

中国《民法典》买卖法中的开放式问题 ——与德国法及欧盟法相比较

[德] 托马斯·M.J. 默勒斯 著 李雨泽 译*

内容提要：中国《民法典》的编纂吸收了欧陆法典与普通法的经验，其规定的买卖法即借鉴了《联合国国际货物销售合同公约》，而后者吸收了两大法系的规则，由此显示出中国《民法典》自己的独有特点。就《民法典》规定的具体规则的理解与适用而言，仍需汲取比较法上的有益因素以发展完善自己。以买卖法中的检验义务、瑕疵担保权的顺位以及格式条款控制这三项问题为例，在检验义务范围方面，中国《民法典》制定了比《德国商法典》更为严格的标准，目的是鼓励交易，值得肯定，但前者在具体相关概念的运用上并未给予相应概念以清晰定义，并且也未对公开瑕疵和隐蔽瑕疵予以区分，对此应通过司法解释等予以明确，以为相应规则的准确适用奠定基础；在瑕疵担保权的顺位问题上，中国《民法典》亦未明确规定相应的顺位，而仅规定了权利人救济方式的选择取决于“损害大小”及“合理性”因素的判断，这一表述过于笼统，应通过司法解释予以具体化；在格式条款的控制问题上，中国《民法典》虽然没有明确规定消费者保护的内容，但在合同编有三项关于格式条款的规定，这与《德国民法典》相似，亦可被归入消费者保护的范畴，只是在格式条款的审查方面，法典编纂过程中关于增设相关实例的提议并未被最后通过的《民法典》采纳，由此导致的问题应在未来的司法实践中被重点关注，但无论如何，意思自治仍占据重要地位。

关键词：买卖法 瑕疵权利 消费者保护 格式条款控制 瑕疵检验及通知义务

一、引 论

（一）历史上之发展

法律是在不断发展变化的。直到 20 世纪初，清朝的民事法律关系仍受刑法和儒家道德规

* 托马斯·M.J. 默勒斯，德国奥格斯堡大学法学院教席教授；李雨泽，德国帕绍大学法学院博士候选人。
本译文受国家留学基金委“国家建设高水平大学公派研究生项目”（201808310090）资助。

则——“礼”——的制约。^[1] 光绪帝在位时还在制定一部民法典，但由于光绪帝的下台，这部民法典一直没有生效。它是在《德国民法典》和《日本民法典》的影响下制定的。^[2] 《中华民国民法》颁布于1929—1930年，共有1225条，施行到1949年。^[3] 1979年以来，中华人民共和国进行了经济体制改革，开始发展市场经济。^[4] 与此同时，中国民法的编纂也做了大量工作，由此产生了许多单行法。其中包括1999年的《合同法》、^[5] 1993年的《消费者权益保护法》^[6] 和1986年的《民法通则》（2017年修订为《民法总则》^[7]）。这些法律不仅受到欧洲法典的影响，而且越来越多地受到普通法的影响。这次编纂运动的一个亮点是新民法典，各个单行法被合并为一部《民法典》，共1260条，于2020年5月28日经全国人民代表大会通过，2021年1月1日起施行。^[8] 由于立法者以已有的单行法作为基础，使民法典的快速编纂成为可能。^[9]

（二）其他法源：最高人民法院的抽象—概括解释

1. 德国的法教义学

德国法院执掌国家司法权力。在这方面，规范之间体现为严格的等级特征：作为德国最高层级的法律渊源，德国《基本法》对“一般法”（das einfache Recht）具有决定性影响，对民法也有很大影响。^[10] 中国法上，法院的判决原则上不具有约束力，因此不构成“判决先例”（stare decisis），德国也同样如此。^[11] 但在德国，判决也可以具有很强的“事实上的约束力”（faktische Bindungswirkung），即法律适用者须以之为次级法源，如不能提出更好的理由，就必须遵循它们。^[12] 德国法还以其法教义学、作为法之“文法”（Grammatik des Rechts）的立法、判例和法学文献之间的整合、成文和不成文的基本法律规则及法律原则而著称。^[13]

[1] 相关历史，参见 Li, The Codification of Chinese Civil Law Innovations and Controversies, in: Möllers/Li, The General Rules of Chinese Civil Law, 2018, pp. 21 ff.; Kroymann/Xu, Grundlagen, in: Binding/Piöbler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015, Kap. 1 Rn. 1 ff.; Bu, Hintergrund, Bestandsaufnahme und Anmerkungen zum BT ZGB-mit dem Vertrags- und Erbrecht im Fokus, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3 ff.

[2] Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 286; Bu, Chinese Civil Code—The General Part, 2019, Chap. 1 Rn. 42.

[3] 如今仍施行于中国台湾地区。

[4] Han, Consumer Sales in Peoples's Republic of China, in: Howells/Twigg-Flesner/Micklitz/Lei (Eds.), Comparative Consumer Sales Law, 2019, S. 82.

[5] 《合同法》于1999年3月15日由第九届全国人民代表大会第二次会议通过，可通过 http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content_4732.htm 进行访问。

[6] 《消费者权益保护法》于1993年10月31日由第八届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过，2013年10月25日修正后的版本，刊载于《全国人民代表大会常委会公报》2013年第6期，第789页；德译本参见 Gresbrand/Martinek/Odom/Rotermund/Will/Piöbler, ZCHR 2014/1, 69-85.

[7] 《民法通则》于1986年4月12日由第六届全国人民代表大会第四次会议通过并发布，关于2017年3月15日颁布的《民法总则》，德文、英文及中文版本，可参见 Möllers/Li, The New General Principles of China Law, 2018, S. 295-371。须注意的是，《民法总则》并非《民法通则》的修订，译文为尊重作者原意，未作修改。——译者按

[8] 《民法典》于2020年5月28日由第十三届全国人民代表大会第三次会议通过，中华人民共和国主席令第四十五号公布，中文版可通过 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25cc8.shtml> 访问；英文版可通过 https://pkulaw.com/en_law/aa00daaeb5a4fe4ebdfb.html 访问；德文版尚待出版。

[9] Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3.

[10] 对此，参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 11 Rn. 11 ff. und Rn. 55 ff.

[11] Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 3 ff.

[12] Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 14 ff.

[13] Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 3a.

2. 中国最高人民法院的司法解释

中国《民法典》第10条还提到,除了法律之外,习惯也是法源。这与《德国民法典》第157条和《瑞士民法典》第5条第2款相似。德国和中国的法律状况存在重要差异。中国的最高权力机关是全国人民代表大会。^[14] 法院无须解释法律,而是适用法律。为了确保适用上的统一,立法解释由全国人大常委会进行,“司法解释”(Justizauslegung)由最高人民法院进行。^[15] 近年来,司法解释,即最高人民法院的解释的出台,尤其具有现实意义。^[16] 这些抽象的概括解释必须与具体法律程序中的具体个别解释加以区别。这些具体和个别的解释可与《欧盟运行条约》第267条规定的初步裁决程序相比较。^[17] 欧洲法院和德国联邦宪法法院也意识到法律条款的适用和解释之间的区别。^[18]

3. 最高人民法院司法解释的“法律特质”(Rechtsqualität)

抽象的一般解释旨在确保法律的统一适用。^[19] 最高人民法院出台了数量众多的解释,如《民法通则》的解释、^[20]《合同法》的解释、^[21] 买卖合同^[22]及商品房买卖合同^[23]的解释等。

解释的目的是为“解释法律”(Auslegung von Gesetzen):根据《立法法》第104条的规定,这应当探求规范目的以及立法者的原意。^[24] 但实践中司法解释发展了新的法律制度,如情势变更或“不便管辖原则”(das forum non conveniens)。^[25] 不过,这并不会被认为有特别的问题,只是在解释的法律效力和约束力上存在争议。有观点认为解释对法院具有约束力。^[26] 在某些情况下,它们甚至被认为具有法律效力。^[27] 这一点得到了《最高人民法院关于司法解释工作的规

[14] 《宪法》第1条规定:“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。……中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”

[15] 这是 Ahl 所选用的术语,参见 Ahl, ZChinR 2007, 251; 在一些情况下,人们也会使用“说明”(Erläuterungen)或者“解释”(Interpretationen)一词,如 Pißler, RabelsZ 80 (2016), 373 ff., ZChinR 2007, 251。

[16] Pißler, RabelsZ 80 (2016), 373, 374 ff.

[17] Pißler, RabelsZ 80 (2016), 373, 375.

[18] 最近的区分,参见 BverfG, Beschl. v. 6. 11. 2019, 1-BVR 276/17, NJW 2020, 314 = JZ 2020, 201 Rn. 68 ff. - Recht auf Vergessen II; Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 12 Rn. 118 f.

[19] Pißler, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. II, 2009, Stichwort: Sozialistisches Recht.

