

## 具有国际化视野的《民法典》合同编立法

王利明

**摘要：**《民法典》合同编借鉴了有关国际公约和示范法以及两大法系关于合同立法的先进经验，与世界立法趋势保持一致，也与国际商事交易习惯相契合。《民法典》合同编规定的承诺的实质性变更规则、格式条款的法律规制、无权处分不影响合同效力规则以及争议解决条款的独立性规则均反映了合同立法的最新趋势。《民法典》规定了情势变更制度的引入、利益第三人合同制度的确立、第三人代为履行制度的创设和清偿抵充制度，确认了禁止债权转让特约的效力，完善了债权转让中的债务人保护规则，构建了全新的根本违约制度，并引入了继续性合同终止规则，还确立了打破合同僵局规则，衔接了预期违约与不安抗辩权制度。《民法典》合同编的这些变化，既根植于深厚的中国交易实践经验，也具有广阔的国际化视野，展现了全球化时代民法典的中国特色和时代特征。

**关键词：**《民法典》合同编；比较法；合同订立；合同履行；合同解除

[中图分类号] D923.6 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2021)04-0069-29

### 引言

全球化时代，资本和商业交往经常需要突破某一国界，市场的发展越来越需要交易规则具有统一性，从而降低交易成本和交易费用，这就要求不同法系的合同法律制度不断融合，并有望除合同效力之外，其他制度逐渐走向统一。两大法系的合同法律制度虽然存在较大的区别，但为了顺应全球化的进程，这些规则之间的差异不断缩小，而共性则不断增加。市场经济是开放的，因此要打破对市场的分割、垄断，杜绝不正当竞争等现象。经济全球化促使国内市场和国际市场不断接轨，这就决定了作为市场经济基本法的合同法，一方面要适应国内统一市场的需要，另一方面也要与国际惯例相衔接。《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）合同编适应了高质量市场经济发展和改善营商环境的需要，大量借鉴了有关国际公约和示范法以及两大法系关于合同立法的先进经验，从而使得合同编规则与世界立法趋势保持一致，接轨国际商事交易习惯。由此表明，我国《民法典》合同编不仅具有国际化视野，而且具有时代特征。笔者拟从合同编通则的相关制

【作者简介】王利明，中国人民大学法学院教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

【基金项目】最高人民法院2020年度司法研究重大课题“民法典适用问题”（项目批准号：ZGFYZDKT202009-01）。

度出发,探讨合同编规则的国际性。

## 一、合同订立新规则的引入

### (一) 承诺的实质性变更规则

传统大陆法系认为,对于合同的成立,承诺的内容应当与要约的内容尽量保持一致。具体而言,承诺不得附条件,同时也不能对要约的内容进行限制、扩张或者变更。违反上述规则,将导致意思表示不再被作为承诺,而是构成反要约,并同时成立一个新的要约。英美法系中就有“镜像规则”(mirror image rule),这一规则将承诺和要约比作照镜子一般,要求承诺与要约的内容完全一致,此时合同才能宣告成立。<sup>(1)</sup>然而,在实践中,严格要求承诺与要约的内容完全一致,在很多情况下并不可能,也不利于鼓励交易。所以,在美国著名的“爱德华·帕伍尔公司诉韦斯特豪斯电器有限公司”一案中,法院即对镜像规则作出了一定的修改<sup>(2)</sup>,《美国统一商法典》(UCC)第2-207条规定:“明确和及时的承诺表示或者于合理时间内发送的确认书均构成承诺,即使其所述条款对要约或约定条款有所补充或不同,但承诺明示以要约人同意这些补充条款或不同条款条件者除外。”而大陆法系国家民法也从鼓励交易角度出发,在承诺的内容上采宽松立场,并不要求承诺必须与要约绝对一致,只要承诺不改变要约的实质性内容,则仍然构成有效的承诺,而不构成反要约。

《国际商事合同通则》(PICC)借鉴了两大法系的共同经验,其第2.1.11条规定:“对要约意在表示承诺但载有添加、限制或其他变更的答复,即为对要约的拒绝,并构成反要约。但是,对要约意在表示承诺但载有添加,或不同条件的答复,如果所载的添加或不同条件没有实质性地改变要约的条件,那么,除非要约人毫不迟延地表示拒绝这些不符,则此答复仍构成承诺。如果要约人不作出拒绝,则合同的条款应以该项要约的条款以及承诺通知中所载有的变更为准。”由此可见,承诺的内容并不一定要与要约的内容相一致,如果承诺并未对要约作出实质性变更,则仍然构成有效的承诺。因此,并非承诺的任何变更均构成实质性变更,只有承诺从实质上修正或调整了要约的条款,才构成实质性变更,如果承诺只是重申要约条款而没有改变其内容,则并不构成实质性变更。承诺对要约内容的变更是否构成实质性变更,需要结合具体个案进行判断。<sup>(3)</sup>

我国《民法典》合同编借鉴了上述立法经验,《民法典》第488条第2句规定:“有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更,是对要约内容的实质性变更。”因此,承诺在没有对要约的内容作出实质性变更的情形下,仍然具有承诺的效力。一般认为,实质性变更其实就是对要约的实质性内容所作出的变更。所谓实

(1) See ALI: Restatement of Law (2nd), Contract, §59; see also UCC Section 2-207.

(2) See Idaho Power Co. v. Westinghouse Electric Corp. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1979. 596 F.2d 924.

(3) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.510.

质性内容，是指对当事人利益有重大影响的合同内容，这些内容虽然不应当是合同的必要条款，但其一般构成未来合同的重要条款。对这些内容作出变更，从根本上违背了要约人的意思，因此，此种变更不能产生承诺的效力。

但问题在于，如何认定承诺构成对要约内容的“实质性变更”？比较法上存在两种模式。

一是《国际商事合同通则》采用抽象概括的模式，认为对实质性变更无法具体确定，应采纳合理期待理论确定。《国际商事合同通则》认为在受要约人可以合理地期待要约人会同意此变更条款时，此变更就不构成实质性变更。另外，对要约人有利的变更，如一个更大的折扣、免运费、经要约人要求延长担保期间，都不构成实质性变更。但如果此变更构成“意外条款”（surprising terms）时，则构成实质性变更。

二是《国际货物销售合同公约》（CISG）采取了具体列举实质性变更事项的做法，根据《国际货物销售合同公约》第 19 条第 3 款的规定，“有关货物价格、付款、货物质量和数量、交货地点和时间、一方当事人对另一方当事人的赔偿责任范围或解决争端等的添加或不同条件，均视为在实质上变更发价的条件”。根据该公约起草秘书处的评论，将价款、支付方式、质量与数量、运送的地点与时间、合同当事人对另一方当事人的责任范围，都推定为构成对条款的实质变更。<sup>〔4〕</sup>

我国《民法典》第 488 条基本采纳了《国际货物销售合同公约》的规则，对实质性变更的内涵没有进行抽象的界定，而是列举了实质性变更的具体情形，并没有增加争议解决方法一项。采取此种模式具有合理性，其一方面可以为法官认定实质性变更提供明确的指引，从而保持裁判的统一；另一方面，对交易当事人而言，法律明确列举实质性变更的情形，也有利于保障当事人对交易的合理期待。当然，《民法典》第 488 条虽然明确列举了对要约内容进行实质性变更的具体情形，但承诺对上述事项的变更是否构成实质性变更，还需要遵循具体问题具体分析的思路，结合个案中的具体情形来判断，尤其需要考虑承诺对要约内容的变更对当事人利益的影响。如果受要约人所发出的承诺虽然对上述事项作出了变更，而该变更对要约人的利益并没有重大影响，则不应当将其认定为实质性变更。因此，依据《民法典》第 488 条认定是否构成实质性变更时，通常还需要对该规则进行限缩解释，将对当事人利益未产生重大影响的情形排除在外。另外，在认定是否构成实质性变更时，还应当考虑要约人的意思。如果要约人明确提出，要约的任何内容均不得变更，在此情形下，就无所谓实质性变更和非实质性变更的区别，任何变更都属于发出新的要约。需要指出的是，《民法典》第 488 条所列举的实质性变更的情形，是就通常情形而言的，但合同类型繁多，对有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是否构成实质性变更，还需要考虑交易的具体情形。一方面，实质性情形不限于上述所列各项，合同的条款很多，法律很难列举穷尽，本条使用“等”这一兜底

---

〔4〕 See Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat, UN Doc. A/CONF.97/5 (1979).该文件第 17 条（对应正式文本第 19 条）第 2 段、第 3 段为推定条款实质性变更的评论。张玉卿编著：《国际货物买卖统一法》，中国对外经济贸易出版社 1998 年版，第 143 页。

性规定,表明其不限于法律规定的情形,如对纠纷解决适用法律的选择也应是实质性的条款。另一方面,在具体合同的订立中,要考虑具体内容和情形。例如,在有些合同中,其履行方式可能并不重要,履行方式的变更就不应当作为实质性变更。又如,就标的物数量的微小调整,也不应作为实质性变更。总之,在判断实质性变更时,还需要结合交易的具体情形来判断。

## (二) 格式条款的法律规制

所谓格式条款(standard terms),是指为了重复使用而预先制定的,且未与对方协商的条款。从经济上看,格式条款是为多次重复的交易而制定,尤其是许多交易活动是不断重复进行的,许多公用事业服务具有既定的要求,因而采用格式条款,缩短了谈判过程,有助于降低交易费用,有利于提高效率。但格式条款的出现不仅改变了传统的订约方式,也使合同自由原则面临了挑战。因此,各国都纷纷通过修改和制定单行法律等方式对格式条款进行规范。

### 1. 关于格式条款是否以“重复使用”为要件

格式条款是由制定方为了反复使用而预先制定且不能协商的条款。在《民法典》制定过程中,关于格式条款的定义,不无争议。其中,有一种观点认为,格式条款的实质在于未与对方协商,而不在于是否为了重复使用,因此建议删除重复使用的表述。在合同编草案最初的一审稿和二审稿中均未出现“重复使用”的表述。这种观点受到了《欧洲示范民法典草案》(DCFR)的影响,该草案第 I-1:109 条规定:“格式条款,是指在与不同当事方进行交易前预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。”该条规则删除了《欧洲合同法原则》(PECL)关于为“不特定多数合同”预先设定的要求。<sup>(5)</sup>

然而,大多数国家法律都认为格式条款必须是因重复使用而预先制定的。正是因为重复使用才能够充分发挥格式条款提升交易效率的功能。<sup>(6)</sup>《国际商事合同通则》第 2.1.19 条第 2 款将格式条款界定为:“格式条款是指一方为通常和重复使用的目的而预先准备的条款,并在实际使用时未与对方协商。”该条明确强调了重复使用目的在判断格式条款中的重要性。当然,《国际商事合同通则》认为,相关的格式条款事实上是否已经被重复使用并不重要,并且当事人无须证明其事实上进行了重复使用,相反,当事人应当有重复使用格式条款的目的,这也是认定格式条款的决定性因素。<sup>(7)</sup>因此,《国际商事合同通则》第 2.1.19 条第 2 款明确将“重复使用的目的”作为是否构成格式条款的重要判断因素。2011 年《欧洲共同销售法》(CESL)对格式条款的解释认为,格式条款是一种事先拟定、涉及不同当事人的多次交易且不允许对方当事人协商的合同条款。也就是说,它指的是一种能够重复使用、事先拟定且不能协商的条款。正是在借鉴上述经验的基础上,

---

(5) [德] 克里斯蒂安·冯·巴尔、[英] 埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案(第一、二、三卷)》,高圣平等译,法律出版社 2014 年版,第 164 页。

(6) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.580.

