先期违约与中国合同法

韩世远　崔建远

依法成立的合同即受法律的保护，无论在履行期后还是在履行期前都应如此。我国合同法仅对履行期后的违约加以规定。而对履行期前的拒绝履行或不能履行缺乏相应的规制措施，应加以弥补。较为理想的补救措施是先期违约(Anticipatory Breach)制度。

英美法中，"在规定的履行期前，合同的一方当事人可能表示他将不履行，或者使其无能力履行，这样的行为有时称为'先期违约'。"① 对先期违约的解决办法可以引用英国法官 Cockburn 在创立先期违约制度的主要判例之一 Frost v. Knight 中的话概括："债权人如果乐意，可以视对方的意思通知为不生效，并等到合同的履行期，进而令其对所有不履行的结果负责……另一方面，债权人如认为合适的话，可以视对方拒绝履行为对合同的非法终止，并且可以立即基于违约提起诉讼；并且在该诉讼中，他将有权要求于约定时间不履行合同会产生的损害赔偿，当然，损害赔偿要按照客观环境提供给他减轻其损失的措施加以减少。"②

虽然先期违约的现象在经济生活中普遍存在，无论在中国抑或外国，也无论在英美法系还是在大陆法系，概莫能外，但较为完善的先期违约制度却仅仅存在于英美法系之中。作为解决先期违约的对策，大陆法系虽然也有一些相应规则，但它们是分散的有缺欠的，尚无统一且完善的先期违约制度。在我国虽然已经批准了《1980 年国际货物销售合同公约》，但该公约中关于先期违约的规定只是处于低级阶段；我国《涉外经济合同法》第 17 条规定的也只是不安抗辩，难以看出有先期违约的完整思想。

由于先期违约制度有助于债权人尽早采取对策，积极减少损失并可使当事人双方及时地从确定要死亡的合同关系中解脱出来，有利于现实的经济流转。因此，如何借鉴英美法系先期违约制度及大陆法系的相关规定，结合中国的实际情况，构建中国合同法的先期违约制度，与缔约上过失责任制度和违约责任制度一起，形成完整的合同补救体系，便是个亟待解决的问题。

一

"先期违约"的称谓容易使人感觉它自相矛盾，因为违约是当事人不履行合同义务。而当合同履行期届至前，并不要求当事人履行该义务，因而也就谈不上违约。英国的 Frost v. Knight 案在财务法院讨论时，Kelly CB 就发表了这样的见解："如果它最终能被称作违约，也只是一种

① G. H. Treitel, The Law of Contract, Stevens & Sons. 1983. p. 642

② J. H. Jackson & L. C. Bollinger, Contract Law in Modern Society, West Publishing Co. p. 1185.

未来的或预见的违约，是一种可能的违约，并可能根本不发生，不是一个实际的违约。"[1]这种观点并未获得普遍赞同，反对该观点者认为："受允诺人享有请求履行合同的不完全之权，该不完全之权于履行期到来时成为完全之权。于此期间，他还享有使合同持续存在和有效之权。"[2]这样，"受允诺人在等待履行时，有权断定允诺人会一直准备履行，愿意并能够在约定之日履行其合同义务。允诺人破坏这种断定的任何行为都是现实违反有拘束力的允诺，而非先期违反在将来要实施的行为。"[3]

在大陆法系，也有的学者持有类似的见解，只是把拒绝履行纳入债务不履行的系列，而不归于先期违约之中。如中国台湾学者史尚宽先生认为："履行拒绝，虽在履行期前为之，可认为已有任意履行义务之违反，即第一次义务之违反。盖在任意履行，系于债务人之自由意思，债务人明为拒绝，则任意履行，等于不能。因可归责于债务人之事由给付不能者，无须俟履行期之到来，债务人即应负债务不履行之责。同样，债务人预为履行拒绝，表示不实现债务内容之旨，则亦无须俟履行期之到来，即应负债务不履行之责。"[2]

