

【合同法】

《合同法》第142条(交付移转风险)评注

吴香香

【摘要】《合同法》第142条是买卖合同价金风险移转的一般规则。“标的物毁损灭失的风险”仅指价金风险,应与物权风险、给付风险相区分。交付移转价金风险,突破了双务合同之牵连性,其正当性在于,在买卖双方内部,买受人借交付成为物之经济利益归属主体。移转风险之交付,不限于现实交付,也涵括观念交付。风险移转在合同效力、给付障碍、类推适用等方面也有其体系影响。

【关键词】买卖;价金风险;交付;风险移转

【作者简介】吴香香,法学博士,中国政法大学民商经济法学院副教授。

【原文出处】《法学家》(京),2019.3.168~189

【基金项目】本文系国家社科基金一般项目“民法典编纂中请求权基础的体系构建研究(18BFX110)”阶段性成果,并受“中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目(DSJ CXZ180409)”支持。

一、规范定位

(一)规范意旨

[1]标的物意外毁损灭失,既可能引发物法层面的物权灭失风险,也可能引发债法层面的给付与对待给付风险。物法领域,物之意外不利益由所有权人自担;物权风险无涉给付与对待给付关系,不在本条的射程之内([9-11])。债法领域,标的物意外毁损灭失,债务人不必再为给付(第110条^①)。给付风险的移转,并非本条的问题,而系本条的前提([12-21])。

[2]本条意在规范的,实为出卖人的对待给付风险,即“价金风险”。所处理的问题是,标的物意外毁损灭失,致出卖人不必再为给付,买受人是否仍须支付价金。对此,《合同法》所参照的《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)的表达更为直观:第66条风险移转后果是,“买受人支付价款的义务并不因此免除”,显然以价金风险为规范对象。^②

[3]价金风险,若由出卖人承担,则买受人不必支付价金;若由买受人承担,则买受人仍受价金义务的约束。依本条,价金风险原则上自“交付”时起移转于买受人。比较法上,类似的规范有《公约》第69条

第1款第1种情形、《德国民法典》第446条、我国台湾地区“民法”第373条等。

(二)规范属性

1. 抗辩排除规范

[4]基于双务合同的牵连性,给付义务消灭,对待给付义务也消灭。依此原则,买卖标的物意外毁损灭失,致出卖人不必再为给付的,买受人不再受价金义务的约束,即使已经支付,也可以请求返还。这意味着,价金风险不应移转,买受人处应产生拒绝支付的抗辩可能([17])。

[5]本条规则却是,交付前出卖人承担价金风险,交付后买受人承担价金风险。“交付前”仍在牵连性的框架之内,即使无此规定,也可由双务合同的特性推导得出。“交付后”才是本条的规范重心,因其突破了双务合同的牵连性。由此亦可解释,比较法上的类似规范(如《德国民法典》第446条、我国台湾地区“民法”第373条),何以仅规定“交付时”风险移转于买受人,而不就“交付前”特设规范。

[6]本条所设规范,可浓缩表述为“交付移转价金风险”。交付后虽出卖人不必再为给付,买受人却仍

须全额支付价金[18]。尤其是,即使出卖人尚未让与所有权,买受人也丧失拒绝支付的抗辩。在“请求—抗辩—抗辩排除”的视角下,本条实为一项“抗辩排除”规范。因而,为了准确适用本条,需要解释,排除抗辩的正当性何在,即交付为何可移转价金风险([47-57])。

2. 任意性一般规范

[7]本条是处理买卖价金风险移转的任意性一般规范。所谓任意性,系指当事人特约可排除本条适用。当事人特约,于涉外买卖交易中常体现为合同中所采纳的国际贸易术语。所谓一般性,则指若无特别规范即应适用本条。^③在赴偿之债、往取之债与送付之债的区分下,代送买卖的价金风险有其特别规则(第145条、第144条)。影响合同目的实现的给付障碍(第148条)与买受人迟延(第143条、第146条)情形,价金风险也有其特别规则。

二、标的物毁损、灭失的风险

[8]《合同法》买卖合同章所称“标的物毁损、灭失的风险”,文义上可包含给付风险与对待给付风险,甚至还可包含物权风险。但根据规范体系,应限缩解释为仅指对待给付风险,即“价金风险”。

(一)本条风险非物权风险

[9]标的物毁损灭失引发的风险,不限于债法层面,还可能发生于物法层面,二者应予区分。物法领域,标的物意外毁损灭失,由其法律上的归属者承担权利丧失的风险。物权风险,是所有权对世效力的体现,^④处理物权人与第三人的关系,为合同之外的现象,仅以所有权状况为断。因而,该风险在所有权让与之前由出卖人承受,让与之后由买受人承受。

[10]合同风险,则是典型的债法风险,处理合同内部关系,包括给付风险与对待给付风险。针对的问题是,风险事件发生后,债务人的给付义务与债权人的对待给付义务是否仍存在。合同风险必以合同有效且未履行完毕为前提。缔约前,标的物意外毁损灭失,“天灾归所有权人负担”,所涉仅为物权风险。同理,清偿后,因债权实现而不存在给付障碍,也就不生合同风险。此后标的物毁损灭失,买受人作为所有权人负担的实为物权风险。

[11]实务中,最高人民法院已认识到物权风险与

合同风险的区别,指出合同风险负担实质是合同当事人间的损失分配,而因标的物毁损灭失丧失所有权则属于物权范畴,不应混淆物权关系和债权关系。^⑤但仍有不少法院误判二者,最典型的表现是,于出卖人已交付并移转所有权,嗣后标的物毁损灭失情形,以本条为依据判令买受人支付价款。^⑥但此时出卖人义务已履行完毕,买受人债权完全实现,不生给付障碍,更谈不上合同风险,买受人支付价金是正常的债务履行。

(二)本条风险非给付风险

[12]双务合同风险本有四项,即双方各自的给付风险与对待给付风险,但金钱债务无给付不能,买卖合同的给付风险仅限出卖人,其对待给付风险即价金风险。因此,在买卖合同中,仅需讨论围绕标的物而产生的给付风险与围绕价金而产生的价金风险。给付风险与价金风险处理的问题不同、风险移转的缘由不同、移转时点也不同。

1. 买卖合同的给付风险

[13]给付风险处理的问题是,首次给付尝试失败后,债务人是否仍需再为给付,直至达到清偿效果。该问题并非买卖所独有,而存在于所有的债务关系中,体系上属于债法总则。买卖合同的给付风险并无特别之处,即特定之债自合同生效时移转,^⑦种类之债自特定化时移转。特定化要求债务人完成为给付而必要的一切行为,所以特定化后标的物意外毁损灭失的,不应令债务人再行给付。

[14]债务人是否满足特定化的行为要求,取决于不同的债务类型。以给付行为地与结果地为标准,耶林首倡赴偿之债、往取之债与送付之债的区分,^⑧并为后世所接受。赴偿之债,给付行为地与结果地均在债权人处,债务人将标的物送至债权人住所地,使债权人处于随时可受领状态,即完成特定化;往取之债,给付行为地与结果地均在债务人处,债务人将标的物从种类中分离并通知债权人提取,即完成特定化;送付之债,给付行为地在债务人处,结果地在债权人处,债务人并无运输义务,将标的物发送给第一承运人以运交债权人,特定化行为即完成。^⑨

[15]《合同法》未就给付风险单设规则,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的

解释》(以下简称《买卖合同解释》)第14条虽将特定化作为种类物买卖(价金)风险移转的前提,但未能清楚揭示特定化与给付风险的关联。不过,给付风险仍不妨依第110条第1项推知。依该条规定,非金钱债务给付不能,原给付义务消灭,是否产生派生给付义务(如损害赔偿),则取决于可归责性。进而言之,非金钱债务一旦出现不可归责的给付不能,债务人给付义务即终局消灭;特定之债,合同生效后履行前,若标的物意外灭失,债务人原给付义务消灭;种类之债,特定化前不生给付不能,特定化后即转变为特定之债,此后奉行特定之债风险转移规则。

2. 给付风险与价金风险

(1) 价金风险的产生以给付风险移转且现实发生为前提

[16]与给付风险不同,价金风险处理的问题是,标的物意外毁损灭失,致出卖人不必再为给付,买受人是否仍须支付价金。给付风险移转之前,价金风险无从谈起。^⑩移转之前,出卖人给付义务不消灭,买受人债权仍可能圆满实现,自然仍须负担对待给付义务。即便给付风险移转,若风险事件未现实发生,也不生价金风险问题,原因很简单,风险事件既未现实发生,出卖人自须继续负担给付义务,买受人当然也须为对待给付。既然价金风险移转前给付风险已然移转,前者就构成后者的可能最迟时点。

(2) 给付风险非买卖独有,而本条价金风险仅限买卖合同

[17]双务合同之对待给付风险针对的问题是,如果债务人不再承担给付风险,债权人是否仍有义务为对待给付。^⑪一般规则是,风险事件发生,债务人不必再为给付(给付风险已移转且实现),债权人也不必为对待给付(对待给付风险不再转移于债权人,终局停留在债务人处)。其实质在于,不会令债权人既承担给付风险(无从获得对方给付),又承担对待给付风险(必须向对方为给付),债权人取得拒绝对待给付的抗辩可能。

[18]买卖价金风险,突破了双务合同“无给付即无对待给付”的一般原则,系对待给付风险负担的例外。依本条,买卖价金风险因交付而移转于买受人,此后标的物意外毁损灭失,出卖人因给付风险已移

转而不必再为给付,买受人的价金义务却并不消灭,拒绝对待给付的抗辩被排除。据此,给付风险与对待给付风险均由买受人承担。^⑫其实质在于,因标的物交付,而例外地移转了原则上应终局停留于债务人(出卖人)处的对待给付风险。^⑬

(3) 给付风险与价金风险不应也无法采用相同判准

[19]可区分特定物与种类物分别观察。在特定物买卖,能因交付移转的,只能是价金风险,不可能是给付风险,因为特定物买卖的给付风险,自合同生效时起即由买受人承担,与交付与否无关。但本条并未区分特定物与种类物设定不同规则,所涉风险并非给付风险。

