

摘 要

预期违约作为合同违约的一种形态，是指合同有效成立后至履行期限届满或届至之前，一方当事人明确、肯定地表示将不履行合同或一方当事人有合理理由预见另一方当事人将不履行合同的行为。该制度最早起源于英国的合同法判例，经过一百多年的实践发展现已相当成熟和完备。《联合国国际货物销售合同公约》作为一个世界性的法律文件也采纳了英美法系预期违约理论，但出于统一性的需要，并未采用英美法的分类标准，而是将预期违约分为预期根本性违约和预期非根本性违约。针对期前毁约这种情况，传统的大陆法系国家也有着相对应的救济措施即拒绝履行与不安抗辩权制度，然而两者与预期制度相比，仍然不够成熟，存在着诸多的缺陷。而 1999 年新制定的《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）对这一问题，既借鉴了英美法系及《联合国国际货物销售合同公约》中有关预期违约制度，同时又规定了不安抗辩权制度。虽然这一立法模式体现了我国民法理论与司法实践的最新发展，但同时也引发了一些法律适用之难题。本文通过对两大法系的对比研究，从预期违约的渊源、法律价值、形态、救济措施等入手，力求对预期违约的基本理论和具体适用等问题有一个比较清楚、系统的认识。并在此基础上，就我国现行《合同法》中有关预期违约制度存在的不足以及与不安抗辩权法律适用上的冲突，提出完善的建议。

关键词：预期违约 不安抗辩权 拒绝履行

Abstract

Anticipatory breach of contract as one kind of the breach of contract, is refers to before the performance of a contract, the party shows expressly that he will not perform the contract; or one party has the reasonable reason to foresee the other party will not to fulfill the contract. This system origins from the judicial precedent of England's contract law, it has been developed to be quite mature and complete through more than 100years. " United nations convention on contracts for the international sales of goods" as a worldwide basis legal document has also accepted the Anglo-American genealogy of law system, but in order to the unified need, it not take the Anglo-American classification, anticipatory breach of contract is divided into fundamental anticipatory breach of contract and non-fundamental anticipatory breach of contract. In Continental Law, we can not find this legal tern, but substantially, the Continental Law also has its legal relief measures against breach of contract before the debt's expiration, namely anticipatory refusal of performance and precarious right to defense. However this system is not mature enough because of its many blemishes. But our country's contract law, which was adopted in1999, not only has introduced into the prescription concerning anticipatory breach of contract in the convention, but also established the system of precarious right to defense, which is initially erived from the Continental Law. Though this legislation pattern has embodied our country civil law theory and actual judicial practice, its applies to difficult problems. This article will make a research on the source, theoretic basis, and the forms of the system of anticipatory breach and aims to discuss it more systematically by comparing the two systems. Based on it, he paper also will point out the defects and application conflict between the anticipatory breach of contract, and precarious right to defense. Finally the authors will give the advice for the legislation.

Key word: Anticipatory breach of contract; precarious right to defense; anticipatory refusal of performance.

独创性声明

本人声明所呈交的论文是我个人在导师指导下（或我个人……）进行的研究工作及取得的研究成果。尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含为获得西南科技大学或其它教育机构的学位或证书而使用过的材料。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

签名：

日期：

关于论文使用和授权的说明

本人完全了解西南科技大学有关保留、使用学位论文的规定，即：学校有权保留学位论文的复印件，允许该论文被查阅和借阅；学校可以公布该论文的全部或部分内容，可以采用影印、缩印或其他复制手段保存论文。
(保密的学位论文在解密后应遵守此规定)

签名：

导师签名：

日期：

第一章 绪 论

尽管“约定必须遵守”是各国立法所普遍主张的一个基本法律原则，但随着经济的不断发展以及贸易往来的日益频繁，在合同有效成立后至履行期限届满或届至之前，一方当事人不愿或不能履行其义务的现象越来越常见。依照传统立法，在合同约定的履约日期之前，当事人是不承担履行义务责任的，即便对于一个将来注定不会履行的合同，也只有等到实际违约时才可追究另一方的责任，显然这不仅不利于对受害方的积极保护，同时也不利于社会资源的合理配置。为了解决这一现实问题，英美法系以判例的形式创立了特有的预期违约制度，只要符合一定的条件，即使是在期前，当事人也可能承担违约责任。我国现实生活中也同样存在着类似的问题，针对原有立法的不足，现行《合同法》在对大陆法系不安抗辩权制度进行规定的同时，又引进了英美法的预期违约制度，以完善我国合同责任，规范市场交易秩序。

由于我国属于大陆法系国家，与英美法系国家相比有着不同的逻辑思维与制度构架，因此自从引入这一制度以来，我国理论界就一直存在着争论。首先，有的学者主张预期违约制度所针对的问题，大陆法系也有自己的解决途径，将英美法系相关制度引入必将破坏我国原有的法律体系；也有学者认为只要是先进的制度就应该吸收，对合同法这一大胆的做法进行了全面的肯定。其次，与英美法系的预期违约制度相比，我国《合同法》第 94 条与 108 条并不是对它的完整引进，许多概念是模糊的，缺少定论。比如，构成预期违约的前提，到底是对是合同一般义务的违反还是对合同重大义务的违反；“以自己的行为表明”中的“行为”到底是看作默示的预期拒绝履行，还是应看作预期履行不能，还是说两者皆可；当一方当事人通过“转移财产、抽逃资金，以逃避债务”等行为表明将不履行合同义务时，另一方寻求的法律救济究竟是适用渐进式的不安抗辩权制度即中止履行——提供担保——解除合同，还是适用可直接解除合同的预期违约制度。最后，预期违约制度本身也存在着一些缺陷：如容易导致损害赔偿的错误认定，使违约方承担不适当的责任；容易加速被告责任的承担，使其陷入无力偿还或破产的境界。

上述问题的出现急需理论研究的深入和相应法律的健全。研究预期违约不光有利于保护非违约方的合法权益，而且也是将效益观念引入合同法的一种有效尝试。

第二章 预期违约制度概述

一、预期违约的概念探源与特征

(一) 概念探源

预期违约是对英文“anticipatory breach of contract”的中文翻译，由于这一概念来源于英美法系国家，因此，目前我国许多学者在对预期违约的概念上有着不同的界定。本人认为预期违约是指合同有效成立后至履行期限届满或届至之前，一方当事人明确、肯定地表示将不履行合同或一方当事人有合理理由预见另一方当事人将不履行合同的行为。传统契约法理论认为，违约是对契约义务的违反，债务人在约定的履约日期之前是不负有实际履行义务的，所以根本就谈不上违约责任。而预期违约这一新的制度出现就正好对此提出了一个挑战，即只要满足了一定的条件，债权人就不必非要等到履行期限届满或届至后才可追究债务人的违约责任。由此，只要是依法订立的合同无论是在任何阶段都受到了法律的有效保护。

预期违约作为英美法独创的法律制度，是在衡平法观念的指导下由一个个的判例发展而来的，其最早可以追溯到 1853 年英国王座法院审理的 Hochster 诉 De La Tour 案。在该案中，原告与被告于 1852 年 4 月 12 日签订了一份雇佣合同。合同约定，被告从 6 月 1 日起雇佣原告为旅行随行仆人，期限为 3 个月，并约定了报酬。原告特为此作了准备。但在 5 月 11 日，被告却通知说他不再需要原告的服务。于是 5 月 22 日，原告就向法院起诉请求被告承担违约赔偿责任。在法庭审理中被告争辩，由于违约实际尚未发生，因此原告无权起诉。但最终法院却判决原告胜诉，理由是“在被告拒绝履行该协议之后，原告有权考虑他是否解除他对该合同的未来履行义务，同时保留就合同被毁所致损失诉请赔偿的权利，因此，他有权谋求为另一雇主提供服务，从而使他有权以违约为由请求赔偿的损失得以减少，而不是消极等待和花费金钱去进行徒劳无益的准备。”^①“在这个判例中，法院并没有提到“anticipatory breach”这个概念，甚至没有提到“anticipatory”这一单词的任何其他形式。但是，由此可见传统契约法理论在实践面前受到了强有力的挑战，与有关预期违约制度的基本内容已经建立。”^②

① (美)科宾著：《论合同》下，王卫国等译，中国百科全书出版社 1998 年 8 月第 1 版，第 449 页。

② 葛云松：《期前违约规则研究——兼论不安抗辩权》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 5 页。

正式以“anticipatory”为预期违约制度命名的判例，是 1872 年英国的 Frost 诉 Knight 案。该案中，一个女仆和主人的儿子恋爱了，两个人想结婚，但是知道男方的父亲肯定不会同意。因此他们约定，等到男方的父亲去世后就结婚。可是后来男方后悔了，他告诉这个女子，自己将不会娶她。在这一判例中就提到了“anticipation”：“作为拒绝履行合同的一个结果，因将来的不履行而构成的违约在诉讼中成为实质上所关涉的问题：终将发生的不履行因为被预见（by anticipation）就被作为了诉因，并且损害赔偿 responsibility 可以基于此而请求和计算，尽管履行期可能还很遥远。”^①1894 年英国的 Syngé 诉 syngé 一案又进一步扩大了预期违约制度的适用范围。在该案中法官认为：“尽管不排除被告重新买回该房屋以履行其许诺的可能性，但原告仍有权解除合同并请求赔偿。”这一规则在英美国家称为“不可能”，即“如果立约人以他自己的行为使他的允诺的实际履行成为不可能，这就是对他的允诺的拒绝履行，它与通过言辞的拒绝履行具有同样的法律效果”。^②

预期违约制度由于本身所存在的科学性、合理性，因此英国王座法院的判例很快得到了英美国家其他法院的引用和遵循。美国《统一商法典》、美国《合同法重述》、《联合国国际货物销售合同公约》、罗马国际统一私法协会《国际商事合同通则》也都采纳了该制度，并以成文法的方式对其进行完善与发展，使之更加具体有操作性。至此，预期违约制度已趋近成熟。

（二）特征

预期违约是指在合同有效成立后至履行期限届满或届至之前的毁约，这一制度建立的初衷在于为合同一方当事人在另一方可能发生违约情形时，提前提供法律救济，即允许受害方享有解除合同和损害赔偿的诉权，因此预期违约与实际违约相比有着本质的特征。

第一，预期违约与实际违约相比，其发生的时间不同，即表现为未来将不履行合同义务，而不是对现实合同义务的违反。目前，我国理论界对预期违约发生的时间存在着两种不同的观点。我国《合同法》认为预期违约是合同有效成立后至“履行期届满之前”的违约，而杨立新教授则认为预期违约发生在“合同履行期届至之前”。

虽然“届满”与“届至”只有一字之差，但实际效果则完全不同。从字

① 葛云松：《期前违约规则若干基本概念探源》，载于《环球法律评论》2003 年秋季号。

② （英）盖斯特著：《英国合同法与案例》，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 486 页。

面上理解,“届满”是指期限的最后一天或当天(当天仅适用于履行期限为一天的情况),^①因此按照《合同法》的这种说法,只要是在合同履行期限的最后一天或当天结束之前,都可能发生预期违约。假设有这样一个案例,甲雇佣乙为自己的临时导游,时间为某年的 10 月 1 日至 10 月 7 日,可就在 10 月 5 日的时候乙突然生病,不能继续履行自己的义务,那么乙在这个时候应该承担什么样的责任?显然,如果甲要进行追究的话,乙应承担的是实际违约责任,虽然 10 月 7 日才是合同的届满之日。因此,这种观点无法解释属于持续性的合同,如雇佣合同。因此,当遇到这样的情况时,用“届至”(是指履行期限的到来)来表述预期违约发生的时间则更为准确。假设又有这样一个案例,同样甲雇佣乙为自己的临时导游,只是放宽了时间的限制,即乙履行自己的导游义务只要是在 10 月 1 日至 10 月 7 日的任意一天即可。同样乙在 10 月 5 日的时候也突然生病,不能继续履行自己的义务,那么此时他应该承担什么样的责任?是否也应该承担实际违约责任呢?答案当然是否定的,因为履行期还没届满,乙完全有可能在后面几天内履行自己的义务。所以,在这一问题上,本人认为对于预期违约的时间问题不能一刀切,应区别对待,不能只单单地规定为届满之前或届至之前。属于持续性合同或约定以某一时间点作为履行期的,应把时间界定在履行期限届至之前;而对于约定以某一时间段内的任意一点作为履行期的,则预期违约发生的时间只能是履行期届满之前。

第二、预期违约侵害的是合同的期待债权,而不是现实债权。在合同履行期限届满或届至之前,债权人是无权要求债务人提前履行债务,提前实现自己债权的,所以,此时债权人享有的只是期待的债权而不是现实的债权,只有等到约定的履约日期之后才能变成一种既得权。对债务人来说,此种期限也体现为一种利益,该利益应为债务人所享有。日本《民法》第 136 条规定:“期限推定是为债务人之利益而定,期限之利益得抛弃之,但不得因此有害于相对人之利益。”不过,即使债权人享有的是一种期待的权利,但这种权利仍然是不可侵犯的。若债务人毁约,则使其期待的利益不能实现,债务人也应承担违约的责任。

第三,预期违约不仅仅只有一种救济手段。在救济方式上,预期违约的非违约方与实际违约的非违约方相比具有更大的选择余地。当出现预期违约的情况时,预期违约的非违约方既可以在约定的履约日期之前要求解除合同,

① 江平主编:《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 78 页。

并赔偿损失；也可以置对方的预期违约而不顾，等到履行期限届满或届至之后，再要求继续履行，如果对方仍然不履行，此时预期违约已经转化成为了实际违约，债权人则可以要求债务人承担实际违约的责任。相反，在实际违约中，非违约方就没有这种选择的权利，他只能要求对方承担继续履行、采取补救措施、赔偿损失等实际违约责任。但同时我们也应该注意到，由于预期违约发生在期前，所以像修补、替换等为救济实际瑕疵履行而采取的措施就不再适用。

第四、预期违约只能是合同当事人一方的违约。实际违约既可以是单方违约，也可以是双方同时违约。而预期违约只能是一方当事人明确肯定地表示他将在履行期限届满或届至之前不履行合同或因为能力不足等原因到时将不能、不履行合同。如果合同的一方在对方的“预期违约”之前就欠缺履行义务的能力，则他可以被对方起诉为预期违约，此时构成预期违约的是自己，而非另一方。

