

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
最高人民法院民事审判第二庭

合同法 评论

王利明 奚晓明 ◆ 主编

2004年第1辑（总第1辑）

【专论】

风险负担问题探讨 / 王利明

继续性合同中的履行抗辩权 / 李新天 罗昆

【争鸣与评论】

关于债务承担的再思考 / 崔建远

合同法的规范类型及其法律适用 / 王轶

邮寄送达催收通知书法律效力问题的思考 / 孔玲

【法律及司法解释评析】

论企业改制中的债务承担 / 杨明刚

【案例评析】

「保证期间约定不明」的处理 / 高圣平

人民法院出版社

2004年第1辑(总第1辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心
最高人民法院民事审判第二庭 主办

王利明 奚晓明 主编

编

委

(按姓氏笔划为序)

丁巧仁	马俊驹	尹鲁先
王利明	叶林	石登盈
龙翼飞	刘贵祥	刘德权
孙华璞	吴合振	宋晓明
张广兴	张新宝	李永军
杨立新	林嘉	姚辉
高鸿宾	崔建远	曹守晔
景汉朝	童兆洪	董安生

编辑部主任

尹飞 程啸

合同法评论

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法评论. 2004 年第 1 辑 (总第 1 辑) / 王利明, 奚晓明主编. —北京: 人民法院出版社, 2004.9

ISBN 7-80161-857-2

I. 合… II. ①王…②奚 III. 合同法—研究—中国—丛刊 IV. D923.64-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 095697 号

合同法评论 2004 年第 1 辑 (总第 1 辑)

王利明 奚晓明 主编

责任编辑 吴秀军 杜 澎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号 (100101)

电 话 (010)65290578 (责任编辑) 65290516 (出版部)
65290558 65290559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 226 千字

印 张 13

版 次 2004 年 9 月第 1 版 2004 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-857-2/D·857

定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

发刊词

王利明*

五年前，九届全国人大二次会议通过了《中华人民共和国合同法》。《合同法》的颁行结束了长期以来我国合同法律制度零散、甚至是相互冲突的局面，在完善市场经济的法律体系方面迈出了重要一步。该法反映了社会主义统一市场的需求，摒弃了反映计划经济体制特征的“经济合同”概念，充分体现了当事人的意思自治原则。她从现代市场经济的本质需要出发，要求当事人在交易的各个环节中都必须遵循作为商业的基本道德的诚实信用原则，从而为建立信用经济奠定了基础。她既广泛参考、借鉴了两大法系成功的合同立法经验和判例学说，采纳现代合同法的各项新规则和新制度，注重与国际规则和惯例的接轨，同时也立足中国的实际，系统全面地总结了我国合同立法和司法实践经验。总之，《合同法》的颁行，不仅表明我国合同法律制度已逐渐趋于完善，而且标志着我国的民事立法进入了一个成熟的阶段。尤其是在经济全球化以及我国已加入WTO的大背景下，统一我国市场经济交易活动的基本规则，力求使之与国际惯例接轨的合同法，更有利于我国参与世界经济竞争，增强我国的综合国力。

然而，《合同法》的颁布并不是我国合同法的理论与实践工作的终点，而只是起点。当前，仍有大量的合同法理论与实践问题亟待立法者、司法者以及民法研究者加以解决。英国著名

* 中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师，中国人民大学民商事法律科学研究中心主任。

法学家梅因曾言:“社会的需要和社会的意见常常是或多或少地走在法律的前面的,我们可能非常接近地达到它们之间缺口的接合处,但永远存在的倾向是要把这个缺口重新打开来。因为法律是稳定的,而我们谈到的社会是前进的。人民幸福的或大或小,完全取决于缺口缩小的快慢程度。”尽管《合同法》曾总结了多年来合同立法与司法的经验,并吸收了现代合同法的最新发展成果,其颁布至今也不过短短的五年时间。但是,在这五年的时间里,我国社会主义市场经济建设与法制事业已经发生了巨大的变化,产生了许多新情况、出现了许多新问题,这些都对我们的合同法研究与司法实践工作提出了新的要求与任务。

