

## 论和解协议与原合同之间的关系

王利明

**内容提要:**和解协议作为一种纠纷解决方式,通常涉及与原合同之间的复杂关系。和解协议旨在解决原合同关系的不确定性,克服不确定是和解协议的基本功能,也是其与类似制度的关键区别。在当事人没有特别约定时,和解协议与原合同之间构成并存关系。此时,债权人不得依据两个合同关系主张双重请求权,原合同处于“暂时休眠”状态,当事人应优先履行和解协议。在和解协议不履行或不能履行情形下原合同将“复活”,这有利于防止债务人滥用和解协议,损害债权人利益。在一方不履行和解协议时,另一方获得选择权,即有权选择履行原合同或和解协议。和解协议的不履行不应导致双重违约责任,债权人选择之后,债务人的履行将导致当事人之间新旧合同关系的消灭。只有厘清和解协议与原合同之间的关系,才能最大限度地发挥和解协议的解决纠纷、诉源治理的作用。

**关键词:**和解协议 原合同 并存关系 优先履行

王利明,中国人民大学民商事法律研究中心研究员。

### 一 引言

在现代社会,和解与仲裁、调解、诉讼等方式共同构成多元纠纷解决机制(ADR),正逐渐成为纠纷的重要解决方式之一,在社会治理中发挥着重要作用。此种方式的特点在于,其通过赋予和解协议具有合同拘束力的方式,督促当事人履行该协议,以及时化解纠纷、节省诉累。“和解合同已经从民法中的‘小合同’演变为涉足广泛领域的一种争议解决的和平手段。”<sup>[1]</sup>

和解合同的典型化始于1804年《法国民法典》。该法典第三卷(取得财产的各种方式)第15章专章规定“和解”(Des transactions),随后,大陆法系许多国家如德国、意大利

[1] 参见 T. CLAY, Transaction, in L. CADIET (dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, 204, p. 1305 ets, spéc., p. 1306; 转引自周建华:《法国民法典中的和解合同》,《人大法律评论》2012年第一辑,第110页。

等均确认了和解协议的有名合同地位。<sup>[2]</sup> 在我国,有关法律和司法解释历来重视和解协议,并在法律上予以确认。<sup>[3]</sup> 和解包括诉讼和解与诉讼外和解。由于大量的纠纷并没有进入诉讼程序,因此,许多和解协议都是在诉讼外达成的。诉讼和解可产生实体法、程序法上的双重效果,而诉讼外和解作为纯粹的民法上和解,仅仅产生实体法上的效果,即具有合同的拘束力。诉讼外和解是当事人在原合同的基础上通过相互让步而达成的、对当事人具有约束力的协议。严格地说,和解协议不仅包括对原合同债权债务关系的和解,还可能包括对侵权、不当得利、无因管理等债权债务关系的和解,甚至可就继承关系、物权关系等非债权关系达成和解协议。<sup>[4]</sup> 本文主要聚焦于讨论和解协议与原合同之间的关系,拟讨论以下问题:和解协议与原合同之间是什么关系?协议达成后,当事人应当履行原合同,还是应当先履行和解协议?原合同关系是否因和解协议的生效而消灭?在一方违约后,债权人是否可以基于新旧合同主张双重违约责任?还是只是享有一个合同违反产生的违约责任?和解协议的履行是否导致原合同的消灭?对上述问题的回答是有效运用和解协议制度化解矛盾、纠纷的重大问题,殊值深入探讨。

## 二 和解协议旨在解决原合同关系的不确定性

### (一) 克服原合同的不确定性

和解协议作为合同的一种类型,是指当事人通过约定、互相让步,以终止争执、解决争议或使法律关系的内容得以确定的协议。<sup>[5]</sup> 早在罗马法中,著名法学家乌尔比安就曾指出,“进行和解之人是对疑惑事项(res dubia)或者未完成未确定的诉讼(lis incerta negotii finita)的协调。”<sup>[6]</sup> 后世学者从疑惑事项中归纳出和解协议的作用就是解决原合同的不确定性,从而终结和预防诉讼。《德国民法典》的起草人温德夏特等认为,和解的事项包括所有能够停止当事人主张的不确定事项,和解协议旨在解决不确定难题。<sup>[7]</sup> 因此,《德国民法典》第 779 条第 1 款规定,和解协议旨在消除双方当事人在法律关系上存在的争议或不确定。此处所说的不确定性(Ungewissheit),是指对当下的法律状况、特定事实情况的存在、未来的法律发展或未来的事实发生,特别是作为特定法律后果发生的条件的不确定、不明确。和解合同从实体关系入手,使得不确定的法律关系被澄清、修整或者被新的关系所替代,由此避免诉讼。<sup>[8]</sup> 意大利法也采取了此种观点,认为一个行为被看作是和解,需要存在着不确定的争议(res dubia)事项,即是说,至少从双方的意愿来看,该法律

[2] 参见周建华:《和解:程序法与实体法的双重分析》,《当代法学》2016 年第 2 期,第 127 页。

[3] 例如,《民法典》第 233 条规定:“物权受到侵害的,权利人可以通过和解、调解、仲裁、诉讼等途径解决。”最高人民法院于 2018 年颁行了《关于执行和解若干问题的规定》。

[4] Vgl. Stadler, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl. 2023, § 779 Rn. 4.

[5] 参见黄立主编:《民法债编各论》(下),中国政法大学出版社 2003 年版,第 831 页。

[6] D. 2, 15, 1.

[7] 参见肖俊:《和解合同的私法传统与规范适用》,《现代法学》2016 年第 5 期,第 68、69 页。

[8] Vgl. Fischer, in: BeckOK BGB, 69. Edition 2024, § 779 Rn. 14.

关系具有不确定的特性。<sup>[9]</sup>我国台湾地区通说也认为,和解旨在防止争执,此处的争执是指相关的法律关系并不明确、但现在尚无争执的情形。<sup>[10]</sup>具体而言,和解协议所要克服的不确定性表现在三个方面:

第一,权利是否存在的不确定性。它是指针对原合同本身可能所包含的权利是否产生,当事人的债权是否因时效经过等原因而使对方产生抗辩的权利等而作出确定判断。和解协议包含双方当事人的义务,比如价款支付和货物交付,当事人之间存在交换关系。<sup>[11]</sup>当事人在达成诉讼外和解协议的过程中,可能会作出相互让步,即为了达成和解协议,当事人一方可能会放弃某种权利,其也可能确认另一方当事人的某种权利。由于和解协议的内容是使今后的法律关系确定下来,因而即便当事人达成的和解协议与当事人之间真实的权利义务关系相悖,也不能据此否定和解协议的效力。<sup>[12]</sup>针对权利是否存在的不确定性,当事人为了终结纠纷而相互让步并达成合意,即使其后判明当事人的想法存在错误,在该范围之内也不能允许其主张存在错误。例如,日本法上的判例认为,当事人就债务的履行方法达成和解之后,其后判明该债务并不存在,应认为其存在“错误”。<sup>[13]</sup>因此,即使和解的内容或对象存在错误,当事人也不得据此否定和解协议的效力。笔者认为,产生该规则的主要理由在于,和解协议本身旨在解决权利是否存在的不确定性问题,即便当事人在达成和解协议时对权利的存在认识错误,也在当事人的合理预期之内,而不能据此否定和解协议的效力。

第二,内容的不确定性。和解协议旨在克服原合同内容的不确定性,具体来说,主要包括以下几方面:一是明确原合同关系的内容。例如,双方当事人对原合同应支付的价款、利息、交货的数量、期限以及违约金、损害赔偿金的数额等发生争议,当事人通过订立和解协议,重新明确上述内容。尤其是在借款合同中,当事人针对约定利息的计算标准和数额,通过和解协议将合同的不确定内容进行确定。二是确定原合同履行方式等内容。例如,原合同关系是一次性支付租金的房屋租赁合同,但在履行中,当事人由于对房屋租金发生争执,后来双方达成和解,签订了房屋的买卖合同,此时,和解协议将消除租金的争议。<sup>[14]</sup>和解协议通常是在原债权债务关系发生争执时达成的,为解决这一争执,就需要对原债权债务关系的争议进行确定。三是确定某种权利的存在或者内容。如果当事人之间约定,和解协议一旦达成,双方放弃主张原来民事纠纷中的权利。比如,“本协议签订之日生效,一经生效,双方均不得就原借款协议再行主张权利。”该约定应合法有效,至于法律规定合同当事人所享有的抗辩权、撤销权等,即使当事人不对其作出约定,权利人也应当享有。但在和解协议中,权利人可以放弃相关权利以换取对方的让步。一旦和解协

[9] Cass. civ., Sez. III 6. 5. 2003, n. 6861, n., 2003, p. 343.

