

法律行为解消清算规则之体系综合

汤文平^{*}

内容提要 法律行为被撤销或被认定无效后的返还清算问题是一个极大的难题,现行法及《民法总则(草案)》均以简易条文“大事化了”相关问题链条在简易条文里未获解决,在已有学说及判例中也难窥全豹。而当前民法总则立法既是为未来民法典再立一编,也是民法典编纂竣工的前奏。应就返还清算这一立法主题理清问题链条,进一步广泛汲取比较法经验,打通总分则,将撤销、无效、解除等等解消情形冶于一炉,综览不当得利返还、解除后返还、所有人——占有人返还乃至损害赔偿规则,力争在民法“三重”体系中以统合的清算规则一揽子解决问题。在此过程中,从解释论到立法论的演绎与突破将获全面展示,并将充分彰显我国民法典编纂的后发优势。

关键词 法律行为无效 返还清算 不当得利

《民法总则(草案)》(下文简称“草案”)第135条规定“法律行为无效或者被撤销后,当事人因该行为取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失,各方都有过错的,各自承担相应的责任。”该条直接沿袭了《合同法》第58条、《民法通则》第61条第1款,仅将“合同”或“民事行为”的措辞替换为“法律行为”而已。上列条文最大的特点就是以简易规定直接将“大事化了”。实际上,这个返还清算规定与解除法之返还清算关系如何?与不当得利之返还清算关系如何?与所有人—占有人返还清算关系如何?不能实物返还时是否必须价额返还?价额返还时是以当事人原约定价款为标准,还是以客观价值为标准,或者是以受领人从转得人处所获对价为标准?孳息(用益)是否一并返还?未收取的孳息(用益)呢?受领人为标的付出的费用或遭致的损失呢?这个庞大的问题链条在简易条文里几乎一个都没有解决。就这项制度,我国已有的学说及判例也远没有完整

^{*} 暨南大学法学院副教授,法学博士。本文系2016年国家社科基金重点项目“先合同协议研究”(项目批准号:16AFX015)的阶段性成果。

揭露其中的问题,^①司法实务就返还清算的处理仍在规范残缺和问题意识缺位中空转。在比较法上,合同撤销、无效之后的返还清算问题却是一个极受关注的难题,单是就“不能实物返还时是否必须价额返还”的问题,所谓差额说与二不当得利对立说就困扰了理论与实务几十年,至今判例通说与学术通说仍背道而驰。以至于德国民法大家卡纳里斯称其中双务合同不当得利返还清算属于“德国不当得利法上最具争议的问题域”。^②如下文还将详细交代的,在各国民法修订或国际统一私法的进程中,返还清算分分合合,都是规则重构的重中之重。对于这么一个极大的难题领域,我国现行法采取了鸵鸟政策,草案则陈陈相因,貌似遵循了法安定性价值的要求,但其实还是惰性作怪。

当前民法总则立法既是为未来民法典再立一编,也是民法典编纂竣工的前奏。甚至不能不考虑一种可能,即在民法总则出台之后,汇编诸编即可成典。如果这么去理解民法总则立法的当前意义,就必须与前述惰性相决裂。本文主题虽从民法总则切入,但又广泛涉及债法及物权法,就这种重大而疑难的立法主题务必打通总分则,清理现行法运行暴露的问题,并进一步广泛接受比较法的启示,激活问题意识,纵览全局,力争一揽子解决问题。基于如上理念,前述问题链条大致可以归为两端,其一是是否统合,其二是如何充实制度。下文即以此两端为纲展开讨论。

一、发展潮流总览:分久必合?

在返还清算法蓬勃发展的欧陆,我国民法传统上受德、法、瑞(士)影响最大,故以下先检视三国发展趋势,然后再看国际统一私法在此领域的新成就,希望借此窥知一些规律性的东西。

德国法就撤销、无效后清算及解除后清算用两组规范分而治之(《德国民法典》第812条以下和第346条以下),在撤销的场合若遇共同瑕疵等少数情形,又因债权行为及物权行为均失其效力,而适用所有人—占有人返还清算规则(《德国民法典》第985条以下)。在2002年债法现代化之前,《德国民法典》原法第347条将解约后标的返还不能的处理从总体上与所有人—所有人返还清算规则联系在一起。债法改革之后的德国现行法则将所有人—占有人返还清算规则中与此适应的内容挑选出来,直接写入《德国民法典》第346、347条。^③由上可知,在德国法上有关返还清算至少涉及解除法、^④不当得利法及所有人—占有人清算关系等三套规则。由于三者各自有其渊源,立法的初始设

① 参见李永军《论债的科学性与统一性》,载《法律科学》2013年第1期。李教授特别指出,《合同法》第58条规定的返还请求权是不当得利还是物权请求权,“实践上漠不关心”;刘德全主编《最高人民法院司法观点集成》(民事法卷2),人民法院出版社2014年版,第768页以下。“集成”是汇集最高人民法院及其各庭各类公开出版物审判观点的大型类书,在该处“无效、撤销与民事责任”节居然无一词涉及返还清算的细节,与李教授所论相契合。

② Canaris, in: FS für Lorenz, 1991, S. 19.

③ 参见齐晓钊《德国新、旧债法比较研究》,法制出版社2006年版,第192页以下,第196页。

④ 解除法分要件法和效果法,分别规定于《德国民法典》第323条以下和第346条以下,一般讲解除法是指解除效果法(Rücktrittsfolgenrechts)。

计及其后修订也都有各自的考量,故而触发大规模的评价矛盾。这些矛盾在德国债法改革过程中备受关注,有大量观点详细研究了各部返还清算规则,建议干脆作立法论统合。^⑤德国债法现代化法的立法者一方面仍拒绝在立法论层面统合,另一方面又在立法说明里指示,“根据解除法和不当得利法的返还清算,只要有可能,就应适用相同的原则。”^⑥立法者这一指示在其后的法律适用中广获共鸣,解释论上普遍认为,应将解除法里的评价转用于撤销、无效后清算。^⑦

与德国法最终停留于解释论统合相比,法、瑞两国最近立法动向显得更有魄力。法国目前正推进的债法改革当中,《卡特拉草案》、《泰雷草案》和《司法部草案》等影响最大。其中《卡特拉草案》和《司法部草案》均采统合说,就合同效力灭失后的返还设置了全面、系统的规定,并广泛适用于合同解除及其他原因(如无效、失效)导致合同溯及既往灭失以后的返还问题。^⑧

瑞士九所法学院系23名私法学者历时五年推出的瑞士债法总则修正建议稿《债法2020》(OR 2020,下文称“瑞债2020”),^⑨在第一章“债之发生”部分由现行瑞士债法的3节增至5节,增加了完整的“清算关系之债”(Liquidation)(瑞债2020第79-84条)。根据其第79条第1款的文义“无效或基于其他原因而效力被取消”,^⑩无效和可撤销与因解除所生的合同解消之间的区别去除了。形式瑕疵或内容瑕疵,抑或错误等等,致使合同不生效力时,均依该建议稿第37条和45条导致清算的结果(第79-84条),解除同样如此,并且不再追随不当得利法或原物返还法。^⑪

除了以上三国的国内法趋势,国际统一私法及欧盟私法发展也积累了大量经验值得参考。较早的欧洲合同法原则(PECL)对合同无效、撤销后返还清算与解除后返还清算分而治之(第4:115条和第9:305条以下)。由德国学者巴尔等人主导的欧洲民法典草案建议稿(DCFR)同样如此(第III.-3:510条以下和VII.-5:101条以下)。其中前者毕竟推出的时间较早,而后者则深受德国现行法影响,均与立法论上的规则统合相背离。然而在2011年欧洲共同买卖法草案及2014年通过一读程序的欧洲共同买卖法

⑤ Lorenz, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, in: FS für Canaris, Bd. 1, 2007, S. 793ff.; König, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 1515ff. 其中后一文献是德国司法部整理的立法意见。

⑥ BT-Drucks. 14/6040, S. 194.

⑦ Frank Bockholdt, Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, AcP 206(2006); 前引⑤, Lorenz 文, 793ff.

⑧ 参见李世刚《法国合同法改革——三部草案的比较研究》,法律出版社2014年版,第243页以下。

⑨ 就该建议稿的起草过程及意义请参见金印《〈瑞士债法2020〉及其对我国民法典编纂的启示》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第61卷),法律出版社2016年版;殷安军《OR 2020: 全球债法改革浪潮中的“瑞士声音”》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第58卷),法律出版社2015年版,第387页以下; Hondius, Towards a New Swiss Law of Obligations: Bewährtes ist zu erhalten – Neuem ist Raum zu schaffen, in: European Review of Private Law, 2014, Vol. 22, p. 7.

⑩ 该建议稿的条文请参见《瑞士债法总则改革学者建议草案(OR 2020)》,殷安军译,载梁慧星主编《民商法论丛》(第58卷),法律出版社2015年版,第564页以下。

⑪ Honsell, Kritische Bemerkungen zum OR 2020, SJZ 109(2013) Nr. 20, S. 459.

