现实回收。<sup>③</sup>但是,不同于日本法采占有权说,中国法将占有理解为事实状态,占有物被盗或遗失等非由于占有人意思而丧失控制力的情形,本是直接占有消灭的主要原因之一。承运人固然可以依据《民法典》第462条第1句行使占有物返还请求权,但在承运人丧失货物占有期间,应当认为提单已经无法表征货物的间接占有,物权效力相应亦不再具备。不过实践中海运货物被盗或遗失的情形并非频繁发生,即使发生,不仅承运人可以行使占有物返还请求权,货物所有人也可基于物权提出主张,而不必通过提单关系解决所有问题。

## 五、提单电子化对物权效力的影响

### (一) 电子提单的“占有难题”及比较法经验

电子运输单证是电子商务快速发展产生的新兴事物,而提单电子化是数字化作为航运新业态的主要表现之一。传统提单物权效力的基础在于,占有提单即是对货物的拟制占有,转让提单的占有等同于转让货物的占有,故而占有对提单的可转让属性至关重要。但是,电子提单的本质是信息,由于具有无形性,不再可能实现物理上的占有,且占有的客体在多数法域均不包括无体物。例如,《民法典》第115条第1句规定:“物包括不动产和动产。”此处不动产和动产均为有体物的分类,可见物权的客体原则上是有体物。虽然权利质权等物权也可以权利为其客体,但占有并非纯粹法律上之力,而是针对客体的实际管领,故而仅能以有体物为客体。<sup>④</sup>即使是采纳准占有概念的法域,也是以商标权、专利权、不动产役权、债权等财产权为准占有的客体,<sup>⑤</sup>强调保护不以占有为媒介的财产权对物的交换价值的支配。<sup>⑥</sup>但是,电子提单本身并非权利,至少目前的准占有制度仍然无法适用。可见,提单电子化对于物权效力最为主要的影响,应是如何认定电子提单的占有,并以此为基础实现与传统提单相同的物权效力及可转让性。除非法律作出恰当的规定,否则通过提单移转货物占有及所有权的成熟做法恐怕很难实现电子化,特别是电子提单作为新兴事物并不存在对应的商人习惯。<sup>⑦</sup>此一问题在比较法上常被称为电子提单的“占有难题”(possession problem)。<sup>⑧</sup>甚或可以认为,占有

① 《民法典》第441条规定:“以汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单出质的,质权自权利凭证交付质权人时设立;……”

② 参见刘家安:《民法物权》,中国政法大学出版社2023年版,第327页。

③ 小渊太郎『新注积民法(5)物権(2)占有権・所有権・用益物権』(有斐閣,2020年)204頁参照。

④ 参见刘家安:《民法物权》,中国政法大学出版社2023年版,第327页。

⑤ 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2023年版,第602、771页。

⑥ 参见[日]近江幸治:《民法讲义II:物权法》,王茵译,北京大学出版社2006年版,第157页。

⑦ Stephen Girvin, *Carriage of Goods by Sea* (3rd ed.), Oxford University Press, 2022, p.281.

⑧ Miriam Goldby & Weishi Yang, *Solving the Possession Problem: An Examination of the Law Commission's Proposal on Electronic Trade Documents*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, Vol.2021: 605, p.605(2021).

