



电子商务环境下的权利证券化

——以电子提单为视角

郭 鹏

摘要:传统的有价证券是将权利与具有唯一性的纸质证券相结合,以实物证券的流通表征权利的流通,实现权利的证券化。我国应修改《电子签名法》,借鉴美国立法中的可转让电子记录概念及规则,肯定电子证券的相同法律效力,以传统的证券、票据等法律制度适用其流转交易。

关键词:电子提单; 证券流通; 电子记录; 合同转让; 功能等同

一、纸质提单作为流通证券的法理分析

财产权利的证券化是财产权利去人格化且实现价值流通的结果,提单是权利证券化的典型范例(周洪政,2010:56)。

由于海运时间较长,商事交易的逐利性和效率性要求实现在途货物的转售,这需要向买方转移要求承运人交付货物的权利,如采用运输合同转让的方式实现这种权利转让,将会非常繁琐。因为依照民法的一般原则,债权人转让权利应当通知债务人;每一次转售货物,卖方就必须通知承运人他的交货对象已改变为某个特定的人,这需要耗费大量的时间和金钱成本。在途货物的转售要实现债权迅速转移,形成流通,这要解决交易中的时间和空间障碍。克服这种障碍需要商业信用,而纸张具有有形性、书写性、原件性和廉价性,恰好便于商人们把商业信用“物化”在纸质的提单中。于是,法律抽象了合同权利转让的效力,将权利结合在纸质提单上,无形的权利物化在有形的具有特定性的纸质提单中,通过提单的流通实现其上所表彰的提货权的流通。当权利脱离了基础的契约关系,以物的形式表现出来,而这种物又被法律赋予了可转让性,这便是权利的证券化。其他类型的有价证券,如票据、仓单等的创设也是基于同样的原理(陈芳、郑景元,2011:63)。

有价证券的实质是物权或债权的证券化,将抽象的权利记载于证券纸面上,通过证券这个物的简单占有变动来实现物所表彰的权利转移,这种权利证券化的设计,简化了物权或债权转让的程序,促进了交易的发展。因此,在法理上,流通证券也被视为一种法定的合同转让:流通证券是一种“书面形式的承诺,这种承诺的利益可以用这种方式转让,即,这种利益的受让人无须事先通知债务人利益的转让即可要求其履行承诺……”(A. G. 盖斯特,1998:418)。

在纸质载体环境下,证券被表述为“以证明或设定权利所作成的书面凭证”。在此概念之下,证券被认为是权利与纸质凭证(或书据)的结合,证券的权利可分解为二元结构:权利人对于纸质凭证的所有权和凭证所记载的权益,证券权利需依赖证券的物质载体而存在,证券权利的存在要以纸质证券凭证的所有权存在为前提(谢怀斌,1990:5-6)。因此,

在纸面交易环境中,证券流通性的实现与其所使用的纸张载体具有密切关系,证券权利均要通过一份有形的文件予以体现,证券所彰显的权利需与该证券结合在一起。因此,法律要求证券具有原件性,从而确保证券权利内容的完整性和真实性;还要求证券具有唯一性,使证券的受让人可确保自己是证券的唯一合法持有人,使交易当事人得到可靠的证券安全性保障,使履行义务的债务人能够确定自己是在向合法的权利人履行义务。

作为一种有价证券,纸质提单的证券流通功能集中体现在:纸质提单的占有或转让与货物本身的占有或转让具有同等的效力,提单直接在转让人和受让人之间流转而不必通知交货义务人(承运人)或征得交货义务人(承运人)的同意。提单是承运人识别货物占有人或所有人的凭据,承运人在交付货物时并不需要验证提单持有人的身份,承运人只需要检验持有人所提交的提单的真实性和合法性。

二、电子提单的流转机制及其法理分析

(一) 电子提单的流转机制

电子商务在航运业的发展使电子提单(Electronic Bill of Lading)应运而生,提高了提单的流转速度。

1. CMI 电子提单规则

国际海事委员会(CMI)于1990年制定的CMI电子提单规则采用了以承运人为运作基础的系统,其核心是由承运人发出电子提单并由承运人对电子提单的移转进行登记,同时为电子提单的转让提供了一套由承运人控制的登记机制。CMI规则是以密钥为中心进行操作的,密钥是指任何技术上的适当形式,如数字和字母的串联,用以保证提单流转的真实性和完整性。持有密钥的人享有一系列权利,包括收取货物、指定收货人、替换收货人、就与货物有关的问题指示承运人以及将其对货物的控制权或所有权转让给他人。密钥持有人的法律地位就如同纸质提单的持有人。