[20]在种类物买卖,同样不宜将交付作为给付风险的移转时点。种类物买卖的给付风险,在经济层面体现为,出卖人是否应继续采购种类物,并承担其价格上涨的风险。^⑭换言之,出卖人承担给付风险背后体现的是置办风险以及与其相关的额外代价。一旦出卖人已经完成为给付而必要的一切行为(特定化),就不应再令其承受上述额外代价。特定化是债务人单方的债务履行,交付则需要双方合意,二者之间可能存在时间差。特定化后交付之前,标的物毁损灭失的,出卖人已为给付作出最大努力,若仍令其承担给付风险,有失公允。

[21]实务中,最高人民法院明确指出《合同法》买卖合同章的风险仅指价金风险,并进一步探讨了价金风险与继续履行的关系。若标的物是种类物且未经特定化,毁损灭失并不免除出卖人给付义务;而若标的物是特定物或经特定化的种类物,毁损灭失即免除出卖人再为给付的义务;至于买受人得否免为对待给付,则是价金风险问题。^⑮该观点的实质,即区分给付风险与价金风险,并以特定化作为种类物买卖给付风险移转的时点。

(三) 风险事件的范围

[22]“不可归责”事件引发的标的物意外毁损灭失,才可称为风险。可归责于出卖人的毁损灭失,属于违约而非风险范畴。^⑯可归责于买受人的,则视同标的物不曾毁损灭失(视同出卖人义务已经履行),也与风险无关。先前违约行为在风险移转后才显现后

果的,也属于可归责事由,如隐蔽瑕疵、包装不当导致风险移转后标的物受损等。

[23]何谓可归责?此涉及违约责任的归责原则。以归责原则为分界点,违约责任与风险负担呈此消彼长关系。^⑦具体而言,若采过错归责,过错之外皆风险;若采严格责任,则可归责范围扩张,风险范围缩减。关于《合同法》违约归责原则的争论,主要围绕过错的意义展开,有严格责任说、^⑧缓和的严格责任说、^⑨过错责任说、^⑩过错推定说、^⑪义务性质区分说^⑫等不同观点,以严格责任与过错责任为对立两极。不过,与其说归责立场决定了风险负担的范围,不如说前者为后者提供了讨论的起点。

[24]若采过错归责,不可抗力与通常事变属风险分配领域理所应当。严格责任立场下,不可抗力亦是当然的风险事件。至于通常事变,因可预见性原则(第113条第1款但书)将不可预见事件排除在违约责任之外,亦应纳入风险范畴。争议在于所谓第三人原因违约规则。虽然第121条第1句规定,因第三人原因造成违约的,应向对方承担违约责任,但“第三人的原因”文义涵盖范围甚广,为避免滥用,学理上有力主张废除该条者,^⑬也有从不同角度对其进行限缩解释者,^⑭还有主张其仅确认合同相对性原则者。^⑮本文认为,该规范只意味着,即使因第三人原因造成给付障碍,违约责任的承担主体也只是合同债务人而非第三人。至于债务人在具体个案中是否承担违约责任,仍取决于可归责性。据此,第三人原因引发的通常事变并非违约事由,而系风险事件。

[25]可见,借助规范解释,过错归责与严格责任两种方案下风险事件的范围大致相当,均包括不可抗力与通常事变。实务中,最高人民法院认为,可排除风险的“可归责性”与“过失”意义相同,“不可归责”就是非因双方当事人过失或者故意造成的毁损灭失,风险事件可能是行为也可能是事件,如火山爆发、地震、海啸、第三人纵火、故意侵权等。^⑯也有法院明确指出,“风险发生的事由一般包括不可抗力、意外事件和当事人不能预见的第三人原因”。^⑰

(四)毁损灭失与风险

[26]风险事件导致标的物毁损灭失,才产生价金风险问题。“灭失”包括全部灭失与部分灭失,如数量

减少。物理上未灭失但当事人丧失占有(如丢失、^⑱被扣押),^⑲或当事人因法律障碍丧失权利(如被征收^⑳),也视同灭失。^㉑“毁损”则指任何与合同约定品质不符的情形(如变质、^㉒自然属性受损、^㉓重量改变),通常会导致物之瑕疵。^㉔因法律障碍丧失使用可能(如标的物不符合买受人所在国的公法要求),或因政府禁令而无法使用(如被认为危害健康),也视同毁损。^㉕

[27]争议在于,意外毁损是风险抑或瑕疵。有观点认为,风险仅限给付不能,^㉖不及于物之瑕疵,瑕疵救济与风险负担互不相关。也有观点认为,风险移转前的意外毁损为瑕疵,买受人享有瑕疵救济;风险移转后的意外毁损为风险,适用风险规则。^㉗还有观点认为,意外毁损在风险移转前既是瑕疵也是风险,在风险移转后则仅是风险,不构成瑕疵。^㉘

[28]本文认为,给付无瑕疵之标的物乃出卖人的原给付义务(第153条),是否存在物之瑕疵,以价金风险移转时为断。风险移转后的意外毁损仅涉风险,价金风险移转前的意外毁损则仍为瑕疵,可适用瑕疵补正、减价或解除等瑕疵救济(第113条)。

三、交付作为风险移转的时点

(一)适用范围

[29]赴偿之债、往取之债与送付之债的区分,揭示了本条最重要的适用领域。赴偿买卖与往取买卖的价金风险适用本条,自交付时起移转。代送买卖的价金风险却有其特则:典型的代送买卖,价金风险自交付第一承运人时移转(第145条);出卖人有义务在特定地点将标的物交给承运人的代送买卖,价金风险自标的物于该地点交付承运人时移转(《买卖合同解释》第12条)。于后者,出卖人也可能委托承运人将标的物运送至特定地点,在此距离区间,承运人是出卖人的履行辅助人,价金风险并非自货交“第一”承运人,而是货交“第一独立”承运人时移转。再者,路货买卖为代送买卖的特例,出卖人不承担运输义务,价金风险于合同成立时移转(第144条)。

[30]《合同法》虽未直接使用赴偿、往取、送付的措辞,但以标的物是否“需要运输”为标准判断出卖人的给付行为地(第141条第2款),隐含了上述区分。“需要运输”仅指“标的物由出卖人负责办理托

运,承运人系独立于买卖合同当事人之外的运输业者的情形”(《买卖合同解释》第11条),即仅限代送买卖,排除赴偿与往取。实务中,同样区分赴偿、往取与送付,常用的表述是送货、自提或代办运输。

[31]唯应注意,代送买卖的核心并不在于“需要运输”。赴偿、往取同样可能需要运输。代送买卖的特征是,出卖人仅负责发送,而无运输义务,承运人并非出卖人的履行辅助人。与之相对,赴偿买卖之承运人是出卖人的履行辅助人,往取买卖之承运人是买受人的履行(受领)辅助人。据此,是否需要运输,是否委托承运人,由谁签订运输合同,^⑨由谁承担运费等,^⑩均非区分三者的关键。判断的核心毋宁在于买卖双方内部运输义务由谁承担。

[32]有争议的是,出卖人虽无义务仍自行运输情形,适用赴偿抑或代送的风险规则。支持赴偿者认为,于此相当于出卖人与买受人间增加了同向混合之运送契约,风险由出卖人负担。^⑪支持代送者则认为,出卖人的地位不应低于委托第三人运输时,仍应适用代送买卖规则,同时,买受人地位也不应降低,对独立承运人享有的权利也均得对出卖人主张。^⑫本文从后者,既然出卖人不承担运输义务,风险负担就不应因其自行运输而有所不同。

[33]问题还在于,无法根据合同约定或交易习惯(第61条)认定债的类型时,如何确定其风险规则。第62条第3项提供的原则性方案是推定为往取。第141条提供的方案则是,需要运输的推定为代送,不需要运输的原则上推定为往取。^⑬全国人大法工委与最高人民法院均认为,第141条作为买卖合同的特殊规定优先于第62条第3项。^⑭据此,涉及运输的,有疑义时推定为代送;其他情形,有疑义时推定为往取。

[34]消费者买卖的价金风险有其特殊之处。首先,买受人为消费者的远程交易虽涉及运输,但得否径行推定为代送仍可争议。依《电子商务法》第20条,消费者与网络经营者订立合同,经营者委托物流公司,原则上似应被认定为赴偿,除非消费者另行选择快递物流服务提供者。其次,比较法上,即使消费者买卖为送付之债,也不意味着货交第一承运人即移转风险。《德国民法典》第475条第2款规定,消费

者合同即使为送付之债,也自交付时移转风险,除非买受人委托(经营者未曾向其指定的)其他人运送,风险才自货交第一承运人时移转。^⑮最后,《消费者权益保护法》第25条还规定了7日无理由退货期,可解释为消费者任意撤回权,买受人行使该权利但退货途中标的物毁损灭失的,风险由经营者承担。

[35]此外,影响合同目的实现的给付障碍或买受人迟延时,价金风险的移转也有其特则^⑯。

(二)交付移转风险的正当性

[36]关于买卖合同价金风险移转的时点,有合同缔结说、所有权移转说与标的物交付说之别。交付移转价金风险的正当性在于,交付后在买卖双方内部关系中,即以买受人为标的物经济利益之归属主体。

1. 价金风险移转的观点之争

[37]罗马法上,买卖合同的风险自合同缔结时移转,而所有权让与以交付为前提。瑞士法继受了罗马法规则。自17世纪起,受胡果·格劳秀斯的影响,诸多法域以所有权移转作为买卖合同风险移转的时点,如法国、英国。而在19世纪商法典化的潮流中,风险随所有权移转在商法领域被放弃,交付移转风险逐渐成为主流,德国、美国、《公约》均采此模式。^⑰

(1)合同缔结说

[38]罗马法上,买卖合同风险自合同缔结时移转。但古典时期,罗马法将事变分为不可抗力与通常事变(如盗窃)。买受人于合同缔结时承担的风险仅限前者。对后者出卖人则有担保义务。至优士丁尼时期,过错责任替代了出卖人担保义务,买受人应承担的风险范围得以扩张,不再限于不可抗力。^⑱

[39]瑞士法将罗马法的原则明文化,《瑞士债务法》第185条规定,除有特定情况或契约另有约定外,买卖物的用益与风险,于合同缔结时移转。但种类物买卖的风险移转以特定化为前提。不过瑞士法上,合同缔结时并非物权变动时,动产所有权移转以交付为前提(《瑞士民法典》第714条第1款),不动产所有权取得须经登记(《瑞士民法典》第656条第1款)。因而,瑞士的买卖风险规则既未与交付挂钩,也未与所有权移转挂钩。然而在实务中,《瑞士债务