(7) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.580.

我国《民法典》在第 496 条第 1 款中，将“为了重复使用而预先拟定”作为格式条款的构成要件。

《民法典》合同编之所以将重复使用作为格式条款的判断标准，主要是基于如下原因：一方面，这符合格式条款的本质属性。如果某些合同条款只是一次性使用，仅为特定当事人准备，而不是为不特定的交易主体准备，则难以将其认定为格式条款。另一方面，这符合法律调整格式条款的目的。法律之所以对格式条款进行调整和规制，就是为了保护不特定的交易当事人，尤其是保护不特定的消费者的利益。如果相关的条款只是为了一次性使用，而不能重复使用，则保护不特定的交易当事人的目的将难以实现。如果将重复使用的目的排除在格式条款的认定标准之外，可能导致格式条款范围的不当扩大。此外，格式条款的优势在于一次制定、重复使用，这也是格式条款发挥其节省交易成本等作用的目的。格式条款的采用可以使订约基础明确、节省费用、节约时间，从而大大降低交易成本。<sup>(8)</sup> 如果相关的条款只是为了一次性使用，将其认定为格式条款，也难以实现节省交易成本的目的。

此外，格式条款的另一个重要特征在于不能协商，一般的合同条款是当事人在进行协商的基础之上形成的，而格式条款则缺少了这一环节。因此，公约和示范法文件均将“未与对方协商”作为格式条款的构成要件。但是，应当如何理解“未与对方协商”？在德国法上，对格式条款进行规制的基础是诚实信用，如果当事人仅仅能够讨论条款，但无法改变条款，则不构成本条意义上的“协商”，仍应当将相关的条款认定为格式条款。也就是说，只有另一方当事人能够真正影响合同条款的内容，才能将其认定为“协商”。当然，《国际商事合同通则》并没有过多拘泥于“协商”的文义，如果当事人就合同的部分条款进行协商，则不构成其第 2.1.20 条所规定的意外条款，至于他方当事人是否有对合同内容施加影响的真正机会，本条在所不问。<sup>(9)</sup> 我国《民法典》第 496 条将不与对方协商作为认定格式条款的条件，就意在说明，格式条款是不与对方协商的条款。当然，即便对方当事人能够协商，但如果无法对合同条款的内容施加实质性影响，则仍然应当将其认定为格式条款。

## 2. 关于异常格式条款的法律效力

所谓异常条款（*surprising term*），一方面是指相对人不能合理预见到的条款；另一方面，它是指对当事人的权利、义务、责任等有重大影响的条款。对于“同类的他方当事人不会希望其包含于格式条款之中”的条款即构成意外条款。与当事人协商内容不一致、与广告内容描述不一致或与口头或书面的条款不一致的格式条款是评估是否构成意外条款的重要因素。<sup>(10)</sup> 在比较法上，为保障合同的公平性，针对这些异常的格式条款设置了特别规则，主要通过效力规范来解决异常

---

(8) [英] P.S.·阿狄亚：《合同法导论》（第 5 版），赵旭东、何帅领、邓晓霞译，法律出版社 2002 年版，第 14—26 页。

(9) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.580—581.

(10) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.595.

条款能否成为合同内容的问题。<sup>(11)</sup> 要求必须合理提示相对人注意此类条款, 或对这些条款予以解释, 如果相对人表示接受, 则并无不可。《欧洲示范民法典草案》第 2-1:110 条规定, 第三方拟订的条款视为经营者提供的条款。不过, 消费者在合同中采用该条款的仍然具有效力, 起草者认为, 第三方制定的条款主要是照顾到经营者的利益, 有可能对消费者不公平, 但消费者同意当然允许。<sup>(12)</sup> 《国际商事合同通则》第 2.1.20 条第 1 款规定: “如果标准条款中含有另一方当事人不能合理预见性质的条款, 则该条款无效, 除非对方明示地表示接受。” 这实际上是提出了格式条款中异常条款的效力问题, 例如, 双方在旅游合同中约定, 旅行社仅作为游客住宿时旅馆经营者的代理人, 不对该旅馆的食宿供应负责, 该条款对游客是难以预见的。<sup>(13)</sup>

《中华人民共和国合同法》(下称《合同法》, 已废止)对异常格式条款的效力并没有作出规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(下称《合同法司法解释(二)》, 已废止)认为未提请合理注意的, 相对人有权请求人民法院予以撤销。<sup>(14)</sup> 从比较法上来看, 对于异常条款大多规定应确认为无效。当然, 关于异常条款确认无效的原因, 存在不同的解释。有的认为是违反了强制性规定, 有的认为不符合约因规则, 或条款本身属于不公平条款, 也有的认为是违反了诚实信用原则。<sup>(15)</sup> 依据《民法典》第 496 条第 2 款的规定, 在提供格式条款的一方没有就与对方“有重大利害关系的条款”进行提示说明, 或没有按照对方的要求对该条款予以说明, 而导致对方当事人没有注意或理解这些条款时, 将会产生“对方可以主张该条款不成为合同的内容”的效果。所谓“不成为合同的内容”, 是指这些条款根本没有成立, 即因为条款制作人一方没有履行以合理方式提示或者说明义务, 从而使对方可以主张这些条款未形成合意不能成为合同的内容, 这就与《国际商事合同通则》的规定保持了一致。依据这一规定, 一方面, 由于该条的立法本意是保护相对人, 因此能够主张条款不成为合同内容的只能是相对方, 而该条款起草人不能提出此种请求。另一方面, 相对人对于该条款能否成为合同的内容享有作出选择的权利, 如果其认可这些条款, 选择将其纳入合同内容时, 应当认定该条款的效力; 如果相对人主张该条款不成为合同的内容, 则该条款不能成为合同的内容。此外, 如果格式条款的制定方已经提示并说明, 另一方没有表示异议, 则表明其已经接受了该条款<sup>(16)</sup>, 则该条款可以成为合同的内容。《民法典》第 496 条第 2 款之所以作出此种修改, 主要原因在于, 如果相对人请求人民法院撤销, 其必须通过诉讼方式才能撤销该合同条款。但在主张合同条款不成立的情况下, 可

(11) See Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem & Christ Opher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, p.165.

(12) Christian von Bar & Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)(Full Edition)*, Volume I, European Law Publishers, 2009, p.164.

(13) 张玉卿主编:《国际商事合同通则 2004》, 中国商务出版社 2005 年版, 第 201 页。

(14) 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释〔2009〕5号)第 9 条规定:“提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定, 导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款, 对方当事人申请撤销该格式条款的, 人民法院应当支持。”

(15) See Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem & Christ Opher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, p.164.

(16) 张玉卿主编:《国际商事合同通则 2004》, 中国商务出版社 2005 年版, 第 203 页。

以不通过诉讼的方式进行，而直接主张该条款不成立，这对于相对人特别是消费者的保护更为有利。

### 3. 关于格式条款与非格式条款发生冲突的处理

格式条款的效力认定还涉及格式条款与非格式条款的效力关系问题。所谓“非格式条款”，是指经当事人个别磋商而约定的条款。关于非格式条款，《国际商事合同通则》采取了更为宽泛的认定标准。非格式条款不限于书面条款，也包括个别约定的口头条款。<sup>(17)</sup>因此，非格式条款的概念不限于经过协商的或个别约定的条款。对于为特定合同而提前准备的条款，即使未与他方当事人协商，也属于非格式条款的范畴，因为它们至少更可能反映当事人制定特定合同的意图。<sup>(18)</sup>关于非格式条款的效力，比较法上普遍确认了“协商条款的优先性规则”（*precedence of negotiated terms*）。<sup>(19)</sup>《国际商事合同通则》第 2.1.21 条规定：“若格式条款与非格式条款发生冲突，以非格式条款为准。”我国《民法典》合同编也吸收了这一规定，依据《民法典》第 498 条的规定，格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。在一般的合同解释中，如果个别商议条款与一般条款不一致，则个别商议条款应当优先于一般条款。对格式条款而言，其是由一方预先制定的，当格式条款与非格式条款的含义不一致时，则意味着当事人就相关合同事项达成了新的合意，此时，认定非格式条款优先于格式条款，既尊重了双方当事人的真实意思，也有利于保护广大消费者的利益。

### 4. 作出对条款制定人不利的解释

法谚上有所谓“用语有疑义时，就对使用者为不利益的解释”，各国大多采纳了这一规则，我国《民法典》第 498 条规定，在格式条款有疑义时，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款是由提供格式条款的一方预先制定的，双方并未就条款内容进行充分的协商，因而格式条款往往出现更有利于制定者的现象，甚至有格式条款的制定人可能会利用这一地位，故意使用不明确的文字以损害消费者的利益，或者滥用其经济上的优势地位，将可能产生歧义的解释强加于消费者。所以，为了维护消费者的利益，在条款含义不清楚时，应对条款制定人作不利的解释。

## 二、合同效力判断规则的更新

### （一）无权处分合同的效力

所谓无权处分，是指当事人不享有处分权而处分他人财产。在买卖合同中，出卖人应当对标的

---

(17) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.600 – 601.

(18) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.600.

(19) See Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem & Christ Opher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, p.170.

