

朱广新:先履行抗辩权之探究 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E6_9C_B1_E5_B9_BF_E6_96_B0__c122_486363.htm 【摘要】在大陆法上，先履行抗辩其实是合同不履行的抗辩或同时履行的抗辩的内涵之一。《国际商事合同通则》第7.1.3条首次将先履行抗辩权规定为一项独立规则，我国《合同法》为矫正司法实践对双务合同之牵连性的认识缺陷，借鉴《国际商事合同通则》第7.1.3条，对先履行抗辩权作出了明确规定；因此，先履行抗辩权并非《合同法》所独创。《合同法》应借鉴大陆法的做法，将诚信原则明定为判断后给付一方能否行使先履行抗辩权的基础。为避免合同关系陷于僵持状态，先履行抗辩权在行使上应注意与合同解除制度相匹配。先履行抗辩权是对《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第六十七条的学理概括。[1]检索罗马法以降的大陆法之债法的概念体系，无从发现先履行抗辩权这个概念，更遑论有关该概念的细致分析了。我国有学者因此断言，先履行抗辩权是《合同法》的首创。但令人颇感意外的是，在《合同法》制定前，我国民法学界从未有人对该概念作过分析；《合同法》颁布后，除了教科书上的介绍外，也鲜有人对该概念的渊源、实质构成及法律效果等问题作过深入探讨。此种状况使人难免发出这样的疑问：大陆法的其他国家或地区为何未明文规定先履行抗辩权？《合同法》规定这种权利的原因何在？如何理解该权利的实质构成要件？

一、先履行抗辩权之由来----

理论基础及立法例之变迁

有些学者认为，先履行抗辩权“是在同时履行抗辩权和不安抗辩权之外所新增加的抗辩

，也是一项为我国合同法所独创的抗辩制度” [2]。为弄清该断言之真伪与《合同法》规定该种权利之原由，有必要重新审视大陆法关于“合同不履行的抗辩”的理论基础及立法例之变迁。（一）合同不履行抗辩制度的普适性“合同不履行的抗辩”（*exceptio non adimpleti contractus*）概念来自于中世纪的罗马法。[3]在古罗马法中，审判员只是在诚信诉讼（*action bonae fidei*）中，斟酌案情实际，秉执诚实信用，将双务合同中一方当事人的义务看做对方义务的对应物，个别性地赋予一方当事人抗辩对方请求的权利。除此之外，罗马人一般将双务合同视为两个独立的单务合同，因此，双务合同中当事人之债务具有牵连关系的思想并未在罗马法上全面确立。[4]对合同不履行的抗辩规则的系统形成产生根本影响的是中世纪新商法的权利互惠性原则，在此原则下，交换与均等的观念被给予积极普遍的强调。双务合同中双方当事人的对待给付义务的交换性也因此得到普遍重视。[5]法国民法虽仅零星地规定了买卖（第1612条、第1613条和第1653条）、互易（第1704条）合同中的合同不履行的抗辩规则，但其在判例与学说上完全继受了罗马法的合同不履行的抗辩思想，其突出表现为，法院仍然普遍地沿用拉丁文的*exceptio non adimpleti contractus*概念，尽管司法部力促法院不要这样做。[6]法国学者对合同不履行的抗辩也有深入探讨，对合同不履行的抗辩制度的理论基础，有人认为它是建立在双方债务的依赖原则（*principle of interdependence*）之上，有学者认为它建立在原因原则（*doctrine of cause*）之上。[7]法国法院在处理有关双务合同的纠纷时，则更倾向于强调双方当事人权利义务的关联性及当事人是否善意。[8]德国民法典不但

