

教育部人文社会科学研究项目规划基金项目阶段性研究成果（项目批准号：09YJA790031）

吉林省教育厅“十一五”社科规划项目（项目批准号：0705041）

东北师范大学人文社会科学校内青年基金项目（项目批准号：0509052）

合同解除权行使制度研究

A STUDY ON THE EXERCISE SYSTEM OF RESCISSION RIGHT OF CONTRACT

杜晨妍 / 著

A Study
on the exercise system
of rescission right
of contract



经济科学出版社
Economic Science Press

教育部人文社会科学研究项目规划基金项目阶段性研究成果（项目批准号：
09YJA790031）

吉林省教育厅“十一五”社科规划项目（项目批准号：0705041）

东北师范大学人文社会科学校内青年基金项目（项目批准号：0509052）

合同解除权行使 制度研究

经济科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

合同解除权行使制度研究 / 杜晨妍著. —北京:
经济科学出版社, 2010. 12
ISBN 978 - 7 - 5141 - 0259 - 8

I. ①合… II. ①杜… III. ①合同法 - 研究
IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 252199 号

责任编辑: 杜 鹏
责任校对: 韩 宇
版式设计: 代小卫
技术编辑: 董永亨

合同解除权行使制度研究

杜晨妍/著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销
社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编: 100142
总编部电话: 88191217 发行部电话: 88191540

网址: [www. esp. com. cn](http://www.esp.com.cn)

电子邮件: [esp@esp. com. cn](mailto:esp@esp.com.cn)

北京中科印刷有限公司印刷

海跃装订厂装订

880 × 1230 32 开 6 印张 160000 字

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5141 - 0259 - 8 定价: 18.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

(版权所有 翻印必究)

序

《合同解除权行使制度研究》一书是杜晨妍博士在其同名博士论文的基础上修改而成的，这部专著凝聚了她近些年来对我国民法学债法方面研究的大量心血，是其多年教学和研究成果的总结。作为杜晨妍博士的导师，我很高兴将此书推荐给读者。

本书对合同解除权行使制度进行了比较深入而系统的研究。合同解除是合同订立后，履行遇到障碍时使合同效力提前结束的一种“逃离”机制，其能保障合同解除的合法性，禁止当事人在没有任何法定或约定根据的情况下任意解除合同。作为一种法律制度，合同解除与合同法的其他制度如合同无效、合同变更、合同担保等制度相互配合共同构成了我国合同法的完整体系。我国现行《合同法》设立了较为系统完整的合同解除制度，但仍然存在着不尽合理、完备之处。作者在综合比较和述评大量中外文相关文献及立法例的基础上，对我国合同解除权的行使进行了比较全面的研究。本书的独到之处在于全文的写作是以我国《民法典》的制定为前提，以我国现行《合同法》为基础，沿着合同解除权行使制度在域外法发展的基本脉络，采用价值分析、比较分析及实证分析的方法，对合同解除权的行使事由、行使程序以及行使后果等内容进行论述。作者在明确合同解除与合同终止的概念、内涵和外延不同的基础上，认为导致合同终止的各种情形应隶属于《民法典》债法总则债的消灭部分，同时将合同解除与合同变更并列设定在了债法分则的合同编。这与我国现行《合同法》中将合同解除作为合同终止的原因之一逻辑框架大相径庭。合同解除制度是以解除权的行使为核

心的，通过当事人行使解除权，使合同效力归于消灭。本书以对合同解除权的语义分析为切入点，运用价值分析的手段对合同解除权制度进行法理分析，将公平原则作为合同解除权行使制度的首要价值目标，将诚实信用及利益衡平作为其理论依据，论证了合同解除权行使制度存在的正当性。本书中既分析了合同解除权行使制度的基础性问题，也对相关热点问题进行了探讨，尤其是对合同解除权行使制度的完善提出了构想，并进行了比较充分的论证。