首先,中国共产党十六届三中全会通过的《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》,在指明了未来完善我国社会主义市场经济体制的方向与措施的同时,也对我国合同法研究与实践工作提出了新的要求。按照党中央的这一决定,未来我国要加快建设全国统一市场,大力推进市场对内对外开放,加快要素价格市场化,发展电子商务、连锁经营、物流配送等现代流通方式,促进商品和各种要素在全国范围自由流动和充分竞争。因此,作为交易的典型法律形式的合同在未来我国社会主义市场经济建设事业中的地位将更加重要。对于从事合同法研究与实践的同志来说,要深入研究并正确运用合同法,充分发挥其鼓励商品流通、合理配置生产要素以及维护交易安全的作用,这是一项非常艰巨的任务。

其次,《合同法》颁行至今,我国立法工作又取得了许多新的成就,一些新的法律、法规陆续颁布,如《立法法》、《农村土地承包法》、《物业管理条例》等,第十届全国人大二次会议还对《中华人民共和国宪法》进行了修订。新修订的《宪法》第 13 条的规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”因此,如何充分贯彻《宪法》保护私有财产权的精神,并使合同法与新颁布的法律、法规相契合,也是未来合同法的研究与司法实践当中一项非

常重要的工作。尤其应当看到,《合同法》的制定是我国正在进行的举世瞩目的民法典编撰工作的重要组成部分。在民法典制定过程中不仅要制定总则、物权法、侵权法等以前我们没有的法律,而且还要使已制定的法律能纳入到民法典体系中,实现民法典内部的体系和谐性,由此也提出了合同法如何与民法总则、物权法、侵权法协调问题。因此,惟有进一步加强我国合同法的研究,才能为将来把合同法融入民法典中的工作奠定扎实的理论基础。

再次,从《合同法》颁布至今的五年时间内,人民法院与仲裁机构在适用合同法的过程中积累了丰富的经验,同时也遇到了许多新案件与新问题。为了解决司法实践中这些问题,最高人民法院发布了一系列非常重要的司法解释,如《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》、《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》、《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》等。而且,最高人民法院在近期还将颁布一大批新的关于合同法方面的司法解释,如关于审理国有土地使用权转让案件的司法解释、审理建设工程施工合同纠纷案件的司法解释、审理农村土地承包合同纠纷案件的司法解释。这些都对我国合同法的研究提出了新的任务:一方面,要吸收整理人民法院与仲裁机构在适用合同法中积累的宝贵经验,为未来我国合同法的进一步完善奠定实践基础;另一方面,要集中精力研究实践中的新案件与新问题,同时对最高人民法院已经颁布或即将颁布的司法解释进行深入细致的研究,为司法实践工作提供理论支持。

上述新情况与新问题既对我国合同法理论与司法实践提出挑战,也为完善与发展我国合同法提供了重大历史机遇,如何把握这一重要机遇,将我国合同法的理论与司法实践往前推进一大步是每一个理论与实践工作者义不容辞的责任。有鉴于此,中国人民大学民商事法律科学研究中心与最高人民法院民事审判第二庭、人民法院出版社合作主办《合同法评论》,希望能够为广大合同法研究人员、审理合同纠纷案件的法官以及从事相关业务的律师提供一个发表合同法研究成果、交流经验,互相切磋,研讨立法、司法中合同法的热点问题、难点问题以及介绍国外合同法制优秀成果的园地。

我认为创办《合同法评论》是一项很有意义的工作。“岂有文章天下觉，忍将功业负苍生”，虽然我们的力量是微不足道的，但是我们仍然真诚地希望能得到立法界、司法界与学术界志同道合之士的广泛支持，以自己的微薄之力，把握历史赋予我们的宝贵机遇，为推动中国合同法的理论研究、立法与司法实践作出应有的贡献！

目
录

发刊词

- 001 发刊词 / 王利明

专 论

- 001 风险负担问题探讨 / 王利明
028 无效合同若干问题研究 / 马 强
043 继续性合同中的履行抗辩权 / 李新天 罗 昆
054 如实告知义务研究 / 刘学生
075 网络技术条件下的合同法问题研究 / 唐义虎

