

## 摘 要

合同签订后，一方当事人在履行期限届满前有可能不履行合同义务，另一方当事人如何维护自己的权利成为备受关注的问题。最早确立于英国判例中的预期违约制度为当事人提供了强有力的补救措施。经过上百年的发展，这一英美法系特有的法律制度在实践中发挥了巨大作用，与大陆法系通过不安抗辩权等制度解决类似问题相比，预期违约的补救措施在保护非违约方权利上更为完善，体现了公平和效益原则。预期违约补救措施的优越性得到了广泛的承认，作为国际统一立法重要组成部分的《联合国国际货物买卖合同公约》吸收了相关内容，一些大陆法系国家在改进国内法律的过程中也进行了借鉴，我国《合同法》也不例外，在颁布时引入了预期违约制度，形成预期违约制度与不安抗辩权制度并存的局面。本文在认识预期违约制度的基础上，将其划分为明示预期违约和默示预期违约两种情形进行考察，比较每一种情形下英美法系、《联合国国际货物买卖合同公约》和大陆法系国家所采取的补救措施。通过上述的分析和比较，加深对我国《合同法》预期违约制度现状的认识，为进一步完善我国《合同法》进行思考和提出建议。

本文共分 4 章。第 1 章介绍了预期违约制度的概况。在此基础上第 2 章分析了这一制度在英国、美国和《联合国国际货物买卖合同公约》中的发展历程，最后通过与大陆法系类似制度的比较进一步加深对这一制度本身的认识。

第 3 章是对预期违约补救措施的比较和研究。在把预期违约划分为明示和默示预期违约两种情形的前提下，考察并比较不同情形下两大法系国家及《联合国国际货物买卖合同公约》采取的补救措施。

第 4 章主要是我国《合同法》下预期违约及相关制度立法状况的介绍和评析，并在评析的基础上提出了进一步完善我国《合同法》的建议。

**关键词：**预期违约；补救措施；合同法

## ABSTRACT

After a contract is signed, one of the parties concerned may not fulfill its contractual obligations before the term of performance expires; how does the other party concerned defend its rights has become an issue that draws much attention. The anticipatory breach system that was established in British precedents at the earliest provides potent remedial measures for the parties concerned. Through hundreds of years' development, this legal system peculiar to British and American legal systems plays a great role in practice. Compared with the solution of similar problems adopted by the continental legal system through the precarious right to defense and other systems, the remedial measures of anticipatory breach are more improved concerning protecting the right of the non-defaulting party, embodying the principles of fairness and effectiveness. The superiority of the remedial measures of anticipatory breach has been widely acknowledged. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, as an important part of uniform international legislation, absorbs relevant contents, and some continental legal system countries also use the measures for reference in the process of improving domestic laws. There is no exception with our country's Contract Law. It introduced the anticipatory breach system when it was issued; forming the situation that the anticipatory breach system coexists with the precarious right to defense. Based on understanding the anticipatory breach system, the thesis conducts exploration by dividing it into express anticipatory breach and implied anticipatory breach; the thesis compares the remedial measures that are adopted by British and American legal systems, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and continental legal system countries in each circumstance. Through the above analysis and comparison, the understanding of the present situation of the anticipatory breach system in our country's Contract Law is deepened; thought is given into and proposals are put forward concerning further improving our country's Contract Law.

The thesis is divided into 4 chapters. Chapter 1 introduces the overview of the anticipatory breach system. On this basis Chapter 2 analyzes its development course in Britain, America and the United Nations Convention on Contracts for the International

Sale of Goods and at last deepens the understanding of this system through the further comparison with the systems that are similar with continental legal system.

Chapter 3 concerns the comparison and research of anticipatory breach remedial measures. It divides anticipatory breach into the two circumstances of express and implied anticipatory breaches, based on which this chapter investigates and compares the remedial measures adopted by the countries with the two major legal systems and United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods in different circumstances.

Chapter 4 is mainly the introduction, comment and analysis of the legislation conditions of anticipatory breach and relevant systems under our country's Contract Law and also puts forward proposals for further improving our country's Contract Law based on the comment and analysis.

**Key Words: Anticipatory Breach; Remedial Measures; Contract Law**

# 大连海事大学学位论文原创性声明和使用授权说明

## 原创性声明

本人郑重声明：本论文是在导师的指导下,独立进行研究工作所取得的成果,撰写成硕士学位论文“预期违约及补救措施的比较研究”。除论文中已经注明引用的内容外,对论文的研究做出重要贡献的个人和集体,均已在文中以明确方式标明。本论文中不包含任何未加明确注明的其他个人或集体已经公开发表或未公开发表的成果。本声明的法律责任由本人承担。

学位论文作者签名：李颖

## 学位论文版权使用授权书

本学位论文作者及指导教师完全了解大连海事大学有关保留、使用研究生学位论文的规定,即:大连海事大学有权保留并向国家有关部门或机构送交学位论文的复印件和电子版,允许论文被查阅和借阅。本人授权大连海事大学可以将本学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索,也可采用影印、缩印或扫描等复制手段保存和汇编学位论文。同意将本学位论文收录到《中国优秀博硕士学位论文全文数据库》(中国学术期刊(光盘版)电子杂志社)、《中国学位论文全文数据库》(中国科学技术信息研究所)等数据库中,并以电子出版物形式出版发行和提供信息服务。保密的论文在解密后遵守此规定。

本学位论文属于: 保 密  在 \_\_\_\_\_ 年解密后适用本授权书。  
不保密  (请在以上方框内打“√”)

论文作者签名：李颖 导师签名：张辉

日期：2010年6月28日

## 引 言

预期违约制度作为英美法系国家特有的制度，是通过英国王座法院审理的 *Hochster v. De La Tour* 一案确立起来的，这一案例促使人们关注合同一方当事人在合同履行期限届满前不履行义务的可能性及非违约方在此期间受到的损害，并思考如何保护这一期间非违约方的权利。该案之后的一系列案例逐渐充实了预期违约制度的内容，同时引发了学者对这一制度的争论和研究。美国法院通过援引英国以上相关判例，也在实践和理论中逐步建立和发展了预期违约制度。随着国际统一立法活动的推进，《联合国国际货物买卖合同公约》吸收了英美法系预期违约制度的有关规定，同时由于受到大陆法系的影响，《联合国国际货物买卖合同公约》下的预期违约制度体现了两大法系融合的特色。

对预期违约制度的研究和争论自其建立起就一直存在。国外的学者主要通过研究实践中的案例，从预期违约制度的含义、价值、分类、救济等各方面对其进行研究和论述，目的在于利用这一制度解决实践中出现的问题，发展至今既有得到广泛承认的通说，也存在很多不同的观点。我国作为大陆法系国家，国内学者的有关著作多从研究预期违约制度的理论入手，通过与大陆法系相关制度的比较，探讨预期违约制度是否应当引入、如何引入，在现有《合同法》框架下与不安抗辩权规定存在的冲突或重复，以及如何修改、整合的问题，这也是产生大量争议的地方。

本文通过研究这一制度及其补救措施在英美法系国家、《联合国国际货物买卖合同公约》下的不同表现，并与大陆法系相关制度做比较，尝试对我国《合同法》的相关规定进行评析和提出建议，以期使其更好的服务于实践。

## 第1章 预期违约制度概述

### 1.1 预期违约的内涵

预期违约又被称为先期违约、期前违约，其英文表述为 Anticipatory Breach of Contract，《联合国国际货物买卖合同公约》（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 本文以下简称 CISG）及很多学者都沿用了这一称谓。对预期违约的具体涵义，国内外学者曾做出过各种阐释。英国法学家 G.H.Treitelzai 在《The Law of Contract》一书中对预期违约所下的定义为履行期限到来之前，如果有一方当事人拒绝履行合同，又或者由于他自己的行为使其失去履行能力<sup>[1]</sup>。美国法学家科宾在其著作中将预期违约表述为于合同对其履行规定的期限来临之前拒绝履行其合同义务<sup>[2]</sup>。国内学者对预期违约也曾先后做出过不同阐述。如有国内著作将其详细定义为在合同有效成立后至合同履行期届满前，一方当事人通过言辞或行为向另一方当事人表示其将不能按照约定履行合同义务，也有将其简练的定义为于合同订立以后，履行期到来之前，一方表示拒绝履行合同的意图，并进一步举例说明这一意图具体体现为违约方于履行期到来之前宣布拒绝履行合同、宣布破产或丧失清偿债务的能力等情形<sup>[3]</sup>。

### 1.2 预期违约的特征

由上述国内外学者对预期违约的认识可以得知，预期违约与实际违约相比，具备如下特征：(1) 发生的时间。预期违约是发生在合同规定的履行期限届满前，不同于在合同规定的履行期限后发生的实际违约；(2) 侵害的内容。预期违约给债权人带来可能实现不了债权的危险，侵害的是债权人实现债权的可能性，而实际违约作为已经发生的违约的事实，侵害的是债权人的现实债权。(3) 举证责任的分配上。预期违约一般只有合同一方当事人违约，因此通常由非违约方承担举证责任，而实际违约还存在双方当事人违约的情况，因此一般按“谁主张，谁举证”的原则分配举证责任。

<sup>[1]</sup> Treitel G H. The Law of Contract. London: Sweet&Maxwell, 1999: 796.

<sup>[2]</sup> 科宾著. 王卫国译. 科宾论合同. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998: 465.

<sup>[3]</sup> 余劲松, 吴志攀. 国际经济法. 北京: 北京大学出版社, 2000: 87.

## 1.3 预期违约的分类

### 1.3.1 预期违约制度在英美法下的分类

英美法中的预期违约主要被划分为明示预期违约和默示预期违约两种类型，英国王座法院审理的 *Hochster v. De La Tour* 案和 1894 年 *Singe. v. synge* 即辛格夫人诉辛格案件分别被公认为是开创了明示和默示预期违约的著名案例。这一分类及相应的补救措施在《美国统一商法典》（Uniform Commercial Code，缩写为 UCC，本文以下简称 UCC）得到了进一步的发展和体现。

#### 1.3.1.1 明示预期违约的含义和构成

明示预期违约，顾名思义即一方当事人向另一方当事人明确的表示其将不履行合同义务，这种预期违约由以下几方面构成：

从表示的时间来看，明确表示不履行合同义务的行为必须发生在合同生效后到合同履行期满之前的时间段内，如果履行期满后当事人不履行合同则构成了实际违约，而合同生效之前合同义务尚未确定，当事人也不存在违约的可能。

从表示的方法来看，一方当事人向另一方当事人表示将不履行合同义务，这种表示必须是肯定的、明确的、自愿的<sup>[4]</sup>。这种表示口头与书面均可，而且必须能够被非违约方“合理的理解”<sup>[5]</sup>。换言之，如果该意思表示是含糊的或者是附加条件的，将不构成明示预期违约，比如只是表达了经济陷入困境、在支付能力上可能存在问题，则不宜武断的认定为明示预期违约。*Dingley v. ler* 案的判决能够很好的说明这一点。在该案中，合同约定原告以当时的市场价格把一批多余冰块提供给被告，在下一季时被告再以同样价格把同等数量的冰块卖给原告，在交付期来临前冰块价格大幅上涨，被告告知原告其只愿意以当初合同约定的冰块价格支付现金，或者待冰块价格降至该价格时再行交付。法院最后判决被告没有构成预期违约，因为在其发给原告的声明中并没有完全排除按期交付的可能性，即如果届时冰块价格下降，被告仍有按合同约定履行义务的可能<sup>[6]</sup>。

---

[4] 王军.美国合同法.北京:对外经济贸易大学出版社,2004:369.

[5] Blum B A. *Contracts: Examples and Explanations*. New York: Aspen Law & Business, 1998: 388.

[6] Rowley K. A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law. *Cincinnati University Law Review*. 2001, 69(56): 573.

从表示的内容来看，一方当事人作出的表示必须包含其将不履行大部分或全部的合同义务，使得另一方当事人根据合同可期待的利益受到重大威胁、导致合同目的无法实现的内容，才能构成明示预期违约，如果达不到上述严重程度，也不宜武断的认定为构成明示预期违约。

从表示的条件来看，没有法定缘由。比如合同将不能履行是由于发生了不可抗力情况，一方当事人将该情况在履行前告知对方的行为不宜认为构成明示预期违约。

### 1.3.1.2 默示预期违约的含义和构成

与明示预期违约相对的，默示预期违约是一方当事人以自身的行为或客观情形而非明确肯定表明了其将不履行合同义务，除具备预期违约的共性外，还由以下特殊要素构成：

从表示的方法来看，一方当事人将不履行合同义务只能通过其行为或客观情形来表示出来，如果是通过一方当事人明确向对方表示将不履行的意思来则构成明示预期违约了。

从表示的限制来看，这种默示的预期违约必须是能够被预见的，且这种预见必须是合理的、有充分依据的。

从表示的条件来看，除没有法定缘由外，还包括被预见到可能违约的一方不能及时提供担保，如果其在合理时间就履行合同义务提供了充分担保，也不构成默示预期违约。

### 1.3.2 预期违约在 CISG 中的分类

CISG 下的预期违约集中体现于 CISG 第五章卖方和买方义务的一般规定的第一节预期违反合同和分批交货合同的第 71 和第 72 条，通过对这些条款的分析，可知 CISG 从可能导致的后果之严重程度的角度出发，将预期违约划分为预期根本违约和预期非根本违约，和英美法中根据预期违约的表示方法而将其划分为明示和默示预期违约的分类方法形成鲜明区别。

预期根本违约和预期非根本违约分别体现于 CISG72 条和 71 条，二者在判断标准、法律后果及补救措施方面均有不同：



首先,在判断标准上,CISG第25条以概括性的术语为“构成根本违约”做出规定<sup>[7]</sup>,即“一方当事人违反合同的结果,如使另一方当事人蒙受损害,以至于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西”,比如违约方不承认违约并拖延时间导致另一方受到严重损害就将构成根本违约<sup>[8]</sup>。结合第25条的规定,预期根本违约的判断标准为:其一,一方当事人的行为将“根本违反合同”,其二,这种行为能被另一方“明显的看出”。

预期非根本违约的判断标准依据CISG第71条为另一方当事人显然将不履行其大部分义务,但未达到“根本违反合同”的程度,同时第71条将“显然将不履行其大部分义务”具体规定为(a)他履行义务的能力或他的信用有严重缺陷;或(b)他在准备履行合同或履行合同中的行为,使得预期非根本违约的判断标准更具有客观性,有利于在实践中具体把握和运用,另外在判断是否根本违反合同时还要将违约方是否具备专业知识或经验的情况考虑进去<sup>[9]</sup>。

其次,在法律后果及补救措施上,预期根本违约的法律后果为合同无效,即非违约方当事人可以采取宣告合同无效的补救措施,同时对非违约方的该项权利进行了限制,即其必须在时间许可的情况下对另一方发出合理通知,保留了预期违约方对履行义务提供担保的权利,除非其已声明将不履行其义务。

预期非根本违约的法律后果为合同中止履行,即非违约方可以采取中止履行其义务的补救措施,同时规定了中止履行方的通知义务,为预期违约方保留了提供担保以使合同继续履行的可能。值得注意的是71条为适应国际货物买卖的现实情况特别规定了预期非根本违约情形下的卖方停运权。

---

<sup>[7]</sup> Honnold J. Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention. Deventer: Kluwer Law International, 1999: 206.

