

论预期违约与不安抗辩权的选择

包欢乐

(南京财经大学 法学院,江苏 南京 210046)

摘要:我国现行的《合同法》中并行规定了不安抗辩权与预期违约制度,为我国司法实践如何适用二者带来选择困境,并且学界未就此问题达成共识。对诸学说进行剖析后,在避免三种学说疏漏的前提下,结合域外立法例,建议修正《合同法》第68条的立法歧义、明确拒绝履行的适用条款、限缩解释默示预期违约的范围以及明确丧失履行能力情形下适用不安抗辩权来实现二者的有效衔接。

关键词: 合同法; 预期违约; 不安抗辩权; 限缩解释

中图分类号: D92 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-3798(2020)01-0105-08

我国1999年颁行的《合同法》中没有单一地构建大陆法系抗辩权体系,而是同时吸收借鉴了来自英美法系的预期违约制度。预期违约和不安抗辩权的功能在一定程度上存在重合,难以在实践中被简单地选择适用。目前学界对于二者如何适用问题无法达成统一共识,虽然学界对此问题提出了诸多学说,但是这些学说均难以圆满解决此问题。鉴于此,本文拟对学界相关学说进行剖析,同时对域外立法例进行梳理总结,借鉴其立法经验,在此基础上寻求解决我国预期违约与不安抗辩权适用难题的路径,实现二者有效衔接。

一、预期违约与不安抗辩权的选择困境

我国《合同法》在第68条、第69条规定了不安抗辩权,在第94条第2项、第108条规定了预期违约制度。但是并没有对两种制度的适用条件和适用范围作出具体的规定^[1]。在现实的法律适用过程

中,存在两点不明之处:

第一,难以明确《合同法》第69条与第94条第2项之间的关系。全国人大工作人员在确定此关系时,认为二者不存在关联。具体来说即是按照第69条规定享有的合同解除权应该属于第94条第5项的合同解除权;第94条第2项的预期违约应该遵循英美法系预期违约制度同样的分类标准,分为明示与默示两种预期违约类型;并且对默示预期违约的定义^①进行了界定。以此为基础,认为先给付义务人可以在两种情形下直接行使合同解除权:(1)对方“不履行”;(2)“不能履行+不提供必要担保”。其中“提供担保”又是依据《合同法》第69条行使解除权的一个前提条件。这就导致第69条被认为规定了两个合同解除权事由“不履行”或“不能履行+不提供必要担保”。

第二,“以逃避债务”的适用与第94条第2项存在适用上的重叠。《合同法》第68条所列举的非违约方可以通过证明违约方“转移财产、抽逃资金,

收稿日期:2019-09-29

基金项目:2019年江苏省研究生科研与实践创新计划项目《“三权分置”背景下农村宅基地使用权流转制度探究》(KYCX19-1337)

作者简介:包欢乐,男,江苏淮安人,南京财经大学法学院硕士研究生。

①该定义为“默示违约是指合同履行期到来之前,一方当事人有确凿的证据证明另一方当事人在履行期限到来时,将不履行或者不能履行合同,而其又不愿提供必要的履行担保”。

以逃避债务”来行使不安抗辩权;另外,非违约方可以按照《合同法》第 94 条第 2 项中“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”的规定来主张预期违约制度以行使合同解除权。这两种情况在一定的情形下很难确定如何选择适用其一。因此二者的重叠性导致了选择适用上的困境^[2]。

以上两点带来了不安抗辩权和预期违约在适用上的争议:在具有履行先后顺序的双务合同中,后给付义务人以其行为表明其将不履行到期债务时,先履行义务人在自身履行期未到达时,依据《合同法》享有两种法律效果截然不同的选择。其一,适用不安抗辩权的规定以待担保,观担保情况以进行解除合同还是合同继续进行的选;其二,依据《合同法》第 94 条第 2 项主张预期违约,通过预期违约制度请求享合同解除权以解除合同,并可以请求承担违约责任。

在以上的争议中,先履行义务人面对不安抗辩权和预期违约这两种制度如何进行选择适用?选择是否合理?