第五、预期违约方并不必然承担违约责任。预期违约并不是对合同事先约定义务的违反，而只是一种违约的可能性。一方面，预期违约方可以撤回自己的违约表示或提供充分的担保而使合同恢复原有的效力，最终使自己免责；另一方面，当出现非预期违约方置对方的预期违约不顾，而是等到履行期限届满或届至以后再要求继续履行情况时，如果此时预期违约方愿意履行或者恢复了履行合同的能力，那么这时他也不承担任何违约的责任。而实际违约则相反，只要一出现违约的情况，就必然承担相应的法律责任。

二、关于预期违约分类学说

预期违约制度来源于英美法系，国外有关这一制度的立法和判例纷繁复杂，就连在英国、美国也有着并不完全相同的内容，我国学者在讨论预期违约这一外来制度时也存在着不同的意见。就预期违约的分类问题上，学术界也存在着分歧：一种观点认为，预期违约可分为明示预期违约和默示预期违约；另一种观点则认为，英美法确认了预期拒绝履行和预期履行不能两种预期违约形式。

（一）明示违约与默示违约

持这种观点的学者认为，预期违约包括明示与默示两种类型。所谓明示

预期违约是在合同履行期限到来之前,一方当事人无正当理由而明确肯定地表示其将不履行合同义务的行为。^①在这种情况下,一方当事人向另一方当事人明确肯定地表示既可以是口头的,也可以是书面的。而默示预期违约则是指一方当事人以自身行为或客观事实表明将不履行或不能履行合同的的行为。明示违约与默示违约的主要区别就在于对将来不履行合同义务到底是明确肯定地提出还是非明确肯定地提出。代表这一分类学说的主要有王利明、杨永清教授。

(二) 预期拒绝履行与预期履行不能

持这种观点的学者认为,预期违约可以分为预期拒绝履行与预期履行不能两种形式。预期拒绝履行是指合同有效成立后至履行期限届满或届至之前,一方当事人以言辞或行为向另一方当事人表示将履行合同义务的行为。以言辞表示的预期拒绝履行称为明示预期拒绝履行;以行为表示的预期拒绝履行称为默示预期拒绝履行。预期履行不能是指该合同当事人并没有表示拒绝履行自己的义务,但有情况表明或客观事实表明他将有届时可能不履行合同的行为。根据英美判例法,判断预期履行不能的标准可归纳为以下三点:1、当事人的经济状况不佳,如财产在订约后明显减少,可能没有能力履约。2、当事人的商业信用不佳,令人担忧。3、当事人在准备履约过程中的实际状况表明有预期不能履行的危险。这种对未来的不履行是不确定的,它不是来源于一方的明确表示,而是基于另一方的主观判断。代表这一分类学说观点的主要有崔建远、韩世远教授。

(三) 对预期违约分类的解读

在上述两种分类方法中,本人更倾向于第二种,即预期违约分为两种形式:预期拒绝履行和预期履行不能。

首先,从字面上理解,预期拒绝履行与预期履行不能更贴切英文的原意。在英美的立法、判例和学说中,有关预期违约的概念常常以“Repudiation”、“Diminished Expectation”的形式出现。在《英汉大词典》中,“Repudiation”的主要意思有:1 拒绝、拒绝接受(或履行、清偿);2 否定、否认,因此,预期违约中涉及到的“Repudiation”应该翻译为拒绝履行或履行拒绝,而非明示违约。“Diminished Expectation”则意为期待降低、可能性减少,结合预

^① 王利明著:《民商法研究》(第二辑),法律出版社2000年版,第483页。

期违约应翻译成履行的可能性降低或有不能履行之虞，而非默示违约。此外，在英美法系的重要著作、论文以及法典中，从来没有正式地将预期违约以明示和默示为标准进行区分。“决大数著述甚至根本不提明示(express, explicit)和默示(implicit, inferred)。只有少数著作附带性地、非正式性地进行这种区分。”^①

其次，把预期违约划分为拒绝履行和履行不能，在实际的合同纠纷中更有利于把握不同的预期违约行为，适用相应的救济方式。如果采用明示违约这一概念，那么一方当事人向另一方当事人明确肯定地表示只能是口头的或者是书面的，因为只有这两种方式才是明确肯定地表示将不按约定履行义务。以自己的行为表明将不履行合同，在这里即不能构成明示违约，而只能归入默示违约的范畴。但有些行为，如一个房屋买卖合同，在履行期限届满或届至之前，一方当事人却把房屋卖给了第三人，那么在一般人看来显然他将届时不可能有能力履行原来约定的义务。如果采用明示和默示这一分法的话，显然这种情况应属于默示违约，相应的救济方式应是先让对方提供担保，不能提供担保时，才能解除合同并赔偿损失。当然这类行为不同于一般的行为，有其特殊的要求，即当事人的这种行为造成了合同不可能履行的结果，或者这种行为在任何通情达理的第三人看来是对合同义务的拒绝履行。因此，如果出现这种情况，就没有必要再要求对方提供担保，而应直接赋予当事人享有明示违约的救济权利。此时，明示和默示只是意思表示的两种形式，不存在根本的差异。美国合同法专家科宾也专门论述了以行为表示的拒绝履行：“拒绝履行是不履行合同义务的意思表示。这种表示通常是用言辞来表达的，但它们也可以用其他方法来表明。行动胜于言词，这已经成为一句格言。因此，如果立约人以他自己的行为使他的允诺的实际履行成为不可能，这就是对他的允诺的拒绝履行，它与通过言词的拒绝履行具有同样的法律效果。如果该允诺的履行期尚未到来，则存在着可对之提起诉讼的预期违约。”^②而有些行为如当事人经济状况不佳，没有能力履约；商业信用不佳，令人担忧等，则是出于另一方的主观判断，如果赋予直接解除合同的权利，则不利于维护另一方当事人的合法权益。预期拒绝履行与预期履行不能的划分就正好可以避免发生混同，把行为区别对待，既符合效益原则，又符合立法精神。

① 葛云松著：《期前违约规则研究——兼论不安抗辩权》，中国政法大学出版社 2003 年 5 月第 1 版，第 17 页。

② (美)科宾著：《论合同》下，王卫国等译，中国百科全书出版社 1998 年 8 月第 1 版，第 449 页。

再次，根据英美法特别是成文法的规定，预期违约的两种基本形式应是预期拒绝履行和预期履行不能，而明示违约和默示违约只作学理上的分析研究。美国《合同法重述》陈述了构成预期拒绝履行的三种情形：1、允诺人以积极的言辞向被允诺人和拥有合同权利的其他人表示其将不实际履行他的合同义务；2、向他方转移或以合同转让特定的土地、货物或其他对合同履行必不可少的东西；3、任何导致他实际履行合同不可能或显而易见不可能的明显的故意的行为。^①其中第一种是用言辞表明的预期拒绝履行（明示的），第二种和第三种则是以行为表明的预期拒绝履行（默示的）。根据《统一商法典》第 2—610 条和《合同法重述》第 250 条可以清楚地看出美国法上传统的预期违约，即第一种与第二种情况，法律后果是完全相同的。如果按照明示与默示的分法，则第一种情形为明示预期违约，第二种和第三种为默示预期违约，理应有不同的法律后果，但事实并非如此。由此可见，这种学说的观点是不科学的。

最后，采用预期拒绝履行与履行不能的分类方法，更能适应大陆法系原有的概念体系。传统大陆法系对债务的不履行，也存在着履行不能与拒绝履行两种形态。所谓的履行不能是指债务人不能依债务的本身而为给付，是欲为而不能。在德国和台湾地区，履行不能的法律后果的发生和履行期没有关系，即当事人无论是在期前还是在期后都可主张。拒绝履行又称给付拒绝，也是一种债务不履行的状态，其区别就在于这种不履行是定位在履行可能的情况下，债务人拒绝履行合同的义务。只是目前关于这种履行拒绝的学说主要还是停留在学说和判例上，法典上很少进行明文性的规定。因此，不难看出，英美法上预期违约的概念可以同大陆法的履行不能和履行拒绝形成一个大概的对应，我国借用原有的概念来识别来源于英美的预期违约，既不破坏先前的体系，同时又符合了法律现代化的要求。

三、预期违约制度的理论基础与法律价值分析

（一）理论基础

“约定必须遵守”为各国立法所普遍主张，因此违约行为是以违反已到期的义务为前提。但对于合同履行期限届满或届至之前是否构成违约这一问题，学者们对此一直争论不休，提出了诸多理论。（1）保护债权人之期待理

^① Calamri&perillo, *contract*, third edition, 1987, p.459.

论。认为合同真正的神圣性依赖于双方当事人互相愿意履行其债务，而预期违约的基础就在于保护债权人能够从债务人那里获得给付的期待。“但该理论说明的是期前违约规则的目的，而不是其理论基础。并且，规定债权人的义务可以因为债务人的期前违约而消灭但履行期届满以后才能够诉请损害赔偿的话，也可以保护债权人的期待。所以，该理论无法说明预期违约规则的所有方面。”^①（2）默示条款理论。认为在合同法上有一个默示条款，即不得在期前无合法理由而拒绝履行合同。但预期违约实际上违反的是不危害给付实现的不作为义务，而非该理论所指的给付义务。（3）实际违约理论。认为预期违约本身就是实际违约。该理论忽视了预期违约与实际违约之间存在的诸多差异，如预期违约的状态可能会因为债务人的撤回而消灭，而这在一般的实际违约中是不会发生的，将两者混同，势必造成当事人之间利益的失衡，加重违约方的负担。（4）不可能履行理论。认为预期违约表明违约方不可能履行原合同的义务。该理论只解释了预期违约的部分情况，却忽略了预期违约方在约定的履行日期之前也可能全面履行合同的情况。（5）要约承诺理论。认为解除合同需要双方当事人的协商一致，违约方的预期违约是一种可能被承诺方接受的合同解除的要约。而实际上债权人接受预期违约，而使合同发生终止的效力，并不是因为双方对此达成了协议，而是债权人在行使其依法获得的终止合同的权利，并且根据法律原理，要约需要明确肯定地向他方当事人发出即须是“作为”的，而预期违约中的履行不能则相反，须是“不作为”的，因此，该理论也不科学。

分析上述几种代表性的理论，虽然各有缺陷，但同时也从不同的层面折射出预期违约制度在理论上存在的合理性是不容置疑的。崔建远、韩世远教授认为预期违约的法律基础在于，“其直接侵害的权利不是效力齐备的完全债权，而是请求力不足的不完全债权，是期待权色彩浓厚的债权。侵害完全债权和侵犯债权期待，违反给付义务和违反不危害给付实现的义务，联系得十分紧密，致使预期违约和现实违约在质的方面有同一性，所以预期违约适用违约责任的补救方法。”^②王利明教授也赞同前面两位学者的观点，并进一步引申说，“履行期到来之前，债权人享有的债权仅仅是期待权而不是现实的债权，但是不认为债务人违反了任何现实的义务，而只是未来将不履行义务。”

① 葛云松著：《期前违约规则研究——兼论不安抗辩权》，中国政法大学出版社2003年5月第1版，第161页。

② 韩世远、崔建远：《先期违约与中国合同法》，载于《法学研究》1993年第3版，第34页。

¹此外，杨永清教授也在论著中，提出了自己的观点：“预期违约直接侵害的不是现实的债权，而是期待债权。在债务人出卖特定物给第三人的时候，还侵害了债权人的所有权。”²

（二）法律价值分析

首先，预期违约制度体现了诚实信用原则，有利于平衡当事人的经济利益。诚实信用原则作为合同法上的基本原则，是指双方当事人在订立合同、履行合同以及合同终止后的全部过程中，都要诚实，讲信用，以平等互利为目的相互协作，公平交易。其主要强调的是主观上的善意，反对的是主观动机上的恶意，因此在合同的履行中应秉承互相信赖的理念。预期违约的出现，势必侵害了债权人的期待债权，同时也使债权人对于债务人能否在合同约定的履约日期之后进行履行的诚实信用度产生怀疑，在这种情况下，如果仍然维持合同原有的效力将导致对债权人明显不公平。诚实信用原则确立的宗旨在于公正地估量双方当事人的利益，以谋求相互的利益平衡。而预期违约制度正好就体现了这一目的，为了避免受损方处于不利的地位或避免将会造成的损失，对双方的利益关系进行了调整，规定了相应的救济措施，使双方在利益上达到最大限度的平衡与对等。

其次，预期违约制度体现了效率原则，有利于尽快解决纠纷，避免资源的浪费。在传统的契约理论中，债权人即使明明知道债务人将不履行或不能履行合同，在一定的情况下，仍然也要先为履行或为履行作好相应的准备工作。而所有这一切，都有可能因为预期违约方的最终不履行成为不必要，从而导致社会资源的极大浪费。但如果采用了预期违约情况就大不一样。对于债权人来说，再也不必为不可能实现的合同作毫无意义地准备或为了等待履行期限届满或届至之后的实际违约诉讼而丧失与他人进行交易的机会。一方面他可以通过解除合同、赔偿损失等手段，使自己尽快地从原合同中解脱出来；另一方面，也可以要求对方提供履约担保，使损失的危险程度降低。而对于违约方来说，预期违约也体现了效益的原则。我们知道，一方当事人违约，往往是出于经济的立场来考虑，必定是对违约后果平衡之后的利益选择。

最后，预期违约制度体现了安全与稳定的原则，有利于社会的发展。交易的安全与稳定不仅仅是市场经济得以发展的重要保证，也是法律所追求的

① 王利明著：《违约责任论》，中国政法大学出版社 2000 年版。

② 杨永清：《预期违约规则研究》，载于梁慧星主编《民商法论丛》第 3 卷，法律出版社 1995 年版，第 355 页。

价值。预期违约制度的建立，使当事人能够及时地通过解除合同并要求赔偿损失或要求对方提供担保等法律救济措施，来保障自身权益，而从使自己的法律行为获得安全感。同时如果债务人的预期违约不及时解决，不仅仅可能对债权人造成损害，而且这种合同关系的不稳定性还会蔓延到与债务人发生交易的其他人，带来一系列的不稳定。^①

通过上述的分析，我们不难看出，预期违约制度对于保护债权人的利益，督促当事人履行合同，减少损害都有着重要的现实作用。这一制度与当今法律所追求的公平、正义、效率、安全等价值目标息息相关，因此无论是从法律制度层面上，还是从经济制度层面上来说，都顺应了历史发展的潮流，是对合同法的一重大贡献。

