

浅析我国不安抗辩权制度 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E6_B5_85_E6_9E_90_E6_88_91_E5_c122_479873.htm

论文提要：1999年3月15日通过的《中华人民共和国合同法》通过建立同时履行抗辩权、后履行抗辩权、不安抗辩权制度，构筑了我国合同法完整的抗辩权制度。特别是不安抗辩权制度将大陆法系不安抗辩权制度和英美法系预期违约制度有机结合，形成了有中国特色的不安抗辩权制度。但正因为该制度同时吸收了两大法系的内容，也造成了立法上的一些矛盾，导致了个别条文之间有冲突。本文拟结合司法实践，通过对我国不安抗辩权进行分析，阐述不安抗辩权与预期违约的区别，提出一些如何完善我国合同法上的不安抗辩权制度的建议。我国1999年3月颁布的《中华人民共和国合同法》将不安抗辩权作为一项新的重要的合同履行制度加以确立，目的在于防止合同纠纷、合同欺诈，保护先履行方的合法权益。不安抗辩权，又称为先履行抗辩权，传统大陆法将它定义为：“当事人一方应向他方先为给付者，如他方的财产于订约后明显减少，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，得拒绝自己之给付。”根据我国《合同法》的有关规定，不安抗辩权是指双务合同成立后，根据合同约定应当先履行合同义务的当事人在有确切证据证明对方不能履行合同义务，或者有不能履行合同义务的可能时，在对方没有对待履行或者提供担保之前，暂时中止履行合同义务的权利。这是我国的统一合同法首次正式、全面地引进了不安抗辩权这一合同制度。（一）不安抗辩权的渊源 不安抗辩权源于德国法，又

称拒绝权，是大陆法系传统制度。其目的在于预防情况发生变化而使先履行义务的一方遭受损害行，避免强制履行，从而达到维护交易的公平。但同属大陆法系，同是不安抗辩权制度，在不同国家和地区也不尽相同。如《法国民法典》第1613条规定：如买卖成立后，买受人陷于破产处于无清偿能力致使出卖人有丧失价金之虞时，即便出卖人曾同意延期给付，出卖人亦不负交付标的物之义务，但若买受人提供到期支付的保证则不在此限。从该条文可以看出，法国的不安抗辩权侧重于保护卖方利益，规定只对买卖合同的出卖人适用，采用支付不能主义。而德国民法典规定则不限于买卖合同，只要是双务合同即都适用，并不再拘泥于买受人破产处于无清偿能力的限制，提出如买受人财产缔约后明显减少，出卖人即可拒绝给付。《德国民法典》第321条规定：因双务契约负担债务并向他方先为给付者，如他方的财产于订约后明显减少，有难为对待给付之虞时，在他方未为对待给付或提出担保之前，得拒绝自己的给付。德国法对不安抗辩权的规定，不仅仅比法国法的规定更为广泛，而且对于在后给付义务人订约后财产状况恶化，危及先给付义务人的债权实现的情况下对先给付义务人的合法权益保护更加有利，更符合现代民法学中的不安抗辩权。我国《合同法》第68条和第69条对不安抗辩权作出了详细的规定。第68条规定：应当先履行义务的当事人，有确切证据证明对方当事人有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务的；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或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条规定

：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。对方提供适当担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限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。可见，不安抗辩权，是指双务合同成立之后，应当履行的当事人有证据证明对方当事人不能履行义务，或者存在不能履行合同义务的可能或危险时，在对方没有履行或没有提供担保之前，有权中止履行其合同义务，又称为先履行抗辩权、保护履行抗辩权。我国《合同法》之所以有此规定，是因为负有先行履行义务的一方当事人，在有确切证据证明对方缔约后发生了足以影响对待给付的情形时，如果仍要其按期先行履行债务，显然是不公平的，而且，也会增加当事人之间的履约成本甚至是诉讼成本。因此，为了体现合同公平原则以及效益原则，保护先履行债务一方合同当事人合法权益。