[20] 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》,1988年1月26日通过,德译本参见 Münzel, 可通过 www.chinas-recht.de/zivilrecht.htm 访问。该司法解释已被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件决定》废止(编者注)。

[21] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》,1999年12月19日通过,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》于2009年12月19日通过,德译本参见 Pißler, ZChinR 2009, 288 ff.。该司法解释已被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》废止(编者注)。

[22] 《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〔2012〕8号),2012年3月31日通过,德译本参见 von Cammerer, RIW 2013, 233-237 以及 Pißler, ZChinR 2014, 373 ff.。因应《民法典》的实施,该解释于2020年12月23日修订,本文使用的是修订前的版本(编者注)。

[23] 《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》,2003年3月24日通过,载《法制日报》2003年5月7日,德译本参见 Schmid 和 Pißler, ZChinR 2011, 131 ff.。因应《民法典》的实施,该解释于2020年12月23日修订,本文使用的是修订前的版本(编者注)。

[24] 《立法法》于2000年3月15日通过,德译本参见 Martinek, ZChinR 2015, 259 ff.。

[25] Pißler, RabelsZ 80 (2016), 373, 386 ff.

[26] 参见 Kroymann/Xu, Grundlagen, in: Binding/Pißler/Xu, Chinesisches Zivil-und Wirtschaftsrecht, 2015, Kap. 1 Rn. 59.

[27] 相关争议,参见 Ahl, ZChinR 2007, 251, 254 f.; Pißler, RabelsZ 80 (2016), 373, 376 f.。

定》第5条^[28]以及《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》^[29]的肯定。司法解释的个别条款已被纳入新的《民法典》之中。^[30] 司法解释的目的是实现对法律的统一解释。在欧盟法上，在具体的程序中要求欧洲法院进行解释，但最高人民法院的司法解释是一种抽象解释，对此更容易使人想起《普鲁士一般邦法》中的程序。《普鲁士一般邦法》第47条规定，对规范的解释有疑问时，法官必须将其提交立法委员会。^[31]

（三）德国潘德克顿法学的立法技术——抽象化及不确定的法律概念

潘德克顿学派^[32]以罗马法为研究对象，并对之进行体系化，故又被称为“历史学派”（historische Schule）。它和上上世的概念法学派，是法律中清晰的建构思想、概念以及概念金字塔鲜明形成的基础。^[33] 在这方面，具有简明外在体系的《德国民法典》是潘德克顿学派的产物。^[34] 中国的法典亦采纳了这一做法。^[35] 中国《民法典》的文本在结构上部分参照了《德国民法典》及《日本民法典》。民法总则之后，尚有六编：物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承及侵权责任。与《德国民法典》相比，中国《民法典》另有两编，即人格权编（第989条至第1039条）和侵权责任编（第1164条至第1258条）。中国《民法典》没有设立债法总则，只有合同法总则。^[36] 但结构上相类似的是，借助于总则而加以运作的立法技术。在各编中都可以找到总则部分，如关于法人、法律行为及代理的一般原则。合同法也分为通则（中国《民法典》第463条至第594条）和分则（中国《民法典》第595条至第988条），后者规定了个别合同类型。为了避免重复，这必然意味着对“援引技术”（Verweisungstechnik）的使用。^[37] 另一个特点是不确定的法律概念，这在总则中有诸多表现，诸如平等（中国《民法典》第4条）、自愿（中国《民法典》第5条、第7条）、公平（中国《民法典》第6条）、诚实信用（中国《民法典》第7条）和公序良俗（中国《民法典》第8条）等概念被规范化。^[38] 这需要进一步加以具体化，例

[28] 《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第5条规定：“最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力。”1997年颁布的《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》，德译本刊载于：ZChinR 1997, 130 ff；2007年修订后的《最高人民法院关于司法解释工作的规定》，德译本刊载于：ZChinR 2007, 322 ff。

[29] 参见《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第3条至第5条之规定，德译本刊载于：ZChinR 2012, 31 ff。

[30] 例如：关于检验义务的规定，即《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15条及以下规定（前引[24]），参见下文标题二项下第二部分第一节。

[31] 对此，参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 1 Fn. 105；PiBler, RabelsZ 80 (2016), 373, 375 f. Fn. 8 中也有提及。

[32] 指查士丁尼皇帝《民法大全》中的“潘德克顿”（德文为 Pandekten，源于希腊语）或者“学说汇纂”（德文为 Digesten，源于拉丁语）。

[33] 参见 Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 367 ff.；Schröder, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl. 2012, S. 248。

[34] 对此，参见 Koschaker, Europa und das römische Recht, 1947, S. 258；Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 475。

[35] Bu, Chinese Civil Code—The General Part, 2019, Chap. 1 Rn. 45, 46；dies., in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 5。

[36] 与此相关的争议，参见 Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 5 Fn. 8。

[37] 关于德国法的援引技术，可参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 4 Rn. 104 ff。

[38] 关于中国《民法典》第3条至第7条规定的基本原则，参见 Li, in: Möllers/Li, The General Rules of Chinese Civil Law, 2018, S. 17, 24 ff。

如通过最高人民法院出台的司法解释。最后,与《德国民法典》一样,中国《民法典》中也有许多旨在促进合同解释的规定,如关于意思表示的第142条、关于合同的第466条和关于对非合同关系准用合同规定的第468条。^[39]德国法上,这些规定可在《德国民法典》第133条、第157条中找到。^[40]下面我想着重就买卖法上的问题,如瑕疵的概念(标题二项下第一部分)、对所购商品的检验义务(标题二项下第二部分)以及就瑕疵物所享有的各种权利(标题二项下第三部分)加以探讨。之后为中国《民法典》与《消费者权益保护法》的关系(标题三项下第一部分),一般交易条款的控制规定(标题三项下第二部分)以及强制缔约(标题三项下第三部分)。最后以规范技术(标题四项下第一部分)和民法典中人的图像(标题四项下第二部分)的总体性评价结束。本研究旨在将中国法与德国法及欧盟法作比较研究。

二、买卖法中的核心议题

(一) 合同约定与物之瑕疵

1. 中国《民法典》第615条及以下结合第510条及以下规定

物之瑕疵和权利瑕疵之前由《合同法》第153条至第155条加以规定,以约定的质量要求为依据。中国《民法典》第615条第1句也同样以约定的质量要求为出发点,对此可通过相关的质量说明加以确定(第615条第2句)。如果合同没有约定,则需要对合同进行解释(第616条结合第510条、第511条第1项)。对第510条及以下条文的援引意味着与之前《合同法》第61条、第62条第1项所规定的一样,是以补充性解释、交易习惯和强制性国家标准为基础的。此外,中国《民法典》第612条规定,就所出卖的标的物,第三人不能向买受人主张任何权利(之前为《合同法》第150条)。如果出卖人出售本不属于他的物品,买受人可以根据《买卖合同司法解释》第3条第2款请求损害赔偿。^[41]

2. 德国及欧盟法上的瑕疵概念

这种主观上的瑕疵概念与《德国民法典》第434条相对应,它首先指约定的品质(《德国民法典》第434条第1款第1句)以及“合同预定的效用”(《德国民法典》第434条第1款第2句第1项)。^[42]《德国民法典》第434条第1款第2句第2项规定对客观标准也有提及(“通常效用”或“期待品质”)。^[43]欧盟新的《关于商品买卖若干问题的指令》(以下简称《商品买卖指令》——译者按)也未对这一主观瑕疵概念^[44]作出改动。“与合同相符”(Vertragsmäßigkeit)包含主观要求和客观要求,据此须确保“买卖双方的正当利益”。^[45]契约自由允许当事人就标的

[39] 关于先前的规定,参见 Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 10.

[40] Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 168 ff.

[41] 参见前引[22]。该条内容已被修订后的该司法解释删除(编者注)。

[42] 在确定这种用途时,除合同内容外,还必须考虑订立合同时的整体情况,参见 BGH, Urt. v. 20. 3. 2019, VIII ZR 213/18, NJW 2019, 1937, 1939.

[43] 参见《德国民法典》第434条第1款第2句第2项。

[44] Kötz, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 578 ff.

