

论《合同法》中预期违约制度的完善

——以 CISG 为视角

谢琼

(湖南师范大学 法学院,湖南 长沙 410081)

【摘要】随着合同实践的深化,英美法系国家率先以判例的形式创造了预期违约制度,大陆法系国家在其成文法中也逐渐形成了类似于预期违约的规则。《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)集两大法系之大成,将预期违约分为预期非根本违约和预期根本违约。我国《合同法》中建立的预期违约制度尚存有体系安排不合理、构成要件不明确、判断标准不具体、救济方法不完备等问题和不足,有必要通过学习 CISG 对之加以完善。

【关键词】预期违约;CISG;《合同法》;完善

【中图分类号】D923.6 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1673-1883(2009)02-0067-04

预期违约(anticipatory breach)是现代英美合同法的一项重要制度,其最早起源于英国 1853 年的判例——Hochester v. De La Tour^[1]一案。预期违约制度的确立使当事人在合同成立后、履行期届至前遇到一方提前违约的情况时,可依法采取积极主动的救济措施,或为预期的合同利益寻找有效的保障,或及早获得损害赔偿,了结合同关系,以减少各方损失,体现了公平、效益和安全原则,同时也适应了现代经济生活复杂多变的实际要求。英美法系国家大都规定了预期违约制度,其中以《美国统一商法典》的规定最为完备。大陆法系国家在形式上虽然没有预期违约这一法律概念,在实质上却存在类似于预期违约的规则。在国际贸易统一法领域,预期违约制度在 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,以下简称“CISG”)制定过程中也体现出一种不断进步的状态。CISG 在吸收英美法预期违约制度基本框架的同时,也采纳了大陆法不安抗辩权的一些内容,成为架构于两大法系预期违约理论上的集大成者。

一 预期违约制度基本理论

人们通常认为,违约只包括合同约定的履行期限到来后的不履行和瑕疵履行(包括迟延履行)。但是,如果一方在履行期限到来之前就表示或以其行动表明将不履行合同或者将不当地履行合同,在这种情况下,就要适用特殊的规则。或者说,至少一般的规则在适用于这种特殊的情况时应有所不同。这种情况在英美国家被称为“anticipatory breach”。^[2]

预期违约原是英美法系合同法上的特有概念,

指的是在合同成立后、合同约定的履行期限届至前,一方当事人以口头或书面形式明确肯定地向另一方当事人表示其将不按约定履行合同义务;或者一方当事人的自身行为或客观事实预示其将不会或不能依照约定履行合同义务。其法律特征如下:

(1)预期违约的两种形态——明确表示和以行为显示,都属于在履行期前拒绝履行合同义务,而不是在履行期到来之后的违约。预期违约与实际违约在发生时间上的区别是二者的根本区别。下述其他特征也是因为预期违约的这一特征而产生的。

(2)预期违约表现为未来将不履行义务,而不像实际违约那样表现为现实的违反义务。所以,预期违约侵害的是期待债权,而不是现实债权。但这种期待债权应当是一方依法律及合同所享有的合法权益。

(3)在救济方式上,预期违约是一种可选择的违约救济手段。当事人是否使用预期违约制度保护自己的合同权利,完全由自己决定。另一方面,如果债权人选择预期违约的救济方式,则具体救济措施又有:起诉、中止履行或解除合同、采取减轻损失的措施、替代交易、催告违约方要求其撤回毁弃合同的表示或者通知其提供履约担保等等。

二 CISG 中的预期违约制度

有学者认为,预期违约制度成为世界各国普遍接受的规则应当以 CISG 为标志。^[3]CISG 吸收了英美法预期违约制度的基本框架,所不同的是公约并不像英美法那样区分预期拒绝履行和预期履行不能,而是根据预期违约的严重程度,将预期违约分为预期非根本违约和预期根本违约。

(一) 预期非根本违约

CISG第71条对预期非根本违约作出了详细规定,根据该条规定,构成预期非根本违约应具备以下要件:

(1)有关事由的发生时间须在合同订立后变得明显。如果有关事由发生在缔约之前,只要在合同订立后变得明显,即可适用本条。如果当事人在合同订立时知道有关情形,不适用本条。如果当时这种情形一般来说已经很明显,但是事实上债权人不知道,是否适用本条不清楚,不过很可能不适用。当然,如果事由发生在合同缔结后,本条可以适用。

(2)要有一方当事人预期不能履行义务的客观事实。主要从三方面考察:首先是一方当事人的履行能力有严重缺陷;其次是一方当事人的信用有严重缺陷;第三是一方当事人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主要义务。一方当事人具备上述三种情形之一,即构成预期不能履行义务的客观事实。

(3)在程度上,以上三方面的客观事实达到能确定该当事人“显然”将不履行义务的程度。CISG使用了“显然”一词修饰三个客观标准的程度,进一步限制了当事人的主观成分。即他不能仅以自己的主观担心作为中止履行的理由。

(4)一方当事人显然将不履行的是合同的大部分义务或主要义务,尽管CISG对此未予明确,但按通常理解,应为涉及合同性质的义务,如卖方的交货义务和买方的付款义务,一方的违约行为将使对方当事人订立合同追求的根本目的落空。

(5)义务中止履行方必须及时通知违约方停止发货和停运的情况,并要求违约方提供履约的充分保证。对于违约方经通知仍未及时提供履约保证时受害方有无解约权,CISG没有明文规定。笔者认为这里可适用大陆法国家对不安抗辩权行使中抗辩人有无解约权的学理解释,即违约方经通知未在合理时间内及时提供充分保证的,受害方可以根据诚信原则解除合同。

在一方当事人预期非根本违约后,CISG赋予受害方当事人以中止履行权,并有权要求对方提供充分保证,同时还赋予卖方停运权。

(二) 预期根本违约

CISG第72条规定的预期根本违约包括以下两种情形:一是一方当事人口头或书面向另一方当事人声明其将不会履约,即明示的预期根本违约;二是另一方当事人根据一方当事人的客观行为推断出其将明显不会履约或不能履约,即默示的预期根本

违约。

根据CISG第72条的规定,并结合第71条的规定,构成预期根本违约应具备以下要件:

(1)要有一方当事人预期不能或不会履行义务的客观事实或者一方当事人将不履行义务的口头或书面声明。在默示预期根本违约时,应具备与预期非根本违约相同的客观事实;在明示预期根本违约时,一方当事人应有不履约的口头或书面声明。

(2)上述事实必须达到“明显”的程度,表明其将“显然”不履约;上述声明必须反映其有明确、肯定、彻底不履约的态度,如对方已被宣告破产,或卖方于交货前宣布将不按约交货。

(3)有事实表明一方当事人将不履行或一方当事人声明其将不履行的是合同的根本义务,将使对方当事人蒙受损失,以致被剥夺依据合同可期待得到的权利,从而使对方当事人之合同利益根本落空。

在存在预期根本违约的情况下,仅通过中止履行的方式已不能有效保护受害方,CISG允许其采用最严厉的救济方式——无效救济。之所以采用这种方式是因为对方将要实施根本违约。

不过在考察是否存在预期根本违约时,应该考虑到诚信原则,这是为了避免产生美国代表所担心的不公平的结果。“预期根本违约”虽然与实际根本违约不同,但是它们都是着眼于实际违约的情况,因而预期根本违约的标准应该参照第25条关于根本违约的规定。除了“根本违约”作为行使条件的限制之外,该法第72条第2款规定了另外的限制性要求:通知要求以及提供充分的履约保证,这两个限制主要是考虑到发展中国家的要求而作出的。

(三) CISG对预期违约制度的发展

CISG虽然采纳了英美法的预期违约制度,但并非原封不动的照搬,而是有所发展。与英美法相比,CISG关于预期违约的规定更加易于操作,这表现在以下几个方面:

(1)CISG根据违约所造成损害后果的严重程度把预期违约划分为预期根本违约和预期非根本违约,而不像英美法那样仅仅从违约的表现形式是主观不愿还是客观不能的角度出发,把预期违约划分为预期拒绝履行和预期履行不能。

