

比较法

研究丛书

丛书主编 马克昌

余延满 著

货物所有权的移转与 风险负担的 比较法研究

COMPARATIVE LAWS

货物买卖中的所有权的移转
我国现行民法立法的分歧与评价及其完善
货物所有权的移转与交付
货物所有权的移转与货物所有权的保留
风险及风险负担的界定
双方均未违约时的风险负担
两种不同的立法例
违约时的风险负担

全国优秀出版社
武汉大学出版社



比较法
研究

中国政法大学
法律硕士专业学位
研究生教育研究会
法律硕士专业学位
研究生教育研究会
法律硕士专业学位
研究生教育研究会

货物所有权的 移转与 风险负担的 比较法研究

中国政法大学
法律硕士专业学位
研究生教育研究会
法律硕士专业学位
研究生教育研究会
法律硕士专业学位
研究生教育研究会

比较法

研究丛书

丛书主编 马克昌

**货物所有权的移转
与风险负担的
比较法研究**

余延满 著

全国优秀出版社
武汉大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

货物所有权的移转与风险负担的比较法研究/余延满著. —武汉: 武汉大学出版社, 2002. 8

比较法研究丛书/马克昌主编

ISBN 7-307-03684-3

I. 货… II. 余… III. 物权法—研究—中国 IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 061732 号

责任编辑: 王军风 责任校对: 王 建 版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷: 武汉市科普教育印刷厂

开本: 850×1168 1/32 印张: 13.25 字数: 340 千字

版次: 2002 年 8 月第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-03684-3/D·497 定价: 22.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购买我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题者, 请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

导 论	(1)
一、本书的研究范围——货物的界定	(1)
二、本书的研究意义	(8)
三、本书的研究方法	(13)
 第一章 货物买卖中货物所有权的移转	(16)
第一节 货物买卖与货物所有权的移转	(16)
一、所有权的移转与所有权的产生	(17)
二、是否所有的货物买卖合同的出卖人均负有 将货物所有权移转于买受人的义务	(20)
三、对他人财产的无权处分与货物所有权的移转	(23)
四、货物确定与货物所有权的移转	(28)
五、货物所有权与特别财产权	(30)
第二节 货物所有权移转的时间界限	(32)
一、确定货物所有权移转时间界限的主要立法例	(32)
二、分析与评价	(41)
三、各国或地区立法协调之可能性	(50)
第三节 货物所有权的移转与意思自治原则	(53)
一、大陆法系——物权法定主义与意思自治原则	(53)
二、英美法系——程序固定与意思自治原则	(66)
三、以前苏联为代表的东欧社会主义国家的立法 与实践	(68)

四、我国现行民事立法的分析与评价及其完善	(70)
第二章 货物所有权的移转与交付	(80)
第一节 交付的涵义与种类	(80)
一、交付的涵义	(80)
二、交付的种类	(83)
三、交付与划拨	(89)
第二节 交付的性质与货物所有权的移转	(91)
一、关于交付性质的两种不同理论与立法例	(92)
二、分析与评价	(94)
三、我国民事立法应持的态度	(107)
第三节 提单的交付与货物所有权的移转	(111)
一、提单是否为所有权凭证	(112)
二、提单的交付与货物所有权的移转	(126)
第三章 货物所有权的移转与货物所有权的保留	(146)
第一节 所有权保留的类型、性质	(146)
一、所有权保留的涵义	(146)
二、所有权保留的类型	(150)
三、租买——一种特殊的所有权保留买卖	(154)
四、所有权保留的性质	(163)
第二节 所有权保留的成立要件	(174)
一、所有权保留意思表示的方式	(174)
二、所有权保留意思表示的形式（即公示的方法）	(177)
三、定型化的所有权保留条款（即格式条款）订入 合同的条件	(185)
四、所有权保留买卖的适用范围	(203)
第三节 所有权保留的效力	(206)

