

预期违约理论比较研究

南振兴 郭登科

预期违约理论(Anticipatory breach of contract)对世界上许多国家的合同法都有着重大的影响。由于预期违约是合同实践中客观存在的一类合同违约类型,因而随着我国法制环境的优化和合同法的逐步完善,在我国国内合同法中引入“预期违约”责任制度也实属必然。研究预期违约理论,不仅对我国涉外经济合同预期违约救济具有重大意义,而且对完善我国国内合同法也具有理论与现实意义。

一、预期违约的概念及其立法意义

合同违约从时间上可分为两种类型:实际违约与预期违约。在英美法上,预期违约源于英国 1846 年 Short V. Stone 一案的判例。它指的是下述两种情形:在合同有效成立后至合同约定的履行期限届临前,一方当事人肯定明确地向另一方当事人明示其将不按约定履行合同义务;或者另一方当事人的自身行为或客观事实默示其将不能依照约定履行合同义务^①。前一种预期违约,我们称之为“明示预期违约”或“先期明示毁约”。明示预期违约的形式既可以是书面的,也可以是口头的;预期违约的一方当事人既可能说明将不履行合同的原因,也可能不作任何说明和解释。口头明示预期违约与书面明示预期违约、有因明示预期违约与无因明示预期违约,在英美法中的法律后果是完全相同的。后一种预期违约,我们称之为“默示预期违约”,合同一方当事人是否构成默示预期违约由另一方当事人根据对方自身行为或客观事实判定。例如,在交货日期届临前,供方将合同约定的特定物高价转售给第三方。甲方虽然没有明确地声明其将毁约,但其自身行为却默示其将“预期违约”。

预期违约与实际违约的法律性质不同。首先,实际违约是合同当事人在合同约定的履行期限届临后对合法有效合同的实际违反,而预期违约则是合同当事人在合同约定的履行期限届临时将不履行合同的一种实在危险。其二,实际违约既可是一方违约,也可是双方违约,而预期违约只能是合同一方当事人违约。其三,实际违约的违约方一般必然承担违约责任,责任种类由合同约定或由合同法确定;预期违约由于是一种可能违约,这种可能性既可最终转化为实际违约,也可能最后因当事人严格履行合同而归于消失,是否构成预期违约由一方当事人判定,因而预期违约方并不必然承担违约责任,且违约责任只能由立法规定。

预期违约虽然并非现实违约,但预期违约引发的未来实际违约的危险是客观存在的,且预期违约转化为实际违约的可能性极大,因此,预期违约对合同另一方当事人的威胁是巨大的。

^① G. H. Treitel: The law of contract, Stevens & sons, 1983, P. 642.

面临这种具有客观现实可能性的巨大违约威胁,受威胁的一方当事人如果依法不能获得相应的法律救济,而须等待合同履行期限届满后才能采取补救措施和诉诸法律保护,不仅有失合同法的公平原则,而且置受威胁一方当事人以不利之境地,人为造成或扩大不应有的经济损失,给社会经济秩序造成冲击和动荡。建立预期违约救济制度,立法明文规定预期违约的法律责任,不仅会使合同双方当事人的权利义务公平化,在一定程度上避免预期违约诱发的违约危险,而且还会将预期违约可能造成的损失消灭在萌芽状态或降低在最小程度。除此之外,建立预期违约法律制度,还可以及时了结争议,防止长期争讼。特别是合同成立至履行长达数年的长期合同,如果一方预期违约,另一方依法在一定条件下可以解除合同,可使纠纷及时解决。

