

争议解决法律

合同履行中的“冷战”怎么打 — 民法典中三种履行抗辩权之实务要点

作者：金立宇 | 赵宇先 | 刘央¹

纠纷发生后，当事人之间往往会经历一段漫长的“冷战”期。在此期间，他们会就彼此应该做什么、不该做什么进行密集的交涉，也常常通过一定程度的消极不作为、暂停履行某些义务的方式来达到制衡对方的目的。实际上，有相当一部分的纠纷会在这一期间解决，而不会进入法律程序。

实践中，我们经常收到当事人关于如何打“冷战”的咨询，例如什么时候可以暂停履行义务、哪些义务可以暂停履行、在多大程度上可以暂停履行、暂停履行应该维持到什么时候、哪些债务可以互相抵销等等。我们也不时看到当事人由于操作不慎，不仅没能维护自身权益，甚至还“turning the table” — 将自身从受害者变成加害者，或者引发不必要的“热战”（诉讼或仲裁）。

在民法典即将生效之际，本文通过对法院在民法典生效前适用同时履行抗辩权、先履行抗辩权和不安抗辩权的观察，结合实务经验，就上述问题分享一些实务心得。民法典基本沿袭了合同法对履行抗辩权的规定²，可以预见法院与仲裁庭在这一问题上的裁判观点将具有延续性，因此法院适用合同法项下履行抗辩权的案例在民法典时代仍具有较高的参考价值。

一、“冷战”的三种武器：同时、先后、和不安履行抗辩权

同时履行抗辩权（民法典第五百二十五条）是指合同的一方当事人，在另一方未为对待给付前，可以拒绝履行自己的债务的权利。其适用于双方的债务履行不存在先后顺序（即应当同时履行）的情形，正所谓“一手交钱，一手交货”。先履行抗辩权（有时亦称后履行抗辩权，民法典第五百二十六条）与同时履行抗辩权同属一宗，只不过先履行抗辩权要求双方的债务履行存在先后顺序。应当先履行的一方未履行之前，后履行一方有权拒绝履行。不安抗辩权（民法典第五百二十七、五百二十八条），顾名思义，是为了缓解先履行一方的“不安”。如合同成立后，后履行一方丧失或有可能丧失履行能力，法律赋予先履行一方中止履行的权利。以上三种抗辩权共同构成了我国民法典框架下双务合同履行抗辩权的体系。

¹ 实习生马浩洋对本文的写作亦有贡献。

² 如下文所述，民法典对于履行抗辩权部分的变动仅在于澄清了不安抗辩权与预期违约间的联系（参见民法典第五百二十八条）。

二、三种履行抗辩权的实务运用要点

（一）行使履行抗辩权有何法律后果？

行使履行抗辩权的直接后果是援引方可以拒绝履行，且该等拒绝履行不构成违约。这一点为最高院的裁判观点所确认³。一般认为，履行抗辩权的这种违约阻却作用具有暂时性，它只是延缓了援引方履行的义务，而不免除该义务⁴。因此，当事人仍应做好履行的准备，待对方恢复履行，则应继续履行己方义务。

对于不安抗辩权而言，其行使的法律后果并不限于中止履行。相较于合同法第六十九条，民法典第五百二十八条明确打通了不安抗辩权与预期违约之间的通道：中止履行后，如对方未能在合理期限内恢复履行能力且未提供适当担保的，中止方可以解除合同并要求对方承担违约责任。这为行使不安抗辩权的一方主张违约责任提供了明确的依据。相对而言，在现有合同法第六十九条的框架下，行使不安抗辩权的一方仅享有解除合同的权利，但是否能够在对方尚未实际违约的情况下提前主张违约责任具有不确定性。

（二）何种合同义务之间可以形成履行抗辩关系？

双方的义务之间应当具有牵连关系，或曰对待给付关系。在普通法下，该等对待给付关系通常包括 Concurrent Conditions（共存条件）和 Conditions Precedent（先决条件）⁵。在前者情况下，合同双方应当同时履行义务，如“一手交钱、一手交货”；在后者的情况下，一方的履行构成另一方履行的前提条件。例如，在贷款合同中，银行在约定的先决条件未满足的情况下有权拒绝放款。牵连性一般需要通过审查合同的具体约定加以确定。如合同明确约定同时履行或一方先于另一方履行的情况下⁶，应当认为双方的义务存在牵连性。

