**五、给付迟延，经催告后在合理期限内未履行（第三项）**

（58）本项规定是给付迟延时解除事实构成的一般规定。该规则被广为接受，不独我国《合同法》，CISG[50]和《德国民法典》[51]也有类似规定。其功能是降低债权人证明给付迟延构成根本违约的难度，在指定宽限期内不能履约的自动“升级”为根本违约。[52]

**（一）给付迟延**

（59）适用本项需满足给付迟延的绝大多数客观要件，即：债务有效且可执行、债务已届清偿期、给付尚有可能、债务人未履行。唯有定期催告无需作为要件单独满足，因为解除权成立要件中的催告可发挥同样的警告功能。

（60）首先，债权需有效成立，且未消灭。此外，该债权必须具有可执行性，即没有履行抗辩权影响。

（61）债务已届清偿期是指履行期届满，债权人可要求债务人履行。

（62）不存在给付不能的情况，其原因是：若陷入给付不能，则合同目的确定不能实现，没有催告的必要。

（63）债务人未履行指没有发生履行行为，异物（aliud）履行原则上应适用瑕疵履行的规则，除非债权人有理由拒绝承认其为履行。

**（二）定期催告**

（64）催告是明确要求债务人在一定期限内履行，否则催告人将享有解除权的警告。其性质为单方准法律行为。因为催告仅增加催告人的权限（Befugnis），且不直接影响与相对人的权利和义务，故限制行为能力人亦可单独为之。

**1.  催告权人及催告之受领人**

（65）本项并未言明享有催告权的主体。一般来说，催告权由债权人享有。有如下特殊情形的，应进一步究明。

（66）在债权人为多数时，解除权由所有债权人共享，定期催告的权利也归属于所有债权人。可由所有债权人共同为催告，亦可由部分债权人催告，其他债权人追认。

（67）在债权让与中，解除权及定期催告权的归属有争议。有观点认为原则上应归债权受让人享有，唯在担保性债权让与中由债权出让人享有。[53]还有观点认为应一概由债权出让人享有。[54]

（68）在真正利益第三人合同中，有观点认为解除权及定期催告权应归合同债权人（即受诺人）享有，理由是唯受诺人为合同之当事人，不仅享有合同债权，而且是牵连关系之一方。[55]亦有观点认为应由有独立请求权的第三人享有。[56]理由是唯有利益第三人与整个合同关系的明确性最利益攸关。

（69）笔者认为在债权让与中，解除权人和有权定期催告者为债权出让人，而真正利益第三人合同中为合同债权人（即受诺人）。因为合同解除的目的无非是消灭未履行的对待给付义务和获得已为给付之返还，这两种利益仅存在于债权出让人或受诺人一方，而与债权受让人或有独立请求权的第三人无涉。债权受让人可依同债权出让人之间的法律关系向其寻求救济。同理，有独立请求权的第三人可依与受诺人之间的法律关系向其寻求救济。

（70）催告作为单方需受领的意思表示，原则上由合同相对人（债务人）受领，其消极代理人亦可受领。在债务人为多数人时，所有债务人均应受领，方发生催告之效力。因最终可能产生的解除权会影响所有债务人，应让所有债务人知悉，以起到警告之效。否则，不吝于剥夺部分债务人采取应对措施、阻止解除权发生的可能。

**2.  催告的形式**

（71）催告为非要式行为。在实践中，多以书面形式发出催告。

**3.  催告的时间**

（72）催告一般在履行期届至后发出。问题是在履行期届至前发出的催告是否发生催告的效力。就此存在两种观点：一种观点认为履行期届至前的催告构成适格的催告。因为债务人之不履行为催告发生效力之要件，而非成立要件，所以履行期届至前也可以为有效的催告，只是效力以履行期届至为停止条件。[57]另一种观点认为履行期届至前发出的催告不构成解除权成立要件中的催告。理由是债务人在履行期届至前并无给付的义务，此时所为催告无法发生催告的效力，至多是延展履行期的意思通知。[58]笔者赞同第二种观点。因为催告的主要目的是为了警告债务人，令其有及时履行的机会。若允许履行期届至前催告，将难以发挥警告的作用。

**4.  催告的内容**

（73）催告在内容上至少应满足三项要求：一是必须指明所涉债权，二是确定合理的宽限期，三是必须明确地让债务人注意到可能的法律后果。

（74）超过实际数目的过多定期催告通常不生催告的效力，因为债务人可能会认为债权人不会受领按实际数目提出的给付。但是，如若债务人清楚债权人陷入错误，且应当意识到债权人也会受领按实际数目提出的给付的，该定期催告有效。少于实际数目的定期催告就实际催告的部分有效。

