



# 电子可转让记录立法的 “单一性”难题和破解

Legislation on Electronic Transferable Record:  
Problem and Solution

郭瑜 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



# 电子可转让记录立法的 “单一性”难题和破解

Legislation on Electronic Transferable Record:  
Problem and Solution

郭瑜 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

电子可转让记录立法的“单一性”难题和破解/郭瑜著. —北京:北京大学出版社, 2019. 5

ISBN 978-7-301-30459-4

I. ①电… II. ①郭… III. ①电子商务—国际商法—研究 IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 080884 号

- 书 名** 电子可转让记录立法的“单一性”难题和破解  
DIANZI KEZHUANRANG JILU LIFA DE “DANYIXING”  
NANTI HE POJIE
- 著作责任者** 郭瑜 著
- 责任编辑** 冯益娜
- 标准书号** ISBN 978-7-301-30459-4
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn>
- 电子信箱** [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话** 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672  
编辑部 010-62752027
- 印 刷 者** 北京富生印刷厂
- 经 销 者** 新华书店
- 730 毫米×1020 毫米 16 开本 15.5 印张 270 千字  
2019 年 5 月第 1 版 2019 年 5 月第 1 次印刷
- 定 价** 43.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

# 国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学工作办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学工作办公室

# 贸易法委员会、中国与数字丝绸之路

[意]卢卡·卡斯特兰尼<sup>①</sup>

## 一、贸易法委员会在电子商务领域的工作

全球化的重要特征之一,是电子通信的广泛使用。从基于网页的应用到电子邮件以及即时通信,大量不同技术在商业交易中每天被使用。虽然电子通信可以作为支持经济发展的有力工具,但并非在所有国家都同样成功地被如此运用。在广泛使用电子通信至少 30 年,以及电子通信首次获得法律承认——第一个被报告的关于电子签名的法律地位的案件是美国新罕布什尔州最高法院(the New Hampshire Supreme Court)1869 年所判决的 Howley v. Whipple 案<sup>②</sup>——至少 150 年后,我们知道电子通信的成功运用是恰当的政策选择、法律改革和技术基础设施相互作用的结果。

法律改革可能涉及管制性或赋能性事项,可能在一国范围,也可能在国际范围。就赋能性而言,法律应处理与电子通信性质相关的问题,移除其使用的障碍,包括那些因在其广泛使用前通过的法律而产生的障碍。

联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)是联合国系统在国际贸易法领域的核心法律机构。它是联合国大会为了促进国际贸易法的逐步协调和统一而决定成立的。UNCITRAL 从 20 世纪 80 年代开始处理电子商务的法律问题,制定了一系列电子通信和电子签名的统一法律文本,这些法律文本已经在很多法域被采用,不仅可以适用于商业交易,也适用于所有通过电子方式进行的交易。

UNCITRAL 已经制定的适用于一国或跨境的电子交易的法律文本现有四个:《电子商务示范法》《电子签名示范法》《电子通信公约》和《电子可转让记录示范法》。

UNCITRAL 法律文本建立在三个基本原则:不歧视原则、功能等同原

---

<sup>①</sup> 卢卡·卡斯特兰尼(Luca Castellani)系联合国国际贸易法委员会第四工作组(电子商务)秘书。但本文中的观点仅代表本人观点,并不当然反映联合国国际贸易法委员会的观点。本文原文为英文,由本书作者翻译为中文。

<sup>②</sup> 48 N. H. 487 (1869).

