

國際貨物買賣中所有權與風險移轉的比較研究

范劍虹、劉耀強、陳科汝*

一、導論

買賣合同是日常生活中最普遍及最常見的商事及非商事合同，而當中尤以貨物買賣合同更甚，所謂貨物買賣合同是出賣人將標的物的所有權的移轉給買受人，而買受人則向出賣人支付價款的合同。貨物買賣合同有別於其他如供用電、水氣、熱力合同，有別於借款合同，有別於租賃合同，有別於承攬合同，有別於運輸合同，有別於保管合同，有別於倉儲合同，亦有別於委託合同、代理合同、行紀合同及居間合同，究其主要特徵是以移轉合同標的物的所有權。

所有權是財產權或物權中最重要的構成要素，因此，對於買賣合同的雙方當事人來說，有關規範所有權移轉的法律制度具有十分重要的意義。不論是在國際貿易中，甚至是在一般的商業買賣中，貨物的所有權從何時起由賣方移轉給買方，這問題關係到買賣雙方的切身利益的一個重大問題，例如訴權和保險利益的歸屬以及買賣雙方針對標的物所能採取的救濟措施等¹，受到雙方當事人的高度重視，因為一旦貨物的所有權從賣方移轉於買方之後，如果買方拒付貨款或遭遇破產，賣方就將蒙受錢貨兩空的損失。因此，合同中的賣方在收到貨款以前，往往採取各種方法保留其對貨物的所有權，以此保障自身的利益；反之，買方又希望在支付貨款前，早日取得貨物的所有權，特別是買方作為從事商業貿易的商人，他更希望早日把貨物再轉售來賺取更大的利潤。

在貨物買賣合同中另一個重要的課題是風險轉移的問題，因為它亦關係到合同雙方當事人的切身利益，一般而言，誰擁有標的物的所有權，風險就由誰承擔。不過，這種觀點是間接推理所得而不是法律的明確規定，而在商事實踐中，不同國家及地區的法律制度有不同的認定，有些主張把風險移轉同所有權移

轉聯繫在一起，以所有權移轉的時間決定風險移轉的時間；另有主張不把風險移轉問題同所有權移轉問題聯繫在一起，而是以合同成立的時間或是以交貨的時間來決定風險移轉的時間。

研究風險轉移，首先應先對“風險”這一概念作深入的認識，然而，學術界對此的認識並不一致，相關的見解包括：所謂風險是一個法律術語，指的是貨物所發生的意外損失，如盜竊、火災、毀滅、損害及不屬正常損耗的腐爛變質，等等²；風險轉移制度所涉及的風險，是指由於自然災害、意外事故或當事人以外的原因造成賣方正在履行或已經履行(交貨)的貨物遭受損壞滅失的風險³；在買賣活動中，“風險”一詞是指買賣合同訂立後，不是由於雙方當事人的故意或過失所引起的、標的物可能遭受的各種意外損失，如盜竊、火災、沉船、破碎、滲漏以及不屬正常損耗的腐爛變質等⁴；所謂風險，指的是致使貨物毀損、滅失的意外事由，例如盜竊、火災、破碎、滲漏、扣押、徵用、船舶的沉沒、飛機的失事以及不屬正常損耗的腐爛變質等都是⁵；貨物的風險是指貨物在生產、儲存、運輸、裝卸等環節發生的意外損失，包括被盜、被火燒毀、被水濕損以及腐爛變質等⁶；在國際貨物買賣中，貨物風險主要指貨物在高溫、水浸、火災、嚴寒、盜竊、查封等非正常情況下發生的短少、變質或滅失等損失⁷；風險系指貨物在投入運輸之後，或在運往買方的過程中，所可能發生的意外滅失或損害⁸；風險是指雙務契約當事人一方之債務，因不可歸責雙方當事人之事由，致給付不能時，其因此項事由所產生損害之狀態⁹；貨物的風險是指買賣雙方訂立買賣合同後，賣方根據合同向買方轉移對貨物的佔有權，在這個轉移過程中可能出現的貨物滅失的風險(“滅失”意指貨物丟失或毀滅，也包括貨物因碰撞受潮、受熱等原因而造成的損失和損害)，而且這個轉移過程自賣

* 分別為澳門大學法學院教授，澳門大學法學院博士研究生，澳門大學法學院碩士研究生

方備貨完畢到買方驗貨收訖為止。¹⁰

從國際貿易慣例及各國的商事法律制度中，可以把上述有關風險的見解歸納為這樣的一個概念，即因不可歸責於任何一方當事人的事由，作為標的物的貨物在生產、儲存、運輸、裝卸等環節，由於盜竊、火災、沉船、破碎、滲漏、碰撞、受潮、受熱、發黴以及腐爛變質等非當事人原因而發生的意外毀損。風險轉移則是指貨物發生滅失毀壞風險從何時起由賣方轉移給買方。在國際貿易中，風險的轉移涉及買賣雙方的基本義務，並關係到是由賣方還是由買方承擔損失的問題。如果貨物的風險已由賣方轉移給買方，則貨物即使遭受損害或滅失，買方仍有義務按合同規定支付價金；如果風險尚未移轉於買方，則一旦貨物發生損壞或滅失時，不僅買方沒有支付價金的義務，而且賣方還要對不交貨承擔損害賠償責任，除非賣方能證明這種損失是由於不可抗力的原因造成的。

由於上述原因，尤其是兩岸四地的貨物買賣所有權與風險的轉移歷來是按照國際上的規則或學說行事，故此，在這裏研究所有權與風險轉移的問題，不論在國際貨物買賣的理論上，尤其在國際與內地、台港澳法域實踐中有其非常重要的經濟價值。

二、貨物所有權的移轉

各國的民商法或買賣法對所有權移轉的問題都有一些具體規定，但差異較大。首先，就從所有權的概念而言，不同法系規定如下：

(一) 大陸法系國家的規定

1. 各國規定

(1) 法國法和相關國家地區對所有權移轉的規定

與其他大陸法系一樣，《法國民法典》首先對所有權作明確的定義，該法典第 544 條規定：“La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”。¹¹ 一般而言，所有權轉移是財產轉移的核心，它是以買賣雙方當事人的合意為基礎，不受任何形式條件約束，故該法典第 1583 條規定¹²，當事人雙方就標的物及其價金相互同意時，即使標的物尚未交付，買賣即告成立，標的物所有權也於此時由出賣人移轉於買受人。¹³ 從這一規定可看出，法國法對所有權的移轉，基本上採取諾成主義，判例學說謂為“債權合意主義”或

“意思主義”，歸納的說，“除有相反規定外，自買賣雙方當事人交換‘同意’意思之時起，買賣之物的所有權即告轉移”。¹⁴

所謂交付，法典又區分動產交付及不動產的交付兩類，第 1606 條規定動產的交付可以作實物移交、交付存放這些動產對象的房屋建築的鑰匙，此外，對於在買賣時不能搬運，或者買受人以另一名義已經佔有這些動產，僅需各當事人同意¹⁵；第 1605 條規定不動產的交付為交付所有權證書，或者對待建築中的不動產，由出賣人交付鑰匙。

對於特定物的買賣，貨物所有權在合同成立時移轉。《法國民法典》第 1585 條規定¹⁶，種類物的買賣，須經特定化之後，買賣才告成立，所有權才移轉給買方。《法國民法典》第 1588 條又規定¹⁷了附帶停止條件的買賣，只有所附條件成立時，所有權才移轉給買方，這主要針對如第 1587 條¹⁸規定的試用品的買賣。

受到法國法影響的地區也包括澳門。《澳門民法典》第 865 條規定：“買賣係將一物之所有權或將其其他權利移轉以收取價金之合同”，根據這條文的規定，買賣合同的客體是賣方移轉物的所有或其他權利，而買方支付價金；然而，第 869 條亦規定：“買賣之基本效力如下：a)將物之所有權或將權利之擁有權移轉；b)物之交付義務；c)價金之支付義務”。在澳門，有關貨物所有權及風險轉移的規定主要載於《澳門民法典》及《澳門商法典》內。現行的《澳門民法典》¹⁹及《澳門商法典》分別為 1999 年 8 月 3 日的第 39/99/M 號法令及第 40/99/M 號法令通過，並於同年的 10 月 1 日生效；然而，原定於 10 月 1 日生效的《澳門商法典》，被同年的 9 月 27 日第 48/99/M 號法令第二條修改，着令延遲一個月生效。

(2) 德國法和相關國家地區對所有權轉移的規定

《德國民法典》第三編第三章第一節的標題雖然明確地定名為“*Inhalt des Eigentums*(所有權的內容)”，但卻沒有對所有權作定義。“法律將所有權視為完全物權。考察一下所有權人地位，會發現它包含着兩個重要的權能，即對物的使用權能與將物通過轉讓而予以變價的權能。”²⁰ 該法典第 903 條則規定所有權人的權能：“*Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen*”，從而體現了所有權自由原則。²¹

誠然，就轉移物的所有權問題，必然聯繫“物權合意”(dingliche. Einigung)這一概念。法典區分土地

所有權轉移及動產所有權轉移兩類分別規範，不動產物權變動的物權的合意稱為“*Auflassung*”，動產物權變動的物權的合意稱為“*Einigung*”。²²《德國民法典》第929條規定：“*Zur Übertragung des Eigentums na einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.*”。²³這裏必須強調的是，“交付通常意味着轉移直接佔有（*Übertragung des unmittelbaren Besitzes*），故第854條第1款規定：“*Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der Tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben*”²⁴；然而，如果出賣人使一個第三佔有人向買受人交付，那麼這也可以達到同樣的目的：問題的關鍵只是在於，買受人因出賣人的促動行為而獲得佔有”²⁵；除交付外，“在物權法中立法者所使用的是‘物權合意’（*Einigung*），而不是‘契約’（*Vertrag*）”。²⁶

