

《海商法》下两种托运人法律问题评析

——兼论发货人制度的构建

黄彦东

(厦门大学 法学院,福建 厦门 361000)

[摘要] 由于海上货运合同与国际贸易的密切关联性,必然存在海运实践中多方主体的利益冲突和平衡问题,托运人作为其中重要的利益方,是海上货运法律关系不可或缺的一环。而我国《海商法》关于托运人的规定历来存在着很大的争议。为适应海运实践的发展趋势,实有必要在现行立法的基础上明确缔约托运人和发货人的涵义和识别标准,明晰权责,构建理性而可操作的法律制度。

[关键词] 托运人;缔约托运人;发货人;识别;权责

[中图分类号] DF961.9 [文献标识码] A [文章编号] 1671-511X(2008)0S-0107-03

一、问题的提出 —— 对《海商法》第42条第三款的质疑

我国《海商法》第42条第三款规定:“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与承运人订立海上货物运输合同的人;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。其中的第二种托运人将发货人整合到托运人的概念之中,但《海商法》没有明确两种托运人之间的关系,亦未对两种托运人的权利义务作出区分,并由此引发了一系列的疑问:两种托运人能否并存于一个海上货运合同之中?第二种托运人的识别标准是什么?《海商法》第43条、第53条、第66-70条等条文中托运人的权利义务是否同时适用于两种托运人?《海商法》的托运人制度备受诟病,根源就在于对托运人的概念定义的不确切,而引起相关制度体系的逻辑矛盾和适用困难。

《海商法》第42条第三款的规定很大程度上是借鉴了《汉堡规则》对于托运人的定义。考虑到 FOB 价格条件的特性,《汉堡规则》对传统的托运人定义进行扩充,将“本人或委托他人以本人名义或委托他人为本人将关于海上运输契约的货物实际提交给承运人的任何人”也纳入“托运人”范畴,但《汉堡规则》有关托运人的定义是暧昧不明的,在实践中产生纠纷是难免的^[1]。《汉堡规则》在两种托运人的定义之间用了连接词“或”,一般认为在一个海上货运合同法律关系中,只能有一个托运人,要么是缔约托运人,要么是实际交付货物的发货人,但这种界定还是不

够明确,在每一运输中,承运人仍然要认真识别谁是真正的托运人以及谁有权接受提单^[2]。而从《海商法》第42条第三款的文义来看,两种托运人的规定不是构成托运人的两个并列条件,否则将限缩托运人的范围,有悖立法本旨;而两项定义之间也不存在《汉堡规则》下的择一关系,因此从逻辑上看,《海商法》所规定的托运人可以是一个,也可以是两个托运人并存。而如果上述对《汉堡规则》的认识为真,在存在缔约托运人的情况下是否必然排斥第二种托运人的成立也依然是一个值得研究的问题,因此下文将在两种托运人并存的基础上展开讨论。有学者主张以“实际托运人”的概念来定义第二种托运人,但实际托运人概念的引入容易导致对“实际”理解的争议,也可能导致与“实际承运人”概念的类比混淆,故我国《海商法》可比照 CMI 运输法草案的规定,将两种托运人分别定义为托运人和发货人,规定不同的权利义务关系(当然这主要是针对 FOB 价格条件)。

二、发货人制度的现实与理论依据

1. 现实需要

作为海上货运合同的起点,国际贸易买卖合同往往约定是由卖方还是买方提供运输。在 CIF 或 CFR 价格条件下,根据 2000 年《国际贸易术语解释通则》的规定,卖方负责租船订舱,提单上托运人为卖方,因此,贸易与运输上的托运人关系协调一致,一般不会产生问题;在 FOB 价格条件下,买方负责租船订舱,托运人应当记为买方,但在海运实践中,习惯上仍然将提单托运人记为卖方,这就使托运人关系在贸易与运输上互不协调,容易产生纠纷。

