

# 风险负担规则与合同解除

周江洪<sup>\*</sup>

**内容提要：**学说和立法草案多有以合同解除制度吸收风险负担规则的主张，在我国司法实践中，两者的交错也带来了法律适用上的困惑。合同解除制度和风险负担规则具有各自的优势领域，解除一元论和并存模式是目前具有代表性的两种制度安排。在我国合同法采并存模式的背景下，风险由债务人负担时可择一适用，但需就解除权期间、清算关系中的诉讼时效、风险负担抗辩等问题作出特别处理。风险由债权人负担时应当否定债权人的解除权。瑕疵给付时的解除与风险负担应适用合同法第148条、第149条的规定，但在立法论上有重新斟酌的必要。持续性合同可类推适用租赁合同的规定或部分解除制度。清算关系中的风险分配可有限制地准用合同法第148条的规定。

**关键词：**合同法 风险负担 合同解除

## 一、问题的提出

传统大陆法系国家通常既规定了合同解除制度也规定了风险负担规则。若合同解除要求归责事由，与不要求归责事由的风险负担之间不会形成交错，两者并行不悖。但现代合同法理论认为，合同解除的目的并不是制裁或追究违约人责任，而是为了使合同当事人能够及时摆脱合同的拘束。<sup>〔1〕</sup>在合同解除上放弃归责事由要件，以合同目的落空或根本违约为其实质要件，已经成为合同法理论和实践的国际潮流。<sup>〔2〕</sup>德国债务法现代化以后，也放弃了合同解除的归责事由要件。<sup>〔3〕</sup>虽然日本现行民法在解释论上认为解除当有主观上的故意或过失要件，<sup>〔4〕</sup>但在日本民法（债权法）修改研讨委员会公布的《债权法修改的基本方针》（以下简称《方针》）中，与债务不履行责任的修改相一致，在合同解除上，无论是因重大不履行而解除合同还是经催告解除合同，

\* 浙江大学光华法学院副教授。

本文是浙江省哲学社会科学规划课题“产业结构升级背景下的服务合同风险负担问题研究”（项目号：09CGFX004YBQ）、2008年度浙江省“钱江人才计划”重点项目“服务合同研究”（项目号：QJC0801003）、浙江大学优秀青年教师资助计划（紫金计划）、国家“211工程”三期重点学科建设项目“转型期法治的理论、制度与实证研究”的阶段性成果之一。

〔1〕 参见〔日〕山田到史子：《契約解除における“重大な契約違反”と帰責事由——1980年国際動産売買契約における国連条約に示唆を得て（2・完）》，《民商法雑誌》第110卷第3号（1994年）。

〔2〕 韩国2004年向国会提出的民法修改草案中规定了解除的归责事由要件，因而成为批评的焦点之一，被认为与国际趋势背道而驰。参见〔韩〕尹真秀：《韓國の民法改正》，《ジュリスト》第1360号（2008年7月15日）。

〔3〕 参见《德国民法典》，陈卫佐译注，第323条、第326条以及第346—354条，法律出版社2006年版。

〔4〕 参见〔日〕我妻荣：《债权各论》上卷，徐慧译，中国法制出版社2008年版，第140页以下。

都不要求归责事由要件。〔5〕我国合同法第94条追随了现代合同法的这一潮流，并没有特别规定过失、故意等归责事由要件。

当归责事由不再被作为要件看待时，合同解除制度已经纯化为一种合同约束解放制度，即当合同履行发生障碍时，合同解除制度使当事人能够从其所负的债务或反对债务中解放出来。但在传统债法领域，使合同当事人摆脱合同拘束的制度并不限于合同解除制度，风险负担规则也是重要的制度之一。对于不可归责于债务人原因导致的履行不能，大陆法系国家通常都设置了明确的风险负担规则。〔6〕如此一来，合同解除制度与风险负担规则的交错就在所难免。

在法国、德国、日本等传统大陆法系国家民法中，目前都既规定了合同解除制度，又规定了风险负担规则，两者并存。但近年来对该并存体系作出反思的声音也不绝于耳，有许多学者主张以合同解除制度吸收风险负担规则，采合同解除一元论。〔7〕这一主张也反映到了立法上，风险负担规则面临“死亡”的威胁。德国在起草债务法现代化法的过程中，也曾一度采纳解除一元论，试图废除风险负担规则。从1992年的政府委员会草案到2000年的讨论稿，德国债务法现代化法都采纳了解除一元论的立场。但在2001年的政府草案中，风险负担规则得以恢复，形成目前解除制度与风险负担规则并存的二元体系。目前处于修改阶段的法国民法债权法也表明了采纳解除一元论的立场。在日本《方针》中，虽然在“提案要旨”中记载了委员会内部尚有不同意见，但其最终建议稿亦采纳了解除一元论，主张废除风险负担规则。〔8〕

我国合同法第94条就不可抗力、违约等情形规定了具体的解除条件，同时，在合同解除制度之外还规定了风险负担规则。对此，也有学者敏锐地注意到了两者之间的关系问题。韩世远教授就质疑：“既然合同目的已经不能实现，这时让当事人享有解除权，从反面讲是赋予其权利保持合同效力（即不行使解除权），但这样做实际上已经没有意义了，而通过自动解除的方式结束合同关系，不是更好吗？”〔9〕针对这一质疑，崔建远教授认为，对于不可抗力致使不能实现合同目的的情形，采取合同解除模式在解释论上有其合理性，而且认为，“站在立法论的立场，可以放弃合同解除的模式，对于因不可归责于双方当事人的原因致使合同不能履行采取合同自动消灭，由风险负担规则解决的模式，只不过必须满足风险负担规则完整和明确、不可抗力免责清晰的前提条件”。〔10〕然而，两位教授也都只是就合同法第94条第1款的合理性与否作出阐释，并没有就风险负担规则与合同解除制度之间的关系、两者竞合时如何适用以及是否应当废除风险负担规则等问题作进一步探讨。民法学界还未能充分关注该问题。但两制度的关系不仅事关未来民法典的立法论问题，对实务亦有至关重要的实践意义，因此，有必要结合国际上最新的发展趋势，就合同规定的解除制度与风险负担规则的二元并存状况，在解释论和立法论层面作深入探讨。

〔5〕 参见《方针》，《NBL》第904号（2009年5月1日），第3.1.1.77条（解除权的发生要件），第144页。因日本法务省参与其中，该委员会草案对日本未来债法修改的影响力不可小觑。该委员会的讨论状况及会议记录，可参见<http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/indexja.html>。

〔6〕 参见崔建远：《合同解除的疑问与释答》，《法学》2005年第9期。

〔7〕 参见〔日〕潮見佳男：《債權總論Ⅰ：債權關係・契約規範・履行障害》第2版，信山社2003年版，第481页以下；〔日〕山本敬三：《民法講義Ⅳ—1契約》，有斐閣2005年版，第176页。

〔8〕 参见〔日〕児島幸良：《シンポジウムレポート「債權法改正の基本方針」（上）——2009年4月29日開催》，《NBL》第905号（2009年5月15日）。

〔9〕 韩世远：《合同责任的争点与反思》下，《人民法院报》2001年6月23日。

〔10〕 前引〔6〕，崔建远文。

## 二、合同解除制度与风险负担规则的交错

### (一) 风险负担规则的构造

风险通常有以下三层含义：

一是物上风险。有关物之危险的规则，用于解决物的损害由何人承担的问题。对于静态之物，若出现毁损灭失，则应遵从“危险止于发生处”之古谚，由其所有人承担危险。对于动态之物，则于货物特定之前出现的灭失，其危险由债务人负担，此即“种类物不灭”原则。惟于限制种类之债中，倘若“全部存货灭失”，则债务人免其责任。<sup>〔11〕</sup>