一、所有权保留对当事人的效力	(206)
二、所有权保留对第三人的效力	(218)
第四章 风险及风险负担的界定	(239)
第一节 风险的涵义	(239)
一、风险的性质——是否仅指价金风险?	(239)
二、风险的内涵——是仅限灭失或还包括毁损 之风险?	(245)
三、风险的时间——买卖合同订立之前、订立 之后或移转占有的过程中发生?	(247)
四、小结	(248)
第二节 风险的构成	(249)
一、不可抗力	(249)
二、意外事件(通常事变)	(261)
三、第三方原因	(264)
四、货物的自然特性	(271)
五、可归责于当事人的事由	(274)
第三节 风险负担	(276)
一、风险负担的涵义	(276)
二、风险负担与相关制度	(278)
第五章 双方均未违约时的风险负担	(310)
第一节 一般原则	(310)
一、两种不同的立法例	(311)
二、风险负担规则确定的机制——利益之所在， 即风险之所在	(320)
第二节 交付与风险负担	(324)
一、交付是否仅限于现实交付	(324)
二、交付与交付有关单证和资料	(328)

三、交付与划拨	(330)
第三节 特殊情况下的风险负担	(332)
一、当买卖合同涉及货物运输时的风险负担	(332)
二、路货买卖中的风险负担	(353)
三、试验买卖中的风险负担	(359)
四、拍卖中的风险负担	(361)
五、租买中的风险负担	(362)
六、双重买卖中的风险负担	(365)
七、保留所有权买卖中的风险负担	(365)
八、分期付款买卖中的风险负担	(366)
 第六章 违约时的风险负担	 (374)
第一节 一般原则	(374)
第二节 不完全给付与风险负担	(376)
一、不完全给付的涵义	(376)
二、不完全给付与风险负担	(376)
三、我国现行民事立法有关规定的分析与评价	(393)
第三节 迟延履行与风险负担	(395)
一、迟延履行的涵义	(395)
二、迟延给付与风险负担	(396)
三、迟延受领与风险负担	(398)
四、对我国现行民事立法有关规定的 分析与评价	 (403)
 主要参考文献	 (407)
后 记	(414)

导 论

一、本书的研究范围——货物的界定

货物买卖通常是英美法系所使用的概念，大陆法系的立法中并不采用这一概念。我国有的学者认为：“用‘货物’来意指‘动产’是英美法系的‘一大特色’。”^[1]“货物是指卖方可以用物质（具有物理形态）形式将标的物交付买方的动产。不动产不属于货物买卖的范畴，知识产权没有物质形式，也不属于货物买卖的范畴。”^[2]那么，何谓货物买卖中的货物呢？动产与货物的关系究竟如何呢？

（一）货物

货物买卖为英美法系中的概念，然何谓“货物”呢？其内涵和外延如何确定？对此不仅理论上认识不一，而且英美法系各国有关立法及司法实践的界定也不尽相同。

从理论上来看，如在英国，有的学者认为：“从古老的广义上讲，货物包括所有的准实产和属人财产。从现代和狭义上讲，货物只限于属人动产或属人财产，排除了准实产。在许多具体的行文中，使用的是‘货物和动产’这个双词组。在各种不同的制定法中，都以不同的语词对其作了专门的定义。”所谓“准实产”，是指“从实产遗产（土地和房屋）中派生出来的权利；在普通法中，这种权利属于已亡所有人的遗产管理人，而不属于已亡所有人的继承人，因此在分类上，这种权利属于动产类。准实产的典型例子是有期土地保有权。实产遗产和准实产的主要区别

在于，它们在遗产的转移方式上，在无遗嘱继承权的问题上以及
在法律救济的方法上都是不同的；1925 年以后，它们之间的区
别不复存在了，现在区别实产遗产和准实产只是针对历史上的情
况而言”。所谓“属人动产”，“严格地说，这个术语是指可以移
动的东西或财产，但是它常常用来泛指除实产和准不动产以外的一
切财产。因此它是由有体动产和无体动产，或者说是由占有上的
物和诉讼上的物所构成。有体动产或占有上的物包括动物、车辆、
书籍和其他可以实施占有的物；无体动产则包括债权、公司的股
份、版权和其他一些只能以法律诉讼请求权形式存在的物”^[3]。有
的学者认为，货物是指除金钱和无体动产之外的各种动产。此外，
人工农作物在其预先出售时可以视为已经是动产，其出售不受出
售土地的规则的拘束。实质上，在脱离土地之前，它们是土地的组
成部分，而并非是货物^[4]。

