

欧洲买卖法改革与 德国履行障碍法教义学* (下)

——《消费品买卖指令》转化为国内法后的欧洲买卖法

[德]海因茨·佩特·曼泽尔(Heinz-Peter Mansel)**

沈小军*** 译

目次

一、导论

二、出发点

三、欧洲买卖法立法融合的核心成分

四、指令转化的过程

五、各国指令转化的理念及与德国法的比较 (以上上期已刊载)

六、结论:欧洲买卖法尚未统一

摘要 在《消费品买卖指令》转化为各成员国国内法后,欧洲买卖法在一些核心概念上尚差异明显,如瑕疵、销售者的追索权以及瑕疵担保责任与普通履行障碍法的关系,这表明为欧洲消费者保障一个统一的买卖瑕疵担保最低标准的目标远未完全实现。此外,欧洲买卖法在教义学上也没有取得一致认同的成果。这些表明通过广泛的自主融合来实现欧洲买卖法统一的希望自始就是不现实的。

关键词 欧洲 买卖法改革 履行障碍法教义学 买卖法统一

* 本文译自德国著名私法杂志《民法实务档案》(Archiv für die civilistische Praxis)2004年第204卷第396~456页。虽然原文发表时间较早,但在法律比较的精细程度至今少有论文可以超越,对买卖法上的核心概念如瑕疵以及销售者的追索权进行了深入的比较,此外,还对瑕疵担保责任与普通履行障碍法的关系进行了深入论述,至今仍是德国主要债法教科书相关章节的重要参考文献,对我国民事立法上如何协调消费者保护法与合同法的关系也具有借鉴意义。经恩师曼泽尔教授同意,译者对脚注做了适当删减。上海交通大学凯原法学院的韩长印教授在访问德国期间校对了全文,特此致谢。

** 德国科隆大学(Universität zu Köln)法学院教授,外国私法与国际私法研究所所长。

*** 德国科隆大学法学院博士生。

3. 芬兰

a. 立法目的

芬兰早在1978年1月20日的《消费者保护法》就已经对消费品买卖做了特别规定。这也符合北欧的法律体系传统。该规定主要借鉴了《联合国国际货物买卖合同公约》第35条,《消费品买卖指令》第2条也借鉴了该公约的规定。因而,芬兰合同法依据指令进行调整的需求并不是很大。

普通买卖法及普通履行障碍法无论过去还是现在对消费品买卖都只处于从属适用的地位(芬兰《消费者保护法》第29章第5条)。芬兰《消费者保护法》第5章用32个条款对消费品买卖法以及履行障碍法做了详细的规定。第5章的规定已经按照《消费品买卖指令》的要求如期进行了调整。按《消费品买卖指令》第5条进行的法律调整还包括芬兰《消费者保护法》第8章关于为消费者提供服务的合同以及第9章关于建筑零部件买卖及建筑承揽合同。

b. 合同违反

《消费品买卖指令》第2条第1至第3款被转化在芬兰《消费者保护法》第12章第5条中。与《联合国国际货物买卖合同公约》第35条第1款很大程度上一致的芬兰《消费者保护法》第5章第12条第1款保持不变,因此适用的也是《联合国国际货物买卖合同公约》的主观性瑕疵概念。^[47]依芬兰《消费者保护法》第5章第12条第1款之规定,买卖物的种类、数量、质量和其他特性以及包装都应约定相符。芬兰《消费者保护法》第5章第12条第2款已根据《消费品买卖指令》做了相应调整。因此芬兰的规定在一些领域更有利于消费者,^[48]根据《消费品买卖指令》第8条第2款的规定这并没有问题。另一方面,与指令的预备草案一致,而与主流的指令解释^[49]及德国法^[50]不同的是,在芬兰买卖物的价格也被视为确定对物的特性的合理期待的要素。^[51]

依据芬兰《消费者保护法》第5章第12条之a第1款之规定,由于卖方或其有关人员有缺陷的安装而出现的瑕疵也被视为物的瑕疵。此外,依芬兰《消费者保护法》第5章第12条之a第2款之规定,若卖方未向买方提供组装、安装、使用、维护以及保管所必需的,也就是充分的说明的,视为存在物的瑕疵。芬兰《消费者保护法》第5章第12条之a第2款并不取决于——也就是以指令允许的不利于卖者的不同规定——物因缺少说明或因有瑕疵的说明而被买方不正确地使用而成为有瑕疵的物。此外,芬兰《消费者保护法》第5章第12条之a还超越了《消费品买卖指令》第2条第5款第2句之规定,因为该规定还包括安装说明之外的说明。根据《消费品买卖指令》第8条第2款这是允许的,因为消费者保护的水平因此被提高了。

与德国法比较,有意思的是,芬兰立法者在转化《消费品买卖指令》时发现的结果,与一些德国法学家的观点类似:众所周知,德国法对操作、使用及保管说明并没有明确规定。依德国《民法典》第434条第2款第2句的字面意思仅仅包括非使用的安装说明。至于它们是否准用于操作、使用及保管的说明上则存有争议。Grunewald与一些人持赞成观点,因为所有这些说明都旨在尽可能

[47] Zu diesem siehe Schlechtriem-Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UNKaufrecht—CISG—, 3. Aufl. 2000, Art. 35 CISG Rz. 6.

[48] Siehe dazu Schulze Steinen, Umsetzung der EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Finnland, IHR 2003, 212, 215 ff.

[49] 参见:Grundmann/Bianca-Grundmann (Fn. 5), Art. 2 VGKRL Rz. 27,对不同意有说明。

[50] Siehe Bamberger/Roth-Faust, BGB, 2003, § 434 BGB unter Rz. 23, 43.

[51] Schulze Steinen (Fn. 48), IHR 2003, 212, 216 ff,附有芬兰消费者监督专员实务建议。

正确地使用物。^[52] Faust 和 Putzo^[53] 则反对类推适用。这一观点值得赞同,因为条文仅适用于第一次安装,此后安装说明通常就失去意义了。该规定的思想并不能移转适用于对整个物的使用寿命内都有意义的使用说明。这已经并主要表现在,根据德国《民法典》第 434 条第 2 款第 2 句之规定,若物已经被正确地安装,则不存在物的瑕疵,尽管第一次安装说明^[54]是有瑕疵的。这一排除事由对着眼于反复使用的使用说明显得并不合适,^[55]因为并不是在任何情况下都那么容易记住或那么容易记录正确的操作或保管方法(例如电子产品)。^[56]此外,类推适用德国《民法典》第 434 条第 2 款第 2 句也没有必要。因为依据德国《民法典》第 434 条第 1 款之规定,^[57]即便物本身是符合合同的,有瑕疵的操作、使用及保管或安装说明^[58]也可构成物的瑕疵,特别是第 2 项的情况。这也符合指令的法律规定。^[59]

芬兰《消费者保护法》第 5 章第 13 条规定,买卖物不符合卖者或“前交易阶段中有关人员或其他人员为卖者销售货物时或其他相关人员在买卖合同订立前所作的”广告说明的,则买卖物也是有瑕疵的。卖者的责任在个别情形可依芬兰《消费者保护法》第 5 章第 13 条第 2 款之规定被免除,例如,广告说明并没有影响购买决定的。该规定因此转化的是《消费品买卖指令》第 2 条第 1 款 d 项及第 4 款,只要它涉及在合同订立前使用广告说明以及其他对买卖物的说明定义物的特性的。

因此,芬兰的规定超越了《消费品买卖指令》及德国法。因为根据芬兰法不仅卖者、生产者及其代理人的相关表述是重要的,所有“前交易阶段”的人的表述都是重要的。这里主要指大销售商或中间商的表述。

此外,不仅包括公开的表述,更包括所有的表述,也就是说生产者对购买者所作的个别咨询也包括在内。依据《消费品买卖指令》第 8 条第 2 款之规定,对买者保护的这一扩张作为消费者保护标准的显著提升是允许的。

而依德国法(以及欧洲法),在买卖物不符合中间商的表述时并不成立物的瑕疵,除非该中间商依德国《民法典》第 434 条第 1 款第 3 句以及《产品责任法》第 4 条第 1 及第 2 款之规定应视为生产者。

在德国,不得依《民法典》第 434 条第 1 款第 3 句进行类推适用,因为卖者可能本来就只需为他所购买货物的中间商的表述负责。而这又可能是买者所不能评估的,因此他并不能信赖这些表述。^[60]芬兰立法者并不认同这一评判;只要供应链中的任何卖者做了相关表述即为已足。

将合同订立前就买卖物所作的所有表述而不仅是生产者的公开表述均包含在内明显太过宽

[52] Erman-Grünwald, BGB, 11. Aufl. 2004, § 434 BGB Rz. 58 mit weiteren Nachweisen; AnwKomm-Büdenbender (Fn. 5), § 434 BGB Rz. 19; Oetker/Mauktsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2002, S. 47; Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, 2002, Rz. 5—120.

[53] Bamberger/Roth-Faust (Fn. 50), § 434 BGB Rz. 96; Palandt-Putzo, BGB, 63. Aufl. 2004, § 434 BGB Rz. 48.

[54] Insoweit auch Erman-Grünwald, BGB, 11. Aufl. 2004, § 434 BGB Rz. 56 f.