<sup>[8]</sup> Schlechtriem P. Uniform Sales Law. California: World Trade Press, 1986: 59.

<sup>[9]</sup> Koch R. The Concept of Fundamental Breach of Contract Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Deventer: Kluwer Law International, 1999: 265.

## 第 2 章 预期违约类型的比较研究

### 2.1 预期违约在英美法系和 CISG 中的发展和比较

#### 2.1.1 预期违约在英国的确立和发展

预期违约作为英美法系特有的重要制度之一，最早是通过判例在英国合同法中确立起来的，其目的在于应对合同成立后到履行期满前这一期间可能发生的危害履行的风险<sup>[10]</sup>。由英国王座法院审理的 *Hochster v. De La Tour* 案，即霍克斯特案件被公认为开创了预期违约制度的先河，预期违约制度自始得以发展<sup>[11]</sup>。该案案情并不复杂。1852 年 4 月中旬原告同意接受被告的雇佣，作为随从自同年 6 月 1 日起随原告前往欧洲，雇佣期限为 3 个月，原告霍克斯特为此次旅行进行了准备。然而同年的 5 月中旬，被告写信通知原告，称他已改变主意并不再需要霍克斯特的服务。原告霍克斯特遂于同年 5 月 22 日起诉，请求损害赔偿。原告起诉后直至同年 7 月，在其他处又找到一份工作。法院最后判决原告胜诉<sup>[12]</sup>。这一判决突破了预期违约制度建立之前的英美法系传统合同理论，即只关注实际违约，认为履行期届满前债务人没有实际的履行义务，因此这一阶段也无所谓违约，违约总是发生在债务到期以后<sup>[13]</sup>，债权人只能在履行期届满后才可请求损害赔偿，被告律师据此提出辩护观点即合同到底履行还是不履行只有到了 6 月 1 日才知道，在此之前没有违约，原告于 5 月 22 日就起诉没有理由。但主审此案的英国大法官 *Campbell* 对此的观点为如果原告必须在 6 月 1 日之后才能请求法律救济，那么原告在 6 月 1 日之前就不能签订与被告在 4 月 12 日达成的合同抵触的任何雇佣合同，并且在此期间还要为与被告到欧洲大陆旅行准备工作需要的行装等，而原告如果在被告拒绝履行合同后就结束继续履行合同的义务并保留请求损害赔偿的权利，则原告就不必空等和付出不必要的金钱为履行合同做准备，并可以自由寻找其他工作机会，这显然更合理，并且减少了损失，对原告和被告双方都有利。基于此种考虑，法院支持了原告的做法，此判例也因突破旧有传统、认识到预期违约的

<sup>[10]</sup> Treitel G H. *The Law of Contract*. London: Sweet & Maxwell, 1999: 489.

<sup>[11]</sup> Rowley K. A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law. *Cincinnati University Law Review*. 2001, 69(56): 573.

<sup>[12]</sup> <http://www.4lawschool.com/contracts/de.shtml>

<sup>[13]</sup> Blum B A. *Contracts: Examples and Explanations*. New York: Aspen Law & Business, 1998: 276.

意义而成为确立明示预期违约的著名判例，并得到高度评价和广泛引用<sup>[14]</sup>。次年的爱娃诉伯顿订立租船合同案从拒绝明示预期违约的结果方面对预期违约制度进行了发展和补充<sup>[15]</sup>。

促使预期违约制度在英国进一步发展的著名案例当属 1894 年 *Singe.v.synge* 即辛格夫人诉辛格案件。该案被视为确立了有别于明示预期违约的默示预期违约制度，使刚出现于英国的这一法律制度更加完善。此案中被告辛格于婚前许诺将一座房屋于婚后转归原告所有，但被告后来却把房屋卖给第三人，使得被告的许诺成为不可能，虽然被告仍存在重新买回该房屋以履行承诺的可能性，但法院最后判决原告有权解除合同及请求赔偿<sup>[16]</sup>。在该案中，被告没有以“写信”等方式明确表示将不履行合同，而是以把房屋卖给第三人的行为表明了其将不履行合同，法院亦认定了这一“默示”的预期违约行为。

## 2.1.2 预期违约制度在美国的发展

在理论方面，预期违约制度自确立时起也曾引起很多争议，有美国学者认为预期违约的概念不合乎逻辑，将增加合同当事人的义务，因为这一制度“要求表意人过早履行其允诺的义务”<sup>[17]</sup>。以美国学者 Corbin 为代表的预期违约制度的支持者对这一观点进行了大量的批驳，认为设立预期违约制度“没有不合逻辑处”，在理论上为预期违约制度的进一步确立扫清了道路<sup>[18]</sup>。

在判例方面，英国 *Hochster v.De La Tour* 案及随后数个类似英国判例对美国相关判例产生重要影响，促使了预期违约制度在美国的建立。其中美国联邦最高法院的 *Roehm v.Horst* 判例对预期违约制度在美国的广泛确立起到重大作用。在该案中，原告分别以个人名义和公司名义与被告签订数份买卖合同，合同期限在五年以上，在此期间原告通知被告公司解散的事实，被告回信表示他认为公司解散导致合同终止，在此之后被告拒绝接受原告依合同发送的货物，并且拒付货款。法院在该案中即援引了英国 *Hochster v.De La Tour* 等判例，并作出 *Hochster v.De La*

<sup>[14]</sup> Rowley K.A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law. Cincinnati University Law Review.2001.69(56):623.

<sup>[15]</sup> 叶林.违约责任及其比较研究.北京:中国人民大学出版社,1997:194.

<sup>[16]</sup> <http://skxy.ecjtu.jx.cn/law/showarticle.asp?id=340>

<sup>[17]</sup> Williston.Repudiation of Contract. Harvard Law Review.1901,14(2):421-438.

<sup>[18]</sup> 科宾著.王卫国译.科宾论合同.北京:中国大百科全书出版社,1998:450.

Tour 判决所确定的法律规则是可以适用于该案以及现今发生在商品交易中的大量其他案件的合理规则的结论<sup>[19]</sup>。

在制定法方面，UCC 在承继英国预期违约制度的基础上，通过总结有关预期违约判例，做出了相对完善的规定，体现了美国法的特色，进一步发展了预期违约制度。

UCC 主要在其第二编即买卖编中对预期违约进行规定<sup>[20]</sup>。UCC 第 2—610 条对明示预期违约有如下规定：如果任何一方在合同任何义务尚未到期的情况下毁弃合同，且造成的损失将严重损害合同对对方的价值，受损方可以：（a）在商业上合理的时间内，等待毁约方履行合同义务；或（b）寻求任何违约救济（第 2—703 条或第 2—711 条），即使他已经通知毁约方将等待其履约和已经催其纠正违约；并且（c）在上述任何一种情况下，均可停止自己对合同的履行，或根据本篇关于卖方在对方违约情况下仍可将货物特定于合同项下或救助半成品货物的规定行事（第 2—704 条）。

UCC 第 2—609 条对默示预期违约进行了规定：（1）买卖合同双方都有义务不破坏对方抱有的获得己方正常履约的期望。当任何一方有合理理由认为对方不能正常履约时，他可以用书面形式要求对方提供正常履约的适当保证，且在他收到此种保证之前，可以暂停履行与他未收到所需之履约保证相对应的那部分义务，只要这种暂停是商业上合理的。（2）在商人之间，所提出的理由是否合理和所提供的保证是否适当，应根据商业标准来确定。（3）接受任何不适当的交付或付款，并不损害受损方要求对方对未来履约提供适当保证的权利。（4）一方收到对方有正当理由的要求后，如果未能在最长不超过 30 天的合理时间内按当时情况提供履约的适当保证，即构成毁弃合同。

### 2.1.3 预期违约制度在 CISG 中的发展

预期违约制度在 CISG 下发展出新的特色，是两大法系融合的体现和发展中国家与发达国家斗争与妥协的结果，体现了 CISG 推动法律统一适用的目的<sup>[21]</sup>。

<sup>[19]</sup> <http://supreme.justia.com/us/178/1/>

<sup>[20]</sup> 林晓云. 美国货物买卖法案例判解. 北京: 法律出版社, 2003: 123-124.

<sup>[21]</sup> Koch R. The Concept of Fundamental Breach of Contract Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Deventer: Kluwer Law International, 1999: 189-194.

CISG 下的预期违约制度集中规定在第五章卖方和买方义务的一般规定的第一节预期违反合同和分批交货合同的第 71 和第 72 条。第 71 条主要规定了预期非根本违约的情形和救济,其补救措施以中止履行为核心<sup>[22]</sup>。第 72 条则主要规定了预期根本违约的构成和救济<sup>[23]</sup>。

#### 2.1.4 比较与评析

预期违约制度最早确立于英国判例法,并发展出明示预期违约和默示预期违约的分类方法,这一时期有关预期违约制度的英国判例对美国法产生了深远影响。作为英美法系的重要组成部分,美国法以英国法为传统,受英国法律变化发展的影响很大。预期违约制度在美国得到长足的发展并具备了美国特色,集中体现在 UCC2—609、2—610 对预期违约制度的规定上,UCC 中的预期违约制度在承继英国法的基础上已经发展出了新的特色:

第一,带有明显的为商业服务的色彩,更贴近商业活动日益活跃的现实。如 UCC 第 2—610 条、UCC 第 2—609 条在对预期违约的判断标准和补救措施方面强调了以“商业标准”来确定受损方判断对方是否构成预期违约以及因此要求其提供保证的合理性。这显示了 UCC 中的预期违约制度重点服务于商业活动。

第二,条文规定的更加详细,填补了英国通过判例确定的预期违约制度的空白。在 UCC 第 2—610 条、UCC 第 2—609 条中确定了受损方在面对预期违约时拥有选择补救方法的权利,包括可以选择等待或要求毁约方提供担保等多项内容,具体内容将在下文详细分析。

作为由美国统一州法委员会和美国法学会联合制定的一部制定法,UCC 被美国各州广泛采用,是美国商法中举足轻重的一部,而 UCC 第二编买卖编中关于预期违约的条文更由于规定具体完善而受到高度评价,特别在货物买卖合同领域影响巨大。

随着经济全球化的影响加深,有关预期违约制度的规定也出现在国际统一立法中,其中影响较大的为 CISG。CISG 从是否构成根本违约的角度,将预期违约制度划分为预期根本违约和预期非根本违约,但在补救措施上仍有明示与默示的

<sup>[22]</sup> 李巍.联合国国际货物销售合同公约.北京;法律出版社,2009:319-320.

<sup>[23]</sup> 李巍.联合国国际货物销售合同公约.北京;法律出版社,2009:324-325.

区分,表现出 CISG 下的预期违约制度采用了英美法系预期违约的有关规定,但同时也受到大陆法系不安抗辩权制度的影响,体现了两大法系相互融合的特色,这既与 CISG 消除各国法律差异、建立国际统一法律规范的主旨有关,也是发达国家与发展中国家斗争和妥协的结果。CISG 下预期违约的这一特色一直受到争议。

## 2.2 预期违约类似制度在大陆法系的建立和比较

### 2.2.1 大陆法系类似制度的建立

预期违约作为英美法系特有的制度在保证合同安全和维护合同关系的稳定以及使合同中的受损方能够迅速通过诉讼来保护自己权益的方面具有不可忽视的价值<sup>[24]</sup>。虽然大陆法系对该制度并没有明确的规定,但存在类似的规则来应对相似情况<sup>[25]</sup>。大陆法系可以通过拒绝履行和不安抗辩权制度处理明示预期违约和默示预期违约问题。

#### 2.2.1.1 拒绝履行制度

大陆法系下的拒绝履行即合同义务人拒绝履行自己的合同义务,这种拒绝没有合法的理由,拒绝履行和迟延履行一样都是大陆法系下的违约形态,因此拒绝履行实质是一种实际违约,与英美法系下的预期违约有着本质区别,拒绝履行可以适用实际违约的补救措施。在履行期满前发生一方当事人表示拒不履行合同义务即构成预期明示违约的情况下,非违约方可以适用构成实际违约拒绝履行时所能采取的补救措施,这一做法在德国司法判决中得到普遍承认,即非违约方可以采用《德国民法典》第 325 条、326 条规定的实际违约的补救方式,于是大陆法系国家可以参照这种制度解决经济生活中出现的明示预期违约问题。

#### 2.2.1.2 不安抗辩权制度

不安抗辩权作为大陆法系特有的制度,体现于各大陆法系国家的民法典中,德国、法国、瑞士、奥地利等国民法均有相应规定。其中《德国民法典》原第 321 条对不安抗辩权制度做出了明确规定,因双务合同承担债务并向另一方先为给付者,如果另一方的财产于订约后明显减少,有难为对待给付的可能时,在另一方

<sup>[24]</sup> Vold L. The Tort Aspect of Anticipatory Repudiation of Contracts. Harvard Law Review. 1928, 41(1): 340.