争鸣与评论

- 089 关于债务承担的再思考 / 崔建远
095 合同法的规范类型及其法律适用 / 王 轶
122 邮寄送达催收通知书法律效力问题的思考 / 孔 玲

法律及司法 解释评析

- 131 论企业改制中的债务承担
——兼评最高人民法院《关于审理与企业改制相关的
的民事纠纷案件若干问题的规定》/杨明刚

案例评析

- 152 “保证期间约定不明”的处理
——兼评保证期间法定主义 /高圣平

国外合同法

- 166 《欧洲合同法通则》/刘生亮 译

风险负担问题探讨

王利明*

市场经济社会，交易活动充满了风险。一般来说，风险分配主要是根据当事人之间的合同来安排的。但在当事人没有通过合同安排风险的情况下，就需要在法律上确立风险负担的规则来解决风险分配的问题。风险负担规则主要适用于买卖合同，“买卖法的目的就在于把基于合同关系所产生的各种损失的风险在当事人之间进行分配。”^①当然，由于风险负担不仅因买卖而发生，而且也在其他合同中产生，所以，风险负担是合同法中的共性问题，据此有必要对风险负担问题作出探讨。

一、风险的概念

风险一词，常常用来表示实际发生的或可能发生的风险，例如投资风险、交易风险、标的物毁损灭失的风险等。合同法上的风险不同于一般的风险概念。在罗马法中，“风险”有多种含义，它意味着可能遭受的损失(danno eventuale)^②或债务人在给付不能的情况下可能承担的风险责任，^③也指那些与当事人的过错没有任何联系的由法律规定或由当事人约定的风险。^④在现代合同法中，对于风险一词存在不同的规定。第一种观点认为，风险是指价格风险。合同风险制度就是在当事人之间分担意外风险的法律制度，其关键在于解决一方在遭遇风险

* 中国人民大学法学院副院长、教授、博士研究生导师，中国人民大学民商事法律科学研究中心主任。

- ① 冯大同：《国际货物买卖法》，对外经济贸易出版社1993年版，第132页。
- ② 保罗：《论萨宾》第5编：在买卖契约缔结之后，由于河水的冲击而使土地增加所带来的利益或是使土地减少所造成的损失均属于买方。因为，在契约缔结之后，即使土地全部被河水淹没，风险仍旧由买方承担。因此，取得的利益也应当属于买方。
- ③ 盖尤斯：《论行省告示》第10编：在圆木竖起，搬运以及重新放倒的过程中，圆木断裂的风险由承揽运输圆木的人承担。由于承揽人或承揽人雇佣的人的过失造成损失的风险亦由承揽人承担。如果承揽人是按照一个最谨慎的人的方法操作的，那么，将不认为他有过失。这一原则同样适用于木桶及木料的运输承揽。同时，亦可扩大适用于其他物品的运输承揽。
- ④ 丁玫：《罗马法契约责任》，中国政法大学出版社1998年版，第270～271页。

损失时,是否有权向对方要求对待给付的问题^⑤。《国际货物买卖统一法公约》第 96 条规定:“如果风险已转移给买方,他就应支付价金,尽管货物已经损坏或灭失……”。可见,公约实际上就是指价金的风险而不是指标的物的风险。第二种观点认为,风险是指货物意外灭失的风险,而有关的国际公约对此也予以了承认。例如,《经互会交货共同条件》明确地提出“货物的意外灭失的风险”。第三种观点认为,在英美法中,风险常常指货物灭失的风险以及履行利益、期待利益的丧失。美国学者科宾指出:“如果合同当事人允诺的特定履行成为不可能时……允诺进行履行的一方……应由其承担损失其财产价值的风险(因为他是财产所有人)。同时,他还要承担不能获得约定交换物(如价金)的风险。另一方当事人也要承担一定的风险,即他可能得不到合约履行本来可以给他带来的利益;对这种利益他无权提起诉讼,不管它是多么的确定。但是另一方面,他却不承担无故支付价金风险如果他未获得住房,或者货物……他就不必支付价款。”^⑥可见,英美合同法学者看来,因不可归责于双方当事人的原因导致债务无法履行的风险,包括货物灭失的风险,也包括支付价金的风险,还包括履行利益、期待利益丧失的风险。

