

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

英美合同解除制度研究

STUDIES ON DISCHARGE OF CONTRACT IN ANGLO-AMERICAN LAW

● 李先波 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

英美合同解除制度研究

STUDIES ON DISCHARGE OF CONTRACT IN ANGLO-AMERICAN LAW

● 李先波 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

湖南省教育厅重点项目

湖南省『十一五』重点学科国际法学成果

图书在版编目(CIP)数据

英美合同解除制度研究/李先波著. —北京:北京大学出版社, 2008. 1
(民商法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13348 - 4

I. 英… II. 李… III. ① 合同法 - 研究 - 英国 ② 合同法 - 研究 - 美国
IV. D956.13 D971.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 008054 号

书 名: 英美合同解除制度研究

著作责任者: 李先波 著

责任编辑: 李燕芬

封面设计: 独角兽工作室

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13348 - 4/D · 1978

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 25.5 印张 431 千字

2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 45.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

序

英美法系以判例法为特色,大陆法系以成文法为特色。随着全球化进程的推进,各国联系之加强,两大法系呈现出趋同之势,在民商法领域尤为明显。英美合同法虽以普通法为其主要渊源,但美国《统一商法典》、英国《货物买卖法》等成文法的地位已不容忽视,特别是近一个世纪以来,美国所进行的法律重述运动,更是将成文法与判例法的融合推向了高潮。

正如本书作者所言:在现代经济生活中,借助于强大的经济势力和完善的体制,英美国家的一些贸易规则在国际舞台上逐渐占据了主导地位。就合同解除制度而言,英美合同解除中的一些概念和规则,如预期违约、根本违约等已被其他一些国家或地区以及相关国际公约或国际立法所采纳。我国《合同法》也借鉴和参考了英美合同法上预期违约、根本违约等制度。

本书的作者于2003年进入中国社会科学院法学所进行博士后研究,将英美合同解除制度作为科研重点,其博士后研究报告研究了英美合同解除制度中的违约解除。出站后,作者继续研究了英美合同解除制度的其他内容,《英美合同解除制度研究》就是其研究成果。本书是国内第一部对英美法合同解除制度进行系统、深入研究的著作,尤其对英美合同法中的协议解除、履行解除、受挫解除、违约解除等进行了详尽的研究,并结合我国实践,对我国合同解除制度的立法完善提出了若干建议。全书资料翔实新颖,见解独到,不失为英美法研究方面的一部力作。

庞德在其《普通法的精神》中指出,英美法是世界性的。我国对英美法的研究较之于对大陆法的研究要薄弱得多。衷心希望作者能够在英美法研究上有更多的优秀成果出版。

梁慧星

2008年1月6日

目 录

引论	(1)
第一章 协议解除	(8)
第一节 协议解除的内涵及其性质	(8)
第二节 协议解除的条件	(12)
第三节 协议解除的具体方式	(17)
第四节 协议解除的形式要求	(28)
第五节 协议解除的效力	(36)
第六节 英美法中的协议解除制度对完善我国有关 立法的启示	(46)
第二章 合同因履行而解除	(51)
第一节 合同因履行而解除中的履行标准	(51)
第二节 合同因履行而解除的履行方式	(61)
第三节 履行时间与合同解除	(107)
第三章 合同因受挫解除	(121)
第一节 合同受挫概述	(122)
第二节 合同受挫理论的历史沿革	(125)
第三节 合同受挫的判定	(130)
第四节 合同受挫的类型	(137)
第五节 合同受挫的适用	(144)
第六节 适用合同受挫原则的限制	(154)
第七节 合同因受挫解除的法律后果	(162)
第八节 对合同因受挫解除制度的评析与我国 立法模式定位	(173)

第四章 合同因违约而解除·····	(179)
第一节 英美国家违约解除制度概述·····	(179)
第二节 毁约性违约及违约的效力·····	(195)
第三节 违约解除的基本形式·····	(244)
第四节 违约发生后非违约方的选择·····	(277)
第五节 违约解除的救济措施·····	(308)
第六节 英美违约解除制度对完善我国立法之启示·····	(367)
第五章 合同解除的其他方法·····	(381)
后记·····	(404)