有別於動產所有權轉移，土地所有權的轉移“除當事人的物權合意外，還須有登記；僅在物權合意與登記相結合時，才發生物權變動的效力。與動產物權交易不同，土地物權變動不適用交付制度；土地之交付，對土地上的物權法律關係，不生意義”。²⁷該法典第925條規定土地所有權轉移的合意，該條第1款規定：“*Die zur Übertragung des Eigentums na einem Grundstück nach §873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden. Zur Entgegennahme der Auflassung ist, unbeschadet der Zuständigkeit weiterer Stellen, jeder Notar zuständig, Eine Auflassung kann auch in einem gerichtlichen Vergleich oder in einem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan erklärt werden.*”²⁸；還須補充的是，對於土地所有權的轉移，除合意及取得人作登記外，基於出賣人須確保買受人取得佔有和所有權的義務，故法典第435條第1款規定：“*Der Verkäufer eines Grundstücks oder Rechtes an einem Grundstück ist verpflichtet, im Grundbuch eingetragene Rechte, die nicht bestehen, auf seine Kosten zur Löschung zu bringen, wenn sie im Falle ihres Bestehens das dem Käufer zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden.*”²⁹

另外，中國大陸與台灣的相關規定基本上接受了

德國的物權合意的理論。

(3) 日本法對所有權轉移的規定

一如其他大陸法系國家的法律規定，《日本民法典》第206條（所有權的內容）對所有權定義為：“所有人於法令限制的範圍內，有自由使用、收益及處分所有物的權利”。儘管法典對所有權作如此的定義，但卻沒有為所有權的轉移作任何法律的規範，只是在第555條規定：“買賣，因當事人相約，一方移轉某財產於相對人，相對人對之支付價金，而發生效力。”這樣，法典並未明確說明買賣是轉移所有權的途徑，反之，是移轉某財產權的途徑，那麼，就須明確財產權的範圍是否包括所有權，法典並未回答這問題，反之，該法典第176條則規定：“物權的設定及移轉，只因當事人的意思表示而發生效力”，因此，日本法典追隨法國法的理論，即追隨所謂的債權合意主義或純粹意思主義。³⁰

有別於德國法所提倡的物權行為的概念，《日本民法典》所規定有關所有權移轉的制度基本上沿用舊《日本民法典》的制度，現行《日本民法典》第178條亦規定：“動產物權的讓與，除非將該動產交付，不得以之對抗第三人”；而該法典第177條規定：“不動產物權的取得、喪失及變更，非依登記法規定進行登記，不得以之對抗第三人。”儘管在該法典中並未對物區分動產及不動產，但由該法典的第177條及第178條的規定可見，日本民法在對物權的規定中，登記或交付系物權變動的對抗要件而非物權實際發生變動的成立要件或生效要件。³¹對於動產的交付，法典第182條（一）規定交付是佔有權讓與的形式表現；而對於不動產的登記，則《不動產登記法》第1條規定：“登記，就不動產標示或下列不動產權利的設定、保存、移轉、變更、處分限制或消滅而進行。”

2. 物權行為理論

由上述可以得出，在所有權的轉移上，大陸法系不同國家之間的規定也是存在分歧的。其分歧產生的原因主要源於對待物權行為理論的態度上，有些反對，有的贊成，有的試圖加以改良。在此，有必要簡單回顧一下該理論的產生背景，並參照相關著述，以便給讀者一個中立式的視角：

(1) 抽象物權契約的理論產生背景

“抽象物權契約”理論最初是從德國的19世紀普通法學（*die gemeinrechtliche Jurisprudenz*）發展而來的。在此之前“實用法律匯編（*Usus Modernus Pandectarum*）”中也有這樣的思想，即物的所有權轉移須具備兩個條件：“名義”（*titulus*）與“形式”

(modus), 前者為為轉移而建立的法律關係(比如: Vertrag), 後者為交付或者代替交付。³²

物權行為理論首創於德國歷史法學派的代表人物薩維尼(Freidrig Karl von Savigny)。但薩維尼對物權行為理論的完成不是一蹴而就的。在其於 1803 年完成的《佔有權論》(Das Recht des Besitzes)一書中, 仍主張把取得權原解釋為債權關係, 將取得樣式解釋為作出事實行為的交付。但之後, 海德堡大學的民法學者以及法官海瑟(G. H. Heise)在《民法概論——潘德克頓學說教程》一書中有關法律行為的理論的創立對薩維尼產生了重要影響, 使他開始認真思考法律行為理論和法律關係問題。他認為私法上的意思表示, 有些是發生物權變動的意思表示, 有些則是發生債權變動的意思表示。一項基於當事人意思表示的物權變動包含兩層意思, 一是他的原因產生債權債務關係, 不具有排他性; 二是產生物權關係的意思表示。在之後薩維尼於 1840 年出版的《現代羅馬法體系》一書中。書中寫道: “私法契約, 以各種不同制度或形態出現, 甚為繁雜。首先是基於債之關係而成立之債權契約, 其次是物權契約, 並有廣泛之適用。交付(tradition)具有一切契約之特徵, 是一個真正之契約, 一方面包括佔有之現實交付, 他方面亦包括轉移所有權之意思表示。此項物權契約常被忽視, 例如在買賣契約, 一般人只想到債權契約, 卻忘記交付之中亦含有一項與買賣契約完全分離, 以轉移所有權為目的之物權契約。”³³ 薩維尼的論述可以歸納為三點: 第一, 買賣契約中, “交付”代表著獨立和完整的意思表示, 標的物所有權的轉移是該意思表示的內容及效果; 第二, “交付”作為“真正契約”具有獨立於債的契約的法律特徵; 第三, “真正契約”需要具備外在的表現方式。薩維尼認為, “交付”, 也就是物權行為, 是一個獨立於“債權契約”的“真正契約”, 該“真正契約”是當事人“轉移所有權”之獨立的意思表示, 且以“轉移所有權為目的”。這一論斷提出了一個全新的關於物權變動的理論, 即抽象原則理論, 也稱之為處分行為理論或物權行為理論。至此, 薩維尼的物權行為理論確立。_

(2) 對抽象物權契約的評價意見

在各國繼受德國的立法、學理和司法過程中, 對抽象原則(Abtraktionsprinzip)爭論一直此起彼伏。按照德國的一些主流法典評論和相關的論文與判例³⁴, 將其綜述如下:

反對的觀點認為:

第一, 物權行為理論純屬人為擬制, 不是生活現

實。物權行為理論強行把一樁簡單的動產買賣以至少是三個在法律上相互獨立的法律程序分解開來, 不符合生活實際。最典型的例子就是, 一個人去商店買一雙手套, 本可以一手交錢一手拿貨, 可他必須要看着發生三件事: ①訂立一個債法上的合同, 因此而產生的債務關係要清償履行; ②締結了一個與其法律原因完全脫離的以所有權轉移為目的的物權契約; ③上述兩個法律行為之外, 必須進行雖然是一項法律“動作”但不是法律行為的交付。這是純屬虛構的。³⁵ 物權行為理論是或然性的³⁶, 只是法學家的法理構思(gedanklich), 並非一個必然的法律事實。

第二, 將買賣合同中的原因行為與結果行為割裂是“屬生活”的, 現實生活中並不存在接受這種理論的基礎。把買賣合同, 也即通過它某人只是為取得所有權承擔義務, 與履行該買賣合同, 也即通過它義務得到履行和所有權得到轉移這兩者作觀念上區分當然是有事實根據的。這種區分的意義, 表現在現實中合同締結與合同履行中間存在時間間隔。在承擔義務與履行之間作出區分雖符合事物本質。但是, 如果再進兩步, 即把履行作為“物權契約”這個特別的法律行為的內容, 而把它與債的合同分割開來, 即把“物權契約”抽象化, 使其原則上不建立在債權行為的有效性上, 這也是問題的。

第三, 物權行為理論違背了交易公平。按照德國法, 債權行為是原因行為, 物權行為是結果行為。不考慮原因行為, 違背了交易公平。而且物權行為理論一般不宜為外人所理解, 其形式主義與無因性結合對靜的安全(本來享有的利益)保護不夠。當原因行為被割裂時, 雖然可以用不當得利, 但不利於此時的原所有人。比如: 某人為履行買賣合同向合同對方交付貨物或貨款, 而且他們達成了所有權轉移的“物權合意”。如果隨後證實, 該買賣合同因違背法定形式要求, 或違背禁止性規範或善良風俗, 或因為產生爭議而不能生效, 或因為有錯誤, 詐欺, 恐嚇而被撤銷, 那麼就會產生當事人可依照那些法律根據要求返還合同的給付的問題。依據“抽象物權契約”理論, 雖然買賣合同無效, 但貨物及貨款所有權原則上已經轉移; 依此原則的另一結果是, 合同當事人不得依據其保留的所有權要求返還給付, 而是要依據下述要求返還給付: 即自己的給付是在沒有有效的法律原因的情況下進行的, 對方當事人因此而“不當得利”, 因而其“沒有原因”獲得的給付應當歸還。抽象原則從而導致這樣一個結果, 因無效合同而為之給付的返還請求權並不能依據歸還所有權的“物權請求權”(《德國

民法典》第985條)提出,而應當依據債法上“不當得利返還原物請求權”(《德國民法典》第812條)提出。在《德國民法典》中,依不當得利之訴與所有權之訴相比,勝訴的可能性不那麼大。如果某物是根據違背善良風俗或違法的合同而出賣的,那麼希望依據不當得利的規定提起返還原物之訴的原告,就一定會有別人依據《德國民法典》第817條第2句的規定向他提出異議,說他自己的行為就違法或違背了善良風俗,因此對他的訴訟應根據“雙方均非善意則佔有優先”的原則予以駁回。

第四,物權行為理論無法實現立法者原來設想的目標的結論。用法律設定的價值目標是否真的具有實際利益為標準對法律進行反思,物權行為理論的基本目標是保護交易安全並使得交易快捷,但是由於一般民眾不知道該理論,所以該理論設想的目標難以為民眾接受。³⁷

對反對觀點的反駁意見認為:

第一,物權行為的客觀性問題。事實上,作為法律行為的具體類型,物權行為的客觀存在是不容置疑的。首先,單方物權行為是客觀存在的。法律行為與事實行為的根本區別在於法律行為能否生效完全取決於當事人的意思表示,而事實行為的生效與當事人意思表示無關。在以物為標的物的單方處分行為中,該處分行為就是法律行為而非事實行為。其次,雙方物權行為也是現實存在的。以抵押合同為例:在抵押合同中,抵押人將抵押物交給抵押權人的當時,必然存在一個轉移物權的意思表示,當事人所表現出來的純粹的物權變動的意思是不可否定的,雙方的交付行為就是當事人關於物權變動的意思表示的體現。