严格地说,风险的概念包括两个方面:一为物的风险,一为债的风险。物的风险是指标的物因为意外原因而毁损灭失的风险。债的风险又可分为给付风险 and 对待给付风险(对价风险、价金风险)。按照黄立先生的看法,给付风险用于解决债务人就债之标的之灭失,有无再为给付之义务;对待给付之风险在于决定一方给付标的物灭失时,如不再为给付之义务,他方有无对待给付之义务。^⑦“在债务关系中,通常所谓‘危险’指两种情形:一是价金的负担,另一是给付的危险。所谓给付危险,其法律上之意义为负担此危险者,有义务使约定的给付无论如何成为可能。且当给付变为不可能时,不管其不能是否可归责于该负有给付危险之当事人,他皆应负债务不履行的责任……所谓危险负担,乃指因不可归责于双方当事人之事由,致标的物毁损

⑤ [日] 北川善太郎:“中国合同法与模范合同法”,载《国外法学》1987 年第 4 期。

⑥ [美] A·L·科宾:《科宾论合同》(下册),中国大百科全书出版社 1998 年版,第 633 页。

⑦ 黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 550 页。

灭失时，其价金之危险，由谁负担而言。”^① 风险是指“价金损失”。^②

关于对待给付风险，即标的物灭失时，债权人是否需支付价金，大陆法的传统民法历来有三种主义：一是债权人主义，指因不可归责于债务人的原因导致标的物毁损灭失，如债权人不能相应免除对待给付义务，仍须继续支付价金，则这种债的风险由债权人负担。例如，在买卖合同中，如果债务人在交付标的物之前，标的物因不可归责于双方当事人的原因而毁损灭失的，债权人仍然应当支付全部价款，而债务人应免负交付标的物的义务。二是债务人主义。即在出现标的物毁损灭失的情况下，由债务人承担不能履行的风险，债权人的对待给付义务被免除。例如，在买卖合同中，如果债务人在交付标的物之前，标的物因不可归责于双方当事人的原因而毁灭的，债权人支付价款的义务消灭，债务人应当承担标的物毁灭的损失。三是所有人主义，指因不可归责于双方当事人的原因导致标的物毁损灭失，以所有权的移转为标准分配风险，这种观点实际上采纳的是风险与利益相一致的原则，谁对某物享有所有权或者某种利益，就应当承担该物所产生的风险。因此，标的物的所有人承受标的物因不可归责于双方当事人的原因而毁损灭失的风险。我认为，债的风险负担往往与履行不能的违约形态相联系，原德国法将履行不能作为一种违约形态，所以在不可归责于双方当事人情况下应解决风险负担问题。“危险负担所讨论者，首先要指‘不可归责于双方当事人’致给付不能之案件而言。然因不可归责于双方当事人之事由，有时固使标的物灭失，然有时仅生毁损而已，前者属于给付不能，后者属于‘物之瑕疵’。”^③

我国合同法并不承认履行不能为一种违约形态，因不可抗力导致的履行不能也只是作为一种法定的免责事由，而并非是一种独立的违约形态。在发生履行不能的情况下，只要债务人不能证明有不可抗力发生，虽然可以被免除继续履行的责任，但仍要承担损害赔偿等违约责任。但是在存在不可抗力的情况下，“如果货物的风险已经由卖方转移给买方，则货物即使遭受损害或灭失，买方仍然有义务按合同规定支付价金；如果风险尚未转移到买方，则一旦货物发生损坏或灭失，买方没有支付价金的义务。”^④ 毕竟不可抗力发生的情况比较少，所以，本文对关于债的风险的问题不作进一步讨论，集

① 黄茂荣：《买卖法》，（台湾地区）1992年版，第538～539页。

② 梁慧星：《民法学说判例与立法研究》，中国政法大学出版社1993年版，第21页。

③ 黄茂荣：《买卖法》，台湾地区1992年版，第541页。

④ 冯大同：《国际贸易法》，北京大学出版社1995年版，第82页。

中讨论标的物毁损灭失风险的问题。

我认为,所谓风险是指在双务合同中因不可归责于双方当事人的事由而造成标的物的毁损、灭失。而所谓风险负担则是指这种风险应当由谁承担的制度。换言之,它是指标的物发生意外毁损灭失的,由合同的哪一方当事人承担该项损失以及相关不利后果的一项民事法律制度。

