



中国民商法专题研究丛书

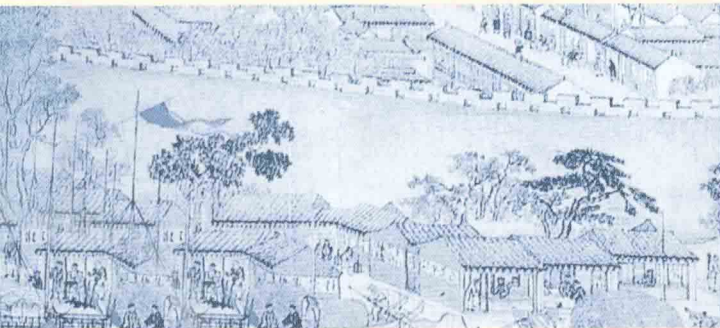
梁慧星 主编

“十一五”国家重点图书

合同解除效果的 意思自治研究

——以意大利法为背景的考察

陆 青 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书由浙江大学侨福建设基金资助出版

合同解除效果的 意思自治研究

——以意大利法为背景的考察

陆 青 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

合同解除效果的意思自治研究:以意大利法为背景
的考察 / 陆青著. —北京:法律出版社, 2011. 8

(中国民商法专题研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2428 - 8

I. ①合… II. ①陆… III. ①合同法—研究—意大利
IV. ①D954. 63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 167105 号

中国民商法
专题研究丛书

合同解除效果的意思自治研究
——以意大利法为背景的考察

陆 青 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2011 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 5.375 字数 133 千

印次 2011 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外合作出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2428 - 8

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国民商法专题研究丛书》总序

我于1988年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值20世纪90年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版100部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为唯一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧,更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

序

我之所以研究“合同解除效果的意思自治”问题,缘于十多年前中国制定《合同法》时人们对于合同解除的法律效果所进行的那场激烈的学术争论。这一争论涉及的根本问题是:解除是否具有溯及力,以及返还义务和(积极利益和消极利益)损害赔偿之间具有何种关系。对此,我国立法者似乎采纳了具有大陆法系传统的“溯及力”说。正如人们所知,在这场争论中,另外一种思路(同时已反映在《联合国国际货物销售合同公约》上)则旨在反对解除有溯及力。似乎是考虑到了问题的复杂性,中国立法者不得不制定了一条很原则的条文——正因为很原则,同时也显得很模糊——《合同法》第97条规定:“合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。”

这条规则——在有些人看来,“既灵活又现代”——将解除效果的种种疑问留给了司法界和理

论界去深入探讨和解决。可惜的是,直至今日,后者却难以提供系统、深入而又令人满意的答复。伴随着欧洲私法最近发展不断带来的“新消息”——至少在违约解除的情况下,似乎更倾向于“无溯及力”原则——中国司法实践者的困惑不仅没有减少,甚至还与日俱增。人们质疑,究竟所谓的“有溯及力”和“无溯及力”只不过是“表面而不是实质层面”的差异呢,还是正好相反,从根本上体现了不同法律体系下的必然选择。

就此,唯一可以确定的是,如果我们仅仅停留在一定法律制度发展的终点来考虑问题,换句话说,如果我们忘记了一项法律制度从不是“无中生有”,不经历千百年法律文化锤炼而来的话,我们就不能得出一个正确的答复。

在这样的背景下,从分析坚持溯及力原则的意大利法(《意大利民法典》第1458条)出发,去理解其立法者的理念和这一原则的具体运作,同时兼顾考虑与此相衔接的一系列法律概念和制度,甚至包括考察该国法学家面对前面提到的所谓的欧洲法上的“无溯及力的趋势”的反应,我认为对于中国法在此问题上的理论重建和借鉴无疑有着重要的价值。同时,从方法论的角度来说,这种选择无疑也具有新颖性。

我相信,这样一种研究进程不仅仅是为了满足我个人作为中国法学者的的好奇心,同时也应该具有更广义上的研究价值。事实上,有意思的是,即使是在意大利法中,违约解除的法律效果同样是合同法上一个广为争议的话题。对此,仅需要列举两种对截然相反的立场就可以一目了然了:理论界部分学者(如 Moscati)以物权变动有因说为由,认为应该坚持溯及力原则;另一部分学者(如 Di Majo)相反,则主张对这一溯及力规则进行改革,换句话说,废除溯及力原则的规定。