第二,無因性理論妨害交易公正問題。這裏需要注意的就是對第三人的信賴保護的問題。要解決這一問題,首先就應該先回答第三人在交易中應該相信誰這一問題。如在一個不動產買賣交易中,甲乙是不動產買賣合同的雙方當事人,甲欲從乙處購買房產A,A房產的房產證上所載明之所有權人亦為乙,此時出現丙,並主張乙是以欺詐的方式從自己處購買的房產A,且要求甲不得與乙進行交易,否則則構成惡意第三人,而乙主張自己取得房產正當。此時,如果乙丙之間的房屋買賣合同真的存在欺詐行為,而甲又被告知該欺詐行為的存在,並執意買下房產A,則甲構成惡意第三人,依支持無因性理論妨害公正交易的學制之觀點,甲乙之間的房屋買賣無效,甲應當歸還房產與丙。這對甲而言顯然是極為不公平的。對甲而言,其作為一個普通民眾,不能要求其具有尋求乙丙爭議

之真實性的義務。在房產登記簿上載明房產A的所有權人為乙的情形下,甲當然得以相信該登記,相信乙的權利無瑕疵並與其進行交易。在交易中,第三人的利益較原權利人利益而言更應該予以保護,因為這是市場經濟保護經濟秩序穩定和交易安全的要求。而對於原權利人,法律另行規定了保護措施,如不當得利等,並不是對原權利人的損失進行放任。否定無因性理論,將額外的注意義務強加於第三人,並將兩個相互獨立的法律關係進行混淆,將一個法律關係中的義務強加於另一法律關係,才是真正的妨害交易公正的行為。

無因性原則的基本特點是根據客觀標準建立符合物權公示原則的權力正確性推定規則,然後根據這一規則確定第三人的善意與否,並對第三人提供保護。無因性原則並不絕對排除物權變動中當事人意思表示的作用,而是根據當事人權利變動的意思,重新建立了善意的確定標準。³⁸此外,需要指出,在物權無因性理論中,債權行為不影響物權行為的效力,並不表明債權行為對物權變動的結果完全不發生絲毫作用。首先,物權行為與債權行為可因共同的瑕疵而致無效或被撤銷;其次,違反法律行為一般構成要件可導致物權行為同時無效;第三,因欺詐、脅迫致使債權行為被撤銷的後果及於物權行為。此外,如果債權行為無效,物權受讓人取得物權的同時,出讓的得享有不當得利請求權。此結果亦構成對物權變動結果的間接影響。

第三、物權行為理論玄妙的問題。民法規則的制定,首先應該考慮的是具有司法培訓的法官和律師對最為複雜的案件的處理能力,而非“國民對交易之感情”。物權行為理論將債權變動與物權變動相區分,並依照這一區分理清交易中不同權利變動的時間界限、區分物上支配權的歸屬、分清當事人不同範圍內的責任,並解決對第三人的保護問題,是高度發達的市場經濟的要求。³⁹

另外,其他支持物權行為理論的觀點認為:

“抽象原則的產生並被立法所採納,根本上並不是純粹的想像和定性的法學思維的結果,這一點不但表現為該原則所提出的一般要求還是根據該原則建立的無可指摘的法律技術上,而且也表現在它深刻的法理智慧上。根據抽象原則建立的法律制度產生後的歷史表明,它一直能夠順利的實現法律的功能目的。根據抽象原則建立的債權行為與物權行為相分離的法律結構從來沒有給法律的交易製造困難。當然,人民在學習法律時對該原則的掌握毫無疑義的有些困難,但

是這不能夠成爲改變該原則的理由，因爲這不是實踐提出的要求。”⁴⁰ 物權行爲理論貫穿於民法物權制度的始終，如果不承認物權行爲理論，整個物權法制度本身都將在體系和邏輯上陷入矛盾和混亂。不承認物權行爲理論會使物權法上的公示與公信原則失去意義。公示於工薪原則是物權法的重要原則。物權變動在登記或交付時發生，以交付或登記作爲外部標誌，第三人得因此信賴此標誌取得標的物所有權的人爲正當所有權人。不承認物權行爲理論會致使不當得利制度大大縮減適用範圍。⁴¹

此外，物權行爲理論在實踐中還具有以下具體的優點：

一是保護一般交易安全。物權行爲的無因性理論使得債權行爲與物權行爲相分離，基於此，標的物的原權利人僅能對其出讓人行使所有物的返回請求權，而不得向第三人行使。這就維護了交易的安全性和第三人的權益。安全交易的風險主要來自原因關係的瑕疵，將物權行爲從債權行爲中分離出去，意味着切斷了交易中的風險來源。耶林對於物權變動無因性保護交易安全的理論進行了系統的闡述，他認爲物權行爲無因性理論爲交易安全所提供的保護在於，首先使得所有物返還請求權變得單純化了。即原所有人只得向債權人請求物的權利，而不得向第三人行使，從而保護了第三人取得標的物的所有權。其次，原所有權人獲得不當得利請求權。物權行爲理論在消除市場中的危害交易安全的因素方面發揮了積極作用。

二是法律關係明晰化，有利於民法體系的完善。依物權行爲理論，買賣被劃分爲三個獨立的行爲：一是債權行爲即買賣契約；二是轉移標的物所有權的物權行爲；三是轉移價金所有權的物權行爲。三個行爲之間相互獨立，關係明確，容易辨認，對法律的適用甚有裨益。⁴² 無因性理論對德國民法典物權法和債法的制定產生了很大的影響。物權獨立意識表示的類型，使法律行爲理論成爲科學，也推動了法律關係理論的完善。對物權行爲理論的承認是法律行爲規則成爲民法典總則的重要組成部分，也是民法典總則成爲民法體系的必要組成部分。⁴³ “當事人的意思表示並不是泛泛的私法上的意思表示，而是具體的、體現不同司法效果的意思表示。”⁴⁴ “當事人不同民事權利變動的根源在於其意思表示不同，不同的意思表示產生不同的法律關係，不同的法律關係產生不同的法律制度。”⁴⁵

(3) 抽象原則的鬆動以及其他涉及的問題

K·茨威格特，H·克茨在《“抽象物權契約”理

論——德意志法系的特徵》一文中曾講到：“德國法也發展了一系列規則和技術，借此抽象原則已經鬆動。法院判決這樣承認：在一定前提條件下原因行爲中的缺陷可以導致物權契約無效。該規則首先可適用於因陰險的詐欺而被否定的法律行爲(《德國民法典》第 123 條)。在此，法院認爲：履行行爲，即以所有權轉移爲目的的物權契約，如因受詐欺影響締結，則應理解爲可撤銷的契約。在一個判決裏帝國法院這樣宣稱：民法典把一樁買賣中說明出讓權利和履行義務的債的法律行爲，也就是所謂的要因行爲，與“抽象的”和其原因行爲完全脫離的，其效力只因其自身創設的物權上的履行行爲明確區分開來是正確的。但此種區分絕不意味着原因行爲的意思表示瑕疵不能影響物權的履行行爲。在任何情況下，那些依惡意詐欺出賣人而訂立合同的買受人(《德國民法典》第 123 條)，其目的通常並不只是通過買賣合同獲得債法上的履行請求權，而是要直接地取得出賣物。騙人者的意圖正是鑽被騙者意思表示缺陷的空子……只有在一種完全特別的但到如今尚不清楚的狀態下，也許人們能在某種即定情勢中承認，被告人將不會象在買賣合同中受惡意欺騙那樣來進行物權的履行行爲。如果這種情形不能確認，那麼就應承認，因欺騙成立的撤銷產生物的所有權轉移契約無效的後果(《帝國法院民事判決》第 70、55、57 號)。這種情況在因錯誤而發生撤銷時(依《德國民法典》第 119 條)也應同樣有效。“依正確的法律觀念，如果原因行爲和物權的所有權轉移行爲是根據同一個意思表示形成的，而且這兩個行爲的原因有‘錯誤’時，那麼這兩個行爲可以因其‘錯誤’的原因而同時否定”(《帝國法院民事判決》第 66、385、390 號)。在原因行爲因違背善良風俗而無效時(《德國民法典》第 138 條)，法院判決常常拋棄抽象原則，並宣佈履行行爲無效。在某人因緊急情事、輕率、缺乏經驗而受剝削時，《德國民法典》第 123 條第 2 款將被直接適用，據此，不但上述情形下訂立的債的合同無效，而且他人依上述情形可獲得財產的法律行爲，即通過“物權合意”的轉讓也是無效的。最後，當一個違背風俗的交易並非因爲對方當事人缺乏經驗、輕率或者有緊急情事而獲取超額利潤時，法院就不是僅僅判決原因行爲而且同時判決物權行爲無效，如果法院認爲它帶有各種缺陷，例如在一些案件中，某些人爲給其債權人提供保證，居然以不體面地限制自己的經濟自由爲協議條件，對此法院根據《德國民法典》第 138 條第 1 款，常常不僅要判處(債法上的)擔保協議無效，而且也要判處(物權法上的)交付行爲無效(參

見《帝國法院民事判決》第 57、95 號等)。在《帝國法院民事判決》第 145 號和 152 號裏有這樣一個案件：一個丈夫與其妻子達成扶養協議，如果她對他提出離婚訴訟，則他給她一處不動產。為與妻子訴訟離婚，指定不動產所有權轉移給了她，雙方履行了協議。但在其他方面，雙方當事人產生了爭議，即妻子是否已成爲上述不動產的所有權人。帝國法院否定說：“帝國法院的判決當然承認，一般情況下根據抽象原則，買賣行爲的不道德並不產生履行行爲的無效的後果。但對這一原則也應承認一些例外，即那些正是利用物權法的規定追求不道德的目的，或者其權利依不道德行爲而建立的情況”。如此的“例外情況”，是根據法院的認識決定的。多年來法學家們也在忙着試圖想出一些能夠限制抽象原則的可行辦法。為達此目的他們想到，物權契約中經常是涉及“法律行爲”，這樣，民法典總則編中關於法律行爲的全部規範(《德國民法典》第 104-185 條)，也可以適用於物權契約。例如《德國民法典》第 139 條規定，如果法律行爲部分無效，那麼有爭議時該法律行爲全部無效。從當事人願望出發，人們可以這樣論證，即他們是把原因行爲和履行行爲作爲一個統一的法律行爲來理解的，其結果是：當第 1 個法律行爲無效時，第 2 個行爲會隨之無效。或者依《德國民法典》第 158 條法律行爲可以附條件，即只有在條件成熟時它才能生效或者失效。依此規定，當事人可以在原則上給物權契約附上這樣一個條件：它只有在原因行爲有效時才能生效。但是，在允許當事人在哪些前提下，在哪些案件中，依甚麼樣的意願約定條件(是由他們隨意大膽假設嗎?)等一系列問題上，學者之間爭議紛紛，而法院至今對這種建設性的技巧尚未給予適當的贊許。”⁴⁶