[55] Haas (Fn. 52), Rz. 5—120. 其也认为德国《民法典》第 434 条第 2 款第 2 句应该类推适用,且没有排除事由。

[56] 以权利滥用为论点得出此结论的,参见:Erman-Grünwald (Fn. 52), § 434 BGB Rz. 58.

[57] 在德国《民法典》第 434 条第 1 款框架下将各种不同说明等同的,参见:Haas (Fn. 52), Rz. 5—121.

[58] Jauernig-Berger, BGB, 11. Aufl. 2004, § 434 BGB Rz. 19; Bamberger/Roth-Faust (Fn. 50), § 434 BGB Rz. 96 mit weiteren Nachweisen; Haas (Fn. 52), Rz. 5—121.

[59] AnwKomm-Pfeiffer (Fn. 4), Art. 2 VGKRL Rz. 27.

[60] Siehe Bamberger/Roth-Faust (Fn. 50), § 434 BGB Rz. 79.

泛了。芬兰方案系基于以下考虑,即人们希望将在购买前向卖者就买卖物的特性询问的买者置于如同生产者在商品广告中就买卖物所作的相关说明同样的地位。然而,这对卖者来说风险太高了,因为生产者对卖者所作的个别表述难以查实。因此,德国法正确地拒绝了将《民法典》第434条第1款第3句之规定类推适用于生产者所作的个别表述。^[61] 因为按照德国法买者在与生产者直接接触时——不同于通过商品广告——并不是毫无保护的,因为买者对生产者——并不少见——依德国《民法典》第280条第1款就违反独立的咨询合同而享有损害赔偿请求权。^[62] 此外,若卖者知悉生产者所作的个别咨询,且由于过错而未正确地向买者提供的,则卖者可能向买者承担缔约过失责任。^[63]

芬兰《消费者保护法》第5章第15条规定,若瑕疵在风险转移之后六个月内被发现的,则推定瑕疵在风险转移时即已存在。《消费品买卖指令》将风险负担本身留待成员国国内法予以规定。^[64] 在消费品买卖中风险负担原则上——如同寄送买卖中——发生于货物交付于买者之时(交付于承运人时尚未发生)或者发生于债权人受领迟延之时(芬兰《消费者保护法》第5章第6条)。这与德国《民法典》第474条相同。

c. 法律效果

买者在物有瑕疵时有权请求修理或者换货(芬兰《消费者保护法》第5章第18条)。只有当继续履行已不可能或被拒绝时,买者始得请求减价或者解除合同。这与现行法及普通买卖法不同。因为根据现行法及普通买卖法——与《联合国国际货物销售合同公约》第49条以及建立在家父观念之上的英美法的基本原则类似^[65]——仅在合同被严重违反时始被允许。^[66] 《消费品买卖指令》第3条第5款要求芬兰《消费者保护法》进行相应修改。瑕疵“在性质上轻微的”——与《消费品买卖指令》第3条第6款一致——不得解除合同(芬兰《消费者保护法》第5章第19条)。德国法的规定与此类似(德国《民法典》第437条第2项,第325条第5款第2句)。

芬兰《买卖法》^[67]为卖者物的瑕疵担保责任,以及特别法为消费品买卖都规定了较长的消灭时效期间。无论过去还是现在,依这两部法律因违反合同而生之请求权都适用十年的客观消灭时效期间,自合同订立时起算。^[68] 鉴于实践中并未产生什么问题,芬兰立法者并未利用转化指令的机会缩短消灭时效期间,甚至连二手物买卖的瑕疵担保请求权的消灭时效都没有缩短。^[69] 对一些德国法学家来说,这是一个惊人的结果。人们还记得在《债法现代化法》框架下对消灭时效法进行改

[61] Bamberger/Roth-Faust (Fn. 50), § 434 BGB Rz. 82.

[62] Siehe etwa BGH NJW-RR 1992, 1011; 关于买受人与出卖人之间独立的咨询合同,另见 BGH NJW 1997, 3227 ff.; NJW 1999, 3192 ff.; NJW 2001, 2630 f.; dazu siehe noch Mansel/Budzikiewicz, Das neue Verjährungsrechts, 2002, § 5 Rz. 176 f.

[63] Erman-Grunerwald (Fn. 52), § 434 BGB Rz. 23 mit weiteren Nachweisen.

[64] 《消费品买卖指令》立法理由第14条; Bamberger/Roth-Faust (Fn. 50), § 474 BGB Rz. 20; AnwKomm-Pfeiffer (Fn. 4), Art. 3 Kauf-RL Rz. 3 附详尽说明; siehe differenzierend Grundmann/Bianca-Grundmann (Fn. 5), Einl. Rz. 36, Art. 2 VGKRL Rz. 58.

[65] 对重大违约的含义以及这一统一法上的范畴的发展以及对《联合国国际货物买卖合同公约》意义上的这一概念相对于各国法的独立性,特别是英美法,参见, Schlechtriem-Slechtriem (Fn. 47), Art. 25 CISG Rz. 1 ff.

[66] Schulze Steinen (Fn. 48), IHR 2003, 212, 217 ff.

[67] 芬兰《买卖法》并没有规定土地买卖,只规定了动产买卖。不动产买卖则由特别的《土地法》规定。

[68] Siehe nur Schulze Steinen (Fn. 48), IHR 2003, 212, 218 ff.

[69] 该法的立法理由参见: Keto-Girgin (Die Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien in Finnland—das finnische Verbraucherschutzrecht, Diss. K? In 2003 (liegt als Typoskript vor und befindet sich im Druck), S. 155.

革时,人们围绕瑕疵担保请求权的消灭时效所发生的激烈争论。^[70]然而,依芬兰《消费者保护法》第5章第16条之规定,在消费品买卖中因买卖物之瑕疵而生之权利仅能在适当的期间内行使,否则买者的请求权即不能再行使。这一除斥期间自买者知道或者因过失而不知道瑕疵之存在开始计算。该除斥期间为期最少两个月。此外,应指出的是——即便是普通买卖法——买者也应当证明,瑕疵在危险负担转移时即已存在。这一证明随着时间的推移将越发困难。因此,仅能期待非常少的情形中,瑕疵担保请求权在危险转移后很长时间内还能行使。

即便在瑕疵履行担保请求权的时间限制方面芬兰法也超越了《消费者保护法》第5条第2款的最低标准。在一些特定情形下并不适用除斥期间,比如说当卖者有重大过错或者货物对买者的健康或所有权有“危险”,或者货物不符合《产品安全法》的规定。

买者也可以请求损害赔偿(芬兰《消费者保护法》第5章第20条)。依芬兰《消费者保护法》第5章第20条之规定,因物之瑕疵遭受损害的家庭成员亦得请求损害赔偿。在此附保护第三人作用的合同在消费者买卖框架下被法典化。

构成要件上——如斯堪的纳维亚法所普遍的^[71]——因损害为直接或间接而有不同(芬兰《消费者保护法》第5章第20条)。买者有权请求赔偿其因物之瑕疵所致之损害,即便卖者对交付有瑕疵之物并无过错。间接损害^[72]仅在卖者有过错或者缺少所担保的特性时始得请求赔偿。间接损害是指失去的利润及任何因物不能按约定用途使用所致之后果损害。

买者因买卖物之外的其他所有权遭受侵害,也就是其他物上的瑕疵后果损害,在合同法上的损害赔偿义务因芬兰《消费者保护法》第5章第20条受到限制。依该规定,唯有受侵害之所有权与买卖物有“直接的使用关系”时,责任始能成立。

总的说来,在消费品买卖中损害赔偿义务——如芬兰法所普遍的——得就个案之情形限制在一个适当的赔偿范围内(芬兰《消费者保护法》第5章第30条)。

芬兰法将瑕疵担保债务人之范围及于销售链中的所有企业。此即是说,买者可以向供应链中转售过买卖物的任何企业主行使包括损害赔偿请求权在内的瑕疵担保请求权(芬兰《消费者保护法》第5章第31条),只要物的瑕疵在该企业主转售时业已存在。此外,减价应限制在被请求的企业主对其买家本该忍受的金额范围内。企业主与买家之间的合同约定不予考虑。

d. 担保与追偿

指令中关于担保的规定(《消费品买卖指令》第6条)被转化于芬兰《消费者保护法》第5章第15条a及第15条b中。这些规定基本上沿袭现行法,从对担保用语透明度的要求即可知之。这里芬兰法再次超越了指令。即便不是卖者,而是供应链中的某个企业主对物的特性做出了担保的,卖者仍应依物的瑕疵之规定承担责任。若卖者不希望承担这种责任,则必须在合同订立前向买者明确告知,他不想为其他人的担保承担责任。这一规定导致卖者责任非常广泛,以致显得难以承受,因为卖者责任不以其知道第三人的担保为前提。《消费品买卖指令》第6条对合同性担保透明度的规定被转化于芬兰《消费者保护法》第5章第15条b中。芬兰法并没有对《消费品买卖指令》第4条有关销售商之间追偿的规定单独转化,因为芬兰法在结果上已经符合指令的标准了。^[73]

[70] Siehe die Nachweise bei Mansel/Budzikiewicz (Fn. 62), § 5 Rz. 6 ff.

[71] Ring/Olsen-Ring, Einführung in das skandinavische Recht, 1999, Rz. 283 ff.

