

# 民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL

LAW REVIEW VOL. 55

◆ 梁慧星 / 主编

## 本卷要目

### 专题研究

【武 腾】

出卖人的违约补救权

【谢 潇】

我国不动产物权登记对抗模式的理论困境及其克服

【王伟伟】

论抵押物的处分禁止——《物权法》第191条解析

【唐 勇】

论以按份共有作为复数所有权的“理想类型”——以《物权法》第103条为切入

【王 竹】

赔礼道歉民事责任方式的源流、承担与执行研究

【吴飞飞】

公司章程“选出”公司法之理论机理及其自由限度

【杨 光】

有限责任公司股东优先购买权之再解析

### 判解研究

【董 航】

房屋买卖居间合同中“跳单”行为研究

——1号指导案例评析

【张 鹏】

构成著作权法上“研究批判型”引用的界限判断

【丁 颖 李建蕾】

专门性域名争议解决机制中“相同或混淆性相似”的认定

### 程序问题

【孙瑞玺】

论实现担保物权案件特别程序及与诉讼和执行程序的衔接

【李玉佳】

诉讼离婚后不动产纠纷案件的管辖权问题

### 继承法

【樊志军 刘耀东】

论继承人放弃继承与债权人之撤销权

【张燕玲】

特留份的理论基础与制度构建新论

### 婚姻家庭

【康 娜】

夫妻财产习惯与制定法冲突的实证研究——以山东省为透视

【杨遂全】

家庭居住权制度体系建设研究

### 域外法

【夏昊晗】

欧洲主要国家诉讼时效立法改革及其发展趋势

【郭延辉】

金融担保创新与物权法定——日本根抵押制度的立法化

【杨长庚】

德国侵权法上的死亡赔偿制度

### 热点问题

【西蒙·C·西蒙尼德斯 著 杜涛 译】

冲突法在美国法院(2012年):第26次年度综述

【乔雄兵】

试论国民待遇与中国海外投资的法律保护

### 资料

【夏昊晗 译】

德国医疗合同法



D913.01  
09  
V55

014044071

第55卷

# 民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL

LAW REVIEW VOL. 55

■ 梁慧星 / 主编



本卷各篇文章中的观点并不必然反映主编及出版社的立场。  
任何以转载、重印、翻译等形式复制本卷所載的文章均须事先  
获得主编和法律出版社的书面许可。

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



北航

C1731653

D 913.01  
09  
V55

  
法律出版社  
LAW PRESS CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛. 第55卷 / 梁慧星主编. —北京: 法律出版社, 2014. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6158 - 0

I. ①民… II. ①梁… III. ①民法—研究—文集②商法—研究—文集 IV. ①D913.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 045544 号

民商法论丛(第55卷)

梁慧星 主编

责任编辑 吕丽丽  
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2014年4月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 23.125 字数 684千

印次 2014年4月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

---

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

---

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6158 - 0

定价:50.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 目 录

### 【专题研究】

- 出卖人的违约补救权 ..... 武 腾( 1 )
- 我国不动产物权登记对抗模式的理论困境及其克服  
..... 谢 潇( 39 )
- 论抵押物的处分禁止  
——《物权法》第 191 条解析 ..... 王伟伟( 67 )
- 论以按份共有作为复数所有权的“理想类型”  
——以《物权法》第 103 条为切入 ..... 唐 勇( 84 )
- 赔礼道歉民事责任方式的源流、承担与执行研究  
..... 王 竹( 121 )
- 公司章程“选出”公司法之理论机理及其自由限度 ..... 吴飞飞( 159 )
- 有限责任公司股东优先购买权之再解析 ..... 杨 光( 179 )

### 【判解研究】

- 房屋买卖居间合同中“跳单”行为研究  
——1 号指导案例评析 ..... 童 航( 213 )
- 构成著作权法上“研究批判型”引用的界限判断 ..... 张 鹏( 262 )
- 专门性域名争议解决机制中“相同或混淆性相似”  
的认定 ..... 丁 颖 李建蕾( 278 )

### 【程序问题】

- 论实现担保物权案件特别程序及与诉讼和执行程序  
的衔接 ..... 孙瑞玺( 306 )
- 诉讼离婚后不动产纠纷案件的管辖权问题 ..... 李玉佳( 361 )