法》第185条广受质疑,该条对瑞士最高法院的影响更是微乎其微。该条款的“原则—例外”设置在司法实践中被反转,法院通过扩张解释“特定情况或契约约定”,通常以标的物交付买受人或承运人(代送买卖)作为风险移转的时点。^⑧

(2) 所有权移转说

[40]风险随所有权移转的立法例,如《法国民法典》第1196条、《意大利民法典》第1465条、《日本民法典》第534条(将于2020年施行的新法已删除该条)、《英国1979年货物买卖法》第20条第1款等,多区分特定物买卖与种类物买卖,前者的所有权与风险均自合同缔结时移转,后者的所有权与风险均自特定化时移转。^⑨但因这些立法例以特定物买卖为原型、种类物买卖为例外,也有将其归入合同缔结说者。^⑩不过就其本质而言,仍是将风险移转与所有权变动挂钩。在此模式之下,买卖风险规则仍是“事变由所有权人负担”的体现,合同法领域的风险负担并无独立意义。^⑪物权风险与合同风险、给付风险与价金风险的精细区分于此丧失用武之地。

[41]主张风险随所有权移转的理由在于,风险应与利益一致。所有权是最完整的物权,买卖又以所有权让与为主要特征,仅在所有权让与后,始得由买受人承担价金风险。^⑫我国也有主张复活所有权主义者。^⑬但反对观点指出,风险与利益一致,并不等于风险与所有权一致,标的物在流通中产生的价值不次于其本身的价值。而且,所有权仅涉物权归属,合同风险则是标的物意外损失在双方内部的分配,物权归属并不能决定债之关系。^⑭更何况,所有权移转涉及第三方利益,而价金风险仅与合同双方有关。^⑮

(2) 标的物交付说

[42]标的物交付说之下,风险移转与所有权移转无关,仅以占有变动为断。比较法上的立法例有《德国民法典》第446条、《奥地利民法典》第1064条、第1051条,我国台湾地区“民法”第373条、《美国统一商法典》第2-509条,^⑯《公约》第69条等。^⑰值得关注的是,新《日本民法典》(2017年6月2日公布,将于2020年4月1日施行)删除了第534条,从而放弃了所有权移转说,并于第567条明确采纳交付说。^⑱

风险移转的具体规则,因交付与所有权让与的时间先后不同而需分别观察:

① 交付的同时让与所有权

[43]于此情形,出卖人已完全履行,不生合同风险负担问题。因为,出卖人完全履行后,标的物毁损灭失与出卖人无关,价金请求权不再可能丧失,^⑲价金风险规则于此丧失意义。出卖人履约后,标的物毁损灭失涉及的风险,只可能是物权风险,而不会是合同风险。

② 已让与所有权但未交付

[44]有观点认为,买受人既已取得所有权,“天灾归所有权人负担”,理应由买受人承担风险。而且,“举轻以明重”,占有让与可移转风险,所有权让与更不待言。^⑳本文认为,风险与所有权让与无关,未交付者,价金风险不移转。此处并不适用“举轻以明重”规则,因为在买卖双方内部,经济地位的优劣并非以所有权外壳为断,享有对物用益的占有人经济地位可能更优([52])。

③ 已交付但未让与所有权

[45]这是价金风险移转的典型适用情形,如出卖人已交付但尚未让与所有权,利益与风险均归买受人。德国早期曾有观点将交付移转风险视为所有权让与移转风险的体现,并认为移转风险的交付须以所有权让与为目的,出卖人须完全履行己方义务,在买受人取得所有权之前风险不移转。^㉑当前的通说则认为,交付仅指占有移转,与所有权让与无关。在我国,依《合同法》第135条之规定,出卖人负有两项义务,交付与所有权让与。本文认为,移转风险的交付应与出卖人的交付义务相关联,而该交付义务独立于所有权让与。^㉒

[46]唯应注意,无人占有之物,如沉船、无人占有的遗失物等,同样可作为买卖标的物,只是双方以明示或默示的合意,排除了出卖人的交付(占有让与)义务,通常合同成立时双方即合意移转所有权。^㉓出卖人的合同义务履行完毕,买受人应依约支付价款,不生价金风险问题。

2. 交付移转价金风险的理由

[47]价金风险的移转,以所有权移转说与标的物交付说为两极。交付移转风险的正当性论证,也多

借助与所有权移转说的对比展开,有管领便利、交易安全、风险利益一致、经济利益归属、核心义务履行等各种论点,也有综合运用其中两种或三种理由者。^④

(1)管领便利

[48]该论点认为,管领物的一方通常处于保护标的物免于受损的最有利地位。^⑤买受人因受领交付而使标的物处于自己的管领之下,^⑥从而更有能力采取必要的保护措施,避免风险的发生。^⑦而且,管领物的一方在处理保险方面也常处于更有利的地位。^⑧据此,交付移转风险的理由在于,交付导致占有移转,而占有人更便于管领标的物。

[49]但问题在于,风险要求“不可归责”,首先即包括不可抗力,既然非人力可控,就不得以便于管领为理由,令占有人承受根本不可控的风险。否则,风险以不可控为前提,风险负担又以谁更能控制标的物为标准,不免自相矛盾。^⑨而以管领物的一方更便于处理保险事宜,作为占有人承担价金风险的理由,则无法解释当事人未投保或意外事件不可保险时,为何仍以占有人为风险承担主体。^⑩

(2)交易安全

[50]该论点认为,以所有权让与作为风险移转的判准,必须首先确定所有权移转的时间,但所有权移转的判断难以把握且易生纠纷。为了维护交易安全,风险负担的标准应清楚明确。交付的判断则更为直观,更容易满足交易安全的需要。^⑪国际贸易领域尤其如此,各国的所有权变动规则千差万别,所有权移转说将导致极大的法律不确定性。^⑫

[51]国际贸易中,交付说确实比所有权说更有利于法律的确定性。但在内国法,交易安全固然可辅助论证交付说的正当,但尚无法构成突破双务合同牵连性的决定性理由,尤其不足以论证,交付后标的物意外灭失时,出卖人的所有权让与义务因给付不能被排除,买受人的价金义务作为对待给付为何不同时归于消灭。

(3)风险利益一致

[52]该论点认为,买卖合同中,风险负担与利益承受互为对应,同时随交付移转。^⑬随着占有的移转,合同追求的经济效果在本质上得以实现,买受人

得对标的物为使用收益,且可对抗出卖人,出卖人的所有权只剩空壳。^⑭与之相应,买受人也应承受标的物的意外损失。交付后标的意外灭失,即使出卖人尚未履行移转所有权义务(该义务也陷于不能),也不应再令其承受标的物的意外损失,因自交付时标的物即已不再处于他在经济上的处分领域。^⑮

[53]所有权移转说同样诉诸风险与利益一致解释其正当性,只不过在此观点看来,标的物利益的最终享有者是所有权人。而立基于风险利益一致论证交付移转风险者则认为,风险移转仅涉买卖双方的内部关系,与第三人无关。在合同内部,物之受益权随交付移转于买受人(第163条、我国台湾地区“民法”第373条,《德国民法典》第446条),风险应随受益权一同移转。

(4)经济利益归属

[54]该论点并不支持以“利益之所在即风险之所在”正当化交付移转风险,而是以“物主承担风险”解释交付说,只不过认为“物主”并不等于所有权人,而是物之(经济)交换价值的归属主体。^⑯在区分物之客观价值与经济价值(交换价值)的基础上,该观点指出:物之灭失导致的客观价值损害,由所有权人承受;但物之灭失导致的交换价值损失,则应由享受其经济价值者负担,该主体未必是所有权人。交付后买受人即取得了类似物权人的法律地位,该地位既可针对出卖人也可针对第三人。出卖人不仅丧失物之受益可能,不得向买受人主张所有物返还,且有义务不再处分标的物。此后出卖人的所有权仅具有保障价金请求权的功能。若标的物灭失,出卖人在经济层面所遭受的损失以价金数额为限,买受人的损失则是标的物在市场上可能具有的价值增值。据此,交付标明了买卖之经济效果在本质上得以实现的时间点,既然物在经济上归属于买受人,买受人就应承受标的物的意外经济损失,即仍应向出卖人支付价金。^⑰

[55]本文认为,该观点虽明确与风险利益一致理论撇清关联,但二者的论点内核并无本质差异,只是观察角度不同。该观点虽从“物主”概念入手,但以经济利益归属主体作为“物主”,就仍然是以利益归属作为风险负担的判准。

(5)核心义务履行

[56]该观点认为,交付是买卖的核心给付行为,^⑧交付使标的物处于买受人保护之下,并同时进入其支配的危险范围。^⑨基于交付对出卖人义务履行的影响,该观点进而认为,买卖价金风险规则实为双务合同牵连性的推衍,而非牵连性的例外。理由在于,一经交付出卖人即完成核心给付义务,基于双务合同功能上的牵连性,买受人也应履行相应的价金义务。^⑩本文认为,该观点隐含的前提同样是,交付后买受人即取得标的物之经济利益归属,从而仍不妨将其视为风险利益一致理论的侧面论证。

[57]综上,以管领便利立论可能导致悖论,而交易安全仅可作为交付转移风险的辅助理由。经济利益归属与核心义务履行两论点,实质是对风险利益一致的变相论证。据此,价金风险的移转同样奉行“利益之所在风险之所在”原则。在这一点上,所有权移转说与标的物交付说并无区别,只是二者对“利益享有者”的判断不同。所有权移转说以物法上的所有权作为合同关系中利益归属的判断标准,混淆了物权风险与合同风险。

3. 不动产买卖的价金风险

[58]有观点认为,不动产买卖的价金风险应与动产区别对待,权利移转说较之交付说更可采,因为移转权利后即使尚未交付,不动产买卖的目的也已实现。^⑪《德国民法典》旧法第446条第2款也曾就不动产买卖设置特别规范,以交付与所有权二者发生在先者,为价金风险移转的时点,2002年债法改革时该条文被删除。

[59]本文认为,占有物从而使用收益,与标的物为动产或不动产无关。不动产买卖同样以交付为用益权行使要件,^⑫所有权已移转但未交付时,出卖人仍得行使其用益权,买受人尚未取得标的物之用益权,也无法为事实上的使用收益,风险尚不应移转于买受人,除非当事人有特约。不动产买卖有如动产,亦应以交付为价金风险移转准据。^⑬

[60]依《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《商品房买卖合同解释》)第11条,房屋毁损灭失的风险,自“交付使用”时移转。^⑭汶川地震曾引发大量房屋

