

论法律行为或其条款附条件

崔 建 远*

根据中共十八届四中全会关于编纂民法典的决定,全国人民代表大会常务委员会决定,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的编纂工作分两步走,第一步是制定《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》),以取代《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》);待《民法总则》颁行后,再整理现行各部单行民事法律,编纂成《民法典》。本文将只论《民法总则》对待法律行为或其条款附条件的问题,为其制定提供参考,也接受大家的批评。

一、法律行为或其条款附条件之区分

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第45条规定的附条件,就其文义观察似乎仅指整个合同的效力附条件。中国民法通说也是如此阐释的。^①其实,在实务中整个法律行为附条件固然存在,但大量情形却是整个法律行为已经生效,所附条件仅仅限制着法律行为项下的某项义务或某几项义务的履行效力。换言之,某项义务或某几项义务的履行效力附加了条件,也可以说是法律行为的某个或某些条款附条件。例如,《A 房地产项目转让合同》第1条约定,甲公司将其名下的房地产项目转让给乙公司。第2条约定:(1)受让方乙公司于本合同签署后7个工作日内向转让方甲公司支付履约保证金人民币500万元。(2)2009年4月30日之前,乙公司再向甲公司支付项目转让款人民币2000万元。(3)乙公司的第三笔付款通过银行贷款的方式支付,甲公司承诺以涉案房地产项目为乙公司贷款融资提供担保。贷款经银行审批发放后,乙公司承诺将所贷款额的25%作为项目转让款支付给甲公司。乙公司承诺,该笔款项于2009年7月1日前办妥贷款手续。(4)乙公司所贷之款中剩余75%的款项,由甲公司乙公司双方设立共管账户予以监管,保证乙公司将该部分资金全部用于涉案项目的后续开发建设。(5)剩余部分的转让款由乙公司以价值相当的房产作为付款的抵押担保。乙公司承诺,在涉案项目达到销售条件后,每售出一处房产,所得收益的50%用于支付项目转让款。在涉案项目的产权过户之前,由甲公司乙公司共同销售房屋。上述转让款乙公司至迟应在本合同签署后2年内付清。(6)乙公司付款至剩余人民币500万元时暂停支付,该部分款项作为甲公司对涉案项目有关抵押、查封、第三方主张权益等权利瑕疵及转让前债务履行承担的担保。该部分款项在本合同签署之日起2年内,如涉案项目无权属争议或债务纠纷,则乙公司一次性付清给甲公司。

区分法律行为附条件与法律行为的条款附条件这两种类型具有意义:(1)在法律行为附条件的场合,如果所附条件为停止条件且尚未成就,那么整个法律行为项下的义务均未届期,因而在债权人请求债务人履行债务时,债务人就法律行为项下的义务都能够对抗债权人的履行请求。与此不同,在某项义务或某几项义务的履行效力附条件,或曰法律行为的条款附条件的情况下,如果所附条件为停止条件且尚未成就,

* 清华大学法学院教授、博士生导师

基金项目:国家社会科学基金重点项目(12AZD065)

① 参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2007年版,第171页;魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2013年版,第158页;王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2013年版,第124页;王卫国主编:《民法》,中国政法大学出版社2007年版,第139页;徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第367页;尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第509页;刘凯湘:《民法总论》,北京大学出版社2006年版,第295页;李永军:《民法总论》,中国政法大学出版社2008年版,第202页;屈茂辉主编:《中国民法》,法律出版社2009年版,第175页;朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第123页;崔建远等:《民法总论》,清华大学出版社2013年版,第184页。