(CESL) 当中,统合说却大行其道。^⑫ 该法第七部分(第 172-177 条)规定了合同撤销和终止(解除)后的返还清算。其基本决定是要将此两类合同解消之后返还清算规则统合起来,并且认为这不仅契合于英国法和奥地利法的做法,^⑬而且也与德国学说的长久努力相一致。^⑭

以上只是对比较法素材作了一个素描式的勾勒,具体制度的细节还将在下文制度设计中根据需要不断引介和比对。但是这里的素描式勾勒也有其独特的价值,即避免淹没在细节之中,在宏观的层面看清发展潮流的走向。据此可知,撤销或无效后清算、解除后清算、不当得利及物之返还等等制度都有其各自的渊源,近代民法在兼收并蓄构建自身体系时,做成了一顿夹生饭,于是各制度并驾齐驱而不免抵牾。这种情况随着法典解释的展开,在司法实务和学说研讨中暴露得越来越清楚,所以各国民法学都不约而同地提出了批判,并纷纷建议统合。立法者考虑到了这些统合说,但在制度设计上仍有迟疑。故而德国债法现代化法的立法者虽然对未来解释论实践指示统合,但是在立法安排上并没有一揽子解决。当然,这与该法自身任务的限制性定位也有关系。受该法影响,DCFR 也采近似立场,而遭受强烈批判。值得注意的是法、瑞两国及 CESL 的最新立法动态却指向立法论统合的方向。而且,凡是立法整合幅度较小的,就不能不依赖学说、判例勉力统合,去处理其余的问题。

二、比较法例之解释论体系梳理

返还清算的重点主题是有关实物返还的原请求权、有关价额偿还的次请求权以及在何等要件下限制或排除该等请求权的问题。以下先依托德国法的完整体系为基础,观照我国现行法,综览比较法例,做好解释论的体系梳理。然后再讨论体系统合的必要性、可行性及预期效应。这将为最后的立法论设计工作澄清逻辑起点。

(一) 实物返还

前引所有比较法例都与我国现行法一样认为,就返还清算问题首先应赋予当事人实物返还从对方受领给付的义务。当实物返还必须以过高费用或其他成本进行时,受领人也可以选择价额赔偿。其背后的思想与所谓事实不能是一致的(《合同法》第 110 条第 2 项后段或《德国民法典》第 275 条第 2 款)。例如艺术家创作的壁画因此就不必从委托人的屋墙上削下返还。^⑮ 由于此处毕竟不是真正不能,故《德国民法典》第 275 条

^⑫ 两个文本的完整译本请参见《欧洲统一买卖法》,王琢、李建星译,载梁慧星主编《民商法论丛》(第 57 卷),法律出版社 2015 年版,第 745 页以下;《欧洲共同买卖法》,张彤、戎璐译,载梁慧星主编《民商法论丛》(第 58 卷),法律出版社 2015 年版,第 624 页以下。

^⑬ Hellwege, Die Rueckabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 173ff.

^⑭ Dirk Looschelders, Das allgemeine Vertragsrecht des Common European Sales Law, AcP 212(2012), S. 671.

^⑮ 参见[德]巴尔、[英]克莱夫主编《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第 1-3 卷),高圣平等译,法律出版社 2014 年版,第 775 页。

第2款第2句要求“考虑债务人是否对给付障碍负责任”。这里也提示我们,虽然返还关系最初着眼于公平,不以过错为要件,但是在整个返还清算过程中,过错乃至客观的归责性仍是时常需要眷顾的考虑因素。下文还将多次触及。

尽管实物返还是原则,但如下情事或许也是值得在立法中考虑的例外。其一,继续性合同或分期、分部分履行的合同。《德国民法典》区分了继续性合同的终止(第313条第3款后句、314条)及一般合同的解除,前者排除了返还。欧洲共同买卖法(CESL)第172条第3款则系于分期履行合同与分部分履行合同,对于双方互相充分履行之部分等等情形,都排除了返还(近似于我国《合同法》第166条),同时又对部分履行无意义的情形作了保留。比较起来,继续性合同外延过窄,后者较为周延,^{①6}更为可取。这些情形之下排除返还,都更符合效率原则。

其二,违法给付或违反公序良俗的给付。我国现行法没有传统不当得利法违法给付不得请求返还规则(如《德国民法典》第817条、DCFR第7—6:103条),所以可能在某些合同无效案型之下,因不加区分地支持返还请求而给不法行为人带来不恰当的激励。^{①7}但是传统不当得利以上规则的严格适用,也可能导致不公平的后果。例如非法用工合同或无适格资质建设合同在履行完毕或履行一部之后,工人就其工作请求价值返还时就不宜不分青红皂白地被拒绝。这实际上已经在“强行法违反—无效”审查装置之后又增添了一个二阶审查装置。前者审查的结果是将强行法区分为效力性强制规定和管理性强制规定,后者则专就效力性强制规定违反的后果再次柔化,即确定无效之后是否返还也非一刀切,而要继续评价。所以在建筑师与委托人约定有违湿地保护政策的工程施工时,有关工作价值返还的请求就会与普通无资质施工合同面临完全相反的评价。前者应固守无效且拒绝返还请求,后者却可能大幅柔化。^{①8}

其三,虽有实物可以返还,但是因实物带来的“不利益”已致“利益”为零或负数(如DCFR第7—6:101、102条)。此处涉及物之风险的反转问题。就交付之后种种风险,弗卢梅提出“财产性决定”理论,认为受领人既然以自有的意思受领利益,也便决定承受其风险,除非有关损失超出自己决定之外,例如欺诈之类。故而原则上由作为所有人受领标的的返还债务人自己承担风险,从而不影响实物返还。但若前述损害因物件瑕疵造成,或因其他应归责于返还权利人的情事所造成,则可能导致实物仍在而“利益”不存的局面,从而排除返还。但是又要问为什么受领人的损害不可以通过损害赔偿法救济,这里就牵扯出了更深层次的返还清算与损害赔偿的关系问题,同时也会触及一些“前提性问题”,比如所需返还者究竟是“标的”还是“利益”。凡此等等在下文仍将论及,此处应提醒留意的是,许多疑难问题虽在外部体系或法教义学体系上散处不同位置,但是在内

^{①6} 关于继续性合同与分期或分部分履行的合同之间的区别,参见崔建远《合同法》,北京大学出版社2013年版,第28页。在解释上,或许可以后者兼容继续性合同。

^{①7} 参见许德风《背信行为的法律规制——兼论合同违法无效的法律后果》,载《清华法学》2016年第2期。

^{①8} 参见尹田《民法总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第614、615页;前引^{①7},许德风文;刘言浩《不当得利法的形成与展开》,法律出版社2013年版,第376页以下。

在理路上却血脉相连。^{①⑨}

(二) 价额返还的限制或排除

当实物返还给付不可能时,受领人须以货币支付替代之,这是各比较法例的共识。最大的难题是:在什么要件下限制或排除价额赔偿义务。首当其冲的是给付标的在受领人处毁损或灭失时如何处理,当然其前提是典型的受领利益作为“利益”都已不存在了。所以《德国民法典》第346条第3款第2句在规定完价额补偿义务消灭之后不忘加一句“所剩的利益必须予以返还”,这一句使之与不当得利法沟通起来。这里带出了两个“前提性问题”。第一个是在实物返还不能时,原则上是走向价额补偿,还是走向得利不再存在,从而进一步讨论是否排除返还价额补偿。由于在具体案情之下,是否还有“利益”是个很难判断的问题,所以拉伦茨等人要经历一番漫长的纠结之后,才能在《德国民法典》第818条第2款与第3款之间选择以后者(亦即“走向”得利不再存在)为优先。

第二个“前提性问题”为,返还的究竟是受领的“标的”还是受领的“利益”。这个问题会深刻影响返还范围的界定,所以也是差额说与二不当得利对立说相对而出的深层理据。^{②⑩} 前述第一个“前提性问题”也提示了这个问题的解答方案:原则上趋向得利不复存在,所取向的是“标的”而非“利益”,相应地差额说被谥为“错误理论”,二不当得利对立说则始终僵而不死。然而所有这些立场其实都远不如想象的那样清晰,虽然前面的两个“走向”,以及后面的“标的”和“利益”这四个“锚点”看上去泾渭分明,但是与之相联系的千丝万缕却杂糅在一起。所以很容易观察到,尽管学说宣告了差额说的死亡,德国最高法院的判例立场及立法文件却仍多眷念。更为实质的还是,这两个“前提性问题”的不清,直接导致返还清算与损害赔偿颇多交织,相应地也就在返还规则之中杂糅了太多异质的东西。

本文这一部分自然免不了要竭力在解释论上将杂糅的脉络理清,但是鉴于这种杂糅的必然性(甚或也有务实的必要性),最可能的贡献或许只是揭明,乱局是在前提性问题上就已决定了的。

回到前述“返还清算最大的难题”,与之相应,德国法上有关返还清算转用的讨论,其中心就是《德国民法典》第346条第3款与第818条第3款,二者都规定了价额赔偿

^{①⑨} 就弗卢梅上述学说及下文所及的卡纳里斯的学说,较完整的中文介绍可参见陈自强《双务契约不当得利返还之请求》,载《政大法学评论》(第54期),第243页以下;赵文杰《论不当得利与法定解除中的价值偿还》,载《中外法学》2015年第5期;瓦格纳《20世纪不当得利法理论的发展与不当得利法领域的法律文献》,马丁译,王倩校,载王洪亮、张双根等主编《中德私法研究》(第8卷),第106页以下。陈、赵两位作者中前者支持卡纳里斯,后者同情弗卢梅,德国学说多取卡纳里斯,但也兼取弗卢梅对差额说的抨击。本文不赞成选边站,也不赞成泛泛地取长补短,而主张就这些学说理清在各自实证法解释论背景中的来龙去脉,明了其立法论局限,接受其启示之后,直接取道下文所说的三重体系中的立法论建构。

^{②⑩} 关于该等学说的中文介绍请参见王泽鉴《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第182页以下;刘昭辰《不当得利》,台湾五南图书出版公司2012年版,第208页以下;杨芳贤《不当得利》,台湾三民书局2009年版,第163页以下;前引^{①⑨},陈自强文;前引^{①⑨},赵文杰文。

