

对待给付风险负担的 基本原则及其突破

刘 洋^{*}

内容提要：对待给付风险负担的规范体系中存在“基本原则——例外突破”的基本结构。其基本原则是，对待给付风险负担于给付义务完全履行之前均应停留于债务人方面。它立足于双务合同上给付义务之间的牵连关系，体现了交换正义的法理思想。例外突破则包括交付行为完成、债权人迟延状态出现、可归责于债权人的因素导致履行不能时，对待给付风险负担提前移转或自始由债权人负担。这三种例外规范对于双务合同上给付义务之间牵连关系的打破均有其各自的正当性。交付导致风险负担提前移转的规则亦可用于寄送买卖。债权人迟延制度风险移转功能的规范前提则包括：债务人具有履行能力与履行意愿；履行的实际提供或者例外情形的口头提供，少数特殊场合则可免于履行提供；债权人未履行配合行为。就可归责于债权人因素的判断，根本基准在于合同内容与当事人意思表示的解释；在其具体展开上，债权人违反保护义务与给付义务、不实施必要的协助配合行为、因特约或特殊交易关系承担额外获取风险时，均能将履行不能归入债权人负责的范围，令其自始承担风险。我国现行合同法在对待给付风险负担的规范设置上还存在很多缺漏，民法典合同编草案应当予以增补和完善。

关键词：风险负担 牵连关系 债务人负担主义 交付 债权人迟延

一、问题的提出

《中华人民共和国民法总则》颁布后，我国民法典编纂工作已经进入分编拟定阶段，合同编的制定工作目前正在紧张有序地推进中。对待给付的风险负担制度以双务合同关系中给付义务的消灭或免除对于对待给付义务的命运所产生的影响作为调整对象，关涉买卖价款（买卖合同）、租金（租赁合同）、报酬（劳务合同或承揽合同）等应否支付的问题，属于合同法的重要制度之一。从制度适用的前提条件来说，它连接着履行不能这一履行障

^{*} 上海财经大学法学院讲师。

碍法的核心支柱；〔1〕就规范适用的法律效果而言，其与合同解除制度亲缘性明显，甚至时而产生功能交错或冲突。〔2〕即便单从对待给付风险负担规范体系的角度观察，它也同时跨越合同法总则与合同法分则两个层次，其体系地位的重要性可见一斑。然而，我国合同法在此制度上的规范设置并不健全，〔3〕只是在合同法总则第103条就提存的法律效果予以规定时附带提及；合同法分则中的明确规定，亦仅存在于部分有名合同中。由此导致本属于对待给付风险负担制度核心内容的诸多重要规范皆付之阙如，典型的例子是债权人迟延制度。〔4〕这也使得我国对待给付风险负担规范体系的内部关系未能得到充分揭明和妥当展示。即便是现有的条文中，也往往存在规范主旨不够明确、构成要件有失精准或者法律效果中遗漏对待给付风险负担的规则等问题。另一方面，合同法中亦有部分条款性质上属于对待给付风险负担规则，但在我国民法学界的学理研究中却几乎遭到普遍性的忽略，例如合同法第295条、第359条第1款和第362条第1款，均属适例。显然，我国现行合同法在对待给付风险负担上的实证法规范与其体系地位并不匹配，加之学理研究上的不足，难以以为司法裁判提供明确和有效的指引。有鉴于此，有必要就对待给付风险负担的基础理论加以研究，体系化地释明该制度内部组成规范之间“基本原则——例外突破”的关系构造及其各自的正当性基础或者分别蕴含的法理思想，同时对基本原则与例外规范的具体适用给予合理的阐述，并在此基础上对目前已经公布的民法典合同编草案中关于对待给付风险负担的相关规则进行评析和提供修改意见，期能裨益于民法典合同编的完善与司法实践的展开。

二、对待给付风险负担的基本原则

对待给付风险负担制度的最终目的在于对待给付义务命运的确定。就此，我国现行实证法规范中并未专设条文，予以明确规定。从问题产生的场域观察，对待给付风险负担问题的发生及其讨论，必须置于双务合同的框架中，且随着一方给付义务的消灭而被提出。〔5〕由此，该制度间接地反映了双边义务性合同中互相对立的两个给付义务之间的联结关系，同时也是对双边给付义务联结方式与理念的规范表达和具体化。所以，须先究明这种双边性的给付义务之间处于怎样的联结方式，藉此导出对待给付风险负担或分配上的出发点。

（一）给付义务之间联结方式的历史演进及牵连性观念的确立

论及双边给付义务的联结方式，实际上并无先验正确的唯一标准，而是经历了一个长期的历史流变和发展过程。早在罗马法，这一问题即已存在，只不过当时采取了否定的回答。罗马法从诉（action）作为权利实现手段的基本观念出发，认为买卖合同中买受人的交

〔1〕 参见杜景林、卢湛：《给付不能的基本问题及体系建构》，《现代法学》2005年第6期，第121页。

〔2〕 Vgl. HKK/Schermaier, § 326, Rn. 14. 同旨参见周江洪：《风险负担规则与合同解除》，《法学研究》2010年第1期，第76页以下；于毓珩：《论合同法风险分配制度的体系建构——以风险负担规则为中心》，《政治与法律》2016年第4期，第81页以下。

〔3〕 参见崔建远：《合同解除的疑问与释答》，《法学》2005年第9期，第70页。

〔4〕 韩世远：《论债权人迟延》，《法制与社会发展》1999年第3期，第23页。

〔5〕 MüKoBGB/Ernst (2016), § 326, Rn. 7; Jauernig/Stadler, BGB, § 326 Rn. 4 ff.

付请求权和出卖人的价金请求权属于两个不同的诉因，必须分别提起和执行，并最终实现双方各自的请求权和利益。^{〔6〕}这意味着，买受人的标的物交付请求权即便不能实现甚至消灭，出卖人依然可以根据有效买卖合同所产生的价金请求权要求对方付款。这表明，罗马法对于合同关系产生的双边给付义务采取割裂的态度加以看待，并分别实现之。由此形成了被后世评判为不妥当、有违公平理念且无法理解的债权人主义（即风险自始由债权人承担）^{〔7〕}或者合意主义（即合同缔结之时起风险转移到债权人方面）。

到中世纪时期，法学家们致力于对罗马法学家就双务合同所发展出来的风险负担规则进行分类整理和评注。尽管此时基本仍停留于罗马法形成的看法，即合同缔结仍被视为风险移转的决定性时点，但该规则的例外情形已经开始受到关注。比如，在由劳务合同、物之租赁与承揽合同所共同组成的“赁借贷”（*locatio conductio*）合同类型中，^{〔8〕}当事人对自己领域之事故负责的“风险领域理论”已经出现。在租赁或者许可使用合同中，债权人于标的物使用不能的场合可能获得免于对待给付的机会。^{〔9〕}最为激进的是巴托鲁斯（Bartolus），他认为当事人合意中通常被期待的应当是，给付义务相互依赖，其中一者消灭的情况下另一者也不应再履行；已经履行的一方可要求不当得利返还。道勒鲁斯（Donellus）则将该规则扩张用于意外履行不能的情形，债权人若不能履行自己所负的对待给付义务，则也不得就其所获给付加以保留，给付义务之间的功能性牵连关系在此处得到理论上的说明。然而，罗马法现代运用时期的法学家（Juristen des Usus Modernus）却对道勒鲁斯的理论一概拒绝或者仅在有限范围内对其予以承认。^{〔10〕}随着对罗马法规则的不满情绪越发高涨，巴尔杜斯（Baldus）在区分买卖合同与赁借贷合同之价值评判的基础上认为，买受人只有在获得对标的物的实际占有之后，风险才应当移转。而库雅茨（Cujaz）在阐释并解决学说汇纂 D. 19, 1, 33 与法学阶梯 Inst. III, 23, 3 之间的矛盾时也指出：买受人无须为其所不曾收到的标的物付款，这才更加合乎公正。库雅茨对于罗马法中买卖合同风险负担规则的新阐释在罗马法现代运用时期的法学家中获得相当的支持，这也折射出法律实践的需求以及债权人风险规则所面临的问题。^{〔11〕}可见，罗马法对给付义务联结关系的理解不断受到冷落，此时已埋下风险负担规则与罗马法传统分道扬镳的种子。

随后兴起的自然法思潮开始尝试提出一条普适性和一般化的风险负担规则。其时，格劳秀斯已经特别注意到罗马法上风险在交付之前移转的规则，并在研究国际条约法时，对功能性牵连关系加以论述。他指出，签署国际和平条约一方即便因意外而无法履行，另一方也可以从条约中退出。普芬道夫则进一步将此种思想转换成合同法上的功能性牵连关系，

〔6〕 HKK/Ernst, § § 446, 447, Rn. 2.

〔7〕 Staudinger/Schwarze (2015), § 326, Rn. B 3.

〔8〕 关于拉丁文术语 *locatio conductio* 一词的中文翻译及其理由，参见蒋军洲：《*Locatio conductio* 的译法探讨——以赁借贷的译名为主要说明对象》，载徐国栋主编：《罗马法与现代民法》第 8 卷，厦门大学出版社 2014 年版，第 60 页以下。在罗马法中，劳务合同、租赁合同与承揽合同并非各自独立的有名合同，它们被统摄于“赁借贷合同”类型之下。Vgl. Carsten Hanns Müller, *Gefahrtragung bei der locatio conductio: Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag im Kommentar römischer Juristen*, Verlag Ferdinand Schöningh, 2002, S. 17 ff.