在买卖合同中,风险主要指的是标的物或者价金的风险,价金的风险与标的物的毁损灭失的风险并不矛盾,这是从不同的角度来观察问题的。从买受人的角度来看,如果在标的物发生毁损灭失的情况下,他仍然要支付价金,则当然是一种价金的风险,但从出卖人的角度来看,则是标的物的风险。换句话说,价金的风险实际上是因为标的物毁损灭失所造成的。我认为,采用标的物毁损灭失的风险负担进行表述更为确切。因为买受人的价金风险实际上也可以称为标的物的风险,其支付了价金而不能获得该标的物,这实际上也是标的物的风险。至于履行利益、期待利益的丧失,则不应当包括在风险之中,因为,履行利益等是当事人基于合同所应当获得的利益,一方基于合同所应当获得的履行利益未能实现,有权要求另一方继续履行,除非是因为不可抗力等原因造成标的物的毁损灭失而导致合同无法履行。对履行利益的补救一般是通过违约责任来解决的,而风险负担制度主要是解决在意外事件发生以后风险如何在当事人之间合理分配的问题。

标的物风险负担制度的特点在于:

1. 风险须发生在双务合同之中

所谓双务合同,是指当事人双方互负对待给付义务的合同。在单务合同中,由于没有对价的支付,标的物毁损灭失以后,没有支付对价的一方并不会因此而受到损失,而对于交付标的物的一方而言,本来交付是其应承担的单方义务,所以,对他来说,承担标的物的损失并没有违反其意愿。所以,在单务合同中,研究风险负担问题是没有意义的。

2. 风险是指标的物的毁损、灭失等实际损害

合同法上的风险是一个特定的概念,它不同于交易中的风险概念。在交易中,当事人会遇到各种可预知或不可预知的商业风险,对此种风险理所当然应当由交易当事人来承担。法律不能保证每一个当事人都能从交易中获利,也没有必要为他们设立一些规避正常商业风险的规则。合同法中研究的风险主要是指标的物的毁损、灭失等意外损失,所谓意外就是指不是可归责于当事人双方的原因而发生的毁损灭失。“毁损”是指货物因碰撞、受潮、受热等原因而造成的损坏。“灭”是指完全丧失;“失”是指物的损害、损

失。当然，在买卖合同之外，也会存在一些非物上的风险，例如，演出合同中演员因意外的疾病无法出演、雇佣合同中雇员因意外交通事故丧失劳动能力等，由于我国合同法采取严格责任，在出现这些风险以后仍然要履行不能的债务人负担违约责任，因此，这些问题只是涉及实际履行责任的免除问题。所以，合同法规定的风险，主要限于标的物的毁损、灭失等实际损害。也就是说，在发生标的物的毁损、灭失的情况下，法律要区分发生毁损灭失的原因从而确立承担损失的规则。如果这种损害是因为交易当事人一方或双方当事人的违约行为而引起的，应当按违约责任来处理。如果损害是因为不可归责于当事人双方的原因如自然灾害等引起的，则将根据风险负担的规则来分配损失。

风险主要是标的物毁损灭失的风险，但又不限于标的物 and 价金，还包括费用和报酬的损失。例如，因为承租人租赁的房屋毁损灭失，承租人是否支付租金，这也是一种风险，但租金的风险与租赁物的毁损灭失并不是同一个问题。依据我国《合同法》第 231 条规定，这两种损失都要由出租人负担，可见出租人承担两种风险。一是标的物的毁损灭失，二是租金的风险。除了上述损失以外，不应当包括有关的期待利益的损失以及违约金的支付等责任的落空，因为任何责任的被免除都不是风险负担要解决的问题，而属于违约责任的范畴。

3. 风险是因为不可归责于双方当事人的事由而产生的

所谓不可归责于双方的原因，也就是说，双方当事人没有法定或约定的原因对损害的后果负责。风险都是一种偶然的、不可预测的事件而造成的，风险的发生具有极大的不可预测性。对这种实际发生的风险，如果当事人在合同中有明确约定，在此情况下就必须依据合同来确定双方的责任，不适用风险负担的规则。如果当事人没有在合同中约定损失的分担问题，而依据法律的规定从引起标的物毁损灭失的事由中又不能确定当事人一方或双方具有违约行为或过错，则将要发生风险的分担问题。