于其第320条、322条确立了合同不履行抗辩的一般规则，而且对合同不履行抗辩的基础也给予了详尽的阐发。德国学者拉伦茨（Karl - Larenz）认为，双务合同的基础是这样一项古老的规则：与则为取（eo ut es）。其含义为：一方当事人之所以使自己负担给付义务，旨在借此使对方当事人负有对待给付义务。一方当事人的给付与对方当事人的对待给付义务之间具有不可分离的关系，双方给付义务的相互关系是合同规则的实质。传统上，人们把这种相互关系称作双务合同之牵连性（synallagma），并进一步把它区分为发生上的牵连性、功能上的牵连性（das genetische und das funktionelle Synallagma）。[9]前者是指，一方当事人的给付义务不产生，对方当事人的对待给付义务也不发生；后者是指，当双务合同产生效力后，一方当事人在对方当事人履行债务之前可拒绝自己的履行。[10]我国台湾地区民法典第二百六十四条继受了德国民法第320条的规定，对该条的规定，王泽鉴先生明确指出：第二百六十四条所规定的同时履行抗辩权是双务合同双方给付义务在功能上具有牵连性的表现。诚实信用是同时履行抗辩权的基础，具体表现为“一手交钱、一手交货”的公平观念，它具有双重机能：担保自己债权的实现，迫使他方履行合同。[11]另外，瑞士债务法第82条、日本民法第533条对合同不履行的抗辩规则也有明确规定。在英国法中，关于双务合同中对待给付义务之间的依赖关系问题直到16世纪末期才被人提出，在此之前的理论认为，双务合同中双方当事人的对待给付义务是互相独立的（independent）。[12]对双务合同中双方债务的依赖关系，英国与美国法均以“条件”理论予以分析。具体表现为：在双务合同中，双方

当事人的对待给付义务互为条件，一方当事人不履行自己所负债务也没有理由要求对方履行债务。根据双方债务的履行顺序，该“条件”又可分为两类：一是对应同时履行的双务合同，双方的债务互为“对流条件”（concurrent condition），一方当事人未履行或未提出履行自己负担的债务，对方当事人不负有不履行债务的责任；二是对有先后履行顺序的双务合同，应先履行的一方当事人的债务是后履行一方债务的“先决条件”（condition precedent），先履行一方当事人未履行自己债务的，后履行一方不承担履行责任。[13] 由上可知，合同不履行的抗辩制度具有明显的普适性，就先履行抗辩权而言，大陆法各国的民法典对其确实无具体、明确的规定，英美法上合同履行中的“先决条件”理论表达的其实就是先履行抗辩规则。从社会事实角度分析，先履行抗辩权所规范的内容是合同履行中的普遍现象。擅长理性思维、崇尚将法律规则予以法典化处理的大陆法为何不像英美法那样对合同履行中的先履行抗辩规则作出清晰的规定？（二）大陆法未明确规定先履行抗辩权之原由 合同不履行抗辩制度具有普适性，尤其是当交易观念被输入近代合同法之中以来；但是，就各国立法实际而言，制度的普适性并不意味着，作为制度具体表现形式的法律规则或概念在表达样式上应整齐划一。仅就大陆法来看，“合同不履行的抗辩”在概念形式上经历了一些明显变迁，像同时履行抗辩权这样的概念只是日本民法对法、德民法概念一种改造。罗马法并未区别双务合同履行中的抗辩形态，只是使用了“合同不履行的抗辩”（exceptio non adimpleti contractus）这个种概念。法国与德国民法直接继受了合同不履行的抗辩的罗马法概念，比如，德

国民法典明确将其第320条命名为“合同不履行的抗辩”（Einrede des nicht erfüllten Vertrages）。[14]瑞士债务法第82条是对合同不履行的抗辩的规定，其被命名为“双务合同的履行”，其内容与法、德如出一辙。与法国民法显著不同的是，德国、瑞士民法在“合同不履行的抗辩”之外，建立了“不安抗辩权”规则，丰富了合同不履行的抗辩制度。我国合同法上为大家熟知的“同时履行抗辩权”概念在立法上的首次出现，是《日本民法典》第533条的规定[15]，受日本民法的影响，我国台湾地区民法典也直接将其第264条命名为“双务契约之同时履行抗辩权”。众所周知，我国大陆民法学的绝大多数概念均直接抄自于我国台湾地区民法或日本民法，同时履行抗辩权概念也不例外。同时履行抗辩权与合同不履行的抗辩看似两个截然不同的概念，但就它们所规范的社会事实而言，其实并不存在什么差异。以德国与我国台湾民法的规定为例，德国民法第320条第1款规定：“因双务合同而负有义务的人，在另一方当事人履行对待给付之前，可以拒绝履行自己的给付，但自己负有先行给付义务的除外。”上述规定的适用前提可由但书明显看出：一方当事人拒绝履行之前提是，另一方当事人应负有先行或同时给付的义务。我国台湾地区民法第二百六十四条第一款规定：“因契约互负债务者，于他方当事人未为对待给付前，得拒绝自己之给付。但自己有先为给付之义务者，不在此限。”除命名相异外，上述两规定一致性令人一目了然。对于同时履行抗辩权的适用前提，史尚宽先生指出，它主要适用于两种情形：一是当事人一方须先为给付的情形，二是双方应当同时履行的情形。[16]由此可见，同时履行抗辩权所规范的内容并非概念