〔9〕 前引〔2〕，Schermaier 所撰评注，第 326 条，边码 5。

〔10〕 同上引评注，第 326 条，边码 6。

〔11〕 同上引评注，第 326 条，边码 7。

通过运用“默示条件”（*condictio tacita*）这一工具，将两边给付义务的命运联系在一起，并力主一方给付义务的履行不能将直接导致合同的消灭，已经履行的一方可以要求返还。这已经意味着与罗马法上完全相反的风险负担规则的产生。^[12]在这一思潮的滋养下展开的法典编纂运动中，巴伐利亚民法典一方面在有名合同中选择恪守罗马法的债权人风险规则，另一方面却在无名合同中赋予先履行一方于对方履行不能场合下的返还请求权。普鲁士一般邦法直接规定，履行不能的合同视为自动消灭，先履行的给付应当返还。^[13]法国民法典在“给予之债”中确立了风险负担的一般规则，即在当事人约定的交付时点风险向买方转移（第1138CC条）。^[14]奥地利民法典则与普鲁士一般邦法保持了一致，在嗣后不能导致债务拘束解消和在先履行返还问题上均是如此，另外对于“给予之债”，奥地利民法典将交付确定为分界线，此前标的物的消灭导致合同解消（第1048条）。^[15]到了这一步，割裂对待给付义务的思维方式已经逐渐被扬弃，牵连性观念和相互影响的理论则日益走上前台，并在实证法规范中崭露头角。

随着潘德克顿法学逐渐声名显赫起来，尽管其早期学者（比如蒂堡 Thibaut）考虑此一问题的解决方案时尚存在丝丝复古倾向，但主流学说终究选择了牵连性观念，并提出：若无需履行己身之债，亦不得要求对待给付。^[16]与此同时，19世纪后半叶产生的民法典草案中，比如1853年黑森草案、1861年巴伐利亚草案和1866年德累斯顿草案都规定了双边给付义务之间牵连性关系对于所有类型债务的一体适用性。但在买卖法中，风险则随着交付完成而向债权人一方移转。^[17]

最终，在德国民法典制定时，库贝尔（v. Kübel）提出，应当抛弃罗马法的（风险负担）原则，接续普鲁士一般邦法和奥地利民法典以及新近产生的民法典草案，采纳德国法自己的风险负担原则，^[18]对牵连性观念作统一的规范化表达，并不再就买卖合同的风险转移设置特别条款，而且部分履行不能将使债权人享有要求相应地按比例减少对待给付的权利。^[19]这就将合同解除权、风险负担规则与（给付义务的）条件性牵连（*konditionales Synallagma*）之间共同的历史渊源与紧密联系清晰地展示出来。库贝尔的建议被采纳，从合同上双边给付义务之间的牵连性观念出发，一边给付义务的消灭必须在对立一边产生反射性影响并导致对待给付的义务随之消灭，亦即债务人负担对待给付风险的基本原则，最终被德国民法典固定下来，表现为债法现代化之前的第323条。

德国债法现代化的进程中，伴随着废除履行不能作为债法核心概念的呼声，第323条这一作为对待给付风险负担核心承载的规范曾一度被取消。^[20]但由于卡纳里斯疾呼履行不能

[12] 前引〔2〕，Schermaier所撰评注，第326条，边码8。

[13] 同上引评注，第326条，边码9。

[14] 同上引评注，第326条，边码10。

[15] 同上引评注，第326条，边码11。

[16] Windscheid, Lehrbuch II, 4. Aufl., (Fn. 109), 234 (§ 321).

[17] 前引〔2〕，Schermaier所撰评注，第326条，边码13。

[18] Vgl. H. H. Jakobs, W. Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse II (§ § 433 - 651), Walter de Gruyter, 1980, S. 81.

[19] 前引〔2〕，Schermaier所撰评注，第326条，边码14。

[20] 前引〔2〕，周江洪文，第77页；关于德国民法典原第323条的流变历程，参见前引〔7〕，Schwarze所撰评注，第326条，边码A3。

作为债务人免责规范的重要意义，^[21]此一概念最终被保留和重新纳入德民第 275 条，其在履行障碍法中的体系地位和意义有增无减。作为第 275 条的配套规范以及与债务人免于给付相并立平行的制度，新债法第 326 条又重新录入原第 323 条的内容，^[22]对于双边给付义务之间的条件性牵连关系予以确认，同时也再次宣示了对待给付义务自动消灭，即债务人主义作为对待给付风险负担的思维起点和基本原则。

如今，双务合同作为契约之债最重要的类型，其给付与对待给付义务之间相互依赖、相互影响的牵连性关系，已经得到普遍的认可和接受。即便从文义来看，日本民法典第 534 条针对特定物买卖的案型设置了债权人主义的风险负担规则，^[23]但是此种无正当理由地偏离双务合同上给付义务牵连性观念的规范，却遭到日本学术界的一致批评，且在日本交易实践中，也基本上被当事人特别合意约定的风险负担规则所排斥。结果，日本民法就特定物买卖设置的债权人主义风险负担规则，已被学界和实务界实质修正。而对于特定物交易之外的其他双务契约，日本民法则仍然遵循债务人主义的基本原则。^[24]这意味着，日本民法实质上亦确立了债务人主义作为判断对待给付风险负担的思维起点和基本原则。由此，牵连性观念及其合乎公平法感的正当性，再次得到印证。

（二）债务人主义作为我国对待给付风险负担的基本原则及其证成

上述牵连性观念，同样被我国法所继受。此不仅可从我国学者就双务合同展开的理论争辩^[25]以及双务合同在合同类型划分中所处的重要地位看出，^[26]更有直接的规范依托，比如合同法第 66 - 69 条关于双务合同履行抗辩权的规定，即属功能性牵连的法定规范。而条件性牵连，则可在合同解除法律效果的规则中获得印证。根据合同法第 97 条，解除权的行使导致双方当事人的义务同时免除，即一边给付义务的消灭必然同时导致另一边义务的免除与不复存在，^[27]居于对待关系中的给付义务任何一者都不能独自存在。准此而论，在我国法的框架下，亦应以相同的标准确定对待给付义务的命运，使之与给付义务同时消灭，才符合双务合同上给付义务之间的交换关系和交换正义（Austauschgerechtigkeit）的法理。换言之，我国法上贯彻的是债务人主义作为对待给付风险负担的基本原则和思考起点。

这一结论的正确性，还能从我国合同法分则有限的风险负担规范中寻得支撑。比如，合同法第 231 条明确规定：“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。”在作为双务合同的租赁关系中，出租人

[21] Claus-Wilhelm Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen, in: R. Schulze, H. Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Mohr Siebeck Tübingen, 2001, S. 43 - 66.

[22] 前引〔5〕, Ernst 所撰评注, 第 326 条, 边码 1 和边码 6; 前引〔7〕, Schwarze 所撰评注, 第 326 条, 边码 A2; Soergel/Gsell, § 326, Rn. 2.

[23] 参见渠涛编译:《最新日本民法》, 法律出版社 2006 年版, 第 117 页以下。

[24] 前引〔2〕, 周江洪文, 第 78 页。

[25] 参见韩世远:《构造与出路: 中国法上的同时履行抗辩权》, 《中国社会科学》2005 年第 3 期, 第 104 页以下; 崔建远:《履行抗辩权探微》, 《法学研究》2007 年第 3 期, 第 45 页以下。

[26] 参见韩世远:《合同法总论》, 法律出版社 2011 年版, 第 51 页以下; 崔建远主编:《合同法》, 法律出版社 2010 年版, 第 29 页以下。

[27] 同旨参见 Soergel/Gsell, Vor § 320, Rn. 15; Staudinger/Schwarze (2015), Vorbem zu § § 320 - 326, Rn. 20.

