

合同履行障碍与风险负担竞合冲突解释论

牛茜茜

天津大学法学院, 天津

收稿日期: 2022年2月21日; 录用日期: 2022年3月10日; 发布日期: 2022年3月17日

摘要

风险负担规则从属于合同履行障碍, 在因不可归责于当事人而造成的标的物毁损灭失时, 与履行不能功能交叉重合。由于履行不能与风险负担具体解决机制不同, 在适用时会发生竞合与冲突, 但两者在目前并不存在替代关系, 并存论更适合我国。具体而言, 风险负担规则可以填补不可抗力免责规则缺少对待给付义务免除的内容, 并优先于合同解除适用。而在情势变更规则中, 风险负担与情势变更救济机制并不存在实质性矛盾。因此, 当合同履行不能与风险负担规则竞合时, 应优先适用风险负担规则。

关键词

合同履行障碍, 风险负担, 履行不能, 不可抗力, 合同解除, 情势变更

Interpretative Theory of Obstacle to Contract Performance and Risk Burden Concurrence and Conflict

Xixi Niu

Law School, Tianjin University, Tianjin

Received: Feb. 21st, 2022; accepted: Mar. 10th, 2022; published: Mar. 17th, 2022

Abstract

The risk burden rule belongs to the obstacle to contract performance, which overlaps with the failure of performance when the subject matter is damaged or lost due to unattributable causes. Because the failure of performance can be different from the specific resolution mechanism of risk burden, competition and conflict will occur when it is applied. However, there is no substitute relationship, and the coexistence theory is more suitable for our country. To be more specific, the risk burden rule can fill in the content that the force majeure exemption rule does not treat the

exemption of payment obligation and take precedence over the termination of contract. And there is no substantial contradiction between risk burden and circumstance change relief mechanism. Therefore, when the subject matter is damaged or lost due to unattributable causes, the failure of performance competes with the risk burden rule, and the risk burden rule is preferred.

Keywords

Obstacles to Contract Performance, Risk Burden, The Failure of Performance, Force Majeure, Rescission of Contract, Change of Situation

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

合同具有历时性、需要经历合同成立、履行、消灭三个过程[1]。但在合同履行过程中,可能会出现多种因素导致合同难以顺利进行,为此我国合同法律制度提供了违约责任、合同解除、不可抗力规则、情势变更规则、风险负担规则等制度对履行障碍风险进行分配。在德国将前述规则统称为合同给付障碍,并出台了相应的立法。目前,我国也有学者着力于研究合同履行障碍规则,但对于合同履行障碍与风险负担规则的具体关系方面缺乏深入研究,两者在何种情形下存在竞合与冲突,又应当如何化解两者之间的矛盾冲突以更好地保障合同顺利履行及厘清后续关系是需要讨论的问题。

2. 合同履行障碍与风险负担内涵解析

2.1. 合同履行障碍制度演进

合同履行障碍是指合同未能按照合同内容完全履行的各种情况的总称,包括履行障碍的原因,救济措施等。在德国又被称为“给付障碍”。两者在内容方面并无实质差别,只是切入点不同,德国强调履行结果,而我国强调履行障碍的情形。我国最新颁布的《民法典》主动把握时代脉搏、与时俱进,在原《合同法》的基础上采取了“法律救济进路”,是“原因进路”和“效果进路”的结合[2]。将对合同履行障碍制度的重点放在了法律救济机制上,也就是以履行障碍发生后的救济手段为出发点,列举救济措施得以运用的法律要件为表现形式,以此构建合同履行障碍制度[3]。这种模式不再强调合同履行障碍形态的不同,而致力于寻求可以统一适用的救济手段。

结合“原因进路”与“效果进路”,若合同履行障碍发生原因可归责于当事人,则履行障碍救济措施呈现可归责性,无责任一方可以行使合同保全、抗辩权、违约责任、合同解除等措施要求应承担责任的另一方填补其因合同未完全履行所导致的损失,符合民法的公平原则。若因不可抗力、情势变更或第三人原因导致合同不能完全履行。此时合同履行障碍之发生不具有可归责性,合同双方均无过错,不能由一方填补损失,如何将损失在双方之间合理分配是问题关键。具体而言,不可抗力作为法定免责事由,在《民法典》总则编与合同分编均被提及,但均未言明此处的免责究竟为免除义务抑或是免除责任,此责任是单纯指违约责任抑或是包括侵权责任在内的其他民事责任都难以断言;情势变更制度旨在对合同当事人缔约时难以预见的风险进行分配[4],情势变更制度中的风险有其限定范围:一是不可预见性的异常风险,若情势变更事由在缔约之时可预料,或属于交易中固有的,已知的风险,则法律可期待当事人对此风险进行自主安排,此时不应适用情势变更制度。其次,该风险导致合同继续履行会造成不公平。若