（二）不安抗辩权的适用条件

对于不安抗辩权的适用条件，笔者认为而言，应满足以下几个条件：1、双方当事人因同一双务合同而互负债务，且这两项债务具有对价关系，其履行有先后顺序。不安抗辩权与《合同法》所规定的同时履行抗辩权、先履行抗辩权一样，都是双务合同的效力表现。这就要求不安抗辩权主体及合同相对方作为合同当事人都是基于同一双务合同而互负债务，且所负债务互为对价。同时，根据合同约定，债务履行有先后顺序，一方当事人给付在先，另一方当事人给付在后。2、不安抗辩权的权利主体是应当先行履行债务的当事人，且其债务已到履行期。不安抗辩权发生在有先后履行顺序的双务合同，当先履行一方在其预期利益存在不能实现的危险时享有的履行抗辩权，所以，不安抗辩权的前提是权利人有先

履行义务，且也只有先履行义务的这一方当事人才享有该抗辩权。认识到只有先履行债务的一方当事人才享有不安抗辩权，对我们认识他与默视预期违约之间的区别，具有重要的意义。同时，先履行的债务要已经到期，否则若未到期，先履行义务的一方尚未开始履行，那么也就不存在其利益受到损失的情形，也就不存在抗辩了。

3、后履行债务的一方在合同成立后出现了债务不能履行或可能不能履行的可能，且该债务尚未届履行期限。

首先，在大陆法系各国，后履行方财产显形减少应发生于何时，有两种不同的立法例，一是订立后财产显形减少。二是订立时财产已减少。笔者认为，第一种立法例较为妥当。因为若订立时后履行方财产已减少，先履行方已知或因过失而不知，主观上有过错，应当承受不利，没有必要保护，非因过失而不知，可以重大误解或受欺诈为由主张救济。我国合同法没有规定后履行方丧失或可能丧失履行能力应发生于何时，笔者认为，在解释时采用第一立法例较为妥当。

其次，出现了履行不能或可能履行不能的情形。我国合同法第六十八条兼用列举和概括两种方式规定了后履行方出现危及其履行能力的情形，即列举三种典型的财产状况恶化的情形：经营状况严重恶化；转移财产、抽逃资金，以逃避债务的；严重丧失商业信誉。同时，抽象地规定了“其他丧失或可能丧失履行债务能力的情形”。这种方式突破了大陆法系的传统规定，不再局限于后履行方财产状况恶化有难为对待给付之虞，即财产明显减少的情况，同时包括了商业信誉的丧失，更通过第四款单性条款的规定，把各种可能有害于合同履行，危及交易秩序的行为都包括进去，这可以说是立法上的成功范例，形成有自己特色的不安抗

辩权行使条件。然而，对于相对人的经营状况恶化到何等程度才可以对之行使不安抗辩权，转移财产、抽逃资金、丧失商业信誉是否一定意味着相对人“有难为给付之虞”，如果法律规范没有明确提出必须以“有难为给付之虞”或者危及对待给付作为资信恶化的评判尺度，那么，不安抗辩权很难避免被滥用。关于后履行方履约能力恶化应当达到何种程度，基本存在两种立法主张：一是以支付不能以及准支付不能为限；二是以对待给付请求权因相对人的财产状况根本恶化而濒于危殆为限。我国合同法基本采纳第二种立场，以后履行方丧失或可能丧失履约能力为限。这是比较适当的，因为依照第一种立场，只有在破产或扣押无效果时才允许行使不安抗辩权，其实意味着行使该抗辩权的机会已经丧失大部。而我国合同法所列举的几种情况，都是因后履行方的财产状况发生根本变化而导致或可能导致其履约能力的丧失。同时，我们也应该认识到，出现《合同法》第68条规定的前三种情形的，并不一定就意味着后履行义务的一方丧失了履行义务的能力，我们在具体的案件当中，要结合具体的情况，以是否丧失履行能力为主要标准，法条之所以又具体规定了三种情形，并不是说只要有这几种情形，就一定会产生不安抗辩权的成立，而是考虑到法律的可操作性问题。最后，后履行的债务未届清偿期 如果后履行的债务已经到期而该当事人却没有能力履行义务，那么，就已经构成了违约，也就没有必要使用不安抗辩权。对于有的学者提出的，要包含“后履行义务的一方当事人未能提供适当的担保”，我觉得不妥。不安抗辩权具有延期性和消灭性双重属性。在其满足了前面三个条件时，即能发生效力，即第一次效力，当事人享有中

