

编者按:

本文译自英国华韦克大学(University of Warwick)法学教授阿梯亚(P. S. Atiyah)著《货物的买卖》(THE SALE OF GOODS)一书。原著主要根据英国《1893年货物买卖法案》(Sale of Goods Act, 1893)和有关判例,进行了比较系统的阐述,成为美英法系贸易法方面有影响的著作。原著自1957年初版以后,曾于1963、1966、1971和1975年分别再版时先后作了一些修改。特别是在英国通过了《1973年货物供应(含蓄条件)法案》(Supply of Goods "Implied Terms" Act, 1973)和《1974年消费者信用法案》(Consumer Credit Act, 1974)后,《1893年货物买卖法案》已作了修订,因而作者对本书第五版大部份章节也加以重新编写,相应地作了较多的修改。现将原著第五版第二部分《卖方的责任》(The Duties of the Seller)第七章“货物的存在”译成中文,摘要刊登,供外贸业务工作者以及从事外贸教学、国际贸易法律研究工作的同志参考。

货物买卖的卖方责任

——货物的存在(THE EXISTENCE OF GOODS)

徐卓英 译

货物的存在无默示要件(No Implied Condition that the Goods Exist)。人们可能会设想,在特定货物的买卖方面。卖方有着默示要件,于订立合同(亦可译作契约——译者)时,该项货物是存在的。由于卖方保证他有权出售货物,而且在很多情况下,他对货物品质上的一些缺点负责,似乎他应该对出售不存在的货物负有责任。但是,在一般情况下,并不是这样的,因为英国《1893年货物买卖法案》(以下简称《法案》——译者)第6条规定:

“一项出售特定货物的买卖契约,如在缔约的货物已经灭失,但卖方并不知情者,该项契约无效。”

这一条规定已经被普遍认为是确认英国上议院关于考都里(Couturier)诉海思蒂(Hastie)案所作的决定。该案的被告是买方的代理人,他代替原告出售了一批已从塞隆尼卡(Salonika)装船的玉米。在这笔买卖合同订立之前,装货的船主已经合法地将货物卖掉了。承购人不承认所订买卖合同,而原告控诉代理人,因为代理人的责任取决于承购人是否负有责任。人们认为被告不负责任,对上述案件所作的决定是该合同由于错误而无效。但是,一位专门作家(指司莱特“C. J. Slade”——译者)使人信服地论证了这项决定仅仅说明一条公认的原则,即如果卖方不能交货,买方就不必交付价金。这条规则已经由《法案》第28条加以确认。如果买方起诉理由是卖方不能交货,那末法院将不得不决定另一个很不相同的问题。这可能成为合同是否由于错误而无效,抑或按较好的处理方法认为这是一个合同的构成问题。换言之,被告订立的合同是否指货物已存在,或者有无默示要件,没有货物就没有合同?这显然是在贝尔(Bell)诉利佛兄弟公司(Lever Bros. Ltd.)一案中法官阿特金(Lord Atkin)的观点,因为在他所作的判决中,他说:

“这就引起讨论用两种不同的方式以表达双方错误的结果……这种建议不外乎认为,如果合同明示地或默示地包含一个条款,即某一特定的假设是合同的要件,倘这假设是不确实的,那末合同就作为无效。”

这问题被看作一种解释关于考都里诉海思蒂案的事实的方法，就有着至少三种可能的推定：

(1)可能有一个默示要件的前例，认为货物是存在的，在这种情况下，如果货物不存在，双方都不受约束；

(2)卖方可能订约或保证货物是存在的，在这种情况下，卖方应对不能交货负责，而买方则不负拒绝接受的责任；

(3)买方可能冒着货物已经灭失的风险，在这种情况下，即使没有交货，买方应负价金的责任，而卖方当然不负不交货的责任。

关于考都里诉海思蒂一案，英国上议院仅仅决定这买卖合同可以按照上述第三种方法加以解释。但当要求上议院是否可按上述第一或第二种方法作为正确的解释时，该院没有作出决定。如果买方控诉卖方不交货，那末只有在这两种可能性之间作出决定。在麦克雷(McRae)诉联邦处理委员会(Commonwealth Disposals Commission)案中，被告订约售与原告一艘在某处暗礁搁浅的油轮。在原告支付了大量费用，并准备派遣打捞队前去时，他发现不但那里没有，也从未有过这艘油轮，而且暗礁也不存在。沃大利亚高等法院根据被告应对违背合同的立场，进行审理该案，除非被告能提出一个默示要件的前例，证明这艘油轮是存在的。显然，按照这案件的事实，没有这种要件可被默示。相反，法院的结论是：