<sup>[25]</sup> 谢琼. 论合同法中预期违约制度的完善. 西昌学院学报, 2009, 21(2): 67.

未为对待给付或提出担保之前，可以拒绝自己一方的给付<sup>[26]</sup>。《法国民法典》第1613条亦规定，如果买卖成立，买受人处于破产境地或处于无清偿能力而使出卖人有丧失价金的可能时，即使出卖人曾经同意延期支付，出卖人也不承担交付标的的义务，但不包含买受人提供到期支付的保证的情况<sup>[27]</sup>。通过分析不安抗辩权的定义，可以发现这项法律制度和默示预期违约在实现公平、效率的价值、保证合同的顺利履行、保护当事人根据合同拥有的合理的期待权以及采取的补救措施方面都有相近之处，因此有学者认为二者之间的区别很小，其救济手段基本一致，并得出了在设置不安抗辩权的情况下不必另外设立预期违约制度的结论<sup>[28]</sup>。但作为从不同法系发展而来的两种制度，虽然在功能上有相似处，但在具体补救措施等方面仍有不能忽视的区别，具体运用中的比较将在下文进行详细阐述。

## 2.2.2 比较

### 2.2.2.1 明示预期违约与拒绝履行的比较

首先，二者存在质的区别。拒绝履行是指合同履行期满，债务人无正当理由而不履行其合同义务，按大陆法系的通说属于实际违约，而明示预期违约作为预期违约的一个类型，是指一方当事人在合同履行期满前以口头或行为明确的表示将不履行合同义务，是区别与实际违约的一种特殊的违约形态，因此二者侵害的客体也不同。明示预期违约侵害的是债权人实现债权的可能性，而拒绝履行侵害的是现实债权。其次，二者在功能上有相似之处。预期违约作为英美法系独有的制度，在大陆法系中没有专门的明确的规定，当经济生活中出现一方明示预期违约的现象时，大陆法系可采用拒绝履行的有关补救措施进行处理。

### 2.2.2.2 默示预期违约与不安抗辩权制度的比较

二者除了性质和法律基础的不同，其区别显著体现在适用范围的不同上，依据大陆法系的通说不安抗辩权仅适用于履行顺序有先后之分的双务合同中，是双务合同中具有先履行义务一方拥有的权利，默示预期违约作为预期违约的类型之一适用于任何履行顺序的双务合同，而且合同的任何一方在对方发生默示预期违

<sup>[26]</sup> 崔建远. 合同法. 北京: 法律出版社, 2004: 103.

<sup>[27]</sup> <http://china.findlaw.cn/hetongfa/weiyuezeren/yqw/8518.html>

<sup>[28]</sup> 李永军. 合同法原理. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1999: 515-516.

约时都可采取对应的补救措施。由于处于不同的法系，二者有不同的法律传统和立法特点，因此在判断标准和补救措施方面相似而不完全一致。



### 第3章 预期违约补救措施的比较研究

自预期违约现象进入法律研究的领域后,对这一现象的分类研究便没有停止,并随着时间的发展和地域的差异产生出各种不同的学说和立法。从被公认为创设了预期违约制度的由英国王座法院审理的 *Hochster v. De La Tour* 案及 1894 年 *Singe. v. synge* 即辛格夫人诉辛格案件开始,传统的英国法从表示方法不同的角度出发,将预期违约划分为明示和默示预期违约两种类型。在继承英国法的基础上,预期违约制度在美国获得进一步发展,集中体现于 UCC 及《合同法重述》(第二版)等立法成果中,体现了发展至该阶段的预期违约制度重视解决现实经济生活中的合同问题。随着经济全球化和两大法系融合的趋势加强,预期违约制度在国际统一立法中有了进一步发展,最有代表性的是 CISG 中关于预期违约的规定。作为国际贸易法统一化的重要成果, CISG 兼收了两大法系关于预期违约及补救措施的相关内容<sup>[29]</sup>。CISG 从是否构成根本违约的角度将其分为预期根本违约和预期非根本违约两类,并分别在 CISG72 条和 71 条中加以规定,这种划分方法不拘泥于严格的明示和默示的划分,重点关注对合同造成的侵害程度及相应可采取的补救方法。大陆法系中虽然没有直接运用预期违约的措辞作出规定,但对于经济活动中客观存在的预期违约现象也给予了关注,并设立了拒绝履行和不安抗辩权的类似制度加以规范。

总之不论从何种角度对预期违约进行分类研究,目的都是为了关注这一经济生活中屡见不鲜的现象,并设置更完善的法律工具来应对,以达到更好的维护公平、效率、安全的目的,因此本章从公认的明示和默示划分方法来研究在不同预期违约情形下,不同法系国家将采取的具体补救措施。

#### 3.1 明示预期违约情形下的补救措施

明示预期违约即一方当事人向另一方当事人明确的表示其将不履行合同义务,这种表示可以是口头的,也可以是书面的,但不能是附加条件或含糊的,其构成和特点在前文已有论述。自英国王座法院审理的 *Hochster v. De La Tour* 案开

---

<sup>[29]</sup> 王传丽.国际贸易法.北京:中国政法大学出版社,2009:67-69.

始，这种预期违约的现象正式得到法律的确认和规范，并在不同法系国家中发展出了相应的补救措施。

### 3.1.1 明示预期违约在英美法系下的补救措施

对于明示预期违约，英美法系赋予非违约方较大的自由来选择可用的补救措施。面对明示预期违约的发生，非违约方可以选择承认对方做出的这种明确的、绝对的将不履行合同的表示，也可以选择拒绝承认，每个选择都对应一套具体的补救方法。

#### 3.1.1.1 非违约方选择承认明示预期违约时可采取的补救措施

第一，非违约方可以中止自己的履行及为履行所做的准备。中止履行是预期违约可采取的重要补救措施之一，也是预期违约和实际违约的重要区别之一。这种补救措施广泛体现在英美法判例和制定法中。如以英国王座法院审理的著名的 *Hochster v. De La Tour* 案为例，当被告致信原告霍克斯特称他已改变主意并不再需要霍克斯特的服务时，即被告做出明示预期违约的表示时，原告霍克斯特承认了被告这一明示预期违约，便不再需要继续为履行与被告的合同而做准备，主审此案的英国大法官 *Campbell* 认为原告如果在被告拒绝履行后就结束继续履行合同的义务并保留请求损害赔偿的权利，就不必空等和付出不必要的金钱为履行做准备，并可以自由寻找其他工作机会，从而支持了原告的行为。美国 UCC 第 2—610 条同样对这一补救措施做出规定，“如果任何一方在合同任何义务尚未到期的情况下毁弃合同，且造成的损失将严重损害合同对对方的价值，受损方可以……c. 在上述任何一种情况下，均可停止自己对合同的履行……”。这一补救措施对减少双方的损失、保障合同的效率、公平有重要的价值。

第二，非违约方可以解除合同并要求损害赔偿及其他救济方式。仍然以 *Hochster v. De La Tour* 案为例，原告于当年 5 月 22 日起诉请求损害赔偿，法院判决原告胜诉，确立了非违约方可以在明示预期违约下采取这一补救措施。UCC 第 2—610 条亦规定“如果任何一方在合同任何义务尚未到期的情况下毁弃合同，且造成的损失将严重损害合同对对方的价值，受损方可以……b. 寻求任何违约救济（第 2—703 条或第 2—711 条），即使他已经通知毁约方将等待其履约和已经催其纠正违约”，这说明非违约方有权拥有 UCC 第 2—703 条下卖方享有的各种救

济方式和第2—711条下买方享有的各种救济方式，其中当然包括解除合同、要求损害赔偿等内容<sup>[30]</sup>。如果客观环境允许非违约方寻找其他减轻损失的方法，其在要求损害赔偿时应扣除这部分减少的损失<sup>[31]</sup>。需要注意的是，如果非违约方选择解除合同，这种选择就是终局性的，无法反悔和撤回<sup>[32]</sup>，非违约方不能一方面承认合同某条款构成预期违约一方面又“视合同为其他目的存在”<sup>[33]</sup>，即一旦采取该项补救措施，将带来两项法律后果：非违约方不能请求明示预期违约方实际履行；明示预期违约方不能撤回其“明示”的声明<sup>[34]</sup>。

第三，非违约方可以拒绝接受明示预期违约方撤回其“明示”的反悔行为。明示预期违约一方可以在做出明示后至合同履行期限届满前撤回其“明示”的声明，则之前的“明示”无效，合同的效力恢复，对此UCC2—11做了具体规定，第2—611条（撤回已作出的预前毁约）：毁约方在其应履行的下一项合同义务到期前，可以撤回已作出的毁约，除非受损方在毁约发生后已解除合同，或已严重改变合同地位，或已用其它方式表明他认为此种毁约已成定局。

可见撤回预期违约的“明示”不是没有限制的，即以下情况中，非违约方可以拒绝接受撤回的行为：（1）非违约方已经解除合同。此时双方的合同关系已经不存在，预期违约方的撤回行为也失去意义了。（2）非违约方的合同地位已经严重改变。这种情况是指非违约方在接受预期违约方的明示后，虽然没有解除合同，但由于预期违约方的这种明示，使得非违约方的合同地位发生严重改变——即非违约方收到明示后已经采取了相应措施减少损失，这种措施包括非违约方已经从别处购买替代物，或者停止宣传违约方的产品等<sup>[35]</sup>，如果预期违约方此时要求合同恢复到原来的履行状态将使非违约方受到重大影响，则可认定非违约方的合同地位已经严重改变。比如买方与卖方约定向其购买一批蓝狐毛围领的女装，后买方向卖方明确表示由于市场变动原因将不予购买，卖方接到明示后向买方发出了不愿解除合同的通知，但是为了减少损失和防止买方坚持毁约，卖方暂停了向生产蓝狐毛围领和女装面料的公司购买产品，这种情况下如果买方要撤回明示的表

<sup>[30]</sup> 林晓云.美国货物买卖法案例判解.北京:法律出版社,2003:139.

<sup>[31]</sup> Jackson J H,Bollinger L C.Contract Law in Modern Society.St.paul:West pub.co,1980: 1186.

<sup>[32]</sup> Chesire F,Furmaton. Law of Contract.London:Butterworths,1986: 531.

<sup>[33]</sup> Treitel G H.The Law of Contract.London:Sweet&Maxwell,1983:642.

<sup>[34]</sup> <http://www.zkxww.com/PAPERS/lunwen/falv/jjff/200903/24819.html>

<sup>[35]</sup> 威廉.H.劳伦斯,威廉.H.亨宁著.周晓松译.美国货物买卖和租赁精解.北京:北京大学出版社,2009:208.

示，将合同恢复到原有履行状态，则对卖方严重不利。实践中合同地位是否已经严重改变需要结合具体情况判断，没有统一标准。（3）非违约方已用其他方式表明其认为此种毁约已成定局。

赋予非违约人该项补救措施的意义在于避免因明示预期违约方的反复无常而遭受损失，明示预期违约方的明示和撤回行为都将影响非违约方的反应，比如非违约方为减少损失而停止采购原料或另寻其他买主，此时明示预期违约方的反悔就可能对非违约方的利益造成损害，特别在市场价格不断变化的情况下该项补救措施显得更为重要。

第四，采用上述补救措施的注意问题。其一，要注意承认明示预期违约的形式问题。上述补救措施是在非违约方承认明示预期违约的前提下适用的，非违约方的这种承认不是随意的，其有效成立受到一定限制——非违约方承认明示预期违约的选择必须能让对方明确的了解到，即对明示预期违约的承认应当是明确的和完全的。英国法对预期违约的承认规定了以下方式，将损害赔偿提前、通知预期违约方承认其违约的意图及保护性购买等，非违约方的这种承认的声明必须结合相关的行动才能起到承认的效力<sup>[36]</sup>。英国法的这些规定对承认的方式和成立进行了规范，可见非违约方在收到预期违约的明示后，仅有沉默或不作为只能视为对明示的拒绝，而向违约方发出的明确的完全的承认通知并配合相应的行动则可以构成对明示预期违约的接受。其二，要注意非违约方的减损义务。如果非违约方选择接受明示预期违约，那么他在拥有采取上述补救措施权利的同时，也承担了减少损失的义务，即采取合理、有效的措施来避免损失进一步扩大，如 *Hochster v. De La Tour* 案中原告在接到被告的通知后另找了一份工作，并没有空等浪费时间，也没有继续购买为履行原合同所需要的衣物等，原告的行为也得到了该案主审法官的认可。又比如在 *Oloffson v. Coomer* 收购玉米案中，因气候原因玉米减产，农民已提前通知商人从他处购买玉米，但商人没有选择购买替代玉米而是坚持让农民交付，法院最后判决商人没有尽到减损的义务，其本来能避免的损失不能得到赔偿<sup>[37]</sup>。类似避免损失扩大的行为还有买方在承认卖方明示预期违约后另行寻

<sup>[36]</sup> Treitel G H. *The Law of Contract*. London: Sweet & Maxwell, 1983: 531.

<sup>[37]</sup> 威廉·H·劳伦斯, 威廉·H·亨宁著, 周晓松译. *美国货物买卖和租赁精解*. 北京: 北京大学出版社, 2009: 206-207.

