

The Comparative Study of Unsafe Right of Defense Systems and Anticipatory Breach of Contract

Haifeng Zeng

School of Law and Public Administration, China Three Gorges University, Yichang Hubei
Email: 1098706142@qq.com

Received: Jul. 14th, 2018; accepted: Jul. 31st, 2018; published: Aug. 8th, 2018

Abstract

Some time-honored contracts will undergo some unpredictable changes during the period from the establishment of the contract to the completion of the performance period. As a result, the contract cannot be fulfilled due to the expiration of the contract. Therefore, the unrest defense right system and anticipatory breach of contract system are set up. The integration of these two systems by the creativity of the "Contract Law" in China did not achieve the effect of integration, resulting in inconsistency in the application of China's contract law in practice. A comparative study of the similarities and differences between the two systems in theory was made to propose feasible suggestions for the combination of the system of uneasy defense and anticipatory breach of contract in China's "Contract Law".

Keywords

Unsafe Right of Defense Systems, Anticipatory Breach of Contract Systems, Compare, Contract Law

不安抗辩权与预期违约之比较研究

曾海峰

三峡大学, 法学与公共管理学院, 湖北 宜昌
Email: 1098706142@qq.com

收稿日期: 2018年7月14日; 录用日期: 2018年7月31日; 发布日期: 2018年8月8日

摘要

一些异时履行的合同, 在合同成立后到履行期到来之前这段时间会出现一些难以预测的新变化, 从而使

合同不能到期履行，因此设置了不安抗辩权制度和预期违约制度。我国《合同法》创造性对这两种制度的融合未达到融会贯通的效果，导致了我国合同法在实务适用上的不一致。比较研究两制度理论上的相同和不同点，以为我国《合同法》中不安抗辩与预期违约制度结合达到最优提出可行性建议。

关键词

不安抗辩权制度，预期违约制度，比较，合同法

Copyright © 2018 by author and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 不安抗辩权

(一) 不安抗辩权概述

1) 不安抗辩权的概念

不安抗辩权，是指在双务合同中先给付义务方，发现对方在合同订立后财产显著减少或财产状况恶化，并有难以对待给付之虞并危及到自己债权时，在对方未为对待给付或提供担保前，享有的拒绝履行自己义务的权利[1]。

2) 不安抗辩权的性质

不安抗辩权在性质上属于抗辩权，它与请求权相对，是指拒绝请求权人的请求主张的权利[2]，是一种防御、被动性的权利。不安抗辩权与抗辩权有相同的性质，行使前提条件必须存在请求权，无请求权，则无不安抗辩权。即当先给付义务人在发生不安抗辩权事由时，享有暂时中止履行己方义务对抗对方当事人的请求权的权利。但是根据不安抗辩权性质，它只有防御作用，行使并不能解除合同，当“不安”事由消失后，先履行义务人仍然得继续履行自己的义务。因此，不安抗辩权制度的作用在于，保护先履行一方当事人在后履行方丧失或可能丧失债务履行能力的情况下的合同利益，为先履行方提供不安抗辩权的法律依据。

(二) 不安抗辩权构成的要件

1) 因同一有效的双务合同而互负债务

不安抗辩权以双务合同牵连性为根据，从而从性质上决定了单务合同中不存在不安抗辩权。不安抗辩权的适用首先是有已生效的双务合同，因为有效合同具有法律上的拘束力，才能约束双方当事人，而无效合同无此种效力。其次，是必须因同一个双务合同而产生的给付义务才享有不安抗辩权，若因多个合同而产生，则无不安抗辩权。最后，当事人双方应是互享债权互负债务，即双方所负的债务与所享有的债权之间具有对价和制约关系。

2) 须异时履行债务

合同异时履行是指在同一双务合同中，根据合同双方的特别约定，当事人双方履行义务存在着先后给付顺序，如果当事人没有特别的约定，则可依据法律和习惯来确定。不安抗辩权则有如此要求，也是与同时履行抗辩权的根本区别。若合同义务是同时履行的，合同双方可在对方拒绝履行或履行不符合约定时，可援用同时履行抗辩权。

