

# 不安抗辩权与预期违约比较研究

朱逸天

(华东政法大学 法律学院, 上海 200333)

**摘要:** 规定于我国《合同法》第 68、69、94、108 条的不安抗辩权与预期违约制度, 其概念和适用范围与两大法系传统意义上的有所不同。在我国《合同法》现行框架下二者存在重合适用的争议, 可通过解释论予以区分。区分之关键点在于对期前不履行方主观状态的探索, 并以此区分履行不能和拒绝履行。二者在救济手段上有所区别: 预期违约的解除和违约责任更为直接, 不安抗辩权产生的解除权在特定情况下亦可根据 107 条要求违约损害赔偿。

**关键词:** 不安抗辩权; 预期违约; 预期不履行; 履约担保; 期前解除

**中图分类号:** D923.6 **文献标识码:** A **文章编号:** 1674-5639 (2019) 04-0067-07

**DOI:** 10.14091/j.cnki.kmxyxb.2019.04.011

## Research on Differences between Unsafe Right of Defense and Anticipatory Breach

ZHU Yitian

(East China University of Political Science and Law, Shanghai, China 200333)

**Abstract:** The unsafe right of defense and the system of anticipatory breach are stipulated in article 68, 69, 94 and 108 of the *Contract Law of China*, which are different from the concepts and scopes of application in the traditional sense of the two legal systems. Under the current framework of *China's contract law*, there are overlapping and applicable disputes, which can be distinguished by interpretation, and the key point of differentiation lies in the exploration of the subjective state of the party who fails to perform before the date, so as to distinguish the failure to perform from the refusal to perform. Their remedies are different, and the system of anticipatory breach's rescission and liability are more direct. Under certain circumstances, the right of rescission from unsafe right of defense can be required to compensate for breach of contract according to article 107.

**Key words:** unsafe right of defense; anticipatory breach; anticipated nonperformance; performance guarantee; rescission before term

### 一、引言

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第 68 条、69 条、94 条第 2 项、108 条规定了不安抗辩权制度和预期违约制度。二者的称谓分别移植自大陆法系和英美法系, 针对的都是履行期到来前一方确定或可能不履行债务的救济问题。因大陆法系一般只有不安抗辩权, 而英美法系只有预期违约制度, 所以在比较法上二者多有重合。两个制度乍看之下甚是相似, 但事实上各自针对的问题却有所不同: 在我国《合同法》下的不安抗辩权

针对期前履行不能, 预期违约针对期前拒绝履行。学界或有支持二者并行适用, 或有主张二者择一适用。描述不安抗辩权的条文中, 第 68 条第 2 款“转移财产、抽逃资金, 以逃避债务”引起的争论最多。许多学者认为其不应被囊括于不安抗辩权的制度设计之下; 同时, 对于不安抗辩权下的要求担保之催告, 可能会产生一个先履行债务人在不安抗辩权和预期违约解除权之间的选择权。本文在此尝试探讨二者在制度设计、适用范围和法律效果等方面的同异, 从解释论的角度出发探求两个制度区分和并存的法理。

收稿日期: 2019-03-05

作者简介: 朱逸天 (1994—), 男, 浙江宁波人, 学术型硕士研究生, 主要从事民商法研究。

## 二、不安抗辩权制度概述

### (一) 不安抗辩权的权利性质及构成

抗辩权,属于民事权利中的变动权,是指权利人用以对抗他人请求权之权利。抗辩权的作用在于防御而不在于攻击,因此必待他人之请求,始得对其行使抗辩权。<sup>[1]</sup>“防御性”是抗辩权的核心属性,故不安抗辩权作为抗辩权的一种,天然地只能是防御性权利。不安抗辩权制度滥觞于大陆法系,如《德国民法典》第321条、《瑞士债务法》第83条、台湾地区“民法典”第265条皆对此有明文规定。不安抗辩权发生于双务合同中双方债务异时履行的场合,如于合同订立后发现后履行一方当事人有丧失或可能丧失履行债务能力的情形,可能危及先履行一方当事人债权的实现,则允许先履行债务的当事人中止履行。<sup>[2]308-316</sup>不安抗辩权的权利构成如下:

首先,主体。不安抗辩权的主体只能是有先后履行顺序的双务合同中的先履行债务一方。不同于同时履行抗辩权,不安抗辩权主要针对的是异时履行的双务合同,先履行债务方本身因为合同性质的原因就要承受较后履行方更大的履约风险,故对于其合理的期待权需要特别保护。

其次,适用条件。《德国民法典》第321条表述的不安抗辩权如下:“因双务合同而有义务先履行给付的人,可以拒绝履行其所应履行的给付,前提是在合同订立后,如下情形变得明显:其对待给付请求权因另一方欠缺给付能力而受到危害。”即后履行债务人“欠缺给付能力”而使得先履行债务人“受到危害”。不安抗辩权在我国《合同法》中述于第68条:“应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情形之一的,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;(三)丧失商业信誉;(四)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。”从该条第四款的表述可知,前三条所述情形皆属于“丧失或者可能丧失履行债务能力”,质言之,依文义表述,要使不安抗辩权成就,要么后履行债务当事人确定丧失了履行债务能力,要么可能丧失了履行债务的能力,即陷入了预期的履行

不能。

同时,观《德国民法典》与我国《合同法》之规定,不安抗辩权首要的要求就是后履行债务人履行债务能力的欠缺。但是此能力欠缺的确定与否,皆应是从先履行债务人客观可得知的状态而言,并不涉及后履行债务当事人的主观状态;问题就在于68条第2款“转移财产,抽逃资金,以逃避债务”中“以逃避债务”是对后履行债务人主观状态的规定,当属于预期的默示拒绝履行,此条文述于不安抗辩权的构成要件之中似属不妥。

### (二) 不安抗辩权的担保要求

《合同法》第69条,即“当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的,应当及时通知对方。对方提供适当担保时,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”,规定了先履行债务人对后履行债务人的通知义务、担保请求权和基于不安抗辩权的法定解除权。担保通知义务系基于诚信原则而产生,目的在于使对方当事人获知先履行债务人的不安,并赋予其以担保行为来消除不安抗辩权的权利。

基于不安抗辩权担保而产生的是法定解除权,而不是使得合同自动解除,有学者称之为“催告解除权”<sup>[2]519</sup>。理由在于:存在不安抗辩事由的先履行债务人,其对后履行一方的担保请求权,除了保障自身债权得以实现之外,更多是为了探知对方履行债务的主观意图,明确其是否有继续遵守契约的主观意愿,从而决定是否要行使解除权(如若产生了的话),故催告以探知后履行方的真意。因为“未提供适当担保”可分为两种情形:一是基于自身能力确实无法提供担保,二是有能力担保但明示或默示地拒绝提供担保。对于第一种情形,可能后履行债务方主观上的确是想要履行债务但迫于现实财务状况无从担保,此时有尊重双务合同之意思自治的必要,如若主张不安抗辩权的先履行债务人愿意给机会,即可不必使合同解除。但是若是第二种情形,那么当事人主观违约的意思十分明确,已构成期前拒绝履行(预期违约),从而使得先履行方可径直行使解除权。此时的解除权是第94条第2款所规定的法定解除权,而非不安抗辩权下衍

生的解除权。

### （三）债权人期前保护的演变与发展

在德国旧债法体系下，不安抗辩权作为对履行期限届满前对债权人的保护制度，起初是与积极侵害债权制度一起发挥作用的。不安抗辩权在旧法 321 条中表述的适用条件是“合同订立后另一方的财产明显减少并危及对待给付的请求权”，其要求先履行债务人主动去察觉，且范围仅限于后履行债务人财产恶化的情形。而积极侵害债权这一违约形态，针对的情形为期前的后履行债务人明确拒绝履行，德国旧债法体系下，可类推适用旧法 326 条（关于给付迟延的规定）请求损害赔偿和解除合同。<sup>[3]</sup>质言之，在德国旧债法体系下，不安抗辩权和积极侵害债权，前者针对期前履行不能，后者内容上包括期前拒绝履行，两个制度加在一起方才构成对先履行债务人的期前保护。