孫憲忠教授譯文中還提到：“普通法國家的法院，在某種前提下，抽象規則受限制，比如：某人可以將他即將從對方當事人取得的某物的所有權，只作爲爲對方當事人利益的信託人而持有。在此，對方當事人不僅僅擁有該物的返還原物的‘物權’的請求權，而且還擁有返還物的替代物的‘物權’請求權。但是，如果給付與接受人的財產可以區分⁴⁷，那麼原告的返還請求權是依《德國民法典》第 812 條規定的不當得利，還是依《德國民法典》第 985 條所規定的所有權返還請求權，在德國法律中並沒有本質意義上區別。在上述兩種情況下，他都可以將由他出賣並交付的，而且尚在接受人處的貨物追回。”

從薩維尼的物權抽象理論的角度，筆者認爲：上述的對於物權的抽象理論的爭論，在理論上與實踐上

是很有意義與價值的，尤其對於建立一個在法理上沒有漏洞的合理的民法體系方面，顯然是有益的。但是我們不能將需要判例再進一步發展物權法的司法責任推給處在當時年代的薩維尼，試圖讓薩維尼造就一個永世都不會改變的精確規則，顯然是不合適的，從而以瑕掩玉，忽視它的主流。因而，我們期待着理論界與司法界對它作出進一步討論與批評後得到新的發展。

(二) 海洋法國家的規定

眾所周知，英美法系以判例爲主，成文法爲輔，目前勉強可以這樣說。但在民商法領域，英美法系各國的成文立法，大有取代原有的判例法，佔據多數地位的趨勢。⁴⁸

1. 英國的貨物銷售法

英國法中有關貨物銷售制度，具有代表性的要算 1893 年的《貨物買賣法》(Sale of Goods Act, 1893)。1888 年，邁肯茲·查莫斯爵士(Sir Mackenzie Chalmers)起草了貨物銷售法案，該法案被荷塞爾勳爵(Lord Herschell)提交到上議院進行評價和批評。1891 年，該法案再次被提交到上議院審議，但是對於該法案能否適用於蘇格蘭發生爭議。經過由下議院任命的委員會的修改，這項法案最終成爲法律——《1893 年貨物銷售法》。⁴⁹但是從 1954 年開始，對 1893 年法律的修改就沒有停止過，該法最終併入到《1979 年貨物銷售法》(又稱《1979 年貨物買賣法》，Sale of Goods Act 1979，以下簡稱 SGA)中。1979 年的法律並非是一個自足(self-sufficient)的法典，沒有調整有關貨物銷售的全部環節。有的關於貨物銷售的規範規定在諸如《1977 年不公平合同條款法》(The Unfair Contract Terms Act)之中。⁵⁰後來，英國議會於 1994 年 11 月通過了 David Clelland 議員關於貨物銷售和提供法案的動議，並於 1995 年 1 月 3 日生效，《1994 年貨物銷售和提供法》稍作修改而採納了英國法律委員會 1987 年關於貨物銷售和提供法的報告中的建議，對《1979 年貨物買賣法》作了一些重大修改。

SGA 第 2 條(1)的規定：“A contract of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price”。⁵¹對於貨物，該法第 61 條把其定義爲包括權利財產和金錢以外的一切動產。與此同時，根據英國法的規定，財產可分爲動產和不動產，並且規定不動產包括土地和附着於土地或構成土地一部分的財產，而動產則包括可佔有物 and 權

利財產兩部分。

貨物所有權的轉移約定在 SGA 中的分量很重，因為按照該法第 17 條規定，推定風險的轉移與所有權的轉移同步。在破產法中意義更是非凡：如果買方支付了貨款，但是在賣方貨物的所有權還沒有轉移時，賣方破產了，那麼買方僅視為無擔保債權人，那麼只能從破產債權人那兒獲取一點點賠償；反之，如果賣方貨物的所有權已轉移，那麼此財產當然不屬賣方的財產，同時優於賣方財產抵押權人的權益。

該法對所有權的轉移區分為特定物、非特定物、賣方保留所有權等不同情況，分別作了規定。按照 SGA 第 61(1) 特定物就是當事人在合同達成時或者達成之前已同意或者確定到合同項下的貨物。按照該 SGA 第 13 條，非特定物就是賣方可以隨意劃撥符合合同說明的貨物。而按照 SGA 第 19 條規定賣方所有權保留。

關於特定物買賣的所有權移轉，除了 SGA 第 16 條之外，《貨物買賣法》明確以雙方移轉所有權的“意圖”為準，而非法律的強制規定。此外，當將 SGA 與 CISG 第 30 條比較時，那麼前者沒有明示賣方向買方轉移所有權的責任，而從 SGA 的第 12 條(1)和(5A)中，卻可以發現其已將其視為已列舉的默示義務。顯然，這裏賣方向賣方轉移貨物的所有權必須商定，而且按該法的第 17 條，轉移的時間以賣方的自願為前提。否則，除該法第 52 條中所規定的賣方要求的成功的特定履行之外，買方無法獲得貨物的所有權。該法第 17 條(1)規定：“Where there is a contract for the sale of specific or ascertained goods the property in them is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred.”⁵² 該法第 18 條規定，除雙方有明確規定外，可根據以下原則來確定這種特定物轉移的意圖：

Rule 1. Where there is an unconditional contract for the sale of specific goods in a deliverable state the property in the goods passes to the buyer when the contract is made, and it is immaterial whether the time of payment or the time of delivery, or both, be postponed.⁵³

Rule 2. Where there is a contract for the sale of specific goods and the seller is bound to do something to the goods for the purpose of putting them into a deliverable state, the property does not pass until the thing is done and the buyer has notice that it has been done.⁵⁴

Rule 3. Where there is a contract for the sale of

specific goods in a deliverable state but the seller is bound to weigh, measure, test, or do some other act or thing with reference to the goods for the purpose of ascertaining the price, the property does not pass until the act or thing is done and the buyer has notice that it has been done.⁵⁵

Rule 4. When goods are delivered to the buyer on approval or on sale or return or other similar terms the property in the goods passed to the buyer: (a) when he signifies his approval or acceptance to the seller or does any other act adopting the transaction; (b) if he does not signify his approval or acceptance to the seller but retains the goods without giving notice of rejection, then, if a time has been fixed for the return of the goods, on the expiration of that time, and, if no time has been fixed, on the expiration of a reasonable time.⁵⁶

以上條款適用於在合同中無一所有權的條款，也即在當事人未就所有權轉移的時刻作明確選擇，便推定這一轉移的意圖。

關於非特定物買賣的所有權移轉，該法第 16 條規定：“Where there is a contract for the sale of unascertained goods no property in the goods is transferred to the buyer unless and until the goods are ascertained”。⁵⁷ 根據這規定，只有把貨物特定化之後，其所有權才移轉給買方，而關於特定化的認定，SGA 第 18 條(5)規定：

① 凡是只憑說明書的買賣，只有當貨物符合說明書並處於可交付狀態的，或者由賣方提出而取得買方同意，或由買方提出而取得賣方同意，無條件地撥歸契約項下，貨物的所有權即移轉給買方。上述同意可以用明示的或默示的方法，可以在貨物撥歸契約項之前或之後表示。

② 賣方為了將貨物運交買方而將貨物交付承運人，又沒有保留對貨物的處置權時，應視為賣方已無條件地將貨物撥歸有關契約項下。

關於所有權的保留，SGA 第 19 條還規定，不論是特定物買賣還是非特定物買賣，即使貨物已經特定化，賣方仍然可根據契約條款在指定貨物中保留對物的處分權。在這種情況下，貨物的所有權不移轉給買方。以下兩種情況，物的所有權也沒有移轉：

一是貨物已裝上船，而提單抬頭是憑賣方或其代理人的指示，應視為賣方保留了貨物的處分權。在賣方或其代理人背書之前，貨物的所有權並未移轉給買方。⁵⁸

二是當賣方開出滙票並連同提單一併交給買方要求買方償付或承兌滙款，如果買方拒絕償付或承兌，則貨物所有權並不轉移。⁵⁹

此外，SGA第19條沒有提及甚麼是處置權的保留。而該法19條規定的所有權保留的效力實際上並不涉及依指示可交付的貨物，也不涉及依買方指示可交付的提單項下的貨物。至於賣方按SGA第19條的規定而作出的行動時，賣方已獲得一般所有權的保留，或者反而是買方已獲得裝運貨物的所有權呢？對此有分歧，但是主流意見支持賣方獲得一般所有權。⁶⁰

2. 美國的買賣法

雖說美國是判例法國家，但制定法也是美國法的主要淵源。早在1906年第一次《統一商法典》把所有權移轉同風險移轉及救濟方法等問題分離開來，分別作出具體規定⁶¹，對貨物買賣中所有移轉規定的基本原則是：

(1)買賣契約中的貨物在特定於契約項下前所有權不轉移。法典允許雙方當事人在合同中明確規定所有權移轉的時間。但按照《統一商法典》第2-401條的規定，即使賣方通過保留貨物所有權的憑證(如提單)來保留其對貨物的權益，這一般只起到擔保權益(Security interest)的作用，它並不影響貨物的所有權按照當事人協議的時間移轉於買方。⁶²

(2)除另有協議，貨物所有權在賣方完成實際交貨的時間和地點轉移給買方。當契約要求賣方將貨物送給買方，但並未要求賣方將貨物送至目的地時，所有權在交付發運的時間和地點轉移至買方。若契約規定在目的地交貨，所有權在賣方於目的地提示交貨時轉移至買方。特別是，用提單保留擔保物權時也是如此，如果：(a) 合同要求或授權賣方送貨，但不要求賣方在目的地交貨，所有權在裝運的時間和地點轉移給買方；但是，(b) 如果合同要求在目的地交貨，所有權就在該地交貨時轉移。⁶³