则和技术中立原则。不歧视原则要求不能仅仅因为电子交易的性质而加以歧视;功能等同原则确立了当某些条件满足时,电子交易应与其他类型的通信,即基于纸质的通信,法律价值等同;技术中立原则规定法律不应要求使用某种特定的技术,而应通过使用一般性术语包容所有现有及未来的技术。最后,但并非最不重要的,通过采用当事人意思自治原则,UNCITRAL 电子商务规则可以适应合同当事人的商业需求,允许他们设计最适合他们的法律框架。

最近,UNCITRAL 及其秘书处也致力于制定海关单一窗口和无纸贸易便利化的指南和法律条文。这一工作通常与其他政府间国际组织合作进行。这种合作的一个重要成果,是 2016 年由联合国亚太经济社会委员会通过的《亚太跨境无纸贸易便利化框架协定》。

关于贸易便利化的工作有助于澄清自由贸易协定与贸易法委员会文本之间的关系。在这方面,应注意到,《跨太平洋伙伴关系协定》及其继承者——《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》包括一个义务,要维持一个与《电子商务示范法》或《电子通信公约》的“原则相一致”的“调整电子交易的法律框架”。很可能区域全面经济伙伴关系协定(the Regional Comprehensive Economic Partnership)也将包括类似规定。

## 二、贸易法委员会《电子可转让记录示范法》

2011 年,UNCITRAL 重新开始其在电子商务领域的立法活动,准备制定一个使纸质可转让单证和票据,即提单、票据、仓单等包含一个请求支付一笔钱或交付一批货物的权利的单据的电子化成为可能的示范法。《电子可转让记录示范法》代表了这项工作的成果。这个成果非常显著。因为在这个领域很少有国内法存在,而且现有的法律只处理一种可转让单证或票据,还通常是技术特定的,可能创造出与现有可转让单证或票据功能不等同的电子可转让记录,从而出现双重法律体系。

《电子可转让记录示范法》是技术中性—模式中性的,因而与分布式账本的使用协调。因为它贯彻功能等同原则,并不改变适用于纸质可转让单证或票据的现有实体法,而只是使其在电子环境下可使用。采用功能等同途径不仅可以不改变现有实体法,而且允许以一种连贯的态度发展纸质单据和电子记录的法律。事实上,如果建立纸质单据和电子记录的双重实体法规则,可能导致在当前实务中常见的纸质单据和电子记录同时使用时,出现法律的空白和分歧。

《电子可转让记录示范法》适用于所有类型的可转让单证和票据,这可能打开一个特别重要的发展的大门。

一个跨境商业交易是一个单一的活动。在简单一点的交易,如现货买卖中,这一点显而易见。具体的操作细节当然可能各有不同。例如,交付和支付可能分期进行。但是这些行为的履行发源于一个合同安排,各方可根据需要修改。

然而,当前商业实践中,单一交易往往面临多重商业性和管制性文件:除了合同本身,还有提单、信用证、报关单、原产地证书,等等,有些需要纸质,有些需要电子形式,有些需要二者兼具。这导致多重努力和没有效率地使用资源。更重要的,由于错误或其他相互不一致的存在,每种文件可能不能准确反映交易的所有细节。

数字化是一个重整交易流程的机会,而不只是把它们从纸质环境移到电子环境。相应地,由于有了《电子可转让记录示范法》,现在有可能考虑设计一个包括所有与一个跨境交易相关的商业性和管制性信息的单一记录。该记录中包括的信息可以有选择地与每个商业伙伴分享。该单一记录中包括的数据将是最全面、准确和及时的,因为它可以自动反映任何变动。它同时将是原始的,可以提供关于其来源的高度可靠性。

这样的途径可以使供应链金融与物流的相互作用更充分,为商业流程管理带来极大好处。例如,由于关于货物状况的信息更易得,交易风险评估可以得到改进。同时,IT系统可以更流畅。在管理方面,这种途径可以通过保证同样的信息被提供给所有相关机构,并大大促进跨境无纸化交易。

使用第三方平台进行记录管理,可以使更广泛的用户更容易地得到信息。分布式账本或其他适当技术的使用,可以为系统的独立性提供高度的可靠性,还可以设计保证隐私和秘密的措施。

总而言之,全套商业和行政管理单据的电子化是一个迫切需要。如果采用《电子可转让记录示范法》,看起来将这些单据整合为单一电子记录不会有什么法律障碍。如果商业经营者和管理者可以共同努力,安全、有效率无纸化贸易就将成为现实。