引 论

合同解除是对合同效力的一种非正常终止,作为商务游戏规则的一项重要制度,在现代市场经济生活中具有不可替代的地位和作用,是现代合同法领域的重要研究课题。而在现代经济生活中,借助于强大的经济势力和完善的体制,英美国家的一些贸易游戏规则在国际舞台上逐渐占据了主导地位。就合同解除制度而言,英美合同解除中的一些概念和规则,已被其他一些国家或地区以及相关国际公约或国际立法所采纳。譬如,预期违约、根本违约不仅为许多国家的合同法所采纳,而且为《联合国国际货物销售合同公约》、《国际商事合同通则》以及《欧洲合同法原则》等所采纳^①;在构成违约的条件方面,英美国家关于将违约事实作为唯一条件的做法被《联合国国际货物销售合同公约》所采纳。我国现已成为国际贸易大国,作为商务游戏参加者必须熟悉各种游戏规则,知己知彼才能百战不殆。然而,在国际贸易舞台中,我们对于自己的重要对手英美国家的一些规则,迄今尚未做系统深入的研究。对于上述英美国家的合同解除制度,如违约解除制度等,国内现有的研究成果大多体现在对预期违约、根本违约等制度的简要介绍方面。这种滞后的研究状况显然难以适应我国对外贸易发展的需要。本书将英美合同中的合同解除制度作为研究对象,在吸收前人研究成果的基础上,根据本人在美国做访问学者期间所收集的英美国家的立法和判例资料,运用历史的、比较的和实证的分析方法,深入系统地探讨英美合同解除的类型,合同解除的基本规则、具体形态以及解除的效果及救济手段等,旨在揭示英美合同解除的一般规律,为我国对外贸易的发展以及解决我国与英美国家的贸易纠纷提供指南。为我国合同解除制度的完善进献自己的绵薄之力。

^① 《联合国国际货物销售合同公约》第25条、《国际商事合同通则》第7.3.1条以及《欧洲合同法原则》第8:103条虽然使用的称谓不尽相同,但都对根本违约制度做了规定。《联合国国际货物销售合同公约》第71条采纳了预期违约制度,并规定了该项制度的内容。

《美国合同法第一次重述》(1932)第385条曾列举了20多种合同解除的情况,足见美国合同解除方式的多样性。实际上,英美国家使用的是广义的合同解除概念,与合同消灭是同义语^①,合同不仅可以由于违约而解除,还可以由于双方的协议、履行、合同受挫等原因而解除。

在英美法(尤其是英国法)中,有关合同效力消灭的概念非常复杂。多数学者的著述常常使用“解除(discharge)”、“终止(termination)”和“撤销(cancellation)”等术语来阐述合同效力的消灭,但对于这些术语通常却未加以区分。当说到“合同”已经解除,或者终止,或者撤销时,人们的理解应该是:所有的法律关系已经不复存在,当事人之间的权利和义务也已经终结。^②在诉讼中,使用“解除”来指某一方当事人的法律义务状况的现象更为普遍。在被告因未履约而被诉的情况下,他可以指出因存在对价丧失、解除条件、原告自己违约或者其他有效事件等情况而解除了其义务。总体而言,合同的解除不像自始撤销,对根据合同已经完成履行的无须恢复原状。但在某些情况下,解除确实包含了对实际履行恢复原状的尝试,在这些情况下,解除与撤销之间的区别是很模糊的^③,此种意义上的“解除”英文应为“rescission”。

