

中青年法学文库

期前违约规则研究

——兼论不安抗辩权

葛云松 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

期前违约规则研究

——兼论不安抗辩权

葛云松 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

期前违约规则研究:兼论不安抗辩权/葛云松著.

- 北京:中国政法大学出版社,2003.1

ISBN 7-5620-2315-8

I. 期… II. 葛… III. 侵权行为-合同法-研究
- 中国 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 007906 号

书 名 期前违约规则研究
——兼论不安抗辩权

出 版 人 李传敢

经 销 全国各地新华书店

出版发行 中国政法大学出版社

承 印 北京博诚印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 14.375

字 数 345 千字

版 本 2003 年 5 月第 1 版 2003 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2315-8/D·2275

印 数 0 001 - 4 000

定 价 29.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱 zt5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。



作者小传

葛云松，男，1970年11月生，江苏省溧阳县人，南京大学法学学士（1992年），北京大学法学硕士（1995年），北京大学法学博士（2002年）。1995年起在北京大学法律学系任教至今，现为北京大学法学院副教授。

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

II 总序

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地

展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

序

这本书是葛云松的博士学位论文。他从1998年到2002年在职随我攻读博士学位，最终的成果就是这本厚厚的书。

我认识葛云松是1992年他来北大读硕士研究生的时候。一晃已经不止10年了。从当初的一个青年学生，到现在的一个青年学者，他走过了一条平凡却坚实的道路。我当初给他所在的硕士研究生年级开设了“民法总则专题”的课程，他就以扎实的基本功和敏捷的才思给我留下了深刻的印象。1995年他硕士毕业，我力主他留校任教。现在看来，我的眼光还是准确的。葛云松个性上从不张扬，总是默默地进行着学术积累和研究，学术成果的数量也不是很大，但是他在著述里面表现出的自己独特的学术能力和锐利的锋芒，足以使他成为青年民法学者里面的佼佼者之一。

葛云松在民法研究中的一个重要特点是，在对民法

II 序

基础理论进行深入梳理和把握的基础上，用来解决一些比较具体的问题。他对民法体系有着相当全面和深入的把握，对于概念之间、制度之间的关系有很深入的理解。比如，他在一篇论文中，为了讨论股权和公司财产权的性质问题，对民事权利能力、物、集合物、所有权等基本概念以及民法上民事主体制度与财产权制度的关系进行了非常细致的分析，其深入程度甚至大大超过了有关的专门研究，在此基础上再分析论文主题，做到了高屋建瓴，其结论非常富有启发性。在一篇关于无权处分的论文中，他除了进行深入的理论分析外，还设计了几个很有典型意义的案例，通过分析来对比不同观点之间的实质差异从而对比优劣，不仅方法新颖，而且如果没有很强的理论基础，这些匠心独具的案例是不可能设计出来的。

葛云松的《期前违约规则研究》的博士学位论文选题是2001年初他在英国牛津大学进修期间确定的。他在牛津的学习中对这个问题有些心得，便与我讨论是否可以以此为题。我很支持他一贯的以解决具体问题为目标的研究方向，因为具体问题的研究，不仅仅本身具有实用价值，而且也是检验对基础理论的掌握程度和运用能

力的机会，如何做到小中见大，于细微处见真学问，并不是很容易的事情。

这是一篇成功的博士论文，也是一本有分量的学术专著。该书的学术贡献是多方面的。

第一，澄清了大量的误解。比如，作者通过追溯原始资料，澄清了“期前违约”的本义。就英美法系和大陆法系的期前违约规则的实际状况，也澄清了国内原本广泛存在的误解，比如所谓默示毁约、大陆法系没有期前违约规则等，起到了正本清源的作用，为将来学术界将这个方面的研究继续推进打下了很好的基础。

