

买卖合同风险负担规则研究

——兼评《商品房买卖合同解释》第11条

刘廷华

(宜宾学院 政府管理学院, 四川 宜宾 644000)

[摘要] 经济效率要求将意外风险导致的损失分配给优势风险承担人。通常, 买卖双方之间在风险承担能力方面并不存在明显的差距。中国《商品房买卖合同解释》第11条确立了交付主义规则, 可能助长“一房二卖”等问题, 引起无效率和不公平的结果。所有权主义在比较法上十分盛行, 它能有效克服交付主义和合同成立主义的缺陷。中国也应确立风险负担与所有权相伴随的规则。

[关键词] 风险负担; 交付主义; 所有权主义

[中图分类号] DF418 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-5595(2012)01-0059-05

买卖合同标的物的风险, 是指在买卖合同订立以后, 标的物发生意外毁损灭失, 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制度。^[1]通常, 如果在合同中存在约定风险负担问题的明示或者隐含条款, 这种条款理应成为风险负担的依据。因为, 作为自利的理性人, 当事人比法律更清楚自己的效用函数, 更有能力将资源配置到最有价值的用途上, 因此, 法律应该尊重当事人的这种意思自治。但是, 在现实中, 由于搜寻信息需要成本、环境的不确定性、人的有限理性等多种原因, 当事人不能或者不愿意事前分配风险。例如, 当事前分配风险的成本大于事后分配风险的成本时, 当事人就不会在合同中分配相关的风险。^[2]此时, 法律必须提供有效率的分配风险规则。根据《最高人民法院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》(以下简称《解释》)第11条, 房屋毁损、灭失的风险, 在交付使用前由出卖人承担, 交付使用后由买受人承担。而且, 对房屋的转移占有, 视为房屋的交付使用, 但当事人另有约定的除外。笔者以为, 该条文将房屋的交付使用作为风险转移的标志, 明显缺乏效率, 甚为不妥。

一、风险分配的效率标准

对于风险的分配, 经济效率要求与此相关的各

种成本之和应该最小化。波斯纳认为, 在当事人缺乏对风险的明示和默示的分配时, 应该由优势风险承担人承担风险损失。^[3]如果风险能够预防, 则能够以有效方式预防风险的人即为优势风险承担人; 如果风险不能预防, 则最廉价保险人即为优势风险承担人。

对于合同履行过程中发生的风险, 是否能够预防的判断标准在于预防措施的成本和收益的对比。风险通常都表现为造成损失的小概率偶然事件。如果通过预防防止了风险, 被避免的损失就是预防行为的收益。假设偶然事件可能造成的损失是 L , 采取预防措施的成本是 C , 采取预防措施前偶然事件发生的概率是 P_1 , 采取预防措施后偶然事件发生的概率是 P_2 , 则预防行为的收益就是 $L(P_1 - P_2)$ 。如果 $C < L(P_1 - P_2)$, 那么, 采取预防措施是有效率的, 法律要求当事人采取这种预防措施; 否则, 就不应该采取预防措施。

对于可以预防的风险, 经济效率要求将它分配给最低成本的风险预防人。通常, 合同双方当事人预防风险的能力并不相同。例如, 工厂签订合同为顾客供应某种产品。在履行合同的过程中, 工厂可能面临火灾风险。显然, 比起顾客去预防火灾而言, 工厂预防火灾更有优势。如果法律将预防火灾的责

[收稿日期] 2011-10-20

[基金项目] 四川省教育厅科研项目(10SB058)

[作者简介] 刘廷华(1978-), 男, 四川广安人, 宜宾学院政府管理学院副教授, 博士, 主要研究法经济学。

任分配给顾客,由于远离工厂,根本没有能力预防工厂的火灾,顾客不会采取任何的预防措施。而且,顾客也不可能联合起来与厂家谈判购买其预防能力,因为这个过程伴随着过于巨大的交易成本。相反,如果直接将火灾风险分配给厂商,厂商完全可以将这种预防成本转嫁给顾客,不仅实现了预防火灾的目的,而且还避免了与分配风险相关的交易成本。因此,对于可以预防的风险,问题的关键是找出谁是最低成本的风险预防人。通常,这可以通过考察当事人对风险的控制能力、当事人与合同标的之间的距离远近等信息来判断。

