

法学研究

· 电商立法专题 ·

# “一带一路”背景下 跨境电子商务运输法律体系构建

余筱兰

(安徽师范大学法学院,安徽 芜湖 241002)

**【摘要】**《鹿特丹规则》创设的电子运输记录制度,产生于海上运输电子商务大背景之下,对于中国发展“一带一路”电子商务有很好的借鉴意义。该规则建立了电子运输记录的使用制度、效力制度,尤其是可转让电子运输记录的使用程序制度、替换制度、签发制度、承运人识别制度、证据效力制度等,对丰富我国电子商务法律制度有重要意义。我国应借鉴电子运输记录制度构建跨境电子商务运输法律制度。基于功能等同原则和技术中立原则,从立法上赋予电子运输记录制度与纸面提单同等效力;在制定电子商务法过程中采纳电子运输记录制度。电子运输记录制度可以扩展到适用陆路运输和航空运输领域。另外,我国《海商法》第四章应作相应修改,采纳电子运输记录制度的相关规定。

**【关键词】**“一带一路”;电子商务;电子运输记录

**【中图分类号】**D923.4;D913.99 **【文献标志码】**A **【文章编号】**1000-8284(2016)06-0088-07

## 一、跨境电子商务运输制度构建的必要性

我国欲通过“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”(简称“一带一路”)加强中国与世界的经济联系与贸易往来,在电子通信技术高度发展的今天,需要运用“互联网+运输”的新的运输方式,构建跨境电子商务运输法律制度。《鹿特丹规则》电子运输记录制度为此提供借鉴。

电子商务的发展,催生了国际航运领域的电子运输单证。与纸质运输单证相比,电子运输单证呈现出更多的优势。首先,电子运输单证可以节约贸易成本。据资料记载,全球贸易总额有约7%的费用是花在纸质贸易单证上,如果用电子形式替代传统纸质单证,可以节省50%的费用。<sup>①</sup>另外由于货物往往比纸质单证先到目的港,可能导致无单放货情形发生,如果用电子提单来替代纸质单证,就可以避免无单放货现象的发生。在当今贸易领域,提单的凭单放货功能被削弱。在很多情况下,货物已经到达了目

<sup>①</sup> “班轮运输中存在15%的无单放货现象,租船运输高达50%,某些重要商品如矿物、油类货物运输几乎是100%的无单放货。”参见胡正良等著的《〈鹿特丹规则〉影响与对策研究》,北京大学出版社2014年出版,第52页。

**【收稿日期】**2016-02-02

**【基金项目】**教育部项目“促进庭审功能充分实现的诉讼程序机制研究”(15YJA820005);国家社科基金重大项目“国家网络空间安全法律保障机制研究”(13&ZD181);安徽师范大学2014博士科研启动项目(2014bsqj08);安徽师范大学2016校培育基金人才培育项目(24)

**【作者简介】**余筱兰(1982-),女,江西九江人,讲师,博士,从事电子商务法与知识产权法研究。

的港,而提单还迟迟未到,提单的“凭单放货”原则使得承运人有义务在见到提单后才放货,但这样会造成诸多问题,如船舶滞留在港口、货物被扣押在港口,不仅给承运人带来损失,给货方也造成了巨大损失,在此情形下,无单放货就产生了。有研究表明,无单放货现象非常严重。<sup>[1]35</sup> 电子运输记录对电子商务在国际航运领域的发展有重要促进作用。电子运输记录制度是《鹿特丹规则》<sup>①</sup>中的一种创新制度。电子运输记录是传统运输单证的电子化,是电子商务时代发展对运输实务的需要。<sup>[2]</sup>

## 二、电子运输记录制度对跨境电子商务运输法律制度构建的启示

### (一) 电子运输记录制度理论整合

电子运输记录的规定在《鹿特丹规则》中分散于不同的条款,笔者对其进行整合研究,并形成一个系统的体系,共包含以下几个方面:

#### 1. 电子运输记录的法定种类

电子运输记录的法定种类是指公约所确定的电子运输记录的类别。《鹿特丹规则》中电子运输记录被分为“可转让电子运输记录”(negotiable electronic transport record)和“不可转让电子运输记录”(non-negotiable electronic transport record)。根据该公约第1条第19款的规定,可转让电子运输记录,是指“凭指示”或“可转让”或类似的措辞,且该记录上没有注明“不可转让”或“不得转让”。公约并不强制要求电子运输记录必须是可转让的。<sup>②</sup> 对电子运输记录的转让与否,取决于当事人意思自治。对可转让电子运输记录的定义表明,并不是所有的电子运输记录都符合可转让的条件。只有符合公约第9条的四个程序,才能构成可转让电子运输记录。<sup>③</sup> 可转让电子运输记录实质转让的是什么以及规定可转让的意义何在呢?根据公约第11章规定,<sup>④</sup>转让的实质是权利,且这种权利应该包括货物控制权、提货权等。<sup>⑤</sup><sup>[1]228</sup> 电子运输记录可转让性的意义主要在于受让人可以凭“转让的电子运输记录”获得提取货物的权利(这体现其物权凭证功能)。公约对不可转让电子运输记录如何完成交货权的转让,没有作出规定。这是一个遗憾,需要各国国内法加以处理。

#### 2. 电子运输记录签发制度

此制度是规定电子运输签发的法律制度。根据《鹿特丹规则》第35条的规定,可以得出有关签发的内容:第一,电子运输记录是由承运人或承运人的代理人向托运人或经托运人同意的单证托运人签发的;第二,签发的选择权在托运人手中,由托运人或经托运人同意的单证托运人提出;第三,签发的前提是货物已经向承运人或履约方交付运输;第四,规定不得签发的两个条件<sup>⑥</sup>;第五,签发的形式<sup>⑦</sup>。据此,笔者认为,电子运输记录签发制度是指由托运人或经托运人同意的单证托运人提出的,当货物已经交由承运人或履约方运输时,在托运人与承运人没有约定不得使用电子运输记录或者根据行业习惯、惯例或做法不使用电子运输记录的情形下,由承运人签发的可转让或不可转让电子运输记录的法律制度。

#### 3. 电子运输记录效力与使用程序制度

对电子运输记录制度作程序性规定的内容体现在电子运输记录效力和使用程序制度两个方面。在《鹿特丹规则》第3章第8条规定了电子运输记录的适用和效力。本条包含三层意思:第一层是关于纸

① 该公约的全称为《联合国全程或者部分海上国际货物运输合同公约》(United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea)。

② 根据《鹿特丹规则》第11章规定,如果电子运输记录注明了“不得转让”或“不可转让”,该记录就不得转让。

③ 这四个程序即“第一,向预期持有人签发和转让该记录的方法;第二,关于可转让电子运输记录保持完整性的保证;第三,持有人能够证明其持有人身份的方式;第四,已经向持有人交付货物的确认方式,或者根据第10条第2款、第47条第1款(a)项第2目和(c)项,电子运输记录已经失去效力的确认方式。”

④ 见《鹿特丹规则》第11章第57条第2款“签发可转让电子运输记录时的权利转让。”具体为“签发可转让电子运输记录的,不论该电子运输记录是凭指示开出还是凭记名人指示开出,其持有人均可以按照第9条第1款述及的程序,通过转让该电子运输记录,转让其中包含的各项权利。”

⑤ 虽然《鹿特丹规则》没有明确规定可转让的权利有哪些,但根据运输合同中的逻辑可以推理出这里的权利应该主要是指提货权以及公约特有的货物控制权。

⑥ 不得提出签发的两个条件是,托运人与承运人约定了不得使用电子运输记录,或者根据行业习惯、惯例或做法不使用电子运输记录。

⑦ 托运人要求承运人签发的可以是可转让电子运输记录也可以是不可转让电子运输记录,但这种权利专属于托运人,而经托运人同意的单证托运人没有这种权利。

质运输单证记载的内容与电子运输记载内容都可以得到认可的规定;第二层意思是签发行为必须取得承运人和托运人共同的同意;第三层意思是两种单证的功能等同,具体表现为签发、排他性控制(占有)<sup>①</sup>或转让方面的同等效力。据此,电子运输记录效力制度遵循了电子商务法的功能等同原则,即电子运输单证效力与纸质运输单证有同等效力;电子运输记录可以记载所有能够用纸质运输单证记载的内容,但是电子运输记录的使用必须建立在承运人与托运人双方同意的基础上。所以,笔者认为,电子运输记录效力制度是指承运人与托运人基于合同自治原则,达成同意使用电子运输记录协议,与纸质运输单证具有同等效力的效力制度。尽管用电子运输记录取代纸质运输单证,赋予电子运输记录与纸质运输单证同等效力是一种非常先进的制度,但正如国外有学者所说“或许在国际贸易实务中发展电子商务最具有挑战性的问题就是这个。”<sup>[3]</sup>