### 三、贸易法委员会电子商务规则与中国

中国对统一商法和 UNCITRAL 规则总的来说持支持态度。认识到一个电子商务的赋能性法律环境的重要性,中国已经以 UNCITRAL《电子商务示范法》和《电子签名示范法》为基础或在其影响下制定了国内法。同时,也

已经签署了《电子通信公约》，并已经将该《公约》第 12 条合同缔结过程中自动信息系统的使用，在中国于 2018 年颁布的《电子商务法》中加以体现。

中国当前正通过“一带一路”倡议巩固其全球贸易领导地位。该倡议的一个重要组成部分是数字丝绸之路，一个使数据流动的复杂的物理和虚拟基础设施。如前所述，这类努力的成功取决于政策、技术和法律的相互作用。

UNCITRAL 最近的规则，也被称为“UNCITRAL 电子商务法 2.0”，可能促成数字丝绸之路的成功。但这需要《电子通信公约》的批准和《电子可转让记录示范法》的采用。《亚太跨境无纸贸易便利化框架协定》的批准也将是有益的，而中国已经这么做了，这将有助于搭建电子商务的管制性和赋能性规则之间的桥梁。

采用法律文本是通向成功所必需的第一步。必需的第二步，则是能力建设，使这些法律规则能够被正确解释和适用，特别是完成由于这些规则的性质而产生的统一解释的任务。本书是关于《电子可转让记录示范法》的第一本专著，可以在这方面起到重要作用。本书作者是《电子可转让记录示范法》起草期间在第四工作组以及通过《电子可转让记录示范法》的委员会第五十届大会上中国代表团的活跃成员，可以提供《电子可转让记录示范法》意图如何适用的深层次的分析。

我们因此欢迎这本书的出版，鼓励中国学者和实务人士阅读此书并进一步研究《电子可转让记录示范法》，从而发现该《示范法》可以促进全球电子商务的各种可能性。

2018 年 9 月于维也纳

## 序 言

从前慢。而当今的一切似乎都在加速,包括法律变化的速度。“电子可转让记录”(electronic transferable record, ETR)这个词,我几年前第一次看到时完全是一头雾水。直到把“电子可转让记录”与电子票据、电子提单、电子仓单这些相对熟悉的词语挂上钩,才算理出一些头绪。

事实上,“电子可转让记录”是联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)最近制定《电子可转让记录示范法》(《ETR 示范法》)时采用的新词,用以表述提单、票据等“可转让单据”的电子对等物。这个新词又与另一个新词“跨境无纸化贸易”密切相关。一种普遍接受的观点是,通过将贸易中使用的各种纸质单据“电子化”,使其可被电脑处理和传输,实现贸易的“无纸化”,可以极大地节省时间和成本,从而使国际贸易实现跨越式的发展。然而,在把有形的纸张转化为无形的电子记录的过程中,各种可转让单据的“可转让”特性成了一个难以跨越的障碍,甚至被称为国际贸易电子化进程中最具挑战性的难题。有人坚信,可转让单据电子化是一个根本不可能完成的任务。但也有人认为这个任务是可能完成的,并着手去攻克这一难关。《ETR 示范法》是后一派乐观主义者最近的工作成果。我有幸作为中国代表团的一名成员,从2013年到2017年陆续参加了《ETR 示范法》的各次谈判,因而也就有机会在最近几年一直被各种新名词、新术语轮番袭击。惭愧地说,虽然手忙脚乱,直到《ETR 示范法》出台,还是有好些问题没有太明白。学习过程辛苦,为了把心得体会记下来供需要的人参考,于是有了这本书。