找其他卖家买进货物、卖方收到买方明示后停止运输货物或不再生产合同约定的货物或积极寻找其他买家等，这些行为都被法律所肯定，相反的非违约方继续扩大损失的行为得不到法律的支持，即如果非违约方继续履行给付会扩大其损失范围，则应避免这样做，对其本来能够通过停止继续履行或者采取其他合理措施避免的那部分损失，不应该获得赔偿<sup>[38]</sup>。

### 3.1.1.2 非违约方选择拒绝承认明示预期违约时可采取的补救措施

英美法下的预期违约制度赋予非违约方拒绝明示预期违约的权利，一旦非违约方做出这种选择，合同的效力仍然存在，并对合同双方都有约束力，这种情形下非违约方有相应的补救措施可以采用，这些补救措施同非违约方选择承认明示预期违约所能采取的措施既有相同之处又有明显的区别。

第一，非违约方可以中止自己的履行及为履行所做准备。这一措施与承认明示预期违约时的情形相同，并在 UCC 第 2—610 条中得到了明确的体现，“如果任何一方在合同任何义务尚未到期的情况下毁弃合同，且造成的损失将严重损害合同对对方的价值，受损方可以：（a）在商业上合理的时间内，等待毁约方履行合同义务；或（b）寻求任何违约救济（第 2—703 条或第 2—711 条），即使他已经通知毁约方将等待其履约和已经催其纠正违约；并且（c）在上述任何一种情况下，均可停止自己对合同的履行，或根据本篇关于卖方在对方违约情况下仍可将货物特定于合同项下或救助半成品货物的规定行事（第 2—704 条）”，即非违约方在拒绝对方明示预期违约的情况下，仍然可以中止自己的履行及为履行所做的准备。

第二，非违约方可以等待合同履行期的到来，如果预期违约方仍然拒绝履行则构成实际违约，非违约方可以采取实际违约下可采取的所有补救措施，比如解除合同、请求损害赔偿等。采取这一措施的优点在于非违约方有权要求另一方履行合同，同时保留了不通过诉讼而使合同正常履行的可能<sup>[39]</sup>。但采取这种措施虽然保留了强制对方履行的权利和不经诉讼而使合同得到履行的可能性，却同时使非违约方承担了丧失诉权的风险。1855 年英国 *Avery v. Bowden* 一案的判例很好

<sup>[38]</sup> 科宾著.王卫国译.科宾论合同.北京:中国大百科全书出版社,1998:477.

<sup>[39]</sup> Treitel G H. *The Law of Contract*. London: Sweet&Maxwell, 1983: 646.

的说明了这一问题。在这一案件中，原被告签订了租船合同，按照约定作为原告的船主应将船驶入俄国的敖德萨港以供被告装货。船舶抵达后，被告没有货物可装，于是向原告说明了这一情况并多次建议原告离开，但原告拒绝离开仍留在港口希望被告按约履行合同。在合同约定的装船期届满前，爆发了英俄战争，合同因此无法履行。船主诉至法院，以被告违约为由请求赔偿。法院没有支持原告的请求，认为在合同因战争而无法履行前，被告没有违约，即使被告向原告做出了预期违约的明示，但原告没有选择承认这一明示并就此行使诉权解除合同及请求损害赔偿，而是选择拒绝了被告的明示，坚持合同的效力，从而丧失了诉权，法院最后认定合同因不可抗力而被迫解除，被告并未违约<sup>[40]</sup>。这一案例明确了非违约方在对方发出预期违约的明示时拥有选择拒绝的权利，同时揭示了选择这一做法将承担因意外而丧失诉权的风险。UCC 第2—610条中同样规定了非违约方“可以等待毁约方履行合同义务”的权利，并附加了“在商业上合理的时间内”这一条件加以限制，这体现了美国法在继承英国法的基础上进一步发展了预期违约制度，使之更适合日益活跃的经济生活。

第三，非违约方拒绝与承认明示预期违约间的转化。非违约方做出拒绝承认明示预期违约的表示后，如果违约方未做出撤回明示预期违约的表示，则预期违约的明示仍然有效，即非违约方的拒绝不影响预期违约的明示的效力，非违约方此时仍可改变态度接受该明示，转化为接受明示预期违约的情形，并适用该情形下可采取的所有补救措施。

第四，采用上述补救措施的注意问题。其一，要注意拒绝承认明示预期违约的形式问题。与承认不同，拒绝承认明示预期违约可以用不作为的方式表现，沉默和不作为的行为都可以视为对明示预期违约的拒绝。其二，关注非违约方的减损义务。在拒绝承认明示预期违约的情况下，非违约方仍承担着减损义务，并不因可以等待合同履行期的到来而扩大不必要的损失。Rockingam County v. Lutem Bridge Co.案的判例很好的说明了这一问题。该案中，L 修桥公司和 R 城签订合同，约定 R 城因铺设公路而请 L 公司为其修桥，合同生效后由于民众反对，R 城通知 L 公司停止修建，此时 L 公司已为修桥支出了近 2000 美元的劳动力和建筑材料等

<sup>[40]</sup> 徐炳. 买卖法. 北京: 经济日报出版社, 1991: 413.

费用，L 公司对 R 城的通知置之不理，继续按合同修完此桥，并随后诉至法院，请求 R 城为 L 公司所做的工作偿还 18307.07 美元。一审 L 公司胜诉，上诉法院最终改变了一审判决，在判决中法官认为原告 L 公司在收到 R 城的通知——即 R 城预期违约的明示后，无权继续建造一座没有用途的桥来扩大损害<sup>[41]</sup>。该判决说明即使非违约方可以选择拒绝承认预期明示违约，等待履行期的到来，也仍然具有减少不必要的损失的义务，不能以不合理的行为扩大损失，这一点与承认明示预期违约所体现的法律精神是一致的。

### 3.1.2 明示预期违约在 CISG 下的补救措施

CISG 中也对预期违约制度做出了规定，具体体现在 CISG 第 71 条和第 72 条，与英美法系下预期违约形成显著区别的是 CISG 将预期违约从是否根本违反合同的角度将预期违约分为预期根本违约和预期非根本违约，而判断构成根本违约的标准则体现在 CISG 第 25 条中：

一方当事人违反合同的结果，如使另一方当事人蒙受损害，以至于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西，即为根本违反合同，除非违反合同一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果。

这种分类角度上的不同导致对预期违约补救措施的规定也不同。不过由于 CISG 受到英美法系国家的影响，细究 CISG 下预期违约的条款，仍可发现其中也包含了“明示”和“默示”预期违约的规定，为了从同一角度更好的比较不同法系国家的预期违约制度，本文仍从明示与默示的分类角度对其进行研究。此处就明示预期违约的情况下 CISG 如何为非违约方设置补救措施进行分析。

第一，非违约方可以宣告合同无效。CISG 第 72 条第 3 款规定了明示违约情形下非违约方可采取的补救措施——如果另一方当事人已声明他将不履行其义务，非违约方可以直接宣告合同无效，无需通知预期违约方对履行义务提供充分保证。在德国法院审理的一个案件即据此做出判决。在该案中，德国买方向意大

---

<sup>[41]</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Luten\\_Bridge\\_Company](http://en.wikipedia.org/wiki/Luten_Bridge_Company)

利卖方购买一批布料，卖方在得知其所能交付的布料颜色与合同约定不符时，向买方表示将拒绝交付布料，买方随即宣告合同无效。法院支持了买方的做法<sup>[42]</sup>。

第二，非违约方在履行期限届满前可提起损害赔偿之诉。CISG 第 72 条第 3 款只规定了非违约方在明示预期违约情况下可以宣告合同无效，并未规定解除合同时可以请求损害赔偿。事实上解除合同与请求损害赔偿是紧密相连的。结合 CISG 第 74、75、76 条对损害赔偿范围的规定，非违约方在宣告合同无效后如果没有进行替代交易，可以取得合同约定的价格和宣告合同无效时的价格之间的差价以及因一方违约造成的其他损害赔偿。这些规定说明 CISG 是支持非违约方在宣告合同无效时可以请求损害赔偿的，虽然并没有集中体现在同一条文下。

第三，采用上述补救措施应当注意：其一，CISG 同样遵循合理减损的原则，因此非违约方在采取针对明示预期违约的补救措施时仍应避免扩大不必要的损失，这也体现了 CISG 下当事人的行为应当受到诚信原则的规范<sup>[43]</sup>。其二，CISG 第 26 条规定“宣告合同无效的声明，必须向另一方当事人发出通知，方始有效”，因此当非违约方因明示预期违约宣告合同无效时须向对方发出通知，不作为和沉默不能视为宣告合同无效。

### 3.1.3 明示预期违约在大陆法系下的补救措施

与上文所述的英美法系国家和 CISG 不同，大陆法系各国没有专门对明示预期违约的补救措施做出规定，当合同一方出现了明示预期违约现象时，大陆法系各国下的非违约方也会寻找相应的补救措施。因为大陆法系拒绝履行的构成要件与明示预期违约相似，即都包括合同及合同义务为合法有效的存在、合同义务人拒不履行义务、这种拒绝履行无法定理由等等，特别是合同义务人拒不履行义务的表示一般以明示的方式做出，书面和口头的都可以，表示内容包括直接拒绝或以其他借口拒绝履行合同义务，这一点与明示预期违约很相似，因此有学者认为大陆法系的拒绝履行制度包含了明示预期违约，并将其称为拒绝履行的特别情形，因此非违约方可以采用拒绝履行的补救措施，如《德国民法典》第 325 条、第 326

<sup>[42]</sup> <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/187.htm>

<sup>[43]</sup> Schlechtriem P. Uniform Sales Law-The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Vienna: Manz, 1986: 37-39.



条规定了拒绝履行的非违约方可以要求解除合同、赔偿损失、请求违约金等补救措施。

然而大陆法系下的拒绝履行作为实际违约形态的一种，其含义是指在合同履行期限届满时，一方当事人完全不履行自己的合同义务，有些学者认为拒绝履行包括了明示预期违约情形<sup>[44]</sup>，事实上它与自英美法系发展而来的明示预期违约制度最大的区别在于前者合同一方拒绝履行合同义务的情况发生在合同履行期限届满后而后者拒绝履行的情况发生于履行期限届满前，正是这一区别决定了拒绝履行属于实际违约的范畴，和明示预期违约的性质不同，二者可采取的补救措施也不尽相同。

### 3.2 默示预期违约情形下的补救措施

默示预期违约是指一方当事人以自身的行为或客观情形表明其将不履行合同义务，有别于明示预期违约以口头或书面形式做出的明确的、绝对的将不履行的表示，但这种默示必须是可以被合理预见的，其构成和特点前文已提及。1894年 *Singe.v.synge* 即辛格夫人诉辛格案件被视为将这种预期违约的现象正式纳入法律规范的领域，并在不同法系国家中发展出了各具特色的补救措施。

#### 3.2.1 默示预期违约在英美法系下的补救措施

对于默示预期违约，英美法系下非违约方同样可以选择是否承认对方的默示预期违约，如果非违约人已预见默示预期违约而视若无睹，坐等合同履行期的到来，这种情况下可采取的措施与非违约人拒绝接受明示预期违约时的补救措施相同，只是默示的情况是需要非违约人积极预见的，当非违约人已经预见后，一般会主动采取补救措施，此时这些补救方法与明示预期违约情形下的补救措施不完全一致。

##### 3.2.1.1 非违约方可以中止自己的履行并要求对方提供担保

这一补救措施清晰的体现于 UCC2—609 中：

第一，买卖合同双方都有义务不破坏对方抱有的获得己方正常履约的期望。当任何一方有合理理由认为对方不能正常履约时，他可以用书面形式要求对方提

---

<sup>[44]</sup> 李永军.合同法.北京:法律出版社,2005: 671.

供正常履约的适当保证，且在他收到此种保证之前，可以暂停履行与他未收到所需之履约保证相对应的那部分义务，只要这种暂停是商业上合理的。

第二，在商人之间，所提出的理由是否合理和所提供的保证是否适当，应根据商业标准来确定。

第三，接受任何不适当的交付或付款，并不损害受损方要求对方对未来履约提供适当保证的权利。

第四，一方收到对方有正当理由的要求后，如果未能在最长不超过 30 天的合理时间内按当时情况提供履约的适当保证，即构成毁弃合同。

采取这种补救措施有三个方面的限制条件：第一，认为对方构成默示预期违约需有“合理理由”，且商人之间判断是否合理“应根据商业标准来确定”；UCC 的这一规定具有很大的灵活性，需要法官结合案件的具体情况和当时的商业形势来判断。

第二，要求对方提供正常履约的保证需采取书面形式，并且所要求的担保是适当的，商人间提供的保证是否适当需要根据商业标准确定；

第三，中止自己的履行必须“在商业上是合理的”，当默示预期违约方提供了正常履约的适当保证后中止即结束；

第四，如果默示预期违约方超过 30 天未提供适当保证，则构成毁弃合同，此时即转化为 UCC—610 条规定的明示预期违约，适用明示预期违约可采用的一切补救措施。克鲁索—卢瓦国际公司诉喀普斯工程公司案是这一补救措施的全面和具体应用。该案原告法国买方向美国卖方购买一批锅炉，计划用于南斯拉夫的氮肥厂，合同中卖方明确担保此锅炉可以使用结合预热 260 度内燃气的重油持续运行。卖方还将同种规格的锅炉卖往斯里兰卡和叙利亚。锅炉付运后买方发现卖方销往斯里兰卡的同类锅炉出现过热至 316 的情况，几经改进仍不能解决问题而无法使用，为此买方多次致函卖方要求其提供证据表明运往南斯拉夫的锅炉符合合同要求，卖方一直闪烁其词不肯正面答复，买方又要求卖方开立一份不可撤销的信用证以担保一旦质量不符，买方可拿回预付款，这些要求均遭到卖方拒绝。买方于是诉至美国纽约联邦南区法院。法院依据 UCC2—609 裁定卖方退还买方预付款并赔偿买方运输、检验及仓储费。在该案中，买方发现卖方卖往斯里兰卡的同

