

解除效果折衷说之评论

崔建远*

内容提要：解除效果之折衷说不符合我国合同法第97条规定的文义和规范意旨；解除不消灭合同关系之说不符合客观事实；将恢复原状义务作为合同解除导致的返还债务存在着难以克服的弱点。折衷说对于我国合同法第98条的解读、对于合同与违约损害赔偿之间的依存关系的认识存在着误区，在利益衡量方面处于劣势。在合同无效、合同被撤销和合同解除三者之间关系的把握上，折衷说看错了法律评价的重心。折衷说关于解除权行使的行为引起物权变动之说不能成立。

关键词：合同解除 折衷说 直接效果说 恢复原状 返还债务

我国合同法规定的违约解除，其法律后果原则上是按照直接效果说设计还是符合折衷说的界定，韩世远教授力主后者，〔1〕笔者认为前者。〔2〕这种分歧不是单纯的名份之争，而是事关一系列民法制度及理论（如物权请求权、不当得利返还请求权或恢复原状义务、债的同一性、债的担保等）的构成和衔接，涉及当事人之间的利益分配，甚至反映着学者对法律及其发展演变的理念；加之韩世远教授对笔者所作《解除权问题的疑问与释答》〔3〕有颇多商榷意见，有必要对折衷说予以剖析，从而知晓可否依据折衷说解释我国现行法。

一、折衷说不符合合同法第97条规定的文义和规范意旨

为了使论争有交锋之点，须首先明确直接效果说和折衷说各自的含义。直接效果说的要义为，合同因解除而溯及地归于消灭，尚未履行的债务免于履行，已经履行的部分发生返还请求权。〔4〕

* 清华大学法学院教授。

〔1〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版，第617页。

〔2〕 参见崔建远主编：《合同法》，崔建远执笔，法律出版社2003年版，第198页。

〔3〕 该文载《政治与法律》2005年第4、5期。

〔4〕 Enneccerus—Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15. Aufl., 1958, S. 38/II; Oertmann, 2a vor S. 346. 转引自黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第529页；〔日〕我妻荣：《债权各论》上卷，岩波书店1954年版，第190页；〔日〕星野英一：《民法概论IV（契约）》，良书普及会1986年版，第94页；〔日〕柚木馨：《债权各论（契约总论）》，青林书院1956年版，第320页以下。

折衷说的要义为，对于尚未履行的债务自解除时归于消灭（与直接效果说相同），对于已经履行的债务并不消灭，而是发生新的返还债务（与间接效果说相同）。〔5〕或曰“解除面向将来消灭债权债务关系（非溯及）。因此，未履行的债务当然消灭，至于已经履行的债务则产生新的返还请求权”。〔6〕

到底是折衷说还是直接效果说符合合同法第97条关于“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”的规定呢？

（一）折衷说与合同法第97条前段的规定不尽一致

折衷说一方面赞同合同法第97条前段关于“合同解除后，尚未履行的，终止履行”的规定，另一方面主张合同解除产生恢复原状的债权债务关系，包括风险负担的内容。风险负担的内容，含有原物返还不可能的场合，原则上应负价格返还义务（造成原物返还不能会有多种原因，是否应当统一地按照价格返还义务来处理，值得探讨）。〔7〕但该价格确定的依据是什么？是按照返还时的市场中间价格确定，还是由裁判者确定，抑或依据原合同约定的货物价格确定？恐怕绝大多数情况下是后者。如此，依风险负担规则，由受领人承担风险时，受领人不是赔偿给付人因给付物毁损灭失所受到的损失，而是承担给付物的价款支付义务。该种价款支付义务，在依据原合同约定的货物价格确定的情况下，是原合同价款支付义务的复活，也即原合同约定的价款支付义务。这就表明合同解除场合并未终止尚未履行的债务。而这显然不符合合同法第97条前段的规定。

与此不同，按照直接效果说，合同若溯及既往地解除，可能产生物的返还请求权，不当得利返还请求权。这两种请求权均非原合同债务的复活。这就与合同法第97条前段的规定相合。

（二）折衷说不符合合同法第97条后段的规定

合同法第97条后段关于“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”的规定，不符合折衷说的规格要求，却与直接效果说相一致。

之所以如此断言，是因为该条后段并列规定了“恢复原状”、“采取其他补救措施”、“赔偿损失”三种解除的效果。依据折衷说，已经履行的债务转变为返还债务，发生返还请求权。遵循折衷说的逻辑，该债务是同一项返还债务，韩世远教授称为恢复原状义务，逻辑上不会并存着“恢复原状”的债务和“其他补救措施”的债务。该请求权性质和类型是同一的，而非两种以上的权利，甚至在量的（请求返还的数额）计算上也遵循统一的规则，体系上不应当是并列的恢复原状请求权和采取其他补救措施请求权。假如不使用“返还债务”、“返还请求权”的术语，一定要采用其他表述，那么，一个“恢复原状”或“返还财产”或“不当得利返还”就足够了，添加“采取其他补救措施”完全是画蛇添足，人为地制造混乱。如此，问题便成为，只要我们不认为立法者犯有逻辑错误，就应当另辟解释的蹊径。从《中华人民共和国合同法（建议草案）》〔8〕到现行合同法条文的演变观察，所谓“恢复原状”，其含义较《中华人民共和国合同法（建议草案）》第103条规定的恢复原状为窄，给付物为动产时仅仅指“有体物的返还”，给付物为不动产且已经办理了移转登记时，则为先将受领人的登记注销，使登记恢复到给付人名下（以下简称为复原登记），不再包括“所提供劳务的恢复原状”、“受领的标的物为金钱时的恢复原状”、“受领的有体物消失时的恢复原状”等。“所提供劳务的恢复原状”、“受领的标的物为金钱时的恢复原状”、“受领的有体物消失时的恢复原状”等类型均被概括为“采取其他补救措施”。由此演变而成的合

〔5〕 参见前引〔4〕，我妻荣书，第190页；前引〔4〕，星野英一书，第94页。转引自前引〔1〕，韩世远书，第616页。

〔6〕 〔日〕谷口知平、五十岚清编集：《新版注释民法13》，有斐阁1996年版，第847页。

〔7〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2011年版，第536页。

〔8〕 具体内容见梁慧星主编：《民商法论丛》第4卷，法律出版社1996年版，第439页以下。

同法第97条中的“恢复原状”、“采取其他补救措施”、“赔偿损失”，便各自有其内涵和外延，互不包容，各有其法律基础，三者呈并列地位。在不采纳物权行为制度却采取直接效果说的背景下，“恢复原状”适用于原物的占有移转或复原登记的场合，从权利的角度讲，属于物的返还请求权。“其他补救措施”适用于给付劳务、物品利用、交付金钱、受领的原物毁损灭失等场合，从权利的角度看，属于不当得利返还请求权。“赔偿损失”适用于上述救济方式运用之后当事人还有损失的情形，为民事责任的范畴。^{〔9〕}

由此可见，对于已经履行的债务在合同解除场合的处理，依间接效果说和折衷说应当是恢复原状，仅为一项义务。而合同法第97条同时规定了“恢复原状”和“采取其他补救措施”，表现出二者的不同。

既然“恢复原状”与“其他补救措施”的内涵和外延不同，二者呈并列地位，韩世远教授却将“其他补救措施”纳入“恢复原状”之内，不符合合同法第97条规定的文义和规范意旨，也违反法意解释规则。文义解释的规则要求“字义具有双重任务：它是法官探寻意义的出发点，同时也划定其解释活动的界限”。^{〔10〕}正因为法条字义给解释法律划定了解释的界限，所以“字义可能范围外的说明，已经不再是阐明，而是改变其意义”。^{〔11〕}韩世远教授明知合同法第97条将“恢复原状”和“其他补救措施”并列地作为合同解除的效果，却认为合同解除场合“已履行的债务转化为恢复原状”中的恢复原状，系广义上的恢复原状，包括采取补救措施的情形，^{〔12〕}这“已经不再是阐明，而是改变其意义”。

二、折衷说关于解除不消灭合同及其关系之说不成立

折衷说针对直接效果说溯及既往地消灭合同关系的要旨，针锋相对地提出，合同解除不消灭合同关系，也不终止合同这个法律行为。^{〔13〕}笔者认为，所谓解除不消灭合同关系，不符合事实与法理；所谓解除不消灭作为法律行为的合同，也存在着严重的问题。

