

# 合同履行障碍制度与风险负担规则关系论

高章娜

天津大学, 天津

收稿日期: 2022年9月23日; 录用日期: 2022年11月1日; 发布日期: 2022年11月8日

## 摘要

履行障碍指合同没有正常履行的情况, 其侧重于合同履行过程中发生障碍的情形, 包括情势变更、履行不能、不可抗力等等。我国并没有“合同履行障碍”的定义, 这是来自德国法上的概念。在发生合同履行障碍时, 救济措施是保障缔约人合法利益的必要手段, 其中风险负担规则作为合同履行障碍的一种救济措施, 能够起到帮助合同实现的作用。我国还没有系统的履行障碍法, 在此背景之下, 研究风险负担规则和合同履行障碍二者关系, 希望能够为我国履行障碍法的建设提供些许裨益。

## 关键词

履行障碍, 合同, 风险负担, 救济措施

# The Relationship between the Regime of Barriers to Contract Performance and the Rule of Risk Burden

Zhangna Gao

Tianjin University, Tianjin

Received: Sep. 23<sup>rd</sup>, 2022; accepted: Nov. 1<sup>st</sup>, 2022; published: Nov. 8<sup>th</sup>, 2022

## Abstract

An impediment to performance is a situation in which a contract is not performed properly, focusing on circumstances that impede the performance of the contract, including change of circumstances, failure to perform, force majeure, etc. We do not have a definition of “impediment to contract performance”, which is a concept from German law. In the event of an impediment to the performance of a contract, remedies are necessary to protect the legitimate interests of the contracting parties, of which the rule of the burden of risk, as a remedy for impediments to the per-

formance of a contract, can play a role in helping the fulfilment of the contract. In China, there is no systematic law on impediments to performance. Against this background, the relationship between the risk burden rule and impediments to contracting performance is studied in the hope of providing some benefit to the construction of the law on impediments to performance in China.

## Keywords

Barriers to Performance, Contracts, Burden of Risk, Remedies

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

合同本是双方当事人合意的体现，在订立之初寄予顺利实现的美好期望，但是在实际生活中，合同往往不能按照当事人美好的初愿进行下去。在合同订立以后，当事人可能因不可抗力或自身原因不履行合同义务，例如债权人因自身原因延迟受领，导致合同目的无法实现，这就是合同履行障碍。出现合同履行之后，合同该何去何从是当事人双方都关注的问题，继续履行抑或解除合同？不论当事人如何选择，风险实际发生之后，由谁承担后果的问题都应该明确。

近年来关于合同履行障碍的案件增多，风险负担规则在司法实践中也多有适用，对发生履行障碍之时的风险进行分配对司法实践具有重大意义。为了司法上更好地适用，合同履行障碍与风险负担规则的关系还需要进一步厘清，风险负担作为责任分配的规则在合同履行障碍中如何适用也是应该重点关注的问题。从表面上看二者各有适用空间，但是实际上合同履行障碍情形下风险负担规则也有一定的用武之地。目前学界对合同履行障碍和风险负担制度都有研究，但是关于二者的关系以及如何适用的研究较为稀少，着手分析二者关系有利于为司法实践中相应纠纷提供理论依据。

## 2. 合同履行障碍制度的界定

合同履行障碍，是指合同履行中发生的，无法继续履行合同的情形。履行障碍法是各国合同法的核心内容[1]。合同是当事人合意缔结的，在合同成立、合同生效、合同履行、合同实现完整流程中，合同履行是重要的一环，如果合同履行发生障碍，将直接影响合同的进行和完成。我国还没有专门的“履行障碍法”，履行障碍一词是来源于德国，我国关于“履行障碍”主要规定于《民法典》、《合同法》等民事部门法律中，不同于其他国家我国的合同履行障碍是指所有导致合同不能正常履行的情况。其分为可归因于当事人的障碍和不可归因于当事人的障碍，其中不能归因给当事人的障碍，包括情势变更、第三人原因等情形。这里的不能是一般意义上的不能，包括所有类型的不能，当然也包括自始不能[2]。当事人缔约的目的是达成一定的利益，利益的实现必须有合约的履行，合同履行中出现非正常情形，导致合同无法正常进行，不论是不是可以归因于当事人，都属于履行障碍的范围。

