

论先履行抗辩权与预期违约的有效衔接

杨德兴

(苏州农业职业技术学院人文科学系 江苏 苏州 215008)

【内容摘要】中国《合同法》第68条规定的抗辩权是一种全新的抗辩权,宜将其称为先履行抗辩权,它是对大陆法系不安抗辩权的“扬弃”,它与英美法的预期违约制度的异同也客观存在,二者可以兼容。本文重点比较了这三种制度的异同,并就如何有效衔接先履行抗辩权与预期违约提出了一些建议。

【关键词】先履行抗辩权 不安抗辩权 预期违约

中图分类号:D913.6

文献标识码:A

文章编号:1007-9106(2012)01-0057-04

在合同有效成立后到合同履行前这段时间内当事人违反义务应该如何规制?大陆法系规定了不安抗辩权制度,普通法系规定了预期违约制度。我国《合同法》规定的抗辩权是一种全新的抗辩权,宜将其称为先履行抗辩权。本文重点比较了这三种制度的异同,认为先履行抗辩权与预期违约可以“共处”,关键是如何进行有效衔接。

一、先履行抗辩权及其价值

民法为权利法,以民事权利的作用为标准,可把民事权利分为支配权、请求权、形成权、期待权与抗辩权。在现代私法中,抗辩权与请求权共同构成民事主体旨在保护自己权益的重要权利之一组^{[1](P492)}。

一方当事人行使权利时,他方当事人所提出的对抗或异议,称为抗辩。我国台湾学者王泽鉴先生把抗辩权归纳为三类:1.权利障碍的抗辩,在于请求权根本不发生。2.权利毁灭的抗辩,在于主张请求权虽一度发生,惟嗣后已归于消灭。3.抗辩权。前两者为诉讼上的抗辩,后者为实体法上的抗辩权^{[2](P172-173)}。抗辩权又可分为永久的抗辩权与一时的抗辩权^[3]。梅仲协先生将抗辩权分为毁灭抗辩权和延缓抗辩权,前者是指可使请求权被永久排除的抗辩权,后者是指仅使请求权在一定期间内不能行使的抗辩权^[4]。两位学者的划分虽所用名称不同,其实质是一样的。

我国《合同法》第68条规定的抗辩权,单是关于其称谓,学者们就有许多不同意见,相当一部分学者采用大陆法系国家所用名称,即不安抗辩权,又称拒绝权,具有留置担保的性质^[5]。当然它与留置权有本质区别,前者是从属于双务合同当事人债务的抗辩权,具有相对性,后者是担保物权,具有绝对性,前者公平要求双方当事人履行合同,后者单纯要求债务人履行合同;前者得以拒绝履行的给付义务可以是物,亦可以是行为,而后者仅限于物^[6]。还有的学者称之为保证履行抗辩权。笔者认为称其为先履行抗辩权为宜,因为

从权利主体的角度划分看,正好与我国的《合同法》第66、67条同时履行抗辩权、后履行抗辩权相对应,共同构成一个完整的抗辩权体系。

先履行抗辩权是我国合同法的创设,它不是大陆法系的不安抗辩权,也不同于英美法系的预期违约制度^[7]。其制度价值在于:

第一,根据客观情况的变化,公平地权衡双方当事人的利益。我国《合同法》总则规定:当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务,行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。先履行抗辩权是公平原则、诚实信用原则在合同立法中的具体运用。因为后履行义务的一方当事人财产状况恶化是在订立合同后发生的,是双方当事人订立合同时无法预见的,若仍然强调先履行债务的一方应遵守合同先履行义务,则可能造成先履行义务一方债权得不到实现,有违《合同法》公平、诚实信用原则的立法宗旨。

第二,法律规定先履行抗辩权,赋予先履行义务一方当事人一种救济,使他获得一种安全感,因为后履行义务的一方当事人财产状况恶化,对方的合同目的有可能不能实现,使他陷入“不安”之中。同时,情势已发生重大变化,若坚持让可能丧失履约债务能力的一方履约,他同样会失去安全感。在这一点上,先履行抗辩权与预期违约的价值取向是一致的:人的安全是至高无上的法律。

