

国际货物贸易 所有权转移

吴彬◎著

法律出版社
LAW PRESS CHINA

国际货物贸易合同上标的物皆为国际运输且以单证形式交付，物流和单证流的分离性使所有权转移方式存在特殊性，仅将「货交第一承运人」作为标准未必适应复杂的现实情况，故转移方式之确定须将合同约定之国际贸易术语、单证类型、交付方式和结算条件等要素类型化并置于合同系属的物权转移的不同立法模式中予以考察。国际货物所有权转移问题涉及不同国家的物权法、合同法、破产法、海商法和保险法等以及国际法和国际惯例，由此这项研究颇具广度和深度。

国际货物贸易合同上标的物皆为国际运输且以单证形式交付，物流和单证流的分离性使所有权转移方式之确定须将合同约定之国际贸易术语、单证类型、交付方式和结算条件等要素类型化并置于合同系属的物权转移的不同立法模式中予以考察。国际货物所有权转移问题涉及不同国家的物权法、合同法、破产法、海商法和保险法等以及国际法和国际惯例，由此这项研究颇具广度和深度。



上海市律师协会文库

国际货物贸易 所有权转移

吴彬◎著

 法律出版社
LAW PRESS CHINA



上海市律师协会文库

图书在版编目(CIP)数据

国际货物贸易所有权移转/吴彬著. —北京:法律出版社, 2016. 8
(上海市律师协会文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9884 - 5

I. ①国… II. ①吴… III. ①贸易法—研究 IV.
①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 203237 号

国际货物贸易所有权移转

作 者: 吴 彬
责任编辑: 彭 雨
装帧设计: 李 瞻
责任印制: 张建伟

出 版 法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)
<http://www.lawpress.com.cn/>

编辑统筹 法律职业教育出版分社

经 销 新华书店

总 发 行 中国法律图书有限公司 <http://www.chinalawbook.com/>
第一法律书店 (010 - 63939781/9782) 西安 (029 - 85388843)
重庆 (023 - 65382816/2908) 上海 (021 - 62071010/1636)
北京 (010 - 62534456) 深圳 (0755 - 83072995)

销售专线 010 - 63939806/9830

数据支持 法律门 <http://www.falvmen.com.cn/>

开 本 720 毫米 × 960 毫米 1/16

印 张 12.75

字 数 200 千

版 本 2016 年 9 月第 1 版

印 次 2016 年 9 月第 1 次印刷

印 刷 北京京华虎彩印刷有限公司

书 号 ISBN 978 - 7 - 5118 - 9884 - 5

定 价 34.00 元

所有权利保留。未经许可, 不得以任何方式使用。

如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换。

谨以此书献给我的父亲
吴正义先生

上海市律师协会文库

编委会顾问：郑善和 王 协

编委会主任：俞卫锋

编委会执行副主任：王 嵘

编委会副主任：周天平 管建军 邹甫文 潘书鸿 吕 琰 陈 东

编委会委员：陈乃蔚 黄 绮 鲍培伦 傅鼎生 季 诺 杨忠孝

史建三 刘小禾 王旭峰 潘 瑜

编委会学术顾问：倪正茂

总 序

上海市律师协会自诞生之日起,已经历三十多个春秋,见证律师业逐步成为上海现代服务业的重要组成部分,并迎来一个又一个蓬勃发展的年头。随着中国经济体制的全面深化改革,国内外经济社会的舞台上都活跃着律师的身影,他们不仅为中国推进市场经济发展提供专业的法律意见,更是为推进社会主义法治建设保驾护航。

特别是2013年中国(上海)自由贸易试验区建立,2014年司法体制改革扬帆起航,这样的时代背景对于上海律师业而言,既是机遇,又是挑战。为此,上海市律师协会更加注重提升上海律师的学术理论素养和法律实践能力,引导律师著书立说,鼓励百家争鸣。2006年年初,“上海市律师协会文库”的出版工作启动,至今已步入第九个年头。已经问世的十九部作品,汇聚了作者的智慧结晶,展示了上海律师的精神财富,也印证了上海律师在高速发展的转型期中始终立于时代脉络的前沿。