本身所揭示的那样，仅仅适用于应当同时履行的双务合同，对于先行履行的双务合同，先给付一方未履行其义务时，同样属于同时履行抗辩权的效力范围。如此而言，日本、我国台湾地区民法为何不像法国、德国民法那样使用“合同不履行的抗辩”概念，而使用有些名不符实的“同时履行抗辩权”，道理其实很简单，既然在应同时履行债务的情况下，当事人一方在对方未履行债务或未提出履行债务时，可提出抗辩；那么，根据“举轻以明重”的法解释规则，在一方当事人应先行履行债务而不履行时，对方当事人应更有理由予以抗辩。将先履行抗辩规则纳入到同时履行抗辩权概念中的另外一个重要理由是，先履行抗辩规则在适用上会转化为同时履行抗辩规则。具体而言，在后履行义务的一方行使（内文打印不清，请核）履行一方所负债务已届清偿期时，先履行一方在负担逾期履行的赔偿责任前提下，可要求后履行一方同时履行债务，此时，双方当事人之间的给付义务在履行上形成互为抗辩关系，一方不履行债务时，对方可拒绝履行自己的债务。总之，大陆法的合同规则并不是缺乏先履行抗辩规则，从法规则自身的逻辑性、简练性要求考虑，先履行抗辩规则无单独规定的必要，这也充分说明了，先履行抗辩权概念为何在大陆法上没有成为一个独立的民法概念。既然如此，《合同法》为什么未遵循大陆法传统的做法，将先履行抗辩规则独立化呢？

（三）规定先履行抗辩权之根由 将先履行抗辩权予以明确规定，并非《合同法》之独创，即使将以判例法为法律表现形式的英美法上的“先决条件”规则排除在外，我们仍可在《国际商事合同通则》第7-1-3条找到对先履行抗辩权作出明确、单独规定的立法例。《国际商事合

同通则》第7-1-3条将大陆法上合同不履行的抗辩规则拆分为两个独立条款，其第1款规定，凡当事人各方应同时履行合同义务的，任何一方当事人可在另一方当事人提供履行前拒绝履行；第2款规定，凡当事人各方应相继履行合同义务的，后履行一方当事人可在应先行履行的一方当事人完成履行之前拒绝履行。上述规定的正式注释指出：“本条与救济方法有关，并且实际上是与大陆法的不履行合同的抗辩的概念（*exceptio non adimp leti contractus*）相一致的。”[17]在1997年5月公布的《合同法（征求意见稿）》的讨论中，有人认为，合同法应规定先履行抗辩权，因为我国司法实践中存在这样的情况：当后给付一方当事人因先给付一方当事人的违约而拒绝履行自己的债务时，法院却认为后给付一方当事人的行为也属于违约。对如何规定先履行抗辩权，有人提出了两种方案：一种是借鉴日本、我国台湾地区民法的立法例，将先履行抗辩规则囊括在同时履行抗辩权之内；另一种是建议借鉴《国际商事合同通则》第7-1-3条的做法，分别规定同时履行抗辩规则和先履行抗辩规则。立法机关最后采纳了后一种意见，《合同法》第七十六条的规定就是这种意见的具体内容。[18]由此可知，在《合同法》颁布之前，我国民法对双务合同的认知尚存在两种缺陷：一是双务合同之牵连性的思想并未被我国司法实践完全接受，一些法官仍习惯于将双务合同中当事人互负的对待给付义务视为彼此独立的两项债务，因此，即使先履行一方违约了，后履行一方仍应按照原有约定履行自己所负担的债务，否则，其行为则构成对先履行一方的违约；二是民法学界对“同时履行抗辩权”存在望文生义的简单理解，将继受于日本法的“同时履行抗辩