[72] 见《消费者保护法》第5章第10条第3、4款,第5章第20条参引了该条文。

[73] Ausführlich dazu Schulze Steinen (Fn. 48), IHR 2003, 212, 219 ff.

e. 结论

概括而言,可以肯定的是:芬兰消费品买卖法在很多领域大大超过了指令及德国法。芬兰法为瑕疵损害规定了一个无过错责任,为瑕疵后果损害规定了一个过错责任或者说是具有担保特性的责任。瑕疵担保请求权的消灭时效期间为一般性的十年消灭时效期间。若买者未在发现瑕疵或者应当发现瑕疵之后适当的时间内告知瑕疵的,不得再行使权利。

消费品买卖法与普通债法之间并无交错。相反,卖者迟延,买者迟延支付价金以及履行不能均被专门规定在芬兰《消费者保护法》中(芬兰《消费者保护法》第5章第5至11条、第23至28条。)

在芬兰,人们并没有讨论履行障碍法的全面改革及其与买卖法的交错问题。

4. 意大利

a. 立法目的

在对如何适当地转化指令的讨论过程中,有意大利文献曾考虑过对普通买卖法进行改革。^[74]负责筹备转化工作的委员会,倾向于制定独立的消费品买卖法。然而意大利政府决定——基于授权法进行——参照德国债法改革将新规定并入意大利《民法典》中。然而,他们对德国法的提及具有误导性。因为意大利将《消费品买卖指令》主要转化于意大利《民法典》一个独立的章节,从第1519条直至第1519条第8项一共8个条文中。他们只涉及消费品买卖,被放置在动产销售的章节中,处于一般规定之后、买卖合同的各种表现形式的特别规定之前,比如附同意保留的买卖。

多数情况下,意大利立法者都非常严格地遵守了指令的规定,当然也有例外。因而,意大利的规定在体系上和规范内容上都符合《消费品买卖指令》第1条至第8条的规定。唯独对法律术语根据意大利的法律语言习惯做了调整。鉴于规定内容如此紧密地借鉴了指令,在意大利,如因买卖物的瑕疵而生之损害赔偿义务并没有在消费品买卖中进行特别规定,在此适用——与此前及今后普通买卖法一样——普通履行障碍法中的过错^[75]损害赔偿请求权(意大利《民法典》第1494条)。^[76]因而,权利瑕疵责任也同样没有(明确)规定在意大利《民法典》第1519条以下的条文中。因此,在意大利将必定会发生《消费品买卖指令》是否包括权利瑕疵责任^[77]的争论。^[78]

b. 违反合同

意大利的法律文本仅在很少方面不同于作为母本的指令。其中一个不同涉及《消费品买卖指令》第2条。该规定经由意大利《民法典》第1519-ter条转化。两条都在其第一款中规定,卖者应向买者交付符合合同的货物。只要存在《消费品买卖指令》第2条第2款a到d字母项规定的条件,《消费品买卖指令》第2条第2款即推定,买卖物符合合同。这一规定被意大利《民法典》第1519-ter条经过小幅修改后所接受,并加入一段文字,即当所有从a至d字母项的要件同时具备时,买卖物才是符合合同的。这只能明确适用于具体要件完全对应的。法律条文——相当于指令立法理由第8条——以此表明,推定能否适用取决于各具体案例类型,应具体地考虑意大利《民法典》第1519-ter第2项a至d字母项的要件。在这一背景下,在意大利转化指令的讨论中有人批评了德国对指令的转化。批评认为德国《民法典》第434条不恰当地转述了《消费品买卖指令》第2条

[74] Siehe den Nachweis bei Bergmann, Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG in Italien: Ein neuer Paragraph im Codice civile, Jahrbuch für italienisches Recht 15/16 (2002/2003), S. 261, 263.

[75] 意大利《民法典》第1218条为不履行合同规定了一个举证责任倒置。

[76] 有关新的消费品买卖法缺乏特色的论述见下文。

[77] 此观点上文已经拒绝了,见上文三。

[78] 意大利《民法典》普通买卖中依追夺原则的权利瑕疵担保责任的简要介绍,参见 Kindler, Einführung in das italienische Recht (1993), § 17 Rz. 11.

第2款对符合合同的推定,因为该规定以约定特性优先为出发点。^[79]这意味着,意大利《民法典》而不是德国《民法典》第434条恰如其分地转化了《消费品买卖指令》,并且更确切地说,《消费品买卖指令》第2条第2款遵循的是客观的瑕疵概念。^[80]

这个观点似乎并不正确。意大利立法者希望通过补充条文内容来阐明《消费品买卖指令》第2条第2款在指令立法理由第8条背景下的意思,而并非想创造一个不同于指令规定的规则。^[81]如前文所述,尽管指令立法理由第8条说的是推定的要件应共同适用,但指令的立法理由也说明了合同自由具有决定性的优先地位,并强调推定仅在缺少专门的合同条款时始被考虑。不应该责备德国立法者没有采用推定的规范方式,这里可以参见上文^[82]的说明。应补充的是,如果人们将《消费品买卖指令》第2条第2款的四个推定作为规定的例示说明来理解(如希腊立法者)或——如卡纳里斯所建议的^[83]——将其理解为确定合同所约定的买卖物应具有的属性法定解释规定,则指令的规定就更容易解释清楚。这与Pietro Schlesinger的批评一致,意大利立法者将指令中推定式的定义与合同解释的问题混为一谈。^[84]

c. 法律效果

在法律救济方面,意大利《民法典》普通买卖法规定——与很多罗马法系中借鉴法国《民法典》的国家一样,在瑕疵为隐藏式时,不以过错为要件买者即可请求减价及解除合同,卖者有过错的,买者享有因不履行合同而产生的损害赔偿请求权(意大利《民法典》第1492、1494条)。在此,瑕疵概念限于物理性的物的瑕疵(意大利《民法典》第1490条第1款)。依意大利《民法典》这也同样适用于主观性的瑕疵概念。

买卖物缺少所担保的特性或者缺少确定用途所需的重要特性的,则买者可以依意大利《民法典》第1497条并参引普通履行障碍法解除合同(依意大利《民法典》第1453条)以及依意大利《民法典》第1494条之规定请求损害赔偿,此外还可以请求减价。它们适用于瑕疵责任相同的期间。

只要指令赋予了转化以选择权,它们更有可能被规定为消费者的负担。若买者不在发现瑕疵后两个月内告知存在瑕疵的,则将会失去意大利《民法典》第1519-quarter条意义上的瑕疵担保权利。这些请求权在买卖物交付后经过26个月后才罹于消灭时效(意大利《民法典》第1519-sexies条);因此这一期限比《消费品买卖指令》第5条第2款第2句规定的最短期限长两个月,更有利于消费者。若买卖物为二手货物时,当事人可以将消灭时效缩短为一年(意大利《民法典》第1519-octies条)。尽管如此,消费者的地位还是要比依据普通买卖法的规定有利许多,依普通买卖法买者应在发现瑕疵(恶意除外)之日起八日内告知瑕疵的存在,且瑕疵担保请求权自买卖物交付之日起经过一年而罹于消灭时效(意大利《民法典》第1495条)。在交付错误的物的情形——广义

[79] 在结论上 *Eccher/Schurr*, Die Richtlinie 99/44/EG und das Neue Kaufrecht in Italien, Jahrbuch für Italienisches Recht 15/16 (2003), S. 3, 23 f. 明确反对 Canaris 对《消费品买卖指令》第2条的解释。

[80] Tendenziell in diesem Sinn: *Eccher/Schurr* (Fn. 79), S. 3, 10, 24.

[81] Siehe nur *Mariconda*, Conformità al contratto dei beni di consumo e onere della prova, *Corriere Giuridico* 2002, 1095, 1096.

[82] 见上文五. 2. b(希腊法部分)。

[83] 对一开始向德国法看齐,但也按照符合指令解释的要求所提出的建议的说明和叙述,见上文五. 2. b。

[84] *Schlesinger*, La garanzia nella vendita di beni di consumo, *Corriere Giuridico* 2002, 561; 肯定意见: *Garofalo*, L'attuazione della direttiva 1999/44/CE in Italia, in: *Schermaier* (Hrsg.), Verbrauchsgüterkauf in Europa, 2002, S. 237, 252 Fn. 59.