第三,先履行抗辩权也体现了合同相对自由原则。我国合同法确定的合同自由是一种相对自由,而非绝对自由。对合同双方来说,都必须重合同、守信用,不能任意违约。后履行义务一方虽有可能丧失履约能力,但这只是一种可能性,而非现实性。所以,为维护交易安全,避免社会资源的巨大浪费,我国《合同法》规定,先履行义务一方不能自由地解除合同,他必须首先负举证责任,在中止履行合同的同时,应及时通知对方,让对方提供担保。对方在合理期限内未恢复

* 作者简介 杨德兴(1969—),男,苏州农业职业技术学院人文科学系讲师,苏州大学国际法学硕士研究生。

履行能力且未提供担保的,中止履行的一方可解除合同。合同自由的相对性已受到各国普遍重视。

二、先履行抗辩权——一种全新的抗辩权

笔者认为,我国《合同法》第68、69条规定的先履行抗辩权是一种全新的抗辩权。首先,它是对大陆法系不安抗辩权的“扬弃”;其次,它又吸收了英美法预期违约制度的合理成分。一些学者认为,它的形式和框架是大陆法系的,原因是英美法系的^[7]。笔者非常赞同这种说法。

早在罗马法中,我们就可以看到有关抗辩权的论述。通常认为不安抗辩权最早起源于法国民法典,随后大陆法系许多国家在合同立法中都规定了这项法律制度,如德国、意大利、奥地利和瑞士等国。《法国民法典》第1613条规定:“如买卖成立后,买受人限于破产或出于无清偿能力致使出卖人有丧失价金之虞时,即使出卖人曾同意延期支付,出卖人亦不负有交付标的物的义务。但买受人提供到期支付的保证者,不在此限。”《德国民法典》第321条规定:“根据双务合同负有先行给付义务的人,如果另一方当事人的财产于订立合同后明显减少,致有妨碍对待给付请求权的行使之虞时,在另一方当事人未履行对待给付或提出担保之前,可以拒绝履行自己的给付。”我国台湾地区民法典第265条规定:“当事人之一方向应向它方先为给付者,如时,如他方未为对待给付或提出担保前,得拒绝自己之给付。”

分析以上抗辩权我们可知:法国民法典规定的不安抗辩权仅适用于买卖合同,德国民法典则涉及所有有先后履行顺序的双务合同,而台湾地区规定的适用条件是:“他方之财产,于定约后显形减少,有难为对待给付者之虞。”我国《合同法》68条规定的先履行抗辩权与大陆法系的不安抗辩权有如下相同之处:两者都是当事人因双务合同互负债务,都是为保护先履行义务一方当事人的权利,如果对方提供了担保,先履行一方的抗辩权归于消灭^[8]。这些可以说是我国先履行抗辩权对不安抗辩权的“保留”。

之所以说先履行抗辩权是一种全新的抗辩权,是因为它与大陆法的不安抗辩权有着以下重大区别:

第一,适用的范围不同。我国的先履行抗辩权适用范围较宽,更有利于保护先履行一方的权利,而大陆法系的不安抗辩权行使条件(见上文)明显较严格。

第二,中止履行的原因不同。大陆法系不安抗辩权制度规定的中止履行的前提条件是他方财产于订约后显形减少,有难为对待给付之虞时行使^[9]。我国《合同法》第68条规定的是:应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情形之一的,可以中止履行……

第三,救济方法不同。大陆法系不安抗辩权救济方法一般为中止履行。从德、法民法典看,它仅规定先履行义务一方在对方担保前只能中止自己的对待给付,不能解除合同。我国做法与瑞士相似:瑞士民法典第83条第2款规定:先为给付义务人于相对人不依其请求在相当期限内提供担保时,得解除契约。而我国《合同法》第69条规定不但可以中止履行,同时在中止履行后应及时通知对方,在严格满足一定的条件下,中止履行的一方也可以解除合同。