为解决这一问题,1978 年《汉堡规则》首次规定了托

[收稿日期] 2008-05-04

[作者简介] 黄彦东(1983-),男,福建罗源人,厦门大学法学院 2006 级硕士研究生,研究方向:民商法学。

若在存在缔约托运人的情况下绝对否认第二种托运人的存在,那么关于第二种托运人的规定显然将丧失其大部分制度功能;若肯定此时交付货物的人为托运人,则又面临如何看待缔约托运人的法律地位和海上货运合同的主体的尴尬。

运人的成文法定义,将发货人纳入托运人的概念体系之中,其主要目的是适应国际贸易的现实需要,保护 FOB 价格条件下的卖方利益:赋予 FOB 价格条件下卖方把自己写入提单上“托运人”一栏的权利,有利于卖方通过保留货物权利而保护货款请求权,促进贸易的开展;从另一方面看,将发货人纳入托运人的范畴,也在某种程度上课加于发货人支付运费、申报货物等义务,避免使运输合同或有关法律被不恰当的规避,保护了承运人的利益。可以说,发货人制度和理论的出现,与其说是法学理论的创造,毋宁说是海运实践对法学理论的现实性要求。

2. 理论基础

《汉堡规则》把发货人创造性地定义为托运人,但从法学理论上分析,发货人的托运人地位存在先天性不足。托运人是作为海上货运合同当事人的概念,即便提单上将 FOB 价格条件下的卖方(发货人)记载为托运人,由于提单只是海上货运合同的证明而非合同本身,运输合同的实际缔约人仍是买方而非卖方,在此也很难认定发货人和缔约托运人之间存在法定的合同关系转移;而如果认为承运人和缔约托运人及发货人之间都存在运输合同,则会出现一个运输行为中存在两个独立的运输合同的问题,更会造成理论上的混乱。而发货人与缔约托运人的法律地位也是不可能完全等同的,实际上《汉堡规则》对两种托运人的规定似乎“表明在履约过程中的某特定时间只有一个托运人,要么是缔约托运人,要么是发货人,两种托运人的权利、义务是相互衔接的,不是重叠的。”^[1]

“作为古典契约法理论最初构建的基石,契约的相对性理论在一开始就带有许多虚拟和假设的成分”,“由于社会关系的整体性,没有第三方效应的契约几乎是不存在的”^{[3]507-532}。在国际贸易中,运输是为贸易服务的,买卖合同是运输合同的基础,运输关系和贸易关系相互渗透、密切联系,必须相互协调。发货人在海上货运合同中的法律地位,实际上是国际货物买卖合同的经济利益关系在运输合同中的折射,在海上货运合同中规定作为非缔约方的发货人的权利义务关系实际上突破了合同的相对性原则。在海上货运合同中,当事人为承运人和缔约托运人,其关系的第三人有发货人和收货人、提单持有人等。从运输行为角度来看,承运人为债务人,缔约托运人为债权人,债的标的为承运人应从事的运输行为;当托运人和发货人同时存在时,该合同兼具由第三人给付标的之契约和为第三人利益之契约的性质,即承运人运输行为的标的物——货物是由发货人给付的,而发货人亦得享有请求承运人签发提单等权利,在发货人经提单记载为托运人时或持有无记名提单时,实际上承受了与缔约托运人相似的权利义务,但这并不意味着他就是合同当事人。由此可见,使缔约托运人和发货人分离(在 CIF 和 CFR 价格条件下,缔约托运人和发货人同一),将海上货运合同对发货人的效力视为合同涉他效力的体现,也许可以在理论上较为妥善地解决发货人制度的合理性问题,使货物买卖合同与运输合同能够更为紧密地衔接和一致。

三、发货人的定义与识别

从《海商法》第 43 条第三款的规定来看,与缔约托运人相似,“本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人”这些烦琐限定语的功能完全可以通过直接代理和《合同法》中的隐名代理制度解决,其核心语在于“将货物交给与海上货物运输合同有关的承运人的人”,其中的承运人,从体系上应解释为包括实际承运人在内。在此关键是发货人的识别标准问题。