上——买者享有因不履行依普通履行障碍法可得享有的权利(意大利《民法典》第1495条以下)。^[85]与消费品买卖的规定不同的是,普通买卖法的规定不承认(继续)履行的优先性。在此两种买卖法律制度存在显著不同。^[86]

d. 担保与追偿

若卖者就买卖物应具有良好的使用性做出担保的,则买者应在发现缺乏相应的使用性之日起30天内告知该情形;该请求权针对继续履行(修理或换货),且自发现之日起经6个月而罹于消灭时效(意大利《民法典》第1512条)。普通瑕疵责任——当要件成立时——不因此被免除。

《消费品买卖指令》第4条对销售者追偿权的规定被转化为(意大利《民法典》第1519-quinquies条),因向消费者承担瑕疵担保责任支付了费用的最终卖者得向销售链中因作为或不作为造成买卖物不符合合同的前者请求返还其所支付的费用。得请求返还的费用限于承担瑕疵担保责任的最后卖者因违反合同实际承担的费用。该返还请求权仅得在向消费者履行瑕疵担保请求权后一年内行使。这一规定被明确为任意性的。因此,这符合指令立法理由第9条的规定,与《消费品买卖指令》第7条第1款并不冲突,因为不得约定排除的仅限消费者的权利。意大利《民法典》第1519-quinquies条也提出了一些有待解决的问题,^[87]例如证明责任以及期间,这些问题非本文所能详论。^[88]

e. 结论

最后可以确定的是:意大利新买卖法给予了消费者以选择权,可选择行使普通买卖法或者消费品买卖的法律救济方式(意大利《民法典》第1519-nonies条)。因此也表明了,依普通履行障碍法享有的损害赔偿请求权,如前文所述,不因意大利《民法典》第1519条及以下的消费品买卖合同的规定被排除。消费者也可以依据普通买卖法或意大利《民法典》第1519条的特别规定行使其他救济方式;这里存在一个选择性的请求权竞合。诚然这使得法律为消费者买卖规定的继续履行的优先地位实际上被掏空了。这里面还看不出意大利法违反了指令,因为《消费品买卖指令》第8条第2款只是确定了最低标准。^[89]因此,这一观点^[90]不值得赞同,因为规定了继续履行请求权的优先性的意大利《民法典》第1519-querter条,相对于其所规避的意大利《民法典》普通买卖法的规定而言,属于特别法。^[91]

《消费品买卖指令》的转化对意大利普通买卖法及普通履行障碍法并没有产生影响,它们在买卖法体系内并存。消费者可以依普通买卖法,也可以依消费者买卖的规定行使,这里存在一个请求权的选择性竞合。

有关消费品买卖的消灭时效的规定对普通买卖法及普通履行障碍法也基本上没有额外的影

[85] 履行请求权、合同解除权以及损害赔偿请求权。

[86] Siehe *Eccher/Schurr* (Fn. 79), S. 3, 27.

[87] 因此尚有请求权的法律性质,以及在不能确定何人的作为或不作为造成违约时应以何人为请求权相对人等问题需要论述。有待澄清的是,转卖已经被认定为有瑕疵的物是否足以作为成立追偿权的作为或不作为。尚不明确的是,是否追偿权也包括已经支付的损害赔偿给付。

[88] Siehe hierzu insbesondere *Zaccaria/de Cristofaro*, *La vendita dei beni di consumo*, 2002, S. 105 ff.; *de Cristofaro*, *La nuova disciplina dei contratti per la fornitura dei beni mobili conclusi da consumatori con professionisti*, *Studium iuris*, 2002, 1175, 1184 f.

[89] 与希腊法平行的论述,见上文五. 2. c。

[90] *Eccher/Schurr* (Fn. 79), S. 3, 26.

[91] 同一结论:*De Nova*, in: *Alpa/Leo/De Nova et al.*, *L'acquisto di beni di consumo—D. Lgs. 2 febbraio 2002*, n. 24, 2002, S. 6; *Maniaci* (in: *Alpa/Leo/De Nova et al.*, *L'acquisto di beni di consumo—D. Lgs. 2 febbraio 2002*, n. 24, 2002, S. 108; *Garofalo* (Fn. 84), S. 237, 273.

响。文献中有观点认为,^[92]现在,行使损害赔偿请求权的期间应在做符合指令规定的解释的过程中根据消费品买卖法的较长时间进行调整。然而他们忽略了,《消费品买卖指令》第8条第1款明确规定,成员国国内法的规定不因指令而受影响。指令刚好没有规定损害赔偿请求权。

总的来说,尽管意大利买卖法改善了消费者的法律地位,然而,买卖法的教义学以及普通履行障碍法的教义学却未因改革而获得发展。决定以特别规定的方式来转化指令,似乎也或者说主要应归咎于转化的期限以及转化的义务。

5. 西班牙

a. 立法目的

西班牙自前不久(2003年9月11日)开始实施《消费品买卖担保法》(2003年7月10日通过)。该法作为特别法将《消费品买卖指令》转化为西班牙国内法。此前,本文开始提及的2001年12月的《远程销售指令转化法》已经将《消费品买卖指令》中有关担保的一小部分规定转化为西班牙国内法了。新的《消费品买卖担保法》大体上与指令的西班牙文版相同,也在很大程度与西班牙政府2002年10月31日提出的法律建议稿相符。该法对自2002年1月1日以来的所有消费品买卖均有溯及力。在西班牙就指令的转化——即便是在2002年10月法律草案提交之后——并未出现大范围的讨论。^[93]

该法的第四项决议要求西班牙政府,将转化消费者保护有关指令的所有法律以及从1984年到2006年9月11日的普通《消费者保护法》并入一部消费者保护法中,以便消费者保护的全部组成部分合而为一。从参与改革工作的圈内人士处获悉,西班牙《民法典》也将同时进行改革,以便根据《消费品买卖指令》,特别是《联合国买卖法》进行相应调整。^[94]在此之前,西班牙法仍然会是多种买卖法规定并存于不同的法律中。

b. 多样的瑕疵担保请求权

由于法律改革近在眼前,接下来注意力应主要集中在不同的买卖法之间的竞合关系上。因为,《消费品买卖担保法》与西班牙《民法典》规定的瑕疵担保责任,与1984年西班牙《消费品保护法》规定的不得约定排除的最低程度的瑕疵担保请求权以及1996年《零售业法》在其第12条中规定的担保规定,都走到了一个十字路口。

与意大利法不同的是,在适用范围上作为特别法的西班牙《消费品买卖担保法》排斥同样包含物的瑕疵责任的西班牙《民法典》的普通买卖法和西班牙《商法典》^[95]中有关商业买卖的特别规定。因为在转化法结尾的补充规定里,法律规定所有与西班牙《消费品买卖担保法》冲突的其他法律或条例的规定均被排除适用。在另一补充规定里立法者规定,依西班牙《民法典》享有的瑕疵权利在西班牙《消费品买卖担保法》的适用范围内不适用。然而,这里仅指因物的瑕疵而产生的权利,因为西班牙《消费品买卖担保法》与《消费品买卖指令》^[96]一样只规定了物的瑕疵有关的权利。因此,在权利瑕疵方面继续适用追夺责任的一般规定(西班牙《民法典》第1474条)。此外,补充规定也表明,因买卖物的瑕疵请求损害赔偿的权利取决于普通民商事法律。

[92] *Eccher/Schurr* (Fn. 79), S. 3, 26.

[93] 相关说明,参见:*Morgenroth*, Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG in Spanien, RIW 2003, 837 ff.

[94] 起草者2003年9月5日的报告。

[95] 详见:*Morgenroth*, Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Spanien und Deutschland, 2003 S. 138.

[96] 指令并不包括权利瑕疵担保责任,参见上文三。

指令给予的构建自由被以如下方式行使:西班牙《消费品买卖担保法》规定,减价的处理参引西班牙《民法典》的相对计算法(西班牙《民法典》第1486条第1款第1句)。《消费者买卖指令》第5条赋予的引入责任限制期限的权力,被西班牙立法者以《消费品买卖担保法》第8条发挥到了极致:(1)卖者仅对自物的交付发生后头两年内出现的瑕疵承担责任(《消费品买卖担保法》第9条第1款)。在买卖物为二手货时得将此期限缩短为一年。这里的期限是除斥期间,但依《消费品买卖担保法》第6条第1款c字母项之规定,该期间在修理时发生期间障碍,在换货(d字母项)时发生期间中断。(2)买者应在发现瑕疵后两个月向卖者告知瑕疵存在(《消费品买卖担保法》第9条第4款)。然而,法律推定买者遵守了告知义务的期限(《消费品买卖担保法》第9条第4款第2句)。(3)瑕疵有关的权利(继续履行、减价、解除合同)自物交付后经过三年罹于消灭时效(《消费品买卖担保法》第9条第3款);这里也适用前面提及的期间障碍及中断的规定。(4)《消费品买卖担保法》第9条第2款推定,物在账单所记载之日交付。

普通买卖法和新的消费品买卖法对物的瑕疵责任的规定是不同的。西班牙《民法典》第1484条依照罗马法传统区分隐藏的瑕疵(“vicios ocultos”)与明显的瑕疵。

尚不清楚的是,司法实践采纳了主观的还是客观的瑕疵概念。《消费品买卖担保法》不再依隐蔽性区分瑕疵,而是继受了《消费品买卖指令》第2条的规定,同时还将合同对物符合合同的约定的优先性写入《消费品买卖担保法》中。

明确规定广告表述对于买者权利的意义对于西班牙法来说,并不是什么新鲜物。它们在《消费品买卖指令》转化过程中又一次被《消费品买卖担保法》第3条第1款d字母项(如同《消费品买卖指令》)所规定,以确定买卖物应具有的属性。这些请求权可以向卖者,还可以在下文即将讲到的请求权追索过程中向销售链中任何应对瑕疵负责的其他销售者行使。与此同时,西班牙《消费者保护法》的特别规定继续适用,根据该法耐用商品的供应商或生产者应为买卖物不具有瑕疵做出担保。依西班牙《消费者保护法》第8条在确定买卖物应具有的特性时应考虑广告内容。