如果说这个冲突的解决——即使是以欧洲(合同)私法的统一为视角——不得不依靠一项更为广泛深入的研究的话,同样也不可否认,如本文这样一种相对“狭隘”的研究,涉及讨论意大利现行法中解除效果之预先排除的合法性问题,同样充满着魅力,当然更不用说其重要的实践价值了。的确,这项研究旨在回答这样一个问题:是否,以及以何种方式

当事人可以自行决定(限制、扩张或者排除)合同解除的法律效果。这项研究除了能以更现实的角度评价有关解除制度的各种理论建构,还可以了解合同解除在整个财产移转体系中扮演的角色,尤其是,还可以衡量在这样一项应对履行障碍的重要制度面前,当事人所拥有的意思自治的空间。

只有以这种方式深入研究,我们才能脱离“有溯及力”和“无溯及力”的形式术语之争,有效把握解除效果相关的核心问题以及其背后真正的经济利益脉络联系。同时,唯有如此,我们才能对一开始提出的问题作出回应。

目 录

第一章 导论 / 1

- 一、问题的引出 / 1
- 二、研究对象的确立 / 4
- 三、研究对象的具体化 / 6
- 四、否定说的根本理由之一:溯及力是解除不可分离的特性;批判 / 7
- 五、否定说的根本理由之二:非继续性合同有溯及力和继续性合同无溯及力的两分法 / 9
- 六、对前述两分法的批判 / 11
- 七、否定说的根本理由之三:解除后排除溯及力会导致一方不当得利 / 13
- 八、批判 / 15
- 九、肯定说的基本理由和批判 / 16
- 十、研究计划 / 18

第二章 解除的法理基础 / 20

- 一、解除的法理基础概述 / 20
- 二、“默示解除条件”说 / 21
- 三、“避免不当得利”说 / 23
- 四、“更改处分权”说 / 23
- 五、“惩罚”说 / 24

六、“功能牵连”说 / 26

七、进一步探讨:功能牵连和所谓的功能性原因之间的关系 / 30

八、牵连和合同的原因:不履行将导致原因因素陷入危机? / 31

九、解除和缺少债或财产给付的原因 / 32

第三章 意大利法中解除的法律效果 / 36

一、概述 / 36

二、历史渊源 / 37

三、“当事人之间有溯及力”的具体含义 / 37

四、适用非债给付制度的根本理由 / 41

五、在解除情况下适用非债给付制度存在的基本问题 / 45

六、孳息和利息的返还 / 47

七、金钱给付的返还 / 50

八、用益的返还 / 51

九、花费、改良和添附的返还 / 51

十、返还不能和毁损 / 53

十一、作为义务的给付的返还 / 55

十二、继续性合同中排除返还 / 56

十三、“部分解除”问题 / 57

十四、小结 / 58

第四章 意大利法中解除效果的体系重构

——从溯及力模式向清算关系模式演变的可行性
分析 / 59

一、概述 / 59

二、解除制度演变的历史渊源 / 62

三、解除效果的法国模式 / 64

四、2005 年的法国《债法和诉讼时效改革草案》 / 65

五、解除效果的德国模式 / 67

六、传统模式存在的问题 / 69
七、2002 年德国债法改革 / 71
八、解除效果的统一法/超国家法模式 / 73
九、欧洲合同法典中的统一的返还模式 / 77
十、小结 / 78
十一、坚持溯及力原则的理论依据 / 79
十二、批判 / 81
十三、意大利法中解除效果的体系重构的理论基础 / 82
十四、解除效果体系重构的可行性分析 / 83
十五、在新的解除效果模式下审视当事人的意思自治 问题 / 85