[10] 参见史尚宽著:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第858页。

[11] Vgl. Stadler, in: Jauernig BGB, 19. Aufl. 2023, § 779 Rn. 12.

[12] 笠井修=片山直也『債權各論 I (契約・事務管理・不当利得)』(弘文堂,2008年)367頁参照。

[13] 笠井修=片山直也『債權各論 I (契約・事務管理・不当利得)』(弘文堂,2008年)367頁参照。

[14] 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·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》(全译本),高圣平译,法律出版社2014年版,第953页。

议确定相关法律关系的内容,当事人都应当按照和解协议所约定的内容履行,而不得再行主张变更前的权利义务内容。例如,如果和解协议的达成已经排除一些抗辩权,那么在和解协议的履行中这些抗辩就不应被允许行使。<sup>[15]</sup>

第三,请求权实现上的不确定性。<sup>[16]</sup> 依据《德国民法典》第 779 条关于和解协议的规定,“请求权的实现为不确定的,视同法律关系的不确定。”该规定实际上是强调实现的不确定性仍然属于和解协议所要克服的不确定的范畴。和解协议的宗旨在于通过克服不确定性来终止纠纷、避免诉讼,为当事人权利的实现提供了一种更便捷的方式。从这个意义上说,和解协议就是为当事人权利的最终实现提供一种新的途径。例如,当事人常常在和解协议中约定,如果一方不履行和解协议,对方只能依照和解协议提起诉讼或者只能主张违约金等。当事人也可能在和解协议中约定,如果一方在诉讼中完成了合同约定的审批手续等义务,另一方负有撤诉的义务。此外,当事人也可能在合同中约定,在一方履行完和解协议下的义务之后,另一方签发书面文件,正式免除对方在原权利义务关系中的一切责任。当事人还可能在和解协议中约定赔偿款支付完毕之日,双方两不相欠。此时,协议履行完毕之后,原民事争议中的权利义务关系终结。

总之,和解协议旨在解决原合同权利义务的不确定性,克服此种不确定性成为和解协议的主要功能。与仲裁和法院裁判的纠纷解决方式不同,和解协议是通过实体法层面确定当事人之间权利义务关系的方式来解决纠纷,即以实体法约束效力的方式,通过赋予和解协议拘束力方式,解决当事人之间关于原合同的不确定性。<sup>[17]</sup>

## (二) 克服不确定性是准确理解和解协议功能及其效果的关键

当事人通过让步达成和解协议,是为了解决不确定性的问题,这一宗旨也有助于理解和解协议与原合同的关系。和解协议被视为实体法上的一类合同,如果它对存在争议的法律关系作出新的约定,约定的内容将代替原合同中对应的部分。以债务数额为例,如果和解协议确定债务数额小于原合同中债务的数额,则可能产生债务部分免除的效力;而当和解协议所确定的债务数额大于原合同中债务的数额时,则意味着当事人通过和解协议又设立了新的债务。仅在极为偶然的情况下,和解协议所确定的债务内容与原债务内容才可能完全相同。<sup>[18]</sup> 当然,对于和解协议不涉及的部分,仍应遵从原合同约定。<sup>[19]</sup>

和解协议虽然具有化解纠纷、消除矛盾的功能,但其主要是从实体关系入手,使得不确定的法律关系被澄清、修整或者被新的关系所替代。<sup>[20]</sup> 在理论上,关于和解所生之效力,历来存在单一“确认效力”以及兼具“确认效力”和“创设效力”双重效力的观点。前者是指和解协议仅有认定效力,后者是指和解协议不仅具有认定效力,而且具有创设效

[15] 参见[德]欧根·克伦茨格著:《德国民法导论·债法》,安晋城译,中国法制出版社 2024 年版,第 359 页。

[16] Vgl. Fischer, in: BeckOK BGB, 68. Edition 2023, § 779 Rn. 9.

[17] Vgl. Marburg, in: Staudinger Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2009, § 779 Rn. 37.

[18] 参见庄加园:《和解合同的实体法效力——基于德国法视角的考察》,《华东政法大学学报》2015 年第 5 期,第 134 页。

[19] Vgl. Fischer, in: BeckOK BGB, 68. Edition 2023, § 779 Rn. 20.

[20] 参见肖俊:《和解合同的私法传统与规范适用》,《现代法学》2016 年第 5 期,第 69 页。

力。<sup>[21]</sup> 一般认为,和解协议兼具确认效力和创设效力。一是确认效力。确认是指对原有权利义务内容的认定,绝大多数和解协议都是对原来不确定性法律关系的一种确认。例如,甲欠乙 100 万元,当事人在借款合同中还约定了利息,后当事人就借款合同发生争议,为解决该争议,当事人达成了和解协议,约定甲偿还乙 100 万元本金即可,无须支付利息。在此情形下,当事人达成的和解协议即具有确认效力。故此,当事人通过达成的合意而将法律关系确定下来的效力,被称为“和解的确定效力”。<sup>[22]</sup> 二是创设效力。创设是通过和解协议形成新的权利义务关系。<sup>[23]</sup> 例如在前述案例中,如果当事人约定,甲在偿还乙本金后,债权人乙就不再起诉,也不再追究甲的违约责任,这实际上就涉及对诉权行使的限制。此种情形下,当事人即在和解协议中创设了新的权利义务关系代替原合同关系。

和解协议因其内容不同,导致其与原合同的关系可能呈现为多种形态。如果和解协议没有形成对原合同的替代,则可能产生新旧合同并存的现象;如果当事人在和解协议中完全放弃了权利,则和解协议可能构成一种债务免除,当然,此种免除发生效力的前提是当事人必须履行和解协议,此时可能适用债的免除的相关规定;除此之外,还可能构成债务的认定或者创设;如果对抗辩权的行使设置了限制,则必须根据和解协议确定抗辩权的行使;如果当事人在和解协议中减轻了主给付义务,则应当按照减轻后的义务履行。无论和解协议与原合同的关系是何种形态,和解的标的都是解决争执或法律不明确的权利状态,消除分歧,明确法律权利义务关系。<sup>[24]</sup>

克服不确定性是和解协议生效后应当优先履行的原因。学理上一般认为,和解协议是为了解决争执,并消除不明确状态。所谓争执,是指当事人就某种法律关系的成立、内容、效力等存在争议。只有当事人之间存在争执,则客观上法律关系的种类如何,并无限制。<sup>[25]</sup> 实践中,争执的表现形式具有多样性,而和解是解决争执的方式之一。和解协议是当事人通过约定,互相让步,以解决争执或防止争执的发生。罗马法谚云,“和解为最适当之强制执行。”<sup>[26]</sup> 法律支持发生权利争议的当事人之间进行和解,这是为了消除不和、促进安定。和解协议所要克服的不明确状态,不仅包括双方的争执在尚未解决之前,双方的法律关系和权利义务内容仍处于不明晰的状态,而且还包括即使法律关系客观上已经明确,但当事人主观上仍认为法律关系不明确的状态。<sup>[27]</sup> 针对各种争执或不明确状态,都可以达成和解协议。正是因为和解协议旨在解决原合同的不确定性问题,在先发生的民事法律关系存在争议的、有疑问的或不确定的法律状况,因和解协议的达成而变得确定。因此,和解协议主要发挥确认效力功能,借此终结当事人之间在前的纠纷,并在客观上可避免诉讼。<sup>[28]</sup>

[21] 参见刘学在:《和解制度所涉实体及程序问题研究》,《国家检察官学院学报》2016年第2期,第28页。

[22] 笠井修=片山直也『債權各論 I (契約・事務管理・不当利得)』(弘文堂,2008年)367頁参照。

[23] Vgl. Fischer, in: BeckOK BGB, 68. Edition 2023, § 779 Rn. 20.