[45] 参见2019年5月20日欧盟《关于商品买卖若干问题的指令》(Richtlinie 2019/771), 权衡理由第25条第3句,载《欧盟官方公报》L 136, 第28页,《商品买卖指令》(Warenkauf-RL)。

物适约与否为消极性的约定，当然以双方明确达成一致为限。^[46] 此种“消极的品质约定”（negative Beschaffenheitsvereinbarung）之前未被法律明确规定，^[47] 而且今后会使得二手车出售等变得更加容易。^[48] 客观标准提高了对商品符合合同的要求，例如欧盟《商品买卖指令》第7条第3款规定，对于含有数字元素的商品，出卖人有义务加以更新，包括安全更新在内。欧盟《商品买卖指令》第9条首次就权利瑕疵作出了规定。

3. 主观瑕疵概念为契约自由之体现

私法自治包括契约自由、所有权自由（《德国民法典》第903条）、结婚自由（《德国民法典》第1297条）以及遗嘱自由，即就身后财产自由处分之权利（《德国民法典》第1937条）。^[49] 契约自由包括缔约自由、当事人自由、内容自由、方式自由以及变更与废除自由。^[50] 契约自由的概念直到19世纪中叶才被提出。^[51] 它以当事人的意志为基础。^[52] 除法律另有规定外，当事人双方可自行决定其法律关系。除同时附有诸多限制之外，欧盟《商品买卖指令》也对当事人的契约自由^[53]进行了强调。

中国《民法典》第5条以“自愿”（Prinzip der Freiwilligkeit）为民法的基本原则。除私法自治原则外，这别无所指。^[54] 由此推导出的契约自由业已体现在《合同法》第4条之中，该条强调，当事人有权按照自己的意愿订立合同，第三人不得加以干涉。这一规定对于市场经济的引入非常重要。^[55] 现在，中国《民法典》第130条规定（在表述上不够清晰），民事主体可以按照自己的意愿行使民事权利，不受干涉。

（二）买卖物的检验义务

1. 中国《民法典》第620条至第624条规定的检验义务

中国买卖法上的检验义务有着悠久的历史。以前由《合同法》第157条、第158条加以规定，如今规定于中国《民法典》第620条、第621条。2012年，最高人民法院在《买卖合同司法

[46] 参见前引[45]，权衡理由第37条第1句，第7条第5款，以及2019年5月20日《关于提供电子内容及电子服务若干问题的指令》（Richtlinie 2019/770）第8条第5款规定，载《欧盟官方公报》L 136，第1页，《电子内容指令》（Digitale Inhalte-RL）。

[47] 1999年5月25日欧盟《关于消费品买卖以及相关担保若干问题的指令》（1999/44/EG）第2款第3句第1种情形，载《欧盟官方公报》L 171，第12页，《消费品买卖指令》（Verbrauchsgüterkauf-RL）已为2019年《商品买卖指令》所取代。

[48] Staudenmayer, NJW 2019, 2889, 2890. 关于先前之法律，参见 S. Lorenz, in: MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 476 Rn. 9–11.

[49] Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, 1896, S. 2.

[50] Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 661; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 33 ff.; Möllers, JuS 1999, 1191, 1192.

[51] von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des römischen Rechts, Bd. 2, 1853, § § 72–78; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 8. Aufl. 1900, § 312 Fn. 5 m. w. Nachw.; s. Scherrer, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, 1948, S. 33 ff.; Rückert, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert: Kontinuität, Inhalt, Funktion, Wirkung, 1997, S. 135, 145 ff.

[52] Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, 1896, S. 126: “草案中的法律行为系指一项私人之意思表示，追求某种法律效果之发生，且因其追求而由法律赋予该种效果而言。”

[53] 参见前引[45]，《商品买卖指令》权衡理由第46条，第63条第3句。

[54] Möllers, in: Möllers/Li, The General Rules of Chinese Civil Law, 2018, S. 55, 67 ff.; Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, 2018, Rn. 335 ff.; Bu, Chinese Civil Code—The General Part, 2019, Chap. 2 Rn. 16 ff.

[55] Han, General Principles under the CCL, in: DiMatteo/Chen, Chinese Contract Law: Civil and Common Law Perspectives, 2018, S. 29, 30.

解释》中又增加了6个条文,对这两条进行了具体化。^[56]《买卖合同司法解释》第15条、第16条及第18条也(大体上)被纳入中国《民法典》第622条、第623条及第624条之中。《合同法》对当事人是否约定一定的瑕疵通知期间作了区分。在没有明确约定的情况下,买受人必须在“合理的时间”内将商品瑕疵通知出卖人。^[57]如果没有进行此种通知,依中国《民法典》第621条第2款第2句规定(之前为《合同法》第158条第2款第2句),标的物视为符合约定。《买卖合同司法解释》第15条规定,买受人签署的确认书,也会产生这种推定效力。这一推定可以被推翻。例如,网购商品由快递送达时,如果买受人在送货单上签字,推定其对商品质量予以认可(该推定可被推翻)。^[58]这一规定如今载于中国《民法典》第623条之中。

过去曾有两个问题得到过讨论:一是这些义务是否一并适用于公开的以及隐蔽的物之瑕疵。对此,最高人民法院在《买卖合同司法解释》第18条第1款中规定,在“隐蔽”瑕疵场合,法院可以延长合理期间。由中国《民法典》第622条第1款的措辞可知,如今期间为自动延长。另一方面,《买卖合同司法解释》第17条曾尝试使用不同标准,如根据瑕疵的可识别性或程序的难易程度等来确定期间的合理性,但该条未被采纳。该条也是区分公开瑕疵和隐蔽瑕疵的一种尝试。

二是有观点认为,《合同法》没有区分检验义务以及瑕疵通知义务是有问题的。^[59]在《买卖合同司法解释》中,最高人民法院将检验期间限定为两年;^[60]体现在中国《民法典》第621条第2款第2句规定中。但有两项例外:双方约定了较长的保修期,或者出卖人知道有瑕疵。^[61]中国《民法典》不区分普通买卖和消费品买卖。虽然有部分观点主张,消费者的检验期间应更长一些,^[62]但《消费者权益保护法》未对检验义务加以规定。

2. 现行欧盟《商品买卖指令》及其拟议法规定的商品检验义务

欧盟法上,买受人的检验义务此前表现为所谓的“选项条款”(Optionsklausel)。因此,是否将这一规范转化为国内法由各成员国自行决定。最后,27个成员国中有21个转化了此种检验义务,但不包括德国。^[63]在《联合国国际货物销售合同公约》^[64]以及德国或者奥地利的立法中,^[65]仅商事买受人负有瑕疵问责义务。

[56] 参见前引[22],《买卖合同司法解释》第15条至第20条规定。

[57] 参见中国《民法典》第621条第2款第1句,也可见《合同法》第158条第2款第1句。

[58] Bu, ZfRV 2014, 261, 270.

[59] 如 Bu, ZfRV 2014, 261, 269.

[60] 参见前引[22],《买卖合同司法解释》第17条第2款;Weidlich/Shen, in: Binding/PiBler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015, 3. Kap. Rn. 110.

[61] 参见中国《民法典》第621条第2款第2句第2个半句及第621条第3款,也可见《合同法》第158条第3款。

[62] Weidlich/Shen, in: Binding/PiBler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015, 3. Kap. Rn. 115 附有最高人民法院编写组的意见, 159 f.

[63] 仅德国、奥地利、法国、波兰、希腊和爱尔兰未对其进行转化,参见 Commission Staff Working Document on the Impacts of fully harmonised rules on contracts for the sales of goods supplementing the impact assessment v. 31. 10. 2017, SWD (2017) 354 final, S. 25.

[64] Art. 39 Abs. 1 Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf v. 23. 10. 1990, BGBl. II, S. 1477 - UN-Kaufrecht.

[65] 《德国商法典》第377条,参见 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 377 bzw. § 373 UGB.

欧盟委员会此前一直是欧盟《商品买卖指令》规定“通知义务”（Anzeigepflicht）^[66] 的反对者。^[67] 它部分出于经验性的理由：通知义务的实际影响不大，因为当商品出现问题时，80% 以上的买受人会通知出卖人。^[68] 文献中也有观点反对消费者的瑕疵通知义务，理由是消费者不知道有此义务时，要求其进行通知是不合理的。^[69] 然而，上述论证的依据并不充分。如今依欧盟《商品买卖指令》第 12 条规定，消费者只有在“明知”（positiv erkennt）商品不符合要求的情况下，方需要进行通知。^[70] 也就是说，消费者在收到商品后，不必主动进行检验。这种弱化的表述，使两个月的通知期不能从商品交付时，而只能从消费者知道商品不合格时加以起算。^[71] 这对消费者来说是可期待且合理的。占主导地位的观点认为，瑕疵通知义务是适当的，而且符合消费者的利益，这在 1999 年《消费品买卖指令》^[72] 和欧盟《商品买卖指令》^[73] 的文献中都为多数学者所主张。美国也是以消费者的瑕疵告知义务^[74] 而著称。

通知义务具有证据保全功能，^[75] 因为买受人须将瑕疵记录下来并与出卖人进行沟通。如果他不这样做，则通知期间届满后拟制为不存在瑕疵。据此，出卖人可以提前获悉瑕疵的存在，并就自己即将面临的瑕疵担保权作出回应；另一方面，也应避免此种面临瑕疵请求权的局面持续过

[66] 德国法上称为“问责之不真正义务”（Rügeobliegenheit），而非“通知义务”（Anzeigepflicht），因为其履行不得为强制，而只是为了自己的利益加以遵守，以避免遭受法律上之不利利益，参见 Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 19 Rn. 35。

[67] 2017 年 10 月 31 日，欧盟《关于与商品买卖有关的合同法某些方面的指令的修正提案》权衡理由第 25 条第 2 句及第 3 句，COM (2017) 637 final 以及 Working Document Impact Assessment, Commission Staff Working Document on the Impacts of fully harmonised rules on contracts for the sales of goods supplementing the impact assessment v. 31. 10. 2017, SWD (2017) 354 final—Staff Working Document Impact Assessment, S. 25。

