

商法系列丛书

主编：徐学鹿

关 军 著

买卖法

市场行为法的基础理论与实务

人民法院出版社

商法系列丛书之七·市场行为法的基础理论与实务

丛书主编：徐学鹿

买 卖 法

关 军 著

人 民 法 院 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

买卖法/徐学鹿主编. —北京: 人民法院出版社, 1999. 12
(商法系列丛书·市场行为法的基础理论与实务)

ISBN 7-80056-886-5

I. 买… I. 徐… II. 商业经济-经济管理-经济法-中国-普及读物 IV. D922.294

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 66893 号

商法系列丛书之七

买 卖 法

——市场行为法的基础理论与实务

关 军 著

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 9 印张 210 千字

1999 年 12 月第 1 版 1999 年 12 月第 1 次印刷

印数: 0001—3000 册

ISBN 7-80056-886-5/D·958

定价: 14.00 元

丛书编委会

编 委:

- 刘凯湘 北京商学院法律系教授、北京大学博士
司玉琢 大连海事大学前校长、教授、博士生导师
吴志攀 北京大学法学院院长、教授、博士生导师
吴慎宗 法制日报、中国律师报、长安杂志原总编、高级编辑
范 健 南京大学法学院院长、教授
徐学鹿 北京商学院商法研究所所长、教授
张文显 吉林大学副校长、教授、博士生导师
曹建明 华东政法学院院长、教授
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师
王亦平 北京商学院教师、中国人民大学博士

名誉编委:

- 安德鲁·麦克吉 英国利兹大学法律系商法教授、商事
Andrew McGee 法律与实务研究中心主任
岩原绅作 东京大学法学部教授、日本法制审议会商法
部会委员
朴容燮 韩国海洋大学教授、韩国海事法学会会长、博士

主 编 徐学鹿

副主编 刘凯湘 王亦平

序

我们这个时代法律舞台上最重要的发展之一，是商法作为世界通用的法律越来越成为更多人的共识，商法世界统一化的潮流汹涌澎湃，势不可挡。但是，亚洲、非洲等发展中国家“他们之中的许多国家还没有来得及发展其本国的商法，就已经获得独立了”，把这些“国家所急需的商法提供给他们”，是对他们提供的最好的“技术上的帮助”，对他们来说“是无价之宝”^①。对这种现象我们可称作为“补课”。有名望的和公正的国际组织，以及不少的国际知名专家、学者，在亚太国家商法“补课”活动中，作了大量的工作，值得指出的是亚太法协一届又一届的会议总是研讨商法的理论与实务问题，目的无非是从理论导向上使亚太国家重视商法，从而使亚太国家从“无价之宝”中获得实际收益，让更多的人掌握商法“技术”，使这些国家因此而走向繁荣富强。在“补课”过程中，还值得提到的是《外国法律文库》的组织者，向我国推荐的两本有关商法的著作：《法律与革命》、《国际贸易法文选》，这两本书回答了商法补课的必要性，从理论上澄清了商法的诸多界限，可以说是商法“补课”的基本教科书。我国是亚太国家之一，1949年才结束了半封建、半殖民地的统治，走上了独立自主的发展道路，属于发展中国家。我国的商法“补课”情况至今如何呢？我想介绍我的学生在求职中的实际经历来说明问题。当

^① [英] 施米托夫著，江平主编，赵秀文译：《国际贸易法文选》，中国大百科全书出版社1993年版，第200页。

求职者表明自己是商法方向研究生时,对方总是发出这样的问题:什么是商法;商法与经济法有什么不同;什么是民商法;商法与民商法有什么不同等。发问者有法院、检察院等司法机关的,也有工商行政管理等政府机关的,有律师事务所的,有公司企业的,还有高等学校的领导人员等。这些有关商法的典型实例,充分说明了商法在我国“补课”的必要性。发达国家也经历过农业社会,但是,他们从农业发展中积累起来的资本,很自然地就转化成为商业资本,实现了商业革命;而我国漫长的农业社会延续了数千年,农业资本不仅很难转化成为商业资本,发了财的商人转而投资土地,使自己也成为不承担风险的地主。商业革命造就商法,商法也有助于推动商业革命。发达国家在这种良性循环中发达了,而我国却在资本不离土,以土地为中心的经济中,使小农经济社会保持了数千年。在一个存在自然经济、小生产方式汪洋大海的国度里,接受简单商品生产的理论、文化包括法律在内,具有天然性,可以说是根深蒂固、驾轻就熟,而对适应社会化大生产的理论、观念,包括法律,特别是商法,会自觉不自觉地采取种种办法加以阻挠。我们认识这些障碍,“这些障碍包括与法律本身相关的思想和行动的狭隘性和孤立性”^①。我们就要更加增强在商法问题上“补课”的自觉性。既然是“补课”必然有异于常规,它必然要比在常规中付出更大的精力。我们组织编撰这套《商法系列丛书》,就是为了在商法“补课”中,让人们能集中了解商法是什么,而且花较少的精力,获得较多的对商法的了解。从而把我们长期以来在这方面耽误了的时间,在短期内有效地追回来。并且,在市场经济条件下商法是市场交易的基本规则,商法对于市场经