[24] 参见周建华:《和解:程序法与实体法的双重分析》,《当代法学》2016年第2期,第129页。

[25] 参见郑玉波著:《民法债编各论》(下),我国台湾地区三民书局1981年版,第804页。

[26] 参见包冰锋:《我国民事诉讼和解制度的反思》,《西南政法大学学报》2005年第6期,第81页。

[27] 参见黄立主编:《民法债编各论》(下),中国政法大学出版社2003年版,第833页。

[28] 参见赵秀举:《论民事和解协议的纠纷解决机制》,《现代法学》2017年第1期,第133页。

克服不确定性也是和解协议必须通过实际履行才能导致原债务消灭的原因。为解决原法律关系的不确定性,在客观上既要求当事人达成和解协议,也要求当事人必须实际履行和解协议,否则权利人的权利只存在于“纸面之上”,而没有真正实现,这也很难说是对原法律关系不确定性的真正解决。比较法上对此也有先例。例如,在美国法中,和解协议都必须具有对价,即与原债权债务关系的内容相异,或者当事人是在对原债权债务关系内容存有争议的情况下订立的和解协议。<sup>[29]</sup> 如果原债务以金钱给付为内容、已到期、当事人对给付内容无争议,那么法院更倾向于将和解协议解释为需要实际履行才消灭原债权债务关系的“和解和清偿”。<sup>[30]</sup> 由于克服不确定性也是和解协议因不履行、解除等而使原债务恢复效力的原因,故此,在和解协议不履行、被解除等情形下,实际上并没有真正解决原法律关系的不确定性,也才有必要“复活”原债权债务关系。在和解协议被履行前,其只是“暂时休眠”而不是消灭原债权债务关系,只有和解协议正常履行后,原法律关系才真正“寿终正寝”。<sup>[31]</sup>

### (三) 克服不确定性是和解协议与其他类似制度的关键区别

和解协议常常与执行和解、以物抵债、协议解除等制度发生混淆,必须从和解协议“克服不确定性”的特点出发,对和解协议与相关制度进行区分。<sup>[32]</sup> 主要包括以下方面:一是和解协议与执行和解协议的区别。执行和解协议是指在执行过程中,双方当事人自愿就如何履行生效法律文书的有关内容达成协议,以和解协议的履行替代原生效判决文书的执行,并停止执行程序的活动。<sup>[33]</sup> 由于执行和解协议是以生效法律文书作为前提,而生效法律文书的内容是确定的,因此,执行和解协议是对生效判决后确定的民事权利义务作出的处分,<sup>[34]</sup> 其与一般的和解协议存在明显区别。也就是说,其不是以克服不确定性为目的,而是以执行和解替代原生效判决文书的执行。正是因为民事权利义务已经被生效判决确定了,所以从这个意义上说,执行和解协议不存在克服不确定性的问题。二是和解协议与清偿型以物抵债协议的区别。清偿型以物抵债协议旨在实现清偿,以物抵债协议是在债务履行期满之后,当事人之间就债的清偿达成了新的协议。即使原债权债务关系存在不确定的内容,以物抵债协议对于这些不确定的内容也并没有影响,因为当事人只是希望通过新的履行方式来消灭原有的债权债务关系,而不是对原债权债务关系的权利义务进行调整和澄清。例如,甲乙之间存在借款合同,但是到期后乙无力偿还,所以双方达成了以物抵债协议,约定半年内不清偿则乙向甲以房屋清偿。据此,和解协议不同于以物抵债协议。三是和解协议与解除合同的合意不同。当事人之间达成解除合同的合意时,其目的并不是为了解决原合同关系的不确定性,而主要是基于各种约定考量,双

[29] See Restatement (Second) of Contract § 279 comment b, and § 281 comment d.

[30] See Restatement (Second) of Contract § 279 comment c, and § 281 comment e.

[31] 参见隋彭生:《诉讼外和解协议的生效与解除——对最高人民法院(指导案例2号)的实体法解释》,《中国政法大学学报》2012年第4期,第75页。

[32] 参见肖俊:《和解合同的私法传统与规范适用》,《现代法学》2016年第5期,第70页。

[33] 参见肖建国著:《民事执行法》,中国人民大学出版社2014年版,第186页。

[34] 参见肖俊:《和解合同的私法传统与规范适用》,《现代法学》2016年第5期,第70页。

方决定摆脱合同关系的拘束。此时,当事人双方即可以通过《民法典》第 562 条第 1 款进行协议解除。然而和解协议的目的在于克服原合同关系的不确定性,和解协议的内容本身是原合同关系的转化形态,双方当事人要受到和解协议的拘束。故此,不能将和解协议与解除合同的协议混淆。

### 三 和解协议与原合同之间的并存关系

#### (一) 和解协议与原合同之间关系的两种形态

和解协议被视为实体法上的债法合同,它主要具有债的变更、消灭或创设性质,或者有债务转化性质。<sup>[35]</sup> 如前所述,和解协议与原合同的关系在表现形态上是多样的,但从实践来看,和解协议与原合同之间的关系主要表现为替代关系和并存关系两种形态:

第一种形态是替代关系。当事人通过特别约定形成“替代合同”(substituted contract),即在和解协议中约定,债权人接受债务人或第三人的履行允诺作为原债务的清偿。<sup>[36]</sup> 在原合同生效后,当事人通常在履行过程中达成了和解协议,该和解协议的内容实质性地变更了原合同的内容,新旧合同相互之间已经不再具有同一性。虽然存在着合同关系实质性的变更,但不能完全采用传统民法上债的更新(novazione)理论来解释原合同与和解协议之间的关系。和解协议虽然会变更原合同关系,但不会导致原合同的消灭,而债的更新是为了消灭原来的关系;<sup>[37]</sup> 因此,比较法上普遍承认,和解协议达成之后,原合同关系处于“暂时休眠”的状态,而不是当然消灭。例如,在英美法中,在仅有“和解”而未实际“清偿”前,原债权债务关系仅仅是“暂停”(suspend)而非消灭。如果新协议未得到履行,则债权人有权选择基于和解协议或原债权债务关系寻求救济。<sup>[38]</sup> 当然,债权人不得“既寻求和解的利益,又寻求基于原请求权的救济”。<sup>[39]</sup> 毕竟和解协议能否实际履行仍处于不确定的状态。通常而言,在和解协议中,债权人会作出一定的让步。如果此时债务人仍然不履行和解协议,那么双方就应当回到原合同的权利义务关系,以示对不诚实守信的债务人的惩罚。为了实现这一目的,就不能采用传统民法的债的更新理论来解释和解协议与原合同的关系。

在当事人没有特别约定的情形下,应当认为原合同仍然存在,只是处在“暂时休眠”。然而,如果当事人在和解协议中特别约定,和解协议生效后,将替代原合同关系,那么在替代合同的场景下,一方面,和解协议和原合同并不是并存关系,原合同并非处于“暂时休眠”状态,而是已经消灭;另一方面,当事人只能基于和解协议寻求救济,而无权基于原合同主张救济。<sup>[40]</sup> 此类情形属于典型的债的更新,也就是说,关键在于当事人是否在和解

[35] Vgl. Fischer, in: BeckOK BGB, 68. Edition 2023, § 779 Rn. 20.

[36] See E. Allan Farnsworth & Zachary Wolfe, *Farnsworth on Contracts*, 4th Edition, Aspen Law & Business, 2020, § 4. 25.