某些风险完全是不受当事人控制的,例如地震、海啸、洪涝、战乱等。对于这类风险,无论当事人采取什么样的预防措施,无论花费多少预防成本,都无法降低风险发生的概率。此外,有些风险,虽然当事人采取预防措施可以降低其发生概率,但是由于这种预防在经济上无效率而没有必要如此行为。因为,经济学上最大化通常要求某种行为的边际收益等于其边际成本。对于不可以预防的风险而言,采取预防措施降低风险发生的概率十分有限,使得预防行为的边际收益也非常有限,从而,采取预防行为是不经济的。此时,合同法不应要求任何一方当事人采取预防措施。当风险实现时,损失应该分配给最廉价保险人。保险成本通常包含为了估测风险发生可能性和损失大小的成本以及与“分散危险消化损失”相关的成本如与购买责任保险相关的成本两类。通常,有履行义务的一方估测成本较低。至于后者,则取决于不同情况。但是可以肯定的是,当一方当事人可以根据大数定律分散时,其交易成本往往较低。

除了上述标准之外,在考虑风险分配时,还必须考虑当事人之间风险态度的差异。因为,有些当事人是厌恶风险的,而有些当事人是喜好风险的。如果将风险从厌恶风险的当事人转移到喜好风险的当事人,必然会提高当事人的效用水平。如果当事人双方都是风险厌恶或者风险中性者,那么,可以考虑当事人各自的财富状况,将风险分配给财富较多的一方当事人,这并不只是因为他承担损失的能力更强,而是因为,实际上,对于风险厌恶的当事人而言,财富的边际效用递减,将损失从财富较少的当事人转移给财富较多的当事人能够提高整个社会的福利水平。

对于商品房买卖而言,其面临的风险大多属于合同双方当事人都无法预防的类型,不存在最低成本的预防人。但是,与购房者相比,开发商在安排保

险方面更有优势。而且,由开发商统一为楼盘购买保险比由诸多购房者单独购买保险更有效率,因为前者的交易次数明显较低。而且,开发商也很容易将保险成本转嫁给购房者,不会因此而增加自己的负担。此外,从对待风险的态度看,开发商比购房者更偏好风险,至少不会比购房者更厌恶风险。因此,《解释》第11条简单地将交付时点作为划分风险归属的临界点的做法不符合经济效率的要求。

二、风险负担规则的比较法考察

确定买卖合同标的物的风险在何时转移给买方一直被视为风险负担问题的中心。当前,在世界各国立法实践和学者们所提出的理论中,具有代表性的大致有三种理论,即所有权主义、合同成立主义和交付主义。

所谓所有权主义,是将所有权转移作为风险转移的时间。即,在所有权转移给买受人之前发生风险的,由出卖人承担损失;在所有权转移给买受人之后发生风险的,则由买受人承担损失。例如英国《货物买卖法》第20条第1款规定:“除非当事人另有协议,货物上的财产所有权转移给买方以前,货物的风险一直由卖方承担。但是,一旦货物的财产所有权转移给买方,不论货物是否交付,货物的风险均由买方承担。”采取所有权主义的国家还有日本、意大利等。

至于合同成立主义,它将合同的成立作为买卖合同货物风险转移的时间。即,除非当事人双方另有约定,货物的风险自合同成立之时由卖方转移给买方。早在东罗马帝国时期,具有法律效力的教科书《法学总论》第3卷第23篇就有这样的规定:“买卖契约一经缔结,也就是说,不用书面缔结的买卖契约一经当事人就价金取得协议时,即使买卖标的物尚未交付,买受人立即承担其物的一切风险。”^[4]而今主张此理论的国家主要有法国、瑞士、荷兰、西班牙等。例如,《瑞士债务法》第185条规定:“除因特别关系或约定而有例外情形者,物之收益及风险,于契约成立转移买受人。”只是需要注意的是,在这些国家,法律大多规定买卖标的物所有权在合同成立时发生转移。例如,1804年的法国《拿破仑法典》第1583条规定:“当事人就标的物及其价金相互同意时,即使标的物尚未交付,价金尚未支付,买卖即告成立,而标的物所有权亦于此时在法律上由出卖人转移至买受人。”正因如此,有学者认为合同成立主义和所有权主义这两种理论之间的区别已经缩小了,^[5]甚至有学者认为合同成立主义完全可以纳入所有权主义的范畴。^[6]