### 2.1. 合同履行障碍的范围界定

合同从缔结到实现需要经过一些流程，其中也伴随着时间的流逝，因此要界定合同履行障碍的时间范围。首先要经过双方的磋商，根据合意订立合同，合同订立完成以后还有合同的生效以及履行，可见合同的实现存在诸多环节，需要花费一定的时间和精力去完成。在当事人完成这些环节的过程中，可能

会出现各种情形,例如给付延迟、给付不能等,这就导致合同履行不能,也就阻碍了当事人的目的实现。如果依照传统理论,从合同成立时开始考察,认为履行障碍是在合同成立后才出现,就显得不够全面,忽视了合同成立前双方当事人所作的各种努力。例如在缔约阶段,双方当事人还没有进行合同缔约,如果有一方违反了义务或者由于其他原因导致一方义务不能履行。在这种情况下,倘若认为合同还没有成立,不能够认为是合同履行出现了障碍,显而易见这对另外一方缔约人是不公正的。例如在新冠疫情开始之前,戊、戊公司已经在为一个口罩买卖合同进行磋商,约定双方于2020年1月10日进行合同缔结,在疫情发生以后,口罩价格水平水涨船高,口罩生产商戊厂此时不想再以市场价出售口罩,于是戊厂违约,不与戊公司签订口罩买卖合同。此时如果认为合同履行障碍的起点在合同订立以后,那么戊厂可以不付出任何代价而高价转售口罩。这明显违背了诚实信用原则,也有可能伤害经济环境,从根本上不利于良好营商环境的建设。比较法上,德国对此种情形作出了规定,《德国民法典》中写明:债务关系可因:1)开始合同谈判;2)为订立合同做准备;3)建立类似的交易关系而成立。我国《民法典》第500条也规定了缔约过失责任,在缔约过失责任的成立要件中,有一条是其他违背诚实信用原则的行为,这个要件可以认为是一个兜底的要件,当事人在进行磋商后违反初步协议或者要约都可以认为是违背诚实信用原则。而合同履行障碍的时间终点应该认为是在合同履行完毕以后,也就是说履行结束不仅仅包括主合同义务的履行结束,还应该包括随附义务的履行结束。因此,应该综合把握合同订立的整个动态过程,应当认为合同履行障碍产生的起始时间是合同缔结前,而非合同缔结之后,结束时间是合同主义务和随附义务均宣告结束、当事人的缔约目的得到实现。

一个合同的缔结到实现的过程中可能出现多个主体,不同的主体对合同履行障碍的产生有不同的作用,因此有必要厘清合同履行障碍产生中主体的范围。合同具有相对性,只对缔结双方有规制作用,对于合同以外的人起不到约束作用,但是不能仅仅因为合同的相对性就将合同履行障碍的主体认为是只有缔约双方。在合同履行障碍的发生原因中有可归结于当事人的原因,当事人是引起合同履行障碍的主体,还有第三人可能会引起履行障碍的产生。例如在新冠疫情当中,甲乙两家公司准备缔结口罩买卖合同,此时丙作为乙公司信赖的经销商,在合同订立之前向乙公司汇报甲公司生产的口罩质量一般,价格较高,市场效益较低,基于对丙的依赖和信任,乙公司拒绝了与甲公司缔约。此时丙作为甲乙之外的第三人,借助当事人对其的信任和依赖,影响了甲乙公司的合同签订,造成了合同履行障碍。因此,能够造成履行障碍的不仅仅有双方当事人,还应该有约外第三人。这个第三人可以出现在合同磋商过程中,也可以出现在缔约以后。也因此对于主体的范围,应该有明晰的认知,不应该只认为当事人才是合同履行障碍的主体。