难题是电子提单目前仅有的真正重要的私法问题。

比较法上为电子提单创设的与占有功能等同的概念,通常称为“控制”(control)。<sup>①</sup>所谓功能等同,是指法律对于控制电子提单和占有纸质提单作出相同的评价,由此转让电子提单的控制也就等同于转移纸质提单的占有,具有与交付纸质提单相同的效力,同样能够促成货物的物权变动,以此确保电子提单的可转让性。21世纪10年代以来,国际以及各国国内电子提单立法取得了较为明显的进展,其中尤以联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law,简称UNCITRAL)2017年通过的《电子可转让记录示范法》(The Model Law on Electronic Transferable Records,简称MLETR)最为典型。MLETR第11条“控制”作出了专门规定:“1.法律要求或允许占有可转让单证或票据的,就电子可转让记录而言,如果使用了一种可靠方法,即为满足这一要求,该方法:(a)证明某人对该电子可转让记录享有排他控制;并且(b)指明该人为控制人。2.法律要求或允许转移对可转让单证或票据占有的,就电子可转让记录而言,转移对电子可转让记录的控制,即为满足这一要求。”该条文第1款规定了电子可转让记录的控制等同于提单等纸质单证的占有,而第2款进一步规定控制的移转等同于占有的移转。控制是MLETR的基本概念,因其在功能上等同于可转让单证的占有。UNCITRAL的电子商务立法遵循的功能等同原则,是指在法律上赋予相同功能的行为或制度相同的法律效力,其在电子单证领域的运用需要通过分析传统纸质环境的各种要求及法律意义,确定如何利用电子技术实现此类要求,目标是尽量根据已有的法律制度开展电子交易。<sup>②</sup>关于控制的规定便被认为是占有的功能等同条款。规定控制的目的是为明确权利的主体,确保仅有一人与对象建立联系,中心是能够将某人排他性地与电子可转让记录相联系。<sup>③</sup>当采用一种可靠方法证明某人对于此种记录的控制并指明控制人,即可实现占有的功能等同。但是,MLETR未对控制的具体概念作出定义,原因仍然在于控制是占有的功能等同,而占有在各个法域的内涵可能存在差异,<sup>④</sup>需要留待国内法分别处理。此种做法符合国际立法特别是示范法应持的立场。

截至2025年2月,共有10个法域以MLETR为基础或在其影响下完成了电子可转让记录的立法,<sup>⑤</sup>包括早于MLETR完成电子提单立法的美国、韩国等在内,目前各国国内的立法实践围绕占有难题的解决方案主要形成了三种模式。

一是创设控制或支配的概念,作为占有的功能等同概念。采纳MLETR的法域绝大多数采用了此种立法模式。新加坡以《2021年电子交易(修正)法》修改了原有的《2010年电子交易法》,其中第16I条基本移植了MLETR第11条,但并未使用原有的“控制”作为标题,<sup>⑥</sup>而是改为“占有或转让占有的要求”(Requirement for possession or transfer of possession),但在条文正文中仍基于MLETR直接采用了“control”和“exclusive control”等表述。法国新近通过了《2024年6月13日旨在提升法国企业融资和吸引力的第2024-537号法律(1)》[LOI n° 2024-537 du 13 juin 2024 visant à accroître le financement des entreprises et l'attractivité de la France (1)],其中第二部分是“以可转让证券无形化促进法国企业的国际发展”,同样引入了“控制”(contrôle)的概念。其他采纳MLETR的阿布扎比全球市场、巴林、伯利兹等法域,立法中关于控制的条文均直接移植了MLETR第11条,表述也基本一致而无实质性差异。类似的立法模式也可见于美国《1999年统一电子交易法》第16条d款以及《统一商法典》的相关规定。<sup>⑦</sup>

日本于2022年在法制审议会设立商法(提单等关系)部会,启动了电子提单的立法工作。部会2023年

① “control”在关于电子提单立法的讨论中,存在“控制”和“支配”两种中文翻译。

② 参见王柳:《区块链电子提单若干法律问题研究》,武汉大学2022年博士学位论文,第34页。

③ 参见郭瑜:《电子可转让记录立法的“单一性”难题和破解》,北京大学出版社2019年版,第97-100页。

④ 参见《贸易法委员会电子可转让记录示范法》,载联合国国际贸易法委员会网站, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/mletr\\_ebook\\_c.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/mletr_ebook_c.pdf)。

⑤ 包括巴林(2018年)、伯利兹(2021年)、基里巴斯(2021年)、新加坡(2021年)、阿联酋阿布扎比全球市场(2021年)、巴拉圭(2021年)、巴布亚新几内亚(2022年)、英国(2023年)、东帝汶(2024年)、法国(2024年)。各个法域及国际立法关于电子提单或其上位概念采用的名称主要有电子提单(韩国)、电子提单记录(日本)、电子运输记录(《鹿特丹规则》)、电子可转让记录(MLETR)、电子贸易单证(英国)。

⑥ MLETR第11条采用“控制”而非“占有”作为标题,一定程度上偏离了MLETR其他条文的标题表述风格,原因是工作组认为控制作为占有的功能等同颇为重要,需要直接在标题中出现以体现重要性。参见联合国国际贸易法委员会:《贸易法委员会电子可转让记录示范法》,联合国2018年版,第43页;郭瑜:《电子可转让记录立法的“单一性”难题和破解》,北京大学出版社2019年版,第96页。