“唯一适当的合同构成是它包含委员会的一项诺言，在指定的地点有一艘油轮。委员会订立的合同载明那里有一艘油轮。”

在这方面，同一法院对戈尔斯保洛、摩脱公司(Goldsborough, Mort & Co., Ltd.)诉卡特(Carter)案，在较早些时候所作的判决也是有很大兴趣的，虽然这次案件(象考都里诉海思蒂案一样)是按普通法决定的。在上述案件中，被告同意按照每头的价格出售在某地区放牧的羊“约”4,000头。双方同意在某一日期去集合检点这些羊的数目。合同也载明，如果羊的数目少于4,000头，买方将按实际交付的羊数接受和付款。事实上，在羊群放牧的地区发生了严重的旱情，接着又遇到寒冷的冬季雨，结果，在集合羊群点数的时候，只有890头羊是可以接受的。买方要求赔偿短交的损失，但他的损失赔偿要求被驳回了。格列斐斯(C. J. Griffith)认为这合同是关于特定货物的买卖，并说：

“这种合同的默示要件是在订约时或在履行合同前，财物是存在或将要存在的(如考都里诉海思蒂案)，而且在届临履行合同时，财物依然存在(如好惠尔 Howell 诉柯普兰 Coupland 案)。”

但法院人员大多数主张这原则是被该案的特殊情况，即合同的真实构成所变更了。由于卖方不知道有多少头羊，而买方明知羊数短缺的可能性，并同意接受所交的羊数，因此认为这合同只是关于实际存在的和集合羊群时可以点交的头数的买卖合同。

如果这是正确的处理手段，而且已被认为是正确的，那末《法案》第6条在这问题方面的影响必须进一步加以考虑。这一条在内容上清楚地设想一个案件，有关货物存在了一段时间，但在合同订立之前，货物已经灭失。因此，类似麦克雷诉联邦处理委员会的案件就完全不属于这种性质。所以，普通法的立场依然有效，而结果应该是按沃大利亚高等法院所作的决定。但这并没有回答问题，即货物究竟在什么地方存在而于订立合同之前灭失了。如果卖方实际上订立合同时货物是存在的，他是否因为适用《法案》第6条使合同无效而就可以免除一切责任？这种结果将会是非常特殊，并且认为它是可以避免的，只要对修订的《法案》第55条(第1款)作出不拘于词义的解释。该款的原文是：

“在一项买卖契约下，由于法律规定而产生的权利、责任和义务，可以用明示协议的办法，或者通过缔约双方的行为，或者按照对缔约双方均有约束力的习惯，加以排除或变更……”

乍看起来，也许这一条并不阻碍第6条运用于一个象现在所考虑的案件，因为整个条款的效用是在避免任何权利、责任和义务的发生。但在阻止这些主要负担的发生时，《法案》第6条可能引起其他的权利和责任，例如价金的交还。在任何情况下，该条款的明显目的是使当事人通过协议，变更不影响第三者的《法案》中所有的一切规定。而且，如果把《法案》第6条作为不论有关各方的意向如何而都可适用的一条法规，就会发生矛盾的结果。由于这一条在多方面有所局限(例如它只适用于特定货物的买卖，而且也只适用于货物灭失的情况)，很多近似的案件可能刚巧纳入或超出这条规定的范围。那些超出范围的案件将按照合同的真正构成予以解决。如果那些刚巧在范围线以外的案件也必须严格地执行第6条的规定予以判决，那是不幸的。因此认为，如果按合同的真实构成，卖方似乎在订约时货物确实存在，第6条就不适用，卖方将对不交货负责。同时，如果卖方疏忽，没有发现货物已经灭失，那末法院方面也许更会倾向于对合同作这样的解释。

第6条的唯一效能是引起一种假定，在它适用的案件中，卖方没有约定货物是存在的，而在另一方面，例如麦克雷诉联邦处理委员会案，货物从来就没有存在，第6条就不适用，而有关的假定似乎卖方是订约出售存在的货物。

《法案》第6条在今天可以适用的一类事实，与考都里诉海思蒂案的情况可能是很不相同的。例如在巴路·兰恩·巴拉特公司(Barrow, Lane & Ballard, Ltd.)诉斐列浦·斐列浦斯公司(Phillp Phillips & Co., Ltd.)案，原告订约售与被告700袋果实，这些果实被认为存放在某处仓库内。事实上，在订立合同时，有109袋果实已经失踪，大概是被盗窃，而另外450袋在买方于订约两个月后设法提货前也已失踪了。从表面看来，卖方出售了特定的一批果实700袋，而当时实际上只有591袋可供交货，因此，这似乎是卖方违反合同的简单案件。但事实上，因为实施第6条的规定，认为合同无效，卖方也许对买方的损失不负责任。