所谓的不可归责于双方当事人的事由，具体来说，包括两种情况：一是因不可抗力的原因导致标的物的毁损灭失，例如，因地震导致房屋倒塌，因洪水导致建筑物或农作物毁损灭失等。根据我国《合同法》第 117 条的规定，“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或全部免除责任”。不可抗力的发生虽然可以导致当事人被免除合同责任，但因不可抗力而导致的标的物的毁损灭失的损失究竟应当由谁来承担，则是违约责任制度所无法解决的问题，必须要通过风险负担规则来解决。二是意外事故。所

谓意外事故就是指当事人虽可以采取措加以避免或克服,但一般情况下难以预见到的现象。意外事故也可能引起标的物的毁损灭失。例如,意外的大火导致建筑材料被烧毁等。我国《合同法》实行严格责任,不承认意外事故可以成为免责的事由,但在某些情况下,《合同法》又针对一些特殊的合同规定了过错责任,例如,《合同法》第 265 条规定,“承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果,因保管不善造成毁损、灭失的,应当承担损害赔偿责任。”因此,如果确实是因为意外的火灾导致建筑材料被损坏,很难确定该损失是由承揽人的保管不善造成的,在此情况下,并不能根据《合同法》第 265 条的规定要求承揽人承担违约责任,而只能根据风险负担的原则来合理分配已经发生的损失。由此可见,风险负担的规则是在当事人没有事先约定、也不可能事后来约定损失的分配或依据违约责任制度来追究当事人的违约责任的情况下,合理分配损失的规则。

人为的事件造成标的物的毁损灭失能否作为风险?在适用严格责任的情况下,由于第三人实施某种行为造成标的物毁损灭失,大都可以表明债务人具有一定程度的过错。因此,应当使债务人依据其过错承担违约责任。但在特殊情况下,债务人也可能对损害的发生没有过错,即其尽到了最大的努力和注意,仍不能避免后果的发生,例如,火车越轨事故、武装抢劫导致标的物毁损灭失。我认为,此种情况虽然是因为第三人的行为引起的,也应属于风险。

风险负担是合同法上的规则而不是物权法上的规则。虽然,标的物的毁损灭失的风险将直接影响到标的物的所有权和其他权利能否正常的移转,一方能否获得该标的物的权利,也就是说,涉及物权的变动问题。而且,许多国家的法律在风险负担方面采纳了风险随所有权移转的规则,即谁享有所有权,就由谁承担风险。但是,风险负担中所说的风险指的是当事人在交易中所遭受的损失,亦即合同履行中的损失问题。风险负担实际上涉及的是履行中的利益损失应当在当事人之间如何分配,所以应当在合同法而不是物权法中规定风险负担的规则。正如史尚宽先生所指出的,物权关系与债之风险本属两回事,一方不能履行,对方应否为对待给付,应由债之关系决定,所有人因标的物毁损灭失而丧失物权,不得因此而决定对待给付请求权的有无。^①

关于风险负担与情势变更的关系,在英美法中常常用合同落空的制度来

① 史尚宽:《债法总论》,台湾地区 1978 年版,第 570 页。

解决风险分配问题。在大陆法系，也有国家采用情势变更制度解决风险的分配问题。^① 我认为，情势变更中所谓的风险与标的物毁损灭失的风险不完全等同。情势变更所说的风险，主要是指在合同成立并生效以后，发生了当事人双方不可预料的经济情况的变化，例如，通货膨胀、货币急剧贬值等。当然，从广义上，也可以包括标的物的毁损灭失后，因为修复或替代的费用过于高昂而致使合同的履行对当事人明显不公平。但一般来说，情势变更所说的风险不包括标的物的毁损灭失的风险。尤其是，无论合同落空还是情势变更，主要解决的是因为不可归责于双方当事人的事由而导致合同履行明显不公平，则法律允许当事人变更和解除合同的问题。但即使允许当事人变更和解除合同，对于因不可归责于双方当事人的事由而造成的损失如何分担问题，在法律上并没有解决，仍然需要通过风险负担规则来分配损失。