权”理解为仅仅适用于双方应同时履行的双方合同。[19]在以上思想支配下，双方违约在《合同法》颁布前成为我国合同法理论与实践上一个重要的法律问题。先履行抗辩权在《合同法》上的确立，标志着我国合同法理论在司法实践的协力之下克服了对双务合同之牵连性的狭隘认识，弥补了片面理解同时履行抗辩权所造成的制度缺陷，就此而言，规定先履行抗辩权具有明显的“补漏”意义，谈不上有任何制度创新意义。先履行抗辩权为《合同法》所独创的观点，明显经不起推敲。

二、先履行抗辩权实质构成要件的认定

当事人因同一双务合同互负对待给付义务，且对待给付义务在时间上有先后之分，是先履行抗辩权成立的前提条件，对此无深入讨论的必要。从法律适用的角度看，在先给付一方完全未履行债务时，后给付一方当事人可拒绝履行自己的债务，这种情形下的先履行抗辩权，比较容易判断；当先行给付一方当事人的履行不符合约定或规定的标准时，后给付一方在何种情况下可予以抗辩，则成为先履行抗辩权中的疑难问题，各国对此问题的解决办法也很不一致；因此，非常有必要对此作出深入分析。

（一）相关立法例之考察

1. 大陆法 根据《德国民法典》第320条第2款的规定，“另一方当事人已履行部分给付的，根据情况，特别是因迟延部分无足轻重时，当事人一方如果拒绝履行对待给付有违诚实信用原则的，即不得拒绝履行”。我国台湾民法第264条第2款规定，“他方当事人已为部分之给付时，依其情形，如拒绝自己之给付有违背诚实及信用者，不得拒绝自己之给付”。可见，在先给付一方当事人部分履行时，后给付一方当事人并非当然获得拒绝给付的权利，只有其拒绝履行对待给付义务不违背诚实信用

原则时，后给付一方当事人方可拒绝履行。有疑问的是，当先给付一方当事人为瑕疵履行时，后给付一方当事人可否行使拒绝履行抗辩权？王泽鉴先生在解释我国台湾民法第二百六十四条所规定的“部分之给付”时认为，部分之给付，是指给付之数量而言，但因第二百六十四条是建立在诚实信用的基础上；因此，第二百六十四条第二项的规定其实是在于起特别强调作用，其适用范围并不仅限于“部分之给付”，先给付一方当事人的履行虽有瑕疵，但后给付一方当事人拒绝自己的给付，如违背诚实信用原则时，应不允许行使。

[20]孙森焱先生认为：“所谓‘部分之给付’，系包括瑕疵之给付，因为当事人可另行主张瑕疵担保以资救济，实属另一个问题，不可径行拒绝自己全部之对待给付。”[21]在德国，一般认为，瑕疵履行在第320条第2款规定的范围内相当于部分履行。德国法院把拒绝给付的抗辩权理解为一种迫使对方履行的工具，并因而对第320条第2款采取狭义的解释。当先行给付一方当事人未完成的履行或履行之瑕疵比较小，而其至少又愿意弥补该瑕疵时，后给付一方当事人不得拒绝履行。在决定适用诚信原则时，法院可考虑案件的一般情况，包括履行迟延的时间长度、当事人间关系的恶化状况。

[22]日本民法无上述类似规定，日本学者我妻荣认为，“一方当事人已为一部之给付，可认其余部分甚少，或由契约之目的观之，乃非重要之部分时，如认为对相对人有拒绝给付之抗辩权，则为信义衡平之原则所不许故也。日本学说及判例亦承认之”[23]。法国学说认为，当事人行使合同不履行的抗辩权除必须是出于善意（即行使抗辩权的一方对于相对方不履行义务不具有过错）之外，还必须存在相对方有不履