义务之免除。德国法就此问题莫衷一是。根据“最重要的”^②《德国民法典》第346条第3款第1句第3项,返还标的在法定解除权人处发生毁损灭失时,只要他已尽自己事务中注意(《德国民法典》第277条),价额赔偿义务即消灭。根据《德国民法典》第818条第3款受领人原则上可主张得利丧失,无需已尽自己事务中注意。但在双务合同(含其他有偿合同,下同)的返还清算方面遭受了差额说的限制,不过差额说自身也在不同案型之下被打破(下文另有阐述)。

CESL编纂者有意快刀斩乱麻,故于第176条规定,“当根据CESL第172条以下所生的返还义务或返还支付义务因其履行而显失公平时,应该被变更。就此尤其要考虑,当事人对于合同撤销或终止的原因是否负责或是否知情。”这个解决方案的优势在于,它直接着眼于个案判决的公平性。但在另一方面,它又过于笼统。虽然在传统上不当得利法渊源于公平正义的一般理念,当代法却仍有必要就限制返还义务构建具体的要件,^③否则就有向一般条款逃逸之虞。由此看来,还得回到前述德国法复杂而常相抵牾的思路上来,然后再尽可能地对其抵牾之处加以补救。

首先,只要返还债权人对毁损或灭失负责,就应免除价额补偿义务(《德国民法典》第346条第3款第1句第2项第1选项)。例如受领的汽车因瑕疵而发生车祸毁损灭失即是。此处还应注意区分可归责的阶段是返还标的的毁损灭失还是返还所基的解消原因。前引CESL第176条要求“考虑当事人是否造成或知道导致合同被撤销或解除的原因”,似乎意味着解消原因的可归责性是第一位的。但这种理解难以被支持。例如合同因给付人一方的原因被解消,给付后解消前返还标的毁损灭失,但毁损灭失并非给付人一方的原因所造成,此时是否排除价额返还,除了要看返还债务人方面的可归责因素之外,剩下的是一个“第二位”的兜底性问题——给付人就解消原因的可归责性是否足以导致标的毁损灭失的风险因解消而转回到给付人。这个问题与下文还将谈及的“中性案件”之下的意外风险均属于“兜底性”部分,应与此处“第一位”的排除规则切割开来。最后还要注意与有过失的排除,从中也可以体现出与损害赔偿的关系。在德国法上,此处返还债权人的“负责”是《德国民法典》第323条第6款及第326条第2款第1句意义上的,亦即“债权人单独或主要地负责任”。^④故而这个责任是“要么全有,要么全无”的,当返还债务人也要承担相当责任,从而不符合由债权人负全责或绝大部分责任时,即仍有价额补偿之责。

其次,当损害在另一方处也会发生时,价额补偿义务被排除(《德国民法典》第346条第3款第1句第2项第2选项)。例如,根据一个无效合同转让的车库因雷击而报废,^⑤如果以损害赔偿法类比,则近似于假设因果关系的情形,是在因果关系上着力。但是这一规则是否值得取法,还取决于风险是否转回于返还债权人。

^② 卡纳里斯论述新债法时的用语,Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XL.

^③ Looschelders, a. a. O. (Fn. 14), S. 676.

^④ [德]罗歇尔德斯《德国债法总论》沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第304页。

^⑤ Palandt/Grüneberg, § 346, 2006, Rn. 12.

最后, 返还债务人已尽自己事务中通常所尽的注意以后, 价额补偿义务被排除(此处已到所谓“最重要的”《德国民法典》第 346 条第 3 款第 1 句第 3 项)。在意外风险、抽象轻过失、具体轻过失、重大过失、故意的“阶梯式”序列中, 从前引条文出发, 意味着以具体轻过失为界, 返还债务人应主要就重大过失至故意导致的毁损灭失承担价额补偿义务, 抽象轻过失及意外风险的危险负担则归于返还债权人。

《德国民法典》第 818 条第 3 款就不当得利设定的规则“原点”与前引解除法条文适成对比。依第 818 条第 3 款, 只要得利人为善意且未受诉讼系属, 就仅在现存利益范围内承担返还义务。这与《德国民法典》第 989 条、990 条第 1 款对善意未受诉讼系属的占有人的优待是相通的。^⑤ 但是, 在双务合同的情形下, 若利益受领人一方面尽情援引得利不存在的抗辩, 一方面又可主张给付人向自己返还对价, 总是违碍公平的。所以德国最高法院在判例中选择了差额说, 即先将双方互相预计返还的价额与对价相扣减, 以差额为唯一的返还得利。这种做法有若干局限, 如一方先履行、一方为无适格行为能力人等等, 并被认为是不仅解释力不够, 而且在根子上也错了。所以学说仍坚持修正的二不当得利对立说。

但是即便是在二不当得利说的内部也就意外风险的承担存在矛盾。例如弗卢梅主张应由给付受领人负责; 卡纳里斯则主张由返还债权人负责。^⑥ 《德国民法典》原法第 350 条规定意外灭失不排除解除权, 并将意外风险又反转回返还债权人, 这在法政策上遭受了批判, 有力观点在解释上认为受领人在保有解除权的同时也应承担了意外灭失的风险。这与前述新解除法(主要是《德国民法典》第 346 条第 3 款第 1 句第 3 项) 显然立场不同, 后者在不当得利法解释论重构过程中, 已扮演了重要的角色。

以上检视显示出, 意外灭失的风险分担迄今仍没有很稳妥的结论。此外就非意外灭失的情形, 前引弗卢梅、卡纳里斯的观点都主张返还债务人对轻过失所致毁损灭失负责, 《德国民法典》新解除法(第 346 条第 3 款第 1 句第 3 项) 以具体轻过失为断, 《德国民法典》所有人—占有人返还关系规则就善意的(且未受诉讼系属的) 无权占有人基本上采无限优待的立场, 在立法论的移植借鉴过程中, 也有待于比对、体察。其中《德国民法典》第 346 条第 3 款第 1 句第 3 项是最新规定, 虽然也有法政策上的指责, 但是该项规定作为“实证法”规范, 仍受较多支持, 并被主张转用到不当得利中去。下文继续从该项规定出发梳理转用的逻辑脉络, 目的在于尽可能完整把握其解释论思路, 至于立法论上的评判取舍则留待下文“立法论建构”部分。

就该项规定文义来看, 是因法定解除权人不知道解除基础的存在而给予其特权, 这个特权的目的是适合于对无效或撤销基础不知情的不当得利债务人。因为后者也是自以为是在打理自己的东西而意外地遭遇致使效力瑕疵的规范(下文通称“无效规范”),

^⑤ 《德国民法典》所有人—占有人关系在某种意义上也被认为是不当得利法的特殊规定。

^⑥ Canaris a. a. O. (Fn. 2), S. 61. 卡纳里斯的一个重要依据也是德国当时的“现行法”。

就像解除权人与法定解除基础一样。^{②7}

但是《德国民法典》立法理由声称,解除权人被优待的原因不在于自己对解除基础不知情,而在于解除相对方对解除基础负其责任。^{②8}这的确是有道理的。因为解除对于解除相对方也可以是意外,若是系于是否知情,则很难说理为什么只有债务人受到优待。^{②9}故此在依《德国民法典》第313条第3款(行为基础障碍)解除的情形,通说即认应排除在《德国民法典》第346条第3款第1句第3项的适用之外。^{③0}但《德国民法典》不当得利法与所有人—占有人关系法又都是以善意、恶意着眼的,恐怕还不能完全被相对方责任所取代。

值得注意的是,此处“解除相对方对解除基础的责任”又回到了前述“首先”所阐述的规则,这里提示出《德国民法典》第346条第3款第1句第3项与《德国民法典》第346条第3款第1句第2项第1选项之间的可比性,二者均关注了解除相对方的可归责性,不过后者归责的环节是返还标的之毁损灭失,与此处的解除基础不同。这里的“责任”同样是客观的可归责性,《德国民法典》第276条规定的故意或过失并不必需。例如在返还债权人恶意欺诈或胁迫时(同于《合同法》第54条第2款),或者他因错误而撤销时(同于《合同法》第1款第1项),或者当他对于违反强行法或违反公序良俗可归责时(同于《合同法》第52条第4、5项),可能有技术意义上的过错,也可能没有,但都可影响前述“客观的可归责性”的构成。相反,若是标的在给付受领人处毁损,而他又对无效或撤销基础可归责时,就不能借用《德国民法典》第346条第3款第1句第3项的优待规则,这意味着他对于返还标的的意外灭失也要负责。

对于那些“中性(neutrale)”案型也是如此。在这些案件中,要么任何一方当事人都无责任,要么双方当事人都有对等的责任,就像一般情形的不合意、形式无效或者双方可被责难的违反强行法或公序良俗的情形。^{③1}此时,返还债务人也不能借用《德国民法典》第346条第3款第1句第3项的优待规则。

虽然前引德国新债法的立法理由值得赞同,即返还债务人所受优待应系于另一方对解除基础的可归责性,但是该债务人对解除基础知道或应当知道是否就真的没有意义了呢?显然不是。在解释上应认为,一旦返还债务人已知晓解除事由,即应以更高的注意对待潜在的返还标的。^{③2}与《德国民法典》第277条意义上的自己事务相联系的优待既不再正当,也不再是重点,重点转向为,可能因《德国民法典》第276条意义上的过

^{②7} Kaiser, in: Staudinger, Vor § § 346-354, 2004, Rn109. 同时《德国民法典》原第357条第3款第3句也被认为显示出,《德国民法典》第346条第3款第1句第3项优待的边界是仅保护就返还可能为善意者, Kohler, Die rücktrittsrechtlichen Haftungskriterien zwischen Schuld- und Sachenrecht, AcP 206(2006), S. 703.

^{②8} Canaris, a. a. O. (Fn. 21), S. XLf., XLV.

^{②9} Bockholdt, a. a. O. (Fn. 7), S. 789.