[68] 参见前引 [63]，Staff Working Document Impact Assessment, S. 25 声称有 37%~58%；ICF, Study on the costs and benefits of minimum harmonisation under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/44/EC and of potential full harmonisation and alignment of EU rules for different sales channels v. März 2017, S. 58 声称有 84%。

[69] 早先的观点，参见 Medicus, Verbraucherrecht und Verbrauchsgüterkauf im einem kodifikatorischen System—Bürgerrecht, Handelsrecht und Sonderprivatrecht, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht—Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, 2000, S. 219, 228（但须注意脚注 72 中该作者的文献）；Ernst/Gsell, Kaufrechtsrichtlinie und BGB, ZIP 2000, 1410, 1426（但须注意脚注 72 中该作者的文献）；Magnus, Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG, A 15, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der europäischen Union, 40. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 5 Rn. 15 认为是“对出卖人不正当之优待”（ungerechtfertigte Privilegierung des Verkäufers）。

[70] 这与 1999 年《消费品买卖指令》第 5 条第 2 款规定相符，参见前引 [47]。欧盟法院也对此进行过确认，参见 Urt. v. 4. 6. 2015, C-497/12, ECLI: EU: C: 2015: 357, Rn. 61—Faber。

[71] 欧盟《消费品买卖及担保指令的建议案》，德文为“Vorschlag Verbrauchsgüterkauf-RL”，1996 年 6 月 18 日公布，载于 COM (95) 520 中，认为问责之不真正义务，应取决于消费者“是否确定或者应当确定商品与合同不符”。前引 [47]，1999 年《消费品买卖指令》的最终文本则取消了对过失的非难，且因此已经是一个明显受到削弱的有利于消费者的版本；对此，参见 Gsell, Die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, ERPL 7 (1999), 151, 163 f.。

[72] Medicus, Ein neues Kaufrecht für Verbraucher?, ZIP 1996, 1928; bei Vermeidung einer Untersuchungs-pflicht; Ehmann/Rust, Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, JZ 1999, 853, 862; Gsell, ERPL 7 (1999), 151, 163 f.; Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 487。

[73] Dassbach, Untersuchungs-und Rügeobliegenheiten im Richtlinien-vorschlag über bestimmte vertragsrecht-liche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, GPR 2016, 211, 216; Rudloff, Der Vorschlag einer Warenhandels-Richtlinie der EU—Fortschritt auf dem Weg zu mehr Nachhaltigkeit, VuR 2018, 325, 327。

[74] 美国《统一商法典》第 2—602 条第 1 款规定：“拒收货物必须在交付或提示交付货物后的合理时间内作出。如果买方未能及时通知卖方，拒收无效。”

[75] 关于《德国商法典》第 377 条的证据保全利益，参见 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 377 Rn. 32。

长时间。^{〔76〕}这也使得其能够与上游供应商取得联系。^{〔77〕}以防止瑕疵造成进一步的损害。^{〔78〕}因此,一种温和的瑕疵通知义务在经济上也是有意义的。如果对关于商品买卖的指令进行修正,则应根据拟议法完全统一检验义务,以便在所有成员国进行转化。^{〔79〕}

3. 中国与欧盟法上检验义务的比较

(1) 在内容上,检验义务是以《联合国国际货物销售合同公约》为基础的。然而,《联合国国际货物销售合同公约》第39条和第40条规定明显简短得多。《德国商法典》第377条在这方面要明确许多,其规定有“毫不迟延”的检查和通知义务,且仅对隐蔽瑕疵规定了例外。这通常是一段两周到八周的时间;^{〔80〕}消费品买卖中则为两个月。中国《民法典》第624条另设约定检验义务的规定,由于第621条第1款第1句业已有所规定,在体系上非属妥适。规范内容上,出卖人依照买受人的指示向第三人交付标的物,出卖人和买受人约定的检验标准与买受人和第三人约定的检验标准不一致的,应以出卖人和买受人约定的检验标准为准。这里买卖合同所约定的内容具有优先性(中国《民法典》第624条)。这似乎是不言而喻的,因此没有必要规定。中国《民法典》第622条第2款规定,法律、行政法规规定的期间优先于当事人约定的检验期间,也无规定必要。此外,如第621条第2款规定的“合理时间”^{〔81〕}以及公开和隐蔽瑕疵的区分等问题,欠缺相关的定义。总之,这些规定过于繁琐重复了。清晰且简明的规定,能使各方当事人从中获益。

(2) 从经济角度看,必须致力于将消费者保护的负担保持在最优性价比上。^{〔82〕}过度保护消费者不符合买受人的利益,因为成本上的增加会加重其负担。从内容上看,瑕疵通知的功能是确定商品符合合同,从而确保法律平和。^{〔83〕}然而,旨在鼓励交易的中国《民法典》,^{〔84〕}在诸如时效期间届满前不久方发现隐蔽瑕疵的问题上,似乎比《德国商法典》更加严格。交付凭证上的签名事实上是否可引发对买受人不利的推定,也值得商榷。尤其是买受人没有合理的时间进行检验时,这一规定显得既不切合实际也不具有正当性。

(三) 责任依据与买卖法上的瑕疵担保权

1. 买卖法上救济选择权之不明确(中国《民法典》第582条)

1900年《德国民法典》针对瑕疵物规定了两种法律救济,这可以追溯到罗马法。罗马法上关于奴隶买卖的“解约之诉”(redhibitoria)和“价金减少之诉”(quanti minoris)构成德国法上“瑕疵解约”(Wandlung)以及“减价”(Minderung)的基础。^{〔85〕}中国法上也是如此。但中国规

〔76〕 关于《德国商法典》第377条规定的调查义务,参见BGH, Urt. v 13. 5. 1987, VIII ZR 137/86, BGHZ 101, 49, 53.

〔77〕 Dassbach, GPR 2016, 211, 215.

〔78〕 Dassbach, GPR 2016, 211, 215.

〔79〕 对此,参见 Möllers, in: FS Grunewald, 2021 (即将出版)。

〔80〕 Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 377 Rn. 23 m. w. Nachw.

〔81〕 Kritisch bereits Lichtenstein, IHR 2013, 98, 99.

〔82〕 Grundmann, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie-Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, JZ 2013, 53, 63.

〔83〕 可参见前引〔71〕, Vorschlag Verbrauchsgüterkauf-RL, S. 16.

〔84〕 Weidlich/Shen, in: Binding/Piöbler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015, 3. Kap. Rn. 115.

〔85〕 关于奴隶买卖中,解约之诉(Ulp. D. 21, 1; 19, 6)与减价之诉(Gell. 4. 2, 5; Ed. D. 21, 1, 38 pr.)的区分,参见 Kaser, Römisches Recht, 2. Aufl. 1971, S 131. II. 4. S. 559 f.; Zimmermann, Law of Obligations, 1993, S. 331; Medicus, in: Zimmermann, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, 1999, S. 307 ff.。

定有所谓“三包制度”，包括修理、更换以及退货三种担保方式。^[86]《合同法》规定了瑕疵情形（即不符合约定的质量要求）的违约责任，且援引了《合同法》总则中的相关规定，如《合同法》第155条及第111条的规定所示。《合同法》第111条和《消费者权益保护法》第24条第1款规定赋予买受人在违约情形下就修理、更换、重做、退货和减价之间加以选择的权利。《合同法》第113条则对损害赔偿请求权作了单独规定。

这些规定如今表现为中国《民法典》第617条结合第582条至第584条规定。据此，须首先考察当事人之间达成的约定（中国《民法典》第582条第1句）。依中国《民法典》第618条规定，瑕疵担保责任在很大程度上可以预先免除，但涉及故意或者重大过失的情形除外。在缺乏约定时，买受人可以依中国《民法典》第582条第2句就上述法律补救措施加以选择。该选择取决于“标的的性质和损害的大小”，以及选择的“合理性”。从这一规定中无法得出各种补救措施的其他要件。

有观点认为，由于法律没有对各担保权利之间的关系作出规定，结果是买受人享有选择权。^[87]不过，这里要进行区分：在消费者保护法中，如果出现瑕疵，买受人可以在七天内退货，当事人对此有相反约定的除外（《消费者权益保护法》第24条第1款）。然而，中国《民法典》中没有纳入这种不合理的后悔权：中国《民法典》第610条（《合同法》第148条）规定，退货以合同目的不能实现为要件。^[88]买卖法的这一规定也与合同编通则中的规定，即中国《民法典》第563条第4项（《合同法》第94条第4项）相对应。至于合同目的何时无法实现，仍不清楚。因此，修理和更换很可能优先。至于买受人之“自助”（Selbsthilfe），《买卖合同司法解释》对此曾有过相关规定，^[89]但没有纳入中国《民法典》中。文献中也有观点认为，只有在根本违约的情况下才能要求更换。^[90]最后，损害赔偿请求权受到中国《民法典》第584条的限制。据此，损害必须可以预见。

2. 《联合国国际货物销售合同公约》和欧洲消费品买卖中的不同补救方法

（1）中国《民法典》中的责任规定是借鉴英美法^[91]和《联合国国际货物销售合同公约》^[92]而加以制定的。《联合国国际货物销售合同公约》只规定了违约的一般规则，并就根本违约和非根本违约加以区分。在《联合国国际货物销售合同公约》中，买受人可以要求补正履行，但只有在根本违约的情况下才可以要求更换。^[93]这源于英美法上以特定履行为例外性救济的做法。《联合国国际货物销售合同公约》第46条第2款规定，只有在合理期间届满后才有可能解除合同。出卖人也可以依第48条的规定进行补正。而欧盟买卖法针对消费者有自己的规定。中国《合同法》同样没有类似于德国法上特别买卖瑕疵担保法的存在。^[94]中国《民法典》对此也只字未提。

（2）欧盟法上，各种补救措施之间有明确的等级关系：修理及更换具有优先性。例如《德国

[86] Han, Consumer Sales in Peoples's Republic of China, in: Howells/Twigg-Flesner/Micklitz/Lei, Comparative Consumer Sales Law, 2019, S. 82, 86.