## 【继承法】

- 论继承人放弃继承与债权人之撤销权 …… 樊志军 刘耀东(371)  
特留份的理论基础与制度构建新论 …………… 张燕玲(391)

## 【婚姻家庭】

- 夫妻财产习惯与制定法冲突的实证研究  
——以山东省为透视 …………… 康 娜(418)  
家庭居住权制度体系建设研究 …………… 杨遂全(433)

## 【域外法】

- 欧洲主要国家诉讼时效立法改革及其发展趋势 …… 夏昊晗(452)  
金融担保创新与物权法定  
——日本根抵押制度的立法化 …………… 郭延辉(464)  
美国侵权法上的死亡赔偿制度 …………… 杨长庚(520)

## 【国际问题】

- 冲突法在美国法院(2012年):第26次年度综述  
…………… 西蒙·C·西蒙尼德斯 著 杜涛 译(553)  
试论国民待遇与中国海外投资的法律保护 …… 乔雄兵(646)  
巴塞罗那协议面临的金融创新产品规避监管困境 …… 王远胜(668)  
从“双重可诉”规则到“侵权行为地法”规则的演变  
及其法律问题  
——英国的实践及其对中国的启示 …………… 甘 勇(688)

## 【资料】

- 德国医疗合同法 …………… 夏昊晗 译(728)

**专题研究**

## 出卖人的违约补救权

武 腾

### 目 次

#### 引言

- 一、域外法上保障出卖人补救利益的平衡机制
- 二、我国出卖人补救利益保障机制的缺失及实践需求
- 三、体系性视角下出卖人补救利益保障的必要性
- 四、我国出卖人补救利益的保障技术——补救权的构造

#### 结论

#### 引言

在我国,出卖人给付的标的物如果在质量方面不符合合同约定,买受人根据《合同法》第111条和第107条享有以修理、更换为主要形式的继续履行请求权、减少价款请求权、损害赔偿请求权、退货权及其他形式合同解除权等救济渠道。而《合同法》却没有为作为违约方的出卖人提供任何积极有效的利益平衡工具,甚至没有对第111条中买受人“根据标的的性质以及损失的大小合理选择”提供任何实质限制。这样一来,在买受人所具有广泛的救济手段面前,出卖人处于一种几乎被“解除武装”的被动境地。如果买受人轻率选择的救济手段对于出卖人来说代价较高的,如果出卖人希望以更低的代价及时消除质量方面的不适约,出卖人的利益就难以得到有效保护。

从体系性衔接的角度来说,《合同法》第94条第4项和第148条第1句规定只有在合同目的不能实现的情况下,质量违约才能引起合同解除,那么在质量违约未造成合同目的不达的阶段,鼓励违约方及时补救违约,尽力挽救合同应是立法政策的题中之义。另外,《合同法》第158条明确规定在质量、数量违约的情况下,买受人在发现或者应当发现违约后的合理期间内必须通知出卖人,否则将丧失合同上的救济。这一规则的政策基础也应包括:出卖人尽早得知质量、数量的违约事实可以帮助其及时调查和补救违约,而这些是具有保护价值的利益。据此,与合同解除制度和合理期间通知制度的衔接,以及立法政策的连贯都要求承认和保障出卖人的违约补救利益。出卖人的违约补救权是一个从利益平衡角度看应当存在,从体系性角度看难以或缺的权利。本文将在详细介绍域外法经验的基础上,探讨在我国买卖合同领域中,如何建构出卖人的违约补救权。<sup>①</sup>

## 一、域外法上保障出卖人补救利益的平衡机制

### (一) 德国法上出卖人的二次供与权

德国债法改革后赋予了买受人后续履行请求权(Nacherfüllungsanspruch),在出现瑕疵时首先要区分该瑕疵是可去除的(befhebbar)还是不可去除的(unbefhebbar)。<sup>②</sup>只要瑕疵是可去除的,买受人所有其他法律救济,包括解除、减价和代替给付的损害赔偿(Schadenersatz statt der Leistung),原则上都必须以买受人为出卖人指定的适当后续履行期间(Nachfrist)徒过为前提条件。<sup>③</sup>这种后续履行的优位(Vorrang der Nacherfüllung)虽然不是法律的明文表达,但通过德国《民法典》第281

<sup>①</sup> 从域外法的经验来看,补救权或者补救利益的保障机制适用于债务人或者不履行方,显然不局限于买卖合同领域。但是买卖合同中出卖人的违约补救权可以作为这一制度最基础、最具代表性的分析对象,故本文将研究主题局限于此。

<sup>②</sup> Vgl. Dirk Looschelders, *Schuldrecht Besonderer Teil*, Carl Heymanns Verlag 2007, Rn. 83.