种锅炉有过热现象且几经改进都无法解决，这就符合 UCC—609 第 1 款的“有合理理由认为对方不能正常履约时”，属于 UCC 官方评注的买方若发现卖方向其他买方提供的同类产品属于次品就有合理的理由感到不安的情况，并且买方多次致函要求卖方提供技术保障而卖方始终不肯正面回应的事实也足以使买方产生怀疑，因此按照 UCC2—609 第 1 款买方要求要方开立一份不可撤销的信用证以担保一旦质量不符买方可拿回预付款的做法是适当的，也符合“商业标准”。然而卖方在 30 天内并未提出任何有实质意义的保障，根据 UCC2—609 第 4 款已构成毁弃合同转化为 UCC—610 条规定的明示预期违约，因此法院做出以上裁定<sup>[45]</sup>。

### 3.2.1.2 非违约方可以解除合同并请求损害赔偿

这一补救措施的确立可以追溯至 1894 年 *Singe.v.synge* 即辛格夫人诉辛格案的判例，此案法院最后判决原告有权解除合同并请求赔偿，因被告将房屋卖给第三人，“尽管不排除被告重新买回该房屋以履行其许诺的可能性”，但被告的行为使得其对原告的许诺成为不可能，于是法院赋予原告解除合同和请求损害赔偿的权利。UCC2—609 第 4 款为非违约方在默示预期违约情形下采取解除合同并请求赔偿的补救措施加以更严格和具体的限制，非违约方只能先中止履行，并要求默示预期违约方提供适当担保，只有当他在最长不超过 30 天的合理期限内未提供适当担保，非违约方才能选择解除合同并请求损害赔偿。上文提到的运用 UCC 做出裁决的克鲁索—卢瓦国际公司诉喀普斯工程公司案很好的体现了这一点，即预期违约的补救措施在 UCC 下得到发展，比之于 1894 年 *Singe.v.synge* 即辛格夫人诉辛格案，有利于更谨慎的维护合同的稳定与效率。

### 3.2.1.3 采用上述补救措施的注意问题

首先，非违约方在承认默示预期违约的情况下，采取的上述补救措施是有先后顺序的，与明示预期违约下非违约方可以立即解除合同请求损害赔偿不同，非违约方只能按照中止自己的履行——要求默示预期违约方提供保证——在对方未在合理期限内提供保证的情况下才能解除合同。如果违约方提供了充分保证，则

<sup>[45]</sup> 林晓云.美国货物买卖法案例判解.北京:法律出版社,2003:126-128.

非违约方应恢复履行，此时应调整合同的履行时间，非违约方对因中止履行造成的拖延没有责任。这一点在加拿大的相关法律中也得到了体现<sup>[46]</sup>。

其次，UCC2—609 第 2 款中“在商人之间，所提出的理由是否合理和所提供的保证是否适当，应当根据商业标准来确定”，这个“商业标准”具有较强的灵活性，结合克鲁索—卢瓦国际公司诉喀普斯工程公司案来分析，实践中一般是由当事人和法官根据行业环境、交易习惯等具体情况来进行判断。

### 3.2.2 默示预期违约在 CISG 下的补救措施

CISG 下的默示预期违约的补救措施主要体现在第 71 条预期违约的救济和第 72 条第 1 款和第 2 款中<sup>[47]</sup>，第 71 条（1）：如果订立合同后，另一方当事人由于下列原因显然将不履行其大部分重要义务，一方当事人可以中止履行义务：（a）他履行义务的能力或他的信用有严重缺陷；或（b）他在准备履行合同或履行合同中的行为。（2）如果卖方在上一款所述的理由明显化以前已将货物发运，他可以阻止将货物交付给买方，即使买方持有其有权获得货物的单据。本款规定只与买方和卖方间对货物的权利有关。（3）中止履行义务的一方当事人不论是在货物发运前还是发运后，都必须立即通知另一方当事人，如经另一方当事人对履行义务提供充分保证，则他必须继续履行合同。

第 72 条（1）如果在履行合同日期之前，明显看出一方当事人将根本违反合同，另一方当事人可以宣告合同无效。（2）如果时间许可，打算宣告合同无效的一方当事人必须向另一方当事人发出合理的通知，使他可以对履行义务提供充分保证。

因为 CISG 是以是否根本合同来划分预期违约的，所以默示预期违约也可细分为默示预期根本违约和默示预期非根本违约，分别规定于 CISG 第 72 条第 1 款、第 2 款和 CISG 第 71 条，并分别对应不同的补救措施。

#### 3.2.2.1 默示预期非根本违约

依据 CISG 第 71 条，非违约方有以下补救措施：

<sup>[46]</sup> Honnold J. Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention. Deventer: Kluwer Law International, 1999: 399.

<sup>[47]</sup> 李巍. 联合国国际货物销售合同公约. 北京: 法律出版社, 2009: 313.

第一，非违约方可以中止自己的履行。这是一种非终局性的补救措施，非违约方中止履行自己的合同义务，合同并未因此解除，双方当事人的合同关系仍然存在，而双方间的合同关系在中止履行后怎样发展，取决于双方当事人的进一步作为或不作为。中止履行的补救措施受到三个条件的限制：

其一，必须在默示预期非根本违约的情况下方可采用，即“订立合同后，另一方当事人由于下列原因显然将不履行其大部分重要义务，一方当事人可以中止履行义务”，具体表现为“(a) 他履行义务的能力或他的信用有严重缺陷；或(b) 他在准备履行合同或履行合同中的行为。”，如果一方当事人已经构成根本违约则不能适用该补救措施；其二，采取这一补救措施的非违约方附有通知义务，“中止履行义务的一方当事人不论是在货物发运前还是发运后，都必须立即通知另一方当事人”，以便使对方保留提供担保促使合同继续履行的权利；其三，当对方提供适当担保后，中止履行的非违约方必须恢复履行，“如经另一方当事人对履行义务提供充分保证，则他必须继续履行合同”。

第二，卖方的停运权。这项补救措施体现在 CISG 第 71 条第 2 款，“(2) 如果卖方在上一款所述的理由明显化以前已将货物发运，他可以阻止将货物交付给买方，即使买方持有其有权获得货物的单据。本款规定只与买方和卖方向对货物的权利有关。”这是 CISG 专门为保护合同中的卖方利益而设置的一条补救措施。根据该项规定，如果买方发生了默示预期非根本违约的情况，如买方履行义务的能力或信用发生严重缺陷等使其“显然将不履行其大部分重要义务”，而此时货物在运输途中，即货物在交运之后、交付以前卖方发现有无法获得货款的危险，卖方就可采取该补救措施命令承运人不要将货物交给买方<sup>[48]</sup>。卖方的这一权利不因买方持有提单等有权获得货物的单据凭证或合同约定买方可以收货后再付款而减损，因此这是一项对保护卖方权益十分有利的补救措施。卖方采用该项补救措施需满足以下条件：其一，必须在默示预期非根本违约的情况下采用，具体分析同上；其二，卖方行使该补救措施的时间必须是在货物发运之后、完成对买方的交付之前，此时货物处于承运人控制之下，卖方已失去对货物的控制，但尚未交付给买方。

<sup>[48]</sup> Honnold, Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention. Deventer: Kluwer Law International, 1999: 390.

需要注意的是如果卖方已经根据 CISG 第 58 条第 2 款设立了支付货款后才把货物或控制货物的单据交给买方的条件, 则不涉及该项补救措施的适用<sup>[49]</sup>。

### 3.2.2.2 默示预期根本违约

这种情形下的补救措施体现在 CISG 第 72 条第 1 款和第 2 款中, 非违约方根据具体情况采用: 第一, 时间允许时, 非违约方可以向对方发出合理通知, 要求其履行义务提供充分保证, 如果对方未能提供则非违约方可以宣告合同无效, 因为拒绝提供充分保证使得根本违约“变得明显”<sup>[50]</sup>, 在这一点上 CISG 与 UCC 的做法一致, 即违约方未提供足额担保则另一方就可以宣告合同无效<sup>[51]</sup>。第二, 时间不允许时, 非违约方可以直接宣告合同无效。

### 3.2.3 默示预期违约在大陆法系下的补救措施

预期违约作为英美法系特有的制度, 大陆法系对其没有明确的规定, 因此与上文提及的英美法系和 CISG 不同, 大陆法系也没有专门对默示预期违约的补救措施做出明确规定。但合同一方出现默示预期违约的情况仍然是经济生活中比较常见的现象, 为使非违约方拥有保护自己合法权益的法律工具, 大陆法系也发展出了一套功能相似的补救措施, 即通过大陆法系下的不安抗辩权制度维护非违约方的权利。

第一, 非违约方可以中止自己的履行。大陆法系各国民法典均为默示预期违约的非违约方设置了这一补救措施。《德国民法典》第 321 条规定, 根据双务合同承担先行给付义务的一方, 如果另一方当事人的财产在合同订立后显著减少, 以至有可能妨碍对待给付请求权的行使时, 在另一方没有履行对待给付或提出担保以前, 可以拒绝履行自己的给付<sup>[52]</sup>。《法国民法典》1613 条、《意大利民法典》1461 条等大陆法系国家的法典都有类似规定, 即当合同一方当事人出现默示预期违约的情况时, 如另一方当事人的财产在订立合同之后明显减少, 致有妨碍对待给付请求权的行使之虞时, 或“买受人破产或丧失支付能力, 使出卖人面临丧失

<sup>[49]</sup> Bianca C M. Bonell M J. Commentary on the International Sales Law. Milan: Giuffrè, 1987: 520.

<sup>[50]</sup> Honnold J. Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention. Deventer: Kluwer Law International, 1999: 394.

<sup>[51]</sup> Honnold J. Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention. Deventer: Kluwer Law International, 1999: 394.

<sup>[52]</sup> 郑冲, 贾红梅译. 德国民法典. 北京: 法律出版社, 2001: 63.

价金的危险时”<sup>[53]</sup>，或“如果另一方的资产状况发生变化，使应获得的对待给付面临明显的危险”<sup>[54]</sup>，则非违约方可以中止自己的履行——在大陆法系各国民法典被表述为可以“拒绝自己的给付”、出卖方“不再负交付标的物的义务”或“得暂停其应当进行的给付履行”。非违约方的这种补救措施在对方履行对待给付或提供适当的担保后结束。

第二，非违约方可以解除合同。这一补救措施体现了不安抗辩权制度在大陆法系的发展和变革。旧的大陆法系不安抗辩权制度没有明确赋予非违约方解除合同的权利，如《德国民法典》第 321 条只规定非违约方在对方没有提供适当担保时可以中止履行，但如果对方一直不提供担保，非违约方是否可以解除合同？旧的德国法没有对此做出规定。《法国民法典》1613 条同样没有规定，这使得非违约方在中止履行后无法采用其他救济，当另一方当事人一直不提供担保时对保护非违约方的利益十分不利。近年来大陆法系国家新修改了相关法律，解决了这一问题，新《德国民法典》第 321 条第 2 款规定，先给付义务人有权确定一个合理的期限，作为其给付的交换，另一方必须在该期限内进行对待给付或者提供担保。期限届满而没有效果的，先给付义务方可以解除合同<sup>[55]</sup>。瑞士债法典第 83 条同样体现了这一发展，即如果双务合同的一方丧失清偿债务的能力而破产或者没有可执行的财产，而使另一方当事人的债权受到危险时，则其可以在丧失清偿能力的一方提供担保之前推迟履行其债务，另一方当事人的担保请求如果在合理时间内没有得到满足，则其可以解除合同<sup>[56]</sup>。

第三，采用上述补救措施应当注意：其一，非违约方的通知义务。如果非违约方采取了中止履行的补救措施，其有义务及时向对方发出通知，并可以要求对方为对待给付或提供担保，如果非违约方没有通知或者通知不及时，并因此给对方造成损害，则根据大陆法系的通说，非违约方这种未及时通知的行为使得合同履行进一步被拖延，其将承担迟延履行责任。其二，适用主体的限制问题。在上述有关大陆法系对于默示预期违约的补救措施的分析中，为了行文的简洁和一致将适

<sup>[53]</sup> 罗结珍译.法国民法典.北京:中国政法大学出版社,1999:374.

<sup>[54]</sup> 费安玲,丁玫译.意大利民法典.北京:中国政法大学出版社,1997:548.

<sup>[55]</sup> 杜景林,卢谟.德国债法改革:《德国民法典》最新进展.北京:法律出版社,2003:74-78.

<sup>[56]</sup> 吴兆祥,石佳友,孙淑妍译.瑞士债法典.北京:法律出版社,2002:19.

用这些补救措施的主体统称为非违约方，事实上由于不安抗辩制度与英美法系的默示预期违约制度的区别，能行使这些补救措施的主体并不完全一致。大陆法系下的不安抗辩权制度仅适用于双务合同下具有先给付义务的一方当事人，即《德国民法典》321条所述为依据双务合同承担先行给付义务的人<sup>[57]</sup>，并且大陆法系各国民法典还存在扩大或缩小这一主体适用范围的情况，比如《法国民法典》第1613条将适用主体的范围进一步缩小为买卖合同下的出卖人一方<sup>[58]</sup>，而《意大利民法典》第1461条比之《德国民法典》和《法国民法典》在适用主体的范围上有所突破，将适用主体范围扩大至“任何缔约一方”<sup>[59]</sup>。

### 3.3 比较

#### 3.3.1 英美法系和 CISG 的比较

在明示预期违约的情形下，英美法系的补救措施除了在判例中有所体现，也集中体现于 UCC2—610 条，而 CISG 关于明示预期违约的补救措施主要规定在 CISG 第 72 条第 3 款中。英美法系为明示预期违约设置了中止履行及履行的准备、解除合同和要求损害赔偿、坐等履行期到来等各种补救方法，并赋予非违约方是否接受对方“明示”的选择权，而 CISG 没有规定非违约方的这种选择权，仅明确规定了非违约方在明示预期违约下有宣告合同无效的权利。非违约方解除合同后于合同履行期满前是否可以起诉请求损害赔偿的权利在 CISG 中也没有明确规定，必须结合 CISG 其他关于损害赔偿范围的条文综合分析才能发现 CISG 是支持非违约方在宣告合同无效时可以请求损害赔偿的，并没有像 UCC 一样集中体现在同一条文下。这固然有对预期违约分类标准不同的原因，但也反应出与 CISG 相比英美法系对明示预期违约的补救措施规定的更加完备和明确，更有利于保护非违约方的权利。

在默示预期违约的情形下，CISG 中非违约方可采取的补救措施体现于第 71 条和第 72 条第 1 款和第 2 款中，与英美法系相比，二者都为非违约方提供了中止履行、要求对方提供担保、解除合同的补救措施，但与明示预期违约情形下类似，

<sup>[57]</sup> 郑冲,贾红梅译.德国民法典.北京:法律出版社,2001:63.

