

瑕疵履行之补正履行请求权的行使及其限制

邢焱鹏

摘要：补正履行请求权是原履行请求权的继续，性质上属于原给付请求权。在私法史和法律继受中，补正履行请求权经历了从“不被承认”到“普遍被承认”两个阶段。我国《民法典》第 582 条将瑕疵担保责任统合入违约责任，补正履行请求权制度基础是无瑕疵之物的履行请求权，出卖人给付之标的物有瑕疵，买受人得请求补正。我国补正履行选择权采“债权人选择权模式”，补正履行选择权之性质采“选择之债说”。补正履行方式的选择权之行使应在合理范围内，以自由为原则、顺位为例外，且该例外应由特别法予以规定。在所选择的给付未实际履行前，买受人原则上有权变更，但须兼顾出卖人利益。当给付不能时，给付义务被排除，如果某种补正履行方式构成不能，则据此排除给付义务，如果两种补正方式均为不可能，则补正履行请求权全部被排除。补正履行的履行费用过高的抗辩权，包括相对费用过高和绝对费用过高。瑕疵给付系不符合债务本旨，买受人可请求补正履行，在出卖人补正前，买受人可以行使同时抗辩权，拒绝支付价金，但第 525 条的同时履行抗辩权应与违约严重程度或诸种救济方式相关联。

关键词：瑕疵履行；补正履行请求权；选择权；选择之债；同时履行抗辩权

〔中图分类号〕D923 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕2096-6180(2025)01-0061-26

一、问题的提出

《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）第 582 条规定，“履行不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。”我国法上的修理、重作和更换，学理上称为“补正履行”，意指当瑕疵履行时，买受人可以请求违约方对瑕疵进行补正，具体表现为排除瑕疵（修理）与另行交付无瑕疵之物（更换），基于补正履行所生的请求权，即为补正履行请求权。补

〔作者简介〕邢焱鹏，中国人民大学法学院 2021 级博士研究生。

〔基金项目〕国家社会科学基金重大项目“我国民法典实施中的重大疑难问题研究”（项目批准号：23&ZD152）。

正履行请求权是履行请求权的继续,对保护买受人履行利益意义重大。但是,《民法典》及相关司法解释对补正履行的规定较为粗疏,学理和司法实践对修理、更换的解释和适用也分歧甚大,具体而言体现在如下三个方面。

首先,补正履行与退货、减价或损害赔偿等其他违约救济手段之间究竟为何种关系?司法实践中,瑕疵履行之补正履行请求权的行使顺位未尽一致,补正优先观点认为,当瑕疵履行并未导致合同目的不能实现时,应先予以修理或更换^{〔1〕};反对立场则认为,不以补正履行为优先,守约方可直接解除合同。^{〔2〕}这与理论研究中的观点亦相左。合同双方当事人缔结合同,当给付出现瑕疵影响正常合同关系之维持时,在不影响合同目的实现的情况下,通过补正履行对瑕疵进行治愈,从而使得合同的原定给付继续存续,符合合同双方当事人之预期。对此,势必应赋予补正履行请求权相较于合同解除等救济措施以优先顺位,那么应如何证成补正履行优先顺位的理论基础?

其次,《民法典》第582条将补正方式的选择权赋予债权人(受损方),第617条与第781条则分别将选择权赋予买受人和定作人,对此,在法律适用中是否应有例外,比较法上有其他立法模式以供参酌。就补正履行的具体方式行使而言,修理、更换之间是否具有先后顺序,买受人能否自由选择?就该选择权之性质的界定,“选择之债说”与“选择竞合说”何者为妥?补正履行的地点如何确定?补正履行费用由出卖人承担,但自行补正或委托第三人修理的,由此产生的费用由何人承担?^{〔3〕}

最后,如果承认选择权归属于债权人,在修理、更换均为可行且都能消除标的物瑕疵的情况下,债务人可否针对债权人的选择予以拒绝,从而采取另一种补正履行方式?对此,《民法典》并未给出明确答案,司法实践针对补正履行方式的选择、变更与抗辩权法律适用也未尽一致,这关涉如何建构补正履行请求权的抗辩规范体系。另外,买受人可否同时行使补正履行请求权与同时履行抗辩权,司法实践中亦存在肯定说^{〔4〕}与否定说^{〔5〕}的裁判分歧;同时履行抗辩权的行使是否有必要与违约严重程度和具体救济方式相关联?

二、瑕疵履行之补正履行请求权的体系定位

补正履行有修理、重作、更换三种形式,其旨在通过消除瑕疵或另行给付,以维持原交易关系。《民法典》中并无补正履行这一抽象概念,针对履行不符合约定之情形,补正履行方式具体体

〔1〕 最高人民法院民事判决书,(2014)民二终字第71号;新疆维吾尔自治区昌吉回族自治州中级人民法院民事判决书,(2024)新23民终2321号;宁夏回族自治区银川市中级人民法院民事判决书,(2024)宁01民终4899号。

〔2〕 内蒙古自治区通辽市科尔沁区人民法院民事判决书,(2024)内0502民初12049号;山东省青岛市中级人民法院民事判决书,(2024)鲁02民终16557号;山东省泰安市中级人民法院民事判决书,(2024)鲁09民终3262号。

〔3〕 实践中针对补正费用的必要性以及补正费用的类型发生争议,比如是否仅限于直接费用,还是也包括差旅费、住宿费,有法院采否定立场,可见重庆市第四中级人民法院民事判决书(2024)渝04民终1368号。

〔4〕 河南省新郑市人民法院民事判决书,(2024)豫0184民初14489号;湖南省永州市中级人民法院民事判决书,(2020)湘11民终2368号;四川省武胜县人民法院民事判决书,(2024)川1622民初5238号。

〔5〕 广东省中山市中级人民法院民事判决书,(2020)粤20民终5013号;新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院再审民事判决书,(2020)新01民再91号。

现为修理、重作、更换（第 582 条），其中，修理和更换主要针对买卖合同中出卖人瑕疵履行的情形（第 617 条），修理和重作则主要是对承揽合同中承揽人瑕疵履行的救济（第 781 条）。

（一）补正履行请求权的性质界定

1. 补正履行请求权、履行请求权与继续履行

我国多数学者认为，补正履行请求权是履行请求权“修正性质的继续”，属于强制履行的具体形态。^{〔6〕}履行请求权包括任意履行请求权和履行诉求权两方面内容，并且还区分金钱债务（第 579 条）和非金钱债务（第 580 条）两种不同类型，这两种类型分别规定于《民法典》合同编“违约责任”一章。^{〔7〕}另外，履行请求权同时用强制履行、继续履行等概念互为替代，区别仅在于观察角度不同，履行请求权是从债权人角度观察，而强制履行责任则是以债务人（违约方）之违约责任为视角（第 577 条）^{〔8〕}，因此履行请求权与强制履行责任为一体两面，债权人履行请求权与债务人的强制履行责任相互对应。从义务—责任视角来看，继续履行责任与采取补救措施（第 577 条）同属于强制履行责任范畴，前者与继续履行请求权对应，后者与补正履行请求权对应（第 582 条），因此补正履行请求权依然属于履行请求权的范畴，前者是后者“修正性质的继续”。^{〔9〕}《民法典》第 582 条针对履行不符合约定具体规定了多种违约救济方式，可纳入强制履行范畴的包括“修理、重作、更换”。学理上将“修理、重作、更换”称为补正履行请求权（Näherfüllung），与“本来的履行请求”相对应，是“采取补救措施”（第 577 条）的组成部分，虽然第 577 条将“继续履行”与“采取补救措施”并列，但结合第 582 条的规定，退货、减少价款或者报酬作为“补救措施”，均非继续履行所能概括。实质来看，“修理、重作、更换”均以达至现实给付为目的，与继续履行同属“特定救济”范畴，所以“修理、重作、更换”属于强制履行的具体形态。^{〔10〕}

另有学者认为宜将修理、重作、更换归为补正履行，以区别于继续履行。原因在于，《民法典》第 179 条第 1 款将修理、重作、更换和继续履行区别为两类不同的民事责任形式，就给付性质而言，继续履行指向原合同给付，多见于迟延履行；修理、重作、更换所履行的已非原合同给付义务，而是补正原合同给付，鉴于两者给付性质有别，应予以明确区分。^{〔11〕}

〔6〕 韩世远：《合同法总论》（第 4 版），法律出版社 2018 年版，第 760 页；王洪亮：《强制履行请求权的性质及其行使》，载《法学》2012 年第 1 期，第 120 页；杜景林：《我国合同法买受人再履行请求权的不足与完善》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2009 年第 4 期，第 155 页。

〔7〕 因循原《合同法》第 108 条、第 109 条，将履行请求权规定于《民法典》合同编“违约责任”一章似有不当，学者对此多有批评，因为严格来说这并非违约责任。参见韩世远：《合同法总论》（第 4 版），法律出版社 2018 年版，第 760 页；王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 206 页。

〔8〕 韩世远：《合同法总论》（第 4 版），法律出版社 2018 年版，第 760 页。

〔9〕 这种“修正”体现为债务关系内容发生改变、时效期间发生加重或者减轻，并且对于债权人同时履行抗辩权的行使也产生影响。参见杜景林：《我国合同法买受人再履行请求权的不足与完善》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2009 年第 4 期，第 155 页。

〔10〕 韩世远：《合同法总论》（第 4 版），法律出版社 2018 年版，第 766—767 页；崔建远：《退货、减少价款的定性及定位》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2012 年第 4 期，第 93 页。

〔11〕 金晶：《〈合同法〉第 111 条（质量不符合约定之违约责任）评注》，载《法学家》2018 年第 3 期，第 187 页。

2. 补正履行请求权是履行请求权之继续

两者之分歧源于对“继续履行”观察视角相异，区别在于究竟是从请求权还是从责任方式的角度来看待“继续履行”。继续履行兼具债务人给付义务具体履行方式与守约方主张违约责任方式之双重内涵^{〔12〕}，前者意味着继续履行请求权仅须存在生效合同即可，其自然指向原给付义务，与违约并无因果关系，属于一种广义上的理解；后者就责任而言，意味着在违约时，继续履行责任仍可起到违约救济之作用，只不过其并非基于违约产生，而属于补正原给付义务，虽不是次给付义务，但仍是一种强制履行责任。

另外，仅凭《民法典》第 179 条第 1 款将“修理、重作、更换”和“继续履行”分立而设，就径直将修理、重作和更换归为补正履行，亦有不妥。其实，修理、重作和更换在不同条文中性质并不相同，第 179 条第 1 款中的修理、重作、更换系指向损害赔偿请求权，此时属于次给付请求权，也就意味着应以过错为要件，而于第 582 条“可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换”则是指向原给付请求权，并不以过错为要件。

主给付请求权是指债权人基于合同而生给付义务的履行请求权，次给付请求权则指因债务人未依债之本旨而为给付所发生的损害赔偿请求权与解除合同后的恢复原状请求权。^{〔13〕}前者不以过错为要件，而后者须以过错为要件，而且后者是对前者之救济，也并非合同所预定的原定给付内容。因此，如果将补正履行请求权认定为履行请求权，意味着将其认定为原给付请求权，并属于合同预定的原给付内容，这与买卖物之瑕疵担保的债务不履行说不谋而合。债权人不仅有请求债务人交付物并移转所有权之权利，还有请求债务人交付符合债之本旨的标的物的权利，因此当债务人违反该义务时即构成瑕疵履行。

