

# 物权证券的法律结构与立法选择

刘斌

(中国人民大学法学院 北京 100872)

**内容提要:** 提单、仓单等物权凭证在我国现行法上的法律地位未臻明确,导致了权利变动与设定担保过程中的诸多争议。此类权利凭证的法律属性受制于法律规范和交易习惯的双重张力,妥当的规范立场应当建立在业已形成的商事交易习惯之基础上。循我国物权法的规范框架,提单、仓单等物权凭证并非所有权证券,而是表征动产间接占有的物权凭证,物权变动除了需要权利凭证的交付之外,尚需要当事人之间的权利变动合意。基于物权证券化的过程,间接占有动产的权利状态可得以体现于证券之上并产生推定效力。交付物权证券实则产生交付物权证券项下动产的法律效果。然而,物权证券的交付所能产生的效力,实则仰赖于作为特别法的商事规则,并不能直接从物权法规则中得出。基于民商合一的立法技术,我国民法典物权编部分应当纳入物权证券的效力规则。

**关键词:** 物权证券 提单 物权效力 证券效力

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2018.07.013

基于便捷交易的需求,通过书面或者电子化的凭证以表征动产乃至不动产是国内外商事交易的惯用方式。<sup>①</sup>不仅提单、仓单等传统物权凭证被用于设定融资担保,铁路运单乃至公路运单也开始进入我国商业融资的视野,但其法律属性有待检讨。<sup>②</sup>对于物权凭证的交易规则,美国《统一商法典》第7编、《德国商法典》《日本商法典》均设专门规定。在我国法上,《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)第75条、第76条、第77条规定了提单、仓单作为权利质押的规则,后又为《中华人民共和国物

权法》(以下简称《物权法》)第223条、第224条所修正。除了权利质权的规则之外,对于物权证券的交付效力与物权变动的关系、以及物权证券项下动产担保的设定等问题,现行法上尚付阙如,理论与实务争议亦多。我国理论上对物权凭证之术语尚有争议,基于后文的价值判断立场,笔者采“物权证券”一词以作指代。物权证券的法律构造既关涉物权法上的动产与权利物权规则,又关涉商事交易框架,既关涉物权法中的强制性规定,又关涉商事交易习惯,兼具民法与商法色彩。因此,物权证券的法律效

**作者简介:** 刘斌(1985—),男,汉族,河南滑县人,中国人民大学法学院博士后研究人员、副教授。

本文为国家社会科学基金青年项目“独立担保的商事法理构造及法律制度构建研究”(项目编号:15CFX044)的研究成果。

① Robert A. Riegert, Robert Braucher, *Documents of Title*, ALI – ABA, 3rd edition, 1978, p. 8.

② 参见中国人民银行重庆营业管理部等九部门《关于推进运单融资促进重庆陆上贸易发展的指导意见》。

力、物权变动及规范框架均有待构造上之考察，在民法典编纂背景下更存在立法论建构之必要。

### 一、物权证券的规范争议及问题类型

#### (一) 物权证券的裁判实践

物权证券的法律争议在实务中以提单纠纷最为常见。对于提单的法律效力，最高人民法院在其著述和判决中曾多次阐述，但前后并不一致。在《最高人民法院〈关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释〉理解和适用》(以下简称《理解与适用》)中，其指出：承运人在交付货物时，是认单不认人，谁持有提单，谁就对提单中所载明的货物享有所有权，因此，提单既是货物所有权凭证，又是提货凭证。<sup>③</sup> 1998年，最高人民法院在判决中指出，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，当提单项下的货物被他人占有时，提单的持有人有权对占有人提起货物所有权和返还货物之诉。<sup>④</sup> 2000年，最高人民法院在另一案件中指出，维马国际有限公司作为提单的合法持有人，对提单项下货物享有的所有权应依法保护。<sup>⑤</sup> 由此观之，最高人民法院的早期观点倾向于认为提单是绝对的所有权凭证。

2015年，作为最高人民法院公报案例公布的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、惠来粤东电力燃料有限公司等信用证开证纠纷申请再审案(以下简称蓝粤能源案)引起了业界的广泛关注。<sup>⑥</sup> 在该案中，最高人民法院的主要裁判观点包括：其一，提单是债权凭证，负担了运输合同的证明、货物收据、承运人保证据以交付货物的单据等三项职能。其二，提单兼具物权凭证属性，其

原因在于《最高人民法院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》第3条所规定的无单放货的侵权责任规则，物权凭证说符合提单发展的历史，以及物权凭证说有利于平衡各方当事人利益。其三，提单是物权凭证中的所有权凭证，而非占有权凭证或者所谓的综合权利凭证。但是，持有提单是否享有货物所有权，实则取决于其合同的约定。<sup>⑦</sup> 基于此，最高人民法院认为，提单持有人之所以可能享有不同的权利，并非提单在不同的场合有不同的属性，而是因为提单持有人在受领提单时具有不同的意思。<sup>⑧</sup>

就最高人民法院的前后立场观察，其在《理解与适用》一书中似乎并未考虑到通过提单设定担保的问题，故而承认持有提单事实即意味着拥有货物所有权。这一立场在北京市兴利服务总公司广东公司清算小组等因货物所有权争议上诉案和维马国际有限公司与浙江省对外经济贸易开发公司提单侵权纠纷案中均未得到彻底的检验，因为该两个案件仅涉及货物买卖与提单交付的问题。在通过提单交付方式买卖货物的过程中，由于仅涉及到货物买卖关系，持有提单的买方自然拥有货物所有权。在蓝粤能源案中，则涉及到通过提单设定担保的问题，由此导致了提单作为绝对所有权凭证的观点得到了考验，最终以否认持有提单的银行拥有货物所有权而告终。