搭建律师思想碰撞之平台、畅通律师信息传播之渠道、铺设律师学问切磋之道路、营造律师形象展示之舞台、创建律师文化交流之大厦,始终是上海律协推动律师业发展的出发点和追求目标,也是广大上海律师共同憧憬的理想之境。

上海市律师协会
二〇一四年三月

序 言

吴彬是我的学生,他在复旦英美语言文学专业毕业后,一直从事欧美国际贸易工作。后就读于复旦法学院,并成为执业律师,专长国际贸易法领域的法律业务,也是兼有国际贸易和合同法理论修养和实务经验的专家。

买卖合同上的所有权移转一般区分为意思主义和形式主义立法模式,形式主义立法模式中,交付为所有权移转方式,但是,国际买卖合同上的交付方式究竟是标的物还是权利单证的占有移转?立法和理论都没有定论,而现实中确实需要对此设立一个判断标准,因为当事人的权利义务甚至第三人的物权取得都取决于这个标准。不同的单证又如何以类型化的方法来判断其是否具有所有权移转的效力?这就需要探究交付的实质含义及其效力要件,这种探索又必然涉及对标的物特定化,间接占有制度和停运权等制度的研究,仿佛鱼骨的架构,其中既有主干骨,又有横向的侧骨,由此形成一个较为完整的研究框架。论及研究范式,由于这些问题既可从立法论的角度也可以从法解释学的角度进行研究,而比较法和法发生学的研究又是必由之路,所以需要广阔的学术视野、良好的语言能力、一定的理论功底和为实务提供解决方案的责任感,我很欣慰作者做到了这些。

我一直鼓励学生既要关注理论,也要关注制度。由于合同适用的法律规范的复杂性,国际货物买卖合同履行和解除后的标的物所有权移转的研究具有相当大的理论意义和现实意义,也有相当大的挑战。作者从基础理论着手,结合自己涉猎的大量案例,在比较法制度层面上对这些问题进行了详细的剖析,为国际买卖合同的标的物所有权移转,风险转移的方式和条件提供了路径参考,也为中国法借鉴国际法和外国法的一些制度进行了探索,尤其对于国外合同法较新的立法成果,如德国新债法,英国买卖法 1995 年增加条文和 DCFR 的规范分析,具有很大的启发意义,在中国民法典起草之际,这样的研究是有价值的。

当然,这些问题的探索可能是没有止境的,当一种研究的广度包括民法、国

际商法、海商法、保险法等领域的話,因为这些法学领域的特有规范属性和调整对象的差异使构筑完全自治的国际货物买卖法的所有权移转学说比较艰难,但这不影响这种努力的必要性和目标实现的可能性,况且国际买卖合同的统一化也是一种趋势,这种趋势更凸显了对理论和立法供给的现实需求,希望作者继续在这个领域提供新的研究成果。

特为本书作序。学无止境,希望吴彬百尺竿头,更上一层楼。

复旦大学法学院教授、博士生导师 王全弟

2015年5月28日于复旦

目 录

引 言	1
第一章 动产所有权移转模式考察	13
第一节 罗马法上的所有权移转	13
第二节 动产所有权移转立法模式	15
一、债权意思主义	15
二、物权形式主义	18
三、债权形式主义	19
四、当事人意思主义	20
第三节 国际法和欧盟法上的买卖合同所有权移转	21
一、联合国国际货物销售合同公约	21
二、其他国际示范法和国际惯例	22
三、《欧洲统一货物销售法》(CESL)和《欧洲示范民法典草案》(DCFR)	22
第二章 所有权移转之效应	25
第一节 合同履行	25
第二节 风险转移	26
一、风险和风险负担的定义	26
二、风险转移的不同立法例	27
第三节 保险利益	29
一、沿革和定义	29
二、要件和所有权	30
第四节 破产法上权利	31
一、移转之效力:破产后谁之损失	31

