

## 论合同法中协议解除的归属

徐德

(湖南大学, 湖南长沙, 410082)

**摘要:** 合同解除制度中的协议解除来自于英美法系国家, 传统大陆法系国家只存在约定解除与法定解除, 我国民法是学习日本法与德国法, 我国为大陆法系国家, 却在合同法第九十三条中规定协议解除, 对此学术界颇有争论。反对者以内部矛盾、行使方式差异、适用对象差别等理由反对协议解除纳入合同解除制度中, 支持者则以我国的合同法立法政策、无法适合合同法第二章结构、亚制度之间差异正常等理由支持将协议解除归入合同解除制度之间。但是, 协议解除本身在合同法中的出现仅仅起说明作用, 并无实质上所存在的价值, 而且破坏实质上的完整统一性, 更是不利于当事人双方采用。故而应该在民法典制订过程中取消协议解除的法条说明, 在实务中直接适用合同订立规则更加恰当。

**关键词:** 合同解除; 协议解除; 约定解除; 法定解除

就我国的合同解除制度而言, 其规定在合同法的第六章“合同的权利义务终止”中第九十三条与第九十四条。主要是区分为三种, 按法条前后所述为协议解除、约定解除、法定解除, 当前学术界争议的焦点即在于协议解除是否应归属于合同解除制度中, 相对于约定解除的解除权先已规定在原合同中, 法定解除的解除权则由法律所限定, 协议解除的权利则来源于双方当事人的合意, 即用另一个合同来解除原合同。在合同法第九十五条“解除权消灭”中并没有协议解除的影子, 在合同法第九十六条“解除合同程序”中特意提到“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的”, 特别提出这个程序只适用于约定解除与法定解除, 而在合同法第九十七条“合同解除的效力”中, 几乎也未涉及协议解除的内容, 但是在现实生活中, 当事人对于合同解除所采用方式是协议解除居多, 因为无需走法院的途径而又是在双方当事人自愿的基础上。

### 一、法系上的观点

#### (一) 英美法系上的协议解除

在我国合同法的第九十三条第一款所言“当事人协商一致, 可以解除合同”, 则为协议解除, 又称为合意解除,<sup>[1]</sup>此种类型于大陆法系实难寻找, 而在英美法系则易寻踪迹, 其在阿蒂亚《合同法概论》中既有此分类, 有“由协议而解除”,<sup>[2]</sup>在豪尔的《基本合同法》也有相似的论述,<sup>[3]</sup>即于合同订立后, 履行过程中遇有情形不利于合同的目的等, 则由合同订立双方达成新的合意而取消先前成立生效的合同。在英国法中, 当事人双方可以采用签名盖章、协商损害赔偿、废除有效之合同与取消有效合同中若干条款四种方式协议解除合同。而于美国法中, 合同解除的情形则是分别针对二种不同的情况, 第一为因不可归责于当事人的原因而不履行合同, 第二为违约, 可见在英美法系中协议解除适用的是合同订立时的规则。

#### (二) 大陆法系上的约定解除与法定解除

大陆法系国家常见的是合同成立生效后, 根据当事人一方的意思表示而溯及既往的消灭, 由于德国是现行大陆法系国家的源头, 故而目前此种见解是为大陆国家流行的方向, 正如旧时中国的法律专家陈瑾昆所论述的“契约之解除云者, 契约当事人之一方, 行使其依契约或法律规定所付与之解除权, 由其一方为意思表示, 使为债权原因之契约发生与自始未存在相同之效力之法律行为也”。<sup>[4]</sup>其语中“依契约”即为约定解除权, 是双方当事人在合同订立时就已经在合同中签订了将来解除合同的条件, 比如说某日天下雨就取消场地表演的合同等等, 其语中“或法律规定”则为法定解除权, 即合同当事人双方在合同履行过程中发生有法律规定的情形时, 可以使用解除权, 此种形式是大陆法系国家对于违约形态所作的一些常

见分类。

## 二、国内观点

就目前国内的学者而言，主要分为两大派，一方认为协议解除应当包含在合同解除体系中，一方认为协议解除不应当包含在合同解除体系中。

### （一）狭义的合同解除

该派学者认为协议解除应该独立于现有的合同解除体系，自划一派，而不应该合并并在合同解除体系中，其代表为蔡立东教授与张小平教授，其依据为以下几个方面：

第一，协议解除与行使解除权在构造上是不同的，协议解除的前提在于合同的自由，它所依赖的是双方当事人之间的合意，也就是双方达成了一个新的合同，而行使解除权解除，其前提依赖于或是原合同中所订立的解除条款，或是法律中法条的规定。无视此种区别而融合二者于一个体系中则必然会破坏合同解除制度中的内部和谐，<sup>[5]</sup>给法律的适用带来了不确定性，将无法确保稳定的合同法律关系，从而无法满足交易安全的要求。