情势变更发生有利于促进合同交易，如国家政策对特种交易双方当事人采取鼓励政策，则此时并不会造成履行不公平，甚至有利于推动双方当事人继续履行合同，此时情势变更并不会导致合同履行障碍发生。若因情势变更，合同难以完全履行，则合同双方可以通过协商、变更或者解除合同来寻求救济；第三人原因引起的履行障碍是指履约过程中，因合同当事人之外的第三人原因致使当事人通过合同的利益变动受到阻碍，从而使合同当事人利益受到损害。其也被称为“第三人侵害债权”，目前其救济途径主要为追究第三人侵权责任[5]。

2.2. 风险负担规则解释

“风险”从文义上理解是一种可能带来不利后果的不确定性，故而合同中的风险意指合同订立，履行过程中的不确定性，其可以涵盖商业风险和履行障碍行为的发生。但合同风险负担规则中的“风险”相对于文义解释上的风险要狭窄许多，其要求合同中的风险是没有被合同当事人所预料的，且不属于一方当事人的风险控制范围的。如在商业交易中，市场决定价格机制下交易标的物价格大幅变动，此种风险是参与市场交易之主体所可以预见，并在认可此种风险之下签订的合同，则此时的价格变动风险并非合同风险负担制度下所言“风险”之内涵，其为典型的商业风险。在假定市场主体均为“理性人”的情况下，法律期待商业主体对商业风险具备识别、防控和承受的能力。而且风险自负是市场主体参与市场交易时应当遵循的一项基本准则。因此，商业风险不属于风险负担制度中的“风险”。风险负担制度主要调整合同中“异常风险”，即非市场机制所固有，难以预见且不可归责于合同当事人的风险。而风险负担规则即为对这种不可归责的不利后果进行分配，典型如合同标的物因不可抗力而毁损灭失时，此时给付不能，对待给付利益损失由哪一方承担[6]。

以“风险”为检索词，我国《民法典》总则编和合同编共出现 12 次，除情势变更、合伙合同特殊风险负担规则，我国《民法典》所涉及到的风险负担规则均为解决不具有归责性事由而造成标的物毁损灭失情形下的不利益如何分配问题，此时给付标的物义务因客观上履行不能而被免除，需解决另一方是否仍需解决对待给付的问题。因此，我国合同风险负担旨在解决对待给付风险的分配问题，针对这一问题，我国立法给出了不同的解决方案。我国民法以自愿、公平为立法原则，合同法分配风险时亦优先尊重当事人意思自治。我国《民法典》第 604 条、第 858 条对于风险的分配体现了我国风险负担遵循约定优先原则[7]。其次，合同法分配风险的基本理念是公平[8]，即应将风险分配给具有管理和承担能力的一方。为此，我国风险负担采交付主义，把风险转移问题与标的物占有转移问题相连结，按合同标的物正常交付为原则确定对待给付风险的承担者。未履行交付义务或视为未履行，则风险由债务人(出卖人)承担，完成交付后则由债权人(买受人)承担。

3. 合同履行障碍与风险负担的关系

3.1. 风险负担制度与履行不能制度功能交叉重合

合同履行障碍的发生属于合同履行过程中的“风险”，而风险负担规则又是以解决特定合同履行障碍情形为核心。由于合同履行障碍所涵括的情形更为广泛，其可以包含风险负担规则。又因为风险负担规则旨在解决不可归责于当事人而造成的标的物灭失问题，其与合同履行障碍中的履行不能制度在具体适用中存在竞合。顾名思义，履行不能指在合同履行过程中发生特定情形导致合同不能履行的统称，因发生不可抗力等不具有可归责性事由而导致标的物灭失，债权人无法请求继续履行是履行不能的典型形态。因此，在合同履行障碍制度内，风险负担规则与履行不能制度功能存在交叉重合。目前我国对于两者具体适用问题探讨较少，主要原因是我国的合同履行障碍制度并非一个体系化、理论化的制度，其更多出现在学术讨论中。作为子制度的履行不能制度也未形成一个体系完备的制度。加之我国采取“救济