二是给付上的风险，针对的是因不可归责于债务人之事由，致其基于合同所负之给付陷于不能者，债务人是否仍然负有给付义务，债权人能否请求债务人重新另为给付而言。该风险通常由债权人承担，债务人不负另行给付的义务。

三是对待给付上的风险，即价金风险，针对的是因不可归责于债务人之事由而致债务履行不能时，若债务人无再为给付之义务，他方有无对待给付义务而言。即由谁承担价金危险，债权人是否免于对待给付义务的问题。该风险因所有权人主义、债务人主义、债权人主义以及交付主义等的不同，风险承担人也有所不同。

债法上的风险通常指后两者意义上的风险，若单言风险，指的多是价金风险问题。<sup>〔12〕</sup>因此，债法上的风险负担规则，主要解决的是当双务合同债务人所负的义务面临履行不能障碍时，债务人是否负有继续履行的义务以及债务人是否仍得请求对待给付之问题。

正是在这层意义上，风险负担规则也具有在合同发生特定的履行障碍情形，使当事人从其所负的债务或者反对债务中解放出来的功能，在功能上与解除制度出现了交错。就履行不能这一事实，是依据风险负担规则来调整给付和对待给付，还是依据解除制度就给付、对待给付作出清算，就成了法律难题之一。

### (二) 解除制度与风险负担规则交错的司法实践

我国司法实践也已面临两者重叠时如何适用法律的问题。以下择其一二典型作简要分析。

首先是“孙红亮以分期付款期满所有权转移方式承包车辆后因在期间内车辆被抢灭失诉中原汽车租赁公司退还抵押金和按已交款比例分享保险赔款案”（以下简称“孙红亮案”）。该案中，原被告缔结买卖合同，期满车归原告所有，付款方式为分期付款，原告向被告缴纳了“抵押金”。合同签订后依约开始履行合同。某夜，原告驾驶的本案车辆被抢，原告随即报案并向保险公司通报了出险事宜。经多方查找，被抢车辆未有下落。保险公司与被告签订该车的权益转让书，并向被告支付保险赔款。被告要求原告支付保险赔付以外的欠款。原告要求返还抵押金未果，遂起诉要求解除合同、返还抵押金等。被告反诉要求支付剩余车款。<sup>〔13〕</sup>

在本案判决中，法院援引了风险负担规则，认为“买受人在未履行完支付价款的义务前，对标的物仅享有使用权与收益权；同时作为标的物的使用者，买受人还应承担标的物灭失、毁损的风险。也就是说，在标的物交付后，不管买受人对标的物的灭失、毁损有无过错，买受人均应履行其承担的全部价款的义务”。但与此同时，法院也援引了解除制度，认为“因车辆已灭失，

〔11〕 参见张谷：《论提存》，《清华法学》2003年第2辑。

〔12〕 参见〔日〕谷口知平、〔日〕五十嵐清編集：《新版注积民法（13）債権（4）契約総則》（補訂版）（〔日〕甲斐道太郎執筆），有斐閣2006年版，第640页。

〔13〕 参见“孙红亮以分期付款期满所有权转移方式承包车辆后因在期间内车辆被抢灭失诉中原汽车租赁公司退还抵押金和按已交款比例分享保险赔款案”，《人民法院案例选》2001年第4辑，人民法院出版社2002年版，第225页以下。

合同的履行已无必要，合同应终止履行，对原告要求解除合同的诉讼请求予以支持”。该案判决理由同时援引了风险负担规则和解除制度，但对两者之间的关系未能作出很好的把握。按照风险负担规则的一般原理，既然适用了风险负担规则，承担风险后的债权人仍负有价款支付义务，只是债务人的给付义务得以免除而已。债权人的合同义务以及合同本身仍然存在，这与因解除引起的合同终止明显不同。若按合同解除对待，其处理当依合同法第 97 条进行，即使存在金钱支付义务，也不再是合同上的价款支付义务，而是清算关系或赔偿关系中的金钱支付问题。

与该案不同的是，也有判决明显区别了风险负担规则与解除制度，如“磐安县粮食局与羊兴新等房屋买卖合同纠纷上诉案”（以下简称“磐安县案”）。〔14〕该案中，2001 年 12 月 3 日，粮食局委托拍卖商行公开拍卖粮食局下属粮管所的房产，羊某中标。拍卖前，粮食局告知羊某，房屋院子可能因公路拓宽要拆 1 米多，但房屋肯定不会拆迁。12 月 5 日，粮食局与羊某订立书面协议，并将房产钥匙交付给羊某。次年 3 月 20 日，该房产所在的集镇规划获得县有关部门批准，并于 4 月份开始实施。依该规划，该房产属拆迁范围，因而难以完成产权过户，粮食局下属粮管所仍为该房屋的所有权人。

一审法院依据合同法第 94 条的规定肯定了羊某的合同解除请求，认为“出卖方除交付标的物外，尚负有办理过户登记等所有权合法转移之义务。……本案中，粮管所至今仍为房屋的所有人，由于该房屋应拆除重新安置，出卖方已不能将房屋所有权转移给原告，即不能履行买卖合同的义务，原告购买房屋之目的已不能实现。据此，原告要求解除合同退回价款的诉讼请求，应予支持”。但二审法院认为本案应适用风险负担规则：“本案的争议，是由于集镇规划的原因，买受人所购买的房屋将被拆迁，这在法律上属于买卖标的物的风险承担问题。根据合同法第 142 条的规定，标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担。故本案中，不论房屋被拆迁后的拆迁补偿是否超过房屋购买价，有关拆迁所产生的权利由买受人羊某享有，风险也由羊某承担。”

上述两案在本质上都属于已交付使用，但因不可归责于债务人的事由致使所有权移转义务履行不能时如何处理风险的问题。“孙红亮案”判决认为两者并存；而“磐安县案”一审法院认为合同目的不能实现，可以解除合同，二审法院则认为应适用风险负担规则。在这里，解除制度与风险负担规则的交错可能性、法律适用上的困惑等一览无遗。从法律适用而言，也有必要就两者作出比较分析，以提供合理的解释学方案。

### 三、解除一元论与并存模式

就两者交错的问题，至少有以下两种可能的立法方向：一是废除风险负担规则，由合同解除制度处理相关问题，即解除一元论的立法思路；二是如同债务法现代化后的德国民法第 326 条一样，风险负担规则与解除制度并存。

#### （一）解除一元论

解除一元论集中体现在德国 2000 年以前的债法草案、日本债法修改学者建议稿之一《方针》的立法思路中。此外，法国判例法也在某种程度上反映了这一倾向。

在解除的问题上，德国 1992 年债务法现代化法草案废除了要求具备归责事由的原德国民法典第 325 条和第 326 条，代之以不要求归责事由要件的 1992 年草案第 323 条，同时废除了相当于风险负担规则的原德国民法典第 323 条。至此，使当事人能够在发生特定的合同履行障碍时从