（一）折衷说关于解除不消灭合同关系之说不符合事实与法理

1. 从权利义务关系的性质与形态看

折衷说主张，对于尚未履行的债务自解除时归于消灭（与直接效果说相同），对于已经履行的债务并不消灭，而是发生新的返还债务（与间接效果说相同）。

其矛盾点在于，何以一方面承认发生了新的返还债务，另一方面又说原有债务关系并不消灭呢？实际上，一旦合同解除，基于双方当事人意思表示而产生的债权债务，消灭的消灭，转化的转化，已经面目全非了。

为了便于读者了解双方论争所在，就有关术语的使用先作界定。笔者所谓基于当事人意思表示而产生的债务，在韩世远教授那里称为本来的债务。笔者所谓转化的债务，至少包括韩世远教授理论中的返还债务。笔者所谓面目全非，既包括尚未履行的本来债务已经消灭，也包括返还债务异于本来债务。

以下具体阐述合同解除前后法律关系的巨大差异：

所谓返还债务异于本来债务，表现在以下几点：（1）债权人和债务人调换了位置。（2）债务

〔9〕 参见崔建远：《土地上的权利群研究》，法律出版社2004年版，第79页以下。

〔10〕 Meier-Hayoz语。转引自卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，台湾五南图书出版有限公司1996年版，第227页。

〔11〕 上引拉伦茨书，第227页。

〔12〕 前引〔7〕，韩世远书，第523页，第528页，第529页。

〔13〕 同上书，第533页。

的性质可能发生了改变。本来债务为“债务”，在道德和法律评价上均为中性；而返还债务，系由违约方完成时则为责任，违约方有过错时，印有道德和法律否定性的评价。(3) 债务的内容可能发生了改变。例如，受领时为完好无损之物，返还时已受损坏；受领时为有体物，返还原物不能，改为变价返还。况且，合同债务一经履行完毕，就应当归于消灭，转化为他种义务（权利）。对此，以某 A 车买卖合同为例加以说明：出卖人已经依约将 A 车交付给买受人，买受人受领了，但未付款。显然，出卖人移转 A 车占有和所有权的义务已经完成了，消灭了。此时，该合同解除，出卖人的义务又复活了吗？此时只是买受人而非出卖人新负了返还 A 车的义务，A 车毁损场合，承担价值返还的义务。(4) 韩世远教授将合同解除后形成的债务（恢复原状债务）在范围上扩张得更宽，包括返还标的物、利息、果实及使用利益、投入费用、担保人的债务等。几乎每种恢复原状义务都有特色，有其独特的适用规则。韩世远教授将返还标的物看成民事责任，而民事责任不属于合同关系本身；风险负担则属于恢复原状之债^[14]不能履行的法律后果，若由给付人承担风险，则无恢复原状义务可言；担保人的债务属于担保法律关系而非合同关系的组成部分；受领物产生的果实的归属规则，为物权法上的规则，果实的返还至少大多非依当事人意思表示的内容进行，而是按照不当得利返还中的孳息返还规则或其他法定债的规则；返还之前占有使用受领物所获得的利益，应当包括受领人将受领物出租给第三人而收取的租金，该项利益基于租赁合同产生，与被解除的合同不是一个合同；投入的费用包括受领人保管给付物所支出的必要费用，该笔费用的返还或者属于保管合同关系的内容，或者构成无因管理；利息应为恢复原状之债的从债内容，不属于解除形成的“合同关系”，更远离被解除合同项下的债之关系。此其一。

合同关系多为广义债之关系，包括多个狭义债之关系以及形成权、抗辩权等权利和附随义务等义务。以买卖合同关系为例，出卖人交付买卖物并移转所有权的债务与买受人相应的请求权为一狭义债之关系，买受人支付价款的债务和出卖人相应的请求权为另一狭义债之关系，还有形成权、抗辩权等权利和附随义务等。设出卖人已经交付了买卖物，买受人拒付价款，导致合同解除。按照折衷说，自解除始，买受人支付价款的债务归于消灭，也就是一个狭义债之关系不复存在了；出卖人的债务转换为返还债务，这是否算作原来的狭义债之关系？这样的债之关系还是原来的合同关系吗？此其二。

债权具有给付受领权、保持力，债务人履行其债务时，债权人得保有此项给付，债权乃成为保持此项给付的法律上原因。^[15]依折衷说，合同解除不消灭合同关系，该债权及其保持力继续存在。依此逻辑，给付人无权要求返还所为的给付。但同样依折衷说，债权人（受领人）却承担了返还债务。这显然不合法理。韩世远教授批评不当得利返还请求权说的重要理由，正是合同不因解除而消灭，受领人受领的给付具有法律上的原因；具有法律上的原因就没有返还不当得利的依据。对于这种相似的事物不同对待、不同处理多么违反公平原则，暂且不论，现在要追问的是：既然受领人受领的给付具有法律上的原因，折衷说凭什么责令受领人承担返还债务呢？只有一种可能，那就是法律基于强于债权保持力的理由，如公平正义，破坏债权的保持力，硬性规定受领人承担返还债务。如此，结论自然是此种关系乃法定权利义务关系，而非意定的合同关系。此其三。

既然解除后形成的关系中，债权不是合同项下的债权，债务亦非合同项下的债务，全都换了模样，从实质上说，这已非合同关系了，应当定性和定位在法定的权利义务关系上。

2. 从合意的效果意思看

上述结论之所以可信，还有意思表示理论及其运用的支持。因为合同作为各方当事人的合

[14] 韩世远教授将恢复原状义务作为债务，把恢复原状请求权作为债权，依其逻辑，应有恢复原状之债。笔者如此使用该种概念，并不意味着笔者赞同这种观点。

[15] 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2009 年版，第 17 页。

意,其意思表示中没有返还标的物、利息、果实及使用利益、投入费用、担保人的债务的效果意思。如果硬说有此类效果意思,无异在说当事人在缔约伊始就想着毁约,盘算着处理毁约的后果。如果硬说有此类效果意思,意味着把交易主体都看成了法律人,而非经济人,实在是高估了当事人的能力。与其说当事人有此类效果意思,不如说折衷说在“置入”效果意思,以将解释者的效果意思代替当事人的效果意思。此其一。

上文关于债权具有给付受领权、保持力与返还债务产生根源的分析,暗含着另一层意思,返还债务绝非源自当事人的效果意思,而是来自法律的规定。此其二。

依折衷说,合同项下的(尚未履行的)债务,没有自合同生效时消灭,没有因适当履行而消灭,亦未因免除而消灭,恰因解除而消灭。对折衷说的这种看法如何解释?如何寻觅其正当原因?笔者猜到了两种可能的原因:一是当事人有附款(意思表示的一部分),合同解除作为尚未履行债务消灭的解除条件;二是法律的直接规定。其他的难谓正当原因。可是,合同中并无此类附款,本应求助于法律规定,但折衷说却自我封闭,堵死了这条路。于是有此结论:拒不承认法定,又无附款,却说解除后的关系仍为合同关系,明显不符合按照意思表示的内容赋予法律效果的理论。此其三。

这些意思换成另外的表述就是,合同解除形成的法律关系不是法律按照当事人意思表示的内容赋予的,而是法律直接规定的,如合同法第97条,因而属于法定关系。

3. 从解除权行使的意思表示看

解除权行使的意思表示,因解除权本身目的及功能的局限,受解除权系债权作用的拘束,受当事人意思能力的左右,被合同变更制度牵制,难谓含有发生物权变动的效果意思。再说,赋权一方以意思表示引发物权变动,一方的意思表示改变双方的合意,颠覆了当事人双方平等的法律地位,显非妥当。对此下文将予以详论。

4. 从附随义务的来源和归宿看

据德文文献阐释,德国民法的清算了结说认为,解除之所以不消灭合同关系,重要的原因在于解除仅消灭主给付义务,而不消灭附随义务。^[16]这有其道理。但需要继续思考的是:(1)既然附随义务系法定义务,依诚实信用原则令其出现于合同关系之中,作为义务群中的一分子,那么,在合同溯及既往地消灭场合,同样依诚实信用原则令其存于违约责任关系之中,也顺理成章。另外的一条路径是,在日本等国家的民法中,侵犯先合同义务、附随义务等,构成侵权责任而非合同责任。也就是说,即使合同溯及既往地消灭,也不影响这些责任的成立。(2)按照清算了结说、折衷说,合同解除使得约定债务债权或消灭,或转化,即基于意思表示产生的债权债务不复存在了。依据直接效果说,也是基于意思表示产生的债权债务不复存在了。在这方面看不出多大差别。剩下的问题就是安排法定的附随义务以及结算条款和清理条款。对此,折衷说、清算了结说能够做到的,直接效果说也能完成任务。如果认为直接效果说因此而有不足的话,那么该不足也同样存在于折衷说、清算了结说之中。