风险负担诉讼,《最高人民法院关于处理涉及汶川地震相关案件适用法律问题的意见(二)》第3条又重申了上述规范。实务中,不动产的“交付使用”仅指占有移转,^⑮并不当然含有办理登记手续等因素。^⑯

(三)现实交付与观念交付

[61]交付在物权法与合同法中的意义并不相同。物权法中,交付是动产物权变动的公示方式;合同法中,交付则是合同的履行行为。公示的侧重点在于可识别的权利外观,履行行为关注的则是合同双方的内部关系。^⑰交付是出卖人主给付义务之一,独立于所有权让与义务,同时也是价金风险移转的标志,不因标的物系动产或不动产而不同。

[62]有疑问的是,移转风险之交付以现实交付为限,抑或涵括观念交付。对此问题的回答,又取决于如何解读交付移转风险的正当性。若以管领便利立论,合乎逻辑的立场是,将交付限于直接占有移转,而不包括间接占有让与。反之,若以风险利益一致立论,问题的关键即在于,观念交付是否满足用益移转的要求。

1. 现实交付

[63]现实交付可移转价金风险并无争议。交付不必以让与所有权的意思为之,但须以履行买卖合同交付义务的意思为之。依其他原因的交付,如基于附从契约为一时之使用,或仅为检查而交付者,尚有未足。^⑱此外,交付应在约定的时间地点为之,但期限届至之前买受人受领的,风险同样移转。

[64]现实交付的形态有:出卖人亲自将直接占有让与买受人;出卖人通过占有辅助人或占有媒介人向买受人(或其辅助人^⑲)移转直接占有;出卖人(非占有人)指示其供应商(直接占有人)向买受人交货;出卖人依约向买受人指定的第三人(如连锁买卖的后手)移转直接占有等。^⑳开放占有的标的物(如森林里的木材),买受人可自行行使对物支配的,双方达成占有让与合意即可。须自土地分离的标的物,分离时完成交付。^㉑房屋买卖,交付必要的钥匙即可,但交付备用钥匙尚有未足。^㉒实务中,出卖人向买受人发出书面交房通知、买受人在交房通知上签字等形式,也构成不动产的现实交付。^㉓

2. 观念交付

[65]动产买卖中,以观念交付代替现实交付,常同时伴随所有权的让与。于此,出卖人两项主义务均履行完毕,买受人必须支付价款,不生合同风险问题。^⑨因此,仅在买受人尚未因观念交付成为所有权人时,才有必要讨论价金风险。^⑩

(1) 简易交付

[66]合同订立前买受人已占有标的物者,除非另为约定,合同订立时即可认为已有交付,此即简易交付。简易交付可替代现实交付,并据此移转价金风险,因为买受人已经取得直接占有。替代现实交付须具备合意,当事人一方(特别是买受人)的意思尚有未足。^⑪不过该合意不妨默示为之,有疑义时推定有此合意。

[67]代替现实交付之简易交付,同样须以履行合同交付义务的意思为之,但不以负载所有权让与意思为要。例如,甲将机械出租于乙,租期届满,双方签订买卖合同并合意以简易交付代替现实交付,但约定甲保留所有权直至乙付清价款。此例中,合同缔结的同时完成简易交付,买受人乙取得收益权,但尚未取得所有权,价金风险自简易交付时起移转。^⑫

(2) 占有改定

[68]反对价金风险随占有改定移转的理由在于,买受人并未取得直接占有。^⑬本文认为,占有改定与现实交付时立即租回的情形并无本质区别,既然后者的风险自现实交付时移转,就没有理由否认前者的风险自占有改定时移转。更重要的是,占有改定之后的有形交付,并非基于买卖的交付,而是基于占有媒介关系的占有返还,如出卖人租回标的物情形,租期届满后出卖人所为的“现实交付”是基于租赁而非买卖。若以嗣后的现实交付判断价金风险,则无法回答,基于其他法律关系的交付,为何可作为买卖价金风险移转的判准。^⑭

[69]自风险利益一致的角度考量,占有改定能否移转价金风险,关键应在于买受人是否取得标的物之经济上的收益权:若是,则由买受人承受价金风险,即使买受人未行使该权利也不生影响,因为他有权用益,物在经济上归属于他;若否,则即使所有权已随占有改定让与,出卖人仍有义务使买受人取得

直接占有,在此之前风险不得移转,如出卖人继续为买受人保管标的物仅是出于修改标的物的需要。^⑮

(3) 返还请求权让与以代交付

[70]反对占有改定移转价金风险者,也反对返还请求权让与代替交付,^⑯面临的质疑也类似:返还请求权让与以代交付的合意达成,出卖人的交付义务就履行完毕,嗣后第三人向买受人移转直接占有,依据并不在买卖合同,而在买受人对第三人的返还请求权。^⑰若以买受人取得直接占有作为买卖价金风险移转的判准,同样无法回答,基于其他法律关系的直接占有让与,为何可移转买卖合同的价金风险。

[71]得否以返还请求权让与的方式代替交付,在无明显合意时,应诉诸合同解释,买受人是否已取得标的物经济上的收益为关键因素。若是,如出卖人同时将与第三人的租赁合同转让于买受人,就应认为随着“经济上的让与”风险也移转。若否,则即使所有权随返还请求权让与而移转,价金风险也因尚未发生“经济上的让与”而不移转,需待买受人取得直接占有。^⑱

[72]“提取标的物的单证”之交付(第135条),性质上多属于返还请求权让与以代交付,是出卖人将向第三人请求提取标的物的债权让与买受人,以代替现实交付,最常见是仓单和提单。^⑲其他单证和资料的交付,如商业发票、产品合格证、质量保证书、使用说明书、产品检疫书、产地证明、保修单、装箱单等,则无法产生代替交付的效力。^⑳出卖人通过保留单证保留所有权,或不交付其他单证和资料,^㉑不影响价金风险的移转(第147条)。

[73]综上,移转价金风险的交付,原则上指直接占有的让与,买受人仅取得间接占有时,须考察经济用益是否移转,还应斟酌双方是否具备以观念交付“代替”现实交付之合意,是否以履行买卖合同交付义务的意思为之。实务中,最高人民法院也认为观念交付可移转风险。^㉒

四、风险移转效力的体系辐射

[74]在合同法的整体框架中,价金风险移转还可能产生更广泛的体系效应。首先,风险以合同有效为前提,在合同无效或被撤销、附条件或待追认等情形,就需探讨本可移转风险的“交付”,会产生怎样的

体系影响。其次,给付障碍有可归责与不可归责之分,可能与标的物毁损灭失有关,也可能是其他给付障碍,风险负担与给付障碍的适用关系仍可深掘。最后,买卖作为有偿合同的典型,对其他合同有参考价值,但买卖价金风险有其特殊之处,多大程度上可适用于其他合同,也值得探讨。

(一)合同效力与风险移转

1. 无效与风险移转

[75]交付后买卖合同被确认无效或被撤销,应适用不当得利规则,买受人有义务返还标的物,出卖人有义务返还已收取的价金。争议在于,返还前标的物意外毁损灭失,返还不能风险由谁承担。善意买受人是否有权主张得利不存在的抗辩,从而不必为价值补偿,仅在现存利益范围内负返还义务。

[76]有观点主张,标的物意外灭失致返还不能,买受人可主张得利不存在的抗辩,但出卖人仅有义务返还价金与标的物价值的差额。若买受人尚未支付价金,则出卖人不得请求买受人再为支付,也不得请求买受人补偿价值,^⑩即先给付者自担风险。该观点的实质是,买受人已支付价金的,由买受人承担返还不能风险,买受人未支付价金的,则由出卖人承担该风险。

[77]反对观点则认为,得利不存在的抗辩,仅限单方具有给付义务的情形。双务合同即使无效,也应将其风险规则纳入考量。^⑪据此,返还前标的物意外灭失,即使买受人尚未支付价金,也应类推风险移转规则,由已经取得占有的买受人负担返还不能风险,不得主张得利不存在的抗辩。

[78]本文认为,即使是善意买受人也应承担返还不能风险。风险负担的基准在于风险利益一致,既然合同有效时取得收益权的买受人应承受价金风险,那么,合同无效时(善意)买受人无权收益,但误以为自己有权且事实上行使该权利,就更应承受风险。据此,应类推交付移转风险规则,由买受人承受返还不能风险。但买受人欠缺行为能力的,不在此限。

2. 附条件与风险移转

(1) 附延缓条件

[79]有疑问的是,附延缓条件的买卖,标的物交

付且意外灭失后条件成就的,价金风险是否以及何时移转。于此,出卖人的给付义务尚未,产生标的物即已灭失,出卖人陷于给付不能。本文认为,该情形构成交付义务的提前履行,风险亦在交付时随占有与用益权同时移转,条件一旦成就,买受人即负担价金义务。^⑫又因交付时双方明知条件成就与否不确定,可推定双方(默示)约定条件成就具有溯及力。^⑬

[80]若条件确定不能成就,则买受人不必支付价金,因该义务不曾产生,返还义务也因客观不能被排除,^⑭但买受人不得主张得利不存在的抗辩。^⑮理由同样在于,未附条件时取得收益权的买受人承受价金风险,那么,附延缓条件的买受人受领交付时明知对物用益权可能自始消灭(权利不确定仍对物使用收益),更应负担返还不能风险。

[81]另外,待追认买卖与附延缓条件类似,可做相同处理。若被追认,追认前的交付即已产生风险移转的效力(追认的溯及力)。若未被追认,则因无效而不生合同风险问题。^⑯

(2) 附解除条件

[82]附解除条件的买卖,条件终局不能成就,价金风险自交付时移转。有疑问的是,标的物交付且意外灭失后解除条件成就,出卖人是否负担价金返还义务,买受人是否有义务为价值补偿。有观点认为,交付移转价金风险溯及既往地不适用,出卖人有义务返还价金,买受人不必进行价值补偿。^⑰反对观点则认为,买受人虽不必为价值补偿,但已因交付而取得用益权,风险应随交付移转,出卖人不必返还价金;但买受人尚未支付价金的,出卖人无权请求支付。^⑱

[83]本文认为,解除条件成就,合同关系消灭,价金义务也消灭,出卖人有义务返还价金,未收取的无权再请求支付。但在买受人是否负担价值补偿义务这一问题上,得类推交付移转风险规则,因买受人有权收取并保有条件成就之前的物之用益,基于风险利益一致原理,买受人也应承担返还不能风险。于此,行使任意解除权可与解除条件成就相同对待。