我们认为，先期违约(包括拒绝履行)所直接标示的，并非履行期届满时的现实违约，而是履行期届至前的履行成为不可期待。它所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仅，是期待权色彩浓厚的债权，也可以说是债权期待。它所直接违反的义务，不是给付义务本身，而是不危害给付实现的不作为义务。侵害完全债权与侵害债权期待，违反给付义务与违反不危害给付实现义务，联系得十分紧密，致使先期违约与现实违约具有质的同一性。因为如果侵害债权期待得不到改变，持续到履行期届满时便成为侵害完全债权；如果违反不危害给付实现义务得不到矫正，持续到履行期届满时便成为违反给付义务，成为现实违约，正因先期违约与现实违约在质的方面具有同一性，所以先期违约适用违约责任的补救方式。

二

侵害债权人的债权期待，其形式可以是多种多样的。最为明显的形式为拒绝履行，即债务人明确表示他届时将不履行合同。拒绝履行侵害债权期待并构成先期违约，须符合一定的条件。首先，当事人拒绝履行应是违法的，如果其拒绝履行有合法的理由，比如实际债务不存在，或者债务人依据法律或合同有拒绝履行的权利，如同时履行抗辩权、催告或先诉抗辩权、留置权、期限未到或条件不成就等，此时的拒绝履行是其正当权利的行使，不构成先期违约。其次，"这种拒绝必须是'清楚的'和'绝对的'。"[3]如果债务人仅向债权人表示其将来可能不履行合同，这种意思表示并不能被判定为绝对的和清楚的拒绝履行，亦难认定其已使合同履行成为不可期待，故不构成先期违约。再次，这种拒绝履行应当是对相对人从合同履行获得的利益有重大影响，致使其合同目的落空。如果被拒绝履行的仅是合同的部分内容，并且不妨碍债权人的根本目的，这种拒绝履行并没有使债权期待成为不能，就不构成先期违约。之所以如此，是因为先期违约制度所赋予相对人的权利在相当程度上行使起来甚为剧烈，如解除权。如果不区分拒绝履行的程度，一概任由债权人解除合同，不但对债务人过苛，而且对整个社会也是无益的。

债权人的债权期待还可能受到这样的危害，即债务人虽没有表示拒绝履行债务，但其自身

---

① Cheshire. Fifoot & Furmston's Law of Contract, Butterworths 1986, P. 523.

② 史尚宽《债法总论》，第393—394页。

③ G. H. Treitel, The Law of Contract, p. 644.

的经济状况等情事的变化表明他届时将难以履行。这种情况在大陆法系称"难为对待给付之虞",在英美法系称为"预期履行不能"或"不安之合理理由"。这种对债权期待的危害能否作为先期违约,是个比较棘手的问题。

在大陆法系,以德国为例,对"难为对待给付之虞"问题,在双务合同中由不安抗辩和同时履行抗辩制度来解决。前者是指"当事人之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,得拒绝自己的给付。"(德国民法典第321条)。从总体上说,与请求权不同,抗辩权是防御性质的权利,不具有任何攻击性。这种权利自身的性质决定其行使者在维护自身权益时,必然是要处于消极被动的状态。其行使的时间只能是在其履行期到来以后,被请求履行合同的时候;其行使的方式只是在受到请求权的攻击时加以拒绝;这种权利所赋予权利人的自由也只是中止自己的履行,却不能够积极主动地请求对方为对待给付或提出担保。针对不安抗辩,他方为对待给付或提出担保,并不是他的义务,而是对于抗辩权的再抗辩权的运用。因而依照德国判例及学者通说,拒绝提供担保并不使相对人陷于迟延,也不因此使先为给付义务人取得解除合同的权利,只是依照诚实信用原则,债务人在对方财产恶化时,可不受合同拘束,可以有解除权。但此时的解除权不与因迟延解除所应有的权利相伴随,即不取得损害赔偿请求权。总之,德国的这种"抗辩权模式",在解决"难为对待给付之虞"上过于消极被动,不利于对债权人的保护,与我们所谋求的先期违约在保护债权人方面积极主动的性格差别较大,不足采纳。

