

# 买卖物瑕疵给付之救济权利选择

韩 煦

(华东政法大学 法律学院, 上海 200063)

**摘要:**基于《合同法》第 111 条合理选择的规定,构成买卖物瑕疵的具体情况应做区分。借鉴台湾地区民法和德国新债法,买卖物瑕疵给付时,应从区分根本违约与否出发,先进行继续履行,继续履行无法进行后再主张退货或者减少价款,同时也要依据具体情况,对以上顺序进行进一步调整,从而切实保障买受人的合理利益。

**关键词:**瑕疵给付;救济权利;合理选择;根本违约

**中图分类号:**D923.6

**文献标志码:**A

**文章编号:**1008-6021(2018)01-0015-05

目前,我国对于买卖物瑕疵的救济主要规定在《合同法》第 155 条。其规定买卖之标的物瑕疵救济依照第 111 条承担违约责任,第 111 条虽然规定了瑕疵救济的权利,但是却并没有明确规定救济权利的选择。在发生瑕疵给付后,选择修理以后可否再选择更换?是可以直接要求解除合同还是必须要经过修理?法条都未做出明确的解答。同时,“合理选择”应该如何解释?这些问题需要进行合理解释和扩充。

## 一、瑕疵救济权利选择之探讨

### (一)瑕疵救济权利的分类

根据《合同法》第 111 条,瑕疵救济的权利可以分为继续履行、减价、解除和赔偿损失四种。继续履行包括修理、更换、重作等,类似于对原给付义务的一种补救。减价是在出现瑕疵给付后,针对瑕疵给付的程度进行减少价款或者报酬的一种违约责任。减价作为救济权利的一种,其并不是请求权,而是形成权的一种<sup>[1]</sup>。解除在法条中虽未明确出现,但在《合同法》第 111 条中规定当质量不符合约定时,若当事人之间没有约定或者约定不明确的,依照第 61 条仍不能达成补充协议,也无法按照合同有关条款和交易习惯确定的,可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。里面的“退货”实际上可以视为解除。虽然有学者反对,认为退货只是拒绝接受标的物的结果,仅为拒绝行使受领权的表现<sup>[1]</sup>。但实际上,在实践中,采取“退货”方式的后果

与解除的后果一致,都为买受人将买卖标的物退回,并要求返还已交付之价款,即使在行使过程中可能与主张解除权的过程不一致,但是两者结果接近相同,因此,可以将其看作是特殊的解除。而对于赔偿损失,有学者认为其是《合同法》第 111 条规定的“等违约责任”中包含的一种救济权利<sup>[2]</sup>。同时,《合同法》第 112 条规定当出现瑕疵给付时,如果在履行义务或者采取补救措施后,对方还有其他损失的,应当赔偿损失。因此,赔偿损失可以看作是瑕疵救济权利中的“兜底规定”,目的在于弥补受害的买受人所遭受的损失。

### (二)瑕疵救济权利选择的实践

虽然现有法律规范中并未明确规定救济权利的顺序,但是相关司法实践对此问题的判定却已经渐渐清晰,通过对一些相关案例的分析,我们发现,其中的案例评判已经显现出救济权利的顺位之差别。

#### 1. 继续履行被拒绝、失败或者合同目的无法实现时瑕疵救济权利的选择

在浙江冠通新能源有限公司与扬中市合成化工厂有限公司买卖合同纠纷申请案中[(2014)浙商提字第 93 号],浙江省高院再审中认为:本案双方在《产品供货合同》中对如何承担违约责任并未明确约定,考虑到冠通新能源公司不同意采取修理、更换的补救措施,因此,合成化工公司在一审、二审中要求冠通新能源公司承担退货的违约责任,理应予以支持。也即在一

收稿日期:2017-07-09

作者简介:韩煦(1994—),女,河北衡水人,硕士研究生。研究方向:民商法。

方当事人拒绝承担继续履行责任后,另一方当事人有权直接要求其承担退货责任。

同时,在茂成电子科技(东莞)有限公司与鼎富电子(惠州)有限公司买卖合同纠纷上诉案[(2009)粤高法民二终字第 2 号]中,广东省高院审理后认为:本案选择修理、更换、重作、减少价款或者报酬等违约责任形式已无可能,只能选择退货的违约责任形式。也即继续履行失败,已经无法继续履行时,也可以直接要求承担退货的违约责任。