第四,权利行使受时间限制不同。法国民法典规定“买受人破产或处于无清偿能力”须在买卖成立后,德国民法典

则规定财产的“显形减少”必须是发生在订约后,而不是订立时。我国台湾地区的规定:不安抗辩权以他方之财产于订约后,显形减少,致有难为对待给付之虞为要件。若订约时他方之财产已难为对待给付,虽订约时不知其情事,亦不得援引该条^[9]。可见,台湾地区的不安抗辩权,须在合同成立后才可行使。而我国《合同法》第68条则规定先履行一方的义务已届履行期,后履行一方没有对待给付或未提供担保,先履行义务一方可行使先履行抗辩权,以保护自己的权利。

基于以上分析,我们可知不安抗辩权是大陆法系国家比较传统的合同履行制度,有着严格的适用范围和条件。我国《合同法》第68条规定的抗辩权已不再“传统”,它与大陆法系的不安抗辩权有许多共同点,但在诸多方面有着质的区别,因而,不宜将《合同法》第68条规定的抗辩权称为不安抗辩权,无论从合同履行的先后,还是按行使权利的主体看,《合同法》第68条规定的应是先履行抗辩权。

当然,也有一些学者认为,我国《合同法》在规定不安抗辩权的行使条件时较之传统大陆法系法国、德国,显得过于宽松,赋予了先履行一方过大的行使权利空间,并建议最高人民法院尽快出台相应的司法解释,对其加以适当的限制,进行缩小解释,防止抗辩方滥用权利^[10]。对此,笔者不敢苟同。先行给付义务之承担,原则上是一种授信行为,授信于他人者,给予对方高度的信赖,法律保护此种信赖^[9]。加上不安抗辩是权利人用以对抗他人请求权的权利,它属于一种消极的权利,具有防御性质,而不具有任何攻击性^[9]。特别是在目前我国个人信用体系远未建立和完善的情况下,扩大对先履行义务人的保护范围是非常必要的。我国《合同法》规定的三种抗辩权正使得当事人利益处于动态的平衡之中。诚实信用原则让我们在不走任何“弯路”的情况下接受了现代民法文明的洗礼。合同自由原则与诚实信用原则“阴阳调和”,犹如长江与黄河,共同抚育了合同法的“华夏神州”^{[11]P57}。

三、先履行抗辩权与预期违约

我国《合同法》第108条规定:“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的,对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。”这是我国《合同法》对预期违约的规定,它包括明示和默示违约。

预期违约是和实际违约相对应的一种违约形态,其划分根据是履行期限是否到来。违约形态,是指根据违约的行为违反义务的性质特点而对违约行为作出的分类^{[12]P267}。所谓预期违约,也叫先期违约,是指在合同有效成立至合同约定的履行期限届满前,一方当事人明确肯定地向另一方当事人明示其将不按约定履行合同义务;或者另一方当事人的自身行为或客观事实默示其将不能依照约定履行合同义务^[13]。预期违约制度是英美合同法以判例发展起来的特有制度之一,又分为明示违约和默示违约。明示违约制度起源于英国法院1853年作出的霍切斯特诉德拉图尔案的判决。它是指当事人肯定明确地向相对方表示其将不履行合同义务。默示违约制度起源于英国法院1894年辛格夫人诉辛格一案,是指当事人以其自身行为及客观情况表明其将不能按约定履行义务。

默示违约一般需具有以下3项条件:一是必须是发生

在合同履行期临届之前。二是一方需要有证据证明另一方在履行期到来时不会或不能履行,即一方需要履行举证责任。三是在一方预见到另一方不会或不能履行合同以后,必须向对方提出提供履行保证的要求,只有另一方在合理期限内没有提供担保后,才能构成默示预期违约^{[7](P283)}。明示违约一般也需要具备以上3个条件。