[87] Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 25 认为缺乏法定的优先顺序。

[88] Eberl-Borges/Su, ZVglRWiss 11 (2012), 125, 131.

[89] 参见前引 [22]，《买卖合同司法解释》第22条。

[90] S. Rüffert, Das Recht der Sachmangelgewährleistung beim Kauf in der Volksrepublik China, 1994, S. 75.

[91] Shen, in: FS Horn, 2006, S. 125, 131.

[92] Eberl-Borges/Su, ZVglRWiss 11 (2012), 125, 130; Bu, ZfRV 2014, 261, 269; Art. 38 – 44 UN-Kaufrecht.

[93] Art. 46 UN-Kaufrecht, Bridge, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, 2016, Chap. 19 Rn. 102; Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 308.

[94] Bu, Einführung in das Recht Chinas, 2. Aufl. München 2017, § 12 Rn. 89.

民法典》第437条第1款、第439条规定的补正请求权，^[95]是买受人起初可主张的唯一救济。^[96]这就给了出卖人保有部分利润的机会。这在经济上是合理的。但是，如果修理和更换会导致不成比例的费用，则原则上会被排除。^[97]在德国，《德国民法典》第439条第4款对此也作了明确规定；第475条第4款同时规定，消费品买卖中，出卖人不享有“全部拒绝权”（Totalverweigerungsrecht）。^[98]相比之下，解除和减价则后位于修理及更换。如果只是“轻微”的不符合合同，消费者无权解除合同。^[99]欧盟《商品买卖指令》第10条第1款规定，消费者原则上需要证明商品在交付时存在瑕疵。但迄今为止，在商品交付后的前六个月内，针对消费者适用举证责任倒置的规则，即由出卖人负证明责任（《德国民法典》第477条）。这一六个月的期间如今被延长至一年（欧盟《商品买卖指令》第11条第1款）。中国法上，关于机动车、计算机、电视机等商品及其他耐用品，针对消费者也设有类似的规定，即六个月内适用举证责任倒置的规则（《消费者权益保护法》第23条第3款）。

3. 对中国法律状况的评价

有两项法律问题中国立法者没有作出明确规定：一方面，强制性法律与任意性法律之间的关系不明。中国《民法典》第618条规定，出卖人故意或因重大过失不告知瑕疵的，担保责任排除的约定无效。但不清楚的是，是否有其他责任排除上的限制。像《德国民法典》第476条（对消费者禁止为不同之约定）这样的规定未被纳入。当然，中国《民法典》第496条及以下关于格式条款控制的规定似乎仍可介入，这一点马上讨论（标题三项下第二部分）。此外，中国立法者未对法律救济措施的次序关系发表意见，也很令人惊讶。如果没有达成相关约定，买受人似乎可以自由选择补救措施。这适用于《消费者权益保护法》第24条第1款中的消费者买卖，但也可能适用于普通买卖。中国《民法典》第582条第2句规定的选择取决于“损害的大小”或者“合理性”，这一要件过于模糊，需要进一步具体化。这一“不受限制”的选择权虽与《欧洲共同买卖法草案》第106条第3款a项规定相符，^[100]却不符合其他国际以及欧盟买卖法上的规定。与之相对，在欧盟消费者保护法中，修理和更换具有优先性（仅见《德国民法典》第437条第1项、第439条），解除原则上居于后位。这是可以理解的，因为恣意的解除或减价会增加成本。如买受人发现某处的商品更便宜，或者对履行合同失去兴趣，他便可借此解除合同。^[101]而买受人先接受修理或者更换也有其道理，因为他最终仍能获得无瑕疵的商品。因此，欧洲买卖法拒绝规定这一后悔权是为正确之举。^[102]结果是，中国买卖法赋予当事人的“太多，同时又太少”（zu viel und gleichzeitig zu wenig）：

[95] 德国买卖法上，“补正”（Nacherfüllung）是修理及更换的上位概念。

[96] BeckOK-BGB/Faust, 54. Ed. 1. 5. 2020, BGB § 439 Rn. 2.

[97] 前引[45]，《商品买卖指令》第13条第2款、第3款及权衡理由48以下、以及51，和前引[47]，1999年《消费品买卖指令》第3条第3款及第1款、第2款。相关判决，参见EuGH, Urt. v. 16. 6. 2011, C-65/09 u. a., EU: C: 2011: 396, Rn. 68 ff. —Weber; 对此持保留态度者，参见Zöchling-Jud, GPR 2019, 115, 128.

[98] 这一规定在引入《德国民法典》第475条第4款之前，已经由欧盟法院作出过判决，对此参见EuGH, Urt. v. 16. 6. 2011, C-65/09 u. a., ECLI: C: 2011: 396, Rn. 68 ff. —Weber.

[99] 前引[45]，欧盟《商品买卖指令》第13条第5款。

[100] 《欧洲共同买卖法草案》，英文全称为“Common European Sales Law”，简称“CESL”，德文全称为“Vorschlag für über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht”，2011年10月11日公布，参见KOM (2011) 635.

[101] 针对《欧洲共同买卖法草案》第106条的批评，可参见Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 310 f.

[102] 关于撤回中的后悔权问题，参见Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 15 Rn. 32 f.

从买受人的角度看，如果允许出卖人在合同中不加具体限制地排除瑕疵责任，则属保护不足；而如果允许买受人在没有约定的情况下可立即选择解除或者减价，则又保护过多。

三、契约自由的矫正与中国《民法典》中的消费者保护

（一）《消费者权益保护法》没有纳入中国《民法典》

1. 《消费者权益保护法》与中国《民法典》

中国《消费者权益保护法》自1994年1月1日起生效，2009年和2013年分别进行了大幅度修订。中国《民法典》未将其纳入，仅有少数几个条文提到了消费者或者含有所谓消费者保护的手段。这是否令人遗憾？有观点为此辩护：《消费者权益保护法》在性质上并不是真正的民法，而是含有公法规范，且从比较法的角度来看，将其统合入民法典之中并不十分具有说服力。^[103]众所周知，尽管《德国民法典》在2002年德国债法改革过程中补充了许多欧盟指令中关于消费者保护的规定，^[104] 欧盟一些成员国仍采取了与德国不同的进路。例如，法国、奥地利和意大利均没有将欧盟指令中的消费者保护规范转化到各自的民法典之中，而是单独制定有自己的消费者保护法。^[105] 这一做法的优点在于，内国民法典本身基本上不需要因欧洲消费者保护法而进行改动，而且在二者出现分歧时，也不会因此发生转化以及解释上的难题。^[106]

但在中国并不存在上述指令转化的问题，因为中国《民法典》可以直接适用于全中国。^[107]至于《消费者权益保护法》中个别具有公法性质的规定，说服力则很有限，因为当中的民法规范很容易被纳入《民法典》之中。而德国债法改革过程中，支持消费者保护统合入民法典的观点也可挪用于此：如果将当今消费者生活中的重要领域与民法典分开，单独用一部法律而加以规定，那么作为最为重要的调整民事法律关系的法律，国家编纂民法典的意义就会受损，因为每个国民都可以是消费者，除非是与商人进行商事往来。^[108] 因此作为消费者保护的现代要素，如典型的格式条款控制以及网购商品的撤回权问题，^[109] 其核心内容仍为民事关系，应由民法典调整。^[110]

[103] Wu, Die Eingliederung der Verbraucherverträge in das chinesische ZGB, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 109, 114, 118.

[104] 具体而言，有13项欧盟指令被纳入《德国民法典》之中，关于《德国民法典》2002年1月2日的版本，参见BGBl. I S. 42, 45 Anm.; 详可参见 Möllers, Europäische Richtlinien des bürgerlichen Rechts, JZ 2002, 121 ff.; 被翻译的版本，参见 ERPL 10 (2002), 777 ff.。对于没有以体系化方式将消费者保护法整合入民法典之中的批评，参见 Micklitz, Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, 2012, S. 31.