（二）补正履行请求权的制度基础

《民法典》在违约责任一般规定（第 577 条）之外，于第 610 条又规定了出卖人瑕疵担保责任，根据第 617 条“出卖人交付的标的物不符合质量要求的”，买受人可以依据第 582 条请求补正履行、退货、减少价款等违约责任，并且买受人还能根据第 577 条和第 583 条请求损害赔偿，所以通说认为，《民法典》合同编将瑕疵担保责任纳入违约责任（第 582 条和第 617 条）。^{〔14〕}通过这样的体系安排，瑕疵担保责任在形式上成了合同编通则的制度，交付有瑕疵之物即为义务违反或者违约。^{〔15〕}在学理上，瑕疵给付是否“合乎债务本旨”有肯定说和否定说之争。肯定说认为，为给付而提出有瑕疵之买卖标的，仍属依债务本旨之提出。^{〔16〕}否定说则认为，瑕疵给付即构成义务违反，难谓

〔12〕 贺栩栩：《论买卖合同法中继续履行规则的完善》，载《政治与法律》2016 年第 12 期，第 95 页。

〔13〕 王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社 2017 年版，第 192 页。

〔14〕 王利明：《合同法研究》（第 2 卷），中国人民大学出版社 2003 年版，第 398 页以下；崔建远主编：《合同法》（第 5 版），法律出版社 2010 年版，第 388 页；韩世远：《合同法总论》（第 4 版），法律出版社 2018 年版，第 751、768 页；韩世远：《出卖人的物的瑕疵担保责任与中国合同法》，载《中国法学》2007 年第 3 期；解亘：《我国合同拘束力理论的重构》，载《法学研究》2011 年第 2 期，第 80 页。

〔15〕 王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 287 页。

〔16〕 黄茂荣：《买卖法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 256 页。

适当履行。^{〔17〕}其实,争论背后系给付障碍法中的瑕疵担保责任与违约责任关系之争,亦涉及合同债权的拘束力中“债权—债务构成”和“合同构成”两种理论模式之分野。^{〔18〕}补正履行请求权的制度基础由“不完全给付”变为“基于无瑕疵之物之履行请求权”,因此,补正履行请求权是因给付有瑕疵标的物未依债务本旨,故应属于出卖人给付无瑕疵标的物履行义务的内容,也属于履行请求权的效力,出卖人给付之标的物有瑕疵,买受人得请求补正。^{〔19〕}另外,就《民法典》第598条出卖人主给付义务来看,第598条仅确立了“交付”和“转移所有权”两项主给付义务,除此之外,出卖人的瑕疵担保义务中,对物之瑕疵与权利瑕疵的救济仍应建立在违约责任的单轨制之上,与一般的给付义务之违反在法效果上别无二致,出卖人是否依债之本旨给付,仍须结合第598条和瑕疵担保规范来予以判断。^{〔20〕}因此,在构成要件上,瑕疵担保给付法上通常是两层分离的义务违反:一是给付瑕疵物就是义务违反(原给付义务违反),对此,出卖人承担的补正履行是无过错责任;二是在违约救济中,则系次给付义务违反。^{〔21〕}

除瑕疵范畴之外,立法者多采用“与合同相符”或“合约性”作为瑕疵担保责任法律救济连结节点,以“不符合契约本旨”范畴取代“瑕疵”范畴^{〔22〕},《民法典》第582条以“履行不符合约定”扩张了《中华人民共和国合同法》(已废止,下称《合同法》)第111条“质量不符合约定”的适用范围,更为明确地揭示了《民法典》在法律技术连结节点问题上同样采取“合约性”这一现代方案。同样,《日本民法典》第562条经过2017年债法修正案,以“交付的标的物种类、品质或者数量不符合契约内容时”取代了“物之瑕疵”范畴。此种方式与“瑕疵”范畴立法技术的区别在于,前者以引入推定规则为典型;后者为消极性表述方式,即何时构成所谓的“无瑕疵”,在采用合约性立法范畴中仅包括物之瑕疵,而不包括权利瑕疵,因为在此范畴中,权利瑕疵须另行规定(第612条)。^{〔23〕}

(三) 补正履行请求权的生成与演变

前述对抽象关联概念的厘清对补正履行请求权的界定固然所有助益,但对补正履行请求权的具体行使其难以切中肯綮。法学研究的一个目标便应该是去注视诸概念内在隐蔽的方面并且竭

〔17〕 [德] 迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第178页; [德] 汉斯-约哈希姆·慕斯拉克、[德] 沃尔夫·豪:《德国民法概论》,刘志阳译,中国人民大学出版社2016年版,第237页; 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社2004年版,第351页。

〔18〕 “债权—债务构成”理论认为,瑕疵担保责任系法定责任,而瑕疵担保责任制度是在债务不履行制度之外创设的用以调整因特定物存在瑕疵造成给付不均衡结果的法定制度,并且,除非基于诚信原则或者交易习惯,原则上不承认债权人享有瑕疵修补请求权;“合同构成”理论则认为,交付有瑕疵的特定物就构成了违约,而瑕疵担保责任制度则被定性为违约责任制度的特别法。至于债权人是否享有修补请求权,取决于合同的解释,双方当事人合同中是否就债务人应当负担实现一定之无瑕疵物状态的义务达成了合意。参见解亘:《我国合同拘束力理论的重构》,载《法学研究》2011年第2期,第75—76、78页。

〔19〕 陈自强:《契约违反与履行请求》,元照出版有限公司2020年版,第171页。

〔20〕 吴香香:《〈民法典〉第598条(出卖人主给付义务)评注》,载《法学家》2020年第4期,第172—173页。

〔21〕 王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第301页。

〔22〕 陈自强:《契约违反与履行请求》,元照出版有限公司2020年版,第84页。

〔23〕 杜景林:《现代买卖法瑕疵概念的考察》,载《法论坛》2012年第3期,第65页。

力将其内在意蕴彰显出来,从而发掘出制度的内在机理依存之所。⁽²⁴⁾ 补正履行请求是区分物之瑕疵担保制度与不完全履行的产物,前者滥觞于罗马法市政官对奴隶及牲畜买卖之特别救济与市民法买受人诉权之一般救济,继而被德国及欧陆近代民法典所继受⁽²⁵⁾,而后者发端于1902年德国律师史韬伯“论积极侵害契约及其法律效果”⁽²⁶⁾。其更深层次的原因,源于给付障碍法在民法体系中的沿革所致,回顾两者在罗马法以来欧陆近代民法的继受情况及其发展轨迹,方可对补正履行请求权之体系地位起到正本清源之作用。

1. 补正履行请求权的有限承认:仅种类物买卖可以请求“更换”

1900年《德国民法典》并没有规定买卖物瑕疵之补正履行请求权。德国旧债法关于物之瑕疵的救济权利中,解约请求权及减价请求权来自罗马法之市政官救济(Aedilitian Remedies)解约及减价诉权,损害赔偿则源于买方诉权,基本上仍是罗马法物之瑕疵制度的继受。

传统的瑕疵担保责任规则系为特定物买卖而设,当买卖扩充至种类物买卖时,该规则适用范围是否也相应扩充引起争论。

反对论者认为,买卖实质上已经成为关于支付的约定(pactum de trahendo et solvendo),所以种类物作为买卖的标的物未尝不可,但此时,卖方的允诺究竟为何?卖方没有承诺交付特定标的物,但却以默示方式允诺将会交付具有一般属性、符合质量要求或满足于当事人所设想之用途的标的物,当进行种类物买卖时,卖方若交付瑕疵标的物,即违反合同义务,承担债务不履行责任,其或将面临“买方之诉”(actio empti)。相较而言,市政官救济以法定担保为基础的担保责任则显得多余和不充分,因为该责任制度并没有使买方有权请求交付无瑕疵之物,而是仅可以提起“减价之诉”。反对论者一方面认为买方应当接受该交付视为出卖人恰当履行了合同义务,另一方面又认为此属于债务不履行之情形。

支持论者声辩,市政官救济也应当适用种类物买卖,其中最为突出者是当代德国商法学创始人高德施密特。其认为,初始的种类物买卖,经由交付行为使得出卖人义务特定化,此后,必然可以适用市政官救济所针对的特定物买卖。

这两种观点的争论最终反映在《德国民法典》第480条之中。⁽²⁷⁾ 起草者原则上遵循了支持论者的观点,将特定物和种类物买卖同等对待,皆可适用解约之诉和返还之诉,针对欺诈和特别承诺可以请求损害赔偿。总体而言,传统思维模式在1900年《德国民法典》中基本占据优

(24) 龙卫球:《债的本质研究:以债务人关系为起点》,载《中国法学》2005年第6期,第82页。

(25) 陈自强:《买卖物之瑕疵担保罗马法继受》,载《月旦法学杂志》2013年第1期,第156页。

(26) [德] 赫尔曼·史韬伯:《论积极违反契约》,金可译,载《华东政法大学学报》2015年第2期,第126页;王泽鉴:《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社2015年版,第12页。

(27) 《德国民法典》(旧)第480条(种类物买卖)规定:“(1)买卖的物仅指特定种类的,其买受人可以要求向其提供无瑕疵的物代替有瑕疵的物,而不要求解除合同或者减少价金。对此请求权准用关于解除买卖合同第464条至第466条、第467条第1句和第469条、第470条、第474条至第479条的规定。(2)在风险责任移转于买受人时,标的物缺少出卖人所保证的品质的,或者出卖人故意隐瞒其瑕疵的,买受人可以请求债务不履行之损害赔偿,而不要求解除合同、减少价金或者提供无瑕疵的物。”第243条第2款(种类之债)规定:“债务人为交付前款种类物而完成其必要行为时,债的关系仅限于此物。”

势，将特定物买卖置于醒目之处，而种类物买卖则需要通过修正买卖法的一般规则予以特别规范。^{〔28〕}

就“更换”而言，在特定物买卖中，另行更换无瑕疵标的物就无法实现。而对于种类物买卖，如果出卖人准备通过另行更换无瑕疵标的物，买方是否还有权提起解约之诉？对此，19 世纪下叶仍有争议，因为之前任何法典都没有规定出卖人有对其瑕疵履行进行补正的权利，但最终《德国民法典》第二委员会还是打破陈规，赋予了买受人有权请求更换无瑕疵标的物，但该请求权并不优先于其他救济方式，即买方有权选择解约、减价或更换（或在特定情形下的损害赔偿），也就使得出卖人并无二次机会交付另一无瑕疵标的物来避免买受人选择其他救济方式。

就“修理”而言，无论特定物抑或种类物买卖，通过修理以消除瑕疵并不难实现，但第二委员会最终还是予以否决了，理由在于，如果授予出卖人修理的权利将会使问题复杂化；第二委员会甚至连买受人是否有权利请求对标的物予以修理，也未予考虑。罗马法上传统的市政官救济模式再一次占据主流，并在《德国民法典》中得到延续。^{〔29〕}