在蓝粤能源案中，最高人民法院的裁判逻辑颇为令人费解：既然承认提单的所有权凭证效力，为何提单持有人的权利又取决于当事人的意思安排？为何其仅能产生占有和交付而非所有权的效力，为何又称之为所有权凭证？从

<sup>③</sup> 李国光等主编《最高人民法院〈关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释〉理解和适用》，吉林人民出版社2000年版，第357页。

<sup>④</sup> 北京市兴利服务总公司广东公司清算小组等因货物所有权争议上诉案(1998)经上字第9号。

<sup>⑤</sup> 维马国际有限公司与浙江省对外经济贸易开发公司提单侵权纠纷案(2000)交终字第1号。

<sup>⑥</sup> 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、惠来粤东电力燃料有限公司等信用证开证纠纷申请再审案(2015)民提字第126号。

<sup>⑦</sup> 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案(2015)民提字第126号，参见《最高人民法院公报》2016年第5期。

<sup>⑧</sup> 刘贵祥主编《最高人民法院第一巡回法庭精选案例裁判思路解析》，法律出版社2016年版，第20页。

最高人民法院的前后裁判观之,蓝粤能源案与之前案件的最大区别在于其为担保关系而非买卖关系,在买卖关系中提单的所有权效力被认可,在设定担保关系中则被否认。故而,虽然最高人民法院将提单界定为所有权凭证,但从其价值判断立场来看,此所有权凭证仅具有相对(或潜在)效力:在缺乏当事人流转所有权的意思表示时,提单持有人仍然无法获得所有权,此时提单占有仅为一种事实而无法作为权利凭证存在。此时,提单项下货物所有权变动仍然取决于物权变动规则和当事人的交易安排。对于仓单、提单所表征货物权利的争议引发了银行界的普遍担心,对尚不具有传统权利凭证地位的铁路运单等货运单据而言,此种法律上之风险更可谓雪上加霜。

## (二) 物权证券的理论争议及问题类型

就物权证券的法律争议而言,从术语选取到其表征的静态权利,乃至动态的交易规则,不一而足。这些争议问题夹杂着多种问题类型,对其进行的讨论亦不可能一蹴而就,应当在识别其问题类型的基础上,分别适用不同的论证方式。<sup>⑨</sup>

首先,采用何种术语指称仓单、提单等权利凭证,在我国理论上争议颇多。郑玉波教授将提单称为物权证券,其原因即在于提单的交付视同记载于其上的物品的交付。<sup>⑩</sup>我国台湾地

区《海商法》及部分学者称之为载货证券。<sup>⑪</sup>杨震教授称之为物权凭证,并将仓单、提单、取款单、载货凭证等作为拟制交付的载体。<sup>⑫</sup>邢海宝教授亦从对物权利的视角将其称为物权凭证。<sup>⑬</sup>庄加园博士则采德国法上的“交付证券(Traditionspapier)”一词。<sup>⑭</sup>王文军博士反对将提单称为物权证券,其理由在于提单并不一定表彰物权,而是表彰了货物或者货物的占有,而占有在我国《物权法》上属于一种事实状态而非权利。<sup>⑮</sup>对于前述争议,首先应当分辨讨论者的价值判断差异,每个讨论者采用何种语言来描述自己的价值判断结论实属解释选择问题。

其次,理论争议中最为核心的是物权凭证究竟表征何种权利,学者或持物权说,<sup>⑯</sup>或持债权说,<sup>⑰</sup>或持双重属性说乃至阶段性属性说,<sup>⑱</sup>或持有价证券说,<sup>⑲</sup>争议极大,同一学说内部也有具体差异。前述不同学说对当事人能否获得物权抑或债权见解不一,在当事人的利益调整上存在巨大差异,显系价值判断问题。<sup>⑳</sup>对于价值判断问题,惟有以实体性的论证规则为前提,遵循作为程序性技术论证规则和形式,运用妥当的论证方法,方可达致互相理解,从而形成价值判断共识。<sup>㉑</sup>否则,各自基于自我价值前见所展开的循环论证,并不能促进共同价值判断结论的形成。除了物权证券的权利属性及效力之外,其作为证券之文义性、要因性及其对当事人

⑨ 王轶《论物权变动模式的立法选择》,载《月旦民商法杂志》2003年第2期,第70~93页。

⑩ 郑玉波《海商法》林群弼修订,三民书局2003年版,第195~196页。

⑪ 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页。

⑫ 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。

⑬ 邢海宝《提单权利之变动》,中国法制出版社2007年版,第7页。

⑭ 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170页。

⑮ 王文军《提单之物权效力辨》,载《法学论坛》2009年第5期,第98页。

⑯ 邱锦添《海商法》,台湾五南图书出版公司1998年版,第349页。

⑰ 李海《关于提单是物权凭证的反思——兼论提单的法律性质》,载《中国海商法年刊》(1996年),第41页。

⑱ 司玉琢《海商法专论》,中国人民大学出版社2007年版,第290页。

⑲ 陈芳、郑景元《论提单的法律性质》,载《法学评论》2011年第4期,第61页。

⑳ 王轶《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》,载《中国社会科学》2004年第6期,第1页。

㉑ 王轶《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》,载《中国社会科学》2004年第6期,第1页。