3) 后给付方履行财产恶化，难为对待给付

对后履行方不能履行的原因，各大陆法系规定不同，大多数大陆法系国家规定“只有在后履行方财产的状况发生了恶化，而难为对待给付时，才会产生不安抗辩权”[3]。这样将欠缺履行能力单纯地归因于财产恶化，大大限制了不安抗辩权的适用范围。有学者反对称“危及对待给付的事实要件并非在于相对人的财产原因”[4]。当我们理解解释法条时，不能完全地局限于法条文字本身的含义，可使用类推解释方法，在后给付方的客观状况陷入难为对待给付后，即可赋予先给付方不安抗辩权。

对后给付方财产或资力的恶化，应该恶化到怎样标准才是有难为给付之虞，对此大陆法系各个国家持有不同的主张，主要有三种观点：第一种观点认为以后给付方的财产明显减少，达到难为对待给付的程度为标准，以德国为其代表[5]；第二种观点认为应以对方的经济状况发生变化后，导致本应履行的对待给付面临显而易见的威胁为判断标准，以《意大利法》其代表[6]；第三种观点认为应以后履行方的财产状况恶化到破产的程度为准，以《法国法》为代表。第一种观点将难为对待给付的程度只作了一般性规定，没有具体规定限制，被称为“概括主义”；该观点的优点在于它为先履行义务人使用不安抗辩权提供了充分的保障，侧重保护先履行义务人的权利；其缺点在于不安抗辩权行使的条件宽松，可能导致权利的滥用。第二、三种观点对难为对待给付的程度作出具体化的规定，被称为“限制主义”，该观点优点在于能够最程度的避免不安抗辩权的滥用。但是将难为对待给付的标准限制“明显恶化”“破产”等情况，对于一般的难为对待给付，可能不能适用不安抗辩权，导致不安抗辩权的制度发挥不了它最佳功能，不利于实践操作。笔者赞同“概括主义”。因为随着经济全球化，社会生活变化迅速，不安抗辩权产生的情形千变万化，而且法律具有滞后性和稳定性，列举式的立法方法不具有实用性。

4) 程序上须有“确切证据”证明财产的恶化并达到难为对待给付

不安抗辩权行使的程序要件，是先给付方对于后给付方财产恶化客观事实承担举证责任，即先给付方必须有“确切证据”证明后履行方财产的恶化，有难为对待给付之虞。如果先履行一方无确切证据证明后履行财产恶化事实而中止履行的，则其行为属于违约行为，不是在行使不安抗辩权，如果造成合同履行迟延或者无法继续履行的，则应承担相应的违约责任。

2. 合同的预期违约制度

(一) 预期违约制度的概念与起源

预期违约，是指在合同有效成立后履行期届至前，一方当事人向对方当事人明确表示将不履行合同，或通过对方当事人相关行为判断将不履行合同的行为。学理上将前者称为“明示预期违约”，而将后者称为“默示预期违约”。

(二) 预期违约的构成要件

1) 明示预期违约的构成要件

① 债务履行期限尚未届至。合同双方约定了债务履行期限的，则必须在合同履行期之前这段时间里，债务人明确肯定的向债权人表示将不履行主要合同义务才是预期违约。如果是履行期限届满后，债权人可直接提起违约责任之诉。② 须明确表示将不履行主要合同义务。“作为明示违约方，其拒绝的意思表示必须是绝对的、清楚的、明确肯定的”[7]。但是对于什么是绝对的、清楚的、明确肯定的，司法界没有一致的标准，主要由法官凭借自己的内心判断，即依据自由心证。但是根据法理说，法条规定的越细致越有利于判断，然而，法律在适用的过程中遇到各种各样情况或因素，所以判断的标准不可能统一，否则会导致法的无预测性和无稳定性。当下的实务操作上，主要是由法官依据自身的社会经验和理解去判断什么是“清楚的、绝对的、明确肯定的”。③ 表示将不履行“主要”合同义务。债务人必须是表示不履行合同“主要”义务，才能构成明示预期违约，因为只有主要合同义务才能表明对方主观违约恶意大。如果是合同的次要义务或者是附随义务，不构成明示预期违约。因为只有主要义务不履行，才能