在英美国家的合同法中,与大陆法系中严格意义上的“合同解除”相对应的是“rescission”一词。直到1980年英国上议院关于Johnson v. Agnew案^④的判决,才区分了具有追溯既往力的从合同一开始解除合同(rescission)和随后的终止合同(termination)^⑤,即合同的解除(rescission of the contract ab initio)具有溯及消灭合同的效力,使得合同如同没有订立一样。而合同的终止(termination of the contract)只是消灭尚未履行的合同义务,不具有溯及力,双方当事人基于合同已经取得的权利则予以保留,不发生请求恢复原状的权利义务。应当注意的是,根据英美合同法中的违约救济制度,无过错方当事人基于对方的违约取消合同原则上没有溯及力,而仅仅是消灭尚未履行的义务,即向将来消灭合同债务。只有在非常例外的时候才能够既发

① 周林彬:《比较合同法》,兰州大学出版社1989年版,第323页。

② [美]A. L. 科宾:《科宾论合同》,王卫国、徐国栋、李浩、苏敏、夏登峻译,中国大百科全书出版社1998年版,第491页。

③ [英]P. S. 阿狄亚:《合同法导论》(第5版),赵旭东、何帅领、邓晓霞译,法律出版社2002年版,第436页。

④ [1980] A. C. 367.

⑤ 沈达明:《英美合同法引论》,对外经济贸易大学出版社1997年版,第274页。

生溯及力又能够保持损害赔偿请求权。因此,合同的解除主要只适用于由于订立中的事由(如虚伪陈述、错误等)而由一方依其选择消灭合同效力的情形。

在美国法院的判决中,合同的解除(rescission)和终止(termination)是两个常常被混淆的概念。对于这两个概念的定义,美国学者的观点也不一致。然而,许多判决认为,这是两个有着严格区别的概念。尽管二者均有使合同各方不必继续履行合同义务的效果,但合同的解除使原来订立的合同不复存在,因而双方在经济上,应恢复到合同订立之前的状态。也就是说,当一个合同被解除时,恢复原状应成为违约救济的原则。与合同解除不同的是,合同终止使合同自终止之日不再约束合同各方,但各方在终止日之前,从合同的履行中获得的利益却依然为各方保留。^①

由于英美法在终止和解除合同方面使用的法律术语缺乏统一性与一贯性,在英美国家的许多著述中,“解除”、“终止”和“取消”这些词经常被相互替换使用,但在《美国统一商法典》第二编中指的是在合同关系中三种截然不同的情况。根据《美国统一商法典》的规定^②,“终止”存在于当双方当事人依照由协议所创设的权利或相关法律来结束合同,而并非由于违约。^③“取消(cancellation)”则存在于双方当事人因对方违约而结束合同。^④尽管术语“解除(discharge)”未在统一商法典中被加以定义,但根据该法典第2-720条之评述,“解除”牵涉到未产生之权利的剥夺与损害,此义与《美国

① 王军:《美国合同法》,对外经济贸易大学出版社2004年版,第317—318页。

② “终止”是当任何一方依协议或法律所创设的权力,而非违约,来消灭合同。在“终止”的情形下,双方仍处于待履行状态的所有义务被解除,但是基于事先违约或履行的权利得以保留。参见 U. C. C. § 2-106(3) (2001), 又见 UCITA § 102(a)(63) (1999)。“取消”是指任何一方因另一方违约使合同归于结束,除了取消合同方仍保留因整个合同被违反的救济权力或平衡未履行义务(unperformed balance)的权力外,“取消”的效力与“终止”的效力同。参见 U. C. C. § 2-106(4) (2001); 又见 UCITA § 102(a)(8) (1999); 参见 Int'l Therapeutics, Inc., v. McGraw-Edison Co., 721 F.2d 488, 492 (5th Cir. 1983)一案(该案判决认为终止和取消是消灭合同的两种独立且有区别的方式,前者负有通知的义务,而后者不负该义务。)

③ U. C. C. § 2-106(3) (2001); see, e. g., Eck & Assocs., Inc. v. Alusuisse Flexible Packaging, Inc., 700 N. E.2d 1163, 1169—1170 (Ind. Ct. App. 1998) (finding employment contract of indefinite duration reserved a right in both parties to terminate for just cause).