在判断默示违约方面具有三种标准:一是美国《统一商法典》的标准,即该法典第2—609条规定的标准,“有合理理由认为对方不能正常履行”。二是《联合国国际货物销售合同公约》(以下称《公约》)的标准,该公约第71条规定了中止履行义务的三个客观标准:即对方履行义务的能力有严重缺陷,对方的信用有严重缺陷,债务人在准备履行合同或履行合同中的行为表明届时他将不会或不能履约。三是我国《合同法》第68条规定的“确切证据”标准。所谓“确切证据”标准,就是要求预见的一方必须举证证明对方届时确实不能或不会履约^{[12](P171)}。

来源于大陆法系的先履行抗辩权与来自英美法的预期违约制度在价值取向上是相同的,即都是有效防止本可避免的损害的扩大,维护市场交易秩序,以保护信赖利益,其救济手段相同,都对解除合同规定了严格的条件,主要还是以中止履行,并要对方提供担保为救济手段。但二者仍有以下区别:

第一,两者性质不同。先履行抗辩权是针对对方提出履行合同的请求的一种抗辩,它不是违约责任,预期违约是合同履行期届满前的违约责任的一种形态。

第二,两者适用的前提条件不同。先履行抗辩权的前提条件是双方当事人履行债务的时间有先后之分;预期违约并没有此前提,其适用范围比先履行抗辩权要广,先履行抗辩权实际上是建立在对对方预期违约的事实判断基础之上的一种中止履约抗辩权^[8]。

第三,两者行使的权利主体不同。先履行抗辩权是首先做出履行的一方才享有的权利;而预期违约的主张人是合同双方当事人。

第四,法律救济方法不同。按照我国《合同法》68、69条的规定,行使先履行抗辩权的债权人可以中止自己的对待给付,只有在对方不能提供担保或在合理期限内未能恢复履行能力的情况下,债权人才能解除合同。有关默示违约的救济,美国《统一商法典》和《公约》的规定有所不同,二者都规定了解除合同等救济手段,但对该种手段规定了严格的条件,主要的还是以中止履行自己的义务并要求提供适当的担保作为主要的救济手段。我国《合同法》对默示违约和明示违约救济规定不明确,只是用一个法条概括规定。

我国《合同法》规定的先履行抗辩权与预期违约制度有各自的适用条件和范围,二者的区别也明显存在。

四、先履行抗辩权与预期违约的有效衔接

有的学者认为,我国《合同法》第7章“违约责任”部分中所列的各种具体违约责任中并未包括默示预期违约所独有的救济措施:受害方中止履行,要求对方提供履约担保。所以第108条规定的预期违约只是明示预期违约,由此可推论我国《合同法》并未规定默示预期违约制度^[14]。有的学者认为,《合同法》第108条所规定的“当事人一方以自己的行

为表明不履行义务的,对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任”就属于默示毁约^{[12](P272)}。笔者赞成后一种观点。原因是我国《合同法》所列各种违约责任中并未包括受害方中止履行,并要求预期违约方提供履约担保,但《合同法》第107条规定:“当事人一方不履行合同义务,或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”要求预期违约方提供担保,应当是“采取补救措施”之一种。预期违约侵害的是期待的债权而不是现实的债权,但这种期待权利也是不可侵犯的。退一步说,第7章关于违约责任的规定没有考虑到预期违约的特点,但这只能说合同法在违约责任的确立上存在着法律漏洞^{[11](P57)}。还有的学者主张在修订合同法时,删去默示违约部分,而仅保留明示违约^[10]。笔者对这种主张不敢苟同。毕竟,一方当事人具有《合同法》第68条所规定的情况,无论何种情况,只要毁约方没有明确地表示他将毁约或拒绝履行合同义务,即构成默示违约。