① 葛云松著：《期前违约规则研究——兼论不安抗辩权》，中国政法大学出版社 2003 年 5 月第 1 版，第 153 页。

第三章 预期违约的法律确认与救济

一、英美法对预期违约的法律确认与救济

预期违约最早来源于英美的判例法，经过一百多年的实践发展，现已发展成为构成完整合同责任形态的重要组成部分。作为一项完整、独立的法律制度，英美法把预期违约分为预期拒绝履行（Anticipatory repudiation）和预期履行不能（Prospective inability or Unwillingness to perform），这两种形态无论是在构成要件，还是在法律救济等方面都存在着较大的区别，以下将对此进行详细地阐述。

（一）预期拒绝履行的法律确认与救济

所谓的预期拒绝履行是指合同一方的当事人在履行期限届满或届至之前，以言语或行为向另一方当事人明确肯定的表示将不履行合同的的行为。其又可以进一步分为明示的预期拒绝履行（用言语或书面明确表示）和默示的预期拒绝履行（用行为明确表示）。美国《合同法重述》（第二版）第 250 条对预期拒绝履行做出了明确的规定：“有下列情形之一的，构成履行拒绝：（a）债务人对债权人所为的表示，显示出该债务人将会违约，而且该违约本身即足以使得债权人根据第 243 条主张基于全部违约的损害赔偿，或者（b）债务人自愿所为的积极作为使得债务人不能或者显然不能履行其义务，并且会构成这种性质的违约。”美国《统一商法典》第 2—610 条也对此做了规定“当一方当事人对尚未到期的债务拒绝履行，并且造成的损害将实质性损害合同对方当事人的价值，则受害方可以（a）在一段商业上合理的时间内等待拒绝方的履行；或者（b）寻求违约之下的任何法律救济，即使他已经通知拒绝履行方将等待其进行履行并且要求撤回履行拒绝之表示；并且（c）在以上任何一种情形下中止自己的履行，或者在遵循本编关于出卖人的置违约而不顾而将动产特定化或者挽救未制成的货物。”因此，可以看出，在英美法中，判断一方当事人是否构成预期拒绝履行主要是出于以下几个方面的考虑：

第一，拒绝履行必须发生在合同生效以后履行期限届满或届至之前这段时间。

第二，一方当事人必须一方当事人必须明确、肯定地向对方当事人表示他将不履行合同义务。这种拒绝履行的方式，可以是言词，也可是行动。以言语或书面明确表示的拒绝履行在实际生活中比较容易判断，然而对于什么

样的行为才算是明确肯定, 则很难把握, 缺乏一个明确的标准。一般认为如果这种行为造成了合同不可能履行的结果, 或者在任何通情达理的第三人看来应是对合同义务的拒绝履行, 即可构成默示的预期拒绝履行。

第三, 拒绝履行没有适当的理由。如果有不可抗力、合同落空等正当理由时, 则因违法性被阻却而不承担违约责任。

第四, 对方表示的不履行必须是重大的不履行, 即不履行的是合同的主要义务。所谓主要义务是指“根据合同性质而决定的直接影响到合同的成立及当事人订约目的的义务。”^①一般情况下, 仅对合同的次要义务不履行一般不会妨碍合同主要目的的实现, 同时也不会对合同另一方当事人的期待利益造成严重的损害, 使期待债权成为不可能。如果对于拒绝履行的程度不加以区分, 任债权人在发生拒绝履行时随意解除合同, 会造成当事人对合同解除权的滥用, 这与合同法促进交易之立法目的不符合, 因此法律应对此予以限制。

从实践看来, 虽然预期违约并非实际违约, 但由此引发的实际违约风险却是客观存在的。如果一方出现预期毁约, 而对方只有等到履约日期之后才有权采取补救措施, 那么到时可能会使自己蒙受更大的损失, 因此, 从法律的角度规定预期违约的责任, 提前给予另一方当事人的救济是十分必要的。对于预期拒绝履行如何进行救济, 英美判例法以及成文法赋予了非违约方选择权:

一是非违约方接受预期违约。在前文所提到的 Hochster 诉 De La Tour 一案中, 法官就确定了债权人的这种选择权。根据该案确定的原则以及美国《统一商法典》的规定, 如果受害方承认对方预期违约的意思表示, 则可以带来以下法律效果: 首先, 解除合同, 立即行使求偿权。其次, 可以中止自己的履行或不再做履行准备。再次, 有权拒绝债务人对预期拒绝履行撤回的表示。依照法律的规定, 预期拒绝履行方可以在做出毁约的意思表示或行为后至合同履行期限届满或届至之前撤回毁约, 使先前的明示毁约或毁约行为归于无效, 维持合同原有的效力。但美国《统一商法典》第 2-611 条却对债务人的这种撤回毁约的意思表示进行了法律限制, 在下列情况下, 债权人有权拒绝其撤回: a 债权人在债务人毁约后取消了合同; b 债权人的合同地位已发生了根本改变, 如债权人已与他人缔结了替代合同; c 债权人用其他方式

^① 王利明著:《合同法研究》第 1 卷, 中国人民大学出版社 2002 年版, 第 372 页。

表明他认为此种毁约已成定局。这里值得注意的是，债权人拒绝债务人撤回拒绝，需承担相应的义务：债权人接受毁约的表示必须是完全和明确的，且通过某种方式使对方知道，否则视为保持合同的效力，不接受毁约表示；债权人解除合同后，负有减轻损失的义务，否则导致的扩大损失由债权人承担。之所以法律给予当事人这种救济的权利，其理论基础就在于既然一方当事人明确地表示了将不履行合同，另一方则没有必要还固守于这个没有实际意义的合同，因此法律就赋予了提前要求对方承担违约责任，使双方事人都尽快地从合同中解脱出来，以避免更大利益的损失，这正好可以体现预期违约制度存在的核心——效率违约。

二是非违约方不接受预期违约。这种救济方式是由 1855 年著名的 Avery 诉 Bowden 一案所确立。^①该案中原告与被告订立了租船合同，作为原告的船主依约将船驶到俄国的敖德萨港为被告装货。船抵达后，被告无货可装，被告向原告说明这一点并多次建议原告离开，然而原告仍留在港口希望被告履行合同。不料在装船期届满前，英俄爆发了克里米亚战争，合同因而无法履行。船主（即原告）即以被告违约为出诉请赔偿，被告辩称没有违约。法院支持了被告的抗辩：“一方面认为租船人的行为并不构成对合同的拒绝履行；另一方面，即便构成拒绝履行，船长继续坚持要求租船人提供货物，乃是选择不接受对方的拒绝履行表示，所以租船人并不构成违约。”^②该判例确立了预期违约发生后受害方的选择权，即也可以不理会对方的提前毁约表示而继续维持合同的效力，待到约定的履行日期之后，再按照实际违约获得救济。“通过拒绝承认预期违约，一方当事人便保有了强制对方当事人履行合同的权力，并且还保持了不经法律诉讼获得合同实际履行的可能性。”^③但同时这种救济措施也显示出如果受害方做出此选择，那么在履行期限届满或届至之前就不能获赔偿并承担这段时间丧失诉权的风险。这里值得注意的是，英美法系为了避免债权人进行不经济、不合理的选择，对其拒绝接受预期违约进行严格的严格限制。如美国《统一商法典》第 2-610 条规定：当出现预期拒绝履行时，“受损方可以：(a) 在商业合理的期间内等待毁约方履行合同义务……”，即债权人等待债务人履约的时间如果超出了“商业上的合理时间，他无权对本来可以避免的损失获得赔偿。”

① G.H.Treitel, *the law of contract*, six edition, 1983, p.46.

② 葛云松著：《期前违约规则研究——兼论不安抗辩权》，中国政法大学出版社 2003 年 5 月第 1 版，第 51 页。

③ 韩世远著：《违约损害赔偿研究》，法律出版社 1998 年版。

（二）预期履行不能的法律确认与救济

所谓的预期履行不能是指合同一方的当事人在履行期限届满或届至之前并没有表示拒绝履行自己的义务，但由于客观事实表明有可能不履行合同义务的行为。预期履行不能能否成为预期违约的原因事实在英国法上并不明确，但美国《统一商法典》第 2—609 却对此作了详细地表述。“买卖合同双方当事人都有义务使对方获得适当履行的期待不受损害。如果一方当事人就对方当事人的债务有合理的理由陷入不安（reasonable grounds for insecurity），则可以书面请求对方提供充分的保障。如果在商业上合理，并可以在获得充分保障之前就尚未从对方获得对待给付的履行义务中止履行。”因此，构成预期履行不能应该满足以下要件：

第一，对方当事人未明确表示将不会履行合同的义务。这种对未来的不履行是不确定的，不是来源于一方的明确表示，而是基于另一方的主观判断。

第二，一方有合理的理由预见另一方将不履行或不能履行合同。在预期履行不能中，受害方如何判断违约方有将不履行合同的的行为至关重要，受害方的预见必须具有合理性。判断所提出的理由是否合理，其标准主要有：一是美国《统一商法典》第 2-609 条规定的“有合理理由陷入不安”，依判例法，“合理理由”主要有三：（1）债务人的经济状况不佳，没有能力履约；（2）商业信用不佳，令人担忧；（3）债务人准备履约或履行过程中的行为或实际状况表明债务人有违约的危险。^①二是《联合国国际货物销售合同公约》第 71 条规定的标准：“（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。”

第三，被要求提供保证的一方，不能在合理的期限内提供充分的履约保证。“如果随意允许债权人以对方毁约为借口而中止履行，对交易秩序的维护也是不利的。所以，预见的一方要求对方做出履约保证，也是证实对方是否构成毁约的重要措施。”^②

第四，一方预见到另一方的不履行或不能履行是重大的。

在预期履行不能中，虽然一方并没有明确表示将来不履行合同，但却使得另一方合理的履约期待失去稳定性，使之处于危险状态，因此在法律上同样也赋予了相应的权利予以救济，这在美国《合同法重述》第 251 条与美国《统一商法典》第 2—609 条都有所体现。

① 杨永清：《预期违约规则研究》，载于《民商法论丛》第 3 卷，法律出版社 1995 年版，第 355 页。

② 王利明：《预期违约制度的若干问题研究》，载于《政法论坛》1995 年第 2 期，第 24 页。

一是请求对方在合理的期限内就其债务的适当履行提供充分之保障。当一方当事人有合理的理由证明另一方当事人有到期不会或不能履约的危险时,他并不享有径直解除合同的权利,因为此时存在的仅仅只是一种毁约危险,不能够排除对方能按时履约的这种可能性。所以,为了表明自己没有毁约的意思,要求对方提供充分的担保则是消除这种危险必要的法律救济。二是在对方提供担保前的中止履行权。因合理理由而陷入不安的债权人,有权在合理的情况下,在获得债务人提供的充分保障之前中止履行尚未获得对待给付的债务。这不仅仅包括中止履行其合同义务本身,还包括任何履行准备行为。三是如果对方没有在合理期限内提供适当担保便构成预期拒绝履行,那么另一方就可以行使预期拒绝履行下的救济权。美国《统一商法典》第 2—609 条规定:“在受到受害方的合法请求后,如果在最长不超过 30 日的合理期限内没有对债务的适当履行提供在具体案件事实下程度充分的保障,则不应作为构成对合同的履行拒绝。”此外,美国《合同法重述》第 251 条也有明确的规定:“如果债务人在合理期限内没有对债务的适当履行提供就个案情形考虑程度充分的这种保障,则债权人可以视该不作为构成拒绝履行。”

之所以要对预期履行不能采取一种渐进性的救济方式,在于仅仅凭一方的主观判断,就认定另一方当事人将不履行合同,显然是不公平的。为了降低这种判断的风险,法律就规定了对方必须在合理的期限内提供适当的担保。如果提供了担保,就证明对方有履约的能力;相反,如果没有提供担保,则证实了自己的主观判断,那么此时债权人就可以采取预期拒绝履行的救济措施,以维护自己相关的法律权益。

(三) 英美法对预期违约之不同规定及其之评析

1、关于损害赔偿计算的时间标准

就预期违约中损害赔偿计算的时间标准,英美两国有着不同的规定。英国法认为预期违约与一般违约在损害赔偿问题上是没有太大区别的,其目的都是为了实现债权人的履行利益,因此无论是在履行期限届满或届至之前还是之后,原则上都应该以履行期届满之时或履行期届至之时为计算标准。“债权人终止合同,仍然以原有给付的履行期届满之时为计算标准。”^①而美国《统一商法典》则认为当出现预期违约情况时,如果非违约方及时进行了填补性交易,则以填补性交易为准计算赔偿;如果没有进行填补性交易,而

^① Treitel, *The law of contract*, P.896---897.