^{③0} Medicus, in: Pritting, § 346, 2006, Rn. 17.; Jauernig/Teichmann, § 346, 2003, Rn. 8.

^{③1} Bockholdt, a. a. O. (Fn. 7), S. 789.

^{③2} Bockholdt, a. a. O. (Fn. 7), S. 793.

错而违反一个附随义务。^③ 在这里可以看出, 返还债务人之善意与相对方的责任仍然交织在一起。

(三) 价额的计算

就价额赔偿的计算, CESL 第 173 条第 2 款与 DCFR 第 VII. -5: 103 条第 1 款一样, 都不系于约定的对待给付, 而系于货物的客观价值。DCFR 的评注里解释说, 约定的价格可能反映了不对等的谈判能力、占优势的谈判技巧、一方当事人异常的需要或者其他特殊性。^④

德国法则在解除时系于约定的对待给付(《德国民法典》第 346 条第 2 款第 2 句)。在无效或撤销时却又就不当得利返还采取了客观确定标准(《德国民法典》第 818 条第 2 款)。这种区别对待曾被认为在实质上是正当的。其根据是解除被认为仅针对合同本身, 而不否认对价约定(Entgeltabrede), 不当得利之无效基础却将对价约定一齐打倒了, 所以只有前者才能在返还清算的框架内继续维持该主观标准。实际上对于解除法以上作法原本也有微辞, 因为解除权人依赖的毕竟是一个他刚刚解除了的合同, 在说理上多少存在着矛盾。有观点主张干脆系于客观的(市场)价值, 即可避开上述问题。^⑤ 不过由于晚近对于解除后转化清算关系的合同性认识占了上风, 上述矛盾也便不复存在了。

当前解释论发展的新趋势是, 无论解除抑或无效(撤销), 都应更多地支持主观标准。其背后的理念是, 当事人即使是在返还清算的框架里也要坚持可归因的有关约定, 这是私法自治的一种必然延伸。^⑥ 于是关键之处就转化为对无效或撤销原因是否关系对待给付作更细致地观察。当无效或撤销原因与约定的对待给付无关时, 主观标准没有障碍, 前述德国不当得利法的客观标准也因此而被大幅限缩, 这样避免了与解除法之间的评价矛盾。值得特别注意的, 即使在解消原因与对待给付之间存在关系, 也并非当然地否定主观标准。一般而言, 当无效基础或撤销基础实际上关乎补偿协议, 且又不能归责于给付受领人时, 采主观标准不可取, 否则可能违反“无效规范”的保护目的。例如, 高价买入标的受欺诈买方在标的灭失或毁损时, 其价额赔偿义务原则上仅限于其客观价值。但是如果卖方因错误而撤销买卖合同, 且买卖标的的价值比约定售价更高, 那么这个撤销就不影响买方支付价金这一财产性决定的可归责性(Zurechenbarkeit)。若是买卖标的在他那里灭失或被毁损了, 则他纯粹是以约定售价为限承担价额赔偿之责。^⑦ 这与卡纳里斯的牺牲边界(Opfergrenze)理论也是相符的。^⑧

^③ Canaris a. a. O. (Fn. 21), S. XLVIII.; Teichmann a. a. O. (Fn. 30), Rn. 8.

^④ 参见巴尔、克莱夫主编《欧洲私法的原则、定义与示范规则: 欧洲示范民法典草案》(第 5—7 卷), 王文胜等译, 法律出版社 2014 年版, 第 1074 页。

^⑤ Looschelders a. a. O. (Fn. 14), S. 678.

^⑥ Canaris a. a. O. (Fn. 21), S. XXXIX.

^⑦ Bockholdt a. a. O. (Fn. 7), S. 782f.

^⑧ Canaris a. a. O. (Fn. 2), S. 19 24f.

(四) 用益与费用

《德国民法典》解除法及不当得利法均将返还义务延及于和给付有关的用益 (Nutzung) (《德国民法典》第346条第1款、第818条第1款)。^③ 其他如CESL要求返还孳息(第172条第2款) 瑞债2020要求就标的的使用“适当赔偿”。这些规定共同的目的在于使受领人不能白白用益,但是在细节上区别较大。例如《德国民法典》的“用益”在外延上就比后二者使用的“孳息”和“使用之适当赔偿”要大,并且《德国民法典》首先强调了“收取的”,对于未收取的又有第347条第1款第1句规定特殊规则——违反适当经营规则不予收取的才有义务补偿,后二者就此立场不明。

《德国民法典》前引规则显然更为精致,但是若与《德国民法典》有关所有人—占有人关系规则相较,则还是粗糙得很。后者区分善意(且未受起诉的)占有人、非善意占有人及侵权占有人,就价额赔偿、收益偿还及费用偿还设置了“阶梯”型构造的规定。^④ 例如在收益方面,善意占有人若非无偿取得占有或过度收取孳息,则不负返还义务(《德国民法典》988条、993条第1款);非善意占有人则须返还收取的用益,补偿因过错未收取的用益(《德国民法典》第990条);侵权占有人则要就任何损害负赔偿责任(《德国民法典》第823条),且不得优于非善意占有人的地位,故而所有人原本可以收取的用益,以及那些所有人原本不可收取但他自己却已收取的用益均属责任范围。^⑤ 比较起来,《德国民法典》解除法提供的用益返还规则仅相当于所有人—占有人关系中的第二“阶梯”,亦即非善意占有人适用的规则。

三、体系统合的必要性

(一) 避免评价矛盾

体系统合的必要性首先体现在避免评价矛盾上。我国现行法及前引德国法就返还清算都广泛涉及多项制度,这些制度在返还范围、时效等规定性上不可避免地存在大量差异,隐藏着评价矛盾。例如《德国民法典》第346条第2款第1句第3项第2分句区分了“启用”与“使用”以决定是否价额返还。^⑥ 在不当得利法上(《德国民法典》第818条第2款),却无此区分。这就意味着两套制度于此存在返还范围上的不同,在价值评价上很难说理,需解释论统合曲为弥缝。

这种评价矛盾在德国返还清算法上数不胜数。与之相对的是,法国最高法院因不同返还规则下诉讼时效的冲突,早在2002年9月24日出现的判决之后,就拒绝在无效

^③ 关于用益与孳息及收益等概念的联系与区别,请参见陈卫佐译注《德国民法典》,法律出版社2015年第4版,第34页之21注。

^④ 参见[德]鲍尔、施蒂尔纳《德国民法典·物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第186页以下。

^⑤ 参见前引^④,鲍尔、施蒂尔纳书,第190页以下。

^⑥ Canaris a. a. O. (Fn. 21), S. XXXVIII; Gaier, in: Münchener, § 346, 2007, Rn41; 齐晓钊《德国新、旧债法比较研究》,法制出版社2006年版,第203、204页。

清算中适用不当支付返还规则,^{④③}直接采取了统合的姿态,并对前述《卡特拉草案》的统合方案极为赞赏。^{④④}这一司法与立法合流现象,有力凸显出体系统合的必要性。

(二) 借重立法论相对于解释论的优势提升规范质素

当然,解释工作也可以在很大程度上避免评价矛盾,前一部分有关比较法例的体系梳理,大量的工作就是在解释论上谋求统合,以避免评价矛盾。然而自其效果来看,不仅一批矛盾无可避免,而且在经过头绪繁复的解释论工作之后,规范本身也在左支右绌中增加了理解难度,规范适用成本太高,禁不起良法标准的衡量。^{④⑤}究其根源,大约有四:

第一,法出多门,协调成本高。例如就价额偿还义务免除问题,前引《德国民法典》第346条第3款与第818条第3款之间的分歧;有关价额计算,前引《德国民法典》第818条第2款与第346条第2款第2句之间的分歧;有关用益与费用,前引《德国民法典》解除法、不当得利法与所有人—占有人返还法之间的分歧。在这种立法格局之下,解释论文字理解成本高,可以说是规范统合力及可透视性“先天不足”造成的。^{④⑥}

第二,立法、判例及学说就同一主题纷至沓来地“落子”,若无“三重”体系的多维度洞察力,几乎无法把握。例如《德国民法典》第818条第3款规定利益不存在时价额偿还义务的免除,先有立法者在此落子。而后发现在双务合同之下片面免除单方义务不妥,而有判例以差额说的名目落子。差额说对于一方先履行或一方无适格行为能力等等案型不适当,于是又有弗卢梅等人的学说落子。弗卢梅的学说在司法中未受采纳,但是其总结的案型却在结论上得到司法者尊重,于是又有判例落子纠偏。待到《德国民法典》2002年新债法,立法者又于第346条第3款落子。面对这种层累的有历史的规范格局,^{④⑦}要分辨立法条文上的体系,汇综法条、判例及学说的法教义学体系,以及支撑其内在理路的内部体系。在本文所涉主题之下,这三重体系抵牾甚多,规范说明力不足,解释论上千辛万苦自是难免。

第三,所用法学方法及术语均打擦边球,实际突破了解释论,但又因缺乏立法论的正当性,不免结成解释论的“怪胎”。例如前引《德国民法典》第818条第3款遭受目的性限缩,依靠学说及判例实际重构了规范;第346条第3款里出现的归责、自己事务中注意义务,在解释论上均已脱离了“技术性过错”(technisches Verschulden)。^{④⑧}均意味着

④③ 参见前引③,李世刚书,第248页。[日]松冈久和《法律行为无效后的清算》,朱涛译,载渠涛主编《中日民商法研究》(第11卷),法律出版社2012年版,第23页。

④④ 参见前引③,李世刚书,第245页。

④⑤ 关于良法标准的思考请参见汤文平《我国当前民法发展战略探索——法学实证主义的当代使命》,载《法制与社会发展》2015年第4期。

④⑥ 此处统合力及下文渗透力、说明力及纯度,均请参见前引④⑤,汤文平文。就可透视性(透明度)标准请参见周江洪:《论民法典透明度的实现及其障碍》,载《法制与社会发展》2015年第6期,该标准与笔者所称说明力及纯度有相通之处。

④⑦ 参见刘颖《中国民法中的“层累”现象初论》,载《东方法学》2015年第2期。

④⑧ Kaiser, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB 2000 S. 267.