使守约方的利益遭受严重威胁，受到损失。可能使其期待利益落空。不履行主要义务的严重程度更重，次要义务或者是附随义务较轻，如果允许次要义务或者是附随义务行使解除权，将构成对权利的滥用，而违约方的利益也可能受到损失。因此严格规定合同义务的不履行程度，不仅是对债务人的保护，同时也是对于公平正义原则的遵守。^④ 债务人不履行没有正当理由。如果债务人不履行债务有正当理由如：不可抗力、合同无效、合同依法解除和撤销、合同未成立等，守约方不能行使明示预期违约。但是在实践中，如何分辨是不是非法理由比较困难，这要依据法官的自身的认识能力去判断。

2) 默示预期违约的构成要件

① 一方当事人通过对方的行为预见将不会履行合同义务。这是与明示预期违约最本质的区别，明示预期违约是违约方将到期将不履行合同义务通过明确的意思表示表达出来，不需要受约方根据自己的主观判断来确定违约方的行为是否将不履行义务。实践中默示预期违约的情形有：在当事人双方已签订某特定物买卖合同，在履行期限到来之前，出卖人又将该特定物再次出卖给第三人，并且交付给第三方或办理过户登记，这样该特定物的所有权已经转移给第三人了，就不可能向买受人交付。^② 须有“证据证明”对方将不履行合同义务的行为。守约方即使遇见到了对方以行为表明其将不会履行合同义务，也要提供相应的证据，不能空口其谈，这样也有利于保护对方的利益，与鼓励交易原则相符合。^③ 违约方客观上不提供履行担保。明示预期违约与默示预期违约另一个区别点是法律赋予了默示预期违约的守约方的中止履行权，即当守约方经过判断认为违约方将不会履行合同，则可行使中止履行权，通知违约方提供担保，如果违约方客观上不提供履行的担保，守约方可以解除合同。

3. 不安抗辩权制度与预期违约制度的比较分析研究

(一) 大陆法系不安抗辩权制度与英美法系预期违约的相同点

1) 制度价值相似

两制度都有秩序、公平、效率和自由的共同价值。在秩序价值方面，两制度都在一方当事人在可能会违约时，给予守约一方法律上的救济措施，防止守约一方采取其他的暴力、私利救济，以维护社会秩序，促进社会的稳定。在公平价值方面，两制度都赋予一方当事人在对方可能不会或不能履行合同时相应的权利，去扭正双方权利义务的不平衡，保障交易的公平。在效益价值方面，在合同履行期限届满前，当事人面临履行无望的合同时，两制度都可以使他们从该关系中解脱出来，避免更大的损失，优化社会资源配置。在自由价值方面，一方当事人在对方有不履行合同的可能时，两制度给予守约方自由选择权，即选择等待或及时采取措施的权利。

2) 立法目的相似

两制度的立法目的都是权衡双方合同上的利益，即为了使合同双方权利与义务均衡，两制度都允许一方当事人在对方不可能履行合同时，可采取救济措施，使自身利益免受损害，维护公平交易。而且，二者都侧重保护债权人的期待利益，为他们提供法律上的自我救济措施，使交易过程公平安全，从而维护社会经济秩序、促进合同交易顺利完成的目的。

3) 保护权益相似

合同期待利益是两制度保护权益的对象。合同期待利益是指若合同正常履行完毕后，合同当事人预测可能会得到的利益。在合同成立生效后履行期届满前这段时间里可能发生了一些致使合同当事人一方的期待利益遭受危险或实质损害事实或行为，为了避免此种情形的发生，而设置了不安抗辩权和预期违约制度，以防止实际违约的发生，减少债权人的利益损失。

(二) 大陆法系不安抗辩权制度与英美法系预期违约的不同点

1) 两者的前提条件不同

在合同类型上,不安抗辩权只限于双务合同,根据前文所述,债务履行的牵连性是不安抗辩权的根本,所以单务合同不存在不安抗辩权的基础。预期违约制度却与之相对,它存在任何合法有效成立合同类型之中,而非双务合同之中,而且不以当事人双方的债务有履行顺序为前提。经过比较在适用范围上,预期违约制度更宽泛。

2) 行使的理由不同

大部分的大陆法系国家将行使不安抗辩权的原因设置为后给付方的财产明显减少并危害先给付方的权益,还有一部分设置为欠缺履行能力并难以履行对待义务。英美法系的预期违约制度所设置的行使理由相对比较宽泛,并不局限于财产减少,还包括债务人丧失商业信誉、债务人的行为表明可能违约等^[8]。