物享有所有权或者处分权，若由于将标的物出租等原因交由他人经营管理，经营者、管理者、占有者等未经授权，将标的物转让给他人，便形成了无权处分。在无权处分的情形下，既涉及物权法上受让人能否取得标的物所有权的问题，也涉及合同法中买卖合同的效力问题。

自1999年《合同法》颁布以来，关于无权处分的效力，一直是学界争论的话题，司法实务中也有不同的做法，主要有合同效力待定、合同有效以及合同无效三种观点。《合同法》第51条对无权处分合同采效力待定说，而2012年《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8号）<sup>(20)</sup>第3条采纳了有效说。在我国《民法典》合同编的制定中，是否应当对无权处分合同采纳有效说，存在较大争议。

《国际商事合同通则》第3.1.3条第2款规定：“合同订立时一方当事人无权处分与该合同相关联之财产的事实本身，并不影响合同的效力。”根据起草者的观点，欠缺处分权（*lack of the power of disposition*）与欠缺能力（*lack of capacity*）不同。欠缺能力会影响当事人订立的所有合同效力，而欠缺处分权则不会导致合同无效，只是可能会被作为一种债务不履行的情形来处理。<sup>(21)</sup>《欧洲示范合同法原则》第4.102条同样也采纳了这一观点。《欧洲示范民法典草案》对无权处分也采取合同有效立场。《欧洲示范民法典草案》第2-7:102条规定：“不能仅因合同订立时债务履行不能的当事人对合同所涉及的财产无权处分，而认定合同全部或部分无效（*invalid*）。”其评注认为，在无权处分场合否定合同效力并非良策，出卖人很有可能在须移转所有权的时候取得处分权。实践中有很多合同在订立时，标的物还不存在，但是在开始履行时债务人却已经取得了标的物的处分权。<sup>(22)</sup>由此可见，对无权处分合同采有效说是合同法的发展趋势。

我国《民法典》在总结司法实践经验的基础上，吸收了比较法上所普遍采纳的有效说。《民法典》第597条第1款规定：“因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。”该规定对于平衡各方利益，鼓励交易具有重大意义。具体而言：一方面，认定无权处分不影响合同效力，可以为善意买受人提供更为有力的保护。无权处分人将他人的财产进行处分，在不构成善意取得的情况下，在权利人拒不追认时，按效力待定说，合同应确认为无效。此时，买受人只能请求出卖人承担缔约过失责任而非违约责任，从而仅能获得信赖利益的赔偿。但在有效说的前提下，买受人可以直接请求无权处分人赔偿履行利益的损害。另一方面，有效说可以鼓励未来财产交易。现代的商业交易市场变化迅速，在商事交易中，当事人往往在尚未获得标的物时，便可能已经进行了一系列的交易安排。买卖将来物已经成为一种十分普遍的交易形态，当事人可通过此种方式加速财产的流动。在这一情况下，坚持无权处分合同

---

(20) 已于2020年修正。

(21) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.663.

(22) Christian von Bar & Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)(Full Edition)*, Volume I, European Law Publishers, 2009, p.482.

效力待定，显然会有碍此种交易模式的开展。

依据《民法典》第 597 条的规定，在无权处分的情形下，买卖合同仍然有效，如果出卖人无法按照约定移转标的物的所有权，则由于出卖人无权处分，该行为构成违约，买受人此时享有两项权利：一是解除合同。因为标的物所有权无法移转，已经构成根本违约，买受人自然享有解除合同的权利，自不待言。二是请求出卖人承担违约责任。在出卖人无法移转标的物所有权的情形下，构成违约，买受人也有权请求出卖人承担违约责任。

在无权处分的情形下，买受人是否可以当然取得所有权，取决于是否符合《民法典》物权编善意取得构成要件的问题。如果符合善意取得的构成要件，所有权将发生移转，真正权利人将无法追及；如果不构成善意取得，则真正权利人可以行使物权请求权。但即便在所有权发生移转的情形下，如果真正权利人与出卖人之间存在合同关系，则其可以依法请求出卖人承担违约责任。同时，真正权利人在法律上也可能享有要求无权处分人承担侵权责任或不当得利返还的请求权。

## （二）解决争议条款的独立性

所谓解决争议的条款，是指当事人在合同中约定的，将来一旦发生合同纠纷，应当通过何种方式来解决纠纷的条款。按照合同自由原则，选择争议解决的方法也是当事人所应当享有的合同自由的内容。具体来说，当事人可以在合同中约定，一旦发生争议，是采取诉讼还是仲裁的方式，如何选择适用的法律，如何选择管辖的法院等，从而对合同未来发生纠纷的风险进行必要的控制。《民法典》第 470 条第 1 款第 8 项明确规定了合同的内容一般包括“解决争议的方法”的条款。当然，解决争议的方法并不是合同的必要条款。如果当事人没有约定解决争议的方法，则在发生争议以后，应当通过诉讼解决。

解决争议的条款虽然也是合同条款，但其效力不同于合同的其他条款，其目的在于解决当事人将来就合同关系可能发生的纠纷，其效力具有相对独立性。然而，我国《合同法》对此类条款效力的独立性并没有作出规定。但从比较法上看，各国普遍承认了解决争议条款效力的独立性。《国际货物销售合同公约》第 81 条就规定，“宣告合同无效不影响合同中关于解决争端的任何约定……”，这主要是考虑到争端解决条款效力相对独立，会有利于促进争端的解决。<sup>(23)</sup>《国际商事合同通则》第 7.3.5 条第 3 款规定：“终止并不影响合同中关于解决争议的任何规定，或者即便在合同终止后仍应执行的其他合同条款。”在《国际商事合同通则》中，除争议解决条款外，不受终止影响的条款还包括准据法条款。<sup>(24)</sup>

我国《民法典》在制定过程中，借鉴了上述立法经验，从两个方面确认了解决争议条款效力的独立性。也就是说，在合同关系终止以后，并不是所有的合同条款都失去效力，依据法律的规定，合同某些条款的效力具有相对独立性，应当继续有效，这些条款主要包括两种情形。

一是合同中解决争议方法条款。《民法典》第 507 条规定：“合同不生效、无效、被撤销或者

(23) 张玉卿主编：《国际货物买卖统一法》，中国对外经济贸易出版社 1998 年版，第 269 页。

(24) 张玉卿主编：《国际商事合同通则 2016》，中国商务出版社 2019 年版，第 523 页。

终止的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力。”所谓合同中解决争议方法条款，是指当事人在合同中约定的解决合同争议的条款，如仲裁条款、法院管辖条款等。这些条款与当事人约定的实体权利义务关系不同，其主要是关于争议解决的程序性事项。因此，仲裁条款的无效和被撤销或终止，不应当影响合同其他部分的效力。由于合同中的解决争议条款本身涉及对合同终止后事务的处理，且在法律上具有相对独立性，所以，合同终止以后这些条款并不当然终止。

二是合同中结算、清理条款。《民法典》第567条规定：“合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。”所谓合同中结算、清理条款，是指当事人在合同中约定的，在合同关系终止后如何处理合同遗留问题的约定。依据该条规定，如果当事人事先约定了有关合同终止后的结算和清理条款，则在合同关系终止后，此类条款仍然有效，应依这些条款进行结算和清理。

《民法典》第507条与第567条虽然均规定了合同无效或权利义务终止后部分条款效力的独立性，但二者在实践中容易发生混淆，《民法典》第567条中的结算和清理条款不同于《民法典》第507条中的解决争议条款，应当对二者进行必要的区分，主要原因在于：一方面，解决争议方法条款主要是程序性的条款，而结算和清理条款是关系到实体性权利义务关系的条款；另一方面，解决争议条款通常不涉及违约的问题，而结算和清理条款主要是违约后的清算问题。合同权利义务关系终止的原因很多，仅有因为诸如基于违约而解除合同的情形才会涉及违约金和损害赔偿等问题。

### 三、合同履行规则的新变化

#### （一）情势变更制度的引入

##### 1. 明确规定了情势变更制度

所谓情势变更，是指在合同成立生效后，合同履行期间，由于订立合同的基础条件产生了缔约时无法预见的变化，致使合同难以履行或者继续履行将带来显著的不公平，此时根据诚实信用原则，应当允许当事人变更或解除合同。<sup>(25)</sup>所谓情势，是指合同成立后出现的不可预见的情况，即必须影响社会整体或部分环境的客观情况。<sup>(26)</sup>一般认为，情势泛指作为法律行为成立基础或环境的一切客观事实。<sup>(27)</sup>所谓变更，是指“合同赖以成立的环境或基础发生异常变动”。情势变更原则最早出现在1756年《巴伐利亚民法典》和1794年《普鲁士一般邦法》中。<sup>(28)</sup>经过德国学者的发展，该理论逐渐被德国判例所采纳<sup>(29)</sup>，并为大陆法系其他国家广泛采用，同时也为公约和示

(25) 梁慧星：《中国民法经济法诸问题》，中国法制出版社1991年版，第200页。

(26) 彭凤至：《情势变更原则之研究》，台湾五南图书出版社1986年版，第240页。

(27) 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社1999年版，第399页。

(28) Codex Maximilianeus bavaricus civilis von 1756, IV 15 § 12; ALR von 1794, I 5 § 378.

(29) RGZ 100, 129, 132 f. (1920).

范法所广泛接受。《国际商事合同通则》规定了艰难情形规则，第 6.2.2 条规定：“所谓艰难情形，是指发生的事件使得一方当事人履约成本增加或者一方当事人所获履约的价值减少，因而在根本上改变了合同均衡，并且：（a）该事件的发生或为处于不利地位的当事人知道事件的发生在合同订立之后；（b）处于不利地位的当事人在订立合同时不能合理地预见事件的发生；（c）事件不能为处于不利地位的当事人所控制；而且（d）事件的风险不由处于不利地位的当事人承担。”《欧洲示范合同法原则》第 6:111 条和《欧洲示范民法典草案》第 3-1:110 条均规定了这一规则。可以说，情势变更制度是各国普遍认可的一项合同法制度。

我国《合同法》为了强调合同严守原则，并没有规定情势变更制度；《合同法司法解释（二）》第 26 条虽然承认了情势变更规则，但对该规则的适用作出了严格限制。《民法典》第 533 条规定：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情形，根据公平原则变更或者解除合同。”《民法典》之所以承认情势变更制度，是对现代社会纷繁复杂、形态多样的交易关系的一种回应。伴随着经济全球化的发展，电子商务（e-commerce）大量取代了既有的交易模式，当事人缔约时不可预见的风险也不断涌现，例如，亚洲金融危机、“非典”以及新型冠状病毒等情势将导致许多合同难以履行。在没有规定情势变更的情形下，我国合同法只有关于不可抗力免责的规定，而在因新型冠状病毒疫情等引发的合同难以履行等情形下，当事人并不当然因合同不能履行而免责，而只是因为合同已经出现了履行艰难，继续履行将显失公平，但是通过变更合同条款，当事人仍然可以继续履行合同。显然，不可抗力制度难以应对此种情形。《民法典》第 533 条在总结司法实践经验、借鉴比较法经验的基础上，对情势变更制度作出了规定，能够有效解决大量因当事人在订约时无法预见的情势变化而引发的纠纷。

## 2. 明确了情势变更情形下的再磋商义务

在情势变更的情形下，为了鼓励交易，尽量促成交易，当事人应当负有再磋商义务。对此，《国际商事合同通则》第 6.2.3 条对此作出了规定<sup>(30)</sup>，但再磋商义务是否是一种法定的义务？一般认为，合同他方当事人积极与处于不利地位的当事人进入再磋商关系并不构成专门的债务，但《国际商事合同通则》秉持诚实信用的基本原则，认为当事人负有合作义务（a duty to cooperate）。这种义务约束着作出再磋商请求、对再磋商请求的回应与再磋商行为本身的条款的双方当事人的行