①〔美〕伯尔曼著,江平主编,贺卫方等译:《法律与革命——西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社1993年版,第Ⅲ页。

济，犹如空气对于人一样重要。因此，在商法问题上不能仅是被动地“补课”，而是要在市场经济立法体系的模式选择、总体设计、具体立法规划等诸多方面，充分享受后发性利益，主动地“开新课”，全面创新适应中国社会主义市场经济的新的商法体系。《丛书》在这方面作了一些尝试，以便引起大家共同来探讨建立我国市场经济创新制度体系的兴趣。19世纪问世的近代商法，延续了近两个世纪，20世纪50年代问世的《美国统一商法典》，结束了近代商法的历史。在商法世界统一的时代潮流中迎来的21世纪，将是一个商法的新世纪，让我们与世界上所有的国家满怀激情的迎接商法的新时代。

《商法系列丛书》在组稿和编写中，得到了中国人民大学、北京大学、吉林大学、南京大学法学院，中国政法大学、华东政法学院、大连海事大学、北京商学院等的大力支持，在此谨表诚挚的感谢。《丛书》成书时间仓促，加之水平等方面原因，存在的谬误敬请读者批评、指正。

商法在我国是一个崭新的领域，为便于展开学习、研究、讨论，主编在统稿中没有将丛书作者的不同观点、见解加以统一。这样更有助于读者思考、鉴别不同的观点、主张，从而有利于形成科学的、创新的、具有社会主义市场经济特色的我国的商法体系，有利于这一领域理论与实务的繁荣。

徐学鹿

于北京商学院商法研究所 1999年3月

目
录

序	徐学鹿 (1)
1. 现代商品经济买卖立法的创新	(1)
1.1 买卖制度探源	(1)
1.2 买卖的变迁	(3)
1.3 买卖的形式	(8)
1.4 现代商品经济买卖立法的创新	(12)
2. 中国买卖法的现实选择	(15)
2.1 我国买卖法的发展历程	(15)
2.2 买卖立法中存在的若干问题	(20)
2.3 买卖法科学框架的设想	(24)
3. 买卖法原则	(27)
3.1 合同自由原则	(28)
3.2 诚实信用原则	(34)

3.3 情事变更原则	(49)
3.4 显失公平原则	(64)
4. 买卖的法律形式——买卖合同	(78)
4.1 无效买卖合同的确认	(79)
4.2 可撤销买卖合同的确认	(87)
4.3 有关买卖合同转让的疑难问题	(92)
5. 价金支付方式的几个热点问题	(109)
5.1 信用卡支付	(109)
5.2 银行信用证支付	(112)
5.3 票据支付	(121)
5.4 汇付与托收	(124)
5.5 交互计算	(131)
5.6 支付方式的结合使用	(134)
5.7 EDI 合同的法律问题	(135)
6. 买卖中货物所有权和风险转移问题解析	(147)
6.1 货物买卖中货物所有权转移时间问题的探讨	(147)
6.2 确定风险转移时间的两种主张的优劣评说	(153)
6.3 我国合同立法的选择	(157)
6.4 特殊情况下的风险转移	(158)
6.5 违约对风险转移的影响	(161)