经过债法修改后，德国新债法不再使用积极侵害债权的概念<sup>[4]</sup>，而是在新法第 323 条规定“解除的要件显然将要成就的，债权人在给付到期前即可解除合同”，将期前拒绝履行包括在统一的“义务违反”这一概念之下。义务违反，即“注重对合同义务的实际违反”<sup>[3]</sup>，是对合同履行的实然状态的探查，即使是期前拒绝履行也属于实际拒绝履行。不安抗辩权的修改使得其适用情形扩大为“当事人缺乏履行能力而危及其对待履行”，从而不再局限于财产恶化状态。同时新债法第 321 条增设规定，先履行一方要求后履行债务人提供担保，期满无果的，先履行债务人可要求解除合同，以此赋予了不安抗辩权一定意义上的积极权利，而不再是完全消极的防御功能。<sup>[5]</sup>自此，新债法体系下对履行期届满前债权人的保护趋于完善，通过不安抗辩权规制期前履行不能，通过延伸出的义务违反规则规制期前拒绝履行。

## 三、预期违约制度概述

### （一）预期违约的权利性质与构成

预期违约制度（anticipatory breach of contract）移植自英美法系。毋庸置疑，预期违约制度与不安抗辩权制度一样针对合同预期不履行这个大问题。

预期违约制度性质上属于违约责任制度范畴，它的权利性质与不安抗辩权的防御性截然相反，是一种主动的进攻性权利，不待对方发出请求自可主张，并且不仅仅发生阻碍对方履行请求权的效果，其法律效果是产生合同解除权和要求损害赔偿。

首先，主体。预期违约只要求是双务合同的任何一方即可，并不像不安抗辩权一般仅限于异时履行合同中先履行债务人行使。

其次，适用条件。英美法系以判例形式形成预期违约制度。1853 年英国的“霍克斯特诉德拉图尔”案，确定了一方当事人明确表示拒绝履行合同时另一方的预期违约诉权；1894 年英国的“辛格夫人诉辛格”案，则确定了一方当事人以自己的行为表示将不履行合同时另一方的预期违约诉权。以上属于传统的英美法系预期违约制度内容。而在美国《统一商法典》第 2-609 条中又使预期违约制度有了新的发展：“当事人有理由怀疑对方不能正常履行时，可中止履行，并以书面形式要求对方提供正常履约保证，若对方在合理期限内不提供担保则构成预期违约”。小结一下，英美法下预期违约制度的适用条件即：明确拒绝履行、以自己的行为表示不履行、当事人怀疑其将不履行时不提供担保三种情形。

### （二）预期违约的分类

传统学说认为，预期违约可分为明示与默示。有学者认为，传统的预期违约（即英国法上的两种）皆属于明示，美国《统一商法典》2-609 条属于默示。<sup>[3,6]</sup>而另有学者认为，传统预期违约制度之中仅有明确拒绝履行才是明示的预期违约，以自己行为表示不履行是默示的预期违约。<sup>[7]</sup>笔者在此赞同第二种论点。默示者，指由特定行为间接推知行为人的意思表示，明示与默示具同一表示价值。<sup>[8]</sup>行为人以自己的行为明确表示不履行债务，无论此行为多么地“明确”，只要非以语言文字的形式表示出来，那就只能是“推知”，质言之，只能属于默示，在此情形下，主张预期违约的一方当事人之主张绝不能是“他说他不要履行了”，而只会是“他肯定、绝对不会履行了”这样一种推知的他人意思表示。

至于美国法新发展出来的预期违约形态，笔者

认为不能单一地认为是明示还是默示的预期违约。上一段提及的美国法上的这种新形态叫做“充分履约担保制度”<sup>[9]</sup>。首先,觉察到不安事态的当事人要向另一方要求提供担保,这相当于一种意思通知,要求对方当事人给出明确的答复意思表示,如若对方明确表示不提供,那么就是明示的预期违约,但是如果对方置之不理,那就是默示的预期违约。故由此观之,仅以明示还是默示来分类预期违约,不能很好地将英美法中“预期违约”这个制度的类型区分开来,因为美国法下新发展的预期违约是渐进性的,类似大陆法系的不安抗辩权,先要求担保再主张违约,不像英国法那么直接。