我国法院在认定牵连关系时亦倾向于探究双方义务之间的相互性，即双方的义务应当相互指向、互相依存。如果合同体现出各方义务的“同向性”，而非相互性，则该等义务有较大可能并非互为前提，也就不具有牵连关系。例如，在〔2019〕最高法民终 454 号案中，某置业公司与某地产公司合作开发地产项目，置业公司提供土地以供项目融资，地产公司以货币出资并承担实际建设，双方提供的资金均打入共管账户。建设过程中地产公司以置业公司未按约提供土地融资等原因拒绝继续投资资金，并援引同时履行抗辩权。最高院认为，案涉“双方当事人之间属于合资、合作开发房地产法律关系，该种法律关系决定了各方的履行并不完全具有双务合同履行上的牵连性。除非根据双方在合同中的明确约定或者根据合同的具体内容可以判断构成了履行上的牵连关系以外，一方当事人所负的履行义务与对方当事人所负的履行义务并非当然地互为前提……该种合资合作法律关系更多地体现出履行上的同向性，也即合作各方应各自履行相应的合同义务以共同促成合资合作目的的实现”。结合合同条款，最高院进一步认为，“从各方合同义务分析，置业公司配合办理项目融资与地产公司的资金筹措并非属于互为对待给付关系”。我们理解，在该案中，置业公司提供土地以供项目融资所得的资金和地产公司的出资均需打入共管账户，而非向另一方支付，这可能是使得这两项义务不具有牵连性的关键性因素。按照该案的观点，即便在双务合同中，双方的合同义务也并非当然地具有牵连性，在双方合作完成某一事项的合同

³ 参见，例如〔2005〕民一终字第 100 号民事判决书。

⁴ 引崔建远，《合同法》（第六版），法律出版社 2016 年版，第 99 页；〔2017〕最高法民申 2374 号案。

⁵ 参见 Edwin Peel, Treitel's Law of Contract (14th edition), para. 17-018。

⁶ 这里涉及的是合同对履行的先后顺序作出明确约定，并不涉及各个义务的具体履行期限。履行期限问题将在下文第（三）部分第二节进行讨论。

中更是如此。实践中，当事人应注意结合合同具体表述确定双方互负的义务是否有牵连关系，如不存在该等牵连关系，则没有履行抗辩权的适用空间。

（三）如何判断双方债务是否存在先后顺序？

在确定义务的先后顺序时，首先要看合同是否有明确约定，或者是否有法定的履行顺序。合同中未明示双方义务的履行顺序，但表明一方义务履行为另一方履行的条件的，即为约定的先后履行顺序。

1. 如合同义务履行顺序约定不明确时，双方当事人应如何确定履行顺序？

民法典第五百二十五条（合同法第六十六条）规定：“当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行”。同样地，最高院在（2004）民二终字第 67 号案中认为，合同对义务履行顺序约定不明确的，双方当事人应同时履行。如合同已经开始履行，当事人负有诚实信用履行的义务，应当与对方就约定不明确的条款进行协商，协商不成时依照公平原则并考虑事实状况合理履行。我们建议当事人积极与对方协商履行的顺序，如不能达成一致，至少通过书面记录确认双方应当同时履行。

2. 在一方或双方有履行期限时，如何判断履行的先后顺序？

如一方的合同义务有明确的履行期限，但另一方义务未附期限，一般不能认为附期限的义务可以同时或后于未附期限的义务履行。有履行期限的一方一般不能以另一方未履行义务为由主张同时履行抗辩权或先履行抗辩权。实务中，我们也观察到，不少人当事人误以为自己可以因对方违约暂停履行有明确履行期限的行为，而在诉讼或仲裁中遭受不利后果。例如，在一起关于产品制作的案件中，制作方在制作上存在一定拖延，在合同未明确履行顺序的情况下，定作方拒绝按照合同约定的期限支付制作费，导致在诉讼中陷入了较为不利的局面：产品制作的进一步拖延和未能完成究竟由制作方导致抑或是定作方拒绝付款导致的因果关系问题变得含糊不清。如双方义务均有履行期限，双方应按照履行期限的先后履行。如先履行一方未按期履行，后履行一方随后亦未按期履行，后者并非当然地可以援引履行抗辩权。在这种情况下，仍需探究双方的义务之间是否具有牵连性（如上文第（二）部分所述）。