二、预期违约与不安抗辩权的关系探析

预期违约与不安抗辩权选择问题的核心在于二者的关系问题。我国学界对二者的关系存在较大争议,对此展开了长时间的研究,但是一直没有达成最终的定论。经过近 20 年的研究,我国学界对上述问题大致形成了三种主流学说。

(一) 预期违约与不安抗辩权的理论学说

第一,存不安抗辩权废预期违约说。存不安抗辩权废预期违约说主张我国《合同法》应该废除预期违约。该观点认为我国《合同法》第 66 条至第 69 条并行规定的三种合同履行抗辩权所构成的抗辩权体系足以解决合同履行期届满前违约问题。并且认为《合同法》第 94 条第 2 项中的“履行期届满前以自己行为表明不履行主要债务”是可以行使不安抗辩权的一种情形^[3]。即认为“以自己行为表明不履行主要债务”可以被《合同法》第 68 条第 4 项调整。因此认为我国《合同法》吸收借鉴了预期违约制度

是立法上的失败、错误,应该予以废除^[4]。

第二,存预期违约废不安抗辩权说。存预期违约废不安抗辩权说在认为不安抗辩权和预期违约制度两者相互冲突的基础上,主张我国《合同法》应该废除不安抗辩权。该观点认为,无论是英美国家的司法实践还是学理研究的结果都证明了预期违约制度具有更宽的适用范围。并且在适用预期违约制度的时候,不需要考虑债务履行的顺序问题^[5],救济途径也更加全面^[6]。单纯从这个意义上讲,预期违约制度与不安抗辩权相比更具有合理性。

第三,有效并存说。有效并存说认为不安抗辩权和预期违约制度可以通过一定的解释方法或者技术处理获得并存,各自发挥作用。该学说认为不安抗辩权只是一种重在防御的抗辩权,而如果需要取得主动解除合同、请求提供担保等效果则需要适用具有进攻性的预期违约制度^[7]。

有效并存说为《合同法》第 69 条和第 94 条第 2 项的关系问题提供了三种解决路径。其中第一个、第二个观点是相对缓和的有效并存,将我国《合同法》第 69 条解除权纳入第 94 条第 2 项;第三个观点则是相对锐利的有效并存,将法条进行删改,然后进行解释。即前两个观点主张通过解释的方法获得二者并存,第三个观点则通过修改法条辅助解释的方法来获得二者并存。

其一观点认为,在默示预期违约中,后给付义务人应该以自己的行为表明不履行合同义务。在这种情形下,“先给付义务人只能在中止履行后再要求对方提供担保。”句后参考文献仍然标注^[8]。简单来说,就是认为第 69 条与第 94 条第 2 项是两个完全不同的条款,第 94 条第 2 项中“以自己的行为表明不履行主要债务”应适用第 69 条。“后给付义务人明确表示不履行主要债务”则不需要适用第 69 条。

其二观点认为,第 69 条是第 94 条第 2 项的适用前提,行使 94 条第 2 项解除权需要结合第 69 条;可以依据第 94 条第 2 项独立行使解除权。

其三观点认为,预期违约制度和不安抗辩权可以通过更加锐利的方法获得有效并存。其认为应该删除《合同法》第 68 条第 1 款第 2 项,以免混淆两种制度的适用。应该坚持拒绝履行获得统一法律评价

实现我国《合同法》第69条与第94条第2项的相互独立^[8]。具体认为:第一,非违约方在对方拒绝履行时,不应该适用不安抗辩权而是同时履行抗辩权^[9];第二在预期履行不能的情形下,非违约方可以立即解除合同,无待对方担保;第三,非违约方在对方高度确定丧失履行能力并且构成根本违约的情况下,非违约方可按照预期违约解除合同。不符合丧失履行能力、高度确定且构成根本违约的情形,须在合理期间届满未提供担保后,才能依据《合同法》第69条解除合同。

(二) 预期违约与不安抗辩权的关系辨析

存不安抗辩权废预期违约说表面上似乎解决了我国不安抗辩权和预期违约制度的适用难题,但是存在几点不合理之处。一方面,即使认为我国《合同法》的立法者错误地在《合同法》中同时规定了这两个相互不兼容的制度,但是从国际立法趋势来看,立法者越来越倾向于两种制度同时规制履行期届满前违约问题。《联合国国际货物销售合同公约》和《国际商事合同通则》中都有两者同时存在融合的规定^①。从这点来看,在国际立法均在逐渐接受两种制度融合的趋势下,持存不安抗辩权废预期违约说不免有失合理;另一方面,对于存不安抗辩权废预期违约说的诸多观点,并没有太多有力理由支持不安抗辩权比预期违约制度更加合理。诸多观点中,提及较多的就是从法继承的角度来看,应该一体借鉴学习大陆法系的法律制度。在目前各国法律出现互相借鉴现象时,特别是大陆法系和英美法系法律制度出现互相学习的趋势之际,法律制度的借鉴和学习不能仅仅将目光聚焦于单一的法律体系。而是应该抛弃“抱残守缺”,寻求“优点融合”。