电子运输记录的证据效力,应属于电子运输记录的效力问题的一项内容。《鹿特丹规则》第41条规定了电子运输记录的证据效力。根据第41条第1款的规定,电子运输记录具有初步证据的效力,即证明承运人收到了货物的初步证据。初步证据是指允许承运人提供相反的证据予以推翻的证据,与其对应的是最终证据,也叫绝对证据,即不允许被推翻的证据,最终证据具有绝对的效力。公约第2款规定了电子运输记录在两种情形下具有绝对证据效力:第一,在可转让电子运输记录情形下,该可转让电子运输记录已经转让给了善意第三人;第二,在不可转让电子运输记录情形下,善意行事的收货人依赖<sup>②</sup>了规定的事项<sup>③</sup>。<sup>④</sup>但无论是初步证据还是绝对证据,都有一个例外:如果存在公约第40条的保留情形<sup>⑤</sup>,则电子运输记录不具有任何证据效力。

电子运输记录的使用程序制度规定在《鹿特丹规则》第3章第9条,<sup>⑥</sup>本条规定了可转让电子运输记录的使用程序。第1款规定了程序的内容,第2款要求使用程序在合同中载明。根据第1款,使用程序包括以下内容:第一,转让时应当约定转让的方法,如使用哪种电子传输方式;第二,确保转让的电子运输记录是完整的,主要是指确保电子运输记录不被修改,不被他人截取等;第三,电子运输记录的持有人,即受让人,能够证明其身份;第四,明确已交付货物之确认方式或电子运输记录已经失效之确认方式,对此,公约规定比较简洁,并未作过多的限制和明确,这要结合具体实务来考察。第2款要求在合同中载明第1款提及的使用程序。有观点认为,这种载明可以是列举式也可以是指引式。<sup>⑦</sup><sup>[1]40</sup>对于是否必须在合同中载明可转让电子运输记录的使用程序,有两种观点,一种认为,电子运输记录只有在合同中载明使用程序,才能根据功能等同原则,与纸面单证产生同等效力;另一种观点认为,即使合同中没有载明可转让电子运输记录的使用程序,也不影响公约对该运输合同的调整,因为合同的实质内容没有受到影响,只是程序问题受到影响,如果因为程序不健全就否定合同的效力,很可能导致规避公约调整的行为发生。<sup>[1]40</sup>本人比较赞成第二种观点,公约不宜有过多强制性规范,否则不利于该制度发挥作用。

#### 4. 电子运输记录替换制度

电子运输记录替换制度中的“替换”是指将可转让纸面运输单证与可转让电子运输记录之间的相

① 这里的“排他性控制”对应后面运输单证的“占有”,在公约中未作定义,应该理解为对电子运输记录的排他性控制,即对电子运输记录的密码和记录具体内容的独占性控制,即排他性占有。

② 这里的“依赖”是指善意第三方的利益会受到该合同事项的直接影响。

③ 指下列事项“货物名称、主要标志、包数件数或数量、重量、集装箱的型号号码和识别号,而非集装箱封条的识别号、货物表面状况的说明、承运人名称和地址、收货日期(或货物装船日期或电子运输记录签发日期)。”

④ 此时构成最终证据的前提是,该四项内容是有承运人提供的;如果是由托运人提供的,则不构成最终证据。

⑤ 根据《鹿特丹规则》第40条的规定,承运人对合同事项中记载的货物信息有两种保留的情形,一是应当保留的情形,即承运人实际知道电子运输记录中的任何重要声明有虚假或者误导内容,或者承运人有合理理由认为电子运输记录中的任何重要声明有虚假或者误导内容;二是可以保留的情形,即承运人无实际可行或者商业上合理的方式核对托运人提供的信息,承运人可以注明其无法核对的信息;承运人有合理的理由认为托运人所提供的信息不准确,承运人可以列入一个条款,提供其合理认为准确的信息。