另外,在广州市恒颖贸易有限公司诉曾某某承揽合同纠纷案[(2013)粤高法审监民提字第 52 号]中,广东省高院认为:恒颖公司、曾某某均明知涉案折叠包为惠氏公司用于 2010 年国庆促销赠品,属于特定场合使用的特定产品,因该折叠包出现严重质量缺陷被惠氏公司退货处理,且修理或者重作已无必要,因此,恒颖公司、曾某某之间签订合同的目的事实上已经无法实现,根据《中华人民共和国合同法》第九十四条之规定,曾某某有违约行为致使不能实现合同目的,恒颖公司有权要求解除《永宏采购合同》,退还定金并请求赔偿损失。

从以上案例我们可以看出:在一方拒绝继续履行、继续履行失败或者合同目的无法实现时,另一方当事人可以直接选择退货。

但在有些司法实践中,直接要求解除合同不符合合同订立的初衷,同时为了鼓励交易、减少交易成本,一般不允许直接要求退货,反而用减少价款来予以替代。

在陕西实丰水泥股份有限公司与西安陕鼓动力股份有限公司及西安陕鼓工程技术有限公司买卖合同纠纷案[(2015)陕民二终字第 00067 号]中,陕西省高院认为:由于本案所涉设备系实丰公司水泥生产的附属设备,且该设备已安装并投入使用多年,一审法院根据本案实际情况,从防止损失扩大的目的出发,选择减少价款的违约责任承担方式符合法律规定。因此,用减少价款来替代退货等解除合同的主张。

另外,在株洲万通机械设备有限公司诉广西大圆机械设备有限责任公司买卖合同纠纷案[(2013)桂民提字第 12 号]中,广西壮族自治区高院认为:若以原告要求被告重新制作 5 套圆筒筛或是全部退还货款的诉讼请求处理本案,则会加重被告的违约责任。同时,就事实而言,部分圆筒筛已使用损坏,或会导致退

还履行不能。故本案应按减少价款处理为宜。

故,在司法实践中,若解除合同不符合实际情况时,可以直接允许减少价款来代替解除合同。

## 2. 合同目的仍可实现时瑕疵救济权利的选择

在瑕疵履行后合同目的仍然可以实现的情况下,救济权利的选择在司法实践中实则存在先后顺序。

在王乙与上海新城创置房地产有限公司商品房预售合同纠纷上诉案[(2012)沪二中民二(民)终字第 2169 号]中,上海市二中院认为:受损害方在选择违约责任的方式时,若质量上出现的问题或瑕疵,经过修理能够达到合同规定要求的,应当接受修理这种承担方式,而不应坚持要求退货、解除合同等。即应先继续履行,继续履行被拒绝或者失败后才可以主张解除合同等。

在山西福晋纺织机械有限公司等诉阿拉尔市三合辰龙纺织有限公司等分期付款买卖合同纠纷案[(2014)新兵民二终字第 00030 号]中,新疆高院认为:对福晋公司仅交付标的物而未履行安装调试至合格义务的行为,应认定为瑕疵履行的违约行为,故其应先行向嘉成公司承担继续履行等违约责任。此案也间接证明了继续履行优先的原则。

综上可知,对于瑕疵救济权利的选择,司法实践中主要分为两种:一方面当合同目的无法实现时,可以直接请求退货,同时,若退货不满足合同实际情况,可以进而采取减少价款或者报酬予以替代;另一方面,当出现瑕疵履行但是合同目的仍然可以实现时,瑕疵救济权利的选择存在先后顺序,原则上应该先主张继续履行(修理、更换或者重作),若该主张被拒绝或者继续履行失败,才能进而主张退货或者减少价款等。

## 二、瑕疵救济权利选择顺位的比较考察

### (一)我国台湾地区瑕疵救济权利的顺位

我国台湾地区民法第 354 条以下是关于瑕疵担保责任的规定,主要来自于德国旧债法的规定。其对瑕疵救济的权利规定为解除契约或者请求减少价金,若解除契约显失公平时,仅可以减少价金。同时,其又规定,在买卖标的物不满足出卖人保证的品质或者出卖人故意不告知瑕疵的情况,买受人可以直接请求损害赔偿。此外,除了解除契约、减少价金和请求损害赔偿外,针对物的性质的不同,还有特殊的救济权利。对于种类物而言,若发生瑕疵履行,则可以依照