3) 两者的成立是否要求主观上存在过错不同

大陆法系国家一致认为,在客观上财产明显减少并有难为对待给付时就可行使不安抗辩权,对方主观上是否有过错不影响不安抗辩权的成立,即不要求主观上存在过错。英美法系的预期违约制度将要分情形处理。① 对明示的预期违约,一方明确表示将不履行义务,其主观上已经具有不愿履行的意愿,即主观上存在故意。因此,明示的预期违约中违约方要求主观上恶意。② 对于默示预期违约,对方以其行为表明将不履行义务,存在两种情形,一种情形是对方主观上愿意履行合同义务但是客观上没有履行的能力,另一种是主观上不愿履行的意愿,客观上有履行能力。对这两种情形,如果违约方在合理期限内提供充分担保,则无主观过错。如果不提供担保则存在过错,但默示预期违约要以债务人提供担保为构成要件,所以债务人主观也存在过错。综上所述预期违约制度要求债务人主观上有过错。

4) 两制度救济途径不同

不安抗辩权救济途径是先给付方享有中止履行权,即中止履行后,有通知对方提供担保的义务,通知到达对方后,对方提供履行担保的,先履行方应继续履行。但是对方拒绝提供担保的,先给付方不能解除合同,因为不安抗辩权是抗辩权的一种,只具有防御功能。预期违约制度权利的救济方法相对更多。若一方的行为构成预期违约(明示预期违约和默示预期违约),① 守约方既可要求解除合同并赔偿自己遭受的损失;② 可在履行期限届满后要求对方承担违约责任;③ 也可履行期限届满之前要求承担违约责任。

4. 完善中国现行《合同法》不安抗辩权和预期违约制度

(一) 对不安抗辩权的完善建议

1) 降低先履行方的举证责任。我国《合同法》为了防止先履行方滥用不安抗辩权,就规定了先履行方必须有“确切的证据”才能行使不安抗辩权,否则将承担违约责任。这样的立法与大陆法系国家不安抗辩权理论相违背,过重的举证责任不利于保护先履行方的利益,与不安抗辩权设置目的相违背,甚至会导致不安抗辩权制度设置的虚设。降低先履行方的举证责任,将“确切的证据”改为“有合理证据”;或让对方当事人分担举证责任;也可以让法院协助先履行方举证。

2) 将不安抗辩制度中的“提供担保程度”、“恢复履行能力的合理期限”明确化。“提供担保程度”、“恢复履行能力的合理期限”的含义规定得很模糊,直接影响了不安抗辩权作用的发挥。笔者建议通过司法解释去明确它们的含义。对于“适当担保”的程度,应以社会上一个理性人认为能达到的担保程度,消除先履行方“不安”,为“适当担保”的程度。这样可以避免双方当事人朝着自己的利益去确定“适当担保”的程度。如果后履行方未达到“适当担保”程度即不充分的担保情况下,后履行方可要求先履行方履行与提供担保相应部分,对超过部分先履行方能请求抗辩。对于“恢复履行能力的合理期限”,美国《统一商法典》具有借鉴的意义。美国《统一商法典》对预期违约中恢复履行能力的合理期限规定为最长不超过30日。我国也可通过发布司法解释规定为最长不超过30日。

(二) 对预期违约的完善建议

1) 集中规定预期违约制度。上文论述我国预期违约制度法律规定条款零乱分散、间隔太大。针对此问题笔者主张将《合同法》94条第2款删除,在《合同法》一百零八条预期违约条文中统一规定,即用108条一个条文规定预期违约制度。并且重新构建一百零八条,将其设置为两个条款,第一款设为明示预期违约,第二款设为默示预期违约[9]。具体规范内容见下文。

2) 具体规定默示预期违约行为。我国《合同法》中将默示预期违约行为规定的抽象、笼统,让守约方主观判断太多,就会导致权力的滥用,增加纠纷,浪费司法资源。笔者主张将默示预期违约行为的判断做列举式和概括式立法,减少守约方主观判断,列举行为也有一定指导意义,概括又能一网打尽。笔者建议具体如下:将《合同法》第六十八条第一款中的(一)、(二)、(三)项列举为默示预期违约法定行为,然后将一方当事人以其行为表明不履行合同主要义务作为概括条款。