第二，当前合同解除制度的规则都是针对合同解除权而设立运行的，<sup>[6]</sup>其关键点就是解除权的产生，就约定解除而言，解除权在于双方当事人原先订立的合同中，只要条件发生即可，就法定解除权而言，只要法条规定的条件发生就行，如第九十四条第一款“因不可抗力致使不能实现合同目的”，而对于解除权的产生、运行，几乎不对协议解除发生任何的作用。

第三，解除标的将会存在问题，因为就法理上讲，合同解除是将有效成立的合同解除，但是协议解除无视合同有效与否为解除标的，实则是协议解除为双方当事人之合意而为，而无需在意先前合同的有效与否。

第四，有关合同解除溯及力的问题，根据合同法第九十七条的规定“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”，说明是有溯及力的，但是协议解除由于是双方当事人自意而为，故而双方当事人会于协商时落实各种情况，包括损害赔偿等等，而约定解除与法定解除则不是。

第五，合同订立时的规则完全可以适用于协议解除，可以得知，协议解除实质上是一个订立新合同的过程，只不过该新合同的内容是为了处理原先合同，当事人双方之间对于自己的权利义务可以完全适用与合同订立规则，故而史尚宽先生说明正是由于此而大陆法系未将协议解除放入合同解除体系中。<sup>[7]</sup>上述意见，主要区分点在于协议解除与合同解除体制的构造区别，即在于某方式不适合于一种体制时，就不应该将二者合二为一，破坏整体稳定性。

### （二）广义的合同解除

而支持者一方则认为，协议解除应该放入整个合同解除体系中，以保证完整性，其代表人物为崔建远教授，其观点如下：

第一，将协议解除归于合同解除制度，或者将它归于合同订立制度，取决于我们的立法政策，即使法律没有明文的规定，协议解除依旧是存在的，它是客观上的，如果将它放入合同解除制度中就说明我们国家采用了广义的合同解除概念，而若将其分离就是我国采用了狭义的合同解除概念，这不是一个对错的问题。<sup>[8]</sup>第二，根据当前合同法第二章“合同的订立”，从第九条到第四十三条来看，合同订立这章的设计主要在于订约的主体、订约的过程、合同的成立、判断的规则与缔约过失责任，而从协议解除所订立的合同来看，其关键在于所订立的合同效力，恰恰是协议解除所订立的合同产生的法律效力才是重点，故而从合同法设计的角度看，将协议解除放入合同订立中不合适；第三，崔建远教授在反驳合同解除规则不能适用协议解除时，讲道：“养殖所适用的规范和捕捞所适用的规则，基本上不同，但不妨碍养殖权和捕捞权共处于渔业权制度之中。”其含义为协议解除这个下制度与法定解除权这个下制度是不用相互采用彼此的规则的；第四，关于内部矛盾之说，崔教授则借由民法中普遍所存在的矛盾而解释协议解除与合同解除制度中的内部矛盾。

就国内的专家学者，一般都认为协议解除包含于合同解除制度中，王卫国教授认为合同

解除分为二种，一种是意定解除，一种是法定解除，而意定解除又分为依协议解除与依约定解除。<sup>[9]</sup>彭万林教授也持此观点。<sup>[10]</sup>张广兴教授亦持此说，<sup>[11]</sup>认为合同解除依是否需要解除权为存在必要划分，但张广兴划分时与王卫国教授有出入，其划分一为合意解除，即为协议解除，二为行使解除权解除，即为约定解除与法定解除。而根据高富平所言：“合同的解除，是指享有合同解除权的一方所进行的消灭合同关系的行为”，<sup>[12]</sup>其意在于采用狭义的合同解除概念，而后期又称合同解除分为“基于解除权的行使而解除与合意解除”，说明此书对此采取一种模棱两口的态度。综上所述，国内当前对于协议解除是将其归属于合同解除制度之中的。

### 三、协议解除的归属

协议解除作为一种解除的方式，而又不同于拥有解除权的其他解除方式，故而笔者所认同的观点是协议解除不应该存在于合同解除体系中，法律没有必要将其划入当中。理由如下：

第一点，协议解除没有在法条中存在的价值，我国合同法第九十三条第一款“当事人协商一致，可以解除合同”，此条就法的效力而讲只是起说明作用而已，强调的是法律对此种解除方式的一种认可，但是在法律的效果上而言，该条文并没有对此种方式的效果做详细说明，拿第九十七条的“合同的解除效力”而言，其针对的是约定解除与法定解除，而非针对的是协议解除，故而协议解除在合同法中虽有阐述，但是其本质上是不产生任何影响的，仅仅起到一个说明的作用，可以认可的一点是协议解除本身作为一种缔结契约的行为，只不过是立法者偏于完整的解释解除方式而所作的一个说明，它本身是不在法条中起作用的，故而没有有什么价值的存在。