7. 买卖中货物担保的热点问题	(165)
7.1 货物的品质担保	(165)
7.2 货物的权利担保	(175)
7.3 对消费品的特别担保	(179)
7.4 严格产品责任	(182)
8. 合同履行中的几个问题	(190)
8.1 预期违约制度的比较研究	(190)
8.2 同时履行抗辩制度研究	(210)
8.3 “履行担保”与“担保交易”辨析	(218)
8.4 履行不能	(224)
9. 几种特殊形式的买卖	(231)
9.1 期货买卖	(231)
9.2 无形财产买卖	(234)
9.3 分期付款的买卖	(239)
9.4 拍卖	(243)
9.5 房屋买卖的几个热点问题	(247)
10. 国际货物买卖	(259)
10.1 国际货物买卖	(259)
10.2 国际货物买卖法比较研究	(265)

1. 现代商品经济买卖 立法的创新

1.1 买卖制度探源

买卖(sale),通常是指卖方在取得价金的条件下,将货物所有权转移至买方的行为,是由物物交换发展到物与一般等价物的交换。故“买卖起源于交换。因为过去没有货币,因此,也就没有商品和价格的区分。每个人都是根据自己不同时期,以及对不同物品的需要,用多余的物品换取紧缺的物品。然而,并非总是、也并非轻而易举地就能遇到你有的正是我要的,而我有的也正是你愿意接受的情况。因此,要选择一种公认的,并且具有永久价值的物品,以其数量的公正来解决交换中出现的困难。这种被印上正式标记的物品是以它的量而不是以它的质供人们使用和占有。此后,不再是两种物品均被称为商品,而是其中之一被称作货币了。”^① 交换反复

① 丁玫译《民法大全选译》(契约之债),中国政法大学出版社,第59页。

进行，渗透到社会生活的各个角落，久而久之形成了一定的规则，即买卖规则。当“习惯和当事人的誓言不足以保障交换规则的实行时，于是需要有由社会共同体认可或制定的法律规范，交换规则取得了法律规定的形式，就是合同。”人类最早的合同法就是以买卖制度为内容的，换言之，买卖就是一种合同关系（契约关系），一种社会日常经济生活中最为普遍的法律行为。

买卖以转移所有权和支付价金为其核心要件，形式上体现为合同。正如台湾民法典对买卖所下的定义：“买卖，乃当事人约定一方移转财产权于地方，他方支付价金之契约”。由此定义可知^①：

第一，买卖乃一种契约，因为系双方当事人约定。

第二，买卖乃一种转移财产权的契约。

(1) 财产权。包括：a. 债权（一般债权与证券债权，均得为买卖之标的）；b. 物权：所有权（动产、不动产）、典权、地上权、永佃权均得为买卖之标的；至于地役权、抵押权、质权、留置权等从权利，虽不得独立为买卖之标的，但可随同其主权利一并为买卖之标的；c. 准物权：如矿业权、渔业权、水权等；d. 无体财产权：著作权、专利权、商标专用权；e. 股票；f. 占有：为有财产价值之法益。综上，所谓财产权，“实指具有财产价值之私权或法益而言。”而此财产权的特点是：a. 财产权不必于买卖成立时现已存在，即将来之财产、或将来之权利，亦得为买卖之标的；b. 财产权不必于买卖成立时属于出卖人，就他人之权利而为出卖，其买卖契约亦属有效；c. 财产权在买卖成立时，不以特定为必要，不特定之物，不特定之权利，亦得为买卖之标的；d. 就同一财产权，先后或同时与二人订立两个买卖契约者，亦非无效，因买卖契约只能发生债权，债权无排他性；e. 财产权之集团，亦得为买卖之

^① 郑玉波著《民法债编各论》，三民书局，第1页。

标的；f. 物之一部，如一笔土地之一部，亦得为买卖之标的；g. 买卖为金钱与金钱以外之物之交换，因而出卖之一方所转移者亦为金钱时，除非此金钱已成为古董而成了商品，否则不是买卖，只能准用买卖之规则；h. 水电力及其他能力之供给，如为有偿契约时，为准买卖。

(2) 转移。是指出卖人使买受人取得权利之意；在买受人方面言，则为继受之意。

第三，买卖乃他方支付价金之契约。仅约定一方移转财产权，尚不足为买卖契约，必须同时约定他方支付价金始可，于是价金之支付亦为买卖之要素。其中，价金是指移转财产权之对价，其标的物须以金钱充之，若为金钱以外之财产权则为互易；支付即是交付之意，法律上对于金钱之交付常以“支付”称之，以示与其他之交付有所区别。