交付主义是指风险随交付移转的规则。即,不论标的物所有权是否已经转移,均由标的物的实际占有者承担风险。交付主义最早为德国民法典所采纳,美国、联合国国际货物销售公约等都采取这一原则。尽管如此,笔者认为,这些立法例中的交付主义仍然无法和所有权主义完全区分。例如,《德国民法典》第446条第1款规定:“买卖标的物交付时,意外灭失或意外毁损的风险移转给买受人。”但是,《德国民法典》上的“交付”概念与德国采用的物权行为理论是相一致的。交付具有两个内涵:一方面包括占有的现实交付,另一方面也包括移转所有权的意思表示。^[7]实际上,《德国民法典》第446条第2款规定:“土地或者注册的船舶或者建造中的船舶的买受人,在交付前已在土地登记簿、船舶登记簿或者造船登记簿中登记为所有权人的,前款规定的效力自登记时起生效。”由于德国在登记的效力上采取的是“登记要件主义”,^[8]对于需要办理登记的标的物,所有权转移必须办理变更登记。而上述条文所列举的三类标的物在德国法上属于需要办理登记手续的标的物,因此,上述条文事实上规定了由所有权人承担风险。而且,由于《德国民法典》第446条第2款并不是以但书形式出现的,而是与第1款并列的,因此可以断定第1款是适用于无需办理登记的标的物的风险转移。在《德国民法典》中,对于无需办理登记的标的物,其所有权转移和占有转移是同时发生的。因此,笔者认为,虽然从外表上《德国民法典》规定了风险是随占有转移,但实质上风险是与所有权相伴随的。

另外,《美国统一商法典》第2:509条也规定从交付标的物时起,风险转移给买受人,但同样不能据此认为美国确立了交付主义。如果结合《美国统一商法典》第2:401条第1~3款,可以肯定,美国采取的是所有权主义。《美国统一商法典》第2:401条第1~3款规定:“(1)销售合同项下的货物被确认前(第2:501条),不得依据合同转移货物所有权。除另有明确约定者外,通过对合同货物的确认,买方即取得本法所限定的持有物权。卖方对已装运或交付给买方的货物(财产)所有权的保留,其有效性只限于对担保权益的保留。依照这些规定和担保交易章(第九章)的规定,根据当事人明确约定的任何方式和条件,货物所有权得以从卖方转移给买方。(2)除另有明确约定者外,在卖方已全部履行实际交货的时间和地点,货物所有权转移给买方,尽管保留对货物的担保权益,并且即使在不同的时间或地点将交付所有权单据。特别是,如果有下列情形者,

对货物担保权益的保留是以提单方式时亦不例外:(a)合同要求或委托卖方向买方发送货物,但不要卖方在目的地交货时,货物所有权在装运的时间和地点转移给买方;但是(b)合同要求在目的地交货,货物所有权在该地交货时转移。(3)除另有明确约定者外,所作交货不必转移货物时:(a)如果卖方将交付的是所有权单据,货物所有权在其交付该单据的时间和地点转移;或(b)如果货物在订立合同之时已经确认,且出卖方不再另行交付货物所有权单据时,货物所有权在订立合同的时间和地点转移。”很明显,这里的“交付”,同样产生了财产权利的绝对转移,即使约定了所有权保留的也不得例外。

至于联合国《国际货物销售合同公约》,它只适用于跨国的货物买卖,也即是说只适用于动产买卖,但公约第2条明确排除了对船舶、船只、气垫船和飞机的适用,这几类动产在各国普遍都属于需要办理登记手续的特殊动产。公约之所以排除这几类货物,就是为了回避各国立法对于登记效力规定的差异。而对一般动产而言,各国所有权的公示方式是基本一致的,那就是占有,“转移占有”就表明“转移所有权”。因此,公约中的货物风险表面上是从占有转移时起发生转移,采纳的是交付主义,也就是说,事实上所有权是与风险同时转移的。由此可见,公约在本质上实行的也是所有权主义。