---

<sup>(30)</sup> 该条规定：“若出现艰难情形，处于不利地位的当事人有权要求重新谈判。但是，提出此要求应毫不延迟地，而且说明提出该要求的理由。重新谈判的要求本身并不能使处于不利地位的当事人有权停止履约。在合理时间内不能达成协议时，任何一方当事人均可诉诸法院。”

为。<sup>(31)</sup>《欧洲合同法原则》第 6:111(2) 条规定了当事人负有继续谈判的义务,此种义务可以看作依据诚信原则所产生的附随义务。<sup>(32)</sup>此系比较法上具有共识的观点。但是,《欧洲示范民法典草案》第 6:111 条并没有采纳再磋商义务。因为草案的起草者认为,这一义务过于繁重且复杂。法律不宜强制当事人进行再交涉,而应将债务人诚信地进行磋商作为救济的条件。<sup>(33)</sup>我国《民法典》采纳了上述比较法上具有共识性的观点,规定了当事人的再磋商义务。依据《民法典》第 533 条的规定,在发生情势变更后,当事人负有继续谈判义务,即在发生情势变更后,受到不利影响的一方有权要求对方继续谈判。继续谈判义务在性质上即再磋商义务,在发生情势变更时,规定当事人负有继续谈判的义务有利于维持合同的效力,从而实现鼓励交易的目的。尤其是在继续性合同和长期合同之中,继续谈判义务的作用尤为突出,甚至被称为克服僵硬的“润滑剂”。<sup>(34)</sup>

但问题在于,该义务在性质上是否属于民法上的真正义务,当事人违反该义务的,是否应当承担法律责任?对此存在两种观点:一是《欧洲合同法原则》的模式。依据其起草者的观点,在诚信原则的要求下,继续磋商是因情事变更而受影响者必须履行的一项义务,受情事变更不利影响的一方必须在合理时间内提起磋商,并且应当就全部的争议点进行磋商。但违反该义务并不与承担法律责任联系在一起。<sup>(35)</sup>《国际商事合同通则》第 6.2.3 条对此采取了回避的态度。二是法国法模式。在法国债法改革中,则认为如果当事人违反重新协商义务,将产生对其不利的后果。<sup>(36)</sup>从《民法典》第 533 条的规定来看,在发生情势变更后,“受不利影响的当事人可以与对方重新协商”。该条虽然使用了“可以”这一表述,但笔者认为,这实际上是赋予受不利影响的当事人请求对方当事人继续谈判的权利,而对方当事人则负有继续谈判的义务,该义务作为一项法定义务,是当事人提请诉讼或仲裁的前置程序。在发生情势变更后,合同并不当然解除,课以当事人继续谈判的义务,通过变更合同的方式继续维持合同的效力,也符合鼓励交易的价值理念。当然,从《民法典》第 533 条的规定来看,其并没有对当事人违反该义务的法律后果作出规定,此种义务在性质上应当属于不真正义务,即在当事人违反该义务后,并不会必然产生违约责任。当然,在法院或者仲裁机构变更或者解除合同后,该方当事人可能承担一定的不利后果。由此可见,我国《民法典》事实上采纳了《欧洲示范民法典草案》的方式。

---

(31) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.1006.

(32) [德]英格博格·施文策尔:《国际货物销售合同中的不可抗力 and 艰难情势》,杨娟译,载《清华法学》2010 年第 3 期,第 164-176 页。

(33) See Christian von Bar & Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)(Full Edition)*, Volume I, European Law Publishers, 2009, p.712-713.

(34) 韩世远:《情事变更若干问题研究》,载《中外法学》2014 年第 3 期,第 657-675 页。

(35) See Ole Lando & Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Part I&II*, Kluwer Law International, 2003, p.326.

(36) 依据修改后的《法国民法典》第 1195 条第 2 款的规定,“如果(相对人)拒绝重新协商或者重新协商失败,双方当事人可以协议于共同确定的日期、依照共同确定的条件解除合同,或者协商一致请求法官修改合同。若当事人无法在合理期限内达成合意,经一方当事人请求,法官得修改合同或者按照其确定的日期及条件终止合同”。

## （二）确立了利益第三人合同制度

所谓利益第三人合同（*Vertrag zugunsten Dritter*），又称为利他合同、第三人取得债权的合同或为第三人利益订立的合同，它是指当事人约定由一方当事人向合同关系外第三人进行给付的合同。<sup>〔37〕</sup>此种合同中，订立合同的双方当事人常常被称为“立约人”。由于此类合同中的第三人仅享受权利而不承担义务，因此此类合同又被称为“第三人利益合同”，第三人也常常被称为“受益人”。<sup>〔38〕</sup>大陆法系国家民法典大都对此也作出了明确规定。<sup>〔39〕</sup>

有关国际公约和示范法也规定了利益第三人合同。《国际商事合同通则》第 5.2.1 条规定了第三方受益的合同：（1）合同当事人（即允诺人和受诺人）可通过明示或默示协议将权利授予第三方（即受益人）。（2）受益人对允诺人权利的存在以及内容，由当事人之间的协议确定，并受该协议项下的任何条件或其他限制性规定的约束。<sup>〔40〕</sup>《欧洲合同法原则》第 6:110（1）条规定：“第三人可以请求合同债务之履行，如果它如此行为之权利已在允诺人与受诺人之间明确地达成协议，或者如果此种协议能够从合同的目的或者案件的具体情事中推断出来。该第三人无须于达成该协议时即已特定下来。”《欧洲示范民法典草案》在第 II-9:301、II-9:302、II-9:303 条三条中分别规定了利益第三人合同的一般规则、救济与抗辩、利益的拒绝与撤销。该草案承认了将未确定或未存在的第三人作为受益人的做法，且将第三人权利的性质与范围完全系于合同的约定，第三人是否享有直接的请求履行合同的权利应依据合同的约定进行判断。<sup>〔41〕</sup>

在总结我国立法、司法实践经验并借鉴比较法立法经验的基础上，我国《民法典》对利益第三人合同作出了规定，该法第 522 条规定了如下两种利益第三人合同。

### 1. 不真正利益第三人合同

《民法典》第 522 条第 1 款规定：“当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。”该款是关于不真正利益第三人合同的规定。适用本条规则的前提是，当事人明确约定由债务人向第三人作出履行，即向第三人进行履行是债务人依据合同约定应当承担的义务。当然，在不真正利益第三人合同中，债务人仅对债权人负担义务。不真正利益第三人合同中的第三人具有以下几个特征：一是不真正利益第三人合同中的第三人不同于受领辅助人。受领辅助人是由债权人指定的代其进行受领的人。不真正利益第三人合同中的第三人并非由合同当事人一方指定的，而是由双方当事人共同同意的，二者产生方式不同。二是不真正利益第三人合同中的第三人不享有合同中的请求权。即在不真正利益第三人合同中，第三人只是可以接受债务人的给付，而不享有合同中的请求权，不能直接向

〔37〕 MünchKomm/ Gottwald, § 328, Rn. 3.

〔38〕 张家勇：《为第三人利益的合同的制度构造》，法律出版社 2007 年版，第 16 页。

〔39〕 《德国民法典》第 328-330 条，《日本民法典》第 537 条。

〔40〕 参见《国际商事合同通则》（2016 年版）。

〔41〕 Christian von Bar & Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)(Full Edition)*, Volume I, European Law Publishers, 2009, p.615.

债务人请求给付。三是如果债务人不履行，或不按照合同约定履行时，不真正利益第三人合同中的第三人不能向债务人主张承担违约责任。此时，能够主张违约责任的主体仍然是合同债权人。

## 2. 真正利益第三人合同

《民法典》第522条第2款规定：“法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。”该款是关于真正利益第三人合同的规定。在真正利益第三人合同中，第三人享有如下权利：一是拒绝权。在真正利益第三人合同中，法律推定当事人为第三人创设合同权利符合第三人利益，或至少不会侵害其权利，但第三人自己对于该合同是否真正符合其利益最为清楚，应当赋予第三人决定是否接受该利益第三人合同的权利。因此，《民法典》第522条赋予了第三人拒绝权。在第三人表示拒绝时，第三人利益条款不能生效。但其他条款仍可在当事人之间发生效力。二是履行请求权。真正利益第三人合同最为显著的特征就是，第三人直接享有请求债务人履行的权利<sup>(42)</sup>，债务人也负有向该第三人履行的义务。第三人可以请求履行合同中为其设定的权利和利益，但不得超出合同的约定。<sup>(43)</sup>三是请求债务人承担违约责任。在真正利益第三人合同中，如果债务人没有依约向第三人作出给付，则第三人有权请求债务人承担违约责任，即第三人可以请求违约损害赔偿，当然，损害赔偿仅限于债务人不履行债务使第三人为接受履行作出准备而遭受的损失。而由于第三人不是合同当事人，其救济相对当事人而言应当受到一定的限制<sup>(44)</sup>，也就是说，其原则上无权主张债务人承担违约金责任、定金责任，也无权解除合同。<sup>(45)</sup>

从《民法典》第522条的规定来看，其将不真正利益第三人合同置于第1款，将真正利益第三人合同置于第2款，且从体系解释来看，不真正利益第三人合同属于常态，而真正利益第三人合同需要法律规定或当事人约定才能适用，这也符合当事人的意愿。

此外，关于债务人的抗辩，《国际商事合同通则》第5.2.4条规定：“允诺人可以向受益人主张其可以向受诺人主张的所有抗辩。”我国《民法典》同样借鉴了这一规则，《民法典》第522条第2款后句规定，“债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张”。这些抗辩包括债权不成立的抗辩、产生债权的合同被撤销或者被宣告无效的抗辩、合同债权已经因履行或者清偿等原因而消灭的抗辩、同时履行抗辩、不安抗辩、后履行抗辩等。例如，因为债权人没有付清全部价款，第三人要求债务人交付货物，债务人有权对第三人提出抗辩。

### （三）第三人代为履行

所谓第三人代为履行，是指合同当事人以外的第三人代债务人履行债务。合同关系具有相对

(42) Vgl. MüKoBGB/Gottwald, 8. Aufl. 2019, BGB § 328 Rn. 33.