<sup>③</sup> Vgl. Medicus/Lorenz, *Schuldrecht II Besonderer Teil*, 15. Aufl., Verlag C. H. Beck 2010, Rn. 123; Dirk Looschelders, *Schuldrecht Besonderer Teil*, Carl Heymanns Verlag 2007, Rn. 82.

条和第 323 条等清楚地体现了出来。<sup>①</sup> 德国《民法典》第 281 条第 1 款第 1 句规定：“债务人不提供或者不按义务要求地提供已届期给付的，如果债权人向债务人指定的给付或者后续履行的适当期间无果（erfolglos），那么债权人可以在第 280 条第 1 款的条件下，请求代替给付的损害赔偿。”这便将该类损害赔偿的行使条件原则上奠定在出卖人未把握后续履行机会的基础上。<sup>②</sup> 类似地，德国《民法典》第 323 条第 1 款规定：“在双务合同中，债务人不提供到期给付或者所提供给付不适约（nicht vertragsgemäß），债权人已向债务人指定给付或者后续履行的适当期间而无果的，（债权人——引者注）可以将合同解除（zurücktreten）”。<sup>③</sup> 这意味着该解除权的行使也原则上以出卖人未把握后续履行机会为前提（存在无须指定期间的例外性规定<sup>④</sup>）。另外，根据德国《民法典》第 441 条第 1 款，“买受人可以通过对出卖人的表示（Erklärung）减少价款，以代替解除（statt zurücktreten）。不适用第 323 条第 5 款第 2 句所规定的排除理由。”<sup>⑤</sup> 这也就把减价作为解除的代替手段，减价的行使除了个别例外（第 323 条第 5 款第 2 句）完全基于解除的行使条件而发生。这样一来，减价救济也要原则上以出卖人未把握后续履行机会为行使的前提条件。

布洛克斯（Brox）和瓦尔克（Walker）教授指出：在最后一次机会（letzten Chance）的意义上，可以认为出卖人享有了二次供与权（Recht

<sup>①</sup> Vgl. Dirk Looschelders, *Schuldrecht Besonderer Teil*, Carl Heymanns Verlag 2007, Rn. 82.

<sup>②</sup> Vgl. Ernst, *Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck 2007, § 281.

<sup>③</sup> Vgl. Heinrich Dörner et al., *Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar*, 2. Aufl., Nomos 2002, § 323.

<sup>④</sup> 这主要体现在德国《民法典》第 323 条第 2 款。Vgl. Heinrich Dörner et al., *Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar*, 2. Aufl., Nomos 2002, § 323.

<sup>⑤</sup> Vgl. H. P. Westermann, *Münchener Kommentar zum BGB, Band 3., Schuldrecht Besonderer Teil I*, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck 2008, § 441.



des Verkäufers zur zweiten Andienung)。<sup>①</sup> 这种后续履行在可除去瑕疵的场合,相对于其他法律救济的优位,迎合了合同当事人权利实现(Rechtswirklichkeit)方面的利益:对于双方当事人来说,当瑕疵出现时,首先关心的是修理或者更换,而不是合同的解除或者价金的减额。<sup>②</sup> 德国法上近些年颇受关注的问题之一是买受人可否自行除去瑕疵,进而让出卖人承担该费用。这里的关键问题是出卖人是否被剥夺了后续履行的机会。<sup>③</sup> 另一个受到争论的问题是买受人在更换时是否需要支付使用费。<sup>④</sup>

不过,德国法上所谓出卖人的二次供与权对出卖人的补救利益保障较弱,这不仅体现在该制度主要是附随于后续履行期间的效果,而且反映在后续履行的方式究竟是修理还是代替物交付由买受人享有选择权(Wahlrecht)。买受人的选择权并不以第262条的选择之债为基础,而是一种选择竞合(elektive Konkurrenz)。也就是说,买受人并不受第263条第2款的拘束,而是可以在请求权消灭之前——在诚实信用的限度内——一直选择后续履行的另一方式。<sup>⑤</sup> 这也被称为买受人的变更权(ius variandi)。<sup>⑥</sup>

---

① Vgl. Brox/Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 31. Aufl., Verlag C. H. Beck 2006, § 4 Rn. 40; Ina Ebert, *Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer*, *NJW* 2004, 1761.