第五章 解除效果意思自治及限制 / 87

一、预先排除违约解除效果的条款的类型 / 87
二、进一步研究对象:排除返还条款的效力 / 88
三、研究对象的概况和初步分析 / 90
四、双方排除返还,保留各自所得给付的条款;案例:建筑 施工合同中的无溯及力条款 / 90
五、“部分解除”条款 / 93
六、以补偿或抵消为名排除返还条款 / 95
七、作为研究对象的条款和违约金条款之间的关系 / 96
八、没有对价的排除返还条款 / 98
九、暂时排除返还之条款 / 101
十、意思自治的限制;初步分析 / 102
十一、不得解除条款之效力 / 103
十二、批判;新的解除理念下排除解除权条款和排除返还 条款的效力 / 107
十三、对解除权人机会主义策略的限制 / 109
十四、笔者的立场 / 111

第六章 中国合同解除效果制度的体系重构 / 113

一、总结对意大利法中解除效果意思自治问题的

考察 / 113

二、中国合同解除效果制度的体系重构研究 / 116

三、结语 / 125

参考书目 / 127

后记：“意”路归来

——意大利民法博士研究四载回顾 / 144

鸣谢 / 153

第一章 导论

一、问题的引出

“解除究竟是否有溯及力?”

这个民法学上的经典难题,自《法国民法典》将解除制度作为一项基本的民事制度被法典化规定下来以来,一直困扰着各国学术界。当然,中国的民法学者们也同样无法幸免。尽管《合同法》第97条对解除效果作了如下规定:“合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。”但由于该条文设计得过于原则和模糊,再加上解除效果问题本身的复杂性,人们似乎对于立法者的这一努力并不以为然,依然一如既往地回应着这个难题,并投身于由此产生的一系列论争。^{〔1〕}

〔1〕 笔者2011年3月1日通过中国期刊全文数据库(CNKI)查询1999年至今有关合同解除的论文数,键入题名“合同解除”,获得的篇数为486篇,键入全文“合同解除”并含“溯及力”,获得的篇数为892篇,其中仅仅优秀硕士论文就有402篇。

总的来说,这些论争大致可以分为两派,一派采“直接效果”说,主张解除具有溯及力,解除的直接法律后果是使合同关系消灭,合同不再履行,而已经履行的部分发生返还请求权;^{〔2〕}另一派正好相反,采“折衷”说,否定解除具有溯及效力,主张解除仅使尚未履行的债务归于消灭,对于已经履行的债务并不消灭,而是产生新的返还债务。^{〔3〕}

事实上,如果我们对《合同法》制定以来有关合同解除效果的论著进行宏观把握的话,可以发现,随着对欧洲合同法,尤其是2002年德国债法改革(包括合同解除制度的重构)的比较研究的深化,否认解除具有溯

〔2〕 崔建远:“解除权问题的疑问与解答”,载《政治与法律》2005年第4期。早期采直接效果说的代表是史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第526页。关于直接效果说的详细论述,还可阅读〔日〕我妻荣:《我妻荣民法讲义VI——债权各论》(上卷),徐慧译,中国法制出版社2008年版,第174~175页。

有意思的是,在2010年最高人民法院公报的案例“广西桂冠电力股份有限公司与广西泳臣房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案”,载《中华人民共和国最高人民法院公报》,人民法院出版社2010年第5期总第163期,第18~25页中,不仅肯定解除的“直接效果”说,甚至认为“合同解除导致合同关系归于消灭,故合同解除的法律后果不表现为违约责任,而是返还不当得利、赔偿损失等形式的民事责任”。

〔3〕 支持这一学说的有韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第617~618页;朱岩:《德国新债法条文及官方解释》,法律出版社2003年版,第168页;马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2005年版,第616~617页。

当然,也有学者认为,合同解除是否具有溯及力,取决于两个方面:一是当事人是否请求。合同解除后,当事人可以要求恢复原状,也可以不要求恢复原状。质言之,是否恢复原状,由当事人意思自治。二是合同性质。根据合同性质能够恢复原状的,则当事人可以要求恢复原状;如果根据合同性质不可能恢复原状的,则当事人不能要求恢复原状。参见王利明、房绍坤、王轶:《合同法》,中国人民大学出版社2002年版,第244页。也有学者认为,在协议解除中,有无溯及力应采取意思自治原则,由当事人自己加以约定,无约定时由法院或仲裁机构根据具体情况确定。在法定解除中,应当根据合同的性质、种类、履行情况、合同目的等因素确定是否赋予解除以溯及力。如刘凯湘:《合同法》,中国法制出版社2006年版,第204页。