权利义务分配存在重要影响。

再次,在价值判断的基础上,如何妥善容纳诸多价值判断结论及其附属因素是立法技术问题。<sup>②</sup>在我国当前民商合一的立法框架之下,究竟如何安排物权证券的规范地位,即属此类。

在前述三类问题中,最为核心的乃是价值判断争议,其对解释选择和立法技术问题存在直接影响。<sup>③</sup>故而笔者依次探讨前述三种问题类型。

## 二、物权证券的物权效力与初步价值判断

### (一) 不同学说的价值判断差异

早期学说中,提单的物权说较为普遍。比如,有学者指出,提单代表所记载的货物所有权,谁合法持有提单,谁就享有该批货物的所有权。<sup>④</sup>按照该种观点,货物所有权的移转实则乃是以提单的移转为标志,卖方通过交付提单转让所有权,买方通过取得提单即可获得所有权。<sup>⑤</sup>我国台湾地区学者张特生先生亦持此观点。<sup>⑥</sup>此种观点实为绝对的物权说,将所有权与提单本身相对应。此外,尚存在相对的物权说或所有权凭证说,即货物所有权之移转,除了提单移转之外,尚需符合其他条件。<sup>⑦</sup>按此学说,货物所有权移转与提单转让并无必然一致。由于绝对物权说在解释提单项下动产质押、所有权保留等问题时缺乏解释力,相对物权说获得了诸多学者的支持。<sup>⑧</sup>

在相对所有权说之外,有学者认为提单体现为对货物的占有,可称之为占有说。根据此说,提单作为货物的表征,提单的占有和转让代表着货物的占有和转让,以避免由此导致的所有权争议。<sup>⑨</sup>张湘兰教授则认为提单所表征的占有并非对货物的直接占有,而是对其产生的拟制占有。<sup>⑩</sup>拟制占有学说显然受到英国法影响较大,在英国法上,基于货物承运人承诺仅向提单的持有人交付货物,由此持有提单即实现了控制货物的功能,货物的占有区可以分为事实占有(physical possession)和拟制占有(constructive possession),前者意指承运人从物理状态和事实状态上对货物所施加的控制,而后者则是指提单持有人对提单项下货物的权利状态,即其通过权利实现对货物的控制。<sup>⑪</sup>基于此,持有提单即等同于占有货物的逻辑成为可能,此时,承运人对货物的占有为直接占有,而提单持有人对货物的占有为间接占有。

对于物权凭证说,我国不少学者提出了质疑。有学者认为,物权凭证说既无法律依据,也不符合国际贸易实践,纯属一场历史误会。<sup>⑫</sup>基于物权证券交付所产生的货物交付效力,有学者称之为物权效力理论,并认为异于传统物权凭证学说。<sup>⑬</sup>有实务界人士虽然认同提单转让具有转让拟制占有的效力,在货物所有权移转的环节具有物权效力,但仍然反对将之提单称

<sup>②</sup> 王轶《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》,载《中国社会科学》2004年第6期,第1页。

<sup>③</sup> 王文胜《论民法典立法讨论中不同类型问题的轻重缓急》,载《北航法律评论》2016年第1辑,法律出版社2017年版,第98~99页。

<sup>④</sup> 宋春林《提单的法律性质》,载《烟台大学学报》1991年第3期,第57页。

<sup>⑤</sup> 宋春林《提单的法律性质》,载《烟台大学学报》1991年第3期,第57页。

<sup>⑥</sup> 张特生《海商法事务问题专论》,台北五南图书出版公司1998年版,第169页。

<sup>⑦</sup> 沈木珠《海商法比较研究》,中国政法大学出版社1998年版,第86页。

<sup>⑧</sup> 吴春燕《提单、仓单质押性质探析》,载《社会科学研究》2009年第4期,第99页;胡正良、曹冲《对提单的物权凭证功能的再思考》,载《中国海商法年刊》1996年版,第53~78页。

<sup>⑨</sup> 姚洪秀、王千华《前轮海运提单所证明的权利属性》,载《中国海商法年刊》1997年版,第23~34页。

<sup>⑩</sup> 张湘兰主编《海商法》,武汉大学出版社2008年版,第115页。

<sup>⑪</sup> Frederick Pollock and Robert Wright, An Essay on Possession in the Common Law, Clarendon Press, Oxford, 1888, pp. 26~28.

<sup>⑫</sup> 李海《关于提单是物权凭证的反思》,载《中国海商法年刊》1996年版,第41~52页。

<sup>⑬</sup> 王文军《提单之物权效力辨》,载《法学论坛》2009年第5期,第98页。

为物权凭证。<sup>④</sup>由此,从动态视角观之,提单的物权效力理论与物权凭证理论、物权证券理论并无实质分歧:提单转让适用拟制交付而非指示交付的规则,与权利移转意思结合可以发生权利移转效果。反面观之,由于否定提单的物权效力的观点(进而适用指示交付规则)不但与商事实践相背离,也超出了德国、日本等商法典的规范意涵,并不为通说所采纳。<sup>⑤</sup>