在约定的履约日期生效之前就起诉的,则以非违约方拒绝履行时为计算标准;而对于在履约日期生效之后起诉的,则以履行期届满之时进行计算。^①

结合实践与其他国家的立法经验,本人认为对预期违约条件下损害赔偿的时间应该区别对待。比较而言,美国《统一商法典》的这种规定更为可取。

对于非违约方在期前起诉并且法院在约定的履行期之前就进行了判决这种情况,决定损害赔偿的标准应该是预期违约时。之所以不以履行期届满之时或履行期届至之时作为计算标准是因为:首先,“损害赔偿的性质是替代合同约定的给付义务,和衡平法上的实际履行一样,都是执行合同的一种方法,所以在种类上和时间上不同于当事人之间最初的约定并不意味着对被告不公平。”^②其次,如果此时以履行期届满之时或履行期届至之时作为计算标准,那么法院在进行期前判决时就不不得不预测合同标的的价格将会是多少,而这样的预测则难以保证其准确性。同时,以这样的标准来计算赔偿,从一定角度来说等于要求违约方提前履行合同,这显然是不合理的。最后,假设在这种情况下仍然以履行期届满之时或履行期届至之时作为标准来计算,如果遇到价格一直上涨的情况,那么非违约方在获得赔偿后,就可以用超过诉讼时市价的预测价格去进行替代性交易,从而获取一部分没有法律根据的额外收益;相反,如果此时根据诉讼时的市场价格来计算,看似减少了非违约方本可以请求的赔偿数额,但同时替代交易的成本也降低了,所以实际上非违约方的利益并没有受到损害。在价格不断下降的情况下,道理相同。而对于法院是在原合同约定的履约日期之后才做的判断,则应该以履行期届满之时或履行期届至之时为计算标准。在这种情况下,债务已届履行期,先前的预期违约也在此时转变成了实际违约,因此如果再以预期违约时进行计算,就显得不合适。

2、损害赔偿中减轻损害规则的适用

根据各国立法,当出现一方当事人实际违约的情况时,另一方必须及时采取必要的措施以减少因违约而造成的损失或防止损失的扩大,否则无权就本可避免的损失向违约人要求索赔。但是,就预期违约而言,英美法上却存在着不同的认识。英国法认为,预期履行拒绝本身并非违约,只有当债权人终止合同后才构成预期违约,所以在终止合同之前,债权人没有减损义务。

^① 参见美国《统一商法典》第 2-706, 2-712, 2-723, 2-713, 2-708 条。

^② 葛云松著:《期前违约规则研究——兼论不安抗辩权》,中国政法大学出版社 2003 年 5 月第 1 版,第 396 页。

而在美国法上,预期违约是实际违约的一种,所以不论债权人是否终止合同,都立即发生减损义务。^①可见,这两种观点分歧的实质在于,受害人在选择拒绝承认预期违约而坐等合同履行期届满或履行期届至之场合时是否应适用减损规则。

从理论上讲,如果受害方选择了拒绝承认对方的预期违约,则应视合同的权利和义务没有任何变化,双方当事人仍然要继续履行合同,因为此时的预期违约并没有实际发生,所以在这种情况下,受害方原则上不应该负有减轻损害的义务。但本人却认为对于那些履行已经不可期待的情况下(即卖方等待买方履约的时间超出了“商业上的合理时间”)非违约方在此时间内也负有减损义务。一方面,该义务能够避免社会资源人为的浪费。一方预期违约后,如果明知对方不可能实际履行但仍然继续为其做准备,那么就是对后期投入资源的浪费;同时,如果对方濒临破产,这种不现实的等待又会使之丧失寻找替代性交易的机会。另一方面,减轻损害义务能有效平衡合同当事人的经济利益。通常“理性的经济人均追求利益的最大化”,^②因此经常就会有这样的情况发生,明明提早结束合同更符合经济整体效益,但受害方却选择了拒绝承认预期违约,试图通过这种“非理性的行为”来牺牲或贬损对方当事人的利益,以使自己追求的利益最大化。显然,这种做法必然就会导致当事人利益的倾斜,合同利益的损害。而减损义务,就是根据合同法诚实信用原则的经济功能矫正双方当事人之间的利益倾斜,使合同关系以及以合同关系为载体的经济关系重新走上有序、公平、乃至有效发展的轨道。^③

二、《联合国国际货物销售合同公约》对预期违约的法律确认 与救济

预期违约制度虽然起源于英美法系,但因其制度的科学性、合理性,已经在世界范围内被广泛接受。《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)作为统一的规范,也采纳了这一法律制度,并对预期违约进行了更为明确、严谨、细致的规定。根据违约的程度,《公约》把预期违约分为预期根本违约与预期非根本违约两种情况。

① 陆建忠:《明示预期违约的损害赔偿范围》,载于法制网: www.legaldaily.com。

② (美)波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国百科全书出版社 1997 年版,第 4 页。

③ 陈茂和:《试论减损规则在预期违约中的适用问题》,载于《债法理论与适用》2005 年版。

（一）预期根本违约的法律确认与救济

《公约》第 72 条规定了预期根本违约：“（1）如果在履行合日期之前，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障。（3）如果另一方当事人已声明他将不履行其义务，则上一款的规定不适用。”

从以上规定我们可以看出，《公约》界定预期根本违约的标准，不是看违约到底是以明示方式，还是以默示的方式做出，而是看违约的程度是否严重，足以达到“根本违约”。根据《公约》有关规定，凡是具备以下要件的就构成预期根本违约：

首先，这种违约必须发生在合同约定的履约日期之前。如果发生在之后，则产生实际违约的效力。

其次，一方当事人将不履行或声明不履行的是合同的根本义务。如何判断一种行为是否是对合同根本义务的违反，《公约》第 25 条有一个明确的规定：“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下也没有理由预知会发生这种结果。”

对于预期根本违约的法律救济，《公约》赋予了非违约方的两项权利：

一是“宣告合同无效”，即可以主张解除合同。同时，我们应该注意到，《公约》在承认解约权的基础上，为平衡双方当事人的利益，又对受害人行使这种权利做出了一些限制。如一方当事人需要明显看出另一方将根本违反合同；在时间许可的情况下，受害方不可立即行使解约权，一般应先给对方提供充分担保的机会，在对方拒绝提供担保时，才可解除合同。

二是请求赔偿损失。对于损害赔偿的范围，可以参照《公约》的有关规定：如果有符合法律规定的替代交易，即可请求替代交易合同价格与合同价格之差价；如果没有替代交易，则按违约受害方(无论买方或卖方)宣告解除合同时的货物市场价格与合同价款之间的差价计算。

（二）预期非根本违约的法律确认与救济

《公约》第 71 条规定了预期非根本违约：“（1）如果合同订立后，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变化以前已经货物发运, 他可以阻止将货物交给买方, 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。(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, 如经另一方当事人提供充分保证, 则他必须继续履行义务。”

根据《公约》上述的规定, 判断是否构成预期非根本违约主要考虑以下几个因素:

首先, 这种违约必须发生在合同约定的履约日期之前。这一点与预期根本违约相同。

其次, 有当事人预期违约的客观事实, 即一方当事人根据一些原因推断出另一方届时将不履行合同。依照《公约》的规定, 可以从三方面进行考察: 一是对方当事人的“履行义务的能力有严重缺陷”, 如卖方面临破产, 将不能如期交货; 二是对方当事人的“信用有严重缺陷”, 如经常提供质量不合格的产品或拖延支付货款; 三是对方在“准备履行合同或履行合同中的行为”表明其将不履行合同的主要义务, 前一种情况如买方不积极筹款, 后一种情况如买方未及时处理进口许可手续。

再次, 上述违约事实必须能够达到确认当事人“显然”将不履行义务的程度, 即不能仅仅以自己的主观担心作为中止履行的理由。

最后, 对方可能不履行的是债务的重要部分。什么样的不履行构成债务的重要部分? 尽管《公约》没有对此给予明确的规定, 但很清楚的是, 这种程度不必构成根本违约。按通常的理解, 判断的标准应涉及到那些与合同性质相关的义务, 如买方的付款义务、卖方的交货义务。

在对预期非根本违约的法律救济问题上, 《公约》赋予了非违约方两项完全不同于根本违约的救济措施:

(1) 中止履行并要求对方提供适当的担保。当出现一方当事人预期不能履行合同主要义务或大部分义务的明显客观事实时, 债权人可以立即中止履行, 但必须立刻将此情况通知对方。此时, 债权人不仅仅可以中止《公约》所规定的卖方义务和买方义务, 还可适用于履行准备行为。^①

(2) 在途履行的阻止权。这项权利是专门赋予给卖方的, 即卖方行使停运权, 并不要求买方达到丧失清偿能力的程度。确切地讲, 停运权是货物买卖合同中卖方一项具体中止履行权的延伸。同时需要注意的是, 出卖人对此

^① 葛云松著:《期前违约规则研究——兼论不安抗辩权》, 中国政法大学出版社 2003 年 5 月第 1 版, 第 113 页。

权利的行使并不是任意的，通常需要同时满足以下两个条件：一是买方将不履行合同的这种情况是在货物装运之后才发现的；二是卖方已失去了对货物的控制。

三、《联合国国际货物销售合同公约》在预期违约制度上与英

美法之比较

从前面的论述，我们可以看出，《公约》中有关预期违约制度的规定，并非原封不动地照搬英美法的相关理论，在吸收其基本框架的同时，也在个别细节上采纳了大陆法系不安抗辩权的一些内容，因此，与英美法的预期违约制度相比，存在一些不同之处：

第一，法律分类不同。《公约》根据违约性质的严重程度把预期违约分为根本违约和非根本违约；而英美法则根据违约的表现形式到底是主观还是客观，把预期违约分为预期拒绝履行和预期履行不能。我们都知道，违约责任确认的主要依据是违约的程度，而非违约的形式，因此，在这一问题上，本人认为《公约》的这种分法似乎更科学，更有利于司法实践的操作。

第二，判断毁约的标准不同。《公约》为了防止一方当事人主观判断的随意性，明确地规定了判断预期违约的三项客观标准：履行能力欠缺、信用有严重缺陷、客观行为表明将不履行合同。而英美法针对这一问题，美国《统一商法典》第 2-609 条只规定了“有合理理由陷入不安”时即可以认定对方预期违约，并且理由是否“合理”是由商业标准来确定。至于什么是“商业标准”，实践又缺乏一个统一、具体的尺度。因此两者相比，《公约》在对预期违约认定的标准上就显得更客观、更合理，易于操作。

第三，构成要件不同。《公约》规定，构成根本性违约必须是一方“明显看出一方当事人将根本违反合同”，非根本性违约则是“显然将不履行其大部分重要义务”。可见，如果一方当事人预期将不履行的是一小部分非重要的义务或预期违反不明显，则在法律上不构成预期违约。而英美法则不以此作为构成要件，美国《统一商法典》第 2-610 条有规定：“拒绝履行合同，且造成对方当事人合同价值的重大损害”。因此，就这一点，《公约》关于预期违约的表述就更为严谨与明确。

第四，法律救济不同。对预期非根本性违约，《公约》对非违约方赋予了三项救济权利，即中止履行合同、卖方行使停运权、请求对方提供适当的担

保。但就合理期限内对方未提供担保,受害方可否解除合同这一问题,《公约》则没有具体的规定。相反,英美法在这一方面则显得较为完善,明确地规定了若超过合理期限未提供担保,受害方有权解除合同并请求损害赔偿。可见,两者相比较,英美法的这种做法更有利于对受害人的完整保护。此外,对预期根本性违约,无论是明示的和还是默示的,根据《公约》的规定,受害方行使的救济权利只能是宣告合同无效与请求赔偿损失。而英美法在这一点上,为了更充分地体现合同当事人意思自治的原则,赋予了当事人选择的权利,即受害方可以选择在合同履行到来之前解除合同、请求损害赔偿,也可以选择等待对方实际违约后再寻求法律救济。

第五、中止履行与提供担保顺序不同。美国《统一商法典》规定合同的一方当事人预见另一方当事人将预期履行不能时,他可以用“书面形式要求对方提供充分的保障”,并“可以在获得充分保障之前就尚未从对方获得对待给付的履行义务中止履行”,即非违约方应先要求对方提供充分的担保,然后才能暂停履行相关的义务。而《公约》就这一问题规定则相反,出现预期违约时,非违约方应先中止履行义务,然后再要求预期违约方提供充分保证。在预期违约制度中,中止履行权实际上是一把“双刃剑”,一方面,法律赋予当事人中止履行合同义务的权利,有利于及时有效地解决纠纷,减少社会资源的浪费;另一方面,守约方又必须慎重行使这项权利,否则将会承担法律责任。因此如何行使中止履行权,对当事人来说就显得尤为重要。当出现预期违约的情况时,如果一方当事人先中止履行合同,过了一段时间后再通知对方,要求提供履约保证,那么一旦对方提供了所要求的保证,承担预期违约责任的就可能是他自己,因为在这段时间内,他已经放弃了对合同的积极准备和筹划工作,停留的时间越长,则承担违约责任的可能性就越大。反过来,如果先要求提供履约保证,过了一段时间再中止履行,那么一旦对方不能提供所要求的保证,守约方就可能会因没有及时中止履行而遭受本应该可以避免的损失。因此本人认为,在这一问题上,美国《统一商法典》和《公约》就两者顺序的规定都是不合理的。解决的方案可以参照罗马国际统一私法协会的《国际商事合同通则》,“一方当事人如果有理由相信另一方当事人将根本不履行,可要求对如约履行提供充分保证,并可同时拒绝履行其自己的合同义务”,即要求守约方在中止履行的同时要求对方提供履约担保。

第六、提供履约保证的期限不同。根据《公约》第 71 条的规定,当出现预期非根本违约的情况时,受害方可以立即中止履行合同的义务,并要求对方提供担保,但对于担保的合理期限与不能提供充分履约保证的后果,《公约》

则没有做出明确地规定。而英美法在这一方面就做出了比较完善的规定。美国《统一商法典》第 2—609 条中第 4 款规定：“在收到受害方的合法请求后，如果在最长不超过 30 日的合理期限内没有对债务的适当履行提供在具体案件的事实下程度充分的保障，则该不作为构成对合同的履行拒绝。”可见，英美法的这种规定，更有利于对受害人的充分保护。

通过以上比较可知，《公约》与英美法对有关预期违约的规定各有其优势与不足。在法律的分类、判断的违约标准、以及构成要件上，《公约》的规定以其客观、具体、可操作性强而优于英美法；在违约的法律救济、提供履约保证的期限上，英美法的规定以其对受害方更充分完整的保护而优于《公约》；而在中止履行与提供担保顺序上，两者都存在着不合理的因素。

第四章 大陆法系中与预期违约相对应的法律制度

大陆法系不同于英美法系，主要是靠成文法构建而成的。传统的契约法观念认为，违约形态分为给付不能和迟延履行，清偿期到来之前债务人是不承担责任的。可见，在很长一段时期内，法律是不承认预期违约这一说法的，但后来随着实践的需要以及两大法系的逐渐融合，在原有的二元体系下，大陆法系国家也开始对英美法系预期违约这种情况给予法律上的确认与救济。

一、大陆法系的拒绝履行

（一）拒绝履行的概述

大陆法系拒绝履行制度的建立如同预期违约一样，都是靠案例逐步确立起来的。它是在德国总结“积极侵害债权”理论上提出的，指的是履行期限到来之后，债务人在履行可能的情况下无正当理由而拒绝履行债务的行为。^①但是随着近几年的发展，越来越多的学者把事先拒绝这种情况也类推适用该制度，认为给付拒绝与履行期无关，既然债务人已背弃自己所承担的义务，受害一方就可以通过其他救济方法来尽量减少预期的损失。如台湾学者史尚宽先生认为，“因可归责于债务人之事给付不能者，无须履行期限的到来，债务人即应负债务不履行之责。同样，债务人欲为履行拒绝，表示不实现债务内容之旨，则亦无须俟履行期到来之前，应负不履行之责。”^②刘春堂先生也认为，履行拒绝使得债权能否圆满实现处于极不确定的状态，如果不在履行期届满前给债权人以救济，则等强令其坐待损害之发生，对于债务人显得过于优厚，有违诚实信用原则。^③