相关规范在此领域失去了对法律生活的渗透力。在理解适用这种解释论“怪胎”时,若是僵守外部体系,追问有无“丧失利益”、有无“过错”,不啻缘木求鱼,而必须洞察内部体系,追问更本质的问题。^{④9}

第四,由于解释论的自我设限性,有关学说会天然地谋求“吾道一以贯之”地解决所有问题。例如从差额说、二不当得利对立说到后来的弗卢梅财产性决定说、卡纳里斯的对待给付返还说,无不如此。从解释论夹缝中求生存的现实来看,谋求一以贯之可尽量避免“原则—例外—再例外”式的格局,而将解释论对立法论的“僭越成本”尽可能地降到最低。但是在法学方法论上,这种一以贯之的理想化操作模式早已被动态系统论和法论题学证伪了。^{⑤0}在实际效果上,要么削足适履,固守理论一贯,却牺牲了事理的正义;要么维护了事理的正义,理论一贯却成“睁眼说瞎话”。在上列学说嬗变之际,充斥着这种或削足适履或“说瞎话”的困窘,与良法标准里的“说明力”和“纯度”的要求格格不入,造成理解障碍是势所必然的。

由上可知,立法论设计已是观照良法标准提升规范水平的必由之路。与前引德国法例及其他比较法例相比,我国现行法远为简约,在解释论上可供借重的资源较少,立法论上背负的包袱也较轻,在民法总则及民法典编纂中大有可为。

(三) 相关制度反思重构的必需

这可以从两个角度来看待。第一个角度是对我国现行法阙失的补正,第二个角度是对为补正所移植制度本身的反思重构。

在第一个角度的视阈中,我们不能不承认,不仅撤销、无效返还清算的直接条文过于简略,与之相关的不当得利、原物返还制度也都有大幅度的阙漏或失误。这些阙失可以首先在返还清算领域借助统合努力得到大幅度填补,然后又可以通过类推适用或评价的转用而反哺不当得利、原物返还等制度。

在第二个角度的视阈中,也要看到,在这个宏大的领域里我们可以借重的比较法资源远不是完美的。它们在就各色主题做出各自的结论时,往往因循了各自的传统,而并没有瞻前顾后,统筹全局。也正因如此,才有上文所说的大量评价矛盾需要弭合。

只有统合,才有勉力反思重构的可能。若是零敲碎打、因循守旧,则看不到反思重构的必要性。故而,统合与反思重构是互为因果,互相提供必要性的。经由反思重构的统合工作,应借助良法标准的指导,直接从民法“三重”体系下手,体认大小传统而不株守。所谓“大”传统,亦即民法整体的传统,所谓“小”传统,则是我国晚近30余年的民法传统。

^{④9} Kaiser a. a. O. (Fn. 48) S. 269.

^{⑤0} Canaris a. a. O. (Fn. 21) S. XLI.

四、体系统合的可行性及预期效应

（一）解消的多样性与共通性

本文采用“解消”这个词,意在囊括“无效或基于其他原因效力被取消”(法国债法改革《卡特拉草案》和《司法部草案》用语)的情形,大致包括:无效、撤销、解除、消费者撤回等等。它在德国法上可“约等于”“Vertragsaufhebung”,但是后者意涵也不是很稳定,所以另有德国学者在概括诸多解消品类时使用了“Beseitigungsrecht”,直译即为“消除(解消)权”,但其书关注缔约阶段存在的问题,不包括解除、终止,后者系于缔约后事态的发展。^{⑤①}在欧洲私法比较法上更常用的一个词是“unwinding”,该词在齐默尔曼等人主编的《马普欧洲私法百科全书》独占五个页码,涉及的问题域与本文完全一致。^{⑤②}在巴尔等人主编的欧洲民法典草案中译本里,该词被译作“拆卷”,涉及的问题域仍与本文完全一致,^{⑤③}均为着力统合。但是“unwinding”(或“拆卷”)与“解消”着眼点似有不同。前者着眼于在解消后将双方当事人之间的给付关联拆解扫除净尽,后者着眼于“解消”这个“发动点”。但是后者之所以要在这个发动点上统合,无非也是因为后面的“拆解扫除”工作有体系统合的需求,故二者在归宿上是一致的。“解消”一词在日本法学及我国台湾地区法学当中都有涉及,但其外延或有广狭之别,例如台大陈自强教授以之统合一般所称的解除及(针对继续性合同的)终止,^{⑤④}东大松冈久和教授借其统合的范围,则与本文完全一致。^{⑤⑤}

就这么繁多的“解消”品类进行统合,显然不是易事。反对的理由大致可以举出:1、这些“解消”的根据来源于合同的不同阶段,例如撤销、无效即来源于合同缔结阶段的障碍,而解除则来源于合同履行阶段的障碍;2、是否双务、有偿不同;3、即便都是双务、有偿合同,是否双方都已履行也可不同;4、是合同抑或单方法律行为,这在“拔高”到民法总则层面的法律行为制度时,是绕不过的质疑。

其中第一个质疑在德国法上最为强烈。^{⑤⑥}因为在直观的层面,的确解除法应对合同履行中的给付障碍,而不当得利法则瞄准了缔约阶段的瑕疵。但是在个案处理时,撤销和解除经常靠得很近。以买卖标的物之瑕疵责任为例,常可选择行使两项形成权。如果撤销后返还清算与解除后返还清算适用完全不同的法,就会导致令人无法忍受的价

⑤① 更详细的概括可参见 Mankowski, Beseitigungsrechte: Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, 2003, S. 25ff. 不过该书中的 Beseitigung, 参见该书第 17 页。

⑤② Basedow, Hopt & Zimmermann eds, The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, at 1751 (2012).

⑤③ 参见巴尔、克莱夫主编《欧洲私法的原则、定义与示范规则: 欧洲示范民法典草案》(第 5—7 卷), 王文胜等译, 法律出版社 2014 年版, 第 880 页, 第 1115 页以下, 关于法国法的用语尤请参阅第 1121 页。

⑤④ 陈自强《台湾民法与日本债权法之现代化》, 台湾元照出版公司 2011 年版, 第 291 页。

⑤⑤ 前引④, 松冈久和文, 第 29 页。

⑤⑥ Kaiser a. a. O. (Fn. 27), Rn103.

值冲突。^{⑤7}与此同时又有人指出,认为不当得利法仅瞄准缔约阶段也不符合事实,《德国民法典》第812条第1款第2句第1种情形的规定覆盖了“法律上的原因后来消失”,这一规定本身即昭示了,是自始的障碍还是嗣后的障碍,这组区分对于法律来说无关紧要。^{⑤8}

由以上德国法学的讨论可知,求同存异,看到这些品类之间的共通性,正是统合在“事物的本质”上的根据所在。首先,对于双务、有偿合同而言,虽然各个品类可能渊源的合同阶段不同,双方当事人是否都已履行不同,但是在相关的大多数案型之下,关注的焦点都是:当事人有关对价及风险的合同安排是否要在清算阶段继续坚持?善意受领人是否要给予特殊保护?

当落实到这类焦点问题而非停留于合同缔结、合同履行等概念层面的“不同”时,就可以务实地区分出,即便是在合同缔结阶段的解消,也可根据是否与无效规范目的相对立,而有可坚持合同安排和不可坚持合同安排之别。其中后者(即不可坚持者)在实践中是极少见的。如果认定要坚持原合同安排,那么过分看重双方当事人是否都已履行的差额说与二不当得利对立说的分歧,也就顿时变得次要了。至于对善意受领人的特殊保护,即可借自己事务中注意标准与正当的、善意人标准相结合,打通各类合同与单方行为。无偿行为虽然特殊,但是在斟酌对价时以零为对价,也就可以满足其特殊的要求。

(二) 返还清算之债单列的体系效应评估

所谓体系统合可以在三个层面上理解。其一是立法论上多套返还清算规则各自为政,而在法解释论上勉力统合,德国法为其典型。其二是立法论上虽有多套返还清算规则,而借转介规范全面沟通,例如DCFR之所有人—占有人关系法大幅征引不当得利法即是。其三是直接在立法论上单列返还清算之债,前引瑞士、法国及欧盟债法趋势均为适例。德国法此一体例不妥,已见上述。德国学者巴尔等人主导的DCFR察德国法之不妥而又依赖德国法的路径,在所有人—占有人关系法与不当得利法之间繁琐征引,且亦无法给出解除法独立王国的坚实基础,同样不可取。故而本文坚持的是前述第三条统合路径。在立法体例上,可以借民法总则“规范剩余”的端口暂先驳入目前正在起草的民法总则,也可留待他日纳入债法之中。

返还清算之债单列,将对其他债因带来触动。债务关系可基于“清算”而产生,于是清算关系也就与合同、侵权、不当得利和无因管理一样成为独立的债之发生原因。这在德国法的背景下,意味着要将《德国民法典》第346条以下规定的解除后果和《德国民法典》第812条第1款第1句第1选项规定的无效合同给付场合之给付型不当得利概括

^{⑤7} Canaris a. a. O. (Fn. 2), S. 19, 26f.