〔14〕 浙江省金华市中级人民法院民事判决书（2003）金中民一终字第 180 号，来自北大法宝案例数据库。

其所负的债务或者反对债务中解放出来的功能，由不要求归责事由要件的解除制度来担任；风险负担规则被完全纳入到解除制度的范畴之内，贯彻了解除一元论的立法思路。具体而言，债务人主义风险负担规则被纳入到“解除权得以肯定”的情形中处理；而“可归责于债权人的事由引起的给付不能”以及“受领迟延”等场合的债权人主义风险负担规则，则被作为“否定解除权”的情形予以对待。该立法设想一直持续到2001年德国政府草案出台以前。<sup>〔15〕</sup>

现行日本民法的风险负担以债务人主义为原则，以债权人主义为例外——就特定物的交易采取了债权人主义的风险负担规则，除此之外的交易则采债务人主义。日本民法第534条第1款规定，“以关于特定物物权的设定或移转为双务契约的标的时，如果其特定物因不能归责于债务人的事由而灭失或损坏，其灭失或损坏归债权人负担。”其第536条第1款规定：“除前两条规定的情形外，因不可归责于当事人双方的事由致使债务不能履行时，债务人不享有接受对待给付的权利。”但是，日本学界几乎一致批评第534条的规定，并采取各种迂回解释，试图限制该条的适用范围。而在日本交易实践中，通过特别合意约定风险负担从而修正该条文的情形也非常之多。日本民法上的债权人主义风险负担规则已被学界和实务界实质修正。<sup>〔16〕</sup>与此同时，立法论上对第534条进行反思的也不在少数，其中之一就是建议废除该条，但保留风险负担规则，完善第536条的规定。更为激进的方法则是正视放弃归责事由要件的解除制度与风险负担规则之间的重叠问题，建议完全废除风险负担规则，践行解除一元论的立法思路。<sup>〔17〕</sup>

在解除制度与风险负担规则的关系上，法国民法的判例法理论亦在某种程度上体现了一元论的思路。法国民法典虽然就“给之债”和买卖合同规定了风险负担规则（法国民法典第1138条第2项，第1624条），但是否如同德国等大陆法系国家一样以牵连关系来构筑风险负担规则，民法典本身并没有明确。在这方面，法国的学说和判例发挥了重要作用。<sup>〔18〕</sup>与法国传统学说以双务合同概念及其牵连性为基础解决风险负担问题不同，法国判例法活用其民法典第1184条关于解除条件的规定，不问当事人就不履行是否存在归责事由，而是就当事人一方未履行义务时对方当事人的对待给付义务作出处理。<sup>〔19〕</sup>法国判例法的这一思路对荷兰新民法典也产生了影响。荷兰新民法典草案规定，一方当事人的给付履行不能时，不问其是否存在归责事由，对方当事人都可以解除合同。也就是说，债权人可以通过解除合同免除其对待给付义务，这一立法思路与法国判例法保持了一致，并最终体现在1992年生效的荷兰民法典第六编第265条及相关规定中。当然，荷兰民法典是否完全废除了风险负担规则，尚待进一步研究。

## （二）并存模式

虽然存在着来自解除一元论立法思路的挑战，但传统大陆法系国家都采取了风险负担制度。而德国债务法现代化法从解除一元论向并存模式的最后回归，更是这一传统的延续。

在2001年6月德国债务法现代化法的政府草案中，复活了此前拟废除的原德国民法典第323条，并最终成为现行德国民法典第326条。其第1款明确规定了风险负担规则中的对待给付风险问题，即“债务人依照第275条第1款至第3款无须履行给付的，对待给付请求权消灭”。但与此同时，此前草案拟规定的不承担归责事由的解除制度也作为债务法现代化后的现行德国民法典第323条得以基本保留。与现行德国民法典不同的是，政府草案将一方当事人的给付义务因履行不能而消灭时对待给付的命运完全交由风险负担规则来处理，此时并不产生解除权的问题。风险

〔15〕 参见〔日〕潮見佳男：《契約法理の現代化》，有斐閣2004年版，第385頁以下。

〔16〕 参见〔日〕平井宜雄：《債權各論Ⅰ上契約總論》，弘文堂2008年版，第203頁以下。

〔17〕 参见前引〔5〕，《方針》第3.1.1.85条（风险负担制度的废除），第150頁。

〔18〕 参见〔日〕小野秀誠：《危險負擔の研究——双務契約と危險負擔》，日本評論社1995年版，第43頁。

〔19〕 同上书，第43頁以下。

负担规则与合同解除制度两者独立存在。在草案审议阶段，考虑到债权人无从知晓债务人不予给付的详细事由，从而无法明确其究竟该通过合同解除制度还是风险负担规则寻求救济，因而又在关于风险负担规则的第 326 条中增加了第 5 款，赋予当事人选择权，即“依第 275 条第 1 款至第 3 款债务人无须给付的，债权人可以解除合同；第 323 条的规定准用于合同的解除，但无需指定期间”。至此，就不可归责于债务人的履行不能，现行德国民法典既规定了基于牵连关系的对待给付请求权自动消灭制度（风险负担规则），又规定了基于解除的合同消灭制度，两者之间形成了竞合关系。<sup>[20]</sup>

在日本债权法修改进程中，亦有不少学者对上述解除一元论模式持反对意见。<sup>[21]</sup>甚至在早期的债权法修改学者建议中，也有学者针对解除制度与风险负担规则之间的关系作了并存模式的制度设计。依该方案，风险负担规则并不妨碍以重大义务违反为由解除合同；但在特别约定由债权人承担风险之情形，若不可归责于双方当事人的原因致使标的物灭失、毁损的，即使构成债务人的重大义务违反，受害方当事人亦不得要求解除合同。<sup>[22]</sup>该方案承认解除制度与风险负担规则可以并存，但对解除制度的适用作出了限制，试图调和不要求归责事由要件的解除与风险负担规则。另外，日本民法改正研究会《民法改正试案》就合同解除的要件区分已履行合同的解除和未履行合同的解除，认为就前者言，不存在归责事由时不应该肯定解除。<sup>[23]</sup>与此相适应，《民法改正试案》也保留了风险负担规则。<sup>[24]</sup>

### （三）我国合同法的并存模式

我国合同法采取了并存模式。就风险负担规则，虽然目前合同法只就买卖（第 142 条以下）、租赁（第 231 条）、技术开发（第 338 条第 1 款）等合同类型以及提存（第 103 条）的风险承担问题作了明确的规定，就货物运输及仓储合同规定了不完整的风 险负担规则，<sup>[25]</sup>但依合同法第 174 条，买卖合同的规范可以准用于其他有偿合同。因而就文义言，风险负担规则亦可能准用于其他有偿合同。

根据合同法第 94 条，解除的关键要件在于是否存在根本违约，而没有归责事由上的要求。根据该条的规定，“因不可抗力致使不能实现合同目的”，当事人可以解除合同。依文义，“不可抗力致使不能实现合同目的”包括“因不可抗力致使合同履行不能”的情形。该条第 4 项规定，“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”，也可以解除合同。依通常理解，“违约行为”指的是违反合同债务这一客观事实，不包含当事人及有关第三人的主观过错。<sup>[26]</sup>因此，该项中的“其他违约行为”不仅包含因债务人的过错致使不能实现合同目的的行为，亦当包括不可抗力以外的不可归责于债务人的原因引起的履行不能这一违约行为。如此一来，立足于不可归责于债务人的履行不能的风险负担规则，就与合同法第 94 条的规定存在交叉。