存预期违约废不安抗辩权说同样存在一定程度的缺陷。类似于上述存不安抗辩权废预期违约说,当两种制度的融合出现困难的时候,抛弃其中之一,看似解决了融合问题,但是并不是最好的解决方法。抛弃不安抗辩权会带来《合同法》体系上的困境:第一,《合同法》完整的抗辩权体系不再完善。在抛弃

不安抗辩权的规定后,另外两种抗辩权难以完成逻辑上的圆满,可能使得残余抗辩权体系难以像以往一般覆盖抗辩权调整的所有内容;第二,如果进一步抛弃整个抗辩权体系,则预期违约制度难免无法有效全面解决同时履行抗辩权和顺序履行抗辩权上所解决的问题^[10]。

有效并存说的基本主张在于将《合同法》第69条的合同解除权认为是第94条第2项解除权(或者是其一种情形)。虽然这种不安抗辩权和预期违约制度共存的模式看起来圆满地解决了《合同法》第69条和第94条第2项的关系问题。但是却仍然存在难以让人完全信服之处。

第一,参与立法的全国人大工作人员认为,《合同法》第69条和第94条第2项两者互相独立^[11]。根据此论断,有效并存说失去了存在的现实意义;

第二,对于有效并存说的上述第一个观点而言。在明示违约中,“一方明确表示不履行合同主要债务”适用预期违约制度;而默示违约中,“以自己的行为表明不履行主要债务”适用不安抗辩权。但是明示预期违约和默示预期违约破坏的基础都是“合同信赖”。此时同样伤害“合同信赖”的行为将会导致不同的法律后果:一种适用不安抗辩权,一种适用预期违约。从公平角度来看,很难自圆其说;

第三,对于有效并存说的上述第二个观点而言(即第69条是第94条第2项的适用前提,行使94条第2项解除权需要结合第69条,可以依据第94条第2项独立行使解除权):这个观点的本质是认为《合同法》第69条的解除权和第94条的解除权是相同的。第94条共有五种法定解除权的情形。前四项是列举式,最后一项是兜底条款。因此应该将第69条纳入第94条最后一项^[8]。此时第69条的解除权和第94条第2项的解除权就是两个并行的解除权。第二观点所持的解除权同一性就与《合同法》法定解除权体系相抵触;

第四,对于有效并存说的上述第三个观点而言,虽然说通过立法技术将不安抗辩权和预期违约制度进行有效区分可以解决二者适用难题,但是仍然存

^① 《联合国国际货物销售合同公约》第71条规定合同履行抗辩权,第72条明确规定预期违约制度。《国际商事合同通则》第7.3.4条第2句更进一步授予抗辩权人在对方担保无果后的解除权。

在值得推敲的地方。首先,期前拒绝履行的情况下依据此观点应当行使同时履行抗辩权。此处论证基础是德国的不履行合同抗辩权模式^[8]。此模式认为,合同目的在违约方拒绝履行合同主要债务后已经被破坏。根据诚信原则,先给付义务消灭。非违约方可以基于不履行合同抗辩权拒绝给付。并且同样基于诚信原则,后给付义务人因其先前的合同不忠行为而不具有抗辩先合同义务人合同不忠的权利。此模式认为在先给付义务消灭时刻,合同即在事实上实现终结更为合理。如果在违约方的给付期限届满时,非违约方向违约方主张合同给付,应该视为一个新要约的发起,而不是先前合同的延续。因此在德国法不履行抗辩模式中,此种情形下的后给付义务人不得提出抗辩。并且此时适用同时履行抗辩权是不合理的;其次,预期履行不能的情况下依据此观点可以直接行使合同解除权。但是如果后给付义务人客观上不能履行,主观上却仍然有强烈意愿履行,直接行使合同解除权无异于剥夺后给付义务人履行合同义务的可能性,并且不利于鼓励最大限度地达成合同交易目的;最后,在丧失履行能力的情形下,问题在于:如何确定违约确定性高低?在无法有效、合理确定“违约确定性”高低时,确定违约确定性高低难免会陷入主观判断,进而导致法适用上的差异,难言公平。