其运作的基本程序是:承运人接收货物后向托运人发出一个电子通知,称为接收电讯。接收电讯被发送到托运人的电子地址,其中包含了托运人姓名、货物描述、接收货物的时间和地点、运输条件等信息以及一个密钥。托运人向承运人确认收到接收电讯后,就成为了提单持有人及密钥持有人。当密钥持有人要将其对货物的控制权或所有权转让给他人时,密钥持有人将其意图通知承运人;承运人验证此通知的真实性后,将除了密钥外的有关信息传送给意向受让人,如受让人表示接受转让,承运人便取消先前的密钥并发送一个新的密钥给受让人,于是受让人便成为了新的提单持有人。货物到达目的港后,承运人把货物交付给最后的密钥持有人(Emmanuel T. Laryea, 2000:128)。

2. Bolero 规则

Bolero即“提单电子登记组织”(Bill of Lading Electronic Registry Organization),其法律地位是承运人的代理人。Bolero主要通过一个核心电讯平台和一个权利登记处工作,核心电讯平台是各当事人相互间电子信息交流的平台,权利登记处则储存电子提单持有人的登记记录,并管理各当事人间与电子提单有关的权利义务关系。

在Bolero系统下,如承运人要发出一份电子提单给托运人,他首先将电讯传送到核心电讯平台,电讯内容包括传统纸质提单载明的内容,并表明该电讯是向托运人发出的。核心电讯平台向承运人回复确认已收到该电讯,在证实该电讯的真实性、唯一性和初始性后,在该电讯上进行数字签名并将其传送给托运人,同时把托运人登记在权利登记处作为提单持有人。如托运人要将电子提单转让给某个当事人,如银行,托运人便向核心电讯平台发出一个电子提单的转让指示,核心电讯平台收到转让指示便根据权利登记处的记录验证该指示的真实性,然后核心电讯平台在该指示上进行数字签名并传送到银行,将银行名称登记在权利登记处作为电子提单的新持有人。其它转让的程序都以这种方式进行。

(二) 电子提单流转的法理分析:约定的合同权利转让而非证券流通

电子提单与纸质提单在流转方式上存在根本性的区别:承运人或其代理人设立电子提单控制登记或验证机制必须对每一次电子提单交易进行跟踪,确定电子提单每一次转让后的合法受让人;货物到达目的港后,承运人通过密钥或登记记录确认电子提单持有人的真实身份后向其交付货物。而纸质提

单具有流通性(Negotiability),可直接在转让人和受让人之间流转而无须通知承运人,纸质提单作为流通证券是承运人识别货物所有人的凭据。这是因为纸质提单具有有形性、原件性和独一性,能在货物与代表货物的文件之间保证一一对应的印证关系,从而可将收取货物权利合并于提单上,实现权利的证券化。而电子提单是一种电子信息,可以没有任何差异地无限复制,可以在同一个时间出现在任何一个物理空间,“原件性”和“独一性”的概念在电子环境中已失去意义。对于电子提单而言,重要的是某一当事人对其的占有和控制是否合法。因而,需要对电子提单的合法持有人或受让人的身份进行确认,让承运人能够在任何时点确定控制电子提单并享有权利的人。

电子提单的“流通”实质上是对电子提单在当事人之间连续转让的控制。电子提单控制登记机制对每一次电子提单交易进行跟踪,以便让承运人或其代理人在电子提单的每一次转让后都能确定合法的受让人或控制人。这也就意味着电子提单所代表的货物每一次被转售后,作为交货义务人的承运人都要明确其交货对象已改变为某个特定的人。因此,电子提单的转让人(债权人)转让其权利的,应当告知债务人(承运人)某个特定的电子提单受让人拥有了要求承运人交货的权利。于是,电子提单的流转就回归到合同权利转让(Assignment)的法律关系中。实际上,Bolero 规则手册第 III 部分第 5 条已明确说明电子提单的转让就是通过运输合同的转让而实现的:被指示为新的电子提单持有人的当事人,如对承运人明确表示接受,他将成为以电子提单的文本所包含或证实的运输合同的当事人,他将被赋予运输合同的全部权利并承担运输合同的所有义务,其前手(转让人)在此运输合同下的权利义务全部废止。