1. 发货人的外延

在现行《海商法》的框架下,发货人的外延是十分宽泛的,“将货物交给与海上货物运输合同有关的承运人的人”,似乎可以涵盖实务中所有交付货物的主体,例如买卖双方、工厂,甚至包括货代和承运人(如在多式联运场合)。但从法律上看,不是所有的实际交货人都可以被视为发货人,因为实际交货人或者是代理人,或者与买卖合同和运输合同没有任何法律关系,从立法规定发货人制度的宗旨上看,应对此定义进行目的性限缩,需要承运人在具体的海上货运合同中进行识别,一般以限于国际货物买卖合同的卖方为宜。

2. 发货人是否须经提单记载为托运人

对此问题有两种截然不同的观点。一种观点认为,发货人的权利义务关系的基础是“提单关系”,而提单是文义证券,提单文字的含义直接决定提单权利与义务的范围,若在提单“托运人”栏内,卖方将买方的名称记入,那么便视为主动放弃了《海商法》第 42 条“托运人”定义为其创设的保护^[4]。第二种观点认为发货人的识别应从以提单为核心的运输合同关系来看,提单仅为该运输关系的一个环节,即发货人的识别不以提单正面记载为唯一标准^[5]。

从立法上,《海商法》第 42 条第三款关于两种托运人的定义并没有规定这一要件,而在其他条款中也找不到类似的法律条文。海上货运合同自托运人与承运人意思表示一致时成立并生效,提单只不过是海上货运合同的证明,托运人一栏的记载只是确认或证明海上货运法律关系主体,发货人的法律地位是法定的而非提单的记载所创设。此外,正如有学者指出的,在 FOB 贸易合同下,基于提单的货物收据功能、买卖合同的对价平衡的需求、FOB 贸易合同下卖方义务本身的要求以及法律规定的一致性要求等多方面因素的考虑,承运人应当签发提单给卖方即发货人^[2]。如果发货人须经提单记载为托运人方可承担“第二种托运人”的权利义务,那么他在被提单记载为托运人之前尚未取得发货人的法律地位,自然不享有要求承运人签发提单的权利。这样以来,无疑将使发货人制度保护 FOB 贸易合同下卖方利益的基本功能丧失;因此,发货人无须经提单记载为托运人,即应具有相关的权利义务关系。

3. 发货人是否必须以持有提单为必要

在不再持有提单的情况下,托运人是否承担相应的权

利义务关系一直是理论与实务中争论不休的问题,在立法和理论上亦存有针锋相对的观点和做法。英国 1992 年《海上货物运输法》规定,托运人在提单转让后,不再享有原运输合同下的权利,但不免除其在运输合同下的义务。而我国台湾地区的法规规定,提单关系成立后运输合同关系处于“休止状态”,直到托运人重新占有提单,显然采取了权利义务休止说的观点。CMI 运输法草案规定,在签发可转让运输单证下,单证持有人享有诉权,实际受损方对承运人或履约方也享有独立的诉权,但索赔人不仅需要举证证明其本人遭受了损失,而且还要证明提单持有人没有遭受此等损失,这种规定较好地平衡了各方利益,也有利于运输合同当事人对其行为结果作出合理的预见,保障交易安全;不过在理论说服力上似有不足。在提单转让后,提单项下的权利义务关系实际上已经转移给提单持有人,此时海上货运合同的权利义务关系已经虚化,因此海上货运合同关系和提单关系不应当是一种并行的关系,如果肯定提单持有人的诉权(理论和实践一般对提单持有人的诉权没有太大的争议),托运人的诉权即应消灭,否则将导致法律关系的混乱,也使承运人在履行义务时无所适从,因此,法定的“合同转让说”^[7]似较可取,惟可借鉴 CMI 运输法草案的上述规定,在特殊情形下赋予托运人一定的权利义务,作为一种法定的例外。