三、预期违约制度和不安抗辩权的域外立法例考察

通过对我国学界主流观点进行剖析可以发现各学说的疏漏之处,我国预期违约与不安抗辩权的选择路径应该避免这些缺漏,要如何避免这些疏漏却是一个需要全面研究的问题。在对我国立法现状进行研究的基础上,不妨将目光投向域外,考察域外诸立法例对预期违约和不安抗辩权的规定,寻求补正这些疏漏之处的可能路径。

(一) 法国立法例

法国民法对债务未届履行期的债权人基本不保护。《法国民法典》第 1186 条明确规定,债权人不可以履行期限到来之前请求履行债务。由此可见法国民法不规制履行期届满前的违约问题。《法国

民法典》第 1161 条、1181 条规定,在延期支付的买卖合同中,合同成立后买受人丧失履行能力,出卖人不需要再交付标的物。但是在对方提供担保后,不享有上述权利^[7]。如果对方提供担保后,以自己的行为减少了担保,则再次享有以上权利^[7]。

从以上可以看出,在法国民法上,先给付义务人在后给付义务人存在预期违约的情况下,也不能当然取得合同解除权,而是可以在担保不成的前提下,不再保护后给付义务人的期限利益,对其进行放弃对待,使先给付义务人在这种情形下得以适用同时履行抗辩权,进而请求法院解除合同。

(二) 德国立法例

德国在 2001 年对《民法典》进行了修订。修订后的《德国民法典》第 323 条、第 325 条、326 条第 5 款规定,先给付义务人不需要进行定期催告,就可以按照相关法律规定行使解除权,请求损害赔偿。请求权的范围应该和履行利益大致相当,原因在于债务人的履行不能应该是债务违反的一种情形,其请求权的范围应当相当于履行利益。这个规定突破了狭义的履行拒绝,属于适用范围更加广阔的预期违约规则^[7]。

根据前文所述,德国法的不履行抗辩权模式认为,在违约方拒绝履行合同主要债务后,已经危及了合同目的。根据诚信原则先给付义务消灭,非违约方可以基于不履行合同抗辩权拒绝给付。同样基于诚信原则,因后给付义务人的先前不忠于合同的行为使其不具有抗辩先合同信守方的合同不忠。

(三) 英国立法例

作为预期违约制度的最初发源地,英国关于预期违约的规定对于我们具有较好的借鉴意义。英国的预期违约建立在“不可避免违约”的理论上。“不可避免违约”的理论认为,在拒绝履行的情况下,债务必然得不到给付,违约也必定在未来发生。因此,先给付义务人在期前行使解除合同的权利并寻求违约赔偿是合理的。

英国的预期违约分为拒绝履行和使自己无能力履行两种^{[12]418}。拒绝履行应该是后给付义务人明确且无条件地表示将不履行合同,属预期违约。使

自己无能力履行不区分主观与客观原因。英国法上,预期违约的法律后果主要是非违约方具有对救济方式的选择权:接受预期违约或者拒绝预期违约等待履行期到来。

英国的预期违约制度看似比较完善。但其并没有能够周延期前违约的所有形态。比如:法律或者事实上无法履行,丧失履行可能的情形没有被涵盖在内;在一方当事人确定不履行合同的情况下,仍然赋予非违约方选择权虽说尊重了非违约方的意志自由,最大限度保护了非违约方的权益,却忽略了在明确不履行情形下,坚持等待履行期到来将带来资源的浪费与损失的扩大。