虽然德国、日本等国商法典规定了提单流转的交付效力,但是其效力强度仍然存在争议。理论上存在绝对说、相对说(又可分为严正相对说和代表说)。这些学说受限于不同的物权变动模式,在物权行为理论、意思主义和债权形式主义之下存在不同的权利结构。绝对说认为,提单的交付本身即意味着绝对的占有移转,此种学说强化了提单持有人的地位,加强了证券流通的保护。<sup>⑥</sup>此时,提单的交付实则构成了独立于民法上流转占有的一种特定情形。<sup>⑦</sup>严正相对说则基于民法上的占有理论,主张交付提单的同时应当符合民法上指示交付的规定,但其效果实则相当于否定提单的物权效力,已经逐渐式微。<sup>⑧</sup>代表说则主张,提单持有人对货物为间接占有,提单代表了间接占有的权利,提单交付直接发生货物移转占有效力,无须适用指示交付的规定。<sup>⑨</sup>究其实质,代表说与绝对说的区别在于,代表说认为提单仍然有赖于直接占有的存续,在丧失直接占有的情况下,就无法发生交付效力,故其仍然为民法上交付规则的修正,而绝对说则认为证券交付构成商法上的独立规范,与民法上的占有制度无涉。但在具体权利层面,二者均承认货物被善意取得时第三人的权利应当得以保护,其重大区别仅在于

直接占有丧失的情形下,代表说否认交付效力,而绝对说则承认交付效力。<sup>⑩</sup>

总之,前述各观点对于提单权利的价值判断差异实则体现在提单项下权利的强度设定。提单的绝对所有权学说与各国法上的物权变动规则相悖,也并不符合商事交易实践的需求,无法解决基于提单设定动产担保等实践需求。拟制占有说与物权效力说均承认动态过程中提单交付所承担的占有移转效果,两观点具有价值判断上的趋同性。从实质层面观之,代表说与绝对说由于均承认货物的善意取得,其差别仅在于实际占有发生脱离期间,能否继续通过提单进行权利移转而已。进一步言之,其中的区别在于法律究竟是为实际占有脱离期间的提单交易受让人提供物权保护抑或债权保护:循绝对说,提单受让人可以基于所有权移转意思和提单交付取得所有权,担保物权人仍然可以基于担保设定意思和提单交付获得动产担保物权;循代表说,提单受让人仍然则不能获得所有权,仅能主张债权保护,担保物权人也无法获得有效的担保物权。在绝对说情形下,提单受让人可以直接基于货物本身实现权利,在代表说情形下,提单受让人则仅向前手主张债权保护,担保物权人则将面临担保权利落空。为了避免这种损失,提单受让人和提供融资的债权人需对货物的直接占有状态进行调查,这显然增加了交易成本,也与提单本身用来便利交易的功能相冲突。故而,从商事实践出发,绝对说更具有合理性。<sup>⑪</sup>

## (二) 物权证券效力的价值判断基础应当为商事交易实践

如前所述,物权证券的效力受制于两种规

<sup>④</sup> 徐孝先《论提单是物权凭证的无根性》,载《大连海事大学学报(社会科学版)》2016年第3期,第57页。

<sup>⑤</sup> 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。

<sup>⑥</sup> 庄加园《提单上的请求权移转与货物物权变动》,载《东方法学》2015年第1期,第114页;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。

<sup>⑦</sup> 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。

<sup>⑧</sup> 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。

<sup>⑨</sup> 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。

<sup>⑩</sup> 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119页。

<sup>⑪</sup> [日]我妻荣《债法在近代法中的优越地位》,王书江译,中国大百科全书出版社1999年版,第75页。

则：一是物权法上的动产物权变动规则；二是商事交易上的习惯规则。前者代表民法立法者对物权变动的价值判断，后者则代表商人对商事交易规则的价值判断。这二者所产生的张力并非同一指向，而是存在紧张关系：一方面，动产物权变动规则对交付高度依赖，这一点对提单项下货物移转而言无法适用；另一方面，提单经常处于流通之中，但单纯通过交付提单并不能直接产生所有权的变动，也需要当事人对此进行的意思安排，这一点在商法实践上也是得以承认的。<sup>②</sup> 故而，物权证券的法律效力，实则面临物权法与商事交易习惯上的双重规范张力，面临两种价值判断之间的冲突。基于商事交易的特别法地位和创造性特征，物权证券效力的判断应当更为关注商事交易习惯的规则，以契合更为作为特别法领域的商事价值判断立场，而非一般法领域的民事价值判断立场。

事实上，这种紧张关系也非我国法上所面临的独特情况。从英美商法的发展史来看，提单是否表征物权在历史上对法院曾经产生了极大的困扰，比如在 18 世纪之前即存在大量的此类案件。<sup>③</sup> 英国的 Lickbarrow v. Mason 案则结束了前述争议，形成了为后续判决所遵循的裁判立场。<sup>④</sup> 该案判决认为：在提单转让是否导致货物所有权转移的问题上并不存在一般规则，相反，提单的转让究竟导致何种法律效果很大程度上取决于交易背景与交易条款。<sup>⑤</sup> 易言之，尽管随着提单而转移所有权是商事交易中非常

常见的情形，但提单的移转并不必然伴随着物权的变动。这一观点被后续的学者普遍认同。学者 Baughen 认为，提单转让可能不仅导致占有的转让，在当事人作出明确意思的情况下或可能导致货物所有权的转让。<sup>⑥</sup> 进一步而言，即使提单转让产生了物权变动的外观，这一外观也是可被推翻的。有基于此，当事人关于货物所有权的意思表示对货物所有权有着重要的影响，并为 Lickbarrow v. Mason 之后的诸多案件所接受。<sup>⑦</sup> 故而，并不存在统一的提单与所有权关系的规则，相反，提单转让的物权效果取决于整个交易背景。<sup>⑧</sup> 正如 Dockray 指出，直到权利人凭借提单提取货物，提单的作用实则类似于打开仓库的钥匙，不仅潜在地承载着货物的所有权，也承载着货物运输合同项下的权利，但并非是所有权本身。<sup>⑨</sup> 由此，Lickbarrow v. Mason 案确立了提单能否代表所有权依赖于当事人的意思，这一规则迅速地融入了英国普通法，并成为商人法的一部分。<sup>⑩</sup> 故而，就提单的历史发展来看，其与货物所有权的关系虽然历经波澜，但在商人法上的规范逻辑尚属明确，即其本身可能承载所有权，但并不代表所有权本身。若从权利证券化的程度观之，英美法系的提单并非完全证券化的所有权证券。