(二) 对折衷说关于解除不消灭合同(法律行为)之说的剖析

1. 从意思表示的存留性看

意思表示,无论是口头表达的,还是书面显示的,抑或行为推定的,一经完成便成为客观存在,存留于世。在这个意义上,不要说直接效果说的合同解除,就是合同无效场合,称合同(法律行为意义上的)溯及既往地消灭,也不确切。准确地说,在合同无效的场合,是法律自始不按

[16] Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, AT, C. H. Beck 1987, § 26a., S. 404; Dirk Looschelders, Schuldrecht AT, 4 Aufl., Carl Heymanns Verlag 2006, S. 336, Rn. 830. 耿林博士提供了有关的德文文献和观点,特此致谢。

照意思表示的内容赋予法律效果，合同效力自始未被法律所承认。法律所承认和保障的是法定权利义务。在直接效果说的合同解除场合，应当是合同的效力、合同项下的债权债务，不再被法律所承认，溯及地消灭；法律所承认和保障的是法定权利义务。在这点上，折衷说称解除不消灭作为法律行为的合同，有其道理。

2. 从法律事实的目的及功能看

但从法律事实与法律关系之间的辩证关系角度观察，结论就没有这么简单。合同解除后，作为法律关系的合同已经不见了，取而代之的是法定权利义务关系。该关系在权利义务的形态甚至内容方面常有甚至定有变化，只不过有些关系有时与合同关系具有同一性，而非合同关系本身。此时还认为作为法律行为的合同继续存在，则违反了法律事实与法律关系之间的辩证关系。因为合同乃法律事实的一种，而法律事实无非是引起法律关系发生、变更、消灭的法律要件。它引起法律关系，权利义务诞生并存续，合同等法律事实有的完成了使命，退出舞台；有的还要存续一段期间，作为债权债务存在的法律上的原因。在合同解除的场合，解除权行使导致了合同解除，形成至少在形态上不同于此前的合同关系。即使折衷说也难以否认这一点。尽管折衷说称解除前后的关系具有同一性，但同一性时常不是一成不变性，解除后的法律关系也大多变化了形态。引起这种变形的法律关系的法律事实不再是合同，而是解除权的行使。此时，解除形成的法律关系继续存在的根据，至少主要是解除权行使及其法律规定。如果说为了使合同关系拥有赖以存续的根源，令作为法律行为的合同继续存在尚有其道理的话，那么，在合同项下的债权债务已被法定的权利义务所取代的情况下，仍继续将合同作为该法定的权利义务的唯—根据或主要根据，就违反了法律事实与法律关系之间的辩证关系。

此外，笔者赞同结算条款、清算条款、仲裁条款等归属于另外一个合同的学说。

综上所述，解除场合，合同继续存在几乎没有积极价值。此时仍称合同没有消灭，除了拟制，就是视为，纯粹是教条主义作祟。

3. 从债权债务的相对独立性看

只要我们承认合同项下的债权债务已经成立就具有相对的独立性，除非债务被适当履行、债权顺利实现或者被抛弃、抵销等，债权债务就继续存在，即使发生违约行为等事实，它们也只是变形，并不消失无踪。此时硬说“所以如此，乃因（法律行为意义上的）合同的存在”，只是一种臆想。虽然这种臆想可以作为一种学说存在，也无必要反对，但据此不允许他种解释路径，也未免霸道。

4. 从与有关现象的类比看

法律事实与法律关系之间的相互关系，大体可分两类，甚至更多。

(1) 有些法律事实不但引发了法律关系，而且是法律关系存续的根据，法律事实消失了，权利、义务也变成了无所依附的“毛”。例如买卖合同，作为引起债之关系的法律事实，既承担着引起债之关系的任务，又是债权（债务）存续的根据，作为法律上的原因，要存续一段期间。

(2) 另外一些情况是法律事实仅仅起使法律关系成立、变更或终止的作用，使命一经完成，法律事实便消失殆尽，可法律关系依然存续。例如，形成权的行使，应为引起法律关系变动的法律事实。如因欺诈而生的撤销权，一经行使，便使有效的合同关系变为缔约过失责任关系。此时此刻，该法律事实便从法律世界里消失了，可是，缔约过失责任关系一直存续。侵权行为与侵权损害赔偿之债的关系，也是在侵权损害赔偿之债成立之时，侵权行为消失（不但非持续性的侵权如此，就是持续性的侵权，也是唯有到侵权行为实施完毕，损害赔偿债权才最终形成）。

既然有些法律事实不但引起法律关系的发生、变更或终止，而且是权利义务存续的根据，或曰法律上的原因；而另一些法律事实引起法律关系的发生、变更或终止之后，便功成身退，那

么,我们就不得把法律事实一律作为债权债务存续的依据,而应区分情况而作决定。如果这是正确的,则可有如下进一步的分析。

合同关系因无效、被撤销、解除而转化为法定权利义务关系的场合,引起此类法律关系变化的法律事实不再是原合同,而是撤销权行使的行为、解除权行使的行为,或直接是法律的规定。因而,违约损害赔偿的成立及存续以及担保的存续,完全可以不依赖于合同作为根据。如此,再坚持违约损害赔偿的成立和存续、原债所附担保继续存留的根据依然是原合同,就违反了法律事实与法律关系之间辩证关系的原理。

三、折衷说关于恢复原状关系之说存在着难以克服的缺点

折衷说认为,合同债权关系非因解除而消灭,而是变形为恢复原状的债权关系;已经履行的债务变形为恢复原状义务。^[17]在笔者看来,这存在着若干难以克服的缺点,试析如下:

(一) 不合同法的文义和规范意旨,存在逻辑矛盾

(二) 不合民事责任的规格

韩世远教授视野中的恢复原状,包括返还财产,依民法通则第134条的规定,属于一种民事责任方式。^[18]对此,笔者不敢苟同。如果韩世远教授赞同民事责任系违反民事义务而产生的第二性义务的观点,则合同解除场合的返还财产并非系违反义务而产生的第二性义务,而是合同解除时受领人失去保有给付物所有权的依据(直接效果说),或予以清算(清算了结说、折衷说)而发生的损益变动。即使是合同因违约而解除也是如此。合同因违约而解除场合的因果链条为:违约行为→合同解除→返还财产。再看合同因不可抗力等不可归责于双方当事人的原因而解除场合的因果链条:不可归责于双方当事人的原因→合同解除→返还财产。无论哪种场合,都不存在返还财产以义务违反为成立要件的情形。此其一。合同解除场合的返还财产,也不是道德和法律对当事人的主观状态及相关行为予以否定性评价的表现。若站在过错责任的立场,合同解除场合的返还财产也难谓民事责任,因为于此场合受领人一般都不具有过错。所以,韩世远教授关于合同解除场合的返还财产属于民事责任的观点不成立。^[19]

(三) 性质不一,效力有异,处理的结果不当

韩世远教授视野中的恢复原状,包括标的物的返还,利息、果实及使用利益,原物返还不能场合的风险负担,投入费用以及担保人的债务。从义务的层面界定,它们均属恢复原状义务,从权利角度观察,存在着恢复原状的请求权。韩世远教授认为,恢复原状的内容多种多样。^[20]但诸种内容的恢复原状性质不同,法律效力有别,甚至于所处的法律关系都不同,所适用的法律规则也各种各样,硬将它们作为一项债务对待,是弊大于利还是利大于弊?

按照韩世远教授的观点,返还财产属于一种民事责任方式。依其逻辑,返还财产应当适用民事责任的规则。

利息、果实及使用利益,是适用物权法规定的孳息规则,还是适用不当得利返还规则,抑或适用他种规则?由于韩世远教授主张恢复原状义务非为不当得利返还义务,也反对恢复原状请求

[17] 前引〔7〕,韩世远书,第525页,第529页。

[18] 同上书,第533页。

[19] 关于返还财产的定性和定位,详见前引〔9〕,崔建远书,第394页以下;崔建远:《论归责原则与侵权责任方式的关系》,《中国法学》2010年第2期。

[20] 前引〔7〕,韩世远书,第529页,第531页,第533页,第536页。

权为物权的请求权，^{〔21〕}恐怕只能是适用他种规则了。问题是，该种规则是什么规则？韩世远教授既然钟情于实证法上的根据、明确的法条，就应当寻觅出来。

原物返还不能的场合，原则上应负价格返还义务，还有风险负担问题。对于前者，韩世远教授没有给出所依据的法律条文。关于后者，韩世远教授给出的法律依据是合同法第148条关于“因标的物的质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担”的规定。^{〔22〕}