⑥ 《鹿特丹规则》第9条“1.可转让电子运输记录的使用应当遵守包含以下内容的程序:(a)向预期持有人签发和转让该记录的方法;(b)关于可转让电子运输记录保持完整性的保证;(c)持有人能够证明其持有人身份的方式;和(d)已经向持有人交付货物的确认方式,或者根据第10条第2款、第47条第1款(a)项(ii)目和(c)项,电子运输记录已经失去效力的确认方式。2.本条第1款中从程序应当在合同事项中提及并且易于查明。”

⑦ 对于如何载明,《鹿特丹规则》并没有具体规定。但理论上学者认为,可以采取逐一列举的方式,也可以采取指引的方式,指引另一文件中查明。

互替换。《鹿特丹规则》第3章第10条对此作了规定。<sup>①</sup>这种规定是非常有意义的,因为实务中出现诸如收款行收到的是电子运输记录,而付款行在给卖方即收款人付款时很有可能要求用纸面运输单证为基础。根据规定,如果已经签发纸面运输单证,试图用可转让电子运输记录来替换,要经历以下程序:首先,承运人在获得单证持有人递交的所有运输单证后,向其签发电子运输记录,同时签发替换声明,并且宣告纸面运输单证作废;反之,若是试图用纸面运输单证替换已经签发的可转让电子运输记录,那么应由承运人向单证持有人签发纸面运输单证,并且同时签发替换声明,并且可转让电子运输记录失效。值得注意的是,由于电子运输记录是无形的,所以不存在持有人将其交回给承运人的情况;两种情形的替换都有一个前提,就是承运人与持有人约定可以替换。同时,可以得出结论,运输单证和电子运输记录是不能同时存在的,只能选择其中一种。

#### 5. 电子运输记录合同事项制度

运输合同中应该包含的信息清单,即合同事项,规定在公约第36条。公约第1条第23款对其进行了定义。电子运输记录中的合同事项是指“电子运输记录中关于运输合同或货物的有关任何信息的记载,不仅仅包括条款,还包括批注、背书和签名。”《鹿特丹规则》第36条包括4款,从第1至3款看,均属于合同的必要记载事项,因为用的措辞是“应当”;第4款是对第2款的补充说明。本条规定了电子运输记录的合同中必须记载的11项内容。这11项内容分别从托运人、承运人双方应当记载的事项和货物交接地相关事项三方面进行了规定。第1项是适合于运输的货名。第2项是识别货物的标识,即必需的主要标志,该规定的意思是,只有当货物无法识别时才需要主要标志,如果没有主要标志也足以使得运输人识别货物,就无需主要标志,故这里用的是“必需”而非“必须”。第3项规定货物的包数、件数或者数量,这里是根据货物的包装不同而用的不同计量单位,只要记载其中一种形式就可以,记载何种形式,根据货物的包装来定。第4项和第3项是并列的,是要求记载货物的重量。这里需要说明的是,《鹿特丹规则》在数量和重量的规定上,综合考虑了《海牙规则》和《汉堡规则》的相关规定,因为在《海牙规则》中,货物的“包数、件数或数量”和“重量”可以四选一记载;在《汉堡规则》中,“包数和件数”可选一记载,“重量和数量”可选一记载,但“包数或件数”与“数量或重量”必须同时记载。<sup>②</sup>但是,《鹿特丹规则》又考虑到一种情况,即托运人如果没有提供货物的重量,那么在合同中就不必记载货物重量这一项。第5项是承运人对货物表面状况的说明,这一项在第4款中作了详细补充说明,根据第4款的规定,“货物表面状况”的确定,由承运人或履约方来进行。至于如何确定,根据该款具体有两步:第一步,当托运人将货物交给承运人或履约方时,承运人或履约方对货物进行合理的外部检验,至于怎样理解“合理”这个词,公约没有进一步解释,留待实践中去考虑,一般的做法认为,凭借肉眼进行检验,即为合理;第二步,承运人或履约方在签发电子运输记录之前进一步做检验,这里没有要求限制于“合理”,而是“任何”(any)的检验,这说明此时的检验不仅仅限于肉眼检查,还可以采用专业设备检验,但是有个前提,检验的只是货物的表面状况,即包装等,而不包括货物的品质。对于“货物表面状况”的补充说明,笔者认为,公约还是存在很大的欠缺,当货物完成第一步检验为合格,第二步检验发现有瑕疵,或者在完成第一步检验后,未开始第二步检验前,遭遇瑕疵,那么承运人或履约方该如何在电子运输记录上批注?如果标注为有瑕疵,很有可能导致电子运输记录为“不清洁记录”,对于这种情况,公约没有给出处理方案。对于这种情况的处理,有学者认为“原则上应以检验时间在后的承运人或履约方的检验结果为准”<sup>[4]</sup>。这种观点比较符合实际,因为这符合事物发展逻辑。第6项要求记载承运人的名称和地址。第7项规定收货日期、货物装船日期或电子运输记录签发日期,三选一记载即可。第8项规定收货人的名称和地址,但如果托运人没有指定收货人的,则不需要载明此项。第9项规定船名,但如果运输合同中如果没有指定船名,则不需要记载此项。第10项规定收货地和交货地,但如果承运人不知道交