(3) 试用买卖

[84]试用买卖虽可解释为附延缓条件,以买受人认可为支付价金的前提,但仍与典型的延缓条件不

同。试用买卖与风险负担的交叉问题是,在买受人认可或拒绝前,标的物意外毁损灭失,买受人是否仍有权拒绝购买?若是,买受人是否负担价值补偿义务?试用买卖纯粹为买受人利益考量,条件成就与否完全取决于买受人意愿。因而,即使标的物意外灭失,买受人仍有权拒绝购买。而且,试用买卖的交付仅是暂时的占有移转,买受人拒绝后返还不能的风险也应由出卖人承担。^⑩

(二) 给付障碍与风险移转

[85] 给付障碍可能体现为物之毁损灭失,不可归责的为风险,可归责的为违约。但不可抗力致标的物灭失,既是风险问题,也产生法定解除权,二者发生效力重叠。给付障碍还可能体现为毁损灭失之外的其他障碍,如权利瑕疵、物之其他瑕疵、给付迟延等。于此,(毁损灭失的)风险负担与其他给付障碍的)违约责任并行。风险负担不影响违约救济(第149条)。但违约救济的行使可能对风险移转产生影响,尤其是给付障碍影响合同目的实现时,买受人一旦行使解除权,(经济)风险即跳回出卖人(如第148条) ([94-96])。买受人给付迟延或受领迟延的,即使标的物尚未交付,风险也移转(第143、146条)。

1. 给付不能与风险移转

(1) 可归责的给付不能

[86] 依是否与标的物毁损灭失有关,可分为两类:其一,可归责的导致标的物灭失的给付不能;其二,可归责的与标的物毁损灭失无关的给付不能。第一种情形不属于风险,为违约问题。第二种情形,即使标的物本身尚存,但所有权让与不再可能的,同样构成出卖人主给付义务的给付不能,唯因给付不能与标的物毁损灭失无关,故不影响价金风险的移转。另外,风险移转不影响违约救济(第149条)。

[87] 以不动产双重买卖为例,出卖人先向第一买受人移转占有,再向第二买受人让与所有权,嗣后标的物意外灭失的,第一买受人因受领交付承担价金风险,但权利瑕疵救济不受影响,如解除权、代偿让与请求权、损害赔偿请求权。若行使解除权,则价金义务被排除,^⑪ 返还不能风险由出卖人承担。若请求代偿让与或损害赔偿,则代替原定给付,相当于出卖人并未给付不能,排除风险规则。第二买受人则因

未受领交付而不承受价金风险,且同时享有违约救济。

(2) 不可归责的给付不能(意外灭失)

[88] 不可归责的给付不能,以不可抗力为典型。不可抗力致标的物灭失,一方面适用风险规则,另一方面又产生法定解除权(第94条第1项)。关于二者关系,有一元论与并存论之争。一元论者或主张合同解除排除风险负担,^⑫ 或主张风险负担排除合同解除,^⑬ 并存论则主张二者得相竞合。^⑭

[89] 本文认为,二者关系应区分风险移转前后分别探讨。风险移转前,出卖人因给付不能不必再为给付(第110条),买受人也不必支付价金。此时,仅主给付义务消灭,抑或合同整体消灭,尚有讨论空间。^⑮ 双方也可行使解除权,但解除的是主给付义务之外的其他义务,因主给付义务在解除时已消灭。风险移转后,风险规则排除不可抗力解除权,买受人仍有义务支付价金。^⑯ 原因在于,若风险移转后买受人仍享有解除权,就可藉此逃避价款义务,规避风险负担。对此,实务中也有相应判例支持。^⑰

(3) 代偿请求权的影响

[90] 标的物灭失后有可能产生原物代偿,即在经济上代替给付标的之任何财产利益,可能体现为物(如保险金),也可能体现为权利(如保险金请求权)。我国实务认可代偿请求权,如房屋因地震灭失后的政府安置利益(政府补偿金),买受人可请求出卖人让与。^⑱ 标的物意外灭失但有原物代偿的,无论风险是否移转,买受人均有代偿请求权。

[91] 买受人主张代偿请求权,则法定解除与风险负担均被排除。因为原物代偿代替了原定给付,出卖人主张代偿让与,即相当于未发生给付不能,应负担相应的价金义务。^⑲ 但代偿利益低于对待给付的,对待给付应按比例减少。反之,若买受人放弃代偿请求权,则适用一般规则。故而,存在原物代偿的,须待买受人决定是否行使代偿请求权后,才能确定买受人的价金义务是否因风险移转而消灭。^⑳

2. 瑕疵给付与风险移转

[92] 瑕疵有物之瑕疵与权利瑕疵之分,权利瑕疵系毁损灭失“之外”的给付障碍,不影响价金风险的移转。同时,权利瑕疵救济也不因风险移转而丧

失。物是否具有瑕疵,则以价金风险移转时为断。下文所涉为物之瑕疵与风险移转的关系,区分交付前或交付后分别予以探讨。

(1)交付(价金风险移转)前产生的瑕疵

[93]物是否具有瑕疵,以价金风险移转时为断,即出卖人对交付前产生的瑕疵负责,即使该瑕疵在交付后才显现。交付前瑕疵标的物因其他原因意外毁损灭失的,因价金风险尚未移转于买受人,瑕疵责任与风险负担的关系隐而未现。有疑问的是,物之瑕疵产生于交付前,但交付后标的物因其他原因意外毁损灭失的,瑕疵责任与风险负担的关系如何?买受人是否仍应支付价款?是否应补偿瑕疵标的物价值?是否仍享有因之前瑕疵所生的救济?意外毁损灭失“之前”的已经存在的物之瑕疵对风险负担的影响,因瑕疵是否影响合同目的而不同。

①影响合同目的之重大瑕疵

[94]依第148条之规定,物之瑕疵影响合同目的的,买受人可拒绝接受标的物或解除合同,买受人行使拒收权或解除权的,标的物毁损灭失的风险由出卖人承担。据此,重大瑕疵情形,价金风险仍随交付移转。但即使受领交付,买受人也享有拒收权或解除权。^⑨而买受人一旦拒收标的物或者解除合同,即产生风险回转的法律效果,且具有溯及力。因为标的物有重大瑕疵的,买受人即使受领交付也无法使用收益,从而也不应承受因物之瑕疵引发的不利益。

但回转至出卖人的“风险”因买受人行使解除权或拒收权而不同:

[95]买受人行使解除权时,“风险由出卖人承担”意味着:首先,买受人不必再负担价金义务,形象的说法是风险“跳回”出卖人。但在法理层面,合同解除后价金义务即消灭,无所谓价金风险,更谈不上“跳回”。只是在经济效果上,相当于价金风险回转至出卖人。其次,返还不能风险也由出卖人承担。^⑩买受人虽有返还瑕疵标的物的义务,但返还前标的物意外毁损灭失的,不必为价值补偿。此外,买受人请求返还价金与损害赔偿的请求权也不受影响(第97条)。

[96]买受人行使拒收权时,“风险由出卖人承担”意味着:首先,价金风险自始回转至出卖人,不因交

付而移转。嗣后标的物意外毁损灭失的,出卖人无权请求买受人支付价款。其次,返还不能风险由出卖人承担,^⑪买受人不必为价值补偿。同时,买受人要求瑕疵补正(第111条)与损害赔偿的权利不受影响。只是买受人请求补正瑕疵或损害赔偿的,即应履行相应的价金义务,此与风险无关,是合同履行问题。

[97]买受人认可瑕疵标的物的,则视同放弃拒收权与解除权,^⑫自交付时终局承担价金风险。即使嗣后标的物因其他原因意外毁损灭失,买受人也应全额支付价款,但瑕疵救济不受影响(第149条)。^⑬补正履行期间出现新的瑕疵,则风险“跳回”出卖人,^⑭即使该物仍在买受人处,或出卖人可证明无此瑕疵仍会毁损灭失的也不例外。瑕疵被补正后又在补正期间因其他原因意外毁损灭失的,价金风险仍由买受人承担,即使物在出卖人处。^⑮

②不影响合同目的的轻微瑕疵

[98]物之瑕疵不影响合同目的实现的,不妨碍风险规则的适用,依第148条之反面解释,买受人无权拒收或解除。^⑯价金风险随交付移转,嗣后标的物意外毁损灭失的,买受人仍应支付价金,但因之前瑕疵所生的救济不受影响。^⑰实务中最高人民法院也认为,物之瑕疵不影响合同目的实现的,不影响价金风险的移转,但买受人仍可要求出卖人承担违约责任。^⑱

(2)交付(价金风险移转)后产生的毁损

[99]物是否具有瑕疵以交付时为断,由此引发的问题是,交付后产生的可归责于出卖人的物之毁损,其法律后果如何?交付前可归责于出卖人的物之瑕疵,违反的是交付无瑕疵标的物之义务。交付后可归责于出卖人的物之毁损,违反的则是附随义务,常同时构成侵权,似应适用违约责任的一般规则(第107条)或侵权责任规则。

[100]但本文认为,交付后的物之毁损与交付前的物之瑕疵,在物理样态上并无区别。所以,对交付后物之毁损的“补救措施”之解释(第107条),可参照第111条。若交付后产生的可归责毁损足以影响合同目的,也可类推适用第148条之拒收权或解除权。据此,二者的法律效果不妨同等对待,对风险负担的

影响亦同。

3. 给付迟延与风险移转

(1) 出卖人迟延

[101]给付迟延中发生的不可抗力不能免责(第117条第1款第2句),债务人须对迟延中的意外负责。具体到买卖合同,出卖人迟延交付,迟延期间标的物意外毁损灭失,成立违约责任,不适用风险规则。不过,《德国民法典》第287条第2句但书规定,即使及时履行也不能避免的除外,于此特殊情形回归风险规则。

[102]出卖人虽迟延但仍交付的,嗣后标的物意外毁损灭失,不影响价金风险的移转。^⑩出卖人按时交付,但迟延履行其他义务(如所有权让与义务),迟延期间标的物意外毁损灭失的,同样不影响价金风险的移转。^⑪价金风险也不影响迟延救济。给付迟延致合同目的无法实现的,买受人可解除合同(第94条第4项)。买受人一旦行使解除权,价金义务即消灭,且返还不能风险由出卖人承担。