如前所述,发货人有权要求承运人向其签发提单,因此发货人的识别不以持有提单为要件。而如果随后提单转让,发货人是否和托运人一样丧失诉权呢?笔者认为,发货人只是海上货运合同的涉他效力所及方而不是合同当事人,其法律地位是法定的,不同于托运人,其权利义务关系主要体现在货物的交付和装船环节,即使随后提单转让,亦不影响其合同涉他方的法律地位。倘若发货人持有提单,自应享有提单项下的诉权,但这并非因为其为发货人而是基于提单持有人的法律地位。

四、发货人的权利义务

(一) 发货人的主要权利

1. 要求签发提单的权利

如前所述,在货物买卖合同以 FOB 价格条件成交并以信用证方式结汇的情况下,缔约托运人无权要求承运人签发提单,除非运输合同另有约定;此时发货人享有要求承运人签发提单的权利。

2. 合同变更权

《合同法》第 308 条规定了托运人要求承运人中止运输、返还货物等变更合同的权利,但《合同法》中的托运人是否包括发货人殊值疑问。对此 CMI 运输法草案第 3.1 条规定了控制权。“对可转让提单,发货人行使控制权时,必须持有全套提单。对不可转让提单,依据运输合同约定,运输合同无约定时,托运人和收货人均有控制权,二者指示不一致时,以缔约托运人指示为准。所以,在签发不可转让提单时,发货人欲享有控制权,必须在运输合同中明确订明。”^[8]

3. 索赔权

当发货人经提单记载为托运人并持有提单时,应享有与缔约托运人相同的权利,包括货物索赔权。如果未被记载为托运人,则发货人只有持有不记名提单时,方有货物索赔权^{[7]267}。

(二) 发货人的义务与责任

1. 相关义务

发货人的具体义务主要体现在货物的交付和装船环节,包括:办理与货运有关的必要手续的义务、妥善包装货物使货物处于适于运输状态并确切说明货物状况的义务以及运输危险品和活动物的特殊义务等等,在《海商法》第 52 条、第 66 - 68 条等俱有体现,此处不赘。

2. 发货人和缔约托运人的责任关系

缔约托运人作为海上货运合同的当事人,自须承担货运合同的全部责任;发货人仅对自己履行的部分承担责任(《海商法》第 66 - 68 条),并依《海商法》第 70 条对承运人、实际承运人所遭受的损失或者船舶所遭受的损失承担过错责任。问题是他们之间的责任关系如何。在《汉堡规则》体系下,只存在一个托运人,FOB 价格条件下的发货人,对其实际履行运输合同的部分,承担着如托运人的义务和责任,对此部分的义务和责任缔约托运人不承担,他们各自的义务和责任连接起来构成完整的运输合同项下托运人的义务和责任。而在缔约托运人和发货人并存的情况下,《海商法》第 66 - 68 条关于缔约托运人责任的规定适用于发货人,但并不因此免除缔约托运人的责任;缔约托运人和发货人对承运人、实际承运人都负有责任的,双方承担连带责任,但不影响缔约托运人和发货人之间的相互追偿^[8]。

五、结 论

发货人和缔约托运人的区分是 FOB 贸易实践发展的要求,发货人的法律地位与缔约托运人密切相连,但也存在着许多不同之处,我国《海商法》没有对其进行区分而全部纳入托运人的范畴进行规范是不恰当的。考察国外近年来海商法立法,将两种托运人分别定义的做法,已经被一些国家所采用,如《瑞典海商法》、《芬兰海商法》等等。CMI 运输法草案将托运人定义为“和承运人订立运输合同的人”,即缔约托运人;同时在 1.3 条中规定了发货人的概念,指“将货物交给承运人运输的人”,从而将两种托运人分开表述,并分别为其规定权利义务的做法较为可取,这是对《汉堡规则》托运人定义的完善和发展,代表了今后海上运输法律的发展趋势。