这本书的主要内容围绕《ETR 示范法》展开。全书共十章。第一章和第二章是本书讨论问题的起点和背景。其中第一章将 ETR 放在国际贸易的大背景下,介绍 ETR 发展不畅的现状及其对跨境无纸化贸易的阻碍。第二章讨论法律为什么要对可转让单据作出“纸质”要求及这种要求的重要性。第三章至第五章介绍替代“纸质”要求的各种方案。其中第三章介绍合同解决方案及其存在的问题,第四章介绍现有各种立法例并分析其不足,第五章介绍《ETR 示范法》,包括其讨论过程、主要内容、核心争议和达成的妥协。第六章至第八章尝试对 ETR 立法进行一些理论探讨。第六章提出 ETR 立法

的核心任务是对信用共识的确认,网络环境下当前有三种信用共识机制,并存在“中心化”与“非中心化”信用之别。第七章提出“功能等同法”作为一种立法方法具有“刚性”和“柔性”,在应用于 ETR 立法时具有一些特殊性,需要特别处理。第八章对《ETR 示范法》的成就和不足进行评论。第九章至第十章是结合中国具体情况进行的一些讨论。其中第九章讨论中国对 ETR 立法应持有的态度、《ETR 示范法》对中国的可借鉴性以及中国对《ETR 示范法》应采取的立场。第十章讨论在《ETR 示范法》基础上构建一个电子交付的国际贸易法律体系的必要性和可能性。

在我看来,整个《ETR 示范法》谈判的过程,实际上就是围绕一个问题在反复拉锯:在可转让单据的法律制度中,单据这张纸的功能是什么?如何在电子环境下达到等同的效果?而票据、提单、仓单这些“可转让单据”的“功能”是什么,不同的人从不同的角度看可能得出不同的结论,从而立法也就呈现出多种不同的可能性。由于“功能”是一个有不同描述方法的“软”标准,而“等同”却是一个非此即彼的“硬”标准,对“功能等同”的要求宽严不同,对电子化风险的分配也就不同。不同国家和不同行业,对不同的风险分配各有偏好。因此如何“功能等同”并不单纯是个如何表述的技术问题,而是涉及利益之争。由此,一些国家在《ETR 示范法》谈判中的针锋相对乃至剑拔弩张也就在情理之中了。

解决争论的要点,在于准确理解可转让单据的性质。可转让单据不仅可以作为当事人之间的交付/支付工具,而且可作为融资工具。因而保持可转让单据与单据下权利的“一对一”关系,或者说保持可转让单据下权利的“单一性”,就不仅是当事人之间的事,也是涉及公共利益的事。可转让单据制度中的“纸质”要求实际是为“单一性”提供的一种信任机制。为维护当事人之间的公平以及社会公共利益,对电子环境下替代“纸质”要求的信任机制,也应要求其能严格保证“单一性”。但棘手的问题是,当前电子环境中可能还不能提供如纸质一样确定的“单一性”保障机制,商业实践中也还没有出现真正能替代纸质可转让单据的电子可转让记录。这种情况下放松法律要求固然不足取,但要明确法律要求也确实为难。《ETR 示范法》尝试找出一种最恰当的模式,而最终是在“独一无二”与“控制”两种路径之间达成了一种妥协。这种妥协可能是目前能得到的最好方案。

中国是国际贸易大国和航运大国,中国公司每天都在大量签发和使用各种可转让单据。可转让单据是否能顺利电子化,对国际贸易电子化的顺利发展举足轻重,对中国的经济利益也举足轻重。参与乃至主导可转让单据电子

化法律规则的制定对中国有重要战略意义。当然,反过来,中国的态度如何,对《ETR 示范法》的最后走向也有重要影响。中国要不要依据这个示范法制定国内法,需要考虑多种因素。但即使不直接依据示范法制定国内法,示范法采用的“功能等同”立法方式,以及以“单一性加控制”来替代传统法律中的“纸质”要求的做法等,都值得中国将来构建可转让单据电子化法律制度时加以借鉴。