(43) 朱岩：《利于第三人合同研究》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2005年第5期，第55-63页。

(44) 叶金强：《第三人利益合同研究》，载《比较法研究》2001年第4期，第69-79页。

(45) 潘重阳：《论真正利益第三人合同中第三人的违约救济》，载《东方法学》2020年第5期，第151-160页。

性，第三人代为履行虽然在许多情形下对债权人是有利的，但也并不当然符合债权人的利益。基于合同相对性原理，合同只对当事人发生法律效力，第三人不得介入合同关系之中，但是在一些情形下，合同是否履行对第三人会产生重大影响，因此从比较法上来看，有的国家民法典对第三人代为履行作出了规定。例如，《德国民法典》第 267 条规定，债务人无须亲自给付的，第三人也可以履行给付，债务人的允许是不必要的。债务人提出异议的，债权人可以拒绝接受该项给付。《法国民法典》《日本民法典》均作出了类似规定。<sup>[46]</sup> 我国《民法典》规定了第三人代为履行的规则，填补了法律的空白，确立了新的债务履行规则。

但第三人代位履行制度要求第三人对于履行具有合法利益，以此平衡合同各方当事人的利益。对于合法利益的认定，存在丰富的比较法经验可供参考。依据《法国民法典》第 1346 条的规定，于法律有规定之情形，基于某一正当利益而进行清偿之人，自其清偿使得最终应当承担债务之人向其债权人的债务全部或部分消灭之时起，取得代位权。《日本民法典》第 474 条第 2 款规定，非就清偿享有正当利益之第三人，不得违反债务人之意思作出清偿。我国台湾地区“民法”第 312 条也有类似的规定。<sup>[47]</sup> 有关示范法也规定了代为履行的规则。例如，《欧洲示范民法典草案》在其第 III-2:107 条中也明确规定了第三方出于合法利益而代为履行义务。该条第 1 款 (b) 项规定，“第三方处于合法利益诉求而来履行义务，而债务人未能履行义务，或者显然无法按时履行义务”时，债权人不能拒绝第三方履行义务。例如，承租人为避免自己租用的地产被强制出售，而替地产的所有人清偿债务，以避免被设定抵押权的地产被强制执行。<sup>[48]</sup> 可见，比较法普遍采取了正当利益、利害关系、合法利益等表述，作为对第三人代为履行的限制。<sup>[49]</sup>

《民法典》第 524 条吸收了比较法的经验，该条规定了第三人代为履行应当具有合法利益。由于债务在绝大多数情况下并不具有专属性，可以由第三人代为清偿，因此，为了促进债权的实现，同时有效保护债务人的利益，只要第三人对履行的债务具有合法利益，其有权向债权人作出清偿，债权人无权拒绝，且一旦清偿，将发生债的消灭的效力。<sup>[50]</sup> 在“合法利益”的判断中，通常，第三人对债务履行具有合法利益是指第三人对债务的履行具有利害关系，在审判实践中可由法官根据具体案情进行判断。合法利益本身是一个不确定概念，司法实践中应当对其进行类型化，将其具体化为一些典型情形，否则完全交由法官判断何谓合法利益，可能会导致司法裁判的不统一。从实践来看，第三人对债务履行具有合法利益主要包括如下情形：一是抵押物转让中受让人代为清偿主债务，这一涤除权规则原来被规定于《中华人民共和国物权法》（下称《物权法》，已废止）

[46] 《法国民法典》第 1346 条、《日本民法典》第 474 条。

[47] 我国台湾地区“民法”第 312 条规定，就债之履行有利害关系之第三人为清偿者，于其清偿之限度内承受债权人之权利，但不得有害于债权人之利益。

[48] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫主编：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案（第一、二、三卷）》，高圣平等译，法律出版社 2014 年版，第 642 页。

[49] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社 2020 年版，第 213 页。

[50] 郑玉波：《民法债编总论》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 475 页。

第 191 条之中。所谓涤除权,是指在标的物之上存在抵押权时,如果抵押人将标的物转让给第三人,第三人愿意代债务人清偿债务,以消除标的物之上的抵押权。但《民法典》删除了《物权法》中的涤除权规则,改为通过本条进行调整,即在抵押人转让抵押财产的情形下,可适用《民法典》第 524 条,认定买受人对债务的履行具有合法利益,从而允许其代为清偿债务,以消除抵押权。二是转租中次承租人代承租人支付租金,以避免因承租人不交租金导致租赁合同被解除,使自身承租的权利遭受损害。三是母公司为子公司代为偿还债务,由于子公司的债务问题可能会对母公司的信用评级产生不利影响,因此,母公司可代子公司清偿债务。是否享有合法利益由第三人负担证明责任。

#### (四) 清偿抵充

所谓清偿抵充,是指某一债务人同时负担数宗给付种类相同的债务,在债务人提出的给付不能够全部清偿时,由清偿人在清偿时确定抵充的债务的制度。<sup>(51)</sup> 清偿抵充作为一种债的履行方法,我国《合同法》没有对此作出规定,但从比较法上看,各国普遍承认了清偿抵充作为一种债的履行规则,例如,《法国民法典》第 1253~1256 条,《德国民法典》第 366~367 条,《日本民法典》第 488~491 条,都明确规定了清偿抵充规则。通过明确清偿抵充的顺序,可以明确债务人履行债务的范围和顺序,从而减少纠纷的发生。由于清偿抵充兼顾了各方当事人的利益,因此其也体现了各方当事人利益的平衡。我国司法解释也承认了清偿抵充规则。<sup>(52)</sup> 我国《民法典》在借鉴国外立法经验的基础上,通过总结司法实践经验,于第 560 条承认了清偿抵充规则。

但关于清偿抵充规则如何设计,实际上存在一定的差异。《国际商事合同通则》通过“三步分类法”(three-step taxonomy)明确清偿的究竟为何笔债务:先由债务人进行指定清偿;债务人如果未在清偿期行使其权利的,此指定权移转于债权人,如果债权人也没有指出清偿的先后顺序的,抵充则按照本条第 3 款的规则来进行。<sup>(53)</sup> 《国际商事合同通则》第 6.1.12 条第 1 款和第 2 款规定:“对同一债权人负有多项金钱债务的债务人,可在付款时指定该款项用以偿还的债务。但是,该款项应首先偿付所有费用,其次为应付利息,最后为本金。如果债务人未加指定,则债权人可在获得支付后的合理时间内向债务人声明该款项用以偿还的债务,但是该项债务必须是到期的,并且是无争议的。”而我国《民法典》采取的清偿抵充的基本原则是,有约定依约定,无约定依指定,无指定依法定。此处所说的指定是指债务人的指定。这一规则借鉴了《国际商事合同通则》第 6.1.12 条的规定。<sup>(54)</sup> 但是《民法典》并没有承认债权人指定的权利,之所以排除债权人指定,因为法定抵充的顺序应当更多地减轻债务人的负担,而在债务人没有指定时,《民法典》所规定的法定抵充

(51) 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 752 页。

(52) 《合同法司法解释(二)》第 20 条。

(53) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.968.

(54) 黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社 2020 年版,第 331 页。

规则已经兼顾了债权人的利益，因而没有必要规定债权人指定的规则。例如，第2款规定：“债务人未作指定的，应当优先履行已到期的债务；数项债务均到期的，优先履行对债权人缺乏担保或者担保最少的债务。”该规定主要是为了保障债权人的利益，使债务人未清偿的债务尽量存在担保。如果某个债务有担保，另一债务无担保，则应当优先清偿无担保的债务。<sup>(55)</sup>

在当事人没有约定，且债务人没有指定的情形下，就要适用法定抵充规则。所谓法定抵充，是指在当事人未约定抵充或作出指定抵充时，应依据法律规定的顺序和方法，对债务进行抵充。各国法律大多对法定抵充作出了明确规定。这一顺序基本与《国际商事合同通则》第6.1.12条第3款的规则保持一致。《国际商事合同通则》第6.1.12条第3款规定：“如果根据第(1)款或第(2)款的规定无法确定清偿对象，则付款应按下列标准之一及指明的顺序偿还债务：(a) 到期之债务，或者首先到期之债务；(b) 债权人享有最少担保之债务；(c) 对债务人属于负担最重之债务；或者(d) 最先发生之债务。若以上标准均不适用，则按比例用以清偿各项债务。”《民法典》第560条第2款基本借鉴了《国际商事合同通则》所确定的法定抵充规则，对法定抵充的顺序作出了如下规定：一是对于债务人在清偿时未作指定的，优先清偿已经到期的；二是在多个债务均为到期债务时，优先清偿缺乏担保或担保最少的；三是在各项债务都没有担保或者担保相等时，优先清偿债务人负担较重的；四是债务人负担相同时，依据债务到期的先后顺序进行清偿；五是对于到期时间相同的，按照债务比例清偿。各个债权人的债权到期时间相同的，按照债权平等主义，应当公平对待各个债权人的债权，因此，应当按照债务比例清偿。从整体上看，上述规则兼顾了债权人和债务人利益的保护，而且也充分借鉴了国外先进的立法经验。

#### 四、合同变更与转让规则的完善

##### (一) 禁止债权转让特约

在现代社会，债权转让实际上是金融发展、资金融通的重要手段，鼓励债权转让并维护转让的正常有序进行，对市场经济发展具有重要作用。但是应当看到，金钱债权与非金钱债权是不同的，对于金钱债权而言，由于金钱债权并不具有人身属性，所以法律往往鼓励金钱债权的转让；而对于非金钱债权，尤其是涉及提供服务或者劳务等，由于其具有一定的人身属性，法律上对其转让是有一定的限制的，正是因为这一原因，比较法上在允许当事人作出禁止转让约定的同时，对金钱债权与非金钱债权作了必要的区分。

在关于金钱债权的问题上，比较法上的发展趋势是承认违反禁止让与特约的金钱债权转让的有效性。例如，《联合国国际贸易应收账款转让公约》第9条，《联合国国际保理公约》第6条，《欧洲合同法原则》第11:203和11:301条都将转让的有效性作为一般规则。<sup>(56)</sup>这一规则的目的

<sup>(55)</sup> 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社2020年版，第332页。

<sup>(56)</sup> Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.1274-1275.