另一种分类是将预期违约直接分为预期拒绝履行和预期不能履行。在此种分类下,英国法的明确拒绝履行和以自己的行为明确表示不履行都可归为预期拒绝履行,美国法下要求提供担保而拒绝提供、置之不理的,也属于预期拒绝履行,而主观上想继续合同、想提供担保但因客观原因无法提供的,则是预期不能履行。

### (三) 我国的预期违约相关规定

我国《合同法》中的预期违约制度规定于第94条第2项与第108条。第94条是《合同法》对于解除权的规定,第108条是对违约责任的规定。质言之,我国的预期违约制度产生的是法定解除权与违约损害赔偿。从第94条表述中可获知,我国的预期违约须满足的条件有:1. 履行期届满之前;2. 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。由此可知,预期违约的成立,主体上也如英美法系上一般不要求有特定的合同履行顺序,但是适用范围上除去了美国《统一商法典》2-609条的充分履约担保制度。我国的预期违约规定与英国法上的传统预期违约制度相同,只涵盖预期拒绝履行,且此种预期拒绝不要求主张权利的一方有任何如请求对方提供担保之类的前置性措施。

## 四、我国《合同法》框架下两个制度的洽和与冲突

应当看到,比较法上的不安抗辩权制度与预期违约制度都针对解决期前给付障碍问题,不安抗辩权注重解决一方有难为对待给付之虞的情形,传统的预期违约注重解决期前拒绝履行。单在比较法上

比较两个制度,的确会存在冲突,因为多数情况下一国仅采用一种制度来解决问题,如德国、瑞士仅采不安抗辩权制度外加义务违反规则,英国、美国仅采用广义上的预期违约制度。而事实上各国的制度都能较好地解决这个问题。德国新债法的“义务违反”概念包括了期前拒绝履行,美国对预期违约制度的创新也包括了期前履行不能。但在我国《合同法》框架下,理论上不安抗辩权制度解决的是预期履行不能的问题,预期违约制度解决的是预期拒绝履行的问题,二者合一共同构成对期前不履行这个大问题的解决模式。但事实上二者的司法适用经常存在冲突和重合,这和法条规定模糊不无关系,似也有一些立法技术上的不足之处。如:(2017)冀02民终4199号“赵屹与盈泽(唐山)金融服务有限公司安国友唐山展翅鸿叶商贸有限公司、安丽芹合同纠纷案”,将《合同法》第69条规定称为预期违约;(2017)粤20民终6971号“中山沃坦福精密模具有限公司与广东宁兴投资有限公司买卖合同纠纷上诉案”,将《合同法》第107条与第108条混合使用不区分预期违约与实际违约。诸如此类实务中对不安抗辩权与预期违约的认定界限模糊、适用的解除权与违约责任不统一之问题,亟待解决。

对于二者在我国《合同法》上的具体区分可描述如下:我国的不安抗辩权的救济方式是渐进性的,而第94条的预期违约是径直性的;不安抗辩权与默示的预期违约制度看似有所类似,但学理上二者应为不同的制度;基于第69条产生的解除权与基于第108条产生的解除权及各自的违约责任之产生都有不同的法理基础。

### (一) 两个制度总体上的同异

制度比较必须首先承认其可比性,也就是两个制度在一定程度上必有相似性。二者最大的相似性在于,比较法上的两个制度针对的大问题都是“预期不履行”,包括预期拒绝履行和预期履行不能。其次,救济措施上都有要求担保和合同解除权的规定。再次,两个制度都有针对异时履行中先履行债务人的特殊规定。相似之处虽有,但学术论文上对二者表述更多的是“差异”。述之如下:

适用主体上,不安抗辩权限于异时履行债务的

先履行债务人，预期违约无此限制；权利的发展史上，传统的不安抗辩权从预期履行不能着手，而传统的预期违约从预期拒绝履行着手；法律性质上如前所述，不安抗辩权重在防御，预期违约则主动出击；价值取向上，不安抗辩权重在保护先履行债务人的合同利益期待权，预期违约则更多体现出效率违约的法经济学取向；在侵害期待权的确定性上明显预期违约要高于不安抗辩，有学者论述这一点时先是提出二者的确定性不同，后又言二者的或然性基本相同<sup>[10]</sup>，在此笔者仅认同确定性不同的观点；二者对主观状态的要求不同，预期违约需要不履行方有明确拒绝的违约意思表示，不安抗辩则仅需引起了先履行债务人的“不安”。