## 2.2. 合同履行障碍产生的原因

合同履行障碍产生的原因主要有两类,一类是人的因素引起的履行障碍,另外一类就是非因人的因素所引起的。人的原因主要包括当事人原因和第三人原因。对于当事人所引起的履行障碍,主要是由于当事人对义务的违反,也就是缔约者的违约,可以是合同订立之前的当事人违背要约或者初步协议,也可以是在合同缔约之后,当事人对合同本身的违约。第三人的原因造成的履行障碍,归根结底还是人的主观因素造成的,和当事人的原因引起的类似。对于非因当事人原因产生的合同履行障碍,这些原因与当事人无关,非人的原因包括法律上的原因,还有客观情况。法律上的原因主要是指违反了法律的强制性规定或公序良俗而导致合同无效的情形,或者是损害当事人利益而导致合同无效。而客观情况主要是指不可抗力、情势变更,二者均是客观事件,与人的主观意志无关,不被人的因素所干扰。不可抗力是指合同签订以后,发生了当事人不可能提前预料、即使提前预料到,也不可能避免事件发生,更加不可能克服的情况。不可抗力也是免责条款,免责的条件是需要有不可抗力发生并因此导致合同目的不能实

现。在不可抗力发生的时候，当事人即使穷尽自己的力量，也不可能避免事情的发生，即使当事人已经预料到可能会发生，但是凭借自己的力量无疑是蚍蜉撼树，根本不可能改变事情的发生轨迹，这种情况也属于不可抗力。情势变更是合同成立后，发生了双方不能预见、不属于商业风险的情势变化，倘若此时继续履行会丧失公平的基础。这种情况下如果受影响的人及时通知另一方，双方可以重新进行协商，合理时间内无法磋商的，就赋予法院一定自由裁量权。情势变更的处理是协商前置，协商不成才能变更或解除，更加注重双方的意思自治。《合同法》没有明确情势变更，但是在《民法典》中，情势变更有了最新的规定。《民法典》中情势变更条文中删去“非不可抗力”这个表述，意味着适用情势变更的情况下并不当然排除不可抗力。使不可抗力回归成为情事变更的发生事由之一[3]。不可抗力和情势变更一般情况下会出现在合同订立后的履行过程之中，影响显然更加重大，对合同履行障碍的发生起到很大的诱导作用。虽然二者有所区别，但是可以并存。

因此，造成合同履行障碍的原因包括人的原因，包括当事人原因和第三人原因，还包括法律障碍以及客观情况。

### 3. 风险负担规则的界定

风险负担是划分风险的规则。在合同履行时，可能会出现很多不同的风险，在合同履行不能的情况下，需要解决风险分配，即风险究竟由谁承担的问题。风险不含商家俗称的风险，仅为不可归责于双方当事人的事由造成的合同不能履行时的不利益[4]。

#### 3.1. 风险负担的内涵

风险是指在双务合同中，由于不可归结于双方当事人的原因，导致标的物毁损、灭失的风险。风险发生的具体事件可以是不可抗力、也可以是情势变更、意外事件等客观情况。这种风险不可能存在于单务合同，因为只有双务合同，双方才互相负有义务，互相享有权利。风险负担规则起源于罗马法，《德国民法典》第三百二十三条对风险负担也有规定：由于不可归结给当事人的原因，债务人不能履行义务，就丧失对待给付请求权。不可归结于当事人的原因属于对待给付风险，债务人不能履行债务导致了丧失给付请求权。我国《民法典》第 604 条规定了风险负担的规则，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，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。我国风险负担是采用交付转移，标的物毁损灭失风险随着交付的完成而转移给他人。标的物随着交付的完成而发生了占有的转移，此时，占有人拥有直接的利益，也应该负有直接的风险。

因此风险负担是指标的物发生毁损、灭失带来实际损害时，判定应由谁来承担这些损害的规则。

#### 3.2. 风险的分类

风险包含了给付风险、对待给付风险和物上风险三种情况。给付风险，是指标的物毁损灭失后债务人是否履行给付义务的问题；对待给付风险，是指在一方不能取得所有权的情况下，另一方是否支付价款的问题；物上风险是指标的物本身的毁损灭失的风险。在合同履行中，具体的风险又可以分为两种情形，一是履行风险，是指由于不能怪罪于双方的事由，导致债务人给付不能，是否需要另为给付的问题。其二是价金风险。是指由于不可责怪于双方当事人的情况下，标的物的毁损灭失，价金的承担问题。