是为了鼓励金钱债权的转让。为了鼓励金钱债权的让与，即便当事人之间存在禁止让与的特约，而且不论第三人是否为善意，其都可以受让该金钱债权。对此，《国际商事合同通则》第9.1.9条也规定，对金钱债权而言，即便当事人作出了禁止让与的特约，但该金钱债权仍然可以让与，受让人仍然可以取得该金钱债权，而不论受让人是善意还是恶意。当然，在债权人违反其与债务人的禁止债权让与的特约时，债务人有权请求债权人承担违约责任。

在借鉴上述立法经验的基础上，我国《民法典》第545条第2款规定：“当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人。”该条区分了金钱债权和非金钱债权，由于金钱债权的转让对债务人造成的影响较小，其流通性价值在实践中较为重要，有利于融资<sup>(57)</sup>，在现代商事交易中，保理、资产证券化、不良资产出表等，均通过金钱债权让与实现，其也成为企业融资的重要方式，有利于加速资本回收和资本流动。<sup>(58)</sup>所以，《民法典》上述规定的目的在于鼓励金钱债权的转让。<sup>(59)</sup>依据该条规定，当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人，如果第三人知道或者应当知道当事人存在此种约定的，则该约定可以对抗第三人，如果第三人不知道，则不得对抗第三人。而对于金钱债权而言，当事人之间达成的禁止金钱债权让与的特约不能对抗第三人，即便受让人为恶意，也不影响债权让与的效果，但该约定在当事人之间仍然可以发生效力，债权人违反该约定让与债权的，债务人有权依法请求债权人承担违约责任。

## （二）债权转让中的债务人保护

债权转让虽然有利于充分发挥债权的经济价值，促进交易的发展，但在某些情形下，也会影响债务人的利益，因而，债权转让需要兼顾对债务人的保护。

### 1. 债权让与应当通知债务人

对于债权的转让是否以征得债务人的同意为要件，各国立法有三种不同的规定：一是自由主义，即债权人转让其债权，不必征得债务人的同意，也不必通知债务人。二是通知主义，即债权人转让其债权虽不必征得债务人的同意，但须将债权转让情况通知给债务人，才能对债务人发生效力。三是同意主义，即只有经过债务人的同意，债权的让与才能生效。从比较法上看，各国普遍采纳了通知主义<sup>(60)</sup>，例如，《国际商事合同通则》第9.1.10条规定：“在收到让与人或受让人发出的转让通知以前，债务人可通过向让与人清偿来解除。在收到该通知后，债务人只有通过向受让人清偿才能解除债务。”依据对通知的解释，通知的内容应当包括债务内容和对债务人作出清偿有必要了解的一切信息，而且通知必须对债务人作出，为债务人所了解，否则，即便债务人对债权让与知情，但如果债权人或受让人没有对债务人作出通知，该债权让与对债务人不发生效力。

(57) 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社2020年版，第288页。

(58) 邓曾甲：《日本民法概论》，法律出版社1995年版，第288页。

(59) 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社2020年版，第288页。

(60) 《德国民法典》第409条。

通知主体包括了转让人与受让人。<sup>(61)</sup>我国《民法典》第 546 条第 1 款规定：“债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。”可见，我国法律采取了通知主义。这就是说，债权人转让权利时，通知债务人即可，而不必一定取得债务人的同意。通知主义既保护了债权人处分债权的自由，也有利于保护债务人的利益，鼓励债权转让和流通。

依据《民法典》第 546 条第 1 款的规定，债权转让中通知的效力主要体现在：第一，通知并非债权让与的必要条件，也就是说，在债权让与的情形下，不论债权人是否对债务人作出了通知，均不影响债权让与的效力。<sup>(62)</sup>第二，在通知债务人之后，债务人应当向新的债权人作出清偿。此种情形下，债务人只有向新的债权人履行才构成清偿，如果债务人继续向原债权人进行清偿，将无法产生债的清偿效果。这种清偿构成非债清偿，适用不当得利的相关规则。第三，在缺乏通知的情况下，转让对债务人不生效力，此时，受让人要求债务人履行的，债务人可以以此为由进行抗辩，拒绝履行。同时，如果债务人向原债权人作出履行，仍然可以使其债务消灭。而在通知以后，债务人仍然向原债权人履行则不发生债权消灭的效力。<sup>(63)</sup>我国《民法典》没有对通知的主体作出限制，这也意味着，通知既可以由债权让与人作出，也可以由债权受让人作出，这实际上与《国际商事合同通则》的规则是一致的。

## 2. 债权让与的通知不得撤销

债权转让通知一旦到达债务人，就直接发生上述法律效力，《国际商事合同通则》第 9.1.10 条规定：“在收到让与人或受让人发出的转让通知以前，债务人可通过向让与人清偿来解除。”因此，在收到债权让与的通知前，债务人仍然可以向让与人履行债务，以消灭其债务；在收到债权让与的通知后，债务人应当向受让人履行债务，否则无法消灭其债务。按照禁反言规则，债权让与的通知一旦作出，即不得撤销，债权人不得撤销已经到达的通知。我国《民法典》第 546 条第 2 款规定：“债权转让的通知不得撤销，但是经受让人同意的除外。”因此，转让通知原则上不得撤销，但是如果受让人同意撤销，表明其自愿接受该撤销的不利后果，法律应当允许。

## 3. 债务人向受让人主张其对让与人的抗辩

债务人在合同债权转让时所享有的对抗原债权人的抗辩，并不因合同债权的转让而消灭。债权转让中为了兼顾对债务人的保护，债务人对原债权人的抗辩也可以对受让人主张。比较法上大多承认了这一规则。从比较法上看，德国、日本、意大利以及有关国际性合同法文件都采纳了这一规则。例如，《国际商事合同通则》第 9.1.13 条规定，“债务人可以其对抗让与人的所有抗辩权 (defences)，对抗受让人”。依据对该条文的解释，本条没有设定关于抗辩产生时点的任何限制。债务人可以向受让人主张任何其本可向让与人主张的抗辩，即使此抗辩权是在让与之后或收到通

---

(61) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.1278.

(62) 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社 2020 年版，第 291 页。

(63) 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社 2020 年版，第 291 页。

知之后才产生的，也可以主张。程序上的抗辩也属于本条的抗辩范畴。<sup>(64)</sup>

我国《民法典》第548条也借鉴了这一立法经验，规定：“债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。”依据该条规定，在债权转让后，债务人对原债权人所享有的抗辩，仍然可以对受让人主张，这些抗辩不仅包括债务人可以对原债权人所主张的抗辩权，如同时履行抗辩权、不安抗辩权、后履行抗辩权等，也包括抗辩权之外的一些抗辩，如债权不成立的抗辩、产生债权的合同被撤销或者被宣告无效的抗辩、合同债权已经因履行或者清偿等原因而消灭的抗辩等。<sup>(65)</sup>从该条规定来看，不论是上述抗辩权，还是抗辩，只要债务人可以向原债权人主张，其都可以对债权受让人主张。需要指出的是，依据该规定，债务人只有在接到债权让与的通知后，才可以主张上述抗辩；在没有通知债务人前，债务人仅能向原债权人主张上述抗辩，即便债务人已经知道债权让与的事实，但在其收到债权让与的通知前，其也不能向受让人主张。从《民法典》第548条的规定来看，在债务人收到债权让与的通知后，债务人可以对受让人主张其对让与人的抗辩，该条并没有对抗辩产生的时间作出限定，因此，即便该抗辩是在债权让与之后或者债务人收到债权让与通知之后产生的，其也仍然可以对受让人主张。

#### 4. 债务人依法享有抵销权

在债务人收到债权让与通知时，债务人已经对让与人享有债权，同时债务人享有的债权早于转让的债权届期，或者同时届期时，债务人可以向受让人主张抵销。比较法上普遍承认了债务人的抵销权规则。<sup>(66)</sup>《国际商事合同通则》第9.1.13条规定了债务人的抵销权（rights of set-off），即债务人在收到转让通知时，可向让与人主张的任何抵销权，都可以向受让人主张。我国《民法典》借鉴了这一立法经验，对债务人的抵销权规则作出了规定。

但关于在行使抵销权时，是否要求主动债权和被动债权必须基于同一交易而产生，各国立法规定并不完全一致，主要有两种模式：有的明确规定，二者必须是基于同一交易产生，例如，《日本民法典》第469条采纳了此种主张。而有的则并无此种要求，例如，按照对《国际商事合同通则》的解释，抵销不要求债的相互性（mutuality of obligations），但让与人债的可执行性（enforceability of the assignor's obligation）必须在让与通知之前就存在。<sup>(67)</sup>依据《民法典》第549条的规定，有如下两种情形之一的，债务人可以向受让人主张抵销：一是债务人在接到债权让与通知时，债务人已经对让与人享有债权，且债务人的债权早于转让的债权到期或者同时到期。此种情形下，债务人在主张抵销时，实际上是满足了抵销的一般条件。如果债务人对让与人所享有的债权后于转让的债权到期的，则债务人不得主张抵销，否则会损害债权人的期限利益。但我国

---

(64) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.1288, 1289.

(65) 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社2020年版，第297页。

(66) 《德国民法典》第406条、《日本民法典》第469条、《欧洲合同法原则》第11:307条第2款。

(67) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.1290.

《民法典》并没有要求债务人在取得对原债权人的债权时对债权让与不知情。<sup>(68)</sup>二是债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生，即债务人与原债权人基于同一合同而互负债务。该款规定了在债权转让中债务人可以行使抵销权的一种特殊情形。显然，我国《民法典》并未采纳《国际商事合同通则》等立法例的规定，而是采纳了日本等国家的立法经验。

## 五、合同解除制度的变化

### (一) 根本违约制度的构建

所谓根本违约，也称重大违约，是指一方的违约使另一方的订约目的不能达到，或者使其遭受重大损害。根本违约（fundamental breach, substantial breach），是从英美法中产生的一种违约形态。在英美法中，它是指义务人违反合同中至关重要的、具有根本性的条款（条件条款），一旦符合根本违约条件，受害人可以诉请赔偿，甚至解除合同。《国际货物销售合同公约》第25条对此作了明确规定，根据该条规定，构成根本违约必须符合两个条件：一方面，违约导致相对方丧失了他根据合同规定有权期待得到的东西。所谓“有权期待得到的东西”，是指合同如期履行以后，受害人应该或者可以得到的利益<sup>(69)</sup>，获得此种利益乃是当事人订立合同的目的和宗旨。另一方面，违约方对于这种根本违约的情况是知道或者应当知道的。也就是说，如果违约人或一个合理人在此情况下不能预见到违约行为的严重后果，便不构成根本违约。《国际商事合同通则》第7.3.1条明确规定，“合同一方当事人可终止合同，如果另一方当事人未履行其合同项下的某项义务构成对合同的根本不履行”。这就规定了根本违约的规则。《欧洲合同法原则》第8:103条也作了类似规定。可见，比较法上普遍将根本违约作为合同法定解除的条件。<sup>(70)</sup>当然，只有此种损害达到根本违约的程度，非违约方才能解除合同。正如《国际货物销售合同公约》第51条所规定的：“卖方只有完全不交付货物或者不按照合同规定交付货物等于根本违约时，才可以宣告整个合同无效。”我国《民法典》沿袭《合同法》的规定，于第563条第1款第4项明确规定，“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”，该条显然是采纳了根本违约的规则。

根本违约制度严格限制了合同解除的条件，为合同严守确定了重要的保障。在某种意义上，根本违约制度成为合同解除的重要判断标准，成为置于合同严守与合同解除制度之间的一根“平衡木”。该制度也为合同解除后的救济提供了合理标准。该条不仅适用于迟延履行情况，也适用于其他构成根本违约的各类违约情况。然而，《民法典》仅规定了“违约行为致使不能实现合同目的”，而没有对如何判断根本违约作明确规定，这显然过于抽象，还有赖于司法解释作细化规定。笔者认为，在这方面可以参考《国际货物销售合同公约》和《国际商事合同通则》的立法经验，