的主给付义务在于移转标的物的占有供承租人使用,并维持其在租赁期间的适于合同目的的可使用性,标的物在此期间的毁损灭失意味着出租人主给付义务的履行不能。于此场合,本条规则使承租人同时有权从其对待给付义务(即租金义务)中免除和脱身,体现了双边给付义务之间在存续或消灭上的牵连关系,也是债务人负担对待给付风险这一基本原则在租赁合同领域的具体化。^[28]此外,合同法第221条、第228条同样是基于租赁合同作为定期行为的特质,通过减少租金的途径来应对出租人主给付义务(用益提供)部分履行不能的情况,^[29]亦属牵连性观念与债务人负担风险的规范表达。

就承揽类合同而言,合同法第299条与第314条分别针对客运合同与货运合同的对待给付风险负担进行规范。在前者,“客票载明的时间和班次”意味着客运合同的定期行为属性,“迟延运输”将同时产生履行不能;作为法律效果的“退票”本质上是用行业术语转译了对待给付义务(即票价/报酬支付义务)消灭或免除的立法价值判断。在后者,“货物在运输过程中灭失”不过是外在的表面现象而已,由此衍生的承运人主给付义务(通过运输服务使标的物位置移转)履行不能才是真正的调整对象,后半句“未收取运费的,承运人不得要求支付运费;已收取运费的,托运人可以要求返还”,相当精准地将给付义务之间的条件性牵连关系运用到货运合同领域,实现了债务人负担对待给付风险之基本原则的规则化。

相较于承揽合同清晰的规范表达和法理运用,在以劳务或行为实施作为标的的委托类合同领域,我国合同法的规范设计就稍显混沌,但这并不至于根本性地掩盖立法者进行风险分配的基本法理思想。比如,合同法第359条第2款规定:“技术咨询合同的受托人未按期提出咨询报告或者提出的咨询报告不符合约定的,应当承担减收或者免收报酬等违约责任。”作为劳务类合同之一的技术咨询合同,服务时间和期限的约定通常使之具有定期行为的性格。^[30]“未按期提出咨询报告”意即确定的服务期间的部分或全部经过,该特定时间规划的不可逆转与无法弥补性直接导致服务人给付义务的部分或者全部履行不能的出现。本条规定此际应当“减收或者免收报酬”,意即对待给付风险部分或全部停留于债务人方面,属给付义务间条件性牵连关系的规范化表达。同样,合同法第405条第2句针对“委托事务不能完成的”情形设计了部分报酬请求权,即“委托人应当向受托人支付相应的报酬”。其背后的基本法理是:委托(劳务类)合同不以特定结果的出现为债务内容与合同目的,与报酬立于交换关系的仅仅是单纯的行为而已。^[31]故即便委托事务并未能完全实施,就已经展开的活动与实施的行为亦足以产生对应的报酬请求权。对本条的部分报酬请求权作反对解释,即履行不能而没有实施的部分,其对应的报酬请求权同时消灭,对待给付的风险相应地由债务人负担。

还有必要澄清的是,我国学界长期以来存在将所谓的交付主义作为买卖合同风险负担

[28] 关于合同法第231条作为对待给付风险规则的讨论,参见前引〔2〕,周江洪文,第86页以下。

[29] 关于租赁合同中减价权作为瑕疵履行救济途径的讨论,参见韩世远:《租赁标的瑕疵与合同救济》,《中国法学》2011年第5期,第67页。

[30] 同旨参见 Beuthien, *Zweckerreichung und Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, J. C. B. Mohr Tübingen, 1969, S. 247; auch Picker, *Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienstvertragsrecht*, Teil 2., JZ 1985, S. 699, insbesondere Fn. 113.

[31] Rümelin, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, J. C. B. Mohr Tübingen, 1905, S. 17.

一般规则的观念。就此，固然不能否认交付（直接占有的移转）在买卖合同中的地位 and 重要意义。然而，将之界定为买卖合同风险负担的基本原则（一般性规范），却属误解。实则，合同法第 142 条早已明确指出：“标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担”。也就是说，标的物交付之前毁损灭失导致出卖人主给付义务履行不能的，债务人亦丧失其对待给付的请求权。由此可见，从牵连性观念出发而导出的债务人主义，才应当是也确实是买卖合同对待给付风险负担的基本原则和思维起点。而交付后的债权人风险负担，毋宁仅仅是债务人风险的提前移转而已。^[32] 从对待给付风险负担的规范体系来看，交付导致风险负担移转的规则，不仅不是一般条款或者基本原则，恰恰是例外规范和特别条款。^[33] 这一结论，也与合同法第 351 条相呼应。尽管从外在体系上看，该条远离买卖合同法而且被杂糅到以服务为主的技术类合同当中，然而在内在体系的层面，它本质上是权利（专利权、专利申请权）或者其他无形财产权（技术秘密）的买卖（合同法第 342 条）。作为本条规范适用的前提，“让与人未按照约定转让技术”之要件当然包括了技术转让部分或者全部履行不能的案型，此时“应当返还部分或者全部使用费”，亦即对待给付义务的对应免除或者消灭。在此无形财产权买卖的案型，若不涉及有形标的物的移转，^[34] 交付制度难以适用，这有利于抹去有体物交易关系中“交付”因素的存在所带来的干扰，从而更加直观地表明出卖人负担风险作为思维起点和基本原则的内在特征。虽然其中“使用费”作为买卖价款的转用表达有失精准，将瑕疵履行场合的“违约责任”裹挟一处亦非妥当，但履行完成之前的对待给付风险停留于债务人方面这一基本规则终究得以表达和落实，值得肯定。

综上所述，我国合同法继受并贯彻了双务合同给付义务之间的牵连性法理。立于交换关系的给付义务在产生、履行和存续上，均具有相互依赖性，任何一边出现的履行障碍，必然在另一边产生反射效果。最严重的情况下，一方给付义务因履行不能而消灭，另一方对待给付义务亦不能孤立存在。换言之，在债务履行完成之前，对待给付的风险均由债务人负担。我国实证法中，迄今尚无一般性规则专门就此加以明确规定。在民法典合同编的立法进程中，应考虑填补这一规范空缺，将牵连性观念以及由此导出的债务人主义风险负担规则固定下来。

三、对待给付风险负担的例外突破

另一方面，债务履行尚未完成之前，风险已经移转由债权人承担的情况并不少见。诸

[32] PWW/Schmidt (2017), § 446, Rn. 13.

[33] 无所有权保留约定的普通动产买卖场合，交付完成与所有权移转常相伴而生，并产生债务履行完成的效果。表面看来，此时，交付主义风险负担规则与债务履行的完成以及债务人主义风险负担规则保持一致。但笔者认为，此种非所有权保留的普通动产买卖，并非第 142 条以下交付主义风险负担规则的立法考量原型和预设调整对象。因为，即便没有此等规范，风险同样会随着债务履行的完成而转移到买受人方面。亦即，非所有权保留情况下的普通动产买卖，并不需要专门针对其风险负担作出特殊规定。况且，若债务已经履行完成，其后标的物的命运如何，已进入物上风险的论域，与出卖人亦不相关，不再是对待给付风险问题。所以，第 142 条以下确定的交付主义风险负担规则，规范本旨乃在于，针对占有移转与所有权变动相分离的状况，加以特殊调整和规定。故此，本文此处关于交付主义风险负担规则作为整个风险负担规范体系中例外条款的定性，正确性应不受影响。同旨参见 MüKoBGB/Westermann (2016), § 446, Rn. 1; Erman/B. Grunewald, BGB, 14. Aufl., § 446, Rn. 2.

[34] Vgl. Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Verlag Franz Vahlen München, 2013, Rn. 237 ff.

此情形,实际上是立法者站在基本原则的规范结构基础之上,将各有特色的不同契约类型或者具体而微的契约关系中值得关注的事实要素——比如有体物交易关系中必要的交付行为的实施或无法实施、服务提供合同中债权人拒绝必要的配合行为等——纳入规范评价的视野,从而修正此前仅仅立足于双务合同关系抽象层面作出的价值判断。其结果是对待给付风险负担基础规范的适用性被完全排除或其法律效果被改变。就此种例外案型,若以风险负担异质状态出现的时间先后为标准,可作如下类型化区分:^[35]其一,对待给付风险负担以某个特定法律事实或法律状态的出现为界限,其后发生的风险皆由债权人承受,这意味着对待给付风险的提前移转;其二,对待给付风险负担自始由债权人承担。

(一) 对待给付风险负担的提前移转

1. 交付行为导致风险负担的提前移转

交付行为,主要存在于有体物的交易关系中,又以买卖合同为最典型和常见。其在对待给付风险负担与分配中发挥的作用,充分体现于我国合同法第142条以下。不论从法律规范的文义解释抑或学说理论的研究成果来看,交付的完成在我国合同法的框架中,可以产生“标的物毁损、灭失的风险……由买受人承担”的法效果(合同法第142条),已为公认。^[36]表面上看,本条所谓“毁损、灭失”仅仅涉及标的物的物上风险,实则不然。根据合同法第135条的规定,出卖人的基本义务包括交付(直接占有的移转)和移转所有权。尽管在动产买卖的场合,常常出现交付与所有权变动同步实现的情况,而且若无瑕疵,则出卖人的给付义务于此已经完全履行,此后标的物遭受的任何意外或者风险皆落在买受人的头上,可说毫无疑问。^[37]但此亦属不言自明,毋庸赘言。事实上,更加重要的案型是在土地、房屋等不动产买卖的场合。鉴于不动产物权变动在我国必须经过登记方可生效(物权法第9条、第14条),是故,单纯完成了交付并不会直接导致合同履行的完成。若在此期间,标的物意外毁损灭失,则移转所有权这一主给付义务将无法履行。^[38]基于买卖合同上所有权移转义务与直接占有移转义务之间的一体性,这将意味着整体履行不能的出现。^[39]于此情形,便产生了买受人应否继续依约支付全部买卖价款的问题。也就是说,标的物毁损灭失的外观表象之下,掩盖着价金风险如何配置、由谁承担的问题。如果没有合同法第142条的特殊规定,则从前述牵连性法理出发,对待给付请求权亦不得主张。而第142条恰恰偏离基本原则,作出了相反的决定,将标的物毁损灭失的后果归入债权人负责的领域,令其付款义务并不因此而受到影响。也正是在此意义上,合同法第142条将买受人为风险负责的时点提前到交付,属整个风险负担规范体系中的例外条款,从而构成对给付义务牵连关系的突破。

[35] 同旨参见前引[5], Ernst所撰评注,第326条,边码11以下。

[36] 王利明:《中德买卖合同制度的比较》,《比较法研究》2001年第1期,第34页;朱晓喆:《我国买卖合同风险负担规则的比较法困境——以〈买卖合同司法解释〉第11条、第14条为例》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2013年第4期,第82页以下。

[37] Fikentscher/Heinemann, Schuldverhältnis, 10. Aufl., De Gruyter, 2006, Rn. 404.