但是最需指出的还是二者在救济模式上的不同。不安抗辩权较预期违约来得缓和一些，依旧体现出“渐进性”与“径直性”的区别。同时二者的解除权是性质不同的两个法定解除权，分别规定于69条和94条，违约责任产生的根据也不同。

## （二）“渐进性”与“径直性”

前文已提及，有学者提出，我国《合同法》下的不安抗辩权对预期不履行的救济是渐进性的，而预期违约对预期不履行的救济是径直性的。<sup>[9]</sup>此点可资赞同。

所谓不安抗辩权的渐进性，是指在第68条的不安抗辩权下，对先履行债务人的救济是渐进的。首先，当先履行债务人察知后履行债务人有预期不履行的事由时，先履行债务人获得的是一种防御作用的抗辩权，用以对抗本方履行期届满时对方的履行请求权，同时因合理顺延债务履行期限而不产生迟延履行后果。其次，以要求后履行债务人担保的方式进行类似催告的意思通知，此时已经有了一些主动进攻的感觉。再次，当后履行债务人“在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的”，则可主动行使中止履行情况下的法定解除权。由防御到主动，对于不安抗辩权人的法律保护是渐进性的。

比较法上，此渐进性并非不安抗辩权所固有，预期违约也存在渐进性，只不过并非我国规定的预期违约，而是英美法系下统称的“预期违约制度”，具体就是上文所提及的美国《统一商法典》

2-609条中的充分履约保障制度。故于此可知，不安抗辩权与预期违约的确存在比较法上的重合性，但是否在我国的特定法律体系下也存在重合？笔者于下文再述。

所谓预期违约的径直性，顾名思义，即一步到位。《合同法》第94条本身是法定解除权的规定条文，并没有特地单列出来说“本条第二款是预期违约产生的法定解除权”。事实上《合同法》通篇也未曾提及“预期违约”制度，只不过学界在研究该条解除权时，将这个特定的法定解除权称之为预期违约的解除权。这也从侧面印证预期违约救济方式的直接性，没有其他条文，只要事由一旦发生，一方即获得法定解除权。我国的预期违约下只有一条救济途径，就是解除权的直接行使和违约责任的产生，无须要求对方提供担保。

此种渐进性与径直性的区别，本质在于对合同对方当事人真意的确定。《合同法》第94条第2款和第108条使用的表述是“明确表示”和“表明”，皆包含不履行人主观意志的表达，这符合拒绝履行的本质定义。<sup>[10]</sup>无论期前还是期后拒绝履行，都要求对方有明确可察知的拒绝履行之意思表示，导致契约之合意破裂，才能使合同进入解除和损害赔偿认定的下一阶段。在不安抗辩权产生的情境下，后履行一方当事人的真意还未能确定，故要再更进一步，以要求提供担保的方式探知对方真意；在预期违约场合，对方的拒绝履行意思已经十分明确，无须催告即可“径直”行使终局救济手段。

## （三）不安抗辩权与默示预期违约

对于两个制度的重合点，学界最爱放在一起讨论的是大陆法系的不安抗辩权与英美法系的默示预期违约。我国或有论点认为将二者同时规定于《合同法》是立法一大败笔，主张默示预期违约可完全替代不安抗辩权<sup>[7]</sup>，或有认为二者应当更好地衔接，分别确定其适用范围和条件<sup>[11]</sup>。如前段所述，默示预期违约是指不履行债务人以自己的实际行动表明不履行，既包括第94条第2款的以自己的行为表明不履行主要债务，也包括美国《统一商法典》2-609条所规定的充分履约保障制度下的要求提供担保而拒不提供。美国的充分履约保