#### 3.3. 风险负担规则的特征

风险负担规则和其他规则不同，有自己独特的特征。尽管其他有偿合同可以准用买卖合同的风险负担规则，然而，其他有名合同何时可以准用、如何准用，并非不言自明[5]。风险负担规则主要是规定于买卖合同，其起作用的条件相对其他规则而言具有特殊性。首先，具有时间性。风险发生时间是合同生

效后履行结束前，在合同没有缔约前以及履行结束后的，没有产生交付，风险由所有人承担，而不能适用风险负担规则。其次，具有客观性。风险不能归因于任何一个缔约人，标的物毁损灭失跟双方意志无关，不受人主观意志的控制，也都没有过错。最后，具有可排除性。风险负担原则可以合同约定排除适用。如果在合同订立时就事先确定不论任何毁损灭失都由其中一方承担，那么一旦毁损灭失就应该由约定的一方承担，不能再适用风险负担。

#### 4. 合同履行障碍与风险负担的关系

合同履行障碍与风险负担有千丝万缕的关系，风险负担规定的是风险由谁承担的问题，合同履行障碍通过继续履行、采取补救措施、赔偿损失等方式规定双方的风险，双方存在着竞合关系。在我国合同法中，发生了合同履行障碍的情况，需要采取一定的救济措施，以最大限度的保障双方当事人的合法权益，风险负担就是其中的一个救济措施，需要进一步明确在合同履行障碍发生时什么情况下应该适用风险负担规则。

对于不同原因引起的合同履行障碍，风险负担是否能够适用也存在差别。首先是合同障碍救济措施中合同违约责任和风险负担如何适用的问题。风险负担与违约责任具有一定的共性，即两者都发生在合同嗣后不能正常履行的场合，皆是分配合同不能正常履行所致损害的法律制度。看似二者都是合同履行障碍的救济措施，各行其道，但是二者还有很多交叉之处需要厘清[6]。由于标的物的毁损灭失可能出于主观原因，可以归因于当事人；也可能是出于非主观原因，不受合同双方主观意识的影响。其中由于无法归结给当事人的原因，应该采用风险负担，分配双方责任；如果因为一方缔约人的原因引起的，另一方可以提出赔偿，要求其承担违约责任。因第三人原因导致给付目的不能实现的问题，可以通过违约责任来应对[7]。当发生合同履行障碍以后违约责任与风险负担两者相互配合，可以更好地解决缔约双方的纠纷，促进社会和谐。

其次，是当不可抗力引起合同履行障碍以后，风险负担规则和法定解除规则竞合的问题。合同法定解除规则，是指由于不可抗力的发生，导致合同无法继续履行，当事人目的不可能实现，此时就能解除合同。其主要目的是让债权人免除对待给付义务[8]。《德国民法典》中对于合同解除不要求当事人有过错行为，只要当事人违反了合同义务，另一方当事人就可以解除合同。我国采取的是并行的规则，合同解除消灭双方的权利和义务，风险负担公平的分配标的物毁损灭失的风险。在发生不可抗力之时，导致合同履行障碍，此时作为救济手段的风险负担和合同解除都可以发生作用，都可以适用，而且二者适用的前提是相同的，即发生不可抗力。司法实践中，同样一个案件采用不同裁判规则可能导致相差很大的结果，因此可以在出现不可抗力的情况时促进双方当事人进行沟通，共同将不可抗力造成的损失减少到最低[9]。在不可抗力的情况下，采取风险分配原则，缔约人可以不承担责任。但是在合同法定解除规则中，发生了不可抗力，双方当事人可以先进行协商，在合理期限内协商不成的，再请求人民法院进行合同的变更和解除。由此可见不可抗力发生的时候，适用法定解除更加合理，因为在解除合同关系之前，双方可以根据自己的意思自由进行充分的协商，能从一定程度上降低双方的损失，即使协商不成的，最后还可以判决解除合同，这样对双方当事人起到保护作用，也更有利于贯彻意思自治原则。如果采取风险负担规则，在该规则下，合同会自动解除，虽然相对合同解除更加简便，但是对于当事人来说，不能够再享有合同带来的利益。相比较来说，这种情况下法定解除更加符合缔约人的利益。特定情形下，风险负担规则制度也许更有利。例如新冠疫情发生之前，甲从武汉华南海鲜市场订购一批海鲜，约定过年期间交付，但是由于疫情原因，华南海鲜市场的所有海鲜在交付之前都被消杀处理。此时由于交通管制，华南海鲜市场的商户乙也不可能从别的地方购进海鲜交付给甲某。这种情况下，海鲜并没有交付，根据合同解除制度，买方不需要支付，直接解除合同。但是按照风险负担规则，买方是需要承担一定风险的。