<sup>[58]</sup> 罗结珍译.法国民法典.北京:中国政法大学出版社,1999:374.

<sup>[59]</sup> 费安玲,丁玫译.意大利民法典.北京:中国政法大学出版社,1997:548.



非违约方解除合同后于合同履行期满前是否可以起诉请求损害赔偿的权利仍没有明确出现在 CISG 中，却明确体现在英美法系的判例和法律条文中。其次，二者对非违约方可以适用默示预期违约补救措施的情形规定的也不同。CISG 规定非违约方在另一方履行能力或信用有严重缺陷，或者另一方在准备履行合同或履行合同中的行为表明他将不履行合同的情况下，可以适用非根本违约下的补救措施，如果明显看出另一方将根本违反合同，可适用根本违约下的补救措施。而 UCC2—609 规定非违约方在“有理由认为对方不能正常履行”的情况下采取默示预期违约的补救措施，这种理由是否合理由商业标准判断，这一规定带有很强的主观色彩，实践中有很大的弹性，也曾有学者认为仅仅是缺乏支付能力不构成预期违约<sup>[60]</sup>，因为其本身“并无实质意义”<sup>[61]</sup>。有学者认为这是由于在制定 UCC 过程中有意使其更具有灵活、开放的特色所致<sup>[62]</sup>。

很明显 CISG 的规定更为客观和具体，具有更强的可操作性，这也体现了 CISG 是发达国家和发展中国家妥协的结果，1980 年 CISG 在维也纳会议上被讨论通过时，分属两大法系的国家——主要是发达国家和发展中国家曾就该问题多次争论，发展中国家担心过于主观的规定会为发达国家滥用补救权利提供空间，经多次争取和讨论后达成这一结果。除此之外 UCC2—609 在非违约方要求默示预期违约方提供担保时为其规定了最长不超过 30 天的合理期限，超期不提供则非违约方有权采取明示预期违约的补救措施，而 CISG 没有对违约方提供担保的合理时间做出规定，也没有规定如违约方在合理时间内没有提供担保的情况下非违约方可以采取的下一步补救措施，这时非违约方将一直停留在中止履行并等待对方提供担保的尴尬状态，因此在这个问题上英美法系的规定显然更合理和易于操作。

### 3.3.2 大陆法系和英美法系的比较

在明示预期违约的情形下，大陆法系的非违约方通过拒绝履行制度采取补救措施。根据大陆法系的通说，拒绝履行作为实际违约的一种，其补救措施包括解除合同、赔偿损失、请求违约金等实际违约可以采取的补救措施，与英美法系的

<sup>[60]</sup> Jackson J H, Bollinger L C. Contract Law in Modern Society. St. Paul: West pub. co, 1980: 1210.

<sup>[61]</sup> Carter J w. Breach of Contract. Sydney: The Book Company, 1992: 711.

<sup>[62]</sup> John C, Duncan Jr. Thinking Globally and Acting Locally. Brigham Young University Law Review. 2000, 1(4): 1363.

补救措施有相似之处，也有明显的区别。这种区别体现在一方做出预期违约的“明示”后，非违约方是否可以选择不予以理会而等待履行期到来，英美法系赋予了非违约方这种选择权，如果对方在履行期到来前及时恰当的履行了合同义务，则不存在违约的状态了，而非违约方也可以不经过诉讼而使合同得到履行。大陆法系下的拒绝履行则是实际违约的一种，实际违约下没有给非违约方选择等待而不经过诉讼使得合同履行可能，因此英美法系的补救措施显然更为灵活，更有利于非违约方根据具体情况选择对其有利的补救措施。

在默示预期违约的情形下，大陆法系主要通过设置不安抗辩权制度解决相关问题，而不安抗辩权的补救措施与英美法系默示预期违约的补救措施相比，显然没有后者对非违约方的保护全面和周密。行使不安抗辩权的非违约方可以在对方没有提供适当担保时中止自己的履行，但没有规定在对方一直不提供担保的情况下非违约方可采用的补救措施，此时合同的效力仍然存在，非违约方将陷入十分尴尬的境地，英美法系的默示预期违约制度很好的解决了这个问题，UCC2—609对此做出了明确的规定：当对方在最长不超过30天的合理期限内未提供担保的非违约方可以采取明示预期违约下的补救措施，即解除合同、要求损害赔偿等，可见比之于大陆法系的不安抗辩权制度，英美法系默示预期违约的补救措施更有利于全面保护非违约方的权利。

## 第4章 我国《合同法》的现状和完善

上文已经对英美法系、CISG及大陆法系下的预期违约及补救措施进行了分析和比较,本章将在以上内容的基础上研究我国《合同法》对预期违约及补救措施的立法,通过对其具体规定的评析来探寻完善我国《合同法》的方法。

### 4.1 我国《合同法》的立法现状

#### 4.1.1 引入预期违约制度的立法背景

##### 4.1.1.1 关于引入预期违约的学术争论

预期违约是英美法系特有的制度,而我国法律长期沿用大陆法系的体系和框架,并且本身已发展出功能相似的不安抗辩权制度,这种情况下引入预期违约制度是否必要和引入能否收到好的效果在预期违约制度引入《合同法》之前和之后都一直是学者争论的焦点。有学者认为在社会主义市场经济发展的过程中,吸收预期违约制度是我国法律与国际接轨的积极尝试,值得肯定<sup>[63]</sup>,反对者则认为我国法律属于大陆法系体系,在我国现有的法律体系内将一种英美法系的法律制度独立引进,容易产生概念和体系上的混乱与冲突,英美法系预期违约制度所要解决的问题完全可以在大陆法系现有的体系框架内找到适当的救济措施,所以没有必要其作为独立制度引进<sup>[64]</sup>。这种争论还体现在《合同法》制定过程中,因许多学者担心预期违约制度的主观成分太强,如果当事人在我国市场经济的交易规则和信用体系还不完善的情况下可以随意中止履行、解除合同,将大大增加合同的不稳定性,所以在实际引入的过程中,对预期违约制度做了较大改动,这种改动所引发的冲突和影响将在下文详述。

##### 4.1.1.2 引入预期违约的立法过程

1999年《合同法》颁布以前,我国的合同法律体系主要由1981年出台的《经济合同法》、1985年出台的《涉外经济合同法》、1987年出台的《技术合同法》以及1986年公布的《民法通则》构成,由于这套法律是计划经济的产物,内容杂乱、分散,还存在许多相互重复和矛盾的地方,缺乏统一性和规范性,不仅立法

<sup>[63]</sup> 杨永清.预期违约规则研究.见:梁慧星编.《民商法论丛》.北京:法律出版社,1995:385-386.

<sup>[64]</sup> <http://www.hflib.gov.cn/law/law/falvfagui2/msf/LWJ/1200.htm>

技术相对落后，学者间也有很多问题未形成基本的共识，因此这一时期我国法律对预期违约这一来自不同法系的法律制度关注很少。《涉外经济合同法》第17条曾引起争议，“当事人一方有另一方不能履行合同的确切证据时，可以暂时中止履行合同，但是应当立即通知另一方；当另一方对履行合同提供了充分的保证时，应当履行合同。当事人一方没有另一方不能履行合同的确切证据，中止履行合同的，应当负违反合同的责任”<sup>[65]</sup>，有学者认为该条内容即是关于预期违约的规定，但只是对预期违约制度的部分引入，与英美法系的预期违约制度仍然有显著不同，也有学者认为该条规定不能完全按照预期违约解释，而应当与大陆法系的同时履行抗辩权和不安抗辩权制度结合起来进行理解<sup>[66]</sup>。1999年《合同法》的颁布结束了我国合同法律领域长期杂乱、分散的局面，体现了合同领域立法的统一和立法技术的提高，在这部法律中同时规定了源自英美法系的预期违约制度和大陆法系的不安抗辩权制度。

#### 4.1.2 现行法律的规定

我国《合同法》中的预期违约及补救措施是分散规定的，与其有关的规定有《合同法》第68条、69条、94条和108条。

在以上四条规定中，第68条和第69条均位于《合同法》总则第四章合同的履行这一章节中，从所处的位置和规定的内容看是对大陆法系的不安抗辩制度做出规定，而第94条和第108条分别位于《合同法》第六章合同的权利义务终止和第七章违约责任的章节中，根据其具体内容可认为是《合同法》对预期违约制度的规定<sup>[67]</sup>。另外，我国作为CISG的缔约国，除了我国声明保留的内容外，其规定对我国有约束力，但我国《合同法》的预期违约制度与CISG下的规定并不一致，这就导致预期违约的补救措施可能因是否具有涉外因素而不同。

<sup>[65]</sup> <http://www.chinaccm.com/40/4010/401001/news/20030127/131741.asp>

<sup>[66]</sup> 梁慧星.民法判例学说与立法研究.北京:中国政法大学出版社,1993:170.

<sup>[67]</sup> [http://www.chinacourt.org/flwk/show.php?file\\_id=32430&key=%BA%CF%CD%AC%B7%A8](http://www.chinacourt.org/flwk/show.php?file_id=32430&key=%BA%CF%CD%AC%B7%A8)

## 4.2 我国《合同法》相关规定的评析

### 4.2.1 对预期违约及补救措施规定的评析

我国《合同法》对预期违约及补救措施的规定主要体现在《合同法》第六章合同的权利义务终止中的第94条第二款和位于第七章违约责任中的第108条<sup>[68]</sup>。第94条规定：有下列情形之一的，当事人可以解除合同：……（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；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。

#### 4.2.1.1 对这两条规定的具体分析

第一，规定了我国《合同法》下预期违约的构成要件。（1）一方当事人有预期不履行的表示。这种表示可以是明确的也可以是以自己的行为表明，是向对方做出预期不履行的表示。（2）不履行的是合同的主要义务，即第94条第二款中的“不履行主要债务”。有学者认为如果只有合同的部分内容被拒绝履行，并且不影响债权人追求根本的合同目的，则这种拒绝履行没有从根本上危害债权人基于合同产生的期待，因此不能构成预期违约，即如果只向对方表示不履行的次要义务，对非违约方基于合同履行可获得的利益没有重大影响，不构成预期违约<sup>[69]</sup>。（3）不履行合同义务没有法定理由。（4）规定了预期违约的表示必须在“履行期限届满之前”。

第二，规定了我国《合同法》为预期违约提供的补救措施，非违约方可以根据具体情况选用。（1）非违约方可以解除合同。第94条第二款明确规定了非违约方在“履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务时”拥有法定解约权<sup>[70]</sup>。例如在一起玉米蛋白粉买卖案中，卖方因天气原因导致玉米减产而无法按时供货，在交货期满前要求买方重新确定交货期，遭到买方的拒绝，买方遂诉至法院，法院认为卖方构成预期违约，支持了买方要求解除合同的请求<sup>[71]</sup>。（2）非违约方可以要求对方承担违约责任。结合《合同法》

<sup>[68]</sup> 法律出版社法规中心. 中华人民共和国合同法案例解读本. 北京: 法律出版社, 2009: 59-66.

<sup>[69]</sup> 韩世远, 崔建远. 先期违约与中国合同法. 法学研究, 1993, 1(3): 33.

<sup>[70]</sup> 法律出版社法规中心. 中华人民共和国合同法案例解读本. 北京: 法律出版社, 2009: 59.

<sup>[71]</sup> [http://paper.dzwww.com/sdfzb/data/20091113/html/3/content\\_2.html](http://paper.dzwww.com/sdfzb/data/20091113/html/3/content_2.html)

第七章违约责任的规定，第108条赋予非违约方可在履行期满前就诉至法院的权利，选用第七章规定的违约补救措施，包括要求对方继续履行、赔偿损失、请求违约金等<sup>[72]</sup>。

#### 4.2.1.2 对这两条规定确立的我国预期违约及补救措施的评价

与英美法系和CISG下的预期违约制度相比，我国的预期违约制度有优点也有缺陷：

就优点而言，主要体现在扩大了预期违约的适用范围。我国《合同法》下的预期违约制度没有特别限定适用范围，可以广泛适用于双务合同、部分有条件适用的单务合同等《合同法》调整下的一切合同，而UCC与CISG下的预期违约主要用于货物买卖合同中，在判例中将适用范围扩大至租赁、雇佣等双务合同，但无法与《合同法》下预期违约的适用范围相比。

就缺点而言，主要表现在以下几个方面：

第一，是对预期违约的划分不明确。英美法系传统上将预期违约划分为明示预期违约和默示预期违约，UCC分别用第2—610条和第2—609条对这两类预期违约及补救措施做出规定，CISG从是否构成根本违约的角度将预期违约划分为预期根本违约和预期非根本违约，虽然角度不同，但CISG第71条和第72条仍对“明示”和“默示”的情形做出明确规定。然而我国《合同法》在引入预期违约制度时没有沿袭明确划分类型的做法，其相关规定在理解上容易产生歧义。如对第94条第二款的理解，“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务”，这一规定中包含当事人一方“明确表示”不履行合同义务的内容，与明示预期违约含义接近，而“以自己的行为表明不履行主要债务”又可被理解为对默示预期违约的规定，即第94条的规定同时包含了明示和默示两种情形。也有学者认为这一规定是把大陆法系下的拒绝履行和英美法系的预期违约混合在一起做出规定<sup>[73]</sup>。还有学者对此有不同的理解，认为第94条所规定的在合同履行期限届满之前，不管当事人是以言辞还是以行动表示出其不履行合同的意思都与英美法中所规定的

<sup>[72]</sup> 法律出版社法规中心. 中华人民共和国合同法案例解读本. 北京: 法律出版社, 2009: 65-76.