当然，也有学者指出，应对我国法上的风险负担概念作出相应的调整，即双务合同中的风险

[20] 前引 [15]，潮見佳男书，第 387 页。韩世远教授对此有不同的见解，认为债务法现代化后的德国民法放弃了合同自动消灭的立场，改采用债权人解除合同的模式。参见韩世远：《履行障碍法的体系》，法律出版社 2006 年版，第 311 页。

[21] 参见前引 [5]，《方针》第 151 页。

[22] 参见 [日] 能見善久：《履行障害》，载 [日] 山本敬三ほか：《債権法改正の課題と方向——民法 100 周年を契機として》，商事法務研究会 1998 年版，第 138 页以下。

[23] 参见 [日] 加藤雅信：《〈日本民法改正試案〉の基本枠組》，《ジュリスト》第 1362 号（2008 年 9 月 1 日）。

[24] 参见日本民法改正研究会《民法改正试案》第 472—474 条，《判例タイムズ》第 1281 号（2009 年 1 月 1 日）。

[25] 参见前引 [6]，崔建远文。该文中，崔建远教授认为合同法就货运合同没有明确指出由谁负担风险。但从合同法第 314 条的规定来看，至少就不可抗力灭失引起的价金风险，合同法已作了必要的规定，采取的是承运人主义。

[26] 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社 2007 年版，第 275 页。

应被限定为“标的物因法定免责事由损毁灭失的不利状态”；<sup>〔27〕</sup>但由于合同法总则所确立的严格责任原则并未完全在合同法分则的所有具体有名合同中得到贯彻，因此在仍采过错责任原则的某些有名合同中，其风险以及风险负担的内涵仍维持不变。<sup>〔28〕</sup>但是，笔者认为，不管如何定义风险，也无法改变合同法上风险负担规则与解除制度交错这一事实。对我国采取的这一并存模式，实践中当如何适用以及未来民法典当如何取舍，殊值探讨。

#### （四）其他方向

尚有其他思路处理两者之间的交错。代表性的有：第一，将风险负担规则作为中止履行的规则，而非终局性地消灭对待给付义务的制度；当事人若要从合同的拘束中最终解放出来，须通过以意思表示为媒介的解除制度。<sup>〔29〕</sup>第二，就履行不能之情形，否定合同解除制度，而完全交由风险负担规则来处理；给付请求权无需解除即当然消灭，在风险负担规则的框架内处理已为之对待给付的返还问题。德国债务法现代化法政府草案阶段的立法思路即属于此类。前述韩世远教授就不可抗力致使合同目的不能实现“通过自动解除的方式结束合同关系”的主张，以及崔建远教授主张的“站在立法论的立场，可以放弃合同解除的模式，对于因不可归责于双方当事人的原因致使合同不能履行采取合同自动消灭、由风险负担规则解决的模式”，也反映了这一思路。第三，原则上只规定解除制度，而只就因永续性全部不能当事人得以免责时规定合同自动消灭。<sup>〔30〕</sup>在这一限定的范围内，风险负担规则的自动消灭制度实质上得以保留。

### 四、合同解除制度与风险负担规则之比较

以上模式，孰优孰劣，殊难简单判断，须就解除制度与风险负担规则之不同和长短所在等作出比较后方可进行。以下作一简要分析。

#### 1. 牵连性之比较

在风险负担规则中，判断一方的义务违反（履行不能）如何影响对方当事人的对待给付义务时，给付义务与对待给付义务之间牵连性或等价关系这一双务合同的特征成为重要的依据。而对于不要求归责事由的解除制度来说，在处理一方当事人义务违反时对方当事人在何等条件下免除其义务时，通常考虑的是该义务违反是否足以解除合同，通过合同能否解除来判断对方当事人能否从所负债务中解放出来，通常无须考虑牵连性问题。

#### 2. 效果上之比较

在实现使当事人从所负债务中解放出来这一功能上，两种路径略有不同。依合同法第91条的规定，解除导致合同权利义务终止，其具体效果是第97条规定的“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失”。也就是说，解除制度乃是通过消灭合同本身使受履行不能影响的对方当事人从其所负合同债务中解放出来，其逻辑构成为“履行不能→解除→合同权利义务终止→债务解放”。与此不同，按照合同法第142—146条的规定，风险负担规则解决的是“风险”由谁

〔27〕 参见陈小君、易军：《合同法分则整体式研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第21卷，金桥文化出版公司2001年版，第258页。

〔28〕 参见易军：《违约责任与风险负担》，《法律科学》2004年第3期。

〔29〕 参见〔日〕辰巳直彦：《契約解除と帰責事由》，载〔日〕林良平ほか编：《谷口知平先生追悼论文集（2）契約法》，信山社1993年版，第346页。

〔30〕 《欧洲合同法原则》第9：303条第4款。参见Ole Lando、Hugh Beale：《ヨーロッパ契約法原則I・II》，〔日〕潮見佳男、〔日〕中田邦博、〔日〕松岡久和監訳，法律文化社2006年版，第431页。

负担的问题。若按照风险负担规则由出卖人承担风险，买受人的对待给付义务（价金风险）自动免除，无须通过合同权利义务的终止来实现其债务解放，其逻辑构成为“履行不能→风险负担规则的适用→债务解放”，债务解放的效力来源于内在于合同的牵连性。两者存在较大区别。但从债务解放的最终效果来看，两者并无不同。对于这点，崔建远教授也认为，“在中国现行法关于风险负担规则存在欠缺及个别模糊和不可抗力免责不完全明确的情况下，无论是运用解除程序还是采取自动解除模式，实际效果时常相近”。<sup>〔31〕</sup>

当然，按照风险负担规则，也可能由债权人承担风险。依合同自由原则，当事人可约定风险负担的承担人，如我国合同法第142条。因而当事人可能约定即使标的物尚未交付，风险亦由买受人承担。此外，因可归责于债权人的事由导致履行不能或者在交付主义前提下交付之后陷于不可归责于债务人的履行不能时，若依风险负担规则，亦由债权人承担风险。在这种情况下，出卖人仍然保有对待给付请求权，对买受人而言，合同上的义务并没有消灭。此时，导致合同终止的解除制度与风险负担规则出现了矛盾和对立。前述“磐安县案”一、二审法院的不同判决以及“孙红亮案”中法院适用法律的混乱，正是这一对立和矛盾的反映。因此，若承认风险负担规则在处理此等情事时的合理性，就应当在解除一元论的模式下对这一传统债权人主义的风险分配作出特殊安排。否则，随着风险负担规则的废弃，这一传统债权人主义的风险分配方案将无从反映。为此，在日本《方针》第3.1.1.85条的立法理由中，明确说明此等情形应纳入否定解除权的行列；而在关于买卖合同的第3.2.1.27条中，《方针》更是明确规定，交付之后标的物毁损、灭失的，即使因标的物的毁损、灭失而致出卖人的债务履行不能，买受人也不得解除合同。<sup>〔32〕</sup>