我国《合同法》第68条、69条规定了先履行抗辩权制度,而94条、108条又规定了预期违约制度,两种制度哪个更优?要不要以一种代替另一种,还是两种共存?有的学者认为预期违约制度比大陆法的不安抗辩权有如下优点:可以起到及时了结争议的作用;有利于减少损失,因为预期违约规则准许立即起诉;及时解除已由一方的履约缺陷而受到威胁的合同,消除合同转让中可能带来的新问题^[15]。因而主张要删除《合同法》第4章中的不安抗辩权制度,以默示违约取而代之^[14]。有的学者认为,我国属大陆法系国家,自清朝末期以来,就采用大陆法系的基本体系,大陆法系的拒绝履行制度,可以包括明示预期违约,而不安抗辩权制度,则可起到默示预期违约制度之作用,故预期违约在我国合同法并无存在的价值^{[16](P574)}。也有学者认为虽然这两种制度存在一些差异,但二者所针对解决的是同一问题,因此《合同法》同时规定这两种制度是没有必要的^[17]。还有的学者认为,预期违约与不安抗辩权救济的利益是相似的,在适用过程中如何衔接这两制度、防止两制度内耗还需要实务工作者和理论工作者发挥聪明才智^[18]。笔者认为,先履行抗辩权与预期违约两种制度有许多相同之处,更有巨大差异,二者不宜互相代替。预期违约相当于将行使先履行抗辩权的时间得以提前,有利于更好地保护当事人的利益,迅速解决纠纷,二者可以兼容,理由如下:

第一,先履行抗辩权有一个基本前提,即它必须是在有先后履行顺序的双务合同中产生。而在实践中,仍有大量的双务合同并没有先后履行顺序,极有可能出现一方当事人无正当理由明确表示或以自己的行为表明他将不履行合同,在这种情况下,仅凭抗辩权难以有效解决双方的纠纷。

第二,尽管当事人义务履行存在顺序先后之分时,会出现先履行抗辩权与预期违约相重合的情况,但《合同法》108条仅列举了“明确表示或以自己的行为表明”两种情形,并没有规定“客观状况”作为预期违约的原因,因而《合同法》68条的规定恰恰弥补了这方面的不足,即上文所说“确切证据标准”。二者可谓相得益彰。当然《合同法》第108条的规定原则性太强,缺乏可操作性,应对其具体适用条件和范围作出明确规定,使之进一步细化、具体化,以更好地与

先履行抗辩权有效衔接,为此,在实际中可以从两个方面加以完善:

一是注意解决第68条与第94条第2款相矛盾的地方。笔者认为,可在94条第2款中规定:在先履行义务解除合同前必须提供相关履约担保,以与第68条的规定相一致。这样,这避免使得审判人员处于两难状态,有利于迅速解决纠纷。

二是尽快出台有关的司法解释,特别是要将第68条“转移财产,抽逃资金,以逃避债务”这种情况应用于第108条预期违约,因为当事人主观上的故意或过失是违约责任的构成要件之一。

总之,我国《合同法》规定的先履行抗辩权是一种具有中国特色的创设之作,它吸收了两大法系的优点,同时又克服了不安抗辩权之不足,先履行抗辩权与预期违约制度不仅有必要而且也有可能“和平共处”。

参考文献:

- [1]杨振山,桑德罗·斯奇巴尼.罗马法·中国法与民法法典化[M].北京:中国政法大学出版社,2001.
- [2]王泽鉴.法律思维与民法实例[M].北京:中国政法大学出版社,2001.
- [3]王泽鉴.民法总则[M].北京:中国政法大学出版社,2001.
- [4]梅仲协.民法要义[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [5]王家福.中国民法学·民法债权[M].北京:法律出版社,1992.