从立法及司法实践来看，在美国《统一商法典》制定之前，
判例法一般将每年定期耕种的农作物如小麦、玉米、西红柿和土
豆等当作货物，但也有法院持相反的判例，把它们作为不动产看
待。长年生长的野树、野草、未开采的矿物及建筑物等，虽然一
般认为只要它们仍然附着于土地之上，这类物品就不是货物，当
人们将它们与土地分开或移走，就是货物，但当买卖合同订立时
这些物品还附着在土地之上的，有些法院认为只要是由出卖人将
这些物品与土地分开或移走，则这类合同就是货物买卖合同；而
另有法院认为即使不是由出卖人而是由买受人将这些物品与土地
分开或移走，只要这种行为非常迅速地发生，则这类合同当然也
应当看做是货物买卖合同^[5]。为了澄清上面的混乱或分歧，美国
《统一商法典》第 2—105 条明确规定：“‘货物’系指除用以
支付价款之货币、投资证券及经由司法程序得到的金钱、个人财
产权利以外的所有物品（这些物品包括特定制造物），在缔结买
卖合同确定为买卖标的时是动产。‘货物’也包括动物未产之幼
畜，生长中之作物以及附属在不动产之上的其他已确定的特定

物。”英国《货物买卖法》第 61 条亦规定：“‘货物’包括除诉取财产权 and 货币之外的所有动产，在苏格兰包括除货币之外的所有的动产。在特定情况下，‘货物’也包括庄稼、工业化生产的作物以及构成土地的一部分或者附系于土地之上的物品，双方同意在买卖前或者根据买卖合同将这些物品分开；而且，还包括货物的一个不可分割的份额。”鉴于对“货物”一词很难下一个既具体又精确的定义，《联合国国际货物销售合同公约》放弃了对“货物”下定义的做法，而是采用了排除法。该公约第 2 条规定：“公约不适用于以下的销售：（1）供私人、家属或家庭使用而购买的货物的销售，除非出卖人在订立合同前任何时候或订立合同时，不知道而且没有理由知道购买这些货物是作任何这种使用；（2）经由拍卖的货物；（3）根据法律执行令状或其他令状的销售；（4）公债、股票、投资证券、流通票据或货币的销售；（5）船舶、气垫船或飞机的销售；（6）电力的销售。”即除上述 6 种类型的买卖外都属于公约所指的货物买卖。此外，该公约第 3 条规定：“（1）供应尚待制造或生产的货物的合同应视为销售合同，除非订购货物的当事人保证供应这种制造或生产这种货物所需要的大部分重要原材料。（2）本公约不适用于供应货物的一方的绝大部分义务在于供应劳力或其他服务的合同。”

通过上述分析，我们可以看出，尽管英美法系（包括《联合国国际货物销售合同公约》）对货物买卖中的“货物”的认识及规定不尽相同，但货物通常是指在被确定于买卖合同项下的标的物时可移动的动产。首先，它必须是有体物；其次，这些物品是可以移动的；再次，这种可移动性必须是在这些物品被确定于买卖合同项下就具有的。下列物品并非货物买卖中的“货物”：

1. 不动产。由于不动产是不能移动或虽可移动但会影响其价值的物，因而不动产并非属于货物。然依美国《统一商法典》的规定，附属在不动产之上的其他已确定的特定物亦为货物。该法典第 2—107 条规定：“（1）买卖矿物或相似之物（包括石油和

