

# 关于合同违约解除有无溯及力之研究

——兼评《合同法》第97条的规定

刘 勇

(厦门大学法律系 福建厦门 361005)

**摘 要:** 本文认为合同违约解除后能否产生溯及力要受三个因素或层次的决定: 合同的性质和有关保护善意第三人的法律规范; 守约方的选择; 人民法院或仲裁机构的裁判。

**关键词:** 合同; 违约解除; 溯及力

**中图分类号:** I06 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3321(2000)02-0128-0130

合同违约解除是指, 一方(违约方)严重违约致使合同不能履行或履行成为不必要或不可能, 另一方(守约方)有权解除合同。这是合同解除的法定形式之一。合同违约解除后, 合同的效力即告消灭。但这种消灭的作用是溯及既往, 还是指向将来, 即有无溯及力, 各国法律有不同规定,<sup>①</sup> 国内学者也有不同主张。<sup>②</sup> 笔者认为, 对合同违约解除的溯及力问题不能一概而论, 即不能绝对地认定其有或者无溯及力, 而应根据每一合同的客观情况来加以判定。具体而言, 合同违约解除有无溯及力应由以下三个因素(或层次)来予以制约和决定:

## 一、第一因素: 合同的性质和有关保护善意第三人的法律规范

合同解除若有溯及力, 则必然产生恢复原状的法律后果, 那么合同双方已受领的给付或履行均应相互返还。也就是说, 只有双方返还各自的给付, 合同解除才可谓取得溯及既往的效力。显然, 产生溯及力的必要前提是, 合同的标的(或标的物)客观上能够返还, 从而使双方恢复到订立合同前的状态。换言之, 如果依据合同的性质, 标的(或标的物)在合同部分或全部履行后客观上已无法返还, 那么该合同的解除将绝对无法产生溯及既往的效力。笔者认为, 解除后不能产生溯及力的合同包括以下几类:

1. 某些以使用、收益为标的合同, 如借用、租赁、贷款等。一方在实际使用某物(如房屋、金钱等)经过一定期限或取得一定收益后, 已经使用或收益的部分是无法返还的, 也就不能恢复原状, 如租赁房屋用于居住等。2. 劳务合同。一方根据合同规定提供了一定的劳务, 另一方接受了这些劳务, 由于劳务本身是一种无形资产和利益, 无法以同质量、同数量的劳务来返还。所以劳务合同的解除不产生溯

及既往的效力。<sup>3</sup> 某些以特定物为标的物的合同, 如果合同履行后, 该特定物已被一方所消费, 或已灭失, 那么根据特定物的不可替代性, 这些合同的标的物将无法返还, 故此类合同的解除也不产生溯及力。

另外, 随着近代社会经济生活的复杂化和迅捷化, 各国的民商立法更加注重维护交易安全和交易秩序, 以加快财产流转, 实现物尽其用。<sup>③</sup> 其表现之一是, 法律更加重视保护善意第三人在交易中的利益, 如合同法上的表见代理制度、物权法上的善意取得制度等。根据立法的这一价值取向和法律的有关规定, 笔者认为, 以下合同之解除是不应有溯及力的:

(1) 在委托合同中, 由于受托人是以委托人的名义和费用为委托人处理事务的, 在处理事务中, 常常与第三人发生关系, 如果委托合同的解除溯及到合同成立之时, 将会使受托人基于委托而行的各种委托行为失效, 使在委托人与第三人之间发生的各种法律关系失去基础。这就会给善意第三人造成损害, 也影响到交易安全。因此, 委托合同的解除不应有溯及力。(2) 如果一方接受履行以后, 将标的物的所有权转移给了第三人, 而第三人是善意并有偿取得该标的物之所有权, 那么在这种情况下, 合同解除不应发生溯及既往的效力, 以避免对善意第三人造成损害。

总之, 由于给付不能或不应返还, 上述五类合同之解除是不产生溯及力的。换言之, 只有其他种类合同被解除时, 该解除这法律行为才有可能取得溯及既往的效力。

## 二、第二因素: 守约方的选择

合同违约解除的首要立法目的在于, 尽可能周到地保护守约方的合法权益, 使其不因合同的解除而受到不应有的经济损失。<sup>④</sup> 因此, 无论合同之违约解除有无溯及力, 它都