《ETR 示范法》可能成为跨境无纸化贸易法律制度建设中重要的一环,但不会是最后的一环。在电子可转让记录广泛适用于国际贸易后,现有的其他一些国际贸易法律规范,如联合国《国际货物销售合同公约》等也需要进行相应的修改。当前国际贸易的“碎片化”深受关注,国际贸易的“整体电子化”却似乎未获足够重视。随着电子商务立法的重点从国际贸易的签约阶段向履约阶段发展,构建电子交付/支付的国际法律框架也许是下一步的重点。

这本书首先希望能为了解《ETR 示范法》提供一个窗口,同时也希望为探讨国际贸易法律规则电子化提供一些素材,因此,本书的内容不仅包括了作者作为谈判参加者了解到的示范法谈判的背景、过程和结果,也包括了作者的一些调查、研究和发散性思考。由于这本书的写作断断续续持续了好几年,书中一些内容可能存在不连贯、表达不清楚等问题。当然表达不清楚也和一些问题想得不够清楚有关。无论如何,希望这本书能激起一些对国际贸易电子交付/支付法律框架的重要性及其包含的风险和机遇的讨论。

虽然这本书篇幅不算长,但为了完成这本书花的时间却不算短。为此,我需要列出一个长长的致谢名单。首先要感谢先后一起参加过《ETR 示范法》谈判的中国代表团的其它成员,特别是商务部的王建波、刘红、刘克毅、黄杰和中国国际贸易促进委员会的陈建等各位处长,对外经贸大学的王建教授、暨南大学的刘颖教授,还有我的同事谷凌教授,他们是我探索新问题路上的同行者,书中的许多问题我们都在一起讨论过。然后要感谢这几年被我或多或少打扰过的各位专家朋友,包括但不限于帮助我了解电子提单实务的中远公司的各位朋友,如宋春风先生、梁艳女士、杨稚女士、韩培学先生、李魏先生等,帮助我进行提单司法实践调查的关正义先生、黄伟青先生,向我普及区块链知识的沈波先生、孙铭律师、卿苏德先生,协助我调研电子签名问题的国富安公司的唐清文先生,为我对仓单和票据的调研提供各种资讯和方便的中仓仓单公司的杨沁河先生、大华银行的仲昕先生,等等。还要感谢我的前后几届学生,上课时我常常和他们一起讨论正在研究的问题,从他们那里得到许多启发。最近的一届研究生还帮我校对了书稿清样。还要感谢不断敦促

我赶紧工作,从而使这本书得以完成的北大出版社的冯益娜女士、我的同事王桔女士。还要感谢吴焕宁、张永坚、赵桂茹三位老师,不管我何时想讨论何种问题,他们总是耐心倾听,积极建议,总能帮我理清思路。家人永远是需要感谢的对象,但这本书里我想特别提到家庭成员中最小的一位,这个世界上最古灵精怪的小仙女。我开始参加《ETR 示范法》谈判时她刚刚降生,因此我想把这本书送给她作为六周岁的礼物。

郭 瑜

2018年11月

# 目 录

一、法律的“纸质”要求阻碍 ETR 发展 .....	1
(一) ETR 与跨境无纸化贸易 .....	1
(二) ETR 发展不畅 .....	4
(三) ETR 发展不畅对国际贸易的影响 .....	6
(四) ETR 发展不畅的法律原因 .....	11
二、法律“纸质”要求的目的及重要性 .....	15
(一) “纸质”的“功能等同”难题 .....	15
(二) “纸质”要求的目的:保证“请求权单一” .....	20
(三) “请求权单一”作为“可转让性”的基础 .....	21
(四) 违反“请求权单一”的危害 .....	27
三、替代“纸质”要求:合同解决路径 .....	34
(一) 常见技术模式和典型商业实践 .....	34
(二) 个案调查——中国电子提单实践 .....	41
(三) 合同解决路径的问题分析 .....	49
四、替代“纸质”要求:现有立法例 .....	55
(一) 现有的代表性立法 .....	55
(二) 现有立法例分析 .....	68
五、替代“纸质”要求:《ETR 示范法》的解决方案 .....	72
(一) 《ETR 示范法》的制定过程 .....	72
(二) 《ETR 示范法》的主要内容 .....	78
(三) 《ETR 示范法》的路径之争 .....	91
(四) 《ETR 示范法》路径之争的要点 .....	103