^{⑤8} Bockholdt a. a. O. (Fn. 7), S. 774ff. 崔建远教授和韩世远教授在有关合同解消后果的讨论中也深入触及撤销、无效、解除、效力待定等等品类之间的差异和共性,对于本文有关法律行为解消品类的体系反思深具启发意义,参见崔建远《债权:借鉴与发展》,中国人民大学出版社2014年版,第614页以下;韩世远《合同法总论》,法律出版社2011年版,第228页。

在一起,同时又带入了所有人—占有人返还关系规则。

首当其冲的自是不当得利。不当得利依目前通说被类型化为侵害型不当得利、给付型不当得利、费用型不当得利,其中给付型不当得利将被返还清算之债大幅度抽离。例如我国学说上普遍认同的给付标的之占有返还等等都将以返还清算之债的面目出现。只有无合同的错误给付这些案型仍保留为不当得利法的适用范围。这对传统不当得利法的触动是比较大的。原来在不当得利法内部将合同失去(*vertragslose*) 与(因无效) 法律基础失去(*rechtsgrundlose*) 的给付概括在一起加以规范,这在法教义学上是一项成就。所以有观点惋叹,把后者剥离出去之后,对剩下案型保留独立的规范群似乎丧失意义了。平心而论,不为无因。但是,传统不当得利法对返还清算原本就未能妥当解决,如今剥离而作前述更宏大视阈中的“概括”,在法教义学上意义或许更大。加之不当得利由于在起点上具有补缀性质,所以在发展的过程中,因循守旧的情性最强。而返还清算之债的独立恰恰给不当得利带来了自省机会。从中分出去一大块重新整合,厘定规则,其实也就意味着原不当得利之下的大批案型得到了更妥当的决定。这当然是可喜的。更何况,立法体例上的独立,丝毫不影响借鉴。返还清算之债的新安排完全可以借助类推、准用等技术或价值评价的转用,裨益于不当得利的制度本体。进而言之,我国法上的不当得利更是先天不足,甚至还不存在“一个独立的规范群”的烦恼,恰恰是借统合的东风填补空白之时。

此外,物之返还制度也因返还清算之债单列而缩减。由于定性为债务关系,合同撤销、无效清算将从物之返还中剥离出来。但是除了定性之外,具体的制度仍可转用。例如何时价额返还,何时费用补偿等等,都是可以通用的。

(三) 避开有因原则与无因原则之争

合同撤销、无效后返还清算请求权是物权性的还是债权性的,这个问题的回答一直系于有因原则与无因原则之争。德国法采无因原则,故绝大多数情形是债权性的。我国法通说主张有因原则,故如瑞士法一样认其为物权性请求权。但是我国另有学说已要求继续区分撤销和无效,而探索将撤销后清算返还归入债权请求权的可能。并从法释[2008]11号文第7条第2款结合第1款推断,“最高人民法院应该是以合同被撤销场合的返还财产为债权请求权”。^{⑤9}

前述德国法上其实还有少量情形如共同瑕疵等等,仍会有不当得利与原物返还的竞合发生,从而就这些案型,会依据不同的法律规范作出判决。这个问题在欧洲共同买卖法(*CESL*) 中被一般性地回避了,所以有德国学者指出,“*CESL* 在这里并没有制造什么新问题。当然,它也没有解决这个问题。”^{⑥0}与之相较,瑞士私法实践似乎更有魄力,而与前引我国有力说恰恰所见略同,甚至走得还要远得多。

^{⑤9} 参见前引^{⑤8},韩世远书,第228页。

^{⑥0} Looschelders, a. a. O. (Fn. 14) S. 671. 这个问题在坚持有因原则的法域自然更为严重,下文瑞士法左支右绌即为明证。另如日本法,也有复原性物权变动说试图解决这一问题,参见[日]铃木禄弥《物权的变动与对抗》,渠涛译,社会科学文献出版社1999年版,第69页以下。

瑞士法与我国法一样采有因原则。据其联邦最高法院判例,以前合同性返还清算仅仅发生于基于履行瑕疵的返还清算。对于原生瑕疵相反采的是非合同返还清算,就此按照瑞士法所采有因原则,在给付型不当得利之外还有原物返还的适用余地。原物返还原则上仅限于物之给付,对于货币给付来说只能考虑不当得利。结果就是合同当事人之间的不同对待。除了不同返还给付范围和时效期间之外,这个不同对待还体现于破产的场合。在尚未给付的卖方破产时,买方只能要求返还支付售价。这个债权是破产债权,故而只能按比例受偿。反之在买方破产时,卖方却有一个对物的取回权,因为原因行为的效力瑕疵也导致了处分行为的无效。^①这种局面被学说认为是有因性原则传统的荒诞不经,瑞士最高法院也通过曲折解读条文,将此有因性效果限制于动产,从而在有限范围内消除不良影响。^②

《瑞债2020》更进一步终结了此一有关物和货币给付的区别对待。以无效买卖合同为例,不当得利与原物返还均被排除,对标的与售价的返还均归入于债法性清算关系,任何一方都不能在破产中取回,从而避免了前述评价矛盾。这一点被认为,“再怎么强调都不为过”。^③

面对这些学说争议值得探讨的是,在这么一个时刻,应否从立法论上锐意解决争议,以及如何解决。有些争议是注定不必在立法中解决的,而应保留给学说继续去探索。有些争议则虽然适宜于由立法裁断,但是在某个阶段却又不可过早定论。此时立法应略自谦抑,继续引导学说、判例向前探索,如此既可绕开泥潭、提高立法本身的效率,亦可为继续提升法律质素、从容把握比较法新趋势赢得时间。那么有因原则与无因原则之争是否到了应以立法做个结论的时候了?

我国学说在立法论上是否应采物权行为及无因原则,仍无定见。在解释论上,通说认为未采物权行为,但仍有有力说持相反意见。在比较法上,首先在东北亚,我国台湾地区追随德国法之后,采物权行为及无因性原则,而日本法则未采如上制度,在实效上比较而言,前者清楚,而后者物权变动实是一本糊涂账。当然,这也与日本立法及学说多头移植的源流有关,未必全是不采如上制度的后果。另一方面,德国法是物权行为及无因原则的源头,但是批判的声音很多。可是在不采如上制度的瑞士法,却又有大量判例及学说支持贴近无因原则的效果。通过以上粗线条的梳理可知,对于物权行为及无因原则的取舍,或许还未到釜底抽薪作最终结论的时候。

但是,以上方法及态度决不意味着立法上的不作为。对于某些已经认定的法律效果上的失误,完全应该跳出于学说争议之外,直奔主题,作出结论。例如有关返还清算的性质定位问题,若从不同解消品类出发概念法学式地分配债权性定位或物权性定位,

① Kern und Bettinger, Schuldrechtsmodernisierung in der Schweiz? – Der Entwurf Obligationenrecht 2020, ZEuP, 2014, S. 574.

② Honsell a. a. O. (Fn. 68), S. 459. 法国法似乎也在不当得利与所有物返还之间摇摆不定,但确切地就无效之溯及力“予以限制”,参见尹田《法国现代合同法》,法律出版社2009年版,第265页以下。

③ Kern und Bettinger a. a. O. (Fn. 62), S. 575.

都很难得到有说服力的结论。不如直接着眼于当事人之间的利益冲突。

其中可以区分为返还债务人与债权人之间的利益冲突,以及加入第三人之后的利益冲突。基于此前广泛的学说讨论基本上可以确知,在不牵涉第三人利益时,取物权请求权或债权请求权在返还当事人双方之间难分轩輊,^④可能仅在时效等有限方面体现出不公平。^⑤涉及的第三人又可能是第三转得人、扣押债权人或破产债权人等不同类型。在第三转得人情形下,因返还债权请求权的定位使得第三转得人在恶意时仍受优待,获取比善意取得制度更高的保护,有观点认为有失公平(但有争议)。在第三人是扣押债权人或破产债权人时,则如本部分前引比较法资讯所见,还是定位于债权请求权更为公平。故综合以观,仍应借统合方式直接安排制度,以特别法防止向物权性请求权溢出,但在解释论上就恶意第三转得人情形为物权性请求权保留纠偏的可能。

(四) 避开解除后果之争

关于解除后果,首要的争议是是否有溯及力以及是转变为全新关系还是延伸为清算关系。围绕这些问题,已有多种学说,这些学说在立法划定规则之后的解释论工作中,不仅是必需的讨论,而且对于提高法解释的技术水平,有独到的价值。但是在目前可直接从立法论入手时,就未必是必需的了。站在立法论的立场上,应当承认,以上学说都澄清了部分“真理”,它们在各自集中关注的案型上,都有独特的优势。但是要想就任一学说“从一而终”,则免不了削足适履的烦恼。这一点在参与商榷的重要观点里都有相当的凸显。如此看来,不如将学说争议的大门仍予开放,不过早地裁断,而先从各案型的结论入手,在制度设计上务实地为各案型求得正确结论提供有弹性的规则。

在我国法的实践中有关解除后清算问题最关键之处无非有三,一是是否返还清算,二是返还清算作为债因的根据何在,三是若作价额返还清算是否继受当事人约定对价的影响。这三个问题各有其内核,想在实证法之下,先就各个问题给出符合学说体系的答案,然后将三组答案一起纳入到直接说、间接说或折中说之类的名目之下,鲜有不按倒葫芦起来瓢的。在当前发挥立法论后发优势之际,完全可以借第二个问题为抓手,即以统合说为立场,独立设置返还清算之债,再就第一个问题承认有些合同应排除在返还清算之外。关于是否返还清算,此前将之系于继续性合同或一时性合同固然是一个方案,但若过于执着于概念,可能在具体个案之间不够务实。须知即便是继续性合同与一时性合同这组分类,仍有许多模糊之处。但是在详细考量具体案情之后,就是否返还所做判断则一般都是经得起推敲的,并不会造成返还清算的肆意扩张。至于第三个问题,即是否继受当事人约定对价的影响的问题,当解除后果与无效、撤销后果凑到一起时,更能清晰揭示出,由于解除权总是以一个有效合同为前提,所以在返还清算的框架内尽可能广泛地维持合同性风险分配,更有充足理由。故而自己经济性决定的可归责性是《德国民法典》第346条以下适用的基础性要件,但是这个要件在《德国民法典》第