在德国法上，此种商事交易与民法规则的紧张关系亦曾存在。19 世纪初，船舶载货证券的移动所产生的效力并不被承认，其原因在于船舶载货证券并不能产生任何占有的移动，也

<sup>②</sup> M. G. Bridge, *The International Sale of Goods*, Vol. 8, p. 24.

<sup>③</sup> Michael Bools, *The Bill of Lading – A Document of Title to Goods*, LLP Limited, London, 1997, p. 8; Miller, N, "Bills of lading and factors in nineteenth century English overseas trade", Chicago L. R., Vol. 24, p. 256~57.

<sup>④</sup> Lickbarrow v. Mason( 1787 ) , 2 T. R. 63 , 69( King's Bench Decision) .

<sup>⑤</sup> Stephen Girvin, *Carriage of Goods by Sea*, Oxford University Press, 2007, p. 81 ~ 83.

<sup>⑥</sup> Simon Baughen, *Shipping Law*, 3rd ed., Cavendish Publishing Ltd, London, 2004.

<sup>⑦</sup> Harold J. Berman & Colin Kaufman, *The Law of international Commercial transactions ( Lex Mercatoria)* , Harv. L. J. , Vol. 19 , 1978 , p. 226.

<sup>⑧</sup> Stephen Girvin, *Carriage of Goods by Sea*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 81 ~ 83.

<sup>⑨</sup> Martin Dockray, *Cases and Materials on the Carriage of Goods by Sea*, 2nd ed. , Cavendish Publishing Ltd, London , 1998 , p. 171.

<sup>⑩</sup> Harold J. Berman & Colin Kaufman, *The Law of international Commercial transactions ( Lex Mercatoria)* , Harv. L. J. , Vol. 19 , 1978 , p. 226.

不能根据证券移转发生动产物权的移动。<sup>①</sup>这种根植于萨维尼的占有理论的观点,无法适应商业实践的需求。故而,德国高等商事法院逐步将证券交付的效力扩展至所有船舶载货证券、仓库证券和提货单,以满足商业需求。<sup>②</sup>这种因应商事实践发展的需求,并非是对民法体系的破坏,而是民法规则适应近现代经济发展的重要内容。但是,这种突破并未形成商法上的完全独立规则,商法规则仍然与民法规则同时发挥作用,而非单独适用,此时商法作为特别法构成了民法上的一项例外规则。<sup>③</sup>其重要的制度效用在于,在货物运输期间,货物虽然存在相应的商品价值却无法被当事人所直接控制,但提单等证券的可转让性不受在途状态所影响,从而使得在途货物的买卖成为可能,这是提单的商事实践现实。

进一步而言,除了提单、仓单等商业交易中较为常见的物权证券类型,提货单乃至铁路运单、公路运单等能够被承认获得物权效力,仍然有待于商事交易习惯的形成抑或商法的明确规定。正如《统一商法典》第1~201条第15项的规定,“物权凭证(Documents of title)是指提单、码头提货单、码头收据、仓单或提货单,以及其他任何单据,此种单据在通常交易或融资过程中被视为可充分证明其占有人有权接受、持有及处置该单据或者其所代表的货物。单据若要成为所有权凭证则必须标明系由承储人签发或者系签发给承储人的,并且标明代表着由承储人所占有之货物,该货物已经特定化或者特定化整体之可识别部分。”<sup>④</sup>在《统一商法典》的框架下,能够构成物权证券并不限于其名称,而更多地关注其是否符合法律所设定的实质要件。在我国法上,提货单、铁路运单、公路运单等缺乏财产权利证券化的规范基础,在运输期间基

于前述单据设定担保风险极大,其表征占有的物权效力不被承认即导致担保物权无法设定,从经济成本观之,将造成运输期间货物的交易价值之浪费,也无法满足货主短期融资之需求。从规范的视角观之,实现货物凭证自由流转和设定担保的规范前提,乃至建立货物动产的证券化规则。

### (三) 物权证券效力的初步价值判断结论

从商业功能角度出发,之所以将提单与物权证券之间建立关联,除了确保提单权利人能够提取货物之外,还发挥着便利提单权利人处分货物、获取融资等需求。<sup>⑤</sup>从法律功能的角度出发,物权证券究竟能多大程度上发挥其财产价值,则取决于商法上对其规范效力的设定。基于提单创设抵押权或者提单质权,其均依赖于提单项下的货物获得优先受偿。如果仅承认提单有债权凭证属性,那么如果试图创设提单项下货物的担保物权,则无法依赖交付和占有提单本身,而需要关注动产的事实占有,否则将不能对抗第三人的权利主张。这不但与提单融资的商事实践相违背,事实上由于提单项下货物的运输在途过程,基于提单项下货物创设担保物权之可能性将名存实亡。基于物权证券效力争议中应当坚持更为基础的商事自治价值,商事习惯中的自治安排应当得以承认。从更为实质的角度观之,商事领域的特殊价值判断立场应当优于作为一般法领域的民法价值判断立场。由此,在我国法框架下,物权证券效力的初步价值判断结论在于:从静态视角观之,物权证券本身并不必然表征所有权;从动态视角观之,物权证券的交付可以发生绝对移转占有的法律效果,应当在商法上予以特别规定,而且规范基础则是商事交易的交易模型和实践需求。在承