六、网络环境的信用共识 .....	105
(一) “纸质”要求的信用共识 .....	105
(二) 当前 ETR 的信用模式 .....	106
(三) 信用的中心化与非中心化 .....	110
(四) 区块链:一种新型信用模式? .....	119
(五) 信用共识的选择与博弈 .....	127
七、“功能等同法”对电子化风险的分配 .....	129
(一) “功能等同”的立法办法 .....	129
(二) 影响“功能等同”宽严的因素 .....	133
(三) “功能等同法”的风险分配效果 .....	141
(四) “功能等同”宽严与促进电子化 .....	145
(五) “宽严之选”的国别因素 .....	152
八、《ETR 示范法》的成就和局限性 .....	154
(一) 《ETR 示范法》确立的信用共识 .....	154
(二) 《ETR 示范法》的严格性与灵活性 .....	158
(三) 《ETR 示范法》对商业实践的意义 .....	169
(四) 《ETR 示范法》的局限性 .....	180
九、ETR 立法的中国立场 .....	182
(一) 中国对《ETR 示范法》的参与 .....	182
(二) ETR 在中国的实践概况 .....	190
(三) 中国在 ETR 国际立法中的选择 .....	196
(四) 中国对《ETR 示范法》的采用或借鉴 .....	204
十、国际贸易电子交付的法律框架 .....	216
(一) 电子交付对国际贸易的重要性 .....	216
(二) 国际贸易规则的因应变化 .....	222
(三) 中国的行动 .....	225
后 记 .....	235

# 一、法律的“纸质”要求阻碍 ETR 发展

## (一) ETR 与跨境无纸化贸易

21 世纪被称为“电子商务”的时代,以至于有人断言:21 世纪要么电子商务,要么无商可务。国际贸易也不可能脱离时代的大趋势。跨境电子商务,或者说跨境无纸化贸易正被视为新的经济增长点<sup>①</sup>,其增长速度已经连续多年远超全球贸易增速。虽然没有人说“21 世纪要么跨境无纸化贸易,要么无跨境贸易”,但许多国家以及国际贸易组织近年来却都不约而同地大力推动跨境无纸化贸易。如亚太经合组织(APEC)从 1998 年即开始推动跨境无纸化贸易,并于 2004 年推出了《APEC 跨境无纸贸易行动战略》,为 APEC 跨境无纸贸易的实施制定了行动框架和时间表。2016 年,联合国亚太经济社会委员会(ESCAP)通过了《亚太跨境无纸贸易便利化框架协定》,为各国规范单一窗口制式、建立统一电子贸易文件接口及实现跨境质检商检互认等提供了共同的行动框架,并借此推动贸易数据文件交换电子化,提高国际贸易的效率和透明度。具体到中国,跨境电子商务的增速也远超贸易总体增速。一方面国内采取了各种措施,如从 2012 年 8 月开始进行通关作业无纸化改革,到 2014 年 4 月,中国通关作业无纸化实现了对所有海关通关业务现场和业务领域的全覆盖,在为进出口公司减少通关时间、降低贸易成本方面成效显著。<sup>②</sup>另一方面,中国也积极参与国际组织在跨境电子商务方面的活动,如 2017 年 8 月与孟加拉国、柬埔寨一起率先签署了 2016 年联合国 ESCAP 通过的《亚太跨境无纸贸易便利化框架协定》。