及力的观点已渐渐占据上风。^{〔4〕}但另一方面,我们也不能忽视,至少在两个关键问题上,主张“直接效果”说的学者依然坚守着自己的“堡垒”:

其一,从体例结构上看,解除被安排在现行《合同法》第六章“合同的权利义务终止”中,同时该法第91条明确将解除规定为合同权利义务终止的一种情形,似乎充分印证了中国立法者在对解除制度的认识上采取了“直接效果”说。^{〔5〕}

其二,从体系上看,解除的溯及力与中国的物权变动模式密切相关。由于中国不承认物权行为独立性,因此,坚持解除具有溯及力可以更好地保障债权人(解除权人)的利益,使其自动回复对物的所有权,以对抗第三人^{〔6〕}。

笔者认为,正是由于在这两个关键点上现行理论并未能有所突破,导致了在对合同解除效果问题的研究上,理论研究一直停留于“有无溯

〔4〕 在普通法系,解除并不具有溯及力。而现行德国债法改革和《欧洲合同法原则》、《联合国货物销售合同公约》、欧盟《共同参考框架草案》等都规定解除的法律效果为对于尚未履行的债务自解除时归于消灭,对于已经履行的债务并不消灭,而是发生新的返还债务。它们显然都主张合同解除并不导致合同溯及消灭。相关介绍可参见前注韩世远书。

对德国法上新、旧债法解除制度的研究,参见齐晓琨:《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180~216页;杜景林、卢谟:《债权总则给付障碍法的体系建构》,法律出版社2007年版,第218~230页。

〔5〕 崔建远:“解除权问题的疑问与释答(下篇)”,载《政治与法律》2005年第4期。其中结合作者参与立法草案设计的经历,明确提到“我国《合同法》第97条是按照直接效果说设计的”。

〔6〕 前注崔建远文认为在不奉行物权行为制度的背景下,解除的效果可有物的返还请求权、不当得利返还请求权,并由此认为基于溯及力,解除权人在破产程序中可以对抗其他一般债权人。

坚持解除效力和物权变动模式存在根本联系的文章还有宋旭明、邓叶芬:“论合同解除后恢复原状请求权的性质——以物权变动模式的选择为基础的考察”,载《河北法学》2006年第10期。该文认为:“应当结合物权变动模式的选择以及合同解除的标的详加分析。在意思主义和债权形式主义的物权变动模式下,该请求权为物权性质的所有物返还请求权;在物权形式主义的物权变动模式下,则视合同解除的标的而定:若解除的是物权合同,该请求权仍为物权性质的所有物请求权,若解除的是债权合同,该请求权则为债权性质的不当得利返还请求权。”但通过下文对意大利法的实证研究可以发现,这种论断只不过是脱离实践的抽象论断而已。

及力”的原则层面止步不前。如此,也造成了这样一种奇怪的现象,即一方面,人们依旧在乐此不疲地解读和争论着《合同法》第 97 条关于合同解除效果规定的“本义”;而另一方面,在“一片繁华”背后,是对一系列与解除效果相关的实际问题的漠不关心,又或者力不从心。^[7]

二、研究对象的确立

在这样的背景下,本书选择了以意大利法为考察对象,^[8]探讨合同

[7] 正如拙文:“意大利法中违约解除效果的实证考察”,载《法学》2010 年第 5 期,第 124 页中提到,比较中意两国的具体制度可以发现,在关于合同解除后返还请求权的性质、返还请求权的成立时间、返还不能对解除权的影响、实物返还和金钱补偿之间的关系、损害赔偿请求权的性质、返还请求权和损害赔偿请求权的关系、对守约方的返还可否有赔偿性质、金钱之债和作为之债的给付如何返还、返还以及对返还的约定对第三人的影响等一系列司法实践中的重要问题,《合同法》第 97 条都显得无能为力,从而有待于学者的进一步深入研究。