投入费用，韩世远教授举例为受领人保管给付物所支出的必要费用。应当适用何种规则，没有言明。

担保人的债务，应当适用法释〔2000〕44号第10条的规定。

归结上述，不难发现，几乎每种恢复原状义务都有特色，有其独特的适用规则。有些存在着法律规定可以援用，有些则寻觅不到。形式上统一了，名曰恢复原状义务，实质上各自独立，甄别不清，就会产生不当的后果。此其一。从时间过程看，相当一些恢复原状义务处于合同过程中的不同阶段：投入费用发生于合同履行阶段，返还标的物产生于合同解除后的清算阶段，风险负担则属于恢复原状之债不能履行的法律后果。从法律关系看，担保人的债务不属于恢复原状之债，而为担保法律关系的内容，并且，担保人若为抵押人、出质人，其所负并非债之关系中的债务，而是“物上责任”。风险负担也不属于恢复原状之债本身，而是恢复原状之债因不可归责于双方当事人的原因而不能履行时的损失分配，亦为另外的债的关系。如此不同的东西，韩世远教授却拼在一起，装入一个口袋，除了令人眼花缭乱，费力甄别，似无多少积极意义。此其二。

本来，韩世远教授坚持恢复原状义务与本来的债务具有同一性，^{〔23〕}以彰显折衷说优越于直接效果说。但实际上难以成立。其原因在于：1. 担保人债务显然不属于原合同债务（债权）的转化或变形，与本来的债务没有同一性。2. 风险负担规则运用的结果，由受领人承担风险时，受领人不是赔偿给付人因给付物毁损灭失所受到的损失，而是承担给付物的价款支付义务。该种价款支付义务，至少在依原合同约定的价格标准计算价款时，是原合同价款支付义务的复活，而非什么与原合同价款义务之间具有同一性的问题；若由给付人承受风险时，则受领人不负责任，连恢复原状义务都算不上，更遑论什么同一性了。3. 所谓受领物产生的果实，应为已同受领物相分离之物，无论是该果实与受领物之间的关系，还是果实的归属，均适用物权法上的规则。按照直接效果说及其逻辑，给付人依据物权法上的规则主张果实的返还，称返还果实与本来的债务具有同一性，难以成立。而依据折衷说，受领人基于物权法规则取得果实，给付人则依债法规则请求返还果实。若将果实的返还作为不当得利返还，通说也认为该债务与本来的债务之间没有同一性。若另觅果实返还的其他法律依据，要看该法律依据是什么，才能看清果实返还与本来的债务之间有无同一性。对此，韩世远教授没有给出答案。4. 因为占有包括间接占有，所以，返还之前占有使用受领物所获得的利益，应当包括受领人将受领物出租给第三人而收取的租金。该项利益乃基于租赁合同产生，与本来的债务（债权）不具有同一性。5. 利息，作为恢复原状债务的衍生债务，应为恢复原状之债的从债内容。投入的费用，包括受领人保管给付物所支出的必要费用。该笔费用在不同的法律关系中意义有别，与本来的债务不具有同一性。此其三。韩世远教授关于“如果双方互负恢复原状的义务，则两项义务立于同时履行的关系，适用同时履行抗辩权的相关规定”的见解，有些绝对，应予限定。此其四。这些不同的恢复原状义务一律适用诉讼时效制度吗？若是，诉讼时效期间的起算点、中断、中止没有差别吗？若有，在适用抗辩、抗辩权

〔21〕 前引〔7〕，韩世远书，第533页。

〔22〕 同上书，第536页。

〔23〕 同上书，第534页。

制度时如何把握?非三言两语所能说清。此其五。

按照笔者对合同法第97条规定的解读,从权利角度观察,恢复原状为物的返还请求权,其他补救措施系不当得利返还请求权。若这些方式用尽仍有损失,可以求助于赔偿损失这个民事责任。这些救济方式,各有其质的规定性、构成要件、适用领域,简单、明了、实用。法律人探讨学术,解决案件,只需将它们分别适用,最后整体审视,效果最佳。韩世远教授之说带来的问题,在这里统统不见了。可能是敝帚自珍,笔者的此种解释应当优于韩世远教授开出的方子。

(四) 如何理解作为不当得利构成要件的“没有合法根据”

至于合同解除无溯及力时不具备不当得利的构成要件问题,取决于如何看待不当得利的构成以及怎么对待它。若将不当得利成立所需要的没有法律上的原因理解为合同或债权,合同解除无溯及力,受领的给付仍有法律上的原因,的确不成立不当得利。但是,这在不成立违约责任的情况下显失公平。不如改采如下的观点:因未为对待给付或未为完全的对待给付而获得的利益,没有合法根据,构成不当得利。该项观点有其法律依据,因为民法通则第92条关于不当得利构成的规定没有重复大陆法系以没有法律上的原因为要件的模式,而是要求受益人获得利益没有合法根据。该“合法根据”,可以是合同、债权,也可以是其他,包括取得利益的法律依据。“没有合法根据”包括合同、债权等不复存在,也包括受领人取得给付物的所有权却未支付对价或未支付全部对价。受领人取得给付物的所有权,付清全部价款,应为有“合法根据”,不成立不当得利。受领人取得了给付物的所有权但未支付对价或未支付全部对价,“没有合法根据”,构成不当得利。^[24]所以,将合同法第97条规定的其他补救措施解释为不当得利,不违背中国现行法上的不当得利制度。韩世远教授重视现行法上的依据,对此应当持赞同态度才合逻辑,为什么于此处更换理念和标准,沿袭德国、日本某些学派关于不当得利的界定,来解释民法通则第92条、合同法第97条的规定呢?

四、折衷说解读合同法第98条的规定时存在着误区

韩世远教授以合同法第97条的规定“没有言及合同自始归于消灭”为据,同时联系该法第98条关于合同解除不影响合同中结算和清理条款的效力的规定,证明合同法在合同解除的效力方面采纳了折衷说。^[25]

(一) 折衷说的逻辑缺陷

法律明确规定“合同自始归于消灭”,固然极易得出合同解除的效果采取了直接效果说的结论。法律“没有言及合同自始归于消灭”,未必就否认了直接效果说,同理,未必就当然承认了折衷说。这里不存在着非此即彼的逻辑。原因之一是关于解除效力的学说不限于这两种,原因之二是在我国现行法上模糊、弹性的规定并不罕见,若一律遵循没有言及这样就是承认了另外的效果及学说的思路,有时会出现不适当的后果。其实,至少在若干场合法律人没有遵循这样的路径解释法律。例如,合同法第84条关于债务承担的规定没有言及并存的债务承担,但包括韩世远教授在内的学者将该条关于“债务人将合同的义务……部分转移给第三人的,应当经债权人同意”的规定解释为包括着并存的债务承担。^[26]

韩世远教授辨析道:“合同法最初起草时所采纳的是‘直接效果说’,但合同法第97条实系

[24] 崔建远、韩世远、于敏:《债法》,崔建远执笔部分,清华大学出版社2010年版,第186页,第190页。

[25] 前引[1],韩世远书,第620页。

[26] 韩世远:《债务承担的解释论问题》,载崔建远主编:《民法9人行》第2卷,金桥文化出版(香港)有限公司2004年版,第106页;崔建远:《概念·特征·构成要件·价值判断》,同书第64页。

立法者从实际出发,‘借鉴国外经验,遵循经济活动高效的原则,对合同解除的效力作了比较灵活的规定’。〔27〕其言外之意是合同法采取了折衷说,而抛弃了直接效果说。

实际上,所谓“借鉴外国经验……对合同解除的效力作了比较灵活的规定”,〔28〕有几层含义:其一,合同解除有无溯及力,或曰采取直接效果说还是采取折衷说等学说,不宜一概而论(例如,既不宜如同德国民法典旧债法那样对合同解除一律采取直接效果说,也不宜如同德国债法现代化法那样对合同解除一律采取清算了结说),而应区别情况而作决定。例如,协议解除场合由当事人的约定确定合同解除有无溯及力,继续性合同解除不宜溯及既往地消灭合同关系,非继续性合同解除有时宜溯及既往。其二,《中华人民共和国合同法(建议草案)》区分合同解除与合同终止,采取合同解除原则上具有溯及力、合同终止原则上没有溯及力的模式,有些专家学者认为过于琐碎。尤其是经济合同法、涉外经济合同法和技术合同法均未如此设计。于是,全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会将它们合并,形成合同法第93条、第94条。期间,根本没有涉及排斥直接效果说的问题。其三,合同法第98条可以溯源至1980年《联合国国际货物销售合同公约》,并不表示合同法第97条也必然溯源至该《公约》,不意味着合同法一定采取了折衷说。合同法第98条、第97条系各自独立的条文,二者完全可以各自完成自己的使命。从逻辑上讲,如果合同法第97条的规定采取的是折衷说,合同不因解除而溯及既往地消灭,合同约定的结算条款、清算条款自然继续有效,还用得着专设第98条赘言“合同的权利义务终止,不影响合同中结算和清理条款的效力”吗?合同法于第97条之外再设第98条,表明立法者担心人们依第97条含有解除有溯及力的逻辑认定结算条款、清算条款因解除而归于消灭。所以,这正好得出合同法第97条的规定含有解除有溯及力、解除无溯及力各种情形的结论。