因此在《德国民法典》中，除了种类物买卖可以请求“更换”（第 480 条第 1 款）之外，买卖物之瑕疵的救济并不包括瑕疵补正（第 459 条及以下规定），买卖物出现瑕疵时买受人的权利包括解约（第 462 条）、减价（第 462 条）和损害赔偿（第 463 条）。只有种类物买卖时，买受人才可以要求再次交付无瑕疵标的物（第 480 条第 1 款）。当然，当事人可以另行约定以修复代替减价或解约（第 476a 条），但因为瑕疵担保责任法为任意法，所以也可以约定排除适用（第 476 条）。具体如表 1 所示。

表 1 《德国民法典》买卖物之瑕疵担保规则之罗马法继受

方式	罗马法	《德国民法典》		
	仅限于特定物	特定物	种类物	消灭时效
更换	×	×	√ (第 480 条第 1 款)	
修理	×	×	×	
		第 476a 条，可以另行约定，任意法		
解约	市政官救济：“解约之诉”	第 462 条第一种		6 个月 (第 477 条第 1 款)
减价	市政官救济：“减价之诉”	第 462 条第二种		
损害赔偿	“买方之诉”	第 463 条，“欠缺所保证品质”或“恶意隐瞒”		

〔28〕〔德〕莱因哈德·齐默曼：《德国新债法：历史与比较的视角》，韩光明译，法律出版社 2012 年版，第 133—134 页。

〔29〕〔德〕莱因哈德·齐默曼：《德国新债法：历史与比较的视角》，韩光明译，法律出版社 2012 年版，第 135—136 页。

2. 有限承认的原因：囿于种类物与特定物区分规制的立法传统

如前所述，在1900年《德国民法典》中，除了种类物买卖可以请求“更换”（第480条第1款）之外，买卖物之瑕疵的救济并不包括瑕疵补正。

这种对补正履行请求的有限承认，原因在于：第一，欧洲普通法时代的学说致力于整合解约及减价之“市政官救济”，连同恶意及欠缺保证品质之损害赔偿责任的“买方之诉”救济两套体系，构成物之瑕疵完整的救济体系，立法者认为，作为继受罗马法及普通法应有的结果不应该规定瑕疵补正。前古典罗马法时期针对买卖物之瑕疵担保制度区分市政官救济和买方之诉。两者区别在于，“市政官解约及减价之诉”为特殊救济，“买方之诉”为市民法救济。前者之救济方式为解约诉权及减价诉权，且为无过失责任，仅适用于奴隶和牲畜交易以及限于特定的瑕疵，属于特殊救济。后者之救济方式为损害赔偿，以出卖人恶意为前提，适用于所有形态的买卖类型，为过错责任，属于一般救济，如果出卖人非恶意，买受人无从依买方之诉主张救济。总之，物之瑕疵救济仍然非常有限。⁽³⁰⁾

至古典法时期与后古典法时期，两种救济发生融合。相较而言，市政官救济对买受人更为公允衡平，其优点逐步受到青睐，但囿于其限于奴隶和牲畜买卖，只能将其解释进买方之诉的诚实信用条款（*oportere ex fide bona*）中，这其实使市政官救济的适用范围得以进一步扩大。⁽³¹⁾ 优士丁尼将关于奴隶和牲畜买卖的市政官救济扩张到任何形式的买卖和任何标的的买卖。⁽³²⁾ 《民法大全》仍旧延续了古典时期的市政官救济与买方之诉两大体系并存的局面。⁽³³⁾

第二，解约与减价救济可以适用于所有形态的买卖，且为无过失责任；买方之诉则以故意不告知瑕疵或缺陷所保证品质为要件，因而其被理解为特别规定置于德国旧债法第463条。

第三，受法律行为动机论之影响，认为当事人对标的物的法效意思仅能针对标的物真实的状态，标的物性质错误仅为动机错误，瑕疵补正请求权因而不能成为法效意思之内容。⁽³⁴⁾

市政官救济中，有关物的瑕疵规定被纳入旧《德国民法典》第459条、第462条和第463条的规定之中，尽管瑕疵不仅限于罗马法时期的五种情形，且人们可以就任何买卖物主张瑕疵，而不仅限于奴隶和牲畜。先前德国法相关理论是对罗马法的继受，根据该理论，进行瑕疵给付的卖方已“完成其履行义务”，因此他无须赔偿因不履行而引起的损害（第325条），而仅作出同意解除合同或减价的表示（第462条）即可。反之，因不履行（恶意欺诈）所引起的损害赔偿赔偿责任（第463条），相当于旨在请求损害赔偿的买方之诉，不属于市政官的法律救济。物之瑕疵担保请求权（第459条）和因不履行产生的损害赔偿请求权（第325条）理论上的这一区别，可以被追溯到罗

(30) 陈自强：《买卖物之瑕疵担保罗马法继受》，载《月旦法学杂志》2013年第1期，第162—163页。

(31) [德]莱因哈德·齐默曼：《德国新债法：历史与比较的视角》，韩光明译，法律出版社2012年版，第123页。

(32) 对比巴尔比安：《学说汇纂》第21卷（D.21,1,1 pr 和 63）和《优士丁尼法典》（C.4,58,4,1）；参见[德]马克思·卡泽尔、[德]罗尔夫·克努特：《罗马私法》，田士永译，法律出版社2018年版，第461页。

(33) 陈自强：《买卖物之瑕疵担保罗马法继受》，载《月旦法学杂志》2013年第1期，第165页。

(34) 陈自强：《买卖物之瑕疵担保罗马法继受》，载《月旦法学杂志》2013年第1期，第166页。

马法中这两种不同的法律救济途径（裁判官和市政官），该区别在新债法中已不复存在。^{〔35〕}

3. 有限承认的影响

德国法这种仅种类物买卖可以请求“更换”的“有限承认”模式深刻影响了《日本民法典》和我国台湾地区“民法”。

《日本民法典》（1898年）第415条承继了“旧民法财产编”第383条，而第383条受《法国民法典》第1142条以及第1146条影响^{〔36〕}，引发了一连串的争论，其中之一便是“债务不履行的类型”。20世纪初期，日本民法受到德国民法理论压倒性的影响，就连原本以法国民法为模本设计的制度、概念，也用德国民法理论赋予了其不同含义。如此，起始于20世纪上半叶的德国民法理论被继受持续到第二次世界大战后形成通说，《日本民法典》将债务不履行的类型三分为履行不能、履行迟延和不完全履行，认为第415条后段规定了履行不能，而履行迟延和不完全履行两种类型则由第415条前段处理。^{〔37〕}其中，不完全履行的法律效果包括：（1）损害赔偿请求权；（2）解除契约请求权；（3）当可以补正时，还赋予买受人瑕疵补正履行请求权。^{〔38〕}买受人是否可以请求补正履行，与买卖物之瑕疵担保责任有联系，往往发生在“标的物自身存在瑕疵”的情形中，两者之关系学理上存在分歧。出卖人瑕疵担保责任规定于《日本民法典》第570条^{〔39〕}，参引至第566条，仅赋予了解除契约和损害赔偿两种救济：（1）存在瑕疵而不能达到目的时，买受人可以解除契约并请求损害赔偿；（2）没有到不能达到目的的程度时，买受人只能提出损害赔偿。损害赔偿应当自买受人发现瑕疵时1年内提出。^{〔40〕}

日本判例最初将物之瑕疵担保责任限定于特定物买卖；之后，判例逐步将种类物纳入，但仅认为买受人“受领”标的物后可以追究瑕疵担保责任，而不可以进一步请求交付无瑕疵之物^{〔41〕}；后来，又被推及于买受人容忍并受领瑕疵标的物的场合。^{〔42〕}

学理上，不完全履行与瑕疵担保关系的争论，实质上涉及买卖物之瑕疵担保规则是否适用于种类物。反对方认为，种类物买卖不适用瑕疵物之瑕疵担保规则，因为根据不完全履行理论，

〔35〕〔德〕孟文理：《罗马法史》，迟颖、周梅译，商务印书馆2016年版，第59页。

〔36〕《日本民法典》（1898年）第415条规定：“（因债务不履行之损害赔偿）债务人不按其债务本旨履行债务时，债权人可以就因此发生的损害请求赔偿。因为应归责于债务人事由致使不能履行时，亦同。”

〔37〕〔日〕潮见佳男：《因债务不履行之损害赔偿与债务人的归责事由》，解亘译，载渠涛主编：《中日民商法研究》（第8卷），法律出版社2009年版，第106—113页。其实，在20世纪70年代后半叶，出现了重构第415条的“债务不履行一元论”，主张该条并非继受德国民法，而是继受法国民法的产物，是将所有的债务不履行作为规范对象。

〔38〕〔日〕我妻荣：《新订债权总论》，王隼译，中国法制出版社2008年版，第134—140页。

〔39〕《日本民法典》（1898年）第570条规定：“（出卖人之瑕疵担保责任）买卖标的物上有潜在瑕疵的，准用第566条的规定。但通过强制拍卖的，不在此限。”买卖标的物因《日本民法典》第566条规定以外的权利而受限的或存在其他法律上缺陷的时候，判例、通说把这作为第570条的瑕疵担保责任问题来处理。参见〔日〕我妻荣：《新订债法各论》（中卷一），徐进、李又又译，中国法制出版社2008年版，第64页。

〔40〕〔日〕我妻荣：《新订债法各论》（中卷一），徐进、李又又译，中国法制出版社2008年版，第70—71页。

〔41〕〔日〕我妻荣：《新订债法各论》（中卷一），徐进、李又又译，中国法制出版社2008年版，第86—87页。

〔42〕〔日〕星野英一：《日本民法概论IV：（契约）》，姚荣涛译，五南图书出版公司1999年版，第123—124页。

买受人可以受到与瑕疵担保责任相同的保护；种类物买卖适用瑕疵担保制度，并非对买受人的保护，而是构成对出卖人的保护，以便于其尽快解决纠纷。另外，囿于瑕疵担保规则仅有解约和损害赔偿的救济，如果将种类物适用于物之瑕疵担保制度，相当于排除了买受人补正履行请求权，无法切合实际。⁽⁴³⁾支持方则认为，瑕疵担保规则是债务不履行规则的特别规定，买卖物存在瑕疵属于债务不履行之一种，种类物买卖可以适用瑕疵担保规定，相应地，特定物也可以适用债务不履行规定，不能仅因种类物与特定物之不同，便导致出卖人责任迥异，从而有失权衡。⁽⁴⁴⁾

我国台湾地区“民法”中，买卖物之瑕疵担保责任（第354条）同样赋予了买受人解约请求权和减价请求权（第359条），消灭时效为通知后的6个月或自物之交付时起5年之内（第365条），以及损害赔偿请求权（第360条）。同样，仅针对种类物，买受人可以请求另行交付无瑕疵之物（第364条）。通说认为，在物的瑕疵担保中，买受人无补正履行请求权。⁽⁴⁵⁾理由在于：民法并未规定出卖人修补义务，系通常认为出卖人无修补能力；买卖合同未规定买受人的修补请求权，但承揽交易明文规定定作人有修补请求权（第413条），依“明示其一，排除其他”的解释原则，可见立法者有意排除买受人的瑕疵修补请求权；补正履行请求权是不完全履行制度之内容，须以债务不履行为前提，如买卖之瑕疵担保责任肯定修补请求权，势必混淆债务不履行与瑕疵担保责任。⁽⁴⁶⁾我国台湾地区“民法”第364条第1款规定的种类物买卖中的另行交付请求权成为瑕疵补正的唯一方式，可见，在此同样步德国之后尘，应无异议。