则是除附停止条件的某项义务或某几项义务以外,法律行为项下的其他义务应当是已经届期,债权人可以就这些义务请求债务人清偿。(2)在法律行为附条件的场合,如果所附条件为停止条件且尚未成就,债务人违反法律行为(如合同),那么,按照通说是债权人基于期待权请求债务人承担侵权责任。该种责任的赔偿范围是信赖利益的损失。与此不同,在某项义务或某几项义务的履行效力附条件的情况下,如果所附条件为停止条件且尚未成就,债务人违反法律行为,那么,债权人有权请求债务人承担债务不履行的责任。该种责任的赔偿范围可以甚至应当是期待利益(预期利益/履行利益)的损失,也可以是信赖利益的损失。究竟何者,取决于是否存在市场及其价格以及债权人的选择。(3)在法律行为附条件的场合,如果所附条件为解除条件且已经成就,则该法律行为失去效力,从而基于该法律行为产生的权利义务关系也归于消灭。与此有别,在某项义务或某几项义务的履行效力附条件的情况下,如果所附条件为解除条件且已经成就,只是这项或这些义务归于消灭,那么,法律行为继续有效,该行为项下的其他义务也继续存在,除非所附条件的某项义务或某几项义务与未附条件的义务密不可分,同命运、共进退。(4)在法律行为附条件的场合,如果所附条件为纯粹随意条件,并且系于债务人一方意思的,那么,在它为停止条件时,法律行为整体无效。^①与此不同,在某项义务或某几项义务的履行效力附纯粹随意条件的情况下,该附纯粹随意条件系于债务人一方意思的,若为停止条件,则只是相应的条款无效,其他条款的效力不受影响,除非各个条款都相互密切结合,不可分离。

既然如此,《民法总则》应同时承认法律行为附条件与法律行为的条款附条件,以便对于后者做到有法可依,免去不得不类推适用的无奈。

附带指出,《合同法》第45条使用“附生效条件”的术语,难以与《合同法》第44条第2款以及其他单行法规定的“特别生效条件”相区别,不如恢复传统民法理论所用“附停止条件”或多数说称谓“附延缓条件”的概念,笔者倾向于“附停止条件”的术语。

二、附条件与法定条件之间的关联

在法律行为或其条款附条件的情况下,其中所谓条件受到严格限定,绝非漫无边际,它特指具备如下事实情形:(1)应是将来发生的事实情形;(2)该事实情形应是发生与否则不确定的;(3)应是合法的事实情形;(4)该事实情形应是由当事人约定的,系意思表示的一部分,系法律行为的附款,这也是学术界强调的重点,以期把附条件与法定条件区别开来。^②此处所谓法定条件,在狭义上仅指法律、行政法规规定的法律行为的特别生效条件;在广义上还包括法律、行政法规以及规章要求的合同履行过程中必需的审批、登记等要件。

上述狭义的法定条件在我国现行法上存有数例,其中具有概括性和代表性的是《合同法》第44条第2款。其中所谓法律、行政法规要求的批准、登记,即为有关合同的特别生效要件,学说称之为法定条件。以此类行政机关批准作为特别生效要件,主要有《中华人民共和国中外合资经营企业法》(以下简称《中外合资经营企业法》)第3条、《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》(以下简称《中外合资经营企业法实施条例》)第20条第1款、《中华人民共和国中外合作经营企业法》(以下简称《中外合作经营企业法》)第5条、第10条、第14条、《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》(以下简称《对外合作开采海洋石油资源条例》)第7条第2款、《中华人民共和国对外合作开采陆上石油资源条例》(以下简称《对外合作开采陆上石油资源条例》)第8条第1款、《探矿权采矿权转让管理办法》第10条、《矿业权出让转让管理暂行规定》第46条第2款。这种法定的特别生效条件的确不同于法律行为或其条

^① 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第399—400页。

^② 参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2007年版,第172—173页;魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2013年版,第158—159页;李永军:《民法总论》,中国政法大学出版社2010年版,第203页;王卫国主编:《民法》,中国政法大学出版社2008年版,第140页;史尚宽:《民法总论》,台湾正大印书馆1980年版,第426页;[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第809页。

款的附条件。

与此类法定特别生效要件不同的是，法律、行政法规以及规章要求的合同履行过程中所必需的审批、登记。这以《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第9条、第11条等的规定最为典型。据此，商品房买卖合同项下的商品房所有权的移转以不动产登记部门办理完毕过户登记为生效要件。其中的过户登记系商品房所有权移转的法定条件。此类法定的审批、登记要件，在不承认物权行为的我国现行法上不是法律行为的生效要件，只是物权变动的生效要件。既然如此，它就更不同于法律行为或其条款的附条件，这应该是显而易见的。

有必要指出的是，所谓法律行为或其条款附条件不同于法定条件，这种断语及其阐释只有在特定的情境中才是正确的，法律人万不可认为“附条件”与“法定条件”二者永不搭界、水火不容。其实，法律行为或其条款所附条件与法定条件有时会发生联系、甚至有所影响且类型多样，举其要者如下：