第二点，正如蔡立东教授所言，合同解除制度中另二种制度法定解除与约定解除的规则根本就不能适用于协议解除，协议解除本身就是一种订立合同的过程，但是法定解除与约定解除的前提条件就是一个解除权的产生，没有解除权的产生并不会产生解除的效果，而协议解除的本身是没有解除权产生的，其意在于说明，协议解除的前提是意思自治的过程，它是双方当事人运用自由缔约权的一个行为，是自然人在支配缔约权的行为，但是法定解除与约定解除的产生是源于解除权，是动用解除权而产生的行为，一个是缔约权，一个是解除权，二种权利的性质是不同的，仅仅为了一个形式上的完整性从而破坏实质上的完整性是不可取的，也会给实践中带来很多的麻烦，故而权利的来源上就已显露不同。

第三点，合同解除制度的指导思想根据陈鸣教授的观点分为以下几个：一，有利于当事人合法权益的实现；二，赋予非违约方充分的自由选择权；三，规定当事人行使解除权的形式与时限以防止恶意损害利益；四，在法律适用上应限制合同解除行为。<sup>[13]</sup>崔教授既然说将协议解除是否归于合同解除制度当中取决于立法政策，而未将立法政策在文中论述，而笔者以为将协议解除重新归入合同订立过程则符合合同解除制度的指导思想与立法政策，原因在于：一则将协议解除纳入合同订立的过程将适用于合同订立的诸多机制，不再使长着合同订立身体的协议解除带上合同解除制度的面具，而使权利人无所适处，也就可以完全的保证当事人合法权益的实现；二来协议解除本身就是双方当事人合意的过程，但是套上合同解除制度的枷锁后就显的比较难办，合意就没有那么自由。

第四点，崔教授所言合同法第二章“合同的订立”其所注重的是合同订立的过程等，但其并不注重的是所产生的法律效果，与协议解除注重法律效果不相符合。而笔者以为，既然是合同的订立过程，必然是注重过程，关键在于协议解除所要达成的目的是什么，协议解除的目的是在友好的情形下解除原先的合同，虽然它的效果是要解除合同，但是它是一个订约合同的过程，只要其遵守合同订立的规则，笔者相信其结果一定不会有偏差，要知道，良好的结果是有更好的管控所出来的，有了法律结果却不一定是合理合法的。

第五点，亚制度与亚制度之间必然是可以不相互适用彼此的规则的，但是亚制度与主制度缺失应该通用的却不可，崔教授将合同解除制度与协议解除制度分为亚制度，须知，协议解除、约定解除与法定解除才是真正的亚制度，其皆统于合同解除制度这个主制度中，但是合同解除这个制度却是没有相似之处的，若按约定解除与法定解除的规则来作为合同解除制

度内的结合点却是不同于协议解除制度的,况且这三个制度中无法抽象出一些规则来共同适用是不争的事实,正如崔教授所举的例子一样,若将养殖比作协议解除,将捕捞比作约定解除与法定解除,那么其上位概念应该是渔业权,但偏偏在合同解除制度中无法说明渔业权是什么,因为养殖权与捕捞权无法抽象出共同点来说明渔业权。就如同一块白色石头一样,硬与白是统一于石头上的,但是柔却不是石头的特性。

第六点,人类因为需要类型化生活中所产生的现象而便利生产生活,故而将“把已经有效成立或者已经成立但尚未生效的合同提前消灭的现象都归结为合同解除”。如果将相同的现象都作为统一名称,则人在作为违法法律行为时,须区分犯罪行为与民事行为,皆因以不同程度划分而已,将程度深的作为刑事犯罪,将程度轻的作为民事赔偿。故而,即使是合同提前消灭的现象,也不应该都归结为合同解除,况且协议解除更大程度上是一种缔结合同的现象。

第七点,将协议解除放入合同订立过程似乎更能使老百姓明白,而并非是将协议解除纳入合同解除制度中更能使老百姓清楚,因为协议解除其本身也是一个合同的订立过程,在无法律强制性规定下,不违反公序良俗等情况下,都是有效的,经过三十多年的改革开放政策,随着十八届三中全会提倡依法治国方略的有序进行,普通大众对于法律的意识是较为清楚的,亦无需将协议解除放入合同解除制度中而使其明白,反而是放入合同订立中更能使人一清二楚。