② Vgl. Brox/Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 31. Aufl., Verlag C. H. Beck 2006, § 4 Rn. 40.

③ Vgl. Stephan Lorez, *Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht*, *NJW* 2003, 1417; Jürgen Oechsler, *Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs*, *NJW* 2004, 1825; Carsten Herresthal, Thomas Riehm, *Die eigenmächtige Selbstvornahme im allgemeinem und besonderen Leistungsstörungenrecht*, *NJW* 2005, 1457.

④ Vgl. Timo Fest, *Kein Anspruch des Verkäufers auf Nutzungersatz bei Nachlieferung?*, *NJW* 2005, 2959; Beate Gsell, *Aufwendungsersatz nach § 284 BGB*, *NJW* 2006, 125.

⑤ Vgl. Brox/Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 31. Aufl., Verlag C. H. Beck 2006, § 4 Rn. 41; Medicus/Lorenz, *Schuldrecht II Besonderer Teil*, 15. Aufl., Verlag C. H. Beck 2010, Rn. 125.

⑥ H. P. Westermann, *Münchener Kommentar zum BGB, Band 3., Schuldrecht Besonderer Teil I*, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck 2008, § 439 Rn. 5.

然而,如果买受人依自身喜好选择的方式并不合理,将导致出卖人的二次供与权无法实现,出卖人将完全暴露在买受人的所有救济手段之下。那么如何对出卖人进行保护呢?在德国法上,主要通过以下途径:(1)根据第 439 条第 3 款,如果买受人选取的后续履行方式费用过巨,出卖人有权拒绝。(2)根据第 439 条第 3 款,考虑到物在无瑕疵状态下的价值、瑕疵的严重程度等,买受人的请求权可能限于另一后续履行方式。(3)根据第 264 条,如果有选择权的买受人怠于行使选择权,出卖人指定期间催告后,选择权转移给出卖人。(4)诚实信用原则的保护。<sup>①</sup>

实际上,在德国债法改革过程中,便存在赋予出卖人后续履行权(Nacherfüllungsrecht)的建议,不过并没有为立法者采纳。<sup>②</sup>学者们对当前的立法设计予以持续性的批评。韦斯特曼(Westermann)教授在对德国《民法典》的《慕尼黑评论》(Münchener Kommentar)中指出,相比买受人,出卖人对何种后续履行方式更合适能更好地进行判断。<sup>③</sup>齐默曼(Zimmermann)教授也指出,从以下角度看这条路径不具有说服力:“出卖人的地位将强烈地受到买受人选择的影响,而另一方面,只要出卖人能够选择一项完全除去瑕疵的后续履行措施,买受人的地位就可以得到保障,合理利益得到满足。”他也认为通常是出卖人更容易了解到不同后续履行的机会并判断其有效性。<sup>④</sup>

无论如何,德国法上通过后续履行期间制度构建了保护出卖人补救利益的机制,尽管这一机制仍被认为没有起到充分保障出卖人主动补救利益的作用。相较于德国法上的出卖人二次供与权,美国法上的出卖人补救权对出卖人违约补救利益的保障要有力得多,而且也大大

<sup>①</sup> Vgl. Martin Schurhölz, *Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, zugleich ein Beitrag zum Schicksal von Stück- und Gattungskauf*, Nomos 2005, S. 31 ff.

<sup>②</sup> Vgl. Martin Schurhölz, *Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, zugleich ein Beitrag zum Schicksal von Stück- und Gattungskauf*, Nomos 2005, S. 29 f.