1. 所附条件完全重复了法定条件，萨维尼称其为“纯粹属于对原本已经生效内容的不必要的重复”。^①对此，应当适用法律关于法定条件的规定，而不应适用法律行为或其条款附条件的制度。

2. 附条件与法定条件并存于同一个法律行为之中，二者虽然各自保持其质的规定性，互不混淆，也不质变及形变，但它们共同作用，左右着法律行为的生效。明确这点具有现实意义，因为实务中有相当数量的合同既属于附条件的合同，又同时受法定条件的制约，适用法律时不可偏废：既不得排除法定条件的适用，又不得认定所附条件无效；既不单向度地以法定条件具备为由便认定法律行为已经生效，漠视所附条件尚未成就这个阻碍法律行为生效的重要环节，也不得置法定条件尚未具备这个要素于不顾，仅仅基于所附条件已经成就这一点就草率地认定法律行为业已生效。

3. 构成附条件要素之一的事实情形，系法律、行政法规规定的条件。这使得附条件与法定条件密切结合。此时，虽然法律、行政法规规定的条件并未因此密切结合而发生质变及形变，但所附条件却糅进法定条件这个因素，并因此影响当事人之间的利益分配及风险负担。于此场合，所附条件成就与否，受制于法定条件是否已经具备。例如，受让方甲拟受让股权人乙在C房地产开发有限公司中的股权，但考虑到C房地产开发有限公司的责任财产几乎就是D国有建设用地使用权，于是为充分利用法律手段获取最大经济利益并使自己处于较为安全的状态，特意在《C股权转让合同》中约定，本合同自将涉案国有建设用地使用权登记在目标公司名下时生效。据此约定，在涉案国有建设用地使用权尚未过户登记在C房地产开发有限责任公司时，甲便可拒付股权转让款。

澄清这一点具有现实意义，因为可能有人主张上述情形的法律行为所附之条件应当归于无效，该法律行为则属于尚未生效。在笔者看来，这种观点缺乏法律及法理依据，不动产登记部门是否将涉案国有建设用地使用权登记在目标公司名下，确属不确定的客观事实，又不违法，它符合附条件的规格要求，故而谈不上所附条件无效。退一步说，它即便不符合附条件的规格要求，也具备附始期的构成要件，该法律行为可以按照附始期的法律行为处理，即其因不动产登记部门业已办理完毕过户登记而发生法律效力。总之，无论按照哪种情形处理，法律行为都不会因附加了这样的条件/始期而成为未生效的法律行为。

4. 法律行为或其条款附停止条件，但该行为或其条款的终止则受制于法定条件。例如，甲公司欠缺房地产开发的资质，而乙房地产开发有限责任公司则有，双方签订《E房地产项目合作开发合同》，约定甲公司出资金，乙房地产开发有限责任公司出国有建设用地使用权，并且约定本合同自乙房地产开发有限责任公司与某国土资源局签订《E国有建设用地使用权出让合同》时生效。其后，乙房地产开发有限责任公司被吊销营业执照，丧失开发房地产的资质。在该案中，所谓“签订《E国有建设用地使用权出让合同》”系《E房地产项目合作开发合同》的停止条件。所谓“乙房地产开发有限责任公司丧失开发房地产的资质”，便是《E房地产项目合作开发合同》终止的法定条件。如此断言的法律依据是《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第15条的规定。这表明法律制度的交错衔

^① 转引自[德]维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第812页。

接,每种制度都有其作用的空间,只要各自的界限清楚,就都是允许的,法律也应予承认。

5. 在具体情形中,某些基于法律规定而影响法律行为效力的事实情形可能会上升为法律行为所附条件的标的,并因此使法律行为效力发生根本性变更。例如,按照法律规定,某一法律行为需经同意始生效力,当事人可以就该同意在法律行为中选择法律所未规定的特定形式作为须经同意法律行为的生效条件。^①