天然气),或买卖从不动产上移走的建筑物或建筑物上的材料,如果出卖人承诺把它们与不动产相分离,那么此类买卖合同即是本篇所指的货物买卖合同;但是,在分离以前,所谋求的现货买卖合同不能产生转移土地上的所有权的效力,这种合同只具有合同买卖的效力。(2)如订立合同买卖除土地以外的正在成长的作物或其他附着于不动产上的物品,这些物品可以与不动产相分离,分离时也不致对不动产发生实质损害。它们既未在本条第(1)款规定内,又不是将要砍伐的木材,那么,即便在订立合同时这些货物构成不动产的一部分,也不论买卖之物将由买受人还是由出卖人将其从不动产上分离,这种买卖合同就是本篇所指货物买卖合同。买卖双方可以通过确定买卖对象在分离前达成现货买卖合同。”英国《货物买卖法》采用了相同的立场,其规定“‘货物’也包括庄稼、工业化生产的作物以及构成土地的一部分或者附系于土地之上的物品,双方同意在买卖前或者根据买卖合同将这些物品分开”。

2. 货币。英国《货物买卖法》规定货币并非货物,而美国《统一商法典》规定仅用做支付手段的货币并非货物,《联合国国际货物销售合同公约》则规定货币的销售不适用该公约。我们认为,货币虽然在法律上属于种类物,但由于货币具有一般等价物的特征,因而它既用做衡量和表现其他商品的价值尺度,又是商品交换的媒介、支付的手段。这就决定了货币是一种特殊的种类物,它不仅可以作为民事法律关系的客体,而且还是许多民事法律关系中对价的支付手段。当货币用做支付的手段时,货币并非民事法律关系的客体,从本质上说这时的货币并非法律上的物,当然亦非货物。我国有的学者认为,用以支付价金的货币之所以不属于货物,“因为买卖是以货币作为支付手段的,支付手段与支付手段相互交换,这在买卖上并无意义”^[6]。这种认识并不准确,因为即使货币在买卖中作为支付手段,亦并非支付手段与支付手段相互交换,而是货币与买卖合同标的物的互相交换。

当货币不是作为支付的手段，而是作为民事法律关系的客体时，货币亦可视为货物。例如，在美国流通的是美元，美元不是货物，但英镑、日元、马克等外国货币仍可视作货物，可以买卖。再如现已不流通的旧币亦可作为货物予以买卖。然货币的买卖实为外汇买卖，在外汇自由买卖的国家，外汇买卖主要通过银行和外汇交易所进行；在实行外汇管制的国家，外汇只能在指定的场所按照特别的法律规定和法定汇率买卖。由于外汇这种特殊商品与普通货物不同，外汇买卖为一种特殊的买卖，应适用有关外汇买卖的规定。从这种意义上说，货币并非货物，货币的买卖并非货物买卖。

3. 投资证券。美国《统一商法典》和《联合国国际货物销售合同公约》均规定投资证券不属于货物。为了保护投资者的利益，大多数国家或地区制定了专门的证券交易法来规范证券交易行为，从而使证券交易成为一种有别于货物买卖的特殊形式的买卖，投资证券也就不属于货物买卖中的货物。

4. 船舶、飞机等重要的动产。在英美法系中，对于船舶、飞机等重要的动产，采用与大陆法系相同的做法，即采用不动产的公示方式；对于其买卖，准用不动产买卖的规定。“船舶，的确，是按特殊的法律规则来调整的，并且，在某种意义上，几乎是将其当做水上土地来看待的。”⁽⁷⁾因而，船舶、飞机等重要动产的买卖亦不属于货物买卖，不适用货物买卖的有关法律规定。

5. 定作物。美国《统一商法典》规定特定制造物为货物。《联合国国际货物销售合同公约》规定供应尚待制造或生产的货物的合同应视为销售合同，除非订购货物的当事人保证供应这种制造或生产这种货物所需要的大部分重要原材料。由于作为买卖的货物并不要求在签订合同时就已客观存在，因而特定制造物或尚待制造或生产的物亦可为货物买卖的货物。但是，如果订购货物的当事人保证供应制造或生产这种货物所需要的大部分重要原材料，那么这种合同就不是买卖合同而是承揽合同，尚待制造或