二、预期违约理论的渊源

英美法将预期违约分为明示预期违约和默示预期违约两类。

(一)明示预期违约

根据英美判例法,对于合同一方当事人的明示预期违约,另一方当事人有权选择下述两种方式获得救济:其一,接受预期违约,将明示预期违约视为即期实际违约,从而依照现实违约可采取的救济方式,追究对方的违约责任。这一救济方式始于英国 1853 年 *Hochester V. De La tour* 一案。原告与被告 1852 年 4 月订立雇佣合同,由被告从 1852 年 6 月 1 日起雇佣原告 3 个月并确定了酬金,但 5 月 11 日,被告写信向原告表示他将完全不履行此雇佣合同。5 月 22 日原告向法院起诉。被告争辩说,由于违约实际上尚未发生,因而原告无权起诉。但法院认为,被告的信构成预期毁约,因而原告可以起诉索赔和解除合同,而不必坐等实际违约的到来^①。1886 年,英国法院在约翰斯顿诉米林一案的判决中更明确地指出,“在合同履行期届临前,一方完全拒绝履约,并不等于违约,但另一方可以解除合同,立即取得诉权”。合同一方当事人一旦接受“预期违约”,解除合同并行使求偿权,则在法律上负有及时采取必要、合理、有效补救措施的义务,如停止生产合同项下货物、停运货物、补进货物另找买主等,以期避免损失进一步扩大,由此扩大的损失,受损方不能请求预期违约方给予赔偿。接受预期违约有三大益处:1. 其不必再为履约作任何准备;2. 可以对方预期违约索赔;3. 有权拒绝预期违约方撤销预期违约。例如,在美国 1952 年吉尔摩诉美国煤气公司一案中,被告预期违约,在原告起诉后,又表示愿意履行合同,法院不准出尔反尔,而按违约论处^②。其二,不接受“预期违约”,坚持合同原有效力,等待明示预期毁约方收回毁约表示,以便从合同的履行中获得更大的利益。这一救济方式由英国 1855 年 *Avery V. Bowden* 一案的判例确立^③。在该案中被告向原告租船一只,以便从敖德萨港装运牛脂。由于被告备货不足不能按期租船装货,*Avery V. Bowden* 告数次通知原告驶离敖德萨港,但原告既不驶离敖德萨港,也不以被告预期明示毁约为由起诉,而是坐视被告实际违约,结果在 45 天装船期届满前,克里米亚战争爆发,合同因而无法履行。由于原告对被告明示预期毁约行为没有及时接受并行使求偿权,从而使合同最后因不可抗力的战争而被迫解除,因此被告对其违约给原告造成的损失可不承担任何违约责任。不接受明示预期毁约,单方坚持合同效力,其后果有三:1. 预期违约方在明示预期违约后,合同履行期届满前又明示撤回预期

① 参阅 [1853] 2E& B. 678 埃利斯与布莱克伯恩编王座庭法律汇编 2 集第 678 页。

② 参阅高尔森:《英美合同法纲要》,转引自 129, N. W. (2d) 93 (ohio) (1952)。

③ 参阅 [1855] 5E& B. 714 埃利斯与布莱克伯恩编王座庭法律汇编 5 集第 714 页。

毁约,合同恢复原有效力与状态;2. 预期违约方在明示预期毁约后,在合同约定的履约期日届临时全面地履行了合同;3. 预期违约方在合同约定的履行期限届满后仍拒绝履行合同,从而使其明示预期违约转化为实际违约。在前两种情况下,由于预期违约方最终全面履行了自己的合同义务,不发生违约责任问题;而在第三种情况下,受害当事人有权在实际违约发生后,通过诉讼程序追究违约方的违约责任。

(二)默示预期违约

默示预期违约是指合同一方当事人的自身行为或客观事实预示其将不能履行合同。根据英美法判例确立的原则,在合同成立后履行日届临前,一方当事人根据对方当事人的行为或客观事实,预见到其将不能届期履约,可采取如下补救措施:1. 请求对方提供能够全面实际履行合同的充分保证;2. 中止履行与他尚未得到约定给付相应的那部分合同义务;3. 若默示预期违约方拒绝提供履行合同的充分保证,另一方合同当事人可将默示预期违约视为明示预期毁约,选择明示预期违约补救方式进行救济。在1894年辛格夫人诉辛格一案中^①,被告于婚前向原告许诺,他婚后将把一栋房子转归原告所有,但被告此后又将该房卖给第三人,使其许诺成为不可能。法院对此案判决:尽管不排除被告重新买回该房屋以履行其许诺的可能性,但原告仍有权解除该合同并请求赔偿。