纸质提单具有特定性和唯一性,将权利与纸质提单相结合,转让纸质提单即发生转让权利的效力,因而实现权利的证券化,可见,赋予纸质提单流通证券功能是一个明智的制度设计。非“原件性”和非“独一性”使电子提单不再是传统意义上的流通证券,电子提单的流转回归到合同权利转让的法律关系中。虽然每一次电子提单的转让都要通知并得到承运人或其代理人的验证确认,但这恰好发挥了电子数据交换的优势,因为电子传送的时间与纸张的流转时间相比可以说是微乎其微。因此,在电子商务环境下,以当事人之间合意进行合同转让的方式实现电子提单的流转是现实且同样明智的选择。

三、功能等同原则下的电子有价证券

电子提单的“流通”实质上是在当事人之间以合同权利转让的方式移转对电子提单的控制,从而确定电子提单的控制人身份并认可其提货权;而具有特定性和独一性的纸质提单则与权利相结合,通过纸质提单的转让发生权利转让的效力,因而实现权利的证券化。然而,判断提单的占有人(控制人)与确定提单的独一性是一个问题的两个方面:一份文件之所以是单一有效文本,是因为其占有人(控制人)是合法的占有人(控制人),反之亦然。只不过在纸面环境中,重点在于判断文件的独一性和真实性,承运人是认单不认人;而在电子环境中,重点则在于判断文件控制人的身份真实性和合法性,承运人是认人不认单。美国《统一商法典》第 7 编《权利凭证》(包含提单和仓单)第 7-106 条的规定阐释了对电子权利凭证控制及其独一性的辩证关系:其(a)款规定,如果用于证明电子文件中权益转让的机制能够可靠地证明一个人就是电子文件的受签发人或受让人,则其人即对电子权利凭证拥有控制;其(b)款的第(1)、(4)、(5)、(6)项规定了电子权利凭证的独一性和完整性,对电子权利凭证所做的任何变更或复制均须得到控制人的同意,而且复本与有效文本之间必须有明显的区分;第(2)、(3)项规定了有效文本的合法控制人,该人必须与有效文本对其本人身份的指示一致(美国法学会,2005:362)。

电子提单的流转是以合同权利的合意转让方式实现对电子提单控制权利的转移,但转移对电子提单的控制的功能上就相当于纸质提单的书和交付,同样也能实现赋予纸质提单流通证券的根本目的:使提单所表征的权利可快捷安全地转让、行使,提单持有人可通过转让提单区分、转售在途货物。电子提单实现“证券流通性”的媒介不再是纸张,控制电子提单即占有货物,对货物的转让通过对电子提单的控制的转让得到实现。美国《统一商法典》第 7-106 条“对电子权利凭证的控制”的正式评论指出,电子凭证的控制概念是对有形权利凭证下的占有和背书概念的替代;其关于电子权利凭证流通的第 7-501 条(a)款规定,拥有有形权利凭证的人通过自愿移转占有来交付凭证,可流通的有形权利凭证通过背书

和交付而流通；其(b)款规定，流通的电子凭证不需要背书，对流通的电子权利凭证的交付是通过自愿转移控制来实现的(美国法学会,2005:410)。

虽然电子证券不具备纸质证券“物”的外观而以电子权利凭证或电子数据的方式存在，失去了实体的唯一性，但只要确定电子权利凭证或电子数据记录控制人的身份并要求电子权利凭证或电子数据内容的变更和复制须得到控制人的授权，就能保证电子权利凭证或电子数据记录的权威性和真实性。于是，确定电子权利凭证或电子数据记录控制人的身份并赋予其内容控制权就等同于保证了电子权利凭证或电子数据记录的权威性和唯一性，电子权利凭证或电子数据记录的转移或划拨就代表了权利的转让。“券”在证券法律关系中的作用主要表现在提供证券权利流通的表征，以促进权利流通的迅捷和便利。与纸质证券相比，电子证券上记载的权利并未发生性质上的变化，只是权利记载的媒介发生了变化。因而，电子证券同样能够提供权利表征的需要，通过数据交换和电子记录实现“证券交付”并不影响“证券的流通性”(叶林、张昊,2009:27)。对此，美国《统一商法典》第7—105条“以替代媒介重新发行”(权利凭证)规定了有形权利凭证和电子权利凭证可相互替代，体现了二者在法律地位上的等同性。