[37] 参见肖俊:《意大利法中的和解合同研究》,《苏州大学学报(法学版)》2015年第4期,第26、32页。

[38] *Watkins v. Williams*, 877 P. 2d 19 (Mont. 1994).

[39] *Wilmes v. United States Postal Service*, 810 F. 2d 130, 132 (7th Cir. 1987).

[40] See E. Allan Farnsworth & Zachary Wolfe, *Farnsworth on Contracts*, 4th Edition, Aspen Law & Business, 2020, § 4. 25.

协议中进行了明确约定,是否表达了替代原合同的意思。我国司法实践也采纳了这一立场。例如在某个案件中,法院认为,所谓债的更改,即设定新债务以代替旧债务,并使旧债务归于消灭的民事法律行为。构成债的更改,应当以当事人之间有明确的以新债务的成立完全取代并消灭旧债务的意思表示。但在该案中,当事人并未约定《协议》成立后 0492 号判决书中的裁决内容即告消灭。<sup>[41]</sup> 根据这一判决内容,可以从反面作出推论,即法院的立场是,只有在和解协议中明确表达了替代原合同的意思,原合同关系才归于消灭。

第二种形态是并存关系。在当事人没有对替代关系进行特别约定时,和解协议和原合同关系应当并存。大多数和解协议属于此种类型。正如意大利学者帕萨莱利(Santoro Pasarelli)的观点,和解协议会与其他合同形成新旧法律关系,但不会被其他合同所吸收,和解的法律规范必须始终得到适用。<sup>[42]</sup> 在此类形态中,当事人双方虽然通过和解协议确定新的权利义务,但是并没有特别约定完全消灭原来的法律关系,只要和解协议中未作出约定,那么原合同关系仍然有效,只是因为和解协议的生效,而处于“暂时休眠”状态。从原合同中产生的担保、抗辩、抗辩权、附随义务以及债务人在破产程序中的顺位、执行法上的特殊性等等仍然继续存在。<sup>[43]</sup> 此时,双方如果不履行和解协议,就可能恢复到原权利义务关系的履行。如果和解协议未得到履行,则债权人有权选择基于和解协议或原债权债务关系寻求救济。<sup>[44]</sup>

在比较法上,和解可以被分为“概括式和解”(transazione generale)和“特别和解”(transazione speciale)。<sup>[45]</sup> 特别和解主要是指,原合同的债权债务关系是可分的,而和解协议中却明确约定,该和解协议只针对原合同中部分债权债务关系进行安排,而对其余债权债务关系不予处理。在此情形下,和解协议不涉及的部分,原合同关系仍然存续。<sup>[46]</sup> 受到当事人特殊约定的限制,和解协议只限于处理原合同的部分债权债务关系,不处理另一部分的债权债务关系。这就产生两方面的效力:第一,原合同并没有全部处于“暂时休眠”状态,只有被和解协议明确替代的部分处于“暂时休眠”状态;第二,当事人不仅可以依照和解协议主张权利,对于未处理的部分,当事人仍可以依照原合同主张权利。即当事人可以同时依照两个合同关系主张权利。此类形态改变了和解协议的一般规则,因而要求当事人必须在合同中作出明确约定。这就是说,不仅要明确和解协议与原合同不能全部替代,还要明确在和解协议生效后,当事人对于原合同未处理的部分,仍然可以主张权利。例如在有的案件中,法院认为,《和解协议》所解决的债权债务关系为 23 号、59 号合同对应的债权债务,不包括该案 128 号合同在内。故根据《和解协议》达成的 8 号调解书构成了对原协议中关于以四地块过户作为包括 128 号合同债务结清条件的实质性变更,四地块的过户情况也只针对 8 号调解书所要解决的 23 号、59 号合同对应的债权债务。

[41] 最高人民法院指导性案例 124 号。

[42] Santoro Pasarelli, *La Transazione*, Napoli, 1963, p. 74.

[43] Vgl. Fischer, in: BeckOK BGB, 68. Edition 2023, § 779 Rn. 22.

[44] *Watkins v. Williams*, 877 P. 2d 19 (Mont. 1994).

[45] 参见肖俊:《意大利法中的和解合同研究》,《苏州大学学报(法学版)》2015 年第 4 期,第 32 页。

[46] Vgl. Fischer, in: BeckOK BGB, 68. Edition 2023, § 779 Rn. 20.

市政公司以四地块的过户情况作为 128 号合同履行终结的主张,缺乏事实和法律依据,本院不予支持。<sup>[47]</sup> 由此表明,和解协议解决原合同不确定性的范围,是可以通过当事人的约定进行限制的。

和解协议与原合同之间是并存关系还是替代关系,关键在于探究当事人是否有明确约定。比较法也普遍采纳此种观点。例如,意大利法院认为应当区分和解的变更(modificazione)与债的更新(novazione),只有存在明确的更新意图的情况下,才能认为双方当事人消灭了原来的法律关系。<sup>[48]</sup> 在和解协议签订生效到履行完毕之间,原权利义务关系是否消灭取决于当事人的特别约定、和解协议的当事人是否具有排除原权利的意图。笔者认为,由于和解协议属于并存还是替代关系,对于当事人的利益影响重大,因此为了避免不确定性和模糊性对当事人的不利影响,应当严格按照合同文义进行理解,而不能对合同进行过于宽泛的解释。正如后文将讨论的,对和解协议的处理应当侧重于对债权人的保护,维护其信赖利益,“原法律关系,除依和解契约内容,当事人另有反对的意思外,仍继续存在”。<sup>[49]</sup> 因此,原则上和解协议与原合同应当属于并存关系,只有当事人具有明确的特殊约定时,原合同关系才例外地消灭。在解释合同时,不宜赋予法官过多的自由裁量权,应当严格根据和解协议的约定内容判断。有约定从其约定;没有约定的,则应当认定属于并存关系。

## (二) 并存关系中债权人不得主张双重请求权

虽然和解协议与原合同构成并存关系,但债权人不得既依照和解协议,又依照原合同关系主张双重请求权。在实践中,存在一种误区,认为既然和解协议生效之后原合同关系没有消灭,而和解协议与原合同又是两个不同的法律关系,都对当事人产生拘束力,因而在一方不履行和解协议时,债权人既可以依据和解协议主张权利,也可以依据原合同主张权利,从而构成了双重请求权的并存现象。<sup>[50]</sup> 例如在有的案件中,当事人约定如果触发了对赌协议中约定的条件,一方当事人有权要求另一方当事人回购股权,而后在该协议履行中,因为回购的权利行使遇到障碍,双方达成和解协议,约定一年后仍未完成股权回购手续的,则应当支付高额违约金。在当事人达成和解协议一年后,股权回购手续仍然没有完成,一方当事人同时要求另一方当事人回购股权,并且依照和解协议支付高额违约金。此类请求是否应当得到支持,在实践中也时常发生争议。

双重请求权说的第一个弊端在于,其没有关注到和解协议与原合同关系之间的内在联系,割裂了两个法律关系的内在统一性。有观点认为,和解协议确定的是与原合同无关的、独立的法律关系。此种观点值得商榷,其忽略了和解协议旨在解决原合同关系不确定性的功能,和解协议虽然构成一个独立的合同,但其以原法律关系为前提,即便当事人在和解协议中对权利义务关系作出重新安排,也不能据此否定其与原合同之间具有内在的

[47] 最高人民法院民事判决书(2021)最高法民终 633 号。

[48] 参见肖俊:《意大利法中的和解合同研究》,《苏州大学学报(法学版)》2015 年第 4 期,第 34 页。

[49] 史尚宽著:《债法各论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 866 页。

[50] Wilmes v. United States Postal Service, 810 F.2d 130, 132 (7th Cir. 1987).