综上所述,合同成立主义和交付主义只是表象,如果将法律条文联系成一个有机整体而不是从孤立的个别条文来看,世界各国在买卖合同标的物风险转移问题上几乎都是采用的所有权主义。因此,从比较法考察,《解释》第11条将交付作为风险转移的标志仍然无法得到支持。

三、所有权主义盛行的原因

现今世界各国大多采取了将风险负担与所有权相互联系的做法,最主要的原因在于合同成立主义和交付主义都存在无法克服的严重缺陷。

对于合同成立主义而言,至少有三个缺陷。第一,如果合同成立,但是缺乏法定的生效要件,此时,风险是否也在合同成立时就转移?合同成立主义没有办法回答这个问题。第二,对于标的物毁损灭失的风险来自何方的判断,出卖人占据明显的信息优势。换言之,风险是否可归责于出卖人存有疑问,而买受人对此存在举证的困难,合同成立主义不利于纠纷的解决。第三,合同成立出卖人即将风险转移给买方,但合同之外的第三人并不知悉这种情况。如果出卖人再将合同项下的标的物出卖给第三人,一旦货物遭遇风险,发生毁损或灭失,按照合同成立

主义,卖方不仅不受任何损失,反而可能通过请求各个买方支付价款而获得不当得利。

不同于合同成立主义,交付主义可以有效解决举证的问题。因为,在标的物发生毁损灭失以后,占有人能够比较方便地证明这是否属于不可归责于自己的外来风险引起的,而非占有人没有和发生毁损的标的物接触的机会,也很难举证。因此,交付主义以其直观的效果把风险的归属呈现在人们面前,有利于纠纷的及时解决。但是,有学者认为,占有或控制标的物的一方当事人通常处于最能有效保护货物免受损失的地位,因此,交付主义提供了有效的风险预防激励。例如,王利明教授就认为:“交付主义更为公平合理,因为交付后发生占有的转移,谁占有标的物谁就实际控制标的物,也就在一定程度上更便于控制风险的发生。”^[9]但是,很遗憾,这是对风险的一种错误理解。前已述及,按照风险预防的成本和收益的对比,可以将风险分为可以预防的和不可以预防的风险两类。对于可以预防的风险造成的损失,由最低成本预防人承担。而风险负担规则所要考虑的问题是不可控制的风险,是由当事人意志以外事由所导致的损失该由谁承担的问题。无论是否占有标的物,当事人对于风险发生的概率没有影响的能力。因此,认为交付主义提供了预防风险的激励是欠妥的。此外,如同合同成立主义一样,交付主义也无法解决“一物二卖”问题,尤其是在不动产买卖中。

相比较而言,所有权主义则解决了合同成立主义和交付主义无法克服的“一物二卖”难题。由于所有权主义以所有权转移作为风险转移的依据,这促使出卖人尽快将买卖合同的标的物所有权转移至买受人,以减少承担风险损失的可能。而且,转让标的物的所有权是买卖合同的主要特征和法律后果,买受人支付价金的根本目的就是为了取得标的物的所有权。因此,只有当买卖合同的标的物的所有权完成转移,风险也才转移给买受人。此外,所有权人投保的交易成本更低。事实上,根据中国保险法的相关规定,只有所有权人才对标的物享有保险利益,才可以向保险公司投保。因此,以所有权是否转移为界划分风险更有效率,中国合同法应明确规定所有权主义。

四、《商品房买卖合同解释》第11条评析

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第142条规定:“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,但法律另有规定或者当事人另有约定的除

外。”这是对买卖合同标的物毁损灭失风险负担的一般确认规则。结合商品房买卖的具体情况,法律另有规定的情形主要是《合同法》第143条“买受人违约交付的风险承担”、《合同法》第146条“买受人不履行接收标的物义务的风险承担”、《合同法》第147条“未交付单证、资料与风险承担”以及《合同法》第148条“标的物的瑕疵担保责任”。不难看出,中国现行《合同法》在确定风险转移问题时似乎没有区分动产和不动产,统一采用了交付主义,导致《解释》第11条规定在房屋买卖中风险负担也采用交付主义。