[38] 我国房屋买卖的交易与审判实践中,已交付使用但尚未完成所有权移转时,房屋因地震灭失的,其司法应对情况及学理讨论,参见朱晓喆:《买卖之房屋因地震灭失的政府补偿金归属——刘国秀诉杨丽群房屋买卖合同纠纷案评释》,《交大法学》2013年第2期,第167页以下。

[39] Vgl. Filios, Die Gefahrtragung beim Kauf (§ 446 BGB) im Rahmen des Synallagmas, Walter de Gruyter & Co., 1964, Berlin, S. 32.

此时尚须追问的是，此种打破常态的特别条款的正当性基础何在？为此，有学者从“交付”概念的解释入手，试图将其与所有权的移转联系起来，从而赋予其正当性。^[40]但这实际上是一种误读，不仅没有必要，而且在当今分期付款买卖与所有权保留交易日益盛行的背景下，占有交付与所有权移转相互分离的状况比比皆是，在价值巨大的不动产交易关系中更属司空见惯，该种强行将交付与所有权移转绑定的思维方式显得不合时宜，甚至可能引起规范体系内部的冲突或功能紊乱。毋宁，在承认“交付”仅仅指向物上实际控制权（*tatsächliche Sachherrschaft*）与直接占有移转的前提下，只要该“交付”行为目的在于履行已经有效成立的买卖合同上的义务，^[41]即足以发生风险移转的效果。其正当性考量可有如下根据：

第一，交付行为的实施和完成在买卖合同履行过程中发挥着核心功能。这不单单可从交付常常同时导致所有权移转的现象中查知（合同法第133条），即便在所有权被债务人保留的场合，根据合同法第163条的规定，“交付之后产生的孳息，归买受人所有”，意味着交付完成之后，债权人借助买卖合同所欲实现的基本经济目的得到了实质上的保障和实现。^[42]况且，所有权的根本功能在于对抗外部第三人，债务关系当事人内部的价金风险分配并非必须将其纳入考量，^[43]而且这也并不会致生与正义的法感情根本悖反的结果。并且，在交付标的物存有瑕疵的场合，债权人不仅可通过受领拒绝权的行使直接对抗风险向己身移转，纵便是在受领该标的物之后，此时的交付也只会导致尚未终局的暂时性风险移转，买受人一旦行使解除合同或者要求替代交付之追加履行等权利，风险将直接回转到出卖人方面（合同法第148条）。^[44]也就是说，交付导致风险移转的规范设计充分顾及和关照了债权人的法律地位之保护，且能收到规范简易明确、便于操作的效果，应予肯定。

第二，从“利益风险相一致”的基本原则出发，买受人于交付之后即享有占有、使用、收益乃至处分标的物的权能，法律地位相当接近于所有权人。在债务履行不能的场合，买受人得主张代偿利益（*stellvertretendes Commondum*）交出请求权，至于履行不能原因何在、有无过错、代偿利益额度高低，均非所问，亦无关紧要，因为此时标的物上的各项利益均应归属于债权人。这相当直观地展示了债权人的受益程度，令其承受风险，也与利益平衡相吻合。^[45]

第三，交付之后的标的物位于买受人权力所及领域与管领照顾之下，相对而言，作为占有人，买受人能够更好地保护标的物并采取预防措施，而且标的物所罹于的风险，往往

[40] 参见王雪琴：《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页以下；赵家仪、陈华庭：《我国买卖合同中的“交付”与“风险转移”》，《法商研究》2003年第2期，第73页以下；江海、石冠彬：《论买卖合同风险负担规则——〈合同法〉第142条释评》，《现代法学》2013年第5期，第57页。

[41] Jauernig/Berger, BGB, § 446, Rn. 6; PWW/Schmidt (2017), § 446, Rn. 11; Erman/B. Grunewald, BGB, 14. Aufl., § 446, Rn. 5; MüKoBGB/Westermann (2016), § 446, Rn. 7.

[42] 相关讨论，参见周江洪：《前民法典时代孳息归属问题研究——体系化解读之努力》，《浙江社会科学》2011年第5期，第59页以下；易军：《中国民法典草案合同法编分则部分的缺陷及其矫正》，《浙江社会科学》2007年第2期，第83页。

[43] 参见前引〔6〕，Ernst所撰评注，第446、447条，边码13。

[44] 同旨参见 Schlechtriem & Schwenzler, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th ed., Oxford University Press, 2016, p. 999, Rn. 10 ff.

[45] 参见前引〔39〕，Filius书，第16页。

来自于占有人方面,自不宜再任由风险停留于债务人方面。〔46〕

最后,值得关注的是,买卖合同中以交付作为风险移转的分界,已成为超越国界的主流趋势,在《联合国国际货物销售合同公约》第67条与第69条、〔47〕《欧盟统一私法参考框架草案》第IV. A - 5:102条(taking of the goods)中,〔48〕无不如此。

由上可知,我国在买卖合同法领域采纳了实际交付导致价金风险提前移转由债权人负担的规则,尽管此处牵连性法理被打破,但该例外规范的正当性却应当肯定。以此基础规范为依托,买卖合同的其他风险负担规范均围绕其而展开,或为其正向运用(第145条结合第141条第2款第1项、第147条),或为其反向补充(第143、146、148、149条)。当然,也存在格格不入的异质体,比如第144条关于在途货物买卖的规定。该条系借鉴《联合国国际货物销售合同公约》第68条第1句,将合同缔结时作为风险移转的时点。但问题在于,在途货物之毁损难以精确判定究竟发生于合同缔结之前抑或其后,这在集装箱运输时代尤其如此,由此极易引发难解的纠纷。〔49〕也正是在此背景下,《公约》第68条第2句通过风险移转时点回溯到交付第一承运人的规则,很好地减少了实践中出现的问题。〔50〕而我国立法移植却遗漏了该第68条第2句。虽然最高人民法院在《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2012〕8号,下称“买卖合同解释”)第13条再度补充移植了《公约》第68条第3句,却无法从根本上补救因缺乏风险回溯到交付时点规则所带来的困扰。有鉴于此,我国民法典合同编实有必要重新纳入此一风险回溯至交付时点的规则。若该建议得以采纳,在途货物买卖的风险负担规则在性质上亦属于第142条的具体化。

另外值得一提的是,寄送买卖(Versendungskauf)案型中(第145条和第141条第2款第1项)风险随货交第一承运人而移转的规则,固然也是第142条的具体展开,但此处的风险移转却再次提前:买受人在尚未取得标的物直接占有且亦无法加以利用之前,即已须承受其风险,更是对牵连性法理的进一步侵入。〔51〕个中考量,这一规则实际上是在往取之债的基础上,添加债权人请求寄送(我国常谓“代办托运”)的规范要素。〔52〕于此情形,办理运输本来就不是合同义务的内容,出卖人实际上出于好意或者交易关系维持的长远考量而为此行为,所以,不应当使其处于比债权人自行取运货物时更加不利的地位。〔53〕准此而论,此际应类如往取之债的处理思路,因运输而升高的在途风险理当课加到买受人身上。即便是在出卖方以自己人(eigene Leute)实施运输的场合,亦复如此,〔54〕只不过充分做好运输准备、谨慎选任运输人、合理指示并确定最佳运输路线、妥善包装标的物等保护义务

〔46〕前引〔41〕, Berger所撰评注,第446条,边码2; Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 12. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2017, Rn. 187; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 17. Aufl., C. H. Beck, 2014, Rn. 51.

〔47〕前引〔44〕, Schlechtriem & Schwenzner书,第954页,第16页。

〔48〕See Christian v. Bar/Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, full edition, Bd II, 2009, Art. IV. A - 5:102, pp. 1372 - 1377.