密切关联性。<sup>[51]</sup> 和解协议的订立并非为某一方当事人增加额外保护,而只不过是用于解决原合同不确定性的手段。因此,即便当事人在和解协议中创设了全新的债权债务关系,其也不过是对原债权债务关系的一种确认,或在原债权内容或履行方式的让步的基础上达成协议。<sup>[52]</sup> 因而其在性质上属于一种确认合同。<sup>[53]</sup> 这也就意味着和解协议中的给付义务只是原合同义务的转化形式。因此,和解协议中虽然也载明了债务人需要完成的给付甚至具有处分的要素,<sup>[54]</sup>但是此种给付只是原给付的确认或变形,而非来源于新的债权债务关系。进一步而言,正是因为两种给付所指向的乃是同一债权,和解协议中给付义务的履行客观上会产生清偿原合同中的债权的效果,从而导致原合同债权债务关系的消灭。只要和解协议中的给付义务一经履行,原债权便宣告消灭,因此原合同债权人无权同时依据和解协议和原合同而要求债务人向自己作出两次给付。在最高人民法院《关于执行和解若干问题的规定》第 9 条的规定中,也同样采取了在和解协议未被履行的情况下,债权人只能择一主张恢复执行原生效法律文书或履行执行和解协议,而不能同时请求执行原生效文书与和解协议的立场。该规定背后的法理也在于此。

双重请求权说的第二个弊端在于,其没有注意到和解协议生效后,原合同实际上处于“暂时休眠”状态。和解协议的目的并非使得债权人可以在原债权的基础上获得新的债权,而是以新创设的债权债务关系简化原债权债务关系或避免原债权债务关系中的纠纷,和解协议的内容实际上是原合同的转化形态。和解协议中的给付义务与原合同中的给付义务均以清偿原合同债务为目的,既然和解协议生效后,产生了新的债权债务,原合同将因和解协议而处于“暂时休眠”状态,就不可能产生双重请求权。因此,在和解协议生效后,债权人无权同时依据和解协议和原合同主张权利。从这一意义上说,和解协议只不过是给付义务两种不同的履行方式而已,债权人无权同时主张债务人按照两种方式履行债务。在我国司法实践中,有的法院也采取了此种立场。例如在有的案件中,针对和解协议与原合同的性质,法院认为,由于“该种约定实质上只是以成立新债务作为履行旧债务的手段,新债务未得到履行的,旧债务并不消灭”。<sup>[55]</sup>

双重请求权说的第三个弊端在于,其为债权人提供了双重保护,违反权利不得过度救济的基本规则。一方面,基于和解协议的救济足以实现债权人的权利。在前述对赌协议案件中,债权人通过主张高额违约金,就已经能够实现其履行利益,进而债权人实际上已经丧失了进一步寻求救济的理由。另一方面,双重请求权让债权人得到超出预期的利益,且会破坏交易的等价关系。英美法特别强调和解协议的效力以对价为基础,和解协议因为具有对价才可以得到强制执行。<sup>[56]</sup> 这也表明其旨在避免由于和解协议的签订,导致双方当事人可能出现的严重利益失衡。即便和解协议双方都为消除不确定作出了一定的让

[51] Vgl. Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2024, § 779 Rn. 33.

[52] 参见王洪亮著:《债法总论》,北京大学出版社 2016 年版,第 194 页。

[53] Vgl. Stadler, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl. 2023, § 779 Rn. 1-3.

[54] 参见陈自强著:《契约违反与履行请求》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2024 年版,第 330 页。

[55] 最高人民法院指导性案例 124 号。

[56] 参见[美]E. 艾伦·范斯沃思著:《美国合同法》,葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 281 页。

步,但让步仍然应当大体处于原合同安排的合理范围内。因此,双重请求权说打破了利益平衡,使得和解协议超出了交易的合理范围。

双重请求权说的第四个弊端在于,其并不符合双方当事人的真实意愿。因为和解协议旨在消除原合同中的不确定性,当事人的真实意愿是,通过和解协议的订立,对原合同的不确定内容作出明确的安排,并在和解协议生效后,通过履行和解协议即时化解纠纷,避免诉讼。因此,当事人的真意是,一旦和解协议生效,就要履行和解协议,彻底消灭当事人之间的债权债务关系。如此一来,就不可能在和解协议生效后,使债权人享有双重请求权。如果针对原合同履行的不确定作出安排,则只是确定了一个新的履行方式;如果针对的是原合同中的权利(例如债权人通过放弃某些权利、减轻债务人负担作出让步),则只是使原权利转化为一种新的行使方式。故此,和解协议仍然是原合同债权债务关系的转化形态,绝不能因和解协议生效而导致双重请求权的产生。

综上所述,由于和解协议并未创设出独立于原合同债权的新权利,原合同债权与和解协议中的债权具有同一性。债权人依据和解协议请求债务人履行后,债权人的债权便已经消灭,不得依据原合同再次请求履行。

## 四 和解协议在并存关系中的优先履行性

### (一)和解协议优先于原合同履行的合理性

和解协议与原合同虽然并存,但并非意味着“并用”。和解协议只是解决原债务的不确定性问题,其所确定的义务不过是原合同义务的转换,和解协议中的债务和原债务都旨在满足同一债权的实现,因而债权人不能同时主张履行和解协议与原合同。二者也不存在任意选择的关系,而应当有一定的适用顺序。

#### 1. 和解协议的生效不应产生选择之债

和解协议生效并不是为了消灭原合同关系,这就产生一个问题,既然两个债权债务关系并存,是否应当按照选择之债的规定,首先由债务人选择履行何种债务,在债务人未作出选择时,再由债权人作出选择?毫无疑问,如果认定和解协议可以产生选择之债,就意味着和解协议不具有优先履行性。笔者认为,和解协议的生效不应当产生选择之债,当事人并不享有选择履行原合同或者和解协议的权利,主要理由在于:

第一,选择之债的产生来源于法律的特别规定或当事人之间的约定,例如依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第27条关于清偿型以物抵债的规定,构成选择之债。但是和解协议并不存在类似的法律规定。当然,如果当事人在和解协议中明确约定,和解协议生效后,由当事人选择履行和解协议的债务或者原债务,此时应当成立选择之债,但从实践来看,此种情形极为少见。

第二,和解协议的宗旨和目的就是通过新的安排解决原合同关系的不确定性问题,如果允许当事人选择履行原合同或者和解协议,则有违当事人订立和解协议的目的。如果认定和解协议的生效将产生选择之债,并允许债务人自由选择履行原合同或者和解协议,

则会使得和解协议的达成丧失意义,其也难以发挥化解纠纷的作用。基于当事人的意思自治,除非双方自愿恢复原合同的履行,否则债权人只能主张和解协议中的债务。因此,在和解协议生效后,当事人不应当享有选择权,而应当优先受到和解协议的拘束,和解协议生效将暂时排除原法律关系效果的适用。<sup>[57]</sup>

第三,和解协议产生选择之债,不符合选择之债的要件。通常情形下,选择之债中,主给付义务是同一的,只不过履行方式有多种,债务人作出任何一种给付,都可以使债权人获得价值相当的给付。也正因此,《民法典》第 515 条规定在当事人没有特别约定的情形下,将选择之债的选择权首先赋予债务人,以便利债务人作出履行,从而实现当事人设立选择之债的宗旨。与此不同,在和解协议中,当事人已经对原合同作出重新安排,在和解协议达成时,当事人通常已经作出一定让步,和解协议中的义务与原合同义务很难说是价值相当的。例如,在和解协议中,债权人有可能免除债务人支付利息的义务,甚至减轻债务人支付本金的义务,其与原合同义务存在一定的差别。

第四,认定和解协议产生选择之债,不利于保护债权人。依据《民法典》第 515 条,既然选择权首先归属于债务人,仅当债务人不行使选择权时,选择权才归属于债权人。如果认定和解协议产生选择之债,并将选择权交由债务人,这就使订立和解协议以促进争议解决的目的完全落空,而且可能使和解协议成为债务人恶意拖延债务履行的一种工具。