(3)除非另有協議，當不需移動貨物即可交付時，如果賣方應交付所有權憑證，所有權在交付憑證的時間和地點轉移，如果不要求賣方交付所有權憑證，在訂約時就把貨物確定在契約項下，則貨物所有權在訂約的時間和地點轉移給買方。

(三) 國際公約和國際貿易慣例的有關規定

依據聯合國大會1978年12月16日決議，聯合國秘書長於1980年3月10日至4月11日在維也納召集外交會議，在此次會議上《聯合國國際貨物銷售合同公約》(United Nations Convention on Contracts of

International Sales of Goods，以下簡稱CISG)得以起草完成。該公約於1988年1月1日生效，而公約第4條(b)款明確規定，該公約不涉及買賣合同對所售貨物所有權可能產生的影響。這主要是因為各國關於所有權移轉問題的法律差異較大，不容易實現統一。因此公約第30條規定：“The seller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention”⁶⁴，這條只籠統地規定賣方有義務將貨物所有權移轉給買方，對所有權如何轉移的問題則排除於公約規定之外。

對於如何轉移所有權，根據1932年的《華沙—牛津規則》第6條的規定，在CIF合同條件下貨物所有權轉移問題作了明確規定，即貨物所有權由賣方轉移於買方的時間，應當是賣方將裝運單據(提單)交給買方的時刻。

《國際貿易術語解釋通則》(*International Rules for the Interpretation of Trade Terms*)是國際商會為統一解釋貿易術語而邀請各方面的專家和學者制定的一套國際規定⁶⁵，該《通則》並未對所有權轉移問題作明確直接的規定，這就需要根據銷售合同所適用的其他法律予以解決。⁶⁶

三、貨物風險的轉移

在國際貿易中，風險移轉是一個十分重要的問題，它直接涉及買賣雙方的基本義務，並關係到是由賣方還是由買方承擔損失的問題。⁶⁷ 風險轉移的核心問題是時間問題，即從何時起，貨物的風險就從賣方轉移於買方。⁶⁸ 為了維護商業交易的確定性，對於風險轉移的確切時間應當做出明確規定，國際上主要採用3種原則，三者都把對特定物(ascertained goods)的風險轉移與買賣交易中的不同時間結合在一起：即把風險轉移與買賣合同訂立相結合，或者與貨物所有權相結合，或者與貨物交付相結合。⁶⁹

(一) 一般原則

1. 風險於合同訂立時轉移

風險於合同成立時轉移的理論認為，除非當事人雙方另有約定，特定物的風險在買賣合同成立時轉移。該理論的依據在於，假定賣方在物理上佔有貨物，因此它可以隨時移交貨物給買方，而買方則可以通過盡快收取貨物避免風險。因此風險在合同成立時轉移

能夠逼迫買方盡早收取貨物。羅馬法和現代瑞士法採納的是該理論，即特定物的風險在買賣合同訂立時轉移，除非當事人另有約定。⁷⁰ 該理論對 15 世紀歐洲影響巨大。⁷¹ 瑞士債務法典認為，合同訂立之後，利益及危險轉移於取得人，在種類物的買賣中，以分開時為準；如需發送，以交付時為準；買賣負有停止條件者，以條件成就時轉移於取得人。⁷² 在採用此種理論的立法模式下，合同訂立時為風險轉移的時間。特定物的風險於合同成立時轉移，可以更好的督促當事人行使權利和履行義務。因為合同一經成立，標的物的意外毀損滅失的風險同時轉移至買方，買方必須及時領取標的物，否則，由於標的物不在其掌管之下，就意味着買方要承擔更大的風險。但從另一角度出發，合同一經成立，合同項下的貨物損失風險即轉移到買方，賣方不承擔買賣過程中的貨物損失風險。風險於合同訂立時起轉移的理論對賣方而言更為有利，但對買方而言則顯失公平，尤其是當貨物尚在賣方控制之下時發生毀損的情況。因此，現代立法以及當今學術界已經不再採納這一理論。

2. 風險隨所有權轉移而轉移

風險隨所有權的轉移而轉移，也稱為交付主義原則，物主承擔風險原則或所有人負擔風險原則⁷³，該原則源自於羅馬法⁷⁴，即以所有權的轉移時間作為標的物風險轉移的時間，由所有權人負擔標的物毀損的風險。風險隨所有權轉移原則的依據在於：首先，所有權是最完整的物權，只有所有權人才對所有物享有佔有、使用、收益和處分的權利，才是該物的最終受益人。按照權利義務對等原則，所有人在享受權利的同時必須承擔相應責任，即承擔貨物風險的責任；其次，轉讓標的物所有權是買賣合同的主要特徵和法律後果，貨物風險從屬所有權是行使所有權的法律後果，只有所有權發生轉移，風險才能轉移⁷⁵；第三，只有所有權人才能行使貨物處分權，而處分權的形式是避免貨物發生風險及減少損失所必須的。⁷⁶ 第四，風險轉移的直接法律後果最終體現在買方是否仍應按合同規定支付價金的問題上。在買賣合同中，買方承擔價金支付義務的依據是賣方轉移標的物所有權。故而只有當所有權轉移以後，風險責任才由買方承擔更為合理。⁷⁷ 該原則的基本含義包括：一是在標的物買賣合同中，一旦標的物所有權從賣方轉移到買方，風險也就隨之轉移，買方必須承擔之後標的物所發生的一切風險並履行支付價金的義務；二是標的物在所有權轉移之前，買方對物的實際控制並不導致風險的轉移，標的物的風險仍由賣方承擔。如果此時標的物毀

損，買方可以解除合同或者要求賣方承擔違約責任。至今仍然堅持這一原則的主要是《英國貨物買賣法》和《法國民法典》以及受此影響的有關國家。

3. 風險隨交付而轉移

貨物風險隨交付轉移的風險轉移制度，又稱為交付轉移風險原則或債務人主義，即以交付的時間作為確認風險轉移的時間點，交付之前的貨物風險由賣方承擔，交付之後貨物風險由買方承擔，而不論標的物所有權在何時轉移。交付轉移風險原則的依據是“佔有者承擔風險”說，即誰有條件保護貨物，誰就應當承擔保護貨物的義務。主張該原則的理論依據在於：(1)所有權的內容具有可分性。現代交易中的所有權轉移與物的實際交付常常不是同步進行的，如分期付款買賣，物已交付但所有權並未轉移。由於民事活動的需要，財產可能暫時脫離所有人控制，此時只有標的物佔有人更有利於抵禦風險，保護財物。(2)建立有效的風險控制激勵制度的關鍵就在於將風險分配給能以最廉價方式控制風險的一方。在無協議或其他相反規定之前提下，風險控制應由能對貨物提供最安全保證的一方當事人承擔。這也符合經濟學從經濟效率角度出發，認為要把損失分配給能以最低成本承擔這種損失風險的一方的觀點。(3)風險轉移時間應當遵循利益之所在即危險之所在的原則。利益之所在，即風險之所在，風險與利益應當是一致的，誰享受利益誰就應當承擔風險。這是一項公認的市場交易的準則。“民法準則只是以法律形式表現了社會的經濟生活條件。”⁷⁸ 當標的物實際處於一方管轄之下時，他才有可能據此進行收益，也就應當為此承擔風險。(4)為了維護交易安全，客觀上要求決定風險負擔的標準應該是清楚、明確的。只有這樣才能促使有關當事人盡量將風險避免或將損失降到最低限度，且有利於風險爭議的迅速解決，從而保護交易安全。⁷⁹ 依照傳統民法理論，交付指出賣人將其標的物的事實管領權移交給買受人，使標的物處於買受人的實際控制之下，由買受人直接佔有標的物。交付可以分為現實交付和觀念交付。現實交付是對物的直接佔有的轉移；觀念交付，是佔有之觀念的轉移，即讓與人並不直接將物交給受讓人，而僅是間接的轉移佔有，但根據法律規定或當事人約定仍然能夠產生交付效力的行為。前者包括實物交付和擬制交付；後者包括簡易交付、指示交付和佔有改定。二者之區別在於：一、觀念交付是間接轉移佔有，而現實交付是直接轉移佔有；二、觀念交付是法律所認可的當事人之間的特別約定，現實交付是法律直接規定。觀念交付的最大特點就在於當事人之

間在合同中就轉移事項有着特別約定，也正是基於該特別約定，合同一經成立，交付按其約定發生轉移；三、觀念交付是一種特殊的物權變動的公示方式，限時間腐蝕一般的或普通的物權變動公示方式。⁸⁰ 在風險隨交付轉移的規則中，交付不僅包括現實交付，也可以指擬制交付。

該制度創始於《德國民法典》⁸¹，《美國統一商法典》也在這一制度的推廣上起到了重要作用。施米托夫認為，交貨的標準作為確定風險轉移的總標準的採用，是商業現實主義對理論上的教條主義的勝利。它為國際貨物買賣法的未來協調打下了堅實的基礎。⁸² 美國、中國、德國、奧地利以及斯堪的納維亞各國都採取這一原則。

（二）英國與法國

SGA規定，貨物的風險隨所有權的移轉而移轉，該法第20條(1)規定：“Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller’s risk until the property in them is transferred to the buyer, but when the property in them is transferred to the buyer the goods are at the buyer’s risk whether delivery has been made or not”。按照該條規定，賣方應負責貨物的風險直到貨物的所有權移轉給買方為止。所有權一經移轉給買方，不論貨物是否已經交付，其風險由買方承擔。此外，還規定由於買方或賣方的過失，致貨物交付遲延，貨物的風險由責任方承擔。⁸³ 故此，根據這一規定，風險的轉移是和所有權轉移聯繫在一起的。所有權不發生轉移，風險也不發生轉移。假如賣方在貨物裝船後不把提單交給買方，那麼在提單交給買方前的整個運輸途中的風險都應由賣方負責。⁸⁴ 特別應當注意的是，按照SGA第32條第3款的規定，如果買賣合同涉及到海上運輸，而依通常情形需要投保海上貨運保險時，賣方有義務通知買方保險，如賣方沒有向買方發出通知，致使買方不能向保險公司投保時，則賣方須承擔貨物在運輸過程中的風險。⁸⁵