台湾地区民法第 364 条第一项请求另行交付无瑕疵之物,但该权利和解除契约或者减少价款不可同时行使<sup>[3]</sup>。而对于特定物,则只能选择解除契约、减少价款或者请求损害赔偿。

综上可知,台湾地区民法继受德国旧债法的相关规定,并没有明确规定瑕疵救济权利的顺序,且对于履行的补救措施也受限于物的种类(种类物)和补救的类型(另行交付无瑕疵之物)。但相比于我国合同法相关规定而言,台湾地区民法规定损害赔偿的请求权与解除契约或者减少价款对立,并不是对两者的补充,因此,对我国瑕疵救济权利的选择也有一定的借鉴意义。

#### (二)德国新债法瑕疵救济权利的顺位

德国新债法对瑕疵救济的权利主要规定为三种:后续履行、解除和减价、损害赔偿请求权。其中,后续履行包括除去瑕疵和给付无瑕疵之物两种形式。其中针对不可替代物而言,适用除去瑕疵,也就意味着对买卖标的物进行修理。交付无瑕疵之物主要见于可代替物的买卖。当出卖人违反义务为显著的情形时,买受人可以选择解除买卖,同时,若解除买卖负担过重,买受人可以行使减价来代替解除买卖合同。解除和减价并不能总是补偿因瑕疵而遭受的损失,故损害赔偿请求权应运而生,主要是对因瑕疵而导致的损害进行进一步的弥补。

德国新债法不仅仅规定了瑕疵救济的权利,同时也间接规定了瑕疵救济权利的选择顺序。其规定在有瑕疵的情形下,买受人首先可以,而且是必须请求修复<sup>[4]</sup>。同时,在后续履行失败后,或者后续履行为不能、为不可苛刻或者被拒绝的情形,买受人可以解除买卖<sup>[4]45</sup>。同时由于第 441 条第 1 款规定的是价款的减少(减价)是“代替”合同的解除<sup>[5]</sup>,故减价和解除是在同一顺位上,为互为选择的权利。另外,在采取后续履行或者解除减价成功后,若买受人因瑕疵履行而造成其他损害,则存在损害赔偿的请求权,以此来弥补因瑕疵而造成的损害。

综上分析可知,德国关于瑕疵救济权利的选择是有顺序的,在买卖标的物出现瑕疵时,应首先进行后续履行,进行二次修复;若后续履行失败后,才可以进行解除或者减价。同时,损害赔偿请求权可以与后续履行、解除和减价并行开展。该顺位既降低了出卖人的损失,同时也解决了买受人的问题,值得我国合同

法吸收和借鉴。

### 三、我国瑕疵救济权利顺位之细化

#### (一)根本违约时的瑕疵救济权利选择

在吸收借鉴我国台湾地区民法和德国新债法中有关瑕疵救济权利选择的相关经验后,对于我国瑕疵救济权利的选择,应该在现有法律规范下进行合理解释。《合同法》第 111 条表示为“合理选择”,因此,也需要对不同的情形进行具体分析。

区分的首要标准是判断其是否属于根本违约。根本违约主要是指合同的目的不能实现,在买卖标的物瑕疵履行的情况下是指出卖人交付的标的物不符合买受人的根本利益,即买受人对该标的物的利益期待为零。在此种情况下,应允许买受人直接解除合同,退还标的物。其法条依据是《合同法》第 94 条第 4 款。由于《合同法》第 111 条规定的“退货”和解除合同的效果大体一致,都是退还标的物并要求返还已支付价款。因此,这里的解除合同就表现为“退货”。此种情况下,由于退货的原因是合同目的已经无法实现,因此,修理、更换或者重作已经毫无意义,故,可以直接越过对修理、更换或重作的请求而直接请求退货。