作者在博士论文答辩中，圆满地回答了答辩委员会委员提出的问题，并在答辩之后根据答辩委员会委员提出的建议进行了修改，克服了原稿中的一些欠缺。

当然，本书也存在一些不足之处，主要是本书的内容中缺乏实证分析和研究，我们期待作者在今后的研究中进行完善。

相信本书的出版将有助于我国合同解除权行使制度研究的深化，同时，也会对我国《民法典》中相关制度的构建提供有益的参考。

李建华

2010年12月于吉大东荣

目 录

导论	1
第一章 合同解除权行使制度的语义分析	6
第一节 合同的语义分析	6
一、合同的界定	6
二、合同自由解析	11
第二节 合同解除的语义分析	14
一、合同解除的概念	14
二、合同解除辨析	17
第三节 合同解除权的语义分析	21
一、合同解除权的内涵	21
二、合同解除权的属性	23
三、合同解除权的行使	26
第二章 合同解除权行使制度的正当性论证	29
第一节 公平原则是合同解除权制度的价值基础	29
一、合同解除制度是追求实质正义的历史产物	30
二、公平原则是合同解除权行使制度的根本目标	33
第二节 诚实信用原则是合同解除权行使制度的 理论基础	38
一、诚实信用原则是合同解除权行使制度的基本原则	38

	二、诚实信用原则为合同解除权的行使提供了实践标准·····	42
第三章	合同解除权行使制度的域外法考察 ·····	46
第一节	大陆法系国家合同解除权行使制度 ·····	49
一、	法国合同解除权行使制度·····	49
二、	德国合同解除权行使制度·····	53
第二节	英美法系国家合同解除权行使制度 ·····	58
一、	英国合同解除权行使制度·····	58
二、	美国合同解除权行使制度·····	60
第三节	国际公约中的合同解除权行使制度 ·····	62
一、	《联合国国际货物销售合同公约》中的 合同解除权行使制度·····	63
二、	《国际商事合同通则》中的合同解除权行使制度·····	64
第四章	合同解除权的行使事由 ·····	68
第一节	约定解除权的行使事由 ·····	69
一、	约定解除权的内涵·····	70
二、	行使约定解除权的限制·····	73
第二节	法定解除权的行使事由（一）——客观事件 ·····	76
一、	不可抗力·····	77
二、	情势变更·····	80
第三节	法定解除权的行使事由（二）——根本违约 ·····	83
一、	预期根本违约·····	86
二、	实际根本违约·····	88
第五章	合同解除权的行使程序 ·····	92
第一节	合同解除权行使程序的必要性 ·····	92
一、	合同解除权行使程序的特征·····	92
二、	合同解除权行使程序的意义·····	94

第二节	合同解除权的行使期间	98
	一、合同解除权行使期间的属性	98
	二、合同解除权行使期间的确定	101
第三节	合同解除权的行使方式	102
	一、通知	105
	二、诉讼	107
第四节	对合同解除权行使主体的限制	111
	一、对解除权行使主体进行限制的必要性	111
	二、对解除权行使者的主体资格限制	113
第六章	合同解除权行使的法律后果	118
第一节	合同解除权的行使与溯及力问题	118
	一、国外学说观点评判	118
	二、国内学说观点评判	123
	三、本书作者观点	125
第二节	合同解除权的行使与恢复原状请求权	128
	一、不当得利返还请求权说	130
	二、债权效果下的所有物返还请求权说	131
	三、债权请求权说	132
	四、本书作者观点	133
第三节	合同解除权的行使与损害赔偿	135
	一、合同解除与损害赔偿的关系	135
	二、损害赔偿请求权的范围界定——信赖利益	139
	三、合同解除赔偿与违约赔偿的比较	143
第七章	我国合同解除权行使制度的反思及完善	146
第一节	我国合同解除权行使制度立法模式选择	148
	一、我国合同解除权行使程序的完善	151
	二、我国合同解除权行使法律后果的完善	154

第二节 我国合同解除权行使事由的立法完善	157
一、发展情势变更原则	159
二、完善预期违约制度	162
三、完善迟延履行条款	165
四、单独设立“合同目的”条款	167
参考文献	171
后记	181

导 论

一、选题背景

笔者选题的最初动因是，在王利明教授主编的《中国民法典学者建议稿及立法理由》一书中，将合同终止的各种情形规定在债法总则的债的消灭部分，而将合同解除与合同变更共同规定在合同编。这与我国现行《合同法》中将合同解除作为合同终止的原因之一逻辑框架大相径庭，^①也引起了笔者的兴趣。

合同严守原则为我国民事立法所反复强调，《合同法》第8条也规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。”“依法成立的合同，受法律保护。”

合同解除是合同订立后，履行遇到障碍时使合同效力提前结束的一种“逃离”机制，其能保障合同解除的合法性，禁止当事人在没有任何法定或约定根据的情况下任意解除合同。作为一种法律制度，合同解除与合同法的其他制度如合同无效、合同变更、违约责任等相互配合共同构成了我国合同法的完整体系。