(68) 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社2020年版，第296页。

(69) 陈安主编：《涉外经济合同的理论与实务》，中国政法大学出版社1994年版，第224页。

(70) 崔建远：《论合同目的及其不能实现》，载《吉林大学社会科学学报》2015年第3期，第40-50、172页。

从如下几个方面判断一方是否构成根本违约。

一是构成“重大剥夺”，即一方是否实质上剥夺了另一方依据合同有权期待的利益，除非是另一方并不能事先合理预见到利益被剥夺的后果。《国际货物销售合同公约》第25条规定：“一方当事人违反合同的结果，如使另一方当事人蒙受损害，以至于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西，即为根本违反合同，除非违反合同一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果。”<sup>(71)</sup>从该条规定来看，其根据违约的后果而非当事人违反合同条款的性质界定根本违约。《国际商事合同通则》第7.3.1条规定：“不履行从实质上剥夺了受损害方根据合同有权期待的利益，除非另一方当事人并未预见也不可能合理地预见到此结果。”可见，重大剥夺包括了两个因素：一方面，受损方必须就其被合同赋予的期待内容发生了重大剥夺。另一方面，违约方必须不构成《国际商事合同通则》第7.3.1条第2款b项所规定的不可预见的例外。<sup>(72)</sup>

二是要确定是否违反了主给付义务。《国际商事合同通则》第7.3.1条规定：“对未履行义务的严格遵守是合同项下的实质内容。”但也有观点认为，就内部考虑而言，合同义务并不要求对价性（*Gegenseitigkeit*），故无须区分主给付义务和从给付义务。<sup>(73)</sup>笔者认为，《国际商事合同通则》的规定具有其合理性，因为一方的主给付义务将直接影响对方合同目的实现的程度。当然，需要指出的是，一方虽然违反主给付义务，但如果并没有给对方造成重大损害，或者并未导致其合同目的无法实现，也不宜认定其构成根本违约；同样，一方违反了其他合同义务，如果造成对方合同目的无法实现，或者造成其重大损害，则也可能构成根本违约。

三是违反义务导致另一方不能相信违约方将来所作出的履行，尤其是在长期性的合同中，一方违约后，另一方有证据证明，将来的履行是不可能实现的。《国际商事合同通则》第7.3.1条规定：“不履行使受损害方有理由相信，他不能信赖另一方当事人的未来履行。”即使是附随义务的违反，在严重危害交易的情况下导致受损方不再相信违约方的，也可以构成根本违约，因而可以解除合同。<sup>(74)</sup>

四是合同解除是否导致了另一方的重大损害。德国法认为，根本违约应当是一方重要的合同利益受损（*Beeinträchtigung eines wesentlichen Vertragsinteresses*）。<sup>(75)</sup>《国际商事合同通则》第7.3.1

---

(71) 不过，联合国国际贸易法委员会近来的讨论认为：“委员会在深思熟虑后，认为指定违约方在何时应当预见或有理由去预见违约后果是毫无必要的。” See John O.Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, 1999, p.208.

(72) Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2015, p.1104.

(73) Heinrich Hossel, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 2. Aufl., 2010, S.239.

(74) Herbert Bernstein & Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International, 2003, p.125.

(75) Heinrich Hossel, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 2. Aufl., 2010, S.239.

条规定：“若合同被终止，不履行方将因已准备或已履行而蒙受不相称的损失。”《国际货物销售合同公约》第 25 条转向了违约造成损害的程度（the degree of the detriment resulting from the breach），因违约而剥夺的是否和他被赋予的可期待的合同项下的权利相对等。

## （二）继续性合同终止

### 1. 继续性合同解除的特殊性

继续性债务是指给付并非一次履行便宣告完成，而是需要通过不断给付实现的债务。在多数债的关系中，债务都可以一次性清结，但是对于另一些债务，则需要债务人持续履行。继续性合同在解除方面具有其特殊性：一方面，由于继续性债务的履行具有其特殊性，即当事人需要在一定时间内不间断地作出履行，所以，继续性合同的履行期限可能是不确定的。<sup>(76)</sup>继续性合同通常也可能约定一定的履行期限，而在其期限届满后，当事人仍然可能选择继续履行，此时，该合同可能成为不定期合同，此时，在法律上如何确定其解除规则，值得探讨。另一方面，尤其需要指出的是，在继续性合同中，一方当事人发生一次给付没有履行时，应当允许当事人进行协商，而不能直接解除合同。针对这一问题，日本学者三本显治提出了“再交涉”理论，他认为，在因继续性合同关系发生纠纷时，当事人应当进行再协商，而不是直接解除合同关系，这有利于维持合同关系的稳定。<sup>(77)</sup>所以，在发生根本违约的情况下，应当课以当事人必要的继续协商的义务，从而维持当事人之间的合作关系，避免合作关系的破裂，以更好地发挥合同法组织经济的功能。还应当看到，如果当事人没有约定合同的履行期限或者存续期限，而事后又不能达成补充协议或按照合同相关条款以及交易习惯确定，在此情况下，表明该合同开始是不定期的合同。此类合同的解除也具有一定的特殊性。但我国《合同法》对继续性合同的解除并没有作出明确规定。《欧洲示范民法典草案》第Ⅲ-1:109条规定，即使一个声称为永久性的合同关系也能被终止，没有任何一方当事人无限期地受到拘束。此种观点是妥当的，因为任何债务人都不能因合同关系永久存续而长期背负债务，因此，法律上应当有此类合同的解除规则。因此，我国《民法典》第 563 条第 2 款对继续性合同的解除规则作出了明确规定。

### 2. 当事人依法预告解除不定期的继续性合同

预告解除的权利是继续性合同中特有的一项制度。因为一方面，当事人需要从没有固定期限的继续性合同中脱身；另一方面，在继续性合同的履行过程中，由于给付持续进行，当事人无法通过行使同时履行抗辩权的方式，拒绝履行对待给付，在这种情况下，就更有必要赋予当事人预告终止的权利。<sup>(78)</sup>从比较法上看，各国大多对继续性合同的解除规则作出了特别规定。如果继续性合同已经转化为不定期合同，则应当允许当事人随时解除合同。《欧洲示范民法典草案》第Ⅲ-1:109

(76) 王文军：《论继续性合同的解除》，载《法商研究》2019年第2期，第159-169页。

(77) [日]森田修：《契约责任的法学构造》，有斐阁株式会社2007年版，第318页。

(78) 王文军：《继续性合同之同时履行抗辩权探微》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2019年第1期，第61-69页。

条规定了合同关系可能因单方通知而终止的两种情形，第1款规定了第一种情形，即合同条款对此进行了约定；第2款规定了第二种情形，永久性或持续时间不确定的继续性合同关系可被任何一方当事人通知终止。这实际上意味着，对继续性合同而言，如果其构成不定期合同，则当事人可以依法随时解除合同。《国际商事合同通则》区分了长期合同与一次性履行合同。第7.3.7条对长期合同终止后的法律效果进行了规定。依据该条第1款的规定，“长期合同终止时，只可就终止生效后的期间，主张恢复原状，而且要以合同可分割为条件”。虽然长期合同与继续性合同的概念并不完全相同，但是，在终止的效果上，继续性合同与长期合同也同样仅向将来发生效力，因而有别于一次性履行的合同。《国际商事合同通则》的评注明确指出，对于长期合同而言，只能向后进行终止，对之前的履行而言，分割返还并不现实。<sup>(79)</sup>

依据《民法典》第563条第2款的规定，以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但必须在合理期限内提前通知对方当事人。所谓不定期合同，是指当事人未约定期限，或者期限约定不明确的合同。不定期合同包括两种情形：一是当事人没有明确约定期限或约定期限不明的；二是期限届满以后一方继续履行义务，另一方没有提出异议的。例如，租赁合同中，当事人没有在合同中明确约定租赁期限。《民法典》第563条第2款规定以持续履行的债务为内容的不定期合同可以随时解除，这实际上将不定期的继续性合同解除上升为合同法的一般规则，从而使不定期继续性合同的当事人不必无限期受合同的拘束，这无疑是合同法规则的进步和完善。<sup>(80)</sup>

### 3. 解除不定期的继续性合同应当提前通知

《欧洲示范民法典草案》第Ⅲ-1:109条规定，任何一方当事人要结束一个无期限或持续时间不确定的合同关系，必须作出合理通知。如何判断合理期限，第2款第2句明确指出，应考虑履行与对待履行的时间间隔。该条评论部分指出，在履行或对待履行在定期的时间间隔到期的情况下，在评估何谓合理通知期限时可能必须考虑这一时间间隔，通常但并非总是，履行（或对待履行）之间的时间间隔可以被视为一个合理的通知期限。<sup>(81)</sup> 依据我国《民法典》第563条第2款的规定，在任意解除不定期的继续性合同时，解除权人必须在合理期限之前通知对方，以使对方作出合理准备，同时必须作出通知。法律作出此种规定的原因在于，对不定期的继续性合同而言，要求一方在解除合同时在一定期限内提前通知对方，可以使相对人做好合同解除后的准备，如及时进行结算、寻找新的交易对象等。因此，对于这种合同，应当允许当事人在合理期限内通知对

(79) 张玉卿主编：《国际商事合同通则2016》，中国商务出版社2019年版，第537页。

(80) 朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注：合同编·通则2》，中国法制出版社2020年版，第178页。

(81) Christian von Bar & Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)(Full Edition)*, Volume I, European Law Publishers, 2009, p.704-706.