第6条引起其他三种困难，将在下列三节中加以讨论。

一、“指定货物”的意义(Meaning of “Specific Goods”)

《法案》第62条关于“指定货物”的定义是“指在缔结契约之时已经验明和同意的货物”。在大多数情况下，这是足够清楚的，可以分清这些货物与期货或类似货物的买卖合同之间的区别。因此，如果甲方订约出售小麦1,000吨给乙方，这不是指定货物的买卖。甲方在思想上认为有一批特定的小麦1,000吨，但他并不知道在订约日期之前，这批货物已经灭失。他的义务仍不受影响。但有些案件就不这样清楚。一项合同出售在某地种植的土豆200吨，属于什么性质呢？在好惠尔诉柯普兰案(这案件是事后发生货物灭失，现属于《法案》第7条的规定)方面，由于适用普通法的取消规则，被认为这是一项指定货物的买卖。但现代的倾向似乎规定在《法案》下的“指定货物”的意義是指现存的、已经验明和同意的货物。因此，在下文将详细考虑的利威脱(Re wait)案件中，认为从特定货船上所装小麦1,000吨中出售500吨，按照《法案》第52条规定，法庭在判决中可以指明契约应专门履行的意义，是不能作为指定或特定的货物买卖。同样地，在圣斯伯利(H. R. & S. Sainsbury)诉司脱里(Street)案中，主张对出售将在某一农场上种植的大麦275吨也不是指定货物的买卖。因此，在这些情况下货物的灭失的效果，必须是普通法的问题而不是《法案》第6条有关的问题。

二、对部分货物灭失的效力(Effect of Part of Goods Perishing)

一项特定货物的买卖,在订立买卖合同的日期以前,部分货物发生灭失的情况下,第6条的效力现在有些含糊不清。在上文已经提供具体事实的巴路·兰恩·巴拉特公司诉斐列浦·斐列浦斯公司一案中,当时任法官的勒脱(Wright J.)强调说,他认为果实700袋是不可分割的一批货物,他主张合同按照第6条作为无效。但是,必须着重指出,该案的真正申诉,是要求短少的109袋的价金,事实上,卖方在需要交货时提交了现有的袋数,而买方也毫无问题地交付了这部分的价金。但买方拒绝交付短缺的109袋的价金,这并不使人惊奇,因为买方的损失也许没有保险,而这笔损失可能包括在卖方的保险之中。倘若说这整个合同已告无效似乎是很奇怪的,事实上卖方已提交了大部分货物,而买方也交付了价金。这就意味着,其他几袋果实的买卖的条件并不是当事人同意的,而是“法律所默示”的条件。这也是说,如果卖方对其余部分的袋数拒绝交货,他将对方不负有责任。鉴于圣斯伯利诉司脱里一案的情况,这种结论似乎是特别值得怀疑的。在这后者案件中,被告同意出售在他农场上所种植的大麦275吨。事实上,由于普遍的歉收,这批大麦只收获到140吨。被告将这140吨大麦以比较高的价格出售和交给第三者。法官麦克肯纳(Mckenna J.)认为,虽然关于歉收部分的买卖合同已经落空,但这并不免除被告将实际收获到的大麦提供给原告的责任。有些令人费解的是,他好象没有认为原告必须接受那140吨大麦,这就意味着,在实际发生的情形之下,只有卖方而不是买方受到合同的约束。无论如何,十分清楚的是,对问题纯粹作为普通法方面的合同构成问题来考虑,另外有三种可能的推定增加到关于货物全部灭失的合同构成方面。这些推定是,(如果部分货物灭失):

- (1) 卖方可能必须交付货物的剩余部分,买方应负接受的责任;
- (2) 卖方可能必须提交给买方以货物的剩余部分,而买方则不负接受的责任;
- (3) 卖方不负提交货物给买方的责任,但如果提交,买方应负接受的责任。

虽然圣斯伯利诉司脱里案是按照普通法判决的,似乎很奇怪,如果相仿的事实发生在《法案》第6条的规定以内,就必须得出不同的结果。因此,巴路·兰恩·巴拉特公司一案的买方尽管有第6条的规定,仍可坚持要求卖方交付剩下袋数的果实。