止合同的权利。至于是否提供担保，则是当事人在解除合同，即，不安抗辩权的第二次效力是所要考虑的问题。(三)不安抗辩权制度与预期违约制度之比较 所谓预期违约，是指合同成立之后，履行届满前，当事人一方明确表示不履行合同或预期不能履行合同的情形。英国学者特利特尔指出，在规定的履行期到来之前，合同当事人一方表示将不履行合同，或不可能、无能力履行，这样的行为有时被称为预期违约。预期违约与不安抗辩权一样，两者都只适用于正在履行的合同关系中，都具有有效防止本可以避免的损害的扩大，减少债权人利益损失，维护市场交易秩序，符合合同法对信赖利益予以有效保护的立法趋势。因而有学者认为，设置不安抗辩权，已足以保护先履行方的利益，不必另行设立预期违约制度。在这些学者看来，预期违约与不安抗辩权的区别是微不足道的，两者的救济手段基本上是一致的。笔者个人不能苟同上述学者的观点。从两者的性质上看，不安抗辩权是一种拒绝权，具有留置担保的性质。在对方履行对待给付或提供担保之后，不安抗辩权归于消灭；而预期违约所直接侵害的不是现实的债权，而是期待债权。“无论明示毁约还是默示毁约，都表现为‘将’不履行合同义务。而不像实际违约那样，表现为现实的违反合同义务”。可见，两者是两种不同的，不能相互替代的制度。此外，预期违约与不安抗辩权在某些方面，也存在相当的差异，这主要表现在：第一，前提条件不同。大陆法的不安抗辩权行使的前提条件之一是当事人的债务履行时间存在先后之别。若没有履行时间的先后顺序，则仅仅适用同时履行抗辩权而无发生不安抗辩权之余地。而在英美法的预期违约不存在前提条件，无论双方当事人是否有义

务先行做出履行还是同时做出履行，任何一方均可依法在对方预期违约时中止履行合同而寻求法律救济。第二，适用范围不同。传统大陆法关于不安抗辩权的法定事由是对方财产在缔约后明显减少并有难为对待给付的可能，具有惟一性。而预期违约并不限于财产的减少，将各种可能有害于合同履行、危及交易秩序的行为及早地加以制止和预防，如对方当事人履行能力明显减弱（经济状况恶化）、对方当事人履约信用有严重缺陷等等情况。可见，预期违约比不安抗辩权所涉的范围更广，所囊括的情形更丰富。我国《合同法》第68条可以行使不安抗辩权的规定，显然是借鉴了英美法的预期违约制度。第三，是否以过错为构成要件上的不同。传统大陆法系理论认为，不安抗辩权的成立与债务人是否有过错并无关联，只要其财产在订约后明显减少，有难以对待给付的危险即可，至于何种原因所引起，不予考虑。而英美法系的预期违约则考虑了当事人的主观过错问题，如默示预期毁约以债务人不按期提供履约保证为要件，如果债务人未按期提供履约保证，则表明债务人主观上是有过错的。我国《合同法》在第69条关于解除合同的规定，可视为基本同于预期违约中的“默示预期毁约”规则，该条文表明未恢复履约能力或未提供适当担保的当事人主观上存在过错。第四，对受侵害方的救济保护的方式不同。在大陆法的不安抗辩权制度中，先行履行一方的救济方式只是权利人可以中止自己对对方的给付。一旦对方提供充分的担保，则应继续履行自己的债务。但如果对方在合理期限内没有恢复履行能力，且未提供适当担保，权利人是否可以解除合同呢？按照德国判例与学说的通说，先为给付的一方无法取得合同解除权。而预期违约则有