④ U. C. C. § 2-106(4) (2001); see also Metro. Prop. & Liab. Ins. Co. v. Commonwealth, 509 A.2d 1346, 1348 (Pa. Commw. Ct. 1986), affd. by, 535 A.2d 588 (Pa. 1987) (holding that cancellation is a form of prospective relief 认为取消是一种预期的救济方式); Jazlowiecki v. Nicoletti, 387 A.2d 1081, 1082 (Conn. Super. Ct. 1977) (stating that “cancel” means to declare an instrument void or do away with an existing agreement. “取消”意味着宣布某一协议无效或废除一项既有的协议)。

合同法第二次重述》中对“合同解除”意思的表述是一致的。^① 义务的“解除”消灭了义务方的义务,也终止了权利方对应的权利以及基于此种权利可进行的任何请求。^② 通说认为,“解除”一词指的仅仅是一方当事人不再存在应当履行的法定义务并且对方权利已被取消的情况,而不溯及既往,这有别于大陆法系国家的做法。大陆法系国家一般认为,解除使合同关系自始消灭,溯及合同成立之时,发生与合同从未订立一样的结果。

“rescission”译成中文有“撤销”、“解除”和“协议解除”等意思。在英美合同法中,该词并不区分合同的撤销与解除,举凡使现有合同终止或者消灭者,不论其原因为何,均可用该词表述。诸如在英国法中,无论是通过当事人的行为还是法院裁决,也不论是因为违约、错误还是虚假陈述,该词均表示合同的终止。在衡平法上,它意味着使当事人恢复到合同订立之前的状态,故需在可能恢复原状的情况下方可用该词表述;在普通法上,其效果仅在于使合同当事人无须承担继续履行合同的义务,因而在不能恢复原状的情况下亦可用该词表述。在美国,该词在多重意义上使用。譬如,它可以指依照当事人的协议而选择终止合同,因一方违约而解除合同,或者因一方当事人为未成年人、欺诈等原因而撤销合同。此外,该词还可以表示双方当事人就解除合同中尚未履行的义务并终止合同而达成的协议,在这种情况下,它与“agreement of rescission”、“mutual rescission”或“abandonment”同意义。^③ 而在美国《统一商法典》中,“rescission”是指双方通过协议的方式解除合同,以区别于“termination(指根据前述协议所授予的合同解除权而解除合同义务)”和“cancellation(指由于合同对方的违约而终止合同)”,但在实际用法上又未完全据此实行,譬如,该法典第 2-720 条即如此。

在美国,习惯上认为,“终止(termination)”和“撤销(cancellation)”这两个术语与“解除(rescission)”不同,它们仅仅适用于拒绝合同所要求的履行,而不影响对过去的履行提出的所有请求,也不影响已经发生的违约情事。不过,这些习惯在术语的解释方面,并不具有权威性的作用。

① U. C. C. § 2-720 cmt. (2001).

② Restatement (Second) of Contracts (1979) (Introductory Note to Chapter 12); see, e. g., *Friedoco, Ltd. v. Farmers Bank*, 529 F. Supp. 822, 824 (D. Del. 1981) (involving a bankruptcy trustee who commenced action seeking a discharge of debtor's contract because of commercial impracticability(破产管理人基于商业不可行提起诉讼,寻求解除债务人的合同); see also *McLain Plumbing & Elec. Serv., Inc. v. United States*, 30 Fed. Cl. 70, 78 (1993) (citing 5A Arthur L. Corbin, *Corbin on Contracts* § 1228 (1964) (defining discharge 对“解除”进行定义)。