[105] 可参见法国《消费法典》(Code de la consommation)、奥地利《消费者法》(das österreichische Konsumentengesetz)以及意大利《消费者法》(Codice del consumo)。

[106] 关于这种对国内法规定进行解释的范围上的探讨，参见 Möllers, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Teil einer modernen Methodenlehre-Zur Neubestimmung der Contra-legem-Grenze bei der Berücksichtigung von europäischem Recht, in: Torggler, Richterliche Rechtsfortbildung, 2019, S. 77 ff.。

[107] 与之相对，欧盟指令采取了不同的立法技术，参见《欧盟运行条约》第288条第3款规定。

[108] Möllers, JZ 2002, 121, 126, 134.

[109] 2015年电子商务市场交易额达到3.8万亿人民币，参见 Han, Consumer Sales in Peoples's Republic of China, in: Howells/Twigg-Flesner/Micklitz/Lei, Comparative Consumer Sales Law, 2019, S. 82.

[110] 与此相关的讨论，参见 Wu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 109, 116 f. in den Fn. 35 - 40; 对此持批评态度者，亦可见 Binding, Consumer protection law in the People's Republic of China, China-EU Law Journal 2014, 223, 241.

2. 消费者的概念、撤回权与信息义务

中国《民法典》中关于消费者保护的规定非常简单：在总则部分，第128条对于消费者虽有提及，但只是对其他法律进行了援引。中国《民法典》中并无像《德国民法典》第13条那样关于消费者的定义性规定。这令人遗憾，因为其本可以借此机会发出一个重要信号。^[111]《消费者权益保护法》第25条规定的撤回权仅适用于远程交易，而欧盟关于消费者保护指令的规定同样适用于上门交易、分期交付合同及其他交易类型（也可参见《德国民法典》第312g条，第485条，第495条，第510条，第514条及第650l条）。对此，中国《民法典》本可借此机会澄清解除、撤销、终止等形成权与撤回权之间的关系。^[112]中国《民法典》也完全没有提及信息义务这一典型的消费者保护要素，至少应可以援引《消费者权益保护法》的相关规定。^[113]这十分令人遗憾，因为德国立法及判例均特意使用这一手段来确保风险的合理分配。^[114]

（二）中国《民法典》第496条至第498条关于格式条款的控制

有些规定很容易被归入消费者保护的范畴，关于格式条款控制的三项规定即属此类。其中，中国《民法典》第496条涉及格式条款的可适用性，第497条列举了无效的原因，第498条则要求作不利于格式条款提供者的解释。这一解释规则大体上对应于《德国民法典》第305c条第2款规定。此外，中国《民法典》第496条规定，格式条款的提供者有提醒对方注意的义务，有疑问时，该条款视作未被有效地纳入合同。对此，德国读者从《德国民法典》第305条第2款、第305c条规定中也可有所了解。^[115]但德国法关于有效纳入问题的规定要比中国《民法典》详尽得多。此外，中国《民法典》第496条与《消费者权益保护法》第26条第1款之间也缺乏协调，后者要求以“显著方式”提醒注意，而前者却没有增加这一内容。这两部法律都规定，格式条款的提供方有义务按照对方要求对相关条款予以说明。德国法上不存在此种义务。由于经常缺乏时间以及专业知识，如何对大众交易中的格式条款进行说明，目前仍不清楚。

中国《民法典》第497条纳入了关于格式条款内容控制的规则。^[116]这一规定也见于《消费者权益保护法》第26条第2款。第497条中的三项规定明显不如《德国民法典》第308条、第309条以及涵盖不同案型的欧盟《一般交易条款指令》^[117]那样精确。第1项对中国《民法典》第143条及其后关于因未成年人、欺诈或错误导致无效后果的援引稍显多余。第2项涉及不被容许的责任限制，如排除故意和过失及不被容许的免责。《合同法》第40条和《消费者权益保护法》第26条第2款中已经出现过类似的规定。最后，第2项禁止限制对方的主要权利，第3项禁止排除对方的主要权利。这一用语上的重复并无必要。此外，排除主要权利的含义仍不明确。

[111] 参见前引[108]。关于消费者的概念，参见《德国民法典》第13条及中国《消费者权益保护法》第2条。

[112] 德国法上，参见 Möllers, JZ 2002, 121, 130 f.。对于中国《民法典》深感遗憾者，参见 Wu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 109, 120 f.。

[113] 关于《消费者权益保护法》第8条及第28条规定，参见 Wu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 109, 119 f.。

[114] Möllers, JZ 2002, 121, 129 f.; 更多示例，参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 21 ff.。

[115] BGH, Urt. v. 21. 4. 2009, XI ZR 78/08, NJW 2009, 2051; Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl. 2020, § 305c Rn. 19.

[116] 对于之前草案的批评，参见 Bu, in: Bu, Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 3, 13。

[117] 1993年4月5日《欧共体理事会关于消费者合同中的不公平条款的指令》（Richtlinie 93/13/EWG），载欧共体官方公报 L 95, 第 29 页，《一般交易条款指令》（AGB-RiL）。

德国及欧盟法上，一般交易条款内容上的控制通常仅指关于辅助协议的条款，以及其他合同组成部分，即“偶素”（*accidentalia negotii*）；而买卖标的物 and 价款作为合同基本内容，即“要素”（*essentialia negotii*），只有在例外情况下方为一般交易条款的控制所涵盖。^[118] 这一主要元素受制于市场，只有在非常特殊的情况下才会进行价格控制。^[119] 这也与亚当·斯密的自由主义方法相对应，他将市场描述为一只“看不见的手”，供求双方在这只手的作用下自我调节。^[120] “主要权利”一词没有真正表明它指的是合同的哪一部分。也许与《消费者权益保护法》第 26 条从体系上进行比较，对此可以有所帮助，因为后者只笼统地提到“排除或限制消费者的权利”。文献中有观点认为，应允许当事人约定修理优先于更换。^[121] 这一点得到了以下事实的支持：中国《民法典》第 618 条只禁止排除重大过失和故意的责任。但也有观点正确地批评道，对于什么时候仍应允许限制责任，什么时候不允许限制责任，并没有一个标准。^[122] 立法技术上，欧洲和德国的立法者则借助于所谓半强制性法律。^[123] 遗憾的是，关于将一般交易条款控制的具体示例进行规范化的提议被否决。^[124]

（三）中国《民法典》第 648 条、第 656 条关于电、水、气和热力供用的强制缔约

中国《民法典》第 494 条中包含了一项强制缔约义务，除危险预防和救灾之外，还有所谓“指令性任务”（德文称作 *imperativen Pflichten*，英文为 *control*）。文献中认为其适用范围并不明确。^[125] 第十章规定的电、水、气和热力供用合同是为其中一个适用领域：向公众供电的供电人，不得拒绝用电人合理的订立合同要求（第 648 条）。第 656 条将上述强制缔约义务扩大到水、气和热力的供用上。电、水、气、热力的供应人不仅有义务提供服务，而且有义务设置相应的设施。此外，还规定有需要中断供应时的通知义务与损害赔偿责任。中国《民法典》第 648 条和第 656 条规定的强制缔约制度可以说是对弱势者的保护，因为此为后者日常生活所必需。

德国法上，在公民依赖对方为给付的情况下，经由判例发展而来的强制缔约义务，已经存在了近 100 年。^[126] 对此，立法者针对诸多涉及基本生活供应的合同，规定有强制缔约义务。除电和气的供应外（德国《能源经济法》第 17 条第 1 款），还包括邮政服务（德国《邮政法》第 3 条）、电信（德国《电信法》第 84 条）、公共铁路（德国《通用铁路法》第 10 条）和公共汽车、电车和出租车等运输公司在日常公共交通中的运输义务（德国《客运法》第 22 条）以及保险保

[118] 对此参见《德国民法典》第 307 条第 3 款，关于价格条款不明时的例外，参见前引 [117]，欧盟《一般交易条款指令》第 4 条第 2 款；Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2020, § 307 Rn. 41 ff.; Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 9. Aufl. 2018, § 10 Rn. 12 ff.。

[119] 关于价格控制构成《德国民法典》第 138 条第 1 款悖俗欺诈行为的要件，参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 51 ff., 54a。

[120] Smith, *Wealth of Nations*, 9th ed. 1799, Bd. III, Book IV, Chap. II, Of Restraints upon the Importation from foreign Countries of such Goods as can be produced at Home, S. 181.

[121] Bu, ZfRV 2014, 261, 265.

[122] Bu, ZfRV 2014, 261, 265.

[123] 参见前引 [47]，1999 年《消费品买卖指令》第 7 条；前引 [45]，《商品买卖指令》第 21 条及《德国民法典》第 476 条。对此，参见 Kötz, *Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2012, Rn. 614 ff.。

[124] Bu, in: Bu, *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation*, 2019, S. 3, 13.