(2) 买受人迟延

[103]买受人迟延包括给付迟延(价金义务)与受领迟延。买受人受领迟延的,价金风险自此时移转(第143条、第146条、《商品房买卖合同解释》第11条第2款后半句)。因买受人受领障碍出卖人提存标的物的,自提存时价金风险移转(第103条)。买受人迟延支付价金,出卖人享有先履行抗辩权或同时履行抗辩权的,也属于“因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付”(第143条),自买受人迟延时价金风险移转。^⑫此外,买受人迟延支付价款,经催告后在合理期间内仍未履行的,出卖人有权解除合同(第94条第3项),若解除前标的物已经交付,返还不能风险由买受人承担。^⑬

[104]以上情形价金风险移转的正当性在于,若非买受人迟延或受领障碍,出卖人已为获得价金而履行了己方义务,因而应使出卖人处于如同买受人未曾迟延或发生受领障碍的地位。此外,因价金风险以给付风险的移转为前提,所以,买受人迟延或受领障碍也导致给付风险的移转。不过,风险移转仍以标的物特定化为前提。

[105]依《德国民法典》第300条第1款,债权人迟

延期间,债务人仅对故意或重大过失负责,即债务人轻过失导致的毁损灭失也属风险范畴。我国无此规则,且规定了守约方的减损义务(第119条)。若借鉴德国规则,此处的减损义务或可限缩解释为以“故意或重大过失”为要。^⑭

4. 情事变更与风险负担

[106]战争、灾害、暴动、罢工、征用、政府行为等,被视为无争议的情事变更事由,而这些事件也可能构成风险。虽然情事变更也具有风险分配的功能,但在规范适用上,风险规则排除情事变更。原因在于,情事变更系合同与任意规范均未为安排时,借助法官自由裁量进行的风险分配,目的在于填补规范漏洞,^⑮而风险规则是确定的权利义务规则。

(三) 有偿合同的参照适用

[107]买卖是双务合同的典型,在其他合同无特别规定之处,应参照买卖规则(第174条)。由此观之,买卖风险规则似应类推适用于其他双务合同。但本条实为买卖所独有,系为买卖量身打造,是对待给付风险移转的例外规范[18],参照适用须谨慎为之。^⑯实务中,也有法院明确指出,买卖风险规则并非有偿合同的普适规范。^⑰

[108]本条无法一般性地适用于其他有偿合同,^⑱而仅对与买卖有实质相似性的合同具有参照价值,可纳入考量的为互易、权利买卖与承揽。^⑲互易合同,双方的主给付义务与出卖人相同,应参照买卖规则(第175条),包括风险移转。互易常体现为特定物交换特定物,双方的给付风险均在合同成立时移转,对待给付风险则自交付时移转。

[109]权利买卖(《合同法》未特别规定)作为有偿合同之一种,得否参照买卖风险规则,取决于作为买卖标的之权利有无占有权能。以具占有权能的权利为标的者,出卖人负担标的物交付义务,风险负担应与买卖相同,如停车位使用权之买卖。其他标的之买卖,在得依类似交付的行为取得处分权的限度内,也可准用本条,如完全有价证券。^⑳无体权利之买卖则与物之买卖不同,让与合意达成权利即移转,利益及风险也同时归权利人享有负担。^㉑

[110]承揽风险负担的一般规则是,承揽人承担价金风险,直至工作被验收之时(定作人受领并承认

标的物符合约定)。但若承揽以交付待制作或待生产的动产为内容,则更接近买卖,可参照买卖规则,^⑨价金风险自交付(占有移转)时移转。^⑩不过,定作人同时负担安装调试义务的,自安装调试完成并经定作人验收后,价金风险始移转。^⑪至于定作人提供的材料意外毁损灭失的,则并非价金风险,而是物权风险,应由所有权人(定作人)承担。

五、举证分配

(一)一般规则

[111]首先应明确,买卖纠纷中,风险移转时标的物存在且符合约定,恒由出卖人举证。^⑫具体而言,出卖人主张价款支付请求权时,由出卖人承担标的物符合约定之举证负担。买受人主张标的物与约定不符时,则仅需证明合理检验期内检验时(第157条)存在不符,^⑬即推定交付时瑕疵已存在,除非出卖人可反证推翻,即仍应由出卖人证明标的物具备约定的品质。^⑭同理,标的物灭失情形,若买受人未收到标的物,即推定出卖人未交付。

当事人对义务履行时间与顺序无特约时,涉及风险时的举证分配规则如下:

1. 标的物意外灭失

[112]买受人请求出卖人交付标的物,证明合同有效成立即可。出卖人拒绝交付的,则需证明标的物已交付(义务已经履行),或给付风险已移转(如标的物已特定化,且灭失不可归责于己方)。出卖人请求买受人支付价金,需证明合同有效成立,且标的物已交付,^⑮从而说明交付时标的物尚存在,灭失发生在价金风险移转之后。若为观念交付,出卖人还需证明双方存在以观念交付替代现实交付的合意,以及买受人因观念交付而取得用益权。

2. 标的物意外毁损

[113]买受人请求出卖人补正履行或减少价款,需证明合同有效成立,检验之时标的物品品质与约定不符。若举证成功,即推定交付(价金风险移转)时不符即存在。出卖人拒绝的,则需证明交付时标的物品品质符合约定(价金风险移转后的毁损推定不可归责于出卖人)。若出卖人证明价金风险移转时标的物品品质符合约定,则可拒绝补正履行或减少价款。若买受人证明标的物毁损可归责于出卖人,则排除

风险规则的适用。

[114]出卖人请求买受人支付价款,需证明合同有效成立,标的物已交付(观念交付的举证分配与灭失情形相同)。买受人拒绝全额支付,只需证明检验之时标的物已毁损(即推定交付时毁损已存在)。出卖人反证证明交付时标的物品品质符合约定的,则买受人仍须全额支付价款。

(二)特别规则

1. 适用范围特别

[115]本条为买卖价金风险负担的一般规则,适用于赴偿买卖与往取买卖,代送买卖有其特别。影响合同目的实现的给付障碍与买受人迟延也有其特别。主张适用例外规则者,需证明例外情形的存在。此外,本条为任意规范,主张双方另有明示或默示特约者,承担举证义务。互易合同得参照本条,举证分配亦然。其他双务合同的对待给付风险,则不可一般性地参照本条([107]),除非主张方可举证证明该合同与买卖在风险负担方面具有实质相似性。

2. 合同效力特别

[116]买卖合同被确认无效或被撤销时,标的物已交付的,返还不能风险由买受人承担。出卖人请求返还标的物或补偿价值的,需证明合同无效,标的物已交付。买受人拒绝补偿价值的,则需证明标的物毁损灭失可归责于出卖人。

[117]附延缓条件的买卖,交付后条件成就的,价金风险溯及至交付时移转。其间标的物意外毁损灭失,买受人仍应支付价款。出卖人请求支付价款,需证明标的物已提前交付,条件已成就。条件确定不能成就的,返还不能风险由买受人承担。出卖人请求返还标的物或补偿价值,需证明条件确定不能成就,标的物已交付。待追认买卖与附延缓条件之举证分配类似。

[118]附解除条件的买卖,标的物交付后条件成就的,买受人有义务返还标的物。其间标的物意外毁损灭失,返还不能风险由买受人承担。出卖人请求返还标的物或补偿价值,需证明标的物已交付,解除条件成就。条件确定不能成就的,与正常的买卖无异。

[119]试用买卖,在买受人表示认可或拒绝前,标

的物意外毁损灭失,买受人仍有权拒绝购买,返还不能风险由出卖人承担。出卖人请求买受人返还标的物或补偿价值,需证明标的物已交付,买受人拒绝购买。买受人拒绝补偿的,只需证明标的物毁损或灭失(推定不可归责于买受人)。

3. 给付障碍特则

[120]标的物意外毁损灭失导致的给付障碍为风险。不可抗力致标的物灭失,既适用风险规则,也产生法定解除权。但交付后价金风险移转,即使不可抗力致标的物灭失,也是买受人应承受的风险,排除买受人解除权。出卖人请求买受人支付价金的,证明合同有效成立,标的物已交付即可。

[121]意外毁损灭失之外的其他给付障碍,如权利瑕疵、给付迟延、物之其他瑕疵等,风险规则与违约责任并行。价金风险移转不影响违约救济。若其他给付障碍未达影响合同目的实质之程度,违约救济也不影响价金风险。出卖人依风险移转规则请求买受人支付价款的,举证负担与一般规则无异。买受人主张违约救济的,需证明相应要件的具备。

[122]其他给付障碍影响合同目的实现,买受人行使解除权的,“(经济)风险”回转至出卖人。解除后返还前标的物意外毁损灭失,价金义务因解除而消灭,返还不能风险由出卖人承担。买受人行使拒收权的,“价金风险”自始回溯至出卖人,返还不能风险也由出卖人承担。出卖人请求支付价款,需证明合同有效成立,标的物已交付。买受人拒绝支付,需证明检验时标的物有重大瑕疵(从而推定交付时即具有该瑕疵,除非出卖人可反证交付时标的物品质符合约定),且已行使解除权或拒收权。出卖人进而请求买受人返还标的物或补偿价值的,买受人只需证明标的物毁损或灭失(推定不可归责于买受人)即可抗辩。

注释:

①除非特别说明,本文所提及的条文均为《合同法》条文,所使用的“合同”一词仅指“债权合同”。

②参见[德]彼得·施莱希特里姆:《〈联合国国际货物销售合同公约〉评释》(第三版),李慧妮译,北京大学出版社2006年版,边码222。

③可再探讨的是,习惯作为被《民法总则》第10条认可的法源,应否纳入考量。关于习惯的法源地位,可参见朱庆育:《民法总论》(第二版),北京大学出版社2016年版,第40-42页。

④参见陈自强:《契约法讲义III:契约违反与履行请求》,台湾元照出版社2015年版,第227-228页。

⑤参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院关于审理买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2016年第2版,第190页。

⑥如辽宁大连中院(2014)大民三终字第411号判决,陕西清涧法院(2017)陕0830民初569号判决,江苏盐城中院(2017)苏09民终1890号判决。

⑦也有观点认为,给付风险产生的前提是给付的可替代性,特定之债无给付风险,如[德]迪特尔/梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第133页。但两种观点只是观察角度不同,法律效果并无差异。

⑧Vgl. Rudolf von Jhering, Beiträger zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontracte, zweiter Beitrag, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und heutigen Privatrechts, 4 Band, 1861, S. 366ff.