二、国际破产法	32
第五节 执法者扣押和执行	35
第三章 所有权移转与交付	37
第一节 罗马法上交付	37
一、让与人为物件所有人并有转让能力	37
二、须有所有权移转的合意(抑或正当原因)	38
三、交付之物必须为交易物	40
四、须有转移占有的行为	40
第二节 国际货物贸易所有权移转——标的物特定化	41
一、现代法上的有效的交付要件	41
二、特定化剖析:以英国法为例	42
三、拨归概念之惑	43
四、特定化与拨归制度和共同所有制度的借鉴意义	46
第三节 卖方停运权:所有权移转效力之例外	65
一、卖方中途停运权定义	66
二、比较和评述——从所有权和占有的角度	67
第四章 所有权保留买卖合同之所有权移转	72
第一节 所有权保留合同起源、类型和性质	73
一、起源	73
二、所有权保留制度的比较法分析	74
三、所有权保留类型	77
第二节 中国法和学说上的所有权保留	80
一、规范和学说	80
二、法律行为附条件和简易交付:债权形式主义语境下的困局	81
三、物权变动模式与所有权保留	82
第三节 取回权	90
一、比较法上取回权行使要件和效力	90
二、中国法上取回权	97

第五章 交付何以进行:国际货物贸易所有权移转类型	105
第一节 交付形态与构造	106
一、货物交付和提单交付	106
二、拟制交付和指示交付及其公示力	109
三、间接占有	112
第二节 国际货物贸易中的交付时点判断	114
一、典型模型	116
二、贸易术语与交付方式	116
三、提单之属性与交付工具	117
第三节 信用证结算之合同上所有权移转	121
一、信用证种类和流程	122
二、信用证功能	124
三、信用证特征	125
四、信用证法律性质	125
五、信用证和标的物所有权移转	132
第六章 所有权回转:合同解除后的货物所有权移转	141
第一节 合同解除之事实构成与解除后果	142
一、比较法上合同解除之事实构成	142
二、解除权行使之后果:比较法分析	155
三、违约形态的类型学分析	158
四、他山之石:德国履行障碍法与合同解除	159
五、解除权事实构成	160
六、合同解除与损害赔偿	163
第二节 合同解除之溯及力	165
一、合同解除效果之学说	165
二、解除意义的经验事实和实然法辨析	166
三、溯及力和货物返还之权利性质	168
第三节 不同合同类型的恢复原状	173
一、解除合同类型分析和恢复原状必要性之关系	173
二、一次性交付合同	174

4 国际货物贸易所有权移转

三、货物多批次交付合同	174
第四节 合同解除与终止	174
结语	176
参考文献	178

引言

一、问题及解决的需要

国际货物贸易即为国际货物买卖。在罗马法上,买卖(*compra vendita*)是一种双务合意契约,依据这种契约,卖方承诺在接受相应的价款后向买方永远转让该商品的占有(交付),并提供对该占有的保障。而为了确保所有权的移转,罗马法为该等买卖——主要是略式物的买卖,附加了专门的要式口约,以确保卖方对买方遭受合同标的物所有权人追夺后的损失的赔偿责任。^①

在现代法上,标的物的“所有权移转”是买卖合同的本质特征,如德国民法之规定“因买卖合同,物的出卖人有义务将该物交付给买受人并使买受人取得该物的所有权”。^②亦如中国《合同法》第130条对买卖合同的规定:“买卖合同,是出卖人转移标的物的所有权于买受人,买受人支付价款的合同。”再如,《国际货物销售合同联合国公约》(CISG)第30条规定:“卖方必须按照合同和本公约的规定,交付货物,移交一切与货物有关的单据并转移货物所有权。”

(一)基本问题一——所有权如何移转

买卖合同中的卖方主给付义务为移转标的物占有和所有权,交付乃转移占有自然毋庸置疑,而所有权作为观念上的抽象权利,其移转可以通过交付也可以通过其他意定或者法定方式完成,从合同标的物的角度而言^③——归根究底,买卖合同的目的是—方取得物而另一方取得价款,那么,作为买卖合同的履行行为,交付是移转所有权还是占有?