<sup>③</sup> Vgl. H. P. Westermann, *Münchener Kommentar zum BGB, Band 3., Schuldrecht Besonderer Teil I*, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck 2008, § 439 Rn. 1.

<sup>④</sup> See Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005, p. 100.

影响了国际公约和国际示范法中的规则。

(二) 美国法上出卖人的补救权(right to cure)

美国《统一商法典》(UCC)第2-508条规定了补救的两种基本类型:合同履行期限届满前的补救与合同履行期限届满后的补救。UCC第2-508条第1款规定:“任何给付(tender)或者交付(delivery)因为不履约被出卖人拒绝时,如果履行期尚未届满,出卖人可以将其补救的意图及时通知买受人,并在合同期间内作出履约的交付。”第2-508条第2款规定:“对于一项出卖人有合理理由相信为可接受的(acceptable)不履约给付,如果买受人加以拒绝,无论是否有价款折扣(money allowance),出卖人可以在及时通知买受人之后,于另外的一段合理期间内交付代替的履约给付。”<sup>①</sup>

对于第一个基本类型,比较容易理解:在履行期届满前,出卖人只要将其补救意图及时通知买受人就应当可以采取补救行动。对于第二个基本类型,则要注意两个问题:(1)如何理解买受人“有合理理由相信物是可接受的”,根据UCC第2-508条的官方评论,合理理由可以来自先前的交易经历、合同履行的进程、交易习惯以及合同缔结的周遭特殊环境等。<sup>②</sup>詹姆斯·怀特(James J. White)和罗伯特·萨默斯(Robert S. Summers)教授认为:“在没有特殊情境的情况下,当出卖人交付的物是与合同要求不一致,但是功能相当(functional equivalent)时,出卖人便有合理理由相信它们将是可接受的。”<sup>③</sup>而且,出卖人是否有权进行补救与其是否事先知悉瑕疵并无必然联系。<sup>④</sup>(2)如何认定“另外的合理期间”。此时也应当取决于周遭环境,包括买受人地位的改变以及不便利性,出卖人矫正不履约所需要的时间,还有出卖人通过

<sup>①</sup> *Uniform Commercial Code: Official Text and Comments*. Thomson/West, c2010, p. 2189.

<sup>②</sup> *Uniform Commercial Code: Official Text and Comments*. Thomson/West, c2010, p. 2190.

<sup>③</sup> James J. White, Robert S. Summers, *Principles of Sales Law*, Thomson/West, 2009, p. 511.

<sup>④</sup> James J. White, Robert S. Summers, *Principles of Sales Law*, Thomson/West, 2009, pp. 511-512.

转售所能抢救的货物残值等。<sup>①</sup>

尽管 UCC 明确规定的补救方式是交付另一适约之物,但是法院也普遍允许修理来代替完全的重新给付。<sup>②</sup> 值得一提的是,价款折扣 (money allowance),在实践中常体现为价款减额 (price reduction) 或者价额调整 (price adjustment)。<sup>③</sup> 怀特和萨默斯教授总结道:“足以补偿买受人在数量或者质量上欠缺的价格调整是商人之间最常见的补救方式。”尽管 UCC 第 2-508 条第 2 款貌似没有认可这种行为是补救的方式,但商事实践支撑着对这种方式的认可。<sup>④</sup> 同样认可这种补救方式的还有阿兰·施瓦茨 (Alan Schwartz) 和罗伯特·斯高特 (Robert E. Scott) 两位学者。<sup>⑤</sup> 可以说,在美国法上常见的补救方式包括三种:更换、修理和商事实践支持下的减价。

UCC 第 2-508 条中出卖人补救权的主要功能和效果是限制买受人根据第 2-602 条享有的拒绝权 (right to reject) 和根据第 2-608 条享有的接受撤销权 (right to revoke acceptance)。拒绝权和接受撤销权,是买受人实行解除合同的必经通道。对这两项权利加以限制意味着买受人将无法解除合同,而必须保留给付,并寻求以损害赔偿为主的其他救济。也就是说,补救权为出卖人提供了机会,使其通过积极补救来防止合同滑向解除,自身不被置身于买受人的全部救济手段之下。当然,并非任何补救都是买受人必须接受的。除了前述(1)有合理理

<sup>①</sup> James J. White, Robert S. Summers, *Principles of Sales Law*, Thomson/West, 2009, p. 513.