在美国,先期违约通常是由拒绝履行(Repudiation)构成的。美国著名法学家威利斯顿指出"尽管最早的允许债仅人在履行期前起诉的先期拒绝履行的判例,实际上包括了预期履行不能,但许多法院仍坚持那条古老的规则——现在的没有伴以明示拒绝履行的履行不能不是违约。"[①]著名法学家柯宾则认为"一个关于履行不能的声明可能被这样作出,以致使对方有理由相信它是一个确定的拒绝履行……如果情况是这样,即不可能存在任何撤回该声明或者随后履行,且违约现在可确定要发生,那么似乎没有什么理由不将这种情况包括在先期违约理论之中。"[②]由于英美法把先期违约的构成要件与责任的构成要件混同,致使"预期履行不能"是否成为先期违约更加模糊不清。难怪一些学者认为:"在某种意义上,先期拒绝履行问题表明了普通法系的一个失败。[③]

值得注意的是,在英美法系,先期违约本身就意味着要承担责任,他们所讲的先期违约的构成要件实际上是承担先期违约责任的要件,而不应承担责任的情形也就被排除出了先期违约的范围。在预期履行不能场合,英美法这种落实先期违约责任的方法属于一步到位式的。它把两种复杂的问题搅在一起,不利于分清和说明问题。与此不同,我们对此问题的处理方法是分两步走的,首先确定是否构成先期违约,其次才为是否构成责任。判断先期违约所依据的只能是客观情况,即客观上是否侵害了债权期待,至于主观上是否有过错等只是涉及是否承担责任及如何承担责任的问题,这种认识有利于辨明问题,同时也合乎逻辑。

我们认为,预期履行不能与拒绝履行在危及债权期待这点上是相同的,这或许正是《1980年国际货物销售合同公约》在"先期违约"的题目下同时规定了预期履行不能和拒绝履行的原因。另一方面,我们也应看到预期履行不能和拒绝履行之间仍存在着许多明显的差异。首先,

---

① J. H. Jackson & L. C. Bollinger:Contract Law in Modern Society. p.1210.

② ③ J. H. Jackson & L. C. Bollinger:Contract Law in Modern Society,p. 1210;p. 1198.

二者在危及债权期待的程度上存有差异。拒绝履行对债权期待的侵害是肯定的、绝对的和明确的;预期履行不能对债权期待的侵害尚不肯定、绝对和明确,可能只是债权人的单方认识,达不到债权期待不能的程度。另外,债务人也还可以通过提供担保等方式排除这种危及债权期待的"不安"。其次,在拒绝履行场合,债务人已通过明示或默示的方式作出了这样的意思表示。而且拒绝履行通常是债务人故意所为,常属可归责于债务人的事由;而预期履行不能则没有债务人的意思表示,许多情况下,可能无可归责于债务人的事由。我们认为,虽不排除预期履行不能转化为先期违约的可能,但不宜将预期履行不能一律作先期违约。因为我们尚无法排除债务人通过提供担保等方式使这种"预期履行不能"消失的情况。故此,预期履行不能是否作为先期违约,关键在于设法使这种对债权期待的潜在危害明晰化。基本的方法是给债权人以要求提供充分担保的请求权,使其有能力主动进攻,这势必使债务人表白态度。进而可以使潜在的危害明晰化。当然,在赋予债权人担保请求权的同时,为保护债权人的利益,也应给其以不安抗辩权。在这方面成功的立法当算是美国《统一商法典》,其第2—609条规定:"(1)货物销售合同强加于各方当事人的一种义务为:另一方对得到规定之履行的期待不应受到损害。当对任何一方的履行提出不安之合理理由时,另一方可就规定之履行以书面形式要求充分保证,并且在他得到这种保证之前,在商业上合理的范围内中止任何他尚未得到约定对价的履行……(4)在收到合理的要求之后,在不超过30天的合理时间内,没有提供特定案件的情况下充分的有关规定履行的保障,即为对合同的拒绝履行。"《法律重述·合同》(第2版)第251条亦表示:"(2)债务人没有在合理的时间内就规定的履行提供这种保证。在特定案件的情况下,这足以让债权人把它作为拒绝履行来对待。"

三

先期违约制度积极主动的性格,主要是通过赋予债权人立即诉请救济的权利来体现的。这种立即起诉或称先期起诉的权利也正是先期违约制度的最大特色和优势之所在,亦是该制度的生命力之所在。但债权人是否提起诉讼,取决于其是否承认先期违约。