拿《消费品买卖担保法》中的买卖法与西班牙《民法典》中的买卖法相比较,会发现彼此存在显著不同。鉴于本文的篇幅以及已经有学者对此做了很好的品鉴,^[97]特别是因为接下来几年西班牙买卖法还将进行深刻的立法改革,这里就不再详论了。

c. 渗透与追偿

西班牙法给予消费者在具备特定要件时向《消费品买卖指令》第1条第2款d字母项意义上的生产者请求修理或换货的直接请求权,只要消费者对其销售者享有这样的请求权,且要求消费者向最终销售者行使权利已不能苛求或已不可能的(西班牙《消费品买卖担保法》第10条第1至3项);以便从市场里自己不认识的流动的销售商处或门前购得货物的消费者,也有一个间接的、容易确定的债务人。

西班牙《消费品买卖担保法》第10条第4款赋予已按照该法之规定向买者履行了瑕疵担保请求权的销售者,对应对买卖物的瑕疵负责的人的追偿权。因此,在制造瑕疵情形这一权利应向生产者行使。最终销售者应该在履行销售者瑕疵担保责任一年内行使追偿权。

d. 结论

概括起来可以确定的是:《消费品买卖指令》的转化扩大了西班牙买卖法规范的多样性,但缺乏不同法律救济措施间的有效协调。与此同时,普通买卖法规定的普通履行障碍法在处理与物有

[97] 详见: *Morgenroth* (Fn. 95), S. 114; *Weis*, Die kaufrechtliche Gewährleistung—insbesondere Garantien—in Spanien, Diss. Köln, Abschluss 2004.

关的违约行为方面仍有相当广泛的适用范围,西班牙《消费品买卖担保法》使许多迄今为止由普通履行障碍法规范的问题同时也为瑕疵履行担保法所涵盖,而结果却并无大的差异。与德国的改革正好相反,普通履行障碍法在消费品买卖方面的意义被弱化,这从继续履行的重大优先性上即可看出。但愿,旨在消除规范多元局面的通盘改革计划尽快实施。

6. 英国

a. 转化过程与立法目的

在英国,《消费品买卖指令》转化于2003年3月31日,比规定时间稍晚一点,尽管英国法与指令的差别并非根本性的——撇开英国没有规定继续履行的优先性。总的来说,英国法比欧洲大陆法需要进行的修改小很多。^[98]

指令带给英国消费者最显著的好处在于额外的继续履行请求权以及在货物交付后六个月内对交付时即存在瑕疵的举证责任倒置。

从2001年1月到2002年5月指令转化在政府公开程序进行了较长时间的讨论。^[99]在2001年1月份的时候,一份鉴定报告被放到了网上,^[100]该报告阐述了英国法需要进行调整的内容。所有感兴趣的人可以就具体内容发表意见。而后在参考讨论意见的基础上制定了一个讨论草案,这一草案在2002年2月又一次被放到网上讨论。^[101]讨论中仍存有不同意见的问题将被重新归类放到网上,就这些问题截至2002年5月发表的意见都将予以考虑。^[102]政府利用网络提供的可能,以便达成尽可能广泛的妥协,同时实现法律与经济事务广泛的社会参与。在此,与法国不同的处理方式引人注目。在法国,草案在很长时间内连感兴趣的专业人士都难以窥探。^[103]这种方式缺乏透明度的弊病为法国学者和实务界所激烈批判。^[104]

在英国,转化是通过修改现行买卖法,即《货物买卖法》实施的。该法将规范有偿移转动产所有权问题的普通合同法及履行障碍法予以法典化并做了增补,因此主要包括买卖法,但同时也包括承揽供给合同。但它并不规范不动产买卖与债权买卖。因此,在《消费品买卖指令》转化过程中,指令并未涉及的这两个领域维持不变。《货物买卖法》之外还有两部法律也做了调整,^[105]以便所有因一方当事人承诺购买或加工物而发生的合同,均能按相同或类似的原则处理。^[106]因而,这也包括以物为标的的承揽合同以及租赁合同。因此改革并不局限于买卖法。

《消费品买卖指令》在英国的转化目的明显在于尽可能维持现有的合同法不变。大体上立法者也成功做到了这一点。修改的内容一方面涉及普通买卖法中物是否符合合同的一些规定。更

[98] Kritischer die Einschätzung von *Twigg-Flesner*, "New strings on the bow: consumer guarantees", *Consumer Policy Review* 2002, 88, 93 während des Umsetzungsverfahrens.

[99] 转化的过程,参见 Benjamin's, *Sale of Goods*, Special Supplement to the 6th edition, 2003 (bearbeitet von Miller), 1—005.

[100] Siehe http://www2.dti.gov.uk/cacp/ca/consultation/sale_of_goods.htm (zuletzt abgerufen 31. 12. 2003).

[101] Siehe <http://www.dti.gov.uk/cacp/ca/pdf/2ndsale.pdf> (zuletzt abgerufen 31. 12. 2003).

[102] 中期报告,参见 *Twigg-Flesner* (Fn. 98), *Consumer Policy Review* 2002, 88 ff.

[103] 对此参见上文四. 1. b.

[104] Vgl. *Rancé/Tournafond*, *La transposition de la directive du 25 mai 1999*, *Dalloz* 2001, 3051.

[105] 《货物供应法》(默示条款),1982年《货物与服务供应法》。

[106] 新近的一篇有关物的给付中的违约行为的博士论文对物的给付义务的统一违约模型从比较法上进行了分析并对欧洲私法产生了富有成效的影响:A. Sandrock, *Vertragswidrigkeit der Sachleistung*, 2003;对奥地利法上对物的瑕疵担保权利的统一处理,见上文五. 1.

确切地说,它们只是被稍微做了一些调整。另一方面,引入单独的一个章节规范消费者有关的买卖,该章包含了指令所规定的权利救济方式。与意大利法一样,在英国消费者也享有依普通买卖法或依消费品买卖特别法行使权利的选择权。

b. 违反合同与法定的解释规定

众所周知,英国法以统一的违约责任要件为出发点。根据违约行为严重程度的不同在法律效果层面上存在差异。至于什么情况下买卖物符合合同,则由当事人约定。此外,《货物买卖法》在其第13至15条补充规定了,在缺乏明确约定时何种条件下买卖物应被视为符合合同约定。这里确实的是,当事人可能做出的约定(默示条款)。

依默示条件的理念默示条款原则上可以区分三种不同的表现形式。^[107] 事实上的默示条款是默示的当事人约定。法律上的默示条款可以理解为任意法规定,在合同缺少专门规定时,作为漏洞填补及补充的合同解释之用。^[108] 判例为不同类型的合同发展出来的大量的法律上的默示条款,随着时间的推移不断被立法所接受。特别是《货物买卖法》第12至15条。^[109] 第三种默示条款的表现形式是习惯或惯例。^[110]

《货物买卖法》第13至15条规定的可作为补充解释的默示条款的目录明显超出了《消费品买卖指令》第2条第2款的规定。因此英国立法者可将《货物买卖法》第13至15条沿用至今的标准目录继续保留,更因为它并不是封闭性的,而是仅仅提出了怎样确定以及补充合同内容的一般解释规则。因此在这一规范领域为转化指令只需稍作修改即可。对买卖物符合合同的推定,就像《消费品买卖指令》第2条第2款那样——至少字面上是那样——并未被采纳。立法者反而转向了相反的方式,因为相应的推定可能只是——英国政府的角度——改善了消费者在程序中的地位,因为它可能减轻消费者说明当事人并未做出不同约定的难度。

因此,英国转化指令的理念在本质上与将《消费品买卖指令》第2条第2款作为法定解释规范的基本理解是一致的,如同接下来卡纳里斯所要报告的那样。^[111] 《消费品买卖指令》第2条第2款在英国的转化反对将该规定理解为分配证明责任的推定规则以应和客观性的瑕疵概念。

《消费品买卖指令》第2条第2款的部分推定并未被继受,因为英国立法者认为,英国法已经达到了这一标准。但这并不是没有疑问的。因此,《货物买卖法》第14条(2B)(a)规定,如果买卖物适于实现同种类买卖物普遍提供(“commonly supplied”)的目的,在缺乏不同约定时应认为买卖物符合合同,^[112]而《消费品买卖指令》第2条第2款c字母项则以买卖物通常使用目的(“normally used”)为标准。一个是从卖者的角度,而另一个则是从买者的角度判断。英国立法者开始也考虑过补充条文内容,但后来放弃了,以便保持现行法的连续性。^[113] 这种理由难以让人信服。然而,“通常使用”的情形可以在使用其他解释方法的过程中加以考虑,以便法院在做出符合指令解释的

[107] Siehe nur *Treitel*, *The Law of Contract*, 11. Aufl. 2003, S. 201 ff.

[108] 法律的默示条款与欧陆理解的比较,参见 *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht I*, 1996, S. 177 f.

[109] *Treitel* (Fn. 107), S. 206 f.

[110] *Treitel* (Fn. 107), S. 213 f.

[111] 为更好地理解《消费品买卖指令》第2条第2款作为法定的解释规则,参见上文五.2. b与4在比较希腊法和意大利法时所作的论述;那里还有对如何解释《消费品买卖指令》第2条第2款争论的说明。

[112] Dazu siehe *Chitty*, *Contracts II: Specific Contracts*, 12. Aufl. 2004 (bearbeitet von Guest, Reynolds, Harris), II, 43—087.