行义务的行为，并且，“义务人不履行义务须性质严重，亦即一方行使抗辩权与另一方不履行义务之间，在性质和‘量’上应具有一定的比例”[24]。

2. 英美法 在英国，对劳动合同，法院适用“实质履行”原则（doctrine of substantial performance）。此规则的法律效果为：严格履行（exact performance）并非雇主付款义务的先决条件，付款的先决条件是工作已被实质地完成。雇主可因雇员的履行瑕疵，从价格上扣除损失。通常，损失将是工作由第三人完成的成本。对实质履行原则而言，如法官指出的那样，一旦工作被实质地完成，完成者即可获得对价。实质履行原则只是一个概括的原则，当事人可特别规定，作为付款的先决条件，工作须严格完成。实质履行原则是否仅仅适用于工作已经被完成但该工作的一部分存在瑕疵的情况，还是其他可适用于工作的一部分根本没有完成的情况？“对于‘不可分债务’（entire obligations），无‘实质履行’适用的空间。”法院已经在工作的一些部分未被完成的案件中适用该原则。[25]除“实质履行”原则外，英国法还有一个可适用于所有合同的方法。其判断标准是，未被履行的合同条款是一个“条件”条款（condition），或者是一个“担保”条款（warranty）。英国《1979年货物买卖法》第11条第2款对条件和担保的区别作出了明确规定，即，买卖合同中的一项规定如果是一个条件条款，违反它可能会产生一项视为合同被抛弃的权利；或者，如果是一个担保条款，违反它可能产生一项损害赔偿请求权，但不能产生拒绝货物和把合同视为已被抛弃的权利。一项规定是条件条款还是担保条款，在每一个案件中取决于对合同的解释。一项规定虽然在合同中被称为担保条款，

但也可能构成一个条件条款。但是，英国法院却发现条件和担保的区分太过于僵硬，以至于在所有案件中不能产生令人满意的结果。英国学者认为，英国法的上述规定，与德国法相比，相当不精巧。一方面，因无诚实信用原则，一方当事人能拒绝履行的价值可大于对方未履行的债务；另一方面，因采取一个标准来判断当事人是否可拒绝履行与是否可终止合同（解除），相比于大陆法，英国法的做法可能会减损拒绝履行规则的适用性。因此，比较而言，德国法的诚实信用标准看起来更为灵活。[26] 美国法没有“条件条款”与“担保条款”的区分及规定，对于先履行抗辩，其法律思维及规则体系表现为如下特点：首先，美国法将合同区别为不可分合同（entire contract）与可分合同（divisible contract），前者是一个一次履行完毕的合同，后者是一个可分开或分期分批履行的合同。如果履行是可分的，先给付一方只是存在部分不履行的问题，后给付一方只能拒绝履行与未履行部分相当的债务。其次，即使先给付一方违约，如果后给付一方对先给付一方的违约放弃权利（waiver of a contract），后给付一方当事人不得行使拒绝履行抗辩权。如甲雇佣乙美化房屋，费用为2400元。当乙一周后完成工作后，甲对此并不满意。乙提出重做工作的一些部分，但甲说，他太反感，愿意接受现在的工作。当乙要求甲支付报酬时，甲说乙的工作不令人满意从而拒绝支付。此种情况下，甲通过接受工作放弃了对乙违约的权利。再次，可适用禁反悔（estoppel）规则。不像放弃规则，禁反悔不考虑非违约方的积极行为，它强调违约方对非违约方行为的合理信赖。例如，假定在前述案件中，甲已经观察到了乙的工作，并仅在乙的工作完成之后才表

明不满。乙确实违约了，甲知之却一言不发，乙信赖了甲的不主张自己权利的行为，其后，甲不得主张说乙违约了，并要求原有的合同权利。在美国法上，后给付一方并非对先给付方的任何违约行为均可拒绝履行，先给付一方当事人的违约必须相当严重。如何判断违约的严重性？对于提供服务的合同，美国同样适用“实质履行”规则，尤其是建筑合同。什么履行可构成实质性履行？美国判例认为这是一个事实问题，其确定取决于案件的实情。在实践中，当事人双方的具体状况对决定该问题起着至关重要的作用。另外，受害方的情况也相当重要。法院要考虑，受害方有理由从该交易中获得的利益有多少已经实现。要回答该问题，法院必须考察受害方签订合同的目的是什么。法院经常说，如果完成的工程的缺陷是结构上的，建筑人便没有实质性地履行合同。此外，也考虑受害方通过金钱赔偿能够得到多大程度的补偿。受害方通过金钱赔偿可以获得补偿的程度越高，法院就越有可能认为，违约方已经实质性地履行了其合同义务。[27]如果是雇佣合同，适用“轻微违约”的概念，即在雇员轻微违约时，雇主不得拒绝履行，即使雇员为完全履行。如果是买卖合同，适用“完美（无瑕疵）提供规则”（the perfect tender rule）。《统一商法典》第2-601条规定了当货物不符合完美提供规则时的法律后果。根据该规定，如果卖方交货或提示交货在任何方面不符合合同，买方可以拒收全部货物，应首先适用第2-601条的规定，二是如买方根据第4601条行使了权利，买方享有纠正不当履行的权利，三是买方的拒绝履行权利可以合同加以排除。从上述各国或地区的立法、判例或学说来看，两大法系均强调应依据个案实际来判别是否允许后给付一