生产的物就不属于货物买卖中的货物，而是承揽合同中的定作物。

（二）动产

关于动产与不动产的划分，大陆法系与英美法系存在着根本的区别，因而其内涵与处延并非一致。

大陆法系的划分着眼于物的物理性质。例如，《法国民法典》对动产与不动产的分类标准基本上是物理性的，该法典规定：地产及建筑物，固定于柱石并作为建筑物的一部分的风磨及水磨，尚未收割的收获物及尚未摘取的树上果实、房屋或其他不动产中的用以导水的水管为不动产；可以自一场所移至另一场所的物体，或如动物以自力移动，或无生命物仅能以他力变换位置，为动产。谷物一经收割、果实一经摘取，即为动产。定期采伐的大小树木，随着树木的伐倒而成为动产^[8]。“即是否能够移动及是否定着于土地，是确定不动产的主要标准。”“不动产指不能够被移动的财产，动产是指能从一地移往另一地的一切财产。”^[9]《德国民法典》则直接将“不动产”称为“不可动之物”，将动产称之为“可动之物”^[10]。我国亦采用物理标准区分动产与不动产，如我国《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第186条规定：“土地、附着于土地上的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。”我国《担保法》第92条规定：“本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物。”“本法所称动产指不动产以外的物。”在此值得注意的是：（1）由于《法国民法典》采用了罗马法的立法体例，物与财产不分，物既包括有体物也包括无体物（无形财产），故将无形财产权（如工业产权等）归入动产范围。但现在，除股东权仍被视为具有动产性质外，人们承认这些无形的、“在纸上”的权利为不动产权利^[11]。（2）大陆法系在理论与实践均认为货币是一种特殊动产。因为货币虽为一般等价物，但货币既可作为支付的手段，亦可比作为法律关系的客体。“货币是一种特殊种类物，在

交易中可以互相替代；货币也可以作为所有权的客体。”^[12]货币上当然可以存在物权。货币上的物权的变动，仍然是依占有和交付作为其法定的公示方法。即以货币的持有人作为货币的权利人，以货币的交付作为权利移转的象征。这一点与一般的动产并无不同。(3)《日本民法典》第86条第3款规定无记名债权视为动产。我国有的学者认为有价证券为特殊动产^[13]；有的学者认为物权之外的其他财产权利为不记名权利时视为动产，其理由在于：物权之外的其他财产权利，在不记名的情况下，主要包括不记名债权等，因其已经制作成有体物的格式，在性质上与动产相同^[14]。(4)在法国民法中有所谓“预置动产”，即一定的财产依其物理性质应为不动产，但在某些情况下，财产于不久的将来将变为动产，故法律“预先”将之纳入动产的法律体系。例如，即将收割的庄稼、被砍伐前的树木、尚未开采的矿石、即将拆毁的房屋的材料等^[15]。依《德国民法典》第94条的规定，与土地分离的土地出产物亦为动产。我国台湾地区“民法”第66条规定：“不动产之出产物，尚未分离者，为该不动产之部分。”依其反面解释，若已分离，即为动产。

而“普通法系所讲的动产与不动产来源于英国中世纪普通法诉讼程序之分。不动产（real property）来自对物诉讼（action in rem），意即这种诉讼要求收回实体的、特定之物；动产（personal property）来自对人诉讼（action in personam），意即这种诉讼要求特定的人归还原物或赔偿损害”^[16]。“前者（不动产）是指不包括租赁保有地的土地上的权益；后者（动产）是指可移动的财产以及租赁保有地。”^[17]“由于历史的原因，租赁来的土地按英格兰法属于动产，但在国际私法中则是设定于不动产上的权利。”^[18]当然，“基于历史的原因做出的划分，现在已不能感觉到了”^[19]。

（三）结论

通过上述分析，我们可以看出：英美法中的货物买卖中的

“货物”属于大陆法系的动产，但大陆法系的动产并不一定都属于英美法中的货物买卖中的“货物”。因而，大陆法系的有关动产买卖的规则对货物买卖亦是适用的。本书正是在此基础上来比较研究货物所有权的移转与风险负担问题的。