<sup>①</sup> Heymann, a. a. O. S., 136 转引自[日]我妻荣《债法在近代法中的优越地位》,王书江译,中国大百科全书出版社1999年版,第73页。

<sup>②</sup> [日]我妻荣《债法在近代法中的优越地位》,王书江译,中国大百科全书出版社1999年版,第74页。

<sup>③</sup> [德]卡纳里斯《德国商法》杨继译,法律出版社2006年版,第6页。

<sup>④</sup> Article 1. U. C. C. Section 1 – 201(15).

<sup>⑤</sup> Torsten Schmitz, The bill of lading as a document of title, Journal of International Trade Law and Policy, Vol. 10, No. 3, 2011, pp. 268 ~ 269.

认这一价值判断结论的前提下,如何命名实则为术语选择问题,只需要关注和考量术语的使用习惯和表意能力等问题即可。

### 三、物权证券的证券效力与进阶价值判断

单纯使用传统的物权、债权、占有等概念对提单等权利凭证的法律属性进行界定,难以满足现代财产交易需求。<sup>⑤6</sup>事实上,提单等物权凭证的证券属性以及由此带来的证券处分规则是其得以广泛商业运用的重要前提。正如我妻荣教授所言,运送商品上的物权变动,因这种证券的指引,与占有移转这种要件完全脱离,只依这种证券移转中心而发生。<sup>⑤7</sup>这种移转除了发生占有移转的法律效果,还在权利证券化之后产生了商法上的法律效果,比如证券的设权性、文义性、无因性等特征。这些特征对于物权证券的交易过程非常重要,对当事人的权利有直接影响,仍然存在诸多争议。<sup>⑤8</sup>相较于物权证券与物权变动的关系,权利证券化所带来的法律效果亦应当为法律上之关注重点。

#### (一) 物权证券的证券属性

证券包括有价证券、无价证券与金券之分,由于有价证券代表特定的财产价值,为理论上之关注重点。所谓有价证券,系指表示民事权利的证券,行使民事权利以持有证券为必要。<sup>⑤9</sup>故而,以权利之行使与其凭证本身之关系可以将有价证券与非证券的权利凭证予以划分:有价证券之上附着权利之处分,须以处分证券的方式为之;非证券的权利凭证所证明之权利,可以通过非处分权利凭证的方式予以处分。正如

有学者指出,提单与间接占有权结合在一起,持有提单即享有占有权,丧失提单也就丧失了占有权,从此意义上可以将提单称之为物权证券。<sup>⑥0</sup>故而,物权证券的处分效力,使得权利人可以排除非基于证券处分货物的可能,此时证券持有人等同于获得了完全专有商品的支配权,进一步强化了物权证券的物权效力。<sup>⑥1</sup>

从制度功能的角度观之,之所以强调物权证券本身的证券属性,也是基于其在货物与货物凭证之间所建立的密切联系。进一步而言,正是基于提单表征货物以及占有提单则有权利控制货物的权利结构,提单得以完成包括请求货物交付、买卖在途货物、担保贸易融资等功能。<sup>⑥2</sup>故而,与其说拟制交付成就了提单等权利凭证的交易,不如说权利证券化成就了权利凭证的交易。<sup>⑥3</sup>进一步而言,在民法上廓清提单交付所产生的效果固然重要,在商法上界定其证券效力实则更加关涉实质。比如,提货单、铁路运单等权利凭证缘何无法产生与提单、仓单等相同的物权效力,其原因在于前者并未纳入商法上的物权证券规则,无法产生排除非基于凭证本身处分权利的可能。

#### (二) 物权证券的证券效力

在理论上承认仓单、提单等权利凭证的证券属性并不存在巨大障碍,然则界定其证券效力却不容易。理论上通常认为,有价证券的实质是债权的证券化,也即证券与证券上的债权合体之产物。<sup>⑥4</sup>故而,提单的证券效力被等同

<sup>⑤6</sup> 陈芳等《论提单的法律性质》,载《法学评论》2011年第4期,第61页。

<sup>⑤7</sup> [日]我妻荣《债法在近代法中的优越地位》,王书江译,中国大百科全书出版社1999年版,第73页。

<sup>⑤8</sup> 参见陈芳《提单与票据法律性质之比较研究》,载《大连海事大学学报》2005年第2期,第11页;李学兰《论提单权利证券化》,载《法学论坛》2002年第6期,第61页。

<sup>⑤9</sup> 杨继《票据概念再探》,载《比较法研究》2007年第4期,第122页。

<sup>⑥0</sup> 郭瑜《提单法律制度研究》,北京大学出版社1997年版,第87页。

<sup>⑥1</sup> [日]我妻荣《债法在近代法中的优越地位》,王书江译,中国大百科全书出版社1999年版,第73页。

<sup>⑥2</sup> Clive Schmitthoff, Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade, 11th ed., Thomson/Sweet & Maxwell, London, 2007, p. 590.