应实现这一立法目标。问题在于,由于每一合同的具体情况不同,我们很难肯定有或无溯及力就能够最周全地保护该合同之守约方的利益。解决这一问题的办法是遵从守约方溯及力问题的选择。也就是说,只有守约方完全自主地作出了要求恢复原状与否的选择,那么我们才能肯定这一选择所导致的法律后果对它是最有利的,或者说这是 他当时所以作出的最佳选择。有学者认为,合同解除若无溯及力将不能保护守约方的利益。<sup>⑤</sup>笔者对此不敢认同。从充分维护自己的利益出发,合同解除后守约方并非都绝对愿意返还双方的给付以恢复原状。在守约方受领对方给付不足或对方不作出对待给付的情况下(这是合同解除的两种违约形态),他可能更愿意通过请求违约方返还不当得利和作出损害赔偿来维护自己的利益。原因在于:一旦对方返还原给付,守约方就必须重新支付时间、精力、风险等交易成本与第三人达成交易。虽然守约方可以通过请求违约方的损害赔偿来弥补这部分损失,但仍存在以下问题:一是能否真正弥补损失很难确定,因为损失赔偿额是以违约方在订立合同时预见或应当预见到的因违反合同可能造成的损失为限(即违约方可预见规则),这与守约方最终所遭受的实际损失难免会有差距;二是易引起双方对损失赔偿额的争议。若守约方不要求对方返还原给付,而只提出返还不当得利或损害赔偿或两者兼之的请求,那么就能解决以上问题,因为不当得利及已发生的损失(包括直接损失和间接损失)较易计算,也易于为双方所接受。另一方面,在守约方受领对方给付不足的情况下,因为该给付并无瑕疵而只是数量不足,并且已交付部分只占合同的很小比例,否则便无需解除合同,故他保留或处理该给付并无多少难度,在违约方不作出对待给付的情况下,守约方也可能作出相反的选择,即违约方给付不足或不作出对待给付时,守约方仍主张恢复原状,返还原给付。

因此,笔者认为,即使根据第一因素的要求,某些合同之违约解除客观上可以产生溯及力,我们也不能就此肯定其效力必然溯及既往,而是应考虑第二因素的作用,即允许守约方根据实际情况作出最有利于自己的选择,由守约方的单方意思表示来决定合同之解除有无溯及力。

### 三、第三因素: 人民法院或仲裁机构的裁判

如前所述,守约方可以通过自己的选择决定合同解除的法律后果:若守约方主张恢复原状,则双方应返还各自的给付,守约方还可请求损害赔偿,这时合同解除有溯及力。若守约方不主张恢复原状,则他可向违约方请求不当得利返还和损害赔偿,这时合同解除无溯及力。但是,产生以上结果的前提是,违约方对守约方的主要不提出异议,双方就合同违约解除后的法律后果达成了一致意见。因此,如果违约方提出异议,当事人(违约方或守约方)就必须请求人民法院或仲裁机构作出裁判,这是决定合同违约解除有无溯及力的最终途径。

一般而言,有关经济的法律制度都是为了降低交易费

用和提高经济效益而设定的。从现代法学和经济学观点看,法律不仅解决公平正义问题,而且也要解决效益问题。<sup>⑥</sup>因此,合同法作为市场经济的基本交易规则,其最终的立法目标应在于促进社会资源的优化配置,使社会资源转移到最能反映其价值、最能有效利用的领域,以实现其最佳经济效益。<sup>⑦</sup>据此,笔者认为,探讨合同解除有无溯及力的最终目的,还是归结于维护社会宏观经济效益。尽管从表面上看,认定合同解除有无溯及力关系到的只是个别具体当事人的利益,但实际上法律设立该制度的根本目的在于保障社会上绝大多数和进行经济活动当事人的经济利益,以确保社会宏观经济效益达到最大化。而法律实现这一目标的途径是:维护交易秩序,保护交易安全。也就是说,从经济之角度来看,双方交易的目的肯定是实现各自利益的最大化,<sup>⑧</sup>故法律鼓励交易,并尽可能维护合同的效力,即使因故不得不消除合同的效力(如解除合同),也尽量不以返还已完成交易的社会财富为代价。显然,如果合同双方解除合同后总是绝对地返还各自的给付,这不利于稳定交易秩序,也可能会带来社会资源的无谓损耗,从而损及社会宏观经济效益。因此,人民法律或仲裁机构在处理关于合同解除有无溯及力的纠纷时,应在充分维护守约主的合法权益的前提下(这是法律的公平正义的需要),以维持双方已受领的给付是否有利于社会宏观经济效益为准则来加以裁判:有利于宏观经济效益,则尽量维护已受领的给付,不必强求返还;若返还原给付对宏观经济效益并不产生消极影响,则可以要求双方返还各自的给付。另一方面,某些情况下守约方之所以主张恢复原状,也是因为他在溯及力问题上已无法作出更佳的选择。譬如,在守约方已受领对方给付的情况下,由于保留或处理对方的给付所带来的损失要大于接受对方返还的给付所导致的消极后果,故他只能主张合同解除有溯及力。但这显然还不能最周到、彻底地保护守约方的合法权益,而且对社会宏观经济效益也有消极影响。换言之,以维护社会宏观经济效益为目标来免除违约方返还给付的义务与彻底地保护守约方的利益之间并无绝对的冲突可言,两者是可以并存的。法律应该同时也可提供更加灵活的救济手段来实现这两个立法目的。

具体而言,若守约方不主张恢复原状而违约方提出反对意见,那么应认定合同解除无溯及力,即双方无需返还各自的给付,而由违约方返还不当得利或作出损害赔偿,或两者兼之。原因在于,只有这样才能充分维护守约方的利益,并有利于确保交易安全和稳定交易秩序。

若守约方主张恢复原状而违约方提出异议,则应根据合同的履行情况来加以区别对待:

1 若合同解除时,只有违约方单方作出了履行或给付,那么此时解除的原因往往是他的履行有瑕疵。对守约方而言,只有将这些有瑕疵的履行返还给违约方对其才最有利,而且违约方在处理 and 修补这些瑕疵履行方面一般具有比守约方更好的能力和条件,就全社会而言也更经济和合理。因

此,在这种情况下,应判定守约方得返还对方的履行,并有权要求对方赔偿损失。

2 若合同解除时,只有守约方单方作出了履行,那么这时解除的原因往往是对方未作出相对履行,此时应根据守约方履行债务的性质来加以判定:(1)若守约方履行的是金钱债务,则要求对方返还原履行并赔偿损失。因为金钱本身并不直接创造社会财富,返还该履行只会发生社会财富的转移,而对社会宏观经济效益并无消极影响。(2)若守约方履行的是非金钱债务,且对方提出异议的原因是该履行与违约方的经济利益休戚相关,譬如违约方只有使用守约方所提供的机器设备才能保证正常生产,一旦返还该设备将使违约方陷入困境甚至破产。换言之,某些情况下强求违约方返还已接受的履行将会减少社会财富的创造,并影响经济秩序的稳定,故不利于社会宏观经济的效益。那么从维护全社会宏观经济效益的角度出发,可以允许违约方返还不当得利并赔偿损失,必要时还可以要求其提供相应担保。

3 若合同解除时,双方都已作出履行,那么这时合同解除的原因往往是违约方的履行有瑕疵或履行不足,此时也应根据守约方所履行债务的性质来加以判定:(1)若守约方履行的是金钱债务,则双方返还各自的履行,守约方还可要求对方赔偿损失。理由同前。(2)若守约方履行的是非金钱债务,且对一旦返还该履行将陷入困境甚至破产,那么:

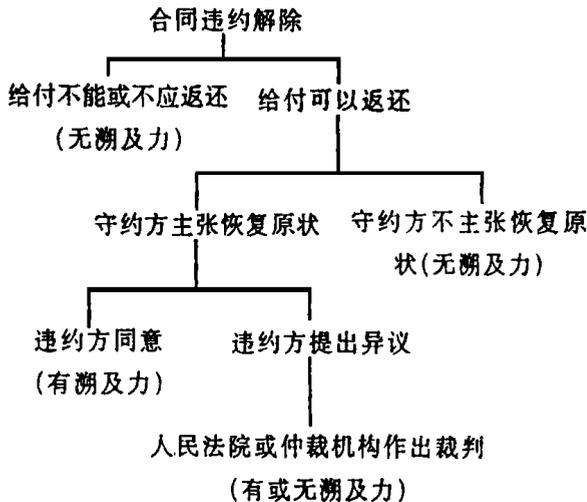
A 在违约方的履行有瑕疵的情况下,应要求双方返还各自的履行,守约方还可请求违约方的损害赔偿。这样才能充分维护守约方的合法权益。B 在违约方履行不足的情况下,应允许双方保留原履行,并要求违约方返还不当得利且赔偿损失。这样既能保证守约方不因对方的违约行为受到损失,同时也促进了社会资源的有效利用,有利于社会宏观经济效益。

综上所述,在守约方主张恢复原状而违约方提出异议时,合同解除的溯及力量情况如下:

守约方履行债务的性质 合同的履行情况	金钱债务	非金钱债务
	违约方单方履行	有溯及力
守约方单方履行	有溯及力	可以无溯及力
双方都已履行	有溯及力	可以无溯及力

根据以上三个因素,我们可以得出一个决定合同违约有无溯及力的层次图:

值得一提的是,我国新颁布的《合同法》第 97 条对合同解除有无溯及力作了较明确的规定,即“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。”换言之,合同解除并非绝对产生溯及力,因为当事人“可以要求采取其他补救措施”,而并不一定“恢复原状”。这显然与本文的宗旨是一致的。不足之处是,第 97 条并未明确规定合同双方就溯及力问题产生争议时应如何处理。故笔者建议在这一条款后增加以下内容:“若双方有争议,当事人可以请求人民法院或仲裁机构确认合同解除的效力”。

注释:

- ① 大陆法系国家的立法大都主张有溯及力。英美法系国家的立法不尽相同,《美国统一商法典》第 2-609 条、2-705 条规定,守约方有权选择合同解除有溯及力;《英国货物买卖法》第 49 条、51 条则认为合同解除无溯及力。
- ② 某些学者认为有溯及力,参见王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 472 页;马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社 1998 年版,第 626 页;某些学者认为无溯及力,参见 郭开:《合同法学》,南京大学出版社 1991 年版,第 83 页。
- ③ 姚辉:《民法的精神》,法律出版社 1999 年版,第 91-98 页。
- ④ 崔建远:《合同法》,法律出版社 1998 年版,第 178 页。
- ⑤ 王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 472 页。
- ⑥ 王家福:《法律经济学论纲》之序,北京大学出版社 1998 年版,第 2 页。
- ⑦ 陈小君、高飞:《制定统一合同法的若干法理问题思考》,《法商研究》1998 年第 1 期。
- ⑧ 参看张维迎:《博弈论和信息经济学》,上海三联书店 1996 年版,第 2 页。

(责任编辑 王立民)