[113] Siehe *Howells/Twigg-Flesner*, *The implementation of Directive 99/44/EC into English Law*, in: *Schermaier* (Hrsg.), *Verbrauchsgüterkauf in Europa*, 2002, S. 303, 313.

过程中可以获得与《消费品买卖指令》第2条第2款c字母项相一致的解释结果。

迄今为止,英国法仅例外地依《货物买卖法》第14条的一般规则,将对买卖标的物的公开表述,如广告说明,作为确定合同给付义务体系的标准。在英国,根据现行规定将公开表述作为确定合同给付的标准——立法者在另外一条[《货物买卖法》第14条(2F)]明确阐明了这一点——既不会给普通买卖合同也不会给消费品买卖合同造成困难。

此外,现在新增加的《货物买卖法》第14条(2D)、(2E)转化了《消费品买卖指令》第2条第2款d字母项以及同条第4款,这些条文规定了就物的特性的公开表述对于确定合同给付义务体系的重要性。指令的转化在英国限于当事人一方为消费者的合同。现在法律规定,对于当事人一方为消费者的合同,可以将卖者或者生产者——这里的规定比《消费品买卖指令》还要广泛——以及为卖者或生产者从事相关行为的人就物的特性所作的公开表述用作确定合同标准。新的规定使相关公开表述纳入消费者合同变得容易,因为它们可以与其他产品描述平等地用以确定合同预设的买卖物的特性,如果这些公开表述足够具体。

根据《消费品买卖指令》第2条第2款b字母项之规定,物还应当适于实现消费者所追求的在合同订立前已经告知卖者,且卖者已经同意的目的。这取决于双方当事人均认为买卖物适于实现买者已经告知的使用目的。但关键在于,买卖物的哪些特性使得实现这些使用目的成为可能。^[114]

现行英国法也承认(《货物买卖法》第14条第3款)^[115]应考虑双方当事人都知晓的使用目的。然而,与指令不同的是,英国法并不要求卖者同意消费者确定的目的;只需买者的合理期待不超出卖者提供适当产品的能力。依《消费品买卖指令》第8条第2款,不要求卖者的同意因有利于消费者,所以是允许的。

但是,如果消费者对卖者就物的特性适于实现使用目的的能力和判断力不具备信赖的理由时,依《货物买卖法》第14条第3款之规定,这时消费者确定的使用目的变得无关紧要。而指令的规定中没有此种限制。依英国法,唯有消费者有理由相信卖者知晓自己追求的使用目的,且不反对这一目的的,以及卖者也有足够的判断能力对买卖物适于实现该目的做出充分评估的,消费者对买卖物属性的期待始受保护。与指令仅仅取决于卖者对买者所追求的使用目的必要的同意的差别,只能在少数例外情形可以固定;即当卖者虽然同意,但买者可能知晓卖者缺乏判断能力,依英国法这时可能就不得考虑消费者确定的使用目的,但依指令则不然,只要卖者还有行为能力。只有当人们将对买者应当知道卖者缺乏判断能力(《货物买卖法》第14条第3款)的非难与《消费品买卖指令》第2条第3款规定的消费者知道违反合同或对违反合同不能合理地不知道的非难等同时,始不存在违反指令。^[116] 检验的结果将是两种情况大体上相同。尽管如此,但对消费者非难的出发点(就卖者对买卖物适于实现目的的判断能力认识错误/对物缺乏实现目的的能力认识错误)则不尽相同。在这一点上英国法与指令并不完全符合,即便这只能对极少数例外情形产生影响。

《消费品买卖指令》第2条第5款第2句规定的宜家-条款(IKEA-Klausel)并没有被明确转化,因为合同确定的产品标准[根据《货物买卖法》第14条(2A)]应通过权衡“所有重要情况”来确定;

^[114] Siehe nur *Canaris* (Fn. 4), S. 5, 57; 肯定意见,参见:*Grigoleit/Herresthal* (Fn. 34), JZ 2003, 233, 234 f.

^[115] 然而仅仅适用于商业领域。

^[116] 认为二者相同,因而否认违反指令的,参见:*Benjamin's*, Supplement (Fn. 99), 1—071.

判例中承认有缺陷的安装说明使产品成为有缺陷的商品。^[117]然而,迄今为止的判例是否足以确保《消费品买卖指令》第2条第5款第2句的保护标准,不无疑问。^[118]因此,这里是否恰当地转化了指令也是有疑问的。因为这一判例的形成并不那么清楚、明了,因此,他们不能视为足以使法律上的转化成为多余。^[119]

这同样适用于卖方及其所委托的人所实施的有缺陷的安装。依指令它们构成物的瑕疵,但依英国法则不然。在英国安装被理解为独立的承揽合同(依1982年《货物与服务供应法》判断)。只要构成要件及法律效果符合指令的标准,这里尚不存在违反指令。然而事情并非如此,^[120]因为卖方的瑕疵安装责任依据相关规定以违反注意义务^[121]为要件。但指令的出发点则是无过错责任。^[122]因此这里的转化也是有瑕疵的。

一个重要的变化发生在危险承担上。现在,消费者的买卖适用其他规则,尽管依据立法理由第14条的说明指令并未涉及危险承担。依英国法,危险原则上随着所有权变动移转于买方[《货物买卖法》第20条(1)、(2)]。买受人原则上随着买卖合同的订立即取得物的所有权。立法者现在规定,消费品买卖中物的危险——只要涉及特别的消费者法律救济方式的——直到物交付时才发生移转(《货物买卖法》第20条第4款)。这里指的是物事实上交付于买方;向承运人交付尚不足以发生危险转移(《货物买卖法》第32条第4款)。因此,在消费品买卖方面英国的法律状况与德国法相同,尽管指令并不要求这一规定。但它旨在实现更全面的消费者保护。因此,在此范围内实现了法的自发融合。

c. 瑕疵后果与买卖法的多样性

意义最大的改变在于法律的救济方式上。迄今为止,履行请求权仅能以特别履行形式例外来实现。英国法不承认修理和换货。减价仅可在具体情形中通过教义学上的损害赔偿请求权间接地提出请求。通常的法律救济方式是无过错的损害赔偿请求权,它包括瑕疵损害和瑕疵后果损害。与普通法律不同的是,任何形式的违反合同依《货物买卖法》第13条第1款、第14条第2、3款——毫无保留地接受货物除外——都可以请求解除合同[《货物买卖法》第14条(1A),第14条第6款]。然而,买方不是消费者的,不得请求解除合同(《货物买卖法》第15A条)。

指令规定的法律救济方式——继续履行、减价、合同解除——被规定在专门规范当事人一方为消费者的买卖合同《货物买卖法》新的VA部分(消费者买卖合同中买者的特别权利)(《货物买卖法》第48A到48F)。^[123]为加强消费者保护及特别是为与普通履行障碍法相协调而没有将《消费品买卖指令》第3条第6款转化为国内法。因此,即便是轻微的违反合同,消费者仍得请求解除合同。

消费者得选择依普通买卖法行使权利或行使消费者特别权利;此外,消费者亦得行使新章节

[117] 对此的分析,参见 *Benjamin's, Sale of Goods*, 6. Aufl. 2002 (bearbeitet von Miller), 14—021; 详见 *Benjamin's, Supplement* (Fn. 99), 1—192 f.

[118] 否定观点,参见: *Howells/Twigg-Flesner* (Fn. 113), S. 303, 314.

[119] 对什么时候得因由最高法院的判例而业已形成的与指令内容上一致的法律状况而无需转化指令的问题,参见: *Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, 1999, S. 364 f.; *W. -H. Roth, Der nationale Transformationsakt. 从具体问题到体系上的介绍*, 参见: *Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, 2000, S. 113, 136 f. mit Fn. 93.

[120] Siehe dazu *Twigg-Flesner, English Sales Law after the implementation of Directive 99/44/EC on Consumer Sales—Back to the drawing board?* GPR 2003, 12, 15.

[121] Siehe *Benjamin's* (Fn. 117), 14—021.

[122] 对此表示怀疑的,参见 *Benjamin's, Supplement* (Fn. 99), 1—190; 持保留态度的, 1—241.

[123] Siehe dazu *Chitty* (Fn. 112), 43—115—43—133.