障制度,在我国就是不安抗辩权的救济途径。

要比较我国的两个制度,还是要在我国现行《合同法》框架下进行讨论。二者的争议点在于:第94条第2款将“履行期届满前以自己的行为表明将不履行合同债务”归于预期违约的规制范畴,此点与我国规定的不安抗辩权存在重合。学界存在绝对冲突论和有限并存论。绝对冲突论认为该情形应完全包括于不安抗辩权内涵下,第94条第2款的规定多余<sup>[12]</sup>;有限并存论认为不安抗辩权属于防御范畴,第94条第2款和第108条规定了解除合同和违约责任等积极效果,属于预期违约,与不安抗辩权并不冲突<sup>[2]423</sup>。不安抗辩权适用主体限于异时履行的双务合同中的先履行债务人,而预期违约制度适用于任何双务合同,预期违约的适用范围大于不安抗辩权;债务人明确表示拒绝履行的,适用预期违约不存在争议。于是二者存在重叠的范围就限定在了异时履行双务合同中后履行债务人“丧失履行能力”时,究竟应当适用第68条还是第94条第2款。

我们回到两个制度真正想要解决的主要问题上来。学界观点一般认为,不安抗辩权针对的应为期前履行不能,预期违约针对的是期前拒绝履行<sup>[13-14]</sup>,二者的区分点在于主观意愿不同。当对方履行不能时,可能还想继续履行,但是基于情势变更的事由使得其无法继续履行;拒绝履行是明确表示不履行债务,违反的是契约严守原则。期前的履行不能,并不能代表其在履行期届至时依然履行不能,故不能因此直接改变合同关系,而是由一方主张不安抗辩权,要求期前履行不能的后履行债务人提供担保,一方面保障了自己的债权安全,另一方面也验证后履行债务人的主观意愿。而期前的拒绝履行,应与期限届至时的拒绝履行做同一评价,根据效率违约的原则直接赋予另一方解除权。综上,两个制度在学理上应当不存在矛盾或重合。

问题核心在于第68条第1款第2项:“转移资产、抽逃资金,以逃避债务”。此条规定中“以逃避债务”是对后履行方主观意愿的描述,这种符合拒绝履行的定义的情况出现在了不安抗辩权的规定中,实让人不甚理解,同时这也不应被包含在第68条第1款第4项“丧失或可能丧失履行能力”的范围中。有学者建议将此项认定为“开放的法

律漏洞”,并采目的论修正予以填补,适用者应径行悬置该项,不将债务人的主观恶意作为不安抗辩权的构成要件。<sup>[14]</sup>诚然,此项在文义解释上与第94条第二项中的“以自己行为表明不履行主要债务”几乎一致,认为其是立法中的败笔并无不可。但既然已成法律明文,就不得不遵守,那么只能以解释论来使之契合不安抗辩权的性质。笔者认为此处所言的“以逃避债务”,应是主张不安抗辩权的先履行债务人对后履行一方行为的主观猜测,举证责任上面只需证明后履行债务人转移财产、抽逃资金即可,不安抗辩权在此不应该适用于拒绝履行的情形。

综上,学理上的不安抗辩权与默示预期违约不存在冲突与重合,但在我国的法律条文中却将本应属于默示预期违约制度的情形规定在了不安抗辩权之下。但不应认为,我国的不安抗辩权制度就可以适用于默示的拒绝履行,而应当通过解释论将其排除出不安抗辩权的适用范围。

#### (四) 合同解除权与损害赔偿的产生基础

我国的《合同法》同时规定了不安抗辩权与预期违约二者的解除权,前者规定于第69条,后者规定于第94条。二者可适用的违约责任亦不相同,后者的违约责任规定于第108条,前者的违约责任没有专门条文规定。

有学者认为,不安抗辩权下的解除权与违约责任并不存在逻辑上的必然关系,二者适用的法理基础不同<sup>[9]</sup>,其法理基础是“不履行的确定性”,而拒绝履行的损害赔偿请求权基于对给付义务本身的违反。不安抗辩权下产生的解除权,不一定必然地产生违约责任,原因在于:此项规定于第69条后半段的解除权,产生原因在于后履行一方不提供担保,而这个不提供担保的原因如前文所述,有拒绝提供、主观不能、客观不能三种。不安抗辩权对先履行债务人的救济是渐进性的,在要求后履行债务人提供担保之时起就将产生两种后果,一种是后履行债务人履行不能,一种是拒绝履行(明示或默示的拒绝提供担保)。拒绝履行是对附随义务(提供担保)或者主给付义务的违反,故在此情况下等同于实际违约,先履行债务人行使解除权的请求权基础在于第94条第2款的预期违约制度,后可