雖然法國法與英國法分屬不同的法系，但對於風險轉移的機制，《法國民法典》採取與SGA一樣的制度，即物主承擔風險原則，但卻把安全交付的責任強加予出賣人身上。根據該法典第1583條規定：“Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l’acheteur à l’égard du vendeur, dès qu’on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n’ait pas encore été livrée ni le prix payé”⁸⁶；第1138條第2款同時亦規定：“Elle rend le créancier propriétaire et met

la chose à ses risques dès l’instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n’en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier”⁸⁷，該款的前部分明確規定，風險隨所有權而轉移。然而，該法典第1585條另作規定：“Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l’instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n’en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier”。⁸⁸ 按此條規定，在特定的條件下，法律規定買賣契約仍未成立，故所有權尚未移轉，則契約的標的物由出賣人承擔風險。針對出賣人的義務，法典第1603條規定：“Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu’il vend”⁸⁹ 這裏所謂的交付，根據第1604條規定：“La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l’acheteur”⁹⁰；而所謂擔保，則根據第1625條規定：“La garantie que le vendeur doit à l’acquéreur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue; le second...”⁹¹ 故此，出賣人仍須負擔按約定交付及令買受人安全佔有的風險。

以上的將所有權與風險相連的做法，已不能適應將來貨物(future goods)和以信用證等方式收貨款的現代貿易方式。這種方式雖然可以用相應的規則彌補(比如：SGA中的第32條3款)，但是總體上這樣的方式已被揚棄。

（三）美國與德國

美國和德國等國家法律規定，貨物風險轉移的基本原則，是以交貨時間決定風險轉移的時間，意即採納所有權轉移與風險轉移相分離原則，以交貨時間來決定風險轉移的時間。

美國的法典把風險轉移區分為：(1)貨物須移動時的損失風險轉移；(2)貨物不須移動時的損失風險轉移。《統一商法典》第2-509條(1)規定：“Where the contract requires or authorizes the seller to ship the goods by carrier (a) if it does not require him to deliver them at a particular destination, the risk of loss passes to the buyer when the goods are duly delivered to the carrier even though the shipment is under reservation”⁹²；同時亦規定：“(b) if it does require him to deliver them at a particular destination and the goods

are there duly tendered while in the possession of the carrier, the risk of loss passes to the buyer when the goods are there duly so tendered as to enable the buyer to take delivery”⁹³；第 2-321 條規定，凡含有諸如 CIF 或 C&F “到岸淨重” 或類似術語的合同：賣方應承擔貨物在運輸過程中出現的普通的變質，耗損以及類似的風險，但不影響……風險的轉移。⁹⁴

在沒有違約的正常情況下，如果不要求將貨物運送到特定目的地，貨物的風險於賣方把貨物適當地交付給承運人時移轉給買方；如果要求將貨物運到指定的目的地，貨物的風險由賣方於目的地提交貨物時移轉給買方；如果貨物無需移動即可交付，貨物的風險於買方收到貨物的流通性的物權憑證時移轉給買方。如果違約，賣方提供或交付的貨物與契約規定的不符。以致買方有權拒收貨物，那麼，貨物的風險應由賣方承擔。美國《統一商法典》的起草人就摒棄了英國貨物買賣法中以所有權的轉移決定風險轉移的陳舊概念，他們認為，風險轉移是一個很現實的問題，而所有權的轉移則是一個抽象的、不可捉摸的、甚至是難以證明的問題，因此，以所有權的轉移來決定風險轉移之做法是不可取的。⁹⁵

雖然德國的法律制度與法國的法律制度同屬大陸法系，但兩者對於風險移轉的採用不同的原則，即不把風險移轉問題同所有權移轉問題聯繫在一起，而是以交貨時間(Time of delivery)來決定風險移轉的時間，把風險轉移與物理上實際佔有貨物聯繫起來。⁹⁶ 《德國民法典》第 446 條(1)規定：“Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über...”⁹⁷ 其根據是只要賣方在物理上佔有貨物，只有他可以採取措施阻止風險損失發生，而在他佔有貨物期間發生了損失，買方有充分的理由推定賣方有過失而拒付貨款，這可以減少訴訟。⁹⁸

對於在發送買賣情況下的風險轉移問題，該法典第 447 條(1)規定：“Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat”⁹⁹

儘管法律已規定，在當事人之間無事前約定情況下風險轉移的時間，但法典第 476 條規定：“自風險轉移時起，六個月以內出現物的瑕疵的，推定物在風

險轉移時就已經有瑕疵，但這一推定與物或者瑕疵的種類相抵觸的除外”。這一規定主要適用於消費者對動產的買賣中，對消費者有利的推定，並不適用於商人之間的貨物買賣。

(四) 聯合國國際貨物銷售合同公約(CISG)的規定

《聯合國國際貨物銷售合同公約》對各國在危險轉移問題上的各種規定作了比較研究，並緊貼現代國際貿易的特徵，徹底地拋棄了危險隨所有權轉移的規則。對買賣雙方風險的分擔採用的原則分別有：(1)所有權與危險分開，主張以佔有的轉移時間(或交貨時間)確定風險分擔原則；(2)過失劃分原則；(3)國際慣例優先原則；(4)劃撥是風險發生轉移的前提條件¹⁰⁰；公約第 66 條明確規定“Loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge him from his obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of seller”。依次，貨物風險從賣方轉移給買方後的毀損與滅失，買方支付價款的義務並不能因之而解除，而卻須承擔毀損與滅失責任。CISG 還明確規定：賣方交貨後保留對處置貨物的單證並不影響危險轉移的時限。這項規定了在危險轉移問題上的所有權立場。¹⁰¹ (5)當事人約定優先原則。

公約關於風險移轉的時間的規定是在當事人沒有做出約定的情況下才能適用¹⁰²，申言之，貨物買賣的雙方當事人可以在合同中規定風險轉移的時間和條件。如果當事人在合同中未作規定，則按公約的下述規定辦理：

1. 合同涉及貨物運輸時的風險轉移

國際貿易都涉及貨物的運輸，在運輸過程中貨物經常會遇到各種風險而損壞或滅失。¹⁰³ 第 67 條(1)規定：“The seller is not bound to hand them over at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract of sale. If the seller is bound to hand the goods over to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place. The fact that the seller is authorized to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passage of the risk”¹⁰⁴ 按照此規定，在任何情況下，賣方沒有以在貨物上加上標誌，或者以裝運單或其他方式將貨物清楚地確定在合同項下之前，風險是不能移轉給買方的。¹⁰⁵ 這個規定雖然與英國的特定

化做法相似，但是 CISG 的特定化用於風險轉移，而非所有權轉移。

2. 貨物在運輸途中銷售的風險移轉

這主要表現在賣方先將貨物裝上開往某地的運輸工具(如船舶)，然後再尋找買主訂立買賣合同¹⁰⁶。對這類貨物，公約第 68 條規定：“The risk in respect of goods sold in transit passes to the buyer from the time of the conclusion of the contract”。¹⁰⁷ 同款另規定，假如賣方通過向買方轉移運輸單據作為交貨依據時，則從貨物交付給簽發載有運輸合同單據的承運人時起，風險由買方承擔。¹⁰⁸ 公約立法的歷史表明，正式文本第 68 條是維也納外交會議妥協的產物，是公約起草者中主張避免在運輸途中劃分風險的一方與主張避免由買方承擔在貨物被買進以前所發生的風險損失的另一方之間的妥協，是代表前者的發達國家與代表後者的發展中國家之間的妥協。¹⁰⁹ 因此 CISG 第 68 條規定顯示：如果賣方在訂約時知道貨物已經毀損或者滅失，而又沒有告知買方時，這種滅失或者毀損應該由賣方負責。¹¹⁰

3. 其他情況下的風險轉移

根據合同規定；買方如果有義務到賣方營業所接受貨物，則風險從買方接受貨物時起移轉給買方。買方不在適當時間去接收貨物，風險則從貨物交買方處置而他接受貨物從而違反合同時起，移轉給買方承擔。公約第 69 條(2)規定：“If the buyer is bound to take over the goods at a place other than a place of business of the seller, the risk passes when delivery is due and the buyer is aware of the fact that the goods are placed at his disposal at that place”。¹¹¹ 按照這款的規定，貨物風險轉移的時間取決於買方知道貨物已經到達指定地點等待買方接送這一事實，當運輸工具到達指定地點，交貨時間已到，買方知道貨物已交給他處置時，風險轉移至買方。¹¹² 此外，第三款亦規定，無論買方在甚麼地點接受貨物，如果貨物尚未清楚地確定合同項下，就不能認定貨物已交給買方處置，從而風險也不移轉給買方。¹¹³

4. 賣方根本性違約與風險轉移

另外，在 CISG 中，須注意賣方違約對風險轉移的影響。就賣方非根本違約的情形而言，買方得就賣方違約的實際情況，就合同和法律之規定向賣方索賠，但不能要求賣方承擔風險。就賣方根本違約的情形而言，CISG 第 70 條規定：賣方“根本違反合同”在適用了風險轉移規則後，“不損害買方因此種違反合同而可以採取的各種補救辦法”。筆者認為，此條

之規定確定了以下內容：首先賣方根本違約並不影響風險的轉移，風險依舊依公約所規定的規則進行移轉；其次，風險轉移規則適用之後，風險承擔人也即買受人可以選擇各種違約救濟；最後，買受人對違約救濟補救辦法的選擇會對風險的最終承擔產生影響。故而，賣方的違約行為並不直接影響貨物的風險轉移，而是通過買方因賣方違約採取的相應救濟措施對風險轉移發生作用。在買方採取相應救濟措施前，風險按照一般規則轉移。風險隨交付轉移的基本原則決定了風險由誰負擔，買方對救濟措施的選擇則決定了貨物風險在買賣雙方之間的流向。