(2)CISG关于预期违约判断理由的规定更规范、更具体。《美国统一商法典》对是否构成预期履行不能的判断标准是“有合理理由”,显得十分抽象和难于把握,而CISG第71条具体列举了据以判断预期非根本违约的三种情形,这就为司法实践提供

了明确依据。

(3) CISG规定预期违约的内容是“不履行其大部分主要义务”,与英美法规定的不履行“合同的主要义务”相比,更加严格、科学。不履行合同义务,是完全不履行呢,还是部分不履行?法律对此若未明文规定,当事人之间就会因此发生争议,从而给司法带来不便。CISG做此规定,实在是必要的。

(4)关于一方提供履约保证后的履约期限问题,英美法系国家法律并没有作明确规定。在提供履约保证后,有可能已临近履行期,债务人可能无足够的时间准备履行。《联合国国际货物销售合同大会秘书处对公约草案的评注》认为,此时“原合同的履行日期应予顺延,以弥补中止履行义务的时间。”这一规定比英美法更为完善合理。

三 完善我国《合同法》中的预期违约制度

(一) 我国《合同法》中有关预期违约的规定

预期违约制度的建立,“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风险,而且还可以将预期违约可能造成的损失消灭在萌芽状态或降低到最低限度。”^[4]正因为预期违约制度具有此种“补救法”的功能,我国现行合同法在立法过程中予以借鉴吸收。

学者一般认为,我国《合同法》第94条第2项和第108条是关于预期违约之规定。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。”

上述两个条款实际上确认了预期违约的两种形态:在履行期限届至之前当事人一方明确表示不履行主要债务就是明示预期违约,以自己的行为表明不履行主要债务则是默示预期违约。^[5]

第94条第2项规定了预期违约的法律后果之一,即解除合同;而第108条虽概括地规定非违约方可以在履行期限届至之前要求预期违约方承担违约责任,但对照第94条规定而言,此所谓“违约责任”只能是损害赔偿的违约责任,故第108条应当是旨在规定预期违约的另外一种法律救济,即请求损害赔偿。

《合同法》在吸纳预期违约制度的同时,也承袭了大陆法的不安抗辩权制度并有所发展。主要体现在其第68条和第69条的规定中。

(二) 对我国《合同法》中预期违约制度的评析

《合同法》引进预期违约制度显然更有利于弥补大陆法系现有制度的不足,有利于合同当事人从其自身利益出发自由选择更有利的救济方式。“可以这么说,预期违约制度在《合同法》中的确立……意味着合同制度在自由意旨的基础上更为强烈地追求公平原则下的最大利益,《合同法》对于任何一方当事人利益的关心都超过了以往任何时期的合同立法。”^[6]这本身也体现了我国立法界对国外乃至不同法系立法中成功经验的吸收与借鉴,也充分体现了世界经济一体化进程中两大法系的互相吸收与借鉴,符合法的发展的本性。

但值得注意的是,与英美法和CISG相比,我国《合同法》中的预期违约制度还存在一些问题和不足:第一,在构成要件上,没有明确规定一方当事人多大程度地不履行合同才构成预期违约;第二,默示预期违约的适用范围不明确;第三,预期违约的具体适用与不安抗辩权存在混乱;第四,预期违约的救济措施不够完善;第五,对预期违约方明示拒绝履行的撤回权没有规定。

(三) CISG对完善我国《合同法》中预期违约制度的启示

如何完善我国《合同法》中的预期违约制度?笔者认为,要向《公约》学习,既要吸收英美法中预期违约制度的精髓,更要从大陆法系的特点和自己的国情出发,使预期违约制度能得到更好的发挥。

依据现行的《中华人民共和国合同法》,对预期违约制度可作如下改进:

第一,在构成要件上,应借鉴CISG中关于预期违约构成要件的规定来充实我国预期违约的构成要件。鉴此,笔者认为《合同法》第108条规定的“当事人一方不履行合同义务”应当明确为“主要债务”,即指合同义务的主要部分。因为合同主要债务能否履行决定着双方当事人订立合同时的期待利益能否实现,在履行期限届满之前不履行,合同目的即不能实现,则构成预期违约;如仅仅是履行合同的部分内容或从义务,不妨碍合同目的实现,则不构成预期违约。