当然,附条件与法律规定的条件之间在法律效果上也有区别:法律规定的条件,如《合同法》第 44 条第 2 款规定的合同特别生效要件不存在无效、视为未附条件的情形;而附条件则有无效、视为法律行为或其条款未附条件的情形。此外,需要指出的是,《合同法》第 45 条第 2 款的规定比较可取,而问题是,在法律行为的生效取决于法定条件的场合,恶意阻止条件成就的,可否类推适用《合同法》第 45 条第 2 款的规定?例如,涉外股权转让合同以行政主管部门的批准为生效条件,在一方当事人恶意阻止行政主管部门的批准(如本来缔约双方已就全部合同条款达成合意,但它却写信给行政主管部门,假称双方仍在谈判,请求行政主管部门暂缓审批)的情况下,可否视为行政审批已经完成?笔者认为,适当的解决方案应是:在涉外股权转让合同生效履行方面,不发生《合同法》第 45 条第 2 款规定的效果,即认定系争合同已经生效,因其毕竟未经行政主管部门批准;但在责任的追究层面,应当类推《合同法》第 45 条第 2 款的规定,推定系争合同已经生效,恶意阻止行政审批便构成违约,违约责任因此成立。这样处理,既未违反涉外股权转让须经行政主管部门审批的规定及其规范意旨,又阻止了恶意之人获得“不当得利”,正当性充分。

三、随意条件及其法律效果

法律行为的附款在实践中普遍存在。例如,某《股权转让合同》约定,股权转让款尾款 600 万元人民币于转让方甲公司完成协助办理股权过户登记的义务时付清;某《丙公司重组框架协议》约定,受让方乙公司向转让方甲公司支付第三笔股权转让款 500 万元人民币,以其向目标公司丙付清 1 000 万元人民币的出借款为前提条件;某《重组丁公司的安排》约定,甲将由 A 人民法院查封的 D 楼解封,乙就向其支付 1 500 万元人民币的股权转让款尾款;某《借款协议》约定,甲以其 B 楼向乙银行设立抵押权,乙就向甲发放 1 亿元人民币的贷款。

《民法通则》第 62 条关于附停止条件的规定及《合同法》第 45 条关于附停止条件和附解除条件的规定,虽然与上述案型最为接近,但仍力不从心。其原因在于,这些附款除具备附停止条件、附解除条件的因素以外,还具有附随意条件的属性。附停止条件与随意条件相结合与否、附解除条件与随意条件相结合与否,在附条件有效还是无效的判断上显然有别。《民法通则》第 62 条及《合同法》第 45 条的规定没有考虑附随意条件的因素,不具有评价、判断附随意条件有无法律效力的规范意旨及功能。因此,置系争案件含有附随意条件这个客观事实而不顾,径直适用《民法通则》第 62 条及《合同法》第 45 条的规定,结果自难谓妥当。

事实上,在法律行为或其条款附条件中还存在附随意条件。所谓随意条件,法国合同法称之为任意条件,该条件使法律行为的效力取决于行为相对人的意思。^② 随意条件尚可分为纯粹随意条件与非纯粹随意条件。前者是指条件成就与否纯由当事人一方(债权人或债务人)的意思决定,别无其他因素。例如,此车赠与你,我想使用时可以随时取回。又如,此车赠与你,你不使用时还给我。所谓非纯粹随意条件,是指条件成就与否,除本于当事人的意思以外,尚须有某种积极事实。实务中常见的例证是附条件买卖。^③

鉴于我国实务中多次出现附随意条件的法律行为的案件,而法律人对其法律效力如何看法不一,《民法总则》有必要贯彻如下精神,以便有法可依:(1)法律行为或其条款附非纯粹随意条件的,应当有效。(2)

① 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 812 页。

② 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 816-817 页。

③ 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版,第 399 页。

法律行为或其条款若附纯粹随意条件,其条件系于债权人一方意思的,不论为停止条件还是为解除条件,均属有效。上述《股权转让合同》、《重组丁公司的安排》约定的付清尾款的条件以及《借款协议》约定的发放贷款的条件都属于附纯粹随意条件,且其条件系于债权人一方的意思。这些纯粹随意条件不损害债权人的权益,不违背公序良俗,应为有效;其实,整个《股权转让合同》也应为有效。(3)法律行为或其条款若附纯粹随意条件,其条件系于债务人一方意思的,若为解除条件,则法律行为或其条款有效;若为停止条件,则法律行为或其条款无效。前述《公司重组框架协议》约定的支付500万元人民币股权转让款的条件,属于附纯粹随意条件,且其条件系于债务人一方的意思。该条件的设置使得债权人能否实现其权益完全取决于债务人的意思,非常不确定,风险极大,因此应为无效。《公司重组框架协议》剔除该纯粹随意条件后其他条款不受影响的,《公司重组框架协议》的其他条款有效;该纯粹随意条件与其他条款密不可分的,《公司重组框架协议》全部无效。^①