<sup>[73]</sup> 李晓艳. 默示预期违约情形下的合同解除. 中共云南省委党校学报, 2009, 10(2): 172.

明示预期违约具有完全一致的含义<sup>[74]</sup>，因此对第 94 条的理解就发生了分歧。这种分类及理解的不明确在实践中会带来很多问题，从而只能依据法官的自由裁量来处理，容易造成具体操作上的不一致。第 108 条同样存在这个问题，笔者认为这两条的规定均同时包括了明示和默示预期违约两种情况，但是将明示和默示预期违约的两种情形同时规定于同一法条的同一句表述中的做法，比之英美法系和 CISG 分别规定两种情形的做法还是存在不足，给当事人和法官的理解和运用都带来不便。

第二，对默示预期违约判断标准的规定存在缺陷。我国《合同法》对默示预期违约的判断标准主要体现在第 94 条第二款和第 108 条中关于当事人一方在履行期限届满之前以自己的行为表明不履行合同义务的规定中，这种规定将默示预期违约的判断标准仅限于当事人的行为，而忽略当事人状态的变化也可能构成默示预期违约，比如一方当事人的经营状况显著恶化、支付能力缺乏、信誉下降等情况没有被考虑到默示预期违约中，虽然有学者曾就该问题发表观点认为上述这些情形都“属于默示预期违约的适用范围”<sup>[75]</sup>，但这种规定上的缺陷导致实践中对该标准的理解不统一，一旦一方当事人发生上述状况，非违约方将无法适用默示预期违约制度维护权利，只能依据《合同法》中不安抗辩权的有关规定来解决。但不安抗辩权只适用于有先履行义务的一方当事人，如果不符合这一主体条件的合同当事人面临对方有丧失履行能力的情形出现，就会出现既不能适用默示预期违约制度又不能适用不安抗辩权制度来解除合同或要求对方提供适当担保的尴尬境地，只能坐等合同履行期到来后追究对方的违约责任，这对于非违约方防范风险和减少损失十分不利。

UCC 和 CISG 分别以不同方式解决了这个问题。与我国《合同法》的规定不同，UCC 对默示预期违约的判断标准为“任何一方有合理理由认为对方不能正常履约”，使非违约方在运用默示预期违约制度维护自身利益时具有了极大的主动性，通过加入主观判断的色彩将默示预期违约的各种情形都包括在内，对保护非违约方的权利十分有利。CISG 则是采取了主客观规定相结合的方式对默示预期违约的

<sup>[74]</sup> 梁海静.预期违约及其救济方法的比较研究.见:梁慧星编.《民商法论丛》.北京:法律出版社,2000:796.

<sup>[75]</sup> 王利明,崔健远.合同法.北京:北京大学出版社,2000:209.

判断标准加以规范，既有容易操作的“他履行义务的能力或他的信用有严重缺陷”或“他在准备履行合同或履行合同中的行为”的客观性标准，也有“如果在履行合同日期之前，明显看出一方当事人将根本违反合同”的主观性标准，两个标准相结合，既解决了上述存在的问题又避免了滥用默示预期违约救济的问题。

第三，对预期违约补救措施的规定不够完善。其一，对预期违约可以采取的具体补救措施规定的不明确。《合同法》第108条虽然规定非违约方可以“在履行期限届满之前要求其承担违约责任”，即预期违约可以采取实际违约的补救措施，但预期违约毕竟是与实际违约有着本质区别的违约形式，《合同法》第七章规定的损害赔偿、强制履行、请求违约金等具体的实际违约补救措施能否无差别的适用于预期违约尚缺乏明确规定，而且缺乏预期违约特有的补救措施的规定，即非违约方可以中止履行并要求对方提供适当担保，如果对方在合理期限内没有提供适当担保则非违约方可以解除合同。《合同法》第94条虽然规定了非违约方解除合同的权力，但对非违约方中止履行的权利和要求对方提供担保的权利都没有规定。相比之下UCC和CISG分别为预期违约规定了明确的补救措施如中止履行、要求对方提供担保、解除合同等，不会与实际违约的补救措施混为一谈，也不会理解和操作中产生误差。

第四，对明示预期违约方撤回自己拒绝履行的表示的权利没有规定。如果《合同法》允许明示预期违约方在合同履行期满前反悔并撤回自己的“明示”，那么非违约方就保有不经诉讼而获得合同正常履行的可能。比如购买一批货物，卖方在履行期满前通知买方无货可供，按照现行《合同法》的规定，买方只能一边起诉追究卖方的违约责任一边寻找新的供货方，即使此时卖方又有了充足的货源也不能反悔而向买方继续供货，最后的结果可能是卖方承担了违约责任而买方由于匆忙寻找新的卖家而受到损失。如果《合同法》规定了卖方在一定条件下可以撤回拒绝履行的表示，那么结果可能是合同正常履行，买卖双方都避免了损失。这方面UCC的规定显然更合理，UCC第2—11条既赋予明示预期违约方以撤回其拒绝履行的表示的权利，又对这种权利进行了严格的限制，即这种权利只能在非违约方未解除合同和非违约方的合同地位未发生严重改变时行使，这就避免了非违约方因违约方的反悔和反复无常而蒙受损失。



## 4.2.2 对不安抗辩权规定的评析

我国《合同法》下的不安抗辩权制度体现在第68条和第69条的规定中<sup>[76]</sup>。

### 4.2.2.1 对这两条规定的具体分析

不安抗辩权制度与预期违约制度共同存在于我国《合同法》之中<sup>[77]</sup>，这种并存现状反应了一定的进步性，也存在明显的缺陷。

第一，规定了我国《合同法》下不安抗辩权的构成要件：（1）适用于履行义务有先后顺序的双务合同中，是专为合同中具有先履行义务的一方当事人设置的权利；（2）适用的情形有四种，即当对方有经营状况严重恶化、转移财产或抽逃资金以逃避债务、丧失商业信誉及有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形之一的，先履行义务人就可以通过不安抗辩权维护自己的权利；（3）举证责任上需要先履行义务人有确切的证据证明上述情形，否则将承担违约责任。

第二，规定了我国《合同法》为不安抗辩权提供的补救措施：（1）中止履行。采取该项补救措施应注意先履行义务方的通知义务，在对方提供适当担保后中止结束，恢复履行；（2）解除合同。对方如未在合理期限内提供适当担保，先履行义务人即可行使该项补救措施。

### 4.2.2.2 对这两条规定确立的不安抗辩权制度的评价

通过上文的分析，可以看到我国《合同法》在沿用传统大陆法系不安抗辩权的基础上对其进行了发展，并采纳了英美法系的相关规定，使规定更具合理性，但仍存在一定缺陷。我国《合同法》规定的合理性主要表现在：

第一，扩大了不安抗辩权制度的适用情形。传统的大陆法系一般采用抽象概括的规定来设置不安抗辩权的适用情形，比如原《德国民法典》第321条对不安抗辩权的适用情形规定为他方的财产于订约后显著减少，有难为对待给付的可能时<sup>[78]</sup>，《法国民法典》第1613条的规定为买受人陷入破产或处于无清偿能力致使出卖人有丧失价金的可能时<sup>[79]</sup>，这种规定主要关注的是后履行义务方财产状况恶化的客观状态，忽略了后履行义务方的行为也可对先履行义务方获得合同利益带

<sup>[76]</sup> 法律出版社法规中心. 中华人民共和国合同法案例解读本. 北京: 法律出版社. 2009: 46-47.

<sup>[77]</sup> [http://www.chinacourt.org/flwk/show.php?file\\_id=32430&key=%BA%CF%CD%AC%B7%A8](http://www.chinacourt.org/flwk/show.php?file_id=32430&key=%BA%CF%CD%AC%B7%A8)

<sup>[78]</sup> 崔建远. 合同法. 北京: 法律出版社. 2004: 103.

<sup>[79]</sup> 罗结珍译. 法国民法典. 北京: 中国政法大学出版社. 1999: 374.

来风险。我国《合同法》第68条不但包括了对后履行义务方财产状况的关注，还把其“转移财产、抽逃资金，以逃避债务”纳入不安抗辩权的适用范围，这体现了我国《合同法》的进步性，最后第68条用一条兜底规定把其他适用情形包括在内，体现了法律的严密性，并且为处理未来可能出现的情况留下了空间。

第二，改进了不安抗辩权制度的补救措施。传统大陆法系不安抗辩权的补救措施仅赋予先履行义务方在对方未提供适当担保的情况下可以中止自己的履行，但并没有就对方一直不提供担保的情况下先履行义务方该如何应对做出规定，此时合同的效力仍然存在，先履行义务方只能一直处于中止履行等待对方提供担保的尴尬状态，而类似问题在默示预期违约制度中得到了很好的解决，UCC第2—609为违约方规定了最长不超过30天的合理期限提供担保，超期非违约方可选择相应的补救措施进行处理。我国《合同法》吸收了英美法系的合理成分，在第69条明确规定了“中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同”，这反映了我国《合同法》下不安抗辩权的先进性，也符合大陆法系发展的潮流，近年来大陆法系国家为解决这一问题修改了相关法律，新《德国民法典》即在第321条第2款规定，赋予先给付义务人确定一个合理期限的权利，另一方应当在这一期限内进行对待给付或者提供相应的担保，否则当期限届满而没有效果的，先给付义务人就可以解除合同<sup>[80]</sup>。

我国《合同法》规定存在的缺陷主要表现在：

第一，对先履行义务人的举证责任规定过重。《合同法》第68条规定先履行义务方只有在掌握“确切证据”时才能中止履行，否则将承担违约责任。如根据合同约定，甲方于6月份为乙方供货，乙方与同年7月份付款，同年5月份，甲方听说乙方失去信誉、将要倒闭，于是提出中止合同并要求乙方提供担保，乙方拒绝，6月份甲方未向乙方供货，乙方于是诉至法院，法院即根据《合同法》第68条，以甲方没有确切证据证明乙方将倒闭为由判决甲方承担迟延履行违约责任<sup>[81]</sup>。

<sup>[80]</sup> 杜景林、卢谟.德国债法改革:《德国民法典》最新进展.北京:法律出版社,2003:74-78.

<sup>[81]</sup> 法律出版社法规中心.中华人民共和国合同法案例解读本.北京:法律出版社,2009:46-47.

这一规定显然加重了先履行义务人的举证责任，虽然可防止当事人主观判断色彩太强而导致滥用不安抗辩权以随意的中止履行，影响合同的安全和稳定性，但是先履行义务方为了掌握“确切证据”需要调查取证，大大增加了适用不安抗辩权的成本和风险。这种立法现状也要求合同的当事人加强证据意识，比如通过实现业务往来的书面化和规范化等方式，可以使其在纠纷出现时避免处于被动的地位。

第二，对先履行义务人主张不安抗辩权的时间规定不完善。《合同法》第 68 条没有规定先履行义务人主张不安抗辩权的时间，仅规定其在有确切证据证明对方有丧失或者可能丧失履行债务能力的情形下可以中止履行。中止履行按大陆法系通常的理解是指实际履行开始后因某种原因而暂停，以此推定第 68 条规定的含义应为先履行义务人只能在开始实际履行后因规定的情形出现而暂停履行，其在实际履行之前的准备不在中止履行的范围内，这对保护先履行义务人很不利，因为实践中先履行义务人往往是在租用设备、联系货源等准备履行的过程中就发现对方有丧失或者可能丧失履行债务能力的情形。

第三，对要求后履行义务人提供的担保的范围规定不清。《合同法》第 69 条规定先履行义务人在对方提供“适当担保”的情况下应当恢复履行，这一规定主观色彩过强，担保是否适当主要依靠先履行义务人的主观判断，容易导致其滥用不安抗辩权，在实践中不易掌握和操作。

#### 4.2.3 对我国《合同法》两种制度并存现状的评析

我国《合同法》在沿用大陆法系不安抗辩权制度的基础上，引入了源自英美法系的预期违约制度，并分别规定于第 68 条、第 69 条和第 94 条、第 108 条之中，于是形成了在一部合同法中同时存在两种来自不同法系法律制度的现象，并一直引起争议。

《合同法》的这种做法造成了法律适用上的重叠和冲突。比如《合同法》第 68 条是对不安抗辩权的规定，根据其第二款的内容，如果后履行义务人有“转移财产、抽逃资金，以逃避债务”的情形，先履行义务人就可以主张不安抗辩权以中止履行，而根据第 108 条的规定当事人一方“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”，上述后履行义务人

“转移财产、抽逃资金，以逃避债务”的行为显然也符合第108条规定的预期违约适用条件，先履行义务人也可以据此要求其承担违约责任，这就体现了不安抗辩权和预期违约在适用情形上的冲突，由于二者的补救措施不同，当事人在第68条和第108条之间的选择将带来不同的法律后果。

### 4.3 进一步完善我国《合同法》的建议

通过上文的分析，笔者认为可以对《合同法》做如下修改：

第一，在《合同法》违约责任一章集中规定预期违约的内容。（1）可以将第108条修改为集中规定明示预期违约及补救措施的条文，并明确规定非违约方在明示预期违约下可采用的补救措施，如中止履行、要求提供担保、解除合同、请求损害赔偿等，还要增加赋予明示预期违约方撤回其拒绝履行合同的表示的权利。