## 2. 和解协议具有优先履行性

和解协议生效后,原合同关系并未消灭,但和解协议应当具有优先履行性,这也是实现和解协议功能的基本要求。我国司法实践通常认为,在和解协议达成后,和解协议应当优先于原合同履行。例如在有的案件中,法院认为,“涉案《和解协议》系经双方当事人在平等、自愿的基础上协商一致达成的,……双方当事人应受该《和解协议》内容的约束,在《和解协议》未被变更或撤销的情况下,双方应当按照协议内容全面履行自己的义务。故该《和解协议》应当作为支付价款的依据。”<sup>[58]</sup>再如,在有的案件中,法院认为:“当事人双方就债务清偿达成和解协议,约定解除财产保全措施及违约责任。一方当事人依约申请人民法院解除了保全措施后,另一方当事人违反诚实信用原则不履行和解协议,并在和解协议违约金诉讼中请求减少违约金的,人民法院不予支持。”<sup>[59]</sup>

笔者认为,和解协议应当具有优先履行性,除前述理由之外,还具有以下理由:

第一,维护意思自治。从和解协议解决不确定性的制度目的出发,其是当事人对于原合同关系的最新安排,最接近于双方当事人的真实意愿。如果双方达成了新的合意,那么自然应当按照最新的合意作出履行。尤其是考虑到,在和解协议达成的过程中,当事人一定经过了新的磋商、谈判和让步,最终对权利义务关系作出更有确定性的安排,此时就应当尊重当事人所形成的新的意思,否则当事人投入的谈判成本将毫无意义。和解协议只是解决原债务的不确定性问题,和解协议所确定的义务不过是原合同义务的转换,不能将

[57] Vgl. Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2024, § 779 Rn. 2.

[58] 新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院(2021)新 40 民终 44 号民事判决书。

[59] 北京市第二中级人民法院(2017)京 02 民终 8676 号民事判决书;最高人民法院指导案例 166 号。

二者看作是两种截然不同的法律关系,而是具有密切联系的法律关系。签订和解协议后当事人自然不得再主张原权利义务关系。无论是否承认和解协议的创设效力,和解协议一旦达成,当事人都应当以和解协议为依据确定各自的权利义务内容。<sup>[60]</sup>因此,“只有通过和解协议的完全履行,才能使得原生效法律文书确定的债权债务关系得以消灭”,<sup>[61]</sup>当事人订立和解协议的目的在于改变原债务关系履行中的困境或争议,此时赋予新债以优先效力才能实现这一订约目的。<sup>[62]</sup>

第二,促进纠纷解决。如前所述,和解协议是解决当事人之间纠纷的一种替代方式,双方通过互相让步达成和解协议,化解了双方之间的纠纷,以更有效率的方式解决纠纷,避免其进入成本更高的诉讼程序。和解协议旨在消除因民事法律关系而产生的不确定性,借此终结在先的纠纷,从而在客观上避免了诉讼带来的风险或者不确定后果。<sup>[63]</sup>因此,当事人应当受到和解协议合同效力的拘束,从而不得再主张先前不确定乃至发生争议的法律后果。<sup>[64]</sup>如果和解协议不具备优先履行的地位,或者一旦被拒绝履行就认定其失去效力,将使其定纷止争的功能大打折扣,也无法激励当事人积极地通过和解协议的方式来化解纠纷。

第三,保护债权人利益。在和解协议当中,通常为了促使协议的达成和不确定性的消除,债权人会作出一定程度的让步。这意味着,债权人希望通过减轻债务人的负担,使二者之间的债权债务关系得到尽快了结。当事人一旦达成和解协议,就意味着当事人之间已经对原合同内容作出重新安排,形成一种新的法律关系。当事人对于按照和解协议履行具有合理预期和信赖,如果和解协议不能得到优先履行,则此种“尽快了结”的期待就会落空,债权人的信赖利益就受到损害。并且,如果和解协议不具有优先履行性,允许债务人选择履行原债务,则债务人可能会假借订立和解协议,恶意拖延债务的履行,从而损害债权人的利益。

第四,符合比较法的共识。和解协议虽然对争议的法律关系变更了其内容,甚至会创造原合同不存在的内容,但并不因此消灭原合同。如前述,在和解协议生效后,原合同关系虽然并未消灭,但其处于“暂时休眠”状态,在此情形下,任何一方当事人都不得主张履行原合同,否则有违和解协议的效力特征。故此,比较法上,一般认为在没有特别约定的情形下,应当优先适用和解协议。<sup>[65]</sup>在德国,学者在解释《德国民法典》第 779 条关于和解协议规定时,一般认为,如果当事人对新旧合同的适用没有约定,和解协议应优先于原合同债务关系而适用。<sup>[66]</sup>

总之,和解协议一旦达成,其应当优先适用,当事人应当受到和解协议实体法效力的

[60] 参见郑玉波著:《民法债编各论(下)》,我国台湾地区三民书局 1981 年版,第 812 页。

[61] 参见最高人民法院指导案例 124 号。

[62] 参见贺剑:《诉讼外和解的实体法基础——评最高人民法院指导案例 2 号》,《法学》2013 年第 3 期,第 143 页。

[63] Vgl. Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 779 Rn. 21.

[64] 参见赵秀举:《论民事和解协议的纠纷解决机制》,《现代法学》2017 年第 1 期,第 133 页。

[65] Vgl. Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2024, § 779 Rn. 35-36.

[66] Vgl. Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 44. Aufl. 2020, § 33, S. 498-499.

拘束。这就意味着,债权人既不能同时主张,也不能在和解协议有效时请求履行原合同。如果一方依据原权利起诉,另一方有权可以依据提出和解抗辩。<sup>[67]</sup> 即便和解协议变更原合同,也应当按照和解协议履行。例如,和解协议将购买价格债权转换为贷款,那么以前的担保权和抗辩就不再适用,时效期间也取决于新的法律依据。<sup>[68]</sup> 和解协议达成以后,基于旧的债务关系中存在的权利和异议也就被排除。<sup>[69]</sup>

## (二) 和解协议不履行或不能履行情形下将导致原合同“复活”

问题在于,在和解协议达成后,如果另一方拒不执行和解协议,是否应当恢复原合同的履行,并赋予债权人选择权? 在实践中一直存在替代说和并存说的争议。替代说认为和解协议一旦生效,原合同消灭;并存说认为,和解协议生效后,原合同依然存在。笔者认为,这两种观点都没有准确解释和解协议与原合同之间的关系,如前所述,和解协议在没有约定替代时,和解协议和原合同构成并存关系,但并存不意味着成立选择之债,相反,应当优先履行和解协议。在债务人不履行和解协议的情形下,应当允许原合同“复活”,并赋予债权人在履行原合同或和解协议之间享有选择权。此时之所以允许原合同“复活”,主要是基于如下原因:

第一,当事人达成和解协议后,原合同关系并未消灭,而只是“暂时休眠”,其休眠的前提是债务人能够按照约定履行和解协议,如果债务人未按照约定履行和解协议,则应当“复活”原合同的履行。在和解协议正常履行后,原法律关系才真正“寿终正寝”。<sup>[70]</sup>

第二,有利于防止债务人滥用和解协议制度,损害债权人利益。债权人在与债务人达成和解协议时,通常都会作出一定让步,但此种让步不能是无原则、无休止的让步。和解协议都是在相互让步的基础上达成的,且在一般情况下,债权人基于原合同所获得的权利和利益会因和解协议的达成而遭受一定的损失,否则当事人无法达成和解协议。因而,既然当事人没有履行和解协议,理应恢复对原合同的继续履行,从而实现对债权人的保护。在债务人不履行和解协议时,“复活”原合同的履行,并赋予债权人选择请求债务人履行和解协议或者原合同的权利,也有利于保护债权人的利益,使其主债权不至于落空。例如,甲欠乙 100 万元,按照年 5% 的利率计算利息,债务届期后债务人拒绝履行,双方达成和解协议,只需要履行本金。对于债权人而言,因为其可以立即获得本金,接受和解协议可免于诉讼带来的风险和成本。但如果和解协议届期后,债务人仍拒绝履行,或者提出仅履行本金的 80%,甚至因为原合同不能复活而漫天要价,这将会不断地侵蚀债权人利益,使当事人陷入无休止的和解,反而加剧了法律关系的不确定性,诱发新的纠纷,这与和解协议的功能背道而驰。

第三,和解协议的“复活”有利于督促债务人履行和解协议。在和解协议达成之后,

[67] 参见覃斌武:《论和解协议不履行在诉讼法上的效果》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2017 年第 4 期,第 88 页。

[68] Vgl. Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2024, § 779 Rn. 35-36.