第二，基本解决了期前违约规则与不安抗辩权之间的关系问题。这个问题长期以来是一个争论的焦点，很多学者认为它们的功能在一定程度上是互相重合的，因而产生了引进期前违约规则就应当取消不安抗辩权规则或者应当坚持不安抗辩权规则而不必引进期前违约规则的争论。本书通过比较法研究和逻辑分析，说明二者在逻辑上没有关系，各自发挥不同的功能，并且都不可或缺，还进一步说明二者可能发生的关联。这个结论是建立在深入的理论分析基础上的，具有很强的说服力。相信会逐渐被法学界所接受。

IV 序

第三，本书对于我国现行法上的期前违约规则的解释以及将来的法律修订有很强的现实意义。本书在对英美法系和大陆法系几个重要国家地区的法律进行比较研究之后，提出了对期前违约规则的一个系统的解释方案。他的主张充分吸收了两大法系的经验，又在此基础上有所改进和发展，对于其他国家没有涉及过的问题也有所研究和拓展。本书还基于丰富的英美法判例，并通过逻辑上的演绎和归纳，进行了非常详细的类型化，对期前违约的构成要件和法律效果分别进行了极为详细的研究，对于司法实践有着直接的借鉴意义。

第四，在如何借鉴别国经验建构我国相关规则的研究模式上，本书提供了一个优秀的样板。在设计期前违约的构成时，他既有继承，又有创新，都建立在坚实的研究基础上。比如，对于被多数法域所承认的期前履行拒绝，他表示完全认同，对于期前之履行不能，他指出了英美法上概念的弱点，并坚持德国法上的履行不能，对于“期前违约第三规则”，则基本按照美国法的思路，但是将美国法上的概念转化为了符合大陆法系传统的概念，并且在具体内容上有很多的创新。又比如他就减损规则对期前违约情形的适用所作的分析，也非常精彩。

第五，本书对于推进违约责任理论的研究也有着很高的学术意义。虽然本书并非研究违约责任的全部理论，但是澄清了期前违约这个环节的问题，对于理论上全面认识违约责任的体系非常重要。本书虽然对于违约责任的一般问题并没有作集中研究，但是就所作的简要论述而言，也都表现出深入的思考和很高的学术价值。比如关于履行不能概念（第二章第七节）、违约概念（第三章第三节之三）和债务不履行责任体系的建构（第七章）等问题的探讨。

这些年来，我欣喜地看到了一个青年学者的成长和成熟。葛云松还有很多的潜力，我期望着他能够取得更大的成绩。

魏振瀛

2003年2月于燕园

目 录

I	总 序
I	序
1	第一章 绪论
1	第一节 引言
3	第二节 若干基本概念的辨析和使用
26	第三节 我国对期前违约规则研究状况
37	第二章 期前违约规则比较研究
37	第一节 英国
56	第二节 美国
83	第三节 德国和我国台湾地区
102	第四节 法国和美国路易斯安纳州
106	第五节 国际商事合同统一法
126	第六节 比较与分析
147	第三章 期前违约规则的一般问题
147	第一节 期前违约规则的法律政策分析
159	第二节 期前违约规则的法律基础
187	第三节 中国期前违约规则的一般讨论
229	第四章 期前违约规则与不安抗辩权
229	第一节 不安抗辩权比较研究
274	第二节 期前违约规则 and 不安抗辩权的关系

291	第三节 不安抗辩权的扩张
303	第五章 期前违约的构成要件
303	第一节 期前违约的一般构成要件
310	第二节 期前之履行拒绝
327	第三节 期前之履行不能
334	第四节 “期前违约第三规则”
366	第六章 期前违约的法律后果
366	第一节 解除权的行使及其法律后果
379	第二节 解除权的消灭
389	第三节 损害赔偿
420	第四节 期前违约的其他法律后果
425	第七章 结论和余论
435	主要参考文献
444	后记