二、风险负担与违约责任

风险负担与违约责任的关系非常密切。在罗马法中，风险责任又分为一般风险责任（*rischio generale*）和特殊风险责任（*rischio speciale*）。根据债务人不履行的客观事实进行归责的是一般风险责任；而根据当事人事先约定的一项或数项不取决于债务人的事件进行归责的是特别风险责任。^② 罗马法以债务人对事变不承担责任为原则。也就是说，契约责任止于事变。而且，对事变不承担责任以债务人无过错为前提，这就是罗马法的另一著名规则：意外事变无过错。申言之，在债务人的过错与意外事变共同导致了给付不能的情况下，债务人要承担责任（罗马人将这种情况称为混合事变）。可见，除法定风险和约定风险之外，风险责任并不直接产生于债务人的不履行行为，而是由不履行契约义务的债务人的过错引发的。^③

在一般情况下，如果要适用违约责任制度，就不应适用风险负担制度。正如施米托夫指出的，“问题的真谛在于，‘风险’一词仅指承担风险责任的当事人一方必须承担货物毁坏或灭失的风险，而不得要求另一方当事人对此承担责任。”^④ 由于在原德国法中，将风险负担的问题通过履行不能制度加以解决，而没有通过统一的违约责任制度解决履行不能问题，所以，风险负

① 王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2001年版，第334页。

② 丁玫：《罗马法契约责任》，中国政法大学出版社1998年版，第262～263页。

③ 丁玫：《罗马法契约责任》，中国政法大学出版社1998年版，第274～275页。

④ [英] 施米托夫：《国际贸易法文选》，中国大百科全书出版社1993年版，第325页。

担尤其是价金风险适用更为广泛。但是,在德国债法修改之后建立了统一的违约责任制度,修改后的债法的最大特点是将自始不能和嗣后不能同等对待,放弃了原民法典第 275 条第 1 款关于过错责任的规定,认为履行不能可以导致实际履行责任的免除,而不能导致违约责任的免除,因此履行不能仍然要承担违约责任。^①因履行不能产生的风险要适用违约责任的规定,从而使风险负担规则的适用范围大大减少。当然,在某些特殊的情况下,风险负担规则与违约责任可以同时并用。

风险负担与违约责任制度的联系首先表现在,它们都是对已经发生的损失进行合理地分配,而且两者在适用过程中也是相辅相成的。在违约发生以后,尽管风险是因为不可归责于当事人双方的原因发生的毁损灭失,但如果确实与违约有一定的关系,那么也应当由违约方承担风险。例如,因为迟延履行以后发生不可抗力,造成标的物毁损灭失,违约一方仍然应当承担风险,可见两者也有一定的内在联系。尤其是在特殊情况下,风险负担规则也可以与违约责任同时并用,根据《联合国国际货物销售合同公约》第 66 条的规定:“货物在风险移转到买方承担后遗失或损坏,买方支付价款的义务并不因此解除,除非这种遗失或损坏是由于卖方的行为或不行为所造成”。可见,即使在风险已经发生移转的情况下,如果一方构成违约,也应当承担相应的责任。^②我国《合同法》第 149 条规定:“标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的,不影响因出卖人履行债务不符合约定,买受人请求其承担违约责任的权利。”出卖人的履行不符合买卖合同的约定,买受人仍然有权请求出卖人承担此等违约责任,例如,一方交付货物以后,交付发生风险移转,在交付以后因不可归责于双方的原因造成货物的毁损灭失,应当由买受人承担风险,但因交付存在瑕疵,买受人仍然可以基于违约责任要求出卖人承担违约责任。所以,英国学者施米托夫指出:“在买卖双方都未违反合同的一般情况下,风险似乎仅表现为价金风险;但在一方当事人违反合同的特殊情况下,如卖方提供了与合同不符的货物,或者买方未能接收合同项下的货物,情况就不同了。许多国际规则和国内法都规定,在这些情况下,风险

① Reinhard Zimmermann, Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations, Saggi Conferenze E Seminari, 48.Roma 2002.p11.

② 《美国统一商法典》第 2-510 条,《联合国国际货物销售合同公约》第 70 条,我国《合同法》第 148 条。