(上接第56页)意思的真实表达,是明示选择的一种特殊方式,它在法院确定当事人真实意图之前就已经客观存在了。由上述分析可知,当事人默示选择实际上体现的是当事人对于法律选择的合意,只是当事人没有采取明示条款这种方式而已。法官只有先寻找当事人有没有选择法律的合意,无论这种合意是明示的还是默示的,然后才能依据最密切联系原则来确定合同应适用的法律。承认当事人默示选择是对意思自治原则的尊重,无视当事人默示选择,即是对“意思自治”原则本意的违背。

第二,承认当事人默示选择是国际趋势。从各国立法与国际立法来看,大部分国家或者多数关于合同法律适用的国际公约均承认了默示选择。我国虽没有加入这些承认默示选择的公约,但在国际交往日益频繁的今天,承认当事人默示选择是普遍做法的前提下,只有我国等少数几个国家对默示选择不予以承认,其结果将是当事人对我国法律的排除适用。这不是想更广泛参与国际交往的我国所希望的,也是与在私法领域的法律全球化的趋势不相符合的。

第三,从立法发展趋势看,《民法典(草案)·总则》第四章第64条规定“意思表示可以采取明示或者默示方式”,可见,草案是肯定了当事人默示选择是当事人的意思表示。这样,尊重当事人意思自治,必然也要尊重当事人默示选择的意思表示。虽然《民法典(草案)·涉外篇》第4条第1款规定:“涉外民事关系的当事人可以协商一致以明示方式选择适用国际惯例”,从而明确排除了当事人在选择适用国际惯例时的默示选择,但这是因为涉及同一民事行为的国际惯例可能远不止一个,允许默示选择容易导致法律关系的

- [6]禄正平.合同履行中的抗辩权[J].现代法学,1989(2).
- [7]陈伯诚,王伯庭.合同法重点难点分析与适用[M].长春:吉林人民出版社,2001.
- [8]李薇,黄辉.论不安抗辩权与预期违约[J].当代法学,2002(2).
- [9]黄立.民法债编总论[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
- [10]陆海燕.浅析不安抗辩权与默示预期违约[J].中央政法管理干部学院学报,2001(5).
- [11]孙鹏.合同法热点问题研究[M].北京:群众出版社,2001.
- [12]王利明,王铁,房绍坤.合同法[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
- [13]杨永清.预期违约规则研究[A].民商法论丛:第3卷[C].北京:法律出版社,1995.
- [14]刘凯湘,聂孝江.论《合同法》预期违约制度适用范围上的缺陷[J].法学杂志,2001(1).
- [15]张谷.预期违约与不安抗辩之比较[J].法学,1993(4).
- [16]李辉.合同法原理[M].北京:中国人民公安大学出版社,1999.
- [17]李军,赵洋.默示预期违约与不安抗辩权制度之比较[J].地质技术经济管理,2004(04):41-42.
- [18]邵文献.比较分析不安抗辩权制度与预期违约制度[J].财经政法资讯,2010(03):22.

不确定性。与之相区别,《民法典(草案)·涉外篇》就没有对法律、国际条约的选择方式予以任何限定,应该理解为既可以是明示的也可以是默示的。所以,在合同领域的法律适用方式的选择也应该与总则篇对意思表示的分类相一致,承认当事人默示选择。

因此,承认当事人默示选择实质上是意思自治的本来真意,也是符合国际立法趋势的。我国在后续的立法中,应承认当事人默示选择可以成为当事人选择法律的一种方式。当然,为了防止法官自由裁量权的任意扩大,在制度设计时,可以采取瑞士国际私法或1985年海牙公约中的相关规定:“当事人选择法律应采用明示的方法或从合同条款和有关具体案情总的情况加以判断或显示”。

注释:

①很多学者将各国对默示选择的态度分为三类,一类为不承认,一类为有限制的承认,另一类为承认。笔者认为,所谓的有限度的承认与承认之间的区别实际上是对默示选择认定标准之间的区别,有的国家把默示选择推断的范围限制的很严苛,有些国家则把认定默示选择的范围界定的较为宽泛。这不是承不承认默示选择的问题,因此,在本文中,笔者将各国的态度只分为两类,承认当事人默示选择与不承认当事人默示选择。

②该公约于1986年生效,因此也被称为1986年海牙公约。

参考文献:

- [1]涂广建.解读我国《涉外民事法律关系适用法》[J].时代法学,2011(4):13.