3) 完善预期违约的救济途径。由于我国预期违约制度的救济手段不够健全,守约方的利益不能得到妥当的保护,致使守约方采取极端行为私力解决,造成的社会秩序不安。因此,将《合同法》108条中规定的“应当承担违约责任”修改为“应当承担违约损害赔偿赔偿责任”,因为从表面角度看待承担违约责任,让人第一感觉产生具有很多承担责任的方式,救济途径多,然结合该行为的实际情况,则只能让违约方承担违约损害赔偿赔偿责任。在默示预期违约制度上,回归传统默示预期违约制度理论,在程序上适当限制守约方解除权,即守约方判定对方可能预期违约时,在程序上守约方只能先中止履行并通知违约方,违约方收到通知后应在合理期限来提供担保或恢复履行,若违约方未能合理期限提供相应担保,守约方才能解除合同。

(三) 我国现行《合同法》不安抗辩权与预期违约的融洽衔接建议

为使我国不安抗辩权制度与预期违约制度立足中国特色社会主义的实践,优化解决更多经济纠纷,促进中国社会快而优的发展,通过上文笔者对我国的不安抗辩权制度和预期违约提出的融洽衔接修改建议,以下用直观修改后的法条汇总:

1) 《合同法》第六十八条修改后为:应当先履行债务的一方,有合理的证据证明对方有丧失或者可能丧失履行债务能力,并达到难为对待给付之虞,可以中止履行。

2) 《合同法》第六十九条修改后为:先履行方依据本法六十八条规定没有合理证据中止履行的,应当承担违约责任。

3) 将第94条修改后为:将第二项删除,后面各项依次向前挪列。

4) 将第108条修改后为:“当事人一方明确表示不履行合同主要义务的,对方可以在履行期限届满之前要求解除合同或者承担违约损害赔偿赔偿责任。在履行期限届满之前,当事人一方有下列情形之一的,对方可以中止履行,若当事人一方未能合理期限提供相应担保或者恢复履行的,对方可以要求解除合同或者承担违约损害赔偿赔偿责任:

- ① 经营状况严重恶化;
- ② 转移财产、抽逃资金,以逃避债务;
- ③ 丧失商业信誉;
- ④ 以其行为表明不履行合同主要义务的其他行为。

5. 结语

本文首先介绍大陆法系不安抗辩权与英美法系的预期违约制度的背景及其设置的理论后,深入的比较两制度的相同点与不同点,然后对我国《合同法》的进步与不足提出了笔者的建议,力求使我国《合同法》中不安抗辩权与预期违约制度达到融洽的衔接,发挥最佳作用。但笔者的能力有限,本文提出的建议也存在不足,但作为一个法律人,希望尽点自己努力,为构建法治社会与法治国家做贡献。

参考文献

- [1] 王启富. 法律辞海[M]. 吉林: 吉林人民出版社, 1998: 3, 126.
- [2] 王利明, 崔建远, 著. 合同法新论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 7, 330.
- [3] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社: 2000: 1, 590.
- [4] 王利明, 崔建远. 合同法新论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 4, 354.
- [5] 费安玲, 丁枚译. 意大利民法典[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 5, 432.
- [6] 李军. 默示预期违约与不安抗辩权制度法系适应性之探讨[J]. 北京: 政法论坛, 2004, 22(4): 161-167.
- [7] 梁海静. 预期违约及其救济方法比较研究[M]. 北京: 法律出版社, 2000: 748.
- [8] 徐炳. 买卖法[M]. 北京: 经济科学出版社, 1991.
- [9] 于媛媛. 不安抗辩权与预期违约制度比较研究[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2013: 2, 34.

知网检索的两种方式:

1. 打开知网页面 <http://kns.cnki.net/kns/brief/result.aspx?dbPrefix=WWJD>
下拉列表框选择: [ISSN], 输入期刊 ISSN: 2379-3074, 即可查询
2. 打开知网首页 <http://cnki.net/>
左侧“国际文献总库”进入, 输入文章标题, 即可查询

投稿请点击: <http://www.hanspub.org/Submission.aspx>
期刊邮箱: ds@hanspub.org