四、单独行为不得附条件之例外

根据通说,行使解除权、撤销权、追认权、优先购买权等形成权的民事行为不得附条件。^②也有学者持不同观点,一方面承认解除权等形成权的行使原则上不得附条件,因为解除、撤销、承认权的行使等单独行为本为确定法律关系,如容许附加条件,将使法律关系愈不确定,易陷相对人于不利,故为保护相对人的利益,原则上应认不许附加条件;另一方面又承认例外:一为附加条件经相对人同意;二为条件成就与否,纯由相对人决定。^③有些学者则用“通常”、“原则上”不得附条件来点名例外。^④无须多论,承认例外的意见更符合法律及情理,值得赞同。笔者在此强调的主要是不同于以上所述两点例外的其他例外。

1. 有些单独行为所附条件乃恰当分摊经营成本、合理分配风险的体现,于此场合应当允许附条件。例如,某《供餐合同书》第5.2.1条约定:“若供餐方在本合同供餐服务运行6个月后,违反本合同所规定的任何义务,并且在订餐方要求纠正违约行为的书面通知送达后的60天内未能给予有效的纠正的,则订餐方可以在向供餐方发出书面通知后,立即解除本合同”。该约定就表面观察似乎非常不利于订餐方,忽略了供餐方于该合同签订后不满6个月时就可能违约的事实,严重限制了订餐方行使解除权,硬性约定只有在“供餐方在本合同供餐服务运行6个月后,违反本合同所规定的任何义务,并且在订餐方要求纠正违约行为的书面通知送达后的60天内未能给予有效的纠正的”,订餐方才可行使解除权,不得于此前行使解除权。但该约定在实质上是源于如下背景和风险分配考量:订餐方为一新运营的工业园区的管理公司,其订餐不是为自己而是为落户于该工业园区的各商家的职工;供餐方新入驻该工业园区,为完成该《供餐合同书》约定的义务,需要全部购置经营设备,有相当一些设备是“量身定做”的,招聘服务人员,投入的成本巨大。倘若订餐方于该合同签订后不满6个月就解除该合同,给供餐方带来的损失就会非常严重。再者,供餐服务也有个逐步调适的过程,难谓服务伊始就不可改善、调适。如此看来,该《供餐合同书》第5.2.1条的约定给解除权的行使附加了条件,具有合理性,不宜认定为无效。

2. 有些连续交易、交易组合的场合,单独行为所附条件系整体安排、相互间利益制衡的结果,此类附条件及其所在的法律行为应为有效。例如,甲、乙、丙签订的《股权转让及资金拆借协议》约定:甲将其在目标公司丙中的股权转让给乙,双方没有在《股权转让及资金拆借协议》中约定乙付清股权转让款的日期。其后,乙发给甲一份《承诺书》,约定一俟丙完成由A人民法院查封的D楼解封,就付清全部股权转让款。

3. 解除权行使并非一律不得附解除条件。有学者认为,解除的意思表示虽可附停止条件,但不可附解

^① 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第399—400页。

^② 参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2007年版,第174页;王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2013年版,第124页;李永军:《民法总论》,中国政法大学出版社2010年版,第205页;[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第689—690页。

^③ 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第402页;王卫国主编:《民法》,中国政法大学出版社2008年版,第139页。

^④ 参见王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2013年版,第124页;[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第690页;[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第832页。

除条件,可附始期,不可附终期,因为附解除条件或终期,与解除合同的溯及力相悖。^①但这有些绝对,因为形成权的产生条件与行使条件一致,此时再禁止形成权行使附条件便毫无道理。再者,即使形成权的产生条件与行使条件不尽相同,但对行使附加条件并不导致当事人各方间的利益失衡,并不损害社会公共利益、不违背社会公德的,也无必要禁止形成权的行使附条件。解除权作为形成权的一种,完全适合于上述分析和原理。还有,在合同解除无溯及力的场合,所谓附解除条件与解除合同的溯及力相悖的理由,即不存在。^②