所谓“遵循经济活动高效的原则,对合同解除的效力作了比较灵活的规定”,下文的分析会显现,直接效果说符合效益原则,而折衷说则有时不利于经济活动高效的原则。

(二) 折衷说也在拟制

韩世远教授一直诟病直接效果说靠拟制来解释结算和清算的条款不因合同解除而消失,声称如此说服力不足。〔29〕其实这也在显现折衷说同样的“不足”。他以为按照折衷说,合同关系不消灭,按照逻辑,作为合同条款的结算和清算的条款自有其依附之“皮”,无需拟制便理所当然地存在。这似乎蛮合逻辑,理由强劲。其实,即使按照折衷说,合同一经解除,依当事人意思表示产生的合同关系已不复存在,折衷说称其存在,那是幻觉,是误将法定关系硬说成是原来的合同关系。对此,本文第二部分中已经详述,此处不赘。如此说来,不靠拟制,折衷说也无法完满地解释结算和清算的条款何以于合同解除场合仍继续存在。

其实,对合同法第98条关于合同解除不影响合同中结算和清理条款的效力的规定,直接效果说并非一筹莫展。在笔者看来,一个合同文本载有的合同条款未必总是单一种合同的条款,有时是分属于若干个合同的条款。实务中运用的合同文本大多如此,时常是一个合同文本中约定了几个类型的合同,有典型合同,也有非典型合同。按照这种思路衡量结算和清算的条款,可以认为它们不属于由当事人缔约目的(或曰系争合同)所决定的合同条款。解除权人解除的只是系争合同,并未解除结算和清算的条款所在的另一合同。这样,无论是按照折衷说还是依直接效果说,合同解除都不影响结算条款和清算条款的存在。

笔者作上述这样理解的可取性,可以从仲裁条款、报批义务条款等独立于系争合同的理论和实践得到佐证。理论界和实务界的共识是,仲裁条款独立于系争的合同,系争合同无效或被撤

〔27〕 前引〔7〕,韩世远书,第527页。

〔28〕 胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999年版,第162页。

〔29〕 前引〔7〕,韩世远书,第528页。

销,都不影响仲裁条款的效力。

按照这种思路,韩世远教授以结算条款和清算条款未因合同解除而消灭为由,认定合同法上的解除采取了折衷说,就不成立。

五、折衷说机械地理解了合同与违约损害赔偿之间的依存关系

德国首先提出“直接效果说”时,机械地认为:合同解除溯及既往地消灭合同关系,也就消灭了债务不履行责任存在的根基,因而合同解除与债务不履行责任不得并存。德国民法典原第325条和第326条就是依据这样的学说规定的。

这是间接效果说、折衷说、债务关系转换说、清算了结说纷纷登场,攻击并欲以取而代之的初始且核心的原因。有鉴于此,欲坚持直接效果说,驳倒折衷说等学说,不得不辨析合同被溯及既往地解除与违约损害赔偿之间的依存关系。

韩世远教授承继德国早期直接效果说的逻辑:“所谓既存的‘赔偿损失’之违约责任,是以合同义务违反为前提的,进而是以合同关系的存在为前提的,更进而是以合同不被解除为前提的。”若不履行的损害赔偿与解除合同并存,则不符合上述逻辑。直接效果说认为解除溯及既往地消灭合同,在逻辑上,不履行的损害赔偿与解除合同不能并存。韩世远教授认为笔者一方面支持直接效果说,同时又认为仍然存在不履行的损害赔偿,显然已非德国20世纪初期的“直接效果说”,而是一种“修正的直接效果说”了。可是,不履行的损害赔偿仍然是原合同关系的直接转化形态,因而不履行的损害赔偿与原合同关系保持了“同一性”。这也就等于说违约人的债务并没有因为解除而归于消灭,而是“直接转化”为不履行的损害赔偿。显而易见,这与直接效果说主张的“合同自始归于消灭”是自相矛盾的。^[30]

对韩世远教授归谬作以下反驳:

1. 韩世远教授关于“所谓既存的‘赔偿损失’之违约责任,是以合同义务违反为前提的,进而是以合同关系的存在为前提的,更进而是以合同不被解除为前提”的逻辑,从合同→合同关系:债权/债务→违约行为→违约损害赔偿的因果链条看,并不符合客观事实,违反了这样的原理:合同债务(债权)与违约损害赔偿债务(债权)之间具有同一性,是由它们二者之间内在的、实质的转换、变形或承继所决定的,并非由于合同的存在方才如此。换句话说,有合同存续,合同债务(债权)与违约损害赔偿债务(债权)之间具有同一性;没有合同存续,合同债务(债权)与违约损害赔偿债务(债权)之间照样具有同一性。就是说,两项债务(债权)之间有无同一性,重心在它们之间的联系,而不在法律事实必须是同一个。假如非得强求法律事实是同一个,则韩世远教授关于返还债务与本来债务之间具有同一性之说也不成立。因为引起返还债务关系的法律事实并非原合同,而是解除权行使这个单独行为。所以,可以肯定地说,韩世远教授的这个逻辑难以成立,至少可以说存在着重大缺陷。

2. 德国起初的“直接效果说”,德国民法典原第325条和第326条的规定,存在着若干缺陷:从利益衡量上看不利于守约方;透露着唯有合同存在才有同一性之意,不足取;从合同→合同关系:债权/债务→违约行为→违约损害赔偿的因果链条看,同样不符合客观事实,违反了笔者在上面所阐释的原理。它被抛弃理所当然,笔者从未采纳过这种学说,而是持有异议。^[31]

[30] 前引〔7〕,韩世远书,第539页。

[31] 崔建远:《论我国的合同解除》,吉林大学法律系/研究生院法学硕士学位论文(1984);崔建远:《合同责任研究》,吉林大学出版社1992年版,第41页;王家福主编:《中国民法学·民法债权》,崔建远执笔部分,法律出版社1991年版,第379页。

3. 何谓直接效果说,判断的标准是什么,可能见仁见智。为了便于与韩世远教授论争,笔者暂且以韩世远教授赞同的界定——合同因解除而溯及地归于消灭,尚未履行的债务免于履行,已经履行的部分发生返还请求权——作为标准衡量。经过简单对比不难看出:笔者关于直接效果说的用法完全符合韩世远教授的界定。如此,则不可说“修正”。其实,韩世远教授自己也承认直接效果说内部也不统一。^{〔32〕}既然允许不统一,可以在不改变质的规定性的前提下存在特色,既然笔者对直接效果说的把握符合韩世远教授赞同的界定,为什么对笔者的把握仍设诘问:“这还算是‘直接效果说’吗”?不知韩世远教授是否意识到,这样的诘问也是冲向他自己的。

其实,争论是否为真正的直接效果说抑或“修正的直接效果说”没有实质意义。直接效果说自身在与各种学说的论争中不断发展和完善。如今日本是直接效果说、间接效果说、折衷说,在法律效果上可谓殊途同归,其区别仅在于逻辑的路径不同。在笔者的意识里,只要内涵和外延确定,叫什么名无关紧要。

现在正面回答,合同被溯及既往地解除时,违约损害赔偿存在的根据。

违约解除的场合,客观存在的因果链条、事物的本来进程是:合同存续期间发生了违约行为,成立了债务不履行的损害赔偿(中国现行法及其理论称之为违约损害赔偿)。至此,合同一直存在。从合同债务与不履行的损害赔偿之间的关联角度讲,是合同债务“直接转化”为不履行的损害赔偿,不履行的损害赔偿关系与原合同关系保持了“同一性”。须知,此时合同仍然存在,不履行的损害赔偿在存续。至于合同债务,于填补赔偿场合已不复存在,已经“直接转化”为不履行的损害赔偿;于迟延赔偿场合,转换为继续履行债务。该继续履行债务在范围上小于原合同债务。

这些客观存在不因合同解除而化为乌有(继续履行除外),即使解除溯及既往也是如此。在违约方已经实际承担了违约责任之后守约方才解除合同的情况下,这一点尤为明显。涉外经济合同法第34条关于“合同的变更、解除或者终止,不影响当事人要求赔偿损失的权利”的表述,以及技术合同法第25条的类似规定,有助于按照先产生违约责任而后解除合同进行解释。