进路”，履行不能制度可分为不可抗力免责、情势变更、合同解除等具体救济规则，而风险负担规则亦系具体分配风险规则组成。因此风险负担与履行不能制度的竞合冲突聚焦于合同履行不能的救济措施与风险负担的具体风险分配规则上。

3.2. 风险负担与履行不能规范适用的立法模式

由于合同履行不能制度与风险负担制度两者功能重合，在比较法上对于履行不能制度与风险负担制度是否可以择一适用有不同的理念和立法模式。《日本民法典》采统一模式，在民法总则部分同时规定了风险负担和履行不能。在双方均无责任情况下，履行不能制度规定给付义务与对待给付原则均消灭。但风险负担规则采取“合同成立主义”，自合同成立之时起，标的物灭失而无法继续履行交付的风险就转移至债权人，无论标的物是否交付，债权人对待给付义务不免除^[9]。两者发生冲突时，依照“特别法优先”的法律适用规则，优先适用风险负担规则。德国民法典为分离模式，履行不能制度规定在民法总则部分，其履行不能制度与日本立法相同，即发生履行不能则给付义务与对待给付义务同时免除。而风险负担制度放置在分则部分买卖合同条款中，意味着风险负担规则是履行不能的例外，两者冲突时优先适用风险负担制度^[10]。我国台湾地区学者亦持相同观点^[11]。因此，对于风险负担与履行不能适用问题，大陆法系国家较多采用风险负担为履行不能的例外规定，发生冲突时应优先适用风险负担规则。

不同于以上国家和地区，我国《民法典》在合同编总则部分并未规定履行不能制度，第 580 条规定了非金钱给付义务履行不能时给付义务免除制度，但对于对待给付义务是否对等消灭并没有阐明，还需要通过体系解释去探求，对于金钱给付义务履行不能时如何处理，我国《民法典》并未进行并未集中体系化规定，缺少一般性规定。因此，在我国，风险负担制度是否属于合同履行不能制度的例外仍有待探讨。

4. 履行不能制度与风险负担制度的关系

合同履行不能制度与风险负担制度的关系，具体体现为两种制度具体解决机制如何适用的问题，具体可细化为风险负担规则与不可抗力规则、合同解除规则、情势变更规则之间的关系。

4.1. 风险负担与不可抗力免责的关系

不可抗力规定在我国《民法典》总则部分与合同编，其对合同履行的影响有轻重之分，其引起的法律效果也有所不同，可能部分或者全部免除责任。严重的不可抗力可能会导致合同标的物毁损，合同无法继续履行。由于不可归责于当事人，其属于法定免责事由，但免责范围一直存在争议。由于在大陆法系民法体系中，对债务与责任不细致区分^[12]。因此，不可抗力的免除责任可以解释为违约责任与履行义务均豁免^[13]。换句话说，不可抗力造成履行不能不需要承担违约责任，也无须继续履行给付义务，但对于是否免除对待给付义务则有两种解释路径。若认为债权债务具有牵连性，不可抗力免责范围包括免除违约责任、免除给付义务和对待给付义务，这意味着不可抗力发生后，无论标的物是否交付，买受人对待给付义务均被免除。若适用风险负担规则，标的物已交付，买受人应当继续履行对待给付义务，若未交付则无须履行对待给付。此时不可抗力规则的适用便会与风险负担的适用产生冲突，择一适用会导致结果不同。若认为不可抗力免责并不导致对待给付义务免除，则风险负担规则与不可抗力规则具有一致性，买受人承担不可抗力所产生的风险，继续履行对待给付义务。因此，基于体系逻辑上的思考，本文认为不可抗力与风险负担规则具有一致性的解释可以减少不可抗力免责与风险负担规则的冲突。若买受人不认可此结果，还可以请求解除合同，此时问题即转变为合同解除与风险负担的关系。