[69] Vgl. Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 44. Aufl. 2020, § 33, S. 498-499.

[70] 参见隋彭生:《诉讼外和解协议的生效与解除——对最高人民法院(指导案例 2 号)的实体法解释》,《中国政法大学学报》2012 年第 4 期,第 75 页。

债务人获得了债权人的让步后,其已经获得了极大利益,如果仍拒不履行,此时,也违背了诚信原则。法律通过“复活”原债权债务关系,可以制止债务人的恶意要价、违背诚实信用原则的行为继续发生。此外,在债务人不履行和解协议时,“复活”原合同的履行,也有利于督促债务人及时履行和解协议,以保障债权人债权的顺利实现。

问题在于,原合同的“复活”是否要求债务人违反和解协议构成根本违约?笔者认为,除当事人另有约定外,只有债务人违反和解协议构成根本违约时,才能“复活”原合同关系,主要理由在于:一方面,有利于维护和解协议的效力。因为此处所说的不履行包括完全不履行和部分履行。而在轻微违约的情形下,不宜使原合同“复活”,因为这会导致和解协议缺乏稳定性。另一方面,有利于兼顾债务人利益的保护,如轻微违约就导致原合同“复活”,也对债务人明显不利。

在和解协议不能履行的情形下,也应当允许原合同“复活”。因不可抗力导致标的物毁损、灭失,或者客观情势出现了重大变化,导致债务人不能履行和解协议,此时也应当“复活”原合同关系。例如在有的案件中,法院认为,“涉案和解协议的部分内容缺乏最终确定性,导致无法确定该协议的给付内容及违约责任承担,客观上已无法继续履行。……鉴于本案和解协议在实际履行中陷入僵局,双方各执己见,一直不能达成关于资产收购的一致意见,导致本案长达十几年不能执行完毕。如以存在和解协议约定为由无限期僵持下去,本案继续长期不能了结,将严重损害生效裁判文书债权人的合法权益,人民法院无理由无限期等待双方自行落实和解协议,而不采取强制执行措施。”<sup>[71]</sup>

问题在于,和解协议是否可以被撤销,并在撤销后导致原合同关系“复活”?《法国民法典》第 2052 条规定,和解可因争执的当事人或标的物有错误、诈欺或胁迫而撤销,但不得以法律错误或有失公平为理由被撤销。《意大利民法典》第 1970 条也明确规定,和解不得因重大损失(lesione)而无效。笔者认为,此种规定具有一定的合理性,因为当事人在达成和解协议时,已经互相作出一定的让步,只要当事人在作出让步时没有受到欺诈、胁迫,或者没有重大误解等,则任何一方不能以让步过多、构成显失公平为由主张撤销和解协议。但如果和解协议符合民事法律行为效力瑕疵的事由,则当事人有权依法请求撤销和解协议,在和解协议被撤销后也要导致原合同关系“复活”。

## 五 和解协议不履行时的责任承担

### (一) 因一方违约使另一方获得选择权

与原合同关系相比,和解协议虽然具有优先履行性,但其功能的发挥仍然依赖于当事人的履行。换言之,和解协议及时化解纠纷等功能需要通过和解协议的合同拘束力与及时履行才得以实现。问题在于,在债务人不履行和解协议的情形下,债权人如何寻求救济?笔者认为,债务人不履行和解协议的,债权人当然有权依法请求债务人承担违约责

[71] 最高人民法院指导案例 124 号。

任。如果债务人违反和解协议构成根本违约,则债权人有权依法解除和解协议。例如在有的案件中,法院认为,《和解协议》签订后,原告依约撤回了起诉,但被告一方并未依据《和解协议》按期足额付款。被告一方违反了《和解协议》的约定,导致原告签订《和解协议》的目的已落空。在此情况下,原告就《和解协议》享有单方解除权。<sup>[72]</sup> 而在和解协议被解除后,其效力消灭,债权人只能依据原合同关系向债务人提出请求。但在债务人不履行和解协议的情形下,如果债权人未解除和解协议,其是否享有选择依据和解协议或者原合同向债务人提出请求的权利?

有观点认为,在一方拒不履行和解协议的情形下,应当认定和解协议自动失效,其自始不存在,当事人应当继续履行原合同,并只能基于原合同请求债务人承担违约责任。笔者认为,此种观点实际上排除了债务人不履行和解协议的情形下,债权人可以基于新旧合同所享有的选择违约请求权。一方面,此种观点不利于维护和解协议的效力,甚至变相鼓励债务人不履行和解协议。一旦达成和解协议,就形成一个新的合同,原合同已经被替代或被终止,当事人以新的意思表示替代了原合同中的权利义务内容。此时,应当以和解协议作为依据而请求继续履行。如果和解协议不履行,债权人只能基于原合同主张违约责任时,债务人只要认为和解协议对其不利,就可能违反和解协议,这会导致和解协议形同虚设。另一方面,简单地认定和解协议失效,极不利于对债权人的保护。和解协议是当事人意思一致的产物,在该协议达成之后,对于违反该协议导致的违约责任,和解协议所约定的违约责任对债权人可能有利。例如,原合同虽然约定违约责任,但债权人针对原合同的违约损害赔偿在举证上遇到较大困难,如果和解协议约定了违约金条款,在此情形下,应当允许债权人基于和解协议主张违约金。

在债务人不履行和解协议构成根本违约时,债权人应当享有选择请求债务人履行和解协议或者原合同的权利。如前述,在和解协议生效后、履行期未届满时,当事人并不享有选择权,而是应当优先受到和解协议的拘束,和解协议可以排除原法律关系效果的适用。<sup>[73]</sup> 但是,一旦债务人不履行和解协议构成根本违约,此时将导致原合同关系的“复活”,债权人应当有权选择依照和解协议或者原合同关系寻求救济。之所以要赋予债权人选择权,其原因在于:第一,因为债务人不履行和解协议,为了制裁不诚实守信的债务人,使原合同关系“复活”,并赋予债权人选择的权利,这就导致了在违约救济方面,债权人既可以选择原合同赋予的请求权,也可以选择和解协议赋予的请求权。第二,从债权人保护的角度来说,应当允许债权人选择对其更有利的救济方式。鉴于和解协议中,债权人往往已经作出了重大让步,从对债务人违约制裁的角度考虑,如果回到原合同中,让债务人承担原合同的不履行责任,有可能对债权人有利。但和解协议约定的违约责任可能更有利于保护债权人,对此,应当交由债权人选择。这显然也有利于激励债权人通过和解协议的方式来解决纠纷,及时化解矛盾。对债权人而言,因不必担心失去原有的救济,使其可以无后顾之忧地达成和解协议。第三,原合同关系的“复活”并没有给债务人添加预期

[72] 北京市第一中级人民法院(2023)京01民终3722号民事判决书。

[73] Vgl. Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2024, § 779 Rn. 2.