我们理解，实践中可能出现这样的情况：在对方已经违约的情况下，负有付款义务的一方往往会担心如己方按约付款，对方仍可能继续违约，使得己方的钱“打水漂”。这种担忧具有一定合理性。然而，在没有证据表明对方可能丧失履行能力的情况下，该方无权援引不安抗辩权而中止付款。对于这种情形，崔建远教授建议采用“不当履行的抗辩权”，以避免一方完全履行后却难以获得对方的相应履行⁷。然而，该等不当履行抗辩权在民法典上并没有明确的依据，我们也未找到采取该等理论裁判的案例。在实践中，更为合理的做法可能是向对方发函告知其已违约并给己方造成了损失，并敦促对方在己方付款后尽快履约，否则将面临更高额（包括该笔支付款在内）的损害赔偿。如果对方的违约较为严重，以致于触发了合同约定的或民法典第五百六十三条项下的相关解除条件（如违约行为致使不能实现合同目的），守约方也可以选择解除合同，并因此无需再行履行付款义务。

（四）如何衡量一方因履行抗辩权而有权中止履行的义务范围？

1. “制衡”还是“以暴制暴”？

我们理解，履行抗辩权的精神在于“制衡”而非“以暴制暴”。故履行抗辩权通常要求“对等性”，即一方中止履行的范围应与另一方未履行的范围相匹配，从而在合适的程度上起到制衡违约方，督促违约方履行义务的效果。实践中，通常一方可能只是部分未履行其义务，这时另一方根据民法典相关条款

⁷ 崔建远，《合同法》（第六版），法律出版社 2016 年版，第 98-99 页。

只能拒绝“相应的履行要求”。这隐含了双方未履行的部分在“量”上应当对等，而非“要么全有，要么全无”。

对等性在我国司法实践中已有充分体现。例如，在（2010）盐民终字第1600号案中，房屋买卖合同的卖方试图以买方未支付剩余的4万元房款（总价34.2万元）为由暂不履行交付房屋的义务。盐城中院认为，买方已履行大部分的合同义务，根据“合同履行抗辩权的对价原则”，卖方不能拒绝履行其交付义务，但有权抗辩向买方交付土地使用权证、建筑施工许可证等相关证件的义务。

根据我们的实务经验，对等性可以更具体地体现为双方不履行义务的部分需要成比例。例如，在我们代理的一起供气合同纠纷中，合同约定如买方未能支付全部气费，则卖方有权停止供应。在买方仅部分支付气费（如50%）时，不宜认为卖方有权停止全部供应。故我们建议卖方暂行停止50%的气体供应量，并且不宜一次性削减50%的产量，而是分批关停生产设备，并在每一次关停前给予买方通知，以给予买方合理的准备时间以减少停气造成的损失。

2. 在未履行的部分难以量化的情况下，应当如何衡量对等性？

在没有明确的比例可以参照的情况下，建议当事人不应单方面划定其认为可以不履行的范围，因为该等单方决定存在被法院或仲裁庭认定为违约的风险。当事人有权不履行的范围最终应由法院或仲裁庭进行确定。例如，在一起晚会冠名合同纠纷（（2008）新开民初字第6号案）中，常州市高新区法院考虑到案涉晚会已举行完毕，原告虽然存在履约瑕疵，但业已履行了大部分的约定义务，且晚会效果也较好，故酌情减少合同冠名费50万元的30%。建议当事人积极与对方协商不履行的范围，避免“过度”行使履行抗辩权导致违约。