⑦ 例如,美国得克萨斯州采纳的《统一商法典》直接采用了“电子物权凭证”(electronic document of title)的概念,其中第7.106条a款规定:“如果用于证明电子物权凭证利益转让的系统,能够可靠地证明某人是签发或转让电子凭证的人,此人即对电子凭证享有控制。”

3月公布的《关于审查提单等相关规定的中期草案》创设了“支配”作为新的概念,事实上与前述立法中的控制并无明显不同,而关于“支配”的定义则提供了两种方案:甲案将“电子提单记录的支配”界定为可以对电子提单记录进行排他性使用的状态;乙案则只是说明对于“电子提单记录的支配”的内容不设置法律上的定义。<sup>①</sup> 选择创设新概念而非沿用占有的概念,除参考 MLETR 的因素外,原因也在于电子提单并非日本民法上的物,无法适用占有的概念。虽然电子提单记录也存在参考债权、专利权等无形财产权适用准占有概念的可能性,但此时占有改定及指示占有移转等规则的适用将会引发更为复杂的问题。<sup>②</sup> 日本学者也同时指出,创设“支配”的概念可能影响民法体系下如何处理无形财产的根本问题,需要民法学者慎重探讨。<sup>③</sup>

二是将占有的客体范围扩大至电子提单等电子单证。此种模式以英国为代表。英格兰和威尔士法律均不承认对无体物的占有,<sup>④</sup>但英国《2023年电子贸易单证法》(*Electronic Trade Documents Act 2023*)并未创设控制或其他新的概念,而是在第3条规定,一人可以占有、背书及放弃占有电子贸易单证,电子贸易单证和与之等价的纸质贸易单证具有相同效力,任何与电子贸易单证相关的行为也具有相同效力。此种规定将占有的客体范围扩大至无形的电子贸易单证。英国法律委员会认为,无论贸易单证采用何种媒介,从事国际贸易的各方当事人应当能够在相同的规则和惯例下开展业务。法律委员会试图取得的结果是认可电子贸易单证可以作为占有的对象,此种立法模式的优势是可以在纸质和电子贸易单证之间保持术语及实质规定的一致性。此时电子贸易单证将受到与纸质贸易单证相同的法律的调整,而不必另行制定或修订新的法律。此种立法模式与 MLETR 及众多以 MLETR 为基础的国内立法采用的功能等同模式并无实质区别。<sup>⑤</sup> 但立法并未给出判断占有的具体标准,原因在于占有是相对的且与具体事实密切关联的概念,在特定情形下是否构成对电子贸易单证的占有应是一个普通法问题。<sup>⑥</sup>

三是采用中央登记模式,通过登记机构的独立系统管理电子提单。韩国是世界范围内最早完成电子提单专门立法的法域,韩国《商法》第862条第5款规定:“电子提单登记机构的指定条件、签发和背书的电子方式、货物的具体接收程序及其他必要事项,由总统令规定。”韩国据此于2007年制定了《商法对电子提单规定试行的相关规定》。由于其中采用了中央登记模式作为技术模式,规定通过登记机构的独立系统管理电子提单,而未将电子提单纳入原有的法律框架,故无需创设占有的功能等同概念。<sup>⑦</sup> 但是,承运人签发电子提单,必须在国家指定并监督的中央登记机构进行登记。<sup>⑧</sup> 以韩国法务部长官指定的电子提单登记机构之一的韩国贸易信息通信公司(Korea Trade Network,简称KTNET)为例,KTNET系统通过对电子提单流转的各个环节进行登记,以实现电子提单的安全流转。电子提单登记簿上的权利转让记载将发生电子提单权利转让的法律效果,以此即可认定电子提单的物权效力。<sup>⑨</sup> 但是,韩国也有学者指出中央登记模式的弊端,即封闭式的电子提单系统违反了技术中性的原则,而且缺乏基于功能等同的概念和要求,<sup>⑩</sup>加之法律未规定韩国国内认可的电子提单在国际上的转换机制,导致在国际贸易中使用电子提单的外国当事人也必须在韩国的中央登记机构进行登记,<sup>⑪</sup>结果是国际贸易的当事人无法便捷地使用电子提单。

## (二)《海商法》修订的进展与不足

《海商法》修订工作始于2017年,目前共计形成了2018年3月、2018年11月、2020年5月、2024年4

① 此方案未定义“支配”的理由在于:其一,MLETR本身未对“control”进行定义;其二,日本法上目前虽无对电子记录使用支配概念的立法例,但作为对物以外对象进行评价的情形,存在“支配经营”“支配活动”“支配航运”等概念,其中多数也未对支配进行定义,例如日本《劳动组合法》第7条第3款;其三,对于作为无形财产权的专利权、著作权等知识产权,日本法上广泛使用“专有权利”(権利を専有する),但法律同样未对专有概念作出定义,而是交由法律解释处理。

② 「船荷証券に関する規定等の見直しに関する中間試案の補足説明」による。

③ 小出篤「船荷証券の電子化に関する法整備の動向」法律時報94巻12号(2022年)46頁参照。

④ Law Commission, *Electronic Trade Documents: Report and Bill*, Law Com No 405, p.2.