4. 有些单独行为不是形成权的行使,似乎更容易对之附条件且应有效。例如,应委托方 A 种禽公司的请求,1989 年 5 月 24 日,乙银行开出一不可撤销的信用担保函,受益人为甲银行。该保函约定:“当委托方 A 种禽公司收到买方 ZGJSH 公司收取合同预收金的通知时,应立即将款汇入买方 ZGJSH 公司在贵行开立的指定账户”。“如委托方 A 种禽公司不能按期将所需资金调入买方 ZGJSH 公司在贵行的指定账户,使贵行无法对外支付,贵行可主动将上述款项从我们(委托方 A 种禽公司)的账户划账,并按贵行的规定支付利息和罚息。”“由于汇率变化而使本担保函金额不足支付时,本担保金额做相应调整。”“本担保函自出具之日起生效,有效期至引进设备贷款支付完毕日终止。”显然,该独立保函属于单独行为,且为有效。它所约定的付款条件属于停止条件,既未经相对人甲银行的同意,又非条件成就与否纯由相对人决定。

五、附条件与履行抗辩权

一般而言,先履行抗辩权与附停止条件本为不同领域的制度,两者在机理、法律构成和法律效果等方面均不相同,在个案中不发生关联的情形较为常见。不过,事情并不总是这么简单,一个客观事实同时符合先履行抗辩权与附生效条件的构成也是可能的,并且已经成为事实。对此,笔者曾经撰文分析过。^③现在看来,附条件与履行抗辩权之间的关系,比笔者当初的所见和所想还要丰富,兹再举例分析如下:

《某房地产项目转让合同》第 1 条约定,甲公司将其名下的房地产项目转让给乙公司。第 2 条约定:(1)受让方乙公司于本合同签署后 7 个工作日内向转让方甲公司支付履约保证金人民币 500 万元。(2)2009 年 4 月 30 日之前,乙公司再向甲公司支付项目转让款人民币 2 000 万元。(3)乙公司的第三笔付款通过银行贷款的方式支付,甲公司承诺以涉案房地产项目为乙公司贷款融资提供担保。贷款经银行审批发放后,乙公司承诺将所贷款额的 25%作为项目转让款支付给甲公司。乙公司承诺,该笔款项于 2009 年 7 月 1 日前办妥贷款手续。(4)乙公司所贷之款中剩余 75%的款项,由甲公司乙公司双方设立共管账户予以监管,保证乙公司将该部分资金全部用于涉案项目的后续开发建设。(5)剩余部分的转让款由乙公司以价值相当的房产作为付款的抵押担保。乙公司承诺,在涉案项目达到销售条件后,售出每一处房产得收益的 50%用于支付项目转让款。在涉案项目的产权过户之前,由甲公司乙公司共同销售房屋。上述转让款乙公司至迟应在本合同签署后 2 年内付清。(6)乙公司付款至剩余人民币 500 万元时暂停支付,该部分款项作为甲公司对涉案项目有关抵押、查封、第三方主张权益等权利瑕疵及转让前债务履行承担的担保。该部分款项在本合同签署之日起 2 年内,如涉案项目无权属争议或债务纠纷,则乙公司一次性付清给甲公司。在履行阶段,甲公司已将涉案项目过户至乙公司名下,乙公司付款的条件已经成就,但以涉案项目的面积少于合同的约定、发票未开、某些费用未缴为由,援引《合同法》第 66 条或第 67 条的规定,行使抗辩权,不予支付。

分析系争合同不难发现,乙公司的付款义务属于附停止条件的债务,甲公司所交涉案项目果真有瑕疵

^① 参见史尚宽:《债法总论》,台湾荣泰印书馆 1978 年版,第 528 页;郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 333 页;刘春堂:《民法债编通则·契约法总论》(总第 1 册),台湾三民书局 2001 年版,第 387 页。

^② 参见崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社 2013 年版,第 683-713 页。

^③ 参见崔建远:《先履行抗辩权制度的适用顺序》,《河北法学》2012 年第 12 期;崔建远:《合同法》,北京大学出版社 2013 年版,第 146-147 页。