没有规定的损害赔偿请求权[《货物买卖法》第 48 章 E(1)以及总则第 54 条]。

买卖物交付时即存在瑕疵的为期六个月的举证倒置仅适用于特别的消费者权利救济途径,不适用于普通法律[《货物买卖法》第 48 章 E(3)]。因此,因法律救济途径的不同存在不同的举证责任规定。

对英国法来说,最有意义的教义学改革当属《货物买卖法》第 48 章 E 规定的消费者的通常性的继续履行请求权(修理或换货)了。与德国法类似(德国《民法典》第 434 条第 3 款第 3 句),而与《消费品买卖指令》第 3 条第 3 款不同的是,若继续履行与解除合同或减价相比显得花费过巨时,则买者不享有继续履行请求权。这里两国法都存在是否符合要求地转化了指令的问题。

依《货物买卖法》第 52 条之规定,仅能例外地依特别履行的原则判决履行。^[120] 为防止法院将这一约束性的判例转移到继续履行上,《货物买卖法》第 48E 条第 2 款清楚地规定,新的(继续)履行请求权不受普通合同法及普通买卖法所规定的特别履行的严格条件约束,而只受消费者合同法特别规定的调整。

然而,若法律(《货物买卖法》第 48E 条第 3、4 款)授予法院在其认为适当之时享有可以偏离诉讼请求的权力,就违背了指令的规定。^[125] 消费者请求的是法律为消费品买卖所规定的某种法律效果——即继续履行、减价和解除合同——而法院却可以判决以上的另一种法律后果。何时法院得认为偏离原来的诉讼请求是合适的,法律并没有规定。刚好没有澄清的是,应当只有在请求的法律救济方式不成立时,法院才可以考虑被请求之外的法律救济方式。法律条文的表述比较宽泛,且没有做出清楚的规定。这违背了指令所规定的继续履行的优先性。^[126] 综合《消费品买卖指令》第 3 条第 3 及第 5 款的规定可以得出,指令将解除合同及减价作为例外,将继续履行作为通常结果。消费者应首先请求修理或换货(《消费品买卖指令》第 3 条第 3 款)。只有在履行不能或履行花费过巨时才不存在继续履行请求权(《消费品买卖指令》第 3 条第 3 款)。但这一限制却因赋予法官的裁量权力而没有被遵守。根据《消费品买卖指令》第 8 条的规定,偏离指令的规定只有在消费者地位得到改善时是允许的,比如赋予消费者从不同的法律救济途径中自由选择的权利,而不规定继续履行的优先性。法院对诉讼请求进行衡量的权力与此不符。因此,《货物买卖法》第 48E 条第 3 及第 4 款对指令的转化不能看作是恰当的。即便《货物买卖法》第 48E 条第 4 款假定,消费者已经提交出了相应的(法院的看法)诉讼请求,也改变不了这一事实。虽然指令并不涉及成员国的程序法,但指令的转化应能够使指令完全发挥效力。因此,对诉讼请求的假定并不能阻止对转化违反了指令的认定。

《消费品买卖指令》第 5 条第 2 款规定的自发现瑕疵开始计算的为期两个月的除斥期间,并未被英国法所继受,因为消费者保护不应被限制。英国也没有规定特别的消灭时效期限;在英国^[127] 普遍适用的自合同订立开始计算的为期六年的消灭时效期间也适用于消费者权利特别的法律救济方式。

d. 担保与追索

《消费品买卖指令》对合同担保的透明度提出了要求,这一规定被转化于《转化法》(《2002 年向

[120] Siehe näher Chitty (Fn. 112), 43—466 ff.

[125] 对《货物买卖法》48E 的详细介绍,并有关是否符合指令的问题讨论,参见: Benjamin's, Supplement (Fn. 99), 1—180—1—185.

[126] 未加探讨的有 Chitty (Fn. 112), 43—124 und anderen.

[127] 苏格兰期限为 5 年。

消费者销售与提供商品条例》第15条中。其意义主要在于,现在由于规定了生产者担保^[128]的约束力,从而可以克服因对价要求^[129]而在生产者担保上产生的教义学上的构造问题。^[130]

英国立法者放弃了对销售者追偿权利的转化,因为,他们认为英国法在普通买卖法中规定的销售链中的瑕疵担保追偿权已经提供了符合指令的规定,也即,总是可以请求损害赔偿的。^[131]

这种观点并不正确,^[132]因为仅仅在消费者买卖合同中,确保了广告说明纳入确定合同给付义务体系的要素变得容易。而普通买卖法中没有这样的转化规定。因此,虽然货物在消费者买卖合同框架中可能是违反合同的,但在与供应商的合同框架中却可能是符合合同的,即便其他合同条件完全相同。

e. 结论

总的来说,可以肯定的是:英国立法者力求尽可能少地修改本国法律。在此,他们经常以英国现行法的法律状态已经符合指令为出发点。但在很多地方他们的假设是有疑问的,指令并没有被全面和恰当地转化为英国法。

指令的转化对普通合同法和普通履行障碍法的辐射影响几乎没有显现。这在限制性的转化模式下也普遍无法期待,还因为指令的违约模型至少在构成要件上与英国普通合同法表现出了结构上的相似性。

然而,在指令表现出明显结构差别的领域,英国立法者也没有将指令规定的思想引入普通合同法,特别是普通履行障碍法和普通买卖法的理由。因此惯常性的继续履行请求权严格限于消费者合同。此外,该请求权还受到法院被授予的做出不同于请求的判决的权力的限制。英国立法者对待履行请求权上的保守态度,从英国法历史发展的角度来看就能理解了。但是,令人惊讶的是,^[133]在同一时间,也就是2003年5月,美国修改作为买卖示范法的《统一商法典》第2条时,为瑕疵担保法增加了一种特别形式的担保承诺(remedial promise),该担保承诺给予买者一个以修理为形式的实际履行请求权。此外,当事人还可以约定一个可以强制执行的实际履行请求权,该请求权无需满足特别履行的要求。^[134]

英国立法者并没有为瑕疵担保请求权规定除斥期间或较短的消灭时效期间,以免限制消费者保护。如果指令转化还有其他超越指令规范领域的影响,——如对特性担保合同中对价学说的影响——它们也是微弱的。只在一个领域他们超额转化了指令:如果承揽合同和其他有偿合同以物的加工或物的交付为标的,则转化的规定也适用于这些承揽合同和有偿合同。但这里只是将流传的同等对待负物之交付义务的债务人的法律传统延伸到了《消费品买卖指令》的转化上。总的来说,指令在英国的转化由于习惯阻力大,比较令人失望。

[128] 请注意本条第4款。

[129] 对价的一般介绍,参见 *Treitel* (Fn. 107), S. 67 ff.; 此外,例如 *Mansel*, Reziprozität und Utilität als Auslegungselemente bei konkludentem Vertragsschluß, in: *Schack* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Lüderitz*, 2000, S. 487, 495 f.

[130] *Dazu Chitty* (Fn. 112), 43—155; *Benjamin's* (Fn. 117), 14—067; *Hürten*, *Das Erfordernis der Gegenleistung (consideration) im englischen Vertragsrecht*, 2004, S. 98 f.; ferner *Howells/Twigg-Flesner* (Fn. 113), S. 303, 319 f.

[131] *Benjamin's*, Supplement (Fn. 99), 1—030.

[132] 详见, *Howells/Twigg-Flesner* (Fn. 113), S. 303, 317 ff.; 没有讨论的,参见 *Benjamin's*, Supplement (Fn. 99), 1—030.

[133] 即便考虑到,美国私法上的特别履行比英国法上的特别履行更容易获得。

[134] 对此参见, *Reimann/Hahn*, *Die Revision des US-amerikanischen Kaufrechts*, IPRax 2004, 146 ff.

六、结论:欧洲买卖法尚未统一

《消费品买卖指令》有两个主要目的。一个针对提供者的法律框架条件,另一个针对需求者的法律框架条件。通过向私人最终购买者出售^[135]商品的买卖法的融合应在内部市场中为消费品创造一个统一的销售市场,以避免提供者之间畸形竞争。^[136]指令立法理由第4条与第5条同时且特别强调了通过促进跨境需求进一步完善内部市场的目标。现代远程通讯手段使跨境商品买卖变得容易。通过创造一个不依赖于购买地而在内部市场共同适用的消费者权利的最低标准,以增强消费者对跨境需求的法律框架的信任。

受促进的是那些熟悉境外并跨境购买商品的积极消费者。^[137]立法者为促进跨境消费的远期目标是强化和扩大内部市场。

若要问,指令自己确定的目标是否已经实现,则要区别回答:第二个目标是否完全现实,也即法律技术材料如消费品买卖法是否可以鼓励跨境买卖,至少人们不用怀疑这点。

再看指令转换为成员国法律的不同情况,应当肯定的是,为欧洲消费者保障一个统一的买卖瑕疵担保最低标准的目标,也远未完全实现。可以确定存在违反指令的情形,如英国指令转化中的违反,以及——已经述及的——在一些核心问题上,比如继续履行请求权的可实现性上,也存在违反指令的情况。一些国家的买卖法体系——特别应提及的是西班牙法——的法律状况已经变得太过复杂,以致立法者已经委托有关方面进行全面的法律修正。其他地方则发生了简单的法律聚合;在原有买卖法之外又出现了消费品买卖法。这里实现了一个强化消费者地位的最惠国待遇。

指令在转化为成员国国内法时细节上所展现出来的差异如此巨大,以致人们会怀疑,内部市场中熟悉跨境贸易的消费者——法律的规定框架只能对这些消费者发挥促进需求的影响——的跨境商品需求是否真的提高了。

指令的成效也可以根据跨境贸易的要求来衡量。这也是指令追求的目标。如指令立法理由第3条及第4条所表明的,指令的立法者希望借此处理由于成员国不同合同标准而产生的内部市场不同国家的销售者之间畸形竞争的危险,并推动基于远程通讯技术的跨境货物买卖继续发展。

然而,对企业来说,制定对整个内部市场都适合的经营策略还是一如既往的困难,因为那些超出了欧盟法所规定的最低融合要求的成员国国内法的规定必定各不相同。就连那些超出了最低标准的消费者保护规定通常也是强行法,甚至有些时候还扩张到了企业间的法律关系。《联合国国际货物买卖合同公约》也不能在内部市场的商业买卖领域保证一次就能实现全面的买卖法统一,因为现有的欧共同体成员国中还有英国、爱尔兰及葡萄牙尚不是公约的成员国。

在企业外部环境法律方面,^[138]《消费品买卖指令》并没有取得什么成果。因为有些国家并行适

[135] 欧盟内部的企业间的跨境买卖因《联合国买卖法》而统一,一个重要的例外是作为欧盟国家的英国、爱尔兰及葡萄牙一直都不是《联合国国际货物买卖合同公约》的成员国。

[136] 参见指令立法理由第3条。

[137] 这一称号参见 W. -H. Roth, Der nationale Transformationsakt. Vom Punktuellen zum Systematischen, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, 2000, S. 113, 134.