此时, 明显风险负担更有一定的合理性。在这种规则之下, 合同双方能够更好地被约束, 可以共同分担风险, 比一方承担全部风险显然更加合理。

实际上二者如果发生了冲突, 有多种解决方案。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[10]。一元论可以将风险负担删除, 只运用合同解除规则, 看似解决了两者之间的冲突, 但是如果要实现的话, 必须将风险负担纳入合同解除制度之中。并存模式更为可取, 在二者发生竞合之时, 综合考虑个案情况, 选择一个双方当事人损失最低的方案。

综上所述, 合同履行障碍中有多种解决方式, 风险负担也是其中一种方式。风险负担在适用时有一定的限制, 例如只能适用于双务合同、只能是在合同成立后履行完成之前适用, 只能是由于无法归结到当事人的原因适用。在与违约规则和合同解除规则向竞合时, 考虑到风险负担规定较为精细化, 而且体现了立法的利益衡量, 因此在实际适用中应该将风险负担作为合同履行障碍中的特殊规则优先适用。

## 5. 结论

应当认为风险负担规则是合同履行障碍的一个结果, 是合同履行障碍制度中的一种救济措施。不可抗力可以是一个原因, 风险负担就是造成的结果, 一棵树可以结多个果, 合同履行障碍如果是一棵树, 那么风险负担就是果实。在发生合同履行障碍时, 根据不同的情形, 当事人可以选择不同的救济方式。在归结于当事人的原因导致的合同履行障碍, 另一方可以主张违约责任。在不可归结于当事人的原因引起的合同履行不能中, 当事人应当优先适用风险负担规则, 除非合同解除制度更有利于当事人利益的实现。风险负担规则是针对不同的合同类型具有不同的规则, 更加具有针对性, 从法律适用上也更加具有合理性, 合同解除制度是一般规定, 适用范围更加广泛。不论从合同法的立法精神还是从缔约人的利益出发, 都应该优先适用风险负担规则。因此, 在合同履行障碍中, 风险负担规则不仅仅是合同履行障碍的一种救济措施, 还是救济规则中的特殊规则, 所以应该优先适用。

## 参考文献

- [1] 马丁·舍尔迈尔, 朱晓峰. 《德国民法典》中的履行障碍法: 过去与未来[J]. 比较法研究, 2014(6): 181-198.
- [2] 王洪亮. 试论履行障碍风险分配规则——兼评我国《合同法》上的客观责任体系[J]. 中国法学, 2007(5): 85-95.
- [3] 姚辉, 阙梓冰. 论情事变更与不可抗力的交融及界分——以新型肺炎疫情防控与疫后重建为契机[J]. 中国政法大学学报, 2020(3): 137-148+208.
- [4] 崔建远. 风险负担规则之完善[J]. 中州学刊, 2018(3): 56-61.
- [5] 于韞珩. 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[J]. 政治与法律, 2016(4): 77-85.
- [6] 刘贵祥. 合同履行与风险负担制度[J]. 法律适用, 2000(9): 9-11.
- [7] 解亘. 论《合同法》第 121 条的存废[J]. 清华法学, 2012, 6(5): 143-152.
- [8] 赵文杰. 《合同法》第 94 条(法定解除)评注[J]. 法学家, 2019(4): 175-191+196.
- [9] 崔建远. 合同解除的疑问与释答[J]. 法学, 2005(9): 69-77.
- [10] 周江洪. 风险负担规则与合同解除[J]. 法学研究, 2010, 32(1): 74-88.