③ 薛波:《元照英美法词典》,法律出版社 2003 年版,第 1186 页。

在英美国家的合同法教材或著作中,大多用专门的篇章讨论“合同解除(discharge of contract)”问题,在讨论该问题时,通常包括“因协议而解除(discharged by agreement)”、“因履行而解除(discharged by performance)”、“因违约而解除(discharged by breach)”以及“因受挫而解除(discharged by frustration)”等方面。如上所述,美国《合同法第一次重述》(1932)第385条列举了20多种合同解除的情形,但美国1981年的《合同法第二次重述》却没有这样做。一般认为,合同解除可以基于下列方式而产生^①:(1)通过当事人的双边协议规定原合同不再约束他们任何一方而解除;(2)当出现符合原合同中规定的解除情形的条款时得以解除;(3)因合同得以履行而解除;(4)因发生使原合同的履行成为不可能的事件而解除;(5)因一方违约导致合同关系的终结,致使另一方享有对其抗辩的权利而解除;(6)因法律有关某些情形的规则的适用而解除。本书主要探讨合同因协议解除、合同因履行而解除、合同因受挫而解除、合同因违约而解除以及合同解除的其他方法。

1. 协议解除

根据合同自由原则,合同可以依据与订立合同的同样方式予以解除,即通过当事人的合意予以解除。协议解除,即通过当事人的双边协议规定原合同不再约束他们任何一方而解除。这个新的协议,如同任何其他简单的合同一样,必须有对价的支持。它可以明确地废除原合同,也可以变更原合同中的一些条款,其他内容则予以保留;它可以是一个全新的、独立的合同,它与原来的那个合同大相径庭,以致二者不能共存,在这种情况下,原来的那个合同也就隐含地被解除了;这种新的协议还可以变更原合同的当事人,而不影响原合同的履行方式。^②

2. 履行解除

因合同得以履行而解除,即履行解除,是英美法合同解除制度中所特有的制度,它是指一个合同中的双方当事人履行完毕合同所约定的基本义务(包括明示的和暗示的基本义务)从而使合同归于解除。当合同的条款已经履行,即当事人双方已经履行合同所约定的行为,则合同的目的已经达到,那么合同也就解除了。一方面,为了使履行能起到解除合同的作用,双方当

^① See Robert Ralston of the Philadelphia Bar, *Discharge of Contracts*, Fred B Rothman & Co. Littleton, Colorado 1997, p. 1.

^② *Ibid.*, p. 8.

事人必须按合同要求完成他们应当履行的义务。当一方当事人完成了协议中规定的属于自己的那部分义务,他便从进一步的义务中解脱出来,但直到对方当事人履行完他的义务之前,合同并未解除。因此,合同要达到因履行而解除的效果必须是双方当事人的基本义务都已完成。另一方面,合同的履行应当是一个公平的合理的履行,当事人希望按合同达到的目的都已达到——而不是仅仅只满足了合同的字面意义却没有满足其实质要求以及真实地符合合同精神的履行。合同应何时履行、由谁履行以及那些行为是否达到了合同履行的要求,诸如此类的问题只能根据合同本身来回答。因此,合同因履行而解除情况下的履行要符合一定标准。

如果合同部分没有履行或者全部没有履行,那么,合同即破裂了。这种违约是否等同于解除,我们将在后面讨论由违约而导致的合同解除这一专题时进行分析。

3. 受挫解除

因发生使原合同的履行成为不可能的事件而解除,即合同因受挫而解除,是指如果合同当事人因为一些超乎其控制的、不可预见的事件的发生而被阻止履行其合同义务,在这种情况下要求他对其违约负责,显然是不公正的,因此,法律为允诺人提供了合同已受挫的抗辩。受挫的后果是立即并自动终止合同,而免除当事人履行合同义务。

在英美法早期,超出当事人任何一方控制的意外发生的事件对当事人履行合同的义务没有影响,Paradine v. Jane(1647) Alegg 一案的判决即持这一立场。合同受挫原则的形成改变了传统的做法,不过该原则仅仅在如下两个方面发挥作用:(1) 法院仅允许受挫原则被用作对违约起诉的抗辩,这发生在意外发生的事件破坏了合同成立的一个基本的假设中。(2) 法院承认合同本身能提供这种事件发生的后果。其中(2)产生了所谓的不可抗力条款,即商人在交易中通常注重草拟合同以严格控制受挫事件的后果。