### 3. 具体行使程序之比较

在具体行使程序方面，解除制度与风险负担规则存在着很大的区别。以甲乙之间的买卖合同为例，若某事由的发生构成甲债务不履行，根据合同法第96条和第97条的规定，甲对乙的履行请求权依乙是否行使解除权决定其命运；该解除权的行使原则上必须有解除行为，<sup>〔33〕</sup>需要当事人乙的意思参与——即通知对方当事人。与此不同，合同法第142条以下的风险负担规则，其法律用语为“由……承担”，此时并不需要当事人的意思介入。若交付前于甲处发生给付不能，甲针对乙的对待给付请求权自动消灭，无需乙的意思介入。

因此，若解除权人对于合同的存续仍有利益，可以通过选择不为解除的意思表示而保持此等利益；相反，若采取风险负担规则模式，因“合同自动解除”，当事人无法就该合同是否存续作出选择。两相比较，合同解除模式的优点立现。但另一方面，若合同的存续对于债权人未有利益，在风险负担规则的模式下其对对待给付债务本来可以自动消灭，非要其按照解除模式为解除的意思表示才能使其从对待给付债务中解放出来，从程序上看过于繁杂，增加了当事人的成本。对于一些持续性合同来说，解除模式还可能对债权人不利。例如，在租赁合同，若依风险负担规则应由出租人承担风险，风险发生的同时对待给付义务消灭，承租人无须支付租金；而若依解除模式，因解除的意思表示需耗费一定时间，在风险产生后解除通知到达对方之前这段时间，承租人仍需支付租金。如何处理从风险发生到解除权行使为止这段时间的法律关系，构成了解除模式的软肋之一，这也正是债务法现代化后的德国民法最终没有废除风险负担规则的理由之一。

为更好地说明两者的利弊，可设例作进一步地说明。例如，某甲在某市中心拥有套房一套，退休后想搬到郊外空气新鲜处居住，为此与拥有郊外别墅一幢的某乙缔结了互易合同，以甲的套房与乙的别墅为交换。但别墅在交付之前因遭泥石流而灭失。此时，根据合同法第110条和第

〔31〕 前引〔6〕，崔建远文。

〔32〕 参见前引〔5〕，《方针》第150页，第286页。

〔33〕 参见前引〔26〕，崔建远主编书，第235页。



117条的规定,乙免除其交付别墅的义务,亦不承担损害赔偿。若不存在风险负担规则(采解除一元论模式),甲肯定会选择解除合同,赋予其选择是否解除没有实益。在这种情形下,无需意思介入和程序较为简单的风险负担规则模式有其优势。但是,若乙就别墅投保了泥石流等财产险,其情形会有所不同。此时若承认甲对保险金的请求权,甲对于合同的存续存有利益,因此可能选择不解除合同,而是获得保险金。在后一情形,合同解除模式的优势得以凸显。其实,前述“磐安县案”中,若拆迁补偿高于其竞价,买受人也就自然不会要求解除合同。

当然,虽然解除相较于风险负担规则显得程序烦琐,但从实际情况来看,风险负担规则的适用也并不见得都能简便易行。例如,根据合同法第110条和第117条,因不可抗力引起的给付不能,债务人得以免除给付义务及其责任,而对价风险的问题则需要依据风险负担规则作出处理。按照合同法确定的交付主义原则,交付前价金风险由债务人承担,作为债权人的买受人免于其对待给付义务。但是在理论上,何种情形构成合同法第117条意义上的全部免责,何种情形构成该条意义上的部分免责,至今未形成共识;在实务中,债务人在个案中是否承担责任,承担多大的责任,具有不确定性。这样一来,依据牵连性确定的对待给付义务究竟在多大范围内得以免除,本身难以明确,还需要依据当事人一方的意思表示或者双方的合意确定民事责任,因此也往往形成诉讼。这在实际效果上与解除程序相差无几,难以达到风险负担规则在理论上预期的简便易行之效果。<sup>[34]</sup>当然,也不能因此就完全否定风险负担规则的作用,至少有部分案件,所消灭的给付义务和对待给付义务本身都十分明确。

#### 4. 具体适用情形之比较

根据合同法第94条的规定,不可归责于债务人的原因引起的履行不能属于法定解除的事由之一,而风险负担规则也处理这一情形。理论上来说,合同解除的适用范围涵盖了风险负担规则的适用范围。但是,就特定领域,特别是部分不能以及合同解除后清算关系中的风险处理等,两者的适用结果可能存在一些不同。

对于部分不能,风险负担规则较之解除模式可能更为方便。以租赁合同为例,合同法第231条规定,“因不可归责于承租人的事由,致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的,承租人可以要求减少租金或者不支付租金;因租赁物部分或者全部毁损、灭失,致使不能实现合同目的的,承租人可以解除合同”。该条前半句规定了租赁合同中的风险负担规则,即出租人主义。值得注意的是,“减少租金”这一效果正是立足于风险负担规则中的牵连关系,即针对使用收益债务部分不能之情形,具有牵连关系的相应的对待给付义务(租金)消灭,进而可以得出“减少租金”这一效果。对于那些想继续租用该房屋的承租人来说,特别是所租房屋地段具有良好的商业前景(商业租赁之情形),或者所租住地段具有居住环境优美、离工作单位较近等优势时,依风险负担规则,部分不能并不当然地消灭合同本身,承租人可以继续维持租赁关系的存在,而只请求减少租金,只待租赁物的状态得以修复或者恢复。但解除与此不同,若按照该条后半句的规定解除合同,解除的是合同本身,租赁关系归于消灭,无从保持承租标的物的地段优势等,存在“全有全无”的风险。两相比较,风险负担规则的优点得以凸显。当然,若法律规定有部分解除制度,解除模式的这一弊端也可以消除。例如,采解除一元论的法国债法草案第1160条就明确规定了部分解除制度。<sup>[35]</sup>

此外,若采解除一元论,关于合同解除后清算关系特别是相互返还关系中的风险负担问题,就不得不另行作出规定。若存在风险负担规则的一般原则,虽然存在解除的直接效果说、间接效

[34] 前引[6],崔建远文。

[35] 参见日本民法(债权法)修改研讨委员会《12月21日全体会議参考資料》, <http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/indexja.html>, 第45页,2009年8月10日访问。

果说以及返还关系是否具有牵连性等争论，但通过对风险负担规则的解释适用，也完全有可能在一定程度上应对清算关系中的风险负担问题，而不必单独作出规定。<sup>[36]</sup>

### 5. 期间限制之比较

关于期间限制，合同法第95条规定，“法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭”。据此，对于此处的具体期限，法律尚无明文规定。但无论是类推适用最高人民法院《关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》（法释[2003]7号）第15条规定的1年除斥期间，还是受制于返还给付、违约责任的时效期间，<sup>[37]</sup>合同解除都有一定的期间限制。但与此不同的是，风险负担规则乃是一方债务的履行不能与对方的对待给付债务之间的牵连关系问题，若由债务人承担风险，对待给付义务因牵连关系而自动消灭，无待于请求权或形成权的行使，难以以时效或除斥期间的观念予以处理。因此，若采解除一元论的模式，就可能出现解除权因为期间届满而消灭的情形，使对待给付义务当事人不得不受合同之拘束，负有合同上的对待给付义务。而在风险负担规则模式下，这一对待给付义务已当然消灭，并不因时间的经过受有影响。此时，两者的冲突较为明显。

### 6. 小结

综上，在给付义务是否得以免除不是十分清晰之情形以及债权人对于合同的存续存有利益之情形，合同解除与风险负担规则相比具有其优势。但解除程序的烦琐、期间的限制、持续性合同中的部分不能以及合同解除后的风险负担问题之应对等方面，风险负担规则较之解除制度更为合理。