但是,目前各国政府推动进行的跨境无纸化贸易方面的努力,更多集中

---

① 电子商务是一个不断发展的概念。IBM 公司于 1996 年提出了 Electronic Commerce(E-Commerce)的概念,到了 1997 年,该公司又提出了 Electronic Business(E-Business)的概念。E-Commerce 是指实现整个贸易过程中各阶段贸易活动的电子化,E-Business 是利用网络实现所有商务活动业务流程的电子化。现在对“电子商务”有各种定义,但一般都承认电子商务的主要特点是通过网络完成全部或部分交易行为。“跨境电子商务”与“跨境无纸化贸易”,在不同语境下各有侧重,但本书并未严格区分使用这两个词语,这两个词语都被用来泛指各种利用电脑和网络进行的跨境贸易活动。

② 据我国商务部统计,无纸化贸易为进出口公司减少 24%—44%的通关时间,从而降低 17%—31%的贸易成本。参见商务部官网(<http://www.mofcom.gov.cn>)。

在单一窗口、清关信息互通等行政管理方面需要的单据的无纸化,因而涉及的主要是合同、发票、原产地证书、装箱单、提货单等。国际贸易中广泛使用的另一类单据,即在商业主体之间流转,但无需提交海关清关的提单、汇票等单据,却较少被涉及。而提单、汇票虽然也是单据,但性质特殊,是“可转让”单据,其电子化与一般单据相比有特殊的困难。同时,提单、汇票涉及国际贸易中最重要的两个环节:支付与交付,并且影响到国际贸易融资。提单和票据不能电子化,国际贸易的电子化就难以真正实现,也不会有真正的跨境无纸化贸易。

作为联合国系统在国际贸易领域的核心法律机构——联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)以协调各种国际商业规则并使之现代化为己任。<sup>①</sup>在电子商务国际立法方面,UNCITRAL一直发挥着积极作用。在已经牵头制定了《电子商务示范法》《电子签名示范法》《电子通信公约》等一系列法律文件<sup>②</sup>后,UNCITRAL又将视线转向可转让单据电子化的难题,并于2017年8月正式通过了《电子可转让记录示范法》(UN Model Law on Electronic Transferable Records,以下简称《ETR示范法》或MLETR)。

作为UNCITRAL在电子商务领域立法的最新成果,《ETR示范法》适用于“电子可转让记录”(electronic transferable record, ETR)。“电子可转让记录”是指可转让单据的电子等同物(electronic equivalent)。“可转让单据”(transferable document or instrument)则是指“在纸张上签发的,使持有人有权要求履行单据中指明的义务,并且有权通过转让单据而转让其中指明的要求履行义务的权利的单据”<sup>③</sup>,典型的是票据、提单、仓单等,但不包含股票、债券等“金融证券”或“投资证券”。<sup>④</sup>

在英美法系中,“可转让单据”中的“据”(instrument)主要是指记载金钱

① 参见联合国国际贸易法委员会官网(<http://uncitral.un.org>)。

② 《电子商务示范法》并未对“电子商务”下一个定义。但在其《颁布指南》的第7段,对电子商务的范围进行了解释和说明。相关法律文件见联合国国际贸易法委员会官网(<http://uncitral.un.org>)。

③ 参见《ETR示范法》第2条“可转让单据”的定义。《ETR示范法》中文本中将“transferable document or instrument”称为“可转让单证或票据”,本书则称为“可转让单据”以达到简洁的效果,但所指的对象都是一样的。

④ 《ETR示范法》的“可转让单据”的定义最初受《电子通信公约》影响。《电子通信公约》第2条第2款将可转让单据排除在该公约适用范围之外,并对可转让单据作了一般描述。《ETR示范法》下只是列举了示例清单,包括汇票、支票、本票、运单、提单、仓单、保险凭证、空运单,具体哪些单据可转让应由适用的实体法来决定。示例清单借鉴了《电子通信公约》第2条第2款,该款规定:“本公约不适用于汇票、本票、运单、提单、仓单或可使持单人或受益人有权要求交付货物或支付一笔款项的可转让单证或票据。”参见联合国国际贸易法委员会《电子可转让记录示范法的解释性说明》,第19段、第38段。