4. 违约解除

英美国家的合同解除虽然有多种途径,但违约与解除有着天然的联系。在英美国家合同解除的诸多方式中,违约解除最具特色,违约是合同解除的重要原因。在英美国家的合同法著作中,“违约解除(discharge of contract by breach)”通常指的是无过错方在对方违约时有权行使且实际行使了免除自

己合同义务的权的行为。^① 合同一方当事人违约,另一方有免除自己进一步履行合同项下他尚未履行的义务的权利,且在对方提供给付时,他还可以被免除受领给付的义务^②,这便是英美国家合同因被违反而解除的情形。违约解除的情形十分复杂,内容十分丰富,笔者的博士后研究报告对英美违约解除制度进行了较深入的研究,本书将在该报告的基础上,对英美违约解除制度做深入和细致的探讨。

5. 合同解除的其他方法

在英美合同法中,合同解除的主要途径为协议解除、因履行而解除、因违约而解除以及因受挫而解除等几种。此外,还有一些其他方法也可导致合同的解除。主要包括合同的合并,合同的变更、取消及终止,合同的更新,免除合同义务,确认欠账清单,不起诉合同,以及合同解除的其他方式,这样一些方法相对于以上几种主要解除方法而言,是不太重要的,实践中的运用也不是很多,所以本书只做简要的介绍。

① See Chitty, *Chitty on Contracts*, Volume I, General principles, Thomson London Sweet & Maxwell, 2004, p. 1378.

② 该原则也适用于租约; see *Hussain v. Mehlmán* [1992] 2 E. G. L. R. 87; *Progressive House Pty Ltd. v. Tabali Pty Ltd.* (1985) 157 C. L. R. 17; *Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas & Co.* (1971) 17 D. L. R. (3d) 710; cf. *Total Oil Great Britain Ltd. v. Thompson Garages (Biggin Hill) Ltd.* [1972] 1 Q. B. 318; further *Pawlowski* [1995] Conv. 379.

第一章 协议解除

第一节 协议解除的内涵及其性质

一、协议解除的含义与法律特征

合同订立以后,可因各种各样的原因终止。合同的解除能够导致合同的终止,使双方当事人之间的权利义务因此而归于消灭,所以合同的解除也是合同终止的原因之一,但它仍不失为一项独立的制度,有其丰富的内涵。

英美法认为,合同既然可以通过协议的方式订立,也应该可以采取同样的方式解除。当双方当事人都未完全履行合同项下的义务时,合同就可以通过协议的方式解除,不论这种方式是明示还是默示的。^① 所以,英美法将协议解除作为合同解除的方式之一,对其进行了具体的规定。协议解除的方式最能体现英美国家高度尊崇的合同自由原则,即协议解除充分尊重了当事人的意思自治:当事人有缔约自由,同时也有解除合同的自由;既有消灭全部合同关系的自由,又有消灭部分合同关系的自由。英美法认为,原则上,当事人可以通过协商自由地解除原合同中他们希望解除的某些条款,或者解除他们不想继续履行下去的合同,无论该协议是否合理,或者对其中一方当事人来说是否合理。这在普通法上是不会产生任何问题的^②,但衡平法

^① See *Davis v. Street* (1823) 1 C. & P. 18; *Foster v. Dawber* (1851) 6 Exch. 839, 851; *Morris v. Baron & Co.* [1918] A. C. 1; *Rose & Frank Co. v. J. R. Crompton & Bros. Ltd.* [1925] A. C. 445.

^② *Financings Ltd. v. Baldock* [1963] 2 Q. B. 104, 115; *China National Foreign Trade Transportation Corp. v. Evlogia Shipping Co. SA* [1979] 1 W. L. R. 1018.