(四) 美国立法例

美国在英国预期违约制度的基础上发展出了更加完善的预期违约制度^[13]。美国完善的预期违约制度包括明示和默示两种。

《统一商法典》第2-610条规定,合同一方在履行期满前明确表示不履行合同,另一方的合同对待给付因此受害,非违约方可以在商业上的合理时间内,继续等待对方履行或寻求违约救济。非违约方可以中止合同,即使在上述等待期;或根据本条款在对方违约后,仍将动产据为履行合同而特定化以及对未完成出卖形态的动产采取补救措施。这是《统一商法典》对明示预期违约的规定。其赋予非违约方选择权,在履行期未届满的情形下,非违约方遭遇对方表示毁约,其可以进行选择:等待履行期到来和寻求违约救济。赋予非违约方选择的权利,使其能够采取救济手段,减少、挽回自己的损失。但是上文所述英国预期违约法律后果的弊端在美国明示预期违约制度上同样存在。

《统一商法典》第2-609条规定:买卖合同双方都有义务使对方对合同拥有获得正常履行的信赖。如果一方基于合理理由认为对方破坏合同信赖,可以要求对方对保证合同履行提供担保,并且可以在具有商业上的合理理由期间内中止合同,直到获得足额担保;不安是否合理和担保是否充分应根据商业标准来确定;即使受害方接受了不适当的标的物或者价款,也不影响其向对方提出要求担保的权利;受害方的符合前款要求的提供担保请求发出30日

内,受害方未获得债务履行的充分保障,对方即构成对合同的毁弃。这是《统一商法典》对默示预期违约的规定。另外需要注意的是,美国采用商业标准来确定30天等待期,此处不可忽视的社会背景是美国是作为世界上具有完善的资本主义商业市场的国家,具有非常完善的商业惯例和商业准则。反观我国,改革开放四十多年以来,虽然经济上取得巨大发展,但是我国经济市场并不具有完善的商业惯例和商业准则。基于商业上合理理由的判断于我国并不适用。

从以上四个国家关于预期违约或者不安抗辩权的规定来看,单一规则均不同程度地存在疏漏之处,难以周延所有的期前违约的形态或者难以合理解决期前违约问题。无论是上述大陆法系国家还是英美法系国家,即使存在法体系的不同,其法规则的背后均具有其特定的价值追求。如果这些具体规定能够更加合理地解决期前违约的问题,则其背后的价值追求就应当得到借鉴和吸收。

四、预期违约与不安抗辩权的选择路径

基于前述对于各学说的分析,将预期违约和不安抗辩权进行择一选择是不可取的,同时针对司法实践来讲,基于解释论的路径更加贴近实践需求。因此有效并存说就成了解决预期违约制度和不安抗辩权选择问题的突破口,但是有效并存说的三种观点均存在难以圆满自恰之处。将有效并存说作为预期违约与不安抗辩权选择的理论基础,就需要对有效并存说进行补正。以补正有效并存说缺漏为核心,结合域外立法经验,构建我国预期违约与不安抗辩权的选择路径。具体路径构建如下:

(一) 修改《合同法》第68条、第94条

第68条第1款第2项中“以逃避债务”的规定在本质上要求债务人具有逃避债务的主观目的。只有具备此主观目的才能适用此项。但是第94条第2项、第108条规定的“当事人一方以自己的行为表明不履行主要债务”要求当事人将自己不履行债务的目的以行为外显,包含了主观逃债和客观履行能力欠缺两种情形。但是二者功能存在重叠,需要作

适用上的调整,删除第 68 条第 2 项中的“以逃避债务”使得“以自己行为表明不履行主要债务”情形吸收“以逃避债务”情形,修正立法歧义。此时《合同法》第 68 条则是对不安抗辩权的规定,不再属于对预期违约的规定。作此修改理由在于:第一,不安抗辩权和预期违约带来法律后果严重程度不同。不安抗辩权需要提供担保以观后效,而预期违约是直接获得合同解除权。由于预期违约带来的后果显然重于不安抗辩权,因此在具有“主观恶意”的“逃避债务”情形下,为惩戒之,应该将之与客观情况下的履行能力欠缺进行区分,将之纳入预期违约制度调整,直接赋予其合同解除权;第二,不安抗辩权与预期违约的功能侧重点不同。制定不安抗辩权的制度目的在于违约方只要存在履行能力欠缺,非违约方就可以行使不安抗辩权^[8]。作出如上修改后,不安抗辩权无论行为的主客观目的如何均可以得到行使,在保证制度目的的前提下,也给予了先合同义务人履行债务的机会。