[125] 关于中国《民法典草案》第 286 条，参见 Bu, in: Bu, *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation*, 2019, S. 3, 12 f.。

[126] 从关于戏剧评论家的判决开始，参见 RG, *Urt. v. 7. 11. 1931*, V 106/31, RGZ 133, 388, 392。关于缔约强制的教义学论证，参见 Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 33 f., Rn. 52 ff.。

障（德国《机动车所有人强制保险法》第5条）与转账账户（德国《支付账户法》第31条）。因此，德国法上强制缔约义务的范围比中国民法更为广泛，它还包括运输、保险保障或转账账户。从立法技术的角度来看，人们可能会问，把它们放在特别法中加以规定，在体系上是否更为妥当。

四、比较分析的尝试

（一）《德国民法典》中“人的图像”

1. 从“国民”法典到“消费者”法典

《德国民法典》反映了19世纪末的政治和经济观点。当时，资产阶级已经摆脱了身份等级的束缚，因此首先强调的是私法自治，即公民自行安排自己生活关系的自由。《德国民法典》的制定者仍然认为，私法交易的参与者实力大体相当，^[127] 因此似乎没有必要就合同是否妥当加以审查。只是针对《德国民法典》第138条第2款中规定的因急迫、缺乏经验等情形出现的个人谈判能力上的不足，以及《德国民法典》第119条以下规定的意思与表示之间的不一致，立法者特别进行了考虑。赌博、博彩和婚姻居间构成不完全债务（《德国民法典》第762条以下、第656条）。方式上的要求，比如《德国民法典》第313条、第766条的规定，具有警示和敦促功能。正如奥托·冯·吉尔克的名言所示，我们的私法中必须“渗入一滴社会主义的油”（ein Tropfen sozialistischen Oeles durchsickern）。^[128]

然而，21世纪经济条件的变化表明，对谈判平衡的破坏并不局限于个人情况受不利影响的个体，更是在某些法律领域形成了结构上不平等的谈判力量，从而危及通常与合同相关的正确性保障。^[129] 最重要的是，一方在经济、信息或心理上的劣势会导致这种不平衡的出现。因此，立法和判例在许多领域对私法自治加以限制，在这些领域，消费者通常在经济、资讯或心理上处于弱势，因此应受到特别保护。为保护消费者而需要对契约自治例外地加以纠正时，就可以称为“消费者保护法”。^[130] 除消费者外，承租人、旅游者和受雇人也受到立法者的特别保护。需要提及的是社会租赁法（《德国民法典》第557条至第561条、第573条至第574c条）以及有利于受雇人的保护规定，如《德国民法典》第613a条。受雇人也受到《德国民法典》第616条至第618条的特别保护，如因一时障碍而无法提供劳务时，其不会因此丧失报酬请求权。判例还对《德国民法典》第626条第1款规定的雇佣关系因重大事由而为无终止期间之终止提出了特别高的要求。在《德国民法典》第138条第1款范围内进行的审查仅限于给付和对待给付之间的显著失衡，并取决于保护经济上较弱一方的需要。但由于对个人的生活安排具有特殊意义，法院对租

[127] Coing, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. (1995), Einl. zum BGB Rn. 33; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 481: “总之，立法者显然没有赋予立法以真正的社会任务。”

[128] Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 13; ders., Der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 192; Wagner, Grundlegung der politischen Ökonomie, 2. Teil, 3. Aufl. 1894, S. 99 ff.; Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1886, S. 26, 153 f.

[129] 参见 BverfG, Beschl. v. 19. 10. 1993, 1 BvR 567/89 u. a., BVerfGE 89, 214, 231 ff. — 保证合同; Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, Einf. vor § 145 Rn. 13.

[130] Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1996, § 41 Rn. 1036; Larenz/Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 42 Rn. 19.

金、土地、借贷合同中对待给付显著失衡的情况也进行审查。^[131] 针对消费者询问后的“信息义务”（Informationsobliegenheit），法院通过在缔约过失（《德国民法典》第280条第1款、第311条第2款、第241条第2款）或积极违反契约（《德国民法典》第280条及以下）的范围内引入诸多告知义务而加以修正，使得物或给付之提供者有义务提供充分的信息。除当事人之间的信息差异外，提供者的能力以及消费者对提供者的信任也起着决定性作用。^[132] 相比于银行在经营风险交易时的充分告知义务，针对宣传册或者二手车经销商销售发生过事故的二手车的情形，法院仅在非常有限的范围内对私人之间的信息披露义务进行了肯定。^[133] 为了保护弱势方，立法者采用强制或半强制性规定的方式，即不得作不利于弱势方的约定。如《德国民法典》第444条明确规定，瑕疵请求权原则上也可以被排除。但是，《德国民法典》第476条对消费品买卖，《德国民法典》第309条第8b款对一般交易条款的使用均进行了限制。此外，一般交易条款的控制必须以法律规定的基本理念为导向。^[134] 最后，宪法对民法的影响也尤为重要。^[135]

2. 《德国民法典》中的“正义原则”（Gerechtigkeitsprinzipen）

20世纪的立法和判例在内容上从“民法典”到“消费者法典”的发展，也可以从法教义学的角度得到证成。有观点认为，契约正义是合同法的实质功能原则。^[136] 作为弱势方，消费者原则上应受到保护。^[137] 也有学者主张，私法自治“需要加以优化”（Optimierungsgebot），与其他法律原则一样，也受到其他法律原则的限制。^[138] 部分法律文献发展出了可对契约自由进行限制的社会原则。^[139] 除强制缔约外，还应包括信息义务^[140] 或者使其“免受见识上的缺乏”（Schutz vor Perspektivlosigkeit）。出于这些考虑，可以说，近几十年来德国的立法和判例已经将市场经济发展为社会^[141] 或环境市场经济^[142]。但是，德国民法并不注重以社会原则对契约自由加以优化，而是注重维持当事人最低程度的契约自由。^[143] 优化理念认为，契约自由与公法一样，应将

[131] BGH, Urt. v. 8. 12. 1981, 1 StR 416/81, NJW 1982, 896; BGH, Urt. v. 24. 3. 1988, III ZR 30/87, BGHZ 104, 102, 105—分期付款合同; BGH, Urt. v. 2. 7. 2004, V ZR 213/03, BGHZ 160, 8, 16 f.—价值比较方法; BGH, Urt. v. 10. 2. 2012, V ZR 51/11, NJW 2012, 1570 Rn. 8 f.; BGH, Urt. v. 24. 1. 2014, V ZR 249/12, NJW 2014, 1652 Rn. 8; Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 138 Rn. 25 ff.; 详可参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 41, § 9 Rn. 35 ff., 54.

[132] BGH, Urt. v. 11. 8. 2010, XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362, 3363—Thor Steinar; 类似判决已经见于 RG, Urt. v. 7. 7. 1925, II 494/24, RGZ 111, 233, 234 恶意欺诈; BGH, Urt. v. 28. 6. 2006, XII ZR 50/04, BGHZ 168, 168 Rn. 15; BGH, Urt. v. 21. 1. 1975, VIII ZR 101/73, BGHZ 63, 382, 386—二手车买卖; Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 123 Rn. 5 ff.; Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 21 ff.

[133] Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, Einf. vor § 145 Rn. 16; Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 21 ff.

[134] 关于诚信原则的具体化，参见《德国民法典》第307条第2款第1项。

[135] 参见上文标题一项下第二部分第一节。

[136] Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. II, 2. Aufl. 1984, S. 7 ff.

[137] Atiyah, U. Toronto L. J. 35 (1981), 1, 14 ff.; Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract, 6th ed. 2005, S. 297 sowie Säcker, in: MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2018, Einl. Rn. 39.

[138] Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 30.

[139] Raiser, JZ 1958, 1, 6, 8; Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, 1999, S. 237 ff.; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 42 ff.

[140] 如《德国民法典》第355条第2款关于撤回权的规定。

[141] Möllers, JuS 1999, 1191, 1192 f. 参见下文标题四项下第二部分第一节。

[142] 参见 Fikentscher, Die umweltsoziale Marktwirtschaft, 1991.

[143] 与此相关的详细内容，可参见 Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 39 ff.。

基本权利与其他权利进行权衡，并使之在实践中达到相应的协调。在民法中，这种权衡理念基本上只能在有限的范围内进行。一般来说，需受国家的约束。这与《德国民法典》的自由主义基本思想相对应，它没有规定对合同内容进行一刀切的控制。^[144] 只要合同在可容忍的范围之内，国家就不得以控制的方式施加干预。只有当不公正的程度超出这些限度时，当事人的决定权才会移交给国家。教义学上，取而代之的是以“自决”（Selbstbestimmung）为主导。弗卢梅正确地强调，契约需要相互自决，实力状况的不平等或事实上的垄断地位会导致单方面的他决。^[145] 契约自由以自决为前提。^[146] 当然，双方都享有自决之权利。双方的自决也因此意味着“免受他决”（Schutz vor Fremdbestimmung）。^[147]

（二）中国《民法典》中“人的图像”

1. 自由市场经济与事后控制

原则上，双方当事人有责任就标的物及价格等“要素”（essentialia negotii），即合同的基本内容达成协议。不会出现对价格加以管控的情况。当事人也可以订立不合理的合同。^[148] 这与上述亚当·斯密的自由主义做法相对应，他用“看不见的手”（unsichtbaren Hand）来描述市场。^[149] 其背后的观念在于，各方当事人的利益冲突可通过合同达致一项正确的结果；人们称为谈判的“正确性保证”（Richtigkeitsgewähr）。^[150] 霍布斯已经恰如其分地强调，最能决定物之价值的是立约者。^[151] 中华人民共和国是共产党领导下的社会主义国家，同时也是拥有 14 亿人口的世界最大的市场经济国家。