大陆法系许多国家虽然在学理和判例上承认了拒绝履行，但由于深受传统违约形态的影响，因此没有在立法上对拒绝履行这种情况做相关的规定。对于履行期到来后的拒绝履行仍然适用履行迟延的规定；而对于期前的拒绝履行适用履行不能和诚实信用原则的规定。但结合德国的学说、判例以及台湾学者的观点，可以归纳出构成履行拒绝必须满足以下几个条件：一是客观须有债务之存在；二是有不履行的意思表示。这种意思既可以是明示，也可以是默示。同时值得注意的是，履行拒绝必须有积极的不为履行的意思表示，

① 王利明著：《违约责任论》修订版，中国政法大学出版社 1999 年版，第 112 页。

② 史尚宽著：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年 1 月第 1 版，第 393—394 页。

③ 刘春堂著：《民法债编通则（一），契约法总论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 326 页。

仅为无支付能力的陈述，尚不得理解为履行拒绝；三是要求这种债务的不履行主观上存在故意或过失，即要求债务人主观上有过错。债务人只有在明知存在债务而故意拒绝履行的，或因过失不知债务存在而拒绝履行的，才可成立拒绝履行；四是债务人的给付须为可能。如果给付已经不能，应适用给付不能的规则；五是拒绝履行的表示无法律上的正当理由。如果债务人有抗辩权、留置权，那么其拒绝履行行使的则是正当权利。简言之，事先拒绝履行的构成要件主要体现在债务人能为给付而违法地表示不为给付。

同时，我们也应该注意到，大陆法系对拒绝履行的法律救济也与英美法系的预期拒绝履行法律救济措施基本一致，主要包括：其一，全部不履行之损害赔偿。台湾地区学者认为，“债务人的行为构成预期拒绝给付时，债权人无论是否采取补救措施，不得强求其等到约定的履行期之后再主张权利。这种情况下，应当把债务人拒绝履行的行为视为给付不能，所以，债权人可以主张类推适用民法典关于给付不能的规定，从而主张债务不履行的损害赔偿。”^①德国学者 Brox 教授认为，履行期尚未届至的拒绝给付也构成积极侵害债权，而积极侵害债权的法律效果，即类推适用德民法典相关规定，可以就损害要求赔偿；其二，解除契约。在债务人的行为构成预期拒绝履行时，台湾地区学者认为，债权人可类推适用民法典对给付不能的规定，无须催告而径行解除契约；其三，在清偿期到来之前起诉；其四，拒绝受领。债权人因为债务人的履行拒绝而另行购入合同标的物或另雇他人，给付对于债权人已没有利益的，则即使债务人再行表示愿意给付，债权人也有权拒绝受领而不构成受领迟延；^②其五，债权人拒绝自己之给付。债权人如果有先为给付的义务，则可以准用不安抗辩权的规定，拒绝先为给付。

如前文所述，对于预期拒绝履行，传统大陆法普遍没有成文的法律规定，仍是在原有的法律体系下寻求救济措施，因此这种做法极易导致司法实践中的混乱局面。2002年1月1日生效的《德国民法典》修订案放弃了传统法中以“给付不能”为核心的债务不履行形态来构造德国履行障碍法，而代之以“违反义务”作为核心连接根据。^③如第280条第1款规定：“债务人违反债之关系中的一个义务的，债权人可以就由此所造成的损害要求损害赔偿。义务违反不可归责于债务人的，上述规定不予适用。”第323条第4款规定：

① 朱广新：《论预期拒绝履行》，载《民商法论丛》第30卷，第61页。

② 刘春堂：《民法债编通则（一），契约法总论》，中国政法大学出版社2002年版，第327页。史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第411页。

③ 杜宛晏：《预期违约制度研究》，载于中国知网：www.cnki.net。

“在债务履行期届满前，如果解除的要件显然将会具备，则债权人有权解除合同。”可见关于期前拒绝履行的制度理念，已逐渐从判例和学理上上升为成文法的地位。

（二）拒绝履行与英美法系预期拒绝履行制度之辨析

对于期前一方当事人明确地表示将不履行合同义务的这种情形，大陆法系采取的是拒绝履行，而英美法系采取的则是预期拒绝履行。两者虽然从构成要件、救济方式上基本是一致的，但大陆法系的拒绝履行和英美法系上的预期违约制度还是有区别的，主要表现在：

其一，虽然两大法系都采用“拒绝履行”这个概念，但两者在适用范围上却存在着一些差异。大陆法系的拒绝履行作为一种债务不履行的形态，是被定位在履行可能但债务人拒绝履行其债务的这种情况下，而英美法系的拒绝履行则并不考虑履行是否仍有可能。因此，相比较，前者不能解决所有的期前拒绝履行的情况。

其二，大陆法系的许多国家虽然在学理和判例上承认了拒绝履行，但由于深受传统违约形态的影响，没有在立法上对此做相关的规定。学者和法官只能根据法理去类推适用有关拒绝履行的规定，因此在实践中容易引起混乱。而英美法则不同，它对事先拒绝履行给予了明确的规定，使之成为一种独立的违约形态。明确地规定，不仅可以避免牵强的理论论证，同时也为实践中的操作带来了方便。

其三，在大陆法中，一旦构成拒绝履行，债务人是没有撤回权的。而在英美法中，如果债权人没有寻求违约救济，并且其合同地位也没有改变，则债务人就享有撤回违约表示的权利，预期拒绝履行不一定要承担法律责任。合同订立的初衷是为了履行合同从而实现自己的预期利益，因此，法律赋予当事人在符合一定的条件下有撤回违约的权利，对合同双方来说都是有利的。

其四，在英美法系的预期违约制度中，拒绝履行方是否应承担法律责任，取决于对方当事人的态度。如果对方当事人选择了接受预期违约，那么此时毁约方当然要承担违约责任；如果对方当事人拒绝了预期违约，而是等待合同履行期限届满或届至之后再寻求违约救济，那么假设预期拒绝方在合同约定的履行期限之时，又按合同约定履行了自己的义务，则此时也不承担任何违约责任。而大陆法系的拒绝履行，则相反，只要当事人做出了这种行为，就必然承担法律责任。

二、大陆法系的不安抗辩权制度

（一）不安抗辩权制度的概述

与英美法预期履行不能制度相对应的是大陆法系的不安抗辩权制度，该制度起源于德国法，是指在双务合同中“当事人一方应向他方先为给付者，如他方之财产于订约后显形减少，有难为对待给付之虞时，在他方未为对待给付或提出担保前得拒绝自己之给付。”^①设立不安抗辩权的目的是基于公平理念而对先为给付义务的一方当事人予以保护，因此大陆法系各国普遍都规定了不安抗辩权制度。如《法国民法典》第 1613 条规定：“即使出卖人同意延期支付价金，但如买卖成立后，买受人破产或者无支付能力，使出卖人面临丧失价金之危险时，出卖人亦不再负交付标的物的义务，但如买受人提供到期支付价金的担保，不在此限”。^②2002 年新修订的《德国民法典》第 321 条：“因双务合同负有先给付义务的一方，如果订约后得知其对待给付请求权因为对方欠缺履行能力而面临障碍，有权拒绝履行其负担的给付。对方进行了对待给付或者为其提供担保的，拒绝给付的权利消灭。”此外，我国《合同法》第 68 条、69 条，《台湾民法典》第 265 条、《奥地利民法典》第 105 条，《瑞士民法典》第 83 条，以及《意大利民法典》第 1496 条也都有对不安抗辩权的明确规定。

虽然各国在界定不安抗辩权的适用条件上有所不同，但基于以上这些法律的规定，我们可以认为不安抗辩权作为先履行一方当事人特有的权利，其行使必须具备三个要件：第一，只能存在于互负债务的双务合同之中，如当事人约定同时履行或未约定，则适用同时履行抗辩权；第二，当事人一方须有先履行的义务，且履行的期限已届满或届至。在履行期限届满或届至之前，对方并未实际取得要求履行的请求权，因此在这个时候，先履行合同义务的一方原本就可以拒绝履行；第三，在订约后，后履行一方有丧失或可能丧失履行债务能力的情况。如何对这一点进行判断，立法上存在着不同的态度。一种是以支付不能以及准支付不能为限，主要代表国家是法国与瑞士。如《瑞士民法典》第 83 条：“双务合同的一方当事人丧失清偿债务的能力而破产或者无可执行之财产，另一方的债权因而受到危险的，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。”^③另一种则是把条件放宽到当事人

① 史尚宽著：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 589 页。

② 罗结珍译：《法国民法典》，中国政法大学出版社 1999 年 10 月第 1 版，第 374 页。

③ 吴兆祥等译：《瑞士民法典》，法律出版社 2002 年 11 月第 1 版，第 19 页。

有欠缺履行能力之危险的一切场合。主要代表国家是德国。如《德国民法典》第 321 条：“如果订约后得知其对待给付请求权因为对方欠缺履行能力而面临障碍，有权拒绝履行其负担的给付”。

关于不安抗辩权的法律救济，各国的立法也都有着基本相同的规定，主要体现在：其一，先为履行方可以取得中止履行的抗辩权，暂时停止履行合同约定义务，但同时应该将这种情况的通知对方。其二，先为履行方取得要求对方提供担保或提出给付的再抗辩权。如果此时，后履行一方提供了担保或履行了相应的对待给付义务，那么先为履行方则必须立即恢复合同的履行，否则将会承担迟延履行责任。不安抗辩权本身是一种消极性的防御性权利，目的仅仅在于促使当事人积极履行合同契约，因此对中止履行一方是否有合同解除权，许多大陆法系的国家都没有做出明确地规定。

（二）不安抗辩权制度与预期履行不能制度之比较分析

对于合同履行期限届满或届至之前一方并没有明确表明将拒绝履行自己的义务，只是另一方认为有违约可能性的这种情况，大陆法适用的是不安抗辩权制度，英美法适用的则是预期履行不能制度。传统的不安抗辩权与预期履行不能从功能上来看，是相对应的，有重复的地方，如两者的目的相同，都是为了保护交易的安全，保证善意相对人的利益；发生期间相同，都是在订约后到合同履行期届满或届至之前；发生的依据相同，都是合同一方当事人发现另一方有届时不会或不能履约的危险；救济措施相同，当发现对方当事人不能对待给付合同义务时，都可以中止自己的履行、要求对方提供担保。但两者相比较，我们可以发现，两者仍然存在着诸多方面不同，不安抗辩权制度存在着一些局限性：

首先，两者的性质不同。预期违约是合同违约形式的一种，是与实际违约相对应的违约形式之一。不安抗辩权则是双务合同中应先履行义务的一方当事人基于契约性质在符合法律规定条件下所享有的权利，而非违约责任之一。

其次，适用范围不同，不安抗辩权仅仅适用于有先后履行顺序双务合同中应先履行义务的一方当事人。单务合同、同时履行的双务合同当事人以及有先后履行顺序双务合同的后履行方是得不到这一法律制度支持和保护的。而英美法系的预期履行不能则无此规定，可以适用任何合同中任何一方的当事人，因此，前提条件的限制就决定了不安抗辩权制度是无法对双方当事人进行平等保护。

再次，权利行使的依据不同。在适用的法律依据上，传统的大陆法系国家对不安抗辩权制度过于严厉，基本上局限于财产状况恶化危及请求权这一客观标准，而对实际社会中如经济运行不良，商业信誉丧失、自然人的行为能力受到限制等其它难为给付的情况基本则排除适用。因此，与英美的预期履行不能的适用范围相比，显然不能更有效地保护另一方当事人的自身利益。不过值得注意的是，大陆法系的一些国家在这一方面已经有了突破，如德国新民法就把条件放宽到当事人有欠缺履行能力之危险的一切场合。

最后，法律救济方法不同。从前文所述可知，虽然不安抗辩权制度与履行不能制度在救济措施方面采取的都是一种渐进性的方式，即中止履行——提供担保，但两者就债权人是否拥有解除合同权利这一问题却有着不同的规定。依据传统理论，不安抗辩权作为一种防御性的延缓权利，只能对抗对方的请求权或否认对方的权利主张，因此大陆法系许多国家都认为不安抗辩权本身是不包括合同解除权利的。于是在这种模式的指导下，先履行一方享有的最高权利也只限于中止履行。而英美法系则相反，以法律的形式规定了在对方不提供履约保证的情形下债权人有解除合同的权利。毫无疑问，后者的规定既有利于纠纷的尽快解决，使先履行一方获得适当的救济；同时又可以消除法律关系的不稳定，避免无止境等待所带来的社会资源的浪费。所以，从这一角度来看，不安抗辩权的救济措施比起英美法的“效率违约”来说，显然是不经济的。不过，随着实践的发展，大陆法系的一些国家也开始意识到这一问题，认为中止履行的这种抗辩状态是不能永久持续的，出于诚实信用的原则，应赋予抗辩人以解除合同的权利，如瑞士、德国、中国等。

三、两大法系在期前毁约问题上存在差异的原因及评析

通过前面的分析，我们不难看出，针对期前毁约的情况，两大法系明显采取的是不同的救济方式。英美法是以完备的预期违约制度来解决，而大陆法则是以还尚处于判例和学理阶段的拒绝履行和不安抗辩权制度来解决。为什么两大法系在预期违约制度方面存在如此巨大的差异呢？究其原因，可以总结如下：

首先，立法的出发点不同。在大陆法系中，法律追求的是一种逻辑体系的完美，因此每一种在逻辑上可能出现的问题均被法学规定在法典中。但令人遗憾的是，人的智力是受到限制的，现实生活中出现的问题不可能全部被事先预料到。预期违约在制订法典的当时，还不是一种十分普遍的现象，于

是, 违约形态在传统上只包括给付不能和迟延履行。这里值得注意的一点是, 由于受成文法的局限性与概念法学的影响, 很多大陆法系国家在面临法律的逻辑价值与制度价值的两难选择时, 都习惯在原有体系下寻求救济, 以固守逻辑的严整性。处于这一体系之外预期违约也不例外, 如果承认了预期违约就意味着将要打破整个法典的整个体系。因此, 针对这一问题, 大陆法系就采用的是不安抗辩权制度, 而非预期违约制度。而奉行实用主义的英美法系则相反, 作为一种救济法, 它注重的是如何对当事人提供救济, 至于应如何这在理论上和逻辑上进行归位似乎并不重要。因此, 既然预期违约给当事人一方造成了损害, 法院就没有理由不给他提供救济, 由此带来的理论上和逻辑上的困境可以慢慢解决, 因为“法律的生命从来不在于逻辑而在于经验”(Holems 语), “逻辑从来不控制法律发展”(Corbin 语)。^①英美法的这种开放体系, 使得它能够从容地接纳任何新生事物, 因此预期违约制度也就孕育而生。