1.2 买卖的变迁

买卖行为在私有制出现时就已存在，但买卖的方式、种类、对象却随着社会经济的发展变迁而不断变化。这些变化直接体现了不同时代经济条件的不同、人们思想观念的不同，以及社会制度的不同。

最初的买卖限于家庭人之间的买卖，具体表现为财货交换(W—G—W)，买卖的标的一般局限在小麦、棉花，煤、铁等用于维持基本生存的消费品，人们追求货物的使用价值，为用而卖，为买而卖。

随着商品经济的发展，进入市场经济阶段，整个人类生活由谋求基本生存条件为主向优化资源配置，追求财富增值和生活的高质量发展，人们进一步认识到“买卖”的作用，买卖在形式、内

容和范围上也取得了新的发展，首先，买卖主要在职业的商人之间进行。商人们不再为买而卖，而是为卖而买；不再追求使用价值而是价值，货币由中介成为了出发点和归宿，买卖已成为人们谋取利益、优化资源配置的主要手段。其次，买卖的标的不再局限于可见的、有形的生活消费品，“人们一向认为不能出让的一切东西，这时都成了交换和买卖的对象。”^①而科学技术的突飞猛进，更增添了数不胜数的新的买卖标的。第三，买卖的范围不断扩大，跨地区，跨国、跨洲的交易屡见不鲜，国际买卖已逐渐居主要地位。第四，买卖的方式复杂多变，长期与短期、即期与远期、现货与期货、国内与国际、大宗与小量、双向与多向等买卖方式层出不穷。买卖已充斥到经济生活的各个层面，甚至成为日常生活中最普遍的行为方式。

为了更清楚地了解买卖由简单向复杂发展的变迁历程，我们以买卖的种类为例来具体分析。

一般依买卖的对象不同，买卖可分为货物买卖、权利买卖、非物亦非权利买卖、物与权利所结合之财产买卖。这其中货物买卖是日常经济生活中最常见的买卖。买卖围绕货物进行，那么货物具体指的是什么呢？在学理上，一般将货物概括为具有物理形态的动产。而作为以规范买卖行为为核心内容的《美国统一商法典》将货物定义为“货物指除作为支付价款之手段的金钱、投资证券和经由司法程序得到的金钱、个人财产权利以外的所有物品（包括特别制造物），在特定于买卖合同项下可以移动。货物还包括尚未出生的动物幼仔、生长中的农作物和有关将与不动产分离之货物的第2—107条所规的其他附着于不动产但已特定化的物品。”根据这一规定，货物必须是动产。动物及其未产之幼畜、生

① 《马克思恩格斯全集》第4卷，人民出版社，第9页。

长着的农作物、林木都可作为货物买卖。不动产不能作为货物买卖，但附着于不动产之上的可以与其不动产相分离的那部分动产则可以作为货物买卖。但这种附着物在于其所附着的不动产相分离时不得对此不动产产生巨大的损害。例如，房屋是不动产，房屋里安装的空调设施是附着物，把这个空调设施取下来不致对房屋产生巨大损害，因此这个空调可以作为货物买卖。反过来说，房屋的中柱就不能作为货物买卖，否则取下中柱的房屋一定会倒塌，房屋也就不能称其为房屋。美商法典还特别从货物的概念中排除了货币，但这种货币仅指“用以支付价款的货币”。因为买卖是以货币作为支付手段的，支付手段之间的相互交换在买卖上毫无意义。但是如不是用以支付价金的货币仍然可以作为货物予以买卖。例如，在美国流通的是美元，美元据此定义不是货物，但英镑、马克、日元等外国货币仍可视为货物，可以买卖。该条还从货物中排除了“投资证券”，因为股票、债券等投资证券的买卖是一种权利买卖。英国 1893 年货物买卖法的规定与《美国统一商法典》对货物的定义大体相似，只是将劳务明确排除在货物范围之外。1980 年国际货物销售合同公约第 2 条采用排除法，将个人消费品、拍卖、国家强制买卖、股票、投资证券、流通票据及货币的买卖、船舶、汽垫船、飞机以及电力的买卖以外的动产买卖定义为“国际货物买卖”，也就是一般的货物买卖。大陆法系没有明确提出货物买卖，而是将各种买卖一体规定，对特殊买卖的特殊规则另行规定。