第一章 绪 论

第一节 导 言

违约责任制度是合同法上最复杂、最核心的问题。而期前违约规则，大概是其中尤为令人迷惑者，至少对于当前的中国法来说。

本书所说的期前违约，就是目前一般所称的“预期违约”或者“先期违约”。〔1〕

在英美法系，英国 1853 年的霍克斯特诉德·拉·图尔案（Hochster v. De la Tour）被公认为期前违约制度的开端。自此之后，该规则传布到其他英美法系国家和地区，包括被美国普通法几乎全盘接受，并有若干重要的改进。大陆法系没有作为一个统一规则的期前违约制度，甚至没有“期前违约”这个法律概念，但是很多大陆法系国家都通过履行不能、履行拒绝等规则在事实上给予了类似的法律救济。在国际合同统一法运动中，期前违约问题始终是一个重要的方面。《联合国国际货物销售合同公约》与罗马国际统一私法协会《国际商事合同通则》中都有相关规

〔1〕 关于期前违约规则之命名的辨析，见本章第二节。

定。

我国民法学界虽然对期前违约规则了解较晚,但是自上世纪90年代初开始,特别是1993年之后,突然一跃而成为民法上的热点问题,有关的学术研究对1999年《合同法》的制定产生了重要的影响,并最终变成了法律条文。其中不为人所争议地属于关于期前违约的规定,是第94条第2项(关于债权人的解除权)和第108条(关于债权人得于期前追究违约责任),有所争议的是第69条(行使不安抗辩权之后更取得解除权)是否属于“默示预期违约”的规定。

合同法应当在债务履行期届满前给予债权人充分而合理的保护,这句“空话”大概没有人有异议,关键是保护到什么程度,以什么样的方式来保护。基本作为“进口货”的当代民事法律,本来在中国就根基浅薄,更何况其中几乎最年轻的期前违约规则乎?立法是建立一项法律制度的开始,而不是完成。

期前违约规则嫁到中国来的这个新婚之夜,似乎并没有开个好头。合同法中有关规定的粗疏、模糊和矛盾,几乎无须太仔细的分析,单凭“肉眼”就可以发觉。

美国著名教授 James J. White 和 Robert S. Summers 在其合著的美国《统一商法典》教科书中论及期前违约规则的时候说:“《法典》对期前违约以及因期前违约而发生的损害赔偿的计算的规定,对于合同法教师来说是纯粹的快乐(但无疑对许多学生来说是纯粹的地狱)。这些规定的复杂也把法官吓坏了,其中某些人选择的是对那些困难问题睁一只眼闭一只眼。”〔2〕

笔者已经体会到了这种在天堂和地狱之间游走的痛苦与曼

〔2〕 James J. White and Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, 5th ed., St. Paul, Minn.: West Group, 1995, p. 196.

妙。

我国当前的有关研究的状况，还远远不能够令人满意。对于新合同法上有关规定的研究刚刚开始，在大量的基本问题上还存在着广泛的误解和偏见。遗憾地说，在整体上，我们目前最需要的还不是如何寻找解决问题的方法，而是找到问题之所在，并且对存在广泛误解的观念加以澄清。希望本书能够成为一个有益的开始。

本书目的在于阐明我国的有关法律规定。本书将介绍所考察的各法域中有关法律制度的概况，分析它们对每一个具体的现实问题提出了何种解决方案，其适用效果如何及分别的优缺点，进而重点探讨在解释中国合同法规定的时候是否可能采用相同的解释或者必须采用别的解释，分别的理由如何。除了比较法的方法外，本书还将运用法律解释中常规的逻辑分析方法、利益衡量方法以及经济分析方法、历史方法，试图全面阐明现行法有关规定的含义，法律漏洞之所在以及需如何填补，总之，希望为相关法律问题提供一套系统的解释方案，为其奠定全面和坚实的理论基础，以期能够为司法实践提供直接的指导，并为将来修订有关规定提供有意的参考。

鉴于不安抗辩权问题和期前违约规则紧密相关，也是我国学者研究期前违约规则的时候所特别注意比较的制度，所以本书对不安抗辩权也附带地进行比较详细的研究。

第二节 若干基本概念的辨析和使用

本书的书名是“期前违约规则研究”。应当说，尽管大陆法