

 使用大字體察看本文

阅读次数: 368

论买卖合同中债务履行不能风险的分配 ——以基于法律行为的物权变动模式的立法选择为考察背景

王轶

风险是一个内涵丰富的概念，常被人们在不同的意义上使用。在合同法上，广义的风险是指各种非正常的损失，它既包括因可归责于合同的一方或双方当事人的事由所导致的损失，又包括因不可归责于合同双方当事人的事由所导致的损失；狭义的风险仅指因不可归责于合同双方当事人的事由所带来的非正常损失。合同风险制度是合同法的中心问题之一，而买卖合同中的风险分配问题，则在买卖法中具有尤其重要的意义，以至于有的学者认为：“买卖法的目的就在于把基于合同关系所产生的各种损失的风险在当事人之间适当分配。”本文拟以基于法律行为的物权变动模式的立法选择为背景，来讨论买卖合同中债务履行不能的风险分配，力图揭示基于法律行为的物权变动模式(以下简称物权变动模式)的立法选择对此类风险分配的立法设计的影响。

这就意味着，我们将要探讨的核心问题是买卖合同订立后，债权债务清结之前，标的物由于不可归责于合同双方当事人任何一方的事由而毁损、灭失，致使债务履行不能时，由此所产生的损失由谁负担。这种类型的风险分配问题，其风险指的是因合同标的物毁损、灭失而带来的合同债务全部或部分履行不能的风险；而风险分配则专指嗣后不能履行所产生的后果的分配，它主要解决双务合同中履行利益的风险分配问题，既包括债务陷于履行不能的债务人的履行利益的风险分配，又包括债权人的履行利益的风险分配。其中最为重要的，自然就是学说上所谓的价金风险的负担，即债务人的债务陷于履行不能时，债权人的对待给付义务是否仍应履行的问题。这种风险分配，从债务陷于履行不能的债务人的角度考察，实际上就是该债务人的履行利益的风险分配。

I

我们先考察债务人的债务因不可归责于双方当事人的事由嗣后履行不能时，债权人履行利益的风险分配问题。各国立法上，对于此种风险，是经由对债务人给付义务的规制来进行分配的。在买卖合同中，作为支付价金义务对价的，是债务人交付标的物并移转标的物所有权的给付义务，因不可归责于双方当事人的原因致嗣后履行不能时，就债务人的给付义务，各国都设有明文。如《法国民法典》第1302条第1款规定：“为债务标的之特定物毁损或不能再作交易之用，或遗失后不知其是否存在时，如此物并非因债务人的过失而毁损或灭失，而且其毁损或灭失发生在债务人负履行迟延的责任以前者，债的关系消灭。”《意大利民法典》第1256条第1款规定：“当由于不可归责于债务人的原因致使给付变为不能时，债务消灭。”《德国民法典》第275条第1项规定：“因债的关系发生后产生不可归责于债务人的事由以至给付不能时，债务人免除其给付义务。”《瑞士民法典》第119条第1项规定：“因不可归责于债务人的情事致使给付不能的，债权视为消灭。”尽管在表述上，《法国民法典》、《意大利民法典》和《德国民法典》、《瑞士民法典》就此问题的规定并无差异，但条文的内涵却迥然不同。就物权变动采债权意思主义模式的《法国民法典》和《意大利民法典》，所消灭的债务是债务人交付标的物的债务；就物权变动采物权形式主义模式的《德国民法典》和就物权变动采债权形式主义模式的《瑞士民法典》，所消灭的债务则是交付标的物并移转标的物所有权的债务。英美法上，同样认可在某种特定物灭失或者不存在的情况下，很多合同中作为允诺之一的履行即成为绝对不可能。就因不可归责于债务人的事由致债务履行不能时，如何对待债务人的债务，英美法经历了一个发展的过程。根据英国普通法，合同当事人不能以合同订立后发生的阻碍合同履行的意外事件作为不履约的免责事由。早在1647年，英国王座法庭就在关于帕拉代恩折筒和阿利恩案的判决中表述了这样的观点。但该法院的其他判决表明，上述原则则有例外情况，在这些例外情况下，履行不能可以消灭包括出卖方在内的债务人的义务。履行不能从一种仅适用于若干例外情况的制度发展成一种得到普遍引用的理论，应首先归功于《美国统一商法典》的编撰者。该法典第2—615条规定：“除非存在卖方已经承担了更多的义务的情况……，否则，如果发生了某种意外情况，这种情况的不发生是合同赖以订立的基本假定，由于这种情况的发生，合同的履行象双方协议的那样付诸实施已变得不现实，那么，全部或部分货物的交付的拖延或不交付……并不构成对依买卖合同承担的义务的违反。”在