相较于买卖物之瑕疵担保责任，不完全给付（我国台湾地区“民法”第227条）赋予了买受人瑕疵补正履行请求权，并且也赋予了瑕疵给付及加害给付的损害赔偿请求权。因此，当买卖标的物出现瑕疵时，买受人是否可以主张不完全给付的补正履行请求权？这再次涉及如何处理不完全给付与物之瑕疵担保责任的关系。判例认为，该二者应区分为不同的请求权基础，并发展出以“瑕疵发生时”为判断基准的做法，不完全给付适用于契约成立后的瑕疵（嗣后瑕疵），买受人有补正履行请求权，而契约成立前既已存在的瑕疵（自始瑕疵），买受人仅能根据物之瑕疵担保请求权，依第360条请求损害赔偿。⁽⁴⁷⁾学理上则对此做法多有批评，有学者认为债务不履行之判断，应该依清偿期届至时债务人是否依债务本旨提出给付为标准，而非瑕疵存在的时点。⁽⁴⁸⁾也有学者认为，在自始瑕疵下，瑕疵担保制度与不完全给付成立竞合关系，买受人具有补

(43) [日] 我妻荣：《新订债法各论》（中卷一），徐进、李又又译，中国法制出版社2008年版，第87-89页。

(44) [日] 星野英一：《日本民法概论IV：（契约）》，姚荣涛译，五南图书出版公司1999年版，第123-125页。

(45) 史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第46-47页；王泽鉴：《物之瑕疵担保责任、不完全给付与同时履行抗辩》，载《民法学说与判例研究》（重排合订本），北京大学出版社2015年版，第1222-1223页；王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社2017年版，第223页；陈自强：《契约违反与履行请求》，元照出版有限公司2020年版，第164页。

(46) 王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社2017年版，第223页。

(47) 王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社2017年版，第225页。

(48) 陈自强：《不完全给付与物之瑕疵》，新学林出版股份有限公司2013年版，第171-175页。

正履行请求权。⁽⁴⁹⁾

4. 补正履行请求权的确立

《德国民法典》在 2002 年新债法改革中，从总体上对买卖合同法进行彻底修改。新债法中，与本文论及问题紧密相关者包括：首先，取消旧法只针对种类物买卖赋予买受人有要求提供无瑕疵标的物的请求权（旧法第 480 条第 1 款），进而将出卖人提供无瑕疵标的义务普遍化，不仅将物之瑕疵与权利瑕疵同等对待，也取消特定物和种类物买卖在瑕疵给付时的区别（第 433 条第 1 款第 2 句、第 434 条、第 435 条）。其次，将请求权的消灭时效较旧法第 477 条大大延长（第 438 条）；而且，对债法总则给付障碍法进行修改，与买卖合同法联动，使得买卖合同法中的瑕疵责任原则上能够使用债法总则的规定（第 437 条第 2 项、第 3 项），买卖合同中的特殊问题仅须另设个别条款加以补充即可（第 437 条第 1 款、第 439—441 条）。最后，赋予买受人在瑕疵给付时的补正履行请求权（第 437 条第 1 项），这便属于买卖合同法中的特殊规定，对其如何行使进行了翔实细致之规定（第 439 条）。可见，无论如何，新债法起草者在摆脱罗马法历史桎梏的路上，已经走得很远了。

在 2002 年德国新债法以及《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）、《国际商事合同通则》（PICC）、《欧洲合同法原则》（PECL）等国际公约引领潮流的背景下，《日本民法典》也进行了大幅度修订，重构了出卖人瑕疵履行制度（第 561—572 条），直接赋予了买受人的补正履行请求权（第 562 条），也取消了种类物和特定物买卖在瑕疵责任方式上的区分规定。⁽⁵⁰⁾

三、瑕疵履行之补正履行请求权行使的规范构造

（一）补正履行请求权的优先顺位及其限度

我国《民法典》第 582 条赋予了受损害方补正履行、退货、减少价款或者报酬和损害赔偿等多种违约救济方式，相较于其他救济方式而言，是否应赋予补正履行的优先顺位，从而仅在补正履行用尽后方得考虑退货或减价？对此，学理和司法实践中皆存有分歧，补正优先观点认为，当瑕疵履行并未导致合同目的不能实现时，应先予以修理或更换⁽⁵¹⁾；反对立场则认为，补正履行在我国并无优先顺位，应以个案考察各救济方式之顺位。⁽⁵²⁾

《德国民法典》第 439 条虽然同样未直接赋予补正履行请求权以优先顺位，但是从主张次级权

〔49〕 詹森林：《不完全给付——“最高法院”决议与判决之发展》，载《台湾本土法学杂志》2005 年第 34 期，第 23、43 页。

〔50〕 〔日〕中田裕康、张家瑜：《〈日本民法〉之合同不履行》，载《清华法学》2011 年第 3 期，第 165—166 页。

〔51〕 最高人民法院民事判决书，（2014）民二终字第 71 号；杜景林：《我国合同法上减价制度的不足与完善》，载《法学》2008 年第 4 期，第 53 页；杜景林：《我国合同法买受人再履行请求权的不足与完善》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2009 年第 4 期，第 154—155 页。

〔52〕 韩世远：《合同法总论》（第 4 版），法律出版社 2018 年版，第 552—554 页；王洪亮：《强制履行请求权的性质及其行使》，载《法学》2012 年第 1 期，第 110 页；周友军：《论出卖人的物的瑕疵担保责任》，载《法学论坛》2014 年第 1 期，第 112 页；缪宇：《论买卖合同中的修理、更换》，载《清华法学》2016 年第 4 期，第 91 页；金晶：《〈合同法〉第 111 条（质量不符合约定之违约责任）评注》，载《法学家》2018 年第 3 期，第 185—186 页。

利首先要求指定期限的规定可以得出, 补正履行请求权具有优先地位: 解除以一定期限为前提, 即合理的给付或嗣后给付期限(第 437 条第 2 项和第 323 条第 1 款), 并且后位于补正履行不能(第 326 条第 5 款), 减价亦同(第 441 条第 1 款); 替代给付损害赔偿请求权亦须设定合理给付期限或嗣后给付期限(第 281 条第 1 款第 1 句和第 437 条第 3 项), 支出费用偿还请求权也须满足同样的期限条件(第 437 条第 3 项和第 284 条)。⁽⁵³⁾ 因此, 使买受人得到无瑕疵之物属于出卖人的履行义务, 在风险转移时出现瑕疵就意味着尚未按义务要求完成履行, 对此, 法律赋予买受人补正履行请求权, 其不能径直以有瑕疵为理由请求解除合同或减少价金, 出卖人从而获得了“第二次提供给付的机会”。⁽⁵⁴⁾

我国并未规定补正履行是解除和损害赔偿的前提, 因此无法径直推导出我国亦应遵循德国模式, 赋予补正履行请求权以优先顺位, 但也不宜完全抛弃这一立场。补正履行作为原给付义务之继续, 有时赋予补正履行反而更符合合同双方当事人的利益, CISG 同样也赋予补正履行请求权的优先性(第 46 条第 2 和 3 款、第 47 条), 但其是以出卖人不构成根本违约为前提, 当出卖人构成根本违约, 即排斥补正履行以优先性, 反而赋予解除权优先于补正履行请求权。因此, 合同订立后, 既然当事人通常都希望合同能最大程度地得到履行, 这就意味着通过补正瑕疵来维持合同有存续的可能, 更符合双方当事人利益。⁽⁵⁵⁾ 因此, 应在一定的限度内, 赋予补正履行请求权以优先顺位, 其限制包括: 其一, 合同目的(应有合意)的限制。此时有两种立法模式, 如果瑕疵履行属于解除事由, 此时瑕疵履行体现为排除解除权的抗辩规范(《德国民法典》第 323 条第 5 款第 2 句); 而另一种模式则表现为解除权成立规范, 中国法采后者(《民法典》第 610 条)。在此情况下, 若瑕疵并未达到债权人若知瑕疵断不会缔约的程度, 则从设立解除权成立规范之方案来看, 此时不应赋予补正履行以优先顺位。⁽⁵⁶⁾ 前揭最高院所作判决亦突出合同目的之限制⁽⁵⁷⁾, 或采取“影响合同目的之重大瑕疵”或“不影响合同目的之轻微瑕疵”之区分。⁽⁵⁸⁾ 其二, 诚实信用原则的限制。当更换有违诚实信用原则, 如瑕疵标的物被不合理使用后才请求予以更换, 此时则只能请求修理或者减少价款等。⁽⁵⁹⁾

(53) [德] 汉斯-约哈希姆·慕斯拉克、[德] 沃尔夫·豪:《德国民法概论》, 刘志阳译, 中国人民大学出版社 2016 年版, 第 237 页; [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》, 杜景林、卢湛译, 法律出版社 2007 年版, 第 44-46 页。

(54) [德] 迪特尔·施瓦布:《民法导论》, 郑冲译, 法律出版社 2006 年版, 第 679 页。

(55) 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》, 法律出版社 2006 年版, 第 240 页。

(56) 立法者就瑕疵对债权人影响的判断和政策选择偏好会直接影响规制技术的选择: 若立法者认为债权人一般无法容忍质量瑕疵, 或出于对促进质量保障的公共政策偏好, 应以排除解除权抗辩规范模式规制; 若立法者认为质量偏差虽有影响, 但通常难以达到债权人若知瑕疵断不会缔约的程度, 且并无促进质量保障的特别政策偏好, 则以设立解除权成立规范为宜。参见赵文杰:《论法定解除权的内外体系——以〈民法典〉第 563 条第 1 款中“合同目的不能实现”为切入点》, 载《华东政法大学学报》2020 年第 3 期, 第 136-137 页。

(57) 最高人民法院民事判决书, (2014)民二终字第 71 号。

(58) 吴香香:《〈合同法〉第 142 条(交付移转风险)评注》, 载《法学家》2019 年第 3 期, 第 185-186 页。

(59) 韩世远:《合同法总论》(第 4 版), 法律出版社 2018 年版, 第 554 页。

（二）补正履行方式的选择权

1. 选择权的三种归属模式

我国《民法典》第 582 条赋予了债权人，即买受人（第 617 条）和定作人（第 781 条）对补正履行方式享有选择权。而学理上对选择权之归属存有争议：“债务人选择权说”认为应将选择权归属于债务人，就买卖物之瑕疵而言，选择权应归属于出卖人；在承揽交易瑕疵中，选择权应归属于承揽人。原因在于，对于债务人来说，其利益在于获得无瑕疵之给付，以实现合同目的，至于债权人采取何种方式来达到这一合同目的，并非债务人利益之所在。^{〔60〕}“债权人选择权说”则主张，选择权应归属于买受人，但应当同时承认出卖人对买受人的选择享有抗辩权。^{〔61〕}在比较法上，此两种模式势均力敌，甚至有“第三条道路”之折中模式，个中缘由，不可不察。

（1）债务人选择权模式

债务人选择权模式在买卖合同中将选择权赋予出卖人，此种模式对出卖人补救利益之保护极具作用。美国《统一商法典》（Uniform Commercial Code, UCC）第 2-508 条即赋予出卖人补救权，以限制买受人之拒绝权（第 2-602 条）和接受撤销权（第 2-608 条），而此两者系买受人欲解除合同的必经之路。因此，补救权为出卖人提供机会，使其通过积极补救以防止合同被解除。另外，该补救权具有很强的效力，倘若一项补救适格，买受人不能拒绝。^{〔62〕}