且乙公司的付款义务所附停止条件已经成就的话,则在乙公司一方可能存在履行抗辩权。如此,就会发生附停止条件与履行抗辩权之间的牵连/衔接。对此,具体分析如下:(1)乙公司的付款义务所附停止条件尚未成就时,意味着乙公司的付款义务尚未届期,甲公司若请求乙公司履行其债务,乙公司可以援用《合同法》第45条第1款的规定予以抗辩,无须援用《合同法》第66条或第67条的规定行使其抗辩权,裁判者也可依职权适用《合同法》第45条第1款的规定,不支持甲公司的该项请求。(2)乙公司的付款义务所附停止条件已经成就时,付款义务的履行已经届期,乙公司应当履行付款义务。在甲公司所交涉案项目确实存在瑕疵的情况下,甲公司若请求乙公司履行其付款义务,则乙公司无权援用《合同法》第45条第1款的规定予以抗辩,但可以援用《合同法》第66条或第67条的规定行使其抗辩权。于此场合,便出现了先有附停止条件及其成就,接着履行抗辩权登场的情形。不过,在甲公司不存在违约的情况下,乙公司便无权援用《合同法》第66条或第67条的规定行使其抗辩权。于此场合,只有附停止条件制度的适用,却无履行抗辩权的运用。

六、余论

《合同法》第67条规定的是先履行抗辩权,而不是先履行抗辩,至少《合同法》的立法本意如此。但却有观点对此反思,主张《合同法》第67条规定的应为先履行抗辩,而不得为先履行抗辩权。对此,笔者难以赞同。虽然这不属于本文所讨论的主题,但鉴于不驳倒该说,上述关于附条件与履行抗辩权的观点就难以站住脚,因此笔者提出如下论辩意见:

1. 法律设计抗辩权、抗辩、径直裁判权等制度、措施,不是盲目、随意的,而是综合考虑了各种因素、贯彻了有关价值、权衡了利弊而后作出的安排。对此,不宜甚至不能仅凭个别因素、少数因素就作出判断,给出结论。详言之,履行抗辩权制度及措施,一是较为彻底地贯彻意思自治原则,将事情的决定权完全交给权利人决断,而非相反的公权力直接给予权利人一定的帮助甚或是由公权力独断的制度安排。二是让权利人于其享有权利之时也承受一定风险,如其怠于行使权力时丧失若干利益,落实权利义务相一致原则,而非把权利人看成不能自主作出决定的未成年人,如同监护人与被监护人之间的关系那样将其一切权利义务及其运作几乎全由公权力包揽下来。事实上,权利人自己主动行使权利、承担义务,公权力密切关注并乐见其成才是上策,而权利人于其权利上“睡眠”时公权力便代其运用,使权利人“旱涝保收”,容易造成权利义务失衡,因此并不妥当。

对于同一双务合同产生的两项给付义务的履行,法律不予关注并配置相应的制约制度及措施,对民事权益的保护显然不力。但对此类相互牵连的两项给付义务的履行,法律配置“豪华的”、超强的制约制度及措施实则对民事权益的过度保护。对《合同法》第67条规定的法定案型由抗辩取代先履行抗辩权,便属于对民事权益的过度保护。

2. 后履行义务者对抗先履行义务者的给付请求时必须具备正当性。以履行期尚未届至、履行期尚未届满为由予以抗辩,暂时拒绝履行自己的义务的正当性明显且充分。后履行义务以先履行义务的实际履行作为先决条件(停止条件),在该条件尚未成就,即先履行义务者没有履行其义务时,后履行义务者予以抗辩,暂时拒绝履行其义务,其正当性也是充分的。总之,法律将履行期尚未届至、履行期尚未届满、停止条件尚未成就等作为抗辩,而非履行抗辩权,理由充分,正当性强。

履行期尚未届至、履行期尚未届满的抗辩能够保障后履行义务者有效对抗先履行义务者的给付请求,无论先履行义务者是否适当地履行了自己的义务都是如此。后履行义务以先履行义务的实际履行作为先决条件(停止条件),所形成的抗辩也能有效地对抗不履行自己义务的先履行义务者的给付请求。在这样的背景下,不惜违反相似事物相同处理的原则,不顾具有牵连关系的两项给付义务之间都配置履行抗辩权的同一理念及制度设计,单单将《合同法》第67条规定的法定案型设计为抗辩,理由显然不够充分。

3. 进而言之,在不存在这些法定案型而仅仅具备《合同法》第67条规定的情形时,应当如何处理?对于赋予后履行义务者以抗辩的权限及效力,允许裁判者依职权径直援用法律规定,驳回先履行义务者的给