三、英美预期违约与大陆法不安抗辩立法之比较

英美预期违约理论的立法,以《美国统一商法典》最为典型和完善。该法在第2610条规定:“如果任何一方表示拒不履行尚未到期的合同义务,且这种毁约行为对于另一方而言会发生重大合同价值损害,受害方则可以:a. 在商业合理时间内等待毁约方履行合同;或b. 根据第2703条或第2711条请求任何违约救济,即使他已通知毁约方将等待其履约和催其撤回毁约;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2704条关于卖方权利的规定,将货物特定于合同项下或对半成品货物作救助处理”^②。《美国统一商法典》第2610条之规定不仅肯定了英国判例确立的明示预期违约的两种选择救济权,而且还增加了在明示预期违约情况下,受害方可以中止履行合同义务,提起违约救济之诉的权利。对于默示预期违约,《美国统一商法典》第2609条作了规定:“1. 买卖合同双方都负有不辜负对方要求自己正常履约的期望的义务。当任何一方有合理理由认为对方不能正常履约时,他可以书面形式要求对方提供正常履约的充分保证,且在他收到这种保证之前,可以暂时中止与他尚未得到约定给付相对应的那部分义务,只要这种中止在商业上合理。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充分,应根据商业标准来确定。3. 接受任何不当的交付和付款并不影响受害方要求对方对未来履约提供充分保证的权利。4. 一方收到另一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充分保证,即构成毁约”。^③从而完全确立了默示预期违约的三种救济方式。

大陆法系国家合同立法没有预期违约的概念,但其债法规定的“不安抗辩”与英美法的“默示预期违约”相近。不安抗辩也称拒绝权,指双务合同中有先为给付义务的当事人,如对方当事

① 参阅 Synge. V. Synge. [1894] 1Q. B. 466 王座庭判例集 1894.1 集第 466 页。

② 译自《美国统一商法典》1972 年文本。

③ 译自《美国统一商法典》1972 年文本。

人的财产于定约后明显减少,有难于履行对待给付义务可能时,在该方当事人未履行对待给付义务或提供担保前,有权拒绝履行先为给付义务。不安抗辩源于德国法。法国民法典、奥地利民法典以及瑞士债务法等大陆法系国家立法均已确立了不安抗辩制度。其中以德国民法典规定最为典型(第321条)。

大陆法系国家的不安抗辩制度与英美法系国家的预期违约制度虽然不乏共同之点,但比较两种法律制度,仍存有较大差异:

(一)不安抗辩制度仅适用于默示预期违约。对于明示预期违约,虽有学者主张将其违约视为履行拒绝划入债务不履行之列^①,但大陆法系国家立法没有明文规定。我们认为,明示预期违约从主观过错上看,比默示预期违约的性质更加严重,因而更应加以规范。

(二)不安抗辩权依《法国民法典》第1613条规定,仅给予买卖合同的卖方,依《德国民法典》第321条规定仅给予双务合同中有先为给付的一方当事人,而未给合同另一方当事人以相应的法律保护。而英美预期违约法律制度,则平等地赋予合同双方以预期违约救济权,更加注重合同双方的利益平衡和权利平等。

(三)英美默示预期违约救济所依据的事由通常有三:1. 对方当事人履约能力明显减弱;2. 对方当事人履约信用有严重缺陷;3. 对方当事人在其他履约的过程中有违约行为。而大陆法上行使不安抗辩权的法定事由具有唯一性,即《德国民法典》第321条规定的:“他方的财产于订约后明显减少,有难为对待给付之虞时”。这说明,英美法对预期违约救济的使用主观随意性较大,而大陆法不安抗辩的适用却较为严格,不易造成滥用。

(四)英美预期违约理论将“明示毁约”和“履行不能”视为一种违约类型,且预期违约的构成要件就是承担预期违约责任的要件,因此,预期违约的成立要求违约方主观上有过错,非因当事人事由的单纯“履行不能”不视为预期违约。大陆法系由于不把不可归责于债务人的事由而致的履行不能视为违约,因此,不安抗辩权的成立无须对方主观上存有过错,只要其“财产于定约后明显减少,有难为对待给付之虞时”即可。