根据《中华人民共和国物权法》第9条和第23条的规定,动产买卖中所有权自交付时转移,而不动产买卖中所有权转移则实行登记要件主义。因此,在中国,风险转移规则中的交付主义和所有权主义的区别主要表现在标的物是动产还是不动产的区别上。在动产买卖中,交付主义在效果上等同于所有权主义。而在不动产买卖情形,二者的效果却大相径庭,交付主义对出卖人更为有利。在现实中,经常出现房屋实际占有与所有权转移登记脱节的情况。在房屋交付使用后的很长时间,房屋的产权依然没有过户到买受人名下,买受人依然没有取得房屋的所有权。期间,买受人只享有占有和使用权,此时他不仅可能因不可抗力等风险而丧失占有使用权,且无法依据所有权而享有各种形式的补偿请求权。相反,出卖人不仅可以依所有权享有标的物灭失的补偿请求权,而且可以以承担违约责任为代价获得第三方高价要约带来的收益。这种利益风险分配格局对于购房人而言显然是有失公平的。^[10]事实上,在现实中一房多卖现象时有发生。或者,由于出卖人拖欠土地出让金等原因,迟迟无法办理产权转移的现象也不少见。这给买受人带来很大的风险。如果买卖合同中风险负担采用所有权主义,可以督促出卖人尽快办理过户登记,更有利于保护买受人的利益。同时,这样的规定比交付主义更公平。所有权人享受到标的物价格上涨带来的收益,同时也应承担标的物毁损灭失的风险。

最后,需要强调一个观点,中国学者习惯用“风险转移”这一术语。笔者以为,使用“风险分担”的表述更准确。通常,对于标的物意外毁损灭失的风险,不存在明显的优势风险承担人。因此,应按照某种规则将意外事件造成的损失在买卖双方之间进行分配。在所有权转移给买受人之前发生风险的,出卖人承担了标的物毁损灭失的风险。由于买受人无须支付价款,虽然出卖人无须承担违约责任,但他无

法收回在合同履行过程中已经付出的成本。在所有权转移给买受人之后发生风险的,买受人必须支付价金,因此负担了标的物毁损灭失的风险。对此,中国《合同法》应明确予以规定,相应地,《解释》也必须作出修改。

[参考文献]

- [1] 王利明. 中德买卖合同制度的比较[J]. 比较法研究, 2001(1):33.
- [2] 罗伯特·D·考特, 托马斯·S·尤伦. 法和经济学[M]. 施少华, 等译. 上海: 上海财经大学出版社, 2002: 171-172.
- [3] Posner, Rosenfield. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis [J]. Legal Stud, 1977(6):83-93.

- [4] 查士丁尼. 法学总论[M]. 张企泰, 译. 北京: 商务印书馆, 1997:175-176.
- [5] 施米托夫. 国际贸易法文选[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993:322.
- [6] 张艳. 双务合同风险负担研究[C]//徐学鹿. 商法研究: 第1辑. 北京: 人民法律出版社, 2000:506.
- [7] 梁慧星, 陈华彬. 物权法[M]. 北京: 法律出版社, 2007:86.
- [8] 陈华彬. 物权法原理[M]. 北京: 国家行政学院出版社, 1998:164.
- [9] 王利明. 合同法新问题研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2003:780.
- [10] 杨遂全, 钟凯. 震灾受损住房处置法律难题探究[J]. 社会科学研究, 2008(5):71-76.

[责任编辑:陈可阔]

On the Rule of Risk Burden for The Contract Of Sale: Comment on Article XI of "Explanation for Real Estate Sale"

LIU Tinghua

(School of Government Administration, Yibin University, Yibin, Sichuan 644000, China)

Abstract: Economic efficiency requires that the loss caused by accidents should be assigned to the party who has advantage to take risk. Typically, there is no obvious capacity gaps among the buyers and sellers. The article XI of "Explanation for Real Estate Sale" establishes the delivery doctrine, which may contribute to the problem of a room sold to two buyers and other issues and lead to inefficient and unfair results. Ownership doctrine is very popular in comparative law because it can effectively overcome the defects of delivery doctrine or establish doctrine. We should also establish the rule of the burden risk associated with ownership.

Key words: burden risk; delivery doctrine; ownership doctrine