CISG 同样将选择权赋予出卖人（第 46 条）。CISG 将两大法系进行了整合，既继受了美国 UCC 第 2-508 条的出卖人补救权，规定了期前补救制度（第 34、37 条），也吸收了大陆法系上买受人的补正履行请求权，规定了期后补救制度。CISG 第 46 条第 2 款和第 3 款尽管赋予了买受人享有选择修理、更换来消除瑕疵的权利，但根据第 48 条，如果出卖人不构成根本违约，出卖人对修理、更换享有最终选择权。^{〔63〕}同样，《欧洲示范民法典草案》（DCFR）第 III-3: 202 条也赋予了债务人以第二次履行权。

德国债法在改革过程中，也存在赋予出卖人补正履行权的建议，但最终并未被采纳，而采取了买受人选择权模式（第 439 条第 1 款）。对此立场不乏质疑之声：出卖人的地位会因买受人的选择而受到影响，而买受人无论如何都将通过补正履行来彻底消除瑕疵从而实现自己的利益，同时，出卖人能相对容易判断和确定不同补正履行的时机和效率。^{〔64〕}但在承交易揽瑕疵中，与买卖合同采“债权人选择权模式”不同，德国法反而将选择权赋予承揽人（第 635 条第 1 款）。

〔60〕 杜景林：《我国合同法买受人再履行请求权的不足与完善》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2009 年第 4 期，第 155 页；宁红丽：《论承揽人瑕疵责任的形式及其顺位》，载《法商研究》2013 年第 6 期，第 104 页。

〔61〕 王洪亮：《强制履行请求权的性质及其行使》，载《法学》2012 年第 1 期，第 110—111 页；缪宇：《论买卖合同中的修理、更换》，载《清华法学》2016 年第 4 期，第 89 页。

〔62〕 武腾：《买卖标的物不适约研究》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 116—119 页。

〔63〕 缪宇：《论买卖合同中的修理、更换》，载《清华法学》2016 年第 4 期，第 89 页。

〔64〕 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢谔译，法律出版社 2007 年版，第 44 页；[德] 莱因哈德·齐默曼：《德国新债法：历史与比较的视角》，韩光明译，法律出版社 2012 年版，第 150 页。

（2）债权人选择权模式

相反，债权人选择权模式在买卖合同中将选择权赋予买受人。《欧盟消费品买卖和相关保证指令》（下称《消费品买卖指令》）第3条第3款规定“消费者可以首先要求卖方免费修理消费品或免费更换，只要这并非不可能或不符合比例”，由此，其以修理或更换的方式赋予了买受人事后补正履行的选择权，可见，其将事后补正履行请求权视为买受人的法律救济手段。^{〔65〕}

2002年德国新债法改革将《消费品买卖指令》纳入一般买卖法，将补正履行方式的选择权赋予买受人，因此，买受人可选择消除瑕疵请求权（修理）和提供无瑕疵物请求权（更换），并且由此产生的费用由出卖人承担（第437条第1款和第439条）。买受人的选择权受到第439条第3款第1句的限制，如果买受人所选择的补正履行方式费用过高，出卖人仍可以拒绝。另外，如果两种补正履行方式有一种是不能的，则以此为限排除一项给付义务，买受人原则上便只限于使用另一种形式；如果两种方式的补正履行均为不可能，则补正履行请求权全部被排除（第275条第1款）。^{〔66〕}

（3）《欧洲共同买卖法》（CESL）采取的第三条道路

尤为特殊的是，《欧洲共同买卖法》（CESL）采取了普通法系与大陆法系之间的“第三条道路”。普通法系原则上不认可第一性（原给付）和第二性（次给付）履行请求权的区分，而大陆法系则相反，《消费品买卖指令》通过限制规定，仅以修理或更换的方式赋予买受人要求事后补正履行的权利这一条文能够纳入这两大法系中。而且，CESL也不同于CISG，后者原则上根据欧陆法律模式承认履行请求权，普通法传统仅由CISG的第28条特殊规定予以体现。^{〔67〕}

CESL采取第三条中间道路，既不同于普通法，没有原则上放弃可以强制执行的次给付请求权，又不同于大部分欧陆国家传统，并未将其规定为债权人的第一性合同权利，而是仅作为不履行时的法律救济。因此，CESL针对合同履行本身，并未赋予债权人“请求履行”第一性权利，而是在不履行的情况下请求“履行”被视为多个“补救”可能性之一。从这一路径出发，CESL草案第106条第1款规定“如果卖方没有履行，则买方可以（a）根据第三节要求履行，包括相关义务的履行、商品或数字内容的修理和更换”，其将“履行”纳入法律救济目录中，并在此把事后补正履行列为履行的一种类型。^{〔68〕}

CESL也未像《消费品买卖指令》一样仅局限于消费者合同救济，而是区分了消费者合同与经营者合同不同情形：在消费者合同之场合，CESL采纳了《消费品买卖指令》模式，赋予买受人以选择权（CESL草案第106条第2款和第3款），但通过对CESL草案第111条反推可知，在

〔65〕〔德〕莱纳·舒尔茨、〔波兰〕弗里德里克·佐尔：《欧洲合同法》，王剑一译，中国法制出版社2019年版，第296-297页。《欧盟消费品买卖和相关保证指令》的全称是：Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verkaufs von Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter。

〔66〕〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2007年版，第43-44页；〔德〕迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第679-681页。

〔67〕〔德〕莱纳·舒尔茨、〔波兰〕弗里德里克·佐尔：《欧洲合同法》，王剑一译，中国法制出版社2019年版，第296页。

〔68〕〔德〕莱纳·舒尔茨、〔波兰〕弗里德里克·佐尔：《欧洲合同法》，王剑一译，中国法制出版社2019年版，第296页。

经营者合同之场合，则将选择权赋予了出卖人（CESL 草案第 111 条）。^{〔69〕}

（4）违约方与受损害方利益的分庭抗礼

首先，债务人选择权模式下，美国 UCC 上的补救权将主动性赋予出卖人，与德国法上的二次供与权相比，其权利之效果较强，而后者之二次供与权难谓一项真正之主观权利，主要是附随于后续履行期限制度的利益保护机制^{〔70〕}，因此亦有学者称之为第二次提供给付的“机会”。^{〔71〕}但该种模式并无法为我国解释论所接受，因为 UCC 在赋予出卖人极强的补救权之同时，亦赋予买受人之拒绝权，而在我国法上买受人常有受领义务。^{〔72〕}

其次，补正履行在《德国民法典》“债权人选择权模式”与 CISG “债务人选择权模式”中扮演着不同的角色，重要性也有所不同。德国法上，补正履行具有优先性；而在 CISG 中，买受人解除合同的权力反而优先于出卖人补救权（第 48 条第 1 款），若出现第 49 条第 1 款之根本违约，买受人则可无须指定期限而直接解除合同，出卖人则丧失补救权，此种买受人无须指定期限可直接解除合同之规定，加之补正优先之欠缺，使得赋予出卖人补救权，并肯定出卖人之相应利益有其必要性。^{〔73〕}债务人选择权模式是以债务人丧失补正优先，并且以劣后于解除合同为代价，而债权人选择权模式则是以补正优先为筹码。因此，在解释论上如果采补正优先立场，“债权人选择权模式”才能与之契合。

就调整范围而言，CISG 主要调整国际商事交易；而德国联邦法院在解释和适用《德国民法典》第 439 条时，将其严格限制在消费者和经营者之间，并坚决拒绝将其适用于经营者之间的商事交易以及消费者之间的交易。^{〔74〕}因此，“债权人选择权模式”对中国法的解释论仍具参考意义。

总之，违约方与受损害方利益之平衡是“债务人选择权模式”和“债权人选择权模式”共同追求，而所谓“第三条道路”则以民商分立区分模式予以规制。在中国法上，《民法典》第 617 条采“债权人选择权模式”将选择权赋予买受人，应无异议，但在承揽交易瑕疵上，第 781 条采“债权人选择权模式”将选择权赋予定作人并不具正当性，而应采“债务人选择权模式”，相较于债权人（定作人）而言，债务人凭借其专业知识对补正履行方式的利弊更加了解。^{〔75〕}债务人选择权模式与债权人选择权模式并非终局决定债务人和债权人利益平衡关键之所在，比如买受人选择权模式下，当修理、重作、更换均可对瑕疵补正时，其关键在于如何构建出卖人拒绝权以及买受人变更权等配套制度，倘若出卖人可拒绝买受人之选择，也就意味着同样赋予了出卖人选择权。

〔69〕〔德〕莱纳·舒尔茨、〔波兰〕弗里德里克·佐尔：《欧洲合同法》，王剑一译，中国法制出版社 2019 年版，第 306 页。

〔70〕武腾：《买卖标的物不适约研究》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 116—119 页。

〔71〕〔德〕迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社 2006 年版，第 679 页。

〔72〕武腾：《买卖标的物不适约研究》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 153 页。

〔73〕〔德〕彼得·曼科夫斯基：《〈德国民法典〉中出卖人是否真的享有二次供与之主观权利？》，李雨泽译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第 69 卷），社会科学文献出版社 2019 年版，第 279 页。

〔74〕缪宇：《论买卖合同中的修理、更换》，载《清华法学》2016 年第 4 期，第 91 页。

〔75〕王洪亮：《强制履行请求权的性质及其行使》，载《法学》2012 年第 1 期，第 110—111 页。

因此,债务人和债权人利益平衡的着力点应在于如何构建变更权和拒绝权等配套制度。

2. 选择权性质的双层界定

如前所述,补正履行请求权是债务人给付无瑕疵标的物原给付义务的内容,属于履行请求权的效力,其与其他违约救济方式“退货”“减少价款或报酬”“赔偿损失”等次给付请求权的制度基础并不相同,基于此,《民法典》第582条和第781条中,选择权的性质是否相同不无疑问,因此须分别讨论。但我国学者在讨论该问题时,经常不加区分甚或张冠李戴式地引用,实属不应。

对此,应从两个层次对选择权性质予以认识:第一层次针对各违约救济方式之间的关系,包括补正履行方式与违约救济方式适用关系,称其为“违约救济方式选择权”;第二层次则仅针对补正履行方式内部之选择,称其为“补正履行方式选择权之性质”,两层次之间并非必然等同甚或相互决定,后者为本文论述中心。

(1) 第一层次:违约救济方式选择权性质之困局

在补正履行与减价、退货或损害赔偿等违约救济方式之间,债权人享有选择权。唯就选择权之性质,我国学者主要有选择之债说、选择(择一)竞合说和请求权聚合说之争。

“选择之债说”认为,债权人选择一种救济方式,其与债务人之间的法律关系即因选择确定,不得再变,该选择权是形成权,因行使而归于消灭。⁽⁷⁶⁾郑玉波先生同样采此说,认为台湾地区“民法”第359条规定的买受人解约和减少价金请求权属选择之债。⁽⁷⁷⁾“选择之债”系针对债之给付内容之选择,选定离手,不得反悔(第516条第1款),选择系指向“给付”,而非第582条之“违约救济方式”。另外,“选择之债”的选择权原则上归属于债务人(第515条第1款),虽然仍有法律规定、当事人约定或另有交易习惯之例外,但无论如何,违约救济方式之选择仍无法赋予债务人。因此,另有学者认为,应采德国法上的“选择(择一)竞合说”⁽⁷⁸⁾。该说认为,如果权利人享有两个或多个请求权,或者享有一个请求权和一个形成权,对此法律规定当事人可以选择,此时即属于选择(择一)竞合。另外,如果一旦选择某种救济无法实现其目的时,仍可继续再次选择其他方式。⁽⁷⁹⁾