(五) 國際貿易慣例的有關規定

國際商會制訂的《國際貿易術語解釋通則》(簡稱 INCOTERMS2010，目前為 2010 年修訂本)和國際法協會制訂的《華沙—牛津規則》等，對風險轉移的時間都有明確的規定。在《INCOTERMS2010》中，其風險轉移的基本原則是風險隨交付轉移，且貨物特定化是風險轉移的前提。在 CPT、CIP、CFR 和 CIF 術語中，指定目的點與交貨地點有別，賣方按照所選擇的術語規定的方式將貨物交付給承運人時即完成交貨義務，風險在此時發生轉移，而非貨物到達目的地之時。在 EXW、FCA、DAT、DAP、DDP、FAS、FOB 中，指定地點是交貨地點和風險從賣方轉移到買方的地點。在 EXW 中，風險轉移的時間點是賣方在其所在地或其他指定地點(如工廠、車間或倉庫等)將貨物交給買方處置時，風險轉移的地點在賣方所在地；在 FCA 中，風險轉移的時間點是賣方在其所在地或其他指定地點交給買方指定的承運人或其他人時，風險轉移的地點在交貨地；在 CPT、CIP 中，風險轉移的時間點是賣方將貨物在雙方約定地點，如果沒有約定或約定不明確時，則在賣方選擇最適合其目的的交貨點和指定目的地內的交貨點，交給賣方指定的承運人或其他人時，風險轉移的地點在交貨地；在 DAT、DAP 和 DDP 中，風險轉移的時間點是賣方在指定港口或目的地的運輸終端，DAT 將貨物從抵達的載貨工具上卸下，DAP 將已做好卸載準備的貨物，DDP 是將已完成進口清關且做好卸載準備的貨物，交給買方處置時，風險轉移的地點在交貨地；在 FAS 中，風險轉移的時間是當賣方在指定裝運港將貨物交到買方指定船邊時，風險轉移的地點在船邊；在 FOB、CFR 和 CIF 中，風險轉移的時間點是貨物被置於裝運港船上時，風險轉移的地點在船上。如果買賣雙方在合同中採用了這

些貿易術語，則應按貿易術語的規定來確定風險轉移的時間。

四、結論

綜上所述，就貨物所有權轉移而言，各國的民商法或買賣法對所有權移轉的問題都有一些具體規定，但差異較大。在所有權的轉移上，大陸法系不同國家之間的規定也是存在分歧的。在法國，只要買賣雙方意思達成一致，貨物的所有權即發生轉移，而無需其他外部行為。在德國，買賣契約本身並不能產生轉移所有權的效力。其分歧產生的原因主要源於對待物權行為理論的態度上，有些反對，有的贊成，有的試圖加以改良。物權行為理論是指以區分原則、抽象性原

則和形式主義原則為內容的物權變動模式。就英美法系而言，在英國，貨物在特定化之後，依當事人的意願轉移。在美國，貨物所有權在貨物特定化後，在交貨時發生轉移。國際條約和慣例則傾向於對貨物所有權轉移的問題採取回避的態度，CISG 和 INCOTERMS 中均未對此予以規定。究其原因，主要在於對所有權轉移問題由於各國立法差異過大而無法統一。

就貨物風險轉移而言，主要存在三種模式，即：把風險轉移與買賣合同訂立相結合，或者與貨物所有權相結合，或者與貨物交付相結合。但前兩種模式漸漸被以德美為代表的第三種模式所取代。英國與法國是堅持採用物主承擔風險原則的典型國家，美國、德國以及諸如 CISG、INCOTERMS 等國際條約和慣例則採納交付主義原則。

註釋：

- ¹ 石靜遐：《買賣合同》，北京：中國法制出版社，1999年，第165頁。
- ² 沈達明、馮大同主編：《國際貿易法》，北京：北京大學出版社，1983年，第114頁；張玉卿主編：《國際貨物買賣統一法：聯合國國際貨物銷售合同公約釋義》，北京：中國對外經濟貿易出版社，1998年，第210頁。
- ³ 李巍：《聯合國國際貨物銷售合同公約評釋》，北京：法律出版社，2002年，第247頁。
- ⁴ 同註1，第192頁。
- ⁵ 陳安生：《國際經濟法概論》，北京：北京大學出版社，2005年，第212頁。
- ⁶ 沈木珠：《國際貿易法研究》，北京：法律出版社，2007年，第80頁。
- ⁷ 王傳麗主編：《國際貨物買賣法》，北京：法律出版社，1998年，第62頁。
- ⁸ S·P·德·克魯茲：《損失風險：需要改革嗎？》，載於《外國法學譯叢》，1984年，第1期，第21頁。
- ⁹ 錢國成：《買賣契約中之危險負擔及利益承受》，載於鄭玉波主編《民法債編論文選輯》(下)，台北：五南圖書出版公司，第1011頁。
- ¹⁰ 徐炳：《論買賣之貨的風險轉移》，載於《法學研究》，1991年，第1期，第67頁。
- ¹¹ 第544條規定：“所有權是最絕對地享用和處分物的權利，但法律或條例禁止的使用除外。”
- ¹² 第1583條規定：“Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé (當事人一經對買賣物與價金協議一致，買賣即告完全成立，買受人對出賣人從法律上取得標的物的所有權，即使該物尚未交付，價金尚未支付)。”
- ¹³ 陳華彬：《論基於法律行為的物權變動——物權行為及無因性理論研究》，載於《民商法論叢》(第6卷)，北京：法律出版社，1997年，第89頁。
- ¹⁴ 羅結珍譯：《法國民法典》(下冊)，北京：法律出版社，2005年，第1194頁。
- ¹⁵ 第1606條規定：“La délivrance des effets mobiliers s'opère : Ou par la tradition réelle ; Ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent ; Ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre”。
- ¹⁶ 該條規定：“在商品不是按批或按份出售，而是按重量、數量或計量單位出售時，至該商品已稱重量、計算數目或量出長度之前，買賣不為完全成立；在此意義上，賣出物的風險責任仍由出賣人負擔；但是，在義務不履行之場合，如有必

要，買受人得請求交付標的物，或者請求損害賠償。”

17 第 1588 條規定：“試用之後的買賣，在所有場合，均推定附有停止條件。”

18 第 1587 條規定：“對酒類、油類或習慣上在購買前事先品味的其他物品，在買受人尚未品嚐並同意前，買賣並未成立。”

19 《澳門民法典》是在葡萄牙的 1966 年《民法典》的基礎上修訂而成，在整體上體現出對現行民法體系之尊重。這部民法典編纂過程中，編纂者們大量地參考了當代大陸法其他國家的立法成果，特別是《德國民法典》和《意大利民法典》，並從中攝取了大量的營養。如果將這部《葡萄牙民法典》和《意大利民法典》及《德國民法典》逐條比較，那我們就會清楚看到，該法典是在多大程度上繼承了此前意大利和德國的民法制度及其思想。引自米也天：《澳門民商法》，北京：中國政法大學出版社，1996 年，第 66 頁。

20 [德]鮑爾·施蒂爾納著，張雙根譯：《德國物權法》（上冊），北京：法律出版社，2004 年，第 32 頁。

21 “在不與法律或者第三人的權利相抵觸的限度內，物的所有人可以隨意處置該物，並排除他人的一切干涉。”見陳衛佐譯註：《德國民法典》，北京：法律出版社，2004 年，第 287 頁。

22 舟橋諄一編集：《注釋民法》，第 112 頁，轉引自註 13。

23 “為轉讓動產的所有權，所有人必須將該物交付給取得人，並且所有人和取得人必須達成關於所有權應轉移的合意。取得人正在佔有該物的，只需要關於所有權轉移的合意即足夠。”見陳衛佐譯註：《德國民法典》，北京：法律出版社，2004 年，第 293 頁。

24 “物的佔有，因取得對物的事實上的支配力而取。”見陳衛佐譯註：《德國民法典》，北京：法律出版社，2004 年，第 275 頁。

25 [德]迪特爾·梅迪庫斯著，杜景林、盧謨譯：《德國債法分論》，北京：法律出版社，2007 年，第 19 頁。

26 同註 6，第 70 頁。

27 同上註，第 385 頁。

28 第 925 條第 1 款規定：“依照第 873 條對轉讓土地所有權來說必要的讓與人和取得人之間的合意（關於土地所有權轉移的合意），必須在雙方當事人同時在場的情況下，在有管轄權的機構面前表示。在不妨礙其他機構的管轄權的情況下，任何一個公證人都有接受關於土地所有權轉移的合意的管轄權。關於土地管轄權轉移的合意，也可以在裁判上的和解中或者在有既判力地確認的支付不能方案中表示。”見陳衛佐譯註：《德國民法典》，北京：法律出版社，2004 年，第 291 頁。

29 “對於在土地簿冊中登記的不存在的權利，在其存在將侵害應使買受人取得的權利時，土地或土地權的出賣人有義務自行負擔費用進行注銷。”見杜景林、盧謨譯：《德國民法典》，北京：中國政法大學出版社，1999 年，第 94 頁。

30 同註 13，第 94 頁。

31 松板佐一：《物權法》，第 27 頁，轉自同上註。

32 K·茨威格特、H·克茨著，孫憲忠譯：《“抽象物權契約”理論——德意志法系的特徵》，載於《外國法譯評》，1995 年，第 2 期，第 26 頁。

33 王澤鑒：《民法學說與判例研究》，北京：中國政法大學出版社，1998 年，第 263 頁。

34 Palandt, BGB-Kommentar, 2011, Beck Verlag; Jauernig, JuS 1994, 721; Rother, AcP 169, 1; Peters Jura 1986, 449; Eisenhardt, JZ 91, 271; Ffm NJW 1981, 876; BayObLGRhNK 1989, 253; Palandt/Bassenge, §929, Rn. 9-22, BGB-Kommentar, 2011, Beck Verlag.