从立法论角度言，因合同解除放弃了归责事由要件而引起的两者之间的冲突可以通过废除风险负担规则来解决，但同时也不得不对一些原来由风险负担规则处理或者风险负担规则处理起来更为合理的领域作出特别的安排，例如特定情形的解除权限制问题、部分解除制度的构建以及价款减少请求制度等。因此，虽然解除制度的非归责化趋势使风险负担规则面临被废弃的威胁，但要真正废弃之，也并非易事。套用崔建远教授的表述，“风险负担规则的‘死亡’不是不可能，只不过必须满足解除制度完整和明确这一前提条件”。目前日本学者提出的《方针》正努力推进这一“死亡”的过程。但与此同时，或许也正是目前的解除制度尚有其“力所不逮”之处，德国债务法现代化过程中又“复活了”风险负担规则，形成目前的并存模式。我国合同法立法当时是否已经清晰地认识到了两者的重叠或关注到了风险负担规则的“死亡”进程，从公开的立法资料中难以体察——在现行合同法文本中并不存在如同现行德国民法典第326条第5款或者日本能见善久教授设计方案那样明确的处理竞合关系的规定，<sup>[38]</sup>但在结果上表现为两者并存的立法模式。

[36] 参见[日]小野秀诚：《给付障害の体系：给付障害の一元化、解除と危険負担》，《一橋法学》2005年第4卷第3号；尹田：《法国现代合同法：契约自由与社会公正的冲突与平衡》，法律出版社2009年版，第421页。当然，也不排除就清算关系中的风险负担作出与风险负担一般原则不同规定的可能性。例如，《联合国国际货物销售合同公约》第82—84条就合同解除后回复原状时的危险分配作出了规定，此等规定通常被认为是该条约第66条以下的风险转移一般规则的特别规定；奥地利法院曾援引该条约第82条第2款(a)项和(b)项，就不符合约定的墙板在返还运输途中所生的显著毁损，判决由出卖人承担该风险；参见[日]甲斐道太郎ほか編：《注釈国際統一売買法Ⅱウィーン売買条約》（[日]山田到史子執筆），法律文化社2003年版，第82页。此外，德国民法典第346条和我国合同法第148条就因瑕疵给付而解除合同情形的风险负担也作了相应规定。参见前引[28]，易军文；前引[20]，韩世远书，第332页。

[37] 前引[26]，崔建远主编书，第247页。

[38] 参见前引[22]，能见善久文。至少在全国人大法工委民法室编著的《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》（法律出版社1999年版）和全国人大常委会法制工作委员会民法室编著的《〈中华人民共和国合同法〉及其重要草稿介绍》（法律出版社2000年版）等公开立法资料中，难见其踪迹。

## 五、风险负担规则在我国合同法中的现在与未来

如上所述,我国合同法放弃了解除的归责事由要件,同时规定了不完整的风险负担规则,形成了两者并存的局面。因未来民法典维持现行合同法基本制度的可能性很大,这一模式将在很长时间内得以存在。就当下言,如何处理风险负担规则与不要求归责事由要件解除合同制度之间的交错领域,成为司法实践中的难题之一。其中,亟需明确的问题主要有以下几个方面。

1. 依法律规定由债务人承担风险之情形,因法定免责事由陷于履行不能的,债权人的对待给付债务消灭。于此情形,债权人也可以解除合同。此时,两者构成竞合关系,债权人可任择其一主张,<sup>[39]</sup>但会面临以下问题:

(1) 若解除权因期间限制而消灭,债权人能否依据风险负担规则免于对待给付义务?根据合同法第95条,解除权因期限届满不行使而消灭。但依风险负担规则,对待给付义务已当然消灭,并不因时间的经过受到影响。而且,因风险负担规则自动消灭效果的存在,债权人通常不会积极行使其解除权。从这层含义来说,解除权行使的期间限制对于那些本来可以通过风险负担规则自动免除其债务的人来说难免过于苛刻。于此情形,可限制解除权期间限制规则的适用。当然,对于已为之对待给付的返还问题或者减少价款问题,即因风险负担规则的适用而产生的价金返还请求权或减少价款请求权,从理论上来说有可能适用不当得利的时效限制。不过,因不当得利返还请求权的标的及其范围涉及善意、恶意之分,风险负担规则的适用引起的返还关系能否准用不当得利之规定,尚待进一步考察。

(2) 合同解除后清算关系中的诉讼时效与适用风险负担规则引起的返还关系中的诉讼时效不一致时如何处理?目前的法律法规及司法解释对两者的诉讼时效起算点都未作规定。最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(法释[2008]11号)第7条规定,“合同被撤销,返还财产、赔偿损失请求权的诉讼时效期间从合同被撤销之日起计算。”合同被撤销后的返还关系与合同解除后的返还关系存在相当大的类似性,该条当有准用的余地。在旧德国民法典背景下,学说通常认为合同解除的清算应当按照不当得利法的规则或者按照物权法的规则来进行,但债务法现代化后的德国民法典第346条、第347条就解除的效果及其清算关系作了特别规定,上述学说已被彻底抛弃,应视为不得再类推适用不当得利的规定。<sup>[40]</sup>我国合同法第97条对合同解除的效力也作出了特别规定,因此笔者认为在时效问题上类推适用合同被撤销后的返还关系较为合理。<sup>[41]</sup>同时,上述司法解释第8条对不当得利的诉讼时效起算点也作了规定,“返还不当得利请求权的诉讼时效期间,从当事人一方知道或者应当知道不当得利事实及对方当事人之日起计算”。若适用风险负担规则引起的返还关系准用不当得利之规定,则亦适用该时效规定。如此一来,两者的诉讼时效起算点就存在较大的不同,势必引起冲突。笔者认为,由于解除权的行使需要意思表示的介入,因此,若解除权人选择行使解除权,应尊重其意思。而且,一旦行使解除权,对方当事人亦会产生合理的法律效果预期,若转而适用风险负担规则返还关系的诉讼时效,难免有害当事人关系之稳定。故于此冲突情形,当适用解除权行使后的清算关系中的

[39] 同样的见解,参见前引[22],能见善久文。

[40] 前引[36],小野秀诚文;卢谌、杜景林:《论合同解除的学理及现代规制——以国际统一法和民族国家为视角》,《法学》2006年第4期。

[41] 关于解除效果的请求权分析,参见崔建远:《解除权问题的疑问与释答》下篇,《政治与法律》2005年第4期;韩世远教授认为合同解除后的恢复原状义务在性质上并非一种单纯的以不当得利为基础的债务,参见前引[20],韩世远书,第331页。

诉讼时效。

(3) 因不可抗力致使不能实现合同目的, 债务人要求解除, 债权人能否以风险负担规则的适用为抗辩, 不同意解除? 在解除权主体上, 通常解释为“在不可抗力致使不能实现合同目的场合, 解除权由双方当事人享有, 任何一方都可行使。在当事人一方违约的情况下, 解除权归守约方享有”。<sup>[42]</sup> 但就法定免责事由引起的风险且该风险由债务人承受之情形, 债权人能否主张因风险负担规则自己已免于对待给付义务, 认为合同已在风险发生之时消灭, 进而否定债务人的解除权? 该问题主要涉及持续性合同等特定情形, 因合同解除消灭合同的时间与因风险负担规则免除对待给付义务的时间存在时间差, 解除权人为谋求合同存续而产生的价金等收益, 进而投机性的选择合同解除时间。虽然合同法第 95 条规定要在“合理”期限内行使解除权, 但仍然难以完全避免此等投机。因此, 若能够证明债务人的解除权较之风险负担规则有害债权人的利益, 可支持债权人的此等抗辩, 限制债务人于此情形的解除权, 保护债权人的利益。当然亦可以不通过限制解除权的方式保障债权人的利益。合同法第 97 条规定, 合同解除后的清算应“根据履行情况和合同性质”作出相应的处理。因此, 也可以在肯定债务人解除权的同时, 根据该条的立法目的, 在清算关系的利益调整方面维护债权人的利益。