(一)债权人拒绝承认先期违约

债权人以语言或行为,甚至以沉默的方式表明,他拒绝承认先期违约,结果是合同依然存在并继续地拘束着双方当事人,"通过拒绝承认先期违约,一方当事人便保有了强制对方当事人履行债务的权利;并且也还保持了不经法律诉讼获得合同实际履行的可能性。"①这一规则在我国的先期违约制度中同样应予以确立。

在英国,拒绝承认先期违约,债权人要承受因意外事件而全部丧失诉权的风险,其道理同样适用于我国合同法。在债权人拒绝承认先期违约的情况下,一方面原合同继续有效,另一方面,其间若因不可归责于当事人双方的原因而使合同不能履行时,则可适用《经济合同法》第27条第1款第2项或第3项的规定,解除合同。并适用《民法通则》第107条的规定,免除债务人的责任;在履行显失公平时,则适用情势变更原则,变更或解除合同,并免除债务人的责任。

当然,拒绝承认先期违约,也可能带来对被告人的不利益。因为对损害赔偿的计算要取决于实际违约时市场价格,如果实际违约时的市场价格比先期违约时的市场价格高时,则卖方要支付的损害赔偿总值将相应地要高。

---

① G. H. Treitel, The Law of Contract, p. 646.

(二)债权人承认先期违约

债权人承认先期违约,便可以立即提起诉讼并有权解除合同。债权人作出承认先期违约的选择,须使对方知道其决定。在英国,"对先期违约的承认可以通过提起损害赔偿之诉的形式,或者通过通知违约方其承认违约的意图,并相应地行为,亦即保护性购买。仅仅告知先期违约方欲承认先期违约似乎还起不到承认先期违约的作用,该声明必须由一些行动作支持。"①其中后一种方式实际上是解除合同。在我国,解除权的行使方式是向对方作出解除合同的意思表示,无须要求通知对方其意思后再相应地作为。当然,如果单纯的行为能够起到表示其解除合同的意思的效果,同样也能成为承认先期违约的方式。但仅仅是不作为或沉默不能被视为对先期违约的承认,而只能被看作是对先期违约的拒绝承认。另外,"对先期违约的承认须是完全的和明确的。一方当事人不可以承认对合同中一个条款的先期违约而同时又视合同为别的目的而存在。"②

在我国,债权人承认先期违约,合同并不因此必然自动终止,合同的终止须借助于债权人解除权的行使(在情势变更场合由法院裁决解除合同)。

在英国,如果债权人选择了解除合同,"他的选择便是终局性的并不能够撤回。"③"在原告有权并实际因先期违约解除合同场合,产生了两种结果:首先,他不能再被基于合同起诉,这是因为,尽管在承认先期违约和约定履行期限之间违约方改变了他的主意并最终提供了履行。其次,受害方不再拘束着去履行以便确立其基于合同起诉的权利……"在我国也是如此,选择了解除合同,债权人便只能诉请损害赔偿,而排斥了对强制实际履行的请求。

从上述可以看出,在先期违约的救济方面,债权人的选择权是自由的,但并不是毫无限制的。债权人选择权所受的限制从总体上可以区分为事实上的限制和法律上的限制两个方面,前者是指具体的客观事实使债权人别无选择,比如在由预期履行不能转化为先期违约的场合,债权人只可以请求损害赔偿,而无法请求强制履行。法律上的限制是指法律基于自己的立法目标而对选择权作出的限制。

在大陆法系的理论中,"债权人未解除契约或未受领替补赔偿,或非因受领已无利益而得拒绝受领给付者,债务人得撤回其履行拒绝之意思,或依现实之给付提出,而消灭履行拒绝之效力。但因履行拒绝已发生损害赔偿请求权,不因此而消灭。"④ 在英美法系,做法基本与此相似。依据美国《统一商法典》第2—611条,除非A已"取消合同或实质性地变换了角色,另外或者表明他视拒绝履行为最终性的,"B的撤回才是有效的。另外,《法律重述·合同》(第2版)第256(1)条使用了几乎相同的语言,其对统一商法典第2—611条的评注1为:"拒绝履行方恢复合同的权利完全取决于受害方采取的行动。如果后者已在拒绝履行后的任何时间取消了合同或者实质性变换了其角色,依据本条,不允许任何撤回。"

四

在我国,违约责任通常以过错为构成要件,先期违约责任亦应如此。先期违约人的过错是被推定的,先期违约人只有证明自己无过错才能阻却责任的构成。

---

① G. H. Troitol, The Law of Contract, P. 531.