⑤ Časlav Pejović, & Unho Lee, *Towards Global Legal Recognition of Electronic Trade Documents: Control or Possession?*, *Texas International Law Journal*, Vol.59:101, p.108(2024).

⑥ Great Britain, *Electronic Trade Documents Act 2023 Explanatory Notes*, The Stationery Office, 2023, p.13.

⑦ Miriam Goldby & Weishi Yang, *Solving the Possession Problem: An Examination of the Law Commission's Proposal on Electronic Trade Documents*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, Vol.2021: 605, p.618(2021).

⑧ 参见韩国《商法》第862条第1款。

⑨ 参见马炎秋、赵彬初、李忠美:《韩国电子提单立法介评》,载《大连海事大学学报(社会科学版)》2020年第2期,第15页。

⑩ 이연호, “전자선하증권과 관련한 주요국 입법 동향 및 분석-영국과 일본을 중심으로-”, *韓國海法學會誌* 45 권 3 호(2023), 183면.

⑪ In Hyeon Kim, *Transport Law in South Korea*(3rd ed), Wolters Kluwer, 2017, p.102.

月、2024 年 11 月五个正式草案。其中前三个草案虽然将电子运输记录作为与提单并列的运输单证类型,但并未规定电子运输记录的占有或控制。

全国人大常委会 2024 年 11 月公布的《中华人民共和国海商法(修订草案)》即一审稿,已在第四章“海上货物运输合同”增加了第五节“电子运输记录”,但仍未专门规定电子运输记录的控制,仅在第 86 条第 2 款提及:“可转让电子运输记录应当采取可靠的方法或者通过可靠的交易系统,确保记录的单一性,保障持有人对记录的排他性控制。”此种规定似乎无法满足电子运输记录在占有功能等同方面的需要。持有人能够实现排他控制,并不表明控制电子运输记录等同于占有纸质提单,更不意味着此种控制象征着货物的拟制占有。缺少了等同于货物占有的事实状态,电子运输记录的物权效力自也无从谈起。质言之,控制与占有的功能等同需要法律的明确规定,法律不能只规定控制,还必须规定控制与占有功能等同。仅就控制本身而言并不能解决占有难题,而必须由法律进一步对控制作出与占有相同的评价。

造成此种立法现象的原因之一是《海商法》本身并未规定提单的物权效力,占有提单对于提单作为可转让运输单证的意义在学理上也不甚清晰。此时占有的功能等同问题自然很难受到充分关注。结合 MLETR 第 11 条关于“法律要求或允许占有可转让单证或票据”及“法律要求或允许转移对可转让单证或票据占有”的表述,可见首先应由法律规定提单的物权效力,而后再在此基础上进一步针对电子运输记录规定占有的功能等同。

## 六、余论

通过上文分析,可以得出结论:中国海商法学界对于提单的所谓物权凭证性质长期存在争议,其实质是大陆法系所称提单的物权效力,系指交付提单与交付货物具有相同效力,由此可以满足货物物权变动的生效或对抗要件。清末《海船法草案》及民国立法均有提单物权效力的规定,但《海商法》对此未作规定。英美法系认为提单是一种 document of title,而大陆法系主要法域普遍均有提单物权效力的规定,长期以来形成了代表说、严格相对说、绝对说、物权效力否定说等较为稳定的学说分布。两大法系均认可提单代表货物的拟制占有或谓间接占有,提单的转让由此代表了货物占有的移转,但持有提单本身并不代表享有货物的所有权等物权。“提单代表货物”只是一种强调提单象征意义的简略表述。中国现行法对提单的物权效力尚无明文规定,但提单的物权效力具有作为习惯补充适用的空间。提单交付对于货物所有权变动而言属于现实交付,而提单质押则应认定为权利质权。提单表征的货物拟制占有属于间接占有。提单电子化对物权效力的主要影响,应是如何对无形的电子提单认定占有。国际以及各国国内的电子提单立法进展主要形成了三种模式:一是创设控制或支配的概念,作为占有的功能等同概念;二是将占有的客体范围扩大至电子提单等电子单证;三是采用中央登记模式,通过登记机构的独立系统管理电子提单。