^④ “偏袒些说,两种学说半斤八两;公正些说,折中说的不足更大。”前引^⑤,崔建远书,第612页。

^⑤ 即一方(卖方)因其请求权被定位为物权性,而相对于对方(买方)的价款返还请求权取得时效方面“意外的”优势。

346条以下无需专门的表述。不过当转用于无效、撤销后清算时,则须考量是否违背了无效规范之目的。^{⑥⑥}通过这些有关实效的问题的梳理,可以清楚地界定统合的边界。这种统合思路或可有效促使有关解除后果研究跳出学理之争,直接从实效层面构造规则。

五、立法论建构

(一) 立法论之继起

鉴于上文有关比较法例的解释论梳理至少就一般的实物返还规则、价额计算规则、用益与费用偿还规则已经(或者可以)达成基本共识,所以面面俱到的立法论建构在此有限篇幅之内并非必要。剩余问题集中之处,主要在价额返还的限制与排除这个“返还清算最大的难题”。这也是接下来建构的重点。

如上所见,在这个最大的难题领域,虽多有颇具深度的论述,但是各个主题之下规则不一,而诸多主题并合时,歧见更是五花八门。以至于弗卢梅、卡纳里斯这样的顶尖大家,就某些主题分别提出雄辩的理论,发人深省,但是其冲突之处也一目了然,并且谁也说不清为什么能如此雄辩地站到彼此的对立面上去。最后只好求诸“实证法”的权威,来解决基本问题上的分歧,但根本预见不了什么时候、在什么案型之下会猛然遭遇体系违反。

解释论任务的出现往往出于具体案型的触动,而具体案型当中需要考虑的关键性事实常常是有限的,所以也就可能使得未来结论攻其一点,不及其余。站在立法论的立场上,正确的做法应该是,一上手即尽可能完整地、有秩序地罗列关键性事实因素。因为正是这些事实因素将经由立法论处理装置,转化为要件事实,获取规范性身份。越完整、越有秩序地罗列,就越有可能避免评价死角。

(二) 主要的事实因素

有观点以德国新解除法为背景指出,风险分配系于三个事实因素:一是解除相对方是否因自己的义务违反触发了解除;二是解除权人是否明知其解除权的存在;三是解除权人就标的毁损灭失所存在过错的强度。^{⑥⑦}蕴含于其中的思路与上文建构思路若合符契,它所列举的三项因素也颇具启发意义,但是在兼顾未来规范的要件端和效果端时,却还不够全面和精确。就返还清算关系约有如下事实因素值得重视:

1. 返还的标的。可为实物、价额、利益。计算价额可以取向的目标有给付时的价值、应当返还时的价值等等客观价额,也有约定对价的主观价额。

2. 返还债权人的可归责事由。返还债权人对于标的物的毁损灭失,可能是意外风险、抽象轻过失、具体轻过失、重大过失、故意引起,可能是交付前瑕疵等客观归责事由引起。对于解消的事由明知、甚或有过错。瑕疵等客观归责事由可能仅导致解消,但未

^{⑥⑥} Bockholdt a. a. O. (Fn. 7) S. 787.

^{⑥⑦} Roth, Rücktrittsrecht und Leistungskondiktion, in: FS für Canaris, Bd. 1, 2007, S. 1139.

导致毁损灭失,也可能兼为解消及毁损灭失的原因。

3. 返还债务人的可归责事由。返还债务人对于标的物的毁损灭失,可能是意外风险、抽象轻过失、具体轻过失、重大过失、故意引起。对于解消的事由明知、甚或有过错。

4. 中性案型。对于标的物毁损灭失之“中性”纯粹的意外风险或双方均有过错,且程度均衡。对于解消事由的“中性”,双方均不知、均明知、甚或均有过错,且程度均衡。

(三) 类型及规范建构

1. 解消后返还障碍的中性案型

在评价上首先区分为解消前与解消后。解消后发生的返还障碍被认为可按一般规定解决(《德国民法典》第346条第4款、第818条第4款),这在一般性的给付障碍法上,具有“定基调”的作用,所以可作为评价的起点。但是对于解消后发生的毁损灭失是否一般性地就过错负责,赔偿的范围不止于返还损害,并及于结果损害,还须斟酌。在解消事由中性案型中,(甲)双方对解消均无过错,或者有均衡的过错,解消后返还债务人理当尽善良管理人注意义务,就轻过失承担责任,赔偿范围及于返还标的的价值,并及于可得利益,自然不限于约定的对价。意外灭失的风险也应由受领人承担,此处借鉴的风险负担规则是债务人主义,意外灭失时应由受领人承担价金损失,即不得要求返还债权人返还约定价金,或不得拒绝以价金为标准作价额补偿,但是其余结果损害则不计。这也是对“牺牲边界”的另一种运用。

2. 解消后返还障碍的非中性案型

(1) 返还债务人对解消负责的案型。在解消事由非中性案型中,若是返还债务人对解消负责,则(乙)前半截注意标准及赔偿范围仍同,意外灭失风险归属亦同,但是意外灭失时赔偿范围也应及于结果损害。此时才真正契合于“一般规定”。

(2) 返还债权人对解消负责的案型。此时还要看债权人所负何责。(丙)可能只是客观存在的物之瑕疵,解消前甚至都不知道解消原因的存在。此时应同于前述中性案型的处理,但是在涉及价金部分应借鉴减价规则(《德国民法典》第441条第3款)。当然,若是该解消原因最后又导致毁损灭失,则结论相反(《德国民法典》第346条第3款第1句第2项)。(丁)返还债权人还可以因欺诈、胁迫等手段对解消负责,返还债权人以此非常手段将自有标的让渡于受领人,其地位大约处于自甘冒险与过量交付之间。此时返还债务人的注意义务应大幅降低,解消之后,故意或重大过失所致灭失固然还应赔偿,轻过失及意外灭失则不负责任。

3. 解消前返还障碍且返还债务人明知解消原因的案型

以上是解消后所生返还障碍的处理规则,接下来自此“基点”往解消前推进。此时再以是否明知为区分标准,首先得到的案型是:返还债务人明知解消原因的存在,解消前受领物毁损灭失。往下又可分为中性案型和非中性案型。

(1) 中性案型。(戊)在中性案型之下,结论应与上文解消后的建议即“甲”规则一致。这意味着,此处关键点不在返还障碍发生于解消前抑或解消后,而在于返还债务人

知悉解消事由前抑或之后。于是有关文献所犹豫的是否要求返还债务人已陷于迟延,^⑧也就失其重要性。

(2) 非中性案型。在返还债务人明知的非中性案型中,(己)若是返还债务人对解消负责,结论也应与上文相应的建议“乙”规则一致。(庚)若是返还债权人对解消负责,在客观存在的物之瑕疵之类的场合,债务人若自始明知,则被褫夺瑕疵权利,若是风险移转后毁损灭失前明知,结论应与上文“丙”规则一致。返还债权人还可以因欺诈、胁迫等等手段对解消负责,欺诈的场合若债务人自始明知,则可能因无因果关系而不受保护(胁迫则无此顾虑),其余情形,(辛)则尽管债务人明知解消原因,仍应依前述规则“丁”受到优待,即仅就故意和重大过失负责。并且其补偿范围应同时以约定对价及标的客观价值为限。约定对价可能因欺诈、胁迫而不合于财产自决原理,但在返还债权人则是“求仁得仁”,故可为一限制标准。又因该约定对价在债务人毕竟极有可能并非自由决定,若片面坚持,则债务人的待遇可能还不如下文将马上述及的返还债务人不知解消原因的中性案型,将会出现体系违反,故此以标的客观价值再加限制,排除结果损害的计入可能。

4. 解消前返还障碍且返还债务人不知解消原因的案型

其次得到的案型是:返还债务人不知解消原因的存在,^⑨解消前受领物毁损灭失。往下也可以区分为解消事由中性案型和非中性案型。

(1) 中性案型。(壬)在中性案型之下,应降低返还债务人注意义务至自己事务中注意。意外灭失仍由返还债务人负责。如此说法似有矛盾,但若区分了偿还范围矛盾自然冰消。亦即就对价之上的结果损失以具体轻过失以上标准负责,而在意外事件之下,赔偿范围应限于对价。当然凡属引用对价的场合均以解消原因(包括引致解消的规范目的)不触动对价基础为前提。

(2) 非中性案型。(癸)在返还债务人不知的非中性案型中,返还债务人对解消负责的情形是很少见的。因为债务人欺诈或胁迫基本上都会知情,债务人违反强行法也因不可反证地推定知法而不能以不知情为抗辩。大约可在双方互易而返还债务人自己的给付标的有瑕疵而致解消的情形,找到适例。当然前提也是返还债务人对瑕疵不知情。此时应与“己”规则(亦即“乙”规则)相近而又有不同。鉴于其对解消负责,应不允许受到降低注意义务的优待;但又因为他有充分理由自以为打理自有之物,而且对方原本所期待者也不过是对价而已,所以补偿范围应限于无瑕疵的对待给付;意外灭失的风险也归于返还债务人,补偿范围同前。

在返还债务人不知解消原因之存在的非中性案型中,若是返还债权人对解消负责,(甲1)可能是客观存在的物之瑕疵之类的场合,此际应降低返还债务人注意义务至自

^⑧ Canaris, a. a. O. (Fn. 21), S. XLVI.