（2）增设一条专门规定默示预期违约及补救措施的条文，其中默示预期违约的适用情形可参照《合同法》第68条内容，其补救措施可参照第69条内容，需要注意的是第68条中当事人“有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行……”的规定中可将“有确切证据证明”改为“有合理理由认为”以减轻非违约方的举证责任，同时可运用司法解释对“有合理理由认为”的情形加以限制，如规定这种理由是否合理应根据行业规定、交易习惯等确定，防止主观色彩过强而导致滥用默示预期违约制度。（3）删除位于合同的权利义务终止一章的第94条第二款内容，防止预期违约的规定过于分散杂乱。

第二，继续保留《合同法》中的不安抗辩权制度。（1）保留第68条和第69条。从功能上来说，拥有完善的救济手段的预期违约制度几乎可以替代不安抗辩权制度，但从维护法律体系的完整性和严密性考虑，我国《合同法》仍然沿用大陆法系的法律框架，这不是删除或增加个别条文就能改变的，并且不安抗辩权在强调对先履行义务人的保护上仍有其价值，因此笔者认为现阶段还应保留相关规定。至于法律适用上的冲突问题，比如第68条与108条在适用中的问题，可以通过司法解释赋予非违约一方当事人以选择权，在满足适用情形的条件下，由当事人根据具体情况在两种法律制度中选择一种来维护权利，并且为了维护合同的稳定和交易安全，这种选择应该被规定为是终局性的。（2）对第68条和第69的内容加以改进。为了明确先履行义务人可以主张不安抗辩权的时间，可以将第68条

中的“可以中止履行”改为“可以中止履行及为履行所做的准备”，这样对先履行义务人的保护就更周密了。而第 68 条中提到的“有确切证据”与上文提到的一样，可改为“有合理理由认为”并运用司法解释对“有合理理由认为”的情形加以限制，以免对先履行义务人规定过重的举证义务，还可以防止对不安抗辩权的滥用。第 69 条中的“适当担保”主观色彩过于强烈，可以通过司法解释将其限定为与其应当履行的债务相当的担保，以避免先履行义务人仅凭主观判断担保是否适当而导致对不安抗辩权的滥用。

## 结 论

预期违约制度在保护合同非违约方于合同履行期限届满前权利不受损害方面发挥了重要作用，这一制度特有的价值使其在建立初期就广受关注和争议，并通过一系列有影响力的案例和随之而来的理论研究在英美法系国家得到不断发展。CISG 接受了这一源自英美法系的法律制度，并在国际统一立法运动的影响下吸收了大陆法系的相关内容，使 CISG 下的预期违约制度体现了两大法系相互融合的特色。随着 CISG 的广泛应用，预期违约制度也被越来越多的国家接受。大陆法系也有与之类似的制度。

本文从对预期违约制度本身的研究入手，以将其分为明示和默示预期违约的角度比较分析预期违约及补救措施在英美法系和 CISG 下发展出的不同特点，并将其与大陆法系类似制度进行比较，为研究我国《合同法》下的预期违约制度打下基础。

我国《合同法》的颁布结束了国内合同法律领域长期分散杂乱的局面，体现了立法技术的提高。这部法律在沿用大陆法系不安抗辩权制度的基础上，引入了源自英美法系的预期违约制度。笔者认为一部合同法中同时存在不同法系的法律制度，这种现象一方面体现了我国立法与国际接轨的开放态度，是立法技术提高和观念进步的表现，另一方面也反映出我国现行《合同法》的有关规定仍不完善，存在法律适用上的冲突和重叠。本文就如何解决这一问题进行了思考和探讨，笔者认为在现有《合同法》的框架下，为保持法律体系的完整和严密应保留不安抗辩权制度的规定，并通过增删有关条文对预期违约做出集中规定，同时通过设立司法解释等方式解决在实践中适用法律可能出现的问题。

## 参 考 文 献

- [1] Treitel G H. *The Law of Contract*. London: Sweet&Maxwell, 1999.
- [2] 科宾著. 王卫国译. 科宾论合同. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998.
- [3] 余劲松, 吴志攀. 国际经济法. 北京: 北京大学出版社, 2000.
- [4] 王军. 美国合同法. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2004.
- [5] Blum B A. *Contracts: Examples and Explanations*. New York: Aspen Law&Business, 1998.
- [6] Rowley K. A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law. *Cincinnati University Law Review*. 2001, 69(56):573.
- [7] Honnold J. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*. Deventer: Kluwer Law International, 1999.
- [8] Schlechtriem P. *Uniform Sales Law*. California: World Trade Press, 1986.
- [9] Koch R. The Concept of Fundamental Breach of Contract Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Deventer: Kluwer Law International, 1999.
- [10] Treitel G H. *The Law of Contract*. London: Sweet&Maxwell, 1999.
- [11] Rowley K. A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law. *Cincinnati University Law Review*. 2001, 69(56):573.
- [12] <http://www.4lawschool.com/contracts/de.shtml>
- [13] Blum B A. *Contracts: Examples and Explanations*. New York: Aspen Law&Business, 1998.
- [14] Rowley K. A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law. *Cincinnati University Law Review*. 2001, 69(56):623.
- [15] 叶林. 违约责任及其比较研究. 北京: 中国人民大学出版社, 1997.
- [16] <http://skxy.ecjtu.jx.cn/law/showarticle.asp?id=340>
- [17] Williston. Repudiation of Contract. *Harvard Law Review*. 1901, 14(2):421-438.
- [18] 科宾著. 王卫国译. 科宾论合同. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998.
- [19] <http://supreme.justia.com/us/178/1/>
- [20] 林晓云. 美国货物买卖法案例判解. 北京: 法律出版社, 2003.

- [21] Koch R. The Concept of Fundamental Breach of Contract Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Deventer:Kluwer Law International, 1999.
- [22] 李巍. 联合国国际货物销售合同公约. 北京:法律出版社, 2009.
- [23] 李巍. 联合国国际货物销售合同公约. 北京:法律出版社, 2009.
- [24] Vold L. The Tort Aspect of Anticipatory Repudiation of Contracts. Harvard Law Review. 1928, 41(1):340.
- [25] 谢琼. 论合同法中预期违约制度的完善. 西昌学院学报, 2009, 21(2):67.
- [26] 崔建远. 合同法. 北京:法律出版社, 2004.
- [27] <http://china.findlaw.cn/hetongfa/weiyuezeren/yqwy/8518.html>
- [28] 李永军. 合同法原理. 北京:中国人民公安大学出版社, 1999.
- [29] 王传丽. 国际贸易法. 北京:中国政法大学出版社, 2009.
- [30] 林晓云. 美国货物买卖法案例判解. 北京:法律出版社, 2003.
- [31] Jackson J H, Bollinger L C. Contract Law in Modern Society. St. paul:West pub. co, 1980.
- [32] Chesire F, Furmaton. Law of Contract. London:Butterworths, 1986.
- [33] Treitel G H. The Law of Contract. London:Sweet&Maxwell, 1983.
- [34] <http://www.zkxww.com/PAPERS/lunwen/falv/jjf/200903/24819.html>
- [35] 威廉.H. 劳伦斯, 威廉.H. 亨宁著. 周晓松译. 美国货物买卖和租赁精解. 北京:北京大学出版社, 2009.
- [36] Treitel G H. The Law of Contract. London:Sweet&Maxwell, 1983.
- [37] 威廉.H. 劳伦斯, 威廉.H. 亨宁著. 周晓松译. 美国货物买卖和租赁精解. 北京:北京大学出版社, 2009.
- [38] 科宾著. 王卫国译. 科宾论合同. 北京:中国大百科全书出版社, 1998.
- [39] Treitel G H. The Law of Contract. London:Sweet&Maxwell, 1983.
- [40] 徐炳. 买卖法. 北京:经济日报出版社, 1991.
- [41] [http://en.wikipedia.org/wiki/Luten\\_Bridge\\_Company](http://en.wikipedia.org/wiki/Luten_Bridge_Company)
- [42] <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/187.htm>
- [43] Schlechtriem P. Uniform Sales Law-The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Vienna:Manz, 1986.
- [44] 李永军. 合同法. 北京:法律出版社, 2005.
- [45] 林晓云. 美国货物买卖法案例判解. 北京:法律出版社, 2003.



- [46] Honnold J. Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention. Deventer: Kluwer Law International, 1999.
- [47] 李巍. 联合国国际货物销售合同公约. 北京: 法律出版社, 2009.
- [48] Honnold. Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention. Deventer: Kluwer Law International, 1999.
- [49] Bianca C M, Bonell M J. Commentary on the International Sales Law. Milan: Giuffe, 1987.
- [50] Honnold J. Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention. Deventer: Kluwer Law International, 1999.
- [51] Honnold J. Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention. Deventer: Kluwer Law International, 1999.
- [52] 郑冲, 贾红梅译. 德国民法典. 北京: 法律出版社, 2001.
- [53] 罗结珍译. 法国民法典. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [54] 费安玲, 丁玫译. 意大利民法典. 北京: 中国政法大学出版社, 1997.
- [55] 杜景林, 卢谌. 德国债法改革: 《德国民法典》最新进展. 北京: 法律出版社, 2003.
- [56] 吴兆祥, 石佳友, 孙淑妍译. 瑞士债法典. 北京: 法律出版社, 2002.
- [57] 郑冲, 贾红梅译. 德国民法典. 北京: 法律出版社, 2001.
- [58] 罗结珍译. 法国民法典. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [59] 费安玲, 丁玫译. 意大利民法典. 北京: 中国政法大学出版社, 1997.
- [60] Jackson J H, Bollinger L C. Contract Law in Modern Society. St. Paul: West Pub. Co, 1980.
- [61] Carter J W. Breach of Contract. Sydney: The Book Company, 1992.
- [62] John C, Duncan Jr. Thinking Globally and Acting Locally. Brigham Young University Law Review. 2000, 1(4): 1363.
- [63] 杨永清. 预期违约规则研究. 见: 梁慧星编. 《民商法论丛》. 北京: 法律出版社, 1995: 385-386.
- [64] <http://www.hflib.gov.cn/law/law/falvfagui2/msf/LWJ/1200.htm>
- [65] <http://www.chinaccm.com/40/4010/401001/news/20030127/131741.asp>
- [66] 梁慧星. 民法判例学说与立法研究. 北京: 中国政法大学出版社, 1993.
- [67] [http://www.chinacourt.org/flwk/show.php?file\\_id=32430&key=%BA%CF%CD%AC%B7%A8](http://www.chinacourt.org/flwk/show.php?file_id=32430&key=%BA%CF%CD%AC%B7%A8)
- [68] 法律出版社法规中心. 中华人民共和国合同法案例解读本. 北京: 法律出版社, 2009.
- [79] 韩世远, 崔建远. 先期违约与中国合同法. 法学研究, 1993, 1(3): 33.

- [70] 法律出版社法规中心. 中华人民共和国合同法案例解读本. 北京:法律出版社, 2009.
- [71] [http://paper.dzwww.com/sdfzb/data/20091113/html/3/content\\_2.html](http://paper.dzwww.com/sdfzb/data/20091113/html/3/content_2.html)
- [72] 法律出版社法规中心. 中华人民共和国合同法案例解读本. 北京:法律出版社, 2009.
- [73] 李晓艳. 默示预期违约情形下的合同解除. 中共云南省委党校学报, 2009, 10(2):172.
- [74] 梁海静. 预期违约及其救济方法的比较研究. 见:梁慧星编. 《民商法论丛》. 北京:法律出版社, 2000:796.
- [75] 王利明, 崔健远. 合同法. 北京:北京大学出版社, 2000.
- [76] 法律出版社法规中心. 中华人民共和国合同法案例解读本. 北京:法律出版社, 2009.
- [77] [http://www.chinacourt.org/flwk/show.php?file\\_id=32430&key=%BA%CF%CD%AC%B7%A8](http://www.chinacourt.org/flwk/show.php?file_id=32430&key=%BA%CF%CD%AC%B7%A8)
- [78] 崔建远. 合同法. 北京:法律出版社, 2004.
- [79] 罗结珍译. 法国民法典. 北京:中国政法大学出版社, 1999.
- [80] 杜景林, 卢湛. 德国债法改革:《德国民法典》最新进展. 北京:法律出版社, 2003.
- [81] 法律出版社法规中心. 中华人民共和国合同法案例解读本. 北京:法律出版社, 2009.

## 攻读学位期间公开发表论文

- [1] 李颖. 浅论新劳动立法形势下企业的调整与发展. 法制与社会, 2009, (6):264.  
与本学位论文第4章4.2.2.2的内容相关。

## 致 谢

时光匆匆，转眼间我的在职法学硕士生活就要过去了。回望这段难得的学习经历，心情始终难以平静。在职学习的生活里，工作牵扯了太多的时间和精力。能够顺利的完成这篇论文，首先要感谢我的导师裴桦教授，对裴老师的感谢之情难以用语言表达。没有裴老师的指导和鼓励，我无法想象自己如何能坚持完成这篇论文。裴老师严谨扎实的学风和亲切谦和的为人给我留下了深刻的印象，能得到裴老师的指导是我在职学习生活中最大的幸运。

我还要感谢大连海事大学法学院的其他老师，他们在课堂上的精彩授课让我获益匪浅，他们在开题时对我论文提出的中肯意见为本文的顺利完成提供了很大帮助，他们渊博的学识和平易近人的学者风范让人折服。

感谢与我一起度过这段难忘的学习生活的各位同学，我们在课堂上的互动和课下的讨论不仅收获了知识也让我们结下了友谊，一路走来感谢他们对我的陪伴和支持。

最后，感谢我的父母。他们培养我长大成人，无怨无悔的支持我完成学业，这份理解和支持我永远铭记在心。