3. 对等性在何种情况下不适用？

如果合同约定一方应先履行全部义务，则可谓双方的义务有“质”的不同，后履行一方在另一方未完全履行的情况下有权拒绝履行，而无需遵循对等性。当事人应留意合同条款的具体措辞作出判断。例如，在（2019）最高法民申5091号案中，案涉《采购合同》约定了再审申请人需支付30%预付款，而后被申请人再组织产品的生产。最高法院认为，申请人仅支付15%订金不符合合同约定，被申请人享有先履行抗辩权，可以暂不进行生产，而非应当开始部分生产。此外，韩世远教授提出，“相应的履行要求”还应结合债权目的或合同目的加以判断⁸。韩教授举例道，在某一购买50台电脑合同中，如有一台电脑质量不符合约定，但只有50台电脑全部符合约定才可实现买方的合同目的，此时应当认为买方有权拒绝支付全部价款⁹。

此外，除非双方当事人另有约定，一般认为一方不得以对方违反从给付义务为由中止履行主给付义务；但反过来，一方可以以对方违反主给付义务而中止履行从给付义务。例如，在（2016）浙民申3864号案中，租赁合同约定出租人对承租人的经营活动所需的手续“视情协助”。浙江高院认为，该等协助义务为次要义务，而承租人支付租金的义务为主要义务，承租人不能因为出租人未协助而中止支付租金。在实践中，最常见的同一合同中主、从义务的例子包括付款义务（主义务）和开票义务（从义务）。一般而言，一方不得以对方没有开票而拒绝付款。当然，如果合同明确约定开票与付款应同时履行，法院可能认为两者具有相互性，可以触发同时履行抗辩权（参见（2015）浙杭民终字第1146号案）。此外，如违反从给付义务与合同目的存在密切联系，足以产生违反主给付义务的后果，则主、从义务之间仍可

⁸ 韩世远，《合同法总论》（第三版），北京：法律出版社2011年版，第290页。

⁹ 同上。

能产生牵连性，从而适用履行抗辩权（参见北京一中院〔2013〕民终字第 4573 号）。当事人应注意区分合同项下义务的主次，在行使抗辩权时，努力收集证据表明对方未履行的义务对于合同交易而言具有较高的重要性，从而避免违约风险。

（五）行使履行抗辩权的时限为何？

鉴于履行抗辩权属于抗辩权，当事人并不需要主动行使之，而通常在对方请求履行时提出。实践中，法院通常对行使履行抗辩权的时限持较宽松的态度，认为一方履行不符合约定的，另一方并不一定需要立刻行使履行抗辩权。例如，在〔2013〕民申字第 540 号案（房屋承包合同纠纷）中，承包人指控业主擅自断水、断电和停止供应蒸汽违反承包合同约定。最高法院认为，业主的断水、断电等行为，发生在承包人拒付租金几个月之后，仍属于行使同时履行抗辩权。但为保险起见，我们仍建议当事人在对方不履行的情况下尽快向对方主张履行抗辩权。

（六）对履行抗辩权行使的其他限制

1. 违约方能否行使不安抗辩权？

实践中通常认为，已违约的一方无权行使履行抗辩权。（参见〔2017〕最高法民申 1034 号、〔2019〕最高法民申 2740 号案）当事人应注意在己方义务的履行期限届满前先将自身义务履行完毕，再行使履行抗辩权，以免造成履约延迟，导致无法行使履行抗辩权。

2. 如合同义务的内容并不明确，一方是否仍可以主张履行抗辩权？

如果当事人约定的义务内容不明确，在合同含义未予确定之前，一方当事人不得以对方未履行该义务为由主张同时履行抗辩权或先履行抗辩权。在〔2012〕民二终字第 23 号案中，双方对税费产生争议主要系因合同对税费承担主体约定不明所致。最高法院认为，履行抗辩权的适用前提是债务应属当事人明确约定的合同义务。如合同义务约定不明确，当事人也不能自行协商解决，可请求人民法院确定合同含义。但在合同含义未予明确，即承担上述税费义务的责任主体未予确定之前，被告以对方当事人未履行该义务为由而停止履行合同明确规定应由其履行的合同义务，并不符合行使抗辩权的法定条件。在实践中，当事人应特别留意，如双方对某一项合同义务的内容存在争议，则应避免将该义务作为行使履行抗辩权的“筹码”，否则存在违约风险。