二、本书的研究意义

货物买卖是最原始的商品交换。它产生于原始社会末期，促进了原始社会的解体，是人类文明发展的渊源和动力之一。在商业高度发达的今天，货物买卖仍是五光十色的商业生活中的最基本、最主要、最一般的内容和形式。在国与国之间的贸易之中，国际货物买卖是国际贸易的一个重要组成部分，也是最传统、最基本的一种国际贸易形式。因此，保障货物买卖公平地、安全地、有秩序地进行，也就成为了各国或地区立法及国际条约等的共同任务。

由于货物买卖从本质上说是货物所有权的买卖，因而货物所有权的移转问题也就成为了货物买卖的核心问题。它不仅直接决定着所有权的归属，而且关系到买卖双方的切身利益，因为一旦货物所有权发生了移转，买受人就取得了货物的所有权，就有权按照自己的意愿处置货物；而出卖人在此时便丧失了对货物的所有权，如果出卖人未收回货款而买受人突然破产，在经济利益上势必遭受钱货两空的重大损失。同时，在现代社会中，随着商品经济的发展，商品交换的形式日趋多样化，“一手交钱，一手交货”的买卖形式已沦为小额的日常行为，在社会交易中已不占有主要地位。大量的交易双方义务的完成是不同步的，抽象的所有权移转与实际交付的分离使人们认识到货物灭失风险的现实性。从缔约到交付往往要经过许多环节，尤其是在有承运人的情况下更为复杂。在此情况下，风险究竟由出卖人抑或买受人承担，就直接涉及双方当事人的利益。尽管货物买卖中的大多数毁损或灭失的风险可能由保险人承担，但是，买卖双方中究竟由哪一方负

责向保险人索赔，究竟由哪一方负责抢救受损货物，则是由划分买卖双方之间的风险规则来确定的。当保险险别不包括货物所遭受的损失或保险数额不足时，风险负担的确定则具有重要的意义。风险负担的确定也就成了货物买卖的另一重大问题。

在长期的交易中，当事人之间在此问题上的纠纷不断，为避免纠纷，当事人可以事先做出所有权移转和风险负担的明确约定。但是，如果当事人对此没有约定，法律就应对这种不利益做出合理的分配，以“定分止争”，从而维护交易的正常秩序和促进交易的发展。正因为如此，各国或地区的民事立法无不对货物所有权移转的时间和风险负担问题作了明确规定，而且“全部合同法特别是买卖合同法的主要目的，就是基于合同关系所生的各种损失的风险在当事人之间进行分配”^[20]。国际条约及国际惯例亦将其看成是“最须严肃对待的问题之一”^[21]。我国《民法通则》和《合同法》在总结我国的司法实践和借鉴国外成功的立法例及国际条约有关规定的基础上，对此问题首次作了系统规定。

然而，由于政治、经济、文化等方面的差异，各国关于货物买卖方面的法律亦存在着重大差别，尤其是在关于货物所有权的移转及风险负担这两个货物买卖的核心问题上存在着不同的立法例，这就不可避免地会产生法律冲突。尽管各国立法试图通过制定冲突规范来解决这一问题，但其仍只属于一种消极的解决方法。“冲突规范只指定有关国际民商事法律关系应适用何种法律，而没有明确而直接地规定当事人的权利义务，因而它对国际民商事法律关系只起间接调整的作用。同实体规范比较起来，它缺乏应有的预见性、明确性和针对性。同时，冲突规范只作立法管辖权选择，即只有就有关国际民商事法律关系指定一个立法管辖权，而不问该管辖权国家调整该国际民商事关系的法律的有无和具体内容如何。由此看来，用冲突规范解决国际民商事法律冲突并不能从根本上避免和消除冲突，只能解决有关具体的国际民商事法律关系的法律适用问题。而且，尽管目前国际上有关国家可