方在先给付一方不完全履行时拒绝履行其债务。比较来看，大陆法侧重于依赖诚实信用原则灵活地判断后给付一方能否行使拒绝履行抗辩权，而英美法更多地注重个案判断，由此也导致法律规则的杂乱。因合同类型林林总总，当事人的履行状况也千差万异，通过诚实信用原则授予法官一种依据个案判断后给付一方是否可行使拒绝履行抗辩权的自由裁量权比较合理。（二）《合同法》第六十七条规定的缺陷 《合同法》第六十七条的规定，沿袭了两大法系的思路，即，将先给付一方的违约细分为不履行和不合同约定的履行。对于不合同约定的履行，《合同法》第六十七条第二句的规定与德国、我国台湾法的规定存在两点显著差别：一是以概括的“不合同约定的履行”的用语取代了“部分履行”的用语，二是未明确规定诚实信用原则可作为判断后给付一方拒绝履行是否合理的标准。因“不合同约定的履行”在外延上可包括部分履行、瑕疵履行等履行障碍情形，所以，该规定消除了德国、我国台湾地区民法中应如何解释“部分履行”的烦恼。但是，相比于德国民法，第六十七条的规定制造了另外一个难题，即，根据第六十七条的规定，后给付一方的拒绝履行应与先给付一方的不合同约定的履行相适应。如何判断不合同约定的履行与拒绝履行是否“相适应”？根据两大法系上述国家的相关立法例或判例，对第六十七条的规定大致可作如下两方面的分析：1. 双方当事人的债务均为可分之债时，当先给付一方当事人部分履行时，后给付一方即可拒绝其相应的债务履行。此时双方当事人的履行大体上可以计算、比较。这种情况仅仅适用于先给付一方不完全履行之场合，并且双方债务均为可分之债。其实，该情形并不普遍。2. 对于瑕疵

履行和有一方当事人的债务为不可分之债的场合。先给付一方瑕疵履行或不完全履行时，后给付一方在多大程度上可拒绝履行，并不存在明确的可予以计算的标准，英美法对此中的服务性合同确立了极具灵活性的“实质履行”原则，其他合同只能以交易习惯或一般法观念来把握。既然判断标准不可避免地求助于一般原则，何不像德国法那样，将诚实信用原则作为行使履行抗辩权的基础？以此而言，《合同法》第六十七条的规定不但未超越大陆法既有的成熟立法例，而且制造了更大麻烦。如何借助比较法的方法，将第六十七条规定应用于司法实践，是合同法学者必须作出回答的一种重要问题。（三）建议从法适用的角度看，英美法类型化处理的判例经验值得借鉴。对于提供服务或工作的合同类型，因服务或工作在性质上难以分割履行，以“实质履行”原则作为认定行使履行抗辩权的基准比较合理。在判断先给付一方的履行是否构成实质履行时，美国法所采取的“依据个案判断”的做法，相比于英国法要灵活许多，也比较类似于大陆法诚实信用原则的具体适用状况。对于买卖合同，当先给付一方为瑕疵给付时，后给付一方可拒绝履行全部债务。孙森焱先生认为，因后给付一方可根据瑕疵担保责任保护自己的权益，因而否认后给付一方可拒绝全部履行。本文不赞成该观点。法律设置拒绝履行抗辩制度的目的，在于让合同当事人以自助（self-help）方式，及时、便捷地保护自己的权利，以达诉讼经济的目的。[28]但是，上述规则也有例外，即：（1）对于分期分批的合同，应根据法律的特别规定来处理；（2）当先给付一方履行有瑕疵时，如果在后给付一方当事人的对待给付义务到期前，先给付一方可加以补正。互易、承揽

合同同样可适用上述规则。为克服第六十七条规定的严格、僵化，《合同法》第六十条规定的“诚信履行原则”可配合第六十七条予以适用，未来编纂民法典时，应借鉴德国民法的规定，将诚实信用原则明确规定为先履行抗辩权的适用原则。