亦有学者认为前述两种解释路径均欠妥当,难以解释违约救济方式的并用问题,应采“请求权聚合说”。⁽⁸⁰⁾该说着眼于补正履行与减价、退货、损害赔偿等违约救济方式之并用问题,认为可以在不违背救济方式功能异质性的前提下聚合,但其致命缺陷在于对请求权聚合理论之误解,请求权聚合理论旨在强调数个请求权的并存性,其结果是各请求权均可实现,相互之间互不妨碍⁽⁸¹⁾,这体现在行使和转让两方面,既可单独将某一请求权转让,亦可单独起诉或合并起诉,而第582

(76) 黄茂荣:《买卖法》,中国政法大学出版社2002年版,第235页;周友军:《论出卖人的物的瑕疵担保责任》,载《法学论坛》2014年第1期,第112页;隋彭生:《合同法要义》,中国人民大学出版社2011年版,第241页。

(77) 郑玉波:《民法债编总论》(修订2版),中国政法大学出版社2002年版,第213页。

(78) 殷安军:《论违约救济方式选择后的可变更性》,载《华东政法大学学报》2015年第2期,第79-80页。

(79) [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第349页。

(80) 金晶:《〈合同法〉第111条(质量不符合约定之违约责任)评注》,载《法学家》2018年第3期,第185页。

(81) [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第350页。

条诸项违约救济方式之间关系与此相差甚远。另外，通说认为减价系形成权，请求权聚合说亦无法涵盖减价形成权之问题。其关系如图 1 所示。

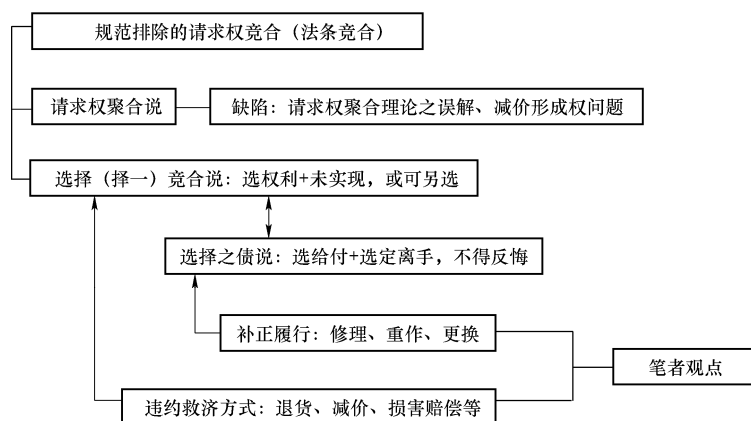


图 1 违约救济方式选择权的学说体系

笔者认为，违约救济方式选择权之性质应采“选择（择一）竞合说”，其与各救济方式并行适用问题并不相悖。补正履行请求权系原给付请求权的继续，因此补正履行与其他违约救济方式之间如减价并行适用时，前者系针对原给付，而就后者违约救济方式而言，仍属于“择一”行使，解除和减价因功能异质，当然不可并用。《德国民法典》第 437 条中的选择权，德国民法学家拉伦茨将其定性为“选择（择一）竞合”，买受人对物之瑕疵可请求退货或减价，特定情况下，也可根据第 463 条以损害赔偿代替前两种方式。⁽⁸²⁾ 德国民法学家梅迪库斯同样将解除和减价之间界定为“选择（择一）竞合”关系。⁽⁸³⁾ 由此可见，拉伦茨和梅迪库斯在对其定性时，亦未将补正履行请求权之性质予以纳入。与之类似，王泽鉴教授也认为我国台湾地区“民法”第 359 条和第 360 条规定中，买受人各救济方式系选择（择一）竞合关系。⁽⁸⁴⁾

我国司法实践亦能佐证该种立场，如在邹城赛维太阳能生态园发展有限公司诉赛维 ldk 光伏科技（新余）工程有限公司等买卖合同纠纷案中，最高人民法院依补正履行顺位优先驳回债权人退货之主张，而判决以修理和损害赔偿并用⁽⁸⁵⁾；在巩义市孝义润合机械厂、刘某某买卖合同纠纷案中，法院亦将修理和损害赔偿并行适用。⁽⁸⁶⁾

（2）第二层次：补正履行方式选择权之性质

既然补正履行方式与违约救济方式的制度基础迥异，应对补正履行方式之选择权的性质进一步予以反思。对此，学者间亦有争议，多数说主张补正履行方式选择权的性质是“选择（择一）

(82) [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社 2013 年版，第 349 页。

(83) [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社 2004 年版，第 159 页。

(84) 王泽鉴：《民法思维：请求权基础理论体系》，北京大学出版社 2009 年版，第 130 页。

(85) 最高人民法院民事判决书，（2014）民二终字第 71 号。

(86) 山东省泰安市中级人民法院民事判决书，（2020）鲁 09 民终 3950 号。

竞合”^{〔87〕}，少数说采“选择之债说”，两者实质区别在于选择权之性质与选择权之法律效果。^{〔88〕}

“选择（择一）竞合说”旨在强调权利人享有多个请求权，一旦某一请求权无法实现，仍可选择另一项请求权，因此，若债权人选择修理、重作和更换，当某一补正履行请求权未能实现时，其仍有再行选择其他补正方式之机会。由前述讨论可知，拉伦茨和梅迪库斯在讨论“选择（择一）竞合说”时，并未涉及补正履行方式之选择，补正履行系针对原给付之内容，其本就属于履行请求权之效力，实质上并未存在多个请求权，基于此，恰与“选择之债”系针对债务给付内容相契合。

因此，持“选择之债说”者认为，买受人对补正履行方式的选择，旨在获得无瑕疵的给付，系原给付请求权下的不同给付方式之间的选择。“选择之债”理论优势在于其“选择权转移”的法律效果，这有助于消除买受人怠于选择某一补正履行以消除瑕疵，从而使得出卖人陷入被动地位之困局。^{〔89〕}根据《民法典》第515条第2款所规定的选择权转移之规定，若买受人于合理期限怠于选择补正履行方式，此时，赋予出卖人主动结束该履行待定状态可能性。

不过，采“选择之债说”有两大理论障碍：第一，“选择之债”选择权原则上归属于债务人，《民法典》第515条第1款亦作此规定，此与第582条的“债权人选择权模式”似乎相悖。其实不然，选择之债的选择权归属于债务人仅为常规性规定，并非不能突破，在诸多交易习惯中，如顾客预定包厢等案例中，选择权归属于债权人之案型不胜枚举。在比较法上，如《德国民法典》第262条对选择之债的选择权归属，明定为有疑义时选择权才归属于债务人，因此在选择之债中，选择权赋予债权人也符合利益状态。^{〔90〕}这与前述违约救济方式的选择权无论如何也无法归于债务人不同，因补正履行仍系原给付之继续，将其补正履行方式选择权归属于债务人亦无不可，并且依第515条第1款但书规定将选择权归属于债权人，亦有余地。第二，变更权的证成问题。依选择之债，买受人选择某一补正方式后，无法变更其他补正方式，而这也是“选择（择一）竞合说”理论之长处，对此，下文将重点分析。

3. 补正履行方式之选择权的行使及其限制

当修理、重作、更换均可补正瑕疵时，债权人能否在各补正方式之间自由选择，《民法典》第582条和第781条对选择权的行使以“合理选择”为限。对此，涉及问题有二：倘若各补正方式之间具有优先顺位，如赋予修理请求权以优先性，是否导致债权人的选择权落空？如果各补正方式之间无先后顺序，债权人选择之后，依选择之债说，是否意味着无变更之余地？

〔87〕 杜景林：《我国合同法买受人再履行请求权的不足与完善》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2009年第4期，第156页；缪宇：《论买卖合同中的修理、更换》，载《清华法学》2016年第4期，第89页；金晶：《〈合同法〉第111条（质量不符合约定之违约责任）评注》，载《法学家》2018年第3期，第187页。

〔88〕 贺栩栩：《论买卖合同法中继续履行规则的完善》，载《政治与法律》2016年第12期，第99-101页；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》，法律出版社2006年版，第241页。

〔89〕 贺栩栩：《论买卖合同法中继续履行规则的完善》，载《政治与法律》2016年第12期，第101页。

〔90〕 [德] 迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第109页。

（1）补正履行方式顺位对选择权之限制

既然修理、重作、更换均可补正瑕疵，债权人在合理范围内就补正履行方式得自由选择。《德国民法典》第 439 条的选择权本质上受到买卖标的物类别的限制：在种类物买卖中首先考虑提供其他无瑕疵物（更换），然而在种类物买卖的个案中存在消除瑕疵（修理）方式，且因此可为买受人主张；在特定物买卖中，则只能请求更换。^{〔91〕}但是，当标的物价值较大，更换对出卖人负担过重，并且修理不会显著影响标的物性能时，实有必要规定“修理优先于更换”^{〔92〕}；此外，我国诸多单行法亦有修理优先于更换等规则。^{〔93〕}

“修理优先说”系为保障债务人利益而设，实际上排除了债权人选择权，尤其当标的物本身价值较大，更换成本较高时。该说其实预设了两个前提：第一，两种补正履行方式的效果无异；第二，对债务人而言，修理成本低于更换成本。而在实践中这两项预设并非总是当然成立。^{〔94〕}因此，不应将《民法典》第 582 条解释为修理优先于更换，采何种补正方式应交由当事人自行决定。^{〔95〕}补正履行方式的选择权之行使应在合理范围内，以自由为原则、顺位为例外，且该例外应由特别法予以规定。

（2）变更权与选择之债的兼容

选择之债中，选择权一经行使便具拘束力，不得变更。《德国民法典》第 263 条规定，该权利通过单方须受领的意思表示行使，并且，选择权一经行使，债务人给付义务溯及既往地限于所选择之给付。^{〔96〕}其实，与《德国民法典》第 263 条所确定“选择权一经行使便具拘束力”模式不同，立法者当时在制定“选择之债”相关规范时，Windscheids 教授和 Kurlbaums 教授提出了“直至给付行为完成才具拘束力”模式，即将选择权的拘束力推迟至所选择之给付实际履行之时，从而解决一种困境，即债权人一旦行使选择权后便对其产生拘束力，即使被选定的给付无法实现，其也丧失了再选择其他给付的可能。^{〔97〕}

〔91〕〔德〕汉斯-约哈希姆·慕斯拉克、〔德〕沃尔夫·豪：《德国民法概论》，刘志阳译，中国人民大学出版社 2016 年版，第 244 页。

〔92〕《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》（法释〔2020〕17 号）第 10 条第 2 款规定：“交付使用的房屋存在质量问题，在保修期内，出卖人应当承担修复责任；出卖人拒绝修复或者在合理期限内拖延修复的，买受人可以自行或者委托他人修复。修复费用及修复期间造成的其他损失由出卖人承担。”

〔93〕例如，《部分商品修理更换退货责任规定》（国经贸〔1995〕458 号）第 11 条规定，在三包有效期内，修理两次，仍不能正常使用的产品，可以退换。又如，《家用汽车产品修理更换退货责任规定》（国家市场监督管理总局令 第 43 号）第 24 条规定，在家用汽车产品三包有效期内，因严重安全性能故障累计进行 2 次修理；发动机、变速器累计更换 2 次；因质量问题累计修理时间超过 30 日的，或者因同一质量问题累计修理超过 4 次的，消费者可以选择更换。另外，还见于 2001 年《移动电话机商品修理更换退货责任规定》第 11—13 条，2002 年《家用视听商品修理更换退货责任规定》第 12—14 条，2002 年《微型计算机商品修理更换退货责任规定》第 11—13 条，2010 年《农业机械产品修理、更换、退货责任规定》第 28—30 条等。

〔94〕贺栩栩：《论买卖合同法中继续履行规则的完善》，载《政治与法律》2016 年第 12 期，第 95 页。

〔95〕缪宇：《论买卖合同中的修理、更换》，载《清华法学》2016 年第 4 期，第 94 页。

〔96〕〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 109 页。

〔97〕Vgl. Nach Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverh. I (1978), S.148 ff.