接下来,再从另一角度进一步证明上述结论的合理性。

违约损害赔偿与合同、合同关系之间的因果链条是:合同→合同关系:债权/债务→违约行为→违约损害赔偿。

如示,违约损害赔偿并非合同引起,而是合同债务被违反的法定结果。就是说,违约损害赔偿关系的法律事实,不是合同,而是违约行为。这样,违约损害赔偿关系的成立和存续,完全可以不从远距离的合同而是直接从违约行为这个法律事实寻觅其根据。

甚至于可更进一步承认合同债权债务具有相对的独立性。尽管合同债务确实源自合同,但合同债务自其被违反时起,尤其是转化为损害赔偿时起,就与违约损害赔偿更加密切地联系起来,并且密切的程度胜过它与合同之间联系的程度。在这样的关系网中,合同已可有可无。

在上述理念下和因果链条中可以发现:合同债务(债权)与违约损害赔偿债务(债权)之间具有同一性,是由它们二者之间内在的、实质的转换、变形或承继所决定的,并非由于合同的存在方才如此。在同一性的证成上,离不开合同的,主要是合同项下的债权债务自合同生效至适当履行完毕期间一直未曾改变。有鉴于此,韩世远教授在证成解除前后的法律关系具有同一性时,总是强调必有合同存在才有依据,有些只见树木不见森林的意味。

该项结论的可取性,还可通过其他债之关系的例证加以证明。例如,受益人拒不履行不当得利返还债务,成立债务不履行责任,该债务不履行责任与不当得利返还债务具有同一性,尽管于此场合并不存在合同。

〔32〕前引〔7〕,韩世远书,第524页。

需要指出的还有：合同解除，溯及既往消灭的是原来的合同债务，合同债务已经转化为不履行的损害赔偿的，不会还原成原来的合同债务。

所以，直接效果说关于“合同自始归于消灭”之说，自解除时起溯及既往地消灭原合同债权债务并没有错：它被用于描述合同全然未曾履行的情形最为简洁明了；它被用于合同债务已经有所履行的场合，仍然要溯及既往地消灭原合同债权债务；被转化为、变形为的违约损害赔偿，基于同一性、公平正义的考虑，不应因解除而消灭；形成的不当得利返还，同样基于公平正义的衡量，也不应因解除而消灭。

可见，韩世远教授关于“这也就等于说违约人的债务并没有因为解除而归于消灭，而是‘直接转化’为不履行的损害赔偿。显而易见，这与直接效果说主张的‘合同自始归于消灭’自相矛盾”的归谬，确系没有看清因果链条、事物本来进程的表现，过于机械和形式主义，时空也有些错位。

六、折衷说误判了法律评价的重心

笔者曾经指出：“在合同解除的情况下，虽然通过采取某些学说可以避免拟制的现象，达到形式逻辑的要求，但在合同无效场合如何避免呢？合同法第57条规定，合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。而无效的合同等民事行为，从行为开始起就没有法律约束力（民法通则第58条第2款）。被撤销的合同等民事行为从行为开始起无效（民法通则第59条第2款）。这些行为一方面溯及既往地消灭，另一方面行为中载有的解决争议方法的条款却继续存在，显然与折衷说所追求的逻辑不符。在合同无效的情况下，对于有关解决争议方法的条款依然有效，不拟制恐怕难以说明。于是诘问不禁脱口而出：既然合同无效场合可以容忍拟制，为什么在合同解除场合就不能容忍呢？！如果不能容忍，则必须另有坚强有力的理由。其实，不但此类坚强有力的理由不存在，还存在着如同上述的和下文所述的不利于折衷说的现象。”〔33〕

对此，韩世远教授对有些视而不见，对有些则予以反驳。反驳的逻辑是，无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力，“意味着从一开始就不会按照当事人的意思发生债权债务、发生物权变动”。而“合同解除场合，问题的性质截然相反，合同从一开始就是有效的……既然按照有效的法律行为发生了物权变动，这种物权变动符合物权法的规定并受其保护，为什么因为合同解除便一下子复归给了给付人了呢？”〔34〕对此，笔者评论如下：

韩世远教授在讨论可撤销的合同和效力待定的合同之间的异同时，反对笔者关于“可撤销的合同与效力待定的合同接近，而同完全有效的合同有别，从而在解释论上不宜将合同法第51条规定的无权处分合同解释为有效合同”〔35〕的看法，特意强调“合同法规定通常欺诈为合同得撤销的事由，仅特别情形（损害国家利益场合）为合同无效事由。而可撤销的合同在被撤销前与有效合同相近（未决的生效），甚至很多人认为就是有效合同；而效力待定的合同在效力确定之前实质上与无效相近（未决的不生效），从这一角度看，正好是无权处分合同有效的观点与上述规定接近，而效力未定的观点与上述规定相去较远。总之，无权处分场合的合同有效，仅处分行为因不被追认或嗣后未取得处分权而归于无效，这种限缩解释的结论从体系解释（而非‘局部解释’）的角度，也可获得印证”。〔36〕时至今日，他却又凸显可撤销的合同和无效合同之间的共性：

〔33〕 前引〔3〕，崔建远文。

〔34〕 前引〔7〕，韩世远书，第532页。

〔35〕 崔建远：《无权处分辨》，《法学研究》2003年第1期。

〔36〕 前引〔7〕，韩世远书，第227页。

“在这些场合，合同自始没有法律约束力，意味着从一开始就不会按照当事人的意思发生债权债务、发生物权变动”。真乃彼一时此一时也。但就是“此一时”的观点也是不成立的：

1. 可撤销的合同未被撤销时为有效，债权人受领给付具有合法根据/法律上的原因。可撤销的合同一直不被撤销场合更是如此。绝非什么“意味着从一开始就不会按照当事人的意思发生债权债务、发生物权变动”。

2. 合同被撤销时，债权人受领给付的根据丧失，返还给付的义务产生。合同被解除（法释[2010]9号第5条、第6条第2款、第8条）并有溯及力，债权人受领给付的根据即告丧失，返还给付的义务产生。就是说，合同被撤销与合同溯及既往地解除，所产生的法律后果没有什么本质的不同，不知韩世远教授关于合同被撤销与合同被解除所涉“问题的性质截然相反”的断语何以得出？

3. 即使按照折衷说对比合同解除与合同撤销，韩世远教授关于“既然按照有效的法律行为发生了物权变动，这种物权变动符合物权法的规定并受其保护，为什么因为解除合同便一下子复归给了给付人了呢？是基于什么特别的法律规定而否定了物权法关于物权变动一般规则的效力”的诘问，也存在着致命弱点：如果将其诘问中的“解除合同”置换成“撤销合同”，韩世远教授如何作答呢？实际上，韩世远教授既然承认合同被撤销时物权立即复归原权利人，那么，在解除的场合，这也就不再是什么难以逾越的障碍了。因此，只要承认合同解除有溯及力，无须什么“特别的法律规定”，物权就可以复归原权利人。可见韩世远教授与笔者的分歧仍然是合同解除是否有溯及力，至于非得有“特别的法律规定”不可云云，纯属额外要求。

4. 有必要指出，合同无效、被撤销、被溯及既往地解除的法律后果，究竟是相互差异巨大，还是共性更多，着眼点和思考路径不宜聚焦于意思表示的角度，而应侧重于给付的保有还是归还的层面。借用类推的理念就是，处理合同不复存续场合给付物的逆向运动，法律评价的重心不是意思表示合法或严重违法，而是合同若自始即无法律约束力、溯及既往地消灭的，受领人保有给付物的正当根据（法律上的原因）之有无。在这点上，合同无效、被撤销、被溯及既往地解除存在着共性，亦为法律评价的关注点。于是，就应当对它们做相同或相似的处理，而不是人为地将合同无效和被撤销的法律后果同等对待，而拉大与合同解除（有溯及力的场合）的法律后果之间的距离。

韩世远教授的上述诘问，暴露了他人为地限缩了物权变动规则的范围，对物权变动及其原因之间相互关系的把握尚未到位。须知，不但物权变动须有原因，物权变动的保持同样须有原因。此类原因消失了，物权变动就往往难以保持。这些都是物权变动的规则。一旦买卖合同被撤销、不被追认或被解除，在德国民法上，即便物权行为的效力不因此而受影响，标的物也会依不当得利制度返还给给付人。在中国，因不采物权行为理论，处理起来更为简明。一句话，变动后的物权于其原因消失时，就保不住了。这不是“基于什么特别的法律规定而否定了物权法关于物权变动一般规则的效力”，恰恰是肯定。