上则存在例外情形。^①

在英国商法中,合同系以当事人的协议为基础:因当事人必须受协议的约束,所以当事人可根据其协议解除合同。而这种解除的方式可以是以下四种方式中的一种:通过印鉴(签名盖章)而解除之;通过协议并赔偿损害而解除之;通过废除仍然有效的合同而解除之;或通过实施合同本身所包括的某些条款而解除之。^②

协议解除不仅深刻体现了合同自由原则,而且还可以充分发挥双方当事人的相互配合与协作,妥善解除他们之间的各种纠纷,减少各种不必要的损失。其法律特征在于:(1)当事人协商的最终目的是达成一个新协议,从而全部或部分解除原合同效力,这种意图的表示可能是明确而直接的,也可能是隐含而间接的;(2)新合同的核心内容是与原合同的内容是相对的,这种相对可以是全部,也可以是部分;(3)协议解除包含着大量人的因素,比如,当事人协商解除不需存在任何法定理由,但受到国家利益和社会公共利益的限制而可导致解除无效;当事人在协议解除后是否可以反悔、恢复合同原状以及如何恢复,仍然由当事人协商确定。

二、协议解除的本质

协议解除中包含着大量“人”的因素,是所涉当事人深思熟虑协商后的结果。它的这一特征使得用法律推理的方式来判断协议解除当事人行为上的细微差别并作出公正合理的决定是很不容易的,因为当事人的行为所据以产生的思想、意志并不容易推敲。而造成当事人行为差别的原因主要来自于如下两个方面:

第一,当事人协议解除合同必然存在一定的原因,这种原因因具体情况而千变万化,从而导致当事人的具体行为也千差万别。这种“原因”在英美

^① See, e. g. *Stockloser v. Johnson* [1954] 1 Q. B. 476; *Barton Thompson & Co. Ltd. v. Stapling Machines Co.* [1966] Ch. 499; *Shiloh Spinners Ltd. v. Harding* [1973] A. C. 691; *Starside Properties Ltd. v. Mustapha* [1974] 1 W. L. R. 816; *B. I. C. C. plc v. Burndy Corp.* [1985] Ch. 232; *Transag Haulage Ltd. v. Leyland DAF Finance plc* [1994] B. C. C. 356; *On Demand Information plc v. Michael Gerson (Finance) plc* [2001] 1 W. L. R. 155. *Contrast Galbraith v. Mitchenall Estates Ltd.* [1965] 2 Q. B. 473; *Mardorf Peach & Co. Ltd. v. Attica Sea Carriers Corp. of Liberia* [1977] A. C. 850; *Afivos Shipping Co. SA v. R. Pagnan and Filli* [1983] 1 W. L. R. 195; *Scandina Trading Tanker Co. AB v. Flota Petrolera Ecuatoriana* [1983] 2 A. C. 694; *Sport Internationaal Bussum BV v. Inter-Footwear Ltd.* [1984] 1 W. L. R. 776; *Union Eagle Ltd. v. Golden Achievement Ltd.* [1997] A. C. 514; *Etzin v. Reece* [2002] All E. R. (D.) 405 (July).

^② [英] A. G. 盖斯特著:《英国合同法与案例》,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 440 页。

国家被称为“(consideration)”,它起源于16世纪中叶,而成长于17—18世纪,至19世纪集大成。而其间之发展、修改或修正随着岁月之推进而演变。今日吾人所熟知之英国及美国法律之对价已非当初法学家们所初步发展出之对价也,但对价之概念仍保留至今。^①它在一个有约束力的合同形成过程中发挥着极其重要的作用,因此在协议解除合同中同样也有着重要的地位。^②不过,对价在单务合同^③和双务合同^④中的具体表现是不同的。在单务合同中,无需履行义务的一方当事人必须证明有一个解除其义务的合同存在,或者证明另一方当事人同意免除其义务或允许其以其他方式取代现有义务(如和解和清偿)。在双务合同中,这种对价通常存在于双方达成的解除协议中,该协议是双方当事人根据各自合同项下的权利达成的。