<sup>⑥3</sup> 史尚宽《有价证券之研究》,载郑玉波主编《民法摘要论文选辑(下)》,五南图书出版公司1984年版,第1366页。

<sup>⑥4</sup> 陈芳、郑景元《论提单的法律性质》,载《法学评论》2011年第4期,第62页。

于提单的债券效力,用以指代证券发行人与证券持有人之间的债权法律关系的效力。<sup>⑤</sup>对于汇票、本票等货币证券而言,其固然是债权的证券化,但对于表征动产的有价证券而言,其证券化的含义是否仅限于此就值得商榷了。梁慧星教授指出,仓单、提单所载物品之交付,让与人将该证券交于有受领权人时即产生交付动产本身同样的法律效力,而无需交付物品本身。<sup>⑥</sup>故而,此类物权证券的证券属性相较于货币证券而言还具有拟制交付的效力,并不单纯是提货请求权之代表。从反面观之,如果物权证券仅具有债权证券化的效力,其无法解释近代法上物权证券产生的制度背景:为了确实把握运送中商品的担保价值,安定金融业的地位,增强其信赖,公示担保权,从而防止容易地转让于善意第三人之手。<sup>⑦</sup>故而,这种基于物权证券所产生的公示效果和支配力,显然非简单债权证券化所能附带产生。

那么,物权证券的证券效力应当如何理解呢?笔者认为,这包括两个方面:一方面,从物权证券的债权效力而言,其所具有的证券文义性、证券指示性、证券提示性等特征为不生异议。如《韩国商法》第820条规定“提单准用提货单的提货证券性、当然指示证券性、文义证券性、处分证券性、交付的物权效力等。”<sup>⑧</sup>至于其是否为无因证券,学说上存在争议。另一方面,从物权证券的物权效力而言,其不仅是债权的证券化,也具有物权证券化的效力。从商事交易观之,物权证券最重要的两项功用即移转权利和设定担保。从制度功能出发,后者应当具有更强的动因:因这种证券的作用得益最大

者,显然系金融业者。<sup>⑨</sup>故而,对于物权证券效力的考量,不仅应当考虑其所有权移转情形,更应当考虑设定担保情形。循此逻辑,分述如下。

首先,从权利移转的角度观之,对于提单持有人转让提单的行为,其所产生的法律效果,商法历史上存在让渡理论(Embodiment Doctrine)和商事理论(Mercantile View)。前者认为,提单受让人仅能受让提单让与人所拥有的权利,故而,占有提单并不能获得优于事实占有货物的权利状态。<sup>⑩</sup>后者则认为,提单类似于汇票或者支票等,通过转让,受让人能够取得优于让与人的权利状态。<sup>⑪</sup>循这两种理论,提单的权利强度存在巨大的差异:按照让渡理论,提单受让人的权利实际上取决于前手的诸多权利限制,受让前手权利上的负担与瑕疵,不利于提单的转让与交易;按照商事理论,正常交易中的善意受让人实则摆脱了前手权利上的负担与瑕疵,获得了优于前手的交易地位,更加有利于促进提单的交易与转让,与之同时,也增强了提单权利的证券化程度和财产属性。进一步而言,在让渡理论框架之下,提单的受让人还需要更多关注证券化的提单权利之外的诸多权利和义务,提单的财产属性受到了非证券化权利的诸多损害;在商事理论框架之下,提单的受让人仅需要关注证券化的提单权利,提单权利更加纯粹和淳化。基于前述逻辑,对于基于提单的拟制占有和基于物理的事实占有,从商事交易的视角观之,前者应当更具有优越地位,这是契合商事交易实践和提单发展历史的价值判断结论。当然,从提单的转让过程来看,其与汇票等完全证

<sup>⑤</sup> 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120页。

<sup>⑥</sup> 梁慧星《中国物权法研究》,法律出版社1998年版,第211页。

<sup>⑦</sup> [日]我妻荣《债法在近代法中的优越地位》,王书江译,中国大百科全书出版社1999年版,第73页。

<sup>⑧</sup> 参见《韩国商法》,吴日焕译,中国政法大学出版社1999年版。

<sup>⑨</sup> [日]我妻荣《债法在近代法中的优越地位》,王书江译,中国大百科全书出版社1999年版,第81页。

<sup>⑩</sup> Ira Lustgarten, “Notes: ocean bills of lading and some problems of conflict of laws”, Colum. L. Rev. , Vol. 58 , 1958 , p. 225.

<sup>⑪</sup> Ira Lustgarten, “Notes: ocean bills of lading and some problems of conflict of laws”, Colum. L. Rev. , Vol. 58 , 1958 , p. 225.

券的转让并不完全相同,其并未淳化为完全证券。<sup>②</sup> 正如施米托夫所指出的,可流通的提单并不是流通性的,而是准流通性的。<sup>③</sup> 尽管如此,基于商事外观所产生的权利,在商事交易中具有优先保护的价值基础,也即基于物权证券产生的权利变动优先于基于动产本身产生的权利变动。

其次,从设定担保的角度观之,由于间接占有的种种缺陷,占有物权证券得以取代间接占有成为设定动产担保的公示依据。对于金融机构而言,其首要目标在于确保其担保物权的妥当成立,而担保物权的妥当成立又很大程度上依赖于符合法定的公示方式,应当为交易上考察之重点。从金融机构的角度而言,其通过占有物权证券公示担保物权得以对抗第三人善意取得的所有权,方能确保不受第三人主张权利(包括法院执行)之扰。故而,仅赋予物权证券以债权效力,显然无法解决其所表征的权利公示问题,也无法对抗第三人之请求。