3. 对不安抗辩权行使的存在哪些特别限制？

（1）履行能力丧失或可能丧失的风险必须发生在合同成立之后

这一要求意味着，如先履行一方在缔约时明知或可以预见对方可能存在不能履行的风险，则不能行使不安抗辩权。例如，在〔2019〕浙民终 738 号案中，浙江高院认为，债务人不能为对待给付的危险“须发生在合同成立以后，如果在订立合同时已经存在，先给付义务人对此明知仍然缔约，不能据此主张不安抗辩权。”当事人应注意收集证据表明对方在订立合同时有充分的履约能力，如对方对自身履约能力、经营状况的陈述等。

实践中，当事人可能在订立合同时不仅预见到了对方履行能力可能下降，并因此对该等履行能力下降的风险约定了担保，该等担保可能排除不安抗辩权的适用。在〔2019〕川民再 451 号案中，王某与刘某签订《门诊部转让协议》，约定刘某将其所有的整形美容门诊部转让给王某。王某支付前两笔转让费后，刘某的一些前顾客到门诊部投诉并提出修复、退款等要求。四川高院认为，这是双方在签订协议时就已经预计到可能会出现的情况。为了解决可能出现的情况，双方在转让协议中还约定留存转让金

额的 10%作为刘某承担法律责任的保证金。在协议的履行具有相应保障的情况下，法院并未支持王某此行使不安抗辩权的主张。

(2) 仅仅因为后履行一方违约并不足以触发不安抗辩权，而应以违约责任处理

丧失履行能力不能等同于违约。违约是对当事人的履约行为的评价，而不安抗辩权是对当事人的履约能力的评价。如果一方只是违约，但并未丧失履行合同的能力，则不能触发不安抗辩权。例如，在〔2017〕鲁民终 933 号案中，山东高院明确区分了一般违约行为与触发不安抗辩权的情形：“丧失商业信誉并非一般的违约行为，而是指双务合同中的后履行方当事人存在多次不履行、不按时履行或者长期没有能力履行合同约定义务，从而导致社会公众对其经济能力、信用状况等产生负面评价的情形。”

当事人在实践中应注意收集对方履行能力降低的证据，而不能仅凭对方未履行义务认定对方已丧失履行能力。当然，违约行为在某些情况下也可能构成丧失履行能力的证据，从而触发不安抗辩权，例如一方长期性、持续性地违约。在〔2015〕黔高民终字第 98 号案中，被告在工程完工后长达七个月的期间内始终未按约向原告支付工程款。贵州高院认为，被告的失信行为足以证明其已经丧失商业信誉或可能丧失履行债务能力，原告可以终止合同的履行。

(七) 当事人应如何行使履行抗辩权？

1. 如何向对方发送行使履行抗辩权的通知？

民法典第五百二十八条（合同法第六十九条）明确规定，当事人行使不安抗辩权的，应当及时通知对方。对于同时履行抗辩权和先履行抗辩权，民法典并未明确规定通知义务，但一般认为，当事人仍应当向另一方发送通知（参见最高院〔2000〕民终字第 67 号案）。在通知中，当事人应当写明（1）对方的违约行为并进行论证；（2）我方中止履行义务的意思表示，并请求对方提供担保（如行使不安抗辩权的话）。

关于“及时”的尺度，民法典并无明确的规定，需要结合案件的具体情况判断。但如果当事人在诉讼或仲裁开始前从未发送过主张不安抗辩权的通知，而只是在案件程序中首次主张不安抗辩权，则有较大可能被认定为未尽到通知义务。但即便在诉前发送了通知，也要考虑触发事由和通知时间之间的间隔是否合理。为保险起见，我们建议当事人应在触发事由发生后尽快发出行使不安抗辩权的通知。此外，在发送通知的同时，当事人应避免作出与其不安抗辩权主张相矛盾的行为（例如在对方未发货的情况下，请对方提供收款账户），从而被视为希望继续履行义务，而非中止履行。