其次, 保护合同利益角度的不同。合同是一种债权债务关系, 在合同订立后履行期届满或届至之前, 存在着两种不同的利益, 一是债务人的期限利益, 二是债权人的期待利益。大陆法崇尚法律逻辑, 依其观点, 合同订立后至约定的履行期之前, 债务人是享有期限利益的, 当然不存在违约, 预期违约违背基本法律逻辑。因此, 为了充分地保护后履行义务方的期限利益, 传统的大陆法系规定了不安抗辩制度, 即双务合同中当先履行义务一方预见到后履行义务一方有难于履行对待给付时, 仅有延期抗辩的权利, 而不能解除合同。不安抗辩权从效果上虽然一定程度上保护的是先履行方的履约期待利益, 但从整个价值取向来看, 仍是侧重保护后履行方期限利益的。而奉行实用主义的英美法系则相反, 认为合同双方当事人不仅期望对方将届时履约, 而且期望对方在履行期届满前或届至前不会做任何实质上有损于这种期望的事情, 对方预期违约便是对这一期望的破坏。更为了更全面保护债权人的期待利益, 英美法系就规定了预期违约制度, 特别是在预期履行不能中, 明确的规定了当对方在合理的期限内不能提供适当的担保, 另一方可以解除合同。最后, 体现的合同目的不同。大陆法系合同法及理论将履行看作合同的目的, 即履行合同义务是实现合同权利的条件和必要前提, 因此, 就大陆法系来看, 承认预期违约等于鼓励合同当事人违约, 增加合同制度中的道德风险, 因为预期违约方往往并非没有履行能力而不履行, 这与大陆法系合同法的道德理

^① 彭学龙:《预期违约及相关制度比较研究》, 载于《商法研究》第 4 辑, 人民法院出版社 2001 年 9 月版, 第 279 页。

念相违背。^①不安抗辩权制度的出现正好就满足了这一立法原则，通过为先为给付义务的当事人设置抗辩权，以督促后履行给付义务的另一方当事人积极、尽力地履行其应尽的义务，其最终的目的仍在于保证合同的实际履行。而英美法则认为当事人参加合同关系的出发点在于获得某种利益，法律乐意承认预期违约为一种违约并给受损方提供相应的救济，因此，只要合同对于当事人的预期利益能够得到保障，合同能否得到履行都无关紧要。正是由于这种理念的不同，于是导致了两种制度不同的法律效果。

① 彭学龙：《预期违约及相关制度比较研究》，载于《商法研究》第 4 辑，人民法院出版社 2001 年 9 月版，第 276 页。

第五章 我国《合同法》中预期违约的现状以及完善

一、引进预期违约制度的必要性

通过前面的分析我们不难看出，虽然预期违约作为一项完整的法律制度起源于英美法系，但大陆法系对此也并不是一片空白，也有着自己相对应的救济方式即拒绝履行与不安抗辩权。我国属于大陆法系，但《合同法》在期前毁约这个问题上则并没有沿用传统的立法模式，而是引进了英美法系的预期违约，探寻原因，本人认为除了在第一章节中所讲到的这种制度本身存在的优越性以外，还与以下几点有关：

第一，大陆法系的拒绝履行仍然停留在判例上，与英美法系的预期拒绝履行相比，内容上不具体，也缺乏系统性。针对履行期届满或届至之前一方当事人以言语或行为向另一方明确肯定的表示将不履行合同的这种情况，英美国国家适用预期拒绝履行制度，而大陆法国家如德国和台湾地区则是类推适用拒绝履行。从前文的分析我们可以看出，两种制度从本质上来讲，是具有统一性的，区别并不大。那么，为什么在这种情况下，仍然还要引进英美法的规定？一方面，大陆法中有关预期拒绝履行的法律规范是在原有债务不履行的形态——履行不能与履行迟延基础上增添的，是对原债法架构的一种修正，因此也就缺乏科学、系统性的规定；另一方面，从发生的时间来看，预期拒绝履行、履行不能与履行迟延并列规定也显得不太恰当^①。正是由于这种规范设计上存在的缺陷，就使得大陆法系绝大多数国家的预期拒绝履行还处于学说和判例阶段，难以形成明确的成文法规定。因此在这一问题上，我国的《合同法》参照英美法就显得更为科学。

第二，大陆法的不安抗辩权制度，虽然也能解决一些预期履行不能的问题，但与英美法的预期履行不能制度相比，还不能全面的保护当事人的合法权益，并非真正意义上的预期违约救济权。这一点在第二章中也有所论述：其一，不安抗辩权的行使只赋予双务合同中依约有先行给付义务的一方，而未给后履行义务一方以相应的法律保护。而预期违约的适用则没有此前提条件的限制，可见英美法这种平等赋予合同双方当事人救济权利的制度，更有利于平衡双方当事人的利益。其二，预期违约制度在适用范围上比不安抗辩权更广泛，能将各种危及交易安全的行为消灭于萌芽状态，更有利于全面保

^① 朱广新：《论预期拒绝履行》，载于《民商法论丛》第 30 卷，法律出版社 2004 年版，第 85 页。

护受害人的利益,维护经济秩序。其三,根据预期履行不能制度,在对方不能及时提供充分履约保证时,另一方可以解除合同。而不安抗辩权对于对方未在合理的期间提供履约保证,债权人是否可行使解约权则缺乏进一步明确的规定,可见不安抗辩权对受害方的保护存在瑕疵。因此,对于预期履行不能这种情况,如果只沿用传统的不安抗辩权,就显得很不完善。在实践中,就有大陆法系国家引用预期违约制度的实例,并经证实效果良好,如《德国民法典》第 321 条:“如果订约后得知其对待给付请求权因为对方欠缺履行能力而面临障碍,有权拒绝履行其负担的给付”。

第三,有利于同国际立法接轨。预期违约作为英美法系特有的制度,因其有利于维护交易安全、保护债权人利益,现已被广大国家所接受。《联合国国际货物销售合同公约》与《国际商事合同通则》等一些国际性的条约也都采纳了这一制度。既然我国加入了世界贸易组织与《公约》,那么也就意味着我国必须在相应的法律制度上同国际接轨。因此,保持与国际立法相一致,避免与国内法的冲突,是我国立法所应考虑的问题,否则不仅不利于涉外经济的交往,也不利于保护我国当事人的合法权益。

二、预期违约立法现状

我国《合同法》对预期违约制度的规定,主要体现在第 68 条,第 69 条,第 94 条,第 108 条四个条文上。

《合同法》第 68 条规定:“应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情况之一的,可以中止履行:(一)经营状况严重恶化;(二)转移财产,抽逃资金,以逃避债务;(三)丧失商业信誉;(四)有丧失或可能丧失履行债务能力的其他情形。”第 69 条规定:“当事人依照本法第 68 条的规定中止履行的,应当及时通知对方,对方提供适当担保时,应当恢复履行,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。”

《合同法》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。”

(一) 我国《合同法》中的不安抗辩权制度

关于不安抗辩权制度,《合同法》第 68 条与 69 条对其进行了规定。从法条中我们可以看出,我国规定的不安抗辩权制度,在继承大陆法系传统理论的同时,又在一定程度上借鉴了英美法系的预期违约制度。因此,无论是从适用范围、条件,还是从救济方法、以及滥用后的补救措施等方面,都不再局限于大陆法系的立法传统。

第一,就不安抗辩权的适用条件,《合同法》突破了大陆法系的传统规定。依照传统立法,只有在合同成立后,后履行一方的财产状况恶化而导致可能难于或不能履行合同义务的情况时,才发生不安抗辩权。而我国《合同法》则放宽了这一前提条件,第 68 条规定,不安抗辩权的行使不再仅仅限于财产状况恶化,还可以是合同当事人转移财产,抽逃资金,以逃避债务的不法行为或者是商业信誉、主体履行债务能力丧失等多种情形。这种列举式的方式,实质上是借鉴了英美法上的预期履行不能制度,把各种有害于合同履行,危及交易秩序的行为都包括了进去。因此,在这一点上,我国的不安抗辩权制度与传统大陆法系立法相比,更能有效地保护先履行一方的利益。

第二,《合同法》进一步完善了非违约方的救济措施。大陆法系传统理论认为,不安抗辩权本身只是一种消极性的防御权利,目的仅仅在于促使当事人积极履行合同契约,因此在救济措施上只规定了权利人可以中止自己的对待给付,但对于对方当事人在合理的期间内不提出履约保证的这种情况,债权人是否可以解除合同,许多国家对此都缺乏明确的规定。而我国《合同法》则克服了这一立法模式,在保留中止履行权的同时,又明确的规定了合理期限内对方“未能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”。既然一方提供不出适当的给付或担保,那么合同的目的就注定难以实现,因此赋予另一方解除的权利,更有利于及早解决纠纷、维护合同当事人的利益。但同时值得我们注意的是,当被要求提供担保的一方未提供担保时,其行为在此时已经转化成了预期违约行为,也就是说权利人如果要采取救济措施,就只能针对违约,而不能再行使履约抗辩权,因为此时解除权的效力已经脱离了不安抗辩权本身。合同解除的前提条件是债权人对合同利益的根本丧失或合同目的无法实现,因此,在这一点上,我国的不安抗辩权制度似乎又与英美法系的预期违约,特别是预期履行不能制度存在着一定的联系。

第三,《合同法》对不安抗辩权的规定,能够有效地防止先履行方权利的滥用。一方面,当事人没有确切证据而中止合同履行的,应承担违约责任;另一方面,中止合同履行时,如果没有立即通知对方,中止履行方将构成违

约。而大陆法系传统的不安抗辩权制度与之相比则没有这方面的限制，因此也就容易造成权利的滥用，影响正常的交易秩序，从而损害后履行方的利益。第四，就权利行使这一问题上，《合同法》中的不安抗辩权制度具有主动性、积极性的特点。抗辩权作为对抗债权人请求履行的权利，只有在对方提出请求权时，才可以行使，因此依照该理论，大陆法系所规定的不安抗辩权应是被动、消极的。而我国在这一点上则与传统的观念相反，在合同履行期限届满或届至之前，只要对方出现了《合同法》第 68 条的情况，另一方就可以积极主动的行使权利或采取相应的救济措施，而不再以对方行使请求权为必要条件。

由于我国的不安抗辩权制度，借鉴了英美法与《联合国国际货物销售合同公约》中有关预期违约法律制度的规定，因此，就法律性质的定性，特别是对合同法第 69 条的规定，许多学者都有着不同的见解。如王利明、张广兴、韩世远教授就认为 69 条实质上规定的是预期履行不能而非不安抗辩权。

本人认为，学者对该问题有争议是必然的。本来传统的不安抗辩权与英美法系的预期履行不能在制度存在的价值上就具有很大的相似性，而我国《合同法》第 68 条、69 条又在保留大陆法系不安抗辩权理论基础的同时吸收与借鉴了一些英美法中有关预期履行不能制度的合理因素，特别是有关解除权的规定，因此，从不同的角度进行分析和论证就必然会产生不同的结论。但就《合同法》第 68、第 69 条来说，本人认为从总体上来看仍然属于不安抗辩权。首先，从体系的安排上来看。这两条规定是放在合同的履行这一章中的，并且前两条即第 66、67 条也都是关于抗辩权的规定，几个法条的结合，就正好构成了一个统一的抗辩权制度体系。因此如果非要把这两条界定为预期违约，那么在位置的安排上则应放入违约责任这一章中。其次，从条文的规定上来看。68 条的规定仍然也有一个适用的前提条件，即只适用于有先后履行顺序双务合同中应先履行义务的一方，这一点与传统的不安抗辩权保持一致。而 69 条又是对 68 条的后续规定，所以在适用上仍然有条件的限制。如果仅仅因为该条中的解除权就认定为是英美法中的预期履行不能，显然是不科学的。最后，从立法者的本意来看。《合同法》在其制定的过程中，立法者就是希望在继续保持大陆法系完整性基础的同时又可以适当吸收英美法系中一些好的制度，如果把 68、69 条认定为预期违约，那么就会导致我国合同法中的抗辩权体系不完整。因此，虽然说我国的不安抗辩权制度，特别是有关对方不提供担保时先履行方可以解除合同的规定与英美法系的预期违约有一定的相似性，但从整体上来看，《合同法》第 68、第 69 条仍然应界定为不

安抗辩权，而非预期违约。

（二）《合同法》中的预期违约制度

如前面所论述的，《合同法》第 68、69 条的规定虽然与预期违约有关，但从性质上来讲，它仍然只是对大陆法系传统不安抗辩权的一种发展，并非属于真正意义上的预期违约救济权。因此，如果要从严格意义上来定性的话，我国对预期违约认定的主要法律依据还是《合同法》中的第 94 条、第 108 条。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的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。”

可见，我国有关预期违约的规定，基本上还是沿用了英美法系的预期违约制度，只是在适用范围上有所扩大。在《公约》和美国《统一商法典》中，预期违约规范一般适用于货物买卖合同，在特定情况下也适用于不动产买卖合同。虽然在美国《合同法重述》中已不再局限于买卖合同，雇佣合同、租赁合同等双务合同也可适用，但终究是有范围限制的。与此相反，我国《合同法》对预期违约制度的适用范围则没有限制，无论是涉外合同还是涉内合同，无论是双务合同还是有适用条件的单务合同，都是可以适用预期违约制度的。^①

关于我国的预期违约制度，有的学者认为《合同法》第 94 条第 2 款、第 108 条只是对预期拒绝履行的规定。原因有：其一，《合同法》第 94 条规定的救济措施为非违约方可以直接解除合同，此种规定同英美法中预期拒绝履行一致。同时，《合同法》第 108 条的规定，当出现预期违约时，非违约方可以要求其承担违约责任，但根据第七章所列的各种违约责任，其中也不包括预期履行不能独有的救济措施，即受害方中止履行，要求对方提供履约保证。其二，在实际交易中，也有一些“行为表明”的违约符合英美法系预期拒绝履行中要求的自愿、无条件、确定、不含糊的特征。其三，认为《合同法》第 68 条、69 条是对预期履行不能的规定，因此，如果将这里的“行为表明”确认为预期履行不能，就极易造成司法实践上的混乱。而有的学者则认为《合同法》第 94 条第 2 款、第 108 条应看作是对预期拒绝履行与预期履行不能的同时规定。在履行期届满或届至之前，一方以“明确表示”不履行债务