缺乏相反意思表示而当事人又无任何过错的情况下，必要特定物的灭失可以消灭包括债务人在内的立约人的合同义务。

我国《合同法》未设类似于前引诸法典的法律条文，而是规定，因不可抗力致使不能实现合同目的的，当事人可以解除合同，经由合同的解除，发生与前引诸法典相同的法律后果——债务消灭。由于我国民法就物权变动采债权形式主义模式，故此时消灭的债务系属交付标的物并移转标的物所有权的债务。但应注意的，由于我国《合同法》未采“不可归责于”这一术语，而仅对由于不可抗力致使债务履行不能的情形进行了规范，这就使得由于意外事件等不可归责于债务人的事由致使债务履行不能的情形缺少相应的法律规范，形成所谓的法律漏洞。对此，应进行法律漏洞的补充。以上系对债务人的债务因不可归责于债务人的事由陷于全部或部分不能履行时，各国法就债务人所负担债务的处理对策，如前所述，由于债务人所负担的债务，自债权人的角度观察，即是其履行利益之所系，故而前引规定，实际上就涵括了在标的物因不可归责于双方当事人的事由毁损、灭失，致债务履行不能时，对于债权人履行利益的风险所进行的分配。

II

下面，我们讨论所谓的价金风险的负担问题，如前所述，就此问题的讨论，实际上也可以在债务陷于履行不能的债务人履行利益风险分配的题目下进行。对于此种风险的分配，从各个国家和地区的立法来看，有两种应对策略。

第一种应对策略，在处理方法上借鉴了买卖合同标的物毁损、灭失风险负担的规制技巧，由法律直接对价金风险的分配作出决定。《法国民法典》、《德国民法典》、《意大利民法典》、《日本民法典》、《联合国国际货物销售合同公约》等即采此方法。但上述大陆法系诸国立法例，由于物权变动模式的差异，对于价金风险，在分配原则上又有所不同。可大致区分为：

1. 债权人主义。即债权人在债务人的债务因不可归责于双方当事人的事由陷于履行不能时，债权人仍应为对待给付，价金风险由债权人负担。该分配原则意味着：买卖的标的物因不可归责于双方当事人的原因毁损、灭失致债务履行不能时，出卖方免负交付标的物的义务，买受方却仍需支付全部价款。债权人主义发源于罗马法，德国普通法、《法国民法典》、《意大利民法典》、《日本民法典》沿袭了这一认识。例如《法国民法典》第1303条规定：“非因债务人的过失而物遭毁损，或不能再作交易之用，或遗失时，如债务人就此物对于他人有损害赔偿请求权或诉权者，应将其权利让与其债权人。”从该条规定我们不难看出，债权人的对待给付义务并未被免除，否则，他就根本无从取得债务人对于他人的损害赔偿请求权或诉权。《意大利民法典》第1259条的规定效仿《法国民法典》第1303条，其内容为：“当特定物的给付全部或者部分不能时，债权人得取代债务人的位置获得因前述情况引起的履行不能时的权利，并向债务人要求其赔偿额的给付。”《日本民法典》就此问题的规定更为直接明了，该法典第534条第1项规定：“以特定物的物权的设定或移转为双务契约的标的场合，其物因不应归责于债务人的事由而毁损、灭失时，其灭失或毁损归债权人负担。”此时，债务人有受对待给付的权利。

就价金风险负担的债权人主义，有学者提出了批评，认为：

第一，与双务契约的性质相反，双务契约的两债权有牵连性，当事人一方既免其债务，他方亦无须履行；

第二，不公平，在买卖契约中唯买受人独就标的物负担危险，出卖人就价金可不负担危险，因为金钱债务无发生给付不能的余地，买受人不得因给付不能而免除价金支付的义务；

第三，就他人之物为买卖或为二重买卖时，会发生不当的后果。例如就他人之物为买卖，其物灭失、毁损时，出卖人不受任何损害，还可对买受人请求价金的支付。又如同物出卖于数人时，成立数个契约，其物毁损、灭失时，出卖人对于各买受人得请求全部的价金。