<sup>①</sup> 《鹿特丹规则》第10条“可转让运输单证或者可转让电子运输记录的替换”规定“1.已签发可转让运输单证,且承运人与持有人约定以可转让电子运输记录替换该运输单证的:(a)持有人应当向承运人提交该运输单证,签发一份以上单证的,应当提交所有单证;(b)承运人应当向持有人签发一份可转让电子运输记录,其中应包括一项替换该运输单证的声明;且(c)该运输单证随即失去效力。2.已签发可转让电子运输记录,且承运人与持有人约定以可转让运输单证替换该电子运输记录的:(a)承运人应当向持有人签发一份替换该电子运输记录的可转让运输单证,其中应包括一项替换该电子运输记录的声明;并且(b)该电子运输记录随即失去效力。”

<sup>②</sup> 《鹿特丹规则》的合同事项清单比《海牙-维斯比规则》规定的合同事项清单要多,比《汉堡规则》规定的要少。具体参见《海牙-维斯比规则》第3条和《汉堡规则》第15条。

货地,则只需载明收货地,而不需载明交货地。第11项规定装货港和卸货港,此项规定的前提是,在运输合同中已经指明了装货港和卸货港,反之,则不需要在电子运输记录中载明。

#### 6. 电子运输记录承运人的识别制度

虽然承运人的名称和地址是传统三大公约和《鹿特丹规则》都规定的合同必要记载事项,但是实践中遗漏此项的情形却常见。承运人的识别,是指判断哪些人是与托运人订立运输合同的人。有权识别的主体是非托运人的索赔人,因为托运人本身与承运人订立了运输合同,不需要另外去识别。<sup>①</sup>而托运人以外的索赔人,可能因为种种原因,无法从运输合同中确定承运人,所以才产生识别承运人的问题。

《鹿特丹规则》在第37条规定了承运人识别问题。根据第1款,“如果在合同事项中已经载明了承运人的名称,那么电子运输记录中凡与此不一致的有关承运人身份的其他信息一概无效。”这句话的意思是,合同事项中在“承运人名称和地址”一栏中记载的承运人信息效力最高,其他记载与此不符,则其他记载无效。第2款,若承运人信息未被载明,但装货船舶信息已被记录,可据此推定该船舶登记的所有人为承运人。同时,该款又补充规定了船舶所有人推翻其本人为承运人的两种情形<sup>②</sup>。《鹿特丹规则》作出这样的规定,是因为一般来说,船舶的名称和登记的所有人具有唯一性,将其确定为承运人,是最有效的承运人识别方式,同时也是最合理的方式。而如果是光船租赁,那么实际上船舶的占有人不是船舶登记的所有人,此种情形下,光船承租人与船舶运输的货物具有较之船舶登记的所有人与船舶运输的货物更紧密的联系,所以将其推定为承运人更具有合理性;但又不排除船舶所有人或光船承租人掌握了真正承运人信息的可能性,那么在此情形下,推定他们证明的真正承运人为承运人就更为合理。所以,公约的此种步步推进的规定,是符合实际情形的,也是符合事物发展的逻辑的。当然,公约作出上述规定,都是建立在一个前提上,即索赔人没有提出异议。根据公约第37条第3款的规定<sup>③</sup>,如果索赔人有证据证明承运人不是合同事项中载明的承运人,或者有证据证明不是船舶登记所有人、光船租赁承租人、其他人,那么应当采信索赔人的证据,从而确定谁是承运人。允许索赔人拥有最高的识别承运人的效力,是为了方便索赔人进行索赔,也更具有合理性,首先索赔人通过自己的寻找,有充分证据识别谁是承运人,足以证明其对承运人的名称和住址已熟悉,便于索赔的执行;其次,将船舶登记所有人推定为承运人,将光船租赁承租人推定为承租人,加大了他们的风险,因为很可能存在这种情况,索赔人已经找到了真正的承运人,但是由于索赔的困难而隐瞒实情,从而根据公约规定,将船舶登记所有人或光船租赁承租人确定为承运人,向其索赔,这实际上为制造“冤案”提供了法律漏洞。