⑨参见王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第94-95页、第107页。

⑩参见朱晓喆:“寄送买卖的风险转移与损害赔偿”,《比较法研究》2015年第2期,第32页。

⑪梅迪库斯则认为,对待给付风险指双务合同一方虽未获得对待给付,但仍须履行己方给付的风险,请参见Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 22. Aufl., Köln: Carl Heymanns Verlag, 2009, Rn. 272,该见解较德国通说狭窄。对梅迪库斯观点的评析可参见Dagmar Coester-Waltjen, “Die Gegenleistungsgefahr”, Jura 2007(2), S. 110ff.

⑫Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin: De Gruyter, 2006, S. 399.

⑬也有观点认为,交付移转买卖价金风险,是对待给付风险的“提前”移转,参见刘洋:“对待给付风险负担的基本原则及其突破”,《法学研究》2018年第5期,第102页。

⑭参见朱晓喆:“我国买卖合同风险负担规则的比较法困境”,《苏州大学学报》2013年第4期,第85页。

⑮参见注⑤,第190-191页。

⑯出卖人也应为履行辅助人的行为负责,参见最高人民法院(2017)最高法民申2339号判决。

⑰参见易军:“违约责任与风险负担”,《法律科学》2004年第3期,第52页。

⑱参见王利明:《合同法研究》(第三卷)(第二版),中国人民

大学出版社2015年版,第89页;韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第754页。

①⑨主张弹性解释不可抗力之三个“不能”,扩张债务人免责机会,如戴孟勇:“违约责任归责原则的解释论”,王洪亮等主编:《中德私法研究》(8),北京大学出版社2012年版,第38-39页。

②⑩参见易军:“慎思我国合同法上违约损害赔偿责任的归责原则”,王洪亮等主编:《中德私法研究》(8),北京大学出版社2012年版,第24页。其中指出,从解释论视角,既有将《合同法》第107条解释为严格责任的空间,也有将其解释为过错责任的空间,考虑到《合同法》只规定了狭窄的法定免责事由,解释为过错责任原则更为优越。

⑪⑪参见李永军:《合同法》(第三版),法律出版社2010年版,第505页;注⑨,第240页。

⑫⑫该观点主张,第107条仅提纲领性地宣示违约的法律后果,关于违约的归责原则,应通过解释方法确立如下标准:违反方式性义务承担过错责任;违反结果性义务承担严格责任。参见朱广新:“违约责任的归责原则探究”,《政法论坛》2008年第4期,第76-89页。

⑬⑬参见解亘:“论《合同法》第121条的存废”,《清华法学》2012年第5期,第143-152页。

⑭⑭参见李永军、李伟平:“因第三人原因造成的违约与责任承担”,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2017年第5期,第29页;周江洪:“《合同法》第121条的理解与适用”,《清华法学》2012年第5期,第153-166页;耿卓:“《合同法》第121条中‘第三人’的理解与适用”,《贵州警官职业学院学报》2009年第3期,第64-67页;注⑨,第236页。

⑮⑮参见纪海龙:“买卖合同中的风险负担”,王洪亮等主编:《中德私法研究》⑪,北京大学出版社2015年版,第305页。

⑯⑯参见最高人民法院民事审判第一庭:《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第145页,第148页。

⑰⑰参见北京一中院(2013)一中民终字第11308号判决;第三方原因导致火灾事故,标的物被烧毁,因买卖双方均无过错被认定为风险,甘肃武威中院(2014)武中民终字第153号判决;车辆被第三人开走为风险,参见湖南株洲石峰区法院(2017)湘0204民初2480号判决,江苏宿迁宿城区法院(2017)苏1302民初1282号判决。

⑱⑱参见河南驻马店驿城区法院(2009)驿民初字第842号判决。

⑲⑲参见黄立主编:《民法债编各论》(上),中国政法大学出版社2003年版,第105页(杨芳贤)。

⑳⑳买卖房屋被纳入拆迁范围视同灭失,参见浙江金华中院(2003)金中民一终字第180号判决;因政府实行粘土窑关闭政策,导致买受人窑厂关闭,购买的煤无法使用,视同灭失,参见安徽枞阳县法院(2017)皖0722民初2586号判决。

㉑㉑参见余延满:《货物所有权的移转与风险负担的比较法研究》,武汉大学出版社2002年版,第246页。

㉒㉒如苹果冻伤,参见陕西清涧法院(2017)陕0830民初569号判决。

㉓㉓如雨淋致化肥失效,参见湖北鄂州梁子湖区法院(2018)鄂0702民初120号判决。

㉔㉔Vgl. Harm Peter Westermann, Kommentar zum § 446, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., München: C. H. Beck, 2016, Rn. 10-11.

㉕㉕Vgl. Heinrich Honsell (Hrsg.): Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg: Springer, 2010, Art. 66 (Schönle/Th. Koller), Rn. 21.

㉖㉖参见邱聪智:《新订债法各论》(上),中国人民大学出版社2006年版,第122页。

㉗㉗参见注⑪,第247页。

㉘㉘参见黄茂荣:《买卖法》,中国政法大学出版社2002年版,第492页。

㉙㉙参见注⑤, Art. 31(Ernst/Lauko), Rn. 12.

㉚㉚参见注⑤,第225页;双方约定出卖人代办运输,不因买受人承担运费转变为往取之债,参见上海一中院(2009)沪一中民四(商)终字第197号判决;出卖人委托物流公司,即使买受人承担运费,仍为赴偿之债,参见宁波镇海区法院(2016)浙0211民初1195号判决。

㉛㉛参见注⑧,第452页。

㉜㉜参见注⑭,第89页。

㉝㉝第141条第2款第2项前半句之“出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的,出卖人应当在该地点交付标的物”,可能是单纯的往取买卖,也可能是赴偿与往取的混合。

㉞㉞参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会:《中华人民共和国合同法释义》(第三版),法律出版社2013年版,第245页;注⑤,第210页。反对观点则认为,第141条并不排除第62条的适用,请参见徐建刚:“发送买卖的认定”,《研究生法学》2015年第6期,第78页。

㉟㉟但需注意,当事人约定为送付之债的消费者合同,并不会因交付移转风险即转变为赴偿之债,因为特定化的时间点仍以货交第一承运人为断,给付风险在此时移转。Vgl. Roland Michael Beckmann, Kommentar zum § 447, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin: Sellier- de

Gruyter, 2013, Rn. 72.

④ See Schlechtriem & Schwenger, Commentary on the UN convention on the international Sale of Goods (CISG), 4. edn., New York: Oxford University Press, 2016, pp. 951–954. 关于风险移转规则的历史演变, 可参见 Günter Hager, Die Gefahrtragung beim Kauf, Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1982, S. 38ff; Wolfgang Ernst, Kommentar zum § 446, in: Historische-kritische Kommentar zum BGB, Band III, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, Rn 2ff.

④⑦ 参见注④, Wolfgang Ernst 书, Rn 2.

④⑧ 参见注④, Schlechtriem & Schwenger 书, p. 952.

④⑨ 风险随所有权移转的个别立法例中, 所有权移转时点并非合同缔结时而是交付时, 如《捷克共和国民法典》第 133 (1) 条与第 590 条, 请参见克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则: 欧洲示范民法典草案》(全译本), 第四卷, 于庆生等译, 法律出版社 2014 年版, 第 148 页。

⑤⑩ 参见史尚宽:《债法各论》, 中国政法大学出版社 2000 年版, 第 61 页。

⑤⑪ 参见注④, 第 230 页。

⑤⑫ 参见注⑩, 第 323 页。

⑤⑬ 参见王轶:“论买卖合同标的物毁损、灭失的风险负担”, 《北京科技大学学报(社会科学版)》1999 年第 4 期, 第 65 页; 王雪琴:“风险负担规则中的‘交付主义’模式之质疑”, 《法商研究》2009 年第 4 期, 第 107–112 页。

⑤⑭ 参见注⑤, 第 193–194 页。

⑤⑮ 参见袁治杰:“《联合国国际货物销售合同公约》中的风险转移”, 《研究生法学》2004 年第 4 期, 第 62 页。

⑤⑯ 也有学者认为, 美国实质仍是所有权主义, 因为交付也是所有权转移的绝对界限, 参见注⑩, 第 318 页。

⑤⑰ 《公约》拒绝把风险移转与合同缔结、所有权移转、运输成本的支付等相联系, 参见李巍:《联合国国际货物销售合同公约评释》, 法律出版社 2009 年第 2 版, 第 291 页。

⑤⑱ 但不区分给付风险与价金风险, 统一以交付作为移转时点。

⑤⑲ Vgl. Karl Larnz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2. Besonderer Teil, Halb. 1, 13. Aufl., München: C. H. Beck, 1986, S. 97.

⑥⑰ 相关争议可参见注③, 第 444 页。

⑥⑱ 相关争议可参见 Ernst Hellhammer, Die Bedeutung der “Bergabe” im § 446 BGB, Robert Noske, Borna–Leipzig Großbetrieb für Dissertationsdruck, 1915, S. 11ff. 类似观点可参见江

海、石冠彬:“论买卖合同风险负担规则”, 《现代法学》2013 年第 5 期, 第 57 页。

⑥⑲ Vgl. Franz Vollmer, Die Bedeutung der “Bergabe” im § 446 BGB, Buchdruckerei Max Danielewski Düren–Rhld., 1932, S. 40.

⑥⑳ 无人占有之动产, 单纯物权合意即可移转所有权(不必交付), 可参见[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(下册), 申卫星、王洪亮译, 法律出版社 2006 年版, 第 382–383 页。

⑥㉑ 综合说如, 宁红丽、耿艺:“合同法分则中的风险负担制度研究”, 《私法研究》(第三卷), 中国政法大学出版社 2003 年版, 第 465 页。

⑥㉒ 参见注④, Schlechtriem & Schwenger 书, p. 988.

⑥㉓ 参见注⑫, S.400.

⑥㉔ 参见注⑤, 第 195 页。

⑥㉕ 参见注⑤⑦, 第 303 页。

⑥㉖ Vgl. Wilhelm Reinhardt, Gefahrtragungsregel beim Kauf unter besonderer Berücksichtigung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: Holger Sutschet (Hrsg.), Tradition und Moderne – Schuldrecht und Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Festschrift für Horst Ehmann zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, 2005, S. 137.