本文认为，上述对于价金风险负担债权人主义的批评，颇值商榷。其未当之处，在于未能结合基于法律行为物权变动模式的立法选择来考察风险负担债权人主义的利弊得失。下面我们就前引批评逐一予以评论。

第一，就价金风险负担采债权人主义的立法例，其物权变动模式无一例外为债权意思主义。此种物权变动模式，以特定物的交易为规范基础，在合同成立之时，作为买卖合同标的物的特定物的所有权即发生移转，出卖人即使没有完成交付标的物的行为，也因标的物所有权的移转，完成了其主要合同义务的履行，如《法国民法典》第1583条规定：“当事人就标的物及其价金相互同意时，即使标的物尚未交付，价金尚未支付，买卖即告成立，而标的物的所有权亦于此时在法律上由出卖人移转于买受人。”《意大利民法典》第1376条规定：“在以特定物所有权的转移、物权的设立或转让或是其他权利的转让为标的的契约中，所有权或其他权利根据双方当事人合法意思表示的效力而发生转让和取得。”当标的物因不可归责于双方当事人的事由毁损、灭失，致债务无法履行时，并非债务人的所有债务都无法履行，而仅仅是其交付标的物的债务无法履行而已。与之相反，买受人所承担的价金支付义务，由于价金属种类物，无法在合同成立时即行发生所有权的移转，这就意味着在出卖人业已履行完毕其主要合同义务时，买受人的主要合同义务尚未履行，此时根据双务合同当事人之间债权债务的牵连性，债权人仍应负担支付价金的义务。

因而，所谓风险负担的债权人主义与双务契约的性质相反云云，不能成立。

第二，债权意思主义的物权变动模式之下，合同成立之时，买卖合同标的物的所有权即发生移转，买受人即成为所有权人，此时尽管买受人尚未占有标的物，但就标的物所生的一切利益，如孳息等就归债权人所有。这种背景下，由买受人这个标的物的受益人承担标的物毁损、灭失所导致的债务履行不能的风险，完全符合风险与利益相一致的原则，所谓风险负担的债权人主义不公平，恐难成立。

第三，债权意思主义的物权变动模式之下，出卖他人之物的合同的效力，与物权形式主义模式之下，并不相同。在物权形式主义物权变动模式之下，出卖他人之物的债权合同只要符合合同的一般生效要件，即可生效。但在债权意思主义的物权变动模式之下，出卖他人之物的合同，即使符合了合同的一般生效要件，也不能发生相应的法律效力。如《法国民法典》第1599条前段规定：“就他人之物所成立的买卖，无效；”《意大利民法典》第1478条规定：“如果缔结契约之时，出卖人不享有买卖物的所有权，则出卖人承担使买受人取得物的所有权的义务。”“买受人自出卖人获得所有权时起即成为所有权人。”结合该法典第1476条第2项的规定：“如果物的取得不立即发生契约的效力，则出卖人承担使买受人取得物的所有权或其他权利的义务；”我们不难看出，出卖他人之物的合同并不能发生合同的效力，只有在出卖人取得标的物所有权时，该合同方发生效力。这点与债权形式主义物权变动模式之下，出卖他人之物的合同为效力待定的合同，颇为类似。之所以如此，就是因为债权意思主义的物权变动模式之下，合同成立之时，就是标的物所有权移转之时，如果标的物所有权在合同成立之时，尚未归属于出卖人，那么，成立的合同就不能发生权利移转的合同效力。与之相反，采物权形式主义物权变动模式，由于所有权的移转系物权行为的效力，系于登记或交付行为，债权合同成立、生效并不当然引致所有权的移转因而即使是出卖他人之物，也不会影响买卖合同的效力。由此不难看出，前引的第三种批评意见是戴着物权形式主义物权变动模式的有色眼镜，来展开对债权意思主义物权变动模式之下，风险负担债权人主义的批判的，这种批判自然难以成立，因为既然债权意思主义物权变动模式之下，在他人之物毁损、灭失时，出卖他人之物的合同尚未生效，出卖人又怎么能向买受人请求价金的支付？！