与此同时,若直接请求退货会导致当事人之间显失公平,出于对出卖人的保护和降低买受人退货的成本,原则上可以减少价款来代替解除合同。

综上,在瑕疵履行出现根本违约的情况下,受损害的买受人可以直接请求退货或者减少价款。

#### (二)非根本违约时的瑕疵救济权利选择

然而,若履行的瑕疵并未达到根本违约的程度时,直接解除合同或者减少价款不利于合同法鼓励交易的本质,同时也浪费了社会资源,加大了社会交易的成本。因此,在这种情况下不能直接进行退货或者减少价款,应该给予出卖人一个二次补救的机会。同时,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 22 条表明:买受人在检验期间、质量保证期间、合理期间内提出质量异议,出卖人未按要求予以修理或者因情况紧急,买受人自行或者通过第三人修理标的物后,主张出卖人负担因此发生的合理费用的,人民法院应予支持。其也间接暗含了原给付义务优先的内容。因此,应先进行继续履行(修理、更换或者重作),继续履行失败后再允许退货或者减少价款。但即使如此,对于继续履行中的权利也要具体进行区分和细致分析。

### 1. 选择的性质

对于修理、更换和重作,三者之间看似是一个选择的问题,但并不是选择之债中的选择权。选择权是一种形成权,即指权利人不需要当事人的同意,依单方意思表示就能使民事法律关系发生、变更与消灭的权利。但是作为选择之债的选择权意味着选择了以后不可以再变更,而在此种情形中,当瑕疵履行不构成根本违约时,在选择修理以后若修理失败还可以再次选择更换、重作以至于退货或者减少价款。因此,三者之间的选择并不是在选择之后就不可变更的选择之债中的选择权,而是可以互相按顺序更换的权利。

### 2. 可替代物和不可替代物的区分

对于修理、更换和重作,三种救济权利的选择之间也有具体的区分。区别的标准是买卖标的物的性质。买卖标的物根据是否具有可替代性分为可替代物和不可替代物。可替代物一般指种类物和特定物中特定化的种类物,不可替代物主要指特定物中的独一无二的物。对于可替代物而言,在出现瑕疵履行时,应首先进行修理;若修理失败,可以请求给付无瑕疵之物(即更换);若更换仍不能解决瑕疵问题,则可以进而主张退货或者减少价款。同时,重作是更换的一种特殊形式,对于承揽合同中的标的物而言,瑕疵履行后的更换即表现为重作。反之,对于不可替代物而言,由于其具有不可替代性的特点,因此选择修理以后若修理失败无法进行更换或者重作,只能进而主张退货或者减少价款。

综上,在瑕疵履行不涉及根本违约时,应首先请求继续履行,继续履行失败后再进而主张退货或者减少价款。同时,在主张继续履行时,也要根据买卖标的物的特点对救济权利进行合理选择,切实保障当事人双方的合理利益。

### (三) 损害赔偿请求权的顺位

在判断损害赔偿请求权的顺序时,应根据损害赔偿在瑕疵履行中的功能来判断。若为赔偿功能,则应放在所有的瑕疵救济权利之后,作为一种独立的请求权,目的在于惩罚有过错的出卖人;但若为补偿功能,则可以穿插在各种瑕疵救济权利之中,作为对受损害的买受人的弥补。因此,损害赔偿请求权在瑕疵履行中的功能决定着其在瑕疵救济权利中的顺位。

对于瑕疵履行中损害赔偿请求权的顺序,当前法律规范中没有明确涉及,因此,我们只能通过分析现

有法律规范进行判断。

#### 1. 《合同法》第 111 条

《合同法》第 111 条规定了当交付的标的物出现瑕疵,可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。有学者认为,在这里虽然没有明确规定损害赔偿请求权,但是可以将其解释为“等违约责任”中的一种情况,故在此种情况下,损害赔偿的请求权是一种补偿性功能的请求权。

#### 2. 《合同法》第 112 条

《合同法》第 112 条也规定:当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,在履行义务或者采取补救措施后,对方还有其他损失的,应当赔偿损失。这条法律规定实际上也是对损害赔偿请求权功能的定性。其规定采取补救措施后若还有其他损失,则可以要求对方赔偿。这是对受损害的买受人的利益的弥补,目的在于补偿买受人受损失的利益。因此,也意味着在瑕疵履行的情形下,损害赔偿请求权的功能为补偿功能。