<sup>②</sup> James J. White, Robert S. Summers, *Principles of Sales Law*, Thomson/West, 2009, p. 514.

<sup>③</sup> James J. White, Robert S. Summers, *Principles of Sales Law*, Thomson/West, 2009, pp. 510-512.

<sup>④</sup> James J. White, Robert S. Summers, *Principles of Sales Law*, Thomson/West, 2009, p. 515.

<sup>⑤</sup> 他们在《买卖法与缔约过程》(Sales Law and the Contracting Process)中提出这种观点。See Catherine Piché, *The Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code Remedies in Light of Remedial Principles Recognized under U. S. Law: Are the Remedies of Granting Additional Time to the Defaulting Parties and of Reduction of Price Fair and Efficient Ones?* 28 *N. C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 519 (2003).

由相信物可被接受和(2)在合理期间内补救,出卖人还必须自负补救的费用。在买受人信赖被动摇(shaken faith),或者出卖人明显缺乏补救能力的情况下,买受人可以拒绝出卖人提出的补救。<sup>①</sup>

美国法上出卖人的补救权具有很强的效力。买受人不得拒绝一项适格的补救。如果买受人错误地拒绝允许或者接受出卖人的补救,出卖人的违约将被消除,买受人所有基于违约的救济将受到妨碍。与此同时,买受人将必须按照 UCC 第 2-709 条对不适约物的价款负责,或者按照第 2-706 条对转售价格与合同价格之差负责,除去不适约(nonconformity)节省的部分。<sup>②</sup>

美国法上的补救权与德国法上的二次供与权相比,类似之处是:(1)都赋予了出卖人修理、更换等补救不适约的机会;(2)如果买受人在没有正当理由的情况下拒绝给予这种机会,将很大程度上丧失依靠不适约的救济。不同之处在于,美国法上的补救权将主动性赋予了出卖人,其权利效果较强,而德国法上的二次供与权谓一项真正的权利,主要是附随于后续履行期间制度的利益保护机制。<sup>③</sup>

(三)《联合国国际货物销售合同公约》对出卖人补救利益的保护

1988 年生效的《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)影响了许多国家、地区的立法和法律改革,<sup>④</sup>在比较法研究中占有重要地位。该公约也规定了保护出卖人补救利益的制度。

一方面,美国法上的补救权在改动很小的情况下被 CISG 第 34 条、第 37 条、第 48 条所继受。<sup>⑤</sup>另一方面,德国债法改革后的后续履行制度则比较接近 CISG 第 46 条中的代替物交付请求权和修理请求权,

<sup>①</sup> See James J. White and Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, West Pub. Co., 1995, 4th ed., pp. 327-328.

<sup>②</sup> James J. White, Robert S. Summers, *Principles of Sales Law*, Thomson/West, 2009, pp. 516-517.

<sup>③</sup> 对于二者效力的比较将在本文第四部分第二小节作进一步分析。

<sup>④</sup> See Michael Joachim Bonell, *The CISG, European Law and the Development of a World Contract Law*, 56 *Am. J. Comp. L.* 6-8 (2008).

<sup>⑤</sup> See James J. White, Robert S. Summers, *Principles of Sales Law*, Thomson/West, 2009, pp. 507-508.

以及第 47 条的买受人指定期间制度。也就是说, CISG 既规定了出卖人的补救权, 也规定了买受人的后续履行请求权, 对两大法系的制度进行了整合。从保护出卖人补救利益的层面来看, 指定期间的保障作用基本可以被补救权制度所覆盖。因此, 接下来主要介绍 CISG 中出卖人的期前补救和期后补救制度。