再次,物权证券的证券效力能否扩及到提货单、铁路运单乃至公路运单等权利凭证,有赖于商法上的规范认可。虽然权利人持前述单据可以提取货物,但法律上并未限定其处分证券属性,无法实现提单的同类效果。这也是物权证券与不具有证券属性的物权凭证之间的本质区别。如果意图在前述单据之上实现物权证券的法律效果,需首先明确其处分证券效力。

### (三) 物权证券效力的进阶价值判断结论

仓单、提单等所具有的证券属性实则强化了其物权效力,使得物权证券的持有人获得了事实上的支配权,从而构成了物权证券的商事功能基础,立法上不应当忽视物权证券所产生的物权效力。总之,物权证券本身不仅是其表征债权的证券化,也是占有的证券化,并且基于证券化的占有,可以产生公示的效果和物权推

定的效力,也即物权效力的证券化。

## 四、结论: 物权证券的术语选择与立法技术

### (一) 物权证券的解释选择

对于提单、仓单等物权证券的名称,学者所使用的术语差异较大。有学者直接指出,将提单称为物权凭证的说法是错误的,其并不能代表物权本身。<sup>④</sup> 有学者认为,这种名不副实、指鹿为马的翻译,使得提单的法律性质成为长期以来争论不休的理论问题,也困扰了司法实践。<sup>⑤</sup> 由此,究竟是价值判断差异问题造成了术语选择争议,亦或是术语选择导致了价值判断争议,则无从论证。然则,就提单并不绝对代表所有权而仅代表间接占有、提单的移转能够产生货物交付效力的问题上,并不存在不同的价值判断结论。在前述价值判断结论相同的情况下,使用何种词语指称此类证券,纯属解释选择问题,并无真假对错之分。<sup>⑥</sup> 由于提单符合有价证券、证权证券、文义证券等证券属性,能够产生物权法(而非债法上)之法律效果,将其称之为物权证券或者其他术语并无对错之分。在表达的准确性上,由于此类权利凭证所产生的证券化物权效力,物权证券一词的语言描述力更为妥当,为本文所采。

### (二) 物权证券的立法技术

在中国法学会民法典编纂项目领导小组和中国民法学会研究会组织起草的《民法总则专家建议稿(提交稿)》中,第 106 条规定了有价证券的定义及种类:“有价证券,是指设定或者证明持券人或者被记载人享有相应财产权利的凭证。有价证券包括汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单、股票、提存单证等。有价证券适用动产的一般规则,法律另有规定的除外。”该条文虽然规定了有价证券的内涵、外延及权利变动规则,但没有解决有价证券与其表征财

<sup>②</sup> 陈芳《提单与票据法律性质之比较研究》,载《大连海事大学学报(社会科学版)》2005 年第 2 期,第 11 页。

<sup>③</sup> [英]施米托夫《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 475 页。

<sup>④</sup> 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 126 页。

<sup>⑤</sup> 陈芳、郑景元《论提单的法律性质》,载《法学评论》2011 年第 4 期,第 61 页。

<sup>⑥</sup> 王轶《论民事法律事实的类型区分》,载《中国法学》2013 年第 1 期,第 79 页。

产之间的关系。尽管如此,该条文使得前述有价证券类型得以确立规范定位,并为后续民法分则各部分的具体化提供可能。遗憾的是,在正式通过的《民法总则》中,该条文内容未得以体现。在《民法典物权编(草案)》(征求意见稿)中,对物权证券的交付仍然未作规定,仍然停留于民事规则层面。此种立法方式对商事交易规则照顾不足,与我国民法典所采取的民商合一体例并不相符。当然,物权证券的规则究竟规定于物权编之中,抑或商事立法之中,并不影响当事人的权利义务,仅为立法技术问题。在当前民商合一的立法体系之下,在物权编中增设物权证券的交付效力和证券效力条款,为立法技术之一项优先选项。

关于物权证券的条文拟定如下,供立法者参考:

**第 XX 条 提单、仓单等物权证券的交付与交付物权证券项下货物具有同一效力。**

**第 XX 条 提单、仓单等物权证券项下货物的处分必须通过交付证券进行。**

中国政法大学原校长江平教授点评:

在商事领域中,提单、仓单等权利凭证的法律地位存在极大争议,其究竟是物权抑或债权争议颇多,已经影响到了司法实践中的具体裁判。该文从方法论的视角,将所涉争议区分为价值判断、解释选择与立法技术等问题类型,具备方法论上的创新性。从价值判断层面,该文对物权证券的物权效力和证券效力两个方面进行了论证,能够有效促进该领域的共识形成。对于选用何种术语指代此类物权凭证,并不干涉价值判断差异,属于解释选择问题,这一区分对明晰理论上的争议意义颇大。最后,该文在立法论层面展开,得出了具体的法律规则设计,具备立法论意义上的价值。总之,该文是一篇极具创新性的佳作。

## On the Jurisprudence and Legislation of Documents of Title

Liu Bin

**Abstract:** The legal status of documents of title is not clearly stated under Chinese law, which has caused many disputes in practice. The legal nature of documents of title is constrained by the legal rules and commercial custom. Basing on the commercial practice, the documents of title are not securities of ownership, but the proof of possession and delivery. After securitization, the documents of title stands for the constructive possession of goods, and the delivery of the documents stands for the delivery of goods. Besides, the goods could only be sold and delivered through the documents of title. The above rules should be adapted into the coming Chinese Civil Code.

**Keywords:** document of title; bill of lading; effect of real right; security

(责任编辑:付 强)