不同的立法例决定了交付对于所有权和/或占有的意义,本书考察不同法规中所有权移转方式及其法律后果,概括交付的要件和法律效果,从而为进入第二个问题做好铺垫。

(二)基本问题二——交付何以进行

交付,就买卖合同而言,事实意义上是将标的物占有从一方移转到另一方

① [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第285~286页。

② 《德国民法典》第433条第1款。

③ 从卖方的主要义务即支付价款而言,由于金钱的“占有即所有”的特征,“支付”导致价金所有权的移转不存在任何争议。

的行为,而其法效果则是物权移转和公示力产生,因为发生在买卖双方的物权变动既有相对人之间的内部效力也具有外部效力。

在现代国际贸易中——准确而言,14世纪以后,货物贸易中的提单的出现^①并在逐步替代了买卖双方“直接的货款两讫”(“即时交易”的方式)——交付的客体是作为“货物象征”的提单还是货物本身?在提单和货物平行“交付”的环境里,货物和提单在买卖双方之间的分别移转具有如下特征:

历时性:货物交承运人运输的时间和运达买方的时间同提单发出和到达买方的时间一般均不相同,从而使货物“交付”和提单“交付”的时间完全不同。

间接性:货物通过卖方与承运人的运输合同的履行运给买方,而提单由承运人签发并另行流转,从而使交付这个本应存在于买卖合同双方行为的直接性和双方的权利义务的对立性被突破,一个债“衍生”了几个债,而买卖合同的履行需要通过其他合同(运输合同)之履行而得完成。

那么,交付的时点究竟为何?换言之,交付应是物还是提单亦或两者?

之所以要回答这个问题,从物权法角度观之,无非因为交付在买卖合同中所有权移转中的关键作用,如《德国民法典》第929条第1款规定:“为让与一项动产的所有权,必须由物的所有人将物交付于受让人,并就所有权移转由双方成立合意。”而中国《物权法》第23条的规定:“除法律另有规定外,动产物权的设立和转让,自交付时发生法律效力”。因此,就物权变动模式而言,无论是作为物权形式主义的德国还是债权形式主义的我国,都以交付作为动产所有权的设立和转让为生效要件之一。就其公示效力而言,一方移转占有和另一方受让占有,才能使物权移转具有让人知晓的外在表象,盖因“占有之所在即为动产物权之所在”。^②

就债法而言,买卖合同作为结果给付之契约,所有权之移转意义在于:买卖合同履行的实质要件是货物的占有和所有权的移转。在商法上,货物风险承担和保险利益与所有权移转密切相关。破产法上的权利取决于所有权的归属,当然,物的扣押和执行更以所有权归属为合法性前提之一。

所以,交付在现代国际货物贸易中与其仅仅是种事实,不如说是在诸方面具有实质性法律意义的行为——尽管其是法律行为还是事实行为取决于立法

① 一般认为,最早的海商法雏形是腓尼基人的罗德法(Lex Rhodia),但提单创始于14世纪。在此之前,海上贸易的惯例是货主随船押运,并以钱货两讫的方式完成交易。早期提单被作为运输合同证明和货物收据,直到1787年英国Lickbarrow v. Mason案确认了指示提单的可转让性从而成为一种“权利凭证”(有价证券)。(参见刘昕:《提单权利研究》,知识产权出版社2008年版,第18~20页)

② 谢在全:《民法物权论》(上),中国政法大学出版社1999年版,第59页。

例,但其法律效果非但及于合同买卖双方,也及于第三人,亦受第三人之行为的影响——交付何时进行决定了所有权或者/和占有何时移转,因此,“交付时点”判断及其对现代贸易流通链上各个环节中主体行为的法律效果的分析,具有很大的现实意义。