⑥㉗ 也有观点将不可保险事件排除在风险事件之外, 如认为国家主权性质的干涉原则上不适用该风险移转规则, 因其一般不可保险。但反对观点指出, 是否可保险与风险移转规则无关, 风险范围不应取决于保险行业承担风险的意愿。参见注④, Schlechtriem & Schwenger 书, p. 959.

⑥㉘ 参见注⑤, 第 195 页。

⑥㉙ 参见注④, Schlechtriem & Schwenger 书, p. 952.

⑥㉚ 参见注⑭, 第 83 页; 注⑤, 第 196 页; 注③, 第 442 页; 田朗亮:《买卖合同纠纷裁判规则与案例适用》, 中国法制出版社 2013 年版, 第 15 页。

⑥㉛ 参见注⑤, §446, Rn.9.

⑥㉜ 参见注⑤⑨, S.97.

⑥㉝ Vgl. Wilhelm Reinhart, Die Gefahrtragung beim Kauf, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, S. 65ff.

⑥㉞ 参见注⑨, S.138ff.

⑥㉟ 参见注④, Wolfgang Ernst 书, Rn 6.

⑥㊱ 参见注⑤⑩, 第 62 页。

⑥㊲ 参见注④, Hager 书, S.69.

⑥㊳ 参见注③, 第 121、125 页。

⑥㊴ 有法院基于风险利益一致, 以受领房屋交付的买受人已承担风险, 即应享受利益为由, 支持其执行异议, 参见新疆高院(2017)新民终 63 号判决。

③参见崔建远主编:《合同法》(第六版),法律出版社2016年版,第312页。

④《商品房买卖合同解释》第11条之所以使用“交付使用”的措辞而未直接使用“交付”,是因为编写者似乎认为,交付之于动产、不动产的表现方式不同。不动产方面,交付仅仅体现为登记,但房屋买卖的风险移转应取决于“占有移转”,遂使用了“交付使用”表示房屋的占有移转,请参见注⑥,第141-143页。由此观之,如果不是误将不动产交付等同于登记,那么,本不必绕道借用“交付使用”的表述,直接使用“交付”即可。

⑤参见浙江金华中院(2003)金中民一终字第180号判决。

⑥参见高圣平:“地震所引发的按揭房贷问题之研究”,《社会科学战线》2008年第9期,第199-204页;最高院(2017)民申第339号裁定;四川高院(2016)川民终887号判决;福建高院(2016)闽民再301号判决。

⑦参见李先波、陈思:“履约中的风险负担”,《时代法学》2009年第6期,第64页。

⑧参见注⑤,第63页。

⑨参见北京西城法院(2017)京0102民初19879号判决。

⑩参见注③, Rn.7.

⑪参见注⑤, §446, Rn.21.

⑫参见注⑤, §446, Rn.20.

⑬参见注⑥, 第140页。

⑭参见注③, Rn.7.

⑮Vgl. Hans Brox, “Die Gefahrtragung bei Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache”, Juristische Schulung 1975(1), S. 1ff.

⑯参见注③, 第446页。

⑰《合同法》第140条规定之“标的物在订立合同之前已经为买受人占有的,合同生效的时间为交付时间”,可解释为“填补性任意规范”,即仅在当事人无特约时才适用。

⑱参见注⑬, 王利明书, 第95页。

⑲参见注②, S.63.

⑳参见注②, 第105页。

㉑参见注⑬, 王利明书, 第95页。

㉒参见注②, S.63.

㉓参见注⑤, S.98.

㉔出卖人交付出库单,即完成交付义务,参见辽宁大连中院(2014)大民三终字第411号判决。

㉕《货权转移证明》不能使买受人取得提取货物的权利,参见最高院(2013)民提字第138号判决。

㉖未交付合格证、使用说明书等产品技术资料及设计文

件、监督检验证明等文件,不影响风险移转,参见广东云浮中院(2014)云中法民二终字第123号判决;未交付车辆相关单证,不影响风险移转,参见重庆五中院(2016)渝05民终7976号判决。

㉗参见注⑥, 第144页。

㉘参见注②, 第102页。

㉙参见注④, Hager书, S.198f.

㉚参见注⑤, S.99.

㉛参见注③, Rn.5-6. 关于条件成就的溯及力,可参见翟远见:“《合同法》第45条(附条件合同)评注”,《法学家》2018年第5期,第189-190页。

㉜参见注⑤, S.99.

㉝参见注⑦, S.128.

㉞参见注⑤, §446, Rn.18.

㉟参见注③, Rn.5-6.

㊱参见注⑤, S.100.

㊲参见注⑦, S.46.

㊳买卖标的物有权利瑕疵,交付后标的物灭失(被第三人拖走),买受人解除合同的,排除价金义务,参见河南禹州法院(2017)豫1081民初字第6650号判决。

㊴参见崔建远:“风险负担规则之完善”,《中州学刊》2018年第3期,第58页。

㊵参见注⑬, 韩世远书, 第649页;谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第433页。

㊶参见周江洪:“风险负担规则与合同解除”,《法学研究》2010年第1期,第77-80页。

㊷参见注④, 第224页。

㊸参见注⑤, 第309页。

㊹房屋交付后纳入拆迁范围的为风险问题,买受人解除权被排除,参见浙江金华中院(2003)金中民一终字第180号判决。

㊺参见四川省都江堰市人民法院(2009)都江民初字第851号判决,载最高人民法院中国应用法学研究所编著:《人民法院案例选》2009年第10辑,中国法制出版社2010年版,第41-47页。

㊻参见朱晓喆:“买卖之房屋因地震灭失的政府补偿金归属”,《交大法学》2013年第2期,第171页。

㊼参见注⑪, Coester-Waltjen文, S.110ff.

㊽参见吴志忠:“试论国际货物买卖中的风险转移”,《中南财经政法大学学报》2002年第6期,第68页。

㊾参见刘洋:“根本违约对风险负担的影响”,《华东政法大学学报》2016年第6期,第179-181页。

⑬参见注⑬,王利明书,第103页。

⑭买受人提货前已发现严重质量问题仍然提货,不得主张解除,参见浙江台州中院(2013)浙台商终字第512号判决。买受人接受超过保质期的饲料即承受价金风险,但仍可请求出卖人赔偿饲料瑕疵损害,参见湖南怀化中院(2015)怀中民二终字第110号判决。

⑮仅限修理(之前的瑕疵)、减少价款(因之前瑕疵而产生的价值减损)或赔偿(之前瑕疵所生损害),第111条之更换、重作、退货等权利因与拒收、解除效果重叠,买受人同意受领后即不得再行使。若嗣后意外灭失的,则瑕疵补正(修理)也不再可能,从而只能请求减少价款或进行赔偿。

⑯参见注⑭,Rn.1-3.

⑰参见注⑮,Art. 70(Schönle/Th. Koller), Rn. 19f.

⑱房屋排水管道漏水、窗口边渗水、伸缩缝有砖墙未拆等问题,并非房屋主体结构质量不合格或因质量问题严重影响正常居住的情况,仅属于房屋质量保修范围内的瑕疵,买受人无权因上述理由拒收房屋,参见广西壮族自治区高院(2013)桂民提字第190号判决。

⑲仅限修理(之前的瑕疵)、减少价款(因之前瑕疵而产生的价值减损)或赔偿(之前瑕疵所生损害)。若嗣后意外灭失的,则瑕疵补正(修理)也不再可能,只能请求减少价款或进行赔偿。

⑳参见注⑰,第224页。

㉑虽然出卖人迟延交货,但风险仍自实际交付时移转,参见山西长治中院(2014)长民终字第01396号判决。

㉒买受人已取得房屋占有,但出卖人未及时履行过户登记手续,其间发生汶川地震,迟延履行过户登记不影响价金风险的移转,参见最高院(2017)民申第339号裁定,四川高院(2016)川民终887号判决。

㉓买受人拒不支付剩余货款,致使提货不成,因长期存放导致羽绒服霉烂、蓬松度下降的风险,自该日起由买受人承担,参见浙江台州中院(2013)浙台商终字第512号判决。

㉔参见注⑲,第102页。

㉕有法院认为,定作人(债权人)逾期提货,并不能减轻承揽人(债务人)的妥善保管义务,参见浙江湖州中院(2015)浙湖商终字第10号判决。

㉖参见注④,第342页。

㉗参见注⑳,谢鸿飞书,第431页。

㉘参见江苏苏州中院(2015)苏中民终字第01274号判决。

㉙如不适用于车辆租赁合同,参见北京一中院(2018)京01民终3037号判决,北京门头沟法院(2016)京0109民初5026号判决;不适用于经销合同,参见陕西榆林中院(2018)陕08民终124号判决。

㉚有法院认为,进出口代理合同风险负担也应参照买卖规则,参见山东高院(2016)鲁民终2385号。

㉛参见注⑲,第101、115页。

㉜参见注⑳,第119页。

㉝建设菜棚之承揽的价金风险参照适用本条,参见甘肃崇县法院(2017)甘0823民初417号判决。

㉞参见注⑪,Coester-Waltjen文,S.110ff.

㉟买卖合同中,出卖人有安装义务的,安装完毕后之前风险同样不移转,参见杭州余杭区法院(2014)杭余塘商初字第472号判决,甘肃武威中院(2014)武中民终字第153号判决(电梯购销)。

㊱参见注⑮,Art. 66(Schönle/Th. Koller), Rn. 36, 40.

㊲买受人未在合理检验期内提出异议的,标的物在交付前即存在瑕疵的举证负担由买受人承担,参见山东潍坊中院(2012)潍商终字第470号判决;要求买受人举证证明交付前瑕疵即存在的判决,可参见天津一中院(2018)津01民终2493号判决。

㊳买受人发现购买的种苗腐烂,请求出卖人承担瑕疵责任,出卖人未能反证证明销售时种苗检验合格,即应承担瑕疵责任,参见甘肃定西中院(2015)定中民三终字第110号;保修期内出现质量瑕疵,汽车产品质量是否合格的证据应由销售方承担举证责任,参见重庆二中院(2010)渝二中法民终字第405号判决。

㊴出卖人未能证明标的物已交付的,风险移转的主张不被支持,参见四川德阳中院(2014)德民三终字第92号判决。

参考文献:

- [1]黄茂荣:《买卖法》,中国政法大学出版社2002年版。
- [2]陈自强:《契约法讲义Ⅲ:契约违反与履行请求》,台湾元照出版公司2015年版。
- [3]王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版。
- [4]韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版。
- [5]Harm Peter Westermann, Kommentar zum § 446, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., München: C. H. Beck, 2016.