（75）催告中应确定履行或补正履行的宽限期，且该宽限期应合理。合理性的判断应首先考察当事人之间的约定。若当事人就此达成合意，或由债务人提出期限的[59]，该宽限期就是合理的。若无约定或债务人建议，则应依客观标准判断个案中宽限期长度的合理性。可资参照的因素有合同类型、交易习惯、任意性规定[60]。一般而言，履行期限越短，合理的宽限期越短。债权人的利益与按时履行的关系越密切的，合理宽限期越短。

（76）当宽限期过短，不具合理性时，不宜径直认为宽限期设定无效，进而致催告因缺乏必要内容无效。应以合理期限替代原期限。

（77）宽限期可嗣后变更。债权人可单方面延长宽限期，但缩短需经债务人同意。

**（三）超过期限仍未履行**

（78）超过指定的合理期限而未履行，应成立解除权。即便债务人只是稍微逾期，不一定造成债权人的利益尽失，债权人亦可行使解除权，除非债权人行使解除权构成权利滥用。例如，只有定制衣物的债权人才能使用该衣物，承揽人（债务人）不可能将该衣物转售或另为处置，因交付稍稍超过了指定的期限，债权人要求解除的，会被视为权利滥用，而为法所不许。

**（四）特殊问题**

**1.宽限期内为瑕疵给付**

（79）债务人在宽限期内提出的给付有瑕疵，债权人有权拒绝受领。因不履行而设定的期限继续计算，期限徒过后，债权人可以解除合同。

（80）债务人在宽限期内提出的给付有瑕疵，债权人不知情而受领，或保留要求补正给付的权利而受领的，是否需再为定期催告，存有争议。一种观点[61]认为需再为定期催告，理由是此时已非不履行，而是瑕疵履行。在瑕疵履行中，对每一种给付障碍的样态应分别催告是原则。唯如此，方能让债务人有针对性地补正给付。另一种观点[62]认为无需定期催告，理由是：既然已经为消除瑕疵定有期限，就应理解为债权人期待获得的是完全的给付，而非只是特定瑕疵的排除。让债权人负担就每一种瑕疵为定期催告的不真正义务，会助长债务人的疏忽大意。笔者认为应以第一种观点为是，因为债务人未必知悉给付有瑕疵，应给予其补正机会和必要的时间。不应当因给付迟延而剥夺债务人在瑕疵给付中享有的利益。但是，如果债权人能够证明债务人故意为瑕疵给付，则可能因破坏当事人间的信赖而无需催告解除，其解除权基础为第九十四条第四项中的“有其他违约行为致使不能实现合同目的”，属对附随义务的违反。

**2.对单次定期催告的限缩解释**

（81）有观点认为在承揽合同、勘查合同、设计合同、建设工程施工合同中，若承揽人、勘查人、设计人、施工人已经完成大部分工作，仅是交付工作成果迟延，且时间不是太久，单次定期催告无果后解除可能使已完成的大部分工作丧失价值，对相关债务人失之过苛，且不合经济效益原则。[63]因此，单次定期催告无果，不足以发生解除权，尚需由债权人进一步证明合同目的落空。甚至进一步认为，在承揽人等未能在宽限期限内亦不能交付工作成果的，宜适用《合同法》第九十四条第四项，而非第三项。[64]

**3.部分迟延**

（82）部分未给付，同时满足迟延的其他要件的，债权人在定期催告无果后，可否解除合同，第九十四条并未规定。部分迟延在何种情形下可认定为不能实现合同目的，需依个案情况具体判定。若没有未履行的部分，其他给付就无法发挥效用，已为给付对债权人没有利益可言，则定期催告无果后亦构成根本违约。若已为给付对债权人尚有部分利益可言时，原则上不可全部解除。能否部分解除，需依合同条款、交易习惯及任意性规范确定。[65]

（83）判断能否全部解除的首要标准是迟延履行部分的比重。迟延履行部分的比重越高，认定其构成根本违约的可能性越大。[66]《合同法》第一百六十七条规定，在分期付款买卖中，买受人未支付到期价款达到全部价款的五分之一时，出卖人即享有解除权。

（84）在司法裁判中，比重不是判定根本违约的唯一因素，还要结合合同履行状况和合同类型，考量其他因素。例如，在股权买卖合同中，法律关系的稳定（股权已经让与逾两年）、对第三人利益的影响（如其他股东）、债权人寻求其他救济的可能性（如债务人尚有资力，可通过继续履行满足债权人的期待利益）都是需考量的因素。因此，即便未履行的价金比例达40%，仍可认为违约未达到合同目的落空的程度。[67]