〔49〕参见韩世远:《中国的履行障碍法》,载吴汉东主编:《私法研究》第1卷,中国政法大学出版社2002年版,第202页。

〔50〕参见前引〔44〕, Schlechtriem & Schwenzner书,边码7(第981页)和边码1(第979页)。

〔51〕寄送买卖风险移转的规则在德国规定于德国民法典第447条。就此规则,德国民法学界有学者批评其对牵连性观念的侵入不具有正当性。参见前引〔6〕, Ernst所撰评注,第446、447条,边码11。

〔52〕参见前引〔37〕, Fikentscher/Heinemann书,边码822;前引〔46〕, Looschelders书,边码192以下。

〔53〕参见前引〔6〕, Ernst所撰评注,第446、447条,边码10;前引〔46〕, Medicus/Lorenz书,边码57。

〔54〕参见前引〔37〕, Fikentscher/Heinemann书,边码825。不同观点参见 Jauernig/Berger, BGB, § 447, Rn. 12。

会相应加重并可能在违反的场合对风险分配产生反射性的影响而已。由此看来,“买卖合同解释”第11条将承运人限定于“独立于买卖合同当事人之外的运输业者”,未能对寄送买卖法律关系的利益格局作出中肯评价,系对合同法第145条适用范围的不当缩小。司法实践中有以出卖人将标的物“交付独立运输业者后丧失控制权”为由,^[55]试图为该条正当性提供注脚,亦只看到表面,未能穿透性地分析内在的法律构造与值得关注的规范要素,有失精准,不值赞同。

2. 债权人迟延导致风险负担的提前移转

(1) 债权人迟延的风险移转效果及其正当性

债权人迟延制度,不论是其概念界定、构成要件抑或法律效果,我国合同法均未能作出清晰和完整的规定。尽管合同法分则各有名合同中,不乏涉及此一问题的规范,但其中能够针对债权人迟延场合的风险负担予以妥当调整的条文却并不多见。诸此为数不多的规则主要包括买卖合同章第143、146条,客运合同章第295条,技术合同章第359、360条。

在买卖合同,第143条、第146条明确指出,买受人不收取或因买受人原因导致标的物无法交付的场合,“标的物毁损、灭失的风险自违反约定之日起由买受人承担”。这意味着,以债权迟延的出现为界,其后不再严格贯彻给付义务之间的牵连关系,即便出卖人给付义务在此期间因履行不能或其他因素而消灭,只要不可归责于债务人,则对待给付请求权的实现均不会因此而遭遇障碍。可见,债权人迟延的要件齐备之时,对待给付的风险负担即已移转到债权人方面。

在技术合同,第359条和第362条则更加直接地就报酬的支付加以规定。在明确了委托人须受领工作成果或应当给予配合(如提供技术背景材料、有关数据资料等)的基础上(合同法第357条、第360条),该两条从反面切入,规定了委托人存在悖反行为的法律效果,即“支付的报酬不得追回,未支付的报酬应当支付”。由此可知,债权人因不受领工作成果或不实施其他协力行为而迟延的,其报酬义务直接被绝对性地固定下来,无论其后技术合同内容中约定的债务能否履行、是否消灭抑或命运如何,均非所问。债权人迟延导致对待给付风险负担提前移转的法律效果于此处一览无遗。

客运合同则因为其定期行为的特征而稍有差异。具体言之,根据合同法第295条的规定,旅客若因自身原因未能于票载时间乘坐相应的运输工具,又未依约退票或进行变更,则意味着受领迟延的出现。与此同时,鉴于客运交通习惯上采用班次运载的方式提供服务,已经错过的班次无法重新安排,此际亦应判定为履行不能。^[56]作为法律效果,该条第2句规定,“承运人可以不退票款,并不再承担运输义务”。换言之,运输服务之债虽未履行,且亦已获得法定免除,作为对待给付具体表现形式的票款却仍应当保留在债务人处而不受影响。在此案型,对待给付的风险负担于债权人迟延时提前移转由债权人承受。

上述固然从实证法的层面展示了债权人迟延在部分有名合同中使风险提前移转的效果,但尚待澄清的是:债权人迟延因素得以侵入牵连性法理和打破债务人负担风险这一原则的正当性基础何在?为此,若从反面观察,即可显见:若不是债权人未能从事必要的协力配

[55] 参见上诉人南京际华三五〇三服装有限公司与被上诉人诸暨市海泰袜厂买卖合同纠纷案,江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01民终2305号民事判决书。本文所引案例,未经特别说明,均来自北大法宝案例数据库。

[56] Ebenso Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 5. Aufl., 2006, S. 375, Rn. 27.

合行为,则债务关系内容与债之目的本来可圆满实现。那么,为应对该不当行为,就必须使债务人处于如同债权人已经积极配合情况下其所本来应当立于的处境。^[57]具体而言,假如买受人或定作人积极受领标的物,则价金风险已然移转,嗣后可能导致履行不能情形出现的因素均得以避免(如标的物在运还途中灭失、官方嗣后针对标的物发布交易禁令)或早已由债权人承受(如针对标的物的行政征收);承租人或劳务债权人依约接收租赁标的物的交付或劳务的提供,则相应时段内用益或劳务的享受已经完成,此际债务已经履行,债务人的风险负担亦应到此为止。恰恰是债权人自己在协力与配合行为上的迟延干扰了债务的顺利履行及牵连关系的贯彻。于此场合,使对待给付风险直接移转到债权人方面,反而是纠正了原已受到债权人不当干扰的牵连关系,重新把债务履行之进程安置于正确的轨道。况且,从债权人配合行为的规范功能考量,其正面目的虽以债权人履行利益完满实现为核心导向,^[58]但在债权人消极怠慢、拒绝协助的场合,亦须借助于合理的规范设置,防止债务人的利益被不当损及。于双务合同的情形,债务人最重要的利益当非对待给付请求权莫属。而风险负担的提前移转,其效果恰恰在于令债务人的对待给付请求权获得绝对保障,免受债权人拒绝协力及牵连关系的不当影响。是故,债权人迟延制度的风险移转功能有其正当性,须予肯定。

(2) 债权人迟延之风险移转功能的规范前提

关于债权人迟延的适用前提,就债务人一边来说,无疑首先要求其具备履行的能力和意愿,否则根本无从要求债权人提供配合行为。这一要件之所以重要,不独源于其逻辑上的当然性,而且还植根于规范效果评价上的巨大差异。申言之,在债务人自身本来就缺乏履行能力致生履行不能的案型,对待给付请求权亦应根据牵连性关系而消灭;如若此时依旧认有债权人迟延的成立,则须承认对待给付请求权的存续,此即肇致规范效果评价上完全相反的结果。这无异于变相地为履行不能的债务人不当提供了转嫁自身对待给付风险的手段,也是对债权人迟延制度本旨的背离和滥用,实非妥当。

然而,债权人迟延与履行不能之间的界分,却并非在任何情形均属清晰明确。这在具有定期行为性格的合同关系中体现得尤为明显。举例来说,日常生活中,从音乐会、歌剧、戏剧的演出到电影的放映乃至客运交通或飞机航班的运营,因其场次或者班次无不明确严格限定在特定的时段内,都是定期行为的典型例证。^[59]诸此案型中,已购票的观众或乘客若在票载时间未能到场,则直接出现受领迟延和履行不能的并发产生。那么对待给付的命运究竟应当纳入哪一制度的规范框架下予以确定?

由此而在风险分配议题上引发的困扰,亦曾在德国民法学界激起热烈的讨论。在此过程中备受追捧并一度流行的“风险领域理论”认为,导致履行障碍产生的因素源自于何方当事人负责的风险领域,就应当由该方当事人承受风险。^[60]但在划分两方当事人各自所应

[57] Vgl. Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl., De Gruyter, 2016, § 36, S. 623, Rn. 45.

[58] 该配合行为性质上多被界定为债权人的“不真正义务(Obliegenheit)”或“行为负担”,无强制执行力,其违反仅导致债权人自身利益受损。参见 Jauernig/Stadler, BGB, § 293, Rn. 2; 齐晓琨:《解读德国〈民法典〉中的债权人迟延制度》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2010年第2期,第135页以下。

[59] 参见前引[56], Emmerich书,第375页,边码27以下。

[60] Vgl. Walter Erman, Der Sphärengedanke als Gesichtspunkt für die Verteilung der Preisgefahr beim Werkvertrag, JZ 1965, S. 657 ff, siehe auch Medicus/Lorenz, Schuldrecht, I Allgemeiner Teil, 21. Aufl., C. H. Beck, 2015, Rn. 440.

负责的风险领域时，其又必须仰赖一般性的（风险）控制能力、风险吸收能力、劳动分工安排等标准。^{〔61〕} 最终由于该标准存在过多不确定性和模糊性，^{〔62〕} 而且会使债权人负责领域过分扩大，背离民法中应以当事人意思自治作为根本准据来确定其责任承担范围的基本原则，^{〔63〕} 甚至可能衍生双方地位不均等的问题，^{〔64〕} 因而被广泛地拒绝接纳。除此而外，也有学者主张，纵使在前述定期行为的场合，依然可在发生时间的顺序上，认为履行不能出现于债权人受领迟延之后，从而为受领迟延制度的适用打开空间。^{〔65〕} 但这一观点存在过分拟制的倾向，亦非无懈可击。何况，如今主流学说已然确立并采纳“后补性（Nachholbarkeit）”的标准，认为定期行为被拖延之后，无法再作追补履行，故须同时肯认债务人方面给付义务的履行不能。^{〔66〕} 而争议产生的核心症结，毋宁在于对待给付请求权能否实现及对待给付风险负担的妥当配置。所以，否认债权人迟延与履行不能并发产生的思考路径，本质上是通过对转移问题的焦点并使之提前化解的方式，来换取风险分配结果上的合理性，难谓中肯。事实上，理性的法律效果及允当的解决方案，均可借用厄尔特曼（Oertmann）提出的“抽离公式”而加以获取。就其具体操作而言，须通过剥离债权人方面不配合不协助的情况，假设债权人适时进行了受领或者依约完成了债务履行所必要的配合与协助行为，那么，债务人能否依约完成债务之履行？^{〔67〕} 这在前文提及的定期行为以及可能出现类似法律关系的目的达成或目的不达的场合，均应作肯定回答。此时，就应当依债权人迟延制度作为涵摄规范，判定对待给付风险负担已经移转。反之，如果履行障碍不唯独涉及债权人，同时也阻挡了债务人给付义务的履行甚至单纯剥夺了债务人的履行能力，则不许其援引债权人迟延规范以转嫁风险。

这一思路，在我国合同法第295条关于客运合同受领迟延的规则中，得到了充分的印证和践行，已如前述。另外，在客运合同以外的其他委托或劳务类合同中，劳务提供者一方为特定契约服务内容的完成，往往不得不事先计算和妥善安排行为日程。从其构成债务人整体时间安排表或日程规划表之一环的角度来看，该等契约关系的定期行为特质应予肯定。^{〔68〕} 债权人迟延或爽约的场合，可通过准用合同法第295条的方式，在免于追补履行服务义务的同时，保留对待给付请求权。至于劳动合同，^{〔69〕} 考虑到劳工相较于雇主的人身隶属性，不仅须接受雇主的指挥管理并被纳入雇主整体的组织结构中，而且工作时间也取决

〔61〕 Vgl. Ingo Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, C. H. Beck, 1979, S. 78 ff, 89 ff, 95 ff, 280, 296 f., und 306.