第八点,当前正值民法典编撰的大好时期,学界也一再呼吁民法典的制订,相信有关部门单位也在紧锣密鼓的制订过程中,对于将毫无价值含量的协议解除制度从合同法第九十三条第一款中剔除更保证了民法典的全面与完整性,而不应该使其继续留在合同解除体系中造成模棱两可的局面,使其采用合同制订的规则即可。

#### 四、当前完善的建议

不得不否认的情况就是,当前合同法第九十三条将协议解除与约定解除放入同一法条中,也是为了方便施行。但是,这样的方便施行对于溯及力,适用对象等带来了一定的麻烦。况且,此时正值民法典呼吁出台的最佳时期,所以笔者的建议就是现行合同法可以继续适用,无需更改,但是在民法典中应该取消九十三条的第一款,对于协议解除不再由法律规定,直接适用合同的制订过程即可,合同的制订规则完全能适用于协议解除,况且协议解除本身就是一个订立契约的过程。

取消协议解除的法律规定,而由其直接适用于合同订立的规则体现的价值有以下几点:第一,协议解除本身就是双方当事人达成合意的行为,回归到合同订立规则方便于当事人采取对应的措施,也能在合同订立过程中注意到相应的权利与义务,而不是在合同解除制度中寻找该种行为而无从试用;第二,对于解除权与缔约权的冲突与分歧也可得以很好的解决,法理中也无需在为此寻找更多其他的学说来证明;第三,也可以终结多年来学术界对此的争论。

#### 五、总结

当前合同法第九十三条似有不妥之处,其将协议解除与约定解除放入统一制度中,无视了协议解除本身与约定解除与法定解除的差别,在没有顾及二者的溯及力问题、适用对象问题、行使程序问题而仅仅为了一个形式上的统一,故而应当将协议解除从合同解除制度中剥离出去,使其仍旧运用在合同的订立规则中,不仅仅是实质上达到了统一,而且对于司法的适用也是极其方便的。而借由民法典编撰的春风,减少修改法条带来的经济上损失,应该由民法典中予以肯定协议解除的归属地位应是合同订立。

## 参考文献

- [1] 王艳.合同解除制度的比较分析[J], 社科纵横, 2004(4)
- [2] [英]阿蒂亚.合同法概论[M], 北京: 法律出版社, 2006(5):288-293
- [3] [美]豪尔.基本合同法[M], 北京: 群众出版社, 1984(94)
- [4] 陈瑾昆.民法通义债编总论[M].北京: 北平朝阳学院, 1933(283)
- [5] 张小平.肖少启.论合同解除制度[J].湖南科技学院学报, 2008(5): 5
- [6] 蔡立东.论合同解除制度的重构[J].法制与社会发展, 2001(5)
- [7] 史尚宽.债法总论[M].北京: 中国政法大学出版社, 2000(530)
- [8] 崔建远.合同解除的疑问与释答[J].法学, 2005(9)
- [9] 王卫国.民法[M].北京: 中国政法大学出版社, 2012(420)
- [10] 彭万林.民法学(第七版)[M], 北京: 中国政法大学出版社, 2011(478)
- [11] 张广兴.债法[M], 北京: 社会科学文献出版社, 2009(179)
- [12] 高富平.民法学(第二版)[M], 北京: 法律出版社, 2009(639)
- [13] 陈鸣.关于合同解除制度的几点思考[J].北京大学学报, 1996(4)

## On the Affiliation of Agreement Relocation in Contract Law

XU De

(Hunan University, Changsha Hunan, 410082)

**Abstract:** The agreement in the system of contract cancellation is derived from the Anglo-American legal system, and the traditional civil law countries only exist in the same way. The civil law of our country is to study Japanese law and German law. China is a civil law country. Thirteen of the provisions of the agreement to lift, this academic quite controversial. Opponents of internal contradictions, differences in the way to exercise, the application of object differences and other reasons to oppose the dissolution of the agreement into the contract cancellation system, the supporters of China's contract law legislation can not fit the second chapter of the contract law, sub-system differences between normal And other reasons to support the termination of the agreement between the contract cancellation system. However, the dissolution of the agreement itself in the contract law only to play a role, there is no substantial value, and the destruction of the integrity of the integrity of the whole, is not conducive to the parties to use. Therefore, it should be in the civil code development process to cancel the agreement to lift the law that in practice, the direct application of the contract rules are more appropriate.

**Keywords:** Termination of Contract; Protocol release; Agreed to release; Legal relieve