CISG 第 34 条和第 37 条规定了出卖人的期前补救。第 34 条是有关货物相关文件的补救。该条第 2 句规定: “如果出卖人在合同要求的时间之前交付 (hand over) 货物相关文件, 其可以在该期间之内补救 (cure) 任何文件上的不履约, 只要该权利的行使不引起买受人不合理的不便或者不合理的费用。”第 3 句规定: “然而, 买受人保留公约上提供的任何主张损害的权利。”第 37 条是有关物的不履约的补救。该条规定: “如果出卖人已经在交付日之前交付货物, 他可以在那日之前交付任何遗漏部分或者弥补任何货物数量上的不足, 或者更换任何不履约的货物或者补救 (remedy) 任何已交付货物上的不履约, 只要该权利的行使不会引起买受人不合理的不便或者不合理的费用。然而, 买受人保留公约上提供的任何主张损害的权利。”<sup>①</sup>所谓不合理的不便或者不合理的费用, 比如买受人已经将货物安装到生产线上, 较长时期的修理相对于及时更换而言就可能会引起不合理的不便或者不合理的费用。<sup>②</sup>

CISG 第 34 条的出卖人期前补救权与 UCC 第 2 - 508 条十分接近。实际上, 在欧洲大陆的法律体系中, 期前交付的场合出卖人也是有权补救瑕疵的。<sup>③</sup> 虽然买受人对于提前交付并没有一般的受领义务, 但即使买受人合法地拒绝受领期前给付, 也并不导致出卖人状况更差; 如果买受人受领了期前给付, 则出卖人有广泛的补救权, 即使一次补救

<sup>①</sup> 本文对 CISG 条文的引用均来自联合国国际贸易法委员会官网上的英文版, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>, 最后访问时间: 2013 年 4 月 5 日。下文不再注明。

<sup>②</sup> See Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press, 2005, p. 444.

<sup>③</sup> See Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press, 2005, pp. 440 - 441.

没有成功,在期限到来之前仍有权在不给买受人带来不合理的不便和不合理的费用基础上,再实施补救。<sup>①</sup>

CISG 第 48 条为期后补救规定了 4 款。第 2~4 款旨在处理买受人权利与出卖人权利的协调。第 1 款规定:“受制于第 49 条,出卖人即使在交付日之后,也可以以自己的费用补救任何义务履行的失败,只要这样做不会带来不合理的迟延,或者引起买受人不合理的不便或者带来买受人预付费用偿还的不确定性。然而,买受人保留公约上提供的任何主张损害的权利。”

CISG 第 48 条第 1 款中“受制于第 49 条”的规定,开启了出卖人补救权与买受人解除权关系的持续争论。根据该条,买受人解除合同的权利优先于(priority over)出卖人通过后续履行进行补救的权利。因此,如果根据第 49 条第 1 款 a 项存在一项根本违约,或者根据第 49 条第 1 款 b 项买受人指定的额外期间徒过,出卖人就不能依据第 48 条第 1 款主张补救的合理期间。然而,问题是买受人的解除权到底在多大程度上排除(override)出卖人的补救权。<sup>②</sup>与之相关的关键性问题是,一项瑕疵能够在一段合理期间内被补救的事实能否排除或者中止违约的根本性质。<sup>③</sup>下文将对如何在我国法上理解该问题作进一步分析。

值得指出的是,作为国际示范法的《国际商事合同通则》(以下简称 PICC<sup>④</sup>) 在大多数买卖法规则上与 CISG 保持一致,<sup>⑤</sup>但在补救

① See Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press, 2005, pp. 443 - 444.

② See Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press, 2005, p. 567.

③ See Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press, 2005, p. 567.

④ 其全称为 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS, 载 <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, 最后访问时间:2013 年 4 月 15 日。

⑤ 有学者指出:“在二者处理同一问题的情形,商事合同通则的规定通常是原封不动地采用销售合同公约的对应条款,或者至少是实质上采用。商事合同通则的规定与销售合同公约不同,仅限于例外的情形。”[意]米切尔·波乃尔:“国际商事合同通则与国际货物销售合同公约”,梁慧星译,载《外国法译评》1999 年第 2 期。

权与解除权的关系上则采取了不同的处理方式。其第 7.1.4 条规定了不履行方的补救(cure by non-performing party)。第 1 款规定了补救的条件。第 2 款规定,补救的权利并不因解除的通知被排除(precluded)。该条评论提到,即使受损害方根据条款 7.3.1(1)和 7.3.2(1)正当解除合同,解除的效力也被有效的补救通知所中止(suspended)。<sup>①</sup>这意味着,起草 PICC 的各国学者对 CISG 上补救权与解除权关系的处理方式有所不满,试图重构相关规则。