四种救济方式:(1)法律救济；(2)解除合同；(3)坚持合同的效力，等待对方的履行；(4)采取自助措施如提起违约赔偿之诉，请求损害赔偿。我国《合同法》在第69条规定了先履行方可以解除合同，显然是受了英美法预期违约规则的影响，但如前文所述，其不是源于不安抗辩权制度自然发展，不安抗辩权本身不应理解为包括合同的解除权。

(四)我国合同法中不安抗辩权制度的不足及完善 我国合同法不但构筑了完整的抗辩权制度体系，而且对不安抗辩权制度有较大的发展，主要表现在拓宽了不安抗辩权的发生原因，规定了不安抗辩权的救济方式包括解除合同、要求赔偿损失，规定了错误行使中止履行救济方法应承担违约责任。但仍存在着一些不足之处，主要表现在：1、与预期违约法条间的冲突 由于我国合同法的不安抗辩权制度同时吸收了大陆法不安抗辩权制度和英美法预期违约制度这两种本来就有很大差异的制度内容，并力求将两者调和，也导致了立法上的冲突和矛盾。我国《合同法》第94条第二款规定：“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的”，当事人可以解除合同。如先履行一方有确切证据证明对方出现合同法第68条所规定的四种情形之一的，有权行使不安抗辩权，中止对合同的履行。同时，这四种情形也可以构成了后履行义务的一方“以自己的行为表明不履行合同义务”，权利人可依此追究对方的预期违约责任。行使不安抗辩权和追究预期违约责任在这里出现了冲突。对于如何解决这种问题，一般认为，根据民事法律处理请求权竞合的一般原则，应允许权利人选择对其更有利的一种请求权(诉因)提起诉讼。也就是说，在这两种权利发生竞合的情况下，权利人既

可以进一步行使不安抗辩权主张解除合同，也可以选择行使默示预期违约责任请求权主张解除合同。如果对方的违约行为给权利人造成损害的，权利人还可以行使赔偿请求权，要求对方承担赔偿责任，以利其及时获得赔偿和更有效地维护自己的合法权益。但笔者认为，如果授予先履行方有选择法条的权利，那么难免会导致其滥用合同的解除权，与立法精神相佐。因为在纷繁复杂的合同实务中，先履行方出于自身利益的考虑，难免会以不安抗辩为借口，直接援引第94条第二款与第108条的规定来解除合同，达到毁约的目的，这就会使第69条规定的先履行方在履行不安抗辩权时应当负有举证和通知义务等旨在保障后履行方权利的措施形同虚设，难以对后履行方期限利益进行有效保护，同时，先履行方滥用合同解除权，会降低履约率，这也与合同法促进履约率的立法目的背道而驰。笔者认为，为了维护法律结构的严密性，我们就必须从根本上消除分别适用第68条和第108条及第94条第二项所产生的法律冲突。《合同法》为我国基本法，有鉴于法律的严肃性，是不应该也不可能朝立夕改的，而法律解释的功能也已从单纯探求法律规定意旨扩展到进而对法律进行漏洞补充、价值补充等诸多方面，所以，在现行制度规定的基础上，借助立法解释或者司法解释来协调不安抗辩权与预期违约两种制度的运用，不失为一个行之有效的办法。笔者建议，可以以认定不安抗辩权的标准来规定预期违约制度，吸收两种制度的精华，使之既具体又易操作。也就是说在合同法“违约责任”中另辟条文，对预期违约作出专门规定，将“一方以自己的行为表明不履行义务”纳入预期违约的适用范围，并使预期违约与不安抗辩权在救济方式上趋于相同或