4.2. 合同解除与风险负担的关系

合同解除是合同履行障碍的重要救济措施，其适用范围广，无论是否归责于当事人都可以适用。但在日本民法中，合同解除仅仅适用于具有可归责性事由而导致合同履行障碍的情形。¹若合同履行障碍事由不具有可归责性，则适用风险负担规则。²之所以将合同解除与可归责性联系在一起是因为民法领域认为合同以完全履行为最终目的，若因一方当事人原因致使合同履行出现障碍，则其期待合同完全履行的利益处于不稳定状态，可能被无责任一方当事人行使解除权来消灭。因此，合同解除被视为对合同履行障碍发生有责任一方的惩罚，与以“公平”为导向的风险负担规则不存在竞合。然而，随着合同理论的发展，对合同自由有了新的认识，目前合同理论认为，无论障碍事由是否具有可归责性均可解除合同，由此便会产生合同解除和风险负担的竞合。两者发生竞合时，德国和日本都曾提出过废除风险负担制度而统一适用合同解除制度这一观点，但是目前尚未被立法认可。目前主流观点还是支持风险负担和合同解除制度并存，我国亦采取此形式。我国《民法典》第六百一十条即为例证。原因在于风险负担规则相比于合同解除制度而言，程序更为简洁、构成要件更容易判断，故而风险负担废除的设想并不可行[14]。风险负担与合同解除两种制度仍应当采取并存模式。在两者竞合时，由于合同双方均具有解除权，若一方主张行使解除权，另一方主张适用风险负担规则，则最终法律效果大相径庭。假定标的物交付，依照风险负担规则，买受人仍需承担支付对待给付的风险，风险由买方承担。若依合同解除制度，则尚未履行的对待给付义务无须履行，标的物灭失之不利由卖方承担，两种制度下的风险承担人呈现矛盾状态。需要明确的一点是，合同解除与风险负担的冲突发生在债权人不存在代偿利益的情形下，若债权人存在代偿利益，则视为未发生履行不能。此时，无须考虑合同解除和风险负担的适用及冲突。

对于如何解决风险负担与合同解除竞合时法律效果冲突的问题，目前有两种观点。一种认为应采用“交付主义”，在标的物未交付或视为未交付时，出卖人承担标的物灭失的不利后果，此时择一适用，不存在法律效果冲突问题；若标的物已交付，则应优先适用风险负担规则，并排除买受人的解除权[15]；原因在于，出卖人已经无过错的履行其主要合同义务：交付义务，其应享有其主要合同权利：收取标的物相应价款。而买受人在标的物交付后其已获得标的物的占有、使用权，其主要合同目的已实现，而且其对于风险的管控能力优于出卖人。若此时仍允许买受人解除合同，则买受人支付对价义务无须履行，若已履行，其有权请求出卖人返还，此时标的物灭失的不利结果由出卖人承担，不符合“权利义务对等”原则，也有悖于民法的公平、效率原则。两者相比，在不可归责情形下，风险负担规则的适用更具有合理性。另一种观点主张以合同解除制度为一般规则，以风险负担规则为特殊规则，从根本上避免两者竞合。即在一般合同履行不能情形下优先适用合同解除规则，但在不可归责事由造成标的物灭失、合同不能按预期顺利履行时，优先适用风险负担规则。理由在于风险负担规则程序相较于合同解除制度规则明确，程序简单，可减少合同当事人利用合同解除权制度进行过多的投机[16]。实质上，上述两种观点并不存在实质冲突，均为优先适用风险负担规则。当然，在我国民法体系中应当尽量限缩两者并存的领域，将风险负担优先适用情形限制在因不可归责性事由造成标的物灭失而合同目的不能实现的履行不能情景中，而不应扩展至其他履行不能情形，减少两者并存而可能导致的难题[17]。

4.3. 情势变更规则与风险负担的关系

情势变更的发生属于广义上的风险，其救济机制在广义上也属于一种风险分配的方式，与风险负担规则具有相同的功能。情势变更在特定情境中亦可能导致标的物不符合合同要求，合同客观上履行不能。如双方交易标的物被政府新政策所管控，不得流通或被没收，也可能并不会造成上述情形。因此，情势