支付命令的纸张,而“单”(document)主要是指记载物品交付命令的纸张。<sup>①</sup>“票据是对一笔款项的权利凭证,而单据是对一批货物的权利凭证。”<sup>②</sup>同时,英美法系区分单据的“转让”(transfer)和“流通”(negotiate)。<sup>③</sup>可转让单据可以是可流通的(negotiable),也可以是可转让而不可流通的(non-negotiable)。“一份可流通票据是根据商业惯例或法律可以通过交付和背书转让给一个善意付对价的买方,使其不受前手权利瑕疵影响。一份不可流通票据是虽然可以通过交付和背书转让权利,但不能使受让人获得优于其前手的权利。”<sup>④</sup>而“可转让记录”(transferable record)这个概念最早是在美国提出的。1999年7月美国颁布《统一电子交易法》(UETA),其中第16条首次规定了“可转让记录”,其后颁布的《国际与国内商务电子签名法》(E-SIGN)和《统一商法典》(UCC)修正版等都采用了这一概念。<sup>⑤</sup>

在大陆法系国家,一般不使用“可转让单据”这个词,而是将票据、提单、仓单等统称为“有价证券”。“有价证券一词为德国学者所首创,并为德国商法典所采用。”<sup>⑥</sup>这个词现在为包括日本在内的大多数大陆法系国家所采用。“日文汉字即为有价证券,中文援用了此词。”<sup>⑦</sup>“有价证券一语,见诸法典,乃以一八六一年之德国旧商法为其绝矢,阙后日本明治二三年之旧商法第四条及我国现行各种法令上均相继采用。”<sup>⑧</sup>大陆法系的“有价证券”与英美法系的“可转让单据”从内涵到外延都并不完全等同,但都包括提单、票据和仓单。同时,大陆法系一般不区分“可转让”和“可流通”的不同法律效果。

传统法律中,提单、票据和仓单法律性质迥异,分别由不同的法律部门调

① 美国《统一商法典》第9条规定:“‘document’ means a document of title or a receipt of the type described in Section 7-201 (b).” “‘instrument’ means a negotiable instrument or any other writing that evidences a right to the payment of ……”

② “an instrument is a document of title to money.” Roy Goody, *Commercial Law*, Third Ed., Penguin Books, 2004, p. 48.

③ 《ETR示范法》一开始打算分清可转让与可流通的问题,“工作组注意到,当电子记录的转移涉及第三方时仍然存在重大挑战。关于这一点,会上强调,应当区分可转让性和可流通性,同时特别侧重于后者,因为可流通性除其他外还涉及对第三方的保护。会上商定,工作组应当深入审议可转让性和可流通性的概念,并对这两个概念的区别做出澄清。”A/CN.9/737,第23段。但是后来的讨论中这种尝试被放弃了,而是决定尽量回避对实体法的讨论。“工作组讨论了可转让性和可流通性的区别,一致认为可流通性涉及持有人在实体法下的基本权利,因此讨论应侧重于可转让性。”A/CN.9/761,第21段。

④ Roy Goody, *Commercial Law*, Third Ed., Penguin Books, 2004, p. 477.

⑤ 相关发展可参阅 Jane K. Winn, What Is a Transferable Record and Who Cares, *Boston University Journal of Science and Technology Law*, Vol. 7, Issue 2, 2001, pp. 203—214. 联合国国际贸易法委员会制定《电子可转让记录示范法》时借用了这个概念。

⑥ 谢怀栻:《票据法概论》,法律出版社1990年版,第8页。

⑦ 吴建斌:《现代日本商法研究》,人民出版社2003年版,第547页。

⑧ 王仁宏:《有价证券之基本理论》,载台湾大学法律学系主编:《郑玉波先生七秩华诞祝贺论文集》,台湾三民书局1988年版,第1页。