第二,将默示预期违约的判断标准具体化。对默示预期违约的适用条件,应在保留“当事人一方以其行为表明不履行合同主要债务”的同时,将“当事人一方根据客观情况预见对方将不履行合同主要债务”纳入到默示预期违约的适用范围,并结合《合同法》第68条规定,将其判断标准具体化。尽管该条规定的不安抗辩权在保留大陆法系原有适用条件的基础上,又把英美法默示预期违

约的适用条件扩充到不安抗辩权,对不安抗辩权规定的极为完备,但事实上,默示预期违约无论适用条件还是适用主体上都比不安抗辩权更能平等地保护合同当事人的利益,更能维护交易秩序和交易安全。^[7]

第三,规定滥用默示预期违约制度的法律责任。为避免合同当事人一方滥用默示预期违约救济权,以维护社会经济秩序的稳定,必须预设一项责任,给当事人必要的制约。也就是说,法律应明文规定合同当事人一方未有另一方不能履行合同主要债务的确切证据时,即中止或解除合同的,应负相应的违约责任,因此而造成另一方损失的要负赔偿责任。

第四,分设条文规定明示预期违约和默示预期违约。《合同法》中关于预期违约制度的规定既出现在“合同的权利义务终止”一章中,又出现在“违约

责任”一章中,实际操作时,不易于当事人掌握,尤其容易使当事人混淆对同一违约责任的救济方法。笔者认为,应参照英美法的实践及立法经验,并鉴于预期违约并非实际违约,而将其与实际违约区别开来作为一项独立的制度完善地规定于“违约责任”一章中。另外,应视违约程度的轻、重、缓、急,采取不同的救济方式。

第五,增加对于预期违约方明示拒绝履行的撤回权的规定,使预期违约制度更加完善。英美判例及美国《统一商法典》第2-611条对此问题的规定值得我们借鉴。他们认为这种意思表示的撤回应受到下面条件的约束:撤回请求必须在对方没有解除合同之前作出,如果对方已作出解除合同表示的,契约已经解除,无法继续保持效力;撤回必须在对方合同地位没有改变以前为之;受害方用其它方式表明他认为此种违约已成定局。

注释及参考文献:

① Arthur Corbin uses the term “anticipatory breach” instead of “anticipatory repudiation”. See Arthur Litton Corbin, Corbin on Contracts 1053, 1964. p 309. Corbin notes that the parties never promised to abstain from repudiating. Thus anticipatory breach in Corbin’s terminology refers to the duty to render the performance that the parties bargained for, rather than the non-existent duty not to repudiate the contract .

[1] 118 Eng. Rep. 922 (Q.B. 1853).

[2] 李先波, 刘翔. 英美毁约性违约制度探析[J]. 时代法学, 2007, 5(2).

[3] 李先治. 论预期违约法律制度[J]. 当代法学, 2002, 8: 108.

[4] 吴志忠. 新合同法的重要改进及其不足[J]. 中南财经大学学报, 1999, 6.

[5] 王利明. 违约责任论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.

[6] 纪红玲, 望靖东. 两大法系在《合同法》中完美结合的体现[J]. 中央政法管理干部学院学报, 1999, 5.

[7] 张谷. 预期违约与不安抗辩权之比较[J]. 法学, 1993, 4.

On the Perfection of Anticipatory Breach in Contract Law

——From the Perspective of CISG

XIE Qiong

(Law School of Hunan Normal University, Changsha, Hunan 410081)

Abstract: With the deepening of practice in contract, anticipatory breach was firstly created by countries of Common Law System in terms of prejudication. Rules, similar to anticipatory breach, were gradually accepted by countries of Civil Law System. CISG broke through the traditional model of anticipatory breach and classified it as subordinate anticipatory breach and fundamental anticipatory breach. The Contract Law of the People’s Republic of China has formally accepted anticipatory breach. However, there are still some defects: the illogicality of the system; the indeterminacy of essence; the unspecification of standard of judgement; the incompleteness of relief measures, etc. To perfect anticipatory breach in Chinese Contract Law, it is necessary to study CISG.

Key words: Anticipatory Breach; CISG; Contract Law; Perfection

(责任编辑: 李 进)