¹ 《日本民法典》第 543 条：因应归责于当事人的事由，致使债务的全部或者一部分不能履行时，债权人可以解除合同。

² 《日本民法典》第 534 条至第 536 条规定了风险负担规则。

变更与标的物毁损灭失交叉范围较小,只有在情势变更导致标的物毁损灭失的情形下会产生竞合。在情势变更规则与风险负担规则竞合时,由于情势变更分配不利结果的救济措施为充分尊重当事人意愿的协商、变更和解除合同,所以两者分配风险机制产生的矛盾相比于不可抗力免责和合同解除较小,并不存在实质性冲突。首先,双方因情势变更导致标的物毁损灭失的情况极为罕见,此时若合同当事人协商、变更,应当首先尊重当事人意愿。这体现了我国《民法典》充分尊重契约自由以及维护合同关系稳定的精神,同时也符合我国风险负担规则尊重约定优先的规则。其次,若当事人选择解除合同,则此时可以依照风险负担与合同解除的适用关系进行处理,优先适用风险负担规则。当然,在因情势变更导致标的物毁损灭失的情况下当事人也可以选择直接使用风险负担规则。总而言之,情势变更造成履行不能的救济机制与风险负担规则并不存在实质性冲突,并存模式符合我国法律现状要求。

5. 结语

以体系解释为进路,合同履行障碍与风险负担规则两者关系体现为,风险负担规则属于合同履行障碍制度的一种具体救济机制,其适用情形与因不可归责事由导致合同标的物灭失的履行不能重合。进一步分析,两者关系具体体现为不可抗力免责条款、合同解除、情势变更规则与风险负担规则的适用问题。就不可抗力免责条款与风险负担的关系而言,为减少不可抗力免责与风险负担的冲突,不可抗力免责规则应解释为免除违约责任和给付义务,对于不可抗力免责条款所不能及的对待给付风险分配问题依照风险负担规则处理。若当事人针对不可抗力所造成的合同目的不能实现或者其他不可归责于当事人事由导致合同履行不能而提出解除合同的,则解除合同的清算规则与风险负担规则也会出现适用矛盾的情形。此时,应当区分标的物是否交付,若未交付,则无论依照风险负担规则抑或是合同解除制度,风险均由出卖人承担。若已交付,则风险由买受人承担,并且否认买受人的解除权,即在标的物毁损灭失致使合同目的不能实现的情况下,应当优先适用风险负担的规则。至于情势变更规则与风险负担规则,两者不存在实质性冲突,可以并存。综上,风险负担规则与标的物毁损灭失时的履行不能制度均属于合同履行障碍的解决机制,两者功能重合,在具体解决机制适用中发生冲突时,应当尊重风险负担规则的合理价值,优先适用风险负担规则。

参考文献

- [1] 谢鸿飞.《民法典》法定解除权的配置机理与统一基础[J].浙江工商大学学报,2020(6):18-29.
- [2] 吴俊君.论我国合同履行障碍救济体系的初步建构[J].盐城师范学院学报(人文社会科学版),2012,32(2):31-36.
- [3] 齐晓琨.德国新、旧债法比较研究——观念的转变和立法技术的提升[M].北京:法律出版社,2006.
- [4] 尚连杰.风险分配视角下情事变更法效果的重塑——对《民法典》第533条的解读[J].法制与社会发展,2021,27(1):169-188.
- [5] 隋璐.我国合同履行障碍制度研究[D]:[硕士学位论文].上海:上海师范大学,2021.
- [6] 崔建远.风险负担规则之完善[J].中州学刊,2018(3):56-61.
- [7] 臧颖.买卖合同风险负担规则研究——以网络购物合同为视角[J].北方经贸,2020(6):61-66.
- [8] 桑本谦.不可抗力的法经济学思考[J].哈尔滨工业大学学报(社会科学版),2004(2):51-56.
- [9] 中田裕康,张家瑜.《日本民法》之合同不履行[J].清华法学,2011,5(3):165-174.
- [10] 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.
- [11] 黄立.民法债编各论[M].北京:中国政法大学出版社,2003.
- [12] 张剑.世界银行合同不可抗力条款的研究[J].国际经济合作,2015(11):84-89.
- [13] 蔡伟.合同法上不可抗力规则适用研究[D]:[硕士学位论文].武汉:华中科技大学,2016.
- [14] 陈冰茹.论风险负担规则与合同解除的关系[J].市场周刊,2020,33(10):154-156.

-
- [15] 朱虎. 解除权的行使和行使效果[J]. 比较法研究, 2020(5): 93-108.
- [16] 邓志伟, 张平. 风险负担规则与合同解除制度的竞合[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2012, 27(4): 33-40.
- [17] 周江洪. 风险负担规则与合同解除[J]. 法学研究, 2010, 32(1): 74-88.