在合同被否定后的结果方面，韩世远教授聚焦于可撤销合同与无效合同的共性，夸大可撤销合同被撤销和合同被解除之间的差异，其不适当性，可以从下面的案件及分析中看出来：甲企业自称有一座大厦，以1亿元人民币卖与乙公司，但实际上该大厦归属于丙公司，只是错误登记为甲企业。该房屋买卖合同约定，乙公司分三期支付房款。乙公司依约支付了第一笔房款，甲公司于次日依约交付了大厦的钥匙。因乙公司逾期支付第二笔房款，甲公司催告未果，便援用合同法第107条等规定，请求乙公司承担违约责任。乙公司经过调查，发现甲公司未将买卖物的真实的权属情况告知自己，于是援用合同法第54条第2款的规定，主张撤销该合同。请问：甲公司取得的第一笔房款、乙公司取得大厦的钥匙，都没有合法根据吗？不按照当事人的意思发生债权债

务、发生物权变动吗？在乙公司不再主张撤销该买卖合同，或该项主张不被裁判机关支持的情况下，韩世远教授的断语肯定是错误的；退一步说，即使乙公司的主张得到支持，在该买卖合同未被撤销期间，乙公司取得大厦的钥匙、甲公司取得第一笔房款，也是有合法根据的。

不难看出，韩世远教授将合同被撤销与合同无效相提并论，而夸大合同被撤销和合同解除的不同，恰恰搞颠倒了。

七、从利益衡量方面看折衷说的劣势

在给付物为有体物且于合同解除时仍然存在的情况下，从利益衡量的角度分析，折衷说有利于受领人，直接效果说有利于给付人。虽然违约方既可能是给付人也可能是受领人，但在违约解除场合采取直接效果说大多有利于守约方。^{〔37〕}分析如下：

1. 守约方已经履行其债务时，依直接效果说，合同解除具有溯及力，在返还给付的效果强弱上有利于守约方。因为我国法律未承认物权行为独立性和无因性的理论，合同标的物所有权转移的效力取决于债权合同的效力 and 债务的履行，而不由物权合同的生效所决定。这样，违约解除有溯及力，在给付物为动产的情况下，就使给付物的所有权重归于给付人，给付人可基于所有权请求返还。在该给付物已经办理了过户登记手续场合，因受领人对受领标的物的所有权又得而复失，故应当负有注销所有权登记的义务，给付人享有请求所有权登记的权利。由于所有权的效力优先于普通债权的效力，在受领人的财产不足以清偿数个并存的债权时，给付人最容易得到给付物的返还。在这里，给付人正是守约方。如果采取折衷说，就不能周到地保护守约方。其原因在于，按照折衷说，只发生债权性质的恢复原状义务，在违约方（受领人）的财产不足以清偿数个并存的债权时，守约方（给付人）可能在实际上得不到给付的全部返还。

至于守约方行使同时履行抗辩权的需要，可以通过下述方法而得以实现：守约方放弃物的返还请求权，而主张不当得利返还请求权，从而使两项不当得利返还债务形成同时履行关系。

2. 违约方已经部分或全部履行其债务时，对守约方的利益保护来说，直接效果说也不输于折衷说。因为违约方已经履行其债务反而违约并且解除合同的情况，基本上属于质的不完全履行，如标的物有瑕疵。在这种情况下，有瑕疵的标的物返还给违约方，对守约方才有利。折衷说能够做到这一点，直接效果说也能如此。假如给付物虽有瑕疵但对受领人具有积极的意义，受领人作为理性人应当不行使解除权，而应继续合同的效力。

至于违约方（给付人）行使物的返还请求权，而守约方（受领人）无法援用同时履行抗辩权予以对抗，可能造成返还了给付物却无法得到违约方返还的弊端，可以借助于程序法等途径来解决。（1）违约方主张物的返还请求权时，守约方申请保全措施，以免返还了给付物却无法得到违约方的返还或者损害赔偿。（2）违约方主张物的返还请求权时，守约方提起诉讼或仲裁，争取由判决书或裁决书一并解决双方各自的返还及赔偿问题。（3）可否扩张不安抗辩权制度的适用范围，允许守约方援用不安抗辩权？

3. 在当事人已经部分或全部履行，合同双方当事人都不愿意返还给付的情况下，直接效果说并不妨碍当事人的要求得到满足。依直接效果说，解除有溯及力，发生恢复原状的义务，而恢复原状意味着当事人的给付都要各自分别返还。此时不妨允许当事人放弃所有物返还请求权，而主张不当得利返还请求权，不是各自分别返还给付，只是返还两种给付的数量差额。从经济的角度讲，这为有效地利用标的物，创造使用价值提供了前提。

〔37〕 前引〔2〕，崔建远主编书，第199页。

依直接效果说，违约解除有溯及力，增加的返还费用应由违约方负担，对守约方没有损害。民法通则第 115 条及合同法第 97 条都规定，合同的解除不影响当事人要求赔偿损失的权利。在合同解除有溯及力时，守约方由于返还给付而支出的费用，是违约行为造成损失的一部分，应由违约方负责赔偿。

依据法解释学，当形式逻辑与利益衡量不能兼顾时，宁可牺牲形式逻辑，而侧重于利益的平衡。从这个方面说，折衷说也不足取。

八、折衷说关于解除权行使的行为引起物权变动之说不成立

韩世远教授认为：合同解除场合，给付物的返还属于物权变动，并且属于基于法律行为的物权变动。此处所谓基于法律行为的物权变动，系指基于解除权行使的行为发生物权变动。^{〔38〕}

笔者认为上述观点须予以反驳。

1. 从意思表示的理论看

基于法律行为的物权变动，该法律行为中必有物权变动的效果意思。按照韩世远教授赞同的物权行为理论，该法律行为须为物权行为，得有物权的意思表示。在笔者掌握的文献里，没有看到德国民法及其学说认为物权行为以外的法律行为含有物权的意思表示，能够引发物权变动。韩世远教授关于解除权行使的行为能够引发物权变动之说，无异于承认物权行为以外的法律行为引发物权变动，纯粹是他自己的学说，并且这也与他赞同物权行为独立的观点不一致。因为物权行为的目的及功能就在于引起物权变动，关于物权变动的效果意思应在物权行为里。

韩世远教授至少要回答、解决两个问题：其一，他赞同债权行为与物权行为的区分，如此，基于法律行为的物权变动只能由物权行为引起，不会由其他法律行为引发。而解除权行使的行为显然不是物权行为，依逻辑，不会引发物权变动。他驳不倒这一点，其观点就立不住。其二，退一步说，即使他驳倒了“其一”，也必须证明解除权行使的行为中含有引发物权变动的效果意思，解除通知须为物权的意思表示。若证明不了解除权行使的行为含有物权变动的效果意思，其观点依然不成立。

笔者思考至今，感到韩世远教授难以驳倒“其一”。“其二”恐怕亦然。其道理在于，解除权行使的行为即解除通知，就是解除的意思表示，不含有物权变动的效果意思。退一步说，假如个案中的“解除通知”果真含有引发物权变动的效果意思，也是解除意思表示之外的效果意思，属于多种意思表示的结合，只不过出现在了同一个载体上而已。我们不得因多种意思表示的结合而改变“解除的意思表示”的质的规定性，而扩张“解除的意思表示”的范围。

在笔者看来，基于法律行为的物权变动场合，该法律行为表现为买卖合同等行为。买卖合同等行为含有物权变动的效果意思，而不是该合同项下的债权含有引发物权变动的效果意思，更不是作为债权之一种效力、作用的解除权含有引发物权变动的效果意思，更遑论债权、解除权含有使物权得而复失（从给付人角度讲，则为失而复得）的效果意思了。真实的情形是，所谓法律按照买卖合同等行为的意思表示内容赋予法律后果，包括认可或强制债权以其给付受领权的实现达到物权变动。其中，不含物权得而复失的效果意思，即不含有合同解除场合返还给付的效果意思。

2. 从解除权与债权之间的关联看

上述结论的正确性，可以从解除权与债权之间的关联层面得到印证。解除权为债权的效力、作用，管辖着债权的死亡。解除权及其行使所蕴含的意思，应为债权及其行使所蕴含的意思的一

〔38〕 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2008 年版，第 474 页；前引〔7〕，韩世远书，第 532 页。

部分；解除权行使这个意思表示，应被融入债权所处于的法律行为（如买卖合同）之中。如果把债权以其给付受领权的实现达到物权变动、以自己死亡来换取物权变动作为正方向的运动，那么，合同解除导致的物权变动（如果奉行此类物权变动理论的话）实为反方向的变化。称解除权行使的行为引发物权变动，意味着承认解除权及其行使所蕴含的意思完全超出了债权及其行使所蕴含的意思，背离了债权所处于的法律行为（如买卖合同）中的效果意思，无异于在说买卖合同等行为含有物权得而复失的效果意思。这等于说，买受人等交易人在成立买卖等合同时准备着退还买卖物，显然违背交易人的真意，违反交易的常规。