〔62〕 参见前引〔56〕, Emmerich书, 第368页, 边码10。

〔63〕 Vgl. Canaris, Der Fortbestand des Anspruchs auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 2 BGB wegen Verantwortlichkeit des Gläubigers, in Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck Tübingen, 2010, SS. 118 – 119; 前引〔57〕, Schwarze书, 第586页, 边码12; 前引〔5〕, Ernst所撰评注, 第326条, 边码58以下。

〔64〕 Vgl. Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., Verlag Franz Vahlen München, 2016, Rn. 700.

〔65〕 参见前引〔57〕, Schwarze书, 第627页, 边码50。

〔66〕 Vgl. Staudinger/Feldmann BGB (2014) Voebm zu § § 293 – 294, Rn. 6 f; Bamberger/Roth/Grothe BGB, 3. Aufl., § 326, Rn. 18; 前引〔30〕, Picker文, 第699页以下。

〔67〕 Paul Ortman, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, AcP 116. Bd., H. 1 (1918), S. 1 ff.

〔68〕 Vgl. Soergel/Schubel (2014), Vor § 293, Rn. 13; 前引〔30〕, Beuthien书, 第247页。

〔69〕 我国学者关于劳动合同法律关系中，劳动者由于各种因素并未实际提供劳动情况下其工资请求权的法理讨论，参见王天玉：《工资的对价学说及其法律解释力》，《社会科学》2015年第8期，第105页以下。

于雇主的安排,其固定时间内的劳动提供行为,具有更加强烈的定期行为属性,^[70]更有正当理由将第295条风险分配的法理思想转用于此。

债权人迟延制度的适用及其风险移转功能的发挥,其次尚要求债务人方面已经作出了现实的履行提供,以便债权人无需其他额外行为的实施,一旦表示接受给付,即可完成履行效果。^[71]仅在债权人提前表示拒绝或其协助行为构成债务履行前置条件的场合,方可例外地允许口头提供。就前一例外情形,承揽合同与委托合同中的随时(任意)解除权(合同法第268条、第410条)的行使可谓其典型体现。^[72]也正因此,德国民法典第649条在允许定作人于工作物完成之前可得随时解除的同时,赋予承揽人以完全的预定报酬请求权。其背后的法理思想便在于:债权人随时解除意味着拒绝受领并陷于受领迟延,从而应当承受报酬风险。我国合同法第268条与第410条则以损害赔偿请求权的规范构造予以应对,但对该损害赔偿的解释论构成,我国已有学者从报酬请求权和风险负担的思路作出尝试和展开,堪称允当。^[73]而后一例外情形也能在承揽与委托类合同中常见其身影,比如建设工程施工合同中,发包人须提供原材料、设备、场地、资金、技术资料(合同法第283条);货运合同中,托运人须办妥并提供相关的审批、检验手续(第305条);技术开发合同中委托人须提供技术资料、原始数据(第331条);技术咨询合同中委托人须事先阐明待咨询的问题、提供背景材料及有关技术资料、数据(第357条)。诸此情形,均要求债务人以口头提供的方式向债权人明示,债务人已经为履行做好准备,且一直处于待履行状态,^[74]在此前提下,方才可能认定债权人迟延的出现。反之则否。比如,在“宁波恰恰环龙服饰有限公司与深圳市新高度企业咨询有限公司杭州分公司教育培训合同纠纷案”中,^[75]双方签订教育服务合同,尽管债权人恰恰公司积极配合、主动出席培训课程是本案合同适当完全履行的必要前提,但是债务人杭州新高度公司未能就课程时间、地点等向债权人事先作出合理通知,导致恰恰公司在合同规定的履行期内无法接受培训服务,致生履行不能。裁判认定,口头提供的缺乏排斥债权人迟延的成立,预缴的合同价款应当返还,债务人承担了该合同项下的对待给付风险。

除此之外,当然也不排除某些情况下,当事人直接在合同中明确约定了债权人协力行为的实施日期或其计算方式。此等案中,日期的届至具有与现实提供或口头提供完全相同的法律效果,这实际上借鉴和转用了债务人迟延制度中“日期代人催告”的法政策判断。^[76]这时债权人迟延的判断,单纯系于日期经过而债权人不作为这一客观状态,至于债务人是否作履行之提供,均在所不问,亦非必要。^[77]我国合同法未能就该案型的规范调整和 risk 分配作出明确规定,以至于司法实践中出现此类纠纷时,裁判者对于案件争议焦点

[70] Vgl. Alfred Söllner, Ohne Arbeit kein Lohn, AcP 166 (1976), S. 139.

[71] Vgl. Erman/J. Hager, BGB, 14. Aufl., § 294, Rn. 2; Siehe auch Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., C. H. Beck München, 1987, § 25 I, S. 390; 前引 [60], Medicus/Lorenz 书, 边码 548。

[72] Ebenso PWW/Zöchling-Jud (2017), § 295, Rn. 5; 参见前引 [56], Emmerich 书, 第 379 页, 边码 40。

[73] 周江洪:《委托合同任意解除的损害赔偿》,《法学研究》2017年第3期,第83页以下。

[74] 参见前引 [56], Emmerich 书, 第 380 页, 边码 42。

[75] 浙江省杭州市中级人民法院(2016)浙01民终7957号民事判决书。

[76] 参见前引 [64], Looschelders 书, 边码 728; Erman/J. Hager, BGB, 14. Aufl., § 296, Rn. 1。

[77] 前引 [71], Larenz 书, 第 392 页。

的提炼及其法律属性的界定，常生偏误。

综上所述，债权人迟延制度为应对债权人的受领或其他必要协助配合行为之悖反而生，可导致对待给付风险负担的提前移转。此为平衡债务关系上双方当事人利益所必须，有其正当性。我国合同法总则缺乏相应的规范，分则中的相关条文亦不健全，主要表现为规则中构成要件的内容不够精细及风险移转法律效果的缺失，亟待我国民法典合同编的完善。

（二）对待给付风险自始由债权人负担

1. 可归责于债权人场合的风险自始移转规则及其正当性

如果可归责于债权人的因素导致了履行不能，从而使债务人免于给付义务，就会直接导致风险的实现。就此种情形的风险负担，我国合同法并未专门设置一般性规范予以调整。分则有买卖合同中，尽管亦有规范直接或间接地涉及这一案型及其法律效果，但价款或报酬请求权的命运问题却不当地遭到普遍性忽略。例如，合同法第333条、第336条虽然规定了技术合同委托人或合作开发当事人“造成研究开发工作失败”的情形，但在法律效果部分，却只是简略地提及“应当承担违约责任”，至于本属于双务合同规范重心的对待给付请求权之存废去留，不得而知。相同的规范缺漏也存在于承揽合同法中，第259条明确了定作人的协助义务及其不履行场合承揽人的解除权，因此而无法履行的承揽合同中，定作人的报酬义务也被留白。

另一方面，尚不宜简单地据此认定该问题无解。相反，借助于合同法第231条的反面解释可知，因可归责于承租人的事由导致租赁物部分或全部毁损、灭失的，不论减少租金、拒付租金抑或解除合同的权利，均被排除。于此场合，出租人提供并维持用益的主给付义务因标的物本身的毁损灭失而无所附丽、免于履行（合同法第110条第1项），承租人却仍需依约履行租金支付的对待给付义务。不问交付与否，亦不待债权人迟延要件的满足，从给付义务免除与风险现实化的一刻起，对待给付的风险负担即已由债权人承受，牵连关系于此处丧失其可适用性。

除去租赁、委托和承揽类合同，上述案型在买卖合同中也并不少见。^[78]以矿业权转让合同为例，作为基础行为的债务合同固然于当事人合意之时即已有效成立；但处分行为的实施与权利变动效力的发生，还取决于行政审批手续的完成（《最高人民法院关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条）。在约定报批义务由受让人承担场合，受让人若拒绝实施该等手续，将直接导致终局性权利变动无法完成，亦即给付义务的履行出现法律不能，此时同样出现了对待给付风险分配的问题。

撇开合同类型区分上的微观差异，从法律关系利益格局的角度评价，上述所有案型本质上并无不同，即均表现为应由债权人负责的因素导致履行不能，进而衍生出对待给付风险分配的问题。对此，德国民法典预备草案曾借助于法律拟制的技术规定：“给付义务若因债权人的过错而履行不能，则应在此范围内将其视为已经履行。债务人于已经产生的对抗请求权以及双务合同中对待给付上的权利（Recht auf die Gegenleistung）予以保留。”^[79]其

[78] Andere Ansicht, Kern, Zur Dogmatik des § 324 I BGB, AcP, 200. Bd., H. 6 (2000), 684 ff.