再根据第108条的规定请求违约责任。

第二种和第三种情况的主观不能和客观不能是对履行不能的分类，前者指因债务人自己的原因而履行不能，后者指该债务对任何人都履行不能。对于因客观不能而无法提供的，可以存在免责事由如不可抗力，从而并不产生违约责任。据此已将后履行债务人拒绝提供担保的情形归于预期违约，客观不能归于情势变更。顺而推之，不安抗辩权所生之合同解除权——即第69条所规定的“未恢复履行能力并且未提供担保”而产生的合同解除权——只能适用于后履行债务人主观不能的情形，而在此种履行不能的情况下，因后履行债务人对履行不能之事由存在主观可归责性<sup>[15]</sup>，故应当承担损害赔偿赔偿责任。我国《合同法》下对于给付不能之违约责任损害赔偿规定明确相关的仅有一条，即第121条所规定的“因第三人原因造成违约”时合同相对人可要求违约责任的损害赔偿。那么在第69条之解除权行使后产生的违约责任应援引哪一法条？笔者认为，既然损害赔偿的法理基础本就在于违约，那么就应直接适用违约的一般规定即第107条。事实上就算是预期违约的损害赔偿有自己的单独法条予以规制，其成立依据依旧在于债务人的实际违约，只不过预期违约的形态特殊，而单设第108条，其可认为是一条注意性规范。<sup>[9]</sup>

综上，不安抗辩权与预期违约各自产生基于中止履行后给付不能的解除权和拒绝履行的解除权，违约责任的产生上前者视具体情况而定，后者确定地产生违约责任。

## 五、小结

我国《合同法》混合继受了两大法系的不安抗辩权制度与预期违约制度，但二者在《合同法》框架内的规定更多偏向于传统的不安抗辩权与预期违约，故不能认为二者存在适用上的过分重合。需纠正的是规定于第68条第1款第2项的情形属于默示预期违约，应由第94条第2款规制。二者根

据给付障碍的确定性程度来区分，二者产生的解除权和违约责任各自适用第69和第107条、第94和第108条，各自范围限定，是完全区分的两种解除权及违约责任。针对实务判例，须在整体上以预期履行不能和预期拒绝履行为准绳来把握适用不安抗辩权还是预期违约，二者不应混合交叉适用。

## 【参考文献】

- [1] 梁慧星. 民法总论 [M]. 北京: 法律出版社, 2017: 74-75.
- [2] 韩世远. 合同法总论 [M]. 北京: 法律出版社, 2018.
- [3] 李伟. 不安抗辩权、给付拒绝和预期违约关系的思考——以德国法为中心的考察 [J]. 比较法研究, 2005 (4): 57-63.
- [4] 梅迪库斯. 德国债法总论 [M]. 北京: 法律出版社, 2004: 315.
- [5] 崔吉子. 债权法学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 180.
- [6] 李军. 默示预期违约与不安抗辩权制度法系适应性之探讨 [J]. 政法论坛, 2004 (4): 161-167.
- [7] 韩桂君. 预期违约与不安抗辩权比较研究——兼评我国《合同法》第68、69、94和108条的立法缺失 [J]. 河北法学, 2004 (1): 38-43.
- [8] 王泽鉴. 民法总则 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 320.
- [9] 陈韵希. 合同预期不履行的救济及其法理基础 [J]. 比较法研究, 2017 (6): 30-48.
- [10] 蓝承烈. 预期违约与不安抗辩的再思考 [J]. 中国法学, 2002 (3): 96-105.
- [11] 王利明. 预期违约与不安抗辩权 [J]. 华东政法大学学报, 2016 (6): 5-13.
- [12] 李永军. 合同法 [M]. 北京: 法律出版社, 2010: 521.
- [13] 傅鼎生. 不安抗辩适用之限定 [J]. 法学, 2008 (8): 153-159.
- [14] 李建星. 不安抗辩权与预期违约的完全区分论 [J]. 政治与法律, 2017 (12): 123-135.
- [15] 王泽鉴. 损害赔偿 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2017: 197-203.