3. 从因果链条看

按照直接效果说，这里的因果链条是：解除通知（意思表示·法律行为）→合同解除→溯及既往：物的返还请求权·不当得利返还请求权·损害赔偿请求权/无溯及力：不当得利返还请求权·损害赔偿请求权。

用文字描述就是：解除权行使的行为引发的是合同解除，合同解除的效果是合同溯及既往地消灭或仅向将来消灭。溯及既往消灭的结果是，在给付表现为有体物的交付或移转登记的场合，所有权立即复归，产生物的返还请求权，有时还有不当得利返还请求权以及损害赔偿请求权；在给付非为有体物的交付或移转登记的场合，没有所有权的复归，仅产生不当得利返还请求权，有时成立损害赔偿请求权。物的返还请求权行使的表现形式为，动产占有的回复或不动产登记注销。

按照折衷说，这里的因果链条是：解除通知（意思表示·法律行为）→合同解除→无溯及力：恢复原状义务→物权变动。

用文字描述就是：解除权行使的行为引发的是合同解除，合同解除的效果是尚未履行的债务归于消灭，已经履行的债务转化为新的返还债务。其中，新返还债务的履行结果，于有体物交付或移转登记场合发生物权变动。

不难发现，解除权行使的行为，即解除通知，解除的意思表示，属于形成权行使的行为，距离动产占有的回复或不动产登记的注销及再登记相当遥远，距离韩世远教授所说的物权变动隔着几个环节，超了解除通知效力的射程，其中难有发生物权变动的效果意思。

这里还必须提及，韩世远教授推崇负担行为与处分行为的区分，赞美其为利器，并积极地运用于中国现行法。依其逻辑，负担行为与处分行为的区分，也应当能运用于此处所论问题。但解除权行使的行为是处分行为吗？若是，则它直接——而非再有媒介——引起物权变动。事实显非如此，因为韩世远教授认为解除权行使的行为产生恢复原状义务，该义务的履行导致物权变动，而非解除权行使的行为直接引起物权变动。若非，则应为负担行为。可是，在负担行为和处分行为的架构下，负担行为却不能引起物权变动。由此可见，韩世远教授关于解除权行使的行为引起物权变动的观点不成立。

4. 从法定与约定的角度看

形成权的行使，通过单方面的形成行为来实现他与相对人之间的法律关系，或者对法律关系的内容进行确定，或者改变这种法律关系，以致撤销这种法律关系。^{〔39〕}正因形成权人单方面的形成行为具有如此强劲的法律效力，相对人必须允许这种形成，以及通过这个形成权来中断原来的法律关系，并且还要允许这种做法有效，所以，必须保护相对人免受不公平结果的损害。为了达到这个目的，法律在规定各种具体的形成权的同时，制定了许多不同种类的规定；^{〔40〕}法律必须限定其法律效力的具体内容，解释法律之人不得随意扩张此类法律效力的范围。解除权作为形

〔39〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第289页。

〔40〕 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第79页。

成权的一种，其行使，将合同转换成一个返还的债权债务关系。^{〔41〕}须注意，“将合同转换成一个返还的债权债务关系”，仅此而已，并非发生物权变动。物权变动的发生和结果，假如有的话，也是有待于其中债务的履行，债权的实现。

这种结论的可靠性，还可以从下面的事实看出来：在受领人经催告仍然拒不付款的情况下，给付人主张解除合同，但鉴于给付物已因受领人的过错致有瑕疵，明确表示解除合同不请求返还原物，但裁判机构却可能裁判返还原物。这也证明，作为合同解除的效果，即便承认有物权变动，也不是基于法律行为发生的物权变动。

实际上，即使按照德国民法目前的通说，合同解除形成清算关系，该关系也是法定债的关系，而非意定债的关系。换言之，它不是基于当事人的意思表示而发生的。

可见，韩世远教授关于解除权行使的行为导致物权变动的观点，违反了形成权制度及其理论。

5. 从合同变更看

折衷说认为解除不消灭作为法律行为的合同与作为法律关系的合同。如此，解除权的行使至多是未改变要素的变更合同，解除权行使所起的作用只是债权债务的非实质性改变。物权变动与其原因行为间的关系在格局上不应变化，仍然是合意作为原因行为，该原因行为项下的债务履行导致物权变动。韩世远教授关于解除权行使的行为系物权变动的原因行为的观点，违反了这个原理。

6. 从物权变动的模式看

韩世远教授主张，给付物为动产时须经交付才能发生物权变动，为不动产时须办登记才会发生物权变动。显然，他讨论的不是日本民法上的合同解除及其效果。韩世远教授本来赞同物权行为理论，但于此处却主张引起物权变动的法律事实不是物权行为，而是解除权行使的行为。可见，他讨论的也不是德国民法上的合同解除及其效果。中国现行法上的物权变动，原则上奉行债权形式主义，个别的采取债权意思主义，未见形成权形式主义的规定及学说。韩世远教授自称其主张有法条依据，不知法条何在？

不仅如此，更要害的在于，物权变动模式理论需要作较大的调整，基于法律行为的物权变动进一步区分为基于形成权行使的物权变动与基于他种法律行为的物权变动。疑问接连不断：基于形成权行使的物权变动能否成立？基于形成权行使的物权变动能成为一个普适性的模式吗？中国现行法的规则是如此设计的吗？中国物权法的理论跟得上吗？

7. 从物权变动与民事责任的相互关系看

解除导致标的物返还，而标的物返还为民事责任，这是韩世远教授的观点。假如他把该标的物的返还这个民事责任作为物权变动，则混淆了物权变动与民事责任两个概念、两种制度。如果他认为标的物的返还这个民事责任并非物权变动，那么，它系法定责任，形成法定债之关系，民事责任承担完结便发生物权变动，即法定债务履行引发物权变动。试问：此处的物权变动是基于法律行为的吗？

8. 从当事人的能力看

合同解除的善后工作往往复杂，有的存在着韩世远教授所说的物权变动，有的不存在；有的客观上存在，但当事人主观上不愿意。当事人的效果意思果真这么全面而准确？这恐怕是韩世远教授在代替当事人凑齐效果意思。

9. 从利益衡量看

合同场合发生物权变动，事关双方当事人的切身利益，为了公平合理地处理这个问题，由作

〔41〕 前引〔39〕，拉伦茨书，第290页。

为理性人的双方合意，十分必要。仅凭一方当事人的意思表示就发生物权变动，按照该方当事人的意思表示的内容赋予法律效果，恐怕会严重损害另一方当事人的合法权益。在发出意思表示的一方为背信之人时，这种可能性最大。合同解除，本来就是利益此消彼涨之事，因违约而解除，特别是合同法第410条等规定的任意解除，尤为如此。在这种背景下赋予解除权行使的行为具有引发物权变动的效力，弊端极大。就此看来，韩世远教授关于解除权行使的行为引发物权变动之说，也不足取。

以上九点理由，再联系物权法的立法计划、立法目的，作为物权变动原因行为的法律行为，在物权法上须作限缩解释，即不包括解除权行使的行为。

Abstract: There are different opinions among scholars as to whether the legal effect of contract dissolution prescribed by Chinese Contract Law accords with the theory of direct effect or the theory of eclecticism. The theory of direct effect holds that the contract dissolution has the retroactive effect, and the obligations not carried out needs not to be performed any more, while the obligations already carried out should be restituted. And the theory of eclecticism believes that the obligations not carried out do not exist any longer from the time of dissolution, which accords with the theory of direct effect, while the obligations already carried out still exist and new obligation of restitution comes into being, which accords with the theory of indirect effect.

This paper holds that, the theory of eclecticism does not accord with the literal and normal meaning of Article 97 of the Contract Law. The viewpoint that dissolution does not extinguish the contract and contractual relation violates the objective fact. Besides, the effect of dissolution is not limited to the obligation of restitution. The theory of eclecticism makes some mistakes in the interpretation of Article 98 of the Contract Law and the recognition of the dependence of compensation for default on the existence of the contract. It is also at a disadvantage in the balance of interests. As to the mutual relationship among invalidation, avoidance and dissolution of a contract, the theory of eclecticism misplaces the emphasis of the legal valuation. Finally, the viewpoint that the exercise of the right of dissolution leads to the change of property right held by the theory of eclecticism cannot be established.

Key Words: dissolution of a contract, the theory of eclecticism, the theory of direct effect, restitution