^⑨ 一般是以不知与不应当知道(或无重大过失而不知)相并称,但是对于后者还有疑问。Roth, a. a. O. (Fn. 68), S. 1138.

己事务中注意,意外灭失由返还债权人负责。(乙1)也可能是因欺诈等事由而负责,此际返还债务人的地位应与《德国民法典》所有人—占有人关系规则中善意且未受诉讼系属之自主占有人地位相当(《德国民法典》第993条第1款后段),即仅对现存部分负返还之责,至于不存在部分即便是过错导致的毁损灭失,也不负价值补偿之责。若是解消原因被评价为高强度的不法性,则不仅无效,且亦不得支持返还,即便给付利益仍在,也是如此。

(四) 举例说明

基本案情:合同双方买卖一辆旧车,作价10万元,双方履行完毕之后合同解消,互相返还清算。^⑩旧车在买卖当时价值12万元,此时已值13万元。

(1) 设解消原因是“中性的”合同形式无效,^⑪但未影响及对价的合意,双方知晓形式无效且不能达成补救,在卖方提出价金返还之后,买方已陷于返还债务人迟延,却仍开车出行,发生交通事故,车辆全损,买方就事故发生有轻过失。^⑫则此际买方价额赔偿范围应及于3万元差价,而不同于依差额说扣除约定的10万元。设买方并未开车出行,而因车库意外失火致旧车全损,则此际买方不得请求卖方返还10万元价金(“甲”规则)。设仅买方知悉形式无效,在其通知卖方并磋商返还清算之前发生旧车毁损灭失,处理同前(“戊”规则)。

案情同前,设买方仍不知形式无效的存在,开车出行,在尽到自己事务中注意的情形下仍发生交通事故,旧车全损,则无效情事暴露后返还清算时买方不得请求返还10万元价金。若因买方重大过失或故意导致全损,则此际买方价额赔偿范围应及于3万元差价。若因车库意外失火致旧车全损,则此际买方不得请求卖方返还10万元价金(“壬”规则)。

(2) 案情同基本案情。解消原因是买方欺诈而被卖方撤销。在卖方提出价金返还之后,买方已陷于返还债务人迟延,其间车辆全损,则无论买方就事故发生有无过失(即包括意外失火之类的情事),其价额赔偿范围均应及于3万元差价,而不同于依差额说扣除约定的10万元(“乙”规则)。在卖方撤销前发生的旧车毁损灭失,处理同前(“己”规则)。

(3) 案情同基本案情。设解消原因是存在客观瑕疵而遭买方解消,但不能证明卖方欺诈。设瑕疵车辆实际仅值6万元。若买方解消后仍开车出行,发生交通事故,车辆全损,买方就事故发生有轻过失。则此际买方价额赔偿范围应为6万元,并可覆盖其他可得利益(例如可预见的卖方再销售价格之高于6万元部分)。若买方并未开车出行,而因

^⑩ 旧车买卖是德国法有关讨论中沿用的经典案例,真实原型见 BGHZ 53, 144; 57, 137。有关讨论参见 Canaris, a. a. O. (Fn. 21), S. XLI, XLVIII; Roth, a. a. O. (Fn. 68), S. 1141ff; 前引^⑨, 陈自强文。本文沿用为基本模型,可更加直观地反映与此前比较法资源的继承与扬弃关系。

^⑪ 一般将不合意、形式无效及返还义务人之错误撤销并举, Roth, a. a. O. (Fn. 68), S. 1134。

^⑫ 此处买方在知晓之后仍开车出行是否“过失”,另有探讨余地,本文暂不展开。

车库意外失火致旧车全损,则此际买方请求卖方返还10万元价金时应扣除4.6万元^{⑦③}(“丙”规则)。买方已知瑕疵存在而未解消前发生的旧车损毁,处理同前(“庚”规则)。

若买方仍不知瑕疵的存在,开车出行,在尽到自己事务中注意的情形下仍发生交通事故,旧车全损,则瑕疵暴露后返还清算时买方仍得请求返还10万元价金,车库意外失火致旧车全损时亦同。若因买方重大过失或故意导致全损,则此际买方请求卖方返还10万元价金时应扣除6万元(“甲1”规则)。以上均指损毁非由瑕疵本身导致的情形,否则相反。

(4)案情同基本案情。设解消原因是卖方隐瞒事故车辆事实而遭买方解消,事故车辆实际仅值6万元。解消后返还前若旧车因买方轻过失毁于车库大火,买方无须价额返还,而可请求卖方返还价金。意外失火时亦同。若车库大火因买方故意或重大过失而起,则此际买方请求卖方返还10万元价金时应扣除6万元。给付迟延时则否(“丁”规则)。

若买方在知晓前述欺诈事实之后解消之前,旧车因买方轻过失毁于车库大火,买方无须价额返还,而可请求卖方返还价金。意外失火时亦同。若车库大火因买方故意或重大过失而起,则此际买方请求卖方返还10万元价金时应扣除4.6万元(“辛”规则)。

若买方在知晓前述欺诈事实之前,旧车因买方过错(含故意或重大过失)毁于车库大火或车祸,均无须价额返还,而可请求卖方返还价金。意外失火时亦同(“乙1”规则)。此处“乙1”规则与上文“甲1”、“辛”、“庚”、“丁”、“丙”规则相结合,与“最重要的”《德国民法典》第346条第3款第1句第3项相比,进一步区分了解消相对人对解消基础“负责”的类型;在瑕疵处理方面,避免了《合同法》148条一刀切的做法;在风险分配方面,跳出了卡纳里斯与弗卢梅在给付受领人、返还债权人之间“一刀切式的”争议。应更有利于获取公平的判决。

由于返还清算中涉及的评价极为复杂,试图概括出一两条易懂好记的规则拿去应对所有问题,已被证明是不可靠的。^{⑦④}故而本文不得不另辟蹊径,即以关键性事实因素为依据,定好基调再层层推进。即以解消后毁损灭失之一般给付障碍为基调向解消前推进,在各组之下又以中性案型为基调向非中性案型推进,在这些推进过程中,以多维度的评价标准交相为用,试图在要件事实和法律后果之间实现最佳的微调效果,力求既能满足实质正义的衡量,又能在所有案型之间实现“同则同,异则异”的平等对待。^{⑦⑤}

总的说来,《民法总则(草案)》第135条规定失之太简,缺乏应有的问题意识,不足以给裁判提供有效的指引,须作大规模充实与重构。体系统合之后的解消清算规则宜

^{⑦③} 此时无瑕疵的旧车原本价值13万元,故可按 $10:?=6:13$ 的算式得出应扣减额。

^{⑦④} Roth a. a. O. (Fn. 68), S. 1147.

^{⑦⑤} 瑞债2020虽宣称统合所有的解消情形,但是在定调(intonieren)于嗣后的失效之后,缺乏有效推进,而为批判者视为虚张声势。Honsell a. a. O. (Fn. 68), S. 459. 日本债法修订过程中,草案有关条文虽系于法律行为,但是在双务合同基调之外亦缺论述上的推进,被论者认为留有大量未解难题。在我国民法总则立法中宜引以为戒,这也是本文还须继续深入之处。

置于债法总则,与不当得利、无因管理为伍。若未来民法典不设债总,则亦可将其作为“规范剩余”列入民总或合同总则之中。在上文按类型序列及案型提供规范建议之后,纯粹的条文设计本非极难之事,但又应与不当得利法、所有人—占有关系法乃至损害赔偿法之设计瞻前顾后,一体推进。这种大规模的体系重建却是极为烦难的,有待于在本文之后与同道共勉。但是相对于卡纳里斯、弗卢梅等大家困于解释论“拳打卧牛之地”的窘迫而言,能够放手做这种重建工作,已是莫大的幸运,这也是上文屡屡强调的“后发优势”所在。^⑩ 民法典编纂是伟大的“立法时刻”,此际面对本文所涉的这类难题,决不可因循守旧,错失良机。或应集众人之力,理清法史及经典法例、学说和判例的发展脉络,完整把握前人的成就,让将要被扬弃的对象先把话说完;然后又要从事实出发、从实践出发,依托大小传统及“三重”体系,锐意革新。如此,则我民法典编纂及民法教义学发展就一定能“后发而先至”!

Abstract: Once the legal acts are deemed void or canceled, the problem of restitution and liquidation will become very fiendish: the current law and the “General Principles of Civil Law(Draft)” has been simplified with plain articles, issues related to the chain is unresolved and it is difficult to peep the whole picture in the existing theories and precedents. If we lack the awareness of problem, let alone solving it. It should be fully realized that the legislation of the “General Principles of Civil Law” not only enriches the content of the Civil Code in the future, and also indicates its completion. In this sense, we should ravel out the problem of restitution and liquidation, further absorb a wide range of comparative law experience and get through the general and specific provisions. In addition to this, we are expected to tackle the dissolution such as revocation, invalidity and rescission of legal acts, make a comprehensive review of the improper profit return, post-rescission return, seisor return and even the damage compensation rules, in pursuit of solving a package of problems with the integrated dissolution rules in the Triple System of the civil law. In this process, the deduction and breakthrough of interpretative theory and legislative theory will be on full display, which fully manifests the late-mover advantages of the compilation of the civil law.

(责任编辑:王莉萍)

^⑩ 能看到这些大家的“窘迫”并不意味着即已超越,而只是因后发优势放开了手脚而已。所以在卡纳里斯主持德国新债法草案论证的“立法论”著作里,就同一主题一再强调的也不再是“对待给付返还说”,而是“要素性的归责标准”,并于注释中直接征引动态系统论鼻祖维尔伯格之《损害法之要素》(亦是动态系统论的“试刀”之作)为证。Canaris, a. a. O. (Fn. 21), S. XLI. 上述做法与其此前解释论文字相去甚远,而恰与本文思路相近。