35 同註 32，第 27 頁。

36 米健：《物權抽象原則的法理探源與現實斟酌》，載於《比較法研究》，2001 年，第 2 期，第 49-51 頁。

37 Philipp Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, Verlag J. C. B Mohr, 1937.

38 孫憲忠：《論物權法》，北京：法律出版社，2001 年，第 30 頁。

39 孫憲忠：《中國物權法原理》，北京：法律出版社，2004 年，第 291 頁。

40 Friedrich Quack, Munchener Kommntar Burgerlichen Gesetzbuch, Verlag C. H. Beck, 1997, S. 11. 該《德國民法典》注釋是德國百名著名學者的集體成就，合漢字書千萬字。引自弗里德里希·可瓦克等著、孫憲忠譯：《德國物權法的結構及其原則》，載於《民商法論叢》（第 8 卷），北京：法律出版社，1999 年，第 506 頁。

41 李永軍：《合同法》，北京：中國政法大學出版社，2004 年，第 714 頁。

- 42 王澤鑒：《民法學說與判例研究》(第一冊)，北京：中國政法大學出版社，2005年，第248頁。
- 43 孫憲忠：《再談物權行為理論》，載於《中國社會科學》，2001年，第5期，第126頁。
- 44 同上註。
- 45 同上註。
- 46 同註32，第29-30頁。
- 47 同上註，第28頁。
- 48 楊遂全：《比較民商法學》(修訂版)，北京：法律出版社，2007年，第22頁。
- 49 Brown, I. (2001). *Commercial Law*. Oxford: Oxford University Press. 243, 載於何勤華、魏瓊主編：《西方商法史》，北京：北京大學出版社，2007年，第496頁。
- 50 同上註。
- 51 “貨物買賣合同是指出賣人取得價金貨幣之對價而向買受人轉讓或同意轉讓：其貨物所有權的合同。”
- 52 “當一項買賣契約的標的物是特定物或指定的貨物時，貨物的所有權在締約雙方意圖移轉時即移轉給買方。”
- 53 “凡是無保留條件的特定物買賣契約，特定物處於可交付狀態的，貨物所有權在契約成立時移轉給買方。”
- 54 “雖然是特定物的買賣契約，但賣方尚須對貨物進行一定的工作，如進行必要的包裝才能使該物處於可交付狀態的，貨物所有權的移轉，需在有關工作事項完畢並在買方得到有關通知時才算完成。”
- 55 “一項買賣特定物的契約，其特定物處於可交付狀態，但賣方有責任對貨物進行衡量、丈量、檢驗等才能確定價金時，貨物的所有權需在上述行為完成並當買方收到有關通知時才算移轉。”
- 56 “當貨物是按照‘試驗買賣’或‘餘貨退回’或其他類似條件交付給買方時，貨物的所有權在下列時間移轉：(a)當買方向賣方表示認可或接受，或採取其他行為表示接受此項交易時；(b)如果買方雖未表示認可或接受，但留下了貨物而未通知拒收，則在退貨時限屆滿時移轉，如果契約中規定退貨時限，則在合理時間屆滿時移轉。”
- 57 “貨物未被指定以前，貨物的所有權並未移轉給買方，即非特定物的買賣，必須將貨物特定化之後，貨物所有權才移轉給買方。”
- 58 第19條(2)規定：“Where goods are shipped, and by the bill of lading the goods are deliverable to the order of the seller or his agent, the seller is prima facie to be taken to reserve the right of disposal.”
- 59 第19條(3)規定：“Where the seller of goods draws on the buyer for the price, and transmits the bill of exchange and bill of lading to the buyer together to secure acceptance or payment of the bill of exchange, the buyer is bound to return the bill of lading if he does not honour the bill of exchange, and if he wrongfully retains the bill of lading the property in the goods does not pass to him.”
- 60 Mitsui & Co Ltd v Flota Mercante Grancolombiana SA(The Ciudad de Pasto)[1988]1 WLR 145.Wait v Baker(1948)2 Ex 1, 154 ER 380.反對賣方獲得一般所有權保留的案例有：Wilmshurt v Bowker(1841)LJCP 161.
- 61 同註2，第110頁。
- 62 同上註。
- 63 同註6，第78頁。
- 64 “賣方必須按照合同和本公約的規定，交付貨物，移交一切與貨物有關的單據並轉移貨物所有權”。
- 65 同註6，第29頁。
- 66 吳益民：《〈聯合國國際貨物銷售合同公約〉與 Incoterms 2000 比較探析》，載於高永富、陳晶瑩主編：《國際貿易法論叢》，北京：北京大學出版社，2007年，第67頁。
- 67 同註2，第114頁。
- 68 張萬春：《國際商法新論——以國際商事行為法為中心》，北京：法律出版社，2007年，第218頁。
- 69 [英]施米托夫：《國際貿易法文選》，北京：中國大百科全書出版社，1993年，第321頁。
- 70 同上註，第322頁。
- 71 von Hoffman, B. *Passing of Risk in International Sale of Goods*. Dubrovnik Lectures, Oceana Pub. 269.
- 72 見《瑞士債務法》，第185條。
- 73 吳志忠：《美國〈統一商法典〉的貨物風險轉移條款》，載於《中南財經大學學報》，1996年，第2期，第52頁。

- 74 在羅馬法中有“天災歸所有人承擔”的法諺。見余延滿：《貨物所有權的移轉與風險負擔的比較法研究》，武漢：武漢大學出版社，2002年，第313頁。
- 75 余延滿：《貨物所有權的移轉與風險負擔的比較法研究》，武漢：武漢大學出版社，2002年，第315-316頁；孫美蘭：《論國際貨物買賣中貨物損失風險的轉移》，載於《民商法論叢》（第8卷），北京：法律出版社，1997年，第659頁。
- 76 余延滿：《貨物所有權的移轉與風險負擔的比較法研究》，武漢：武漢大學出版社，2002年，第316頁。
- 77 孫美蘭：《論國際貨物買賣中貨物損失風險的轉移》，載於《民商法論叢》（第8卷），北京：法律出版社，1997年，第660頁。
- 78 見《馬克思恩格斯選集》第四卷，北京：人民出版社，1972年，第249頁。
- 79 同註76，第319-320頁。
- 80 楊震：《觀念交付制度基礎理論問題研究》，載於《中國法學》，2008年，第6期，第76-77頁。
- 81 見1900年《德意志聯邦共和國民法典》446條；王金安：《涉外貨物買賣風險轉移探析》，載於《律師世界》，1999年，第3期。
- 82 同註69，第347頁。
- 83 第20條(2)規定：“But where delivery has been delayed through the fault of either buyer or seller the goods are at the risk of the party at fault as regards any loss which might not have occurred but for such fault.”
- 84 王傳麗主編：《國際貿易法》，北京：中國政法大學出版社，2003年，第91頁。
- 85 第32條(3)規定：“Unless otherwise agreed, where goods are sent by the seller to the buyer by a route involving sea transit, under circumstance in which it is usual to insure, the seller must give such notice to the buyer as may enable him to insure them during their sea transit, and if the seller fails to do so, the goods are at his risk during such sea transit.”見註2，第114頁。
- 86 第1583條規定：“當事人一經對買賣之物與價金協議一致，買賣即告完全成立，買受人對出賣人從法律上取得標的物的所有權，即使該物尚未交付，價金尚未支付。”
- 87 第1138條第2款規定：“交付標的物之債，自該物應當交付之時起，債權人即成為物之所有人，並由其承擔物之風險，即使尚未進行物的移交，亦同；但是，債務人如已受到移交催告，不在此限；在此場合，物之風險仍由債務人負擔。”
- 88 第1585條規定：“在商品不是按批或按份出售，而是按重量、數量或計量單位出售時，至該商品已稱重量，計算數目或量出長度之前，買賣不為完全成立；在此意義上，賣出物的風險責任仍由出賣人負擔；但是，在義務不履行之場合，如有必要，買受人得請求交付標的物，或者請求損害賠償。”
- 89 第1603條規定：“出賣人有兩項義務：交付出賣物以及對其出賣物負擔保責任義務。”
- 90 第1604條規定：“交付是轉移出賣物，由買受人支配與佔有。”
- 91 第1625條規定：“出賣人應當向買受人提供的擔保，目的有二：一是擔保買受人對買賣標的物的安全佔有，二……。”
- 92 第2-509條(1)(a)規定：“如果合同規定或許可賣方把貨物裝運，則(a)賣方不須將貨物送至指定的地點，那麼在貨物被適時地交給承運人時，損失的風險就由賣方轉移給買方，在貨交承運人後，運輸中的風險由買方來承擔。”
- 93 第2-509條(1)(b)規定：“如果是到貨合同，那麼賣方須負責將貨物交到指定的地點，以便買方接收。因而賣方要負擔到達指定地點前貨物的風險。”
- 94 同註69，第328頁。
- 95 同註2，第127-128頁，轉自孫美蘭：《論國際貨物買賣中貨物損失風險的轉移》，載於《民商法論叢》（第8卷），北京：法律出版社，1997年，第666頁。
- 96 同註3，第253頁。
- 97 第446條(1)規定：“買賣交付時，意外滅失毀損的風險轉移給買受人。……”
- 98 同註3，第253頁。
- 99 第447條(1)規定：“出賣人根據買受人的請求，將買賣物送到履行地以外的地點的，出賣人一將物交付給運送代理人、運送人或者其他被確定執行發送的人或者機構時，風險即轉移給買受人。”
- 100 同註84，第88-89頁。
- 101 Hager/Maultzsch, in Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, Art 66 Rn 1-7a.
- 102 同註68，第220頁。

- ¹⁰³ 同上註，第 219 頁。
- ¹⁰⁴ 第 67 條(1)規定：“如果賣方沒有義務在某一特定地點交付貨物，自貨物按照銷售合同交付給第一承運人以轉交給買方時起，風險就移轉到買方承擔。如果賣方負有義務在某一特定地點把貨物交付給承運人，在貨物於該地點交付給承運人以前，風險不移轉到買方承擔。賣方有權保留控制貨物處置權的單據，並不影響風險的移轉。”
- ¹⁰⁵ Hager/Maultzsch, in Schlechteriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, Art 67 Rn 1-11.
- ¹⁰⁶ 同註 68，第 219 頁。
- ¹⁰⁷ 第 68 條規定：“對於在運輸中銷售的貨物，從訂立合同時起，風險就移轉到買方承擔。”
- ¹⁰⁸ 同註 84，第 90 頁。
- ¹⁰⁹ 同註 3，第 269 頁。
- ¹¹⁰ Hager/Maultzsch, in Schlechteriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, Art 68 Rn 1-6.
- ¹¹¹ 第 69 條(2)規定：“如果買方有義務在賣方營業地以外的某一地點接受貨物，當交貨時間已到而買方也知道貨物已在該地點交由他處置時，風險方移轉。”
- ¹¹² 同註 3，第 277 頁。
- ¹¹³ Hager/Maultzsch, in Schlechteriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, Art 69 Rn 1-10.