之外的负担,债权人的选择权并不损害债务人的信赖利益,和解协议和原合同关系都可以成为债权人主张权利的依据。债务人在不履行和解协议时,就应当意识到其仍然会受到原合同关系的拘束,也应当承担相应的违约责任。由于和解协议签订通常都发生在原合同已经处于违约状态的情况下,所以债务人承担原合同的违约责任并没有增加其负担,相反,乃是债务人应当支付的成本和代价,属于债务人的预期之中。

当然,在债务人不履行和解协议构成根本违约时,债权人虽然享有选择权,但在其作出选择后并不享有反悔权。在债务人不履行和解协议构成根本违约的情形下,如果债权人选择请求债务人履行原合同,则债务人应当履行原合同,而不得主张履行和解协议,而且在债务人履行原合同后,也将导致当事人之间新旧合同关系的消灭,此时,即便债权人基于和解协议享有的债权并未完全实现,其也不得再主张债务人履行和解协议。如果债权人选择请求债务人履行和解协议,则债务人应当按照和解协议的约定履行债务,债权人也不得再请求债务人履行原合同债务。

## (二) 和解协议的不履行不会导致双重违约责任

在和解协议生效后,虽然原合同关系并未消灭,但债务人不履行和解协议,并不会导致双重违约责任。如前述,和解协议与原合同的关系主要有替代和并存两种形态,<sup>[74]</sup>而和解协议替代原合同关系需要当事人的特别约定,因此,和解协议与原合同并存是和解协议效力的常态,但和解协议与原合同并存不等于二者要并用。债权人不得依据原合同和新的和解协议分别向债务人主张两次违约责任。因为一个债权只能对应一个债务不履行责任,违约责任是债务不履行的后果,是合同债务的转化形态。在和解协议与原合同并存的情形下,和解协议不过是原合同的转化形态,即便债务人不履行和解协议构成根本违约,债权人也只能选择请求债务人履行原合同或者和解协议,而不能同时主张。在此情形下,当事人之间的关系转化为选择之债的关系,债权人享有选择权。违约责任作为合同债务不履行的后果,债权人也当然只能择一主张,而不得请求债务人承担双重违约责任。例如,债权人不能同时主张原合同约定的违约金责任与和解协议约定的违约损害赔偿赔偿责任。允许债权人同时基于和解协议与原合同主张违约责任,将导致对债权人的过度救济。

当然,在特殊情形下,当事人可能只是就部分主给付义务的履行达成和解协议,在此情形下,和解协议的不履行也可能产生双重违约责任。在原合同的主给付义务可分的情况下,当事人之间的和解协议可能只是就部分主给付义务的履行达成和解,而对其余部分的主给付义务的履行则并未达成和解。基于意思自治的原则,应当肯定当事人仅就部分主给付义务达成和解的效力。此时,在达成和解协议的范围内,债权人可以请求债务人依和解协议履行,在债务人不履行的情况下,依据和解协议请求承担违约责任。而针对和解协议未对原合同中的部分债务进行确认或让步的部分,债权人当然可以依据原合同请求债务人履行,在债务人不履行时,也可依据原合同的约定请求债务人承担责任。表面上看,债权人是同时主张了原合同和和解协议中的违约责任,但实际上只是基于对原合同给

[74] See *Bowater North America Corp. v. Murray Machinery, Inc.*, 773 F.2d 71, 75 (6th Cir. 1985).

付义务的划分,而分别主张违约责任,满足的仍然是同一债权的实现。

### (三) 债权人选择的法律效果

在债务人不履行和解协议时,债权人虽然有权选择请求债务人履行和解协议或者原合同,但在债权人作出选择后,债务人按照债权人的选择履行债务后,将导致当事人之间新旧合同关系的消灭。前已述及,和解协议并非创设新债权的独立合同,而是对原债权内容或履行方式的确认或让步。因此即便在和解协议生效后,和解协议也不过是原合同的转化形态,而违约责任乃是合同债务不履行的后果,是原给付义务的变形。<sup>[75]</sup> 因此,在债权人选择请求债务人履行原合同或者和解协议后,债务人履行任何一个债务,都将导致两个债的消灭。如果债务人履行原合同债务,当事人之间的债权债务关系将因此消灭。此时,当事人也无须再通过和解协议解决当事人之间不确定的法律关系,应当认定和解协议也随之失效。

## 六 结 语

《法国民法典》的编纂者之一的佩阿马卢(Preameneu)称:“和解将是解决争议的最巧妙的手段。”<sup>[76]</sup> 日本民法(债权法)改正检讨委员会也认为:“现实中和解是大量发生的合意,其实际上的机能不可小觑。考虑到纠纷的常发性,以及在民法以外的领域也在使用这一概念,因此将和解作为典型契约在民法典中设置基本的规范,即使在今后仍有意义。”<sup>[77]</sup> 和解协议虽然没有作为典型合同纳入我国《民法典》,但其已经为《民法典》第 233 条所确认,相应原理和理论仍然位于民法理论范畴之中。随着诉源治理模式的推广,和解协议已经成为一种与仲裁、调解等方式并列的纠纷解决手段。在当事人通过和解协议化解纠纷的过程中,和解协议与原合同之间经常存在纠葛和冲突,这些矛盾也将直接影响到当事人利益实现。为解决这些矛盾,首先应从和解协议“克服不确定性”这一宗旨出发,明确和解协议自身的功能,并确定和解协议在没有特别的约定的情形下,只产生并存关系,而不是替代关系、并用关系和选择关系。和解协议一旦达成应当得到优先适用,并且在债务人不履行和解协议的情况下,将导致原合同关系的“复活”,债权人有权依据和解协议或者原合同寻求救济。只有理顺和厘清和解协议与原合同之间的关系,才能使当事人的纠纷解决更具合理性,同时也能最大限度地发挥和解协议的纠纷解决、诉源治理的作用。

[本文为作者主持的 2023 年度国家社会科学基金重大项目“我国民法典实施中的重大疑难问题研究”(23&ZD152)的研究成果。]

[75] 参见王泽鉴著:《债法原理》,北京大学出版社 2022 年版,第 30 页。

[76] 参见 Ch. JARROSSON, Les concessions réciproques dans la transaction, D. 1997. p. 267 et s., spec., p. 267; 转引自周建华:《法国民法典中的和解合同》,《人大法律评论》2012 年第一辑,第 110 页。

[77] 民法(債權法)改正檢討委員會編『詳解 債權法改正の基本方針 V 各種の契約(2)』(商事法務,2010 年)348 頁参照。

---

---

## Relationship between the Settlement Agreement and the Original Contract

[Abstract] In China, relevant laws and judicial interpretations have always attached great importance to settlement agreements and confirmed them in law. Settlements include litigation settlement and non-litigation settlement. Litigation settlement can have a dual effect in both substantive law and procedural law, while non-litigation settlement, as a purely civil law settlement, only produces a substantive law effect and has the binding force of a contract. The purpose of a settlement agreement is to address the uncertainty of the original contractual relationship, such as the existence of rights, the content, and the realization of the contract. This is also the key difference between settlement agreement and similar systems. The relationship between settlement agreement and original contract mainly manifests itself as substitution relationship and coexistence relationship. Usually, the parties agree in the settlement agreement that the creditor accepts the performance promise of the debtor or a third party as the repayment of the original debt. Although there are substantial changes in the contractual relationship, the traditional theory of debt renewal in civil law cannot be fully applied to explain the relationship between the original contract and the settlement agreement. This is because the purpose of a settlement agreement is to overcome the uncertainty of the original contract, thereby resolving disputes and avoiding litigation. Although a settlement agreement may change the original contractual relationship, it will not lead to the termination of the original contract, while the renewal of the debt is aimed at eliminating the original relationship. At this point, the coming into effect of the settlement agreement does not create a debt of choice, and creditors cannot claim dual rights based on the two contractual relationships. The parties should prioritize the performance of the settlement agreement. The failure or inability to fulfill the settlement agreement will lead to the “revival” of the original contract. This is conducive to preventing debtors from abusing settlement agreements and damaging the interests of creditors. If one party breaches the settlement agreement and gives the other party the right to choose, the non-performance of the settlement agreement should not result in double liability for breach. After the creditor makes the choice, the debtor’s performance will lead to the termination of the old and new contractual relationships between the parties. In conclusion, once a settlement agreement is reached, it should be given priority in application. Only in cases where performance cannot be achieved or the debtor fails to perform will it lead to the “resurrection” of the original contractual relationship. Creditors have the right to seek relief based on the settlement agreement or the original contract. Only in this way can the role of settlement agreement be maximized in resolving disputes and optimizing the governance of litigation sources.

---

---

(责任编辑:姚 佳)