因此,我国《民法典》第582条之买受人选择权,在所选择的给付未实际履行前,买受人原则上更有变更权,当然,此时须兼顾出卖人利益。如果买受人作出选择,其必须给予出卖人一个合理的作出履行期限,且不可在该期限届满前请求其他补正履行方式。⁽⁹⁸⁾

(三) 补正履行的地点与费用负担

1. 补正履行的地点

我国《民法典》第582条并未规定补正履行的地点。有学者认为,应将补正履行解释为一种赴偿之债,补正履行的地点应为标的物的现实所在地,这样的解释方案有两个优势:其一,不会给买受人造成额外的不利益,符合合同的原定状态;其二,符合将补正履行请求权理解为原履行请求权之继续。⁽⁹⁹⁾《德国民法典》对此同样未予规定,解释论上认为,首先取决于当事人约定;如果未能约定,则原履行地或标的物所在地皆有支持者,基于补正履行请求权的原给付请求权性质,应将其解释为原履行地。⁽¹⁰⁰⁾我国《民法典》第582条亦应采此解释立场为宜。

2. 补正履行的费用负担

我国《民法典》第582条同样并未规定补正履行的费用负担问题,但司法实践中,修理多表现为修复、返修或维修,其费用负担亦系争议问题。瑕疵履行系出卖人所致,加之补正履行是原给付义务之继续,故原则上,由出卖人负担补正履行所发生的必要费用。

但除此一般情形之外,仍有买受人自行修理或第三人修理的费用负担问题,《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》(法释〔2020〕17号,下称《买卖合同司法解释》)第16条对该费用负担进行了双重限制,仅在“买受人在检验期限、质量保证期、合理期限内提出质量异议,出卖人未按要求予以修理或者因情况紧急”买受人自行补正,出卖人才承担补正费用。⁽¹⁰¹⁾此限制可能会与买受人的减损义务相冲突(第591条),还可能会违背出卖人和买受人之利益,并不符合经济原则,会导致实践中买受人另行约定从而回避该规定之适用,并且,“情况紧急”之理解在司法裁判中亦存有争议。因此,有学者提出,买受人自行补正,因缺乏管理意思而排除无因管理,但因为自行修理或第三人修理如果无法根据《买卖合同司法解释》第16条获得补偿,可根据费用型不当得利规定要求返还。⁽¹⁰²⁾该解释方案具有合理性,但也实为无奈之举。

〔98〕〔德〕汉斯-约哈希姆·慕斯拉克、〔德〕沃尔夫·豪:《德国民法概论》,刘志阳译,中国人民大学出版社2016年版,第244页。

〔99〕杜景林:《我国合同法买受人再履行请求权的不足与完善》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2009年第4期,第155页。

〔100〕〔德〕汉斯-约哈希姆·慕斯拉克、〔德〕沃尔夫·豪:《德国民法概论》,刘志阳译,中国人民大学出版社2016年版,第246页。

〔101〕《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16条规定:“买受人在检验期限、质量保证期、合理期限内提出质量异议,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。”

〔102〕缪宇:《论买卖合同中的修理、更换》,载《清华法学》2016年第4期,第105-107页。

四、补正履行请求权的限制及排除

（一）补正履行请求权的抗辩规范体系

履行请求权常受到诸多限制或排除，如在自然之债或不可代替的以作为为债务内容的债中排除履行请求权，或者在情势变更原则和减损义务关系中履行请求权实现亦受到限制。^{〔103〕}当给付不能时，原给付请求权被排除，补正履行请求权作为履行请求权的继续，同样也受此限制^{〔104〕}，因此，补正履行请求权排除事由的规范体系仰赖于给付不能制度体系的构成。

给付不能排除补正履行请求权，我国《民法典》第 580 条第 1 款统一规定了给付不能，而并未就给付不能再细分具体类型，这种统一规制模式借鉴了 PICC 第 7.2.2 条的规定，也类似于《德国民法典》第 275 条第 1 款规定的真正给付不能，其同样未作进一步区分，仅在涉及债权人的损害赔偿请求权或费用支出赔偿请求权时区分自始不能和嗣后不能，第 311a 条第 2 款规定了自始不能的替代给付之损害赔偿请求权和费用支出赔偿请求权，将嗣后不能排除适用。^{〔105〕}但在给付不能排除给付义务这一层面，两者并无区别。《民法典》第 580 条第 1 款第 2 项还规定了两种情形：第一，债务的标的不适于强制履行；第二，履行费用过高。前者对应于《德国民法典》第 275 条第 3 款规定的个人原因的给付不能，后者对应于第 275 条第 2 款规定的事实上的给付不能，合称为“给付困难”。这两款与该条第 1 款的区别在于，给付在主观或客观上并非不能，而是继续给付会导致过度的消耗。另外，第 1 款作为抗辩事由，无须当事人主张，由法院直接确认给付不能的情况，而免除债务人的给付义务；第 2 款和第 3 款为当事人须主张的抗辩权。因此，《民法典》第 580 条第 1 款第 2 项同样应解释为可由当事人自己选择的抗辩权规则。^{〔106〕}

（二）给付不能对补正履行请求权的抗辩

1. 给付不能对补正履行请求权的排除

当出现给付不能时，给付义务被排除，并且不以债务人具有可归责性为前提。《民法典》第 580 条第 1 款第 1 项规定，基于诚实信用原则，允许给付不能情况下，突破契约严守原则，排除原给付义务，债权人的履行请求权消灭，但合同效力不受影响，生效的合同仅作为次给付请求权的基础。因此，如果某种补正履行方式构成不能，则据此排除此给付义务，买受人原则上便只限于使用另一种补正方式；如果两种补正方式均为不可能，则补正履行请求权全部

〔103〕〔日〕能见善久：《履行障碍：日本法改正的课题与方向》，于敏、韩世远译，载韩世远、〔日〕下定森主编：《履行障碍法研究》，法律出版社 2006 年版，第 40-41 页。

〔104〕韩世远：《合同法总论》（第 4 版），法律出版社 2018 年版，第 773 页；陈自强：《契约违反与履行请求》，元照出版有限公司 2020 年版，第 203-204 页。

〔105〕〔德〕迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社 2006 年版，第 651-652 页。

〔106〕王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 217 页。

被排除。⁽¹⁰⁷⁾

瑕疵给付即质量上不能,属于部分的不能,而既然瑕疵担保责任并入一般给付障碍法,在所负担的物自始或嗣后出现不可去除的瑕疵时,补正履行请求权即消灭,故此部分构成部分不能。⁽¹⁰⁸⁾因为给付不能并不影响合同效力,在无法进行补正履行时,可以行使基于原合同包括减价和解约在内的次级权利。

2. “履行费用过高”对补正履行请求权的限制

买受人有选择权,买受人可以决定要求排除瑕疵还是交付新的标的物,出卖人承担补救履行的费用。但进一步来看,选择权在买受人手中,就会由买受人决定出卖人事后补救履行的费用到底是多还是少,为此,须设定一定界限以赋予出卖人一定的抗辩权,在修理的费用是替代给付数倍的情况下应允许出卖人抗辩,其根据是经济上的不能。⁽¹⁰⁹⁾

《民法典》第580条第1款第2项的第二种情形“履行费用过高”是指事实上虽然可以履行,但履行费用过高的情况。“履行费用过高”的判断标准取决于债务人履行费用与债权人获得利益之间的比例,如果两者严重不成比例,即为“履行费用过高”,因此其规范目的在于保护债权人的给付利益。⁽¹¹⁰⁾南京冯某某案将“债务人的履行费用”与“双方当事人基于合同所获得的利益”进行了比较。⁽¹¹¹⁾此种经济上的给付障碍,不仅可以排除原给付义务,买卖或承揽有瑕疵的情况下,“履行费用过高”规则亦可排除补正履行请求权。《德国民法典》第439条第3款第1句即单独规定了债务人针对补正履行的费用过巨抗辩权,“买受人所选择之嗣后履行方式需费过巨者,出卖人得拒绝之”,该“费用过巨”标准相较于第275条第2款“给付所需之费用,依债之关系之内容及诚实信用之要求,与债权人之给付利益间显失均衡者”的标准,立法者在此为出卖人设立了一个“较低的门槛”。对于“费用过巨”的标准,立法者明确考虑三方面因素,即“物无瑕疵状态时之价值、瑕疵严重程度及得否采取对买受人无显著不利益之其他补正履行方式”(第439条第3款第2句),其中,第三个因素为出卖人以“费用过巨”拒绝其中一种补正方式之后,买受人仍有选择另一补正方式之可能。⁽¹¹²⁾日本民法中,关于承揽场合的修补请求用“需要过高的费用时”对其进行限制(《日本民法典》第634条),这一点作为修补请求权的限制而被一般化。是否存在补正义务,要根据补正是否不能或者费用是否过高来判断。补正费用应结合无瑕疵物之价值、瑕疵之严重程度与同等条件下其他替代补正方式之可能性等因素来判断。另外,对“代物请求”也应加

(107) [德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第680页。

(108) 王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第211、217-218页。

(109) 王洪亮:《强制履行请求权的性质及其行使》,载《法学》2012年第1期,第110-111页。

(110) 王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第214页。

(111) 江苏省南京市中级人民法院民事判决书,(2004)宁民四终字第470号。

(112) 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》,法律出版社2006年版,第244-245页。