从内容上看，在劳动法或者租赁法等生活领域尚缺乏强有力的保护性规定。这一点在美国也有所体现。从程序上亦可以看出，在许多领域，契约自治占据着主导地位，优先于中国《民法典》中的相关规定。这适用于检验义务（标题二项下第二部分）和瑕疵请求权（标题二项下第三部分）。这意味着，相比于德国法和欧盟法而言，中国法上格式条款的控制更为有限。^[152] 最后，在民法中不适用比例原则。^[153]

中国《民法典》是一个“混合物”（Zwitter）：^[154] 它在形式上取径于 19 世纪德国的潘德克

[144] Drexler, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 208; Ritgen, JZ 2002, 114, 119; Hofer, Vertragsfreiheit am Scheideweg, 2006, S. 23 以及上文标题四项下第二部分第一节。

[145] Flume, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. 1, 1960, S. 135, 143; 同此观点者，参见 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, S. 41: “缔约双方的自由自决”。赞同此种观点者，参见 Säcker, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2018, Einl. Rn. 38。

[146] 在 1900 年《德国民法典》的《立法动议书》中已经可以找到这样的表述：“法秩序不能容许法律行为领域中的自决受到非法侵害。”参见 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, 1896, S. 204。

[147] Reich, JZ 1997, 609。

[148] OLG Köln, Urt. v. 8. 12. 2006, 19 U 109/06, MMR 2007, 446, 448: 在 ebay 拍卖会上以 51 欧元的价款购买了一台价值 6 万欧元的“甜菜挖掘机”（Rübenroder）；赞同此种观点者，参见 Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 170。

[149] 参见前引 [120]。Baron/Yin-Baron, Die Chinesen. Psychogramm einer Weltmacht, 7. Aufl. 2019, S. 265 中也提到了无形之手是中国经济生活的一部分。

[150] Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), 130, 149 ff.; ders., in: FS Raiser, 1974, S. 3, 5 f.; Lieb, AcP 178 (1978), 196, 206。

[151] 参见 Hobbes, Leviathan, 1651, Part I, Chap. 15, S. 75: “一切立约议价的东西，其价值是由立约者的欲求来测量的，因之其公正的价值便是其意愿。”可访问 <https://archive.org/details/leviathan00hobba/page/74/mode/2up>。

[152] 参见上文标题三项下第二部分。

[153] Möllers, in: Möllers/Li, The New General Principles of China Law, 2018, S. 55, 85。

[154] 关于混合法律制度的概念，参见 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 72。

顿法学。^[155] 但规范内容上颇受英美法的影响，不太注重对“内容适当性”的控制，而是注重程序公正，旨在防止欺诈、错误等。^[156] 这种自由的做法更多对应于一种具有威慑力的“事后控制”（ex-post-Kontrolle）。这包括一个广泛的制裁机制，例如惩罚性赔偿。^[157]

2. 国家控制和国家的“看得见的手”——“拟议法”（de lege ferenda）的解释以及具体化

《合同法》已被认为是一部极其成功的法律。^[158] 中国《民法典》是中国制定的一部重大的法典。该法典共七编，在很多方面都具有现代性，比如人格权的保护，或者是关于权利实施及制裁的详细目录。但法律不能也不应停滞不前，而必须对不同生活领域的发展做出回应。

德国法之所以精确，是因为有法教义学对立法、判例以及法学文献加以整合。^[159] 一个重要的问题是，中国法是希望复刻这一结构，还是宁可效仿英美的做法，通过事后控制来对严重错误的行为施加制裁。又或许中国会采取自己的中间路线。国家的有形之手与市场的无形之手合二为一，形成自在体系。^[160] 国家引导之“手”在法律层面主要由最高人民法院进行指挥。对此，可借助于抽象和具体的解释。^[161] 正如已经表明的那样，最高人民法院往往能够将个别条款加以具体化。^[162] 但是，目前抽象解释的程序仍显得极为繁琐。如今制定法典的工作虽然已经进行了25年，但明显的不足竟然没有得到解决，最终颁布的中国《民法典》在很大程度上仍与以前的单行法完全相同。各编之间还需要进一步加以协调，^[163] 并强化法教义学的渗透。^[164] 应考虑对契约自由的概念、检验期间的适当性以及合理选择作出进一步的法律定义。^[165] 个别领域的协调应更加紧密，如中国《民法典》第618条与第497条第3项关于格式条款规定之间的关系，^[166] 抑或第617条结合第582条规定的瑕疵担保权与第617条之间的关系。^[167] 今后，最高人民法院的抽象和具体解释可能要增加。未来几年令人激动的问题还包括应在哪些领域对自由市场经济进行社会缓冲。这可能是对买受人严格检验义务^[168] 进行的实质性讨论，也可能是就买卖法上关于瑕疵担保权利^[169] 排除尚不明确部分的进一步探讨。无论内容上的争论如何，仅出于法律确定性的原

[155] 参见上文标题一项下第三部分。

[156] 对此，参见 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 319; 关于英美法德做法，可参见 Twigg-Flesner, in: Howells/Twigg-Flesner/Micklitz/Li, Comparative Consumer Sales Law, 2019, S. 44, 52 ff.。

[157] 例如中国《民法典》第179条、第1185条以及《消费者权益保护法》第55条。对此，参见 Möllers, in: Möllers/Li, The General Principles of Chinese Civil Law, 2018, S. 55, 65。关于《侵权责任法》第47条，参见 Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, 2018, Rn. 355。主张加以扩张者，参见 Binding, Consumer protection law in the People's Republic of China, China-EU Law Journal 2014, 223, 239。但对此持批评态度者，参见 Bu, ZfRV 2014, 261, 273。

[158] Shen, in: FS Horn, 2006, S. 125: “精确、完整、体系化程度高”；Eberl-Borges/Su, ZVglRWiss 111 (2012), 125, 127 f.; Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, 2018, Rn. 311, 330: 一部具有国际化水准的法律。

[159] 参见上文标题一项下第二部分第一节。

[160] Baron/Yin-Baron, Die Chinesen. Psychogramm einer Weltmacht, 7. Aufl. 2019, S. 265。

[161] 参见标题一项下第二部分第一节及第二节。

[162] 关于检验义务，参见前引 [22]，《买卖合同司法解释》第15条至第18条的规定，上文标题二项下第二部分第一节。

[163] Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, 2018, Rn. 307。

[164] Bu, ZfRV 2014, 261, 274。关于《消费者权益保护法》，参见 Binding, China-EU Law Journal 2014, 223, 248, 250。

[165] 参见《消费者权益保护法》第4条，前引 [22]，《买卖合同司法解释》第17条以及中国《民法典》第582条第2句。

[166] 参见上文标题三项下第二部分及 Bu, ZfRV 2014, 261, 273: 缺乏体系考量。

[167] 参见上文标题二项下第三部分第一节。

[168] 参见上文标题二项下第二部分第三节。

[169] 参见上文标题二项下第三部分第三节。

因, 即有进一步澄清之必要。检验义务、买卖法上瑕疵担保权的顺位以及格式条款控制上的要求^[170]这三项问题或许可作为适例。

Abstract: The codification of the Chinese Civil Code is influenced not only by the European code, but also by the Common Law, with the UN Sales Convention as the main reference for its provisions on sales law, which absorbed the rules of both legal systems, thus showing the unique characteristics of the Chinese Civil Code itself. As for the understanding and application of the specific rules established in the Civil Code, it is still necessary to draw on the useful elements of comparative law to develop and improve itself. Taking the three issues of the duty to inspection, the tier of warranty rights and the control of general terms and conditions in the sales law as examples, regarding the scope of the duty to inspection, the Chinese Civil Code has set a stricter standard than the German Commercial Code with the aim of accelerating commerce, which is worthy of recognition, but the former does not include definitions of relevant concepts in its application, and does not distinguish between apparent and hidden defects, which should be clarified through judicial interpretation, etc., in order to lay the foundation for the accurate application of the respective provisions. In terms of the tier of warranty rights, the Chinese Civil Code also does not create a certain “hierarchy” between them. The only statement made is to make the choice of the remedy dependent on the “size of the damage” or “reasonability”, which is far too vague and needs to be concretised through the judicial interpretation. Although the Chinese Civil Code does not explicitly provide for consumer protection, there are three provisions on general terms and conditions in its Part on Contracts, which are similar to the German Civil Code and can be classified as consumer protection. Unfortunately, the proposal to add concrete examples for examining general terms and conditions during the codification process was rejected in the final adopted Civil Code, and the resulting problems should be of particular concern in future judicial practice, nonetheless, contractual autonomy is still in the foreground.

Key Words: sales law, warranty rights, consumer protection, examination of general terms and conditions, duty to inspection and duty to objection

(责任编辑: 武 腾 赵建蕊)

[170] 参见上文标题三项下第二部分。