四、对我国电子证券立法的启示

持有纸质证券的人被推定为权利人，而控制电子权利凭证或电子数据记录的人也被推定为法律上的权利人。电子权利凭证或电子数据记录与纸质证券一样都可以是民事权利的表彰形式，这改变了传统的有价证券概念，不能再将证券或证券权利仅与纸张形态相联系(叶林,2008:5)。因而，构建适当的规则和制度，使《海商法》、《票据法》、《证券法》和《公司法》等现行立法可适应电子化需要，成为了商事立法需要解决的关键问题。对此，美国《统一电子交易法》第16条创设了电子“可转让记录”(transferable record)概念用于表述电子票据或电子权利凭证，作为功能等价物，其法律地位等同于可转让的纸面凭证或票据。该条(a)款规定，可转让的电子记录可以是《统一商法典》第三编下的一个电子票据或《统一商法典》第七编下的一个电子凭证(包含提单和仓单)；该条(b)款规定，如果一个用于证实可转让记录中的利益的转移的系统确认了某人是可转让记录的受签发人或受让人，则其人即可控制此可转让记录；该条(c)款规定了可转让记录的单一权威性及对其的合法控制；该条(d)款规定了控制可转让记录的人具有与《统一商法典》第三编所确定的票据正当持票人及《统一商法典》第七编下的一个可流通的权利凭证持有人相同的法律地位。美国《国际与国内商务电子签名法》第20条也规定了关于电子可转让记录的类似规则(刘正,2006:95)。

我们可借鉴和引入美国相关立法中关于可转让电子记录的概念及相应的规则，在我国《电子签名法》中明确规定电子可转让记录是证明电子证券权属的依据。电子流通证券规则可做如下设计：(1)电子记录的签发人确认该电子记录是可转让记录，则电子记录与纸面证券、票据或其他文件具有同等的功能及法律效力，传统的有价证券、票据等法律制度适用其流转交易；(2)如果用于验证可转让记录所表征的权利的转移的系统确认了某人是可转让记录的受签发人或受让人，则其人控制了此可转让记录；(3)该可转让记录存在一个确定的、唯一的权威文本，只有在控制人的同意下才能增加或变更权威文本中确定的受让人，对可转让记录所做的任何变更或复制均须得到控制人的同意，而且副本与权威文本之间必须有明显的区分，该权威文本的控制人是可转让记录的受签发人或是可转让记录的最新受让人；(4)控制可转让记录的人具有与纸质流通证券持有人相同的法律地位。

通过我国《电子签名法》对电子流通证券的概念及相应的规则进行概括性和原则性的规定，我国《海商法》、《票据法》、《证券法》和《公司法》等现行立法可具体规定对电子流通证券的适用。

参考文献：

- [1] [英]A. G. 盖斯特(1998). 英国合同法与案例. 北京:中国大百科全书出版社.
- [2] 陈 芳、郑景元(2011). 论提单的法律性质. 法学评论, 4.
- [3] 刘 正(2006). 美国电子票据立法对我国电子票据立法的启示. 南京财经大学学报, 3.

- [4] 美国法学会(2005). 美国统一商法典及其正式评述(第二卷). 北京:中国人民大学出版社.
- [5] 向在胜(2007). 电子提单法律问题研究. 北京:中国方正出版社.
- [6] 谢怀栻(1990). 票据法概论. 北京:法律出版社.
- [7] 叶林、张昊(2009). 无纸化证券的内涵与法律地位. 河南大学学报(社会科学版), 2.
- [8] 叶林(2008). 证券法. 北京:中国人民大学出版社.
- [9] 周洪政(2010). “刍议物权的证券化—以提单为视角”. 华北电力大学学报(社会科学版), 4.
- [10] Emmanuel T. Laryea(2000). Paperless Shipping Documents: An Australian Perspective. *Tulane Maritime Law Journal*, Winter.

Securitization of Rights in Electronic Commerce Environment: From Perspective of Electronic Bill of Lading

Guo Peng (Associate Professor, South China Normal University)

Abstract: The traditional securities is a piece of unique paper combining with right, the circulation of paper securities means the circulation of right, then the securitization of rights can be realized. However, in the electronic commerce environment, electronic securities turns into an electronic transferable record, the transfer of electronic securities is the transfer of control to the electronic record, that means the assignment of contract rights, instead of the traditional comprehension about the circulation of the securities (negotiability). But the transfer of control of electronic securities is equivalent to the endorsement and delivery of paper securities, so electronic securities can also achieve the fundamental purpose of paper securities that circulate the rights efficiently. Therefore, on the basis of the functional equivalent principle, the electronic securities are equivalent to negotiable securities. China's Electronic Signature Law should be modified and refer to the concepts and rules of electronic transferable record of United States' legislation, confirming the same legal effect of electronic securities and apply the traditional securities legal system to it.

Key words: electronic bill of lading; negotiability; electronic transferable record; assignment; functional equivalent

■ 作者简介: 郭鹏, 华南师范大学知识产权研究发展中心副教授, 法学博士; 广东 广州 510631。

■ 基金项目: 中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(11JYB3003)

■ 责任编辑: 车英