[79] Vgl. H. H. Jakobs, W. Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen, Recht der Schuldverhältnisse, I, De Gruyter, 1978, S. 210; Dötterl, Wann ist der Gläubiger für die Unmöglichkeit Verantwortlich? Nomos, 2007, S. 30; 前引 [78], Kern 文, 第 686 页。

背后的法理思想无非在于，债权人处分甚或废弃自己的债权请求权，当然无可厚非，但却不能容忍其同时假借这一手段，间接性地实现对债务人的对待给付请求权不利的处分效果和目的。^{〔80〕}为此，有必要切断牵连关系，单独为对待给付请求权提供绝对性的保护，以使债务人处于如同其已履行债务时所应有的利益状态。相应地，对待给付风险负担从一开始便直接由债权人承受。

由上可知，租赁合同第231条反面解释得出的风险负担规则不仅正当，而且其内含的法理思想具有可一般化的特质，对于买卖、委托（劳务）及承揽类合同等利益格局相同的案型均有适用性。只不过，承受了对待给付风险的债权人可通过举证债务人因免于债务履行而节省的费用、原计划用于此一契约履行的劳力和资源投入其他交易获得的收益、恶意不作为而未能取得的收益等，使对待给付请求权的数额得以相应扣减，从而避免债务人相较于契约正常履行时处于更加有利的地位。

2. “可归责于债权人”的判断基准及其具体展开

值得关注的是，此一风险负担例外规范的核心构成要件中，“可归责于债权人的事由”具有相当的模糊性与概括性。与此相伴的法律适用上的不确定性，极易导致规范射程或者概念覆盖范围的不当扩张，乃至引发规范内在体系中原则与例外关系的反转。^{〔81〕}为防止该风险负担特殊规则的异质法律效果过分膨胀，有必要对债权人负责的标准予以妥当地界定，以廓清其构成要件和适用前提。为此而须首先明确的是，在基本思路上，欲判断契约关系中的债权人究竟应当对什么负责，其根本标准只能来自于合同内容以及当事人的意思表示解释本身，而非求助于合意以外的其他因素（如风险领域）。^{〔82〕}否则，难免滋生裁判者以自己恣意的主观价值判断向当事人施加额外的负担、挤压自治空间的弊害。而在具体操作过程中，则可经由类型化的方法，大致勾勒出应当落入债权人负责范围的案型。

其一，债权人违反契约上保护义务，损害债务人绝对权或其他法益的案型。尽管保护义务常常并不被当事人明确的意思表示所提及，然基于诚信原则而将其解释为当事人意思内容与契约关系上义务群的组成部分，已是现代合同法的基本共识。虽然保护义务的原始初衷主要在于固有利益的完好与维持，但因固有利益之侵害而致生给付义务履行不能的情形，亦非难以想象。设若名贵古董的买卖合同中，契约订立后、标的物交付前，买受人于出卖人处观摩其他展品时不慎将作为买卖合同标的物的古董打碎。于此场合，保护义务的违反不仅造成对所有权的绝对法益的侵害，也使得出卖人无法履行买卖合同项下的主给付义务，对待给付的风险负担自然应当由债权人承受。^{〔83〕}只不过，债务人节省的运输、包装或其他人工费用须予扣减。至于侵权责任，则因为对待给付请求权的满足导致损害被排除，从而根本无法成立。

同样，承租人不当使用租赁物或其他行为导致租赁物毁损、灭失的，亦不许其经由拒付、减少或要求返还租金的方式来转嫁风险，解除或因重大事由终止合同（*außergewöhnliche*

〔80〕 不同观点参见前引〔5〕，Ernst所撰评注，第326条，边码45。

〔81〕 前引〔70〕，Alfred Söllner文，第144页以下。

〔82〕 参见前引〔57〕，Schwarze书，第587页，边码12；前引〔5〕，Ernst所撰评注，第326条，边码59；前引〔79〕，Dötterl书，第44页。不同观点参见前引〔78〕，Kern文，第691页。

〔83〕 不同观点参见前引〔5〕，Ernst所撰评注，第326条，边码65；前引〔78〕，Kern文，第694页，第696页，第702页。

Kündigung) 的权利也应被排除。这在合同法第 231 条的反面解释中已有印证, 如前所述。不过, 该风险负担规则的得出显然过于迂回, 难以为司法裁判的妥当展开提供明确和直接的指引。比如, 在“广州海鸥卫浴用品股份有限公司诉郭橙等租赁合同纠纷案”中,^[84] 法庭证据显示, 承租人于使用租赁房屋的过程中遗留火种、引发火灾, 导致房屋烧毁而无法继续使用, 出租人于租赁合同项下的主给付义务由此履行不能。根据第 231 条的反面解释, 此时的对待给付风险本来就应当由承租人负担。而法院判决却指出: 因为承租人未及时交回钥匙, 不能认定其已经发出解除合同的意思表示, 故其租金支付义务应当继续履行, 直至法庭认定的钥匙返还日期为止。尽管单就裁判结果而言, 出租人的租金请求权终究得以实现, 应予肯定, 但从判决理由的角度评判, 判决说理实际隐含的意思是, 一旦承租人于火灾发生之后即刻交还钥匙、解除合同, 则须否定出租人的租金请求权。显然, 这将在对待给付风险负担的问题上导出完全相反的结果, 并不妥当。毋宁, 在此场合, 承租人解消契约的权利亦应消灭, 租金义务也一直延续到合同在正常履行状况下本来可如约终止的日期。^[85]

对于委托(劳务)、承揽类合同关系, 由于此时当事人之间存在更加密切的联结关系, 相互对彼此权益领域的介入也更深, 保护义务被提升到可观的位阶,^[86] 因保护义务之违反而触及给付义务或合同命运的案型不在少数。例如, 在演出合同关系中, 演员若因演艺公司搭建舞台不牢靠而摔倒受伤, 以致后续表演无法出场, 此际, 尽管演员无法履行其进行表演的主给付义务, 但其对待给付请求权却不应受到减损, 即风险负担由债权人承受。

其二, 债权人违反契约上(主/从) 给付义务而导致对方履行不能的案型。契约上给付义务的约定, 构成当事人意思表示的核心内容, 甚至能够决定契约类型的判别和界分, 基本均在合同中被较为明确地固定下来。就功能而言, 债权人的给付义务除了具有满足债务人的合同利益这一单向度效用之外, 常常还以促成债务人给付义务的圆满履行为目的, 从而呈现出浓厚的共益色彩。在契约义务履行或者终局权利变动须经行政审批手续完成的交易中, 这一现象尤为突出。不论前文提到的矿业权转让合同中, 买受人拒不报批, 抑或标的涉及行政监管的货运合同中, 托运人怠于完成审批、检验手续, 均因债权人不履行给付义务而在债务人方面形成障碍, 此时的对待给付风险自应由债权人负担。再者, 交易实践中约定预付款义务的条款稀松平常。除担保功能外, 该预付款义务往往基于缓解债务人的经济窘境、防止强制执行措施或者直接将其用于购入置备合同标的的意图而存在。^[87] 若因债权人违反该预付款义务而导致标的物遭到强制执行或无法置办完成, 则对待给付的风险负担也应按照相同的法理逻辑, 移转到债权人方面。

其三, 债权人不提供必要的配合与协助行为或者诸此行为的不妥当履行导致给付义务无法履行的案型。经由合同类型本身及意思表示的解释或者补充性契约法规范的运用, 可知合同上给付利益的实现固然主要系于债务人的履行行为, 但往往也离不开债权人的善意合作和积极参与, 将其纳入合同内容应属顺理成章。旅游合同中, 旅游者若不及时抵达出发地点登机, 或者无法提供旅行目的国要求的防疫证明; 承揽合同中, 定作人提供材料瑕

[84] 广东省广州市中级人民法院(2016)粤01民终16860号民事判决书。

[85] 参见前引[63], Canaris文, 第122页。

[86] 参见前引[5], Ernst所撰评注, 第326条, 边码61; 前引[78], Kern文, 第698页, 第702页。

[87] 参见前引[56], Emmerich书, 第171页, 边码8和边码11。

疵、图纸交付错误、指示命令欠妥，都是协助配合行为不（适当）履行的适例。诸此场合，导致债务人主给付义务不能履行的因素皆植根于债权人方面，理当由其负责。显然，对待给付风险的分配自亦不宜拘泥于牵连性观念，继续任由其停留在债务人方面。