三、先履行抗辩权与相关规则的联用 先履行抗辩权，在效力上，赋予了后给付一方一种中止履行权。该权利在性质上具有消极防御的特点，在作用上具有迫使对方积极履行债务的功用，在效力上只是使对方权利的效力向后延伸，并不导致对方当事人债务的消灭。除此之外，先履行抗辩权在行使后果上还有两个问题值得指出。

1. 行使中止权所产生的事实状态具有暂时性。因中止权的效力只能导致后给付一方的债务向后延展，因此，行使中止权的初始效果是，双方当事人的合同关系将持续存在。当事人债务关系的持续状态不是毫无期限地存在，其最终会向两个方向发展：一是迫于后给付一方行使中止权的压力，先给付一方履行了债务，后给付一方也同时履行了自己的债务，合同关系因而消灭；二是先给付一方的违约构成“根本违约”时，后给付一方可根据《合同法》第九十四条的规定解除合同。必须注意的是，在后给付一方行使中止权的压力下，先给付一方如同意履行自己的债务，因后给付一方的债务也已过清偿期，双方当事人原则上应同时履行各自债务，因此，行使先履行抗辩权会导致同时履行抗辩权之适用。不过，此情况下的同时履行抗辩权，并不完全相同于应同时履行债务条件下行使的同时履行抗辩权，因为，先给付一方对后给付一方负有迟延履行责任。为保全后给付一方的利益，先给付一方在履行自己所负原有债务之同时，应一并履行迟延赔偿责任；否则，后给付一方

可中止自己债务的履行。2. 中止权是一种法定权利，行使中止权，具有阻却违法的效果；因此，对后给付一方而言，行使中止权即使致使其所负债务超过了原定履行期限，该逾期在性质上并不属于迟延履行，当然无所谓“双方违约”之问题。应提出的一个问题是，在后给付一方行使先履行抗辩权期间，如发生不可抗力致使当事人一方或双方全部或部分丧失债务履行能力时，当事人间的合同关系应如何处理？根据《合同法》第一百一十七条的规定，对此问题可分如下两方面来考虑：（1）先给付一方因不可抗力部分或全部不能履行义务的，因该不可抗力发生于当事人迟延履行之后，先给付一方不能以不可抗力免除责任。（2）后给付一方因不可抗力部分或全部不能履行义务的，因该不可抗力发生于当事人行使正当权利期间，后给付一方可以不可抗力免除部分或全部给付义务。后给付一方的给付义务部分或全部被免除的，先履行方所负给付义务，可在同等范围内被免除；但无论如何，先给付一方应负的迟延履行责任不得免除。【注释】作者单位：中南财经政法大学[1]《合同法》第六十七条规定：“当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。”关于该条文的规范名称，学者间至今仍未达成共识，有人将其概括为“先履行抗辩权”，有人将其命名为“后履行债务抗辩权”。抗辩权本质上是一方当事人对他方当事人之权利请求的一种对抗，该对抗一般源于对方权利请求的非正当性；基于此，突出他方当事人行为的特点是民法中各类型抗辩权命名的主要思路，像同时履行抗辩权、不安抗辩权、先诉

抗辩权，等等。基于此，笔者赞成使用“先履行抗辩权”这个概念。[2]王利明.违约责任论[M].北京：中国政法大学出版社，2000；崔建远.新合同法原理与案例评释（上册）[M].长春：吉林大学出版社，1999.[3] See Barry Nicholas, The French Law of Contract, second Edition, Clarendon Press Oxford, 1992, p. 213. 我国学者周楠与黄风先生也认为，罗马法存在合同不履行的抗辩规则，但二者均未明确指出合同不履行的抗辩规则形成于何时。参见周楠：《罗马法原论》，下册，商务印书馆1994年版，第659、661、662页；黄风编著：《罗马法词典》，法律出版社2002年版，第106、107页。[4] Norbert Horn, Hein Kötz, Denis Tallon, Contract Law, Hart Publishing, 2002.[23] Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz, Denis Tallon, Contract Law, Hart Publishing, 2002.[27] Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts (Allgemeiner Teil), Dreizehnte, neubearbeitete Auflage, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982, Seite 187 ~ 189.[28] Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts (Allgemeiner Teil), Dreizehnte, neubearbeitete Auflage, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982, Seite 187 ~ 189. 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