#### (二) 电子运输记录制度对构建跨境电子商务运输制度的启示

##### 1. “电子运输记录”制度首次纳入国际公约,为海上运输电子商务奠定了制度基础

《海牙规则》和《维斯比规则》没有提到电子运输记录。《汉堡规则》中有关于电子运输记录的初始记载,该公约第1条规定了“电报和电传”传输数据的效力,另外,该公约第14条为电子签名提供了法律依据。“电子运输记录”首次被以法律的形式进行定义是在《鹿特丹规则》中,但《1990年国际海事委员会电子提单规则》对电子提单(electronic bill of lading)作了规定,由于该规则的很多规定不够具体,难以操作,且没有协调好各方利益,导致该规则没有被国际社会推广采用。

在《鹿特丹规则》对电子运输记录作出法律规定之前,国际贸易公约均没有对电子提单进行具体的规范,而是通过国内法的形式加以调整。但电子运输记录和电子提单是两个不同的概念,电子运输记录的范围要比电子提单的范围广泛。电子运输记录不仅仅解决了电子提单的问题,还解决了其他电子单证的问题,如为订立运输合同而进行的电子数据交换,另外还解决了电子数据的证据效力问题。

“电子运输记录”的概念,虽然是首次被《鹿特丹规则》以法律形式确立下来,但是在此之前国内法中已经有了体现。美国1997年《全球电子商务纲要》和1999年《统一电子交易法》对电子商务作出了规定,另外,1999年《海上货物运输法》第2条对电子提单和电子通讯作出了明确规定。<sup>[5]</sup>这些均为“电

① 对于是否应当将托运人排除在识别承运人的主体之外,《鹿特丹规则》没有作出明确规定,这是公约的一个欠缺,但从承运人识别的合理性和必要性出发,应认为,托运人不属于识别承运人的主体。

② 两种情形:第一,如果船舶所有人能够证明该船处于光船租赁情形下,且能指出该光船承租人的名称和住址,那么可以推定该光船承租人为承运人,如果该光船承租人能够指出真正的承运人,那么就可以推翻将其本人作为承运人;第二,如果船舶登记所有人能够指出真正的承运人,确定其名称和住址,那么就可以推翻将其本人作为承运人。

③ 该款规定“本条规定概不妨碍索赔人证明,承运人是合同事项所载明的人以外的人,或者是根据本条第2款所识别的人以外的人。”

子运输记录”概念的诞生创造了条件。另外,英国早在 1992 年的《海上货物运输法》中就对“电子传输系统”作出了规定。《鹿特丹规则》对电子运输记录的立法明确,旨在为国际货物运输提供统一的法律依据,促进国际贸易发展,也为各国国内立法的发展提供了蓝本。