以限制，对种类买卖合同的出卖人来说，能够修补的场合却被要求必须给付代物就会产生很大的负担，所以规定了债务人可以选择修补或代物给付。⁽¹¹³⁾

中国法上并未就补正履行单独规定履行费用过高的抗辩权，判断“履行费用过高”的标准包括两种情形：其一，相对费用过高，一种补正履行方式较另一种补正方式所需费用过高。例如一辆代售汽车，因一处油漆瑕疵致使其价值减少了所购价格的0.01%，而重新喷漆所需费用是购买价格的0.5%，因此，修理请求权便被排除，买受人有权请求减价。⁽¹¹⁴⁾对相对费用过高的判断标准，应由法官根据个案中瑕疵之性质、标的物以及买受人之履行利益等因素来判断。⁽¹¹⁵⁾其二，绝对费用过高，即前述《民法典》第580条第1款第2项与南京冯某某案所明确的判断标准，债务人补正履行费用过分高于债权人所获得利益。对此，有学者主张，应仿效德国，于合同分编设置较第580条第1款的门槛更低的履行费用过高抗辩权。⁽¹¹⁶⁾但也有反对者认为该种模式并不可取，依据《民法典》第580条第1款第2项“履行费用过高”即为已足，并根据标的物是否可替代分别讨论绝对费用过高之标准，就替代物而言，更换之成本应小于无瑕疵之物的市场价格；就不可替代物而言，如有修理之可能，修理之成本不应高于无瑕疵之物的30%，若修理后标的物贬值，修理成本不应高于贬值金额的30%为宜。当然，该标准仅为参照标准，同时应赋予法官个案裁量权。⁽¹¹⁷⁾

（三）补正履行请求权与同时履行抗辩权

买受人可否同时主张补正履行请求权与同时履行抗辩权，与前述瑕疵给付是否符合债之本旨之争议息息相关，肯定说则同样认可两者并存⁽¹¹⁸⁾，否定说自然是否认同时履行抗辩权的存在⁽¹¹⁹⁾。司法实践中亦存在巨大差异：道县宋氏粮机设备有限公司、宋某租赁合同纠纷案中，法院认为，当出卖人交付的设备达不到合同要求，构成履行合同不符合约定，相对方可以先履行抗辩权为由拒绝付款，法院将前提限定为主给付义务之违反。⁽¹²⁰⁾中山市雄纳五金照明科技有限公司、中山市宝丽兰照明科技有限公司买卖合同纠纷案中，法院认为，出卖人已选择适用通过损失赔偿作为救济手段，且救济措施已足以弥补其因产品质量瑕疵遭受的全部损失，就不能再以减少价款或

(113) [日]能见善久：《履行障碍：日本法改正的课题与方向》，于敏、韩世远译，载韩世远、[日]下定森主编：《履行障碍法研究》，法律出版社2006年版，第43-44页。

(114) 韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第770页。

(115) 缪宇：《论买卖合同中的修理、更换》，载《清华法学》2016年第4期，第98页。

(116) 杜景林：《我国合同法买受人再履行请求权的不足与完善》，载《法律科学（西北政法学报）》2009年第4期，第157页。

(117) 缪宇：《论买卖合同中的修理、更换》，载《清华法学》2016年第4期，第99-100页。

(118) 梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社2004年版，第351页；邱聪智：《新订债法各论》，中国人民大学出版社2006年版，第97页。

(119) 史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第34页；黄茂荣：《买卖法》，中国政法大学出版社2002年版，第256页；王泽鉴：《物之瑕疵担保责任、不完全给付与同时履行抗辩》，载《民法学说与判例研究》（重排合订本），北京大学出版社2015年版，第1223页。

(120) 湖南省永州市中级人民法院民事判决书，（2020）湘11民终2368号。

者报酬、拒付货款等手段进行救济。因此,即便出卖人交付的部分货物有质量瑕疵,买受人仍应向其支付货款,法院将同时履行抗辩权与特定违约救济方式相结合,限制其适用。⁽¹²¹⁾ 在新疆凡翔工程机械设备有限公司与王某某买卖合同纠纷案中,一审法院认为买受人应根据《民法典》第582条请求违约救济,而非拒绝付款,王某某不履行付款义务的行为构成违约,从而否定同时履行抗辩权之存在。⁽¹²²⁾

如前所述,《民法典》合同编将瑕疵担保责任制度统合进违约责任之后,瑕疵担保责任性质由“法定责任说”变为“债务不履行说”。前者认为,买受人不能拒绝受领瑕疵给付,并且对出卖人的支付价款请求权无同时履行抗辩权;后者则认为,买受人可以拒绝受领,并有同时履行抗辩权。随之,补正履行请求权的制度基础由“不完全给付”变为“基于无瑕疵之物之履行请求权”,补正履行请求权系原履行请求权之继续。如果出卖方尚未补正履行,买受人可根据同时履行抗辩权拒绝支付价款;即使不存在补正履行请求权,在可以要求代偿利益的场合,买受人同样可以主张同时履行抗辩权,因为买受人的代偿请求权与出卖人的价款请求权之间存在牵连关系;在可以请求替代性损害赔偿的场合,买受人同样可以主张同时履行的抗辩权。⁽¹²³⁾

同时履行抗辩权系基于双务契约牵连关系所生之权利,瑕疵给付系不符合债务本旨,属于《民法典》第525条后句之情形,买受人可以标的物有瑕疵基于同时履行抗辩权拒绝支付价金,在出卖人补正前,买受人当然可以拒绝支付价金。⁽¹²⁴⁾ 若不赋予买受人同时履行抗辩权,买受人请求解除合同并返还已为给付,实则徒增交易成本,因此除瑕疵极其轻微外,应赋予买受人具有同时履行抗辩权。⁽¹²⁵⁾

《民法典》第525条并未将同时履行抗辩权与给付障碍严重程度或诸种救济方式相关联,对于买受人,作为同时履行抗辩的价款支付拒绝权,对第525条同时履行抗辩权“相应的履行请求”既应结合买受人的合同目的,还应结合买受人所欲寻求的合理救济方式如买受人主张补正履行请求权作具体分析,此时出卖人的债务与其本来的给付义务仍具同一性,不妨碍买受人主张同时履行抗辩权。⁽¹²⁶⁾

五、结语

补正履行请求权背后蕴含着错综复杂的给付障碍法体系,既涉及传统债务不履行制度与瑕疵担保责任制度的分与合;又埋藏着瑕疵担保责任自德国法继受罗马法以来,突破特定物教条后的历史脉络,由解约之诉和减价之诉扩充为如今完整的瑕疵救济权利;还贯彻着原给付义务与次给

(121) 广东省中山市中级人民法院民事判决书,(2020)粤20民终5013号。

(122) 新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院再审民事判决书,(2020)新01民再91号。

(123) 杜景林:《我国合同法买受人再履行请求权的不足与完善》,载《法律科学(西北政法学报)》2009年第4期,第155页。

(124) 陈自强:《契约违反与履行请求》,元照出版有限公司2020年版,第250页。

(125) 邱聪智:《新订债法各论》,中国人民大学出版社2006年版,第97页。

(126) 韩世远:《构造与出路:中国法上的同时履行抗辩权》,载《中国社会科学》2005年第3期,第113-114页。

付义务于契约自缔结到消灭自始至终的区隔。归根结底，无论是补正履行请求权的归属，抑或补正履行方式的选择、变更与补正履行地点和费用负担，以及债务人由给付不能和“履行费用过高”等抗辩和抗辩权所组成的补正履行请求权的抗辩规范体系，皆生动诠释了违约方与受损害方利益的分庭抗礼。笔者阐述后作出如下结论。

第一，补正履行请求权是原履行请求权的继续，性质上属于原给付请求权，属于合同预定的原给付内容。《民法典》第179条第1款与第582条中“修理、重作、更换”的性质并不等同，前者指向损害赔偿请求权，属于次给付请求权。罗马法上，瑕疵担保责任制度仅包含解约之诉和减价之诉，1900年《德国民法典》继受罗马法，买卖物瑕疵之补正履行付之阙如，《日本民法典》和我国台湾地区“民法”因循继受。在2002年德国新债法以及CISG、PICC、PECL等国际公约引领潮流的背景下，《德国民法典》与《日本民法典》直接赋予了买受人的补正履行请求权。

第二，《民法典》合同编将瑕疵担保责任统合入违约责任，交付有瑕疵之物即为义务违反或者违约。补正履行请求权是因给付有瑕疵标的物未依债务本旨，其制度基础是无瑕疵之物的履行请求权，出卖人给付之标的物有瑕疵，买受人得请求补正。根据当事人意思表示，补正瑕疵更符合双方当事人利益，应有限度地赋予补正履行请求权以优先顺位，其限制包括合同目的（应有合意）的限制和诚实信用原则的限制。

第三，我国补正履行选择权采“债权人选择权模式”，选择权归属于买受人。第582条违约救济方式选择权之性质应采“选择（择一）竞合说”，但补正履行选择权之性质采“选择之债说”。补正履行方式的选择权之行使应在合理范围内，以自由为原则、顺位为例外，且该例外应由特别法予以规定。在所选择的给付未实际履行前，买受人原则上有权变更权，但须兼顾出卖人利益。补正履行地点，首先取决于当事人约定，如果未能约定，应将其解释为原履行地。无论是出卖人补正，还是买受人自行补正，原则上，必要费用应当由出卖人承担，《买卖合同司法解释》第16条的双重限制应予抛弃，通过费用型不当得利规定予以补偿。

第四，当出现给付不能时，给付义务被排除，如果某种补正履行方式构成不能，则据此排除给付义务，买受人原则上便只限于使用另一种补正方式；如果两种补正方式均为不可能，则补正履行请求权全部被排除。补正履行的履行费用过高的抗辩权，包括相对费用过高和绝对费用过高，并且绝对费用过高的参照标准，须交由法官个案酌量。

第五，瑕疵给付系不符合债务本旨，属于“对方履行债务不符合约定”，买受人请求补正履行系行使其给付无瑕疵之物的履行请求权；在出卖人补正前，买受人可以行使同时履行抗辩权，拒绝支付价金，但第525条的同时履行抗辩权应与违约严重程度或诸种救济方式相关联。

The Fulfillment and Restrictions on the Right to Claim the Correction of Defective Performance

XING Yanpeng

Abstract: The right to supplement performance request is the continuation of the original performance request right and belongs to the original claim right in nature. In the history of private law and legal reception, the right to claim supplementary performance has transitioned from a stage of non-recognition to one of widespread recognition. Article 582 of the *Civil Code* of China integrates the liability of guarantee for defects into the liability for breach of contract. The basis of the right to correct performance request system is the right to claim performance of non-defective objects. If the subject matter paid by the seller is defective, the buyer may request corrections. China adopts the creditor option model for the option of supplementary performance, and the nature of the option of supplementary performance adopts the debt of choice. The exercise of the right to choose the method of supplementary performance shall be within a reasonable scope, based on the principle of freedom, with an exception in order, and the exception shall be provided for by a special law. Before the selected payment is actually performed, the buyer has the right to change in principle, but the interests of the seller must be taken into consideration. When the payment is not possible, the payment obligation is excluded. If a certain supplementary performance method constitutes an inability, the payment obligation is excluded accordingly. If the two supplementary methods are both impossible, the right to request the supplementary performance is completely excluded. The right of defense that the performance cost is too high to supplement and correct the performance, including the relative cost is too high and the absolute cost is too high. The payment for defects does not conform to the purpose of the debt. The buyer can request corrections and performance. Before the seller makes corrections, the buyer can exercise the right of simultaneous defense and refuse to pay the price. However, the right of simultaneous performance defense in Article 525 shall be based on the severity breach or related to various relief methods.

Keywords: Defective Performance; Right to Supplement Performance Request; Option; Debt of Choice; Right of Simultaneous Performance Defense

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)