付请求,其正当性何在?难道仅仅因为两项义务的履行期有先有后,后履行义务者在道义上就可以拒不履行自己的义务吗?打个比方,甲和乙约定,二人都有义务奔赴前线杀敌,甲1月1日出发,乙2月1日出发,甲迟至2月2日才出发。于此场合,乙以甲延迟出发为由拒不予于2月1日出发,其正当性显然不足够。接下来的问题是,为什么在该案中乙不得主张抗辩权或者抗辩,而在《合同法》第67条规定的法定案型中就允许后履行义务者行使履行抗辩权?原因之一在于,在上述所设计的案型中,虽然二人相互约定了各自的义务,也有使两项义务发生一定的联系之意,但毕竟义务履行的受益人不是双方当事人,而是国家和社会公众,甲的义务和乙的义务之间也没有不可分离的关系,即没有发生、存续和功能上的牵连性。这样,赋权甲或乙享有履行抗辩权甚至抗辩,正当性自然存疑。而在《合同法》第67条规定的法定案型中两项给付义务具有不可分离的关系,二者是互相牵连的。据此,对于甲乙案型的处理,法律不从履行抗辩权或抗辩的角度设计救济措施,而是依赖强制继续履行、支付违约金或赔偿损失等民事责任,甚至科以行政责任乃至刑事责任。正因如此,为达公平的结果,对于《合同法》第67条规定的法定案型,法律考虑到两项给付义务之间的牵连关系,赋权后履行义务者以履行抗辩权并课以违约责任等措施。

4.《合同法》第67条的设计基础是两项主给付义务之间具有牵连关系。此类牵连关系涉及的主要是属于双方当事人之间的民事权益层面的问题,属于从公平层面衡平双方当事人的合同利益的问题,因此应该充分尊重权利人的意思,更多倾听权利人的声音,而不宜越俎代庖,径直赋予裁判者直接干预的权利。能够阻挡裁判者直接干预的措施,于此处恰恰是履行抗辩权,而非抗辩。可能缘于此,德国、日本等国家和我国台湾地区的立法例及学说对具有牵连关系的给付义务,是通过履行抗辩权制度及措施而非抗辩制度及措施来解决的。如果承认同时履行抗辩权、不安抗辩权,唯独否定先履行抗辩权,那么必须具备充分、过硬的理由。否则,结论恐难以站得住脚。

5.相似事物相同处理的原则应被遵循。《合同法》第67条规定的法定案型与第68条及第69条规定的案型,都是对具有牵连关系的两项给付义务之间关系的处理方案,在本质、机理上应当一脉相承。对待它们的态度最好不偏不倚。对于不安抗辩权予以承认,对于先履行抗辩权则予以否定,没有做到相似的事物相同处理。

6.对《合同法》第67条规定的法定案型采用履行抗辩权的模式而非抗辩的模式,优点更多:(1)更尊重权利人的意愿及选择。如果后履行义务者不怕承担风险,不拒绝履行其义务,愿意满足先履行义务者的给付请求,裁判者没有理由径直援用法律关于抗辩的规定,否定先履行义务者的给付请求,否则即是多管闲事!特别是,后履行义务者愿意满足先履行义务者的给付请求,而未对该给付请求予以抗辩的,裁判者同样没必要介入,否则甚至会帮倒忙。于此场合,履行抗辩权制度显然比抗辩制度更合适。(2)如果当事人对其权益非常看重,就选用法律为其预备的附条件等制度及措施,在先履行义务者没有履行其义务却请求后履行义务者履行时后履行义务者主张与否,都可以较为容易地达到对抗给付请求的结果。如果当事人对其合同利益漠然视之,没有刻意加以保护,那么法律赋予其履行抗辩权也就足够了,没必要再去坚持父爱主义。(3)后履行义务者可能考虑周全,行事有策略,是否主张权利、何时主张权利取决于诸多因素,履行抗辩权与抗辩相比更富有弹性,可能更有助于后履行义务者实现利益最大化。

7.最后,从解释论的角度看,《合同法》第67条规定的是履行抗辩权,而非抗辩。即使觉得履行抗辩权不如抗辩,拟改弦易辙,也得通过修订法律来实现。这就是立法论了。

责任编辑 耿 卓