2. 依法律规定由债权人承担风险之情形, 当否定债权人的解除权。如前所述, 在受领迟延、所有权保留买卖以及不动产买卖中, 风险负担规则与解除制度可能存在对立和矛盾。以“孙洪亮案”和“磐安县案”为例, 两者都涉及交付使用与所有权转移相分离的问题, 即标的物虽已交付使用, 但因不可归责于债务人的事由导致所有权移转义务履行不能。买卖合同中的标的物所有权移转义务履行不能, 通常都构成“不能实现合同目的”或重大违约,<sup>[43]</sup> 当可以行使解除权。但如此一来, 应承担风险之债权人(买受人)<sup>[44]</sup> 可以所有权移转义务未履行这一根本违约为由解除合同, 从而将风险转嫁给就该毁损、灭失不存在归责事由的债务人(出卖人), 势必有违法律规定的风险分配原理。也正因为如此, 无论就解除与风险负担规则之间的关系采取哪种模式, 这种情形下的解除都被否定了。<sup>[45]</sup> 我国合同法就该点没有作出明确规定, 进而导致了司法实践中的混乱。如前述“孙永亮案”, 法院在援引风险负担规则确定风险的承担人后, 在法律效果上却援引了合同解除制度。而“磐安县案”的一审法院则肯定了买受人的解除权, 明显有违风险负担规则的风险分配原理; 二审法院虽然援引了风险负担规则, 但在具体理由上却认为即使“未完成所有权转移义务”, “已交付使用”也可以视为“实现合同目的”, 进而否定了合同解除权, 该理由明显不当。其实, 从体系性解释以及目的解释出发, 上述情形完全可以否定债权人的解除权, 而只适用风险负担规则。就法律规定由债权人承担风险的其他情形, 在解释论上也可以同样的理由否定债权人的解除权。

此处就“磐安县案”作一补充。该案终审判决由买受人承担风险, 且认为出卖人没有违约, 因此驳回买受人的一切诉讼请求。但笔者认为, 本案中出卖人未能完成标的物的所有权移转义务这一事实无法改变, 出卖人可能因此获利, 如省却了过户登记的费用等。针对这一问题, 日本民法典第 536 条第 2 款规定了“代偿请求权”, 即“因可归责于债权人的事由致使不能履行时,

[42] 前引 [26], 崔建远主编书, 第 245 页。

[43] 参见 [日] 松岡久和:《履行障害を理由とする解除と危険負担》,《ジュリスト》2006 年 1318 号。

[44] 法释 [2003] 7 号第 11 条规定:“房屋毁损、灭失的风险, 在交付使用前由出卖人承担, 交付使用后由买受人承担”; 法发 [2009] 17 号第 3 条规定:“对房屋的转移占有, 视为房屋的交付使用”。

[45] 前引 [43], 松岡久和文。在这点上, 债务法现代化后的德国民法典第 446 条规定的交付主义也被解释为, “如果所有权转让不能是在交付之后发生的, 并且其既不能够归责于出卖人也不能够归责于买受人, 那么这种不能再妨碍出卖人享有的支付全部价金的请求权”。参见 [德] 梅迪库斯:《德国债法分论》, 杜景林、卢湛译, 法律出版社 2007 年版, 第 27 页。

债务人不丧失接受对待给付的权利。此时,如果有因免除自己的债务而获得的利益,须将其利益偿还于债权人”。即使在解除一元论模式下,日本《方针》第3.1.1.86条仍然维持了这一代偿请求权。有学者甚至认为,既然在可归责于债权人的事由而致履行不能时都给予债权人如此保护,在因不可归责于债权人的事由而由债权人承担风险之时,理应类推适用该款的规定。<sup>[46]</sup>但目前我国法律尚未有同样的规定。当然,从理论上说,在没有类似规定的情况下,类推适用民法通则第92条不当得利的规定作出处理,也不失为过渡期的方法之一。但遗憾的是,上述“磐安县案”在适用风险负担规则的同时未能就此作出进一步的判决。

3. 瑕疵给付时的解除与风险负担问题。合同法第148条和第149条对此作了规定。第148条规定,存有质量瑕疵致使不能实现合同目的的,买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同;拒绝或解除的,标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。依该条文义,若存在致使合同目的不能实现之瑕疵,交付以后即使因法定免责事由毁损、灭失的,买受人亦可以通过拒绝接受或解除将风险回转给出卖人承担。此时,通过解除制度与风险负担规则的相互作用在当事人之间分配风险。而且,该条并未指明风险的发生时间,依文义,风险发生在拒绝接受或解除合同之前还是之后,在所不问。从立法论的角度言,标的物的灭失、毁损与标的物的瑕疵毫无因果关系时(若因质量瑕疵引起毁损、灭失,属于违约责任和合同解除的范畴,而不属于风险负担问题),因标的物恰好存在瑕疵就将交付后本来应由买受人承担的风险回转给出卖人,不是没有疑问的。<sup>[47]</sup>即“对于另外一方当事人引致解除的义务侵害行为,不应当通过在一般风险负担规则之外创设例外的办法来予以制裁,而是应当通过关于义务侵害责任的规定给予制裁”。<sup>[48]</sup>根据第149条的规定,风险由买受人承担的,不影响瑕疵给付(包括构成根本违约和未构成根本违约的瑕疵给付)的违约责任追究。如此一来,可能因为当事人的选择不同,在实际结果上形成很大的不同,从立法论角度言,当有重新斟酌之必要。以下设一例对此简单分析。

假设出卖人甲与买受人乙订立了购买货物A(市场价值30万元)的合同。因甲交付的货物存在瑕疵(存有瑕疵时的货物简称为B),其市场价值3万元。B在乙处灭失。设若乙解除合同,依合同法第148条的规定,乙的30万价款支付义务消灭,甲承担3万元的损失。设若乙未解除合同,是否认可该批货物未予明确,也不符合第158条“视为符合质量要求”的规定,依第142条的规定,此时风险当由买受人乙承担,乙负有30万价款的支付义务;但依第149条的规定,乙可以要求甲承担违约责任,支付A与B之间的差价27万元,结果由乙承担3万元的损失。

4. 就风险负担进行特别约定时的合同解除。就风险负担存有特别约定、且该特别约定涵盖了法定解除条件中的风险分配规则的,若与法定解除的效果相冲突,除非该特别约定存有无效或违反合同法基本原则之情形,应视为解除权人的解除受到了当事人合意的限制,否则当事人也就没有必要就风险负担作出特别约定。<sup>[49]</sup>