[138] 对欧洲债务合同指令法作为消除跨境经济往来障碍、确保了同等的最低保护标准的外部企业法的理解,参见 Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht (1999), S. 12 ff. 在保障自由的范围内批评是中肯的,因为依最低程度融合有关消费者的保护标准的理念总是使得造成企业负担的规定成为可能, W. -H. Roth (Fn. 137), S. 113, 133.

用多种普通买卖法的瑕疵担保权利(如意大利、英国),而其他国家的消费者买卖法则完全独立于普通买卖法(如西班牙)或存在少量的强行性的特别规定(如德国、奥地利),而普通买卖法则广泛继受了指令的规定。

销售者责任的核心问题还没有融合,责任的危险可能被错误地评估。想想损害赔偿规定期限的多样性,^[139]想想危险负担方面的差别,最后再想想销售商追偿权方面的差别。

因为已经谈到的尚未解决的法律问题,使得欧洲买卖法尚不能实现教义学上一致认同的部分法典化。如果因瑕疵损害发生的对一些权利重要而对另一些权利并不那么重要的请求权的规定不统一,买者权利的整个体系可能会受到严重干扰。尽管有观点认为,将损害赔偿请求权从统一计划中拿出来在经济上是有意义的,因为卖者是大规模市场中对后果损害典型较差的风险承担者。^[140]这一主张并没有被进一步证明,且由于其笼统性而无法理解。将损害赔偿请求权从《消费品买卖指令》中拿出的原因应该是一个教义学问题,否则会对成员国买卖法体系以及对普通履行障碍权利的侵入太深。在这点上原先对指令的期盼是失败的,即它可以成为“将来可能通过的欧洲合同法”的基石。^[141]

也正是由于这些没有融合的核心规范领域,通过国家按指令的原则,^[142]或是指令所包含的《联合国国际货物销售合同公约》的基本原则来调整其买卖法以及其全部履行障碍法来实现欧洲买卖法广泛的自主融合的希望自始就是不现实的。成员国在将来对买卖法和普通履行障碍法进行旨在消除存在的差别的全面修正的可能性是非常有限的。值得提及的只有西班牙,其打算到2006年对其(消费者)买卖法进行全面的修正。相反方面,法律惯性的阻力对各成员国的转化的影响是显著的。各国的思维模式以及体系机制继续存活着。这一使人清醒的回顾显示了通过指令实现融合的众所周知的缺陷。^[143]

但上述回顾也表明,如果人们想制定一部统一的欧洲债法,并希望以自主融合^[144]的方式实现这一目标,一方面是为了消除因不同的法律标准造成的畸形的贸易竞争,另一方面是为了继续保持各法律体系间的竞争,则制定一部各国立法者都能接受的示范法是一条没有前途的道路。

现在人们可以认为,这些畸形竞争是从属性的思想造成的。如果不认同这种法政治学的观点,则《消费品买卖指令》在不同成员国的转化应被视为成员国原有体系的巨大惯性阻力的反面教材。对此我有一定的认识:各成员国都在判例和学说中形成了长期的方法论和解释文化,这有助于法律条文的继续发散,以实现个案在结果上——依各国的价值观——公平的法律适用。买卖法

[139] 最短期限可以给消费者以方向,但它并不能为销售者提供全部的风险评估,因为销售者应为自己的成本核算知晓最长的期限,对销售者作为潜在的瑕疵担保责任人的处分自由的保护,参见, Mansel, Die Reform des Verjährungsrechts, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 333, 348 f.; ohne Aussage da《消费品买卖指令》的经济分析,参见 Grundmann/Bianca-Gomez (Fn. 5), Art. 2 VGKRL Rz. 110 f.

[140] Grundmann/Bianca-Grundmann (Fn. 5), Einl. Rz. 109.

[141] 对负责指令事宜的欧洲委员会官员的此种期望,参见 Staudenmayer, aaO., in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht 2000, S. 27, 28.

[142] 对欧洲委员会的相关(次要)目标的说明,参见 Schermaier, “Rechtsangleichung und Rechtswissenschaft im kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsrecht”, ders. (Hrsg.), Verbrauchsgüterkauf in Europa, (2002), S. 3, 12 mit Fn. 52.

[143] 成员国不同的转化政策的一般介绍,参见 W. -H. Roth (Fn. 137), S. 113, 116 ff.

[144] 对自主融合的介绍,参见 Mansel, “Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit”, JZ 1991, 529, 530 f.

和履行障碍法被发展成彼此区别的——从各成员国的角度看——包含特殊公平价值的体系。^[145]视角的国别性有多大,看看它们对买卖法中的瑕疵担保“合适的”存续期间的争论就知道了。在芬兰人们认为绝对的十年期限是合适的,而在英国这一期限是六年,在其他国家则只有两年。放弃已经验证可行的结构越困难,这些结构的差异越大。指令有助于成员国的构建自由保持通畅。^[146]

从以上原因来说,通过示范法实现欧洲法律统一的道路是否是充满希望的不无疑问。美国的《统一商法典》^[147]也不能作为成功示范法的范例。美国《统一商法典》的成功在很大程度上是以美国联邦州非常相似的法律传统为基础的。无独有偶,受大陆法系影响的路易斯安那州只是在部分领域——主要是在投资安全的特别领域(《投资安全法》第8条)——继受了《统一商法典》。而我们在欧洲的罗马法系、普通法系、北欧法系以及那些受德国法共同影响的国家的法律中则无法确定如此趋同的法律传统,尽管结果上的趋同也比较明显。

1999年《消费品买卖指令》公布后欧洲的发展并没有停滞。在芬兰城市坦佩雷^[148]召开的欧洲理事会规定了强化的欧洲民法体系融合的新倡议。欧洲委员会在其2001年6月11日^[149]的公报中使用了一部相互联系的欧洲合同法的标题。一个行动计划开启了形成欧洲合同法参考框架的进程。欧洲议会在同一年年末同化民法^[150]的决议继续推动这一进程,其暂时的终点是2003年行动计划,^[151]该行动计划规定了欧洲合同法统一的具体措施。

(责任编辑:赵秀举)

^[145] 对欧洲统一民法的工作的批评,参见 *Jansen*, “Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität”, (2004), 文中对工作团队不正式的法律发现程序提出了批评, S. 81 ff.; 从政治学的视角对这种非正式的程序的模型的进一步分析, 参见: *Eberlein/Grande*, Die Europäische Union als Regulierungsstaat: Transnationale Regulierungsnetzwerke und die Institutionalisierung des Regierens in Europa, in: *Jachtenfuchs/Kohler-Koch (Hrsg.)*, Europäische Integration, 2. Aufl. 2003, S. 417, 以跨国学术网络(机构)作为非正式融合的代理人, 参见, S. 433 ff.

^[146] 肯定意见参见: *Canaris*, Aspekte der europäischen Rechtsangleichung mit Hilfe von Richtlinien, in: *Canaris/Zaccaria (Hrsg.)*, Die Umsetzung von zivilrechtlichen Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft in Italien und Deutschland, 2002, S. 129, 132 ff.

^[147] 最近的改革, 附相关说明, 参见 *Reimann/Hahn* (Fn. 134), IPRax 2004, 146 ff.

^[148] 欧洲理事会1999年坦佩雷峰会, SI(1999) 800。欧洲理事会主席本次会议所作的第5点和第39点结论。

^[149] 欧洲委员会向欧洲理事会和欧洲议会就欧洲合同法提出的报告, KOM(2001) 398 endg., ABL EG 2001 C 255/1; 参见 *Grundmann/Stuyck (Hrsg.)*, An Academic Green Paper on European Contract Law, 2002; siehe ferner u. a. *Grundmann*, Harmonisierung, Europäischer Kodex, Europäisches System der Vertragsrechte, NJW 2002, 393; *Leible*, Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht—Startschuss für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch?, EWS 2001, 471; *Schulte-Nölke*, Ein Vertragsgesetzbuch für Europa? JZ 2001, 917; *Staudenmayer*, Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, EuZW 2001, 485.

^[150] 促进成员国民法法律融合的决定, ABL EG 2001 C 140E/538.

^[151] 欧洲委员会向欧洲议会和欧洲理事会提交的报告——一部更紧密联系的欧洲合同法。2003年2月12日行动计划, KOM(2003) 68 endg., ABL EG 2003 C 63/1; 参见 *Staudenmayer*, Der Aktionsplan der EG-Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, EuZW 2003, 165。参见, 欧洲议会就欧洲委员会向欧洲议会及欧洲理事会提出的一个更加紧密联系的欧洲合同法的报告所作的决定: 行动计划[KOM(2003) 68—2003/2093(INI)]。