二、理论意义

由于法学学科的“专业槽”的区分,研究国际贸易法的问题一般用比较法(包括国际公约、国际惯例、各国立法等)的路径,形成了所谓基于国际法而研究国际法的范式,这些范式基于法条和惯例,更多是罗列性和描述性的研究,这样的范式实用主义色彩浓厚,对于展开立法例和惯例的图画当然有其价值,但是仅仅叙述了“如何”而未解决“为何”和“当如何”的问题,从而缺少抽象性和逻辑体系,这也是为何有“国际法不是自洽的法律体系”的叹息。国际货物贸易法理论体系,实则是民法体系的一部分,因为这些法律关系皆是民法问题,如果缺少民法的理论支撑,研究处理诸多国际货物贸易法的问题往往捉襟见肘,而极为复杂的所有权问题即是一例。

国际货物贸易由于其主体的国别不同,标的物的流通跨越不同国家,运输方式和结算方式迥异于一般国内买卖,其主要特征是跨国运输,作为物权凭证的单证之交付和实物交付平行,参与主体众多,受国际公法调整(包括但不限于CISG,WTO协议乃至两反一保措施等)等。所以,在国际货物贸易的法律关系调整——包括但不限于合同解释,争议解决——除了依照合同法属性一般优先适用当事人意思自治的原则外,准据法和国际惯例的适用是其当然的选择。而准据法的选择除了国际私法范畴的方法以外,尚须考量不同准据法适用可能导致的法律后果,尤其在货物贸易的所有权移转这样的核心问题上,不同国家的立法和国际惯例以及贸易参与方(合同当事人、第三方、承运人、银行、保险公司等)的各自遵循的规范(包括合同,如提单条款、法条和惯例等)的差异对所有权移转都有着实质性的影响——这些规范既有冲突也有疏漏。如果从法律实证主义的角度来看待这些规范适用和后果,正当性自然无疑。然后,从分析实务中出现的众多疑难和困惑并从研究的角度看待这些规范,无法不对这样的现状进行“问题化”处理:这些规范为交易主体选择他们的行为提供了可预测性和确定性了吗?这些规范(暂且不论它们之间的冲突)是自洽的吗?以法条主义范式研究可以部分(甚而有些片面地)解决“合同履行过程中的所有权何时移转”的问题,但无法逻辑地回答这些极为关键的问题:何谓货物所有权?货物所有权的客体究竟是实物还是物权凭证?交付是占有还是所有权抑或两者兼而有之?中国《合同法》对于买卖合同的所有权移转规定于第133条:“标

的物的所有权自标的物交付时起转移,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外”,依照第141条规定:“出卖人应当按照约定的地点交付标的物。当事人没有约定交付地点或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,适用下列规定:(一)标的物需要运输的,出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人”,即货物占有移转给第一承运人时所有权由卖方移转给买方,事实是,由于买方当时并未取得可以使其提货的提单,是否取得此种提单亦不得而知,既无直接占有亦无间接占有标的物,何来所有权移转?王利明教授指出:“随着商品交换的发展,特别是财产证券化的形成,实物的交付显然不能概括全部的交付现象,因而法律逐渐承认了拟制的交付方式。所谓拟制的交付,是指移转所有权的一方将标的物的所有权凭证如仓单、提单等交给受让人,以代替物的现实交付”。^①梁慧星教授亦持同样观点:“动产的权利系表彰于证券之中,持有证券即意味这占有动产本身,故此等物权变动,常以交付证券的方式为之”。^②那么,所有权移转究竟在货交第一承运人时发生还是在交付提货权“证券”时发生?对这个问题的回答决定了在债法上卖方是否履行了合同的给付义务,在物权法上决定了在某个特定的时间点何人是所有人,所以这是如此的关键,以至于不加探讨无以确定。如果货物拒收,或者合同解除,是所有权回转还是对于所有权接受的撤销,还是仅仅是对于货物占有的回转,抑或两者皆是回转?法律效力如何?