② G. H. Treitol, The Law of Contact, P. 642; p. 646.

③ Cheshire, Fifoot & Furmston, Law of Contract, p. 531.

④ 史尚宽著《债法总论》,第396页。

作为先期违约责任的损害赔偿,其突出的特点在于它在实际履行期到来前即可获得,但这种先期落实责任的做法同时也带来了一些棘手的问题,引发了许多对先期违约理论的反对意见。"其反对意见之一是该理论可导致对损害赔偿的错误认定。如果在3年内交货的卖方毁约,买方立即请求损害赔偿。那么,其损害赔偿的确定可依据原订交货时的市场价格;但是如果案件是在那个交货期限前被审理,那么法院仅能推测那时的价格会是多少。对该理论的另一个反对意见是,它导致了加速被告人债务的结果;被告人将必须现在支付损害赔偿,尽管依据合同他直到将来的某个时间才履行其义务。"①

对于第一种反对意见,在美国1900年Roohm v·Horst案的判决中,首席大法官富勒先生即已表示过:"至于损害赔偿问题,如果诉讼并非不成熟,这样的规则是可以适用的。即原告享有基于尽可能地对他在履行期限届满时可能遭受的损害查明弄清的赔偿。不包括任何基于他应合理地使自己利用的事件原因的减少……即使在这类案件中,制造商实际上在规定的履行期前获得了他的利润。而赔偿是基于因后来的事件会被增加或减少的费用。在履行期限届满前,违反合同的一方不能够抱怨,因为他卷入这种先期行为时便承受了这种危险。"②

对于第二种反对意见,解决方案是在估定损害赔偿时,"法院会允许债务人'对加速了的付款的减少',更严格些说,被告人将不得不立即支付损害赔偿,尽管在诉讼之时他的责任仍然不是逻辑上必然的,而且可能根本上从未成就。"③

但学者又提出,"设想那时债务人缺少现金…加速可能使债务人陷于无偿付能力或破产,这是否公平呢?加速是否有可能改变同一债务人的不同债权人之间的关系呢?"④

我们认为,商品经济的发展越发注重商品流转的迅速与简洁。同时要求纠纷和故障的排除也是迅速的。这点在破产法上反映得很明显,对于适用破产程序的企业,我们同样不能完全保证以后它没有好转的可能性,但现实的经济流转不容许等待其好转时,对于局部公平的牺牲换取整个社会更大的效益和公平,这亦可以说是公平的。这种道理同样适用于此处的问题。

至于加速债务人义务是否会改变不同债权人之间的关系,这的确是一个问题,这种情况在债务人的财产足够清偿其债务时本无所谓,关键在于不够清偿时怎么办?我们认为,在我国是否可以在先期执行时,由别的债权人对这种执行提出异议,使执行中止,再由该债权人加入债务人破产程序,和其他债权人共同参与债务人破产财产的分配。

需要指出,此处之损害赔偿应受减轻损失规则的限制。在英美法系,存在着"减轻损失"这一限制违约损害赔偿的规则,该规则包含两项内容:其一,受害方不应以不合理的行为来增加自己的损失;其二,受害方不能就其本可采取合理步骤予以避免的损害获得赔偿。至于在先期违约制度中是否存在该项规则,虽尚有争论,但许多判决则持肯定态度。我国《民法通则》第114条规定了"当事人一方因另一方违反合同受到损失的,应当及时采取措施防止损失的扩大;没有及时采取措施致使损失扩大的,无权就扩大的损失要求赔偿。"这虽是针对实际违约的规定的,但由于实际违约与先期违约在质的方面具有同一性,因而,在我国的先期违约制度中,亦应强调受害人减轻损失的义务。至少在债权人解除合同场合以及虽未解除合同,但实际履行已成为不能场合,受害人应负有这种义务。

(作者单位:吉林大学)

责任编辑:张广兴

---

①③ G. H. Treitel, The Law of Contrat, p·643.

②④ Jackson & Bollinger: Contract Law in Modern Society, p. 1187; p. 1197.