三、“灭失”的意义(Meaning of “Perish”)

巴路·兰恩·巴拉特公司诉斐列浦·斐列浦斯公司案也是有关另一点的资料,即“灭失”这个词的意义。从字面说,这可能被人认为只涉及物质的破坏,但事实上,应该被解释为也包括在商业意义上的灭失。

卖方通常对于按合同供应货物的质量和适用性,负有严格的义务。例如,卖方订约出售特定的一批土豆,如果他交付不合商销质量的货物,他将负有违反默示义务的责任,而在订立合同以前这批土豆是否不合商销是不相干的。因此,如果由于土豆已经腐烂而不再叫作“土豆”,卖方依靠《法案》第6条以改善他的地位,这将会是奇怪的。但这样的结果在新西兰的脱布尔(Turbull)诉伦特尔(Rendell)案件中却发生了。该案卖方同意从特定的庄稼(有些尚未挖出)中,出售“食用土豆”75吨。在订立合同时,这些土豆严重地受到损害而不再符合“食用土豆”的形状。从表面看,人们会认为是违反《法案》第13条(即货物应与说明相符)。但事实上,买方提出赔偿损失的要求却被驳回了。法院主张这批土豆的灭失是适用《法案》第

(下转第40页)

中标得到合同后要提供的一种保证，保证不毁约，认真履行合同。

履约保证金一般为投标总价的10%—20%。保证金金额多少要看招标项目的大小决定，也象投标保证金那样，合同总价大的，保证金的百分比就小些；反之，就大些。

保证金的有效期要到合同的保证期结束为止。

4. 商品说明(COMMODITY MODIFICATION)或技术规格(TECHNICAL SPECIFICATIONS)或技术要求(TECHNICAL REQUIREMENTS)。

如果是采购一般商品，即用“商品说明”，说明所购商品的质量、数量、规格要求等。如果是机器设备等，一般用“技术规格”在制定技术规格要求时，不能以一家厂商的规格为标准。标书规定的规格至少要符合三个厂商的技术规格，这才有竞争性。因此，在编制技术规格时，要有一定的幅度。如耗油量、容量均应提出具体的幅度要求。

如果是成套项目的招标，有时在标书中可规定投标人除了根据所规定的规格投标外，招标人可以提出欢迎投标人提供选择性的方案，供招标人考虑。因此，有些标书上都有“ADDITIONAL TECHNICAL INFORMATION & PAMPHLETS WOULD BE APPRECIATED”的词句。

至于大的成套项目或承包工程项目的招标，招标人一般应首先进行“可行性研究”，即对这个项目从技术上、财务上和经济上进行研究、分析和评价，以判断这个项目是否可行，并决定投资与否。如果确定要进行这个项目，应根据成本分析和价格核算，确定一个预估的底价，做到心中有数以后，才能发出标书。在这些项目的标书中还要规定特殊条款，包括工程性质、地理面貌、气候条件、技术条件、技术培训等各项内容。

编制标书需十分认真细致，不能遗漏每一细节，甚至连技术资料应使用哪一种语言都要明确提出。

(未完待续)

(上接第49页)

6条的，因此合同作为无效。总之，似乎没有倾向于用类比的方法，把“灭失”的涵义引伸到卖方应该对不能交货负责的一些案件。这样，就认为一个卖方被控不交货，用不到为其辩护以证明他在同意出售货物给原告以后，他又出售这批货物并提交给另一个买主。

即使承认第6条包含商业意义上的灭失，但在货物被窃损失的情况下，依然存在一种困难。例如，假定甲方把他的汽车出售给乙方，而在双方都不知情的情况下，这汽车刚巧被偷窃了。警察人员可能要经过很长一段时间才放弃追查到汽车的一切希望，而直到这时，该辆汽车甚至在商业意义上也很难说是已经灭失，但与此同时会发生什么呢？合同的有效性很难依靠警方的活动。车辆保险在这里也没有什么帮助，因为被窃是明显的一种商业损失，而且这当然时常是保险的整个目的。同时，汽车被窃说成灭失，甚至按商业上的意义，也不够清楚。巴路·兰恩·巴拉特公司诉斐利浦·斐列浦斯公司案与上述这样的案件是可以分的，因为果实在被窃后很可能被出售而分散了。确实，有些果实或全部果实可能已被最后买主所消费掉。因此，一件被窃去的东西是否可以说成已经灭失，是尚未确定的，而有待于法庭加以解决的问题。