由于 CISG 不仅借鉴了美国法上的补救权,也采纳了大陆法倡导的买受人后续履行请求权,因此出卖人期后补救权与买受人救济权便可能发生冲突。CISG 第 48 条第 2~4 款实际上为买卖双方建立起了一种基于诚信的沟通义务,<sup>②</sup>旨在解决买卖双方可能发生的权利冲突。第 2 款规定:“如果出卖人要求买受人告知其是否接受(accept)履行而买受人在一段合理期间内没有回应该要求,出卖人可以在其要求中指定的期间内履行。买受人在那段期间内不得求助于与出卖人履行相抵触(inconsistent)的任何救济。”第 3 款规定:“一项出卖人作出的将在一段指定期间内履行的通知被假定为(assumed)包含一项前款中要买受人告知(是否接受——引者注)决定的要求。”第 4 款则规定了出卖人在第 2 款和第 3 款中的要求或者通知只有被买受人收到时才发生效力。这些规则是有积极作用的。毕竟,买受人救济主张与出卖人补救权的矛盾可能主要体现为教义学层面的争论,在实践中,很大程度上只有在缺乏沟通的情况下才会出现真正的冲突。

关于 CISG 上补救权的效力,根据第 48 条第 2 款的规定,如果出卖人获得一个补救的合理期间,买受人不得在该期间内主张与出卖人补救行为相抵触的救济。这实际上中止了买受人相抵触救济的权利主张。而如果买受人拒绝接受出卖人的适格补救,买受人将丧失基于违约的救济,包括减少价款。根据 CISG 第 50 条的规定,“如果出卖人按

<sup>①</sup> 参见 <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, 最后访问时间:2013 年 4 月 15 日。

<sup>②</sup> See John O. Honnold, Harry M. Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th ed., Kluwer Law International, 2009, pp.430-431.



照第37条或第48条的规定对任何义务不履行做出补救,或者买受人拒绝接受出卖人按照该两条规定实施的履行,则买受人不得减少价款。”减少价款在CISG上是一项具有质、价平衡功能的救济。在买受人拒绝接受出卖人的合法补救行为时,其不得减少价款。那么举轻明重,买受人也不得据此主张合同的解除来完全免除自身支付对价的义务。另外,买受人也不得主张代替履行的损害赔偿,否则第50条中的规定也将没有意义。总之一句话,如果买受人拒绝了出卖人的适格补救,实质上便不能再主张被出卖人补救行为所制约的救济。在这一效果上,与德国法、美国法的相关规则是基本一致的。

#### (四) 日本债权法改革中的出卖人追完权

日本学者将德国法上的后续履行(Nacherfüllung)译为追完(追完),将后续修理(Nachbesserung)译为修补(修補),将代替物交付(Nachlieferung)译为代物供给(代物供给)或者代替物引渡(代替物の引渡)。<sup>①</sup>在日本主流民法学者组成的民法(债权法)改正检讨委员会所编的《债权法改正的基本方针》(以下简称《基本方针》)中,编写了与后续履行请求权相似的制度——追完请求权。《基本方针》第3.1.1.57条第1款规定:“债务人为不完全履行时,债权人可以请求履行追完。”<sup>②</sup>根据《基本方针》中的解说,追完请求权是指在“不完全履行”的场合,针对有瑕疵之物的修补请求权、代物请求权、数量不足时的追履行请求权,以及再施工请求权等,根据契约的解释决定其具体的内容。<sup>③</sup>可见,“追完”这一术语,是用来表达对不完全履行进行追加、补充,以达到完全履行状态的各种各样行为的总称。如内田贵教授所言:“使不完全履行成为完全之事物即为追完。”<sup>④</sup>对于追完请求权的性

① 渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」野澤正充編「瑕疵担保責任と債務不履行責任」(日本評論社、2009年)70頁。潮見佳男:「契約責任の体系」(有斐閣、2000年)64~65頁。

② 民法(債権法)改正検討委員会編「詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ 契約および債権一般(1)」(商事法務、2009年)198頁。

③ 民法(債権法)改正検討委員会編「詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ 契約および債権一般(1)」(商事法務、2009年)199頁。

④ 内田貴「民法Ⅲ 債権総論・担保物権」(東京大学出版会、2005年)128頁。