类似，形成互补。2、举证责任要求过于严格对于先履行方行使不安抗辩权前的举证责任问题，虽然我国《合同法》中的不安抗辩权制度是参照了大陆法系不安抗辩权及英美法系的预期违约制度的规定，但标准与大陆法系和英美法系国家的要求是不同的。在大陆法系国家，抗辩人只要证明对方的“财产显形减少”到令人以为将不能履行债务的证据就可以行使不安抗辩权，无须证明“财产显形减少”的直接原因；而在英美法系国家，也只要有“合理理由”认为对方将不能正常履约即可主张对方默示预期违约。由此可见，大陆法系和英美法系对于财产状况恶化采用的是主观判断，举证责任较轻。然而，我国《合同法》第68条规定先履行方必须有“确切证据证明”对方有法律规定的四种情形时，才能主张行使不安抗辩权。可见，我国《合同法》使用了“确切证据”标准，而不能凭主观猜测。笔者认为，在先履行方举证责任问题上，采用“确切证据”的标准实在是过于严格。因为，虽然说《合同法》采用“确切证据”的标准是为了防止不安抗辩权制度在实践中被滥用，但是我们也应该看到，在当今这个充分保护各种信息资源的社会，要取得“确切证据”并非是件易事，况且说我国目前的法制环境还不完善，当事人一方要通过正规渠道掌握“确切证据”是相当困难的，极有可能会人为地带出许多新的社会问题，如通过非法手段获取对方的资产不良变动信息将涉及侵犯对方商业秘密问题等；同时，这种过于严格的举证责任，实质上是几乎等于剥夺了当事人行使不安抗辩权的机会，这明显有违设立不安抗辩权的初衷，严重扭曲了不安抗辩权制度创设之精神，损害了该制度价值功能的实现。正如立法初衷，如果仅凭主观的猜测

就可以行使不安抗辩权，的确容易造成先履行方滥用该项权利；但同时，如上所述，举证责任的过于严格也将带来许多不利的后果。有鉴于此，笔者认为，可以在先履行方在具备基本证据的前提下，允许其向法院申请调查对方的资产负债、经营状况等方面的材料，把这一责任转交给法院，同时规定行使权利一方在负一定举证责任的同时，对方再负一定的反证责任。

3、法条用词的模糊性 以概念法学为基础建立的中国法律体系而言，无具体规定则会产生适用上的重大缺陷，是法律漏洞，往往会造成认定上的困难。而我国《合同法》的不安抗辩权制度却恰恰忽视了这一点，在许多方面都无明确或具体的规定，有些甚至用极为模糊的词句代替，这使得在具体的司法实践中难以实际操作与认定。在此，笔者现就不安抗辩权条文中存在问题与缺陷以及解决途径阐述如下：

(1)、适当担保的确定问题。所谓担保，包括人的担保和物的担保两种，这应是无疑的。但对于“适当担保”的“适当”程度，法律并没有做出明确的规定，通常理解应为与债务“相当”、“足够”，但实际上“适当”不等于“足够”。这就给先履行方留下了可乘之机。先履行一方可以以担保不适当为名拒绝履行其本不愿履行的合同，从而造成后履行一方的损失。建议最高院在进行司法解释时，对此进一步的明确界定。

(2)、提供担保的期限的确定问题。我国《合同法》将之界定为“合理期限”，至于“合理期限”为何则无进一步界定。笔者认为，可以根据合同法的立法精神和合同自由原则，并参考国外的有关立法例，宜采取司法解释确定与当事人约定相结合的办法，即由最高法院做出司法解释，对“合理期限”的最长期限进行规定（可以移植英美法的30天）

；同时允许当事人自行约定“合理期限”的具体时间（对于当事人双方约定合理期限的，规定其上限可以不受30日的限制）。(3)、关于提供担保后继续履行合同的期限，《合同法》无具体规定。笔者认为，由于实践中，一方要求提供担保而另一方确实提供了充分的担保，这表明双方对实现合同目的存有较高的期望值。因而继续履行期限的确定，应以确保合同的实际履行为价值目标，将合同继续履行的履行期限交由双方当事人重新协商约定为佳。参考：1 苏惠祥，《中国当代合同法论》吉林大学出版社，1992年，P164 2 史尚宽，《债法总论》中国政法大学出版社，2000年，P588 3 李永军，《合同法原理.北京》中国人民公安大学出版社，1999年，P515 4 冯建平，《不安抗辩权的法律性质及适用》，2000年12月8日《人民法院报》，5 王利明、崔建远，《合同法新论?总则》中国政法大学出版社，P354 6 谢怀?等，《合同法原理.北京》法律出版社，2000年，P282 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com