因此,经过分析,在瑕疵救济中的损害赔偿请求权的功能更侧重于补救功能,故,在瑕疵救济权利的顺位上,无论适用《合同法》第 111 条规定的哪种救济权利,若其救济权利无法弥补受损害方的全部损失时,则都可以同时主张损害赔偿,二者没有特定的顺序。

### 四、小结

经过以上分析,我们可以得知,我国瑕疵救济权利的选择并不是随意为之,而为“合理选择”,但是,其合理选择也应该遵循一定的顺序。

若瑕疵程度直接构成根本违约时,则可以直接请求退货或者减少价款,同时若仍有损失,则可以主张损害赔偿。若瑕疵程度不构成根本违约时,则不可以直接越过继续履行而主张退货或者减少价款。在此时应根据买卖标的物的性质进行区分:如果买卖标的物为可替代的种类物或者特定物(特定化的种类物)时,则应先主张修理,修理失败进而主张更换或者重作,继续履行救济全部无法实现时,才可以主张退货或者减少价款。同时,若以上权利救济无法弥补全部损失时,可以主张损害赔偿;相反,如果买卖标的物为不可替代的特定物时,则无法进行更换或者重作,只能先主张修理,若修理失败,则直接请求退货或者减少价款。同时,若以上救济权利不足以弥补全部损失时,还可以同时主张损害赔偿。

参考文献：

- [1] 韩世远.出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法[J].中国法学,2007(3):187.
- [2] 崔建远.物的瑕疵担保责任的定性与定位[J].中国法学,2006(6):38.
- [3] 黄立.民法债编各论:上册[M].北京:中国政法大学出版社,2003:36-37.
- [4] 迪特尔·梅迪库斯.德国债法分论[M].北京:法律出版社,2007:36.
- [5] 陈卫佐.德国民法典[M].北京:法律出版社,2015:158.

## The Choice of Relief Rights for the Sale of Defects

HAN Xu

(School of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200063, China)

**Abstract:** Article 111 of the *Contract Law* stipulates that the situation of sales of defects should be differentiated. With the reference to the *Civil Code* of Taiwan Province and the German *New Solvency Law*, in the sales of defects, whether it has validated the contract should be considered, and it should be carried out in the order of continuing to carry out and then advocate the return or reduce the price in the order of the specific circumstances of the adjustment, so as to effectively protect the buyer's reasonable interests.

**Keywords:** defect payment; relief right; reasonable choice; fundamental breach of contract

[责任编辑 叶甲生]

---

(上接第 14 页)

参考文献：

- [1] 黎邦农,刘应芬.安徽民间故事:第三辑[M]//安徽土特产传说故事.合肥:安徽人民出版社,1984:46.
- [2] 樊嘉禄.安徽传统手工技艺项目保护现状研究[J].合肥工业大学学报(社会科学版),2008(3):46.
- [3] 薛政.安徽竹编传统工艺及保护发展研究[D].合肥:安徽医科大学,2015:10.
- [4] 冯骥才.中国非物质文化遗产百科全书:代表性项目卷:下卷[M].北京:中国文联出版社,2015:668.
- [5] 王迁.知识产权法教程[M].北京:中国人民大学出版社,2014:265.
- [6] 白慧颖.传统手工艺传承发展中的知识产权问题研究[J].河南财经政法大学学报,2014(4):90.

## Research on intellectual property protection strategy of Shu-Xi knitting technique:

the Choice of Patent Right and Trade Secret Right

JIANG Tao

(Hefei Branch, Anhui Radio and TV University, Hefei 230001, China)

**Abstract:** Anhui bamboo craft has a long history, and the Shu-xi (a bamboo mat made in shucheng) is the most representative products. With the development of the times, Shu-xi knitting technique development and protection technology is facing difficulties. Through the analysis of the current situation of intellectual property protection technology of weaving Shu-xi, and the comparison of patent protection and protection of business secrets, this paper proposed some suggestions on the Shu-xi system technology patent protection and trade secret protection, in order to make Shu-xi system technology get better inheritance.

**Keywords:** Shu-Xi; knitting technique; patent right; trade secret right

[责任编辑 叶甲生]