[8] 在意大利,关于合同解除及其法律效果的论著可谓汗牛充栋,其中具代表性的有 W. BIGIAMI, *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1943, pp. 696 ss.; L. COVIELLO jr., *Risoluzione per inadempimento, retroattività e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, p. 33 ss.; G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942; E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, in *Codice civile, Libro delle obbligazioni, vol. I, Commentario*, diretto da M. D'AMELLO ed E. FINZI, Firenze, s. d., ma 1948, p. 780 ss.; L. MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950; A. DALMARTELLO, voce *La risoluzione del contratto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1969, 126 ss.; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982; R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 55 ss.; A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, p. 264 ss.; ID., voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. Dir.*, Vol. xl, Milano, s. d., ma 1989, p. 1308 ss.; A. LUMINOSO-CARNEVALI-COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Commentario SCIALOJA BRANCA GALGANO*, Bologna, 1990; M. GIORGIANNI, In tema di risoluzione del contratto per inadempimento, in *Contratto e Impresa*, 1991, p. 61 ss.; G. IUDICA, *Risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 575 ss. e in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 745 ss.; G. SCALFI, voce *Risoluzione del contratto*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1991, p. 1 ss.; A. DI MAJO, *Risoluzione del contratto ed effetti restitutori: debito di valore o di valuta*, in *Corr. Giur.* 1993, 329 s.; AA. VV., *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di DE NOVA, Milano, 1994; VERDERA-SERVER, *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Padova, 1994; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale*, II, a cura

解除效果之意思自治问题。更具体地说,笔者是要研究在意大利法上,是否或者以何种方式允许当事人在解除效果问题上意思自治,通过约定的方式预先排除或修改法律规定的解除效力。^[9]

di E. GABRIELLI, Torino, 1999, p. 1477 ss.; D' ADDA, Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzione e risarcimento, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 549 ss.; G. F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell' inadempimento*, Milano, 2001; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.*, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2001, p. 937 ss.; A. GNANI, Retroattività di effetti della risoluzione e contenuto dell' obbligo restitutorio, in *NGCC*, 2003, Parte prima, p. 15 ss.; AA. VV. *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione, seminario ARISTEC per Berthold Kupisch Roma 20 - 22 giugno 2002*, a cura di L. VACCA, Torino, 2006; E. MOSCATI, Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 435 ss.; G. AMADIO, Inattuazione e risoluzione: la fattispecie, in *Trattato del contratto*, v. *Rimedi* - 2, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, p. 1 - 144; M. DELLACASA, F. ADDIS, Inattuazione e risoluzione: i rimedi, in *Trattato del contratto*, v. *Rimedi* - 2, cit., pp. 145 - 492; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, artt. 1453 - 1459, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2007; L. NANNI, M. COSTANZA, U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, T. I, 2, art. 1455 - 1459, sub, art. 1458, Bologna-Roma, 2007.

有关合同解除的司法实践判例,可参见 A. ZACCARIA, *Della risoluzione del contratto*, in *Commentario breve al Codice Civile, complemento giurisprudenziale*, a cura di CIAN, 2008, Padova, p. 1717 ss.

关于意大利合同解除制度,尤其是违约解除效果的介绍,还可参阅拙文:“意大利法中违约解除效果的实证考察”,载《法学》2010年第5期;“合同解除溯及力之争有待休矣”,载《河南省政法干部管理学院学报》2010年第3期。

[9] 正如文中明确的,本书试图回答的问题不是简单的“合同解除效果的排除”(La deroga agli effetti risolutivi)问题。后者在意大利的理论和司法界被广泛用来说明债权人是否可以在解除效果已经产生之后,在诉讼程序之外放弃行使解除权,而寻求其他救济途径的问题。而本书要回答的是一个与此区别且独立的问题,即合同当事人双方是否可以在合同订立之初而不是在出现不履行之后,排除法律规定,对未来可能出现的违约解除的效果进行约定。对此,最近的意大利最高法院判例 Cass. Un., 14 gennaio 2009, n. 553 否认当事人可以在催告履行期限届满、合同自动解除后,债权人继续保有放弃已经产生的解除效果的权利,以此来确保双方法律状态的稳定性和平衡双方利益。对这个案件的评论,可参见 G. Sicchiero, *Indisponibilità dell' effetto risolutivo stragiudiziale del contratto* (art. 1454, 1456, 1457 c. c.), in *Giurisprudenza italiana*, 2009, maggio, p. 1114 ss.