2. 如何证明对方有可能丧失履行能力？

根据民法典第五百二十七条（合同法第六十八条），行使不安抗辩权的一方必须有“确切证据”证明对方有可能丧失履行能力。当事人应注意收集该方面的证据，例如对方经营状况严重恶化、转移财产、抽逃资金、丧失商业信誉的证据。此外，如一方就同类标的物的过往交易中存在履行瑕疵，则也可能构成该方在当前合同中丧失履行能力的证明。

此外，当事人还应注意，不得以事后（即履行义务期间之后）证据判断不安抗辩权是否成立。例如，在〔2009〕浙民终字第 130 号案中，浙江高院认为，被上诉人事后出资到位，实际资产状况的改善与合同履行时其是否具有履行能力没有关联性。这种判断标准符合不安抗辩权前瞻性的特点：不安抗辩权是对债务人履行能力的预期判断，这种判断一般不能基于事后证据。当事人应当围绕对方在履行义务期间的履行能力收集证据。

三、对企业的实务提示

综合上文的分析，在合同履行中进行“冷战”有严格的条件，也需要一定的技巧。在此，我们对企业行使履行抗辩权时应注意的要点作一总结。

1. 积极、及时履行通知义务。通知义务是不安抗辩权的关键要素。尽管法律没有规定针对同时履行抗辩权和先履行抗辩权的义务，为保险起见，当事人仍应当通知对方为宜。在通知函中，当事人应当写明（1）对方的违约行为并进行论证；（2）我方中止履行义务的意思表示，并请求对方提供担保（若行使不安抗辩权）。一旦出现触发履行抗辩权的事由，要尽快发出通知，并避免作出与中止履行相反的行为。
2. 在行使不安抗辩权时，注意围绕对方的履行能力收集相关证据（如资不抵债、转移财产、合同标的可能被查封、被列为失信被执行人等），而不仅仅是寻找对方违约的证据。除此之外，多次不履行、不按时履行或者长期没有能力履行合同约定的义务的证据，也可能对丧失履行能力有较强的说服力。当事人要尽量针对合同相对方收集证据，第三方履行能力的证据关联性可能有限（即便是关联公司）。公司高管的个人行为对公司的履行能力影响也有限。
3. 密切注意中止履行的“度”，中止履行的部分应与对方未履行的部分对等。如果义务是可以量化的，则应当按照比例中止履行。如果义务是不可分的，则应谨慎行使履行抗辩权。在该等情况下，如仍决定行使履行抗辩权，建议当事人衡量中止履行可能给对方造成的损失，在中止履行的同时采取合理措施降低该等损失。同时建议当事人在订立合同时义务细化（例如，以不同阶段的具体事项代替“举办活动的义务”等宽泛表述），以便将来出现争议时更好地确定中止履行的“度”。
4. 注意履行抗辩权的行使期限。同时履行抗辩权和先履行抗辩权的行使期间与对方迟延履行或履行不符合约定的期间有关。不安抗辩权的行使期间与对方丧失履行能力的时间长短有关。应结合证据加以确认抗辩权的起始时间，避免过急地中止履行而构成违约。在对方恢复履行或恢复履行能力时，当事人也应尽快恢复履行。
5. 双方互相行使履行抗辩权时的处理。实践中可能出现这样的情况：先履行义务人认为后履行一方存在履约能力下降，从而行使不安抗辩权，要求后者提供担保。后履行一方拒绝提供担保，并主张先履行的一方违约在先，行使先履行抗辩权。此时会产生不安抗辩权与先履行抗辩权的冲突。在这种情况下，法院或仲裁庭可能会先审查不安抗辩权是否成立：如成立，则先履行一方不构成违约，后履行一方无权行使先履行抗辩权；如不成立，则先履行一方构成违约，后履行一方有权行使先履行抗辩权。在〔2012〕浙甬商终字第30号案中，法院面临了不安抗辩权和先履行抗辩权的冲突问题。法院先审查了原告行使不安抗辩权的依据，认为案涉证据表明被告的履约能力已严重下降，被告也未能举证加以反驳。因此，法院支持了不安抗辩权的行使，判决解除合同。法院同时认为，被告对原告违约的指控应当另行起诉解决。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

金立宇

电话： +86 21 6080 0968

Email: denning.jin@hankunlaw.com