方予以解除，以避免当事人无限制地受到约束。<sup>〔82〕</sup>

## 六、违约责任的完善

### （一）确认了打破合同僵局规则

比较法上普遍认为，只有非违约方才享有解除合同的权利，违约方无权主张解除合同。<sup>〔83〕</sup>《国际货物销售合同公约》第25条规定：“一方当事人违反合同的结果，使对方实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西，除非违约方并没有预见到，且一个理性的同行在相同情况也不可能预计到会发生这种损害结果。”这一规定显然是将合同的法定解除权赋予了非违约方。有关的示范法也基本采纳这一观点，如《欧洲示范民法典草案》第Ⅲ-3:502条、《国际商事合同通则》第7.3.1条的规定。可见，比较法上普遍承认，在因违约而解除合同的情形下，只有非违约方才依法享有解除合同的权利。但在交易实践中，这种做法可能会产生合同僵局的现象，即享有解除权的一方不行使解除权，导致合同陷入僵局。从比较法上来看，一些国家承认了司法解除，例如，在法国法中，在当事人申请司法解除时，法院不仅可以确认解除权人权利行使的效力，还可以直接认定合同的解除。法国法关于司法解除的经验也被许多国家所采纳。例如，比利时法和卢森堡法，以及东欧和中亚多国的法律中，均接受了这一观点。<sup>〔84〕</sup>

在违约救济的方式上，我国《合同法》将实际履行和损害赔偿交由非违约方选择，但在司法实践中，因为各种原因而使合同难以履行，且非违约方拒绝解除合同，从而导致合同陷入僵局，在此情形下，法律确有必要设定相应的规则，以终止合同关系，打破合同僵局。我国司法实践也采纳了打破合同僵局的相关规则。<sup>〔85〕</sup>虽然合同僵局与情势变更具有相似性，但两者也具有明显的区别，不能完全依据情势变更规则打破合同僵局。因此，《民法典》第580条第2款所确立的规则借鉴了法国法的经验，同时也吸纳了我国司法实践的经验，有助于解决此种合同僵局的情况。

依据《民法典》第580条第2款的规定，如果符合如下情形，可以请求法院和仲裁机构解除合同。

第一，出现了法律上或者事实上不能履行、履行费用过高等情形。在出现合同僵局的情形下，合同本身并非完全不能履行，相反，在许多情形下，合同是可以履行的，但因为一方的原因，导致合同履行艰难，或者履行在经济上不合理。

〔82〕 朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注：合同编·通则2》，中国法制出版社2020年版，第179页。

〔83〕 See Treitel, *The Law of Contract*, 14th edition, Sweet & Maxwell, 2015, p.953.

〔84〕 [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫主编：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案（第一、二、三卷）》，高圣平等译，法律出版社2014年版，第762页。

〔85〕 《全国法院民商事审判工作会议纪要》第48项规定：“……在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成合同僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利。”因此，应当允许违约方根据一定的条件起诉解除合同。

第二，继续履行合同致使不能实现合同目的。例如，违约方租赁房屋的目的是用于自己居住，但因为其要到外地工作，继续租赁该房屋已经无法实现其缔约目的，因此，必须解除合同。如果不能请求继续履行的仅仅是从给付义务，则可能并不会必然导致合同目的不能实现，此时当事人不能申请终止合同。

第三，非违约方拒绝违约方解除合同的请求。之所以合同会形成僵局，是因为一方继续履行无法实现合同目的，因此其要求解除合同，而非违约方因为各种原因拒绝解除合同。在通常情形下，非违约方拒绝解除合同是出于“敲竹杠”、借机发难、索要更高的赔偿等原因。这些行为本质上都违反了诚信原则。

第四，不属于情势变更的情形。即便出现了上述情形，但如果符合情势变更的适用条件，直接适用情势变更制度即可解决相关问题，而不需要适用《民法典》第580条第2款的规定。

如果符合上述条件，任何一方当事人（包括违约方）都可以请求法院或者仲裁机构确认合同关系终止。《民法典》第580条第2款最主要的法律后果是：当事人有权申请终止。这里的当事人是指双方当事人，包括守约方和违约方，其都可以请求人民法院判决解除合同。当然，允许违约方主张解除合同也只是允许其请求法院通过裁判解除合同，而不是赋予违约方解除合同的权力。

依据《民法典》第580条第2款的规定，在合同解除后，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。这就是说，合同在终止以后，违约方因为违反合同应当承担的责任，不能因为合同终止而免除，其应当继续依据法律或合同承担相应的违约责任。

## （二）预期违约与不安抗辩权的衔接

预期违约也称为先期违约，是指在履行期届满前，当事人一方缺乏正当理由，而明确表示其将在履行期到来后，不再履行合同，或者通过行为表明其在履行期届至后将不可能履行合同。预期违约是英美法的制度，并为一些国际公约所采纳。<sup>〔86〕</sup>例如，《国际商事合同通则》第7.3.3条对预期违约进行规定，“如果在一方当事人履行合同日期之前，情况表明该方当事人将根本不履行其合同义务，则另一方当事人可终止合同”。

大陆法系普遍并未承认预期违约制度，而是规定了不安抗辩权。不安抗辩权，是指在商务合同中债务的履行具有先后顺序时，先履行义务的一方在有明确的证据证明对方在履行期限到来后，将不会履行债务或丧失履行能力，其可以在对方没有履行或提供充足的担保前，暂时中止债务的履行，而无须承担违约责任。不安抗辩权与同时履行抗辩权共同构成了保护债权的抗辩权体系。

---

〔86〕 例如，《国际货物销售合同公约》第72条规定：“（1）如果在履行合同日期之前，明显看出一方当事人将根本违反合同，另一方当事人可以宣告无效；（2）如果时间许可，打算宣告合同无效的一方当事人必须向另一方当事人发出合理的通知，使他可以对履行义务提供充分保证；（3）如果另一方当事人已声明他将不履行其义务，则上一款的规定不适用。”

而英美法与大陆法相反，其并没有规定不安抗辩权，也不存在双务合同中的抗辩权体系，而只是设置了预期违约制度。<sup>(87)</sup> 在构成预期违约后，非违约方享有中止合同履行的权利，因此预期违约制度也在一定程度上实现了不安抗辩权的制度功能。依据《美国统一商法典》第 2-610 条的规定，如果任何一方有合理理由认为对方不能正常履约时，其可以以书面形式要求对方提供正常履行的适当保证，对方在收到该要求后，如果未能在最长不超过 30 天的合理期限内提供适当的保证时，该行为即构成预期违约（anticipatorily breached）。<sup>(88)</sup> 该条实际上也将是否为履行债务进行担保作为判断预期违约是否成立的条件，同时也有效衔接了预期违约与不安抗辩权之间的关系。

有关国际性的合同法文件实际上都采纳了《美国统一商法典》的经验。《国际货物销售合同公约》第 71 条第 1 款规定：“如果订立合同后，另一方当事人由于下列原因显然将不履行其大部分重要义务，一方当事人可以中止履行义务：（a）他履行义务的能力或他的信用有严重的缺陷；（b）他在准备履行合同或履行合同中的行为显示他将不履行其主要义务。”依据这一规则，预期违约将产生“中止履行”的法律效果，即免除履行利益，免除为接受履约而准备的义务，免除承担不可能获得赔偿的额外费用的义务。<sup>(89)</sup> 《欧洲合同法原则》第 8:105 条第 1 款规定：“合理相信另一方将会发生根本不履行的一方当事人，可以要求对方当事人提供充分的担保，并且在这一合理的相信持续过程中可以暂时不履行自己的债务。”《欧洲合同法原则》的起草者认为，这一规定可以有效避免义务人在债务尚未届期时，另一方可能不能履行债务的情况下陷于两难的境地。只要陷于预期违约的一方当事人没能提供充分担保，对方当事人就可以暂时中止履行自身的债务。<sup>(90)</sup> 可见，在一方行使不安抗辩权之后，其暂时中止履行合同的行为，将不构成违约，并且其可以要求对方提供合同履行的担保，如果其没有提供担保，则构成预期违约，该方当事人有权请求其承担违约责任。

我国《合同法》在第 68、69 条既规定了不安抗辩权制度，也规定了预期违约制度，兼采两大法系不同的制度。但《合同法》并没有对二者的适用条件、范围等作出明确界定，尤其是《合同法》第 108 条规定中提到“以自己的行为表明不履行义务的”，应当承担违约责任，但对此应当如何理解，是否属于预期违约，并不清晰。这就造成了不安抗辩权与预期违约的脱节。因此，在一方行使不安抗辩权之后，在何种情形下构成预期违约，并应当承担违约责任，以及非违约方能否解除合同，都未能很好地衔接，这也造成了实践中大量的纠纷缺乏明确的法律依据。

基于这一原因，我国《民法典》对此作出了重大完善。《民法典》第 528 条规定，“中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要

(87) 李中原：《合同期前救济制度的比较研究》，载《法商研究》2003 年第 2 期，第 127-134 页。

(88) UCC § 2-610(a), (b), Comments 2.

(89) 张玉卿主编：《国际货物买卖统一法》，中国对外经济贸易出版社 1998 年版，第 230 页。

(90) See Ole Lando & Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Part I&II*, Kluwer Law International, 2003, p.370.

义务,中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任”。这一规则将预期违约与不安抗辩权进行了衔接,中止履行的一方可以通过解除合同脱离合同关系。一方面,虽然履行期限尚未到来,但一方的预期违约行为在性质上已经构成了根本违约,将使得对方当事人订约的目的无法实现。因此,该行为属于《民法典》第563条第1款第2项所规定的“以自己的行为表明不履行主要债务”,因此,对方有权解除合同。另一方面,预期违约实际上也是一种违约形态,在构成预期违约的情形下,应当向对方承担违约责任。《民法典》第578条规定,一方以自己的行为表明不履行合同义务的,对方可以在履行期到来之前请求其承担违约责任。此种预期违约就属于此类情况,因而一方可以请求对方承担违约金、损害赔偿等责任。

## 七、结语

《民法典》合同编系统总结了我国合同既有的本土立法经验,是我国改革开放和社会主义市场经济经验的总结,具有显著的中国特色;与此同时,合同编回应了我国经济生活、交易实践的需要。但同时,《民法典》合同编也充分借鉴了域外法的先进立法经验。从合同法的发展趋势来看,在国际商事交易场景中,一些国际性的合同法文件如《国际商事合同通则》《国际货物销售合同公约》等,越来越多地被交易当事人作为准据法,被仲裁机构视为“一般合同规则”予以适用。作为调整交易关系的法律规则,《民法典》合同编是促进交易便利、鼓励生产要素自由流转的法,也是规范和引导人们参与国际交易关系的法。

## The Codification of Chapter of Contract of the Civil Code with the International Perspective

WANG Liming

**Abstract:** The Chapter of Contract of the Civil Code draws on the experience of relevant international conventions, model laws and the advanced experience of the two main legal systems on contract legislation, which is consistent with the trend of world legislation and consistent with the habits of international commercial transactions. The rules of the Civil Code on the substantive change of the acceptance, the regulation on the standard terms, the disposition of property without power or authorization and its effect on the the contract validity, and the independence of dispute resolution provisions, all reflect the latest trend of contract legislation. The Civil Code stipulates the rules on the change of circumstances, the establishment of the contract for the benefit of third party, the performance of contract by the third party and the payment by set-off, confirms the legal effect of the provision on prohibition of the transfer of obligation, establishes the

rules for the protection of debtor in the transfer of obligation, constructs a new legal framework for the fundamental breach of contract, introduces the new rules for the termination of continuing contract, establishes the rules for breaking the contract deadlock, and coordinates the rules on the anticipatory breach of contract and Precarious Right to Defense. These changes in the Chapter of Contract of the Civil Code are not only rooted in the practical experience of commercial transactions in China, but also owns a broad international vision, showing the Chinese characteristics and the characteristics of time of the Civil Code in the era of globalization.

**Keywords:** Chapter of Contract of Civil Code; Comparative Law; Formation of Contract; Performance of Contract; Resolution of Contract

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)