权利买卖，是以权利作为给付内容的买卖，权利包括除所有权之外的债权、准物权（如矿业权、水权等）、知识产权、股票等。权利买卖是一种随经济的发展而出现的一种新的买卖类型，它和货物买卖的最大区别就是，货物买卖实质是所有权在买卖双方之间的转移，而权利买卖是所有权以外的权利的转移。例如，甲向

乙借款 10 万元而以其所拥有的汽车一辆出质给乙作为他们之间债权的担保,在这种关系中,乙是债权人,甲是债务人,甲乙之间形成一种借贷关系;后来乙急需用钱,而甲又来到还钱届期,所以乙将该债权及对甲出质给他的汽车的质权一并转让给丙。则乙丙之间关于乙对甲的债权和质权的让与就是我们所说的权利买卖,因其所买卖的标的是债权和担保物权。

非物亦非权利的买卖,主要包括两种,即 Know-How 之买卖与占有之买卖。^①其中,Know-how 就是专有技术,作为一种技术,它非同一般的关于某产品生产的程序、配料等技术,而是处于严格的保密状态,未予公开,也未能取得国家法律的保护,例如可口可乐公司关于可口可乐饮料的配料比例,六必居酱菜的腌制方法等。它具有一定的财产价值,故是一种经济权利、财产权,可以作为买卖的标的,但它所具有的财产权属性又确实不同于专利权、商标权等知识产权。在实践中,以 Know-how 为买卖标的的交易是可行的,如果出价是一次性付清,则外表上像买卖;如果按期付款又象租赁;如其发明人参加盈余分配,则类似合伙。可见,有关 Know-how 的买卖目的不局限于其所有权的一次性买断,还包括更丰富的内容,那这又是什么呢?学者们有人将 Know-how 的买卖自债务解析出来而自成一个类型,称为 Lizen ventrag,译成工业财产权之实施权授与契约,它的特征表现为:“以 Know-how 为买卖标的时,乃着重于其工业上、经济上之价值,在当事人间通过契约积极地互相约束,而非如民法一般之买卖,其目的乃在于物之所有权之一次卖断性的移转取得。”可见,Know-how 的买卖更在于通过双方当事人的互相约束,来实现其经济价值。Know-how 的卖方所做的仅是“实施权之授与”,而不是“本

① 隋彭生主编《买卖合同法》,中国检察出版社,第 318 页。

权之卖断”；而买方所取得的也仅是实施权罢了。其最大的特征是，当事人双方可透过彼此之合意而对于该授与的实施权有所限制，如可针对其价值之大小、实施的时间、地点、方式等作出限制；而这种买卖 Know-how 的契约也并非象一般买卖那样能够使买方取得完全意义上的权利。总之，在 Lizen vertrag 中，所有权是否转移并不重要，而对于授权实施的内容及限定才是最重要的。

关于占有的买卖则更为复杂，因为各国立法对占有究竟是事实还是权利众说不一。罗马法上，占有被认为是一种事实，其机能不在于保护权利，而在于保护社会和平。日耳曼法则认为占有为物权法的核心概念，系物权的一种表现形式；占有与所有权密不可分，占有是一种物权，所以占有可以买卖。但，实质上，占有的买卖，是买卖取得占有后所可能享有的使用权和收益权。

物与权利所结合之财产的买卖，如影片拷贝的买卖、电视剧本的买卖、公司企业的买卖等。这其中公司企业的买卖最为复杂，涉及众多领域。因为企业作为一个人合和财合的组织体，它不等同于其它商品的买卖。购买一个企业时，股票如何估值，资产如何清算，企业如何交付，职工如何派遣，涉及到方方面面举不胜举。而且，企业的买卖还涉及到防止垄断，反不正当竞争等问题，大多数国家的立法要求企业的买卖需经政府有关部门的准许。

通过上述买卖种类的分析，我们可以清楚地看到经济越发达，买卖的种类就越丰富，买卖的领域就越广阔。在现代市场经济条件下，一切具有使用价值和交换价值的东西都可以买卖，只要法律没有明文禁止就可以买卖。货物买卖属一般买卖，不动产买卖、权利买卖、技术买卖，企业买卖等属特别商品的买卖。乌拉圭回合《最后文件》将买卖从货物拓宽到服务和技术领域，仅服务贸易就包括国际运输、国际旅游、跨国金融、国际保险、国际信息处理和传递、商业批发与零售等 15 项服务内容。