另在承揽或劳务合同中，因该二者均具有“涉行为类合同（Tätigkeitsbezogene Vertragstypen）”的属性，^[88] 债务人给付义务的履行大多须以债权人提供合适的工作基底或工作对象作为前提条件。反之，于债权人此一配合行为不（适当）履行的场合，债务人的给付行为即根本失所附着、无从展开。举例来说，在以房屋修缮为内容的承揽合同中，如果定作人因考虑到房屋使用期限亦已届至，遂于承揽人正式开始修缮工作之前直接拆除房屋，以为建造新房腾出空地。或者，父母为孩子签订教育服务合同之后，该孩子因罹患精神疾病陷入抑郁、常常存在自杀的企图或倾向的情况下，父母不得被迫停止将其孩子送到学校接受任何教育。^[89] 这两种情况下，债务人的给付义务（修缮房屋或提供教育）都不能履行。而导致该履行不能的因素，却恰恰在于合同债权人无法提供有待修缮的工作基底或者应受教育的工作对象。虽然从债权人主观状态的角度考量，前者故意而后者则否，但在对待给付请求权之命运判定的制度框架内，仍应当对二者作相同的规范评价，即工作基底的不提供属于应当由债权人负责的因素，因此发生履行不能的场合，不允许债权人通过援引牵连性关系的方式推卸责任、将不利后果向对方当事人移转。简而言之，债权人从债务人处“订购”给付义务并且意欲将其“投资”到自己标的（物）之上，在该标的（物）灭失或者并不适合作此投资的场合，自然应当由债权人自己承受费用虚掷的风险（投资风险），^[90] 实属明显的道理。

其四，债权人因特约而对额外因素负责或者承担获取风险（Beschaffungsrisiko）的案型。某些情况下，债务人给付义务的履行须以合同外第三人的行为或者配合为前提，而债权人在尚不完全确定能否取得该第三人的充分协助或者同意提供配合行为的情况下，即已提前与债务人缔结交易关系。从该行为模式中，往往可以解释或者推断出债权人承受了相应的获取风险。^[91] 一旦嗣后无法取得该第三人的配合，便同时意味着，原始合同关系中债务人的给付义务亦丧失基础、不能履行。此种现象，在多头交易、分别谈判、预期缔约以及合同之间形成网状勾连关系的当今商业实践中，已为常事。由此而在经济生活中引发的“多米诺骨牌”式连锁效应，也是司空见惯。一个企业的正常经营，同时依赖于上游供应链和下游销售链的有效运转。一旦其中任何一者出现异常或者失灵，必将直接导致企业其他核心部门乃至整个企业的瘫痪。正是以这一现象作为契机和调整对象，德国法学界发展出著名的“经营风险”“罢工风险”“经济风险”等理论。^[92] 其意欲澄清的核心问题无非在于，上游供应链企业罢工停业，进而导致下游企业因为缺乏原材料或者能源供应被迫瘫痪的场合，雇员是否有权在并未实际提供劳动给付的情况下继续主张雇主承担工资给付的义

[88] 参见前引〔37〕，Fikentscher/Heinemann书，边码1116和边码1121。

[89] Vgl. Picker, Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienstvertragsrecht, Teil 1., JZ 1985, S. 641 ff.

[90] Picker, Werkvertragliche Lohngefahr und Dienstvertragliche Vergütungsgefahr, in Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, 2002, S. 852.

[91] 参见前引〔63〕，Canaris文，第127页以下。

[92] Vgl. Picker, Betriebsrisikolehre und Arbeitskampf, JZ 1979, 285 ff.

务。同样地，歌剧院为筹办专场演唱会而特意聘请专业灯光设计师，令其承担舞台光影效果的操控。演出前夕，受邀乐队却因为自身内部成员的关系僵化而分崩离析。^[93] 此际，服务于乐队演奏的灯光师无法履行其主给付义务，但尚须追问的是，其报酬请求权命运如何。

在规范评价的视野中，上述情形本质上呈现出相同的利益格局：导致履行不能的因素虽然起源于债权人之外的第三方领域，而债权人偏偏在明知该第三方领域或许存在未知风险的情况下，依旧进入此种本身就内含着极大获取（置办）风险的交易关系结构中去。据此，债权人至少以默示的方式承受了相应的获取风险，并须尽可能地防止生发于第三方领域的不确定因素成为债务人履行义务的根本性障碍。依此逻辑，不论在前述企业瘫痪还是演唱会落空的场合，导致债务人履行不能的第三方因素均落入了债权人额外负责的范围，对待给付的风险负担自始移转到债权人方面。

结 论

对待给付风险负担制度由复杂的规范群联结而成，且内部呈现出“基本原则——例外突破”的基本结构。就基本原则而言，我国现行合同法未设专门的条文予以明确。从该问题产生的场域出发，通过考察罗马法以来的历史演变进程可知，应当采纳并立足于双务合同上给付义务之间的牵连性观念这一思维起点，使对待给付请求权随着给付义务的消灭而同时消灭，亦即对待给付风险在完全履行之前，皆应停留于债务人方面。我国合同法分则有名合同中，虽然诸多规范均积极地验证了这一基本规则，但合同法总则尚无一般性的条款将其固定下来。从2018年9月5日向社会公开征求意见的民法典合同编草案来看，这一规则仍被忽略。笔者建议，在该草案第318条关于双务合同履行抗辩权的规定之后，设如下规则，作为对待给付风险负担的基础规范：（1）双务合同中一方当事人所负的义务因不可归责于双方当事人因素而履行不能的，对方当事人的对待给付义务随之消灭；给付义务部分履行不能的，对待给付义务相应地予以减少，减少的比例按照不能履行的给付义务在原定整个给付义务所占的比例加以确定。（2）按照前款规定不再承担对待给付义务的当事人已经履行的，可以根据解除合同后返还义务的相关规则要求返还。

就突破前述基础规范和基本原则的例外条款而言，交付行为的实施、债权人迟延状态的出现以及债权人应对履行不能负责等因素，均可使对待给付风险提前移转甚至使其自始由债权人承担。依据前述理论阐释，审视当下的民法典合同编草案，“买卖合同解释”第13条理应纳入买卖合同章，作为该草案第396条第2款；并额外增加第396条第3款，补充规定“在途货物买卖”风险回溯的内容：“若相关情况表明，自货交承运人之时起，风险即已移转到买受人方面，从之”。而“买卖合同解释”第14条，可作为独立规则置于草案第398条之后。就债权人迟延及可归责于债权人因素之风险移转效果的规范调整，则可承接民法典合同编草案第318条之后，紧随上段关于对待给付风险负担的基础规范，专设如下条文：（1）导致前条所称履行不能状态出现的因素若在债权人处于迟延状态时产生，且该因

[93] Anmerkung von Stephan Lorenz, Unmöglichkeit und Risikoverteilung beim Dienstvertrag: “Tic Tac Toe” und der Beleuchter oder: “Kollateralschäden des Zickenkriegs”, BGH NJW 2002, 595.

素不可归责于债务人的；或者该导致履行不能状态出现的因素可归责于债权人的，债务人有权要求对待给付义务的履行。该对待给付请求权中，应当扣除债务人因免于给付义务而节省的费用、将其资源投入其他交易而获得的收益或者因恶意不作为而未能取得的收益。（2）前款所称债权人对于导致履行不能因素的可归责性，应当根据合同内容及其解释、诚实信用原则并结合个案的全部因素加以判断。

Abstract: The institution of *Gegenleistungsgefahr* has the fundamental structure of “basic principle-exceptional interruption”. The basic principle is that the burden of *Gegenleistungsgefahr* should always stay with the debtor before the main obligation is completely fulfilled. This principle is based on the *synallagma* between the main obligations of bilateral contracts and reflects the jurisprudential idea of commutative justice. The exceptions include the following situations, that is, the handing-over-act is accomplished, the status of delay on the side of the creditor arises, and a factor attributable to the creditor has led to the impossibility of fulfilling the main obligation. In these situations, the burden of *gegenleistungsgefahr* will be shifted to the creditor in advance or even should be shouldered by the creditor from the outset. Each of these three rules of exception has its own legitimacy. The rule that the handing-over-act can cause the *Gegenleistungsgefahr* to shift in advance applies also to sales contracts involving carriage. The risk-shift function of the institution of default of creditor takes followings as its normative pre-conditions, that is, the debtor is able and willing to fulfill the main obligation, the debtor has factually made the tender of performance or, in exceptional circumstances, has tendered with words—only in rare cases is the tender of performance unnecessary, and the creditor has not implemented the act of cooperation. As for the judgment of whether or not the relevant factors are attributable to the creditor, the fundamental criterion lies in the content of contract and the construction of the declaration of will of the contractual parties. In the course of unfolding the third kind of exception, the creditor should be held responsible for the impossibility of performance and bear the burden of *Gegenleistungsgefahr* from the outset under the following situations: the creditor breaches the duty of protection or the main obligation, the creditor does not implement necessary acts of cooperation, or the creditor takes extra risk as a result of a special promise or specific category of transactions. In the Chinese Contract Law, there are still many statutory gaps with respect to the institution of *Gegenleistungsgefahrtragung*, which should be filled up in the Title on Contract Law of the Draft Chinese Civil Code.

Key Words: burden of *gegenleistungsgefahr*, *synallagma*, burden of *Gegenleistungsgefahr* by debtor, handing-over-act, default of creditor