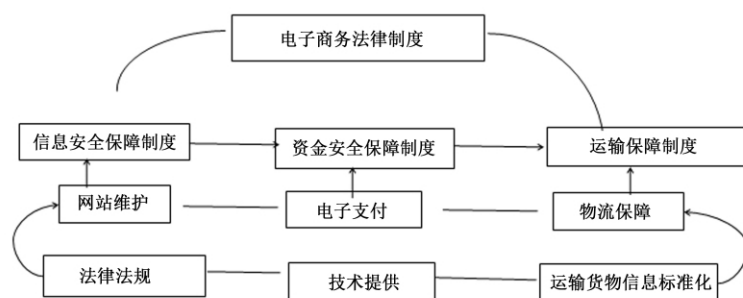
## 2. “电子运输记录”制度实现了《鹿特丹规则》与电子商务法的接轨

电子商务法的基本要求体现为它的基本原则,包括技术中立原则、功能等同原则和媒介中立原则等。《鹿特丹规则》第 8 条有一项重要内容就是引入了电子商务法中的功能等同原则,规定在该条第 2 款。在《鹿特丹规则》最初的草案中没有规定,但在 2005 年伦敦会议上,经过电子商务方面的专家和运输法工作组方面的专家的讨论,认为在公约中明确规定电子通信与纸质单证具有同等效力会更有意义,所以,在新草案中加上了第 2 款。

功能等同原则最早出现在 1996 年的联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》中,意思是在电子商务活动中,现代通讯技术(主要指数据电文)从事的与传统民商事活动相同的行为应具有同等法律效力。另外,该原则在《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》<sup>①</sup>中有体现,并且在《联合国国际货物销售合同公约》<sup>②</sup>中也有体现。功能等同原则是为了适应电子商务发展的需要,是传统商法价值在网络环境下的延伸。《鹿特丹规则》在电子运输记录制度中引入此项原则,是应运输领域中电子商务发展之需。《鹿特丹规则》电子运输记录制度还体现了电子商务法中的技术中立原则。关于技术中立原则,有观点认为,是指“法律对电子商务的技术手段一视同仁,不限定使用或不禁止使用何种技术,也不对特定技术在法律效力上进行区别对待。”<sup>[6]</sup>也有观点认为,技术中立原则从内容上可以分为技术中立和媒介中立两部分。<sup>[7]</sup>该观点认为,技术中立有三层含义,即技术平等、禁止技术歧视和意思自治,意思是对所有技术应当同等对待,不能对一种技术要求高于另一种技术,也不能给予一种技术高于其他技术的待遇,并且法律应当允许当事人选择何种技术进行商务活动。根据该观点,媒介中立要求在电子商务活动中,不把特定媒介,如无线通讯、有线通讯、电视、广播等作为法律规范的基础,并且不论采取纸质还是电子媒介,均应具有同等效力。同样,媒介中立有媒介平等、禁止媒介歧视和意思自治三层含义。在《鹿特丹规则》第 35 条“运输单证或者电子运输记录的签发”中,体现了技术中立原则。根据该条规定,托运人有权要求签发电子运输记录,也可以根据与承运人的约定不签发或者根据行业习惯、惯例或做法不签发;承运人签发的电子运输记录是可以转让的,也可以是不可转让的,可以是传统纸面单证,也可以是电子运输记录。托运人对签发哪种单证有选择权。技术中立原则的引入,是《鹿特丹规则》对电子商务在海上货物运输领域发展的又一贡献。

## 三、“一带一路”背景下构建跨境电子商务运输法律制度

电子运输记录制度为“一带一路”背景下构建我国跨境电子商务运输法律制度提供重要借鉴。跨境电子商务运输法律制度与电子商务法以及其他法律制度存在以下结构:



上图中“运输保障制度”在本文中指跨境电子商务运输法律制度,与其他各个环节相辅相成。跨境电子商务运输法律制度体系应包含电子支付、物流保障的相关法律制度,同时又依赖法律法规、技术提供、运输货物信息标准化建设,据此进行网站维护,构建能够促进运输顺利进行的信息安全保障制度和资金安全保障制度。跨境电子商务运输法律制度是电子商务法律制度的重要内容之一。构建跨境电子商务运输法律制度,核心是完善电子运输记录制度立法。《鹿特丹规则》的电子运输记录制度为此提供

① 见《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 7 条。

② 见《联合国国际货物销售合同公约》第 13 条。

了重要的借鉴。

正在制定的《电子商务法》应吸收跨境电子商务运输法律制度,该制度的核心应该是电子运输记录制度。电子运输记录制度虽然来源于《鹿特丹规则》,服务于海运,但对陆路运输和航空运输,笔者认为也应当适用。“一带一路”背景下的电子商务立法,应该包含跨境电子商务运输法律制度,该制度应涵盖各个领域的运输,包括海上货物运输与陆路运输以及航空运输。