随着欧盟统一合同法进程,大陆法系内部以德法基于法源的历史原因而形成的物权和债权法律关系的巨大分歧有望得到弥合,从《联合国国际货物销售公约》(CISG)的成功到《国际商事合同通则》的出台以及以国际统一私法协会为代表的对制定国际统一实体法的持续努力,国际货物贸易的统一规范的出台的可能性逐步增加,而商人法的属性决定了商人习惯法与民商法理论和规范体系的互动增加了此等可能性。本书的研究目的正是在于通过剖析实然现状努力得出应然结论。

三、中国民法可得借鉴之制度

买卖合同是最为典型的合同,英美法系和大陆法系的主要国家都对买卖合同由明确和详细的法律规范,如英国1979年《货物买卖法》(SOG)及1995年修正法案,美国统一商法典的买卖篇,德国债法现代化法的修改重心即在债务总则中的双务合同和买卖合同分则。我国的合同法随着民法典的起草亦望得

① 王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2012年版,第374页。

② 梁慧星:《中国物权法研究》,法律出版社1998年版,第213页。

到体系化的修改。

之所以以买卖合同的所有权为分析视角,是因为所有权移转是买卖合同的实质功能,而所有权移转问题是物权法和债法的调整范围。有别于国内买卖合同的,国际买卖合同的所有权移转问题涉及不同国家的物权变动立法模式和合同适用的准据法,更涉及货物交货条件、运输合同、提单等证券交付等国内买卖合同(严格意义上说是适用国内法的买卖合同)并不常见的问题。本书的方法论乃是将买卖合同中的所有权移转问题放到一个个具体合同履行的“问题域”中进行实证分析,从而探索出一般理论比较法方法不易发现的问题——这也是“边走边看,而非坐井观天”的做法:通过剖析国际买卖合同中的所有权移转问题,不仅仅可以探寻不同立法体系在所有权移转问题上的规范及其效应,从而在功能性的角度总结出适合中国的立法选择,更可以通过对物权流通过程的透视,辨析期间调整不同法律关系所应建立的法律制度,从而在立法论上为我国民法典的总则、债总、物权法、合同法等提供新的规范思路。他山之石,亦可移为故乡之玉,文章目的,还是探讨异域之实然法,是否在我国有其应然价值从而成为我国的实然法。按照参与合同法立法的崔建远教授的看法,我国合同法起草在相当程度上借鉴了 CISG 和其他国际买卖法,包括《国际商事通则》(PICC)等,从德国债法现代化法的立法过程看,该法也在很大程度上吸收了 CISG 和欧洲《消费品买卖指导方针》等,这都说明,合同法的国际性融合趋势日渐增强,国内和国际合同法的冲突正由此日益削减,我国民法典的起草亦必然地强化这种趋势,从而使我国合同法制度日渐国际化,从这个角度而言,研究国际买卖合同可以在立法上将这类合同的特有属性和对立法的需求并入视野。

在适合买卖合同上所有权移转的体系性周延的需要,借鉴比较法经验,我们民法典应容纳如下的法律制度:货物特定化和拨归制度;标的物共有制度;间接占有制度;有价证券交付效力制度;合同解除和终止制度等。

(一) 货物特定化制度

货物特定化制度,是物权变动的确定性本质需求。在英美法上,由于其物权变动采当事人意思主义为主、债权意思主义为辅的立法模式,对货物特定化和确定化的适用条件、行为要素等都有明确而详细的要求。例如,SOG 第 18 条明确规定了当事人未对所有权移转形成合意时的未确定物(unascertained)和将来物的所有权移转的特定化(specification)和确定化(ascertained)的前提。《美国统一商法典》2-501 条亦有相似规定。《德国民法典》则在第 243 条第 2 款规定了债务关系在“债务人已完成了自己一方必要行动”时限于特定物。英美法上特定化作为合同履行之必要环节,具有所有权和风险移转的标志性意