^① 张云清：《预期违约论》，载于中国知网：www.cnki.net。

构成的是预期拒绝履行，而“以自己的行为表明”不履行债务的则构成预期履行不能。

（三）对不安抗辩权与预期违约制度并存于《合同法》的评析

通过上面的分析，我们可以看出我国的《合同法》不仅规定了预期违约制度同时也规定了不安抗辩权制度。两种来源于不同法系的制度并存于一部法律中，从立法初衷来看是值得肯定的，一方面体现了我国民法理论和司法实践的最新发展，另一方面又符合了现代法制发展的趋势。

之所以采取此种立法模式，本人认为立法者可能是出于以下两个方面来考虑：其一，建立不安抗辩权制度，符合立法逻辑思维。我国属于大陆法系，在立法体系的安排上基本与大陆法系其他国家保持一致。因此，不安抗辩权作为大陆法系的一项传统制度，理应在我国合同法中有所体现，否则就无法形成一个完整的法律体系。其二，预期违约与不安抗辩权制度属于两种不同的制度，不能相互替代。如前文所分析的，这两种制度虽然发生的前提都是在订约之后履行之前，一方发现另一方有不能履行的危险而陷入不安；目的都是为了贯彻公平原则，维护交易秩序，避免一方当事人蒙受不应有的损失，但两者在性质、适用条件、价值取向、法律后果上却有着明显的不同。同时，不安抗辩权不能解决预期违约的所有情况，而大陆法系的拒绝履行制度又只是停留在学说、判例上，基本上还没有形成成文法的形式，因此，为了使我国合同法更加完善，又必须要引进英美法的预期违约制度。

如果从以上这两个方面来考虑，可以说我国这种立法安排跨越了两大法系在合同法律制度中所存在的差异，体现出了两大法系在新的法律制度中的互相吸收与借鉴，是一种进步的表现。但综观实践，自从这两种制度并存于合同法以后，理论界就对预期违约适用这个问题争论不休。一种观点认为，预期违约作为英美法系一项完善的法律制度，是与英美法系历史传统相适应的，而属于大陆法系的我国在其本质上是与之不相适的。他们认为英美法中的预期拒绝履行可以对应大陆法系的拒绝履行，而预期履行不能则可与不安抗辩权相对应，因此大陆法系固有的制度，已经足够解决预期违约问题，如果合同法再引进该制度必然会引起概念和法律体系的混乱。如李永军教授在《我国合同法是否需要独立的预期违约制度》一文中就主张没有必要独立地引进英美法系的预期违约制度。另一种观点认为，预期违约制度比不安抗辩权更有利于全面保护非违约方的利益，主张我国合同法应借鉴预期违约制度并结合实际加以完善，而对大陆法的不安抗辩权制度不应再沿袭。如王利明

教授在《预期违约制度若干问题研究》一文中则体现了这种思想。还有的学者认为，预期违约制度与不安抗辩权制度两者在逻辑上并没有关系，发挥的功能也不相同，因此，两种制度是不能相互替代的，合同法应同时对这两种制度进行规定。如葛云松在《期前违约规则研究——兼论不安抗辩权》一书中则持该观点。

可见，《合同法》这种新的尝试并没有达到立法者最初预期的目标。造成这种局势，究其原因，可能与下面两点有关：首先，我国属于大陆法系，与英美法在制度设计理念、体系安排上都有很大的不同，因此，在保持原有立法体系的基础上，英美法上的一些先进的制度，就难以在此找到自己合适的位置。此外，考虑到两大法系可能存在的冲突性，立法者试图在引进英美法的预期违约制度时又不敢全盘放手。从《合同法》第 94、第 108 条的内容和体系的安排上来看，虽然学术界普遍认为这就是英美法系的预期违约制度，但由于法条规定的不明确，也就导致了理论界在其具体认定上的分歧。其次，改造后的不安抗辩权制度，容易与英美法的预期违约制度（特别是预期履行不能），发生某些方面的冲突。我国的不安抗辩权制度，如前面所论及到的，已经不再局限于大陆法系传统的范畴，如重新对不安抗辩权适用理由进行了认定以及赋予了对方在合理的时间内不提供履约保证时的解除权。因此，在司法理论中，有的学者就认为 94、108 条只是对预期拒绝履行的规定，至于预期履行不能这种情况则参照适用不安抗辩权制度。而有的学者却持反对意见，认为《合同法》第 94、108 条是对预期拒绝履行与预期履行不能的规定，只是这种规定上过于笼统，原则。

由此，看似完美结合的两大法系，实际上却隐藏着不可调和的矛盾。因此，如何改造这种立法现状，如何调整不安抗辩权与预期违约制度的关系，就成为了合同法研究的重点所在。

三、预期违约制度规定存在的缺陷

我国《合同法》对英美法系预期违约的引进可以说是在一定程度上完善了合同的救济制度，适应了经济发展的需要，然而综观有关规定，可以发现有关该制度仍然存在着一些不足，尤其是在内容的规定上还显得不够完整、充实，在实践中难以充分地发挥其应有的效力。

（一）对预期履行不能的规定不明确、不完整

如前面所论及到的,我国对预期违约法律制度的规定主要反映在《合同法》第 94 条、108 条上。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。”其中,对于“一方当事人明确表示”这种情况比较好认定,理论界一致认为这是对预期拒绝履行的规定;但对于“以自己的行为表明”这种情况,由于法条规定的不严谨性,因此从不同的角度可以有不同的理解。一种观点可以认为这仍然是对预期拒绝履行的规定。从第 94 条第 2 款的法律规定来看,当出现一方“明确表示”和“以自己的行为表明”不履行合同义务的情况时,对非违约方进行法律救济的措施都是相同,即都可以解除合同。而参照英美法系的预期违约相关规定,我们可以知道预期拒绝履行与预期履行不能适用的是不同的法律救济,因此,“以自己的行为表明”只能看作是对默示预期拒绝履行的规定。而另一种观点则认为这是对预期履行不能的规定。虽然行为可以在一定程度上反映行为人的主观意愿,但在大多数情况下,仍只是一种客观表现。因此,我国的《合同法》中的预期违约制度既包括了预期拒绝履行又包括了预期履行不能。实际上,纵观全局,无论我国的预期违约是否包含预期履行不能,《合同法》第 94 条与 108 条的规定都存在着缺陷。

我们先来分析第一种观点。如果我国的预期违约制度只适用于预期拒绝履行,那么当出现预期履行不能这种情况时,由于立法上的空白,如何对当事人进行法律救济则成为了一大难题。有的学者建议对于预期履行不能可以在一定程度上参照适用不安抗辩权制度,但如前文所述两者在适用范围与性质上都存在着不同,因此该解决方法并不能有效地对非违约方的利益进行全面地保护。

再看第二种观点。如果认为《合同法》第 94 条与 108 条既包括预期拒绝履行又包括预期履行不能,同样也存在着一些问题:其一,对预期履行不能的规定过于简单,缺乏完善的客观判断标准。判断一方当事人是否构成预期履行不能,既可以从行为上进行判断,也可以根据客观状况如经济状况、商业信誉、履约能力等来判断,因此,我国的《合同法》仅以行为作为判断标准,一方面缩小了预期履行不能的适用范围,另一方面也容易导致主观的随意性。也正是由于这一点,许多学者才对我国不安抗辩权的定性产生分歧。其二,对预期履行不能的法律救济过于简单,缺乏科学性。我国《合同法》94 条第 2 款规定,当事人一方以自己的行为表明不履行合同主要债务的,对

方可以直接解除合同。从英美法系的相关规定我们可知，预期履行不能并不是来源于一方的明确表示，而是基于另一方当事人的主观推测判断，因此该推测是否符合事实，尚需进一步地证实。如果在违约事实被证实前，就直接赋予了当事人如预期拒绝履行同样的救济权利，则可能会加速被告责任的承担，从而导致当事人之间利益的失衡。此外，法律没有对非违约方认定他方预期履行不能并采取相应的救济权利进行必要的限制，也容易造成权利的滥用。

（二）预期违约构成要件的规定前后不一致

从我国《合同法》第 108 条的规定来看，只要是“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”就可以构成预期违约。可见这里对违约的程度没有作限制性规定，只是要求“不履行合同义务”。而《合同法》第 94 条第 2 款则要求“不履行主要债务”。“不履行合同义务”与“不履行主要债务”属于两种性质不同的行为，显然前者的外延比后者要大。《合同法》对预期违约构成要件的不同规定，也就意味着在我国，只要是对合同的不履行就可以构成预期违约，而不论违约程度的轻重。而在这一点上，英美国家无论是在其判例还是成文法的有关规定上，都以当事人表示将不履行合同的主要部分为预期违约的构成要件，因此我国《合同法》做出这样的规定，一方面与预期违约规则的本意不符合，另一方面前后法律条文的不统一，也容易造成司法适用上的混乱。

（三）没有对预期违约责任承担的具体方式进行明确地规定

有关预期违约责任的承担，《合同法》只有两处对此进行了规定。首先，我们来看第 94 条的规定，即“当事人可以解除合同”。根据该法条，只要是对合同主要债务的不履行，当事人都可以解除合同。在这一问题上，对预期拒绝履行与预期履行不能这两种不同形态的救济方式并没有区分而是笼统地进行规定，显然这是不科学的。另外，在解除合同后，非违约方还有没有权利要对方承担其他违约责任，如赔偿损失，《合同法》也缺乏明确的规定。接着我们再来看第 108 条的规定，“要求其承担违约责任”。对于出现预期违约的情况时，根据《合同法》，一方是可以“要求对方承担违约责任”，但具体承担什么样的责任，法律却没有对此做出进一步的规定。从立法体系的安排上，第 108 条属于第 7 章“违约责任”，因此，我们可以推断出，对预期违约我们可以适用第 107 条的规定，即“承担继续履行、采取补救措施或者赔偿

损失等违约责任。”但仔细分析,我们可以发现这些对于一般违约的救济措施,在预期违约中是不能完全适用的。继续履行是指违约方在违约以后,根据对方当事人的要求继续对合同原义务的履行,但对于预期违约来说,非违约方实际上是不享有这种权利的。因为采取这种救济方法,就等于要求违约方提前履行自己的债务(也就是加速了其债务负担的速度),这与公平原则相违背;又如采取补救措施,当发生预期违约时,合同约定的义务都未履行,也就更谈不上什么修理、重作、更换等补救措施了。此外,对于“不履行合同义务”这种情况,是否只能追究预期违约方的其他责任而不能解除合同,也缺乏明确的界定。所以,从总体上来看,到底承担何种“违约责任”,《合同法》的规定实际上是不完善的。

(四) 预期违约与不安抗辩权存在法律适用上的冲突

预期违约与不安抗辩权本是两种性质完全不同的法律制度,但我国《合同法》中的不安抗辩权制度,在沿用大陆法系传统理论基础的同时又充分借鉴了英美法的预期违约制度,因此两者在功能和适用的领域上存在着一些重合。根据《合同法》第 68 条的规定,一方当事人“转移财产、抽逃资金,以逃避债务”时,对方当事人可以行使不安抗辩权。而第 108 条规定:一方当事人“以自己的行为表明不履行合同义务的”,可以通过预期违约制度寻求法律救济。显然在这里“转移财产、抽逃资金,以逃避债务”也属于“以自己的行为表明不履行合同义务”的情景,这样就使得同一种行为,当事人既可以选择适用不安抗辩权制度,又可以选择适用预期违约制度。又比如一物二卖,既可以解释为属于《合同法》第 68 条第 4 款的情形,又可以解释为属于第 94 条第 2 款的情形。如果适用前者,那么非违约方只能先中止履行,再等待债务人提供履约保证。相反,如适用后者,那么非违约方就可以直接解除合同。可见,不同的法律选择在后果上存在着较大的差异。因此,以传统成文法为主的我国,这种法条之间的隐性重合和冲突势必造成司法适用的混乱,同时也不能有效保护非违约方的合法权益。

(五) 预期违约在法律体系的安排中不科学

预期违约作为一个整体应该包括违约与救济两个不可分割的部分,而我国《合同法》对有关预期违约的规定却被分散在了 3 个章节中。第 6 章“合同的权利义务终止”与第 7 章“违约责任”中都规定了预期违约,此外,如果把第 69 条中的非违约方解除合同也算是预期违约的一种情况的话,那么第

4 章“合同的履行”也多多少少含有预期违约的影子。这种不系统的立法模式，容易导致司法实践操作的困难：一方面会显得条文前后重复，另一方面也不利于当事人的直观判断。另外，按照法律逻辑，《合同法》第 108 条应该是对预期违约制度总的规定，但由于立法体系的这种分散安排，在结果上则导致了该条与预期违约的其他规定（如第 94 条第 2 款有关合同解除的规定）成了一种并存的关系。这样一来，对“不履行合同义务”是否只能起诉追究违约责任而不能解除合同，而对“不履行合同主要义务”是否只能解除合同而不能起诉追究违约责任，在适用上就显得更加混乱。

四、完善我国《合同法》预期违约制度的建议

（一）通过司法解释，暂时解决法律适用的矛盾与冲突

从以上论述可知，我国有关预期违约法律制度是分散于“合同的履行”、“合同的权利义务终止”以及“违约责任”这几章之中的，因此如果要对其进行修改，必定会牵一发而动全局，造成原有法律体系结构的破坏，不利于法律的稳定。而作为暂时性缓解法条之冲突的司法解释，在急需解决法律适用缺陷的情况下，就可以说是一种权宜之计。

本人认为，虽然《合同法》第 94 条、108 条没有明确地规定我国的预期违约是否包含预期履行不能，但根据英美法系的传统与经验，预期履行不能是预期违约制度固有的内容，决不可抛弃。也许立法者正是考虑到我国的不安抗辩权与预期履行不能在很大程度上具有的相似性，为了避免重复，才没有在第 94 条与 108 条中明确规定预期履行不能制度以及合同解除的前提条件。因此针对我国预期履行制度，特别是对预期履行不能制度这种不明确不规范的情况，必须要借助不安抗辩权的行使予以证明，行使不安抗辩权是判定预期履行不能的必要手段。