5. 持续性合同的风险负担与解除,主要涉及解除制度的“全有全无”问题以及价款减额问题。合同法第231条为处理持续性合同相关问题提供了参考。该条前半句规定了风险负担规则,即出租人主义,基于给付与对待给付之间的牵连关系,租赁物因不可归责于承租人的事由部分毁损、灭失的,承租人可以要求“减少租金”。该条后半句规定了因租赁物毁损、灭失不能实现合同目的时承租人的解除权,若依传统解除制度,可能引起“全有全无”的风险。值得注意的是,该条规定的“减少租金”规则与风险负担规则的一般原理有所不同,并不是对待给付义务在相应

[46] 参见[日]平野裕之:《民法总论5 契约法》(第3版),信山社2007年版,第116页。

[47] 参见前引[5],《方针》第288页。

[48] 前引[40],卢谌等文。

[49] 参见前引[22],能见善久文。

的范围内自动缩减或自动消灭，而是需要承租人提出“要求”，介入了承租人请求减少租金的意思因素。由于前半句的风险负担规则和后半句的解除制度都需要承租人的意思介入，因此可赋予承租人选择权：承租人若认为减少租金保持合同效力对其有利，可选择前半句的风险负担规则；若认为没有保持合同效力之必要，可以选择解除合同。两者相互作用，以意思为媒介，使风险分配符合当事人的意思自治，也不失为一种有效的解决方法。租赁合同的这一处理模式也可类推适用于其他持续性合同。

当然，若要完全避免上述“全有全无”的解除风险，可以导入部分解除制度，仅就发生履行障碍的某段期间或某部分为解除，而不针对合同的全部。我国合同法总则并没有明确规定合同的部分解除，但在其关于买卖合同第164—166条规定了部分解除制度。<sup>〔50〕</sup> 合同法第405条关于委托人报酬支付义务的规定也部分反映了部分解除的思想。该条第2句规定：“因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。”在实践中，可以依据合同法第174条确立的“买卖合同准用于其他有偿合同”规则或者类推适用第405条的规定，根据案件实际情况导入部分解除制度，从而避免“全有全无”之解除风险，与第231条前半句的处理模式保持一致。

另外，如果出租人或其他持续性合同的债务人以“因不可抗力致使不能实现合同目的”为由提出解除合同，可依前述债务人承担风险时的处理模式予以解决。即若能够证明债务人的解除权较之风险负担规则有害债权人的利益，可限制债务人的解除权；或者依合同法第97条的规定，在清算关系的利益调整方面维护债权人的利益。在这点上，在适用法发〔2009〕17号第11条时应严格把握其要件。该条规定：“租赁经营期间，因地震灾害造成租赁经营的厂房、设备以及经营场所严重受损无法恢复正常经营，当事人起诉要求解除租赁经营合同的，人民法院应予支持。”在具体处理上，只有完全地、终局性的“无法恢复正常经营”，才可以承认出租人的解除权。对于暂时无法恢复正常经营的，可以采取部分解除或者合同法第231条前半句规定的减少租金但保持合同效力的模式，以符合风险负担规则和解除制度背后的风险分配原理。

6. 清算关系中的风险分配问题，是风险负担规则与解除制度相互连结的又一难题。如前所述，合同法第148条虽未指明风险的发生时间，但依文义，无论是解除合同之前还是之后发生的风险，在所不问。因此，至少就标的物不符合质量要求引起的买卖合同解除，可以适用第148条，由出卖人承担风险。该条是否可以准用于其他解除情形，当有考察之必要。第148条是基于下述法律政策：质量瑕疵引起的法定解除，是以另外一方当事人违反义务为要件，故另外一方当事人理应承受解除权人无过失行为的风险。<sup>〔51〕</sup> 换言之，该政策理由中蕴含了归责事由的考虑，即因可归责于债务人的事由引起的解除，解除后的风险当由该债务人承担。但合同法第94条尚包含不可归责于债务人事由引起的解除，例如，因不可抗力致使不能实现合同目的之情形。因此，即使148条可以准用于解除后清算关系的风险负担，也应将其限定在解除是因可归责于债务人之事由引起的情形；对于其他情形，则应当类推适用风险负担的一般规则处理。当然，这是现行法状态下的解释问题，若从立法论角度言，回归传统的风险负担规则或者在解除一元论模式下重新斟酌该条的处理模式，乃是较为合理的方法。

以上围绕合同解除制度和风险负担规则，分别就解除一元论和并存模式的立法方向作了探讨，并就我国合同法中的风险负担规则与解除制度之间的交错进行了分析，以图解决目前的法律适用问题。但是，当比较法上出现了风险负担规则“濒临死亡”的背景之时，风险负担规则的未

〔50〕 参见前引〔20〕，韩世远书，第302页。

〔51〕 参见前引〔40〕，卢湛等文。

来也应纳入我们的视野。虽然就同一事实存有两种以上的法律解决方案本身不一定成为问题,如违约损害赔偿与侵权损害赔偿的竞合,但从法律体系的精确性和法律适用的便捷性、明晰性角度言,采取解除一元论模式具有相当大的吸引力。但是,采取解除一元论模式虽然消除了与风险负担规则交错领域的规范重叠问题,也会引起一系列新的问题。如何将原本由风险负担规则承担而解除制度“捉襟见肘”的领域纳入解除模式之中,面临很大的挑战。当然,就未来言,解除一元论并不是唯一的模式,如债务法现代化后的德国民法典所采取的并存模式也未为不可。但如何设计出尽可能避免交错的并存模式,或者设计出竞合时的处理规则,则是此时面临的挑战。总之,目前我国合同法上的风险负担规则是否应作出调整或废弃,尚待立法机关在未来民法典之路上作出抉择,亦有此抉择的必要。

---

**Abstract:** With contract termination no longer needing the elements of imputation cause such as obligor's fault, the institution of termination becomes one of the systems that release parties from the contract duty. On the other hand, the rule of risk—assuming in the traditional Civil Law can also release obligee from counter—performance. Hence, an interlacing between contract termination and risk—assuming is inevitable. Whether the risk—assuming rules should be brought into the system of termination or not is becoming a problem. The Draft of the Act on the Reform of the Law of Obligations in Germany and the Draft Proposals about the Japanese Civil Code (Law of Obligations) Reform supported the former and deleted the provisions concerning risk—assuming. But the Act on the Reform of the Law of Obligations in Germany supported for the latter in the end. In China, we face the same problem. The Contract Law of PRC has also provided both rules, resulting in the confusion in the judicial practice.

The monism of termination rules and the coexistence of both are the two representative models to resolve the problem. In the fields of implication, effect, procedure, application scope and the limitation of period, both similarities and differences exist between risk—assuming rule and contract termination, and each has its strong points. A conclusion is that, if we adopt the monism model, the system arrangement should fill up the blank with the abolishment of the risk—assuming rules, and if not, the application relationship between them should be clarified.

As to the interpretation of the Contract Law of PRC, when the risk is taken by obligor, obligee may select risk—assuming rule or contract termination, with the limitation of termination, the limitation in liquidation and the counterplea be dealt in particular. When the risk is taken by obligee, the termination cannot be selected. In the situation of defective performance, § § 148 and 149 should be applied, with the rationality of § 148 needing further consideration. When otherwise agreed by the parties about risk—assuming, the agreed has priority. The rules of lease contract or partial termination can be applied by analogy in long—term contracts, and § 148 could also be applied by analogy in the risk allocation in liquidation.

**Key Words:** contract law, risk—assuming, termination

---