首先,从立法上应当肯定电子运输记录的合法性,并且基于功能等同原则和技术中立原则,赋予其与纸面运输单证同等法律效力以及保持技术中立。其次,在具体制度设计上,引入“电子运输记录”概念,应系统地对电子运输记录作出规定,具体应包括:(1)关于范围,电子运输记录有没有必要与提单并存,或者规定电子运输记录包含提单概念。笔者认为,可将二者并存。我国《海商法》中的提单,传统概念里指纸面提单,在加入电子运输记录之后,证明我国《海商法》在引进电子运输记录概念的同时,依然保留对传统纸面提单的法律效力。(2)规定电子运输记录的可转让与不可转让两种类型,选择何种类型,取决于托运人与承运人的约定或惯例、做法。这是尊重合同意思自治原则的体现。(3)规定纸质提单和电子运输记录之间的可替换性,这样有利于减少“保函”和“无单放货”带来的不利现象发生。(4)规定电子运输记录的证据效力,具有与纸面提单同等的证据效力,同时完善纸面提单证据效力的规定,根据可转让与不可转让,分别作出不同的规定。

我国《海商法》已经具有滞后性,这对电子商务在我国发展国际海上货物运输领域有很大的局限性。而近二十年来,我国的电子商务法律总体上发展还是比较快的,这也是与世界接轨,与时俱进的需要。我国还没有加入《鹿特丹规则》,但不论是否加入,该公约都值得我国引起重视。如果将来加入,那么我国《海商法》必定要修改;如果不加入,该公约一些先进的、好的法律制度也值得我国学习和借鉴。《鹿特丹规则》为了解决无单放货问题,促进海运领域电子商务的发展,促进国际贸易的健康持续发展,设立了电子运输记录制度。该制度从多个方面进行了较为详细的规定,对我国在倡导“互联网+”的时代背景下,修改和完善《海商法》,促进“互联网+海运”的发展有重要的借鉴意义。

与《鹿特丹规则》电子运输记录制度相比,我国《海商法》尚无电子运输记录的立法规定。仅在《海商法》第四章有提单制度的规定。我国《海商法》没有电子运输记录的概念,且在定义提单时,将其与其他单证区分开来,规定承运人签发提单以外的单证,均不得转让。《鹿特丹规则》在第1条第18款明确规定了电子运输记录的概念,且在第19款和第20款规定了可转让电子运输记录和不可转让电子运输记录,并没有将电子运输记录与其他电子单证区别开来加以规定。另外,我国《海商法》没有规定提单之外单证的证据效力。

在“一带一路”电子商务背景下,我国应当本着尊重可操作性、体现本国国情、服务对外贸易的宗旨,借鉴电子运输记录的有关规定,构建我国的跨境电子商务运输法律制度;完善我国《海商法》第四章关于提单的立法;完善我国《合同法》相关规定。我国建立以电子运输记录法律制度为核心的跨境电子商务运输法律制度,是符合“一带一路”电子商务发展要求的,也是必要的,紧迫的。

#### [参 考 文 献]

- [1] 朱曾杰,吴焕宁,张永坚,等.鹿特丹规则释义[M].北京:中国商务出版社,2011.
- [2] Alexander Von Ziegler, Stefano Zunarelli, Johan Schelin. The Rotterdam Rules 2008: Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea [J]. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2010: 51.
- [3] Ritter J B, Gliniecki J Y. International Electronic Commerce and Administrative Law: The Need for Harmonized National Reforms [J]. Harvard Journal of Law and Technology, 1993, (6): 263-285.
- [4] 胡正良,於世成,郑丙贵,等.《鹿特丹规则》影响与对策研究[M].北京:北京大学出版社,2014: 61.
- [5] Low, Rouhshi. Replacing the Paper Bill of Lading with an Electronic Bill of Lading: Problems and Possible Solutions [EB/OL]. [2016-01-08]. <http://www.law.upenn.edu/bl/ulc/uecicta/eta1299.htm>.
- [6] 孙占利.论电子商务法的基本原则——以全球电子商务立法为视角[J].现代法学,2008,30(3): 114-122.
- [7] 齐爱民,徐亮.电子商务法原理与实务[M].武汉:武汉大学出版社,2010: 33.

(责任编辑:马琳)