中国围绕提单物权效力长期存在的争论,充分说明既有研究对大陆法系海商法理论的关注并不充分,尤其是未能实现舶来的海商法制度与本国私法传统的必要融合。基于提单物权效力对于提单法律制度的基础性意义,应当重视提单物权效力在中国立法上的转化。虽然提单的物权效力目前可以作为习惯补充适用,但最终仍应通过法律予以明文规定。正在积极推进的《海商法》修订工作自始至终未涉及提单的物权效力,而对于大陆法系已有的颇为成熟的立法和学理经验,中国立法似乎并无理由排斥而不予借鉴。根据中国立法的表述习惯,建议《海商法》修订时对于提单的物权效力作出如下规定:“以转让货物所有权为目的交付提单的,视为交付货物。”<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 此处将提单的物权效力限定在货物的所有权,主要是考虑到《民法典》已将提单质押明确界定为权利质权,避免《海商法》与《民法典》之间产生体系冲突。

## On the Real Right Effect of Bills of Lading

SUN Siqi<sup>1,2</sup>

(1.School of Law, Shanghai Maritime University, Shanghai 201306, China;

2.Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China)

**Abstract:** There has long been controversy in Chinese law regarding the function of the bill of lading as a document of title. The *Draft Shipping Law* in the late Qing Dynasty and the legislations of the Republic of China both have provisions on the real right effect of bills of lading, but the *Maritime Law of the People's Republic of China* does not make any provision for this. As early as the Republic of China, the view that the bill of lading is a document of title existed in theory. This view continued until the mid-1990s when it began to have a fierce debate in China over the real right effect of bills of lading. Cases during the Republic of China period rarely touched upon the real right effect of bills of lading. However, since the founding of the People's Republic of China, courts at all levels have often made direct discussions in their judgments that the bill of lading is a document of title, among which Guiding Case No. 111 of the Supreme People's Court is the most typical. The common law system believes that the bill of lading is a document of title. In the common law system, serving as a document of title is one of the three functions of the bill of lading. The ocean bill of lading is the only document of title to goods at common law presently recognized under the English common law. As such, the transfer of a bill of lading is capable of transferring to the transferee the constructive/symbolic possession of the goods, and constructive possession means the control over a property without actual possession of it. The major jurisdictions of the civil law system generally have provisions on the real right effect of bills of lading, which is also called as the delivery effect of bills of lading. Based on the delivery effect of bills of lading, possession of bills of lading is equivalent to indirect possession of goods, and delivery of bills of lading is also equivalent to symbolic delivery of goods, which can meet the delivery required in transfer of property rights of goods. Over a long period of time, a stable distribution of theories has been formed, including the representative theory, the strict relative theory, the absolute theory and the real right effect negation theory. Both the common law system and the civil law system recognize that the bill of lading represents the constructive possession or indirect possession of the goods. The transfer of bills of lading thus represents the transfer of possession of the goods, but holding the bill of lading itself does not represent the ownership of the goods and other property rights. "Bills of lading represent goods" is just a shorthand expression that emphasizes the symbolic meaning of bills of lading. Chinese law does not have explicit provisions on the real right effect of bills of lading, but the real right effect of bills of lading can be applied as a custom to supplement the adaptive space. Article 598 of the *Civil Code of the People's Republic of China* also provides a certain basis for replacing the delivery of goods with the delivery of bills of lading from the perspective of sales contracts. The main impact of electronic bills of lading on the real right effect is how to identify possession of electronic bills of lading as intangible objects. The international and domestic legislative progress of electronic bills of lading has mainly formed three models. One is to create the concept of control as a functionally equivalent concept of possession. The second is to expand the object of possession to electronic documents such as electronic bills of lading. The third is to adopt a central registration model to manage electronic bills of lading through the independent system. The revision of the *Maritime Law of the People's Republic of China* should properly stipulate the real right effect of paper and electronic bills of lading.

**Key words:** real right effect of bills of lading; document of title; delivery; possession; transfer of real rights; electronic bills of lading