再就二重买卖或一物数卖而言，债权意思主义的物权变动模式之下，自第一次买卖成立之时起，出卖人已不再是标的物的所有人，其随后的买卖，无论进行几次，都属出卖他人之物的范畴，基于此后的交易所订立的买卖合同，属不能生效的合同，除非具备了类似于《法国民法典》第1141条或第2279条规定的条件，随后的买卖合同根本就不发生所谓出卖人对于买受人的价金支付请求权问题，而且一旦发生了第1141条或第2279条的适用，对于在先的买卖合同，因买受人丧失了标的物的所有权，因而也不发生对出卖人的价金支付请求权。综上，在二重买卖或一物数卖的情况下，根本不发生所谓的出卖人在标的物毁损、灭失时，得对数买受人主张价金支付请求权的问题。

2. 债务人主义。即由债务人承担债务履行不能的价金风险，债权人的对待给付义务被免除。这就意味着，买卖合同的标的物因不可归责于双方当事人的事由毁损、灭失，致债务陷于履行不能时，出卖方的合同义务消灭，买受方支付价款的义务也消灭。德国固有法、《奥地利民法典》、《德国民法典》、《瑞士民法典》以及我国台湾地区均采此主义。《德国民法典》第323条第1项的规定：“双务契约的一方当事人，因不可归责于双方当事人的事由，致自己不能履行应履行的给付者，丧失自己对待给付的请求权；如仅一部分不能者，应按第472条、473条的规定，按其比例减少对待给付。”《瑞士民法典》第119条第2项的规定：“在双务契约的情况下，因此免于债务的债务人……丧失未行使的对待债权。”以及我国台湾地

区民法第266条的规定：“因不可归责于双方当事人之事由，致一方之给付全部不能者，他方免为对待给付之义务，如仅一部不能者，应按其比例减少对待给付。”即是明证。债务履行不能价金风险负担债务人主义的妥当性，也可以从基于物权变动模式的考察得到验证。在债权形式主义和物权形式主义的物权变动模式之下，出卖人的主要义务——移转标的物的所有权的义务，是伴随着登记和交付行为完成的，在交付和登记行为完成之前，出卖人的主要合同义务处于未完成状态，买受人也未取得标的物的所有权。此时，若规定标的物因不可归责于双方当事人的事由毁损、灭失致债务无法履行时，由买受人承担债务无法履行的价金风险，在出卖人被免除了给付义务之后，仍应向出卖人为对待给付义务，自然有失公平。采价金风险负担的债务人主义，方可维持当事人之间的利益平衡。

《联合国国际货物销售合同公约》就债务履行不能的价金风险负担也采第一种规范策略，但由于该公约就货物所有权的移转模式未设专门规定，因而该公约第66条的规定：“货物在风险移转到买方承担后遗失或损害，买方支付价款的义务并不因此解除，除非这种遗失或损害是由于卖方的行为或不行为所造成。”不能简单地归为债权人主义或债务人主义，而是将债务履行不能的风险负担与买卖合同标的物毁损、灭失的风险负担相关联，遵循一致的处理原则。

第二种应对策略与第一种策略有所不同，它不是直接将价金风险负担与债权人的对待给付义务联系起来，而是经由合同法相关制度的运用，实现相同的规范目的。从实际的法律效果看，与第一种应对策略并无实质差别。英美法系诸国的合同立法以及我国的合同立法即采此种应对策略。如《英国1979年货物买卖法》第7条规定：“在货物买卖交易中，如果特定化货物在被卖出后而移转到买受人手中之前，因当事人过错之外的原因灭失的，合同失效。”英国法上之所以形成对于债务履行不能价金风险负担的此种分配

原则，是与其在买卖合同标的物毁损、灭失风险负担问题上借鉴《美国统一商法典》的规范方法，将标的物毁损、灭失风险负担的移转与所有权的移转相脱离，而与标的物的交付相一致是密切相关的。《美国统一商法典》第2-613条规定：“如果合同所要求的货物在订立合同时已是特定的，且如果货物在风险转移给买方之前非由于任何一方的过错而遭受损失，或合同采用‘货到成交’条件(第2-324条)，那么：a、如果货物全部损失，或货物质量降低至不符合合同，买方可以要求检验货物，并可以选择视合同为无效或接受剩余货物。如果接受剩余货物，当事人应根据货物质量和数量受损情况调整价格，但买方没有对抗卖方的进一步权利。”由于合同的失效具有消灭合同权利义务关系的效力，因而从实际的法律效果来看，英美两国的立法就债务履行不能的价金风险负担所作的规定，类似于大陆法系的债务人主义。