(五)不安抗辩与英美预期违约的法律救济方法不同。不安抗辩权的主要法律救济方法是中止履行先行给付义务,请求对方当事人提供履约担保。如对方当事人不提供担保能否解除合同,多数国家立法未作明文规定,瑞士债务法虽然规定在此情况下可解除合同,但行使不安抗辩权的当事人不能因此取得损害赔偿权。^②而美国《统一商法典》对默示预期违约的法律救济方法除了请求对方提供履约的充分保证和中止履行合同外,还明确规定,如对方在合理的时间不能提供履约充分保证,可视对方毁约,从而解除合同并请求损害赔偿。

四、《国际货物销售合同公约》的预期违约规范 与英美预期违约立法的比较

1980年《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)基本上吸收了英美法“预期违约”理论的框架。《公约》第71条规定:“(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

^① 史尚宽:《债权总论》,第393—394页。

^② 史尚宽:《债权总论》,第566—568页。

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,则他必须继续履行义务”。《公约》第72条规定:“(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。(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”。

上述规定表明,《公约》确立的预期违约与英美法上的预期违约虽然同出一辙,但仔细对比,二者又有下列不同:

(一)预期违约的内涵与构成要件不同。《公约》确立的预期违约要求必须是一方“显然将不履行其大部分重要义务”或“明显看出一方当事人将根本违反合同”,如果是一方当事人预期将不履行其一小部分非重要义务,或者预期违反合同不“显然”或不能“明显看出”,则在法律上不构成预期违约。而英美预期违约立法,对默示预期违约是否以违反“大部分”和“重要义务”为构成要件,未作明确规定。对于明示预期违约,《美国统一商法典》则规定须是“毁弃合同,且造成对方当事人重大合同价值损害”。这一点与《公约》规定的根本违反合同相近。比较而言,笔者认为,《公约》对预期违约的内涵与构成要件规定较为严谨和明确。如果在法律上允许一方当事人对另一方当事人的微小合同义务的预期违反视为预期违约,从而中止合同履行、解除合同,势必会导致预期违约救济权滥用,损害合同另一方当事人的利益。

(二)预期违约分类不同。英美法把预期违约分为明示预期违约和默示预期违约两种,并对两种不同预期违约规定了不同的法律救济方法。而《公约》却将预期违约分为根本性预期违约和非根本性预期违约两种。根据《公约》第25条规定,“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下也没有理由预知会发生这种结果”。除此之外,如果一方当事人声明自己将不履行合同义务,也视为根本预期违约。一方合同当事人根本预期违反合同,另一方当事人可请求其提供履约充分保证,如果预期违约方未提供充分保证,另一方当事人可以宣告合同无效,并起诉请求损害赔偿。非根本性预期违反合同,另一方当事人只能请求提供履约充分保证和中止履行合同。

(三)判定标准规定不一。《公约》和英美立法都把判定合同一方当事人是否构成默示预期违约的权利交给另一方当事人。《公约》为防止一方当事人的主观判断随意化,明确规定了判定“预期违约”的三项“客观”标准,即(1)履约能力严重不足;(2)履约信用严重缺陷;(3)债务人的客观行为表明他将不能履约。若这三项标准其中之一是客观存在的事实,且由此导致的预期违约也必将转化为客观事实,才能认定为预期违约。而英美法却规定,“只要一方有合理理由”即可认定对方预期违约,而在商人之间,认定对方当事人预期违约的理由是否“合理”,应根据“商业标准”而非法律标准来确定。二者相比较,英美法对预期违约判定标准的规定具有更大的主观随意性。

(四)预期违约法律救济方法不同。《公约》对非根本性预期违约规定了三项救济权,即中止履行合同、请求对方当事人提供履约充分保证和停运权。三项救济权行使的前提条件是对方“显然将不履行其大部分重要义务”。对根本性预期违约,方可单方解除合同并行使损害求偿权。《美国统一商法典》赋予当事人对于默示预期违约可采取中止履行合同,请求提供履约充分

保证两种法律救济方法,而对于明示预期违约,另一方当事人可行使合同解除权,并行使损害赔偿权或选择等待对方实际违约再诉诸法律救济。二者对预期违约的法律救济权规定,除停运权外,其他规定基本接近。