对此问题，本人建议可通过司法解释作如下规定：

（1）先履行债务方在履行期届满或届至时，另一方以自己的行为明确表示不履行合同的，先履行方直接适用《合同法》第 68 条、69 条的规定。

（2）双方当事人履行期限都未届满或届至时，一方以自己的行为明确表示不履行合同的，受害人一方应类推适用《合同法》第 68 条、69 条的规定。

（3）当事人一方以自己的行为明确表示不履行合同时，《合同法》第 68、69 条是解除合同的必要条件。

（二）从立法层面上完善《合同法》的相关条款

虽然司法解释在一定程度上能够简单快捷地解决法律矛盾与冲突，但从长远来看，却不能从根本上解决这些问题。为了从根本上解决问题，必须及时修改法律。目前，《民法典》（草案）已经进入了讨论阶段，合同法作为其中的重要组成部分，被纳入了第三编，这就正好为立法者修改不安抗辩权与预期违约制度相关条款提供了一个有利的时机。

1、将不安抗辩权制度纳入预期违约制度之中

我国《合同法》为了追求法律体系的完整性，同时规定了不安抗辩权和预期违约制度，但综观实践，由于这两种制度均不完善，并且有着重叠之处，因此相互之间不协调存在着冲突。通过前文的论述可知，英美法系的预期违约规则实际上已经涵盖了不安抗辩权的调整范围，与不安抗辩权相比更能平等地保护合同当事人的利益，更能维护交易秩序的安全，因此，立法者没有必要为了追求所谓法律形式上的统一，而放弃实质上的统一，本人建议把《合同法》中第 68 条、69 条关于不安抗辩权的规定在原定位置予以删除，彻底引入预期违约制度，而把原先的不安抗辩权纳入预期违约制度中，将其行使的后果作为预期履行不能的判断条件之一。首先，完善、充实第 94 条、108 条关于预期违约的规定，并将其区分为预期拒绝履行和预期履行不能两种形态。对于预期拒绝履行的救济方式可以参照《合同法》第 94 条的规定；而对于预期履行不能的救济方式，则可以参照《合同法》第 69 条的规定。其次，对于预期履行不能的发生原因方面除了《合同法》第 108 条规定的“以自己的行为表明不履行合同义务”的情形以外，还应当包括当事人有确切证据根据对方的客观事实状态来判断对方将不能履行合同义务的情形，如资金困难、支付能力欠缺、丧失商业信誉，其具体情形可以参考《合同法》第 68 条关于不安抗辩权制度中原因情况的规定。

2、明确预期违约方提供担保的合理期限

我国有关预期违约的法律制度，由于缺乏提供担保的合理期限规定，因此，在实际操作中，违约方常常在守约方中止履行义务后，以提供担保为名而无限期的拖延时间，这样就不能从根本上保障非违约方行使预期违约制度所赋予的救济权利。针对这一点，我们可以参考美国《统一商法典》第 2-609 条，建议对预期履行不能中的担保问题做如下规定：一方当事人中止履行合同义务后，应立即书面通知另一方当事人，并可以要求对方在三十天的合理期限内对将来及时履行合同义务提供适当的担保。如果对方在合理的期限内

提供了充分的履约保证, 则应当恢复履行; 否则, 另一方可以解除合同, 并要求对方承担损害赔偿责任。

3、对预期拒绝履行的撤回做出规定

在预期违约制度中规定违约方拒绝履行撤回权的内容, 既符合了合同法所倡导的“合同自由”, 保障预期利益在最大程度上的实现; 又以防止当事人滥用预期违约制度以逃避自身应承担的合同责任。关于具体规定, 在参考英美判例及美国《统一商法典》第 2-611 的有关规定的的前提下, 建议应在预期拒绝履行中增设以下规定: 当事人在对方解除合同或改变合同地位之前有权做出撤回违约的意思表示。

4、规范法律用语

在进一步明确区分预期拒绝履行和预期履行不能的同时, 对有关法律术语进行规范。如将《合同法》第 94 条中的“不履行主要债务”和第 108 条“不履行义务”统一表述为“不履行主要义务”。这样不仅可以统一法律规范, 避免理解上的偏差, 还可以避免预期违约适用范围的过于宽泛、从而限制当事人对该制度的滥用。至于什么是合同的“主要债务”, 本人认为可在司法解释中进行进一步细化, “合同的主要债务”应当是指合同的主要部分, 该部分的履行与否决定着当事人能够得到他所期待从合同利益中得到的利益。^①而对于一方当事人违反的是合同的微小义务或者附随义务, 则不能视为构成预期违约, 除非当事人违反的附随义务致使不能达到合同的目的。

5、调整相关的立法体系

在制度的设计上, 建议将预期违约制度的有关规定集中在一个章节里。由于预期违约仍然属于合同违约的一种情况, 因此可考虑将其有关条款统一规定在《合同法》第七章“违约责任”中, 并对预期违约的概念、构成要件、适用条件和法律所赋予的救济手段以及一些适用中的特殊问题如要求担保的期限、对预期拒绝履行意思的撤回、滥用预期违约应承担的法律责任等等, 做出明确地规定。

^① 郭燕枝:《论预期违约制度的适用》, 载于《人民司法》, 2001 年第 2 期。

结 论

预期违约制度作为一项从英美判例基础上发展起来的现代合同制度，在充分体现合同法之诚实信用原则及公平原则的价值理念下，不仅有助于督促合同的履行，平衡双方当事人的利益，而且还可以及时有效地解决纠纷，减少实际违约所造成的损失，以避免社会资源的人为浪费。这一制度由于其自身的先进性、科学性、已被世界许多国家所广泛接受。我国新出台的《合同法》也顺应了这一历史潮流，在对大陆法系不安抗辩权制度进行规定的同时又引进了英美法的预期违约制度。我国属于大陆法系国家，在对期前毁约这个问题上借鉴了英美法系特有的预期违约制度，就本身来说的确是一种进步，但同时我们也应该注意到两大法系毕竟有着不同的法律思维和逻辑构件，因此对于要将任何一种英美法系的制度引入其中，都应当进行认真的思考，看是否能够与之融合不发生冲突。综观实务，自预期违约制度引进之后，便与履行抗辩权制度，特别是与不安抗辩权纠缠不清，引发法律适用之难题。因此针对这些盲点，我国应该及时制定出相关的立法、司法解释，以对此加以进一步充实，弥补其自身缺陷，最终使立法达到和谐与统一。

致 谢

经过一年多的努力，这篇论文最终得以完成，首先，我得衷心感谢我的指导老师——陈思哲教授，是他的悉心指引，让本篇文章在选题、谋篇布局、框架安排方面得以全面提升；是他不厌其烦的指导，使本篇文章在观点的论证、语言的使用方面得以不断完善，方方面面无不凝结着陈老师的心血和汗水。在此，我只想真诚的说：“谢谢您，陈老师！”

同时，我也感谢西南科技大学法学院的其他每一位老师及同学，三年里，在他们的关心和帮助下，我不但顺利的完成了研究生学业，而且学术水平得到了全面提升，还不时的激发我的创作灵感。另外，学校图书管和资料室的老师在我收集资料时也给予了我热情的帮助，在此一并表示感谢。

再次感谢陈老师，感谢每一位老师、同学，谢谢你们！

参考文献

一、著作类

- [1] 王利明著:《违约责任论》,中国政法大学出版社 1996 年 3 月第 1 版。
- [2] 葛云松著:《期前违约规则研究——兼论不安抗辩权》,中国政法大学出版社 2003 年 5 月第 1 版。
- [3] 史尚宽著:《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年 1 月第 1 版。
- [4] (美)科宾著:《论合同》下,王卫国等译,中国百科全书出版社 1998 年 8 月第 1 版。
- [5] 江平著:《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社 1999 年版。
- [6] 王利明、崔建远著:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社 2000 年 3 月版。
- [7] 王军著:《美国合同法》,对外经济贸易大学出版社 2004 年版。
- [8] 王利明著:《民商法研究》,第二辑,法律出版社 1999 年 1 月第 1 版。
- [9] 韩世远著:《违约损害赔偿研究》,法律出版社 1999 年版。
- [10] 郭明瑞、房绍坤:《新合同法原理》,中国人民大学出版社 2000 年版。
- [11] 李永军著:《合同法》,法律出版社 2004 年 1 月第 1 版。
- [12] 龙著华、王荣珍:《合同法专题研究》,中国商务出版社 2004 年 8 月版。
- [13] 邵建东译:《德国债法现代化法》,中国政法大学出版社 2002 年版。
- [14] 张玉卿主编:《国际货物买卖统一法:联合国国际货物销售公约释义》,中国对外经济贸易出版社 1998 年版。
- [15] 王泽鉴著:《债法原理》(第一册),中国政法大学出版社 2001 年版。
- [16] 盖斯特,《英国合同法与案例》,中国大百科全书出版社 1998 年版。
- [17] 吴兴华等著:《合同法比较研究》,中山大学出版社 2002 年版。
- [18] 吴兴光编著:《美国统一商法典概要》,华南理工大学出版社 1997 年版。
- [19] 孔祥俊:《合同法教程》,中国人民公安大学出版 1999 年版。
- [20] 李双元、温世杨主编:《比较民法学》,武汉大学出版社 1998 年版。
- [21] 王伯诚、王伯庭:《合同法重点难点问题解析与适用》,吉林人民出版社 1999 年版。
- [22] 邵建、东孟翰、牛文恰译:《德国债法现代化》,中国政法大学出版社 2002 年版。
- [23] 徐学鹿主编:《商法研究》(第一辑),人民法院出版社 2000 年版。
- [24] J. W. Carter, *Breach of Contract*, Sydney: The Law Book Company Ltd press, 1992.
- [25] J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, 1998.

- [26] P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5th ed., Oxford: Clarendon Press, 1995.
- [27] Ewan Mckendrick, *Contract Law*, Macmillan Press Ltd, 1997.
- [28] G.H. Treitel, *The Law of Contract*, 10th Edition, London: Sweet & Maxwell, 1999.
- [29] Clayton P. Cillette and Steve D. Walt, *Sales Law: Domestic and International*, New York: Foundation Press, 1999.
- [30] John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edition, Deventer: Kluwer Law International, 1999.
- [31] S. Wheeler, J. Shaw, *Contract [M]*, Oxford: Clarendon Press, 1995.

(二) 论文类

- [1] 刘凯湘、聂孝红：《论〈合同法〉预期违约制度适用范围上的缺陷》，载于《法学杂志》2000年第1期。
- [2] 梁慧星：《统一合同法：成功与不足》，载于《中国法学》2000年第1期。
- [3] 杨永清：《预期违约规则研究》，载于梁慧星主编《民商法论丛》第三卷，法律出版社1995年版。
- [4] 王利明：《预期违约制度若干问题研究》，载于《政法论坛》1995年第2期。
- [5] 叶金强：《我国合同法中的预期违约制度》，载于《南京大学学报》2002年第4期。
- [6] 李中原：《合同期前救济制度的比较研究》，载于《法商研究》2003年第2期。
- [7] 郑玲：《合同预期违约分类探析》，载于《经贸实务》2004年第6期。
- [8] 解冲：《我国借鉴预期违约制度之检讨分析》，载于《河北法学》2003年第11期。
- [9] 徐琴：《论预期违约的本质》，载于《湖州职业技术学院学报》2005年第1期。
- [10] 刘庆、蓝日皎：《预期违约法律后果的比较分析》，载于《黑龙江省政法管理干部学院》第2004年第3期。
- [11] 许冰梅：《预期违约制度探微》，载于《中央财经大学学报》2001年第8期。
- [12] 苏平：《论预期违约制度与不安抗辩权》，载于《重庆工商大学学报》2004年第4期。
- [13] 朱广新：《论预期拒绝履行》，载于《民商法论丛》第30卷，法律出版社。
- [14] 彭学龙：《预期违约及相关制度比较研究》，载于《商法研究》第四辑，人民法院出版社2001年版。
- [15] 李永军：《我国合同法是否需要独立的预期违约制度》，载于《政法论坛》1998年第6期。

- [16] 徐亚龙:《默示预期违约构成理论相关问题辨析》,载于《江苏警官学院学报》第 19 卷第 2 期。
- [17] 王燕华:《预期违约比较研究》,载于《华东政法学院学报》2002 年第 4 期。
- [18] 吴志宇:《预期违约制度新论》,载于《当代法学》2003 年第 3 期。
- [19] 张海燕:《浅议我国合同法的拒绝履行权》,载于《学术论坛》2001 年第 4 期。
- [20] 钟淑健:《简析合同法中的预期违约与不安抗辩》,载于《当代法学》2000 年第 2 期。
- [21] 蓝承烈:《预期违约与不安抗辩的再思考》,载《中国法学》2002 年第 3 期。。

(三) 参考法规

- [1] 《中华人民共和国合同法》,第 60、66、67、68、69、94、107、108 条。
- [2] 《美国统一商法典》,第 2—609、2—610、2—706、2—712、2—723、2—713、2—708 条。
- [3] 《联合国国际货物销售合同公约》,第 25、71、72 条。
- [4] 《法国民法典》,第 1613 条
- [5] 《意大利民法典》,第 1496 条。
- [6] 《德国民法典》,第 321 条。

(四) 网络文献类

- [1] 徐永盛:《对我国合同法预期违约制度的几点看法》,载于北大法律信息网:
www.chinalawinfo.com。
- [2] 李寿双:《预期违约制度与不安抗辩权之比较》,载于北大法律信息网:
www.chinalawinfo.com。
- [3] 王利、姚辉:《完善我国违约责任制度十论》,载于中国民商法律网:
www.civillaw.com。
- [4] 李琳:《浅谈国际货物贸易中的预期违约制度》,载于法律论文资料库:
www.law-lib.com。
- [5] 胡利玲:《论预期违约中的选择权》,载于法律教育网:
www.chinalawedu.com。

攻读硕士学位期间发表的学术论文及研究成果

已发表论文

- [1] 《关于期前毁约法律救济制度比较研究》(第一作者), 载于《和田师范专科学校学报》2006 年第 6 期。
- [2] 《浅议合同的附随义务》(独撰), 载于《承德职业学院学报》2006 年第 4 期。