我国的合同立法一向是通过合同解除制度的运用，来对债务履行不能的价金风险进行分配。如《中华人民共和国合同法》第26条第2项规定：“由于不可抗力致使经济合同的全部义务不能履行；”允许变更或解除合同。新颁行的《中华人民共和国合同法》坚持了这一规定。该法第94条第1项认可，因不可抗力致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同。我国新颁行的《合同法》的规定，在债务履行不能价金风险负担的处理原则上，实际上也与大陆法系的债务人主义相仿。因为买卖合同的解除，具有消灭合同双方当事人权利义务的效力，债权人在债务人陷于履行不能时，自然也就无须再承担支付价金的对待给付义务。我国《合同法》的规定，尽管在具体内容上，与英美法不尽相同。如我国《合同法》的规定仅对于因不可抗力所导致的债务履行不能作出规定，而没有如同英国法或美国法，将规范范围扩张及于“因当事人过错以外的原因”或“非由于任何一方的过错”致债务履行不能，如前所述，这与我国未采用“不可归责于”这一术语有关。但我国《合同法》的规范策略与英美两国的合同法是一致的。

此种规范策略，与第一种规范策略相较，立法技巧虽有不同，实际效果则并无二致。第一种规范策略，直接对债务履行不能的价金风险进行分配；第二种规范策略则经由合同失效或合同解除制度的运用，同样达到了分配债务履行不能的价金风险的目的，二者有异曲同工之妙；第一种应对策略中的债务人主义经由对债务人债务和债权人的对待给付义务的分别规定，消灭了当事人之间的合同关系，第二种规范策略则经由合同失效或合同解除制度的运用，直接一体消灭了当事人之间的合同关系。

但也应当看到，第一种规范策略之下，价金风险负担的债务人主义，在将消灭当事人之间的合同关系作为一般原则加以规定的同时，一般都设有专门的条款，规定当债权人不欲消灭合同，而是想取得代替债务标的的损害赔偿或请求债务人让与赔偿请求权时，合同仍不消灭，债权人仍须承担相应的对待给付义务。作为一般原则的例外。我国《合同法》第94条第1项的规定，则无类似的规范效果，这是因为不可抗力作为合同解除的法定事由，合同的双方当事人享有并都可行使解除合同的权利，是将合同关系是否消灭的决定权赋予了合同的双方当事人，当债权人不欲使合同关系消灭，而是想取得代替债务标的的损害赔偿或请求债务人让与赔偿请求权时，就必须以债务人不行使解除合同的权利为前提，一旦债务人行使了这一权利，债权人的该项意图即无法实现，这就不利于保护债权人的利益。为弥补这一缺陷，我国《合同法》也应认有例外。

III

标的物因不可归责于双方当事人的事由毁损、灭失，致使债务无法履行，给债权人所带来的期待利益的损失，也属于买卖合同中需要分配的风险。对此，大陆法系各个国家和地区大多经由违约责任的免责事由制度来进行风险的分配。不可抗力作为违约责任的免责事由，起源于罗马法。罗马法中的不可抗力包括了意外事故在内，它是指完全不可预见的或不可预防的事件，包括火灾、坍塌等。当不可抗力致使物品灭失或给付不能时，债务人可被免责。正如罗马法学家乌尔比安所指出的，遵守契约本身就是遵守法律，但是，“根据善意诉讼原则，没有人对野兽的行为、对于无过失发生的死亡、对通常不受监视的奴隶逃亡、对掠夺、对叛乱、对火灾、对强盗的袭击承担责任。”罗马法的规定对大陆法系国家产生了一定的影响。

《法国民法典》第1148条规定：“如债务人系由于不可抗力或事变不履行其给付或作为的债务，……不发生损害赔偿责任。”《德国民法典》第285条也明确将不可抗力认定为违约责任的免责事由。英美法上，也确立了基本相同的规则。《联合国国际货物销售合同公约》第79条第1款也有类似的规定，即：“当事人对不履行义务，不负责任，如果他能证明此种不履行义务，是由于某种非他所能控制的障碍，而且对于这种障碍，没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果。”我国民事立法一向将不可抗力规定为违约责任的免责事由。《经济合同法》第30条规定：“当事人一方由于不可抗力的原因不能履行经济合同的，……可根据情况部分或全部免于承担违约责任。”《民法通则》第107条规定：“因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的，不承担民事责任，法律另有规定的除外。”新颁行的《合同法》第117条规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。……”不可抗力作为免责事由，意味着债务履行不能所带来的债权人期待利益的风险，是由债权人自己负担的。

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720