五、《涉外经济合同法》对预期违约的有限移植与国内合同法的取向

我国涉外经济合同法根据其涉外的特性,参考国际贸易惯例,有限地引入了“预期违约”理论。涉外经济合同法第17条规定:“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。”

我国涉外经济合同法对预期违约的规定,与《公约》和英美立法相比较,有下述几个特点:(1)概念概括、原则。没有明确预期违约的内涵是违反一般合同义务抑或根本性义务,也没有区分明示预期违约与默示预期违约、根本性预期违约与非根本性预期违约。(2)法律救济方法单一。仅规定了中止履约权,而没有规定解约权。(3)适用条件较为严格。一方获取预期违约救济,必须有对方预期违约的“确切证据”,而没有使用《美国统一商法典》使用的“合理理由”术语,也未采用《公约》使用的“明显”或“显然”看出一方当事人将“不履行合同”一语,且把必须“立即通知另一方”作为行使中止履约权的一项必要义务,而不是象《美国统一商法典》那样赋予行使中止履约权一方“请求提供履约充分保证”这样一项权利,或象《公约》规定那样,“如果时间许可”才通知另一方。(4)明确规定了滥用“预期违约”救济权的一方当事人的违约责任。(5)适用于所有各类涉外经济合同,因此范围较广泛。而《公约》和《美国统一商法典》仅适用于买卖合同一类双务合同。

笔者认为,预期违约作为我国合同实践中客观存在的一类违约行为,理应给予相应的法律规范,逐步在我国合同法中移入“预期违约”理论。关于这一点有些学者早已首肯,^①似无再争论之必要。真正需要认真探讨的问题是,怎样在比较研究中吸收国外预期违约立法中的合理部分,抛弃其与我国合同法制实际不相适应的部分。笔者的基本构想是:1.全面在合同中推行预期违约责任制度。因此,预期违约责任制度可在《民法通则》和《经济合同法》中规定为宜。2.基本采纳《公约》对预期违约的救济方法来构架我国预期违约责任制度,同时尽量在立法上缩小对预期违约认定上的主观随意性。3.采纳根本预期违约概念,严格预期违约责任的适用条件,防止合同当事人滥用预期违约救济权。4.一方当事人无论是中止履约还是解除合同都应通知另一方当事人,给予其提供履约保证的机会。根据上述对我国国内合同法移植预期违约责任制度的构想,笔者试就立法对预期违约责任制度的表述拟文如下:

在合同履行期限届临之前,当事人一方如有另一方根本违反合同的下列确切证据时,可以暂时中止履行合同,但是应当立即书面通知另一方;若另一方自该通知发出之日起30日内未提供履行合同的充分保证或声明其将不履行合同,该方可以单方解除合同,并有权请求另一方赔偿损失:

(1)已声明将不履行合同;

^① 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第406页。

(2)履行合同已经不可能;

(3)履行合同信用严重缺陷;

(1)其客观行为表明将不履行合同。

当事人一方没有另一方预期违反合同的证据,中止或解除合同的,应负相应的违约责任。

(作者单位:河北财经学院

河北政法管理干部学院)

责任编辑:张广兴

书 讯

全国人大常委会办公厅

中国民主法制出版社

新 书 征 订

《立 法 技 术》

本书是法学博士曹叠云长期从事立法理论研究和立法实践工作基础上,撰写的一部学术专著。基本内容包括立法技术的概念;中外法制思想史上有关立法技术的不同观点介绍;立法语言;高频立法词汇;立法一般原则;立法起草步骤;立法模式等。全书结合法律、行政法规和规章,地方性法规和规章的制定,系统介绍了立法技术中的基本知识和基本理论,以及实践中应注意的基本问题。该书不仅是从事立法工作实践和理论研究者的应备书籍,而且对各级人大、政府部门的工作人员、司法机关工作人员、高等院校和科研机关教学研究人员也具有重要的参考价值。

全书约 24 万字,32 开本,定价 6.60 元,由全国人大常委会办公厅下属的中国民主法制出版社出版。

邮购联系人:518006 深圳市 人民政府法制局:曹叠云