合同解除作为一项法律制度，并非伴随着合同的产生而产生，而是在合同法发展到一定阶段才得以出现。在罗马法时代，法律重视合同、信守价值，当事人一方不履行其债务时，另一方只享有债

^① 王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由·债法总则编·合同编》，法律出版社2005年版。

务不履行的损害赔偿请求权，而不享有消灭双方债务的合同解除权。因此，在原则上合同解除权不被罗马法所承认。随着商品经济的不断发展，“契约必须严守”的规则逐渐被打破。在大陆法系，《法国民法典》首先确认合同解除制度，但是在合同解除权的规定上突破不大。其后的《德国民法典》、《日本民法典》，在合同解除的行使条件、程序以及解除权的消灭等方面进行了较为全面的规范和完善。在英美法系，英国法将合同条款分为“条件”和“担保”两类，当事人因违反“条件”而构成根本违约时，非违约方有权解除合同。之后，违反“中间条款”的违约形式的确立使得合同解除权制度日益发展和完善。在现代社会，合同解除权制度无论在各国立法及国际立法上还是在司法实践中，均得到纵深发展。

我国现行合同法是在吸收合并原有的三个经济合同法的立法经验的基础上制定的，同时借鉴了国外先进立法经验，并体现了与国际公约和国际惯例的衔接。该合同法的出台有力地促进了市场经济的法制化建设，维护了以诚实信用为基石的交易体系。同时，该合同法设立了较为完整的合同解除权行使制度，但仍然存在着不尽合理、完备之处。这种尴尬在实践中有不同的表现：（1）有时表现为制度供给不足——由于缺少相关的合同解除权行使规范而使得受到合同不履行影响的当事人陷于“如解除合同确无依据，如不解除合同则显失公平”的两难境地；（2）有时表现为制度供给不当——由于法律本身设计上的不合理而导致民事主体和司法者在适用法律规范时感到无所适从；（3）有时又表现为制度供给上的过度——由于对不同法系或者国家法律制度的使用范围缺乏足够的了解而同时引进其相同功能的制度导致制度上存在着“重合”和“抵触”。所有这些都直接影响了法律适用的效果，由此导致司法实务中对合同当事人是否有权请求法院解除合同、法院是否有权直接判决解除合同、合同解除后是否存在损害赔偿以及损害赔偿的范围等认识存在较大差异。之所以会存在如此争议，笔者认为主要是因为我国合同解除权行使制度没有解决好立法连续性问题和与其他民

事经济法律相互协调的问题，同时，还因为对新引进的一些法律制度没有很好的本土化，以至于造成立法、司法消化不良的现象。对于合同解除权行使制度的上述弊端，如果仅仅做到“头痛医头，脚痛医脚”的个别矫正，则很可能照顾不到制度的整体而产生新的、更严重的矛盾和问题。为解决这一问题，对合同解除权行使制度进行集中的整体性研究应当是有益且有效的。这也是笔者选择合同解除权行使制度作为研究对象的根本目的。

我国现有关于合同解除权的研究大多集中于合同解除的条件、合同解除权的行使、合同解除法律效果等方面，尤其以研究法定解除的居多，有些学者甚至提出重构我国的合同解除制度。关于学者的具体观点，笔者将在下面的文献综述中详细论述。笔者注意到，以往对合同解除的研究方法以比较法居多，大多是通过对比两大法系不同国家的不同规定进行比较研究，以对我国合同解除制度的完善提出建议。笔者认为，这种单一比较的研究方法并没有从根源上去追寻合同解除权行使制度存在的意义。因此，本书将运用价值分析的手段对合同解除权行使制度进行法理分析，将公平原则作为合同解除权行使制度的首要价值目标，将诚实信用及利益衡平作为其理论依据。在此基础上，以我国《民法典》的草拟为前提，以现行《合同法》为基础，结合国外的立法经验和司法实践，采用价值分析、比较分析及实证分析的方法，对合同解除权的行使事由、行使方式、行使后果等内容逐一论述。同时，分析现有合同解除权行使制度的利弊所在，提出完善我国合同解除权行使制度的建议，以期扩展学界同仁的思路，从而达到进一步促进我国合同解除制度完善的目的。

二、研究思路

本书共分七章。第一章从合同解除制度的语义分析入手，对书中所使用的一些基本词语如合同、合同解除、合同解除权的行使进行了界定。合同解除权是指在合同成立并生效后，履行完毕前，当满足特