第二,法律强制规定合同必须以书面形式订立,但口头形式在实践中也能产生影响。当书面形式与口头形式界限不清时,当事人便会尽其所能在合同的形式要求上寻求对自己有利的方式,其行为也因形式要件上的放宽而变得复杂。1677年的《禁止欺诈条例》对于证据的要求作出了如下规定:合同中的一些重要条款必须用书面形式证明。美国法之所以如此规定不单是为了法律上的要求,还因为如果没有这些形式上的证据要求可能会造成交易上更严重的不公平。但是,法官在司法实践中对该项证据形式上的要求实际上是进行了灵活而巧妙的运用。有时他们甚至绕开了这个证据规则,而尽量使合同当事人无法以欺诈为借口来解除合同。所以,虽然法律规定合同条款的变更必须采用书面形式,而当事人也确实采用了书面形式协商变更,但合同的解除或者合同某些条款的抛弃仍然有可能受到口头形式的影响。更有甚者,由于《禁止欺诈条例》被1954年的《法律改革法(合同履行)》所废除,这种书面形式与口头形式上的差别便在很大程度上消失了。因此,当事人的行为似乎也因形式要件上的放宽反而变得复杂而多变,协议解除也随之复杂化。

三、协议解除的性质

长期以来,学术界对于协议解除性质的界定多有争议,这些争议来自两

① 杨楨:《英美契约法》,北京大学出版社2000年版,第172页。

② See Frederick Pollock, *Principles of Contract* (13th ed.), West Group & Thomson Company, 2001, p. 150.

③ 即只有一方当事人负有履行合同项下所有义务的合同。

④ 即双方当事人都要履行合同项下义务的合同。

个方面:(1) 协议解除是否应属于合同解除类型;(2) 如果协议解除属于合同解除类型,那么它是否可以成为合同解除方式中的单独类型。

英美国家认为,协议解除属于合同解除的类型之一,并且与违约解除(大陆法系称之为法定解除)、约定解除权有着根本不同。理由在于:一方面,协议解除具备合同解除的基本属性,符合合同解除制度的基本原理,即在合同有效成立但没有履行或未完全履行前有可能使合同效力溯及地归于消灭。所以,协议解除完全可以作为合同解除的方式之一加以规定;另一方面,如果解除合同是双方协商一致达成,且均不会随意更改,的确没有必要将该种方式特别予以规定,但实践中,双方当事人都有可能拒绝或放弃新合同的履行,因此,为了防止另一方当事人的随意放弃和更改,将协议解除作为合同解除的方式之一予以规定是可取的。

另外,英美法认为,协议解除与行使约定解除权和违约解除等其他合同解除方式有着明显区别,应该各自作为一种单独类型加以规定。

协议解除与行使约定解除权的主要区别在于:前者不需要事先约定解除事由,它可以在事后任何阶段单纯以双方合意为据而解除。当只有一方当事人履行了合同项下的义务,而另一方当事人还未履行其义务时,合同就可以在违约发生之前通过合同协议解除。^① 而后者不论采取何种方式为之,当事人对解除权保留的约定实际上是一种合同,因此约定解除权的解除被称为“契约上解除”。^② 它可以由权利人单方面解除,合同解除事由预先约定,一旦形成可直接适用,实质上是附停止条件的合同。如果一方当事人实施了违反预先约定的行为,那么,另一方当事人就直接获得了解除权。^③ 正如《德国民法典》第 349 条第 1 款规定:“解除合同,应以意思表示向另一方当事人为之。”^④该条所规定的即为协议解除。

协议解除与违约解除的区别在于:后者由法律赋予一方某种情况下享有解除权,某种情况一旦发生,合同即可解除;而协议解除是双方当事人通过协商同意将合同解除的行为,它不以解除权的存在为必要,解除行为也不

① Foster v. Dawber (1851) 6 Exch. 839,851. The need for a seal for the valid execution of an instrument as a deed by an individual was abolished when s. 1 of the Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 came into force.

② 张用江、汪少鹏:《关于合同解除的几个问题》,载《中国法学》1998 年第 3 期。

③ Tetley v. Wanless (1867) L. R. 2 Ex. 275. See also Barker v. St. Quintin (1844) 12 M. & W. 441 (debt of record).

④ 郑冲、贾红梅译:《德国民法典》,法律出版社 2001 年版,第 69 页。