(二) 预期拒绝履行应适用预期违约规则

拒绝履行是后给付义务人具有履行合同的能力,但明确表示不履行^{[12]416}。预期拒绝履行在本质上属于是“明确表示不履行”,应该属于具有“主观恶意”不履行合同义务的情形。因此应当适用预期违约规则,让非违约方获得直接解除合同的权力。

(三) 限缩解释默示预期违约的范围

前文所述全国人大工作人员认为非违约方可因对方默示违约“不履行”或“不能履行+不提供必要担保”解除合同。为保持立法原意,应该从“不履行”或“不能履行+不提供必要担保”两方面来讨论预期履行不能的解除权行使规则。对于“不履行”的法律后果,基于合同忠实的要求,应该直接赋予非违约方以合同解除权;对于“不能履行”应该作如下理解:

我国《合同法》有两处关于“不能履行”的规定:一是第 110 条第 1 项“法律上或事实上不能履行”,二是第 68 条第一款第 4 项“丧失或可能丧失履行债务能力”。此时应当如何确定“不能履行”属于哪一种情形?亦或是两者皆被涵盖?应当认为,我国

的默示预期违约仅仅限于《合同法》第 110 条第 1 项“法律上或事实上不能履行”。下面试阐述两者适用上的区别:

一方面,通过缩小解释将“不能履行”限缩为仅指“法律上或事实上不能履行”。预期履行不能是指在期前无法实现原来合同内容给付的一种情形。并非任何合同均可发生预期履行不能。预期履行不能只能是就特定化标的而言。种类之债一般不发生预期履行不能。预期违约本质目的是为了非违约方在履行期届满前因违约方将来确定发生违约,在期前就享有合同解除权。使得非违约方从交易失信中摆脱出来,减免损失,消灭无意义的合同拘束。第一,在“法律上或事实上不能履行”的情况下,非违约方因违约方的失信行为,失去了对合同的忠实信赖。在这种构成根本违约的情况下,非违约方应该直接享有合同解除权^[14];第二,如果存在后给付义务人的确在法律上或事实上不能履行、主观上却仍然有强烈意愿履行的情形,应该赋予先合同义务人以选择权。这种选择权以预期违约为一般情形,以不安抗辩权为特殊补充。原因在于此时赋予非违约方合同解除权无异于剥夺后给付义务人履行合同义务的可能性,并且不利于鼓励最大限度地达成合同交易目的。因为,交易的复杂性可能使得主观具有到期履行合同义务、但此刻确属法律上或事实上不能履行的后给付义务人陷入履行困境,使得本有可能完成的合同不复存在。基于这种特殊情形与一般情形的对比,在此时赋予后给付义务人以请求提供担保的申请权,赋予先给付义务人以针对申请的回复权较为恰当。如果非违约方选择给与违约方履行合同的机会,接受违约方提供的担保,则应当按照相关法律规则适用不安抗辩权。因此在第 94 条增加第 2 款作为补充条款“适用本条第 2 项的,如果后给付义务一方主动提出担保,以求合同继续履行,则由另外一方选择是否接受担保。提供担保的宽限期由当事人约定”。

综上所述,预期履行不能应该区分一般情况和特殊情况。在一般情况下,直接赋予非违约方合同解除权较为合理;在特殊情形下,在第 94 条增加第 2 款作为补充条款“适用本条第 2 项的,如果后给付义务一方主动提出担保,以求合同继续履行,则由另

外一方选择是否接受担保。提供担保的宽限期由当事人约定”。以此赋予后给付义务人提供担保的申请权和先给付义务人的申请回复权,由先给付义务人决定直接解除合同或者接受担保以观后效。

另一方面,丧失履行能力的情形下,遵循法律明文规定,应该适用不安抗辩权规则;由于后给付义务人并不一定必然丧失履行能力,此时应该给与其机会向先给付义务人提供担保。此亦符合《合同法》第69条的规定。

(四)《合同法》第69条的解除权适用于94条第5项

《合同法》第69条应当是第68条的进一步规制。第69条的解除事由应该是“第68条情形+未提供担保”,并且将《合同法》第69条的解除权对应于第94条第5项“其他情形”。以此解决对《合同法》第69条的混乱理解。

基于以上四点建议,建议我国《合同法》履行期届满前的违约制度相关法条可以修改为:

第68条 应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情形之一的,可以中止履行:

- (一) 经营状况严重恶化;
- (二) 转移财产、抽逃资金;
- (三) 丧失商业信誉;
- (四) 有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的,应当承担违约责任。

第69条 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,应该恢复履行。中止履行后,对方在30天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。

第94条 有下列情形之一的,当事人可以解除合同:

- (一) 因不可抗力致使不能实现合同目的;
- (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;
- (三) 当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;

(四) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的;

(五) 法律规定的其他情形。

适用本条第2项的,如果后给付义务一方主动提出担保,以求合同继续履行,则由另一方选择是否接受担保。提供担保的宽限期由当事人约定。

我国预期违约与不安抗辩权的选择困境一直是学界和司法实践的困扰,是一个经久不衰的话题。诸多学说均提出了解决这一问题的方法。令人遗憾的是,这些学说并没有能够兼顾问题解决、我国立法现状和立法趋势等方面,难以最贴合实际操作的方法解决这一问题。通过以解释论为中心的路径为预期违约与不安抗辩权的选择问题提供了新的思路,通过对诸主流学说的剖析,结合各国立法例,借鉴其优秀的立法经验,构建了我国预期违约与不安抗辩权有效并存的路径。通过修改《合同法》第68条和第94条、预期拒绝履行情形下适用预期违约规则、限缩解释默示预期违约的范围和将第69条的解除权解释为94条第5项等方法圆满解决了我国预期违约与不安抗辩权的选择问题。

参考文献:

- [1] 王利明.预期违约与不安抗辩权[J].华东政法大学学报,2016(6):5-13.
- [2] 谢鸿飞.合同法学的新发展[M].北京:中国社会科学出版社,2014:311.
- [3] 李永军.合同法[M].3版.北京:法律出版社,2010:521.
- [4] 李永军.合同法原理[M].北京:中国人民公安大学出版社,1999:516.
- [5] 刘凯湘,聂孝红.论《合同法》预期违约制度适用范围上的缺陷[J].法学杂志,2000(1):13-15.
- [6] 韩桂君,肖广文.预期违约与不安抗辩权比较研究—兼评我国《合同法》第68、69、94、108条的立法缺陷[J].河北法学,2004(1):38-43.
- [7] 葛云松.期前违约规则研究[M].北京:中国政法大学出版社,2003:102.
- [8] 李建星.不安抗辩权与预期违约的完全区分论[J].政治与法律,2017(12):123-135.
- [9] 张金海.预期违约与不安抗辩制度的界分与衔

- 接—以履行的可能性程度为中心[J]. 法学家 2010(3): 131-142.
- [10] 李谦. 预期违约之废除—以保留《合同法》第 68 条不安抗辩权为基础[J]. 山西警察学院学报, 2018(4): 17-21.
- [11] 胡康生. 中华人民共和国合同法释义[M]. 3 版. 北京: 法律出版社 2013: 178.
- [12] 韩世远. 合同法总论[M]. 4 版. 北京: 法律出版社 2018.
- [13] 李伟. 不安抗辩权、给付拒绝和预期违约关系的思考—以德国法为中心的考察[J]. 比较法研究 2005(4): 57-63.
- [14] 陈韵希. 合同预期不履行的救济及其法理基础—再论《合同法》不安抗辩权和预期违约的界分[J]. 比较法研究 2017(6): 30-48.
- (责任编辑 蔡银春)

On the Choice of Anticipatory Breach of Contract and the Right of Uneasy Defense

BAO Huanle

(School of Law , Nanjing University of Finance & Economics , Nanjing , Jiangsu , 210046 , P.R.China)

Abstract: In the current contract law of our country , the system of uneasy counterplea and anticipatory breach of contract is stipulated in parallel , which causes the dilemma of how to use these two in the judicial practice , and the academic circle has not reached a consensus on this issue. After analyzing some theories and combining with the legislation of foreign countries , and on the premise of avoiding the careless omission of the three theories , it is suggested to amend the legislative ambiguity in Article 68 of the contract law , clarify the applicable clauses of refusing to perform , limit the scope of implied expected breach of contract in interpretation , and clearly apply the right of uneasy defense in the case of incapacity to perform in order to realize the effective connection of the two.

Key words: contract law; anticipatory breach of contract; the right of uneasy defense; limited interpretation