定条件时，当事人所享有的解除合同、使合同效力归于消灭的权利。

第二章主要论述了合同解除制度的价值基础和理论基础。正因为公平原则本身经历了一个从形式正义到实质正义的观念转变过程，才真正催生了合同解除制度正当性的理念。合同解除的各种行使事由当中，无不体现着公平原则的影响。另外，诚实信用原则为合同解除权行使制度奠定了理论基础。作为民法上的帝王条款，诚实信用原则标志着立法者对于合同解除权行使制度的立法追求，同时也为司法实践提供了可供操作的理论和判例标准。

第三章对合同解除权行使制度进行了域外法考察和比较法分析，以对两大法系合同解除权行使事由为实践，整理出各国法律制度的外在异同及其内部根源。

第四章对合同解除权的行使事由进行深入研究，约定解除权的行使事由实质上体现了合同自由原则，它与协议解除存在着事先约定与事后协商的区别。法定解除的行使事由是整个合同解除权行使制度的核心，主要包括：（1）客观事件，即不可抗力和情势变更；（2）根本违约，即预期根本违约和实际根本违约等内容。

第五章对合同解除权的行使程序进行论述，分析了该程序的法律特征及意义，总结了合同解除权在何种期间内行使方为有效、如何行使、有何限制等方面的问题。

第六章主要论述合同解除权行使的法律后果问题。溯及力问题在法律后果中居于中心位置，也是合同解除权区别于其他权利的标志，而恢复原状、损害赔偿则起到了保障性效果的作用。

第七章对我国合同解除权行使制度进行了集中的反思，不仅从制度层面和整体把握角度提出多项原则构想，还对我国制度中的行使程序、法律后果尤其是行使事由等方面的立法完善提出建议，并结合我国民法典草案的规定展开深入的思考。

三、研究方法

对于合同解除权行使制度的论证，本书主要采用了以下三种研

究方法。

1. 语义分析方法。这种方法来源于语义分析哲学，并由哈特将语义分析哲学引入法学领域。语义分析法是以分析语言的要素、结构与考察词语、概念的语源和语境，来确认、选择或者给定语义和意义，而不是直接采用定义的方法或从定义出发。^① 这种方法相对于简单的“下定义”来说，可避免论证思维的封闭性、武断性和保守性。因此，语义分析法近年来在法学领域被众多学者所广泛采用。本书采用递进式的论述方式，对合同、合同解除以及合同解除权行使等基本概念的内涵和外延进行了界定。

2. 比较分析方法。比较分析是法学研究的另一种重要的方法。通过比较分析，有助于深化我们对某种权利或制度的普适性认识，为相关理论的深入研究打下坚实的理论基础。本书通过对大陆法系国家以及英美法系国家合同解除权行使制度的比较分析，对该制度的普遍性和差异性进行了充分的说明，进而展示了合同解除权行使制度的内在理论脉络。

3. 价值分析法。价值分析方法作为法学方法论之一，无论是在法学理论中还是在司法实践中都是不可替代的。法学是规范科学，规范科学追求的是正义，其首要的方法自然是价值评价。对于一项法律制度，我们首先要问的不是科学与否，而是正当与否、公平与否。应该说，法律制度总是出于某种特定目的而设计的，并服务于这一目的，法律制度离不开它的价值目标。本书将公平原则作为合同解除权行使制度的价值目标，并贯穿论文始终，通过对相关主体间利益衡平的追求来实现合同解除权行使制度的科学架构。

此外，本书还运用了实证分析、逻辑分析等方法，力争对我国合同解除权行使制度的理论与实践起到助推作用。

^① 张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社1998年版，第103页。

第一章 合同解除权行使制度的语义分析

第一节 合同的语义分析

应当说，任何概念都很难是唯一的。特别是由于历史的原因和司法制度的不同，大陆法系和英美法系对于许多相同概念的理解区别很大。因此，对概念进行界定是一件十分困难的事。但为了论述的方便，有时我们又不得不勉为其难。就本书来讲，笔者对合同概念的内涵和外延的论证，主要是希望通过探索合同的准确定义，以明确我国《合同法》规范的对象和内容，从而进一步明确合同解除权行使制度的适用范围。

一、合同的界定

合同，在英文中称为“contract”，在法文中称为“Contract”或“Pacte”，在德文中为“Uertrag”或“Kontrakt”。这些用语都来源于罗马法的合同概念“Contractus”。据学者考证，“Contractus”由“con”和“tractus”组成，Con由com转化而来，有“共”字的意义，而“tractus”有“交易”的意义，因此，合同的本意为“共相交易”。^①