综上所述,未来对我国《海商法》进行修改时,宜重新界定托运人的范围,确认承运人的缔约对象限于《海商法》第 42 条第三款规定的第一种托运人;引入发货人的概念,明确发货人的概念以及相应的权利义务关系;在法律适用上,在有关发货人的特殊规定的基础上,具体确定有关托运人权利义务的哪些条款可以适用于发货人,避免

(下转第 127 页)

径,也是少年重新走向社会的希望路途之开始。

四、结 语

在“国家亲权”、“儿童宜教不宜罚”等传统的少年司法理念之外,笔者尝试探寻一种与时代的变迁更好地结合的指导少年司法之理念,在这一过程中体察到刑罚的谦抑价值内涵丰富,深刻地体现着人文关怀精神的克制、宽容和缓,在很多方面可以说都与现代少年司法审前程序所希望构筑的理念体系丝丝入扣,论证了在刑事诉讼谦抑思想之下,恢复性司法、暂缓起诉等制度的合理性,仅以此为刑罚谦抑理念下制度系统的初次探讨。

[参 考 文 献]

- [1] 郭云忠. 刑罚谦抑论[D]. 中国政法大学博士学位论文, 2005.
- [2] 陈兴良. 刑法理念导读[M]. 北京:法律出版社, 2003.
- [3] 孟德斯鸠. 论法的精神:上册[M]. 张雁深译,北京:商务印书馆, 1961.
- [4] 姚建龙. 长大成人,少年司法制度的建构[M]. 北京:中

国人民公安大学出版社, 2003.

- [5] 北京大学百科全书编委会. 刑法学·犯罪学·监狱学[M]//北京大学法学百科全书. 北京:北京大学出版社, 2003.
- [6] 张文. 刑事责任要义[M]. 北京:北京大学出版社, 1997.
- [7] 刘凌梅. 西方国家刑事和解理论与实践简评[J]. 现代法学, 2001(1).
- [8] Thomas Quinn. An Interview With Former Visiting Fellow of NU[M]. Published in March 1998 in The National Institute of Justice Journal, Office of Justice Programs, U. S. Department of Justice.
- [9] 李海东. 刑法原理入门[M]. 北京:法律出版社, 1998.
- [10] Gilman, Clark. Country Juvenile Court Restorative Justice Project [DB/OL]. <http://www.voma.org/>.
- [11] 李心鉴. 刑事诉讼构造论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1992.
- [12] 陈光中,汪海燕. 刑事诉讼法再修改与未成年人诉讼权利保障[J]. 中国司法, 2007(1).
- [13] 宋英辉. 刑事诉讼原理导读[M]. 北京:法律出版社, 2003.

(上接第 109 页)

目前两种托运人体例带来的理论和法律适用上的矛盾和混乱,将与国内外关于托运人的定义协调一致以增强法律的可操作性,提高交易的效率。

[参 考 文 献]

- [1] 司玉琢. 论发货人的权利、义务和责任[J]. 中国海商法年刊, 2001, 12:230 - 231.
- [2] 何丽新. 一票货物两份提单的法律问题探讨[J]. 厦门大学法律评论, 2003, 5:346.
- [3] 李永军. 合同法(第二版)[S]. 北京:法律出版社, 2005.

- [4] 姚洪秀,林晖. 论我国《海商法》下“托运人”的认定[J]. 中国海商法年刊, 1996, 7:37 - 38.
- [5] 郭春风. 论对中国《海商法》托运人定义及相关条款的修改[J]. 海事审判, 1998(2).
- [6] 郭瑜. 提单法律制度研究[M]. 北京大学出版社, 1997, 106.
- [7] 司玉琢. 海商法专论[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2007.
- [8] 韩立新,郑蕾. 论合同托运人的权利、义务和责任[J]. 中国海商法年刊, 2001, 12:266.