大陆法系关于合同的概念源于罗马法。在历史语境中，罗马法

^① 王家福：《民法债权》，法律出版社1991年版，第286页。

上合同概念的发展经历了一个错综交织的过程。在古罗马，合同是一个逐渐出现的概念。在合同概念出现之前，债的概念就已经存在。另外，由于早期罗马法并未认识到导致债产生的各种原因在性质上有何不同，即早期法只不过有一种不加区分的债的概念。也就是说，某人欠了他人一定的物或钱款，某人侵害了他人或损坏了他人的财产，某人完成了一项创设债的要式行为，某人向他人交付一笔后者无权拥有或不再有权拥有的钱款，都会产生债，但在早期罗马法中所有这些相似的情况都只是表现为一种债。^① 拉丁文 *obligatio* (债) 一词来自于拉丁文的 *ligare* (捆绑)，其基本含义是约束和纽带，在法律意义上就是指具有法律强制性的约束和纽带，它产生于一方当事人应向另一方当事人承担的法律义务。^② 因此，优士丁尼在《法学阶梯》中说：“债为法锁，据之我们有必要被强迫根据我们城邦的法偿付某物。”债的分类虽然在安东尼时代（公元2世纪）才通过法学家完成（诸多学者认为债在此阶段才产生），但债的概念自私犯（*ex delicto*）产生就已经出现。它经历了人身刑和赎罪金等形式，直到后来的仅具有财产意义上的债。^③ 盖尤斯在《法学阶梯精选》中提出：“债或是产生于契约，或是产生于不法行为，或是产生于法律规定的其他原因。”即他把债的发生根据归纳为契约、不法行为（私犯）和法律规定的其他原因。由于私犯与契约的救济均为罚金刑，罗马人于是依据法律效果的相同性扩大了债的范畴：“每个债或者产生于契约，或者产生于私犯。”^④ 通过进一步的发展，罗马法上的合同的概念获得较为稳定的含义，即合同是指

① [英] 巴里·尼古拉斯，黄风译：《罗马法概论》，法律出版社2000年版，第170页。

② 黄风：《罗马私法导论》，中国政法大学出版社2003年版，第251页。

③ 黄名述、张玉敏：《罗马契约制度与现代合同法研究》，中国检察出版社2006年版，第4页。

④ [古罗马] 盖尤斯，黄风译：《法学阶梯》，中国政法大学出版社1996年版，第226页。

“得到法律承认的债的协议”^①。据此,《法国民法典》第1101条规定:“合同为一人或数人对另一人或另数人承担的给付某物、作为或不作为义务的合意”;《德国民法典》第305条规定:“以法律行为发生债的关系或改变债的关系的内容者,除法律另有规定外,必须有当事人双方之间的契约。”由上我们可以看出,《法国民法典》从债的角度揭示了合同作为一种发生债的关系合意的本质;《德国民法典》则揭示了合同是发生、变更债的关系的法律行为。尽管两者角度不同,但都说明合同应包含下列要素:其一,合同为双方的法律行为;其二,合同为双方的合意;其三,合同为发生债的原因。

合同在英美法系中一个非常通用的定义是:合同是能够直接或间接地由法律强制执行的允诺。如《美国合同法重述》第1条规定:“合同是一个允诺或者一组允诺,法律因它们被违反而提供补救,法律以某种形式将它们的履行确认为一种义务。”英国《大不列颠百科全书》给合同下的定义是:“合同是可以依法执行的诺言。这个诺言可以是作为,也可以是不作为。”据此我们可以得出,英美法系认为合同实质上是一种允诺。由于允诺构成了合同的本质,因此,合同法的宗旨即在于保证允诺的实现,在一方违反允诺时,考虑如何对另一方做出允诺,而没有像大陆法系那样强调合意,其实质上是将合同定义为当事人承担债务的单方的意思表示。近些年英美法系的一些学者已经注意到了其对于合同定义的缺陷,并力图把大陆法系合同的概念移植到英美法系合同中去。例如,英国《牛津法律大辞典》给合同所下的定义就为“合同是二人或多人之间为在相互间设定合同义务而达成的具有法律强制力的协议”。^②这说明大陆法系和英美法系合同的概念正趋于统一。

我国学者曾试图通过区分“契约”与“合同”的不同来明确

^① [意]彼得罗·彭梵得,黄风译:《罗马法教科书》,中国政法大学出版社1992年版,第307页。

^② 《牛津法律大辞典》(中译本),光明日报出版社1988年版,第205页。